

ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ





ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: XIV

SAYI: 1

YIL: 2019

**NİSAN – 2019
KAYSERİ**

SAHİBİ (Owner)

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Murat DOĞAN

SORUMLU MÜDÜR (Responsible Manager)

Fatma İLHAN

<u>HABERLEŞME ADRESİ</u>	<u>TLF</u> : +90 352 438 06 61 +90 352 437 49 01 / 38000
ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ	<u>FAKS</u> : +90 352 438 06 62
38039 / MELİKGAZI- KAYSERİ	<u>E-MAİL</u> : eruhukukdergisi@gmail.com
	<u>ISSN</u> : 1306-3839
	<u>Basım Tarihi:</u> NİSAN 2019

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM tarafından
taranan ve yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi bağlamaz.

Dizgi ve Mizanpaj

Editör Yardımcıları

Baskı:

Erciyes Üniversitesi Matbaası, MELİKGAZI/ KAYSERİ

YAYIN İLKELERİ

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAKBİM tarafından taranan, Nisan ve Ekim aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir. Yayımlanması istenen çalışmaların Nisan ayında çıkan sayı için 28 Şubat; Ekim ayında çıkan sayı için 30 Ağustos tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi gereklidir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
3. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda, metnin amacını en iyi ifade edecek şekilde, en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca, Fransızca yabancı dillerinden herhangi biri olmak üzere özetlerin; her iki dilde yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek; kaynakçanın yazının sonuna eklenerek gönderilmesi gereklidir. Yazarın iletişim bilgileri (işyeri adresi ve e- posta) ve Orcid ID numarası da göndermesi gerekmektedir.
4. Çalışmalar, editörlüğe bir nüsha çıktı ile beraber cd veya e-posta yollarından biriyle gönderilmelidir. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar azami 9000 sözcük olmalıdır. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 2000 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır.
6. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirilmesi yapılarak, yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilir, yayımlanması uygun görülen çalışmalar ise hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayımlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.

7. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
8. Dergide yayımlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.
9. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmaların yanı sıra kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılır.
10. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.
11. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yaralanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
12. Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir.

DANIŞMA KURULU (Advisory Board)

Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KURULU (Editorial Board)

Prof. Dr. Murat DOĞAN – Erciyes Üniversitesi
Prof. Dr. Şafak NARBAY – Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Prof. Dr. Yücel OĞURLU – İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Ayhan DÖNER – Atatürk Üniversitesi
Prof. Dr. Muzaffer ŞEKER – İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA – Akdeniz Üniversitesi
Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL – Erciyes Üniversitesi
Doç. Dr. Cengiz GÜL – Erciyes Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ – Erciyes Üniversitesi

EDİTÖRLER (Editors)

Prof. Dr. Murat DOĞAN
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ
Dr. Öğr. Üyesi Aynur HASOĞLU
Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ŞAHAN

EDİTÖR YARDIMCILARI (Editors Assist.)

Arş. Gör. Mustafa UYANIK
Arş. Gör. Harun Mirsad GÜNDAY
Arş. Gör. Ayşe KARAKIMSELİ SEZGİN
Arş. Gör. Merve ÇAĞLAK
Arş. Gör. Sema Nur ÖÇALAN

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI*

Prof. Dr. Murat DOĞAN, Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL, Doç. Dr. Fatih BİRTEK, Doç. Dr. Cengiz GÜL, Doç. Dr. Gülđen ŞİŞMAN, Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI, Dr. Öğr. Üyesi Şükran AKGÜN, Dr. Öğr. Üyesi Aslı NANECİ ARICI, Dr. Öğr. Üyesi Gündüz Alp ASLAN, Dr. Öğr. Üyesi İsmail ATAMULU, Dr. Öğr. Üyesi Ramazan AYDIN, Dr. Öğr. Üyesi Aynur HASOĞLU, Dr. Öğr. Üyesi Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY, Dr. Öğr. Üyesi Selman ÖZDAN, Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ŞAHAN, Dr. Öğr. Üyesi Akın ÜNAL, Öğr. Gör. Emrah ÖZDEMİR, Arş. Gör. Eda DEMİRSOY AŞIKOĞLU, Arş. Gör. Alpaslan BALCI, Arş. Gör. Büşra BEYDÜZ, Arş. Gör. Zeynep AYAR BİRKİN, Arş. Gör. Harun BODUR, Arş. Gör. Ranegül CAMIZ, Arş. Gör. Merve ÇAĞLAK, Arş. Gör. Eylem ÇAKMAZ, Arş. Gör. Osman DURAN, Arş. Gör. Alı YEŞİLYURT DURAN, Arş. Gör. Abdalbaki GİYİK, Arş. Gör. Harun Mirsad GÜNDAY, Arş. Gör. Onur HAMURCU, Arş. Gör. Arif KALKAN, Arş. Gör. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU, Arş. Gör. Beyza KATIRCIGİL, Arş. Gör. Hasan KAYIRGAN, Arş. Gör. Emre KÖROĞLU, Arş. Gör. Burak KÜPELİOĞLU, Arş. Gör. Alperen POLAT, Arş. Gör. Sema Nur ÖÇALAN, Arş. Gör. Çiçek ÖZGÜR, Arş. Gör. Abdulkadir SAKA, Arş. Gör. Şenel SARSIKOĞLU, Arş. Gör. Ayşe KARAKİMSELİ SEZGİN, Arş. Gör. Hilal ŞENOL, Arş. Gör. Oğuz USTA, Arş. Gör. Mustafa UYANIK, Arş. Gör. Hakan YILDIRIM, Arş. Gör. Aydın Alber YÜCE.

* Dergideki isim sıralamaları unvan ve soyadı esas alınarak yapılmaktadır.

İÇİNDEKİLER*

ÖZEL HUKUK

Dr. Öğr. Üyesi Gökçe CANARSLAN

Tüketilebilen Eşya Üzerinde Kurulan İntifa Hakkı 1

Dr. Öğr. Üyesi Sinan OKUR

Roma, Türk-İsviçre ve Avrupa Sözleşme Hukukunda Koşul (Şart) Kavramı ve
Hukuki Sonuçları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme 31

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Cengiz GÜL

AİHM Kararlarında İfade ve Medya Özgürlüğünün Sınırlandırılması Kriterleri 105

Doç. Dr. Gökhan GÜNEYSU

Uyuşmazlık Konusu Olan ve Henüz Sınırlandırılmamış
Deniz Alanlarına İlişkin Devlet Yükümlülükleri 127

Dr. Öğr. Üyesi Aynur HASOĞLU

Danıştay Kararları Işığında İdare Hukukunda Sebep İkamesi Kavramı 147

Dr. Metin KÖSE

Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Olarak Değerlendirilmesi 175

* Dergideki isim sıralamaları unvan ve soyadı esas alınarak yapılmaktadır.

CONTENTS

PRIVATE LAW

Assist. Prof. Dr. Gökçe CANARSLAN

Usufruct Over Consumable Goods..... 1

Assist. Prof. Dr. Sinan OKUR

Eine vergleichende Untersuchung über
die Bedingung und ihre rechtlichen Konsequenzen im römischen,
türkisch-schweizerischen und europäischen Vertragsrecht 31

PUBLIC LAW

Assoc. Prof. Dr. Cengiz GÜL

Criteria for Limitation of Expression and Media Freedom in The ECHR Decisions ... 105

Assoc. Prof. Dr. Gökhan GÜNEYSU

The State Obligations for the Disputed and Non-Restricted Marine Areas..... 127

Assist. Prof. Dr. Aynur HASOĞLU

The Light of the Council of State Decisions,
the Concept of the Cause Substitute in Administrative Law 147

Dr. Metin KÖSE

Evaluation of Witness Testimony as Evidence in Criminal Procedure 175

Özel Hukuk/ Private Law

TÜKETİLEBİLEN EŞYA ÜZERİNDE KURULAN İNTİFA HAKKI

Usufruct Over Consumable Goods

*Dr. Öğr. Üyesi Gökçe CANARSLAN**

ÖZET

Kendisinden yararlanılması için özdeğerinin yok edilmesi veya madde-
sel formunu kaybetmesi ya da elden çıkarılması gereken eşya, tüketilebilen eşya
olarak tanımlanmaktadır. Eşyanın bu niteliğinin tespiti için sadece fiziksel özel-
likleri değil, özgülendiği amacın da dikkate alınması gerekmektedir. Tüketilebi-
len eşya üzerinde intifa hakkının kurulması, genel intifa hakkından farklıdır.
Bunun sebebi, eşyanın kullanımı sırasında biçim değişikliğine uğraması veya
elden çıkarılması zorunlu olduğundan, hak sona erdiğinde hakkın kurulduğu
sıradaki malike, eşyanın aynen iade edilmesinin mümkün olmamasıdır. Tüketi-
lebilen eşya üzerinde kurulan intifa hakkının sona ermesiyle, eşya iade edileme-
yeceği için bu tür eşyanın mülkiyetinin, intifa hakkı kurulduğu anda tarafların
iradesi aranmaksızın, kendiliğinden *ipso iure* hak sahibine geçeceği hükümü
kabul edilmiştir. Böylece eşyanın yarar ve hasarı da eşyayı hâkimiyet alanında
bulunduran hak sahibine ait olmaktadır. İntifa hakkı sona erdiğinde, eşya iade
edilmemekle birlikte hak sahibi tarafından, geri verme sırasında eşyanın değeri,
çıplak mülkiyet sahibine ödenecektir.

ANAHTAR KELİMELER: Tüketilebilen eşya, intifa hakkı, mülkiyet,
teminat, değer

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, gcanarслан@hotmail.com, (ORCID-ID: 0000-0002-7334-1872).

Makale Geliş Tarihi: 12.02.2019

Makale Kabul Tarihi: 14.04.2019

ABSTRACT

Consumable goods can be defined as things that can only be used by extinguishing their intrinsic value, by losing its material form or by handing over to someone else. In order to identify this feature of the goods, not only their physical characteristics but also their allocation purpose should be taken into consideration. Establishing usufruct over consumable goods differs from that of the ordinary usufruct. Because full restitution of the goods to the original owner is not possible upon the termination of the usufruct since the form of goods is necessarily changed or handed over to someone else. It is accepted that the ownership of the consumable goods was ipso iure transferred to the usufructuary without considering the intent of the parties when the usufruct was established since the restitution is not possible upon the termination of the usufruct. Thus gains and losses arising from the goods belong to the usufructuary who retains possession of the goods. Upon the termination of the usufruct, the goods in question shall not be returned to original owner, nevertheless the value of goods shall be reimbursed.

KEYWORDS: Consumable goods, usufruct, ownership, warranty, value

GİRİŞ

İntifa hakkı, Türk Medeni Kanunu (TMK) md.794-822 arasında konusu, kurulması, sona ermesi, hükümleri ve özel haller başlıklarında düzenlenmiştir. İntifa hakkı, taşınmazlar ve haklar üzerinde kurulabileceği gibi, rehin hakkının dışında taşınırlar üzerinde kurulabilen, tek irtifak hakkıdır. Bu sebeple kanunda bazı ayırık durumlar, “özel haller” başlığında ele alınmıştır. Taşınmazlar, alacaklar ile tüketilebilen ve değeri biçilen eşya üzerinde kurulan intifa hakkına ilişkin hükümler özel haller arasında yer almaktadır. TMK md.819/I de “*Tüketilebilen şeylerin mülkiyeti, aksi kararlaştırılmadıkça, intifa hakkı sahibine geçer; ancak, intifa hakkı sahibi geri verme sırasında bu şeylerin o günkü değerini ödemekle yükümlü olur*” hükmüyle genellikle kullanmakla tükenmeyecek eşya üzerinde kurulması beklenen intifa hakkına (TMK md.794 vd.) istisna getirilerek, bazen tek bir kez dahi olsun kullanılmasıyla tüketilebilen eşya üzerinde de hakkın kurulması imkânı tanınmıştır.

Kendisinden yararlanmanın ancak fiziksel veya maddesel varlığını kaybederek, değiştirerek ya da elden çıkartılarak tüketilmesiyle mümkün olabilecek eşya, tüketilebilen eşya olarak tanımlanmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde bu nitelikteki eşyanın üzerinde intifa hakkı kurulması ve genel intifa hakkından farkları, kanundaki sistematik de göz önüne alınarak incelenmiştir.

İntifa hakkının ortaya çıktığı dönemlerde mümkün görülmeyen tüketilebilen eşya üzerinde kurulması, çıplak mülkiyet sahibinin, hakkın kurulduğu sıradaki malike yöneltebileceği teminat gösterme yükümlülüğünün tanınmasıyla, zaman geçtikçe hakkın kapsamı bir nebze değişmiş ve günümüzdeki hâlini alarak, hakkın kurulmasıyla mülkiyetin intifa hakkı sahibine geçmesi sonucuna ulaşmıştır. Oysa TMK md.794 vd.'de yer alan genel intifa hakkında, hakkın kurulmasıyla sadece zilyetlik devredilmekle, eşyanın çıplak mülkiyeti, malikte kalmaktadır. Tüketilebilen eşyanın “maliki” teriminin kullanılması ile hakkın kurulmasından önceki maliki mi, yoksa zilyetlikle birlikte mülkiyeti de devralan hak sahibinin mi kastedildiğinin açıkça belirtilmesi için çalışmada hakkın kurulduğu sıradaki malik ve çıplak mülkiyet sahibi ifadelerine uygun düştüğü ölçüde yer verilmiş, intifa hakkı sahibi için malik teriminin kullanılmasından kaçınılmıştır.

Üçüncü bölümde, mülkiyeti intifa hakkının kurulmasıyla geçtiği ve yararlanma için tüketilmesinin zorunlu olduğu eşyanın, hak sona erdiğinde iade edilmesi mümkün olmadığından değerinin ödenmesine ilişkin hükümler ve bu değer kapsamı incelenerek çalışmaya son verilmiştir.

1-TÜKETİLEBİLEN EŞYA

a-TÜKETİLEBİLEN EŞYA KAVRAMI

İntifa hakkı, kişiye bağlı irtifak hakları arasında yer almakla birlikte, hak sahibi olan kişinin, hakkın konusu üzerinde kullanma ve tam yararlanma yetkisine sahip olduğu, devredilmeyen ve mirasçıya geçmeyen bir sınırlı ayni haktır¹. Kural olarak kullanmakla tükenmeyecek eşya üzerinde kurulan intifa

¹ Max Baumann, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zürcher Kommentar, ed. Peter Gauch, Jörg Schmid, Zurich, Schulthess Juristische Medien AG, 1999, s. 32; Christoph Thurnherr, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, Schulthess Juridique Media AG, 2012. s. 452; Paul-Henri. Steinauer, Les Droits Réels (Tome III), 2. Baskı, Berne, Edition Staempfli+Cie SA, 1996, s. 18; Denis Piotet, Les Droits Réels Limités en Général, Les Servitudes et Les Charges Foncières, 2. Baskı, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012, s.147; Martin, Bichsel, Kaspar Mauerhofer, ZGB Schweizerisches Zivilge-

hakkının, bazen tüketilebilen eşya üzerinde de kurulması imkânı kanun tarafından verilmiştir.

Tüketilebilen eşya, kendisinden yararlanmanın ancak fiziksel, maddesel varlığını kaybederek veya değiştirerek ya da elden çıkararak tüketilmesiyle mümkün olabileceği eşya olarak tanımlanmaktadır². Örneğin bir ekmekten, meyveden, tahıldan, kömürden yararlanmak için bunların tüketilmesi gerekmektedir. Başka deyişle eşyadan yararlanmak için eşyanın özdeğerini, (cevherini) kaybetmesi gerekmektedir³. Eşyanın özdeğeri bir kez kullanıldıktan sonra bir kez daha aynı şekilde kullanımı mümkün olmayacak hale gelerek yok olduğu takdirde, bu tüketilebilen bir eşyadır.

setzbuch, Zurich, Orell Füssli Verlag AG, 2011, s. 1536; Müller, Roland: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Art 457-977 ZGB, Basel-Genf-München, 2003, s. 1375; Wieland, Ayni Haklar, Ankara, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın Müdürlüğü, 1946, s. 424; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, s. 827; Rona Serozan, Eşya Hukuku I, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, s. 336; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 88; Bülent Köprülü, Selim Kaneti.: Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1972, s. 66; Lale Sirmen, Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2018, s. 539; Ferit Hakkı Saymen, Halid Elbir, Türk Eşya Hukuku, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954, s.503; Turhan Esener, Kudret Güven, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 417; Aydın Aybay, Hüseyin Hatemi, Eşya Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 262; Burak Özen, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008; Kemal Gürsoy, Fikret Eren, Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978, s. 366; Selahattin Sulhi Tekinay, Eşya Hukuku, İstanbul, Kutulmuş Matbaası, 1970-71, s. 484; Suad Bertan, Ayni Haklar, Medeni Kanununun 618-764 üncü Maddelerinin Şerhi, Cilt 2, Ankara, 1976, s. 1347, Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş, Eşya Hukuku, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018, s. 679.

² Bichsel/Mauerhofer, a.g.e., s. 1575; Baumann, a.g.e., s. 301; Thurnherr, a.g.e., s. 489; Paul-Henri Steinauer, Les Droits Réels (Tome I), 4. Baskı, Berne, Edition Staempfli+Cie SA, 2007, s. 60; Tekinay, a.g.e., s. 20; Sirmen, a.g.e., s. 15; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 13; Köprülü/Kaneti, a.g.e., s. 72; Aybay/Hatemi, a.g.e., s. 22; Esener/Güven, a.g.e., s. 45; Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s. 30; Bertan, a.g.e., s. 1483; Nadège Reboul-Maupin, Droit des Biens, 3. Baskı, Paris, Dalloz, 2010, s. 84; Jean Carbonnier, Droit Civil, 19. Baskı, Paris, Themis Presses Universitaires de France, 2000, s. 95; Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François Chabas, Leçons de Droit Civil, 5. Baskı, Paris, Montchrestien, 1994, s. 384; Jean-Baptiste Seube, Droit des Biens, 5. Baskı, Paris, LexisNexis Litec, 2010, s. 11; Philippe, Malaurie, Laurent Aynés, Les Biens, 5e édition, Paris, Defrénois, 2013, s. 47; Gérard Cornu, Droit Civil Introduction Les Personnes Les Biens, 11. Baskı, Paris, Montchrestien, 2003, s. 408; Pierre Raynaud, Droit Civil Les Biens, 2. Baskı, Paris, Sirey, 1980, s. 134; Patrice Jourdain, Les Biens, Paris, Dalloz, 1995; Haluk Nami Nomer, Mehmet Serkan Ergüne, Eşya Hukuku (Zilyetlik Tapu Sicili Mülkiyetin Genel Hükümleri Taşınır Mülkiyeti Rehin Hakları), İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2019, s. 13.

³ Sabrina Carlin, Etude de l'article 473 CC- Spécialement les Problèmes liés à la Quotité Disponible, Genève, Schulthess Jurische Medien AG, 2011, s. 88; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 857; Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s. 30.

Bir eşyanın tüketilebilen olup olmaması ayrımı pratikte, eşyanın bir süreliğine başka kişiye teslim edilmesine yönelik hukuki işlem yapıldığında, teslim edilenin iadesi ile ilgili farklı sonuçları ortaya çıkarmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nda olduğu gibi mehzaz İsviçre Medeni Kanunu'nda da (CCS) benzer şekilde eşyanın tüketilebilen olup olmamasına göre yapılan ayırım sadece intifa hakkında değil, borçlar hukukunda da tüketim öduncü ve kullanma öduncü sözleşmelerine konu olması bakımından önemlidir. Bir şey veya hakkın kullanılmasının devri borcu doğuran ödünç sözleşmelerinden olan tüketim öduncü sözleşmesinin konusunu, para ya da tüketilebilen eşya oluşturmaktadır. Bu sözleşmede eşyanın kendisi değil, değeri ön plandadır. Ancak devir borcu doğuran sözleşmelerden bir diğeri olan kullanım öduncü sözleşmesinde, eşya kullanıldıktan sonra aynen iade edilmesi amacıyla karşı tarafa teslim edilmektedir. Başka deyişle ödünç sözleşmelerinde, eşyanın kullanım süresi sonrasında alınan eşya geri verme borcuna konu oluyorsa kullanım öduncü; aynı eşya yerine onunla aynı miktarda, nitelikte ve değerinde başka bir eşya verilmesi gerekiyorsa tüketim öduncü söz konusu olmaktadır⁴. Bu sebeple kurulacak hukuki ilişkiye uygulanacak kuralların belirlenmesi için, söz konusu olan eşyanın tüketilebilen nitelikte olup olmaması önem taşımaktadır.

b-TÜKETİLEBİLEN EŞYANIN ÖZELLİKLERİ

Eşyanın tüketilebilen olması bazı yazarlara göre, onun fiili niteliği veya maddi özelliğiyle ilgili olup, bu niteliği tespit edilirken eşyanın tek başına incelenmesi yeterli gelmekte, aynı cinsten başka bir eşya ile karşılaştırma yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır⁵. Bu görüşe göre bir kez daha aynı şekilde kullanılamaması hâlinde o eşya, tüketilebilir özelliktedir. Söz gelimi bir portakalın fiili kullanım amacı yerine getirilirken, yararlanılması için onun yenilmesi gerekmektedir. Ancak portakal tüketilebilir eşya olmasına rağmen, önce meyvesinin yenilip kabuklarının bir süre sonra reçel yapımında kullanılması durumunda, onun tekrar kullanılmasından ve tüketilebilir nitelikten çıkmasından bahse-

⁴ Pierre Tercier, *Les Contrats Spéciaux*, Zurich, Schulthess, 2003, s. 393; Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1985, s. 291; Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 15. Basım, 2018, s. 375 vd.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 5.Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 50.

⁵ Saymen/Elbir, a.g.e., s. 7. Bu görüş kaynağını Roma Hukuku'ndan almakla birlikte Roma Hukuku'nda ayırım eşyanın doğal yapısına, maddesel ve fiili özelliğine dayanmaktaydı. Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 51.

demeyiz. Çünkü bu görüşte eşyanın tüketilebilir nitelikte olup olmadığının tespiti için ikinci kez kullanımının da ilk seferle aynı şekilde olması gerekliliği, farklı tarzdaki ikinci kullanımın onu tüketilebilen eşya olmaktan çıkarmadığı göz ardı edilmemelidir.

Üstün tutulması gereken baskın görüş ise eşyanın tüketilebilen niteliğinin, onun sadece tüketim amacı için kullanılmasını gerektirmediğini ortaya koymaktadır⁶. Sözelimi bir meyvenin tüketilebilir bir madde olduğu söylenirken, bir müzede sergilenmek üzere edinilen meyveden yararlanılması için, onun tüketilmesi zorunlu değildir. Bu halde sergilenen meyve, tüketilebilen eşya olarak sınıflandırılmayacaktır. Öyleyse eşyanın tüketilebilen olup olmadığının belirlenmesi için, kullanımının hangi amacı taşıdığı tespit edilmelidir. Nitelendirme yapılırken eşyanın sıradan bir yiyecek maddesi mi olduğu, yoksa özel niteliklere sahip veya yemenin dışında başka bir amaç için mi kullanılacağı belirlenmesi gerekir. Bu sebeple eşyanın tüketilebilir niteliği sadece onun fiziki özelliklerine değil, özgülediği amaca göre değerlendirilecektir⁷. Zira eşyanın tükenebilir nitelikte olması onun hukuken tüketilebilen eşya olarak değerlendirilerek buna uygun hükümlere başvurmayı zorunlu kılmamaktadır.

Bir satış mağazasındaki ticari eşya gibi, tahsis yönüne uygun kullanılması, onu oluşturan bireysel nesnelere devredilmesine bağlı olan bir nesnelere topluluğuna dâhil bir taşınır da tüketilebilen eşyadır⁸. Çünkü mağazadaki her bir ticari eşya, tıpkı bir sürüye dâhil olan koyunlar gibi, bir başkasına satılmak ve başka bir şeyle ikamesi amacına tahsis edilmiştir⁹. Başka deyişle, kullanılması için özdeğerinin (cevherinin) yok edilmesi gerekliliği onun doğal bir niteliği olmamakla birlikte, ihtiyacı giderebilmek için bu şekilde sayılan ve kişilere satılmak üzere tedarik edilen eşya da tüketilebilen eşyadır¹⁰. Ancak taraflardan

⁶ Tekinay, a.g.e., s. 20; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 13; Esener/Güven, a.g.e., s. 45; Sirmen, a.g.e., s. 15

⁷ Wieland, a.g.e., s. 471; Esener/Güven, a.g.e., s.45; Sirmen, a.g.e., s. 15; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 13; Tekinay, a.g.e., s. 20.

⁸ Leeman Sachenrecht, II, Abteilung, Bern, 1925, art. 733 (Naklen Köprülü/Kaneti, a.g.e., s. 73); Sirmen, a.g.e., s. 542.

⁹ Wieland, a.g.e., s. 471

¹⁰ Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s. 30. (Bir düğünde yenilmek üzere masaya koyulan gelinin pastadan heykeli tüketilebilen eşya olmakla birlikte, bir pastanede sergilenmek üzere vitrine koyulan pastadan heykel tüketilebilir eşya kategorisine girmemektedir. Aynı şekilde harcanmak üzere kullanılan para tüketilebilen nitelikteyken, kuyumcudaki vitrinde sergilenmek üzere verilip, ileride aynen iade edilecek para tüketilebilen eşya değildir. Tekinay, a.g.e., s. 20)

biri için tüketilebilen eşya, diğeri için bu nitelikte olmayabilir. Örneğin bir mağazada satılan giyim eşyası satıcı için, bunları paraya çevirme amacı güdüldüğünden tüketilebilen bir eşya olmakla birlikte, aynı eşya alıcı için uzun süre giyileceğinden dolayı tüketilebilen eşya değildir¹¹. Benzer şekilde bir tahta parçası ısınma amaçlı düşünüldüğünde tüketilebilen eşya iken, aynı tahtadan evine mobilya yapmayı düşünen marangoz için tüketilebilen bir eşya değildir¹². Öyleyse eşyanın sadece fiziki niteliği değil, tarafların onu kullanma amaçları dikate alınarak bu ayrımın yapılması gerekmektedir.

Eşyanın asıl tahsis amacının tüketilebilen nitelikte olmasıyla birlikte, bu amacın dışındaki (örneğin sergilenmek üzere) kullanımı sebebiyle tüketilemeyen eşya hâline geldiğinin öne sürülmesi durumunda, eşyanın tüketilebilen niteliğinden çıktığını iddia eden kişi, iddiasını ispatlamak zorundadır¹³.

Bazı kanunlarda tüketilebilen eşya ile ilgili örnekler verilirken, İsviçre ve Türk Medeni Kanunları'nda tüketilebilen eşyaların neler olduğu belirtilmeyecek içeriğinin tespiti doktrine bırakılmıştır. Fransa Medeni Kanunu (CCF) md. 587'de tüketilebilir eşya üzerinde kurulan intifa hakkına ilişkin hükümler yer almaktadır.¹⁴ Maddede, tüketilemeden kullanımının mümkün olmadığı eşyalar olarak para, tahıl ve likör örnekleri verilmiştir. Ancak bunlar sınırlı sayıda değildir.

Yiyecek maddelerinde olduğu gibi tüketim, sadece maddi değil hukuki bir tarzda da karşımıza çıkabilmektedir¹⁵. Para da bu şekilde hukuken tüketilebilen eşyadır¹⁶. Çünkü özdeğerini yitirmemesine rağmen, ekonomik değerinden

¹¹ Tekinay, a.g.e., s. 20.

¹² Malaurie/Aynés, a.g.e., s. 47.

¹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 13; Sirmen, a.g.e., s. 15;

¹⁴ Fransız Medeni Kanunu, bazı farklılıkların dışında intifa hakkını 587-624. maddeler arasında, İsviçre ve Türk Medeni Kanunları'na benzer şekilde düzenlemiştir. Fransa'da aynı haklar, mülkiyet hakkı ve bölünmüş mülkiyet hakkı şeklinde ayrılmakta; intifa hakkı, bölünmüş bir mülkiyet hakkı olarak hak sahibine, mülkiyet hakkının içindeki bazı yetkilerin kendisine bir ayrıcalık tanımak suretiyle kurulmasıdır. İntifa hakkı CCF md. 578'de "başkasının mülkiyetindeki eşyadan kendisinininki gibi özünü koruyarak, yararlanma hakkı" olarak tanımlanmıştır. CCF md. 587, 60-464 sayılı, 18.05.1960 tarihinde yürürlüğe giren kanunla değiştirilerek günümüzdeki hâlini almıştır.

¹⁵ Saymen/Elbir, a.g.e., s.7; Reboul-Maupin, a.g.e., s. 85;

¹⁶ BJM 2006, s. 307, 28.04.2005, <https://www.swisslex.ch/doc/claw/4dfa9ebc-e41f-439c-b354-2ce4dd1f1878>, (Erişim T. 15.01.2019); Nomer/Ergüne, a.g.e., s. 13.

yararlanılması için elden çıkarma zorunluluğu bulunmaktadır¹⁷. Başka deyişle paradan yararlanılması için maddesel formunu kaybetmesi şartı aranmamakta ancak sadece elden çıkarılarak veya temlik edilerek¹⁸ yararlanılabileceği için tüketilebilen eşya olarak değerlendirilmektedir. Aslında basıldığı kâğıdın özünde bir değeri olmamakla birlikte, bir itibari değeri simgeleyen para gibi borsaya kayıtlı kıymetli evrak da, senedin devredilmesi suretiyle ekonomik değerinden yararlanıldığından, tüketilebilen eşyadır¹⁹.

Bir eşyanın kullanımı sırasında zamanla eskimesi, bir süre sonra ilk hâlini yitirmesi, tüketilebilen eşya niteliğinde olduğunu göstermez²⁰. Örneğin örtü, kumaş, araba, mobilya gibi eşyaların yıpranması kullanımının doğal sonucudur. Ayrıca sadece taşınmazlar tüketilebilen eşya olabilirler. Taşınmaz ise her zaman tüketilemeyen eşyadır. Taşınmazın kullanımı için tüketilmesi gerekliliği kavramsal olarak düşünülemezle birlikte, yararlanılması sırasında doğal afet vs. sebeplerle yok olması hâli, taşınmazı tüketilebilen eşya kategorisine sokmayacaktır.

Tüketilebilen eşya, eklenti de olamayacaktır²¹. TMK md.687’de “eklen-ti sayılamayanlar” kenar başlığıyla “*Asıl şeye zilyet olan kimsenin sadece geçici olarak kullanılması veya tüketilmesi için özgülünen...*” eşyaların eklenti olarak nitelendirilemeyeceği açıkça belirtilmiştir.

2-İNTİFA HAKKININ KURULMASI

a- TARİHÇESİ

Eşyanın tüketilebilen niteliğine göre yapılan ayırım, Roma Hukuku’nda başlayarak günümüze kadar varlığını sürdürmektedir. Roma Hukuku’nda intifa

¹⁷ Malaurie/Aynés, a.g.e., s. 47; Bichsel/Mauerhofer, a.g.e., s. 1575; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili, 9. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları, 2013, s. 22 (Zilyetlik); Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 13; (Fransa Temyiz Mahkemesi Chambre civile 1., 12.11.1998’de, verdiği 96-18.041 sayılı kararında, miras kalan menkul kıymet hesabının tüketilebilir nitelikte olduğuna karar vermiştir.)

¹⁸ Wieland, a.g.e., s. 471; Malaurie/Aynés, a.g.e., s. 47; Carbonnier, a.g.e., s. 95; Cornu, a.g.e., s. 408; Köprülü/Kaneti, a.g.e., s. 72; Aybay/Hatemi, a.g.e., s. 22;

¹⁹ Bichsel/Mauerhofer, a.g.e., s. 1576; Sirmen, a.g.e., s. 16; Aybay/Hatemi, a.g.e., s. 22;

²⁰ Bertan, a.g.e., s. 1485; Köprülü/Kaneti, a.g.e., s. 72; Sirmen, a.g.e., s. 15. Bkz: CCF md.589.

²¹ Steinauer, a.g.e., (Tome I), s. 39

hakkının ortaya çıkış sebebinin, *manus*²² işleminin yapılamadığı evliliklerde, kadın ve eşinin ailesi arasında bir hısımlık ilişkisi kurulamadığı ve eşi öldüğünde sağ kalan kadını, koruma amacı olduğu kabul edilmektedir²³. Bir tarafta sağ kalan kadının geçiminin sağlanması gerekliliği, diğer taraftan da malvarlığının ölenin ailesinden çıkmaması için, mülkiyet geçmeden malvarlığından yararlanarak sağ kalanın hayatını idame ettirmesi amacıyla intifa hakkı tesis edilmiştir. İntifa hakkı ilk dönemlerde sadece tüketilemeyen eşyalar üzerinde kurulmakta idi²⁴. Aksi halde intifa hakkı sona erdiğinde çıplak mülkiyet sahibinin, yöneltebileceği bir hak olmadığından zarara uğraması kesindi. Bu sebeple İlk İmparatorluk Dönemi başlarında bir *Senatus Consultum* ile tüketilebilen eşya üzerinde de teminat verilerek intifa hakkı kurulabileceği, ancak hak sahibinin mülkiyetini elde ettiği malı, hakkın sona ermesiyle birlikte mislen iade etmesi gerektiği; İustinianus Dönemi'nde ise mislen iade borcu yanında eşyanın değerinin para olarak da verilebileceği kabul edilmiştir²⁵. Bu duruma intifa hakkı benzeri anlamına gelen *quasi ususfructus* adı verilmiştir. Tüketilebilen eşya üzerinde kurulan hakkın, tam olarak bir intifa hakkı olarak görülmeyle yapılan bu adlandırmanın sebebi, bir eşyanın doğal tüketilebilir niteliği değiştirilemeyeceği halde, intifa hakkı için öngörülmuş teminatı yeni gelişen bu hukuki duruma uyarlayarak intifa hakkına benzer bir durum yaratılmasıdır²⁶. Tüketilebilen şeyler üzerinde kurulan intifa hakkı günümüzde de Roma Hukuku'ndakine benzer Fransızca'da *quasi usufruit*, Almanca'da *quasanutzniesung* şeklinde adlandırılmakta olup, gerçek olmayan intifa, intifa hakkı benzeri, şibih intifa, düzensiz intifa adları verildiği görülmektedir.

b-MÜLKİYETİN GEÇMESİ

Türk Medeni Kanunu md. 819/I “Tüketilebilen şeylerin mülkiyeti, aksi kararlaştırılmadıkça, intifa hakkı sahibine geçer; ancak, intifa hakkı sahibi geri verme sırasında bu şeylerin o günkü değerini ödemekle yükümlü olur.” hükmüyle tüketilebilen eşya üzerinde kurulan intifa hakkında eşyanın mülkiyetinin, intifa hakkı sahibine geçeceğini ifade etmektedir. Mehaz İsviçre Medeni Kanu-

²² *Manus*: Aile reisi *Pater Familias*'ın hâkimiyeti altına girmektir. *Manus* altına girmeyen kadının ne eşinin ailesi ne de kendi çocuklarıyla hısımlık ilişkisi kurulur.

²³ Erkan Küçükgüngör, Roma Hukukunda İntifa Hakkı (Ususfructus), Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998, s. 22

²⁴ Ziya Umut, Roma Hukuku Eşya Hukuku Ayni Haklar, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1985, s. 150.

²⁵ Karadeniz Çelebican, a.g.e., s. 258.

²⁶ Küçükgüngör, a.g.e., s. 45

nu'nda da hüküm benzer niteliktedir (CCS md.772)²⁷. Oysa TMK md.794²⁸ vd.'da yer alan genel intifa hakkı, üzerinde kurulan eşyanın zilyetliğinin hak sahibine devredilerek kendisinin eşyayı kullanması ve yararlanmasını (*usus* ve *fructus*) amaçlamaktadır. Bu amacı gerçekleştirirken kural zilyetliğin devredilmesi olup eşyanın mülkiyeti, eşya ile birlikte devredilmeyerek, çıplak mülkiyet hakkı sahibinde kalmaktadır. İntifa hakkıyla mülkiyet arasındaki en önemli fark, mülkiyetin içeriğinde bulunan *usus*, *fructus* ve *abus* yetkilerinden tüketim yetkisinin (*abus*) intifa hakkı sahibine tanınmamasında yatmaktadır. Ancak tüketilebilen eşya üzerinde kurulan intifa hakkında bu kurala istisna getirilerek, eşyanın mülkiyeti de intifa hakkı sahibine geçmektedir²⁹. TMK md.794'e göre kurulmuş bir sınırlı aynı hak olan intifa hakkının eşyanın hâkimiyeti ve bunun getirdiği tüketme yetkisi kendisinde bulunan mülkiyet hakkını elinde tutan çıplak mülkiyet sahibinin karşısında, eşyanın özüne dokunamayacak taraf olan intifa hakkı sahibi yer almaktadır³⁰. Fakat tüketilebilen eşyanın tek bir kullanımla dahi niteliği itibarıyla doğal olarak yok olacağı göz önüne alındığında intifa hakkı sona erdiği zaman, tükenmiş eşya iade edilemeyecektir. Bunun sonucunda intifa hakkı sahibinin, eşyayı kullanma ve yararlanmanın yanında eşya üzerinde istediği gibi tasarruf edebilme, tüketme, hatta intifa hakkına yabancı olacak şekilde üçüncü kişilere devretme hakkı ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki kural olarak intifa hakkı devredilmeyen ve mirasçılara geçmeyen bir hak olarak, hakkın konusu eşyanın çıplak mülkiyet sahibi tarafından üçüncü kişiye devredilmesi imkânı bulunmakla birlikte, hak sahibi iade yükümlülüğü sebebiyle eşyayı devredememektedir. Oysa intifa hakkının kurulduğu tüketilebilen eşyanın intifa hakkı sahibi tarafından devredilmesi, mülkiyet de intifa hakkının kurulmasıyla birlikte geçtiği için mümkündür. Sadece devir değil, hakkın kurulmasıyla birlikte mülkiyeti devralan hak sahibi, eşyayı kendi malvarlığına dâhil ederek miras olarak

²⁷ TMK md.819 ile CCS md.772 arasında intifa hakkının kurulmasıyla mülkiyetin geçmesine ilişkin hüküm benzer olmasına rağmen, sona erme hâlinde değer ödenmesi ile ilgili farklar aşağıda belirtilmiştir. Bkz. B-Ödenecek değer kapsamı

²⁸ TMK md.794 “*İntifa hakkı, taşınurlar, taşınmazlar, haklar veya bir malvarlığı üzerinde kurulabilir.*

Aksine düzenleme olmadıkça bu hak, sahibine, konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlar.”

²⁹ Tüketilebilir eşyanın mülkiyetinin intifa hakkı sahibine geçmesinin kavramsal zorunluluk yaratmayıp, sadece pratik açıdan amaca uygunluk düşüncesiyle hareket edilmesine ilişkin bkz; Özen, a.g.e., s. 461.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz Gökçe Canarlan, İntifa Hakkının Sona Ermesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 19 vd.

da bırakması mümkündür³¹. Hakkın kurulduğu sıradaki malik, hakkın konusu tüketilebilen eşya üzerindeki hak sahibinin tasarruflarına müdahale edemeyecektir³².

Tüketilebilen eşya üzerinde intifa hakkının kurulması imkânı ile bir daha kullanılmayacak hale gelecek eşyalardan dahi ekonomik olarak değerlendirilip, onlardan faydalanmak amaçlanmaktadır. Aksi halde örneğin bir ton portakal üzerinde intifa hakkı kurulmasıyla, intifa hakkı sahibinin ondan yararlanmak üzere tüketmesiyle birlikte sona erdiğinde iade edilemeyeceği için, malikin bir daha bu çeşit mallarda intifa hakkı kurmayı tercih etmeyeceği kesindir. İntifa hakkı kurulacak eşyaların sınırlarını daraltmamak için de bu şekilde gerçek olmayan bir intifa hakkı kurulması düşüncesi getirilmiştir.

Tüketilebilen eşya üzerindeki intifa hakkı da TMK md.795'de yer alan genel hükümlere göre kurulacaktır³³. TMK md.795 uyarınca hakkın kurulması için taşınır eşyada zilyetlik devredilmeli ve aksine düzenleme olmadıkça mülkiyete ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Ayrıca tüketilebilen eşyanın da üzerinde mülkiyet hakkı kurulabilecek nitelikte olması gerekmektedir. Örneğin kamuya ait bir eşya üzerinde bu haktan söz edilemeyecektir. Ayrıca eşyanın tek bir kişiye ait olması önemli değildir. Zira elbirliği veya paylı mülkiyet hallerinde de intifa hakkı kurulabilecektir. Taşınır mülkiyetinin kazanılması için geçerli bir kazanma sebebinin gerekliliğine ilişkin yapılan sebebe bağlılık- sebepten soyutluk tartışmaları intifa hakkında da söz konusudur³⁴. İntifa hakkının genel hükümlerinden hakkın kurulmasına ilişkin olanların yanısıra tüketilebilen eşya üzerindeki intifa hakkına, süreye bağlı kurulan haklarda (TMK md. 797), teminat verilmesine (TMK md. 808) ve defter tutmaya (TMK md.811) ilişkin hükümlerin de uygulanması mümkündür³⁵.

Hakkın konusu tüketilebilen eşya olduğunda, intifa hakkı kurulduğunda zilyetliğin devri ile mülkiyet de hak sahibine geçmektedir. Aksine anlaşma olmadığında TMK 819/I'e göre intifa hakkının kurulması ile eşyanın mülkiyeti, tarafların iradesi aranmaksızın hak sahibine geçmektedir. Bu halde mülki-

³¹ Steinauer, a.g.e., (Tome III), s. 44.

³² Baumann, a.g.e., s. 302; Ayan, a.g.e., s. 82.

³³ Thurnherr, a.g.e., s. 488;

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 857

³⁵ Bichsel/Mauerhofer, a.g.e., s.1576; Thurnherr, a.g.e., s. 489.

yet kendiliğinden, kanun gereği *ipso iure*³⁶ devredilmektedir. Tarafların mülkiyetin devrine ilişkin bir amaçları olmasa dahi, hak sahibi eşya üzerinde malikin hak ve yetkilerine sahip olmaktadır³⁷. Başka deyişle intifa hakkı kurulurken tarafların iradelerinin uyuşmasıyla yapılan tasarruf işleminin kurucu unsuru olan aynî sözleşmeyle, mülkiyet hakkı kazanılmakta, tasarruf işlemi kazandırılmak istenen aynî haktan (intifa hakkı) başka bir aynî hakkı (mülkiyet hakkını) kazandırmaktadır³⁸. Mülkiyetin hak sahibine geçmesi, intifa hakkının kurulmasıyla baştan itibaren gerçekleşmekte, eşyanın tüketilmiş olması şartları aranmaktadır.

Tüketilebilen eşyalarda mülkiyetinin geçmesi kuralı, emredici bir hüküm değildir. Tarafların aksini açıkça kararlaştırmaları ve hakkın konusu tüketilebilen eşya olsa bile gerçek bir intifa hakkı kurmaları mümkündür. İsviçre Medeni Kanunu hazırlık çalışmaları sırasında Uzmanlar Komisyonu'nda bütün intifa haklarını kapsayacak şekilde hakkın kurulmasıyla birlikte mülkiyetin geçmesi düşüncesi ortaya atılmış ve bunun pek çok sorunları engelleyeceği öne sürülmüştür³⁹. Ancak o sırada yürürlükteki sağ kalan eşin mirasta mülkiyet yerine intifa hakkını seçmesi hâlinde, intifa hakkıyla birlikte mülkiyetin kendisine geçerek, çocukların aleyhine durum yaratılacağı düşünülerek mülkiyetin geçmesi sadece tüketilebilir eşyaya hasredilmiştir.

Tüketilemeyen eşyalar üzerinde de tarafların anlaşmasıyla, TMK md. 819/I hükümlerine göre intifa hakkı kurulabilir⁴⁰. Bu halde yapılan anlaşmanın gizli bir satış sözleşmesi olarak kabul edilerek, satış bedelini ödeme borcunun hemen muaccel olmayacağı ve tarafların anlaşarak, eşyanın teslim edilmesiyle mülkiyet hakkının sona ereceğini kararlaştırdıkları sonucuna varılabilir⁴¹. Bunun sonucunda intifa hakkı sona erdiğinde satış bedelinin muaccel olup, hakkın kurulduğu sıradaki malike ödenmesi gerekmektedir. Ancak bu şekilde davranmak yerine aynı sonuca TMK md.819/II ile ulaşılması mümkündür. TMK

³⁶ Baumann, a.g.e., s. 303; Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s. 874; Köprülü/Kaneti, a.g.e., s. 73;

³⁷ Wieland, a.g.e., s. 471; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 857; Köprülü/Kaneti, a.g.e., s. 73

³⁸ Özen, a.g.e., s. 462.

³⁹ Baumann, a.g.e., s. 301; Özen, a.g.e., s. 459.

⁴⁰ Baumann, a.g.e., s. 303; Wieland, a.g.e., s. 472; Carlin, a.g.e., s. 88; Bichsel/Mauerhofer, a.g.e., s. 1575; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 857; Köprülü/Kaneti, a.g.e., s. 73; Bertan, a.g.e., s. 1485;

⁴¹ Bertan, a.g.e., s. 1486; Baumann, a.g.e., s. 301

md.819/II “İntifa hakkı sahibi, değeri biçilerek kendisine teslim olunan diğer taşınırlar üzerinde, aksi kararlaştırılmadıkça, serbestçe tasarrufta bulunabilir; ancak, bu yetkisini kullandığı takdirde bu şeylerin biçilen değerlerini geri verme sırasında ödemekle yükümlü olur.” ifadesiyle intifa hakkı sahibinin eşyada serbestçe tasarruf edebileceği belirtilmiştir. Maddenin kapsamına değeri biçilerek teslim edilen taşınır⁴² eşyalar girmektedir. Böylece değerinin biçilerek teslimi ile tüketilemeyen eşyanın, tüketilebilen eşya ile aynı kategoriye girdiği ve hak sahibinin intifa hakkı sona erdiğinde, belirlenmiş değeri talep hakkı doğduğu kabul edilmelidir⁴³.

Tüketilebilen nitelikte olan bir eşyanın üzerinde TMK md.819/I’de yer alan genel hükümlere göre intifa hakkı kurarak tüketilecek zamana kadar mülkiyetin malikte kalması kararlaştırılabileceği gibi, başlangıçta genel hükümler uyarınca kurulan intifa hakkı, sonradan hak sahibine tüketme yetkisi verilerek, tüketilebilen eşyaya ilişkin intifa hakkına dönüştürülebilir⁴⁴.

Tüketilebilen eşya genellikle misli eşyalardan olmasına rağmen, bu mutlak zorunluluk değildir⁴⁵. Örneğin seri hâlinde üretimi yapılan giysiler, ayakkabılar misli eşya olmakla birlikte tüketilebilen nitelikte değildir. Tersine özel bir davet için süslenerek imal edilen pasta da, misli olmamasına karşılık, tüketilebilen bir eşyadır. Öyleyse tüketilebilen eşya üzerinde kurulan intifa hakkından bahsedebilmek için eşyanın her zaman misli olması gerekmemekte, çünkü sadece maddesel niteliği ile değil, özgülendiği amacın da dikkate alınarak bu ayrımın yapılması gerekmektedir.

Tüketilebilir eşya üzerinde kurulan intifa hakkı, zilyetlikle birlikte hak kurulurken mülkiyetin de geçmesi sebebiyle, intifa hakkından ayrılmaktadır. İntifa hakkı, mülkiyet hakkını sınırlayan bir aynî hak olmasına rağmen, TMK md. 819 uyarınca kurulan hak ile taraflar arasında bir şahsî ilişki meydana gel-

⁴² TMK md.819/II ve CCS md.772/II metinlerinde açıkça “taşınır” yazmasına rağmen bazı yazarlar (Piotet, a.g.e., s. 150; Thurnherr, a.g.e., s. 489; Steinauer, (tome III) a.g.e., s. 45; Müller, a.g.e., s. 1429) taşınmazlara da hükmün uygulanacağını belirtmektedirler. (Aksi görüş Baumann, a.g.e., s. 304.)

⁴³ Piotet, a.g.e., s. 149

⁴⁴ Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s. 874

⁴⁵ Wieland, a.g.e., s. 471; Tekinay, a.g.e., 20. Akıntürk, a.g.e., s. 681 (Yazar, cinsiyle belli taşınırların kullanılmasının çoğunlukla onların tüketilmesini gerektirdiği için, cinsiyle belli eşyalar üzerinde kurulan intifa hakkının özellik gösterdiğini belirtmektedir.)

mektedir⁴⁶. İsviçre’de doktrinde neredeyse oybirliğiyle, tüketilebilen eşya üzerinde kurulan intifa hakkının, sınırlı aynî hak olmadığı görüşü benimsenmektedir⁴⁷. Tüketilebilen eşya üzerindeki intifa hakkının bir sınırlı aynî hak olmadığı kabul edildiğinde hakkın kurulmasından önceki malikin, çıplak mülkiyet sahibi sıfatını kaybettiği ve bunun sonucunda sadece eşyanın değerine ilişkin bir alacağı talep hakkına sahip olduğu sonucuna varılmaktadır⁴⁸. Başka deyişle tüketilebilir eşya üzerinde kurulan intifa hakkı sona erdiğinde hak sahibinin karşı tarafa eşyanın değerini para ile tazmin borcu doğmaktadır. Böylece taraflar arasındaki eşya hukukuna ilişkin hükümlerce kurulan, uygun düştüğü ölçüde TMK md.794 vd. yer alan intifa hakkına ilişkin kurallar uygulanacak ilişki, mülkiyetin devredilmesinin sonucu olarak, bir borç ilişkisi hâline gelmektedir.

Wieland, tüketilebilen eşya üzerinde hakkın kurulmasıyla hak sahibinin malik olmadığını ancak eşyada serbestçe tasarruf etme imkânına sahip olduğunu ve sona erme ile birlikte değerinden sorumluluğunu ifade etmektedir⁴⁹. Yazar bu şahsî ilişkinin sonucunda hak sahibinin malik değil alacaklı sıfatını taşıdığını belirtmektedir⁵⁰. Bazı yazarlar da bu durumu *sürelî bir mülkiyet* ilişkisine benzetmektedirler⁵¹. Ancak mülkiyet hakkının süreye bağlı kurulamayacağı bir yana, kabul ettiğimiz görüş uyarınca tüketilebilir eşya üzerinde kurulan intifa hakkının, tam anlamıyla bir aynî hak dahi olmayarak, borçlar hukuku hükümlerince taraflar arasında nisbî bir borç ilişkisi meydana getirdiğinden, bu ifadeye katılmamaktayız.

Türk Medeni Kanunu md. 819 uyarınca kurulan hakkın bir borç ilişkisi olmasının sonucunda hak sahibi, TMK md.794’de yer alan intifa hakkına ilişkin düzenlenen eşyayı muhafaza etmek, özdeğerini korumak için gerekli bakımı yapmak (TMK md.812), eşyanın olağan bakımı, işletme giderlerini, vergilerini ödemek (TMK md.813), eşyayı gerektiğinde sigorta ettirmek (TMK md.815)

⁴⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 827; Wieland, a.g.e., s. 471; Ayan, a.g.e., s. 82; Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s. 874.

⁴⁷ Piotet, a.g.e., s. 149; Steinauer, a.g.e., (Tome III), s. 44; Carlin, a.g.e., s. 88.

⁴⁸ Piotet, a.g.e., s. 149.

⁴⁹ Wieland, a.g.e., s. 471.

⁵⁰ Aksi görüş için bkz: Steinauer, a.g.e., (Tome III), s. 44; Piotet, a.g.e., s. 149. Türk ve İsviçre Medeni Kanunları’nda açıkça mülkiyetin geçtiği ifadesi yer almaktadır.

⁵¹ Serozan, a.g.e., s. 338. Yazar “*adeta bir sürelî bir mülkiyet*” ifadesiyle mülkiyet hakkı olduğunu iddia etmemekte, sadece bir benzetme yapmaktadır.

gibi borçlardan hakkın kurulduğu sıradaki malike karşı sorumlu olmayacaktır⁵². Ancak malik de TMK md. 807'de yer alan hakkın konusu malın hukuka aykırı veya niteliğine uygun düşmeyen kullanımına ilişkin gözetim hakkından feragat etmiş sayılacaktır⁵³. İntifa hakkı sahibi, mülkiyeti devralmakla birlikte tüm riskleri ve yükleri de üzerine almış sayılmaktadır⁵⁴. Meydana gelebilecek risklere, eşyanın hukuki ve fiili tasarruf yetkisini elinde bulunduran intifa hakkı sahibinin katlanması, aynı zamanda “*intifa hakkının kurulmasıyla eşyanın mülkiyetinin hak sahibine geçmesi*” kuralının da kavramsal zorunluluk yerine pratik bir amaçtan kaynaklandığını göstermektedir⁵⁵. Eşyanın yok olması ve hasar görmesi riski ile birlikte meydana gelen yararlar da hak sahibine geçmektedir. Bunun sonucunda örneğin intifa hakkı sahibi iflas ederse, intifa hakkını kuran malik, mülkiyet hakkı sona erdiğinden eşya üzerinde istihkak iddiasında bulunamayacaktır⁵⁶.

Tüketilebilen şeyler üzerinde intifa hakkı kurulmasıyla kazanılan mülkiyet hakkı, tarafların iradesinden bağımsızdır. Ancak bazı durumlarda tarafların seçim hakkı söz konusu olabilir. Örneğin intifa hakkına alacaklardan oluşan bir sermaye konu edildiğinde, karşımıza iki ihtimal çıkar⁵⁷. Taraflar ya alacağın gelirini elde etmek üzere bir intifa hakkı (TMK md. 820)⁵⁸ veya alacak hakkı üzerinde bir TMK md. 822'ye göre tüketilebilen şeylere ilişkin bir intifa kuracaklardır. TMK md.822 “*İntifa hakkı sahibi, alacağın ve kıymetli evrakin devri sırasındaki değeri tutarında devredene karşı bunların bedelini ödeme borcu altına girer ve feragat edilmedikçe bu borç için ayrıca güvence göstermekle yükümlü olur.*” hükmüyle intifa hakkının sona ermesi hâlinde hak sahibinin, devredene karşı alacağın bedelini ödeyeceği ifade edilmiştir. İki ihtimal arasındaki fark, ilkinde hak sahibi sadece alacağın geliri ile yetinmek zorunda kalmakta iken, ikinci durumda alacağı devraldığı için, ancak değerinden sorumlu olacaktır.

⁵² Steinauer, a.g.e., (Tome III), s. 44; Bertan, a.g.e., s. 1486.

⁵³ Baumann, a.g.e., s. 302.

⁵⁴ Bichsel/Mauerhofer, a.g.e., s. 1576; Baumann, a.g.e., s. 302.

⁵⁵ Özen, a.g.e., s. 461.

⁵⁶ Bertan, a.g.e., s. 1485, ancak bu halde intifa hakkını kuran malikin, henüz muaccel olmamış alacağının bulunduğu göz ardı edilmemelidir.

⁵⁷ Antoine Eigenmann, L'effectivité des sûretés mobilières étude critique en droit suisse au regard du droit américain et propositions législatives, Universitätsverlag Freiburg, Schweiz, 2001, s. 43.

⁵⁸ TMK md.820 “Bir alacak üzerindeki intifa hakkı, onun getirisini edinme yetkisi verir.”

c-TEMİNAT GÖSTERME YÜKÜMÜ

Türk Medeni Kanunu md.794 hükümlerine göre kurulmuş genel intifa hakkında, çıplak mülkiyeti malikte kalarak hak sahibine, zilyetliği devredilen hakkın konusu eşyanın özensiz kullanımının malike zarar vermesini engellemek amacıyla TMK md.808/I “*Haklarının tehlikeye düştüğünü ispat eden malik, intifa hakkı sahibinden güvence isteyebilir.*” hükmü bulunmaktadır. Sözgelimi hak sahibinin kendisinin veya kullanımını bıraktığı üçüncü kişinin eşyayı, hukuka ya da eşyanın niteliğine aykırı kullanması hâlinde malik, hakkının tehlikeye düştüğünden bahisle hak sahibinden teminat verilmesini talep edebilir. Buna karşılık TMK md.808/II’de ise “*İntifa hakkının konusu tüketilebilen şey veya kıymetli evrak ise, malik tehlikenin ispatına gerek olmaksızın teslimden önce de güvence isteyebilir.*” hükmü ile tüketilebilen eşyada genel kurala istisna getirilmiştir.

Kural olarak TMK md.794’e göre kurulan intifa hakkı sona erdiğinde eşyanın çıplak mülkiyet sahibine alındığı şekliyle geri verilmesi gerektiğinden, geri verme borcu eşyanın kötüleşmesi veya yok olması sebebiyle yerine getirilemediği veya değerinin azaldığı hâllerde intifa hakkı sahibinin, malikin zararını tazmin etmesi gerekmektedir⁵⁹. Tazmin borcu, hak sahibinin elindeki eşyanın amacına uygun kullanılmamış, koruma yükümlülüğü yerine getirmemiş, olağan bakımının yapılmaması gibi çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir⁶⁰. Bu sebepler genellikle eşyanın hak sahibinin elinde olduğu sıradaki özen gösterme yükümlülüğünün ihlâl edilmesi hâlinde, kısmen veya tamamen zarara uğramasıyla ilgilidir. TMK md.800/I’e göre hak sahibi, zararın kendi kusurundan ileri gelmediğini ispat etmedikçe, malın yok olmasından veya değerinin azalmasından sorumlu olmaktadır. Bununla birlikte intifa hakkı sahibinin malın olağan kullanılması sonucunda meydana gelen değer azalmalarından sorumlu olmadığı ancak yararlanması için gerekli olmadığı hâlde tükettiği şeyleri tazmin etmesi gerektiği TMK md.800’de açıkça belirtilmiştir. “*Yararlanması için gerekli olmadığı şeyler*” ifadesi aslında tüketilebilir nitelik taşımamasına rağmen tükettiği, başka ifadeyle hak sahibinin intifa hakkının kendisine verdiği kullanma ve yararlanma

⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için Canarşlan, a.g.e., s. 195 vd.

⁶⁰ Hakkın konusu bir yarış atı olmasına rağmen tarla işlerinde kullanılması amaca aykırı kullanıma; hakkın konusu evcil hayvanın barınağındaki kapısının kapatılmayarak kaçmasına sebep olunması koruma yükümlülüğünün yerine getirilmemesine; hakkın konusu aracın camlarının kırılmasına rağmen taktırılmayıp aracın döşemelerine yağmurun zarar vermesi ise olağan bakımının yapılmamasına örnektir. Bunların sonucunda geri verme yükümlülüğü, hayvanın kaçmasında hiç ve diğer hâllerde gereği gibi yerine getirilemeyecektir.

amacını aşarak eşyayı yok ettiği hâllerde tazmin yükümlülüğünün, çıplak mülkiyet sahibinin ispatına gerek kalmaksızın kendiliğinden ortaya çıkması sonucunu doğurmaktadır. Örneğin hak sahibinin üzümleri yemesi veya satarak gelir elde edilmesi için bir üzüm bağı üzerinde kurulan intifa hakkında, hak sahibinin bağdaki bitkilerini sökerek bulunduğu arsaya ev yapması durumunda, uzun yıllara dayanıklı bitkilerinin tüketilebilir nitelik taşımamasına rağmen tüketildiği için tazmin yükümlülüğü doğacaktır. Ancak tazmin yükümlülüğü intifa hakkının sona ermesinin ardından eşyanın geri verilmesi aşamasında gündeme gelmekte, intifa hakkı devam ederken eşyanın hukuka veya niteliğine aykırı kullanımında, çıplak mülkiyet sahibinin TMK md.807 uyarınca hakkın kullanılış biçimine itiraz etme hakkı bulunmaktadır⁶¹. Şüphesiz ki hak sahibine üzüm bağı üzerinde değil de dalından koparılmış üzümler üzerinde intifa hakkı kurulduğu zaman, hakkın özgülleme amacı göz önüne alınarak sona erme hâlinde tüketilebilir eşya olan üzümlerin geri verilmesi değil değerinin ödenmesi beklenmektedir.

İntifa hakkı tüketilebilen eşya üzerinde kurulduğunda mülkiyetin devredilmesiyle birlikte bir borç ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Ancak hakkın sona ermesine kadar bu ilişkideki borç, muaccel olmamaktadır. TMK md.808/I'de yer alan genel kuralın uygulanabilmesi için "*malikin haklarının tehlikeye düşmesi*" şartının ispatlanması gerekmektedir⁶². Bu tehlikeyi malikin ispat etmesi gerekirken, hak sahibinin kusuru aranmamaktadır. Oysa tüketilebilen eşyanın niteliği itibarıyla bu şartın gerçekleşmiş olduğu varsayılarak, başka deyişle yararlanmak için eşyanın zaten yok olması gerektiği kabul edildiğinden, TMK md.808/II'de tehlikenin varlığının ispatına gerek olmadan teminatın istenebileceği ifade edilmektedir. Tüketilebilir eşya üzerinde kurulan intifa hakkı sona erdiğinde, geri verme söz konusu olmadığı için eşya kullanılırken özen göster-

⁶¹ İntifa hakkı süresince eşyanın hukuka veya niteliğine aykırı kullanımı hâlinde genel hükümlerdeki (TBK md.112) tedbirlerin alınması ve çıplak mülkiyet sahibinin uyarılarak olağan bakım yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlamak, sonuç alınmadığında hâkim tarafından üçüncü kişinin görevlendirilmesini talep etme gibi imkânların kullanılması gerekliliği ifade edilmektedir. Steinauer, (tome III) a.g.e., s. 33; Piotet, (traité) a.g.e., s. 169; Pierre Engel, "Le Point sur la Partie Générale du Droit des Obligations," Revue Suisse de Jurisprudence, ed. Gaudenz G. Zindel, Hans Schmid, Pascal Pichonnaz, no: 101/2005, Schulthess Juristische Medien AG, s. 195; aksi görüş Baumann, a.g.e., s. 192.

⁶² Wieland, a.g.e., s. 451; Steinauer, a.g.e., (Tome III), s. 34; Piotet, a.g.e., s. 163; Thurnherr, a.g.e., s. 475; Baumann, a.g.e., s. 198; Sirmen, a.g.e., s. 556; Esener/Güven, a.g.e., s. 436; Akıntürk, a.g.e., s. 691; Aybay/Hatemi, a.g.e., s.266; Bertan, a.g.e., s. 1429; Köprülü/Kaneti, a.g.e., s. 107; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 857; Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s. 935; Tekinay, a.g.e., s. 492; Ayan, a.g.e., s. 88; Saymen/Elbir, a.g.e., s. 526.

me yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir. Ayrıca mülkiyetin de hak sahibine geçeceği kabul edildiğinden, çıplak mülkiyet sahibinin dezavantajlı durumu ve zarar görmesi kaçınılmazdır. Bütün bunlar bir arada değerlendirildiğinde çıplak mülkiyet sahibinin intifa hakkı sahibinden teminat isteyebilmesi için eşyanın zarara uğraması veya ihtimali gerekmemekte ve kanun koyucu mülkiyetin geçmesini bir tehlike olarak gördüğünden çıplak mülkiyet sahibinin tehlikeyi ispat yükü de ortadan kaldırılmaktadır.

Tüketilebilen eşya üzerinde kurulan intifa hakkı ile mülkiyet hak sahibine geçeceği için, malvarlığına dâhil olarak hak sahibi iflas ettiğinde çıplak mülkiyet sahibi, diğer alacaklılardan daha avantajlı olmayacak, onlarla aynı hükümlere tâbi olacaktır. Çünkü hakkın sona ermesiyle geri verme borcu bulunmayarak, eşyanın değerinin ödenmesi gerekmekte, başka deyişle intifa hakkı bir borç ilişkisi hâline geldiğinden, çıplak mülkiyet sahibine ödeme yapılmasını gerektirecek bir önceliğe sahip olmamaktadır. Bu sonucun önlenmesi için intifa hakkı kurulurken teminat istenmesi yeterli olacaktır. Hak sahibinin teminat vermeye yanaşmaması durumunda, teminat verilinceye kadar çıplak mülkiyet sahibinin eşyanın zilyetliğini devretme borcunu yerine getirmekten kaçındığında temerrütten söz edilemeyecektir⁶³. Bununla birlikte çıplak mülkiyet sahibi intifa hakkını kurmak ve eşyanın zilyetliğini devretmek istemesine rağmen, hak sahibinin teminatı ödememesi hâlinde hâkim tarafından, gerekli teminat sağlanıncaya kadar eşyanın kayyımına devredilmesine karar verilebilir (TMK md.810)⁶⁴.

İstenecek teminatın eşyanın değerine uygun olarak takdir edilmesi gerekmektedir. Teminatın kapsamı kanunda sınırlı olarak belirlenmemiştir. Aynî (rehin) veya şahsî (kefalet)⁶⁵ olabileceği gibi hak sahibinin kişiliğinden kaynaklanıyorsa kendisine vasi tayini gibi sair bir tedbirin de uygulanması mümkün-

⁶³ Bertan, a.g.e., s. 1432.

⁶⁴ TMK md.810: *İntifa hakkı sahibi, kendisine tanınan uygun süre içinde güvence göstermez veya hakkın konusu olan malı malikin itiraz etmesine rağmen hukuka aykırı şekilde kullanmaya devam ederse; sulh hâkimi, yeni bir karara kadar intifa hakkı sahibinin zilyetliğini kaldırarak hakkın konusunu atayacağı bir kayyım tevdî eder.*

⁶⁵ Baumann, a.g.e., s. 198; Wieland, a.g.e., s. 451; Thurnherr, a.g.e., s. 475; Steinauer, a.g.e., (Tome III), s. 35; Piotet, a.g.e., s. 174; Bichsel/Mauerhofer, a.g.e., s. 1559; Köprülü/Kaneti, a.g.e., s.109; Sirmen, a.g.e., s. 556; Esener/Güven, a.g.e., s.436; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 857; Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s. 936; Tekinay, a.g.e., s. 492; Ayan, a.g.e., s. 88; Saymen/Elbir, a.g.e., s. 527.

dür⁶⁶. Kapsam ve niteliği hakkında çıkan uyuşmazlık, hâkim tarafından belirlenmesi suretiyle son bulacaktır. TMK md.800/I'e göre hâkim, eşyanın uğrayabileceği tehlikenin ispatından sonra karar vereceği için tehlikenin ağırlığı sözgelimi işlenen fiilin eşyanın tamamen yok olmasına mı yoksa bir miktar değer azalmasına mı sebep olduğu hususuyla birlikte eşyanın değer eksikliği dikkate alınacaktır. Oysa TMK md.800/II'de yer alan tüketilebilen eşya üzerinde kurulan intifa hakkında teminat, eşyanın tüm değeri kadar olacaktır⁶⁷.

3-İNTİFA HAKKININ SONA ERMESİ

a-EŞYANIN DEĞERİNİN ÖDENMESİ

Tüketilebilen eşya üzerinde intifa hakkı kurulmasıyla mülkiyet, hak sahibine geçtiğinden, aradaki ilişki bir borç ilişkisi hâline gelmiştir. Eşyadan yararlanılması için tüketilmesi gerektiği için TMK md.794 vd.da yer alan intifa hakkıyla ilgili genel hükümlerden ancak uygun düşenlerin uygulanması mümkündür. TMK md.819/I'e göre intifa hakkı sahibi, geri verme sırasında eşyanın değerini ödemelidir. Geri verme borcu, hakkın sona ermesi ile doğmaktadır. TMK md.796 vd. hükümlerinde intifa hakkının genel sona erme sebepleri belirtilmiştir. Tüketilebilen eşyanın değerinin ödenmesi için sona ermenin hangi sebepten kaynaklandığı önemlidir⁶⁸. Ancak bu sebeplerden sadece niteliğine uygun düşenler tüketilebilen eşya üzerinde kurulan intifa hakkına uygulanabilecektir. Sona ermenin, süreye bağlı intifa hakkında sürenin dolması, yasal intifa hakkında sebebin ortadan kalkması gibi kendiliğinden gerçekleşebileceği gibi hukukî işlemle veya mahkeme kararıyla da gerçekleşmesi mümkündür. Buna karşılık örneğin TMK md.796/II'de yer alan genel intifa hakkında hak sahibinin ölümü hâlinde intifa hakkı, devredilemeyeceği için sona ermektedir. Oysa tüketilebilen eşya üzerinde kurulan intifa hakkının, hak sahibinin ölümüyle sona erdiğinde ilişki, hak sahibinin karşı tarafa eşyanın değerini borçlandığı borç ilişkisine dönüştüğü için bu şahsî borç, mirasçılara devredilebilecektir.

Türk Medeni Kanunu md.794 vd.da yer alan genel hükümlerde hakkın sona ermesiyle çıplak mülkiyet sahibinin eşyanın geri verilmesi talebine karşılık, hak sahibinin de bazı talepleri bulunduğu belirtilmektedir. Bunlar özellikle hakkın konusu eşyanın aynen iade edilmemesi durumunda çıplak mülkiyet sa-

⁶⁶ Esener/Güven, a.g.e., s. 436.

⁶⁷ Köprülü/Kaneti, a.g.e., s.109; Bertan, a.g.e., s. 1433.

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: Canarlan, a.g.e. s. 199 vd.

hibinin zararının tazmin edilmesiyle ilgilidir. Bu tazmin borcu hak sahibinin özen gösterme yükümlülüğünü ihlâl etmesiyle, eşyayı amacına uygun kullanılmamasından (TMK md.807), koruma yükümlülüğünün yerine getirmemesinden ve olağan bakımın yapılmamasından (TMK md.812) doğan eşyanın kısmen veya tamamen zarara uğramasıyla ilgilidir. Hatta hak sahibi, eşyayı iade ederken TMK md.800/II'ye göre yararlanması için zorunlu olmadığı hâlde tükettiği şeyleri de tazmin etmekle yükümlüdür⁶⁹. Buna karşılık genel hükümler, tüketilebilen eşyaya sadece uygun düştüğü sürece uygulanabileceği için, hak sahibi mülkiyeti devralmakla birlikte tüm riskleri ve yükleri de üzerine almış sayıldığı için⁷⁰, sona erme hâlinde bu gibi borçlar artık konusuz kalmıştır⁷¹. TMK md.819/I'e göre kurulan intifa hakkı devam ederken eşyanın akıbeti çıplak mülkiyet sahibini etkilemeyecek, ancak hak sona erdiğinde değerini talep etmekle yetinecektir.

Türk Medeni Kanunu md.794 vd. da yer alan intifa hakkıyla ilgili genel hükümlere göre hakkın sona ermesiyle çıplak mülkiyet sahibi, eşyanın kendisine geri verilmesini talep edebilecektir. Talep, intifa hakkının sona ermesinden itibaren on yıl içinde zamanaşımına uğrayacaktır. Çünkü eşyanın iadesi şahsî borç ilişkisinden doğan nisbî hak olduğu için, genel zamanaşımı süresi TBK md.146'ya göre on yıldır⁷². Bu kural tüketilebilen eşyada da hakkın sona ermesiyle birlikte eşyanın iadesi için değil ancak eşyanın değerinin ödenmesi için uygulanabilecektir. Başka deyişle tüketilebilen eşya üzerinde kurulan intifa hakkı sona erdiğinde, tüketilmiş eşyayı geri verme borcu, niteliği sebebiyle değerinin ödenmesi hâline gelecek; geri verme, borcun ifa edilmemesinin bir sonucu ve intifa hakkını kuran sözleşme sebebiyle yasal dayanağı TBK md.112 olduğundan, sözleşmeler için genel zamanaşımı süresi olan on yıl (TBK md.146) uygulanacaktır⁷³.

⁶⁹ Bu halde tüketimle, eşyanın özdeğerine zarar verildiği için tazmin yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır.

⁷⁰ Bichsel/Mauerhofer, a.g.e., s. 1576; Baumann, a.g.e., s. 302.

⁷¹ Bertan, a.g.e., s. 1486.

⁷² Piotet, (traité) a.g.e., s. 179; Baumann, art.751, a.g.e., s. 113; Steinauer, (tome III) a.g.e., s. 39; Özen, a.g.e., s. 208.

⁷³ MK md.802'de yer alan "*Geri verme anında malik ve intifa hakkı sahibi tarafından ileri sürülebilecek bütün istem hakları, bu andan başlayarak bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar*" ifadesi, eşyaya yapılan masraflar, eklemeler gibi diğer taleplerin zamanaşımını belirtmektedir. Tartışmalar için bkz: Canarlan, a.g.e., s. 190.

Bir satış mağazasındaki ticari eşya gibi satılmak üzere belirlenmiş eşya üzerinde de TMK md.819/I'e göre intifa hakkı kurulabilecektir. Bu halde ya kendiliğinden TMK md.819/I'e göre mülkiyetin herhangi bir işleme gerek kalmaksızın hak sahibine geçmesi veya hüküm emredici nitelikte olmadığından farklı bir düzenleme yapılması mümkündür. Tarafların TMK md.819/I'in aksine anlaşarak eşya satıldıktan sonra malikin mülkiyet hakkı sona ererek, değerini intifa hakkı sahibinin borçlanacağına kararlaştırılması mümkündür. Bu çözüm, TMK md.808'e göre yeterli teminat gösteremeyen intifa hakkı sahibine, malı satın bedelinden yararlanma imkânı sunmaktadır. Başka deyişle, örneğin satılmak üzere bir depodaki kömürün üzerine kurulan intifa hakkının anlaşmayla mülkiyetinin geçmeyerek, eşyanın bedeli üzerinde intifa hakkı devam edecek ve intifa hakkını kuran malikin de mülkiyet hakkı devam ettiğinden, zarar görmesi engellenmiş olacaktır⁷⁴.

Hak sahibinin tüketilebilen eşyanın değeri yerine, başka bir eşya vermesiyle borçtan kurtulmasının mümkün olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Bazı yazarlar hakkın sona ermesinden sonra eşyanın değerini değil, aynı cins ve aynı miktarda eşyayı iade ederek de hak sahibinin yükümlülükten kurtulabileceği görüşünü ileri sürmektedirler⁷⁵. Fransa'da 17.05.1960 tarihinde Fransız Medeni Kanunu md.587'de yapılan bir değişiklikle ister tüketilebilen eşyanın değeri, isterse de aynı miktar ve aynı kalitede başka bir eşyanın verilmesine imkân sağlanmıştır⁷⁶. Eşyanın değerini mi yoksa başka bir benzerini mi vereceği seçimi, intifa hakkı sahibine aittir. Ancak TMK'da hakkın sona ermesiyle eşyanın değeri yerine başka bir eşya verilmesi mümkün değildir. Bu imkân sadece istisnai olarak TMK md.819/II'de yer alan değeri biçilerek kendisine teslim olunan taşınırlardan tarım işletmesi gereçleri, hayvan sürüleri, ticarî mallara tanınmış olup, tüketilebilen eşyalara uygulanamayacaktır. Burada da kural nakit ödeme olmakla birlikte aynen iadeye imkân sağlanmıştır.

Fransa'da eşyanın tüketilebilen ve tüketilemeyen ayrımının yanında ikisinin arasında yer alan eşyalara ilişkin bir grup daha bulunmaktadır⁷⁷. Bu ayrım eşyanın ilk kullanımı ile zaman geçtikten sonraki diğer kullanımları arasında

⁷⁴ Bertan, a.g.e., s. 1485.

⁷⁵ Saymen/Elbir, a.g.e., s. 532.

⁷⁶ Raynaud, a.g.e., s. 134; Reboul-Maupin, a.g.e., s. 85; Malaurie/Aynés, a.g.e., s. 268; Carbonnier, a.g.e., s. 96; Jourdain, a.g.e., s. 141.

⁷⁷ Malaurie/Aynés, a.g.e., s. 47; Reboul-Maupin, a.g.e., s. 85. (Les biens consommables, les biens non consommables, les biens de consommation)

meydana gelen farktan yola çıkmaktadır. Eşya zaman geçtikçe aşınarak eski hâlini kaybettiğinden, (antika olmasının dışında) değerinin azaldığına şüphe yoktur. Bu sebeple sadece tüketilebilen ve tüketilemeyen eşyaların yanında bir de kullanımla birlikte ilk hâlini kaybederek değeri düşen, *tüketime tabi* eşyadan bahsetmek gerekmektedir. *Tüketime tabi* eşya kendisinden yararlanılması ile yok olmaz ancak bir kez dahi olsa kullanılması, eşyanın eskimesini önemli ölçüde hızlandırmaktadır. CCF md.589’da kumaş ve taşınabilen mobilya örnekleri verilmiştir. Fark, intifa hakkının sona ermesi hâlinde hak sahibinin iade yükümlülüğünde kendisini göstermektedir. Tüketilemeyen eşya hak sona erdiğinde hakkın kurulduğu zamanki hâliyle iade edilir ve eşyanın zaman geçmesiyle yıpranmasına hak sahibi katlanmaktadır. Tüketilebilen eşyada ise hak sahibinin eski hale getirme yükümlülüğü yoktur. Mülkiyet hak sahibine geçtiği için değeri iade edilecektir. *Tüketime tabi* eşyada ise intifa hakkının sona ermesiyle hakkın konusu eşya iade edilecek, ancak geri verme hâlinde meydana gelmiş olan yıpranmaya, mülkiyet geçmediği için çıplak mülkiyet sahibi katlanacaktır.

b- ÖDENECEK DEĞERİN KAPSAMI

İntifa hakkının kurulmasıyla sona ermesi arasında çoğu zaman uzun bir süre geçmektedir. Sona erme hâlinde mülkiyet kendisine geçmiş olan hak sahibinin, karşı tarafa ödeyeceği değer önem arz etmektedir. Bu noktada değer kapsamını incelemek için bazı tespitlerde bulunulmalıdır. 01.01.2002 tarihinde yürürlükten kalkan 743 sayılı Medeni Kanun (eMK) md.744 “*Hilafına hüküm bulunmadıkça, kullanılması istihlak suretiyle vukubulan şeylerin mülkiyeti, intifa edene ait olur. İntifa eden bunların intifain başladığı gündeki kıymetleri ile borçlu olur*” ifadesiyle sona erme ile birlikte ödenecek değer, hakkın kurulduğu zamana göre belirleneceği şeklinde düzenlenmişti. Bu dönemde yazılan eserlerde tartışmasız ve kanunun açık hükmü sebebiyle intifa hakkının kurulduğu sıradaki değer, sona erme hâlinde yapılacak ödemeyi karşıladığı belirtilmekteydi⁷⁸.

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK md.819/I’de hak sahibine geçen mülkiyete karşılık sona erme hâlinde ödenecek değer, “...*ancak, intifa hakkı sahibi geri verme sırasında bu şeylerin o günkü değerini ödemekle yükümlü olur.*” hükmüyle belirtilmiştir. Kanunun gerekçesinde bu değişikliğin sebebi “...*Maddede geçen intifain başladığı gündeki kıymet “ölçütü”, “geri*

⁷⁸ Köprülü/Kaneti, a.g.e., s. 75; Tekinay, a.g.e., s. 485; Bertan, a.g.e., s. 1486; Wieland, a.g.e., s. 472.

verme sırasında bu şeylerin o günkü değeri” şeklinde değiştirilmiştir. Bu suretle değerlerde meydana gelecek değişmelerin malikin aleyhine sonuç doğurması önlenmektedir.” olarak belirtilmektedir. Gerekçede, hüküm değişikliği olmadığı açıklanmıştır. TMK md.819/I’de yer alan “o günkü değeri” oldukça muğlak olup, intifa hakkının kurulduğu mu, sona erdiği mi tarihi kastettiği anlaşılama-maktadır. Gerekçe göz önünde tutularak iki durumla karşılaştırılabilir. İlk olarak gerekçedeki “değişiklik olmadığı” ifadesinden yola çıkılarak, eMK md.744’de yer alan hükmün günümüzde de değişmediği ve hakkın kurulduğu tarihteki değer esas alınacağı sonucuna ulaşılabilir. Nitekim öğretilerde bir görüş, bu yorumu desteklemektedirler⁷⁹. Mevzuatın Medeni Kanunu CCS md.772 “Kullanılması tüketim yoluyla olan eşyaların mülkiyeti, aksine hüküm bulunmadıkça, intifa hakkının başladığı gündeki değerini borçlanan intifa hakkı sahibine geçer.” ifadesi gayet anlaşılabilir biçimde kaleme alınmış olup hükümde açıkça ödenecek değer için, hakkın kurulduğu günün esas alınacağını belirtmektedir. Başka deyişle eMK md.744 ile CCS md.772’de yer alan düzenlemeler tamamen aynı yöndedir.

İkinci olarak ise gerekçedeki “malikin aleyhine sonuç doğurması önlenmektedir” ifadesinden yola çıkılarak TMK md.819/I’de “o günkü değeri” ifadesini hakkın sona erdiği tarihteki değer olarak anlamak gerekeceği düşünülebilir. Bu görüşü de destekleyen yazarlar bulunmaktadır⁸⁰. Bununla birlikte “o günkü” ifadesi ile hakkın sona erdiği tarihteki değeri ifade eden ikinci görüş kabul edildiğinde eMK’da ve CCS’de açıkça belirtilen hüküm tersine çevrilmiş olur. Bu değişikliğin amacı hakkın kurulduğu sıradaki maliki korumak olarak belirtilmekle birlikte, çoğu zaman uzun süre devam eden intifa hakkı süresince malik korunmaya çalışılırken hak sahibi, göz ardı edilmektedir. Şöyle ki eşyanın bu süre içinde ne zaman tüketildiği belli olmaksızın, hakkın sona ermesi durumunda spekülasyona açık bir zaman aralığında eşyanın değerinin malik tarafından talep edilmesi, hak sahibinin zararına olacağı söylenebilir. Hakkın süreye bağlı olarak kurulmasında hak sahibinin öngörebileceği bir zaman dilimi bulunduğundan böyle bir etki olmamakla birlikte; hakkın, tarafların gerçekleşme zamanını bilemeyecekleri başka şekilde sona ermesi durumunda böyle bir etki ortaya çıkacaktır.

⁷⁹ Aybay/Hatemi, a.g.e., s. 267; Gürsoy/Eren/Cansel, a.g.e., s. 874; Özen, a.g.e., s. 457.

⁸⁰ Ayan, a.g.e., s. 82; Sirmen, a.g.e., s.554; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 857.

Kanaatimizce “o günkü” ifadesinin geri verme ölçütü olarak, hakkın kurulduğu tarihteki değer in ödenmesi olarak anlamak, tarafların giriştikleri hukuki işlemdeki belirsizliğin önüne geçebilmek ve mehz kanunun açık hükmü karşısında da uygun görünmektedir. Uzun süreli intifa hakkında malik aleyhine meydana gelebilecek sakıncaların da TMK md.811’de de yer alan defter tutma imkânı kullanılarak önüne geçilebilecektir. TMK md.811 “*Malik veya intifa hakkı sahibi, diğerinden giderleri paylaşmak üzere intifa hakkına konu olan malların noterlikçe resmen defterinin tutulmasını her zaman isteyebilir.*” hükmü, tüketilebilen eşyaya da uygulanabilecektir. Tarafların herhangi birinin talebiyle hakkın başlangıcında veya ilerleyen safhasında noter tarafından tutulan deftere, hakkın konusu eşyanın niteliği, değeri, özellikleri yazılmaktadır. Emredici olmamakla birlikte defter tutma imkânının kullanılmasıyla, (defter resmi senet mahiyetinde olduğu için) sona erme hâlinde eşyanın değeri, herhangi bir duraksamaya meydan verilmeyerek açıkça görülmektedir. Böylece malikin zararına olabilecek durumun önüne geçilerek sona erme hâlinde eşyanın hakkın kurulduğu sırada tarafların üzerinde anlaştıkları değer in ödenmesinde sorun çıkmayacaktır.

İntifa hakkı sahibi mülkiyete sahip olduğu için hak sona erdiğinde bedeli ödeme borcu muaccel olacak, tüketilmesinin yanında eşyaya gelen zarardan ve eşyanın harap olmasından da kimseye karşı sorumlu olmayacaktır. Başka deyişle hak sahibi mülkiyetle birlikte eşyayı devretme gibi tüm haklara, büyük tamiratlar gibi tüm yüklerle ve eşyanın yok olması gibi tüm risklere sahip olacaktır⁸¹. İntifa hakkı süresince malın akıbeti ne olursa olsun sona erdiğinde bedeli ödeme borcu bulunacak, bunun için hak sahibi tarafından TBK md.173’e göre borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi yapılması mümkün olacağı gibi, hakkın kurulduğu sıradaki malik tarafından da TBK md.183’e göre alacak devir edilebilecektir⁸². Ayrıca intifa hakkı sahibi eşyanın maliki hâline geldiği için, ölümü hâlinde eşyanın mülkiyeti mirasçılara da geçebilecektir⁸³. TMK 819’da yer alan tüketilebilen eşyalarda mülkiyetin geçmesi, TMK md.794’de yer alan genel intifa hakkının kurulmasında amaçlanan hakkın devredilmeyen ve mirasçılara geçmeyen özelliği ortadan kalkarak, hukukî ilişkinin intifa hakkı olmaktan çıkıp nisbî bir borç ilişkisine dönüştüğünü göstermektedir.

⁸¹ Piotet, a.g.e., s. 149.

⁸² Piotet, a.g.e., s. 149; Bertan, a.g.e., s.1486.

⁸³ Steinauer, a.g.e., (Tome III), s. 44.

SONUÇ

Tüketilebilen eşya, yararlanmak için fiziksel formunun, maddesel varlığının kaybedilmesi, değiştirilmesi veya elden çıkarılması zorunlu eşya olarak tanımlanmaktadır. Başka deyişle eşyanın kullanıldığından söz edebilmek için özdeğerini kaybetmiş olması gerekmektedir. Ancak eşyanın tüketilebilen nitelikte olup olmadığı tespit edilirken yalnızca maddesel özellikleri değil, özgülendiği amaç da göz önünde tutulmalıdır. Söz gelimi özel bir günde konukların yemesi için ikram edilmek üzere hazırlanan pasta ile pastanenin vitrininde içeriye müşteri çekmek için sergilenen pasta aynı fiziksel özelliklere sahip olsalar dahi, yararlanma açısından özgülendiği amaçların birbirinden farklı olduğu görülmektedir.

Kullanmakla tüketilebilen nitelikteki eşya üzerinde kurulacak intifa hakkının, TMK md.794 vd.'da yer alan kural olarak kullanmakla tükenmeyen genel intifa hakkından farklı esaslara tabi tutulması zorunluluğu, hakkın sona ermesi ile kendisini göstermektedir. Bu sebeple TMK md.819/I'de özel haller arasında bu nitelikteki eşya üzerinde kurulan intifa hakkına yer verilmiştir. Hükümde, tüketilebilen eşya üzerinde kurulan intifa hakkında eşyanın mülkiyetinin, intifa hakkı sahibine geçeceğini ifade etmektedir. Mülkiyetin devri hakkın kurulmasıyla kendiliğinden gerçekleşmekte olup tarafların iradesi rol oynamamaktadır. İntifa hakkının devredilmez ve mirasçıya geçmez özelliği, bu kuralın istisnası niteliğinde olan tüketilebilen eşya söz konusu olduğunda mülkiyet, hakkın kurulmasıyla hak sahibine geçtiğinden uygulanamayacak, başka deyişle tüketilebilen eşyanın intifa hakkı sahibi, onu kendi malvarlığına dâhil ederek devir edip, miras bırakabilecektir.

İntifa hakkının konusu tüketilebilen eşya olduğunda, hak sahibine mülkiyeti geçtiğinden hak sona erme dahi çıplak mülkiyet sahibi tarafından teminat istenmesi mümkün olacaktır. İntifa hakkında teminat isteyebilmek için hakkın tehlikeye düştüğü çıplak mülkiyet sahibince ispatlanması gerekmekte ancak incelenen konuda eşyanın kullanımıyla tüketilmesi zorunlu olduğu göz önüne alındığında, tehlikenin ispatına gerek bulunmamaktadır.

Tüketilebilen eşya üzerinde kurulan intifa hakkı sona erdiğinde, eşyanın hakkın kurulduğu sıradaki malikine iade edilmesi mümkün olamayacaktır. Bu sebeple geri verme borcu yerini, değer ödeme borcuna bırakacaktır. TMK md. 819/I'de "*intifa hakkı sahibi geri verme sırasında bu şeylerin o günkü değerini ödemekle yükümlü olur*" hükmüyle, ödenecek değer kapsamının belirlenmesi-

ne ilişkin, hakkın kurulduğu günün mü yoksa geri verilecek günün mü esas alınacağı kesin olarak ifade edilmemiştir. Oysa mehz İsviçre Medeni Kanunu md.772 ile benzer nitelik taşıyan 743 sayılı eMK md.744’de yer alan “*İntifa eden bunların intifain başladığı gündeki kıymetleri ile borçlu olur*” hükmü, hakkın sona ermesiyle ödenecek değeri açıkça ortaya koymaktadır.

KAYNAKÇA

AKİPEK Jale, Turgut AKINTÜRK, Derya ATEŞ, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018.

AYAN Mehmet, **Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili**, 9. Baskı, Konya, Mimoza Yayınları, 2013. (Zilyetlik)

AYAN Mehmet, **Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar**, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.

AYDIN Aybay, Hüseyin HATEMİ, **Eşya Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

BAUMANN Max, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Zürcher Kommentar**, ed. Peter Gauch, Jörg Schmid, Zurich, Schulthess Juristische Medien AG, 1999.

BERTAN Suad, **Ayni Haklar, Medeni Kanunun 618-764 üncü Maddelerinin Şerhi**, Cilt 2, Ankara, 1976.

BİCHSEL Martin, **Kaspar Mauerhofer, ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, Zurich, Orell Füssli Verlag AG, 2011.

CARBONNIER Jean, **Droit Civil**, 19. Baskı, Paris, Themis Presses Universitaires de France, 2000.

CANARSLAN Gökçe, **İntifa Hakkının Sona Ermesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

CARLİN Sabrina, **Etude de l'article 473 CC- Spécialement les Problèmes liés à la Quotité Disponible**, Genève, Schulthess Jurische Medien AG, 2011.

CORNU Gérard, **Droit Civil Introduction Les Personnes Les Biens**, 11. Baskı, Paris, Montchrestien, 2003.

EİGENMANN Antoine, **L'effectivité des sûretés mobilières étude critique en droit suisse au regard du droit américain et propositions législatives**, Universitätsverlag Freiburg, Schweiz, 2001.

ENGEL Pierre, "Le Point sur la Partie Générale du Droit des Obligations," **Revue Suisse de Jurisprudence**, ed. Gaudenz G. Zindel, Hans Schmid, Pascal Pichonnaz, no: 101/2005, Schulthess Juristische Medien AG.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku, Özel Hükümler**, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.

ESENER, Turhan, Kudret GÜVEN, **Eşya Hukuku**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.

GÜRSOY Kemal, Fikret EREN, Erol CANSEL, **Türk Eşya Hukuku**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.

JOURDAİN Patrice, **Les Biens**, Paris, Dalloz, 1995.

KÖPRÜLÜ Bülent, Selim KANETİ, **Sınırlı Ayni Haklar**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1972.

KÜÇÜKGÜNGÖR Erkan, Roma Hukukunda İntifa Hakkı (Ususfructus), Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998.

MALAUİRİE Philippe, Laurent AYNES, **Les Biens**, 5. Baskı, Paris, Defrénois, 2013.

MAZEAUD, Henri, Léoni et Jean MAZEAUD, François Chabas, **Leçons de Droit Civil**, 5.Baskı, Paris, Montchrestien, 1994.

MÜLLER Roland, **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, Schweizerisches Zivilgesetzbuch II, Art 457-977 ZGB, Basel, Genf-München, 2003.

NADÉGE Reboul-Maupin, **Droit des Biens**, 3. Baskı, Paris, Dalloz, 2010.

NOMER Haluk Nami, Mehmet Serkan ERGÜNE, **Eşya Hukuku (Zilyetlik Tapu Sicili Mülkiyetin Genel Hükümleri Taşınır Mülkiyeti Rehin Haklar)**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2019.

OĞUZMAN Kemal, Özer SELİÇİ, Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 21. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018.

ÖZEN Burak, **Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

PIOTET Denis, **Les Droits Réels Limités en Général, Les Servitudes et Les Charges Foncières**, 2. Baskı, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012.

RAYNAUD Pierre, **Droit Civil Les Biens**, 2. Baskı, Paris, Sirey, 1980.

SAYMEN Ferit Hakkı, Halid ELBİR, **Türk Eşya Hukuku**, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954.

SEROZAN Rona, **Eşya Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.

SEUBE Jean-Baptiste, **Droit des Biens**, 5. Baskı, Paris, LexisNexis Litec, 2010

SİRMEN Lale, **Eşya Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2018.

STEİNAUER Paul-Henri, **Les Droits Réels (Tome I)**, 4. Baskı, Berne, Edition Staempfli+Cie SA, 2007.

STEİNAUER Paul-Henri, **Les Droits Réels (Tome III)**, 2. Baskı, Berne, Edition Staempfli+Cie SA, 1996.

SELAHATTİN Sulhi Tekinay, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Kutulmuş Matbaası, 1970-71.

TANDOĞAN Haluk, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1985.

TERCIER Pierre, **Les Contrats Spéciaux**, Zurich, Schulthess, 2003.

THURNHERR Christoph, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht Art. 641-977 ZGB**, Schulthess Juridique Media AG, 2012.

UMUR Ziya, **Roma Hukuku Eşya Hukuku Ayni Haklar**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1985.

YAVUZ Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler**, 15. Basım, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018.

WIELAND D.C., **Ayni Haklar**, Ankara, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın Müdürlüğü, 1946.

**ROMA, TÜRK-İSVİÇRE VE AVRUPA SÖZLEŞME
HUKUKUNDA KOŞUL (ŞART) KAVRAMI VE
HUKUKİ SONUÇLARI ÜZERİNE
KARŞILAŞTIRMALI BİR İNCELEME**

The Term of The Condition and Its Legal Consequences in Roman, Turkish-Swiss and European Contract Law: A Comparative Analysis

Eine vergleichende Untersuchung über die Bedingung und ihre rechtlichen Konsequenzen im römischen, türkisch-schweizerischen und europäischen Vertragsrecht

Dr. Öğr. Üyesi Sinan OKUR*

ÖZET

Bu çalışmanın konusu koşul kavramını ve hukuki sonuçlarını Roma, Türk-İsviçre ve Avrupa sözleşme hukukunda mukayeseli bir perspektifle incelemektir. Öncelikle hukuk sistemlerinde akdi bir kaydın koşul olarak kabul edilebilmesi için aranan şartlar incelenmiştir. Ayrıca koşul türleri, koşul türlerinin birbirlerinden farkları ve son olarak koşula bağlı işlemin hukuki sonuçları değerlendirilmiştir. Son başlıkta ise hukuki işlemin askıda olduğu safhadaki huku-

* Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk ABD, sinanokr@gmail.com, (ORCID-ID: 0000-0002-3772-9415).

Makale Geliş Tarihi: 09.04.2019

Makale Kabul Tarihi: 30.04.2019

ki durum ele alınmıştır. Çalışmada varılan en temel sonuçlardan ilki, Türk-İsviçre hukukundaki düzenleme tarzının, çok büyük ölçüde Roma hukukundaki düzenleme tarzıyla ve Avrupa sözleşme hukukundaki düzenlemelerle benzer olduğudur. Söz konusu durum yeni Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle de değişmemiştir. Bir diğer sonuç akdi bir yan kaydın koşul olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan bilinmezlik unsuru ile ilgilidir. Bilinmezlik unsurunun nasıl anlaşılması gerektiği konusunda, farklı bir yorum benimsenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Koşul Kavramı, Roma Hukuku, Türk-İsviçre Hukuku, Avrupa Sözleşme Hukuku, Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri (PECL), Ortak Referans Çerçevesine İlişkin Taslak (DCFR), Milletlerarası Ticarete İlişkin UNIDROIT Prensipleri (PICC), OR- İsviçre Borçlar Kanunu 2020-Yeni Bir Genel Bölüm İçin Tasarı (OR-2020), Geciktirici Koşul, Bozucu Koşul, Koşula Bağlı Hukuki İşlemin Sonuçları.

ABSTRACT

The subject of this study is to examine the concept of the condition and its legal results from a comparative legal perspective in Roman, Turkish-Swiss and European contract law. First, the requirements for the acceptance of a contractual agreement as a condition are examined in the legal systems. In addition, the types of conditions, the differences between the types of conditions and finally the legal consequences of the conditional transaction are also evaluated. The last subtitle is related to the legal situation that is concerning the period of pending. The first of the basic conclusions of the work is that the regulatory style in Turkish-Swiss law is very similar to the type of regulation in Roman law and European contract law. This situation has not changed with the implementing of the new Turkish Code of Obligations. Another conclusion concerns the requirement of uncertainty, which is necessary for the inclusion of an ancillary agreement as a condition. A different interpretation is adopted on how to understand the uncertainty fact

Keywords: Term of Condition, Roman Law, Turkish-Swiss Law, European Contract Law, Principles of European Contract Law - PECL, Draft Common Frame of Reference-DCFR, UNIDROIT Principles Of International Commercial Contracts 2010-PICC, Swiss Code of Obligations 2020- Draft for a new general part- OR-2020, Suspensive Condition, Resolving Condition, the legal consequences of the conditional transaction.

ABSTRAKT

In der vorliegenden Arbeit geht es darum, den Begriff der Bedingung und ihre rechtlichen Ergebnisse in einer rechtsvergleichenden Perspektive in römischen, türkisch-schweizerischen und europäischen Vertragsrecht zu untersuchen. Es wird zunächst in den Rechtssystemen die Voraussetzungen, die für die Annahme einer vertraglichen Abrede als Bedingung vorliegen soll, untersucht. Darüber hinaus werden die Arten von Bedingungen, die Unterschiede zwischen den Arten von Bedingungen und schließlich die rechtlichen Konsequenzen des bedingten Rechtsgeschäfts bewertet. Als letzter Untertitel wird die Rechtslage während der Schwebezeit dargestellt. Die Erste der grundlegenden Schlussfolgerungen der Arbeit lautet, dass der Regulierungsstil im türkisch-schweizerischen Recht der Art der Regulierung im römischen Recht und im europäischen Vertragsrecht sehr ähnlich ist. Diese Situation hat sich mit dem Inkrafttreten des neuen türkischen Obligationengesetzes nicht geändert. Ein weiterer Schluss betrifft das Erfordernis der Ungewissheit, was für die Aufnahme einer Nebenabrede als eine Bedingung erforderlich ist. In Bezug auf die Frage, wie dieses Element (Ungewissheit) verstanden werden sollte, wurde eine andere Interpretation angenommen.

Schlagwörter: Begriff der Bedingung, Römisches Recht, Türkisch-Schweizerisches Recht, Europäisches Vertragsrecht, Principles of European Contract Law – PECL, Draft Common Frame of Reference-DCFR, UNIDROIT Principles Of International Commercial Contracts 2010-PICC, Schweizer Obligationenrecht 2020- Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil- OR-2020, Aufschiebende Bedingung, Auflösende Bedingung, die rechtlichen Konsequenzen des bedingten Rechtsgeschäfts.

I. GİRİŞ

Koşul (şart) kavramı birçok hukuk sisteminde temel kavramlardan birisini teşkil etmektedir.¹ Avrupa sözleşme hukukuna dair yeknesak bir metin oluşturma çabası sonucunda ortaya çıkan metinlerden birisi olan Ortak Referans Çerçevesine İlişkin Taslak'ta da (Draft Common Frame of Reference - DCFR) bu husus dile getirilmiş ve oldukça uzun bir tarihsel geçmişe sahip olan koşul

¹ FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, The New Provisions on Conditions in the UNIDROIT Principles 2010, Uniform Law Review, Volume 16, Issue 3, August 2011, p. 538.

kavramının köklerinin Roma hukukunun en eski kaynaklarına kadar uzandığı ve yüzyıllardır kesintisiz biçimde Avrupa hukuk geleneğinin konularından birisini teşkil ettiği ifade edilmiştir.² 1926 yılında gerçekleşen resepsiyon faaliyetinin bir parçası olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun iktibas ile birlikte Avrupa hukuk geleneğine dahil olan Türk hukukunda da koşul kavramı dogmatik ve pratik önemi sebebiyle belli aralıklarla bazıları monografik düzeyde olan farklı çalışmalara konu olmuştur. Türk hukukundaki sözleşmeler hukukunun genel başlıklarına dair sürekli ve artan yoğun yayın faaliyetine rağmen, koşul konusuna ilginin görece sınırlı kaldığı söylenebilir.³

Buna karşın son çeyrek asırda Avrupa'daki hukukun birleştirilmesine dönük çabaların bir ürünü olarak ortaya çıkan metinlerde koşul konusu tekrar düzenlenmiştir. Avrupa sözleşme hukukuna ait çalışmalar içinde konuyu düzenleyen yeknesak metinler 2004 yılında yayımlanan Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri (*Principles of European Contract Law – PECL*) ve nihai hali 2009 yılında yayımlanan Ortak Referans Çerçevesine İlişkin Taslak'tır (*Draft Common Frame of Reference-DCFR*).⁴ Özellikle PECL'in yayımlanmasının ardın-

² Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law Edited by von BAR, Christian, CLIVE, Eric, et. al., p. 723.

³ Konuya dair erken tarihli bir çalışma, Recai SEÇKİN'e ait olup, çalışma İsviçre ve Türk hukukunda geciktirici şartın gerçekleşmesini ve hukuki sonuçlarını konu edinmektedir. Söz konusu çalışma için bkz. SEÇKİN, Ahmet Recai, La réalisation de la condition suspensive et ses effets juridiques; étude de droit suisse et droit turc, Lyon 1939 (these Geneve). Tespit edebildiğimiz kadarıyla konuyu bir çalışma içinde veya bağımsız bir çalışma olarak ele alan eserler kronolojik olarak şu şekildedir. GÜRSOY, Kemal Tahir, Ölümüne Bağlı Tasarruflarda Koşul ve Mükellefiyetler, Kısım II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11 S. 1-2, 1954; AKINTÜRK, Turgut, Koşul ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3-4, 1970, s. 219-247; SİRMEN, Lale, Türk Özel Hukukunda Şart, 1982 (Doçentlik Tezi), eser daha sonra 1992 yılında Ankara'da yayımlanmıştır; PULAŞLI, Hasan, Koşula Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 1989; YILDIRIM, Abdulkerim, Türk Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler, Ankara, 2004; İNAL, Emrehan, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan (Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları C. III), Ed. BELEN, Herdem/ALTAY, İsmail, İstanbul, 2012, s.77-83; HOROZOĞLU, Orçun, Koşula Bağlı Sözleşmeler Hakkında Uygulamadaki Güncel Sorunlar, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan (Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları C. III) Ed. BELEN, Herdem /ALTAY, İsmail, İstanbul, 2014, s. 84-97.

⁴ Çalışmanın başlığında yer verilen Avrupa sözleşme hukuku kavramından bu çalışma kapsamında ne anlaşıldığına kısaca değinilmelidir. Oldukça muğlak bir kavram olan "Avrupa sözleşme hukuku" kavramı iki farklı yönelim için eş zamanlı olarak kullanılmaktadır. Söz konusu kavrama bu çalışma kapsamında verilen anlam uzun yıllar süren çalışmalar neticesinde ortaya çıkan yeknesak metinlerin ortaya koyduğu hukuki müktesebattır. Ulusal veya uluslara-

dan, Avrupa’da birçok ülkede söz konusu prensipleri bir bütün olarak ulusal hukuk sistemleriyle karşılaştıran eserler yayımlanmıştır.⁵

UNIDROIT⁶ tarafından ilk olarak Mayıs 1994’te Milletlerarası Ticarete İlişkin UNIDROIT Prensipleri ismiyle yayımlanan UNIDROIT Prensipleri

rası bir organın kanunlaştırma faaliyetinin ürünü olmayan bu metinler herhangi bir devletin iç hukuku niteliği taşımamaktadır. Söz konusu metinlerin hazırlanışının hukuki, felsefi ve kültürel olarak birçok amacı olmakla birlikte en esaslı amaçlarından birisi Avrupa’da bir gün arzulanan ortak hukuk için teorik zeminin hazırlanmasıdır. Bu amaç doğrultusunda, ortaya konan metinlerden ilki, Danimarkalı hukukçu Ole LANDO’nun başkanlığını yaptığı Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu tarafından hazırlanan ve 2004 yılında bir bütün olarak yayımlanan Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri’dir (Principles of European Contract Law – PECL). Söz konusu metnin çevirisi için bkz. **DAYINLARLI**, Kemal, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, Ankara, 2005. PECL’in farklı dillerdeki versiyonları için bkz. <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/PECL.html> (ET. 25.04.2019); PECL’in yayımlanmasını takip eden yıllarda ise konu daha geniş bir çerçeveden ele alınmış ve sözleşme hukukunun dışında medeni hukukun diğer alanlarını da kapsayan bir projenin ürünü olarak Avrupa mamelek hukukuna dair bir kurallar kataloğu niteliğindeki Ortak Referans Çerçevesine İlişkin Taslak’ın nihai metni (Draft Common Frame of Reference-DCFR) 2009 yılında yayımlanmıştır. DCFR’in uğradığı ağır eleştiriler sonrası uyumlaştırma çabalarını yürüten akademik çevre daha mütevazı sınırlara çekilmiş ve birleştirme çabaları için bir başlangıç noktası olarak yeniden satım hukukuna yönelmiş Avrupa Ortak Satım Hukuku’na (Common European Sales Law -CESL) dair son bir tüzük taslağı yayımlanmıştır. Bu çalışmada Avrupa sözleşme hukuku kavramı ile öncelikle ve özellikle anılan yeknesak metinlerle ortaya çıkan hukuki müktesebat kastedilmektedir. Ancak milletlerarası ticareti düzenlemeye dönük UNIDROIT Prensipleri de geniş anlamda Avrupa sözleşme hukukunun bir parçası olarak değerlendirilebilir. Tüm bu metinleri içine alacak kavramsal bir çerçeve bulmak güç olmakla birlikte, çalışmada Avrupa sözleşme hukuku kavramının bu amaca az çok hizmet edeceği düşünülmüştür. Bu müktesebatı dikkate alan ve Avrupa sözleşme hukuku kavramını bu metinler üzerine inşa eden bir eser için bkz. **KÖTZ**, Hein, Europäisches Vertragsrecht, 2. Auflage, Tübingen, 2015, s. 1. Avrupa sözleşme hukukunun KÖTZ’ün de adı anılan eserinde işaret ettiği ikinci anlamı ise, Avrupa Birliği’ne üye devletlerin hukuk düzenlerini belli konularda uyumlaştırmaya dönük çıkarılan, AB’nin birincil ve ikincil kaynakları ve mahkeme kararları üzerinden şekillenen hukuktur. Üye devletler için bağlayıcı nitelikte olan ve esasen AB sözleşme hukuku olarak da ifade edilebilecek bu hukuk bir nevi pozitif Avrupa sözleşme hukukudur. Avrupa sözleşme hukukunu bu bağlamda ele alan bir çalışma için bkz. **RIESENHUBER**, Karl, Europäisches Vertragsrecht, Berlin, 2003; Ayrıca bkz. **HEIDERHOFF**, Bettina, Europäisches Vertragsrecht, 4. Auflage, Heidelberg, 2016; AB sözleşme hukukunun tanım ve kapsamı hakkında bkz. **CAN**, Hacı, Avrupa Birliği Sözleşme Hukuku, Ankara, 2015, s. 79 vd. ; Yeknesak metinlere ilişkin bkz. **ÖZKAN**, Zehra, Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 66, S.1, 2017, s. 157 vd. ; **OĞUZ**, Arzu, Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 49, S. 1-4, 2000, s. 31 vd.

⁵ **BUSCH**, Danny/**HONDIUS**, Ewoud, (Ed.) et.al The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A Commentary. Nijmegen: Ars Aequi, 2002; **BUSCH**, Danny/**HONDIUS**, Ewoud, (Ed.) et.al., Principles of European Contract Law and Dutch Law (Part III). A Commentary II, The Hague, 2006; **LEHMANN**, Matthias / **LEIBLE**, Stefan, (Ed.), European Contract Law and German Law, The Hague, 2013; **AMTONIOLLI**, Luisa/**VENEZIANO**, Anna, (Ed.) Principles of European Contract Law and Italian Law, The Hague, 2005.

2004'te bazı yeni konular eklenerek tekrar yayımlanmıştır. Revize edilerek 2010 yılında yayımlanan UNIDROIT Prensipleri 'ne bu revizyon kapsamında koşul konusu da eklenmiştir.⁷ UNIDROIT prensiplerinin son versiyonunun yayımlandığı tarih ise 2016'dır.⁸

Öte yandan Avrupa hukukundaki gelişmeler bahsi geçen yeknesak metinlerle sınırlı değildir. Türk borçlar hukukunun da kaynağını teşkil eden İsviçre hukukunda İsviçre Borçlar Kanunu'nun genel bölümünü değiştirmeyi hedefleyen bir tasarı (OR-2020) sunulmuştur.⁹

Çalışmada takip edilen yönetime dair kısa bir bilgi vermek gerekirse, çalışmada öncelikle Roma hukukundaki durum ele alınmıştır. Türk-İsviçre hukukunun işlendiği bölümlerde ise her bir alt başlıkta, Avrupa sözleşme hukukuna dair yeknesak metinlerdeki ve OR-2020 taslağındaki hukuki düzenlemeye genel hatlarıyla değinilmiştir. Son olarak çalışmanın konusu açısından bir sınırlandırmaya değinilmelidir. Çalışmada koşul kavramı sağlararası hukuki işlemler bağlamında ele alınmış ve şarta bağlı ölüme bağlı tasarruflar çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

II. KOŞUL KAVRAMININ DOĞMATİK ÖNEMİ

Borçlar hukukuna hâkim olan en temel prensiplerden birisi olarak kabul edilen irade özerkliği ilkesi, her bir bireye, yaşam ilişkilerini yapacakları hukuki

⁶ Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması için Uluslararası Enstitü- International Institut for the Unification of Private Law.

⁷ UNIDROIT 2010 metni için bkz. <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010> (ET. 25.04.2019). UNIDROIT Prensipleri 2004, Kemal DAYINLARLI, tarafından Türkçe'ye tercüme edilmiştir. Söz konusu tercüme için bkz. <http://www.dayinlarli.gen.tr/wp-content/uploads/2018/03/unidroitilkeleri.pdf> (ET. 25.04.2019); UNIDROIT Prensipleri 2010 ise Türkçe'ye Ergun ÖZSUNAY tarafından tercüme edilmiştir. Koşul bahsini de içeren bu metin için bkz. <https://www.unidroit.org/overview-principles-2010-other-languages/turkish-black-letter> (ET. 25.04.2019). Çalışmada küçük farklılıklarla ÖZSUNAY tarafından yapılan çeviri kullanılmıştır.

⁸ 2016 versiyonunun önsözünde UNIDROIT 2016 hükümlerinin eski hükümlerin yeniden işlenmesi veya güncellenmesi tarzında bir versiyon olmadığı belirtilmiştir. UNIDROIT 2016 için bkz.: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (ET. 25.04.2019).

⁹ Schweizer Obligationenrecht 2020- Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil (İsviçre Borçlar Kanunu 2020-Yeni Bir Genel Bölüm İçin Tasarı). Söz konusu metin için bkz. <http://or2020.ch/Or2020/DocView/1707232d-2876-4c66-9d9a-475a99dd4f51#> (ET. 25.04.2019)

işlemler (muameleler) vasıtasıyla, yapılan hukuki işlemin sorumluluğu kendisine ait olmak üzere, mevcut hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içinde düzenleme imkanı vermektedir.¹⁰ Yine bu prensibe göre her bir fert hak ve yükümlülükler ihdas etme, bu hak ve yükümlülükleri değiştirme veya sona erdirmeye hakkına sahip olup, bu hakkın en temel görünümünden birisi sözleşme özgürlüğüdür.¹¹ Hukuki olay kavramından insan iradesinin bir sonucu olmasıyla ayrılan hukuki fiil kavramının bir alt türü olan hukuki işlem, hukuk tekniği açısından irade özerkliğinin gerçekleştirilebilmesinin en önemli araçlarından¹² birisi olup, bir veya birden fazla şahsın, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurmak, değiştirmek, devretmek veya sonlandırmak gibi hukuki sonuçları meydana getirmek maksadıyla iradelerini açıklamalarıdır.¹³

Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmayan hukuki işlem kavramı kısaca, hukuk düzeninin sınırları içinde kalmak kaydıyla, arzulanan hukuki bir sonucu gerçekleştirmeye dönük bir veya birden fazla irade beyanından teşekkül eden bir eylem olarak tanımlanabilir.¹⁴ Tanımdan da anlaşıldığı gibi, hukuki işlem

¹⁰ GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter, R./SCHMID, Jörg/EMMENEGGER, Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, 10. Auflage, Zürich, 2014, S. 120, PN. 612; SCHWENZER, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern, 2009, S. 169, PN. 25.01; FURRER, Andreas/MÜLLER-CHEN, Markus, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich, 2018, S. 18; HEINRICH, Helmut/ELLENBERGER, Jürgen, in: PALANDT, Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 2008, München, Überblick vor BGB § 104, PN. 1; LARENZ, Karl/WOLF, Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München, 1997, S. 431, PN. 1; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul, 2018, s. 23; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 59; TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul, 1972, s. 165; NÖMER, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, İstanbul, 2018, s. 74; KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara, 2018, s. 115; İNAN, Ali Naim/YÜCEL, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, 2014, s. 76; DOĞAN, Murat/ŞAHAN, Gökhan/ATAMULU, İsmail, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, 1. Baskı, Ankara, 2019, s. 34; TERCIER, Pierre/PICHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, İstanbul, 2016, s. 163; CANSEL, Erol/ÖZEL, Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt- 1, 2. Baskı, Ankara, 2017, s. 129; HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Baskı, İstanbul, 2017, s. 60; AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, 10. Baskı, Konya, 2017, s. 10-11.

¹¹ HEINRICH/ELLENBERGER, Überblick vor BGB § 104 PN. 1, in: PALANDT.

¹² HEINRICH/ELLENBERGER, Überblick vor BGB § 104 PN. 1, in: PALANDT.

¹³ GÖNENSAY, A. Borçlar Hukuku Birinci Cilt, İstanbul, 1948, s. 20; EREN, Genel Hükümler, s. 119; AKINCI, Borçlar, s. 46.

¹⁴ KÖHLER, Helmut, BGB Allgemeiner Teil, München, 2009, S. 35, PN. 5; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara, 2018, s. 119.

öncelikle kurucu birtakım unsurlara ihtiyaç göstermekte, kurucu unsurların varlığına bağlı olarak meydana gelen hukuki işlemle söz konusu işleme bağlanan hukuki sonuçlar meydana gelmektedir. En temel kurucu unsur irade beyanı veya iradeyi ortaya koyan bir davranış olan hukuki işleme bağlanan hukuki sonuçlar, **kural olarak kurucu unsurların tamamlanmasıyla meydana gelmekle birlikte**, bazen hukuki işlem ile arzulan sonuçların meydana gelmesi ek birtakım unsurlara ihtiyaç göstermektedir.¹⁵ Doktrinde **hukuki işlemin etkinlik unsurları** olarak ifade edilen bu unsurların bulunmaması, hukuki işlemin kurulmasına bir engel teşkil etmemekle birlikte, hedeflenen hukuki sonuç, bahsi geçen etkinlik unsurları olmaksızın meydana gelmeyecektir.¹⁶

Misal olarak ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının yaptığı işlemin sonuçlarının ancak veli veya vasinin icazetiyle etkin hale gelmesi veya esasen kanunen aranan şekli koşullara riayet edilmiş olmak kaydıyla hukuken kurulmuş olan bir vasiyetnameyle istenen hukuki sonuçların vasiyeti yapan kişinin ölümüyle etkin hale gelmesi bu kabildendir.¹⁷

Koşul kavramının dogmatik önemi ise hukuki işleme ilişkin bahsi geçen, kurucu, geçerlilik ve etkinlik unsurları ayrımı ile yakından ilgilidir. Buna göre koşul kavramı vasıtasıyla taraflar, hukuki işlem ve hukuki işlemin sonuçları arasındaki (hakkın oluşumu veya devri gibi), kural olarak var olan zamansal birliği sonlandırmakta, hukuki işlem meydana gelmesine rağmen sonuçları koşula bağlı olarak bir sonraki vakte kadar ötelenebilmekte, hukuki işlemin sonuçları, hukuki işlemin meydana geldiği zamandan ayrılmaktadır.¹⁸ İfade edilen dogmatik önem,¹⁹ hukuki işlemin etkilerinin bir koşulun gerçekleşmesine kadar ötelendiği koşul tipini ifade eden geciktirici koşulda (taliki şartta) var olmakla birlikte, bozucu koşul (infisahî şart) söz konusu olduğunda, söz konusu dogmatik önemin varlığına itiraz edilebilir. Söz konusu dogmatik öneme dönük, hukuki işlemlerin neticelerinin etkinliğinin geçici de olsa hukuki işlemle birlikte var olduğu, fakat taraflarca belirlenen bir hadisenin gerçekleşmesi halinde hukuki

¹⁵ EREN, Genel Hükümler, s. 121.

¹⁶ EREN, Genel Hükümler, s. 123.

¹⁷ EREN, Genel Hükümler, s. 123.

¹⁸ WESTERMANN, Harry, Peter, Münchener Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, ProstG, 8. Auflage, München, 2018, BGB § 158, PN. 1.

¹⁹ FURRER, Andreas/MÜLLER-CHEN, Markus, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Zürich, 2018, S. 59, PN. 31.

işlemin hükümsüz kaldığı dolayısıyla bozucu koşulda zamansal birliğin devam ettiği şeklindeki muhtemel bir itiraz karşısında; bozucu koşul durumunda her ne kadar hukuki işlemin sonuçları meydana gelse de, hukuki işlemin bu sonuçlarının sürekliliği, devam edip etmeyeceği hususlarında nihai, kesin bir açıklık ve belirlilik olmadığı ifade edilebilir.²⁰

Gerek geciktirici gerekse bozucu koşulda hukuki işlemin geleceğine dair bu belirsizlik ise gerek hukuki işlemin tarafları için gerekse kanun koyucu için bazı soru(n)ları beraberinde getirmektedir. Buna göre bahsedilen belirsizlik durumunda hukuki durum nihai bir netlik kazanıncaya kadar ne olacak/ne geçerli olacaktır? Hukuki işlemin tarafları (veya hukuki işleme yabancı üçüncü kişiler) kendilerini, ne ölçüde, değişimi kendi iradelerinden bağımsız olan veya en azından tamamen kendi iradelerine bağlı olmayan hukuki duruma uydurmak zorundadır?²¹

Fakat mesele bu sorunlarla sınırlı değildir. Her bir hukuki işlemin, bu hukuki işlemin taraflarının mevcut gerçekliklere ilişkin tasavvurlarına ve bu gerçekliklerle alakalı gelecekte meydana gelecek gelişmeler hususundaki beklentilerine dayandığı bilinen bir husustur.²² Fakat tarafların mevcut gerçekliğin gelecekteki seyrine ilişkin öngörülerini gerçekleştirebilir veya hadiseler düşünüldüğünden farklı gelişebilir. Tam bu noktada hukuki işlemin yapıldığı tarihte, tarafların hukuki işlemin muhtevasını belirlerken hareket ettikleri veya öyle olmasını planladıkları gerçeklik ile ‘planlanandan’ farklı ‘mevcut’ durum arasındaki farkın hukuki işlemi nasıl etkileyeceği ve bu farktan doğan riskin nasıl paylaşılacağı sorunu ortaya çıkacaktır.²³

Hukuki işlemin yapıldığı tarihteki durum ile gelecekte meydana gelecek durum arasındaki farktan kaynaklanan riskin nasıl paylaşılacağı hususu, kanunda zaman zaman doğrudan bir düzenlemeye bağlanmıştır. Örneğin tarafların öngöremedikleri birtakım ifa engellerinin (imkânsızlık) ortaya çıkması durumunda, kanunda hukuki işlemin yapıldığı tarihte var olmayan fakat sonradan ortaya çıkan durum bizzat kanun koyucu tarafından bir çözüme bağlanmıştır.²⁴

²⁰ WESTERMANN, BGB § 158 PN. 1, in: MüKo BGB.

²¹ WESTERMANN, BGB § 158 PN. 1, in: MüKo BGB.

²² MEDICUS, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg, 2006, S. 324, PN. 823.

²³ MEDICUS, S. 324, PN. 823.

²⁴ MEDICUS, S. 324, PN. 823.

Hatta kanunun izin verdiği ölçüde taraflarca söz konusu düzenlemelerin aksinin kararlaştırılması da mümkündür.²⁵ Bununla birlikte kanun koyucu koşul müessesini düzenlemek suretiyle bizzat taraflara mevcut belirsizlikleri veya gelecekteki gelişmeleri dikkate alabilme imkanı getirmiştir.²⁶ Bu yolla taraflar için sözleşmenin kuruluşunu belirleyen hususların değişiminden doğan risk kontrol altına alınabilmektedir.²⁷ Hatta taraflar, hak sahibinin kuşak değiştirmesinden kaynaklı değişiklikleri veya bu değişikliklerden doğan riskleri dahi önceden bertaraf edebilmektedirler. Bu anlamda koşul kavramının önemi, bilhassa ortaklık ve kira sözleşmeleri gibi sürekli borç ilişkilerinde ve hukuki işlemin kurulduğu zaman ile hukuki etkisini gösterdiği zamanın birbirinden ayrıştığı ölüme bağlı tasarruflarda ortaya çıkmaktadır. Koşul kavramı bu tip hukuki işlemlerde ileride doğacak riskleri azaltmak ve hukuki durumu oluşan yeni koşullara uyarlamak adına sergilenecek ihtiyatlı bir yaklaşım için, sözleşme özgürlüğünün bir neticesi olarak ortaya çıkan önemli bir hukuki araçtır.²⁸ Taraflar *'bu suretle mümkün mertebeye hadiselerin seyri üzerine tesir icra eylemek ve menfaatlerini bunun muhtelif tecelli şekline göre tanzim'*²⁹ etmek imkânına kavuşurlar.

Sonuç itibarıyla sözleşme özgürlüğü prensibinin bir sonucu olarak, borç ilişkisinin tarafları tek bir borcun (Obligation) veya bütünüyle bir borç ilişkisinin geçerliliğini bir koşulun gerçekleşmesine bağlayabilirler (Grundsatz der Bedingungsfreiheit).³⁰

²⁵ **MEDICUS**, S. 324, PN. 824.

²⁶ **MEDICUS**, S. 324, PN. 824; **RÖVEKAMP**, Klaus, BGB § 158 PN. 1 in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, 49. Edition, Stand: 01.02.2019.

²⁷ **WESTERMANN**, BGB § 158 PN. 2, in: MüKo BGB; **ZIMMERMANN**, Reinhard „Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter...“ – *Condicio tacita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts*, AcP 193 (1993), S. 124.

²⁸ **WESTERMANN**, BGB § 158 PN. 2, in: MüKo BGB.; **FURRER/MÜLLER-CHEN**, S. 58, PN. 31; **KRAMER**, Ernst A./**PROBST**, Thomas, Grundkurs Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Basel, 2013, S. 273, PN. 530; **ÖZSUNAY**, Ergun, Borçlar Hukuku Dersleri I, İstanbul, 1976, s. 135.

²⁹ **GÜRSOY**, s. 398; Krş. **KILIÇOĞLU**, s. 964.

³⁰ **BERGER**, Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, Bern, 2012, S. 259, PN. 787; Tarafların bir sözleşmeyi veya sözleşmesel bir yükümlülüğü koşula bağlayabilmesi hususu ile sözleşme özgürlüğü arasındaki bağ o kadar sıktır ki, DCFR'nin ilgili madde şerhinde, sözleşme özgürlüğü gereği koşula ilişkin hükümlerin gereksiz olduğu ifade edilmiştir. **DCFR**, p. 718.

III. ROMA HUKUKU HUKUKUNDA KOŞUL KAVRAMI

1. Genel Olarak Koşul Kavramı

Roma hukukunda hukuki işlemin tipi müsaade ettiği ölçüde, hukuki işlemin zorunlu bir parçası olmayan birtakım unsurlar sonradan hukuki işleme eklenebilmekte ve bunlar hukuki işlemin 'ârizi unsurları' olarak isimlendirilmektedir. Hukuki işlemin asli unsuru kabul edilen irade beyanlarına nazaran fer'i beyanlar şeklinde de tabir edilen ârizi unsurlar bir defa beyan edilmekle esas unsurlar halini alırlar.³¹ Taraflara, hukuki işleme ekleyecekleri bir takım ârizi unsurlarla daha önceden belirlenmiş birtakım unsurları değiştirme imkanı veren objektif hukuk, toplumsal menfaati dikkate alarak zaman zaman bu tip değişikliklere müsaade etmese de çoğunlukla taraflar hukuki işlemi bu tip fer'i/ârizi unsurlarla değiştirme hürriyetine sahiptir.³² Hukuk pratiğinde vade ve modus ile birlikte en çok tesadüf edilen fer'i beyanlardan birisi koşuldur (condicio).³³

Koşul (condicio) kavramı Roma hukukunda 'bir hukuki muamelenin hükümlerini müstakbel ve gayri muayyen bir hadisenin vukuuna bağlayan fer'i irade beyanı' olarak tanımlanmaktadır.³⁴ "Eğer Titus Consul olursa, bana 100 ekmeği vermeyi taahhüt ediyor musun?" veya "Eğer gemi Asya'dan gelirse 100 ekmeği vermeyi vaad ediyor musun?" şeklindeki beyanlarda ifade edilen ve gelecekte gerçekleşmesi (vukuu) belirsiz olan vakıanın kendisi de koşul olarak isimlendirilmektedir. Burada dikkat çeken husus, koşul kelimesi gerek hukuki işlemdeki fer'i irade beyanı gerekse fer'i irade beyanına konu olan gerçekleşip

³¹ **DI MARZO**, Salvatore, Istituzioni di Diritto/Roma Hukuku, (Çev. Dr. Ziya UMUR) İstanbul, 1954, s. 66.

³² **DI MARZO**, s. 67.

³³ **DI MARZO**, s. 67; **KASER**, Max/**KNÜTEL**, Rolf, Römisches Privatrecht, München, 2005, S. 65; **VON CZYHLARZ**, Karl Ritter /**NICOLO**, Marian San, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, Wien, 1933, S. 49; **KRELLER**, Hans, Römisches Recht II: Grundlehren des gemeinen Rechts. Romanistische Einführung in das geltende Privatrecht, Wien, 1950, S. 281; **BERKİ**, Şakir, Roma Hukuku, Ankara, 1949, s. 319; **WEISS**, Egon, Institutionen des römischen Privatrechts: als Einführung in die Privatrechtsordnung der Gegenwart, Basel, 1949, S. 28; **HAUSMANINGER**, Herbert/**SELB**, Walter, Römisches Privatrecht, Wien, 1997, S. 272; **SEIDL**, Erwin, Römisches Privatrecht, Köln, 1963, S. 46; **JÖRS**, Paul/**KUNKEL**, Wolfgang, Römisches Privatrecht, Berlin, 1935, S. 84; **MAYER-MALY**, Theo, Römisches Privatrecht, Wien, 1991, S. 97; **SOHM**, Rudolph, Institutionen: Geschichte und System des römischen Privatrechts, (bearbeitet von LUDWIG, Mitteis), Berlin, 1949, S. 229.

³⁴ **DI MARZO**, s. 67.

gerçekleşmeyeceği belirsiz olan olgu olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır.

35

2. Bir Hukuki Kaydın Koşul Olarak Nitelendirilebilmesinin Koşulları

a. Gelecekte Meydana Gelecek Olmak (Müstakbel Olmak)

Yapılan tanımdan da açıkça anlaşılacağı üzere Roma hukukunda fer'i bir irade beyanının koşul olarak kabul edilebilmesi için, vakıanın müstakbel (gelecekte vuku bulacak) ve gayri muayyen (belirsiz) olması gerekmektedir. Buna göre maziye veya hâle (geçmişe veya şimdiye) dönük kayıtlar (*condicio in praesens vel praeteritum collata*) koşul olarak kabul edilmeyecektir.³⁶ Örneğin bir kimsenin oğluna atını, atın daha önce satılmamış olması kaydıyla bağışlaması durumunda her ne kadar ortada bir koşul varmış gibi gözükse de, atın bağışlanmasının vaad edildiği anda atın satılıp satılmadığına ilişkin durum belli olduğu daha doğrusu ortada atın satılıp satılmadığına ilişkin bir muallâkiyet (belirsizlik) mevcut olmadığı için hakiki anlamda koşul mevcut değildir.³⁷ Geçmişteki veya hali hazırdaki hadiselerin koşul koşulması durumunda her ne kadar taraflar hadiseyi bilmeseler de objektif belirsizlik (afaki gayri muayyenlik) mevcut olmadığı için koşul geçerli değildir.³⁸ Bu tip durumlarda hakiki anlamda koşul olmamakla beraber koşul olarak eklenen hadise şayet vuku bulmuş ise işlem baştan itibaren geçerli, vuku bulmamış ise baştan itibaren hükümsüzdür.³⁹

Vukuu yani gerçekleşmesi muhakkak olan hadiseler de Roma hukukunda teknik anlamda koşul olarak kabul edilmemektedir. Örneğin “*Titius ölürse*” şeklinde bir ifade kullanılması halinde Titius'un ölümü bir gün muhakkak ger-

³⁵ **DI MARZO**, s. 67.

³⁶ **RABEL**, Ernst, *Gründzüge des römischen Privatrechts*, Basel, 1955, S. 177; **KASER**, Max. *Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das altrömische, Das vorklassische und klassische Recht*, München, 1955, S. 223.

³⁷ **HONİG**, Richard, *Roma Hukuku* (Ter. Dr. Şemseddin TALİP), İstanbul, 1938, s. 73, **HONİG** Roma hukukçusu **MODESTİNUS**'tan şu cümleyi alıntılıamaktadır: ‘*Conditio in praeteritum, non tantum praesens tempus relata statim aut peremit obligationem aut omnino non differt.*’ [Maziye müteallik bir koşul ya derhal vecibeyi ortadan kaldırır yahut da onu hiç değiştirmez.]; **KASER**, S. 223; **MAYER-MALY**, S.97; **JÖRS/KUNKEL**, S. 86; **SEIDL**, S. 47.

³⁸ **DI MARZO**, s. 67.

³⁹ **UMUR**, Ziya, *Roma Hukuku Ders Notları*, İstanbul, 1999, s. 194; **KASER**, S. 223.

çerçeleşeceği için böyle bir durumda koşul değil vade söz konusu olacaktır.⁴⁰ Aynı şekilde kanunen öngörölmüş bir husus koşul olarak değerdendirilmeyecektir. Örneğın fiil ehliyetine sahip olunmanın şart koşulduğu bir durumda, fiil ehliyeti zaten kanunen öngörölmüş bir koşul teşkil ettiğı için teknik anlamda bir koşul söz konusu olmayıp bu tip durumlar kanuni koşullar (condiciones iuris) olarak isimlendirilmektedir.⁴¹

b. Gelecekte Vuku Bulacak Hadisenin Meçhul/Belirsiz Olması

Roma hukukundaki anlayışa göre gerçekleşmesi (vukuu) şart koşulan hadisenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belirsiz/bilinmiyor olması gerekmektedir.⁴² Buna göre Roma hukukunda koşula konu olan olgunun teknik açıdan koşul olarak kabul edilebilmesi için, söz konusu olgunun sahip olması gereken bir diğerd vasıf, bu olgunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin objektif açıdan şüpheli olmasıdır.⁴³ Konuyu örneklendirmek gerekirse tarafların “*Eğer Titus Consul olursa, bana 100 ekmeğı vermeyi taahhüt ediyor musun? Ediyorum*”, şeklinde tezahür eden bir konuşma neticesinde bu stipulatio koşulludur ve muteberdir.⁴⁴ Bununla birlikte verilen örnekte Titius’un seçimi yapılmış ve fakat taraflar bunu bilmiyorlarsa ortada bir koşul mevcut değildir.⁴⁵ Hukuki işlemin akıbeti ise Titius’un Consul olup olmamasına göre değışiklik arz edecektir. Daha açık bir ifadeyle şayet Titius, Consul olmamışsa muamele batıl olacak, Consul olmuşsa hukuki işlem koşulsuz olarak mevcut olacaktır.⁴⁶

c. Mümkün Olmak

Roma hukukunda hukuki işleme eklenen kaydın koşul olarak kabulü için aranan hususlardan bir diğeri ise koşula konu hadisenin gerçekleşmesinin mümkün olmasıdır. Diğerd bir deyişle Roma hukukunda bir koşulun muteber kabul

⁴⁰ **DI MARZO**, s. 67-68 Dig. 46.2.9.1 Qui sub condicione stipulatur, quae omnimodo exstatura est, pure videtur stipulari. [Mevcut olmamasına imkân olmayan bir şartla stipulatio yapan, şartsız stipulatio yapmış sayılır]. Roma hukukunda vade kavramı için bkz. **DI MARZO**, s. 74.

⁴¹ **UMUR**, s. 194; **KOSCHAKER**, Paul/**AYİTER**, Kudret, Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak, Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1971, s. 64; **DI MARZO**, s. 68.

⁴² **SEIDL**, S. 47.

⁴³ **KRELLER**, S. 281; **KOSCHAKER/AYİTER**, s. 64; **UMUR**, s. 194.

⁴⁴ **UMUR**, s. 194; **SEIDL**, S. 47.

⁴⁵ **UMUR**, s. 194; **SEIDL**, S. 47.

⁴⁶ **UMUR**, s. 194.

edilebilmesi, şart koşulan vakıanın gerçekleşmesinin mümkün olmasına bağlıdır. Nasıl ki gerçekleşmesi muhakkak olan hususlar koşul olarak kabul edilmiyip vade olarak değerlendirilmekteyse, gerçekleşme ihtimali olmayan koşullar da hükümsüz kabul edilmektedir.⁴⁷ Zira bu durumda da hadisenin gerçekleşmeyeceği kesin olup belirsizlik unsuru mevcut değildir. Koşula konu hadisenin vukuunun mümkün olmadığı durumlarda buna bağlanan hukuki netice, söz konusu işlemin ölüme bağlı tasarruf mu (*mortis causa*) yoksa sağlar arası bir tasarruf mu (*inter vivos*) olduğuna göre farklı sonuçlara tabi tutulmuştur.⁴⁸ Örneğin belirli mal bırakma veya mirasçı atama gibi ölüme bağlı tasarruflar gerçekleşmesi imkânsız bir koşula bağlandığı takdirde, koşul yazılmamış sayılacak ve hukuki işlem geçerli olacaktır.⁴⁹ Sağlar arası tasarrufların ve sözleşmelerin hukuki sonuçlarını doğurmasının imkânsız bir koşula bağlandığı durumlarda ise hukuki işlemin koşulla birlikte geçersiz olması kabul edilmiştir (*impossibilium nulla est obligatio*).⁵⁰ Iustiniaus hukukunda ise hukuk prensiplerini doğrudan doğruya veya dolaylı olarak ihlal eden hukuka aykırı koşullar ile iyi ahlak kurallarına aykırı olan (*Conta bonos mores*) ahlaka ve edebe aykırı koşullar da imkânsız olarak kabul edilerek bu tip hukuki muameleler geçersiz kabul edilmiştir.⁵¹

3. Koşulun Çeşitleri

a. Geciktirici ve Bozucu Koşul Ayırımı

Modern hukuk sistemlerinde koşul kavramı değişik kıstaslara göre birtakım ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bu ayrımlardan birisi de orta çağda saptanan

⁴⁷ RABEL, S. 177; KASER, S. 223; UMUR, s. 194; DI MARZO, s. 68. Gai. 3, 98 'sub ea condicione stipuletur, quae existere non potest, uelut 'si digito caelum tetigerit' [Mevcut olmasına imkân olmayan bir şart tahtında, mesela parmakla göğe dokunursa].

⁴⁸ DI MARZO, s. 67; HONSELL, Heinrich/MAYER-MALY, Theo/SELB, Walter, Römisches Recht, aufgrund d. Werkes von Paul Jors, Wolfgang Kunkel und Leopold Wenger. 4. Aufl. Berlin 1987, Enzyklopadie der Rechts- und Staatswissenschaft: Abteilung Rechtswissenschaft. Heidelberg, 1987, S. 92; KASER, S. 223; WEISS, S. 34.

⁴⁹ DI MARZO, s. 67; Ölüme bağlı tasarrufun geçerli, imkânsız koşulun hükümsüz olduğu görüşü de tamamen tartışmadan uzak değildir. Bkz. HONSELL/ MAYER-MALY/SELB, S. 92; WEISS, S. 34.

⁵⁰ DI MARZO, s. 67; HONSELL/MAYER-MALY/SELB, S. 92; KASER, S. 223.

⁵¹ DI MARZO, s. 68; HONSELL/MAYER-MALY/SELB, S. 92; KASER, S. 223.

ve modern sistemlerde de varlığını sürdüren,⁵² geciktirici koşul (*conditio suspensiva*) bozucu koşul (*conditio resolutiva*) ayrımı olup, geciktirici koşul halinde işlemin hukuki sonuçlarını doğurması, gerçekleşmesi meşkûk (şüpheli) müstakbel (gelecekte gerçekleşecek) bir olaya bağlanmakta, bozucu koşulda ise işlem hukuki sonuçlarını doğurmakla birlikte ilerde gerçekleşecek hadise ile hukuki işlem sona ermektedir. Bugün koşula ilişkin yapılan bu ayrım Roma hukukuna yabancıdır. Bozucu koşulun bugünkü tipolojisi içinde Roma hukukunda da var olup olmadığı hususu Roma hukukçuları arasında en tartışmalı konulardan birisini teşkil etmektedir.⁵³ **KASER**, klasik dönem hukukçularının bozucu koşulu müstakil (bağımsız) bir tip olarak görmediklerini fakat hukuki işlemlerde bu tip kayıtların bozucu etkilerine rastlandığını ifade etmektedir. Yazara göre bu tip bozucu etkiye sahip kayıtların ilave edildiği hukuki muameleler koşulsuz olup, bu hukuki işlemle bağlantılı geciktirici koşula bağlı bir rücu hakkının tanındığı bir anlaşma söz konusudur.⁵⁴ Zaten mahiyeti itibarıyla bu tip bir kayda bağlı olarak yapılan işlem sayısı oldukça sınırlıdır.⁵⁵ Aynı istikamette olan hâkim görüşe göre de eski ve klasik devirde Romalılar koşul kavramı altında daha ziyade geciktirici koşul olarak isimlendirilen tipi anlamaktadırlar. Fakat koşul kavramından genellikle geciktirici koşulun anlaşıldığı vurgulanmakla birlikte bazı örnekler üzerinden klasik hukukta bozucu koşulun bugünkü haliyle olmasa bile tanındığı kabul edilmektedir.⁵⁶

Romalılar koşula bağlanmış bir hukuki işlem için bir askı süresinin (*conditio pendet*) varlığını gerekli görmekte, bozucu koşulda ise işlemin hukuki sonuçlarını derhal doğurması sebebiyle, koşul müessesesi için aranan işlemin askıda olması durumu gerçekleşmemektedir. Bununla birlikte Romalı hukukçular bozucu koşulla amaçlanan gayeye başka bir yolla ulaşıyorlardı. Şöyle ki,

⁵² **KARADENİZ-ÇELEBİCAN**, Özcan, Roma Hukuku, Tarihi, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması, Ankara, 2014, s. 246; Krş. **AKINCI**, Şahin, Roma Hukuku Dersleri, 11. Baskı, Konya, 2017, s. 143.

⁵³ **RABEL**, S. 175; Konuya dair ihtilaf halen sona ermiş değildir. Bkz. **FLUME**, Werner, Die Aufhebungsabreden beim Kauf- lex Commissoria, in diem addictio und sogenanntes pactum displicentiae - und die Bedingung nach der Lehre der römischen Klassiker in: Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, Hrsg. Dieter Medicus, München, 1976, 309 ff.; **MAYER-MALY**, S.97; **BERKİ**, s. 320.

⁵⁴ Krş. **JÖRS/KUNKEL**, S. 84.

⁵⁵ **KASER**, S. 221.

⁵⁶ **DI MARZO**, s. 69; **TAHİROĞLU**, Bülent/**ERDOĞMUŞ**, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul, 2016, s. 195; **KARADENİZ-ÇELEBİCAN**, s. 246; **HONSELL/MAYER-MALY/SELB**, S. 92. Fn. 16. Benzer biçimde bkz. **MOUSOURAKIS**, George, Fundamentals of Roman Private Law, Heidelberg, 2012, s. 195 Fn. 46. Aksi görüşte **FLUME**, S. 169.

tarafların yaptıkları asıl işlem herhangi bir koşula bağlı olmamak ve dolayısıyla askıda kabul edilmemekle birlikte, bu işleme eklenen geciktirici koşula bağlı, ilave bir bozma/infisah anlaşması ile bozucu koşulun sonuçlarına dolaylı yoldan ulaşılmış oluyordu.⁵⁷ Bir örnekle açmak gerekirse: Tarafların bir halının satışı hususunda anlaşmaları ve fakat bir hafta içinde üçüncü bir kişi tarafından daha yüksek bir bedelin teklif edilmesi halinde sözleşmenin sona ereceğini kararlaştırdıkları durumda, tarafların yapmış oldukları satış sözleşmesi herhangi bir koşula bağlı olmaksızın kurulmuş ve sonuçlarını doğurmuştur. Yalnız taraflar yaptıkları satış sözleşmesine ek olarak geciktirici koşula bağlı bir anlaşma daha yapmışlar ve bu anlaşmada sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması gelecekte vuku bulacak bir koşula bağlanmıştır. Şayet bir hafta içinde üçüncü bir şahıs daha yüksek bir bedel teklif ederse, ki bu rücu anlaşmasının geciktirici koşulunu teşkil etmektedir, geciktirici koşul gerçekleşmiş olacak ve satıcı sözleşmenin sona ermesiyle halıyı ilk alıcıdan alarak yeni alıcı olan üçüncü şahsa satabilecektir.⁵⁸

b. Satış Sözleşmesine Eklenen Kayıtlar

Roma hukukunda koşul müessesesi bağlamında iyi niyet davası doğuran satış sözleşmesi özel bir önem arz etmektedir. Zira satış sözleşmesine ilave edilen bazı kayıtlar koşul olarak değerlendirilmektedir.⁵⁹ Öncelikle ifade etmek gerekirse, Roma hukukunda sözleşmeler değişik açılardan tasnif edilmekte olup sözleşmenin hükümleri açısından sözleşmeden doğan actio'nun dar bir hukuk davası veya iyi niyet davası olmasına göre, sözleşmeler dar hukuk sözleşmeleri ve iyi niyet davası doğuran sözleşmeler şeklinde bir ayırımı tabi tutulmaktadır. Sözleşmenin meydana gelmesi için salt taraf iradelerinin kâfi olduğu sözleşme tipi olan rızaî sözleşmelerin tamamı (alış-satış, locatio conductio, şirket ve vekalet) iyi niyet sözleşmeleri olarak kabul edilmektedir.⁶⁰ Bu anlamda iyi niyet

⁵⁷ TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, s. 195; KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 246; DI MARZO, s. 69.

⁵⁸ TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, s. 195; KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 246; DI MARZO, s. 69.

⁵⁹ DI MARZO, s. 393.

⁶⁰ UMUR, s. 337; RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul, 1969, s. 52; HONIG, s. 257.

davası doğuran alış-satış sözleşmesine değişik tipte koşullar eklenebilmekte idi.⁶¹ Koşul olarak kabul edilen bu kayıtlar şunlardır:

aa. lex commissoria: Sözleşme ile kararlaştırılan bedel belli bir müddet zarfında ödenmediği takdirde satıcının isteğiyle sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin anlaşma.

bb. in diem addictio: Taraflarca kararlaştırılan süre içinde daha iyi bir teklifin gelmesi halinde satıcının isteğiyle sözleşmenin sona erdirilmesi anlaşması. In diem addictio kaydının infisahi bir koşul olarak kabulü milattan sonra ikinci yüzyılda gerçekleşmiştir.⁶²

cc. pactum displicentiae: Alıcının satılan şeyi beğenmediği takdirde iade hakkının bulunması.⁶³

Doktrindeki bir görüş bu ilk üç kaydı doğrudan bozucu koşul olarak nitelendirmektedir.⁶⁴ Diğer bir görüşe göre ise bu üç anlaşmayı geciktirici koşula bağlanmış satış veya koşulsuz satış artı geciktirici koşula bağlı dönme anlaşması şeklinde yapmak mümkündür.⁶⁵ Buna göre hangisinin yani koşula bağlı bir satış sözleşmesi mi yoksa satış sözleşmesi artı geciktirici koşula bağlı dönme anlaşması mı söz konusu olduğunun tespiti taraf iradelerine bağlıdır. Örneğin ‘iki ay içinde daha iyi bir teklif gelemese mal sana satılmış olsun’ şeklindeki kayıt geciktirici koşul teşkil edecekken, ‘iki ay içinde daha iyi bir teklif gelirse mal sana satılmamış olsun’ şeklindeki anlaşma ise koşulsuz satış artı geciktirici koşula bağlı dönme anlaşması olarak değerlendirilip bozucu koşulun neticelerini ortaya çıkaracaktır.⁶⁶ ULPIANUS’un SABINUS şerhinde konuya ilişkin şu açıklama bulunmaktadır. “D.18,2,2 pr-I Ulpianus’un Sabinus şerhinin 28. Kita-

⁶¹ SEIDL, S. 47; TAHİROĞLU, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, 2016, s. 223.

⁶² HONIG, s. 72.

⁶³ HONSELL/MAYER-MALY/SELB, S. 320 vd.; DI MARZO, s. 393-394; Dördüncü bir koşul tipi olarak satıcının, alıcıya, alıcının ödediği bedeli iade ederek satış konusu şeyi geri alma hakkını ifade eden ve saf iradi koşul/ Potestativbedingung teşkil eden, **pactum de retrovendendo** zikredilebilir. Söz konusu kayıt DI MARZO’nun Ziya UMUR tarafından tercüme edilen eserinde iştirâ (alım hakkı) (s. 394) şeklinde çevrilmiş, ERDOĞMUŞ ise kavramı daha doğru biçimde vefa (geri alım) hakkı olarak çevirmiştir. ERDOĞMUŞ, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 2018, s. 83, Dn. 153.

⁶⁴ HONIG, s. 72.

⁶⁵ ERDOĞMUŞ, s. 86-87.

⁶⁶ ERDOĞMUŞ, s. 86-87.

bından: Bir arazi daha iyi bir teklif kaydıyla satılmışsa, alım satım koşulsuz olup ancak koşul altında sözleşmeden dönülebileceği mi, yoksa şartlı yapılmış bir alım satımın mı mevcut olduğu tartışmalıdır. Bana göre neyin kast edilmiş olduğuna bakmak daha doğrudur. Eğer daha iyi teklif halinde dönülebileceği kararlaştırılmışsa, koşulsuz bir alım satım vardır ve bir koşul altında bundan dönülebilir., fakat “daha iyi teklif yapılmadığı takdirde, alım satım tam olacaktır” şeklinde yapılmışsa, alım satım koşula bağlıdır. (I) Yaptığım ayrıma göre alım satımın koşulsuz olduğu durumda Iulianus, bir malı daha iyi teklif kaydıyla satmış olan kimsenin zaman aşımıyla iktisap edebileceğini, semere ve artmaları iktisap edebileceğini ve mal telef olduğu takdirde, hasarın ona ait olacağını yazmaktadır.”⁶⁷

Metinden de anlaşılacağı üzere konuya ilişkin ayırım hasar sorunu açısından önem arz etmektedir. İlk durumda yani satışın geciktirici koşula bağlı olarak yapıldığı durumda, mal alıcıya teslim edilmiş olsa bile hasar karşı tarafa geçmeyecek ve bu süre zarfında semerelerden satıcı istifade edecektir. Buna karşılık satışın koşulsuz fakat dönme hakkının geciktirici koşula bağlandığı seçenekte ise hasar alıcıya geçecektir.⁶⁸

c. İradi, Tesadüfi ve Karma Koşul

Roma hukukunda koşul müessesesine dair yapılan bir diğer tasnif *iradi*, *tesadüfi* ve *karma koşul* ayrımıdır. ‘Capitolium’a çıkarsan’ cümlesinde olduğu üzere koşulun gerçekleşmesi taraflardan birinin ve genellikle hukuki işlemin yapılmasından menfaat temin eden kişinin iradesine bırakılmışsa iradi koşul söz konusu olmaktadır.⁶⁹ İfade edildiği gibi koşulun tahakkuku genellikle borç ilişkisinden menfaati olan alacaklının iradesine bırakılabileceği gibi borçlunun iradesine de bırakılabilir. Borçlunun koşulun gerçekleşmesini engellediği du-

⁶⁷ Metnin çevirisi Belgin ERDOĞMUŞ’a aittir. ERDOĞMUŞ, s. 87, Dn. 161; Aynı yönde bkz. D. 18, 1 3: ‘Si res ita distracta sit, ut si displicisset inempta esset constat non esse sub condicione distractam, sed resolvi emtionem sub condicione’ [Mebi beğenilmezse alım satım muteber olmayacağı şeklinde kayıt konulmuşsa bu alım satım koşula müteallik değildir, fakat alım satım koşul uyarınca infisah etmektedir.] DI MARZO, s. 69 Dn. 21.

⁶⁸ ERDOĞMUŞ, s. 86-87.

⁶⁹ DI MARZO, s. 70.

rumlarda, dürüstlük kuralları gereğince koşul tahakkuk etmiş sayılacak ve sözleşme hukuki sonuçlarını doğuracaktır.⁷⁰

“*Gemi Asya’dan gelirse*” ifadesinde olduğu gibi şart koşulan hususun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususunda taraf iradelerinin bir etkisi yoksa ve koşulun gerçekleşmesi üçüncü kişinin iradesine veya tesadüfi olayların etkisine bırakılmışsa, bu koşul tipi tesadüfi koşul olarak isimlendirilmektedir.⁷¹

Buna karşılık “*Titus ile evlenirsen*” ibaresinde olduğu üzere hem hukuki işlemin taraflarından birinin hem de dış etkenlerin/tesadüflerin etkili olduğu bir durum söz konusu olursa karma (muhtelit) koşul söz konusu olur.⁷²

Bir diğer tasnif şart olarak koşulan vakıanın/olayın muhtevası ile ilgilidir. Buna göre “*Eğer gemi Asya’dan gelirse*” örneğinde olduğu gibi olumlu bir hadisenin gerçekleşmesi şart koşuluyorsa olumlu koşul, “*Eğer köleyi azat etmezse*” ibaresinde olduğu gibi bir şeyin gerçekleşmemesi arzu ediliyorsa olumsuz koşul söz konusu olmaktadır.⁷³ Burada dikkat edilmesi gereken husus olumsuz koşulun bozucu koşul ile aynı anlama gelmediğidir. Bozucu koşul ile geciktirici koşul ayrımında bozucu koşulda esasen hüküm ve sonuçlarını doğurmuş bir sözleşmenin ileride gerçekleşecek olumlu veya olumsuz bir hadise ile hükümleri ortadan kalkmakta iken, olumsuz koşul gerek geciktirici gerekse bozucu koşulda koşulun muhtevasını teşkil edecek seçeneklerden birisini oluşturmaktadır.⁷⁴

4. Koşulun Sonuçları

Koşula bağlanmış bir hukuki işlemin akıbetine ilişkin esasen iki aşama söz konusu olmaktadır. İlk aşama hukuki işlemin sonuçlarının askıda olduğu belirsizlik (muallakiyet) safhasıdır. İkinci aşama ise koşulun gerçekleştiği veya

⁷⁰ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 248. Yazar her ne kadar ‘hüsnüniyet kurallarından’ bahsetmekte ise de söz konusu durumda iyi niyet değil dürüstlük kuralları söz konusu olmaktadır.

⁷¹ DI MARZO, s. 70; KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 248; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, s. 196.

⁷² DI MARZO, s. 70; KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 248; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, s. 196.

⁷³ DI MARZO, s. 70; KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 248; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, s. 197.

⁷⁴ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 248; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, s.197.

koşulun gerçekleşmediği/gerçekleşmeyeceğinin anlaşıldığı/gerçekleşmesinin imkânsız olduğunun anlaşıldığı safha olarak ikiye bölümlenen safhadır. Söz konusu safhalar kararlaştırılan koşulun niteliğine göre yani geciktirici mi yoksa bozucu mu koşul olduğuna göre ayrı ayrı ele alınmalıdır.

a. Belirsizlik Safhası (conditio pendet)

aa. Geciktirici Koşul

Geciktirici koşula bağlanmış işlemlerde koşul gerçekleşinceye kadar geçen süre içinde hukuki işlemin sonuçları askıdadır.⁷⁵ Örneğin A ile B arasındaki “*Titus Consul olursa sana şu evi vereceğim*” tarzındaki bir hukuki muamele, yani bağış sözleşmesi, Titus’un Consul oluncaya kadar sonuçlarını doğurmaya- cak ve Titus’un Consul olup olmayacağı belli olmadığı için B için bu süre zar- fında herhangi bir talep hakkı doğmayacaktır. Geciktirici koşula bağlı olarak yapılan, örneğin geminin iki ay içinde Asya’dan gelmesi koşuluna bağlanan bir satış sözleşmesi, geminin gelip gelmeyeceği belli olmadığı için koşul gerçekte- şinceye kadar herhangi bir hüküm doğurmaya- cak ve alacaklı için bir talep hakkı doğmayacaktır.⁷⁶ Gerek satış sözleşmesinde gerekse bağış sözleşmesinde bahsi geçen hakların hüküm ve sonuçlarını doğurması koşulun gerçekleşmesine bağ- lıdır. Örnekler üzerinden ifade etmek gerekirse bağış sözleşmesinde Titus’un Consul olmasına, satış sözleşmesinde ise geminin Asya’dan gelmesine bağ- lıdır.⁷⁷ Verilen örnekte ilk akla gelen soru aynı zamanda Roma hukukunda da en önemli sorunlardan birisini teşkil etmektedir. Sorun kısaca şu şekilde ifade edi- lebilir: Askı süresi içinde hukuki işleme konu eşya üzerinde borçlunun yani malikin tasarrufa konu eşya üzerinde işlem yapma hususunda yetkili olup olma- dığı veya bu süre içerisinde yapacağı bir tasarrufi muamelenin geçerli olup ol- madığıdır? Örnek üzerinden ifade etmek gerekirse, geminin iki ay içinde As- ya’dan gelmesi koşuluna bağlı olarak yapılan satış sözleşmesinde, koşulun ger- çekleşmesi durumunda buğdayların B’ye teslimini yükümlenen A, koşulun ta- hakkuk edip etmeyeceğinin belirsiz olduğu safhada buğdayları üçüncü kişiye devredebilir mi?

Klasik dönemde taahhüt sahibi lehine gelişen tavır klasik sonrası dönemde alacaklıyı koruma yönünde gelişmiştir. Buna göre klasik dönemde koşula

⁷⁵ MAYER-MALY, S.98; KASER/KNÜTEL, S. 67; VON CZYHLARZ/NICOLO, S. 49.

⁷⁶ WEISS, S. 30.

⁷⁷ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 251.

bağlı olarak gerçekleştirilen bir satış sözleşmesinde koşula bağlı hukuki işlemin alacaklı tarafını teşkil eden kişi borçlunun belirsizlik safhasında yaptığı ve koşula bağlı işlemin sonuçlarını doğurması noktasında alacak hakkına hanel getiren işlemlere karşı korunmamıştır.⁷⁸ Klasik sonrası dönemde ise, koşula bağlı işlemin alacaklı tarafı, koşulun tahakkuku halinde sahip olacağı haklar hususunda korunmuş, belirsizlik safhasında koşula bağlı muamelenin borçlu tarafı koşula bağlı işlemle alacaklı tarafın gaye edindiği hukuki neticeye zarar verecek davranışlardan ve hukuki tasarruflardan kaçınmakla yükümlü ve sorumlu tutulmuştur.⁷⁹ Yine söz konusu belirsizlik safhasında her ne kadar alacaklı bir hakka sahip değil ise de, beklenen bir hakkın (Expectatio) varlığı kabul edilmektedir.⁸⁰

bb. Bozucu Koşul

Romalılar koşula bağlanmış hukuki işlem için bir askı süresinin (conditio pendet) varlığını gerekli görmekte, bozucu koşulda ise işlemin hukuki sonuçlarını derhal doğurması sebebiyle, koşul müessesesi için aranan işlemin askıda olması durumu gerçekleşmemektedir.⁸¹ Kısaca bozucu koşula bağlanan bir hukuki işlem için bir askı süresi söz konusu olmayıp hukuki işlem sonuçlarını derhal doğuracaktır.⁸² Bununla birlikte daha önce ifade edildiği üzere, Romalılar bozucu koşula başka bir yolla ulaşmakta, koşula bağlı olmayan bir işlemin sona erdirilmesini ek bir anlaşma olarak kabul etmekte ve bu fesih anlaşmasını bir geciktirici koşula bağlamaktadırlar. Dolayısıyla belirsizlik esas hukuki muamele açısından değil, bu hukuki muameleye eklenen hukuki işlemi sona erdirme hakkı bakımından söz konusu olmaktadır. Daha basit ifade etmek gerekirse, esas hukuki işlem hüküm ve sonuçlarını derhal doğurmakta, hukuki işlemi sona erdirme hakkı için ise bu hakkın bağlandığı geciktirici koşulun tahakkukuna kadar bir belirsizlik safhası söz konusu olmakta ve bu safhada hukuki işlemi sona erdirme hakkı kullanılamamaktadır.⁸³

⁷⁸ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 252.

⁷⁹ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 252.

⁸⁰ KOSCHAKER/AYİTER, s. 65; HAUSMANINGER/SELB, S. 272.

⁸¹ KASER/KNÜTEL, S. 68.

⁸² Krş. WEISS, S. 32.

⁸³ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 252; WEISS, S. 32.

b. Şüpheli Durumun Sona Erdiği Safha

Hukuki işlemin kurulması ile koşulun tahakkuku arasındaki safha iki şekilde sonlanabilir. Bu hallerden ilki koşulun gerçekleşmesi olup, (*conditio existit*) diğeri ise koşulun gerçekleşmemesi ya da gerçekleşmeyeceğinin kesinleşmesi halidir (*conditio deficit*). Her iki durumda da yani gerek koşulun gerçekleşmesi gerekse koşulun gerçekleşmemesi veya gerçekleşmesinin imkânsız olması durumunda, sorunu geciktirici koşul ve bozucu koşul için ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

aa. Koşulun Gerçekleşmesi Hali

(1) Geciktirici Koşul

Geciktirici koşula bağlı hukuki işlemlerde koşulun tahakkuku ile birlikte hukuki işlemle arzulanan hukuki sonuçlar ortaya çıkar. Diğer tabirle askıda olan hukuki işlem hüküm ve sonuçlarını doğurur.⁸⁴ Daha önce verilen örnekler üzerinden ifade etmek gerekirse geminin iki ay içinde Asya'dan gelmesi koşuluna bağlı olarak yapılan satış sözleşmesinde, koşulun gerçekleşmesi durumunda buğdayların B'ye teslimini yükümlenen A için koşulun tahakkuku ile buğdayları teslim yükümlülüğü doğmakta, B için ise bu yönde talep hakkı doğmaktadır. İki yıl içinde evlenmesi koşuluyla oğluna evini bağışlayan babanın bağış yükümlülüğü oğulun evlenmesiyle birlikte doğmakta oğul için ise talep hakkı doğmaktadır.⁸⁵ Fakat bu noktada ortaya önemli bir sorun çıkmaktadır. Koşulun gerçekleşmesiyle birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayan hukuki işlem, sonuçlarını geçmişe etkili olarak mı ortaya çıkaracaktır, yoksa hukuki işlemin sonuçlarını ortaya çıkarması koşulun gerçekleştiği zamana mı inhisar edecektir? Hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarını hukuki işlemin vücut bulduğu tarihten itibaren mi (*ex tunc*) yoksa koşulun tahakkuk ettiği tarihten itibaren mi (*ex nunc*) doğuracağı meselesi Roma hukukundaki ihtilafli meselelerden olup⁸⁶, hangi tarihin kabul edildiği salt teorik bir tartışma olmayıp, benimsenen tarih önemli birtakım pratik sonuçlara da yol açmaktadır.⁸⁷ Romalı hukukçuların

⁸⁴ **VON CZYHLARZ/NICOLO**, S. 49.

⁸⁵ **KARADENİZ-ÇELEBİCAN**, s. 253.

⁸⁶ **UMUR**, s. 196.

⁸⁷ **KOSCHAKER/AYİTER**, s. 65; **KARADENİZ-ÇELEBİCAN**, s. 253; **ERDOĞMUŞ/TAHİROĞLU**, s. 198.

konuya yaklaşımı klasik dönem ve klasik sonrası dönem için farklılık arz etmektedir.

Belirsizlik safhası ile ilgili açıklamalarda ifade edildiği üzere klasik dönemde taahhüt sahibi lehine bir tavır benimsenmiş, koşula bağlı olarak gerçekleştirilen hukuki muamelenin alacaklı tarafını teşkil eden kişi, borçlunun belirsizlik safhasında yaptığı ve koşula bağlı işlemin sonuçlarını doğurması noktasında, alacak hakkına halel getiren işlemlere karşı korunmamıştır. Buna bağlı olarak Klasik dönemde belirsizlik safhasında korunacak bir hak mevcut olmadığı için,⁸⁸ koşulun tahakkuku halinde de bu anlayışın bir uzantısı olarak hukuki işlemin sonuçlarını geçmişe etkili olarak doğurması mümkün değildir.⁸⁹Örneğin A ile B arasında geciktirici koşula bağlanmış bir satış sözleşmesinde A'nın belirsizlik safhasında malı kasten imha etmesi halinde, koşulun tahakkuku halinde sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurma anı olarak koşulun gerçekleştiği tarih kabul edilirse, B, A'ya karşı herhangi bir zarar ziyan talebinde bulunamayacak ve A'nın mesuliyeti söz konusu olmayacaktır.⁹⁰

Belirsizlik safhası bakımından klasik sonrası dönemdeki anlayışa göre her ne kadar bir hak mevcut olmasa da borçlunun belirsizlik döneminde koşula bağlı taahhüdü dikkate alarak hareket etmek zorunda olduğu⁹¹ aksi takdirde mesul olacağı ve en azından beklenen bir hakkın mevcudiyeti kabul edildiği daha önce ifade edilmişti. Klasik sonrası dönemde koşula bağlı işlemlere ilişkin geliştirilen bu yaklaşım yukarıdaki örneğe tatbik edildiğinde, belirsizlik safhasında malı kasten imha eden A, B'nin beklenen hakkını ihlal ettiği için mesul olacaktır.⁹²

Klasik sonrası dönemde koşulun tahakkuku ile birlikte hukuki işlemin neticelerini makale şamil/geçmişe etkili olarak doğuracağı kabul edilmiştir. Böylece koşulun gerçekleştiği durumda hukuki işlem baştan itibaren koşulsuz yapılmış gibi kabul edilirken, koşulun gerçekleşmediği durumda ise muamele

⁸⁸ KOSCHAKER/AYİTER, s. 65.

⁸⁹ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 253.

⁹⁰ KOSCHAKER/AYİTER, s. 65.

⁹¹ UMUR, s. 196.

⁹² KOSCHAKER/AYİTER, s. 65.

yapıldığı tarihten itibaren geçersiz sayılacaktır.⁹³ Varılan bu netice, Klasik sonrası dönemde kabul edilen ‘beklenen hak’ anlayışının bir sonucudur.⁹⁴

‘Beklenen hak’ kavramsallaştırmasının uzantısı olarak ortaya çıkan bu teorik yaklaşımın kabulü halinde, birtakım sorunlar ortaya çıkacaktır.⁹⁵ Örneğin geciktirici koşula bağlı bir satışta, koşulun tahakkuku ile birlikte şayet sözleşmenin neticelerini makale şamil/geçmişe etkili biçimde doğurduğu kabul edilirse, malı devretmeyi taahhüt eden malik, sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren malik sıfatını yitireceği için, belirsizlik safhasında malı elinde bulundurduğu süre zarfında elde ettiği semereleri iade ile yükümlü olacaktır. Söz konusu neticelerin, malı temlik edenin hukuki işlemin yapılmasındaki asıl gayesiyle uyumlu olmadığı ve arzulanmadığı açıktır.⁹⁶

Diğer bir görüş ise Romalıların geciktirici koşula bağlı işlemlerde koşulun tahakkuku ile birlikte koşulun gerçekleşmesi halinde doğacak hukuki sonuçların geçmişe etkili olup olmadığı hususunda hukuki işlemin mahiyetini dikkate alarak karar verdiklerini ileri sürmektedir. Aynı görüş, Romalıların genel eğiliminin hukuki işlemin sonuçlarının geçmişe etkili olarak (ex tunc) değil, bilakis koşulun gerçekleştiği andan itibaren doğuracağı (ex nunc) yönünde olduğunu ileri sürmektedir.⁹⁷

(2) Bozucu Koşul

Roma hukukunda bugünkü şekliyle olmasa da bozucu koşulun tanındığı, genel olarak bu tip koşulların şart kılındığı durumlarda ana muamelenin koşulsuz bir muamele kabul edildiği, Romalı hukukçuların bozucu koşulla amaçlanan gayeye başka bir yolla ulaştıkları ifade edilmişti. Buna göre tarafların yaptıkları asıl işlem herhangi bir koşula bağlı olmamak, dolayısıyla askıda kabul edilme-

⁹³ KOSCHAKER/AYİTER, s. 65; SCHWARZ, s. 252.

⁹⁴ KOSCHAKER/AYİTER, s. 65.

⁹⁵ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 253.

⁹⁶ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 253.

⁹⁷ ERDOĞMUŞ/TAHİROĞLU, s. 198. Yazarlar bu yöndeki kanaatlerini klasik dönem/klasik sonrası dönem şeklinde bir ayırma gitmeksizin ileri sürmektedirler. **RABEL** de benzer biçimde Koşulun tahakkuku ile birlikte hukuki işlemin sonuçlarını geçmişe etkili olarak, yani hukuki işlemin yapıldığı tarihten itibaren doğuracağı yönünde bir kural bulunmadığını ileri sürmektedir. Bkz. **RABEL**, S. 174. Halbuki yukarıda ifade edildiği üzere Romalıların bu konudaki tavrı klasik ve klasik sonrası dönemde farklılık arz etmektedir. Bkz. **KARADENİZ-ÇELEBİCAN**, s. 253.

mekle birlikte, bu işleme eklenen geciktirici koşula bağlı, ilave bir bozma/infisah anlaşması ile bozucu koşulun sonuçlarına dolaylı yoldan ulaşılmış oluyordu. Bir görüşe göre⁹⁸ buradan hareketle geciktirici koşula bağlı bozma anlaşmasında koşulun gerçekleşmesiyle birlikte hukuki işlem yapıldığı andan itibaren geçersiz sayılacaktır. Örneğin daha iyi bir teklif kaydı ile satışta (in diem addictio) daha iyi bir teklifin gelmesi durumunda, sözleşmenin bozulması ile birlikte satış sözleşmesi yapıldığı andan itibaren geçersiz kabul edilmelidir. Bununla birlikte sözleşmenin mahiyetine göre sözleşmenin yapıldığı andan itibaren geçersiz olması her zaman mümkün olmayıp, örneğin bir hizmet sözleşmesi kararlaştırılmışsa, hizmet sözleşmesinin mahiyeti sebebiyle, sözleşme yapıldığı tarihten itibaren değil, koşulun tahakkuku ile birlikte ileriye dönük olarak sona erecektir.⁹⁹

Buna karşılık diğer bir görüşe göre ise asıl hukuki işleme ekli yan hukuki muameleyi sona erdirme hakkı veren anlaşmanın geciktirici koşulu gerçekleşir ve sözleşme sona erdirilirse, hukuki işlemin sonuçları koşulun tahakkuk ettiği an itibarıyla (ex nunc) sona ermektedir. Sonuç olarak bu görüşe göre "...bozma ana akdin sonuçlarını koşul gerçekleştirdiği zaman (ex nunc) olarak sona erdirmektedir."¹⁰⁰

bb. Koşulun Gerçekleşmemesi ya da Gerçekleşmeyeceğinin Kesinleşmesi

Koşulun gerçekleşmemesi ya da gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması durumu da yine geciktirici ve bozucu koşul açısından ayrı ayrı ele alınmalıdır. Böylece geciktirici koşullar açısından koşulun gerçekleşmemesi veya gerçekleşmeyeceğinin kesinleşmesi durumunda hukuki sonuçlarını doğurması geciktirici koşulun tahakkukuna bağlanmış sözleşme hukuki sonuçlarını doğuramayacaktır. Bozucu

⁹⁸ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 254.

⁹⁹ KARADENİZ-ÇELEBİCAN, s. 254; Krş. DI MARZO, s. 73, "Taliki koşula tabi bir rücu veya infisah anlaşmasının ekli bulunduğu bir muamele halinde, koşulun tahakkuku, bugün bozucu koşulda olduğu gibi, muamelenin hükümlerini derhal durdurmaz, sadece anlaşmada mükellefiyet altında olana, muamelenin yapıldığı zamandaki vaziyetin yeniden vaz'ı borcunu yüklerdi. Ve binaenaleyh, muayyen bir zaman içinde semen tediye edilmediği takdirde satıcının arzusu ile fesih anlaşması bulunan bir alım satış mevzu bahis ise (lex commissoria) koşul tahakkuk edince mebi doğrudan doğruya satıcıya dönmez ve satıcı mebi üzerinde doğrudan doğruya dava açamazdı. [...] *Fakat koşulun tahakkuku her zaman makabline şamil oldu* (D. 41,3 19. D. 44, 3, 6, 1. «ut silicet» ten itibaren gloss. ve interp.), öyle ki mesela şimdi zikredilen halde alıcı mebi, alım satış esansında bulunduğu vaziyette iadeye mecburdu. "

¹⁰⁰ ERDOĞMUŞ/TAHİROĞLU, s. 198-199, Dn. 137.

koşulun gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması durumunda ise, hukuki işlemin sona erdirilmesi kabiliyeti ortadan kalkmakta ve işlemin “hukuki sonuçlarını sürdürceği” anlaşılmaktadır.¹⁰¹

IV. TÜRK-İSVİÇRE HUKUKU VE AVRUPA SÖZLEŞME HUKUKUNDA KOŞUL

1. Genel Olarak Koşul Kavramı

Koşul müessesine ilişkin diğer kanunlarda da birtakım özel düzenlemeler bulunmakla birlikte kurum esas itibarıyla, Türk Borçlar Kanunu'nun 170-176'ncı, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (Obligationenrecht, OR)151-157'inci maddelerinde düzenlenmiştir.¹⁰² Koşul kavramıyla kısaca bir hukuki işlemin veya hakkın hukuki etkisini doğurmasının kendisine bağlandığı, müstakbel ve gerçekleşmesi şüpheli bir olay kastedilmektedir.¹⁰³ Daha geniş bir tanımla hukuki anlamda koşul kavramı, hukuki bir sonuca yönelmiş irade açıklaması içinde mündemiç, bir hukuki işlemin etkilerinin tamamıyla ortaya çıkmasının veya sona ermesinin, hukuki işlemin yapıldığı tarihe nispetle gelecekteki, gerçekleşmesi tesadüfe bağlı ve şüpheli bir vakianın/olayın tahakkukuna (gerçekleşmesi-ne) veya meydana gelmemesine bağlandığı, akdi bir kararlaştırma.¹⁰⁴

¹⁰¹ **KARADENİZ-ÇELEBİCAN**, s. 255.

¹⁰² Koşula bağlı bazı işlem tipleri doğrudan doğruya kanunlarda düzenlenmiştir. Örneğin gerek Türk Medeni Kanunu'nda (mülkiyeti muhafaza kaydı ile satış) gerekse Türk Borçlar Kanunu'nda (tecrübe ve muayene koşulu ile satış) doğrudan kanun koyucu tarafından düzenlenmiş koşula bağlı işlemler mevcuttur. Fakat konu modern kanun metinlerinde daha geniş bir çerçeveden ele alınmış olup, taraflara kanunen öngörülmemiş birçok hususu bir hukuki işlem için koşul olarak belirleme imkânı tanınmıştır. **MEDICUS**, S. 324, PN. 824; **B. SCHWARZ**, Andreas, Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Cilt, (Çeviren Bülent Davran) İstanbul, 1948, s. 407.

¹⁰³ **KOLLER**, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil OR AT Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, Bern, 2009, S. 1281, PN. 1; **SCHWENZER**, S. 64, PN. 11.01; **KILIÇOĞLU**, s. 963.

¹⁰⁴ **SİRMEN**, s. 30 vd.; **PULAŞLI**, s. 8 vd.; **YILDRIRIM**, s. 5; **PELLANDA**, Katja Roth/**DUBS**, Dieter, OR Art. 151, PN. 1, in: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Hrsg. **FURRER**, Andreas/K. **SCHNYDER**, Anton, Zürich, 2012 **BERGER**, S. 289, PN. 788; **EHRAT**, Felix R./**WIDMER**, Markus, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR Hrsg. **HONSELL**, Heinrich/**VOGT**, Nedim Peter /**WIEGAND**, Wolfgang, Basel, 2015, OR vor. Art. 151-157, PN. 1; **KILIÇOĞLU**, s. 963.

Hukuki işlemin sonuçlarını doğurmasının bir koşula bağlandığı durumlarda, koşul zımnen veya sarahaten kararlaştırılabilir.¹⁰⁵ Tarafların koşulu zımnen kararlaştırdıklarının kabul edildiği durumların kanunda düzenlenmiş bir örneği olarak TBK m. 587/III (OR Art. 497/III) misal olarak getirilebilir. Söz konusu maddenin ilgili fıkrası şu şekildedir: “Alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi [...] durumunda kefil, kefalet borcundan kurtulur.” Aktarılan hüküm birlikte kefalette kefilin sorumluluğunu kefilin aynı borç için, kendisinin yanında başka kefil veya kefillerin sorumlu olduğunu ya da olacağını bilerek ve göz önünde tutarak borç altına girmesi koşuluna bağlamıştır. Metinden de anlaşıldığı üzere, kanun alacaklı ile kefil arasında bu koşulun varlığının zımnen var olduğunu kabul etmiştir. Daha basit bir ifadeyle, birlikte kefalette kefilin kefaleti aynı borca diğer kimselerin de kefalet ettiğini bilmesi koşuluna bağlamıştır. Kanun ise bu koşulun taraflar arasında zımnen kararlaştırıldığını kabul etmiştir.¹⁰⁶

Her ne kadar kanun metninde koşulun düzenlenişinde borç doğuran sözleşmelerin koşula bağlanmasından bahsedilmiş ise de sadece sözleşmeler değil, tasarrufî muameleler (örneğin koşula bağlı alacağın devri ve borcun naklinde olduğu gibi) veya bir borç ilişkisindeki salt bir yükümlülüğün kendisi tek başına veya birden fazla hak veya borç koşula bağlanabilir. Örneğin sigorta sözleşmelerinde sözleşmenin kendisi bir koşula bağlanmadığı halde, sigortacının borcunun doğması sözleşmede öngörülen ve şart koşulan olayın tahakkukuna bağlıdır.¹⁰⁷

Taşınmaz satış sözleşmesinin koşula bağlı olarak yapılabileceği kabul edilmekle birlikte, taşınmaz satışlarının bozucu koşula bağlı olarak yapılabileceği hususu ihtilaflıdır.¹⁰⁸ Bir görüşe göre, tarafların taşınmaz satış sözleşmesini koşula bağlı olarak yapmaları mümkün olmakla birlikte, maddede geçen koşul niteliği itibarıyla geciktirici koşul olup, bozucu koşula bağlı olarak yapılan iş-

¹⁰⁵ EHRAT/WIDMER, vor. OR Art. 151-157, PN. 1, in: BSK OR I.

¹⁰⁶ Kanunun eski metninde (eBK m. 488) doğrudan doğruya koşul ifadesi kullanılmış idi. ‘*Kefaletin, aynı borca diğer kimselerin de kefalet etmesi koşuluyla* vaki olduğuna alacaklının vukufu bulunduğunu kabule mahal olan hallerde bu koşul tahakkuk etmezse, kefil mes'uliyetten beri olur.’

¹⁰⁷ EHRAT/WIDMER, vor. OR Art. 151-157, PN. 4.in: BSK OR I.

¹⁰⁸ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2017, s. 224 vd.; YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014, s. 242.

lemlerde hukuki işlem hüküm ve sonuçlarının sözleşmenin kurulması ile birlikte doğuracağı için, satışın bozucu koşula bağlı olarak yapılması durumunda koşulun tahakkuku ile birlikte sözleşmenin hüküm ve sonuçları sona ereceğinden, sözleşme konusu taşınmazın tapu siciline tescili mümkün olmayacaktır. Halbuki Tapu Sicil Tüzüğü m. 16/II’de tescil talebinin bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve koşula bağlanamayacağı hükmü yer almaktadır. Netice itibariyle bu kuralın tek istisnası bağışlayana dönme koşullu bağışlama sözleşmesini düzenleyen m. 292/II ‘de öngörülmüş olup, “**bozucu koşula bağlı bir taşınmaz satış sözleşmesi yapılamaz**”.¹⁰⁹ Bir diğer görüş, ilk görüşte ifade edilen, bozucu koşulda koşulun gerçekleşmesi durumunda sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının ortadan kalkacak olması sebebiyle tescilin ise bir koşula bağlı olarak yapılamayacağı iddiası karşısında “**bozucu koşulun gerçekleşmesi ihtimali ortadan kalkmış olmadıkça bu satış sözleşmesine dayanılarak tescil talebinde bulunulamayacağı**”nı¹¹⁰ ileri sürmektedir. Bozucu koşulun mahiyeti dikkate alındığında tarafların sözleşmenin hemen hüküm ve sonuç doğurmasını istedikleri aşikardır. Bu husus dikkate alındığında ikinci görüşün bozucu koşulun mahiyet ve gayesine uygun düşmediği söylenebilir. Netice itibariyle taşınmaz satış sözleşmelerinin sadece geciktirici koşula bağlı olarak yapılabileceğini kabul etmek yerinde olacaktır.¹¹¹

Bir hukuki işlemin geçerliliğinin/etkinliğinin bizzat kanun tarafından bir koşulun tahakkukuna bağlandığı koşul tipi **hukuki koşul (Rechtsbedingung)** olarak isimlendirilmekte¹¹² ve hukuki koşul kavramı TBK m. 170 vd. hükümlerinin doğrudan uygulama alanı içinde bulunmamaktadır.¹¹³ Örneğin sınırlı ehliyetsiz bir kimsenin yaptığı kendisini borç altına sokan sözleşmenin geçerliliğine ilişkin aranan icazet veya işlemin geçerliliğinin resmi bir makamın onayına bağlandığı durumlar bu anlamda hukuki koşulun bir örneğidir.¹¹⁴ Hâkim görüşe göre, hukuki koşulun hukuki işlemin taraflarınca hukuki işlemin bir parçası haline getirilmesi halinde dahi, mezkûr hukuki koşul gerçek anlamda TBK m. 170 vd. hükümlerinde öngörülen koşul kavramına dönüşmeyeceği için, TBK’deki koşula ilişkin hükümler hukuki koşullarda doğrudan uygulama alanı

¹⁰⁹ EREN (Özel Hükümler), s. 225.

¹¹⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 242.

¹¹¹ EHRAT/WIDMER, vor. OR Art. 151-157, PN. 4a., in: BSK OR I.

¹¹² RÖVEKAMP, BGB § 158 PN. 9, in: BeckOK BGB.

¹¹³ KOLLER, S. 1281, PN. 1; KILIÇOĞLU, s. 966.

¹¹⁴ SCHWENZER, S. 64, PN. 11.01.

bulamayacaktır.¹¹⁵ Buna karşılık KOLLER, hakim görüşteki doğru yaklaşımın, hukuki koşulun yine hukuki koşul olarak kalacağı tespitinden ibaret olduğu, hukuki koşulun taraflarca ayrıca hukuki işlemin bir parçası haline getirildiği ve taraflarca da koşul olarak hukuki işleme eklemlendiği durumlarda çift yönlü bir koşul durumunun olduğunu, yani ortada hem hukuki koşulun bulunduğunu hem de TBK m. 170 vd. hükümlerinde düzenlenen anlamda bir koşul müessesesi bulunduğunu, kanun hükümleri arasındaki yarışmadan doğan problemin ise normların yarışmasına ilişkin genel kaideler üzerinden çözüme kavuşturulacağını belirtmektedir.¹¹⁶

Roma hukukunda olduğu gibi Türk-İsviçre hukukunda da koşul kavramının iki kurumdan ayrılması üzerine özellikle durulmaktadır. Söz konusu hukuki müesseseler yüklenme (mükellefiyet) ve vadedir. Bahsi geçen ayırım bilhassa bağış sözleşmesi (TBK m. 290) ile ölüme bağlı tasarruflar açısından önemlidir.¹¹⁷ Yüklenme ivazsız kazandırmalarda (bağış veya ölüme bağlı tasarruf), bir karşılık oluşturmamak kaydıyla kazandırmanın amacını gerçekleştirmek üzere kazandırmanın yapıldığı tarafa yüklenen bir yan edimdir.¹¹⁸ Dolayısıyla yüklenme hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurması bakımından bir etkinlik unsuru olmayıp sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmasına mâni değildir.¹¹⁹ Bir borç ilişkisinde taraflar, borcun ne zaman ifa edileceğini birlikte kararlaştırabilirler. Borcun ifa edilmesi gereken tarih alacağın muaccel olduğu tarihtir. Bu anlamda taraflarca borcun muaccel olması için kararlaştırılmış zamana vade denilmektedir.¹²⁰ Vadenin koşuldan farkı ise bunun muhakkak meydana gelecek bir olgu teşkil etmesidir. Vadenin ne zaman meydana geleceğinin bilinmemesi de söz konusu kararlaştırmayı vade olmaktan çıkarmaz. Önemli olan, kararlaştırılan olgunun bir gün muhakkak gerçekleşecek bulunması bu konuda bir şüphe bulunmamasıdır.¹²¹ Doktrinde öğretici bir örnek olarak sürekli aktarılan şu misal iki kurum arasındaki farkı çok net biçimde ortaya koymakta-

¹¹⁵ KOLLER, S. 1300, PN. 13.

¹¹⁶ KOLLER, S. 1300, PN. 13. Yazar kanun hükümleri arasındaki yarışmadan doğan sorunun nasıl çözüleceğine eserinde özel bir fasıl açmış olup (§ 2 PN. 116), söz konusu sorununun da bahsi geçen yerdeki genel kurallara uyularak çözümünü salık vermektedir.

¹¹⁷ KILIÇOĞLU, s. 965.

¹¹⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 329; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 506; Ayrıntılı bilgi için bkz. AKINTÜRK, s. 233 vd.; PULAŞLI, s. 71 vd.

¹¹⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 329; OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 506.

¹²⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 504; KILIÇOĞLU, s. 565.

¹²¹ OĞUZMAN/ÖZ, C. 2, s. 505.

dır. A ile B aralarında yapmış oldukları sözleşmede B'nin borcunun muaccel olacağı tarih olarak, C'nin ölümünü kararlaştırmış iseler, bu kararlaştırma vadedir, çünkü C, bir gün muhakkak ölecektir. Buna karşın, B'nin borcunu ifası C'nin bir ay içinde ölümü koşuluna bağlanmışsa, bu geciktirici bir şarttır, zira C'nin öleceği kesin olmakla birlikte, bir ay içinde ölüp ölmeyeceği meşuk (şüpheli) bir hadisedir. C'nin bir ay içinde ölüp ölmeyeceğini kesin olarak bilmek mümkün değildir.¹²²

Koşulla alakalı ifade edilmesi gereken bir diğer husus, koşula bağlı kılınan işlemin koşula bağlanmaya elverişli olmasıdır.¹²³ Hukuki işlemin bir koşula bağlanması şayet hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik açısından kabul edilemez boyutta ise, hukuki işlem koşula bağlı olarak yapılamayacaktır. Bu anlamda yenilik doğuran hakların kullanılması, fesih ve dönme beyanları, seçimlik borçlarda seçim hakkının kullanılması koşula bağlanamayacaktır. Aynı şekilde tapu siciline tescil talebi de koşula bağlanmayan hukuki işlemlerdendir.¹²⁴ Bununla birlikte yenilik doğuran haklar açısından, yenilik doğuran hakkın kullanılmasında bir koşul tayini, koşulun tahakkukunun yenilik doğuran hakkın kullanılmasında irade açıklamasına muhatap olan karşı tarafın davranışına ve iradesine bağlı olduğu durumlarda mümkün olabilmektedir. Örneğin kiraya verenin sözleşmenin feshini beyanını kiracının kira borcundan doğan faizi belli bir süre içerisinde yatırmaması koşuluna bağlaması hali yenilik doğuran hakların bir koşula bağlanabilmesine misal olarak gösterilebilir.¹²⁵

Tanımdan anlaşıldığı üzere koşul kavramı açısından birisi söz konusu olayın gelecekte gerçekleşecek olması diğeri ise bu olayın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususunun şüpheli olması yani objektif ve sübjektif olarak bilinmiyor olması olmak üzere iki unsur ön plana çıkmaktadır.¹²⁶

Yeknesak metinlerde ise koşul müessesesi genel olarak Roma hukuku gelenliğini takip eden Kıta Avrupa'sındaki düzenlemelere benzer biçimde ele alınmıştır. Aşağıda yeknesak metinlerde konunun ele alınış sistematığıne dair açık-

¹²² Krş. PULAŞLI, s. 70.

¹²³ KILIÇOĞLU, s. 970.

¹²⁴ Aynı şekilde, Evlenme (TMK m. 142), Evlat Edinme (TMK m. 305 vd.), Mirasın Reddi (TMK m. 570) şarta bağlanmayan işlemlerdendir. Bkz. KILIÇOĞLU, s. 970; EHRAT/WIDMER, vor. OR Art. 151-157, PN. 5a. in: BSK OR I.

¹²⁵ EHRAT/WIDMER, vor. OR Art. 151-157, PN. 5a., in: BSK OR I.

¹²⁶ KOLLER, S. 1270, PN. 1; KRAMER/PROBST, S. 273, PN. 531.

lamalar yapılacak, metinlerdeki düzenlemelerin muhtevası ilgili başlıkta incelenecektir.

Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri (**PECL**) konuyu 16. bölümde 3 maddede (PECL Art 16:101, Art. 16:102, Art. 16:103) düzenlemiştir. Art. 16:101, şart tiplerini, Art.16:102, taraflardan birisinin dürüstlük kurallarına aykırı biçimde şartın gerçekleşmesine müdahalesini, Art. 16:103 ise, şartın hukuki sonuçlarını ele almıştır.¹²⁷

Ortak Referans Çerçevesine İlişkin Taslak (**DCFR**) koşul müessesesini uzun sayılabilecek tek bir maddede (**DCFR** III. –1:106) düzenlemiştir. Söz konusu maddenin yan başlığı, koşula bağlı hak ve borçlar olup beş fıkradan meydana gelmektedir. Maddenin ilk fıkrasında, koşul tipleri, ikinci ve üçüncü fıkrasında geciktirici ve bozucu koşulda, koşulun gerçekleşmesinin sonuçları, dördüncü fıkrada dürüstlük kurallarına aykırı koşulun gerçekleşmesine mâni olunması, son fıkrada ise bozucu koşulun gerçekleşmesi halinde uygulanacak hükümler belirtilmiştir.

Uluslararası Ticaret Hukuku Prensipleri diğer adıyla UNIDROIT prensiplerinde (**PICC**) ise sözleşmenin içeriği ve üçüncü kişinin hakları başlığını taşıyan beşinci bölümün üçüncü kısmında koşul kavramı beş madde halinde düzenlenmiştir. UNIDROIT prensipleri de sırasıyla, koşul tiplerini (Art. 5.3.1), koşulun hükümlerini (Art. 5.3.2), tarafların dürüstlük kuralına aykırı biçimde koşulun gerçekleşmesine müdahil olmasını (Art. 5.3.3), askı süresi boyunca tarafların yükümlülüğünü (Art. 5.3.4), bozucu şartın gerçekleşmesi halinde uygulanacak hükümleri (Art. 5.4.5) düzenlemiştir.

İsviçre Borçlar Kanunu-2020 Taslağı'nda (OR-2020), konu yedi maddede (OR-2020, Art. 209-2015) hüküm altına alınmıştır. Söz konusu taslakta düzenlenen konular ve sıralanış biçimi şu şekildedir: Koşul tipleri (Art. 209), koşulun gerçekleşmesinin sonuçları (Art. 210), askı süresi boyunca hukuki durum (Art. 211), dürüstlük kurallarına aykırı biçimde şartın gerçekleşmesine mâni olunması veya şartın gerçekleştirilmesi (Art. 212), askı döneminde elde edilen yararların şartın gerçekleşmesi halinde hukuki durumu (Art. 213), hukuka aykırı şartlar (Art. 214), iradi şart ve iradi şartın mirasçılara intikali (Art. 2015).

¹²⁷ Bkz. **LEHMANN**, Matthias/**GOHLING**, Stefan, pp. 783-792, in: European Contract Law and German Law (Ed.) **LEIBLE**, Stefan/**LEHMANN**, Matthias, The Netherlands, 2014.

2. Bir Hukuki Kaydın Koşul Olarak Nitelendirilebilmesinin Koşulları

a. Gelecekteki Bir Hadise

Kanun metninde doğrudan doğruya ‘gelecek’ veya ‘müstakbel’ ifadeleri kullanılmamış olmakla birlikte doktrindeki hâkim görüşe göre ancak gelecekte gerçekleşecek bir olgu koşul teşkil edebilir.¹²⁸

Koşulun gelecekte vuku bulacak bir hadise olması hususunda kanun metninde tam bir açıklık olmamakla ve doktrinde hadisenin gelecekte vuku bulması lehine birtakım deliller getirilmekle birlikte en ikna edici savın m. 175’ten hareketle ileri sürülen görüş olduğu söylenebilir. Buna göre *‘tarafardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır. Tarafardan biri, koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde sağlarsa, koşul gerçekleşmemiş sayılır.’*

Madde metninde bir koşulun gerçekleşmesine mâni olmaktan bahsedildiğine göre, koşulun henüz gerçekleşmemiş olması gerekir. Diğer bir ifadeyle ancak henüz gerçekleşmemiş bir koşulun gerçekleşmesine engel olunabilir.¹²⁹ Bu argümanın sahibi PETER’e göre yine kanunda aranan meçhuliyet/bilinmezlik/belirsizlik unsuru bunun gelecekte vuku bulmasını gerektirmektedir.¹³⁰ Yazara göre, bir hadise gelecekte vuku bulacağı için, aynı zamanda meçhuldür; çünkü kişi gelecekte olan hadiseleri bilemez, bu ise belirsizliğin herkes için genel ve objektif olmasını netice verir.¹³¹ Burada savunulan ve teknik anlamda koşul kavramının “meçhul/meşkuk olma/bilineme” unsuruyla

¹²⁸ KOLLER, S. 1270, PN. 1; MATT, S. 7 (Fn. 59); BGE 122 I 328 E. 4f.; SCHWENZER, PN. 11.02.

¹²⁹ PETER, Hansjörg, Das bedingte Geschäft: Seine Pendenz im römischen und im schweizerischen Privatrecht. Mit Bemerkungen zum genehmigungsbedürftigen Geschäft im römischen Recht, Zurich, 1994, S. 198, MATT, Isabel, Der bedingte Vertrag im schweizerischen und liechtensteinischen Privatrecht, Zürich, 2014, S. 7 Fn. 63. Fakat bu iddiaya karşı da bahsi geçen maddenin koşul müessesesinin bir bölümünü teşkil eden koşulun gelecekte vuku bulacak bir hadise olarak kararlaştırıldığı durumları dikkate aldığı, bu tarz dürüstlük kurallarına aykırı olarak sergilenen davranışın geçmişte vuku bulmuş davranışlar için değil de gelecekte vuku bulacak hadiseler için söz konusu olduğu için madde metninde buna yer verildiği söylenebilir. Aynı yönde bir görüş için RIEDO, Christof, Zum Begriff der Bedingung oder Über die Gewissheit der Juristen, in: Festschrift für Franz (Hrsg.) Riklin Marcel Alexander Niggli, José Hurtado Pozo, Nicolas Queloz 2007, S. 213, Fn. 29.

¹³⁰ PETER, S. 198; MATT, S. 7 Fn. 63.

¹³¹ PETER, S. 198; MATT, S. 7 Fn. 63.

ilgili olan objektif bilgisizlik, aşağıda izah edileceği üzere gelecekte olmaktan daha ziyade o bilginin mevcudiyeti ile alakalıdır.

Öte yandan koşula bağlanan durumun gelecekte gerçekleşmesini koşul kavramının bir unsuru olarak gören hâkim görüşe karşı, azınlıkta kalan bir görüş ise gelecekte vuku bulacak hadiselerin bilinemeyeceği ve belirsiz olduğu tespitinin doğru olmakla birlikte¹³², aksi bir sonuca, yani şimdiki veya geçmişteki olguların otomatik olarak malum ve belli olduğu sonucuna kolaylıkla ulaşamayacağını savunmaktadır.¹³³

Roma hukukundaki kaynaklara istinaden “*condicio in praesens vel praeteritum collata*” isimlendirilen söz konusu kayıtların hakiki ve teknik anlamda koşul olmadığı hususunda doktrinde neredeyse görüş birliği olduğu söylenebilir.¹³⁴ İhtilaf daha ziyade isimlendirme, söz konusu durumda hangi hükümlerin uygulanacağı ve teknik anlamdaki koşulu düzenleyen hükümlerin kıyasen gerçek anlamda koşul kabul edilmeyen bu tip kayıtlara kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı gibi konularda kümelenmektedir.¹³⁵

Belirtildiği üzere kaynağını Roma hukukunda bulan bu tip kayıtlar, Alman Medeni Kanunu’nun ilk taslak metninde de yer almış fakat daha sonra çıkarılmıştır.¹³⁶ Söz konusu kayıtlar, doktrinde genellikle gayri hakiki koşul (uneigentliche Bedingung) olarak isimlendirilmekle birlikte¹³⁷ Rudolf HENLE tarafından faraziye (Unterstellung)¹³⁸, von TUHR tarafından ise mukaddem koşul (Voraussetzung)¹³⁹ olarak isimlendirilmiştir. Bununla birlikte objektif

¹³² Bu tespit de şüpheli karşılanabilir. Zira geleceğe ilişkin olmaları olayların gerçekleşmesini objektif bakımdan zorunlu olarak şüpheli kılmayacaktır. **KARADENİZ-ÇELEBİCAN**, s. 249.

¹³³ **RIEDO**, s. 210 ff.; Yazar ayrıca Ereignis (olay, hadise vaka) ile Tatsache (hakikat, olgu) kelimeleri arasında yaptığı ayrımla iddiasını delillendirmektedir.; **MATT**, S. 7.

¹³⁴ **LARENZ/WOLF**, S. 949-950, PN. 28 v. 29; **HONSELL/MAYER-MALY/SELB**, S. 91.

¹³⁵ **LARENZ/WOLF**, S. 949-950, PN. 28.

¹³⁶ **LARENZ/WOLF**, S. 949-950, PN. 28.

¹³⁷ **LARENZ/WOLF**, S. 949-950, PN. 28.

¹³⁸ **HENLE**, Rudolf, Unterstellung und Versicherung: Untersuchungen zu bürgerlichem Recht, Versicherungsrecht und Methodenlehre, Mannheim, 1922 (Aktaran **FLUME**, S. 678, Fn. 2).

¹³⁹ **VON TUHR**, Andreas, Borçlar Hukuku, 1-2, (Çev. EDEGE), Ankara, 1983, s. 742. Von Tuhr’un eserini Fransızca tercümesinden çeviren EDEGE, ‘Voraussetzung’ kavramını ön vasıf veya mukaddeme hadise (doğrusu mukaddem olmalı. S.O.) diye çevirmiş bu çeviri doktrinde genel olarak kabul görmüştür. Konuya ilişkin bir monografik çalışmada da (**PULAŞLI**, s. 76) aynı şekilde ön vasıf deyimi tercih edilmiştir. **GÜRİSOY**, s. 397, konuyu ayrıntılı bi-

bilgisizlik/sübjektif bilgisizlik temeli üstüne oturan teknik anlamda koşul (Bedingung) -gayri hakiki koşul (uneigentlichen Bedingung) ayırımının doğruluğunun Alman hukukçu BLOMEYER tarafından tartışmaya açıldığı da ifade edilmelidir.¹⁴⁰ Yazara göre, hukuki sonuç kendisine bağlanan hadisenin gelecekte tahakkuk edip etmeyeceği esasen sabit olup, sadece insanın sınırlı anlama kabiliyeti için idrak edilebilir değildir. Koşul kılınan hadise gerçekleştiğinde, hukuki işlemin taraflarınca hesaba katılması gereken, dikkate alınması gereken ve daha önce malum olmayan bilgi sadece alenileşmektedir. Bu suretle teknik anlamda koşul kavramı ile gayri hakiki koşul kavramı arasındaki ayırım ortadan kalkmış olacaktır.¹⁴¹

Buna karşın LARENZ, BLOMEYER'in görüşünün BGB m.158 Fıkra 1'e aykırılık teşkil ettiğini ifade ederek, kanunun açık biçimde, tahakkuku sadece taraflar için söz konusu olan bir meçhuliyetten (bilinememezlikten) değil, aynı zamanda o günkü insani tecrübelerin vardığı nokta itibarıyla objektif olarak herkes için meçhul olan 'müstakbel hadiselerden' hareket ettiğini ifade etmektedir. Objektif meçhuliyetin varlığında dikkate alınacak ölçü, her şeyi bilen ve önceden gören bir zihin değil, geleceğin kendisi için belirsiz olduğu insanın hususi durumudur.¹⁴²

- Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri'nde şart tiplerini düzenleyen maddede (PECL Art. 16:101) akdi bir yükümlülüğün koşula bağlanabileceği belirtilmiş ve şart koşulan olgunun gelecekte meydana gelecek bir hadise (a *future event*) olması şart koşulmuştur.¹⁴³ İlgili maddenin şerhinde verilen örnek, geçmişte vuku bulmuş bir hadisenin de koşul olarak kararlaştırılabileceği yönünde bir izlenim uyandırmaktadır. Maddeye ilişkin yapılan açıklamada, geçmişte vuku bulan bir hadisenin şart olarak kararlaştırılabilmesi için, her halükarda sözleşmenin taraflarının söz konusu hadisenin gerçekleşip gerçekleşmedi-

çimde ele alan makalesinde mezkûr kelimeyi tek bir kelime ile karşılamak yerine 'henüz inkişaf etmemiş koşul' diye tercüme ederken, AKINTÜRK, s. 229, ön olay veya vasıf diye tercüme etmiştir. Son olarak SİRMEN konuyu tarihsel gelişimi içinde değerlendirdiği başlıkta 'Voraussetzung' kelimesini parantez içinde kayıt sözcüğüyle karşılamıştır. SİRMEN, s. 92.

¹⁴⁰ BLOMEYER, Arwed, Studien zur Bedingungslehre BD. 1, Berlin, 1938, S. 31 ff.; LARENZ/WOLF, S. 950, PN. 29.

¹⁴¹ LARENZ/WOLF, S. 950, PN. 29.

¹⁴² LARENZ/WOLF, S. 950, PN. 29.

¹⁴³ LEHMANN/GOHLING, p. 784 in: European Contract Law and German Law.

ğini bilmemesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁴⁴ Yine madde şerhine göre, koşulun temelini oluşturan şey aslında geçmişte vuku bulmuş hadiseden daha ziyade, bu hadiseye ilişkin bilginin gelecekte bilinebilecek olması veya sözleşmenin taraflarının hadiseye ilişkin bilgiye sahip olma imkânıdır.¹⁴⁵ Madde şerhinde konuyu açıklamak için şu örnek verilmektedir. A, C şirketindeki hisselerini, B'ye satmış fakat satış, şirketin geçmiş mali yıldaki net kârının belli bir oranda olması koşuluna bağlanmıştır. Sözleşmenin kurulduğu tarihte, taraflar geçmiş yıldaki şirket karının belli bir karşılaştırılan orana ulaşip ulaşmadığını bilmemektedirler. Taraflar geçmişte gerçekleşmiş bu hadise hakkında bilgi sahibi olmayıp, bu konuda ancak, mali tablolar açıklandığında bilgi sahibi olacaklardır. Dolayısıyla A'nın yükümlülüğünün doğumu gelecekte meydana gelecek bilinmeyen bir hadiseye, daha doğrusu mali tabloda açıklanan kâr miktarının belli bir seviyeyi yakalayıp yakalamamasına, bağlanmıştır.¹⁴⁶

- DCFR III.-1:105 (1) Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri'ndeki koşula ilişkin hükmü aynen iktibas etmiş ve maddenin şerhinde alıntılan örneği tekrar etmiştir.¹⁴⁷
- UNIDROIT prensiplerinde de (PICC, Art. 5.3.1), aynı şekilde şart koşulacak olgunun, gelecekte meydana gelmesi aranmıştır.¹⁴⁸

Son olarak OR-2020 taslağında da şart tiplerinin düzenlendiği maddede (OR-2020 Art. 209) OR Art. 151'den farklı olarak, metinde açık biçimde "gelecek" ifadesi kullanılmıştır.¹⁴⁹ Böylece daha önce doktrinde kabul edilen, hadisenin gelecekte meydana gelmesi kaydı OR-2020 taslağında metne eklenmiştir.

¹⁴⁴ **von BAR, CHRISTIAN /ZIMMERMANN**, Reinhard, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teil III, Kommission für Europäisches Vertragsrecht, Deutsche Ausgabe, München, 2005. S. 819.

¹⁴⁵ **von BAR/ZIMMERMANN**, S. 819, 821. İspanyol hukukunda şart koşulan olgunun geçmişte de meydana gelebileceği, fakat bu durumda tarafların olaya ilişkin bir bilgisizlik içinde bulunmaları gerektiği ifade edilmiştir. Bkz.

¹⁴⁶ **von BAR/ZIMMERMANN**, S. 819; **von BAR/CLIVE**, S. 719-720.

¹⁴⁷ Bkz. **von BAR/CLIVE**, S. 719-720.

¹⁴⁸ **FAUVARQUE-COSSON**, p. 539.

¹⁴⁹ **PICHONNAZ**, Pascal, S. 618, in: **HUGUENIN/Claire/RETO**, M. Hilty, (Hrsg.), OR-2020, Schweizer Obligationenrecht, 2020 Entwurf für einen neuen Allgemeiner Teil, Genf, 2013.

b. Gelecekte Vuku Bulacak Hadisenin Belirsiz Olması

Vuku bulacak hadisenin belirsiz olması fikri Roma hukukuna dayanmaktadır. Buna göre Roma hukukunda koşula konu olan olgunun teknik açıdan koşul olarak kabul edilebilmesi için, söz konusu olgunun sahip olması gereken en mühim vasıf olarak bu olgunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin objektif açıdan şüpheli olması aranmaktadır.¹⁵⁰ Roma hukukunun yaklaşımını tekrar örneklendirmek gerekirse tarafların “*Eğer Titus Consul olursa, bana 100 ekmeği vermeyi taahhüt ediyor musun? Ediyorum.*” şeklindeki konuşma sonrası bu *stipulatio* koşulludur ve muteberdir.¹⁵¹ Bununla birlikte verilen örnekte Titius’un seçimi yapılmış ve fakat taraflar bunu bilmiyorlarsa ortada bir koşul mevcut değildir.¹⁵² Hukuki işlemin akıbeti ise Titius’un Consul olup olmamasına göre değişiklik arz edecektir. Daha açık bir ifadeyle şayet Titius, Consul olmamışsa muamele batıl olacak, Consul olmuşsa hukuki işlem koşulsuz olarak mevcut olacaktır.¹⁵³ Görüldüğü üzere Roma hukukunda koşul kurumunun teşekkülü, tarafların gelecekte vuku bulacak ve bilmedikleri birtakım hadiseleri sözleşmedeki menfaat dengesini dikkate alarak işlemi belli bir süre askıda bırakmak (pendez safhası)¹⁵⁴ ile yakından ilgilidir. GÜR SOY’un ifadesiyle ‘...hadisenin tecellisine kadar bir meşkükiyet bir şüphe devresi hüküm sürer. İşte bu meşkükiyet (muallâkiyet=Schwebezunstand) koşul müessesesinin esasıdır.’¹⁵⁵

Şart koşulan olgunun vukuu ile sözleşmenin kurulması arasında geçen evre koşul kurumunun *ratio legis* olup, bu anlayış koşul müessesesinin tarihi teşekkülünde hali hazırdaki hukuk sistemlerine büyük ölçüde kaynaklık eden Roma hukukunun temel yaklaşımıdır.¹⁵⁶

Eski 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda (eBK) kullanılan ifade “*meşukuk bir hadisenin tahakkukuna talik edilmiş ise*” ibaresi yeni Türk Borçlar Kanunu’nda “*gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılmışsa*”

¹⁵⁰ KOSCHAKER/AYİTER, s. 64; UMUR, s. 194.

¹⁵¹ UMUR, s. 194.

¹⁵² UMUR, s. 194.

¹⁵³ UMUR, s. 194.

¹⁵⁴ KOSCHAKER/AYİTER, s. 65.

¹⁵⁵ GÜR SOY, s. 390.

¹⁵⁶ GÜR SOY, s. 390-391.

şeklinde sadeleştirilmiştir. Koşul müessesesinin en önemli unsurları arasında sayılan, söz konusu olgunun veya hadisenin müstakbel bir hadise olması yani gelecekte gerçekleşecek olması gerek İsviçre Borçlar Kanunu'nun metninde gerekse eski Borçlar Kanunu'nda açık olarak geçmemekle birlikte metinde kullanılan "*Eintritt/Tahakkuk*" kelimelerinden hareketle bu sonuca varılabiliyordu. Eski metinde tahakkuk kelimesi ile karşılanmış İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 151'in Almanca metninde kullanılan "*vom Eintritt einer ungewissen Tatsache*" veya Fransızca metninde kullanılan "*à l'arrivée d'un événement incertain*" ibarelerindeki gerek *Eintritt* gerekse *Arrivée* kelimelerindeki mündemiç **gelecek kaydının**, yeni metinde 'gerçekleşip gerçekleşmeyeceği' ifade kalıbı ile daha vurgulu ve açık ifade edildiği söylenebilir.

Sonuç olarak TBK m. 170/I, koşul kavramını tanımlarken 'gerçekleşip gerçekleşmeyeceği *bilinmeyen bir olguya bırakılmışsa*' ifadesiyle açık biçimde bilinmeme, belirsiz olma unsuruna işaret etmiştir. Ne var ki söz konusu olguya ilişkin bilinmezlik ve belirsizliğin herkes için geçerli olan objektif bir bilgisizlik mi, yoksa sadece sözleşmenin taraflarına şâmil sübjektif bir belirsizlik mi söz konusu olduğu kanunda kullanılan ibareden açıkça anlaşılammaktadır.¹⁵⁷ İsviçre Federal Mahkemesi söz konusu olguya ilişkin bilgisizliğin herkesi kapsayan herkes için geçerli bir bilgisizlik olmasını, dolayısıyla objektif bilgisizlik koşulunu aramakta,¹⁵⁸ Federal Mahkeme'nin bu görüşü İsviçre doktrinindeki hakim görüşçe de benimsenmektedir.¹⁵⁹

Aynı şekilde konuya ilişkin ilk monografik eseri kalem alanlardan birisi olan STIEFEL koşul kavramının kendisiyle temayüz ettiği diğer bir ifadeyle koşul kavramını karakterize eden hukuki işlemin askıda kalması durumunun ancak söz konusu olgunun objektif olarak bilinmeyen bir olguya bağlandığı durumlarda söz konusu olabileceğini ileri sürmüştür.¹⁶⁰ Bununla birlikte bu objektifliğin mutlak mı yoksa izafi bir objektiflik mi olması gerektiği hususu

¹⁵⁷ MATT, S. 10.

¹⁵⁸ Federal Mahkeme her ne kadar bir kararında (BGE III 10 E.4) 'tarafların tasavvurları nezdinde bilinmeyen olgulardan' bahisle, bir kaydın koşul olarak kabul edilebilmesi için tarafların konuya ilişkin bilgisizliklerini kâfi görüyor ve esas alıyor gibi gözükse de söz konusu karar sübjektif-objektif bilgisizlikten daha ziyade koşul-vade ayrımı ile ilgilidir. MATT, S. 10.

¹⁵⁹ MATT, S. 10; GAUCH/SCHLEUP/EMMENEGGER, PN. 3951; FURRER/MÜLLER-CHEN, S. 60, PN. 31. Alman hukuku için bkz. RÖVEKAMP, BGB § 158 PN. 10, in: BECKOK BGB.

¹⁶⁰ STIEFEL, S. 62 (MATT, S. 10); KOSCHAKER/AYİTER, s. 64 "...koşulda karakteristik olan şey muameleinin muallakta oluşudur"; SİRMEN, s. 48.

tartışmalıdır. Sorun hukuki işlemin geçerliliği kendisine bağlanan olgu için insanın bilme kabiliyetinden bağımsız olarak mutlak bir bilinmezliğin mi yoksa, sadece insana mahsus bir bilinmezliğin kâfi olup olmadığı ile ilgilidir.¹⁶¹ Bu durumda, taraflar şayet sözleşmenin hukuki etkilerini, halihazırdaki veya geçmişteki gerçekleşip gerçekleşmediği, sadece taraflarca bilinmeyen bir hadisenin vukuuna bağlarsa (tarafların sübjektif bilgisizliği) TBK 171 vd. (OR Art. 151 ff.) hükümleri bağlamında teknik anlamda bir koşul kurumunun söz konusu olup olmayacağı sorunu ortaya çıkacaktır.¹⁶² Buna göre örneğin satış sözleşmesine konu tablonun ressam A'ya ait olması, satın alınan mücevherin elmas olması kaydı, bir evi alacak olan müşterinin evin sigortasının yapılmış olması kaydı, yine ortak olduğu bir eşyayı satan ortağın satışı eşyanın diğer ortağının eşyayı başka birisine satmamış olması kaydı ve son olarak bir kimsenin kardeşine geçimi için belli bir miktar para vermesini vefat eden anne babasının tek mirasçısı olması kaydına bağlaması ve vasiyetnamenin henüz bulunmamış olması konuya ilişkin verilen örneklerdir.¹⁶³

Buna karşılık bir görüşe göre, söz konusu olgunun gerçekliğinin bilinbilmesinin ancak bir bilirkişi mütalaasına bağlandığı, örneğin bir tablonun meşhur bir ressama ait olup olmadığı hususunun ancak bir bilirkişi raporu ile anlaşılabilirdiği ve tarafların sözleşmenin hukuki etkisinin bilirkişiden gelecek olumlu beyanı şart koştuğu durumlarda gerçek bir koşul olduğu savunulmaktadır.¹⁶⁴ Bu noktada tarafların hadisenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin sübjektif bilgisizlikleri,¹⁶⁵ söz konusu hadisenin teknik olarak koşul olarak değerlendirilebilmesi için kâfi değildir.¹⁶⁶ Von TUHR tarafından verilen ve literatürde PULAŞLI (s. 77) tarafından alıntılanan söz konusu misalin teknik anlamda koşul kurumu için ne kadar doğru bir örnek olduğu tartışılabilir.

Öncelikle örnekteki koşulun tam olarak ne olduğunu açıklığa kavuşturmakta fayda görünüyor. Bu anlamda von TUHR'un cümlelerini tekrar alıntılamakta fayda var. *'...bir tablo RUBENS'in eseri olduğu filan mütehasşısça*

¹⁶¹ MATT, S. 11.

¹⁶² SCHWENZER, PN. 11.02; Bu durumda kanunda kastedilen anlamda koşul müessesinin söz konusu olmayacağı görüşündedir.

¹⁶³ KOLLER, S. 1271, PN. 3, GÜRİSOY, s. 396; AKINTÜRK, s. 230; von TUHR, s. 741; PULAŞLI, s. 7; MEDICUS, § 52 PN. 829; LARENZ, § 5, PN. 26.

¹⁶⁴ VON TUHR, s. 742.

¹⁶⁵ KRAMER/PROBST, S. 273, PN. 531.

¹⁶⁶ SCHWENZER, S. 54, PN. 11.02.

tasdik edilmek kaydı ile satıldığı takdirde, hakiki bir koşul bahis mevzuudur ve hasar derhal iktisap edene – yani müşteriye – intikal etmez; filhakika, güzel sanatlar tarihine müteallik bütün meselelerde katıyet olmadığı cihetle, mütehassısın takdiri müstakbel ve tamamıyla meşuk bir hadisedir.’ Yazarın ifadelerine bakıldığında, söz konusu tabloyu satın alan müşterinin şart koştuğu şeyle nihai gayesinin mütehassısın vereceği rapor olduğu gibi bir yanılığa düşülebilir. Halbuki tablonun müşterisi, mütehassısın raporundan daha ziyade tablonun orijinal olmasını arzulamakta ve bunu şart koşturmaktadır. Taraf iradelerinin yorumu ile bu sonuca kolayca ulaşılabilecektir. Tablonun gerçek olup olmadığı hususu sözleşmenin yapıldığı tarihte sözleşmenin taraflarınca, hatta hiç kimse tarafından bilinmiyor olsa dahi, söz konusu tablonun durumuna ilişkin hukuki işlemin yapıldığı tarihte var olan tablonun sahte mi yoksa orijinal mi olduğu yönündeki gerçeklik ve bu gerçekliğe ilişkin objektif olarak var olan bilgi karşısında objektif bir bilgisizlikten bahsedilmeyecektir.

Koşula ilişkin gelecekte vuku bulacak hadiseye dair bilgisizliğin objektif bilgisizlik mi yoksa sübjektif bir bilgisizlik olarak mı değerlendirileceği, bilen kişilerin sayısı ile alakalı olmayıp, “*bilmenin*” imkanına ilişkindir. Sadece taraflarca bilinmeyen durumların koşul olarak nitelendirilmemesinin sebebi bu bilginin işlemin yapıldığı tarihte **objektif olarak mevcut olmasıdır**. Yoksa salt başkalarınca biliniyor oluşu değil. Başkalarınca biliniyor oluşu bu bilginin varlığı için gerekli olmamakla birlikte bilginin varlığı konusunda bir emare teşkil eder. Diğer bir ifadeyle koşul olarak öngörülen duruma ilişkin **bilme imkânı mevcut olduğu sürece** taraflarla birlikte sözleşmeye hiçbir ilgisi/menfaati olmayan üçüncü kişilerin de büyük ölçüde ilgisizliğe bağlı tesadüfi bilgisizliği söz konusu durumu teknik anlamda koşul olarak değerlendirmek için yeterli olacaktır.

Esasen bu tip bir kaydın koşul olarak değerlendirilmesinde aranan “*gelecekte gerçekleşme*” koşulunun anlamı, duruma ilişkin bilginin o anda var olmaması, bu bilgiyi elde etmenin gerek hukuki işlemin tarafları için gerekse üçüncü kişiler için mümkün olmaması, diğer bir ifadeyle isteseler dahi mevcut olmayan bir bilginin bilinemeyecek, elde edilemeyecek olmasıdır. Koşul müessesesinin *ratio legis* bu olup, bilgisi objektif olarak mevcut olmayan bir durumun hukuki işlem üzerindeki etkisi kontrol altına alınmaya çalışılmaktadır. Sonuç olarak tablonun sahte veya gerçek olduğuna ilişkin bilgi sözleşmenin yapıldığı tarihte zaten var olduğu için, salt mevcut bilgi hakkında tarafların veya

üçüncü kişilerin bilgisizliği bu durumu teknik olarak koşul haline getirmeyecektir.

Taraflar şayet yapmış oldukları hukuki işlemde gerçekleşip gerçekleşmediği hususu kendilerine malum olmayan (sübjektif) geçmişteki veya hali hazırdaki bir duruma istinat eder yani hukuki işlemin bir parçası haline getirirlerse, bu hukuki işlemin geçerli olarak kurulmasını sağlayan geçerlilik unsuru olarak kabul edilecektir.¹⁶⁷

- Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri'nde şart tiplerini düzenleyen maddede (PECL Art. 16:101) şart koşulan olgunun gelecekte meydana gelecek bir hadise (*a future event*) olmasının yanı sıra belirsiz, şüpheli olması (*an uncertain event*) aranmıştır.¹⁶⁸ Maddenin şerhinde koşul müessesesinin asli unsurunun belirsizlik olduğu belirtilmiştir.¹⁶⁹ Madde şerhine göre belirsizliğe dışsal birtakım olaylar sebebiyet vermektedir. Taraflar hadiselerin gelişimi üzerinde kısmi bir etkiye sahip olsalar bile, hadiseler üzerinde tam bir hakimiyet kuramamaktadırlar.¹⁷⁰
- Aynı şekilde kaleme alınan DCFR III.-1:106 (1)'de belirsizliğin koşul müessesesinin asli unsuru olduğuna vurgu yapılmış ve belirsizliğin tarafların gelişimini kontrol edemedikleri olaylardan kaynaklandığı açıklanmıştır.¹⁷¹
- PICC (5.3.1) hükümleri de benzer biçimde gelecekte meydana gelecek hadisenin belirsiz olmasını şart koşmuştur.¹⁷²
- OR-2020 taslağında da farklı bir düzenleme söz konusu olmayıp, gelecekte gerçekleşecek hadisenin belirsiz olması şartı aranmıştır.

¹⁶⁷ GAUCH/SCHLEUP/EMMEGENER, PN. 4029; KRAMER/PROBST, S.273, PN. 531, böyle bir durumda da OR Art. 151 vd. hükümlerinin uygulanabilme ihtimaline işaret etmektedirler.

¹⁶⁸ von BAR/ZIMMERMANN, S. 818.

¹⁶⁹ von BAR/ZIMMERMANN, S. 818.

¹⁷⁰ von BAR/ZIMMERMANN, S. 818.

¹⁷¹ von BAR/CLIVE, S. 719-720.

¹⁷² FAUVARQUE-COSSON, p. 541;

c. Koşulun Mümkün Olması, Hukuka ve Ahlaka Aykırı Olmaması

TBK m. 176 hükmüne göre, koşul, hukuka veya ahlaka aykırı bir yapma veya yapmama fiilini sağlamak amacıyla konulmuşsa, bu koşula bağlı hukuki işlem kesin olarak hükümsüzdür. Koşulun mümkün olması gereği ise her ne kadar m. 176'da açıkça ifade edilmemiş ise de TBK m. 27 hükmünden bu sonuç kolaylıkla çıkarılabilecektir.¹⁷³

3. Koşulun Çeşitleri

Gerekse Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK m. 170, m. 173) gerekse İsviçre Borçlar Kanunu'nda (OR Art. 151, Art. 154) geciktirici koşul ve bozucu koşul ayrımı yapılmaktadır.¹⁷⁴ Koşula ilişkin hükümler bu ayırım dikkate alınarak düzenlenmiştir.¹⁷⁵ Mevcut olayda geciktirici bir koşulun mu yoksa bozucu bir koşulun mu var olduğu bir yorum sorunu olup¹⁷⁶, sorun taraf menfaatlerine uygun olarak ve güven teorisi ışığında yapılacak yorumla çözümlenmelidir.¹⁷⁷ Bununla birlikte hâkim görüş, bozucu koşul mu geciktirici koşul mu olduğu konusunda tereddüt edilmesi halinde hukuki güvenliğe daha çok hizmet edeceği gerekçesiyle, bozucu koşulun kabul edilmesi gerektiği yönündedir.¹⁷⁸ Kanunda açık biçimde düzenlenmiş bu ayırımın yanında doktrinde koşul konusunda farklı kıstaslara istinaden başka ayırımlar da yapılmaktadır. Taraf iradelerinin koşulun tahakkuku hususunda ne derece etkin ve etkili olduğu kıstasından hareketle, iradi, tesadüfi ve muhtelit (karma) koşul ayrımı yapılmaktadır.¹⁷⁹ Yine bir diğer

¹⁷³ **KILIÇOĞLU**, s. 972-973, koşulun anlamsız ve faydasız olduğu durumlarda da TMK m. 515/II'ye kıyasen koşulun geçersiz olmasını fakat işlemin geçerli olmasını teklif etmektedir. Buna karşın **OĞUZMAN/ÖZ**' göre, s. 514, "...bu tür koşulların ahlaka veya kişilik haklarına aykırı düşmedikçe geçerli olacakları savunulabilir". TKHK m. 3/III'e ilişkin değerlendirmeler için bkz. a.g.e. s. 514-515.

¹⁷⁴ **HONSELL**, Heinrich, Art. 151, PN. 2. in: Kurz Kommentar OR, Hrsg. **HONSELL**, Heinrich, Zürich, 2014.

¹⁷⁵ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 509; **KILIÇOĞLU**, s. 967.

¹⁷⁶ **FURRER/MÜLLER-CHEN**, S. 58, PN. 34; **MANSEL**, Heinz-Peter, BGB § 158 PN. 2 in: **JAUERNIG**, Bürgerliches Gesetzbuch, BGB 17. Auflage, München, 2018.

¹⁷⁷ **SCHWENZER**, PN. 11.0

¹⁷⁸ **EHRAT/WIDMER**, vor. OR Art. 151-157, PN. 6, in: BSK OR I; **HONSELL**, Art. 151, PN. 3; in: KuKo OR; Aksi yönde bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 509.

¹⁷⁹ **EHRAT/WIDMER**, vor. OR Art. 151-157 PN. 8, in: BSK OR I; Kanunda açıkça düzenlenmeyen iradi bu ayırımın örneklerine yargı kararlarında rastlanmaktadır. "*Dava, maden işletme hakkının devri sebebiyle kira bedeli ve cezai şarttan kaynaklanan alacakların tahsili istemlerine ilişkindir. Davacıya devredilen ruhsatlar, maden aramasına ilişkindir. Bunun içindir ki aktin devamı sözleşmede şarta bağlanmış ve davalıya gerekli tüm işletme izinleri alın-*

ayrım hukuki işlemde koşul olarak ileri sürülen vakıanın veya olgunun olumlu veya olumsuz bir olay olmasına göre yapılmaktadır. Diğer bir ifade ile şayet koşul olarak öngörülen şey bir şeyin meydana gelmesi ise olumlu, meydana gelmemesi (vuku bulmaması) ise olumsuz koşul söz konusudur.¹⁸⁰ Her üç metin de (OR, eBK, TBK) her ne kadar sözleşmenin hüküm ifade etmesinden bahsetse de tek bir yükümlülük veya bir hukuki işlem de geciktirici koşula bağlı olarak yapılabilir.¹⁸¹

Bir sözleşmenin geciktirici koşula bağlı mı yoksa koşulsuz mu yapıldığı noktasında şayet taraflar arasında bir çekişme ortaya çıkarsa, ispat yükümlülüğünün kimde olduğu noktasında iki farklı teori söz konusudur.¹⁸² Öncelikle ifade edilmesi gereken husus her iki teorinin de sözleşmenin kurulduğu ve bu konuda bir çekişme (ihtilaf) bulunmadığı ön kabulünden hareket ettiğiidir.¹⁸³ Hakim düşünce olan Def'i teorisine (Einredetheorie)¹⁸⁴ göre, koşul hakkın gerçekleşmesine mâni bir olgu olduğu için, hukuki işlemin varlığını kabul etmekle beraber ifa yükümlülüğü ile ilgili koşulun varlığını def'i olarak ileri süren davalı koşulun varlığını ispat külfeti altındadır.¹⁸⁵ Buna karşın inkâr teorisi (Leugnungstheorie) olarak isimlendirilen teoriye göre, davalı işlemin şarta bağlı olduğunu ileri sürerse, hakkını sözleşmeye dayandıran davacı, sözleşmenin koşula bağlı olmaksızın yapıldığını veya geciktirici koşulun tahakkuk ettiğini ispatla mükelleftir.¹⁸⁶ Diğer bir deyişle borçlu (davalı) koşula bağlı bir sözleşmenin varlığını inkâr etmekte, böylece alacaklıyı sözleşmenin muhtevasını ispata zorlamakta¹⁸⁷ buna karşın hakkını sözleşmeye dayandıran alacaklı (davacı)

dıktan sonra 3 veya 4 ay içerisinde sahalarda çalışma yapıp yapmayacağı opsiyonu tanınmıştır. Bir aktin mevzuunu teşkil eden borcun varlığı, meşuk bir hadisenin tahakkukuna talik edilebilir. Bu tür akitlere de şarta bağlı akit denilir. Maden sahasında çalışılıp çalışılmayacağı devredilen sahalarda ekonomik bulunması koşuluna ve davalının iradesine terk edildiğinden..." Y. 14. HD, E. 2011/5306, K. 2011/9170, T. 12.7.2011, KHO.

¹⁸⁰ EHRAT/WIDMER, vor. OR Art. 151-157, PN. 10 in: BSK OR I; HONSELL, OR Art. 151, PN. 3. in: KuKo OR.

¹⁸¹ EHRAT/WIDMER, OR Art. 151 PN. 6, in: BSK OR I.

¹⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. MATT, S. 117; PULAŞLI, s. 140; SİRMEN, s. 65.

¹⁸³ MATT, S. 117.

¹⁸⁴ HONSELL, OR Art. 151, PN. 10. in: KuKo OR.

¹⁸⁵ SİRMEN, s. 65.

¹⁸⁶ SİRMEN, s. 65.

¹⁸⁷ HONSELL, OR Art. 151, PN. 10.in: KuKo OR.

sözleşmenin hükümlerini doğurmasının bir koşula bağlanmadığını ya da bozucu koşulun gerçekleşmediğini ispatla yükümlü tutulmaktadır.¹⁸⁸

- Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri'nin koşulun tanımlandığı maddesinin (PECL 16:101) tercümesi şu şekildedir: “*Akdi bir yükümlülüğün doğumu, gelecekteki belirsiz bir olayın meydana gelmesi koşuluyla bağlı olarak yapılabilir. Eğer o olay meydana gelirse yükümlülük doğar (geciktirici koşul) veya yükümlülük sona erer (bozucu koşul).*” Maddenin tercümesinden anlaşılacağı üzere, PECL geciktirici-bozucu şart ayrımı yapmıştır.¹⁸⁹ Madde şerhinde ise, söz konusu hükümlerde her ne kadar yalnızca akdi bir yükümlülüğün koşula bağlanmış olmasından bahsedilmiş olsa da ilgili hükümlerin tek taraflı irade açıklamalarına da uygulanabileceği belirtilmiştir.¹⁹⁰
- DCFR'in ilgili hükmü (III.-1:106) küçük bir farkla PECL hükmünü olduğu gibi almış ve geciktirici koşul-bozucu koşul ayrımını benimseyerek tanımlamıştır. Yalnız PECL'den farklı olarak, yalnızca sözleşmesel bir yükümlülüğün değil, bir bütün olarak sözleşmenin veya bir talebin de şarta bağlanabileceği açıkça düzenlenmiştir.¹⁹¹
- UNIDROIT prensiplerine ilişkin madde ise (PICC 5.3.1), yalnızca sözleşmesel bir yükümlülüğün veya sözleşmenin koşula bağlanabileceğini ifade etmiştir.
- OR-2020 taslağında ise, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) mevcut haline göre bazı değişiklikler göze çarpmaktadır. Öncelikle mevcut kanundaki (OR Art. 151) sadece sözleşmenin koşula bağlanmasından bahseden ifade, taslağın ilgili maddesinde (OR-2020 Art.209) hukuki işlemin koşula bağlanmasından bahseden ifadeyle değiştirilmiştir. Esasen mevcut metinde de diğer hukuki işlemlerinde koşula bağlanabileceği hususunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte bu husus taslakta netleştirilmiştir. Taslakta göze çarpan bir diğer değişiklik, yeknesak metinlerde olduğu gibi, geciktirici şart ve bozucu şartın tanımsal olarak tek bir madde (OR-2020 Art. 209) de toplanmasıdır. Mev-

¹⁸⁸ Krş. SİRMEN, s. 65.

¹⁸⁹ LEHMANN/GOHLING, p. 784 in: European Contract Law and German Law.

¹⁹⁰ von BAR/ZIMMERMANN, S. 817.

¹⁹¹ von BAR/CLIVE, S. 718; LEHMANN/GOHLING, p. 785 in: European Contract Law and German Law.

cut OR’de ise bilindiği üzere geciktirici koşul (OR Art. 151) ve bozucu koşul (OR Art. 154) farklı maddelerde tanımlanmıştır.

a. Geciktirici Koşul

TBK m. 170 (OR Art. 151) bir yandan geciktirici koşulun tarifini verirken, öte yandan sözleşmenin geciktirici koşula bağlı olarak yapılması durumunda, şayet taraflar aksini kararlaştırmamış ise sözleşmenin veya hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarının koşulun gerçekleşmesiyle doğacağını düzenlemektedir.¹⁹² Geciktirici koşulun bir müessese olarak tanınması, sözleşmenin tarafları için orta bir yolu mümkün kılmakta ve böylece taraflar yaptıkları sözleşme ile bağlı olmakla birlikte, koşulun gerçekleşmesine kadar taraflar için bir hak ve yükümlük doğmamaktadır.¹⁹³ Gerek İsviçre Borçlar Kanunu’nun gerekse eski Borçlar Kanunu’nun lafızları dikkate alındığında, kanun metninin lafzı geciktirici koşul için sadece bir hadisenin gerçekleşmesinden bahsediyor gibi gözükse de bir hadisenin gerçekleşmemesi de geciktirici koşul olarak ortaya çıkabilir.¹⁹⁴ Örneğin A ile B arasında akdedilen bir sözleşmede taraflar sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmasını C isimli üçüncü şahsın bir hafta içinde gelmesine bağlayabilecekleri gibi bir hafta içinde gelmemesine de bağlayabilirler. Türk Borçlar Kanunu’nda bu husus açık biçimde ifade edilmiştir.

- PECL Art. 16:101’in şerhinde sözleşmesel yükümlülüğün geciktirici koşula bağlanması halinde, alacaklının borçludan, edimin ifasını talep edemeyeceği belirtilmekle birlikte, borçlunun ifa tarihinden önce ortaya çıkan bir borca aykırılık hükmüne göre (*anticipated non-performance*)¹⁹⁵ sorumluluğunun doğabileceği belirtilmiştir (Bkz. PECL Art. 9:304).¹⁹⁶
- DCFR III. -1:106 (1)’in şerhinde PECL’de yapılan açıklamalar tekrar edilmiş ve geciktirici koşul halinde alacaklının ifa talebinde bulun-

¹⁹² OĞUZMAN/ÖZ, s. 515.

¹⁹³ EHRAT/WIDMER, OR Art. 151 PN. 1-3, in: BSK OR I; WESTERMANN, BGB § 158 PN. 38, in: MüKo BGB.

¹⁹⁴ EHRAT/WIDMER, OR Art. 151 PN. 5.in: BSK OR I.

¹⁹⁵ CUMALIOĞLU, Emre, TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilir İhlal, İstanbul, 2019; VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık Kavramı, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, S.:169, Eylül 2018, s.203 vd.

¹⁹⁶ von BAR/CLIVE, S. 720.

mayacağı, aksinin taraflarca yapılan kararlaştırmanın temelini değiştirilmesi anlamına geleceği belirtilmiştir.

- UNIDROIT prensiplerinde ilgili madde (PICC Art. 5.3.1)¹⁹⁷ bakımından bir farklılık söz konusu olmayıp, OR-2020 taslağı da aynı çözüme benimsemiştir.

b. Bozucu Koşul

TBK m. 173'te (OR Art. 154) tanımlanan ve düzenlenen bozucu koşul, geciktirici koşuldan farklı olarak, geçerli olarak kurulmuş bir hukuki işlemin gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz bir hadisenin vukuunda hukuki işlemin, sözleşmenin veya yükümlülüğün kendiliğinden ileriye dönük olarak (ex nunc) sona ermesidir. Aynen geciktirici koşulda olduğu gibi bozucu koşulda da, söz konusu koşul olumlu bir hadisenin meydana gelmesi olduğu gibi, olumsuz bir hadisenin vukua gelmesi de olabilir.¹⁹⁸ Söz konusu koşulun geciktirici koşul mu yoksa bozucu koşul mu olduğu konusunda bir tereddüt oluşması durumunda, Roma hukukundan gelen, kanundaki belirsizliklerin veya boşlukların borçlu lehine yorumlanacağı, diğer bir ifadeyle bir talebin veya hakkın kapsam ve muhtevasında duraksama oluşması durumunda, az olan lehine hükmedileceği şeklindeki kaide gereğince (in dubio mitius), geciktirici koşulun varlığı kabul edilecektir. Zira geciktirici koşulda hukuki sonuçların doğması koşulun gerçekleşmesine bağlı olup, bu bahsi geçen kural gereğince, iki seçenek içinde borçlu penceresinden '**daha az olan**'ı ifade etmektedir.¹⁹⁹ Bozucu koşul kanunen tanınan sözleşmeden dönme hakkından da ayırt edilmelidir. Her şeyden önce bozucu koşul kanunen tanınan sözleşmeden dönme hakkından farklı olarak, bizzat taraflarca kararlaştırılmış bir sözleşmenin sona erme halidir. Diğer yandan bozucu koşulun gerçekleşmesiyle sözleşme tarafların bu husustaki istek ve iradeleri dikkate alınmaksızın daha doğrusu taraf iradelerinden bağımsız olarak kendiliğinden sona ererken,²⁰⁰ sözleşmeden dönme hakkının sonuçlarını doğurması,

¹⁹⁷ FAUVARQUE-COSSON, p. 539.

¹⁹⁸ HONSELL, Art. 154 PN. 1, in: KuKo OR.

¹⁹⁹ HONSELL, Art. 154 PN. 2, in: KuKo OR; Aksi görüşte REINHARD, Reinhard/BORK, Herbert, BGB § 158 PN. 4, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB- Buch 2: Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 139-163 (Allgemeiner Teil 4b), 2015.

²⁰⁰ EHRAT/WIDMER, OR Art. 152 PN. 2, in: BSK OR I.

sözleşmeden dönmek isteyen tarafın yenilik doğuran irade beyanını açıklamasına yani kendisine kanunen tanınmış bu hakkı kullanmasına bağlıdır.²⁰¹

Gerek yeknesak metinler (PECL Art. 16:101, DCFR, Art. III.-1:106, PICC Art. 5.3.1) gerekse OR-2020 taslağı bozucu koşul geciktirici koşulla birlikte ele almış ve her ikisini tek bir maddede tanımlamıştır.²⁰²

4. Koşulun Sonuçları

a. Belirsizlik Safhası

Koşula bağlı hukuki işlemin koşulun gerçekleşmesinden önceki, askı durumundaki hüküm ve sonuçları ele alınırken, konunun Roma hukukundaki anlamına uygun biçimde, sorun geciktirici koşul ve bozucu koşul için ayrı ayrı ele alınmalıdır. Geciktirici koşullar açısından yeknesak metinlerde de (PECL, DCFR) koşulun gerçekleşmesine bağlanan hukuki sonuçlar, geciktirici koşul bozucu koşul için ayrı ayrı ele alınmıştır. Ancak belirsizlik safhasına ilişkin bir düzenleme yapılmamış, koşulun gerçekleştiği andan itibaren ileriye dönük olarak (ex nunc) hüküm ifade edeceği belirtilmiştir. Söz konusu safha için, daha önce ifade edildiği üzere, ancak borçlunun ifa tarihinden önce ortaya çıkan bir borca aykırılık hükmüne göre (*anticipated non-performance*) sorumluluğu doğabilir. (Bkz. PECL Art. 9:304). Bununla birlikte UNIDROIT prensiplerinde (5.3. 4) ve OR-2020 taslağında konuya dair bir düzenleme (OR-2020 Art. 211) yer almaktadır. PICC Art. 5.3. 4'te söz konusu belirsizlik safhasında, taraflara dürüstlük kuralına, doğru ticari muamelenin gereklerine veya birlikte hareket etme (dayanışma) yükümlülüğüne aykırı olarak diğer tarafın haklarına zarar verecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğü getirilmiştir.²⁰³

aa. Geciktirici Koşul

Tarafların hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarını geciktirici bir koşula bağladığı durumlarda, esasen koşul gerçekleşinceye kadar borçlu için herhangi bir ifa yükümlülüğü doğmadığı gibi alacaklı için de bir alacak hakkı söz konusu

²⁰¹ HONSELL, Art. 154 PN. 3.in: KuKo OR.

²⁰² Aynı çözüm tarzı BGB'de de benimsenmiştir. Bkz. WESTERMANN, BGB § 158 PN. 9, in: MüKo BGB.

²⁰³ FAUVARQUE-COSSON, p. 545.

değildir.²⁰⁴ Fakat bununla birlikte alacaklı için beklenen/beklemece/muntazır bir hak²⁰⁵ söz konusu olup, borçlu bu safhada, bu beklenen hakka zarar verecek davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür.²⁰⁶ Belirsizlik safhasında geciktirici koşula bağlı hukuki işleme ilişkin en önemli vurgu, bu safhada dahi tarafların yaptıkları sözleşme ile bağlı oldukları ve bilhassa bu bekleme safhasında borçluya birtakım yükümlülüklerin terettüp ettiğiidir. Dolayısıyla koşula bağlı sözleşme, tarafların mutabakatı ve sözleşmenin kurulmasıyla birlikte hukuken etkilerini doğurmaya başlamakta, tarafların bu anlamda mezkûr yükümlülüklerinin yani beklenen hakka zarar verecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğünün ihlali, tazminat yükümlülüğüne sebebiyet verebilmektedir.²⁰⁷ Koşula bağlı hukuki işlemde doğan talep/hak başka bir hukuki işleme konu teşkil edebilir, fakat koşul tahakkuk edinceye yani gerçekleşinceye kadar, söz konusu talebin dava edilmesi, karşı tarafın ifaya zorlanması söz konusu değildir. Bununla birlikte borçlunun iflası halinde alacağın iflas masasına kaydı mümkündür.²⁰⁸

Taraflar söz konusu safhada dürüstlük kurallarına uygun bir tutum ve davranış içinde olmak zorunda olup, koşulun tahakkuku halinde borcun ifasına zarar verecek her türlü tutum ve davranıştan kaçınmak zorundadırlar.²⁰⁹ Tarafların göstermek zorunda oldukları özenin derecesi ise sözleşmede kararlaştırılan

²⁰⁴ Yargıtay kararına konu (15. HD, E. 2010/7083, K. 2011/6577, T. 15.11.2011, KHO) bir olayda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, taraflar, sözleşme konusu parselin üçüncü bir şahsa ait parselde tevhit edileceğini ve inşaatın tevhit sonucu oluşan parsel üzerine yapılacağını ve inşaat ruhsatının alındığı tarihten itibaren 54 ay içinde arsa sahibine ait dairelerin teslim edileceğini kararlaştırmışlardır. Kararda **“Somut olaya bakıldığında; sözleşme üçüncü şahsın iradesiyle tevhit yapılması ve inşaatın yapılmasına üçüncü şahsın rıza ve muvafakatinin alınması şartlarına”** bağlandıği ifade edilmiştir. Kararın devamında ruhsat alımı için kararlaştırılan sürenin başlayabilmesi için tevhit işleminin tapuya tescilinin ve diğer paydaşla sözleşme yapılmasının gerektiği; bu geciktirici koşul gerçekleşmeden ruhsatın alınamayacağı, dolayısıyla teslim için öngörülen sürenin başlamayacağı belirtilerek, dava henüz sözleşmede kararlaştırılan teslim süresi dolmadan açıldığından davanın tümden reddi gerektiğine hükmedilmiştir. Kararın vurgusu geciktirici şart tahakkuk etmeden evvel borcun muaccel olmayacağı dolayısıyla ifanın istenemeyeceğidir. Bir başka kararda (14. HD, E. 2011/5306, K. 2011/9170, T. 12.7.2011) bu husus açık biçimde ifade edilmiştir: **“Aktin icrası şarta bağlandığından ve aktin icrasını gerektiren sözleşmedeki şart henüz gerçekleşmediğinden davalının borca aykırı davrandığıının kabulü mümkün değildir.”**

²⁰⁵ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, PN. 3995; WESTERMANN, BGB § 158 PN. 39, in: MüKo BGB. HONSELL, OR Art. 152 PN. 1, in: KuKo OR; OĞUZMAN/ÖZ, s. 517.

²⁰⁶ TUNÇOMAĞ, s. 600.

²⁰⁷ EHRAT/WIDMER, OR Art. 152 PN. 2, in: BSK OR I; OĞUZMAN/ÖZ, s. 517.

²⁰⁸ HONSELL, OR Art. 154 PN. 2, in: KuKo OR.

²⁰⁹ HONSELL, OR Art. 154 PN. 3, in: KuKo OR; OĞUZMAN/ÖZ, s. 517.

doğuşu koşulun tahakkukuna bağlanan yükümlülüğe göre belirlenecektir.²¹⁰ Tarafların yükümlülükleri, özellikle borçlu tarafın yükümlülüğü sadece yapmama tarzındaki yükümlülüklerden ibaret olmayıp, aynı zamanda duruma göre aktif bir yapma yükümlülüğü de mevcut olabilir. Örneğin sözleşmeye konu eşyanın, muhafazası için gerekli tedbirlerin alınması bu anlamda müspet davranış tarzına örnek olarak verilebilir. Fakat bu safhada yükümlülükler daha ziyade olumsuz bir biçimde ortaya çıkmakta olup, borçlu taraf sözleşmeye konu eşyayı, tahrip etmemek, yok etmemek, üçüncü kişilere satmamak ile mükellef olup²¹¹, ayrıca koşulun tahakkuku halinde alacaklı için doğan mülkiyet hakkını kısıtlayacak veya bu hakkın hakkıyla kullanımına hanel getirecek ya da bu hakkı kısıtlayan tasarruflardan da kaçınmak zorundadır.²¹²

Bu safhada borçluya yüklenen sorumlulukların tayininde, koşula bağlı hukuki işlemin hakkın üzerinde doğrudan bir etkide bulunan bir tasarrufi işlem mi, yoksa taraflar için hak üzerinde doğrudan bir etkiye sahip olmaksızın sadece ifası gerekli bir yükümlülük doğuran borçlandırıcı işlem mi olduğu belirleyicidir.²¹³ Kanun metninde bu ayrıma uygun biçimde, şayet koşula bağlı bir tasarrufi işlem söz konusu ise, koşulun gerçekleşmesinden önce yapılan ara tasarruflar, koşulun gerçekleşmesi halinde, tasarrufi muameleye zarar verdiği nispette hükümsüz olacaktır (TBK m. 171/III ,OR Art. 152/III).²¹⁴ Buna karşın koşula bağlı işlem şayet borçlandırıcı işlem mahiyetinde ise, koşula bağlı işlemde borçlu

²¹⁰ **EHRAT/WIDMER**, OR Art. 152 PN. 2, in: BSK OR I.

²¹¹ **HONSELL**, OR Art. 154 PN. 3, in: KuKo OR.

²¹² **EHRAT/WIDMER**, OR Art. 152 PN. 3, in: BSK OR I; **HONSELL**, OR Art. 154 PN. 3, in: KuKo OR.

²¹³ **HONSELL**, OR Art. 154 PN. 3, in: KuKo OR.

²¹⁴ Bilindiği üzere hukuki işlem bir bakış açısıyla borçlandırıcı işlem-tasarrufi işlem şeklinde bir tasnife tabi tutulmaktadır. Söz konusu ayırım geciktirici koşulun sonuçları açısından kanun metninde de dikkate alınmış, buna bağlı olarak doktrinde de belirsizlik safhasında hukuki işlemin durumu ele alınırken haklı olarak, borçlandırıcı işlem- tasarrufi işlem ayırımı dikkate alınarak belirsizlik safhasının tasarrufi işlemler üzerindeki etkisi ayrıca işlenmiştir. Fakat koşula bağlı tasarrufi işlemlerin durumu müstakil bir çalışmada ayrıca ele alınmalıdır. Buradaki çalışmanın gözettiği amaç, sınırları ve çalışmanın mukayeseli olması, tek bir çalışmada koşula ilişkin bütün hususları ele almayı güçleştirmektedir. Aksi takdirde çalışma bir makalenin sınırlarını aşacak biçimde genişleyecektir. Dolayısıyla yukarıda yapılan açıklamalar daha ziyade borçlandırıcı işlem merkeze alınarak yapılmıştır. Şarta bağlı tasarrufi işlemler için bkz. **STAEHELIN**, Daniel, Bedingte Verfügungen, Zürich, 1993; Şarta bağlı yapılmış alacağın temlikine ilişkin yapılmış ayrıntılı bir çalışma için bkz. **LAUKO**, Robert, Art. 152 Abs. 3 OR und die aufschiebend bedingte Abtretung, Zugleich ein Beitrag zu Begriff und Wirkungsweise von Verfügungen, Zürich, 2012; Geciktirici şarta bağlı tasarrufi işlemler için bkz. bkz. **TUNÇOMAG**, s. 601 vd.; **KILIÇOĞLU**, s.782; **NOMER**, s. 475.

tarafın üçüncü kişilerle borçlandırıcı muamele yapmasına bir engel bulunmaktadır.²¹⁵ Konuyu biraz daha açmak adına sorun şu şekilde ifade edilebilir. Bir eşya üzerinde eşyanın mülkiyetinin naklini borçlanan ve fakat satış akdinin hüküm ve sonuçlarını doğurmasını geciktirici bir koşula bağlayan borçlu, koşul gerçekleşinceye kadar yani belirsizlik safhasında, üçüncü kişilerle de aynı eşyanın satışını konu edinen bir satış sözleşmesi yapabilir. Zira belirsizlik safhasında yapılan ikinci sözleşme sadece borçlandırıcı bir işlem olup, koşulun tahakkuku halinde alacaklıya teslimi gereken eşyanın mülkiyeti üzerinde doğrudan bir etkiye sahip olmadığı için, borçlunun koşula bağlı sözleşmeden doğan teslim yükümlülüğüne bir zarar vermiş değildir. Her iki borçlandırıcı işlemde aynı anda var olup, bunların birbirilerine herhangi bir sebeple üstünlüğü olmadığı gibi, yapılan ikinci sözleşme birincinin ifasına mâni değildir.²¹⁶ Fakat koşula bağlı borçlandırıcı işlemde, koşula bağlı tasarrufi işlemde olduğu üzere, ara safhada yapılan borçlandırıcı işlemleri hükümsüz kılmayan kanun koyucu, bu belirsizlik safhasında yani koşulun gerçekleşmesinden önce, alacaklıyı, koşulun tahakkuku halinde doğacak hakkına hanel getiren, zarar veren veya kanunun tabiriyle tehlikeye düşüren borçlu davranışlarına karşı, ihtiyati tedbirler (Krş. HMK m. 390) istemeye yetkili kılmıştır.²¹⁷

Söz konusu tedbirler kefalet, gayrimenkul üzerinde ipotek tesisi, taşınır rehni gibi ancak tarafların bu hususta anlaşmaları ile mümkün olan iki taraflı tedbirler olabileceği gibi, ihtiyati haciz (İİK m. 257 vd.) veya borçlunun taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kısıtlanması amacıyla tapu siciline şerh verilmesi gibi alacaklının tek başına talebe yetkili olduğu birtakım tedbirler de olabilir.²¹⁸

²¹⁵ **EHRAT/WIDMER**, OR Art. 152 PN. 5, in: BSK OR I.

²¹⁶ **EHRAT/WIDMER**, Art. 152 PN. 5. in: BSK OR I. Aslında yapılan açıklamalar nisbîlik ilkesinin doğal bir uzantısı olmaktan ibarettir denilebilir. Çalışmanın esas amacından uzaklaşmamak adına kısaca borçlunun ikinci sözleşmeden doğan borcunu ifa ettiği ihtimale de kısaca değinilmelidir. Böyle bir ihtimalde koşulun tahakkuku halinde koşula bağlı sözleşme etkilerini doğurmaya başlayacak ve alacaklı için dava edilebilir bir ifa hakkı söz konusu olacaktır. Fakat belirsizlik safhasında koşulu satışa konu eşyayı üçüncü kişiye satıp devreden borçlu için ifa sübjektif olarak kendi kusuruyla imkânsız hale geldiği için, koşula bağlı borç sebebiyle alacaklı lehine sonraki kusurlu imkansızlıktan doğan bir tazminat hakkı (TBK m. 112) söz konusu olacaktır. **HONSELL**, OR Art. 154 PN. 6 in: KuKo OR.

²¹⁷ **GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER**, PN. 3998; **SCHWENZER**, PN. 12.03; **EHRAT/WIDMER**, OR Art. 152 PN. 8 in: BSK OR I; **NOMER**, s. 474; **KILIÇOĞLU**, s. 973, burada HMK m. 390'nın özel bir uygulaması olduğunu ifade etmektedir.

²¹⁸ **EHRAT/WIDMER**, OR Art. 152 PN. 8, in: BSK OR I.

Son olarak değinilmesi gereken bir diğer mesele, koşula bağlı işlemin konusu şayet koşulun tahakkukundan evvel teslim edilmiş ise ve alacaklı bundan istifade etmişse koşulun gerçekleşmemesi veya gerçekleşmesi durumunda, söz konusu yararlanmanın hukuki akıbetidir. Mezkûr meseleye kanunda özel bir hüküm tahsis edilmiş ve koşulun gerçekleşmesi halinde alacaklının elde ettiği yararların sahibi olacağı ifade edilmiştir (TBK m. 172/I). Buna karşın koşul gerçekleşmez ise şayet, alacaklı elde ettiği yararları iade etmekle yükümlü kılınmıştır (TBK m.172/II). Söz konusu hükümlerle koşulun gerçekleşmesiyle birlikte koşula bağlı sözleşmenin hükümlerinin geriye yürümeyeceği kuralından (TBK m. 170/II) bir sapma söz konusudur. Söz konusu kural, koşul gerçekleşinceye kadar tarafların sadece beklenen bir hakkı olduğu, dolayısıyla sözleşme konusundan istifadenin ancak koşulun tahakkukunun mümkün olması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır.²¹⁹ Fakat söz konusu kuraldan taraflar kendi iradeleriyle her zaman ayrılacakları için, ilgili madde tarafların koşulun gerçekleşmesinden evvel malı teslim etmek suretiyle ana kuraldan ayrıldıkları halde buna bağlanan hukuki neticeyi kayıt altına almıştır. Maddede ifade edilen yararın, malın doğal, hukuki semereleri ve bir maddi menfaate karşılık gelen diğer semereleri olabileceği kabul edilmektedir.²²⁰ Bununla birlikte sadece yarardan bahseden madde metni karşısında, söz konusu maldan kaynaklı birtakım külfetlere borçlunun katlanmaya devam edeceği savunulmaktadır.²²¹ Fakat taraf iradelerinin yorumu, koşulun tahakkuku halinde, malın tesliminden itibaren ortaya çıkan külfetlere mukabil alacaklının da uygun bir bedeli ödemeyi borçlandığı şeklindeki bir sonucu mümkün kılabilir.²²²

²¹⁹ HONSELL, OR Art. 153 PN. 1, in: KuKo OR.

²²⁰ HONSELL, OR Art. 153 PN. 1, in: KuKo OR.

²²¹ HONSELL, OR Art. 153 PN. 1, in: KuKo OR.

²²² EHRAT/WIDMER, Art. 153 PN.5 in: BSK OR I; HONSELL, OR Art. 153 PN. 1, in: KuKo OR: İsviçre Borçlar Kanunu Art. 185/III ve Eski Borçlar Kanunu (eBK) m. 183/III satış sözleşmenin koşula bağlı olarak yapılması durumunda hasarın geçişine ilişkin özel bir hüküm sevk etmiştir. Söz konusu hüküm geciktirici koşula bağlı satışlarda hasarın geçişini, koşulun gerçekleşmesine bağlamıştır. Fakat koşulun gerçekleşmesinden önce malın teslimi halinde, hasarın geçip geçmeyeceği meselesi ihtilaflıdır. Bir fikre göre, mal önce teslim edilse dahi, hasar koşul gerçekleşinceye kadar satıcıda kalmaya devam edecektir. Buna karşı bir diğer görüş eBK m. 151/I'ın (OR Art. 153 f. 1) eBK 183/III'e istisna teşkil ettiğini ve malın teslimi ile birlikte hasarın geçeceğini savunmaktadır. Bkz. ARAL, Fahrettin Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2010, s. 84. Hasarın geçişini sözleşmenin kurulmasına bağlayan eski düzenleme karşısında, TBK'nın hasarın geçişini zilyetliğin devrine bağlayan hükmü tartışmayı Türk hukuku açısından büyük ölçüde anlamsızlaştırmıştır. Bu sebeple adı geçen eserin yeni Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi sonrası yapılan son baskısında "geciktirici şarta bağlı satımlarda hasarın geçmesi" çıkarılmıştır. Bkz. ARAL, Fahrettin/AYRANCI,

Koşulun gerçekleşmemesi durumunda ise teslim edilen malın iadesinin hangi hukuki çerçeve içinde gerçekleşeceği hususunda doktrinde bir birlik bulunmamaktadır.²²³ Hâkim görüş koşulun tahakkukundan evvel teslim edilen malın ve maldan yararlanma şeklinde ortaya çıkan menfaatin iadesinin, koşulun gerçekleşmeyeceğinin anlaşılmasıyla sözleşme sona erdiği için, sebepsiz zenginleşme (TBK m. 77) veya istihkak davası (TMK m. 683) hükümlerine göre gerçekleşeceğini savunurken²²⁴, doktrinde artık yeni sayılamayacak bir eğilim (yeni dönme görüşü) sözleşmeden dönme halinde veya edimin imkansızlığı halinde, sözleşmenin bir hukuki sebep olarak ortadan kalkmadığını, varlığını sürdürdüğünü ve böyle bir durumda sebepsiz zenginleşme davası açılmayacağı, taraflar açısından sadece yükümlülüklerin ters yüz olduğu akdi bir tasfiye sürecinin başladığını savunmaktadır.²²⁵

bb. Bozucu Koşul

Bozucu koşula bağlı olarak yapılan hukuki işlemlerde sözleşmenin kurulmasıyla birlikte sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğuracağı için, esasen geciktirici koşula bağlı hukuki işlemlerde olduğu üzere gerçek anlamda bir askı safhasından bahsetmek tam olarak mümkün değildir. Diğer bir deyişle bozucu koşula bağlı olarak yapılan sözleşme, tahakkuku sözleşmeyi hükümsüz hale

Hasan, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, 2018; Ayrıca bkz. **NOMER**, s. 472. Fakat yine de koşula ilişkin hükmün bu haliyle problemlili olduğu söylenebilir. Zira bu durumda, satışta özel bir kural olarak hasar ve yararın intikalini, zilyetliğin devrine bağlayan hüküm karşısında, koşula bağlı işlemlerde malın tesliminde sadece yararın geçişinden bahseden hüküm birtakım duraksamalara sebebiyet verebilir. Örneğin bu durum teslimde rağmen hasarın geçmediğini savunan fikre bir dayanak oluşturabilir. Sorunun çözümünde şu öncüllerden hareket edilmelidir. Hasarın geçişini zilyetliğin devrine bağlayan hüküm karşısında, hukuki işlemin bir koşula bağlı olup olmamasının bir önemi kalmamıştır. Zaten buna uygun olarak, eBK 183/III'ün yeni TBK'da karşılığı bulunmamaktadır. Bu durumda TBK eBK m. 183/III'ü ilga eden kanun koyucunun, koşulu düzenleyen hükümlerde sadece yararın geçişinden bahsetmesi ufak bir zühul olarak değerlendirilebilir. Sonuç olarak Türk hukukunda mevcut düzenleme karşısında, geciktirici koşula bağlı hukuki işlemlerde, mal şayet koşulun tahakkukundan evvel teslim edildiyse, yararlarla birlikte hasarın da alacaklıya geçtiğini kabul etmek isabetli olacaktır. Dolayısıyla İsviçre hukukunda dahi taraf iradelerini dayanak edinecek, külfet-yarar dengesini sağlamaya çalışan yorum karşısında, TBK'nın hasarın geçişi ile alakalı düzenlemesine istinaden külfetin de alacaklıda olduğunu söylemekte yarar vardır, meğer ki koşul gerçekleşmemiş olsun ve alıcı elde ettiği menfaatleri iade etme yükümlülüğü altında olsun. Zira menfaatleri iade eden alacaklı, külfetlere de katlanmak zorunda olmamalıdır.

²²³ **EHRAT/WIDMER**, OR Art. 153 PN. 6, in: BSK OR I.

²²⁴ **EHRAT/WIDMER**, OR Art. 153 PN. 6, in: BSK OR I; **HUGUENIN**, Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich, 2012, S. 355, PN. 1317.

²²⁵ **SCHWENZER**, S. 435, PN.59.11.

getiren bozucu koşul gerçekleşinceye kadar, geçerli bir sözleşmenin tüm hüküm ve sonuçlarını doğurur.²²⁶ Fakat yine de doktrinde, hukuki işlemin yapıldığı evre ile koşulun gerçekleştiği evre arasındaki dönem askı safhası olarak isimlendirilmektedir.²²⁷

Askı safhasında bozucu koşul açısından ortaya çıkan sorun mevcut geçerli işlemin devam edip etmeyeceğidir. Geciktirici koşuldan farklı olarak bozucu koşulda gerek askı safhası gerekse bozucu koşulun gerçekleşmesinden sonra ortaya çıkan hukuki durum açık biçimde düzenlenmemiştir.²²⁸ Böyle bir askı safhası kabul edildiğinde, söz konusu kabul ile, bozucu koşula bağlı sözleşmenin tamamen geçerli olduğu yani geçerli bir sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurduğu, dolayısıyla mülkiyetin, hasar ve yararın alacaklıya geçtiği şeklindeki bir kabulün birbirileri ile nasıl telif edileceği sorunu ortaya çıkmaktadır.²²⁹ Söz konusu sorun doktrinde şu şekilde çözüme bağlanmaktadır. Buna göre bozucu koşula bağlı olarak bir hak kazanan kişinin hakları tam bir geçerlilik kazanmış olup, alacaklı malik sıfatını kazanmıştır ve aynen ifa talebinde bulunabilir. Fakat alacaklı (TBK m. 171/I'e kıyasla) bozucu koşulun gerçekleşme ihtimalinde doğacak olan malı iade yükümlülüğüne zarar verecek veya bu yükümlülüğün ifasını imkânsız hale getirecek her türlü davranıştan kaçınmalıdır.²³⁰

b. Şüpheli Durumun Sona Erdiği Safha

Hukuki işlemin kurulması ile koşulun gerçekleşmesi arasındaki safha Roma hukukunda olduğu gibi iki şekilde sonlanabilir. Bu hallerden ilki koşulun gerçekleşmesi olup, diğeri ise koşulun gerçekleşmemesi ya da gerçekleşmeyeceğinin kesinleşmesi halidir. Roma hukukundaki anlatım biçimine uygun olarak her iki durumda da yani gerek koşulun gerçekleşmesi gerekse koşulun gerçekleşmemesi veya gerçekleşmesinin imkânsız olması durumunda, sorunu geciktirici koşul ve bozucu koşul için ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Yekne-

²²⁶ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, PN. 4005; Söz konusu tespit, tasarrufi işlemler açısından da bir farklılık göstermez. Yani bozucu şarta bağlı tasarrufi işlemlerde de tasarrufi işlem geçerli olup işlemin bozucu koşula bağlı yapılmış olması, işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurmasını engellemez. Bkz. OGUZMAN/ÖZ, s. 525; WESTERMANN, BGB § 158 PN. 38, in: MüKo BGB.

²²⁷ SCHWENZER, PN. 12:06; EREN, Genel Hükümler, s. 1203 vd.

²²⁸ EHRAT/WIDMER, OR Art. 154 PN. 4, in: BSK OR I.

²²⁹ EHRAT/WIDMER, OR Art. 154 PN. 4, in: BSK OR I.

²³⁰ EHRAT/WIDMER, Art. 154 PN. 5, in: BSK; Krş. FEYZİOĞLU, s. 370.

sak metinlerde de sorun benzer biçimde çözülmüş ve koşulun gerçekleşmesi halinde geciktirici koşul bozucu koşul ayrımı yapmıştır.

aa. Koşulun Gerçekleşmesi Hali

(1) Geciktirici koşul

Hüküm ve sonuçlarını doğurması geciktirici bir koşula bağlanmış hukuki işlem koşulun gerçekleşmesi ile birlikte koşula bağlı olmaksızın kurulmuş bir sözleşmede olduğu gibi hüküm ve sonuçlarını doğurur. Esasen sözleşmeye konu edim üzerinde var olan ve beklenen alacak hakkı bu suretle kesinleşir. Böylece alacak şayet aksi kararlaştırılmamışsa koşulun gerçekleşmesiyle birlikte muaccel hale gelir ve alacaklı tarafından borcun ifası istenebilir. Bu noktada üzerinde durulması gereken önemli bir husus, koşulun tahakkuku ile birlikte sözleşmenin hükümlerini doğuracağıdır. Diğer bir söyleyişle koşula bağlı sözleşme hükümlerini geçmişe etkili olarak değil, koşulun gerçekleştiği andan itibaren doğurur, meğer ki taraflar aksini kararlaştırmış olsun.²³¹ Federal Mahkeme bir kararında koşulun gerçekleşmesiyle birlikte sözleşmenin geçmişe etkili sonuç doğurmasını istisnai bir durum olarak nitelendirmiştir.²³²

²³¹ **EREN**, Genel Hükümler, s. 1205 vd; **KILIÇOĞLU**, s. 978; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 515, geciktirici koşul kararlaştırılan durumlarda böyle bir geçmişe etki anlaşmasına hemen hemen hiç rastlanmayacağını ifade etmektedir. Zira, yazara göre, tarafların sözleşmeyi geciktirici koşula bağlamalarının sebebi, bu olgunun gerçekleşeceği zamandan önce sözleşmedeki borçlarla yükümlü olmak istememeleridir. Yazarın gerekçesi, tereddütle karşılanabilir. Bize göre tarafların bir yükümlülüğü geciktirici koşula bağlamalarının sebebi koşul olgusunun gerçekleşmesinden önce sözleşmedeki borçlarla yükümlü olmak istememesi değildir. Zira vade müessesesi de bu amaca az çok hizmet edebilir. Kaldı ki sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, taraflar borç ilişkisinden doğan tüm sonuçları göze almış olurlar. Hukuki ilişki tamamlanmış olur. Bkz. **RÖVEKAMP**, BGB § 158 PN. 21, in: BeckOK BGB. Tarafları sözleşmeyi bir koşula bağlamaya sevk eden asıl sebep, sözleşmeye dair bir konu hakkında kesin bir bilgiye sahip olmamalarıdır, yoksa yükümlü olmak istememeleri değil. Üstelik kanunda bu ihtimali dikkate alan bir hüküm (TBK m. 172/I) bulunmaktadır. Söz konusu hükme göre, borcun konusunu oluşturan şey, koşulun gerçekleşmesinden önce kendisine verilen alacaklı, koşul gerçekleşirse, koşulun gerçekleşmesine kadar elde ettiği yararların sahibi olur. Buna göre, geciktirici koşula bağlı yapılmış bir satış sözleşmesinde, sözleşme konusu malın koşulun gerçekleşmesinden önce alıcıya teslim edilmesi halinde, koşulun gerçekleşmesi doğrudan doğruya kanun gereği geçmişe etkili sonuçlar doğurmaktadır. Koşulun gerçekleşmesinden önce malın teslim edilmesi tarafların koşul gerçekleştiğinde etkisini geçmişe dönük doğurmasını istediklerine karine teşkil eder. Bkz. **SCHWENZER**, PN. 13.04; Koşulun gerçekleşmesinin taraf iradelerinden kaynaklı geçmişe etkisi için bkz. **MATT**, S. 280

²³² BGer 4C.424/2005, E. 2.3.1 (Aktaran **MATT**, S. 281).

Geciktirici koşula bağlanan hukuki sonuç yeknesak metinlerde şu şekilde düzenlenmiştir. PECL'in ilgili maddesinin tercümesi şu şekildedir. “*Geciktirici koşulun gerçekleşmesiyle, [koşula bağlı] yükümlülük hüküm doğurur, meğer ki taraflarca aksi kararlaştırılmış olsun.*”

Maddenin şerhinde bazı hukuk sistemlerinde koşulun gerçekleşmesiyle birlikte geçmişe dönük hüküm süreceği düzenlenmiş olmakla birlikte, PECL'de daha basit bir çözüm tarzının benimsendiği ifade edilmiş ve geciktirici koşulun gerçekleşmesi halinde, hukuki sonuçların geleceğe etkili biçimde ortaya çıkacağı ifade edilmiştir.²³³ Şerhe konuyu örneklendirmek için verilen misal şu şekildedir. Verilen örneğe göre, Bordeaux'taki evini satan satıcı, satıştan doğan yükümlülüğünü, kendisinin belli bir tarihe kadar Paris'te önemli bir göreve tayin edilmesine bağlamıştır. Satıcı bahsi geçen göreve istenilen zamanda atanmıştır. Buna göre satıcının evi satma yükümlülüğü, koşul gerçekleştiğinde koşulsuz olarak hüküm ve sonuç doğurmuştur. Koşulun gerçekleşmesinden önce ise sadece, koşula bağlı bir yükümlülük vardır.²³⁴

DCFR (Art. III. – 1:106), PECL'den farklı ve fazla olarak, koşulun tahakkuku ile, yalnızca yükümlülüğün değil, koşula bağlanmış sözleşmenin veya hukuki işlemin hüküm doğuracağını düzenlemiştir. Madde şerhinde ise PECL'deki açıklamalar aynen tekrar edilmiştir.²³⁵

UNIDROIT prensiplerinde ilgili madde (PICC Art. 5.3.2) hükmünün tercümesi şu şekildedir: “*Taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, geciktirici koşulun gerçekleşmesiyle, koşula bağlanmış sözleşme ve sözleşmesel yükümlülük hüküm doğurur*”. Tercümesi aktarılan hükmün şerhinde koşulun gerçekleşmesiyle, hüküm ve sonuçların ileriye etkili olarak doğacağı, geçmişe etkili olmayacağı (*no retroactive effect*), fakat taraflarca aksinin kararlaştırılabileceği ifade edilmiştir.²³⁶

OR-2020 Art. 210'da hukuki işlemin hüküm doğurma veya sona erme zamanının koşulun gerçekleştiği an olduğu ifade edilmiş, böylece mevcut dü-

²³³ von BAR/ZIMMERMANN, S. 825; LEHMANN/GOHLING, p. 790 in: European Contract Law and German Law.

²³⁴ von BAR/ZIMMERMANN, S. 826.

²³⁵ Von BAR/CLIVE, S. 718; LEHMANN/GOHLING, p. 791 in: European Contract Law and German Law.

²³⁶ Comment to Art. 5.3.(2) UNIDROIT Principles 2010.

zenlemeden farklı olarak (OR Art. 151/II, 154/II) geciktirici ve bozucu koşulun sonuçları tek bir maddede (OR-2020, Art. 2010) düzenlenerek, koşulun ileriye etkili sonuç doğuracağı ifade edilmiştir.

(2) Bozucu Koşul

Bozucu koşulun gerçekleşmesi durumunda, borç ilişkisi ve borç ilişkisinden doğan hak ve yükümlülükler kural olarak ileriye etkili olarak sona erer.²³⁷ Bozucu koşula bağlı işlemlerde koşulun gerçekleşmesi ile birlikte hukuki işlemin yapılmasından önceki hukuki durum tekrar ortaya çıkar.²³⁸ Kanun açık

²³⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 526; KILIÇOĞLU, s. 980, konuya ilişkin yayımlanmamış bir Yargıtay kararı aktarmaktadır. Karara konu olayda film yapım şirketi ile TRT bir yarışma programının hazırlanması konusunda anlaşmışlar fakat, programın yayımlanmasına ilişkin sözleşmede, programın yapımına devam edilmesi, ilk üç programın Eğitim ve Kültür Programları Öneri Değerlendirme Komisyonu tarafından incelenip beğenilmesine bağlanmıştır. Programın ilgili komisyon tarafından beğenilmemesi halinde ise TRT'ye sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetme yetkisi verilmiştir. Yapımcı firmanın teslim ettiği bölümler yayımlanmaması ve beş bölümün bedelinin ödenememesi üzerine, yapımcı firma mahkemeye başvurmuş, fakat mahkeme sözleşmede kararlaştırılan tek taraflı fesih hakkına istinaden, taleplerin haksız olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay ise, olayda bozucu koşula bağlanmış bir sözleşme olduğunu, bozucu koşulun gerçekleşmesi halinde, sonuçların ileriye etkili biçimde doğduğunu, olayda komisyonun beğenmesi bozucu koşuluna bağlanmış bir sözleşme olduğunu, komisyonun beğenmemesi halinde sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdiğini fakat o tarihe kadar tarafların hak ve yükümlülüklerinin doğduğunu belirterek söz konusu kararı bozmuştur. 11. HD. 12.12. 2012, E. 2011/14176, K. 2012/20595. Bizce Yargıtay'ın koşulun niteliğine ilişkin değerlendirmesi isabetsizdir. Olayda sözleşme kurulmuş fakat hüküm ve sonuçlarını doğurması, yarışma programının bahsi geçen komisyon tarafından beğenilmesine bağlanmıştır. Taraflardan birisinin, sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebileceğine ilişkin ibarenin lafzına değil, tarafların amaçlarına, ilgili ibareyle neyi amaçladıklarına yoğunlaşmak gerekmektedir. Sözleşmenin devamı değil hüküm ve sonuçlarını doğurması yani yapıma devam edilmesi yükümlülüğünün doğuşu, programın komisyon tarafından incelenip beğenilmesine bağlanmıştır. TRT'nin beğenme gerçekleşinceye kadar sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmasını istemediği söylenebilir. Olaydaki fesih kaydı iradi şart olarak anlaşılmalıdır. Kararda atıfta bulunulan sözleşmenin 48. maddesindeki ifade dikkate alındığında, olayda beğenme koşuluna bağlanmış bir eser sözleşmesi olduğu söylenebilir. Sorun TBK m. 249-252'de düzenlenen beğenme şartıyla satış hükümlerine kıyasen çözümlenebilir. Bilindiği üzere beğenme yoluyla *satış iradi geciktirici koşula bağlı* bir satıştır (KOLLER, S. 1276, PN. 23; WESTERMANN, BGB § 158 PN. 17, in: MüKo BGB.EREN, Özel Hükümler, s. 228). Buna göre alıcı teslim edilen şeyi kabul edebileceği gibi, geri de verebilir. Bu anlamda iradi geciktirici şart, alıcının satılan şeyi açık veya örtülü olarak beğenmesinden ibarettir. Olayda yapımcı firmanın teslim ettiği bölümler TRT tarafından yayımlanmaması irade faaliyeti şeklinde, örtülü bir irade açıklaması söz konusudur. Sonuç olarak olayda bozucu koşula bağlı bir sözleşme değil, iradi geciktirici koşula bağlı bir eser sözleşmesi vardır.

²³⁸ Bozucu koşulun gerçekleşmesinin tasarrufi işlemlere etkisi ise tartışmalıdır. Hâkim sayılabilecek görüşe göre örneğin ibra edilen borçlunun borcu tekrar canlanacak veya alacağın devrinde alacağın devri hükümsüz hale gelerek alacak tekrar eski sahibine dönecektir. Diğer bir deyişle hâkim görüş bozucu şartın gerçekleşmesinin aynı sonuçlar doğuracağını savunmaktadır. SCHWENZER, PN. 12.06; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, PN. 4005;

biçimde sona ermenin geçmişe etkili olmayacağını hükme bağlamıştır.²³⁹ Bu anlamda süreklilik arz eden borç ilişkileri açısından, borç ilişkisi koşulun tahakkuku anından itibaren sona erecekken, ani edimli borç ilişkileri açısından, bozucu koşulun etkisi geçmişe etkili bir biçimde ortaya çıkabilecektir.²⁴⁰ Örneğin yapılan bir hizmet sözleşmesinde bozucu koşulun tahakkuku, hizmet sözleşmesini o andan itibaren sona erdirecek, dolayısıyla hizmet sözleşmesinden ötürü yapılan ifaların iadesi söz konusu olmayacak iken, satış sözleşmesinde bozucu koşul vuku bulduğu takdirde, satış sözleşmesi kapsamında ifa edilen bedelin geri ödenmesi ve malın iadesi söz konusu olacaktır.²⁴¹ Bozucu koşulun gerçekleşmesi sebebiyle sona eren borç ilişkisinde, bilhassa ani edimli borç ilişkileri açısından bir iade yükümlülüğü doğacaktır. Fakat tarafların yapmış olduğu kazandırmayı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre mi talep edeceği yoksa taraflar arasında sözleşmesel bir tasfiye ilişkisinin mi doğacağı tartışmalıdır.²⁴² Doktrinde bazı yazarlar, iade talebinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşeceğini savunurken,²⁴³ bir diğer görüş iadenin sözleşmesel tasfiye bağlamında gerçekleşmesi gerektiğini iddia etmektedir.²⁴⁴

Bozucu koşula bağlanan hukuki sonuç yeknesak metinlerde şu şekilde düzenlenmiştir. PECL'in ilgili maddesinin (Art. 16:103 (2)) tercümesi şu şekildedir. *“Bozucu koşulun gerçekleşmesiyle, [koşula bağlı] yükümlülük sona erer, meğer ki taraflarca aksi kararlaştırılmış olsun.”*

Madde şerhinde verilen örneğe göre, bir çiftçi, bir şirketle çiftliğine dört hafta boyunca kamyonla su taşınması için anlaşmıştır. Söz konusu anlaşmanın

EREN, Genel Hükümler, s. 1205; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 528. Buna azınlıkta kalan bir görüşe göre bozucu koşulun gerçekleşmesi ile mülkiyet hakkı kendiliğinden devreden geçmez. Bkz. **AYBAY**, Aydın/**HATEMİ**, Hüseyin, Eşya Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2016, s. 152; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 375.

²³⁹ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 526.

²⁴⁰ **EREN**, Genel Hükümler, s. 1205 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 526.

²⁴¹ **EREN**, Genel Hükümler, s. 1205 vd.; **EHRAT/WIDMER**, Art. 154 PN. 7, in: BSK OR I.

²⁴² **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 527, madde metninde açık biçimde sözleşmenin hükümsüzlüğünden bahsedilmediğinden hareketle, sözleşmesel tasfiyeyi savunmanın daha kolay olduğunu ifade etmektedir; **NOMER**, s. 475.

²⁴³ **KOLLER**, S. 1290, soruna geciktirici şartın gerçekleşmemesi durumunda ifa edilen edimlerin yeni dönme teorisi bağlamında iadesini kabul etmemekte ve iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşeceğini ifade etmektedir. Federal mahkemenin konuya ilişkin bir kararı için bkz. BGE 129 III 264; **FEYZİOĞLU**, s. 371.

²⁴⁴ **GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER**, PN. 4006; **EREN**, Genel Hükümler, s. 1206; **SİRMEN**, s. 182; **PULAŞLI**, s. 184.

sebebi yaşanan kuraklık olup, dört hafta içinde kuraklığın sona ermesi halinde, şirketin yükümlülüğü sona erecek ve yapılan her teslimat için ödemenin teslimattan 30 gün sonra yapılacağı kararlaştırılmıştır.²⁴⁵

Şu hâlde, kuraklığın dört hafta içinde sona ermesiyle, şirketin teslimat yükümlülüğü sona erecektir. Ancak çiftçinin yapılan teslimatlar için doğmuş ödeme yükümlülüğü bundan etkilenmeyecektir. Çiftçi yapılan teslimatlar için, teslimatın üzerinden 30 gün geçtikten sonra, kararlaştırılan bedeli ödemek zorundadır.²⁴⁶

Son olarak ilgili maddenin şerhinde taraf açısından iade yükümlülüğünün doğabileceği belirtilmiş, örneğin geciktirici koşulda satıcının Paris'e tayinin çıkmaması, bozucu koşulda ise kuraklığın sona ermesi fakat evin alıcısının ve çiftçinin bedeli önceden ödemiş olmaları halinde, iade yükümlülüğünün sebep-siz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşeceği belirtilmiştir.²⁴⁷

DCFR'in konuya ilişkin düzenlemesi PECL'deki hükümlerin ve örneklerin olduğu gibi aktarılmasından ibarettir.²⁴⁸

PICC Art. 5.3.5 hükmü şu şekildedir:

(1) Bozucu bir koşulun gerçekleşmesi üzerine, uygun uyarlamalarla, Madde 7.3.6 ve 7.3.7'de öngörülen geri vermeye ilişkin kurallar uygulanır.

(2) Taraflar, bozucu koşulun geriye etkili olarak hüküm doğuracağını kararlaştırmışlarsa, uygun uyarlamalarla, Madde 3.2.15'de öngörülen geri vermeye ilişkin kurallar uygulanır.

Maddede sözleşmenin sona ermesine ilişkin hükümlere atıfta bulunulmuştur.²⁴⁹

OR-2020 Art. 210, daha önce ifade edildiği üzere, koşulun gerçekleşmesiyle sözleşmenin ileriye etkili olarak sonuçlarını doğuracağını düzenlemiştir.

²⁴⁵ von BAR/ZIMMERMANN, S. 826.

²⁴⁶ von BAR/ZIMMERMANN, S. 826.

²⁴⁷ von BAR/ZIMMERMANN, S. 826.

²⁴⁸ von BAR/CLIVE, S. 720-721.

²⁴⁹ FAUVARQUE-COSSON, p. 543.

Fakat, mevcut düzenlemede bozucu koşulun gerçekleşmesi halinde, ifa edilmiş edimin iadesi konusunda bir düzenleme bulunmamasına karşın, Taslak'ta ilgili maddenin ikinci fıkrası buna tahsis edilmiştir. Söz konusu fıkraya göre, bozucu şartın gerçekleşmesi halinde yerine getirilen edimlerin iadesi, taraflar arasında yükümlülüklerin ters yüz edildiği bir tasfiye ilişkisi öngören OR-2020 Art. 79 vd. hükümlerine göre gerçekleşecektir.

bb. Koşulun Gerçekleşmemesi ya da Gerçekleşmeyeceğinin Kesinleşmesi (İmkansızlaşması) ve Koşulun Gerçekleşmiş Sayılması

Öncelikle ele alınması gereken husus koşulun gerçekleşmemesi ya da gerçekleşmeyeceğinin kesinleşmesi durumuna ne tip bir sonuç bağlandıdır. Geciktirici koşula bağlı işlem açısından koşulun gerçekleşmemesi ile birlikte hukuki işlem sonuçlarını doğurma şansını yitirmekte, askı süresi hukuki işlem veya hukuki işlemle arzulan ve beklenen hak aleyhine sonuçlanmakta ve tarafların hukuki işlem ile bağlılığı sona ermektedir.²⁵⁰ Bozucu koşula bağlı işlemde ise, sözleşme geciktirici koşulun aksine, baştan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuran işlem kesinleşmekte ve söz konusu hüküm ve sonuçlar kesinlik (katiyet) kazanmaktadır.²⁵¹

Bu anlamda değinilmesi gereken bir diğer husus, koşulun gerçekleşmesi aleyhine olan tarafın, dürüstlük kurallarına aykırı biçimde koşulun tahakkukuna mâni olması durumunda, buna bağlanan hukuki sonucun ne olacağıdır. Söz konusu sorun kanunda açık bir düzenlemeye bağlanmış ve TBK m. 175'te koşulun gerçekleşmiş sayılacağı kabul edilmiştir.²⁵² Yalnız taraflardan birisinin bir

²⁵⁰ SCHWENZER, PN. 13:07; HONSELL, OR Art. 153 PN. 4 in: KuKo OR.

²⁵¹ SCHWENZER, PN. 13:07; EREN, Genel Hükümler, s. 1207 vd.; FEYZİOĞLU, s. 272.

²⁵² GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, PN. 4015 ff., BGE 109 II 20 E. 2a; BGE 117 II 273 E. 5c; MANSEL, Heinz-Peter, BGB § 162 PN. 5 in: JAUERNIG; Konuya ilişkin örnekler için bkz. TUNÇOMAĞ, s. 607; Yargıtay kararına (14. HD. E. 2014/14970K. 2015/9886 T. 5.11.2015, KHO) konu bir olayda, borçlu (davalı) "...taşımazın ferağını kat mülkiyetinin teminini müteakip en geç 6 ay içinde vereceğim..." şeklinde beyanda bulunmuştur. Olaydan anlaşıldığı kadarıyla, borçlu mülkiyetin karşı taraf geçirilmesini kat mülkiyetinin sağlanması geciktirici koşuluna bağlamıştır. Yargıtay konuya ilişkin kararında "...davalıların kötü niyetleriyle şartın tahakkukuna sebebiyet verip vermediklerinin araştırılması, taşınmazda kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmasının mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi" gerektiğini ifade etmiştir. Yine karardan anlaşıldığı kadarıyla "...Belediye Başkanlığından gelen cevabı yazıda dava konusu binanın gerekli onaylar alındığı takdirde ruhsata bağlanabileceği, bilirkişi raporlarında ise binanın tadilat projesi düzenlenip onaylandığı takdirde kat irtifakının kurulabileceği belirtilmiştir." Aktarılan olayda borçlunun kat mülkiyetinin temini için gerekli koşulları sağlamaktan sürekli biçimde makul bir sebep ol-

hakkını kullanması koşulun tahakkukuna mâni oluyorsa, salt hakkın kullanılması bu kapsamda değerlendirilmeyecektir,²⁵³ meğer ki söz konusu hakkın kullanımını daha önce ifade edilen durum kapsamında dürüstlük kuralına bir aykırılık teşkil etsin.

PECL, konuyu Art. 16:102’de koşula müdahale başlığıyla ele almıştır.²⁵⁴ İlgili maddenin tercümesi şu şekildedir:

(1) “Taraflardan birisi koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına ve doğru bir ticari muamelenin gereklerine ya da birlikte hareket etme (dayanışma) emrine aykırı hareket ederek, tahakkuku kendi aleyhine olan koşulun gerçekleşmesini engellerse, koşul gerçekleşmiş kabul edilir.

(2) Taraflardan birisi koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına ve doğru bir ticari muamelenin gereklerine ya da birlikte hareket etme (dayanışma) emrine aykırı hareket ederek, tahakkuku kendi lehine olan şartın gerçekleşmesini sağlarsa, şart gerçekleşmemiş kabul edilir.”

Maddenin şerhinde taraflardan birisinin dürüstlük kuralına aykırı davranışına şu örnek verilmektedir. V ve K bir atın satışı hususunda anlaşılır. K, atı D’ye satmayı düşünmektedir. Bununla birlikte K’nin yükümlülüğünün devamı, atın belli bir tarihe kadar D tarafından satın alınması bozucu koşuluna bağlanmıştır. Diğer bir deyişle K’nin yükümlülüğü doğmuştur, fakat belli bir tarihe kadar at D tarafından satın alınmazsa, K’nin yükümlülüğü sona erecektir. Ancak K, V’den satın aldığı atı D’ye satmak için bir gayret ve teşebbüste bulunmaksızın, başka bir satıcıdan bir at satın almış ve D’ye bu atı satmıştır.²⁵⁵

Söz konusu kural olaya tatbik edildiğinde şöyle bir sonuca varılacaktır. Buna göre şayet K, dürüstlük kurallarına aykırı bir biçimde atı D’ye satmak için bir gayrette ve teşebbüste bulunmamışsa, K’nin atın D tarafından satın alınma-

maksızın kaçınması bu koşulları yerine getirmek için gerekli gayreti göstermemesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecek ve koşul gerçekleşmiş sayılabilecektir.

²⁵³ EREN, Genel Hükümler, s. 1207 vd.

²⁵⁴ LEHMANN/GOHLING, pp. 787-788, in: European Contract Law and German Law.

²⁵⁵ von BAR/ZIMMERMANN, S. 823.

dığını belirterek, atı teslim alma ve bedelini ödeme yükümlülüğünün sona erdiğini ileri sürmek hakkı yoktur.²⁵⁶

DCFR’de aynı hüküm olduğu gibi benimsenmiş ve aynı örnekler tekrar edilmiştir.²⁵⁷ UNIDROIT prensiplerinde de söz konusu çözüm olduğu gibi benimsenmiş ve PICC Art. 5.3.3’te koşullara müdahale edilmesi halinde, PECL’de benimsenen çözüm küçük ifade farklılıklarıyla olduğu gibi benimsenmiştir.

V. SONUÇ

Koşul kavramı tarihsel olarak Roma hukukuna uzanan oldukça köklü bir geçmişe sahiptir. Söz konusu kurum hukuk yaşamının bir ihtiyacı olarak ortaya çıkmıştır. Bu anlamda yalnızca dogmatik bir öneme sahip olmayıp, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği taraflara geleceğe dair bazı durumları dikkate alarak borç ilişkilerini düzenleme imkânı vermektedir. Akdi bir yan kaydın koşul vasfı kazanabilmesi için aranan en temel iki unsur, şart koşulan olgunun geleceğe dair olması ve bu olgunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin şüpheli/belirsiz olmasıdır. Buradaki çalışmada belirsizlik unsuruna ilişkin şu sonuca ulaşılmıştır.

Koşula ilişkin gelecekte vuku bulacak hadiseye dair bilgisizliğin objektif bilgisizlik mi yoksa sübjektif bir bilgisizlik olarak mı değerlendirileceği, bilen kişilerin sayısı ile alakalı olmayıp, “bilmenin” imkanına ilişkindir. Açmak gerekirse sadece taraflarca bilinmeyen durumların koşul olarak nitelendirilmemesinin sebebi bu bilginin işlemin yapıldığı tarihte **objektif olarak mevcut olmasıdır**. Yoksa salt başkalarınca biliniyor oluşu değil. Başkalarınca biliniyor oluşu bu bilginin varlığı için gerekli olmamakla birlikte bilginin varlığı konusunda bir emare teşkil eder. Diğer bir ifadeyle koşul olarak öngörülen duruma ilişkin **bilme imkânı mevcut olduğu sürece** taraflarla birlikte sözleşmeye hiçbir ilgisi/menfaati olmayan üçüncü kişilerin de büyük ölçüde ilgisizliğe bağlı tesadüfi bilgisizliği söz konusu durumu teknik anlamda koşul olarak değerlendirmek için yeterli olmayacaktır. Esasen bu tip bir kaydın koşul olarak değerlendirilmesinde aranan ‘gelecekte gerçekleşme’ koşulunun anlamı, duruma ilişkin bilginin o anda var olmaması, bu bilgiyi elde etmenin gerek hukuki işlemin tarafları için

²⁵⁶ von BAR/ZIMMERMANN, S. 823.

²⁵⁷ von BAR/CLIVE, S. 720-721; LEHMANN/GOHLING, p. 788, in: European Contract Law and German Law.

gerekse üçüncü kişiler için mümkün olmaması, diğer bir ifadeyle isteseler dahi mevcut olmayan bir bilginin bilinemeyecek, elde edilemeyecek olmasıdır. Koşul müessesesinin *ratio legis* bu olup, bilgisi objektif olarak mevcut olmayan bir durumun hukuki işlem üzerindeki etkisi kontrol altına alınmaya çalışılmaktadır.

Farklı açılardan tasnif edilen koşul müessesesi açısından Roma hukukunda, Türk- İsviçre hukukunda ve Avrupa sözleşme hukukunda öne çıkan ayırım geciktirici şart bozucu şart ayırımı olup, her iki koşul tipi henüz koşulun gerçekleşmediği safha olan belirsizlik safhası ile koşulun gerçekleştiği safha olan sona erme safhasında farklı hukuki etkiler doğurmaktadır. Yalnız Roma hukukunda bozucu koşulun var olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bununla birlikte her iki koşul tipinin hukuki etkileri bakımından Türk-İsviçre hukukundaki ve Avrupa sözleşme hukukundaki düzenlemeler büyük ölçüde Roma hukukundaki yaklaşımla benzeşmektedir. Sonuç itibarıyla Roma hukuku ile Türk-İsviçre hukukundaki ve Avrupa sözleşme hukukundaki düzenlemeler arasında radikal bir fark olduğu söylenemez.

Sözleşme özgürlüğünü gerçekleştirmenin en önemli araçlarından birisi kabul edilen, koşul müessesesi, tarihsel süreç içerisinde pratik ihtiyaçların doğurduğu önemli bir hukuki kurum olarak Türk-İsviçre hukukunda ve Avrupa sözleşme hukukundaki önemini korumaktadır.

KISALTMALAR CETVELİ

§	: Vorschrift
Abs.	: Absatz
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
Alt	: frühere Fassung des betreffenden Gesetzes
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
b.	: bent
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidedes Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	: Bundesgericht
Bkz.	: Bakımız
Dn.	: Dipnot
eBK	: Eski Borçlar Kanunu
eMK	: Eski Medeni Kanun
E.	: Esas
f.	: fikra
f.	: und folgende (Almanca metinlerde)
ff.	: fortfolgende
Fn.	: Fussnote(n)

FS	: Festschrift
HK	: Handkommentar
HD.	: Hukuk Dairesi
Hrsg.	: Herausgeber
K.	: Karar
KHO	: Kazancı Hukuk Otomasyonu
Krş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
OR	: BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, fünfter Teil: Obligationenrecht
PN.	: Paragraphnummer/Paragraf Numarası
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
S.	: Seite (Almanca Metinlerde)
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Y.	: Yargıtay
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	: Ziffer

KAYNAKÇA

- AKINCI**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, 10. Baskı, Konya, 2017.
- AKINCI**, Şahin, Roma Hukuku Dersleri, 11. Baskı, Konya, 2017.
- AKINTÜRK**, Turgut, Şart ve Mükellefiyet Kavramları Üzerine Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1970, C. 27, S. 3-4, s. 219-247.
- AMTONIOLLI**, Luisa/**VENEZIANO**, Anna, (Ed.) Principles of European Contract Law and Italian Law, The Hague, 2005.
- ARAL**, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara, 2010 (ARAL, s.).
- ARAL**, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara, 2018 (ARAL/**AYRANCI**, s.).
- AYBAY**, Aydın/**HATEMİ**, Hüseyin, Eşya Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2016.
- B. SCHWARZ**, Andreas, Borçlar Hukuku Dersleri, 1. Cilt, (Çeviren Bülent Davran) İstanbul, 1948.
- BASLER KOMMENTAR Obligationenrecht I**, Art. 1-529 OR Hrsg. **HONSELL**, Heinrich/ **VOGT**, Nedim Peter /**WIEGAND**, Wolfgang, Basel, 2015.
- BeckOK BGB**, (Hrsg.) **BAMBERGER**, Georg /**ROTH**, Herbert /**HAU**, Wolfgang /**POSECK**, Roman 49. EDITION, STAND: 01.02.2019
- BERGER**, Bernhard, Allgemeines Schuldrecht, Bern, 2012.
- BERKİ**, Şakir, Roma Hukuku, Ankara, 1949.
- BUSCH**, Danny/**HONDIUS**, Ewoud, (Ed.) et.al., Principles of European Contract Law and Dutch Law (Part III). A Commentary II (Ed.), The Hague, 2006.

- BUSCH**, Danny/**HONDIUS**, Ewoud, (Ed.) et.al., The Principles of European Contract Law and Dutch Law, A Commentary. Nijmegen: Ars Aequi, 2002.
- CAN**, Hacı, Avrupa Birliği Sözleşme Hukuku, Ankara, 2015.
- CANSEL**, Erol/**ÖZEL**, Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt- 1, Ankara, 2014.
- CUMALIOĞLU**, Emre, TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilir İhlal, İstanbul, 2019.
- DAYINLARLI**, Kemal, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, Ankara, 2005.
- DI MARZO**, Salvatore, Istituzioni di Diritto/Roma Hukuku, (Çev. Dr. Ziya UMUR) İstanbul, 1954.
- DIETER**, Medicus/**LORENZ**, Stephan, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, München, 2010.
- DOĞAN**, Murat/**ŞAHAN**, Gökhan/**ATAMULU**, İsmail, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, Ankara, 2019.
- ERDOĞMUŞ**, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 2018.
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2018 (EREN, Genel Hükümler).
- EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Ankara, 2017 (EREN, Özel Hükümler).
- FAUVARQUE-COSSON**, Bénédicte, The New Provisions on Conditions in the UNIDROIT Principles 2010, Uniform Law Review, Volume 16, Issue 3, August 2011, Pages 537–548.
- FLUME**, Die Aufhebungsabreden beim Kauf - lex Commissoria, in diem addictio und sogenanntes pactum displicentiae - und die Bedingung nach der Lehre der römischen Klassiker in: Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, Hrsg. Dieter Medicus, München, 1976.

- FURRER**, Andreas/**MÜLLER-CHEN**, Markus, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich, 2018.
- GAUCH**, Peter/**SCHLUEP**, WALTER R./**SCHMID**, Jörg/**EMMENEGGER**, Susan, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I-II, Zürich, 2008.
- GÖNENSAY**, A., Borçlar Hukuku Birinci Cilt, İstanbul, 1948.
- GÜRSOY**, Kemal Tahir, Ölümüne Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler, Kısım II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI, S. 1-2, Ankara, 1954, s. 371-477.
- HANDKOMMENTAR zum schweizerischen Privatrecht**, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Hrsg. FURRER, Andreas/K. SCHNYDER, Anton, Zürich, 2012
- HAUSMANINGER**, Herbert/**SELB**, Walter, Römisches Privatrecht, Wien, 1997.
- HEIDERHOFF**, Bettina, Europäisches Vertragsrecht, 4. Auflage, Heidelberg, 2016.
- HONİG**, Richard, Roma Hukuku (Ter. Dr. Şemseddin TALİP), İstanbul, 1938.
- HONSELL**, Heinrich/**MAYER-MALY**, Theo/**SELB**, Walter, Römisches Recht, Heidelberg, 1987.
- HOROZOĞLU**, Orçun, Koşula Bağlı Sözleşmeler Hakkında Uygulamadaki Güncel Sorunlar, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan (Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları C. III) Ed. BELEN, Herdem /ALTAY, İsmail, İstanbul, 2014, s. 84-97.
- İNAL**, Emrehan, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan (Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları C. III), Ed. BELEN, Herdem/Altay, İsmail, İstanbul 2012, s.77-83.
- İNAN**, Ali Naim/**YÜCEL**, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014.

- J. VON STAUDİNGERS KOMMENTAR** zum Bürgerlichen Gesetzbuch:
Staudinger BGB- Buch 2: Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 139-163
(Allgemeiner Teil 4b), 2015.
- JAUERNIG**, Othmar, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar BGB 17. Auflage,
München, 2018.
- JÖRS**, Paul/**KUNKEL**, Wolfgang, Römisches Privatrecht, Berlin, 1935.
- KARADENİZ-ÇELEBİCAN**, Özcan, Roma Hukuku, Tarihi, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması, Ankara, 2014.
- KASER**, Max/**KNÜTEL**, Rolf, Römisches Privatrecht, München, 2005.
- KASER**, Max. Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das altrömische, Das vorklassische und klassische Recht, München, 1955.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015.
- KOLLER**, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil OR
AT Handbuch des allgemeinen Schuldrechts, Bern, 2009.
- KOSCHAKER**, Paul/**AYİTER**, Kudret, Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak,
Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1971.
- KÖTZ**, Hein, Europäisches Vertragsrecht, 2. Auflage, Tübingen, 2015.
- KRAMER**, Ernst A./**PROBST**, Thomas, Grundkurs Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Basel, 2013
- KRELLER**, Hans, Römisches Recht II: Grundlehren des gemeinen Rechts.
Romanistische Einführung in das geltende Privatrecht, Wien, 1950.
- KURZKOMMENTAR-OR**, Hrsg. **HONSELL**, Heinrich, Zürich, 2014.
- LARENZ**, Karl/**WOLF**, Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
München, 1997.

- LAUKO**, Robert, Art. 152 Abs. 3 OR und die aufschiebend bedingte Abtretung, Zugleich ein Beitrag zu Begriff und Wirkungsweise von Verfügungen, Zürich, 2012.
- LEHMANN**, Matthias / **LEIBLE**, Stefan, (Ed.), European Contract Law and German Law, The Hague, 2013.
- LOOSCHELDERS**, Dirk, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, Köln, 2009.
- MATT**, Isabel, Der bedingte Vertrag im schweizerischen und liechtensteinischen Privatrecht, Zürich, 2014.
- MAYER-MALY**, Theo, Römisches Privatrecht, Wien, 1991.
- MEDICUS**, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg, 2006.
- MOUSOURAKIS**, George, Fundamentals of Roman Private Law, Heidelberg, 2012.
- MÜNCHENER KOMMENTAR zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240**, ProstG, 8. Auflage, München, 2008,
- NOMER**, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2015.
- OĞUZ**, Arzu, Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 49, S. 1-4, 2000, s. 31-65.
- OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul, 2018.
- OR-2020**, Schweizer Obligationenrecht, 2020 Entwurf für einen neuen Allgemeiner Teil, HUGUENIN, Claire/RETO, M. Hilty, (Hrsg.), Genf, 2013.
- ÖZKAN**, Zehra, Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 66, S.1, 2017, s. 157- 200.
- ÖZSUNAY**, Ergun, Borçlar Hukuku Dersleri I, İstanbul, 1976.
- PALANDT**, Bürgerliches Gesetzbuch, München, 2008.

PETER, Hansjörg, Das bedingte Geschäft: Seine Pendenz im römischen und im schweizerischen Privatrecht. Mit Bemerkungen zum genehmigungsbedürftigen Geschäft im römischen Recht, Zurich, 1994.

PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR) Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law Edited by von BAR, Christian, CLIVE, Eric, et. al

PULAŞLI, Hasan, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 1989.

RABEL, Ernst, Grundzüge des römischen Privatrechts, Basel, 1955.

RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul, 1969.

RIEDO, Christof, Zum Begriff der Bedingung oder Über die Gewissheit der Juristen, in: Festschrift für Franz (Hrsg.) Riklin Marcel Alexander Niggli, José Hurtado Pozo, Nicolas Queloz 2007.

RIESENHUBER, Karl, Europäisches Vertragsrecht, Berlin, 2003.

SCHLECHTRIEM, Peter/**SCHMIDT-KESSEL**, Martin, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Tübingen, 2005.

SCHWENZER, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern, 2009.

SİRMEN, Lale, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992.

SOHM, Rudolph, Institutionen: Geschichte und System des römischen Privatrechts, (bearbeitet von LUDWIG, Mitteis), Berlin, 1949.

STAEHELIN, Daniel, **Bedingte Verfügungen, Zürich, 1993.**

TAHİROĞLU, Bülent/**ERDOĞMUŞ**, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul, 2016.

TAHİROĞLU, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, 2016.

- TEKİNAY**, Selahattin Sulhi/**AKMAN**, Sermet/**BURCUOĞLU**, Haluk/**ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.
- TERCIER**, Pierre/**PICHONNAZ**, Pascal/**DEVELİOĞLU**, Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2016.
- TUNÇOMAĞ**, Kenan, Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, İstanbul, 1972.
- UMUR**, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1999.
- VARDAR HAMAMCIOĞLU**, Gülşah. Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık Kavramı, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, S.: 169, Eylül 2018, s. 203-256.
- Von BAR**, CHRISTIAN /**ZIMMERMANN**, Reinhard, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts Teil III, Kommission für Europäisches Vertragsrecht, Deutsche Ausgabe, München, 2005.
- VON CZYHLARZ**, Karl Ritter, **NICOLO**, Marian San, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, Wien, 1933.
- VON TUHR**, Andreas, Borçlar Hukuku, 1-2, (Çev. EDEGE), Ankara, 1983.
- WEISS**, Egon, Institutionen des römischen Privatrechts: als Einführung in die Privatrechtsordnung der Gegenwart, Basel, 1949.
- YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2014.
- YILDIRIM**, Abdulkerim, Türk Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şart ve Mükellefiyetler, Ankara, 2004.
- ZIMMERMANN**, Reinhard „Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter ... “– *Conditio tacita*, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts, AcP 193 (1993), 124.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.bgbl.de/>

<https://beck-online.beck.de/Home>

<https://www.swisslex.ch/>

<https://www.jurix.com.tr>

<https://www.springer.com>

<http://or2020.ch/>

<https://www.unidroit.org/>

<http://dergiler.ankara.edu.tr/>

<https://academic.oup.com/ulr>

<http://www.dayinlarli.gen.tr/>

Kamu Hukuku/ Public Law

AIHM KARARLARINDA İFADE VE MEDYA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI KRİTERLERİ

*Criteria for Limitation of Expression and Media Freedom
in The Echr Decisions*

Doç. Dr. Cengiz GÜL*

ÖZET

Bir çoğulculuk ve şeffaflık rejimi olan demokrasilerde, tüm hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, ifade özgürlüğünün ve onun spesifik bir görünümü olan medya özgürlüğünün de sınırlanması gereği, hukuk düzenlerinde ilke olarak benimsenmektedir. Rejimin çoğulculuk ve şeffaflık yönlerinin korunması şartıyla, zorunlu ve istisnai durumlarda ifade ve medya özgürlüğünün sınırlanabileceği olgusu, bütün demokratik hukuk devletlerince genel kabul gören bir yaklaşımdır. Medya, diğer bir ifadeyle basın, tüm toplumlarda çok büyük bir rolü ve etkisi vardır. Günümüzde medyaya, onun geleneksel formlarının yanında, internetin yaygınlaşmasıyla birçok yeni bilgi ve iletişim biçimi de eklenmiştir. Bu durum toplum için yeni faydalar oluşturmakla birlikte, bazı problemleri de beraberinde getirmiştir. İnsan hakları hukuku doktrin ve uygulamasında, hakların pek çoğunun sınırsız olmadığı kabul edilmektedir. İfade özgürlüğü ve

* Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, ORCID ID: 0000-0002-6189-6993

Makale Geliş Tarihi: 19.02.2019

Makale Kabul Tarihi: 26.03.2019

medya özgürlüğü hakları da bu haklar arasındadır. Diğer bir deyişle ifade ve medya özgürlüklerinin mutlak (sınırsız) bir hak olmadığı ve her çağdaş demokrasinin, bu özgürlükler hakkında bir takım sınırlama sistemleri geliştirmiş olduğu da küresel düzeyde genel kabul görmektedir. İfade ve medya özgürlüğü kadar, bu özgürlüklerin sınırlandırma esasları da, bir toplumun demokratik nitelikte olup olmadığını belirleyen en önemli faktörlerden birisidir.

İfade ve medya özgürlüğü haklarına getirilen sınırlamalar arasında, savaş için propaganda yapılması, etnik ve dini nefretlere yol açılması, ırk ayrımcılığı ve düşmanlığının veya şiddetin teşvik edilmesi gibi her türlü propaganda yasağının öngörülmesi öne çıkmaktadır. İfade ve medya özgürlükleri, bir kişiye karşı nefret söylemi ile şiddet ve müstehcen söylem boyutlarına varmadığı sürece, her türlü görüş, kanaat ve kurumların açıkça acımasız ve mantıksızca tartışılıp eleştirilmesinin mümkün olabileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla, ifade ve medya özgürlükleri, uygulamada her zaman sınırlamaları da içinde barındırmaktadır. Ancak bu sınırlamalar, hukuk devleti ilkelerine uygun olmalıdır. Bu noktadaki sınırlamaların, diğer insanların ve toplumun ortak çıkarlarını korumak için kanunla öngörülebilir olması da gereklidir.

Anahtar Kelimeler: İfade Özgürlüğü, Medya Özgürlüğü, Sınırlamalar, Ulusal Güvenlik, Kamu Düzeni, Toplum Sağlığı.

ABSTRACT

In democracies which is a regime of pluralism and transparency, as in all rights and freedoms, the necessity of limiting freedom of expression and freedom of media, which is its specific appearance, is adopted as a principle in the legal order. Provided that the pluralism and transparency of the regime is preserved, the fact that freedom of expression and media may be restricted in the compulsory and exceptional circumstances is a generally accepted approach by all democratic law states. The media, in other words the press has a very great role and influence in all societies, The present times, the media has also been added a lot of new forms of information and communications, with the spread of the Internet besides its classical forms. This has further created the new benefits to society, but it has also brought along no small challenges. In the human rights law doctrine and implementation is accepted that, most of rights aren't unlimited. The rights to freedom of expression and freedom of the media are found among these rights. In other words, it is also globally recognised that it is not an absolute right, and every democracy has developed some system of

limitations on freedoms of expression and media. As freedoms of expression and media, these freedoms's limitation principles also are one of the most important factors determining whether a society is democratic or not.

Among the limitations to the rights to freedom of expression and of the media are also stands out the ban on all the forms of propaganda for war, causing racial and religious hatred or incite the racial discrimination, hostility or violence. The freedoms of expression and media implies that it should be possible to scrutinize, openly debate, and criticize, even harshly and unreasonably, every faith, opinions and institutions, as long as this does not amount to hate speech, violence and obscene speeches against an individual. So, practicing the rights to freedom of expression and of the media always has the limitations. But this limitations should observe the principles by the rule of law. At this point limitations must be predictable for the right of other people as well as in the common interests of society and should be stipulated by law.

Keywords: Freedom of Expression, Freedom of The Media, Limitations, National Security, Public Order, Health of Society.

1. GİRİŞ

İfade özgürlüğünün varlığı ve de korunmasının asıl önemli yanı, toplumu ve diğer bireyleri rahatsız edecek düşünce açıklamalarında kendini göstermektedir. Şöyle ki, aslında olması gereken, bir düşünce ve yaklaşımın bir devletin mevcut düzeni ile ters düşmesi durumunda bile, farklı siyasal tercihlerin demokratik ilke ve değerlere zarar vermemek şartıyla, yani *cebir, şiddet söylem ve eylemi içerisinde bir tavır sergilememek suretiyle*, siyasal düzlemde kendini ifade edebilmesidir. Yoksa bu, sistemle çatışan görüşlerin illegal yollara ve şiddete sapması ihtimaline kapı aralanması anlamına gelir. Bu türden düşünce ve söylem biçimlerinin korunması, *demokratik toplum düzeninin gereklerinden olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik* ilke ve değerleri açısından da temel bir ihtiyaçtır.

Bir açıklık ve şeffaflık rejimi olan demokrasilerde, tüm hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, ifade özgürlüğünün ve onun spesifik bir görünümü olan medya özgürlüğünün de sınırlanması gereği, hukuk düzenlerinde ilke olarak benimsenmektedir.¹ Rejimin açıklık yönünün korunması şartıyla, zorunlu ve

¹ İbrahim ŞAHBAZ, **Karşılaştırmalı Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 56.

istisnai durumlarda ifade ve medya özgürlüğünün sınırlanabileceği olgusu, bütün hukuk devletlerince kabul gören bir yaklaşımdır.

2. İfade Özgürlüğünün Anlamı ve Niteliği

Demokratik bir yönetim modelinin ön şartı olan ifade özgürlüğü, yeni ve daha iyi görüş ve yaklaşımların ortaya çıkmasının temelini oluşturmaktadır. “*Müdavele-i efkardan barika-i hakikat tevelliüd eder*” meşhur deyişle de anlatıldığı gibi, hakikat ve gerçeğe ulaşmanın, fikirlerin alınıp verilmesinden ve farklı görüş ve düşüncelerin çatışmasıyla mümkün olacağına dikkat çekilmektedir. Öncelikle gerçeği araştırma, bulma ve yayma haklarının pratiğe geçirilmesi anlamında ifade özgürlüğü, daha da önemlisi kamusal tartışmayı ve muhalefet etmeyi sağlayıcı özellikleriyle imtiyazlı noktada bulunmaktadır.² Tezlerin anti-tezlerle çatışması sonrasında senteze varılabileceğini ve her bir sentezin de aslında bir tez olduğu gerçeğinden hareketle, kendi anti-tezine zemin hazırladığı dikkate alınır, toplumlar işte böylesine bir *fikirlerin serbest pazaryeri* ortamında gelişme ve ilerleme sağlayabilecektir. Yeni düşünce ve taleplerin dile getirilmesi, mevcut sistemin eksik ve kusurlarını ortaya çıkarmakta, yanlış uygulamaların bertaraf edilmesini sağlayarak sosyal gelişmeye katkıda bulunmaktadır. Farklı ve birbiriyle yarışan fikirlerin olduğu ve bunların serbestçe tartışıldığı bir ortamda, bireylere farklı görüşler arasında seçim yapma imkânı da sunulmuş olmaktadır. Bu şekilde düşünceleri açıklama ve yayma özgürlüğünün tanınması sayesinde, kişilerin, kendi düşüncelerinin doğru olup olmadığını anlayabilme imkânına da sahip olduğu görülmektedir.³ Bu sayede kişilerin, entelektüel ve iletişim yönüyle kendilerini geliştirmelerine ve sonuçta, farklı ve yeni fikirlerin yayılması ile de sistemin hata ve eksiklerinin görülüp düzeltilmesi imkânına zemin hazırlanmaktadır.⁴

Demokrasi olgusu ile görüş ve düşüncelerin serbestçe açıklanıp yayılması arasındaki ilişki, temel haklardan olan ifade özgürlüğüne, günümüzde çok daha farklı ve üstün bir değer kazandırmıştır.⁵ Hatta bu noktada, insanlık ve medeniyetin ilerleyip yükselebilmemesinin, bireylerin serbestçe düşünebilme ve bu düşüncelerini barışçıl biçimde açıklama ve yayma hakkına sahip olmasıyla doğ-

² Reyhan SUNAY, **Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001, s. 2.

³ Vahit BIÇAK, “*Türkiye'nin Güncel Sorunları: Demokrasi ve İnsan Hakları*”, <http://www.geocities.com/vbicak/FNF.htm>. (Erişim Tarihi: 14.08.2018).

⁴ Durmuş TEZCAN, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2006, s. 27.

⁵ Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yay., Ankara, 1995, s. 57.

ru orantılı olduğu söylenebilir.⁶ Anayasal demokrasilerin temel taşlarından olan ifade özgürlüğü, demokratik amaçların gerçekleştirilmesi, toplumun özgürce tartışması ve hukuk çerçevesinde her konuda bilgi edinebilmesinin önünün açılması noktalarından demokrasinin olmazsa olmaz bir değeridir.⁷

İfade özgürlüğü, bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçıl biçimde açığa vurulması serbestiyetini anlatan ve birçok özgürlüğün kullanımında temel araç besleyici fonksiyonu gören bir önem arz etmektedir.⁸ Şöyle ki, bu araçsallık fonksiyonu çerçevesinde mesela, siyasi görüşleri eleştirip yayma hakkı, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, dilekçe hakkı, dernek özgürlüğü, sendika hakkı, iletişim özgürlüğü, bilgi edinme hakkı, bilim ve sanat özgürlüğü (sanatsal ifade, resim yapma ve sergileme vb.) gibi hakların, ancak gerçek anlamda tanınıp güvenceye bağlanmış olan ifade özgürlüğünün bir sonucu olarak kullanılabileceğini söylemek mümkündür.⁹ Şayet ifade özgürlüğü zemininde yükselen bu türden haklar, bilim ve sanat özgürlüğü gibi açıkça AİHS kapsamında ele alınıp düzenlenmemiş ise, AİHM içtihatlarına göre bu özgürlüklerin AİHS m.10 içerisinde değerlendirilmesi gerektiğine de dikkat çekilmektedir.¹⁰ Doktrinde ifade özgürlüğünün birbirinden ayrılmaz iki yönüne dikkat çekilmiştir. Şöyle ki; bir kişi, kendi görüş ve düşüncelerini ifade etme özgürlüğünün yanı sıra, aynı zamanda her türlü bilgi ve düşünceyi arama, alma ve verme özgürlüğüne de sahip olduğu kabul edilirse, kişinin ifade özgürlüğünün haksız biçimde sınırlandırılması durumunda, başkalarının bilgi ve fikir alma özgürlüklerinin de sınırlandırılması kaçınılmaz olur. Yani ifade özgürlüğü, bir yandan kimsenin görüş ve düşüncelerinin ifade edilmesinin keyfi olarak sınırlandırılmamasını gerektirirken, diğer yandan da herhangi bir bilginin alınmasını ve başkalarınca açıklanan düşüncelere erişebilme potansiyelini ifade etmektedir.¹¹ Yani bu perspektiften bakıldığında bilgi edinme hakkının da ifade özgürlüğü kapsamında ele alınabileceği görülür. Ancak bu konuda AİHM'nin henüz olumlu bir tavır içerisinde olduğu söylenemez. Yani AİHM'nin, kamusal işler hakkında bilgi edinme

⁶ Anıl ÇEÇEN, **İnsan Hakları**, Gündoğan Yayınları, 2. Basım, Ankara, 1995, s. 204.

⁷ Mustafa ERDOĞAN, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Kitabevi, Ankara, 2007, s. 25.

⁸ İbrahim Ö. KABOĞLU, "İnsan Hakları Yıllığı", *Düşünce Özgürlüğü* (Avrupa Ölçütleri ve Türkiye), Cilt: 15, S: 46, Ankara, 1993, s. 46.

⁹ İlyas DOĞAN / Balkan DEMİRDAL, "*İfade Özgürlüğü*", **İnsan Hakları Hukuku**, Edt. İlyas Doğan, Genişletilmiş 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015, s. 635 vd.

¹⁰ Ömer ANAYURT, **Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 123.

¹¹ Halil KALABALIK, **İnsan Hakları Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2015, s. 471.

hakkının Sözleşme sisteminden çıkarılabileceği kanaatinde olmadığı görülmektedir.¹²

3. İfade Özgürlüğünün Kapsamı

İfade özgürlüğü, türü ne olursa olsun, her türlü düşüncenin söz, yazı, resim veya başkaca yollarla diğer kişilere aktarılıp yayılabilmesi ve onları kendi düşünce ve inançlarının doğruluğuna ikna edebilme, inandırabilme ve tercihleri doğrultusunda tutum ve davranışlarda bulunabilmeyi kapsamaktadır.¹³ Bu özgürlüğün kapsamı noktasında şu hususun da altını önemle çizmek gereklidir: AİHM'nin *Handyside v. İngiltere* ve *Incal v. Türkiye* kararlarında da belirttiği üzere; ifade özgürlüğü, sadece olağan karşılanan, zararsız ya da önemsiz görülen bilgi ve düşüncelerin açıklanması açısından değil, ayrıca devlete ve toplumun belirli bir bölümüne aykırı gelen, onları rahatsız eden ve endişe verici düşüncelerin açıklanması açısından da geçerlidir. İfade özgürlüğünün bu şekilde anlaşılıp yorumlanması, demokratik toplum için olmazsa olmaz değerler olan çoğulculuk, hoşgörü ve geniş düşünceliliğin bir gereğidir.¹⁴ Demek oluyor ki, birer özgürlük kullanma türü olarak korunması gereken pek çok ifade ve açıklama şeklinin olduğu karşımıza çıkmaktadır.¹⁵ Bu noktaya ilişkin olarak AİHM, ifade özgürlüğünün konu ve kapsamını bir hayli genişleten içtihatlarına istikrar kazandıran bir eğilim sergilemektedir. AİHM, içtihatlarında, toplumu taciz eden, şok etkisi oluşturan, sarsıcı, tiksindirici görüş ve düşüncelerin de açıklanıp yayılmasının ifade özgürlüğü alanında olduğuna ısrarla dikkati çekmektedir.

Modern demokrasilerde ifade özgürlüğünün, genelde siyaseten azınlıkta olanların görüşlerinin korunması biçiminde algılandığı görülmektedir.¹⁶ Çoğunluğun görüşlerinin ifade edilmesine gerek duyulmaması veya ona iktidarların gücünün yetmeyebileceği ihtimali bir yana, görüş ve düşünceleri toplumun geneli tarafından hoş karşılanmayan, hatta ürkütücü yaklaşımlar içerisinde olanların, ifade özgürlüğüne sanki daha çok ihtiyaç duydukları da söyle-

¹² DOĞAN / DEMİRDAL, **a.g.e.**, s. 640.

¹³ KALABALIK, **a.g.e.**, s. 471.

¹⁴ *Handyside / İngiltere*, BN 5493/72, KT 7.12.1976, 49 vd. <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1976/7.HTML>. (Erişim Tarihi: 13.08.2018). *Incal v. Türkiye*, 9.6.1998. Bu karar için bkz. www.echr.coe.int.

¹⁵ Mustafa ERDOĞAN, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü", <http://www.liberal.dt.org.tr/dergiler/ldsai24/2402/htm>. (Erişim Tarihi: 14.08.2018).

¹⁶ Bülent ALGAN, **Muhalefet Hakkı ve Türkiye'deki Görünümü**, Adalet Yayınları, Ankara, 2014, s. 65 vd.

nebilir.¹⁷ Zira toplumda yaygın olarak kabul edilen düşünce ile ifade özgürlüğü ilişkisinin çok da fonksiyonel olmadığı açıktır. Bu yönüyle bakılırsa ifade özgürlüğü, “öteki”nin özgürlüğü şeklinde kendini gösterir. “Öteki ile ilişkilerde yaşanan problemler, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını da beraberinde getirmektedir. Burada, gözden kaçmaması gereken temel nokta, “öteki” ile ilişkidir. Modern toplumların mustarip oldukları hoşnutsuzluk, yani post modern ıstırap, “öteki”nin engellenmesidir. Ötekinin engellenmesi, liberal demokrasilerde yaşanan özgürlük krizini tetikleyen faktörlerden biridir. “Öteki” ile ontolojik ilişkimizi sağlam bir moral temele dayandırmadan özgürlükten söz edebilmek, bir hayli güç, belki de imkânsızdır. “Öteki” olgusu, gerçekte “biz” olgusunun dışında olan değildir. O halde herkesin, kendi içinde bir öteki figürü taşıdığı realitesini göz ardı etmemesi gerekmektedir.¹⁸

İfade özgürlüğünün ve korunmasının asıl önemli yanı, toplumu rahatsız edecek düşüncelerde kendini ortaya koymaktadır. Şöyle ki, aslında olması gereken, bir düşünce ve yaklaşımın bir devletin mevcut düzeni ile ters düşmesi durumunda bile, farklı siyasal tercihlerin demokratik ilke ve değerlere zarar vermemek şartıyla, yani cebir şiddet söylem ve eylemi içerisinde bir tavır göstermemek suretiyle, siyasal düzlemde kendini ifade edebilmesidir. Yoksa bu, sistemle çatışan görüşlerin illegal yollara ve şiddete sapması ihtimaline kapı aralanması anlamına gelir. Bu türden düşünce ve söylem biçimlerinin korunması, demokratik toplum düzeninin gereklerinden olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik ilke ve değerleri açısından da bir ihtiyaçtır. AİHM’nin bu yöndeki içtihadına, parti kapatma kararları nedeniyle Türkiye aleyhine açılan ve genelde ihlal kararlarıyla sonuçlanan davalar nedeniyle de rastlanabilmektedir.¹⁹

4. İfade Özgürlüğünün Sınırları

Bir açıklık ve şeffaflık rejimi olan demokrasilerde, tüm hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, ifade özgürlüğünün de sınırlanması, hukuk düzenlerinde ilke olarak benimsenmektedir.²⁰ Rejimin açıklık yönünün korunması şartıyla,

¹⁷ DOĞAN / DEMİRDAL, *a.g.e.*, s. 637.

¹⁸ Zühtü ARSLAN, *ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, (Der. Zühtü ARSLAN), Liberal Düşünce Topluluğu Yay., Ankara, 2003, s. 9-10.

¹⁹ Bu konuda AİHM’nin verdiği kararlar için bkz. TBKP ve Diğerleri v. Türkiye, BN 19392/92, KT. 30.01.1998, 43, <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1998/7.HTML>. (Erişim Tarihi: 13.08.2018). Sosyalist Parti ve Diğerleri v. Türkiye, BN 21237/93, KT. 25.05.1998, 47, <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1998/7.HTML>. Erişim Tarihi: 13.08.2018).

²⁰ Hasan Tahsin FENDOĞLU, *İnsan Hakları Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 44 vd.

zorunlu ve istisnai durumlarda ifade özgürlüğünün sınırlanabileceği olgusu, bütün hukuk devletlerince kabul gören bir yaklaşımdır.²¹ Özgürlük ile düzen arasında denge probleminin açılımı konusunda Arslan, Arthur Miller'dan şu aktarımı yapmaktadır: “*Münferit bir zulüm karşısında mazlumlara sadece acınabilir, böylesi bir durumda bizlere de acınacağı gibi. Ama hiçbir baskı olmaksızın da toplumsal bir hayat kurulamaz. Düzen ile özgürlük arasında bir denge bulmak zorundayız.*” İşte bu özgürlük ve düzen dengesi zorunluluğu, ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamaların da hareket noktasını oluşturmaktadır. Bu çerçevede, ister kendi içinde bir amaç-değer olsun, isterse de başka değerlerin bir aracı olarak görülsün, ifade özgürlüğünün bir toplumdaki tek değer olmadığı da açık bir realitedir. Dolayısıyla toplumun huzuru, milli güvenlik, genel ahlak, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi değerlerle çatıştığı zaman, bir uzlaşmanın da sağlanması gerekecektir.²²

Bir toplumda kamu düzeninin sağlanması ve kamu yararının korunması doğrultusunda, kamu otoritelerinin, ifade özgürlüğü ile ilgili düzenlemeler yapabilmesi ve hukuk devleti içerisinde sınırlayıcı tedbirler alabilmesi kaçınılmazdır. Buna ilişkin olarak AİHS'nin ifade özgürlüğü düzenlemesi (m. 10), konuya ışık tutmaktadır. Şöyle ki; milli güvenlik, ülke bütünlüğü, kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak, gizli bilgilerin açıklanmasının önlenmesi, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının korunması, bireylerin hak ve onurlarının dokunulmazlığının sağlanması, suçun önlenmesi ve toprak bütünlüğünün korunması gibi istisnai durumlar²³ ve genel kurallar çerçevesinde ifade özgürlüğü korunabilmektedir.²⁴

²¹ ÇEÇEN, **a.g.e.**, s. 322 vd.

²² ARSLAN, **ABD Yüksek Mahkemesi...**, s. 29.

²³ AİHS m. 10/2'de yer verilen bu istisnai durumlar, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması noktasında sözleşmeci (akit) devletlere geniş bir takdir yetkisi vermektedir. AİHM, akit devletlerin bu takdir yetkisini de, önüne gelen her somut olayda denetlemektedir. Fendoğlu, bu konuda takdir yetkisi kavramının, AİHM'nin elinde etkili ve esnek bir silah olduğuna ve bunun, bir hak ihlali durumunda birey ve devletin karşılıklı iddia ve menfaatlerini değerlendirme ve dengeleme tekniği olarak kullanıldığına dikkat çekmektedir. Hasan Tahsin FENDOĞLU, “*Avrupa İnsan Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 25, Ankara, 2016, s. 1, 5 vd.

²⁴ ÇEÇEN, **a.g.e.**, s. 323 vd. AİHS çerçevesinde, özgürlüklerin sınırlanmasını gerekli kılacak meşru amaçlardan olan, Türkiye’de 2001 Anayasa Değişikliğine kadar da m. 13’te “genel sınırlama sebepleri” olarak zikredilen, milli güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak gibi kriterlerin, değişiklik sonrasında ise, ilgili özgürlüklerin spesifik maddelerinde özel sınırlama sebeplerine dönüşmüştür. 2001 Anayasa Değişikliği’nin, hak ve özgürlüklerin sınırlanması üzerindeki etkileri konusunda bkz. Hasan Tahsin FENDOĞLU, “*2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (Any. m.*

İfade özgürlüğünün, çoğulcu demokratik bir toplumda dahi sınırsız olamayacağından hareketle, hakaret, küfür, tehdit, iftira, suça teşvik, suçlu ve suçluyu övmek, terör propagandası yapmak, nefret içerikli ve ırkçı söylemler içeren anti-demokratik ifadelerin hoşgörüyü hak etmediğini özellikle vurgulamak gerekir.²⁵ AİHM, bu gibi durumlarda AİHS m. 17'ye atıfta bulunarak, m. 10'da düzenlenen ifade özgürlüğünün kötüye kullanılmayacağına işaret etmiştir.²⁶ Buna yönelik olarak *Otto Preminger Institut / Avusturya kararında* AİHM, dini değerlere hakaret edildiği iddiasıyla Katolik Kilisesi'nin şikâyeti üzerine, bir filme daha gösterime girmeden kovuşturma açılmasının, mahkeme kararıyla filme el konulması tedbir ve müdahalelerinin AİHS m. 10'daki ifade özgürlüğünü ihlal etmediği kanaatine varmıştır.²⁷

5. AİHM Kararlarında İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması Kriterleri

AİHM'nin ifade özgürlüğü ile ilgili davalardaki verdiği değişik kararlarda, hangi yaklaşımı öne çıkardığı noktasında net bir kriter olmamakla birlikte, her somut olayın kendi şartları içerisinde, söz konusu söylem ve eylemin ifade özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığını belirlemeye çalıştığı görülmektedir. Benzer davalarda emsal oluşturabileceği belirtilen bu içtihatlar arasında AİHM, kamuya mal olmuş kişiler hakkında yayınlar yapılabileceği, kişilerin çalıştıkları kurumları eleştirebileceği, ordudaki askeri disiplinin zayıflatılmayacağı, kutsal ve ahlaki değerlere saldırılmayacağı, gizli istihbarat kayıtlarına erişimin engellenebileceği, ordu için poster veya broşür dağıtılamayacağı, avukatlara reklam yasağı konulabileceği, terör örgütünü destekleyen, öven ve terörü ve teröristi masum göstermeye çalışan açıklamaların yapılamayacağı, adalet ve güvenlik personeline siyaset yasağı getirilebileceği, kin ve nefret artırmaya yönelik beyanların yasaklanabileceği türünden kararlara imza atmıştır.²⁸ AİHM, ifade özgürlüğü konusunda verdiği kararlar çerçevesinde oluşturduğu hukuki

13)”, Anayasa Mahkemesi'nin 40 Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiri, (25-26 Nisan 2002-Antalya), *Anayasa Yargısı*, S. 19, ss. 178-215.

²⁵ Yusuf Şevki HAKYEMEZ, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Sınırları”, *AÜSBF Dergisi*, Nisan-Haziran 2002, s. 28 vd. ŞAHBAZ, a.g.e., s. 38.

²⁶ Elif KÜZECİ, “AİHS'nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları”, *Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi*, Sayı: 71, Ankara, 2007, s. 181.

²⁷ DOĞAN / DEMİRDAL, a.g.e., s. 639 vd.

²⁸ Ümit KOCASAKAL, / Emine Eylem AKSOY, “Avrupa İnsan Hakları Bağlamında İfade Özgürlüğü”, www.tchd.org.tr, 8-9, (Erişim Tarihi: 15.08.2018).

alan vasıtasıyla, üye ülkelere yol göstererek, tüm üye ülkelerde bu yönde bir hukuk anlayış ve standardı örgütlemeye çalıştığı anlaşılmaktadır.²⁹

AİHS, aşırılıkları önlemek için, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik şeklinde özetlenebilecek demokratik değerler üzerine kurulu bir kurumsal çerçeve oluşturmaya çalışmaktadır. Bu amaca yönelik olarak AİHM ise, çeşitli kararlarında saldırgan ve Sözleşmeye aykırı olduğu düşünülen ‘ırkçılık’, ‘yabancı düşmanlığı’, ‘saldırgan milliyetçilik’ ve ‘azınlık ve göçmenlere uygulanan ayrımcılık’ gibi değişik ifade biçimleri üzerinde önemle durmaktadır. Ancak AİHM, bu sayılan aşırılığa yönelik ciddi ve gerçek kışkırtma (provokasyon) içeren ifade türlerine karşı yasakçı bir eğilimdeyken, bireylerin (gazeteci ve siyasetçiler dahil), başkalarını ‘kızdıran’, ‘şoke eden’, ‘rahatsız eden’, ‘öfkeliendiren’ ve hatta ‘tiksindiren’ türden ifade biçimlerine karşı ise, özgürlükçü bir perspektifle hoşgörü gösterilmesi gerektiğini düşünmektedir.³⁰

Erbakan / Türkiye davasında AİHM, nefretin yayılmasını, teşvikini ve yüceltilmesini içeren ifade biçimlerinin asla hoş görülemeyeceğine de şu şekilde vurgu yapmıştır: “...Hoşgörü ve tüm insanların eşit haysiyetine saygı; demokratik, çoğulcu bir toplumun temellerini oluşturur. Dolayısıyla, ilkesel olarak bazı demokratik toplumlarda hoşgörüsüzlük temelinde **nefreti yayan, teşvik eden, yücelten ya da gerekçelendiren** tüm ifade türlerine karşı yaptırımlar getirmek ve hatta bu ifade türlerin engellemek zorunlu görülebilir...”³¹

AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda, başkalarını ‘kızdıran’, ‘şoke eden’, ‘rahatsız eden’ ifade biçimlerine karşı özgürlükçü bir perspektiften bakarak hoşgörü ve sabır gösterilmesi gerektiğini belirtirken, bu söylemlerin arkasındaki düşüncelerin **şiddeti bir yöntem olarak kullanmak, şiddet övgüsü yapmak, şiddeti teşvik, telkin ve tavsiye etmek** ve de **şiddet çağrısı yapmak** suretiyle gerçekleştirilmesi teşebbüslerini ise asla ifade ve medya özgürlüğü kapsamında kabul etmemektedir. İçerisinde “şiddet” olgusu barındıran söylemleri demokratik toplum açısından son derece tehlikeli gören AİHM, bu kriterlere yeri geldikçe atıf yapmaktadır. Türkiye ile ilgili şu iki kararda da bu kriterler kullanılmaktadır:

²⁹ ÇEÇEN, a.g.e., s. 325 vd.

³⁰ AİHM, *Nefret Söylemi* (Bilgi Notu), Haziran 2015, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_TUR.pdf, (Erişim Tarihi: 20.08.2018).

³¹ *Erbakan / Türkiye BN 59405/00, KT. 06.07.2006, 56* <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2006/94.html>, (Erişim Tarihi: 20.08.2018).

Tekin Sürek adlı bir dergi sahibinin, yayınladığı mektuplar sebebiyle aldığı mahkûmiyet kararını değerlendiren AİHM, adı geçen mektupların **kanlı bir intikam çağrısına vardığını** ve mektuplardan birinin kişilerin adlarını açıkça vererek, bunlara karşı **nefreti kışkırttığını** ve bu **kişileri fiziki şiddet riskine maruz bıraktığını** belirterek, şiddet içeren ifadeleri demokratik bir toplumun da hoş görmeyeceğinden, ortada bir hak ihlali olmadığına hükmetmiştir.³²

Partisinin bir toplantısı esnasında basın mensuplarına yaptığı açıklamada, ABD'nin Irak'a müdahalesini, bir terör örgütü liderinin hücre hapsini ve polisin gözaltına aldığı kişilerin ortadan kaybolmasını eleştirmiştir. Bu söylemlerinin ardından Faruk Temel, şiddet ve diğer terör yöntemlerini alenen savunup propagandasını yapmaktan mahkûm edilmiştir. AİHM bu konuda, Temel'in muhalefet partilerinden birinin üyesi, yani siyasal bir aktör olarak konuştuğuna ve toplumda genel ilgi gören bazı konularda partisinin görüşlerini savunduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme ayrıca, Temel'in söylemlerinin, başkalarını **şiddet kullanımı, silahlı direniş** veya **isyana kışkırtmadığı** ve **nefret söylemine varmadığı** düşüncesinden hareketle başvuranın ifade özgürlüğünün ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir.³³ AİHM, 4.12.2003 tarih 35071/97 sayılı bir diğer kararında da, çağdaş kurumlara dönük **şiddet içermeyen** ve **şiddet kışkırtıcılığı yapmayan** açıklamaların, ifade ve medya özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekmektedir.³⁴

6. Medya Özgürlüğünün Mahiyeti ve Kapsamı

Yazılısı, görseli ve sanal olanıyla medya veya daha yerleşik söylemiyle basın, toplumu ilgilendiren görüşlerin tartışılıp, bilgilerin yayılması ve toplumun haberdar edilmesi konusunda fevkalade önemli bir fonksiyon icra etmektedir. Medya özgürlüğü, genel anlamda düşüncüyü açıklama ve yayma, yani ifade özgürlüğünün daha spesifik bir görüntüsüdür. Medya özgürlüğünün kapsamı içerisinde, **bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama** ve **eser meydana getirme** haklarının olduğunu göz ardı etmemek gerekir. İfade özgürlüğünün, kendisini öncelikle görünür hale getirmesinin basın ve yayın yoluyla olduğunun öne sürülmesi yanlış olmaz.³⁵ AİHM'nin herhangi bir maddesinde özel olarak

³² Sürek / Türkiye, BN 26682/95, KT. 08.07.1999, 12 <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1999/94.html>, (Erişim Tarihi: 19.08.2018).

³³ Temel / Türkiye, BN 16853/05, KT. 01.02.2011, 12 <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2011/94.html>, (Erişim Tarihi: 19.08.2018).

³⁴ ARSLAN, **Avrupa İnsan Hakları...**, s. 27.

³⁵ DOĞAN / DEMİRDAL, **a.g.e.**, s. 641.

düzenlenmeyen bu özgürlüğe AİHM, demokratik toplumun vazgeçilmez bir unsuru olmasından hareketle özel bir önem ve değer izafe etmektedir. Medya özgürlüğünün kapsamında bulunan hakların neler olduğuna bakılacak olursa, şöyle bir tasnif yapılabilir:

- a- Haber, düşünce ve bilgilere erişim hakkı,
- b- Haber, düşünce ve bilgileri yorumlama, eleştirme hakkı,
- c- Haber ve düşünceleri basma ve yayma hakkı,
- d- Haber ve düşünceleri eser olarak ortaya koyma hakkı.³⁶

Bu tasnife de göz atıldığında, haber, bilgi ve düşüncelere erişmenin tek başına yetmediği, ayrıca elde edilen bilgi ve düşüncelerin, birey tarafından dış dünyaya ulaştırılması da medya özgürlüğünün zaruri gereklerinden olduğu görülmektedir. Medya özgürlüğü, demokratik bir toplumda kamu gücü kullananlar üzerinde “gözetim”, “eleştiri” ve “denetim” fonksiyonlarını yerine getirmektedir. Bu özgürlüğün, ilerde ayrıntılı biçimde de anlatılacak sınırları ihlal edilmemek şartıyla, en muhalif görüşleri dile getiren basın yayın kuruluşlarının, faaliyetlerini sürdürmelerinin sağlanarak, medya dünyasında tekelleşmenin önlenmesi ise, devlet açısından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün bir uzantısı da, kamu otoritesinin, kamu reklamlarının medya kuruluşlarında yayınlanması hususunda ayrımcılığa sapmaması zaruretidir.³⁷ Medya özgürlüğünün kapsamını oluşturan haklar, aynı zamanda medyanın birer fonksiyonu sayılır. Bu fonksiyonların özünde ise, medyanın toplumu bilgilendirmesi yatmaktadır. Bu bilgilendirmenin, doğru bir şekilde, yani olgusal gerçekliği çarpıtmadan ve ters yüz etmeden yerine getirilmesi ise medya açısından bir yükümlülüktür. Bu çerçevede medyanın, suça teşvik, şiddeti övme, ırkçı ve nefret içerikli söylemler sergilemesinin medya özgürlüğü ile ilgisinin olmadığı açıktır. İşte bu türden, suç sayılan fiillerin basın-yayın araçları vasıtasıyla işlenmesi durumunda, karşımıza “basın suçu” kavram ve olgusu çıkacaktır. Basın suçları konusunda AİHM’nin verdiği kararlar çerçevesinde belli bir anlayışın yerleştiği görülür. Bu anlayış doğrultusunda basın suçu gerekçesiyle hapis cezası verilme ihtimalinin, ancak istisnai durumlar bakımından söz konusu edilebileceği öne çıkmıştır. Yukarıda da temas edilen bu istisnai durumlara ise, medya araçlarıyla suça teşvik (tahrik) edici, şiddeti telkin ve tavsiye edici, nefret ve ırkçı nitelik taşıyan söylemler gibi demokratik toplum düzenini yıkmaya elverişli ifade biçimlerinin basın ve yayın yoluyla yayılması örnek olarak gösterilebilir.

³⁶ ALGAN, a.g.e., s. 69 vd.

³⁷ ALGAN, a.g.e., s. 71 vd.

Medya özgürlüğü sayesinde toplum, kamu otoritesini temsil eden ve kamu gücünü kullanan yöneticilerin hangi konularda nasıl düşündüklerini öğrenme imkânına sahip olabilmektedir. Bu durum ise kamusal yetki sahiplerinin, icraatlarının demokratik toplumda tanınan sınırlar içerisinde kalıp kalmadıkları hususunda toplumu bilgilendirmek açısından önemlidir. Meşru güç kullanma tekelini elinde tutan yöneticilerin, yetkilerini demokratik toplum gerekleri dışına çıkarak kullanabilme risklerine, sivil toplumun göstereceği tepkinin derece ve mahiyetinin boyutlarının, medya unsurlarının, ancak doğru ve tarafsız biçimde oluşturacağı kamuoyu sayesinde anlaşılabilceği söylenebilir. Lingens / Avusturya kararında AİHM, medyanın, politik ve kamuyu ilgilendiren konularda kamuoyunu aydınlatma yükümlülüğünün yanında, başkalarının onur ve kişilik haklarını koruma yükümlülüğü olduğuna da dikkati çekmektedir. AİHM, hoş görülebilir eleştiri sınırının, siyasal aktörler ile normal bir kişi açısından aynı olmadığına, siyasetçiler ile kamuya mal olmuş kişilerin daha fazla eleştiriye katlanmak durumunda kalmaları gerektiğine işaret etmektedir. Ancak toplumun doğru ve tarafsız bir şekilde bilgilendirilmesi ile siyasal aktörlerin de özel hayatlarının korunması arasındaki hassas dengenin korunup gözetilmesi gerektiği de asla göz ardı edilmemelidir.³⁸ Aksi halde, bir tür “glass house”da, yani herkesçe görülebilen ve her an kırılıp dağılmaya müsait bir “camdan ev”de yaşayan kamuya mal olmuş kişilerin ve özellikle de siyasal aktörlerin, büsbütün savunmasız bırakılması ile karşılaşırız ki, bu da, en çoğulcu ve özgürlükçü demokrasilerde bile arzulanan ve görülen bir şey değildir.

AİHM m. 10 çerçevesinde ifade özgürlüğü ve dolayısıyla medya özgürlüğü konusunda verdiği kararlarda, demokratik toplumun temel gerekleri olarak çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik kavramları etrafında yoğunlaşmakla birlikte, medya özgürlüğünün mutlak ve sınırsız olmadığına ve kamu otoritelerinin, ifade özgürlüğünü kısıtlama noktasında büyük bir takdir marjı olduğunu da kabul etmektedir. Bu doğrultuda AİHM, Handyside / İngiltere kararında; yayınlanmış “*Küçük Kırmızı Ders Kitabı*” adlı kitabın kamu gücü tarafından yasaklanıp toplatılmasını, kamu yararı ve genel ahlak açısından haklı gördüğünü belirterek, AİHS m. 10’un ihlal edilmediği kanaatine varmıştır.³⁹ AİHM, Handyside kararındaki gibi, Muller ve Diğerleri / İsviçre kararında da, ifade özgürlüğünün ahlak ve etik değerlere aykırı olamayacağı gereğinden hareketle,

³⁸ Lingens / Avusturya, BN 9815/82, KT 08.07.1986, 41 vd. <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1986/7.html>. (Erişim Tarihi: 13.08.2018). KABOĞLU, a.g.e., s. 113.

³⁹ Handyside / İngiltere, BN 5493/72, KT 07.12.1976, 59, <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1976/5.html>. (Erişim Tarihi: 13.08.2018).

sanatçının sergilediği resimlere el konulmasının ve söz konusu müstehcen eserleri nedeniyle para cezasına maruz kalmasının, ifade özgürlüğünün ihlali olarak görülemeyeceğini belirtmiştir.⁴⁰

AİHM'nin, *terör propagandası yapmaya* ve *terörü ve teröristi övmeye* veya *masum ve mazur göstermeye çalışan* basın yayın faaliyetlerinin yasaklanmasını öngören uygulamaların medya özgürlüğünün ihlali anlamına gelmeyeceğine dair bir kararı da bu anlamda önem taşımaktadır. İngiltere'de teröristlerle ilgili röportajlar yayınlanmasını yasaklayan idari işlemlere karşı açılan davada, IRA'nın sivil kanadı Sinn Fein lehine yayın yapılmasının yasaklanmasını AİHM, *milli güvenlik* gerekçesiyle alınmış bir müdahale olarak nitelmiş ve bu tarzda alınan tedbirlerin medya özgürlüğünü orantılı biçimde kısıtladığından hareketle, AİHS m. 10'un ihlal edildiği iddiasını reddetmiştir.

7. AİHM Kararlarında Medya Özgürlüğü

a. Genel Olarak

Modern dünyada, yerine getirdiği fonksiyonların yanı sıra, gösterdiği hızlı gelişim ile dördüncü kuvvet olarak da anılan medya, sahip olduğu özgürlükle, ifade özgürlüğünün önemli bir parçası konumundadır. Buna göre medya özgürlüğü, düşüncelerin basın-yayın araçlarıyla serbestçe ifade edilmesi özgürlüğü iken, diğer bir yaklaşım ise, medya özgürlüğünün, genel anlamdaki ifade özgürlüğünden daha geniş imtiyazlara sahip olmasını gerekli görmekte ve bu özgürlüğün, basının kamuoyu oluşturma ve demokratik hayatı biçimlendirme güç ve fonksiyonu dolayısıyla, daha özel bir korumayı hak ettiği kanaatini taşımaktadır.

AİHM, medya özgürlüğüne ilişkin bireysel başvuruları, genel olarak üç aşamalı bir incelemeye tabi tutarak değerlendirmekte ve bir hak ihlali olup olmadığına karar vermektedir. Bu aşamalardan ilki, devletin müdahalesinin hukuken öngörülmüş olup olmadığıdır. Yani müdahalenin kanun veya benzeri bir hukuk normuna dayanıp dayanmadığı, dayanıyorsa, bu normun erişilebilir, açık ve öngörülebilir olup olmadığı, bu ilk aşamada incelenmektedir. İkinci aşamada ise, devlet müdahalesinin AİHS m.10/2'de belirtilen milli güvenlik, ülke bütünlüğü, kamu güvenliği, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının şeref ve haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi ve yargı organının bağımsız ve tarafsızlığının korunması şeklinde sayılan meşru amaçlardan bir veya bir kaçını

⁴⁰ *Muller ve Diğerleri / İsviçre, BN 10737/84, KT 24.05.1988, 37, 43, <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1988/5.html>. (Erişim Tarihi: 14.08.2018).*

hedefleyip hedeflemediği ve de müdahalenin öngörülen bu amaçlarla orantılı/ölçülü olup olmadığı araştırılmaktadır. Son aşamada ise AİHM, hukuken öngörülen ve meşru bir amaca ulaşmak için yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını inceleyip kararını vermektedir. AİHM, demokratik toplumda gereklilik kriteri ile ilgili içtihat standardını, öncelikle basın-yayın alanıyla ilgili olan Sunday Times / Birleşik Krallık ve Handyside / Birleşik Krallık kararlarında belirlemiştir.⁴¹

b. AİHM Kararlarında Medya Özgürlüğünün Sınırlandırılmasında Aranılan Kriterler ve Karar Örnekleri

AİHM, Lingens / Avusturya kararı çerçevesinde, medyanın, başkalarının itibarını zedelemesi zaruretine dikkati çekmektedir. Medyanın, demokratik toplum gereklerinden olan çoğulculuk, hoş görü ve açık fikirlilik için önem arz eden görevinden dolayı, siyasetle ilgili haber ve düşünceleri iletme, belirtilen sınırları aşmamak şartıyla eleştirilerde bulunmak asli görevlerindedir. AİHM, bu noktaya ilgili kararında şöyle vurgu yapmaktadır: *“Basın özgürlüğü, halkın siyasal liderlerin düşünceleri ve tavırları hakkında bir görüş edinebilmesi ve oluşturabilmesi için en uygun yollardan biridir. Daha genel olarak, özgür siyasal tartışma, Sözleşmenin bütününe egemen olan ‘demokratik toplum’ kavramının tam özünü biçimlendirir. Politikacıları eleştirmenin kabul edilebilir sınırları, özel bireyleri eleştirmenin sınırlarına göre daha geniştir.”*⁴²

Medya özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesi ve anlaşılması konusunda AİHM’nin aşağıda da yer verilecek karar örneklerinin incelenmesi sonucunda da görüleceği üzere, AİHM, medya özgürlüğünü demokratik toplumun olmazsa olmaz bir değeri olarak kabul etmekle birlikte, bu özgürlüğü tek değer olarak da görmemektedir. Medya özgürlüğünün de sınırları olduğu gerçeğini, AİHS m. 2/2’deki sınırlama gerekçelerini yorumladığı pek çok kararında somutlaştırmak suretiyle, hukuk pratiğinde nasıl uygulanması gerektiği konusunda ışık tutmaktadır. AİHM’nin bu yöndeki kararlarından bir kısmını, konumuz çerçevesinde ele alıp hukuken analiz etmeye çalışacağız.

⁴¹ Sunday Times / Birleşik Krallık, BN 13166/87, KT 26.04.1979, <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1976/5.html>. (Erişim Tarihi: 13.08.2018). Handyside / İngiltere, BN 5493/72, KT 07.12.1976, 59, <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1976/5.html>. (Erişim Tarihi: 13.08.2018).

⁴² Murat SÜMER, **AİHM’nin Türkiye’de İfade Özgürlüğüne İlişkin Kararlarının İncelenmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2010, s. 58.

Leroy / Fransa Kararı: Bir karikatürist olan Denis Leroy, 13.09.2011 tarihinde haftalık bir gazetede yayımlanan bir karikatüründe, ABD'deki ikiz kulelere yapılan saldırıyı ele alarak çiziminin altına; "hepimiz bunun hayalini kurduk... Ama Hamas gerçekleştirdi" Leroy, "terörü mazur göstermek" suçundan çarptırıldığı ceza sebebiyle ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürüp AİHM'ne başvurmuştur. AİHM, Leroy'un söz konusu eseriyle, Amerikan emperyalizminin **şiddete dayalı şekilde yıkılmasını yücelttiğini, 11 Eylül saldırılarının faillerine manevi desteğini ifade ettiğini, binlerce sivil karşı işlenen şiddet konusunda onaylayıcı ifadelerde bulunduğunu ve kurbanların haysiyetini azalttığını** tespit etmiştir. Mahkeme, karikatürün yayımlanmasının, insanlarda belli bir düzeyde tepkiye yol açtığını ve bunun Bask ülkesinde şiddeti tahrik etme ve kamu düzeni üzerinde açık bir etkiye yol açma kapasitesinin olduğunu gözlemlediğinden hareketle medya özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁴³

Pavel Ivanov / Rusya Kararı: Bir dizi makale yazıp yayımlamak suretiyle, Yahudileri Rusya'da kötülüğün kaynağı olarak gösteren Pavel Ivanov, Yahudileri Ruslara karşı entrikalar kurmakla suçlamış ve sonuçta ifadelerinin anti-semitik içerikli olması ve bu söylemleriyle etnik ve dini nefrete teşvik ettiği gerekçesiyle mahkûm olmuştur. İfade özgürlüğünün ihlal edildiği düşüncesiyle Ivanov'un açtığı davada AİHM, başvuranın, yayınlarında Yahudilere karşı **nefreti teşvik etmeyi** amaçladığı ve belirli bir etnik gruba karşı **şiddeti savunduğunu** düşündüğü için AİHS m. 10'un ihlal edilmediğine, yani Ivanov'un yayımladığı makalelerdeki söylemlerin ifade ve basın özgürlüğü sınırlarını aştığına karar vermiştir.⁴⁴

Jersild / Danimarka Kararı: Jens Olaf Jersild adlı gazeteci, "Greenjackets" diye anılan ve Danimarka'daki göçmenler ve etnik gruplar hakkında hakaret içeren söylemlerde bulunan gençlerin oluşturduğu bir gruptan üç kişiyle gerçekleştirdiği bir TV röportajından alıntılarla yaptığı bir belgesel sonucunda ülkesinde, ırkçı yorumlara yardım ve yataklık etmekten mahkûm edilmiştir. AİHM, bu olayda daha özgürlükçü bir yaklaşım sergileyerek, başvurucuya karşı hak ihlali yapıldığı kanaatine varmıştır. Bunun için de AİHM, açık biçimde ırkçı söylemler geliştiren Greenjackets grubunun üyelerini ayrı, bu grubu tanıtmak, analiz etmek ve açıklamak ve "toplumda halihazırda büyük kaygılar uyan-

⁴³ *Leroy / Fransa, BN 36109/03, KT. 02.10.2008, 12 <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2008/94.html>, (Erişim Tarihi: 19.08.2018).*

⁴⁴ *Ivanov / Rusya, BN 35222/04, KT. 20.02.2007, 12 <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2007/94.html>, (Erişim Tarihi: 19.08.2018).*

dırmış bir konunun spesifik boyutlarına” değinmek amacıyla olduğu söylenen Jersild’i ayrı kefelere koyarak bir içtihada varmıştır. Mahkeme Jersild’in yaptığı **belgeselin, ırkçı görüş ve fikirleri yaymayı değil, sosyal bir probleme ilişkin olarak kamuoyunu bilgilendirmeyi hedeflediğinden** hareketle, verilen mahkûmiyetin ifade ve basın özgürlüğünün ihlaline yol açtığına karar vermiştir.⁴⁵

Garaudy / Fransa Kararı: Fransız yazar Roger Garaudy, “İsrail-Mitler ve Terör” adındaki yayımladığı kitabında, insanlığa karşı suçların varlığını reddetme, bir grubun, yani eserde kastedilen Yahudi toplumunun, alenen kötülenerek ırkla ilgili nefrete teşvik suçlarını işlediği gerekçesiyle mahkûm edilmiştir. Garaudy’nin hak ihlali iddiasını görüşen AİHM, kitabın muhtevasının, Yahudi soykırımını inkâra yöneldiğinden hareketle, “insanlığa karşı suçların reddinin, **Yahudileri ırksal olarak aşığılamanın** ve onlara karşı **nefreti kışkırtmanın** en ciddi biçimlerinden biri” olduğunu belirtmiştir. AİHM, bu gerekçelerini biraz daha açarak; **açıkça ortaya konulmuş tarihi olayların reddedilmesi yönündeki söylem ve yayınların, bilimsel ve tarihi bir araştırma konusu oluşturamayacağından hareketle**, asıl amacın Nasyonel Sosyalist rejimi geri getirmek ve kurbanların kendilerini tarihi çarpıtmakla suçlamak anlamına geleceği ifade edilmiştir. Bu tür söylem ve eylemlerin, AİHS’nin savunduğu temel değerlere açıkça aykırı olduğunu belirten Mahkeme, bir hakkın, başka hakların ortadan kaldırılmasını amaçlayan biçimde kullanılmasını yasaklayan m. 17’ye dayanarak, ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁴⁶

Sürek / Türkiye Kararı: Türkiye’nin güneydoğusunda askeri güçlerin terör operasyonlarını şiddetle kınayan ve onları, bağımsızlık ve özgürlük mücadelesi veren Kürtleri acımasızca bastırmakla suçlayan okur mektuplarını yayınlayan bir derginin sahibi olan Kamil Tekin Sürek, bu yayınlarıyla, “devletin bölünmezliğine karşı propaganda yapmaktan ve kin ve düşmanlığa tahrik” suçundan mahkûm olmuştur. Mahkûmiyetin medya özgürlüğüne aykırılığı iddiasıyla davaya bakan AİHM, adı geçen mektupların **kanlı bir intikam çağırısına vardığını** ve mektuplardan birinin kişilerin adlarını açıkça vererek, bunlara karşı **nefreti kışkırttığını** ve bu **kişileri fiziki şiddet riskine maruz bıraktığını** belirlemiştir. Başvurucu, mektuplarda ifade edilen görüşlerle kendini bizzat ilişkilendirmese de bu mektupların yazarlarına, dergisinde yer açmak suretiyle, **şid-**

⁴⁵ Jersild / Danimarka, BN 15890/89, KT. 23.09.1994, 12 <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1994/94.html>, (Erişim Tarihi: 19.08.2018).

⁴⁶ Garaudy / Fransa, BN 65831/01, KT. 24.06.2003, 12 <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2003/94.html>, (Erişim Tarihi: 19.08.2018).

det ve nefreti tahrik etmelerine yarayan bir ortam sağlamıştır. AİHM, derginin sahibi sıfatıyla bilgilerin toplanması ve halka yayılması bağlamında derginin yayın ve gazetecilik personelinin üstlendiği görev ve sorumlulukların, çatışma ve gerginlik hallerinde daha da büyük önem arz ettiğini dikkate alarak, Sürek'in bu yayıncılık faaliyetinin AİHS m. 10 kapsamında bir medya özgürlüğü sayılmayacağına karar vermiştir.⁴⁷

Zana / Türkiye Kararı: Diyarbakır Belediye Başkanı Mehdi Zana, Cumhuriyet gazetesinde yayınlanan bir açıklamasında; *“PKK'nın ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum. Katliamlardan yana değiliz, yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyorlar...”* demiş ve yargılanarak mahkûmiyet almıştır. AİHM, olayda bir bireyin kendini ifade etme özgürlüğü ile demokratik bir toplumun kendini terör faaliyetlerinden koruması arasında denge kurulup kurulmadığı noktasına odaklanmıştır. Mahkeme, ilgili beyanatın, soyut olarak tek başına değil de, olayın özel şartları içerisinde ele alınması gereğinden hareketle, bu mahkûmiyetin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olduğuna düşünerek, bu söylemlerin ifade özgürlüğü kapsamında el alınamayacağına karar vermiştir.⁴⁸ AİHM, bu olaydaki söylemlerin *şiddet kullanımı ve silahlı direnişi* mazur ve masum gösterme eğiliminde olması nedeniyle ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesini doğru bulmamıştır.

8. SONUÇ

AİHM, *ifade özgürlüğü* ve dolayısıyla *medya özgürlüğü* konusunda verdiği kararlarda, demokratik toplumun temel gerekleri olarak *çoğulculuk*, *hoşgörü* ve *açık fikirlilik* kavramları etrafında yoğunlaşmakla birlikte, medya özgürlüğünün mutlak ve sınırsız olmadığını ve kamu otoritelerinin, ifade özgürlüğünü kısıtlama noktasında büyük bir takdir marjı bulunduğunu da kabul etmektedir. AİHS, aşırılıkları önlemek için, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik şeklinde özetlenebilecek demokratik değerler üzerine kurulu bir kurumsal çerçeve oluşturmaya çalışmaktadır. Bu amaca yönelik olarak AİHM ise, çeşitli kararlarında saldırgan ve Sözleşmeye aykırı olduğu düşünülen *'ırkçılık'*, *'yabancı düşmanlığı'*, *'saldırgan milliyetçilik'* ve *'azınlık ve göçmenlere uygulanan ayrımcılık'* gibi değişik ifade biçimleri üzerinde önemle durmaktadır. Ancak AİHM, bu sayılan aşırılığa yönelik ciddi ve gerçek kışkırtma (provokasyon)

⁴⁷ Sürek / Türkiye, BN 26682/95, KT. 08.07.1999, 12 <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1999/94.html>, (Erişim Tarihi: 19.08.2018).

⁴⁸ Zana / Türkiye, BN 18954/91, KT. 25.11.1997, 12 <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1997/94.html>, (Erişim Tarihi: 19.08.2018).

içeren ifade türlerine karşı yasakçı bir eğilimdeyken, bireylerin (gazeteci ve siyasetçiler dahil), başkalarını ‘kızdıran’, ‘şoke eden’, ‘rahatsız eden’, ‘öfkelen-diren’ ve hatta ‘tiksindiren’ türden ifade biçimlerine karşı ise, özgürlükçü bir perspektifle hoşgörü gösterilmesi gerektiğini düşünmektedir.

AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda, başkalarını ‘kızdıran’, ‘şoke eden’, ‘rahatsız eden’ ifade biçimlerine karşı özgürlükçü bir perspektiften bakarak hoşgörü ve sabır gösterilmesi gerektiğini belirtirken, bu söylemlerin arkasındaki düşüncelerin şiddeti bir yöntem olarak kullanmak, şiddet övgüsü yapmak, şiddeti teşvik, telkin ve tavsiye etmek ve de şiddet çağrısı yapmak suretiyle gerçekleştirilmesi teşebbüslerini ise asla ifade ve medya özgürlüğü kapsamında kabul etmemektedir. İçerisinde “şiddet” olgusu barındıran söylemleri, demokratik toplum açısından son derece tehlikeli gören AİHM, bu kriterlere yeri geldikçe de atıf yapmaktadır. AİHM’nin, *terör propagandası yapmaya ve terörü ve teröristi övmeye veya masum ve mazur göstermeye çalışan* basın yayın faaliyetlerinin yasaklanmasını öngören tedbir ve uygulamaların, medya özgürlüğünün ihlali anlamına gelmeyeceğine dair karar örnekleri de, ifade ve medya özgürlüğünün çerçevesini belirlemek adına büyük önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

- ALGAN, Bülent, **Muhalefet Hakkı ve Türkiye’deki Görünümü**, Adalet Yayınları, Ankara, 2014.
- ANAYURT, Ömer, **Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- ARSLAN, Zühtü (Derleyen), **ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yay., Ankara, 2003.
- ARSLAN, Zühtü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu Yay., Ankara, 2005.
- BIÇAK, Vahit, “*Türkiye’nin Güncel Sorunları: Demokrasi ve İnsan Hakları*”, <http://www.geocities.com/vbicak/FNF.htm>. (Erişim Tarihi: 14.08.2018).
- ÇEÇEN, Anıl, **İnsan Hakları**, Gündoğan Yayınları, 2. Basım, Ankara, 1995.
- DOĞAN, İlyas / DEMİRDAL, Balkan, “*İfade Özgürlüğü*”, **İnsan Hakları Hukuku**, (Edt. İlyas Doğan), Genişletilmiş 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015.

- ERDOĞAN, Mustafa, “*Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü*”, <http://www.liberal.dt.org.tr/dergiler/ldsai24/2402/htm>. (Erişim Tarihi: 14.08.2018).
- ERDOĞAN, Mustafa, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, Orion Kitabevi, Ankara, 2007.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin, “*Avrupa İnsan Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt: 7, Sayı: 25, Ankara, 2016, ss. 1-19.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin, “*2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (Any. m. 13)*”, Anayasa Mahkemesi’nin 40. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiri, (25-26 Nisan 2002-Antalya), **Anayasa Yargısı**, S. 19, ss. 178-215.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin, **İnsan Hakları Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, “*Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Sınırları*”, **AÜSBF Dergisi**, Nisan-Haziran 2002.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., “*İnsan Hakları Yıllığı*”, *Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri ve Türkiye)*, Cilt: 15, S: 46, Ankara, 1993.
- KALABALIK, Halil, **İnsan Hakları Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2015.
- KOCASAKAL, Ümit / AKSOY, Emine Eylem, “*Avrupa İnsan Hakları Bağlamında İfade Özgürlüğü*”, www.tchd.org.tr, 8-9, (Erişim Tarihi: 15.08.2018).
- KÜZECİ, Elif, “*AIHS’nin 10. Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları*”, **Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi**, Sayı: 71, Ankara, 2007.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yay., Ankara, 1995.
- SUNAY, Reyhan, **Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2001.

SÜMER, Murat, **AİHM'nin Türkiye'de İfade Özgürlüğüne İlişkin Kararlarının İncelenmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2010.

ŞAHBAZ, İbrahim, **Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

TEZCAN, Durmuş, **İnsan Hakları El Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, 2006.

İnternet Kaynakları

Zana / Türkiye, BN 18954/91, KT. 25.11.1997, 12
<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1997/94.html>, Erişim Tarihi: 19.08.2018.

Sürek / Türkiye, BN 26682/95, KT. 08.07.1999, 12
<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1999/94.html>, Erişim Tarihi: 19.08.2018.

Garaudy / Fransa, BN 65831/01, KT. 24.06.2003, 12
<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2003/94.html>, Erişim Tarihi: 19.08.2018.

Jersild / Danimarka, BN 15890/89, KT. 23.09.1994, 12
<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1994/94.html>, Erişim Tarihi: 19.08.2018.

Ivanov / Rusya, BN 35222/04, KT. 20.02.2007, 12
<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2007/94.html>, Erişim Tarihi: 19.08.2018.

Leroy / Fransa, BN 36109/03, KT. 02.10.2008, 12
<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2008/94.html>, Erişim Tarihi: 19.08.2018.

Muller ve Diğerleri / İsviçre, BN 10737/84, KT 24.05.1988, 37, 43,
<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1988/5.html>. Erişim Tarihi: 14.08.2018.

Handyside / İngiltere, BN 5493/72, KT 07.12.1976, 59,
<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1976/5.html>. Erişim Tarihi: 13.08.2018.

- Lingens* / *Avusturya*, BN 9815/82, KT 08.07.1986, 41 vd.
<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1986/7.html>. Erişim Tarihi: 13.08.2018.
- Temel* / *Türkiye*, BN 16853/05, KT. 01.02.2011, 12
<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2011/94.html>, Erişim Tarihi: 19.08.2018.
- TBKP ve Diğerleri* / *Türkiye*, BN 19392/92, KT. 30.01.1998, 43,
<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1998/7.HTML>. Erişim Tarihi: 13.08.2018.
- Sosyalist Parti ve Diğerleri* / *Türkiye*, BN 21237/93, KT. 25.05.1998, 47,
<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1998/7.HTML>. Erişim Tarihi: 13.08.2018)
- Kocasakal* / *Aksoy*, *Avrupa İnsan Hakları Bağlamında İfade Özgürlüğü*,
www.tchd.org.tr, 8-9, Erişim Tarihi: 15.08.2018.
- AİHM*, *Nefret Söylemi (Bilgi Notu)*, Haziran 2015,
http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_TUR.pdf,
Erişim Tarihi: 20.08.2018.
- Erbakan* / *Türkiye* BN 59405/00, KT. 06.07.2006, 56
<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2006/94.html>, Erişim Tarihi: 20.08.2018.

**UYUŞMAZLIK KONUSU OLAN VE HENÜZ
SINIRLANDIRILMAMIŞ DENİZ ALANLARINA İLİŞKİN
DEVLET YÜKÜMLÜLÜKLERİ**

The State Obligations for the Disputed and Non-Restricted Marine Areas

*Doç. Dr. Gökhan Güneysu**

Özet: Uluslararası Hukuk'un en önemli konu ve sorunlarından bir tanesi de deniz alanlarının sınırlandırılması meselesidir. Bu mesele, siyasi ve ekonomik yönleri olan karmaşık bir meseledir. Ulusal egemenlik veya egemen haklarla yakından ilgili olduğundan kamuoyunda da ciddi dikkat çeken bir konudur. Bu çalışmanın amacı bu meselenin bir yönünü ele almaktır. Burada sınırlandırmayı nihai olarak sona erdiren bir anlaşma veya karardan önce tarafların, söz konusu uyuşmazlığın konusunu oluşturan deniz alanlarına ilişkin davranış yükümlülüklerini tespit eden BMDHS'nin 74. ve 83. maddelerinin ortak 3. fıkrası önemli kazanmaktadır. Bu çalışmada bu madde bağlamında ortaya çıkan davranış yükümlülüklerinin ne olduğu ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk, Uluslararası Deniz Hukuku, Deniz Alanlarının Sınırlandırılması, BMDHS

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü Öğretim Üyesi, ggneysu@anadolu.edu.tr. ORCID ID: 0000-0002-1754-953X

Makale Geliş Tarihi: 12.11.2018

Makale Kabul Tarihi: 20.04.2019

Abstract: Disputes concerning the delimitation of maritime areas are fragile problems. The fact that these disputes pertain to areas with huge fossil-energy sources makes the whole delimitation process even more vulnerable and significant. Before these disputes are solved via an agreement or a delimitation Judgment rendered by international courts or arbitral tribunals, States must abide by two separate obligations of conduct stemming from the 3. paragraph common to the 74. and 83. articles of UNCLOS. This paper aims to analyse these obligations.

Keywords: Public International Law, International Law of the Sea, Maritime Delimitation, UNCLOS

GİRİŞ

En az iki devlet arasında uyuşmazlık konusu haline gelmiş deniz alanlarının sınırlandırılması meselesi siyasi, ekonomik ve hukuki yönleri olan karmaşık ve hassas bir problem alan olarak dikkati çekmektedir¹. Bu tür uyuşmazlıklar özellikle deniz alanlarında mevcut kaynaklar ve bu kaynaklara hangi devletin sahip olacağı ile yakından ilgilidir. Sınırlandırmanın, hangi şekilde olursa olsun, sona ermesi ile deniz yatağı ve altındaki mineral kaynaklar ile fosil yakıtlarının hangi devlet tarafından münhasıran çıkartılabileceği karara bağlanmış olacaktır. Bu da önemli bir gelir kaynağının söz konusu devlet için yaratılması anlamına gelir. Günümüzde, Münhasır Ekonomik Bölge veya Kıta Sahanlığına ilişkin Devlet iddiaları incelendiğinde, 200 civarı deniz alanında çakışan talepler veya hak iddialarıyla karşılaşılmaktadır².

Birleşmiş Milletler Şartı'nın 33. Maddesine göre Devletler uyuşmazlıklarına barışçıl çözümler bulmakla yükümlüdür³. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (BMDHS) Önsöz'üne⁴ göre ise, denizlerde mevcut kaynakların hakkaniyete uygun ve verimli bir şekilde kullanılmasını sağlayacak bir hukuki düzenin, karşılıklı anlayış ve işbirliği ruhu içinde yaratılması istenen

¹ Tanaka, Unilateral Exploration and Exploitation, s. 315; Yiallourides, Protecting and preserving, s. 141.

² BIICL Report, S. 13.

³ Eze, s. 101; Charter of the United Nations and Statute of International Court of Justice, 1 U.N.T.S. XVI.

⁴ United Nations Convention on the Law of Sea, U.N.T.S., Vol. 1833, s. 3 vd.

ideal bir durumdur⁵. Dolayısıyla ortaya çıkmış ve çıkacak tüm deniz alanları sınırlandırılması uyuşmazlıklarının, hakkaniyete uygun ve verimli kullanımı engellemeyecek biçimde, barışçıl yollar ile çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Barışçıl olmayan yöntemlerin kullanılması böylelikle istenmeyen bir davranış tarzı olarak belirginleşmekte⁶; verimliliği ve hakkaniyeti beraberce sağlamak isteyen bir takım çözümler ise cesaretlendirilmektedir. Ancak, ulusal menfaati çok yakından ilgilendiren bu anlaşmazlık ve uyuşmazlıkların çözülmesi belli bir zaman alabilmektedir. Uyuşmazlığın ortaya çıkmış olmasından nihai olarak çözümlenmesine kadar geçen zamanda, uyuşmazlık tarafı Devletlerin hakları ve yükümlülüklerinin neler olduğu ciddi bir konudur.

Bu konu hakkında hüküm içeren iki anahtar madde BMDHS bünyesinde mevcuttur⁷. Bunlar, 74 ve 83. maddelerin 3. fıkralarıdır. Bu ortak hüküm şöyledir⁸:

“I. fıkrada öngörülen anlaşma akdedilinceye kadar ilgili devletler, anlayış ve işbirliği ruhu içerisinde, pratik çözüm getiren geçici düzenlemelere girişmek ve bu geçiş süresi içerisinde nihai anlaşmanın akdini tehlikeye düşürmemek veya engellemek için ellerinden gelen gayreti göstereceklerdir. Geçici düzenlemeler, nihai sınırlandırmaya hanel getirmeyecektir.”

Bu hükümler katıyetle uygulanması gereken belirli yasaklar ve yükümlülüklerden ziyade, açık-uçlu bir takım davranış kuralları getirmektedir⁹. Özellikle nihai bir anlaşmayı tehlikeye atacak veya engelleyecek davranışlardan kaçınılması bir davranış yükümlülüğü olarak bu hükümlerde¹⁰, her birinin ilgili oldukları alanlar bağlamında, tanımlanmış durumdadır. Bu çalışmada bu hükümlerin yaratmış oldukları hukuksal rejim ele alınacaktır. Hükümlerle getirilen

⁵ Separate Opinion of Judge Paik, Ghana v. Côte d’Ivoire Judgment, s. 2, para. 3.

⁶ BIICL Report, s. 13.

⁷ Tanaka, Unilateral Exploration and Exploitation, s. 315.

⁸ Hükümün metnini bu kaynaktan aynen alıntılıyorum; Aydoğan Özman, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, <http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/denizhukuku.pdf> (Erişim Tarihi: 06.11.2018).

⁹ Separate Opinion of Judge Paik, Ghana v. Côte d’Ivoire Judgment, s. 2, para. 4; Yiallourides, Oil and Gas Development, s. 60.

¹⁰ Tanaka, Guyana/Suriname Arbitration, s. 31.

yükümlülüklerin ne olduğu saptanmaya çalışılacaktır. İncelemenin ilk safhasını, söz konusu *hükümlerin yaratılması* safhasındaki Devlet uygulama ve açıklamaları oluşturacaktır. Hazırlık çalışmaları bize genel olarak yaratılmak istenen hukuki yapının önemli özelliklerini verecektir. Burada eklemek gerekir ki bu hükümler yapılageliş hukukunun yeniden ifadeleri, kodifiye edilmiş halleri değildir. Bilakis, uluslararası hukukun ilerlemeci bir kodifikasyonudur, yani yapılageliş kaynaklı olmayan akdi hükümler ve yükümlülüklerdir.

HAZIRLIK ÇALIŞMALARI

BMDHS'nin hazırlanması süreci uzun yıllar süren bir çalışmayı gerektirmiştir. İlk başlarda, çalışmamızda incelediğimiz konu hakkında herhangi bir hüküm ileri sürülmüş değildir. Bu konuda ilk teklifte bulunan devlet Hollanda olmuştur. Buna göre¹¹:

“Anlaşma sağlanıncaya kadar, Devletlerin hiç biri her Devletin karasularının ölçülmeye başlandığı esas hatlara en yakın noktalardan eşit uzaklıkta bulunan hattın ötesinde deniz alanları kuramaz”.

Bu teklifin içermekte olduğu dil bazı Devletler için problemlidir. Bu Devletler eşit uzaklık veya ortay hattı bir ilke olarak benimsemeyen ve fakat sadece bir sınırlandırma tekniği olarak yorumlayan devletlerdir¹². Teklif ile ilgili dikkat çekici olan husus ise sahip olduğu dilin yasaklayıcı/sınırlayıcı özellikte olmasıdır. Aynı özelliği koruyan, ancak eşit uzaklık gibi tartışmalı terimleri içermeyen bir başka teklif ise bu teklifi takip etmiştir. Hollanda teklifinden sonraki bu teklif İrlanda'dan gelmiştir. Buna göre, anlaşma sağlanıncaya kadar devletlerin hiçbiri, üzerinde iyi niyetle bir başka Devlet tarafından da hak iddia edilen alanlarda arama ve faydalanma faaliyetleri yapmak yetkisine sahip olamayacaktır¹³. Bu yasağın istisnası da düzenleme teklifi içinde mevcuttur. Buna göre, diğer Devlet rızası varsa ancak bu durumda faaliyetlerde bulunmanın önü açıktır¹⁴.

¹¹ Lagoni, s. 350; Yiallourides, Oil and Gas Development, s. 67-68.

¹² Lagoni, s. 350.

¹³ Van Logchem, s. 180.

¹⁴ Lagoni, s. 350.

İrlanda ve Hollanda Devletleri'nin teklifleri daha ziyade yasaklayıcı/engelleyci mahiyette öneriler olmuştur. 1974 senesindeki bu önerileri 1976 senesinde çalışmalar kapsamında yeni bir öneri takip etmiştir¹⁵. Bu teklif “anlaşma veya çözüm sağlanana kadar, ilgili devletler geçici düzenlemeler yapacaktır” hükmünü bünyesinde barındırmaktadır. Böylelikle, tartışmalarda ilk kez “geçici düzenlemeler” kayıtlara geçmiştir¹⁶. Burada önemli olan husus, tüm faaliyetleri toptan yasaklayan bir yaklaşımın benimsenmemiş olmasıdır. Bu son teklif ciddi bir destek görürken, önemli bir itirazı da tetiklemiştir. Örnek vermek gerekirse, İspanya tekrar yasaklayıcı bir dilin benimsenmesini teklif etmiştir. Aynı şekilde, Papua Yeni Gine de tüm ekonomik faaliyetlerin uyuşmazlık konusu alanda yasaklanmasını öngören bir öneri sunmuştur¹⁷.

Bu iki ayrı yaklaşımın birleştirildiği *uzlaştırıcı* özellikte bir metin Fas Devleti tarafından 1978 yılında sunulmuştur. Bu metin, bir anlaşma veya çözümün bulunmasına kadar, ilgili Devletlerin nihai çözümü herhangi bir şekilde engelleyecek, uyuşmazlığı ağırlaştıracak her türlü tedbirden kaçınacaklarını ve uyuşmazlık konusu alanlarda karşılıklı olarak kabul edilebilir, geçici düzenlemelere ulaşmaya çalışacaklarını öngörmektedir¹⁸. Bu teklifin zorunlu davranış yükümleyen “tedbirlerden kaçınma” kısmı Nisan 1979'da Hindistan, Irak ve Fas Devletleri ortak teklifi ile metinden çıkarılmıştır¹⁹.

Bu teklife göre:

“Anlaşma veya çözüme kadar, ilgili Devletler, bir işbirliği ruhu içinde, serbestçe geçici düzenlemelerde bulunacaklardır. Buna uygun olarak, geçiş dönemi boyunca durumu ağırlaştıracak veya her iki Devletin menfaatlerini tehlikeye düşürecek faaliyet veya tedbirlerden kaçınacaklardır.

Bu düzenlemeler, karşılıklı kısıtlama veya izin verme mahiyetinde olsalar da sınırlamaya iliş-

¹⁵ Yiallourides, Oil and Gas Development, s. 68.

¹⁶ Yiallourides, Oil and Gas Development, s. 68.

¹⁷ Van Logchem, s. 180.

¹⁸ Lagoni, s. 352.

¹⁹ Lagoni, s. 353.

kin nihai çözüm üzerinde herhangi bir etkiye sahip olmayacaktır.”

Bu son teklif delegasyonların çoğunluğu tarafından memnuniyetle karşılanmış ve 74 ve 83. maddelerin ortak 3. fıkrasının temelini oluşturmuştur²⁰. Bu benimsemenin en önemli nedeni Lagoni’ye göre, Devletlerin, sürmekte olan bir sınırlandırma boyunca bazı geçici tedbirlerin gerekliliğini idrak etmiş olmalarıdır²¹.

Hükümlerin bu şekilde ortaya konması, geçici tedbirlerin yapılmasına ilişkin özendirici yaklaşım ile bazı faaliyetlerin yasaklanmasına ilişkin kısıtlayıcı yaklaşımın bir uzlaştırma metninde birleştirildiğini göstermektedir. Bu maddeler ile iki ayrı amaç güdülmektedir: geçici uygulamaların kabul edilmesinin desteklenmesi ve uyuşmazlık konusu alanda bazı faaliyetlerin yasaklanması. Bu iki ayrı amaçtan, birbirleriyle yakından ilgili ama öz itibarıyla iki farklı yükümlülük ortaya çıkmaktadır²²: Uygulamaya ilişkin geçici düzenlemeler yapmak için her türlü çabayı göstermek ile nihai anlaşmayı tehlikeye atmamak veya engellemek için, geçiş dönemi boyunca, her türlü çabayı göstermek.

GEÇİCİ DÜZENLEMELER

İki maddede de tekrarlanan söz konusu 3. fıkra gereğince, anlaşmazlığın tarafları için, uygulamaya ilişkin geçici mahiyette bazı kararlar alma konusunda *her türlü çabayı gösterme* yükümlülüğü söz konusudur²³. Ortak 3. Fıkra ile yaratılan hukuki durumu ilk inceleyen yargılama makamı olan²⁴ Guyana Surinam Tahkim Heyeti Kararı’nda da ifade edildiği üzere bu yükümlülük söz konusu fıkra tarafından yaratılan ilk hukuki yükümlülüktür²⁵. Karar’a göre bu hükmün amacı “sınırlandırmaya kadar, uyuşmazlığın konusunu oluşturan alanların geçici olarak kullanılmasının yolunu açacak olan geçici rejim ve tatbiki tedbirlerin” alınmasını sağlamaktır²⁶. Bu tip düzenlemeler (arrangements) BMDHS’nin

²⁰ Lagoni, s. 353; Yiallourides, Oil and Gas Development, s. 69.

²¹ Lagoni, s. 353; aynı görüşte bkz. van Logchem, s. 176.

²² Ermolina/Yiallourides, s. 1; Ghana v. Côte d’Ivoire Judgment, s. 170, para. 626; Separate Opinion of Judge Paik, Ghana v. Côte d’Ivoire Judgment, s. 1, para. 2; Tanaka, Unilateral Exploration and Exploitation, s. 315; van Logchem, s. 176.

²³ BIICL Report, s. 13; Tanaka, Unilateral Exploration and Exploitation, s. 315.

²⁴ Van Logchem, s. 176.

²⁵ Guyana v. Suriname Award, s. 130, para. 460.

²⁶ Guyana v. Suriname Award, s. 130, para. 460.

deniz ve okyanusların kaynaklarının hakkaniyete uygun ve verimli bir şekilde kullanılması amacının gerçekleşmesine katkı sağlayacaktır, hükmün ana amacı da budur²⁷. Hüküm, Karar'a göre, yoruma açık bir mahiyetteymiş gibi görünse de aslında taraflar için "iyi niyetle müzakerelerde bulunma" yükümlülüğü yaratmaktadır²⁸.

İyi Niyetle Müzakerelerde Bulunma Yükümlülüğü

İlgili Devletler geçici düzenlemeler yapmak, geçici mahiyette anlaşmaya ulaşabilmek için her türlü çabayı gösterme yükümü altındadır. Bu, bağlayıcı olmayan bir tavsiye değildir. Bilakis, uyulması zorunlu olan bir hukuk kuralıdır. Burada, zorunlu olarak bir anlaşma ile sonuçlanması gereken müzakereler söz konusu değildir. Tartışılmaz biçimde, Devletlere müzakerelerde bulunma yükümü yaratılmıştır. Dikkat edilmelidir ki burada bir "davranış yükümü" mevcuttur. Bir deniz alanlarının sınırlandırılması uyuşmazlığının taraflarının iyi niyetle²⁹ ve uzlaşmacı bir yaklaşımla³⁰, ana sınırlandırma müzakeresinden önce ve/veya bağımsız olarak, müzakerelerde bulunması hükmün hazırlayıcılarının da istediği bir durumdur³¹. Bu müzakerelerin anlamlı olması şarttır³². Yani sadece *şekli anlamda* masaya oturulması, yükümlülüğün yerine getirilmesi anlamına gelmemektedir. Uluslararası Adalet Divanı'nın da ifade ettiği üzere, bir tarafın diplomatik müzakerede sadece kendi ulusal konumunu tekrarlaması ve bundan herhangi bir şekilde sapmayı bir ihtimal olarak dahi görmediğini gösterecek şekilde davranması, iyi niyetle müzakerelerde bulunma kuralının ihlali anlamına gelecektir³³. Bununla beraber, tarafların bir anlaşma ile masadan kalkmaları zorunluluğu bulunmamaktadır. Davranış kuralı/yükümlülüğü ile kastedilen budur. Devletlerin anlaşma ihtimalini dışlamadan, iyi niyetle müzakeresi yeterli ve gereklidir.

²⁷ Lagoni, s. 354.

²⁸ Guyana v. Suriname Award, s. 130, para. 461; Tanaka, Unilateral Exploration and Exploitation, s. 315.

²⁹ Cameroon/Nigeria Case, para.244.

³⁰ BIICL Report, s.13; Eze, s. 100.

³¹ Milano/Papanicolopulu, s. 613; Guyana v. Suriname Award, s. 130, para. 461; Tanaka, Unilateral Exploration and Exploitation, s. 315; Yiallourides, Oil and Gas Development, s. 70.

³² Yiallourides, Oil and Gas Development, s. 70.

³³ Lagoni, s. 356.

Gana/ Fildişi Sahili Kararı'nda davaya bakan Özel Daire, taraflar arasındaki müzakerelerin altı yılı aşan bir süre devam etmiş olmasını hukuka aykırı olarak görmemiştir. Özel Daire'ye göre, Fildişi Sahili bu toplantıların *anlamsız* olduğuna dair herhangi bir delil getirebilmiş değildir. Ayrıca, Gana'nın kendisi hakkında daha avantajlı gördüğü statükoyu korumak konusunda takındığı diplomatik tavır, iyi niyetle müzakere etme yükümünün ihlali değildir. Aynı şekilde Gana'nın, müzakerelerin ilk aşamalarında tarafların yargı yoluna başvurmasına engel olması da kötü niyet delili olarak değerlendirilmemiştir³⁴.

Özel Daire, bu yükümlülüğün bir sonuç tekeffülü olarak görülemeyeceğini, burada sadece bir davranış yükümlülüğünden bahsetmek gerektiğini, sırf bir tarafın beklemiş olduğu sonucun müzakereler sonucunda yaratılamamasının bir ihlalin varlığına neden olmayacağını ifade etmiştir³⁵.

Tarafların masadan anlaşma ile kalkması elbette istenen bir sonuçtur. Burada ifade edilmelidir ki anlaşmanın resmi bir andlaşmaya dönüştürülmesi şart değildir. Taraflar geçici mahiyetteki, yani ana sınırlandırma uyuşmazlığının çözülmesine kadar geçerli olabilecek andlaşmalar yapmakta tamamen serbesttirler³⁶. Bununla beraber, resmi olmayan modus vivendi gibi yollarla da istenen sonuca ulaşılmış olacaktır³⁷. Şekli anlamda andlaşma yahut daha pratik bir başka yol ile elde edilen uzlaşma içeriği hakkında da herhangi bir zorunlu unsur mevcut değildir. Taraflar verimli ve hakkaniyete uygun kaynak kullanımının yolunu açacak her türlü adım konusunda uzlaşma sağlamış olabilirler³⁸. Önemli olan; iyi niyetle müzakere etmek, çözüm için çaba sarf etmek ve sonrasında da eğer mümkün olabilirse, belli bazı konularda uyuşabilmektir. Dikkat edilmelidir ki burada hukuken zorunlu olan ilk kısımdır, yani iyi niyetle müzakerelerde bulunulması. Ancak hükmün nihai amacı gereği esas istenen geçici anlaşmalar yoluyla hem uzlaşma kültürünün beslenmesi hem de nihai olarak sınırlandırma uyuşmazlığının çözümüne katkı sağlayacak bir takım önlemlerin alınmasıdır. Şu da var ki geçici anlaşma kısmında alınan kararlar tarafların esas sınırlandırma uyuşmazlığına ilişkin ulusal konularına halel getirmez. Örnek vermek gerekirse, tarafların geçici olarak benimsemiş oldukları ve bir modus vivendi'ye daya-

³⁴ Ghana v. Côte d'Ivoire Judgment, ITLOS, s. 165-166, para. 604.

³⁵ Ghana v. Côte d'Ivoire Judgment, ITLOS, s. 165-166, para. 604.

³⁶ BIICL Report, s. 14.

³⁷ Milano/Papanicolopulu, s. 614.

³⁸ Milano/Papanicolopulu, s. 614.

nan, tarafların petrol arama bölgelerini bir süreliğine tanzim eden bir tatbiki deniz hattı; Devletlerin sahip oldukları taleplerin, ki bunlar geçici olarak üzerinde anlaşılardan çok daha fazlasına da ilişkin olabilir, hukukiliği veya hakkaniliği hakkında hiçbir şey söyleyemeyecektir³⁹.

Geçici düzenlemelere ilişkin müzakereler sonucunda, taraflar arasındaki uyuşmazlığın konusunu oluşturan deniz alanlarında herhangi bir arama ve faydalanma faaliyetinden kaçınma konusunda bir uzlaşma da oluşabilir. Bu, ilk bakışta, deniz alanlarının hakkaniyete uygun ve verimli kullanımı amacıyla uyuşmaz bir karar gibi görünmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki böylesi bir temkin anlaşması sonucunda sınırlandırmanın tamamlanması için uygun koşullar sağlanması için olumlu bir atmosfer sağlanmasına katkı sağlanabilecek ve hatta sürecin hızlanmasına neden olunabilecektir. Bu da söz konusu kaynakların zamansal anlamda daha hızlı bir şekilde işlenmesinin yolunu açacağından amaçsal yoruma ters düşmeyen bir adım atıldığı sonucuna ulaşmak gerekmektedir.

BMDHS'nin 74 ve 83. maddelerinin ortak 3. fıkrası hükmünün ilgili olduğu alanlar, hiç şüphe yoktur ki Devletlerin haklarında uyuşmazlık yaşadığı, farklı görüşlere sahip oldukları deniz alanlarıdır⁴⁰. Dolayısıyla, bu alanlar dışındaki alanların müzakere konusu yapılmasına lüzum bulunmamaktadır. Ancak güven artırıcı önlemler olarak veya sırf bir çözüm fırsatının yaratılması ile başka bazı alanlar hakkında da müzakerelerde bulunmasının önünde herhangi bir engel mevcut değildir ve fakat bu durum konumuzla ilgili değildir.

Geçici Düzenlemelerin Mahiyeti

Konumuzla daha yakından ilgili olan husus, gösterilen çabalar sonucunda elde edilen uzlaşmanın mahiyetidir. Elbette, bu uzlaşma söz konusu deniz alanına ilişkin farklı veya çelişen görüşlere sahip en az iki devlet arasında olmalıdır⁴¹.

Ulaşılan uzlaşma “tatbiki” mahiyettedir⁴². Bunlar alanın ve alandaki kaynakların kullanılmasına ilişkin pratik kararlardır ve hukuken tarafların esas

³⁹ Guyana v. Suriname Award, s. 131, para. 461.

⁴⁰ Lagoni, s. 356.

⁴¹ Lagoni, s. 358.

⁴² Lagoni, s. 358.

sınırlandırma uyuşmazlığına ilişkin herhangi bir etkileri mevcut değildir⁴³. Unutulmamalıdır ki bunlar geçici tedbirlerdir. Dolayısıyla etkileri itibariyle, kural olarak, amacıyla sınırlı düzenlemeler olarak nitelendirilmelidir. Amacın ötesine taşınacak şekilde yorumlanmaları mümkün değildir. Bu geçici mahiyetteki tedbirler ise, tanımları gereği, alan üzerindeki egemen hakları hangi tarafın hukuka uygun olarak kullanabileceğini belirleyen, bu konuda münhasır hak sahipliğini belirleyen esas sınırlandırma hakkında belirleyici olamaz⁴⁴.

Bu tedbirlerin bir uzlaşma içinde karara bağlanmasını takiben, tarafların esas sınırlandırma konusunda anlaşamaması durumunda, özellikle de geçici tedbirlerin *resmi bir anlaşma* ile belirlendiği hallerde, anlaşmanın geçiciliğinin arka plana atılması söz konusu olabilir. Bu hallerde elbette taraflar söz konusu anlaşmadan çekilme veya anlaşmayı feshetme hakkına sahip olabilirler⁴⁵. Fakat bu durumu bütün uyuşmazlık hallerine otomatik olarak teşmil etme durumumuz kesin olarak mevcut değildir. Geçici tedbirlere ilişkin anlaşma veya uzlaşmalar kazanılmış hak yaratma potansiyeline sahip değildir⁴⁶. Aynı şekilde, bu geçici tedbirlerin *estoppel* etkisi de mevcut değildir⁴⁷. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, bu sonuç, bu tedbirlerin esas sınırlandırmaya ilişkin taraf tezleri üzerinde etkisinin bulunmaması haliyle de uyumlu bir yorumsal sonuçtur.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, geçici bir takım düzenlemeler öngören ve tedbirler alan belgenin Uluslararası Hukuk anlamında bir anlaşma olması zorunluluğu bulunmamaktadır⁴⁸. Meselelerin elbette resmi anlaşma yoluyla halli mümkündür ve burada tarafların bağlanma iradesinin mevcudiyeti ve mahiyetine bakmak gerekecektir. Tarafların ellerinde mevcut bir metin varsa, bu metnin içeriğine bakılmalıdır⁴⁹.

⁴³ Lagoni, s. 358.

⁴⁴ Guyana v. Suriname Award, s. 131, para. 461.

⁴⁵ Lagoni, s. 358-359.

⁴⁶ Lagoni, s. 359.

⁴⁷ Lagoni, s. 359.

⁴⁸ BIICL Report, s. 18.

⁴⁹ BIICL Report, s. 18.

Geçici Düzenleme Türleri

Bu geçici düzenlemelerin ve bunlarla üzerinde anlaşma sağlanan geçici tedbirlerin ne olması gerektiği yönünde zorunlu bir tipoloji mevcut değildir⁵⁰. Bununla kast edilen, şu veya bu tedbirlerin alınması şarttır şeklinde bir zorunluluk bulunmamasıdır. Kaldı ki böylesi bir empoze edilen çözümler listesi, hukuki metnin amacıyla da uyuşmaz görünmektedir. BMDHS'nin 74. ve 83. maddelerinin ortak 3.fıkrası, bir davranış yükümlülüğü öngörmektedir. Sırf, iyi niyetle yürütülen ve fakat sonucunda herhangi bir anlaşmaya ulaşılamayan durumlarda dahi bu kuralın aradığı yükümlülük yerine getirilmiş sayılırken; meseleyi bundan daha ileri noktaya taşımak, belli bazı anlaşma modalitelerini zorunlu gibi göstermek bir aşırı yorum örneği olarak görülmelidir.

Uygulamada en çok karşılaşılan geçici düzenlemeler ise geçici bir sınır/hattın (provisional boundary) belirlenmesi ve ortak geliştirme (joint development) faaliyetleridir⁵¹.

74 ve 83. maddelerin ortak 3. fıkrası bağlamında geçici bir sınırın/hattın belirlenmesine verilebilecek en iyi örneklerden birisini Cezayir ve Tunus Devletleri arasında 2002 senesinde tespit edilen hat oluşturmaktadır⁵². Bir başka örnek ise İrlanda ve Birleşik Krallık arasında gerçekleştirilmiştir. Bu geçici düzenlemeye ilişkin anlaşma 2001 yılında sonuçlandırılmış ve meselenin, kesin sınırı çizen bir anlaşma vasıtasıyla nihai olarak çözümlendiği 2013 yılına kadar da yürürlükte kalmıştır⁵³.

Geçici olarak bir sınırın belirlenmesinin yanı sıra tarafların ortak idare etme/geliştirme konusunda da anlaşma yoluna gittikleri gözlemlenmektedir. Genel olarak üzerinde uzlaşmış tek-tip bir tanımlanmamakla beraber⁵⁴ bu anlaşmalar, egemenliğine veya aidiyetine ilişkin anlaşmazlık yaşanan alanlarda, anlaşmazlığın tarafları olan Devletlerin petrol gibi doğal kaynakları işbirliği içinde geliştirmelerini sağlayan anlaşmalardır⁵⁵. Bu tip anlaşmalarda taraflar söz konusu alanın idaresi, kullanımı ve elde edilen gelirlerin paylaşımına ilişkin

⁵⁰ BIICL Report, s. 14; Lagoni, s. 260.

⁵¹ BIICL Report, s. 14.

⁵² BIICL Report, s. 14.

⁵³ BIICL Report, s. 14-15.

⁵⁴ Marshall, s. 141.

⁵⁵ Marshall, s. 141-142; Onele, s. 3.

kararlar almakta ve bunları uygulamaktadır⁵⁶. Uygulamada, nihai çözüm içeren sınırlandırma anlaşmasından önce yürürlüğe giren 20'den fazla örnek olduğu ifade edilmektedir⁵⁷. Nijerya ve Sao Tome Devletleri arasında böylesi bir ortak geliştirme anlaşması imzalanmıştır⁵⁸. 2001 yılında imzalanan anlaşmanın Diba-cesi'nde, BMDHS'nin 74. maddesinin 3. fıkrasına açıkça atıf yapılmakta ve bu düzenlemenin ilerideki sınırlandırma anlaşması üzerinde herhangi bir etkisi olmayacağı da hükme bağlanmaktadır⁵⁹. Anlaşmanın 45 yıllık bir geçerlik süresi öngörülmüştür. Böylesi uzun sayılabilecek bir sürenin tespit edilmiş olmasının amacının, ekonomik kaygılarla problemleri bir deniz alanına yatırım yapmaktan kaçınması muhtemel görünen şirketlerin aradığı emniyeti sağlamak olabileceği ifade edilmektedir⁶⁰.

İyi niyetle müzakerelerde bulunma yükümlülüğü, maddenin hazırlık çalışmalarında ortaya çıkan iki yaklaşımdan özendirici yaklaşımın etkisiyle düzenlemeye eklenmiştir. Düzenlemenin son halinin etkilendiği yaklaşım sadece özendirici yaklaşım olmamıştır. Kısıtlayıcı/yasaklayıcı yaklaşım da düzenleme üzerinde etki sahibi olmuştur. Bu etki kendisini taraflara yüklenmiş bulunan karşılıklı temkin (mutual restraint) yükümlülüğü ile belli etmektedir⁶¹.

KARŞILIKLI TEMKİN YÜKÜMLÜLÜĞÜ

BMDHS'nin 74. ve 83. maddelerinin ortak 3. fıkrasının düzenlemiş olduğu diğer yükümlülük ise "nihai anlaşmaya ulaşılmasını tehlikeye düşürmek veya engellemek" için her türlü çabayı sarf etmektir⁶². Burada da söz konusu olan, bir davranış yükümlülüğüdür. Bu düzenleme ile ilgili Devletlerin her faaliyeti yasaklanmak istenmiş değildir. Burada, Devletlerin uyuşmazlığın konusunu oluşturan deniz alanları içinde, nihai anlaşmaya ulaşılmasını etkileyecek mahiyetteki faaliyetleri ile ilgili bir yasaklama söz konusu değildir⁶³.

⁵⁶ BIICL Report, s. 15.

⁵⁷ Onele, s. 4.

⁵⁸ BIICL Report, s. 15.

⁵⁹ BIICL Report, s. 15.

⁶⁰ BIICL Report, s. 15.

⁶¹ Tanaka, Unilateral Exploration and Exploitation, s. 316.

⁶² Guyana v. Suriname Award, s.131, para. 465; Lagoni, s. 362; Milano/Papanicolopulu, s. 616; Yiallourides, Oil and Gas Development, s. 72.

⁶³ Guyana v. Suriname Award, s. 132, para. 465.

Burada aynı şekilde tek taraflı yararlanma da *tamamen* yasaklanmış değildir⁶⁴. Burada taraf Devletler için öngörülen yükümlülük, zaten zor olan bir durumu daha da karmaşık hale getirmekten kaçınmaları yükümlülüğüdür⁶⁵. Tarafların karşılıklı olarak temkin sergilemeleri beklenmektedir, bu bölümün spesifik olarak öngördüğü budur⁶⁶. Bununla beraber, temkinli yaklaşmak ve bir anlamda gerilimi arttırmamak için Devletlerin hangi eylemlerden kaçınmaları gerektiğinin yorum yoluyla somutlaştırılması gereklidir; çünkü düzenlemede herhangi bir faaliyet türü yasak olarak betimlenmiş değildir.

Uygulamada ortaya çıkan ikili bir ayırım bize yol gösterici mahiyettedir. Guyana/Surinam Tahkim Kararı'nda da belirtildiği üzere, deniz çevresinde kalıcı fiziksel değişiklik yaratmayan tek taraflı faaliyetler hükmün yasaklamadığı faaliyetler olarak görülmelidir⁶⁷. Hakem Heyeti'ne göre bu, kendisinden önceki olaylarda ortaya çıkmış ve geliştirilmiş bir ayırımdır. Yunanistan-Türkiye Davası'nda Uluslararası Adalet Divanı, tartışmalı deniz alanı kapsamında yapılabilecek faaliyetleri ikiye ayırmıştır: Bir tarafta etkileri itibariyle geçici faaliyetler ve diğer tarafta da etkileri itibariyle diğer Devletin haklarına geri döndürülemez zarar verecek olan faaliyetler⁶⁸. Çevresel etkisi kalıcı olan dolayısıyla diğer Devletin hak ve menfaatlerine kalıcı zarar verecek faaliyetler arasında doğal zenginliklerin kazılar yoluyla aranması faaliyeti sayılmalıdır⁶⁹. Buradaki davranış yükümlülüğünün, etkileri geri döndürülemez olan faaliyetleri dışlayan bir yükümlülük olarak görülmesi kanaatimizce doğru bir yorumdur. Başka bir yargılama faaliyeti bağlamında Yargıç Paik'in de ifade ettiği üzere, burada esas olarak sonuca-bağımlı bir süreçten bahsedilmektedir⁷⁰ ve geri döndürülemez bir şekilde doğal kaynaklara etki eden, bunları azaltan veya tüketen faaliyetler bunların her halükarda bir örneğini oluşturmaktadır. Burada bu faaliyetlerin özellikle ifade edilir hale gelmesinin sebebi, bu faaliyetlerin altında yatan ve hakkaniyeti ve hakkaniyete uygun paylaşımı dikkate almayan Devlet iradesidir. Sınırlandırma sonucunda diğer tarafın alanına dahil edilebilecek olan MEB veya Kıta

⁶⁴ Lagoni, s. 362; Separate Opinion of Judge Paik, Ghana v. Côte d'Ivoire Judgment, s. 2-3, para. 5.

⁶⁵ BIICL Report, s. 19.

⁶⁶ Lagoni, s. 362.

⁶⁷ Guyana v. Suriname Award, s. 132, para. 467; van Logchem, s. 177.

⁶⁸ Aegean Sea, Interim Protection Order, I.C.J. Reports 1976, s. 3, para. 30'dan aktaran Guyana v. Suriname Award, s. 132, para. 468.

⁶⁹ Eze, s. 98; Onele, s. 3.

⁷⁰ Separate Opinion of Judge Paik, Ghana v. Côte d'Ivoire Judgment, s. 3, para. 6.

Sahanlığı üzerinde, diğer Devletin sahip olduğu münhasır hakları dikkate alınmayan bir Devletin elbette sınırlandırma için öngörülen uzlaşma havasına katkı sağlaması imkansız görünmektedir.

UAD'ın söz konusu Yunanistan-Türkiye Davası kararında da belirttiği üzere, sismik araştırmalar bu hükmün uygulama alanı dışında tutulmalıdır; çünkü herhangi bir kalıcı ve geri döndürülemez zararın bu faaliyetler sonucu ortaya çıkması beklenemez⁷¹. Sismik araştırmalardan farklı olarak, deniz yatağına veya altına kalıcı zarar verecek faaliyetler arasında söz konusu alanda tesis inşa etme ve kazılarda bulunma sayılmalıdır. Şu da var ki, tarafların, iyi niyetle müzakere etme yükümünü yerine getirmeleri ve bunun sonucunda bir anlaşmaya ulaşmaları halinde, tarafların belli bazı faaliyetlere, uyumsuzluk konusu alanın tümünde veya belli bölgelerinde izin vermeleri mümkündür. Böyle bir durumda, özü itibarıyla uygulamada geliştirilmiş olan geri döndürülemez zararlara neden olacak faaliyetlerin de gerçekleştirilmesi hukuka uygun hale gelecektir. Kural olarak hüküm ile kaçınılması gereken faaliyet olarak tanımlanması şart olan bu faaliyet türleri, sırf tarafların karşılıklı anlaşması neticesinde gerçekleştirilebilir hale gelmiştir. Böylesi bir durumda elbette bu faaliyetlere girişilmesi, uyumsuzluğu daha kötü hale getirmeme amacıyla temkinli davranma yükümünün ihlali olarak nitelendirilemez⁷².

Lagoni benzer bir yükümlülüğün Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin⁷³ 18. maddesi ile getirildiğini hatırlatmaktadır⁷⁴. Bir andlaşmanın yürürlüğe girmesinden önce, bu andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldırmama yükümünü düzenleyen bu maddeye göre “Bir Devlet, ... bir andlaşmanın konu ve amacını ortadan kaldıracak hareketlerden kaçınmak mecburiyetindedir”⁷⁵.

İlginç olan, bu hükmün hazırlık çalışmaları sırasında Waldock'un, “deniz alanlarının sınırlandırılması amacıyla andlaşma yapmak amacıyla müzakereler yürüten Devletlerin söz konusu alandaki mineral zenginlikleri bu süreç de-

⁷¹ Sismik doğal kaynak araştırmalarının ve etkilerinin detaylı bir anlatımı için bkz. Yiallourides, s. Protecting and preserving, s. 145-150.

⁷² Guyana v. Suriname Award, s. 132, para. 468.

⁷³ Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969, U.N.T.S., Volume 1155, s. 331-352.

⁷⁴ Lagoni, s. 363.

⁷⁵ Kullanılan madde metni çevirisi için bkz. için bkz. Viyana Andlaşmalar Hukuk Sözleşmesi, <http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/Viyana_69.pdf> (Erişim Tarihi: 05.11.2018)

vam ederken tüketmiş olmaları” örneğini vermesidir⁷⁶. Burada önemli olan, söz konusu düzenlemelerin ortak noktasının konu edindikleri hallerin bir özelliğinden kaynaklanmasıdır. Bu da ilgili Devletlerin hak ve menfaatlerinin özellikle ihlal edilmelerinin kolay ve mümkün olmasıdır. Elbette, ortak 3. fıkra ile özel bir temkin yükümü yaratılmaktadır. Deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin müzakerelerde uygulanmak için ayrıca yaratılmış bir hukuk kuralıdır ve hukukun yeniden ifadesi olarak görülemez. Bilakis burada sözleşme kaynaklı, yani doğrudan sözleşme hükmünden kaynaklanan bir yükümlülük mevcuttur. Bu yükümlülük anlaşmazlığı sona erdirmek için yürütülen müzakerelerden önce, aslında Devletlerin, çelişme halinde bulunan iddialarının varlığının anlaşılmasından itibaren ortaya çıkan bir yükümlülük olarak değerlendirilmelidir⁷⁷. Ortada bir anlaşmanın veya uzlaşmanın olması şart koşulmuş değildir, bu yükümlüğün varlığı bir anlaşmaya bağlı da değildir.

Aynı şekilde, bu davranış yükümü Münhasır Ekonomik Bölge ve Kıta Sahaneliği uyuşmazlıklarında uygulama bulacak bir hükümdür. Bu deniz alanlarının özellikleriyle ilgili olmayan kullanımlarda uygulamama bulmaması ve fakat yalnızca bu alanların sahiplerinin kullanması mümkün olan haklar bağlamında ilgili görülmesi gereklidir. Demek istediğimiz, kıyı devletinin münhasıran kullanması gereken haklar dışında değerlendirilecek hak ve özgürlükler bu hükmün uygulama alanı dışındadır⁷⁸. Bu haklardan yararlanılması sırasında kural olarak herhangi bir “tehlikeye düşürmeme veya engellememe” yükümlülüğünden bahsedemeyiz. Elbette, Uluslararası Hukukun diğer kaynak ve kurallarıyla uyumlu olarak bu haklardan yararlanılması gerekir ve ilgili mevzuat ile öngörülmuş sınırlamalar uygulama bulacaktır. Bununla beraber, örneğin seyrüsefer ile ilgili haklarını kasten ve aşikâr bir biçimde kötüye kullanan uyuşmazlık tarafı bir Devletin, aynı zamanda nihai anlaşmayı engelleyici bir faaliyette bulunduğu bahsetmek gerekmektedir. Böylesi bir faaliyetin nihai anlaşmayı tehlikeye atması sebebiyle, 3. fıkra hükmünün bir ihlali olarak değerlendirilmesi doğru olacaktır. Burada her hal ve şartta önemli olan, Devletlerin nihai bir anlaşmayı tehlikeye düşürmemeleri veya engellememeleridir⁷⁹. Çevresel değer ve kaynaklara kalıcı zarar verici mahiyetteki her türlü eylemi, bir geçici tedbirler hakkındaki anlaşmanın yokluğu halinde elbette, bu yükümlülüğün ihlali olarak

⁷⁶ Örneği Lagoni’ye borçluyum; Lagoni, s. 363.

⁷⁷ Lagoni, s. 364; Tanaka, *Unilateral Exploration and Exploitation*, s. 316.

⁷⁸ Lagoni, s. 364.

⁷⁹ Lagoni, s. 365.

değerlendirmek gerekir. Aynı şekilde, geçici tedbirler öngören tatbiki bir anlaşma yoluyla, doğal kaynaklara geri döndürülemez etkileri olabilecek kararların meşru hale gelmesi mümkündür. Burada, tarafların elde ettikleri uzlaşma bu sonucu yaratmaktadır. Mevcut bu uzlaşma ile çevreye kalıcı zarar verecek faaliyetlerin nihai anlaşmayı tehlikeye atmayacağı taraflarca kabul edilmektedir.

SONUÇ

BMDHS'nin 74 ve 83. Maddelerinin 3. Fıkrası, BMDHS'nin hem temel bir normu olan uzlaşmayı sağlama amacına hem de doğal kaynakların pratik kullanımın önünü açma amacına hizmet etmektedir⁸⁰. Bu ortak düzenleme ile Münhasır Ekonomik Bölge ve Kıta Sahaneliği deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin uyuşmazlıkların tarafı olan Devletlere iki ayrı davranış yükümlülüğü getirilmiştir. Bunlar, uyuşmazlığı tamamen çözecek bir anlaşmaya kadar geçici tedbirler öngören düzenlemeler yapmak için iyi niyetle müzakere etmek ve uyuşmazlığı daha da ağırlaştırarak bir anlaşmayı tehlikeye düşürmemek veya engellemektir. Burada özellikle ortaya çıkan husus *iyi niyetle* davranma alışkanlıklarının ve uzlaşma kültürünün bu düzenlemeler yoluyla desteklenmesidir. Bu konuda başarı sağlanması halinde uluslararası barış ve güvenliğin sağlanmasında önemli bir kazanım elde edileceği değerlendirilmektedir. Aynı şekilde, deniz ve okyanuslardaki doğal zenginliklerin hakça paylaşılması ve verimli bir şekilde kullanılmasının da yolu açılacaktır.

Ayrıca, bu süreçte Devletlerin kendi iradeleriyle işbirliği imkânlarını araştırma ve geliştirmesi de desteklenmektedir. İlaven, Devletlerin, gelecekteki bir çözümü imkânsız hale getirecek veya bunu tehlikeye düşürecek tek-tarafli eylemlerden kaçınmaları da şarttır. Diğer tarafın rızasının olduğu haller müstesna, uyuşmazlığın konusunu kısmen veya tamamen oluşturan bir deniz alanında tek tarafli eylemler ile deniz alanına, doğal zenginlik ve kaynaklara kalıcı zarar veren faaliyetlerin söz konusu olduğu hallerde bu ikinci yükümlülüğün ihlal edilmesi söz konusu olacaktır. Tarafların anlaşarak bu mahiyetteki faaliyetlere, söz konusu tartışmalı alanın tamamında veya belli bir kısmında izin vermesi ise mümkündür. Tarafların ayrıca, doğası gereği çevresel zarar oluşturmeyen, doğal kaynakları kalıcı olarak tüketmeyen sismik araştırmalar gibi faaliyetleri de yasaklamasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Önemli olan tarafla-

⁸⁰ Separate Opinion of Judge Paik, Ghana v. Côte d'Ivoire Judgment, s. 2, para. 3.

rın, ortak bir karar alarak meselenin barışçıl yollar ile çözülmesi konusunda çaba göstermesidir.

Bu çalışmada incelediğimiz ortak 3. fıkra, hızlı bir şekilde kontrolden çıkma potansiyeli taşıyan önemli anlaşmazlıklar ile ilgili olarak uzlaşma kültürünün ve atmosferinin yaratılmasını kendisine amaç edinmiştir. Kanaatimizce, Devletlerin kendi iradeleriyle çözüme yol açacak tedbirler üzerinde uzlaşmaları; sınırlandırmada hakkaniyete uygun sonuçlara ulaşılmasında, deniz yahut okyanusların doğal kaynaklarının hakkaniyete uygun ve verimli şekilde işletilmesinde en etkin yol olarak görülmelidir.

KAYNAKÇA

ERMOLINA, Natalia / Constantinos YIALLOURIDES. *State Responsibility for Unilateral Hydrocarbon Activities in Disputed Maritime Areas: The Case of Ghana and Côte d'Ivoire and its Implications*, <<http://site.uit.no/jclos/2017/11/23/state-responsibility-for-unilateral-hydrocarbon-activities-in-disputed-maritime-areas-the-case-of-ghana-and-cote-divoire-and-its-implications/>>, (Son Erişim Tarihi: 28.10.2018).

EZE, Nicholas Chinedu. *Rethinking Maritime Delimitation and Promoting Joint Development of Petroleum: The Nigeria-Sao Tome and Principe Joint Development Model*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, University of British Columbia, September 2011.

GHANA v. CÔTE D'IVOIRE. *Judgment, Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary Between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/ Côte d'Ivoire)*, International Tribunal For The Law of The Sea (ITLOS), 23 September 2017, Case No. 23, <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.23_merits/C23_Judgment_23.09.2017_corr.pdf>.

GUYANA v. SURINAME AWARD. Award in the Arbitration Regarding the Delimitation of the Maritime Boundary between Guyana and Suriname Award of 17 September 2007, *Reports of International Arbitral Awards*, 17 September 2007, Volume XXX, 2012, s. 1-144, <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXX/1-144.pdf>, (Erişim Tarihi: 06.11.2018).

LAGONI, Rainer. “Interim Measures Pending Maritime Delimitation Agreements”, *The American Journal of International Law*, Volume 78, No. 2, April 1984, s. 345-368.

MARSHALL, Junaidu Bello. “Joint Development of Offshore Oil and Gas in the Gulf of Guinea: A Case of Energy Security for Nigeria and Cameroon”, *Journal of Law, Policy and Globalization*, Volume 32, 2014, s. 138-148.

MILANO, Enrico, Irini PAPANICOLOPULU. “State Responsibility in Disputed Areas on Land and at Sea”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Volume 71, 2011, s. 587-640.

ONELE, Joseph. “Revisiting Unilateral Exploitation of Mineral Resources in Disputed Water under United Nations Convention on the Law of the Sea: Any New Matter Arising?”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2018, s. 1-14.

PAIK, Jin-Hyun. Separate Opinion of Judge Paik, *Judgment, Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary Between Ghana and Côte d’Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/ Côte d’Ivoire)*, International Tribunal For The Law of The Sea (ITLOS), 23 September 2017, Case No. 23, <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.23_merits/C23_Judgment_23.09.2017_SepOp_Paik_orig.pdf>, (Erişim Tarihi: 06.11.2018).

TANAKA, Yoshifumi. “The Guyana/Suriname Arbitration: A Commentary”, *Hague Justice Journal*, Volume 2 No. 3, 2007, s. 28-33.

TANAKA, Yoshifumi. “Unilateral Exploration and Exploitation of Natural Resources in Disputed Areas: A Note on the Ghana/ Côte d’Ivoire Order of 25 April 2015 before the Special Chamber of ITLOS”, *Ocean Development & International Law*, Vol.46, Issue 4, 2015, s. 315-330.

VAN LOGCHEM, Youri. “The Scope for Unilateralism in Disputed Maritime Areas”, (içinde). Clive H. SCHOFIELD, Seokwoo LEE, Moon-Sang KWON (Eds.), *The Limits of Maritime Jurisdiction*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2014, s. 175-197.

YIALLOURIDES, Constantinos. “Oil and Gas Development in Disputed Waters under UNCLOS”, *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, Volume 5, Issue 1, April 2016, s. 59-86.

YIALLOURIDES, Constantinos. “Protecting and Preserving the Marine Environment in Disputed Areas: Seismic Noise and Provisional Measures of Protection”, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Volume 36 No. 2, 2018, s. 141-161.

DANIŞTAY KARARLARI IŐIŐINDA İDARE HUKUKUNDA SEBEP İKAMESİ KAVRAMI

*The Light of the Council of State Decisions, the Concept of the Cause Substitute
in Administrative Law*

*Dr. Öğr. Üyesi Aynur HASOĞLU**

ÖZET

İdari yargıdaki dava türlerinden biri iptal davasıdır. İptal davası idari işlemin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle açılan davadır. Bu davanın görülmesi sırasında hâkim tarafların ileri sürdüğu sebeplerin dışında bir sebebin hukuka uygun olarak gerçekleştiği kanaatine varırsa yargılamayı bu sebebe dayanarak sona erdirecektir. İdare hukukunda bu durum sebep ikamesi olarak adlandırılmaktadır.

ANAHTAR KELİMELEER

İdari İşlem, İdari İşlemin Unsurları, Sebep Unsuru, Sebep İkamesi

ABSTRACT

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı. aynurhasoglu@erciyes.edu.tr ORCID: 0000-0002-1679-0241.

Makale Geliş Tarihi: 02.01.2019

Makale Kabul Tarihi: 27.03.2019

One of the types of proceedings in administrative jurisdiction is a cancellation case. The act of revocation is based on the grounds that the administrative proceeding is contrary to the law. If, during the course of this case, the judge finds that he or she is convicted in accordance with the law for reasons other than those reasoned by the parties, he / she shall endeavor to judge on this ground. In administrative law, this is called a cause substitute.

KEY WORDS

Administrative Act, Component of Administrative Act, Motives of administrative acts, cause substitute.

I. GENEL OLARAK

Bilindiği üzere idari işlemler hukuka uygunluk başka bir deyişle kanunilik karinesinden yararlanırlar¹. Bu karine idari işlemin açılan bir iptal davası sonucu iptal edilinceye ya da yapılan bir başvuru üzerine veya idare tarafından kendiliğinden geri alınıp kaldırılıncaya kadar hukuka uygun kabul edilmektedirler². Bu karinenin ortadan kaldırılması yani aksinin ispat edilmesi ise yargı yolu ile gerçekleşmektedir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu³'nun dava türlerini düzenleyen 2. maddesi iptal davaları açısından idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden hukuka uygun olmasını ara-

¹ “İdari işlemler, tesis edildikleri tarih itibariyle hukuka uygunluk karinesinden faydalanmaktadır. Başka bir ifade ile idari işlemler, mahkeme kararıyla iptal edilmedikleri; idarece geri alınmadıkları sürece hukuk âleminde varlıklarını ve etkilerini sürdürmektedirler. Bu itibarla; somut uyumsuzlukta, dava konusu işlemin dayanağı olan encümen kararının davacı tarafından öğrenilmesinin ardından iptali istemiyle dava açılmadığı anlaşıldığından, hukuka uygunluk karinesi kapsamında ve icrai nitelikte olduğunun kabulü gerekmekte olup, bu nedenle encümen kararının icrası için yapının boşaltılmasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” Danıştay 6. Dairesinin 30.09.2009 tarih E. 2007/2793, K. 2009/8987 sayılı kararı. http://www.lexpera.com.tr/CaseLaws/Content.aspx?SOPI=DA801D20090930K20098987E20072793&Doc=DANISTAY_TR et; 18.04.2017. Benzer bir karar için bkz; Danıştay 7. Dairesinin 16.11.2015 tarih ve E. 2002/4300, K. 2005/2763 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 29.03.2017.

² GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 125 – 126; AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 7. Baskı Ankara 2016, s. 382; GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, C. I, 2. Baskı, Bursa 2009, s. 678 – 681.

³ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, RGT 20/1/1982, RGS 17580.

mıştır⁴. Bu unsurlardan biri veya birkaçı itibarıyla işlemin hukuka aykırı olduğu kanaatine varıldığında yargı yeri dava konusu idari işlemi iptal edecektir.

İdari işlemlerin sahip olduğu söz konusu bu unsurlardan önemli biri de sebep unsurudur. Özel hukukta gerçekleştirilen işlemler açısından bir sebebin bulunmasına gerek yokken idare hukukunda gerçekleştirilen idari işlemler açısından işlemin bir sebebe dayanması gerekmektedir⁵.

Sebep, Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlüğünde bir şeyin olmasına yol açan şey olarak tanımlanmıştır⁶. İdari işlemin bir unsuru olarak sebep ise idari makamların idari işlemi yapmak için ihtiyaç duyduğu bütün etkenlerdir ve bir nevi idari işlemin gerekçesi olarak da ifade edilebilir. Danıştay'a göre sebep, idareyi işlem yapmaya yönelten tüm etkenler olup; sebep, işlemin bir tür gerekçesidir. Yasalarda açıkça belirtilmemiş olması halinde dahi, idari işlemin dayanağı olan sebebin, idare tarafından idari dava açılması durumunda, idari yargı mercii önünde bildirilmesi zorunludur.⁷

Sebep unsurunda bir hukuka aykırılık hali söz konusu olduğunda yargı yeri bu durumu işlemin hukuka aykırılığı bağlamında değerlendirecektir. İdarenin gösterdiği sebebin hukuka aykırı olması ya da söz konusu olayda hiç gerçekleşmemiş olması durumlarında işlemin hukuka aykırı olması ve iptali sonucu doğacaktır. Bazı durumlarda ise idari işlemde idarenin gösterdiği hukuka uygun olmayan sebebin yerine yargı yeri tarafından belirlenecek olan sebebin değerlendirilerek davanın sonuçlandırılması gerekmektedir. Bu durumda ise sebep ikamesi olarak ifade edilen uygulama söz konusu olmaktadır. İdare hukukunun içtihadı bir hukuk dalı olması sebebiyle çalışmamızda Danıştay kararları bağla-

⁴ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu md. 2/1-a "...İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları..."

⁵ GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku, C. II, İdari Yargılama Hukuku**, Gün. 4. Baskı, Ankara 2010, s. 532; YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, İstanbul 2009, s. 130; ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, Ankara 2016, Gün. 8. Baskı, s. 498; AKYILMAZ / SEZGİNER/ KAYA, **Türk İdare Hukuku**, s. 431; KALABALIK Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, 12. Baskı Konya 2018, s. 174.

⁶ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.58ebafd93987e1.92588668. Et; 10.04.2017.

⁷ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 17.10.1997 tarih E. 199/769, K. 1997/525 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 24.03.2017.

mında idari yargı yerlerinin sebep ikamesi yapabilmesine ilişkin hususlar ele alınıp değerlendirilmeye çalışılacaktır.

II. İDARİ YARGI HÂKİMİNİN RESEN ARAŞTIRMA YETKİSİ KAPSAMINDA UYUŞMAZLIKLARI İNCELEMESİ

İdari yargı denetiminin kapsamı ve sınırları konusunun temeli ve esası Anayasa'dır⁸. Anayasanın 'yargı yolu' başlıklı 125. maddesi yargı yetkisinin kullanımıyla ilgili hükümler içermektedir.

“Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.” (Anayasa md. 125/4)

İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde de idari yargılama yetkisine ilişkin olarak benzer bir hüküm yer almaktadır. Söz konusu hükme göre idari yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler, yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.

Benzer nitelikte bir düzenleme Mülga Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununda⁹ da yer almakta idi¹⁰.

⁸ GÜRAN, Sait, İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları, **Danıştay Başkanlığı 140. Yıl Sempozyumu 12 Mayıs 2008**, Ankara 2009, s. 57.

⁹ 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu RGT 20 Temmuz 1972, RGS 14251.

¹⁰ “20 nci maddede belirtilen kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden dolayı; yetki, sebep şekil, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından bahisle menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacak iptal davaları, aynı idari işlem ve eylemlerin haklarını ihlal etmesi halinde açılacak tam yargı davaları, doğrudan doğruya ve kesin olarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde çözümler ve karara bağlanır. İdari yargı yetkisi, idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yerindelik denetimi yapılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak tarzda kullanılamaz ve idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.” Mülga Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 21. maddesi.

İlgili hükümlerden idari yargı mercilerinin yargılama sırasında şu kural-lara uyması gerektiği sonucunu çıkarabiliriz. İdari yargı denetimi,

- Hukuka uygunluk denetimi şeklinde yapılabilir¹¹,
- Yerindelik denetimi yapılması mümkün değildir¹²,
- Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uy-gun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak şekilde,
- İdari eylem ve işlem niteliğinde¹³ ve
- İdarenin takdir yetkisini kaldıracak şekilde¹⁴ karar verilemez.

İdari yargı mercii yapacağı yargılamayı sadece dava konusu idari işle-min hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı tutacak, hiçbir şekilde yerindelik

¹¹ “Davacının ünvanının idarenin iç işlemi olan, bu listeye dahil edilmesi; idarenin idare huku-ku ilkelerine göre kurduğu bir idari işlem niteliği taşımamakta, davacının hukuksal duru-munda etki yaratmamaktadır. Şirketin ünvanının listeye yazıldığı tarihte henüz davacı hak-kında icrai nitelikte nihai bir işlem tesis edilmemiş olup, listeye ilgili ileri sürülebilecek hu-kuka aykırılıklar; ancak kesin ve yürütülmesi gerekli nihai işlemin tesis edilmesi halinde bu işlemin iptali istemiyle açılacak idari davada, bu işlemle birlikte ve onun sebep unsuru olarak hukuka uygunluk denetimine tabi tutulabilir.” Danıştay 3. Dairesinin 21.11.2006 tarih ve E. 2006/1968, K. 2006/3020 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 26.04.2017.

¹² “Dava; içkili lokanta işleten davacı tarafından, içkili lokantaların kapanış saatinin 24.00’ten 22.00’ye çekilmesine ilişkin Belediye Encümeni işleminin iptali istemiyle açılmıştır. Beledi-yelerin, işyerlerinin açılış-kapanış saatlerini belirlemede takdir hakkının olduğu; mahkemece bu yetkinin hukuka uygun kullanıp kullanmadığının denetlenmesi gerekir. Mahkemenin, iç-kili yerlerle ilgili asayiş ve güvenlik gibi sorunların, içkili yer bölgesi ve çeşitli müeyyidele-rin uygulanması suretiyle giderileceği şeklindeki gerekçesi ile de idarenin yerine geçilerek yerindelik denetimi yapıldığı görülmektedir.” Danıştay 8. Dairesinin 29.3.2013 tarih ve E. 2010/8660, K. 2013/2616 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 26.04.2017.

¹³ “2577 sayılı Yasanın 2. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yargı kararı ile idareleri işlem tesisine zorlanamayacağı gibi idari eylem ve işlem niteliğinde ve idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemeyeceğine göre, İdare Mahkemesince para cezası fa-hiş bulunduktan sonra idarenin yerine geçilerek para cezası miktarının belirlenmesinde hu-kuka uyarlık bulunmamaktadır.” Danıştay 6. Dairesinin 21.4.2006 tarih ve E. 2004/1613, K. 2006/2164 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 26.04.2017

¹⁴ “İdarelerin birden çok seçenektan birisini tercihte takdir yetkisi ile donatıldıkları durumlarda, yargı organınca yapılacak denetimin idarenin tercih ettiği seçeneğin hukuka uygunluğu ile sınırlı olup idareyi bu seçeneklerden birisini tercihte zorlayacak nitelikte olamayacağı belirti-len Anayasa ve yasa kuralları gereğidir.” Danıştay 8. Dairesinin 15.11.1999 tarih ve E. 1998/1881, K. 1999/6161 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 26.04.2017.

denetimi şeklinde kullanamayacaktır. Bu kapsamda iptal davaları için idari yargı hâkimi ya işlemi kısmen ya da tamamen iptal edecek ya da işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı kanaatine varırsa iptal talebini reddedecektir. Bunun dışında bir değerlendirmede bulunması idarenin işleminin yerinde olup olmadığını değerlendirmesi mümkün olmayacaktır.

İdari yargılama hukukumuzda genel olarak resen araştırma ilkesi geçerlidir. Bu ilke Danıştay'ın vermiş olduğu birçok kararda benimsenmiş ve sınırları açıklanmaya çalışılmıştır.

“Danıştay ile İdare ve Vergi mahkemelerinin, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları hükme bağlanmakla İdari Yargılama Usulü Hukukunda resen araştırma ilkesi benimsenmiş bulunmaktadır. Madde hükmü uyarınca, idari yargı yerleri, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirilmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kuralını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahiptirler. İdari yargı yerleri buna ek olarak olayın maddi yönünü belirleme noktasından da her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yapabilirler. İddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığına serbestçe araştırabilirler. Tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırmaya yönelebilecekleri gibi maddi olayın gerçek niteliğinin saptanması için gerektiğinde bilirkişi incelemesi de yaptırabilirler.”¹⁵

Danıştay vermiş olduğu bir başka kararında idari yargı yerlerinin uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirilmesini yapmak, olaya uygulanması gereken hukuk kuralını belirlemek ve sonuçta hukuki çözüme varmak yönlerinden tam bir yetkiye sahip olduklarını belirterek buna ek olarak olayın maddi yönünü belirleme noktasından da her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yapabileceklerini iddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığını serbestçe araştırabileceklerini hatta tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırmaya da yönelebileceklerini belirterek resen araştırma ilkesinin kapsamını ve sınırlarını belirlemiştir¹⁶.

¹⁵ Danıştay 3. Dairesinin 20.03.1996 tarih ve E. 1995/3462, K. 1996/834 sayılı kararı, http://www.lexpera.com.tr/CaseLaws/Content.aspx?SOPI=DA801D19960320K1996834E19953462&Doc=DANISTAY_TR et; 18.04.2017.

¹⁶ Danıştay 3. Dairesinin 21.11.1990 tarih ve E. 1990/2057, K. 1990/3199 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 4.5.2017.

Resen araştırma ilkesi¹⁷, İdari Yargılama Usulü Kanununun “dosyaların incelenmesi” başlıklı 20. maddesinde düzenlenmektedir¹⁸. Hükme göre idari yargı mercileri bakmakta oldukları davalara ilişkin her türlü incelemeyi kendiliklerinden yaparlar. Belirledikleri süre içinde gerek duydukları evrakların gönderilmesi ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu kapsamda yani hâkimin sahip olduğu resen araştırma yetkisi kapsamında hâkim yargılama sırasında ve hüküm verirken taraflarca ileri sürülmemiş olsa bile dava konusu işlemin yasal dayanağını kendiliğinden araştıracaktır¹⁹. Danıştay söz konusu ilkeyi idari yargıda idare hâkiminin önüne getiri-

¹⁷ “Bir idari işlemin maddi sebebinin gerçeğe ve hukuka uygunluğunun araştırılması, resen araştırma ilkesi gereğince davaya bakan idari yargı yerine aittir.” Danıştay 7. Dairesinin 30.11.2005 tarih E. 2002/1220, K. 2005/3010 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 24.03.2017.

“...bu yöntem, dava konusu işlemin tesisine esas olarak gösterilen, hukuki nedenin var olup olmadığının araştırılması, dayanağı olan bilgi ve belgelerin derlenmesi şeklinde uygulandığı gibi, taraflarca öne sürülmemiş olsa dahi, idare hukukunda kamu düzenine ilişkin olduğu tartışmasız kabul edilmiş olan görev, yetki, süre gibi konuların incelenmesi şeklinde de anlaşılır...” Danıştay 5. Dairesinin 8.12.1987 tarih ve E. 1885/1723, K. 1987/1723 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi** S.70 - 71, s. 277.

¹⁸ “1. Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.

2. Taraflardan biri ara kararının icaplarını yerine getirmediği takdirde, bu durumun verilecek karar üzerindeki etkisi mahkemece önceden takdir edilir ve ara kararında bu husus ayrıca belirtilir.

3. Ancak, istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez. 4. Mülga

5. Danıştay, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinde dosyalar, bu Kanun ve diğer kanunlarda belirtilen öncelik veya ivedilik durumları ile Danıştay için Başkanlar Kurulunca; diğer mahkemeler için Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca konu itibarıyla tespit edilip Resmi Gazete’de ilan edilecek öncelikli işler göz önünde bulundurulmak suretiyle geliş tarihlerine göre incelenir ve tekemmül ettikleri sıra dâhilinde bir karara bağlanır. Bunların dışında kalan dosyalar ise tekemmül ettikleri sıraya göre ve tekemmül tarihinden itibaren en geç altı ay içinde sonuçlandırılır.

6. İdare ve vergi mahkemelerinde heyet halinde görülen davalarda, birinci fıkrada belirtilen bilgi ve belgelerin istenmesine ve ek süre verilmesine ilişkin ara kararları, mahkeme başkanı veya dosyanın havale edildiği üye tarafından da verilebilir.”

¹⁹ ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, Ankara 2016, Gün. 8. Baskı, s. 489; OĞURLU, Yücel, “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re’sen Araştırma İlkesi”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. II, S. 1. s. 128.

len bir uyuşmazlıkta taraflarca ileri sürülmeyen tüm mevzuat ve hukuk ilkeleri resen nazara alarak karar vermesi genel esaslardandır diyerek ifade etmektedir²⁰.

Resen araştırma ilkesi kapsamında hakimin sahip olduğu araştırma yetkisi dava açıldıktan sonra kullanılacak bir yetki olup davanın açılmasından sonra, uyuşmazlığın giderilmesi için gereken her türlü araştırma ve incelemenin talep olmasa da hakim tarafından kendiliğinden yapılabilmesini ifade etmektedir²¹.

Mahkeme resen başvuracağı yöntemleri her davanın özelliklerine göre ayrı ayrı belirleyeceğinden kimi davalar için belge talebi kimi davalar için keşif incelemesine karar verebilme yetkisi örneklerinde olduğu gibi her davanın özelliğine göre mahkemelerin sahip olduğu resen araştırma ilkesinin içeriği belirlenecektir²².

Çalışmamızın konusu olan sebep ikamesinin gerçekleştirilmesi konusu da kural olarak hâkimin araştırma yetkisi kapsamında söz konusu olan bir yetki olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargılama yetkisi iptal davaları açısından re'sen araştırma ilkesi kapsamında işlemin hukuka uygun bulunup bulunmaması konusu ile sınırlı bulunduğundan hâkimin yapacağı değerlendirmede sebep ikamesi yapılması konusunu da bu kapsamda değerlendirmek gerekmektedir.

“İptal davalarında, idari işlemler hakkında hukuka uygunluk denetimi yapılmaktadır. Özellikle vurgulanması gereken husus, yetki ve şekil unsurları yönünden hukuka uygun olduğu anlaşılan bir işlemin, idarece gösterilen sebeple sınırlı olarak yargısal denetiminin yapılamayacağı, işlemin, mevcut yasal düzenlemeler bütünlüğü içinde hukuka uygun bir sebebin bulunup bulunmadığının, idare hukukunun en belirgin ilkesi olan re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde incelenmesi gereğidir. Görülmekte olan bir davada idarece dava konusu işlemin tesisinde esas alınmamış, ancak yargı yerince dosyanın incelenmesi sonucu başka bir neden saptanmış ve idarece ileri sürülen nedenin hukuken geçerli olmadığı belirtilmiş ise, İdarenin ileri sürdüğü sebep dışında dosyada

²⁰ Danıştay 12. Dairesinin 13.5.1968 tarih E. 67/1682, K. 68/1099, **Danıştay Kararları Dergisi**, S. 122-126, s. 443, Naklen; ÇAĞLAYAN, İdari **Yargılama Hukuku**, s. 489.

²¹ ASLAN Zehreddin, “İdari Yargılama Usulünde Resen Araştırma İlkesi”, **İÜSBFD**, No: 23 / 24, s. 53.

²² EVREN, Çınar Can, “İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi” **GÜHFD**, C. 12, Y. 2008, S. 1-2, s. 715.

saptanan nedene göre uyumsuzluğun çözümlenmesi idare hukukunda sebep ikamesi ilkesi olarak nitelendirilmektedir.”²³

III. İDARİ İŞLEMDE SEBEP UNSURU

Sebep, idari işlemlerde işlem den önce gelerek idareyi bu işlemi yapmaya sevk eden hukuki ya da fiili bir durum olarak tanımlanabilir²⁴. Bir idari işlemin yapılmasını gerektiren, işlemin dayandığı maddi ve hukuki olaylar o idari işlemin sebep unsurunu oluşturmaktadır²⁵.

“Bir idari işlemin dava yoluyla iptalinin istenilip istenilmeyeceği kararında işlemin hangi gerekçeyle tesis edilmiş olduğu hususunun, yani işlemin sebep unsurunun önemi yadsınamaz. İdari işlemlerin gerekçeleri işleme muhatap olan bireyi işlemin hukukiliği konusunda da ikna edebilecek unsurları içermelidir.”²⁶

Her idari işlemin bir sebebe/gerekçeye dayanması, söz konusu sebebin/gerekçenin de hukuka ve gerçeğe uygun bir sebep olması gerekmektedir²⁷.

²³ Danıştay 4. Dairesinin 22.12.2005 tarih E. 2005/1452, K. 2005/2538 sayılı kararı, http://www.lexpera.com.tr/CaseLaws/Content.aspx?SOP1=DA801D20051222K20052538E20051452&Doc=DANISTAY_TR et; 17.04.17.

²⁴ GÖZÜBÜYÜK / TAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 532; YAYLA, s. 130; ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 498; AKYILMAZ / SEZGİNER/ KAYA, *Türk İdare Hukuku*, s. 431; MERMUT, Güler, “*İptal Davalarının Şartı Olarak Kanuna Aykırılık*”, *İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I*, Ankara 1976, s. 319.

²⁵ GÖZÜBÜYÜK / TAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 532; YAYLA, s. 130; ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 498; AKYILMAZ / SEZGİNER/ KAYA, *Türk İdare Hukuku*, s. 431; MERMUT, s. 319.

²⁶ Danıştay 12. Dairesinin 29.9.2015 tarih E. 2015/3520, K. 2015/4916 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 10.04.2017.

²⁷ ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 498; ÇAĞLAYAN, Ramazan, “*İdari Yargılama Hukukunda Yargı Yerinin Sebep İkamesi*”, *Danıştay Dergisi*, Yıl 2016, Sayı 141, s. 10; BAYRAKTAR, Erman, Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi, *İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I*, Ankara 1976, s. 289.

“İdari işlem, bir idari makam tarafından, bir kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla İdare Hukukunun kendisine tanıdığı kamu gücünü kullanarak ve tek yönlü irade açıklamasıyla yapılan, kesin ve yürütülmesi zorunlu her türlü işlemidir. İdare, tesis ettiği idari işlemi, gerçek ve hukuka uygun, sebep ya da sebeplere dayandırmak zorundadır. İdarenin dayandığı sebebin gerçek olması, varlığının, usulüne uygun olarak yapılan tespitlerle ortaya konulmuş bulunmasını anlatır. Sebebin hukuka uygun olması ise, idarenin işlemini dayandırdığı sebebin, kanunda o işlemin tesisi için dayanılabileceği öngörülen sebep ya da sebeplerden olması demektir.” Danıştay 7. Dairesinin 11.12.1997 tarihli E. 1997/2136, K. 1997/2986 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 10.04.1997.

Danıştay vermiş olduğu bir kararında idari işlemin hukuka uygun doğru bir sebebe dayanması gerektiğini şu şekilde belirtmiştir. “*Memurların naklen atanmaları konusunda idareye tanınan takdir yetkisi mutlak ve sınırsız olmayıp, kamu yararı amacı ve hizmet gereği ilkeleriyle sınırlı olduğu ve takdir yetkisine dayalı olarak tesis edilen işlemlerin hukuken geçerli sebeplere dayanması gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindedir.*”²⁸

Sebebin idari işlem yapılırken hiç gösterilmemiş olmasına rağmen idari işlemin muhakkak bir sebebe dayanması ve bu sebebin işlemin yargı organları önüne götürülmesi durumunda da bu sebebin yani işlemin yapılma gerekçesinin açıklanması gerektiği kabul edilmektedir²⁹. Bu noktada idari işlemin sebebe dayanmasının yeterli olduğu dayanak teşkil eden sebebin ayrıca belirtilmesine gerek olmadığı zira idari işlemin sebebinin açıklanmak zorunda olmadığı da belirtilmektedir³⁰. Danıştay’ın bu hususu gerekçenin işlemin varoluş şartı olmaması işlemin sonucunu etkilemeyen ilgililerin durumunu değiştirmeyen bir özelliğe sahip bulunduğu bu nedenle de davanın salt bu sebeple iptalini gerektirmeyeceğini belirtmiştir³¹.

Bir idari işlemde sebep unsuru mevzuatta yer alması itibariyle üç şekilde düzenlenmiş olabilir³².

- Sebebi mevzuatta açıkça gösterilen işlemler,
- Sebebi kamu yararı, genel ahlak, genel asayiş gibi geniş kavramlarla belirtilmiş olanlar,
- Sebebi mevzuatta hiç gösterilmemiş olanlar.

²⁸ Danıştay 5. Dairesinin 8.11.2007 tarihli E. 2007/695, K. 2007/4612 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 24.03.2017

²⁹ ALAN, Nuri, “*Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık*”, **İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I**, Ankara 1976, s. 361; GÖZÜBÜYÜK / TAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 532.

³⁰ NOHUTÇU Ahmet, **İdari Yargı**, 3. Baskı, Ankara 2011, s. 202.

³¹ Danıştay idari Dava Daireleri Kurulu, E. 1972/3480, K. 1973/1479 sayılı kararı, KARAVE-LİOĞLU Celal, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, C. I, 5. Baskı, Ankara 2001, s. 164.

³² TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Gün. 2. Baskı, Ankara 2013, s. 856; GÖZÜBÜYÜK / TAN, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 532; YAYLA, s. 131- 132; ÇAĞLAYAN, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 500; AKYILMAZ/SEZGİNER /KAYA, **Türk İdare Hukuku**, s. 431; GÜN-DAY, s. 154 – 157.

İdari işlemlerde sebep unsurunun gösterilme türleri açısından mevzuatımızdan şu örnekleri verebilmemiz mümkündür;

Sebebi mevzuatta açıkça gösterilen işlemlere örnek olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun³³ disiplin suç ve cezalarını gösteren 125. maddesi hükmü gösterilebilir. Hükme göre disiplin cezası verebilmek için madde de öngörülen sebeplerin gerçekleşmesi gerekmektedir. Örneğin Devlete ait resmi araç, gereç ve benzeri eşyayı özel işlerinde kullanmak kınama cezasının verilmesini gerektiren bir sebep olarak belirtilmiştir (DMK md. 125/B-e). Benzer şekilde 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun³⁴ 26. maddesi gereğince ihaleden yasaklama kararının verilebilmesi için 25. maddedeki durumların gerçekleşmesi gerekmektedir. Örneğin hile, vaat, tehdit, nüfuz kullanma, çıkar sağlama, anlaşma, irtikâp, rüşvet suretiyle veya başka yollarla sözleşmeye ilişkin işlemlere fesat karıştırmak veya buna teşebbüs etmek, 26. madde gereğince bir yıldan az olmamak üzere iki yıla kadar bütün kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılmaktan yasaklama kararı verilmesini gerektirmektedir.

Sebebin mevzuatta açık bir şekilde gösterildiği durumlarda idare mevzuatın gösterdiği şekilde işlem tesis etmekle yükümlüdür. Bu durum bağlı yetki olarak adlandırılmaktadır³⁵. Kanunun belli bir durumun ortaya çıkması durumunda idarenin belli yönde karar almasını emrederek olası kararlar arasından seçme hakkına sahip olmadığını öngördüğü durumlarda bağlı yetki vardır³⁶.

657 sayılı kanunun ek 8. maddesine göre memurlar, kamu yararı ve hizmet gerekleri sebebiyle ihtiyaç duyulması hâlinde kurumlarınca, Devlet Personel Başkanlığının uygun görüşü alınarak diğer kamu kurum ve kuruluşlarında altı aya kadar geçici süreli olarak görevlendirilebilir. Bu hüküm de sebep unsurunun mevzuatta belirsiz ve yoruma açık bir şekilde düzenlenmesine örnek olarak gösterilebilecektir. Burada görevlendirme işleminin sebebi memura kamu yararı ve hizmet gerekleri sebebiyle ihtiyaç duyulması şeklinde belirtilmiştir.

Sebebi mevzuatta hiç gösterilmemiş olan işlemlere örnek olarak da yine 657 sayılı kanunun 76. maddesi hükmü gösterilebilir. Hükme göre kurumlar,

³³ 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu RGT 23/071965 RGS 12056.

³⁴ 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu RGT 22/1/2002, RGS 24648.

³⁵ ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 216; KAPLAN, Gürsel, *İdari Yargılama Hukuku*, Bursa 2016, s. 220.

³⁶ GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku C. I*, Bursa 2009, s. 939.

görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları buldukları kadro derecelerine eşit veya 68 inci maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler. Burada naklen atama işleminin sebebi mevzuatta hiç gösterilmemiştir³⁷. Her ne kadar sebep hiç gösterilmemiş olsa da Danıştay naklen atama işleminde söz konusu yetkinin kamu yararı ve kamu hizmetleri gereğince kullanılması gerektiğini belirtmektedir³⁸.

İdari işlemin sebep unsuru hukuki ya da fiili bir sebep şeklinde de gerçekleşmiş olabilir³⁹. Örneğin 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununa⁴⁰ göre nazım imar plânının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde uygulama imar plânlarını ve parselasyon plânlarını yapmayan ilçe belediyelerinin uygulama imar plânlarını ve parselasyon plânlarını yapmak veya yaptırmak Büyükşehir Belediyelerinin görevindedir. Burada örneğin ilçe belediyesinin uygulama imar planını yapmamış olması Büyükşehir Belediyesinin söz konusu planı yapmasının fiili sebebi olarak karşımıza çıkmaktadır. Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun⁴¹ 14. maddesine göre “*Şehir ve kasabalarda gerek mesken içinde ve gerek dışında saat 24 ten sonra her ne suretle olursa olsun civar halkının rahat ve huzurunu bozacak surette gürültü yapanlar polisçe menolunur.*” Polisin men etme kararını alabilmesi için yani halkın rahat ve huzurunu bozacak şekilde gürültü yapılması şeklindeki fiili sebebin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Diğer yandan hakkında görevden uzaklaştırma kararı bulunan memura aylıklarının üçte ikisinin ödenmesi işleminin sebebi bir hukuki işlem olan görevden uzaklaştırma işlemidir⁴². Burada memurun aylığının üçte ikisinin ödenmesi şeklindeki işlemin tesisi açısından görevden uzaklaştırma şeklindeki hukuki sebebin öncelikli olarak gerçekleşmesi gerekmektedir.

³⁷ GÜNDAY, s. 156; AKYILMAZ/SEZGİNER /KAYA, **Türk İdare Hukuku**, s. 434.

³⁸ “Bu madde ile memurların naklen atanmaları konusunda İdareye takdir yetkisi tanındığı açık olup, bu yetkinin ancak kamu yararı ve hizmet gerekleri gözardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, sözü edilen bu durumun davaya konu idari işlemin sebep ve maksat yönlerinden hukuka aykırılığı sebebiyle iptalini gerektireceği yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.” Danıştay 5. Dairesinin 16.5.2016 tarih ve E. 2016/1851 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 18.04.2017.

³⁹ GÖZÜBÜYÜK / TAN, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 532.

⁴⁰ 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, RGT 23/07/2004, RGS 25531.

⁴¹ 2559 Sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, RGT 14/7/1934, RGS 2751.

⁴² ÇAĞLAYAN, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 481.

Bütün bu durumlarda idari yargı yeri tarafından idari işlemin tespit edilen sebebe dayanarak gerçekleşmiş olup olmadığı araştırılacak söz konusu sebep gerçekleşmemiş ise tasarruf yargı yerince iptal edilecektir. Gösterilen sebebin gerçeğe ve hukuka aykırı olması durumunda yargı mercii idari işlemi hukuka aykırı bulacak ve iptaline karar verecektir⁴³.

Bazı idari işlemlerde idare yapmış olduğu idari işleme birden fazla sebep göstermiş ya da idari işlemin yapılması için birden fazla sebep gerçekleşmiş olabilir. Bu durumda sebeplerin tamamı hukuka uygun ise işlemin sebep unsuru yönünden hukuka uygun sebeplerin tamamı hukuka aykırı ise işlemin sebep unsuru yönünden hukuka aykırı olacağı açıktır⁴⁴. Bu durumda hukuka veya gerçeğe aykırı sebebin idari işlemin sonucunu etkileyici nitelikte olması gerekmektedir⁴⁵. Sebeplerin bazısının hukuka uygun bazısının hukuka aykırı olması durumunda Danıştay tarafından idari işlemin sonucunu etkileyen sebep, idari işlemin sonucunu etkilemeyen sebep ayrımı yapılmaktadır⁴⁶. Bu kapsamda idari işlemin tesis edilmesi konusunda birden çok sebebin esas alınması ve idari yargı mercinin bir değerlendirme yaparak bunlardan biri üzerinde hüküm tesisinde bulunması durumu ise sebep ikamesi halini oluşturmayacaktır⁴⁷.

IV. İKAME KAVRAMI VE YARGI YERLERİNİN SEBEP İKAMESİ

İkame kelime anlamı olarak, yerine koyma, yerine kullanma, ayakta durdurma ya da ayağa kaldırma anlamlarına gelmektedir⁴⁸.

⁴³ TAN, age, s. 860- 861.

“İdari işlemlerin iptal sebeplerinden biri, sebep yönünden hukuka aykırılık olup, sebep, idareyi bir işlem yapmaya yönelten etken olarak tanımlanabilir. Sebep, idari işlemin dayanağı olup, sebep olarak gösterilen hukuksal işlemin sakatlığı, esas işlemi de sakatlayacaktır”. Danıştay 8. Dairesinin 11.11.2008 tarih ve E. 2008/7089, K. 2008/7331 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 18.04.2017.

⁴⁴ ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 488.

⁴⁵ TAN, age, s. 864.

⁴⁶ “Bazı durumlarda idari işlemler birden çok nedene dayandırılabilir. Bu nedenler arasında hukuka ve gerçeğe aykırı olanlar bulunabilir. Bir idari işlemin bu nedenle iptal edilebilmesi için hukuka ya da gerçeğe aykırı olduğu ileri sürülen nedenin sonucu etkileyici nitelikte olması gerekir.” Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 16.10.1981 tarih ve E. 1980/457, K. 1981/752 sayılı kararı, *Danıştay Dergisi*, S. 46 – 47, s. 113; ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 511, ÇAĞLAYAN, “*Sebep İkamesi*”, s. 12.

⁴⁷ SÖYLER, s. 545.

⁴⁸ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.58eb782e1d84b1.16808827 et; 04.04.2017;

İdari yargı açısından çok yaygın olarak kullanılmamakla beraber ikame kavramı çalışmamız açısından sebep ikamesi kavramı şeklinde yani idari işleminde idarenin gösterdiği hukuka uygun olmayan sebebin yerine yargı yeri tarafından belirlenecek olan sebebin değerlendirilerek davanın sonuçlandırılmasını ifade eder şekilde kullanılmaktadır.

İdari işlemin iptali istemiyle dava açıldığında idari yargı mercii söz konusu yetkisi kapsamında idarenin gösterdiği sebebin hukuka aykırı olduğu kanaatine varır ancak kendisinin bizzat tespit ettiği ya da dava aşamasında davalı idare tarafından ileri sürülen sebebin hukuka uygun olması halinde iptal talebini reddetmesi yöntemine sebep ikamesi denilmektedir⁴⁹. Yargısal denetim sırasında idarenin işlemin sebebi olarak açıklamış bulunduğu hususun dikkate alınmaması, yargı organı tarafından resen tesis edilen sebebe göre hüküm kurulması anlamına gelmektedir⁵⁰. Genel olarak resen araştırma ilkesi kapsamı içerisinde açıklanmaya çalışılmakla birlikte sebep ikamesi kavramını farklı açıdan açıklamaya çalışanlar da olmuştur. Bu görüşe göre idari işlemin sebep unsurunda hukuka aykırılık tespiti halinde işlemin iptali gerekmekte olup başka bir sebebin ikame edilerek işleme geçerlilik kazandırılması ancak idare tarafından gösterilen sebebin yargı yeri tarafından resen ikame edilmemesi sebebiyle bir idari yaptırım kararı gerektiren eylemin zamanaşımı dolayısıyla cezasız kalmasının kamu düzenine aykırı bulunduğu durumlar için söz konusu olabilecektir⁵¹. Bu konuda başka bir görüş ise idari yargı yerlerinin idari işlem niteliğinde yargı kararı veremeyeceği kuralından hareketle mahkeme tarafından kendiliğinden sebep ikamesi yapılamayacağı ancak bu durumun resen araştırma ilkesini aşmamak kaydıyla mümkün olabileceğini belirtmektedir⁵².

Sebeb ikamesi uygulamasının sadece bağlı yetki halinde uygulanabileceğini belirten görüşün yanında takdir yetkisinin söz konusu olduğu hallerde

Hukuk Sözlüğü, Kazancı İçtihat Programı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 18.04.2017.

⁴⁹ ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, Ankara 2004, 3. Baskı, s. 167; ÇAĞLAYAN, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 493; ÇAĞLAYAN, “*Sebeb İkamesi*”, s. 15; KAPLAN, s. 233; AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Ankara 2018, s. 489; SÖYLER, Yasin, “*İdari Yargılama Usul Hukukunda Sebeb İkamesi*”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 8, S. 31, Temmuz 2017, s. 534.

⁵⁰ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, s. 489.

⁵¹ ULUSOY, Ali, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul 2013, s. 208.

⁵² CANDAN, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara 2009, s. 149.

uygulanabileceğini belirten görüş de bulunmaktadır⁵³. Ayrıntılı olarak incelemeye çalışacağımız üzere Danıştay vermiş olduğu kararlar da bu ayrıma gitme yolunu tercih etmemektedir.

Sebep ikamesi esasen idari yargı yerinin resen araştırma yapma yetkisine dayandığından ve bu yetki işlemin hukuka uygunluğunu araştırmak kadar hukuka aykırılığını da araştırmak yetkisini kapsadığından sebep ikamesi yetkisi hukuka uygun sebebin tespit edilerek davanın reddedilmesi uygulaması ile sınırlı olmayıp işlemi hukuka aykırı hale getiren bir sebep tespit edildiğinde de işlemin iptal edilmesini gerektirmektedir⁵⁴.

Danıştay idari işlemin hukuka uygun olup olmadığını denetmekle görevli yargı yerinin işlemin sadece yazılı olarak belirtilen sebebi ile bağlı kalınmaması işlemin yapılmasını gerektiren başka bir sebebin de bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini belirtmektedir⁵⁵.

Danıştay'ın vermiş olduğu farklı kararlarda sebep ikamesini tanımladıkları ve bu yönüne başvurarak önelere gelen uyuşmazlıkları sonuçlandırdıklarını görmekteyiz⁵⁶. Örneğin vermiş olduğu bir kararda Danıştay sebep ikamesi kavramını açılan bir davada idarece ileri sürülmemiş ancak idari yargı yerince dosyanın incelenmesi sonucu başka bir neden saptanmış ve idarece ileri sürülen nedenin hukuken geçerli olmadığı belirlenmiş ise, idarenin ileri sürdüğü nedenin bir yana bırakılarak dosyadan saptanan nedene göre uyuşmazlığın çözümlenebilmesine idare hukukunda sebep ikamesi adı verildiği bilinen bir olgu olup dosyadan saptanan bu nedenin dava konusu işlemin tesisini haklı kılacak nitelikte olması durumunda davanın reddine karar verilebilecektir şeklinde ifade etmektedir⁵⁷.

⁵³ KAPLAN, s. 233 – 234.

⁵⁴ AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 490 – 491.

⁵⁵ Danıştay 10. Dairesinin 24.12.1987 tarih ve E. 1985/2229, K. 1987/2181 sayılı kararı, DER-DİMAN Cengiz, **İdari Yargının Genel Esasları**, 3. Baskı, Bursa 2014, s. 220.

⁵⁶ Bazı kararlarında ise sebep ikamesi yapılmasının idarenin yerine geçme olarak kabul edilceğinden mümkün bulunduğu yönünde kararlar vermektedir. Bu konuda örneğin; Danıştay 3. Dairesinin 15.12.1989 tarihli E. 1989/1325, K. 1989/2825 sayılı kararı, Danıştay 4. Dairesinin 12.06.2000 tarihli E. 1999/5428, K. 2000/2702 sayılı kararı, SÖYLER, s. 539.

⁵⁷ Danıştay 6. Dairesinin 02.02.2011 tarihli E. 2008/6737, K. 2011/164 sayılı kararı, http://www.lexpera.com.tr/CaseLaws/Content.aspx?SOPI=DA801D20110202K2011164E20086737&Doc=DANISTAY_TR et; 17.04.2017.

Başka bir kararda ise Danıştay sebep ikamesi kavramını şu şekilde tanımlanmaktadır. “İptal davalarında, yetki ve şekil unsuru yönünden hukuka uygun olduğu anlaşılan bir idari işlemin tesisinde İdarece esas alınmış sebep hukuka uygun veya aykırı bulunmasına karşın, yargı yerince dosyanın incelenmesi aşamasında başka bir hukuka aykırılık ya da uygunluk nedeni saptanmış ise, İdarenin ileri sürdüğü sebep dışında dosyada saptanan nedene göre uyuşmazlığın çözümlenmesi, idare hukukunda "sebep ikamesi" ilkesi olarak nitelendirilmektedir”⁵⁸. Bazı kararlarında ise Danıştay sebep ikamesi kavramını tanımlamamakla birlikte uyuşmazlığı sebep ikamesi yoluna başvurmak suretiyle çözmeyi tercih etmektedir. Örneğin vermiş olduğu bir kararda Danıştay ilgili idarece ileri sürülmemiş olsa dahi uyuşmazlığın sebep ikamesi yapılmak sureti ile de ortadan kaldırılabileceğini belirtmiştir⁵⁹. Başka bir kararında ise sadece sebep ikamesi yapılarak uyuşmazlığın giderildiğini belirtmekle yetinmiştir⁶⁰.

⁵⁸ Danıştay 5. Dairesinin 22.12.2015 tarih ve E. 2014/4325, K. 2015/10764 sayılı kararı

⁵⁹ “Uygulanması gereken, anılan KHK'nin "Teşebbüs Yönetim Kurulu Üyelerinin Nitelik ve Şartları" başlıklı 7. maddesinin 1. fıkrasında ise, teşebbüs yönetim kurulu üyeliklerine atanacakların, devlet memurluğuna atanabilme genel şartlarına sahip, yükseköğrenim yapmış ve teşebbüsün faaliyet alanı ile ilgili idari ve mesleki ihtisasa sahip olmalarının şart olduğu; ancak ilgili bakanın teklifi üzerine atanan üyelerden birinde idari veya mesleki ihtisasa sahip olma şartının aranmayacağı öngörülmüştür. Bu hukuki duruma göre idarenin denetim kurulu üyesi olarak atanacak 3 kişiden en az ikisini mesleki ihtisasa sahip olan kişiler arasında atamakla yükümlü olduğu ve bu konuda bağlı yetki içinde bulunduğu açıktır. Bu nedenle, gerekli nitelik ve şartlara sahip olmayan iki denetim kurulu üyesinden hangisinin görevden alınacağı konusunda takdir yetkisi bulunan idarenin tesis ettiği işlem sonuç itibarıyla yasaya uygun olduğundan idarece ileri sürülmemiş olsa dahi mahkemenin, yukarıda sözü edilen yasal durumu esas alarak sebep ikamesinde yargılama usulüne aykırılık bulunmamaktadır.” Danıştay 5. Dairesinin 1.4.1996 tarihli E. 1993/8696, K. 1996/1351 sayılı kararı, http://www.lexpera.com.tr/CaseLaws/Content.aspx?SOPI=DA801D19960401K19961351E19938696&Doc=DsANISTAY_TR et; 17.04.2017.

⁶⁰ “Davacı polis memurunun görevli olduğu sırada yapılan denetimlerde kamyon sürücülerinden para aldığı ve böylece Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün m.8/6 hükmü uyarınca rüşvet almak fiilini işlediği gerekçesiyle meslekten çıkarma cezasıyla cezalandırılmasına yönelik idari cezaya dair uyuşmazlıkta, davacının rüşvet alma suçundan dolayı ceza mahkemesinde delil yetersizliğinden beraat ettiğini dikkate alarak, Danıştay On ikinci Dairesinin bozma kararına direnerek işlemi iptal eden İstanbul 5. İdare Mahkemesi kararının, söz konusu idari cezanın rüşvet alma fiilini de düzenleyen Tüzüğü'nün m.8/6 hükmü yerine, "sebep ikamesi" yapılarak m.8/7 hükmündeki "yetkisini veya nüfusunu kendisine veya başkalarına çıkar sağlamak amacıyla kötüye kullanmak" ifadesi dayanak gösterilerek hukuka uygun bulunması gerektiği gerekçesiyle değil, idarece verilen disiplin cezasının asıl sebep unsurunu oluşturan ve rüşvet alma fiilini meslekten çıkarma nedeni sayan Tüzüğü'nün m.8/6 hükmüne uygun olması nedeniyle ve bu gerekçeyle bozulması gerekmektedir.” Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 6.4.2012 tarih ve E. 2007/2208, K. 2012/246 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 21.04.2017.

Aynı yönde başka kararlar için bknz; Danıştay 10. Dairesinin 18.12.1995 tarih ve E. 1994/5036, K. 1995/6574 sayılı kararı <http://www.kararara.com/danistay/dnsty17/dnstyk16079.html> et; 21.04.2017; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun

Bazı kararlarında ise uyuşmazlık sebep ikamesi yapılmak suretiyle giderilmekle birlikte karar metninde sebep ikamesi yapıldığından hiç bahsedilmemektedir⁶¹.

Sadece Danıştay değil diğer yargı organları da önlerine gelen uyuşmazlıkları gidermek için sebep ikamesi yoluna başvurmaktadır.

Kaldırılan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de görev yaptığı süre zarfında vermiş olduğu kararlarda sebep ikamesi yöntemine başvurmuştu. Örneğin vermiş olduğu bir kararda⁶² hakkında sahte evrak düzenlemek suçundan yargılanması sebebi ile Uzman Erbaş Yönetmeliği md. 13/3-3 de “bir cürümden soruşturma altında olanlar ve yargılananların sözleşmelerinin feshedileceğine ilişkin hükmüne istinaden” sözleşmesi feshedilen bir uzman erbaşın açmış olduğu davada söz konusu hükmün önceden iptal edildiği gerekçesiyle sebep ikamesi yoluna başvurmuş aynı yönetmelik md. 13/2 de belirtilen “görevde başarısız olanlar ile kendilerinden istifade edilemeyeceği anlaşılan uzman erbaşların barışta sözleşme süresine bakılmaksızın Türk Silahlı Kuvvetleri ile ilişkileri kesilir“ hükmü gereğince tesis edilen işlemin hukuka ve ilgili yasal düzenlemelere uygun olduğu gerekçesiyle davanın reddedilmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır. Bakmış olduğu başka bir davada idare tarafından verilen kararın sebep unsuru açısından hukuka aykırı olduğunu belirttikten sonra olayda sebep ikamesi yapılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yönünde karar verilmiştir⁶³. Başka bir kararda ise düzenlenen olumsuz sicil nedeniyle sözleşmenin yenilenmemesi işlemini hukuka aykırı bulmuş fakat kendiliğinden yaptığı değerlendirmede davacının geçmişe yönelik sicilinin başarısızlığı ve yapılan sınav sonucunda başarısız olması gibi gerekçelerle sebep ikamesi yaparak idarenin işlemini hukuka uygun bularak davayı reddetmiştir⁶⁴.

3.12.1999 tarih ve E. 1999/775, K. 1999/1200 sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 10.05.2017.

⁶¹ Örnek Danıştay kararları için bkz; ÇAĞLAYAN, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 496.

⁶² Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Dairesinin 4.12.2006 tarih ve E. 2003/239, K. 2006/1029 sayılı kararı, <http://www.msb.gov.tr/Karar/Listele/1/000002000002000006000011> et; 3.05.2017.

⁶³ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Dairesinin 23.12.2008 tarih ve E. 2008/384, K. 2008/1175 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 26.04.2017.

⁶⁴ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 1. Dairesinin 23.12.2008 tarih ve E. 2008/384, K. 2008/1175 sayılı kararı, ATAY, Ender Ethem, “İptal Davasının Nitelikleri Ve İptal Kararının Uygulanması” **Danıştay Ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayını No: 74, 11 Mayıs 2007, s. 34.

Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda idari yargı yerlerinin sebep ikamesi yapabileceğini belirtmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun kararına (18.6.2009 tarih ve E 2009/189 sayılı kararı) atıf yaparak incelediği bir bireysel başvuru da Anayasa Mahkemesi sebep ikamesi konusunda şu değerlendirmeler de bulunmuştur. Dosyadan saptanan nedenin dava konusu işlemin tesisini haklı kılacak nitelikte olması durumunda davanın reddine karar verilebilecektir. Bireysel başvuruya konu olayda ilk derece mahkemesi aşamasında başvuruçunun polis memurluğuna dönme talebine ilişkin işlemin iptali istemiyle açmış olduğu dava işlem gerekçesinde olmayan farklı bir gerekçe ile reddedilmiş yani sebep ikamesi yapılmış bu konudaki itiraz da temyiz aşamasında değerlendirilmeye alınmadan karar verilmiştir. Bu konuda yüksek mahkeme açılan bir davada idarece ileri sürülmemiş ancak idari yargı yerince dosyanın incelenmesi sonucu başka bir neden saptanmış ve idarece ileri sürülen nedenin bir yana bırakılarak dosyadan saptanan nedene göre uyumsuzluğun çözümlenebilmesine idare hukukunda sebep ikamesi adı verildiği bilinen bir olgudur şeklinde değerlendirme de bulunmuştur⁶⁵.

Bu kapsamda Fransız Danıştay'ı tarafından verilmiş olan bir kararda örnek olarak gösterilebilecektir; dava konusu düzenleyici işlem gereğince Tarım Bakanlığının izni olmadan sütçü dükkanı açılmasını ve bu tarz işyerlerine çalışma karnesi verilmesi yasaklanmaktadır. Dava konusu olayda Tarım Bakanlığından çalışma izni olmayan bir işletme çalışma karnesi isteğinin reddine dair işleme karşı iptal davası açmıştır. Esasen çalışma izni olmadığı için çalışma karnesi isteğinin reddedilmesi gerekirken idare tarafından gerçekleşmemiş başka sebeplere dayanarak isteğin yerine getirilmemesi üzerine Danıştay bu işletmenin açılış izni olmadığından çalışma karnesi alamayacağını belirterek yani hatalı sebep yerine doğru sebebi ikame ederek davanın reddedilmesi yönünde karar vermiştir⁶⁶.

Sebeb ikamesi usulünde işlemin yasal temelinden ziyade işlemin sebebi değerlendirilmektedir. Yasal temel ikamesi ise idarenin işlem yaparken dayandığı hukuk kuralında yanılığa düşülmüş olması durumunda yargı yerinin işlemin dayandığı doğru hukuk kuralını bularak işlemin hukuka uygun bulunması

⁶⁵ Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı, Başvuru No: 2013/1989, Resmi Gazete Tarih ve Sayısı, 19/04/2016 – 29689. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Content/pdfkarar/2013-1989.pdf> et; 18.04.2017.

⁶⁶ Fransız Danıştay'ının 1950 tarihli kararı naklen; ALAN, s. 336.

ve iptal talebini reddetmesini sağlayan yöntemdir⁶⁷. Bu yöntemde idarenin dayandığı hukuk kuralı yanlış olsa bile yargı yeri tespit ettiği doğru hukuk kuralına göre işlemi hukuka uygun bulabilmektedir⁶⁸.

Doktrinde bu iki kavramın birbiri yerine kullanıldığı daha doğru bir deyişle uyumsuzluğu çözmek için kullanılacak yasal düzenlemenin doğru temele oturtulmak suretiyle giderilmesinin sebep ikamesi olarak ifade edildiği görülmektedir⁶⁹. Bu hususa ilişkin olarak verilen bir örnek olay şu şekildedir; bir yapım işi ihalesini A firması alıp B firması ikinci sırada yer alırken aynı gün yapılan başka bir ihaleyi B firması ilk sırada A firması ise ikinci sırada yer alıyor. Yapılan değerlendirmede iki firmanın anlaşmak suretiyle ihaleye fesat karıştırdıkları anlaşıldığından B firması hakkında 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 25/a maddesi gereğince 2 yıl süre ile ihaleye yasaklama kararı verilmiştir. İdare mahkemesi işlemin iptali istemiyle açılan davada işlemin hukuka uygun olduğu gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Danıştay davanın temyiz incelemesinde yasaklama kararının verilmesinde idarenin gösterdiği 4735 sayılı kanununun 25/a maddesi yerine aslında gerçekleşen fiilin sözleşme imzalanmadan önceki aşamada yani 4734 sayılı kanunun 17. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle idare mahkemesi kararını onaylamıştır. Örnek olayı aktaran ÇOLAK olayda sebep ikamesi yapılmak sureti ile uyumsuzluğun giderildiğini belirtmektedir⁷⁰. Ancak kanaatimizce olayda uyumsuzluk yasal temel ikamesi yapılmak sureti ile yani yargı yerinin işlemin dayandığı doğru hukuk kuralını bularak işlemin hukuka uygun bulunması şeklinde sonlandırılmıştır⁷¹.

V. SEBEP İKAMESİ YAPILABİLMESİNİN ŞARTLARI

Açılan bir davada idarece ileri sürülmemiş ancak idari yargı yerince dosyanın incelenmesi sonucu başka bir neden saptanmış ve idarece ileri sürülen

⁶⁷ ÖZAY, İl Han, *Günlük Yönetim*, İstanbul 2002, s. 406; ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 494; ÇAĞLAYAN, “*Sebep İkamesi*”, s. 14.

⁶⁸ ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 494

⁶⁹ Bu konuda ayrıca bkz; TUNCAY, Aydın, *İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları*, Ankara 1972, s. 174; YAYLA, s. 446; ÖZAY, s. 172.

⁷⁰ ÇOLAK, Osman, “*Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Yasak Fiil ve Davranışlar ile Sorumluluklar*” *Kamu İhale Hukukuna İlişkin Genel Tebliğler ve Makaleler 2*, Editörler; Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Ahmet Hakkakul, İstanbul 2005, s. 27-29.

⁷¹ Yasal temel ikamesi konusunda ayrıntılı bilgi için ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s.506, ÇAĞLAYAN, “*Sebep İkamesi*”, s. 9 – 39.

nedenin hukuken geçerli olmadığı belirlenmiş ise, idarenin ileri sürdüğü nedenin bir yana bırakılarak dosyadan saptanan nedene göre uyumsuzluğun çözümlenebilmesine idare hukukunda sebep ikamesi adı verilmektedir⁷². Sebep ikamesi resen araştırma ilkesi kapsamı içerisinde bazı durumlarda bir gerekliliktir de. Danıştay bu hususu iptal davasında, idari işlemin hukuka uygunluk denetimi yapılırken, yargı yerince sadece işlemin yazılı sebebi ile bağlı kalınmamalı, söz konusu işlemin tesisini gerektirecek bir sebebin bulunup bulunmadığını da araştırmalı ve gerektiğinde sebep ikamesi yoluna gidilmelidir şeklinde ifade etmiştir.⁷³

İdari yargı mercilerince sebep ikamesi yapılabilmesi bir takım koşulların gerçekleşmiş olması durumunda mümkün bulunmaktadır.

Öncelikle idarenin bağlı yetki içerisinde olduğu durumlarda yargı yerinin sebep ikamesi yoluna gidebilmesi için talebe ihtiyacı yoktur; bu yöntemle resen başvurabilecektir⁷⁴. Zira bağlı yetki durumunda idarenin yapacağı tek şey mevzuatta belirtilen işlemi tesis etmektir⁷⁵. Takdir yetkisinin kullanıldığı durumlarda sebep ikamesi yoluna gidilmesi ise idarenin takdir yetkisini denetlemek olacaktır⁷⁶. Bu konuya örnek olarak gösterebileceğimiz bir Danıştay kararında kamu iktisadi teşebbüsünde denetim kurulu üyesi olarak görev yapan kişinin sebep gösterilmeden görevden alınması üzerine ilk derece mahkemesinin işlemin hukuka uygun olduğu yönünde karar vermesi üzerine temyiz incelemesinde şu kararı vermiştir; *“hukuki duruma göre idarenin denetim kurulu üyesi olarak atanacak 3 kişiden en az ikisini mesleki ihtisasa sahip olan kişiler arasından atamakla yükümlü olduğu ve bu konuda bağlı yetki içinde bulunduğu açıktır. Bu nedenle, gerekli nitelik ve şartlara sahip olmayan iki denetim kurulu üyesinden hangisinin görevden alınacağı konusunda takdir yetkisi bulunan idarenin tesis ettiği işlem sonuç itibarıyla yasaya uygun bulunduğundan idarece*

⁷² Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 3.12.1999 tarih E. 1999/775, K. 1999/1200 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 24.03.2017.

⁷³ Danıştay 10. Dairesinin 24.12.1987 tarih ve E. 85/2229, K. 87/2181 sayılı kararı, OĞURLU, s. 129.

⁷⁴ ÇAĞLAYAN, **İdari Yargılama Hukuku**, s. 498.

⁷⁵ GÖZLER, s. 939.

⁷⁶ “İdarelerin birden çok seçenektan birisini tercihte takdir yetkisi ile donatıldıkları durumlarda, yargı organınca yapılacak denetimin idarenin tercih ettiği seçeneğin hukuka uygunluğu ile sınırlı olup idareyi bu seçeneklerden birisini tercihe zorlayacak nitelikte olamayacağı belirtilen Anayasa ve yasa kuralları gereğidir.” Danıştay 8. Dairesinin 15.11.1999 tarih ve E. 1998/1881, K. 1999/6161 sayılı kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> et; 26.04.2017.

ileri sürülmemiş olsa dahi mahkemenin, yukarıda sözü edilen yasal durumu esas olarak sebep ikamesinde yargılama usulüne aykırılık bulunmamaktadır”⁷⁷

Sebep ikamesinin mahkeme tarafından uygulanabilmesi için gerekli olan bir diğer koşul idarenin işlemi yaptığı tarihte hukuka uygun olarak değerlendirilen sebebin var olması gerekmektedir⁷⁸.

Yargı yeri idare tarafından ileri sürülen sebebin dava konusu işlemi hukuka uygun olarak değerlendirmek için elverişli olup olmadığını denetleyecek ileri sürülen sebep elverişli değil ise sebep ikamesi yapılabilmesi mümkün ol-

⁷⁷ 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin "Bağlı Ortaklık Denetçilerinin seçimi" başlıklı 25. maddesinin 4. fıkrasında; denetçilerde, yönetim kurulu üyesi için gerekli nitelik ve şartlar aranacağı; ancak, denetçilerden birinde mesleki ihtisas şartının aranmayabileceği; aynı KHK.nin, "Bağlı Ortaklıkların Yönetim Kurulu, Genel Müdürü ve Atamalar" başlıklı 24. maddesinin 2. fıkrasında da, bağlı ortaklıkların genel müdürleri ile kamu kesimini temsil eden yönetim kurulu üyelerinde, teşebbüs genel müdürü ve yönetim kurulu üyeleri için öngörülen nitelik ve şartların aranacağı hükme bağlanmıştır. Bu atıflar nedeniyle olayda, uygulanması gereken, anılan KHK."nin "Teşebbüs Yönetim Kurulu Üyelerinin Nitelik ve Şartları" başlıklı 7. maddesinin 1. fıkrasında ise, teşebbüs yönetim kurulu üyeliklerine atanacakların, devlet memurluğuna atanabilme genel şartlarına sahip, yükseköğrenim yapmış ve teşebbüsün faaliyet alanı ile ilgili idari ve mesleki ihtisasa sahip olmalarının şart olduğu; ancak ilgili bakanın teklifi üzerine atanan üyelerden birinde idari veya mesleki ihtisasa sahip olma şartının aranmayacağı öngörülmüştür. Bu hukuki duruma göre idarenin denetim kurulu üyesi olarak atanacak 3 kişiden en az ikisini mesleki ihtisasa sahip olan kişiler arasından atamakla yükümlü olduğu ve bu konuda bağlı yetki içinde bulunduğu açıktır. Bu nedenle, gerekli nitelik ve şartlara sahip olmayan iki denetim kurulu üyesinden hangisinin görevden alınacağı konusunda takdir yetkisi bulunan idarenin tesis ettiği işlem sonuç itibarıyla yasaya uygun bulunduğundan idarece ileri sürülmemiş olsa dahi mahkemenin, yukarıda sözü edilen yasal durumu esas olarak sebep ikamesinde yargılama usulüne aykırılık bulunmamaktadır. Danıştay 5. Dairesinin 01.04.1996 tarih ve E. 1993/8696, K. 1996/1351 sayılı kararı. <http://www.emsalyargi.com/danistay.php?karar=f6783682fda36eb6et;10.05.2017>.

⁷⁸ AYİM 2. Dairesi 15.9.1993 tarihli bir kararı; "...İdari yargılamada, idari yargı yerlerinin sebep ikamesi söz konusudur. İdare bazı durumlarda yasada belirtilmiş olan bir sebebe dayanarak aynı işlemi yapması gerekirken, bunu fark etmeyerek ya da ihmal ederek o işlemi başka bir sebeple tesis eder. Bu işlem dava konusu edildiğinde idari yargı yeri yasal sebebi dosyadan saptayabilmiş ve idarenin dayandığı sebep yerinde değilse ya da hukuken geçerli değilse onu bir yana bırakarak mevzuatın o işlem için öngördüğü sebebi kararda belirterek idari işlemin sonuç olarak doğru olması nedeniyle davayı reddeder. Ayrıca idarenin de sebep ikamesi söz konusu olabilir. İdare İşlemi tesis ederken ortaya koyamadığı, ancak var olan ve işlemden sonra belirlediği sebebi işleme karşı açılan davada ileri sürerse idari yargı yeri davacı hakkında uygulanan işlemi bu sebebe göre değerlendirir." YILMAZ, Yunus, "İdare Hukukunda Sebep Unsuru ve Sebep İkamesi", **AYİM Dergisi** S. 21, <http://82.222.182.101/Ayim/Makale/MakaleDetay?id=54733214d83cff1a504d92caet;4.05.2017>.

mayacaktır⁷⁹. Aynı zamanda ikame edilen sebebin idari işlemin tesisi anında var olması sebep ikamesinin geçerli olması için gereklidir⁸⁰.

Anayasa Mahkemesi, yapılan bir bireysel başvuruyu değerlendirdiği kararında idari yargı organlarınca, idarece idari işlemin gerekçesi olarak gösterilen sebepten başka bir sebep nedeniyle işlemin iptaline ilişkin istemin reddedildiği yani sebep ikamesinin yapıldığı bir davada, yapılan sebep ikamesinin taraflara bildirilmemesinin adil yargılama hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Karar idari yargı mercilerinin sebep ikamesi yapması durumunda uyması gereken önemli hususlar içermektedir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir; “*İdari yargı yerlerince sebep ikamesi yapılması durumunda çelişmeli yargılama ilkesi gereğince yeni durumun taraflara bildirilmek sureti ile görüş ve itirazların alınarak yeterli tartışma olanağının tanınması yahut ilk derece mahkemesinde karar aşamasında sebep ikamesi yapılmış ise karara karşı taraflara etkili ve sonuç alabilecek kanun yollarına başvuru yapma imkânı verilerek yeni sebebe ilişkin yeni itirazların sunulmasının sağlanması ve bu yeni sebebe karşı tarafların ileri sürdüğü uyuşmazlığın sonucuna etkili itirazların temyiz merciince değerlendirilmesi durumunda çelişmeli yargılama usulünün gerekleri yerine getirilmelidir.*”⁸¹

Danıştay da vermiş olduğu bazı kararlarda yargı mercilerinin yapacağı yargılamalarda sebep ikamesi yapabilmelerini belli koşullara bağlamıştır. Örneğin eşinin sağlık mazereti nedeniyle başka bir şehre tayin istemi ile yapılan başvurunun davacının yaşadığı şehirde eşinin tedavisinin yapılamayacağı hususu belgelendirilmediği için reddine ilişkin idari işleme karşı idare mahkemesi, yaptığı değerlendirmede davacının başvurusu sağlık durumu özrü kapsamında olmakla birlikte aynı zamanda eşinin yanma gitmek istemesi nedeniyle eş durumu niteliği de taşıdığı belirtilerek aile birliğinin sağlanması ve korunması amacıyla, kadro ve ihtiyaç durumu dikkate alınarak hasta olan eşinin ve eğitim gören çocuklarının bulunduğu ile atanmasına imkân bulunup bulunmadığı hususları araştırılmaksızın, sadece Yönetmelik hükümleri gerekçe gösterilerek davacının talebinin reddedilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle işlemi iptal edilmiştir. Danıştay kararın temyiz incelemesinde

⁷⁹ ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 498.

⁸⁰ ÇAĞLAYAN, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 498; YILMAZ, age.

⁸¹ Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı, Başvuru No: 2013/1989, Karar tarihi 10/3/2016, Resmi Gazete Tarih ve Sayısı, 19/04/2016 – 29689. <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Content/pdfkarar/2013-1989.pdf> et; 18.04.2017

her uyuşmazlıkta sebep ikamesi yapılamayacağını ve somut olaya göre bir değerlendirilmenin yapılması gerektiğini belirtmiştir⁸².

SONUÇ

Bir davanın görülmesi sırasında idarece dava konusu işlemin tesisinde esas alınmamış, ancak yargı yerince dosyanın incelenmesi sonucu başka bir neden saptanmış ve idarece ileri sürülen nedenin hukuken geçerli olmadığı belirtilmiş ise, İdare tarafından ileri sürülen sebebin dışında yargı yeri tarafından dosyadan saptanan nedene göre uyuşmazlığın çözümlenmesi durumu idare hukukunda sebep ikamesi olarak adlandırılmaktadır.

Mevzuatımız itibariyle sebep ikamesini düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. İdare Hukukunun içtihadı hukuk dalı olmasının bir sonucu olarak sebep ikamesi kavramı da Danıştay tarafından verilen kararlar doğrultusunda yargı yerleri tarafından uygulanmaktadır. Yargı mercilerinin yetkilerini aşmaları için Danıştay'ın sebep ikamesi konusunda getirmiş olduğu hususlara dikkat etmesi gerekmektedir. Bilindiği üzere idari yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerinde-lik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez. Bu kapsamda örneğin mevzuatta idareye takdir yetkisinin tanındığı bir durumda yani birden fazla seçenek arasından birini seçme imkanının tanındığı bir konuda idarenin bu yetkisinin kullanması buna karşılık idari yargı merciinin bu

⁸² “İdare Mahkemesince, sebep ikamesi yapılmak suretiyle hüküm kurulmuş ise de; İdarece, bir talep üzerine tesis edilen işleme karşı açılan bu davada, yukarıda değinilen sebep ikamesi ilkesinin uygulanması olanağı bulunmadığından, İdare tarafından ileri sürülen sebeplerle bağlı olan yargı yeri, İdarece ileri sürülmeyen bir sebebe dayalı olarak yargısal denetim yapma imkanına sahip değildir. Somut uyuşmazlıkta, Mahkemenin iptal kararının gerekçesini oluşturan "eş durumu mazereti" ile ilgili olarak davacı tarafından İdareye yapılmış bir başvuru bulunmadığı gibi, incelenen davada da bu hususa ilişkin bir iddia ileri sürülmediği, bunun sonucu olarak, İdarenin, eş durumu mazeretine ilişkin bir sebebe dayalı herhangi bir işlem tesis etmediği ve bu hususa yönelik savunma yapma imkanının bulunmadığı görülmekte olup; davacının, sağlık mazeretinin dikkate alınması yolundaki talebinin reddine ilişkin olarak tesis edilen işleme karşı açılan davada, davacının talebi çerçevesinde inceleme yapılmak suretiyle karar verilmesi gerekmekte iken, taraflarca ileri sürülmeyen, başka bir ifade ile uyuşmazlık konusu yapılmayan bir sebebe dayalı olarak dava konusu işlemin iptali yolunda verilen Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.” Danıştay 5. Dairesinin 22.12.2015 tarih ve E. 2014/4325, K. 2015/10764 sayılı kararı. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> et; 29.01.2019.

kararı sebep ikamesi yapmak suretiyle denetlemesi durumunda yargı mercii yargı yetkisinin sınırını aşmış olacaktır.

Sebeb ikamesi yöntemi yasal temel ikamesi yönteminden farklıdır. Yasal temel ikamesi genel olarak idarenin dayandığı hukuk kuralı yanlış olsa bile yargı yeri tarafından tespit edilen doğru hukuk kuralına göre işlemin hukuka uygun bulunabilmesidir. Çalışmada açıklanmaya çalışıldığı üzere zaman zaman birbirlerinin yerine kullanıldığı görülmekle birlikte birbirlerinden farklı durumları ifade etmektedirler.

Danıştay kararlarında sebep ikamesi yöntemi genel olarak kabul edilmektedir. Danıştay bazı kararlarında açık bir şekilde kavramı tanımlayarak bazı kararlarında sebep ikamesi yapıldığını belirterek bazı kararlarında da bu konuda hiç açıklama yapmaksızın uyumsuzluğu sebep ikamesi yoluyla gidermektedir. Sebeb ikamesi konusunda bir diğer önemli husus bu yöntemin mahkeme tarafından uygulanabilmesi idare tarafından işlemin yapıldığı tarih itibarıyla yargı yeri tarafından hukuka uygun olarak değerlendirilen sebebin var olması gerekmektedir.

İdari yargılama hukukumuzda kural olarak resen araştırma ilkesi geçerlidir. Resen araştırma ilkesi İdari Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesinde belirtilen durumlar dışında dava konusu olayın maddi yönünü belirlemek amacıyla her türlü inceleme ve araştırmayı kendiliklerinden yapabilmeyi iddia ve savunmalarda ortaya konan maddi durumun gerçeğe uygun olup olmadığının serbestçe araştırılabilmesini ve tarafların hiç değinmedikleri olayları ve maddi unsurları araştırmayı da kapsamaktadır. Sebeb ikamesi yöntemini de resen araştırma ilkesi kapsamında düşünerek dava konusu uyumsuzluğun doğru bir şekilde sonuçlandırılabilmesi için hakim tarafından uygulanan bir yöntem olarak düşünmek gerekmektedir.

Bütün bu sebeplerle ve çalışma boyunca ele alıp değerlendirmeye çalıştığımız Danıştay kararları doğrultusunda sebep ikamesi İdari Yargılama Hukuku açısından tanınmış önemli bir yetki olarak karşımıza çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 7. Baskı Ankara 2016.

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdari Yargılama Hukuku**, Ankara 2018.

ALAN, Nuri, Konu Unsuru Bakımından Takdir Yetkisi ve Kanuna Aykırılık, **İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I**, Ankara 1976, s. 330 - 371.

ASLAN Zehreddin, “İdari Yargılama Usulünde Resen Araştırma İlkesi”, **İÜSBFD**, No: 23 / 24, s. 53 – 58.

ATAY, Ender Ethem, “İptal Davasının Nitelikleri Ve İptal Kararının Uygulanması” **Danıştay Ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu**, Danıştay Yayını No: 74, 11 Mayıs 2007, s. 13 – 95.

BAYRAKTAR, Erman, Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi, **İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I**, Ankara 1976, s. 254 - 294.

CANDAN, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Ankara 2009.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, İstanbul 2016, Gün. 8. Baskı.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, Ankara 2004, 3. Baskı.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, “İdari Yargılama Hukukunda Yargı Yerinin Sebep İkamesi”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 2016, Sayı 141, s. 9- 39.

ÇOLAK, Osman, “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Yasak Fiil ve Davranışlar ile Sorumluluklar” **Kamu İhale Hukukuna İlişkin Genel Tebliğler ve Makaleler 2**, Editörler; Fehim Üçışık, Çetin Arslan, Ahmet Hakkakul, İstanbul 2005, s. 27-29.

DERDİMAN Cengiz, **İdari Yargının Genel Esasları**, 3. Baskı, Bursa 2014.

Danıştay Dergisi, S. 46 – 47.

Danıştay Dergisi S. 70 – 71.

Emsal Yargı Kararları, <http://www.emsalyargi.com/>

EVREN, Çınar Can, “İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi” **GÜHFD**, C. 12, Y. 2008, S. 1-2, s. 701 – 723.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku** C. I, Bursa 2009.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku, C. II, İdari Yargılama Hukuku**, Gün. 4. Baskı, Ankara 2010.

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, Ankara 2011.

GÜRAN, Sait, İdari Yargı Denetiminin Kapsamı ve Sınırları, **Danıştay Başkanlığı 140. Yıl Sempozyumu 12 Mayıs 2008**, Ankara 2009, s. 57-61.

KALABALIK Halil, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, 12. Baskı Kon-ya 2018.

KAPLAN, Gürsel, **İdari Yargılama Hukuku**, Bursa 2016.

KARAVELİOĞLU Celal, **İdari Yargılama Usulü Kanunu**, C. I, 5. Baskı, Ankara 2001.

Kararara İçtihad Bilgi Bankası. <https://www.kararara.com/>

Kazancı içtihat programı; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>

Lexpera içtihat programı <http://www.lexpera.com.tr/CaseLaws/TOC-CaseLaws.aspx>.

MERMUT, Güler, İptal Davalarının Şartı Olarak Kanuna Aykırılık, **İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I**, Ankara 1976, s. 295 – 329.

NOHUTÇU Ahmet, **İdari Yargı**, 3. Baskı, Ankara 2011.

OĞURLU, Yücel, “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re’sen Araştırma İlkesi”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. II, S. 1. s. 119- 133.

ÖZAY, İl Han, **Günışığında Yönetim**, İstanbul 2002.

SÖYLER, Yasin, “İdari Yargılama Usul Hukukunda Sebep İkamesi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 8, S. 31, Temmuz 2017, s. 533- 566.

TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Gün. 2. Baskı, Ankara 2013.

TUNCAY, Aydın, **İdare Hukuku ve İdari Yargının Bazı Sorunları**, Ankara 1972.

ULUSOY, Ali, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul 2013.

Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük
http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.58ebafd93987e1.92588668.

YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, İstanbul 2009.

YILMAZ, Yunus, İdare Hukukunda Sebep Unsuru ve Sebep İkamesi, **AYİM Dergisi** S. 21, http://82.222.182.101/Ayim/Makale/Makale_Detay?id=54733214d83cff1a504d92ca.

CEZA MUHALEMESİNDE TANIK BEYANININ DELİL OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ*

*Evaluation of Witness Testimony as Evidence in Criminal Procedure***

Dr. Metin KÖSE***

ÖZET

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğin bulunmasının ve hukuk düzeni açısından doğru bir karar verilebilmesinin öncelikli şartı, delillerin sağlıklı bir şekilde ortaya konulup değerlendirilmesidir. Deliller duruşmada hükmün oluşmasına katkı sağlayacak süjelerin önüne konur ve tartışmaya açılır. Hâkim duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delilleri akıl yürütmek suretiyle serbestçe değerlendirerek vicdani kanaatini oluşturur. Bu bağlamda, hâkim tanık beyanının delil değerini belirlemek için tanıklığın içeriği ile tecrübe kurallarını karşılaştırır. Hâkim, tecrübe kurallarına dayanarak yaptığı değerlendirme sonucunda gerçeğe uygun olduğu kanaatini edindiği tanık beyanını delil olarak kabul eder ve onunla hüküm verir. Güvenilir bulmadığı veya genel bilinen gerçeklere, hayat tecrübelerine aykırı gördüğü tanık beyanını ise delil olarak kabul etmez.

* Bu makale, “Ceza Kovuşturmasında Delillerin Ortaya Konulması ve Değerlendirilmesi” adlı doktora tezinden türetilmiştir.

** This paper is based on an PhD study titled “Submitting and Evaluation of Evidence in Criminal Prosecution”.

*** MEB, Eskişehir Yunussemre Mesleki ve Teknik Anadolu Lisesi, kosem.mkose@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-5937-933X

Makale Geliş Tarihi:06.01.2019

Makale Kabul Tarihi:01.04.2019

Bu çalışmada “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Olarak Değerlendirilmesi” başlığı altında tanık beyanının ortaya konulması, tartışılması ve gerçeğe uygunluk bakımından değerlendirilmesi ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler: Tanık beyanı, Tanıklıktan çekinme, Tanığa soru yöneltilmesi, Tanıkların yüzleştirilmesi, Tanık beyanının değerlendirilmesi

ABSTRACT

In criminal procedure, primary requirement of obtaining particular truth and making right decision is submitting and evaluating evidence accurately. Evidence must be presented to who may contribute to the constitution of the verdict and discussion must be started. Judge should conclude his/her moral certainty through reasoning discussed evidence in the trial with free evaluation of the evidence. In this context, the judge compares the content of the witness with the rules of experience to determine the evidence value of the witness testimony. As a result of his evaluation based on the experience rules the judge accepts the witness testimony, which he considered truthful, as evidence and judges with it. The judge doesn't accept the witness testimony that is incredible or contrary to commonly known facts and human experiences, as evidence. In this study, under the title of “Evaluation of Witness Testimony As Evidence in Criminal Procedure” submission, discussion and evaluation of the witness testimony was investigated.

Keywords: Witness testimony, Refraining from testimony, Posing questions to witness, Confronted of witnesses, Evaluation of witness testimony.

GİRİŞ

Ceza muhakemesi hukuku literatüründe sıklıkla vurgulandığı üzere, günümüz ceza muhakemesinin temel amacı, bireylerin haklarına saygılı şekilde maddi gerçeği bulmak suretiyle cezai uyumsuzluğu çözmektir. Maddi gerçeğin bulunmasının ve hukuk düzeni açısından doğru bir karar verilebilmesinin öncelikli şart ise, delillerin sağlıklı bir şekilde ortaya konulup değerlendirilmesidir.

Ceza muhakemesinde ispat edilecek hususun geçmişteki olaylara ilişkin olması, bu olayların ortaya çıkacağı zamanın ve şartların önceden bilinememe-

si², dolayısıyla delillerin önceden hazırlanamaması, vicdani ispat sisteminin benimsenmesine neden olmuştur³.

Vicdani ispat sisteminde delil tür, biçim ve sayısında bir sınırlandırma olmadığı gibi⁴, hâkim delilin ispat gücünü herhangi katı bir kurala bağlı olmaksızın serbestçe değerlendirir⁵. Bu itibarla, tanık beyanlarını serbestçe değerlendiren hâkim, önüne gelen bir olayda üç tanığın beyanını inandırıcı bulmayıp, gerekçesini göstererek aksi yönde açıklamalarda bulunan tek tanığın beyanını inandırıcı bulabilir⁶. Keza hâkim gerekçesini göstererek, bir olayda yeminsiz dinlenen bir tanığın beyanını, yeminli olarak dinlenen bir tanığın beyanından üstün tutabilir⁷. Hâkim, çelişkili tanık beyanlarından hangisine değer tanıyacağı konusunda da gerekçelendirmek kaydıyla serbesttir⁸.

Tanık beyanı, doğrudan delil olduğu hallerde, olayı doğrudan yansıtmaması nedeniyle temsil niteliği yüksek, ancak güvenilirliği tartışılabilir bir delildir⁹. Tanık beyanının ancak bir bölümünün doğru olduğu; geri kalanının ise, yalandan veya hatadan kaynaklı olarak yanlış olabileceği psikolojik olarak saptanmıştır¹⁰. Öncelikle, tanık istemeyerek hataya düşebilir ve yanlış beyanda bulunabilir. Tanık iyi hatırlayamadığı şeyleri uydurabilir ve buna kendisi de inanır. Tanık yanlış duymuş da olabilir ya da kimi zaman çevredekilerin etkisiyle görmediği, duymadığı şeyleri gördüğünü, duyduğunu sanabilir. Tanık kimi zaman

² N. Toroslu ve M. Feyzioğlu (2006). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, s. 168.

³ E. Yurtcan (2004). *Ceza Yargılaması Hukuku*. İstanbul: Kazancı Yayınları, s. 350.

⁴ Y. Ünver (2006). Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız. *Ceza Hukuku Dergisi*, 1 (2), s. 107.

⁵ W.R. Clemens (1961). *Germany. The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*. Northwestern University. <http://www.jstor.org/stable/1141107>. 52 (3), s. 277 (erişim tarihi: 27. 07. 2012).

⁶ Ünver, 2006, s. 106.

⁷ Yurtcan, 2004, s. 125; Toroslu ve Feyzioğlu, 2006, s. 169.

⁸ Y. Ünver (1996). Ceza Yargılaması Hukukunda İspata İlişkin Bir Yargıtay İBK'nın İncelenmesi. *İHFM*, 55 (1-2), s. 195.

⁹ O. Atalay (2009). Delil Kavramı Üzerine. *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C.2. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 135.

¹⁰ M.T. Yücel (1991). Ceza Adaletinde Tanık Üzerine. *Ankara Barosu Dergisi*, (5), s. 737.

da telkin edici soruların etkisiyle kendisini dinleyen kişinin soru sorma tarzı yüzünden hataya düşmüş olabilir¹¹.

Geçmişte yaşanmış olayın bugün gerçeğe uygun biçimde temsil edilebilmesi için tanık beyanının gerçeğe uygunluğunun büyük bir özen ile tespit edilmesi gerekir. “Ceza Muhakemesinde Tanık Beyanının Delil Olarak Değerlendirilmesi” başlıklı bu çalışmada tanık beyanının ortaya konulması, tartışılması ve gerçeğe uygunluk açısından değerlendirilmesi konuları ele alınmıştır.

I. TANIK BEYANININ ORTAYA KONULMASI

Delillerin ortaya konulması, duruşmada geçmiş olayların ve tecrübe kurallarının aydınlatıldığı bölümdür¹². Bu bölümde delillerin içeriklerini, yani bunların önemli olaylara ilişkin verebilecekleri bilgiyi öğrenme faaliyeti gerçekleştirilir¹³. Tanık beyanının ortaya konulması genel olarak tanığın dinlenerek söyleyeceklerini açıklaması imkânının verilmesi¹⁴ şeklinde gerçekleştirilir¹⁵.

A. Tanığın Dinlenmesi

1. Duruşmada Hazır Olan Tanığın Bizzat Dinlenmesi

Tanıklık devlete karşı yerine getirilmesi gerekli bir görev olarak kabul edildiği için tanıkların, tanık oldukları olay hakkında beyanda bulunma zorunluluğu vardır¹⁶. Kendisine usulüne uygun olarak çağrı yapılan tanık mahkemenin

¹¹ N. Kunter, F. Yenisey ve A. Nuhoglu (2006). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Arıkan Yayınevi, s. 638.

¹² A.K. Yıldız, (2002). *Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 180.

¹³ B. Kantar (1957). *Ceza Muhakemeleri Usulü*. Ankara, s. 259.

¹⁴ “Hâkim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Dayanılan beyan delili ise, beyanda bulunan kişinin taraflara soru sorma hakkı da tanınarak huzurda dinlenmesi gerekir. Satmak için uyuşturucu madde kullanmak suçunda, beyanı hükme esas alınan kişinin huzurda tanık olarak dinlenmesi ve sonucuna göre fiilinin "satmak için uyuşturucu madde bulundurma" ya da "kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma" suçlarından hangisini oluşturduğu tartışılarak sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekir.”. Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 6.3.2012 tarih ve 2009/3321 Esas ve 2012/3370 Karar sayılı kararı. Kazancı Hukuk Otomasyon Programı İçtihat Bilgi Bankası. <http://www.kazanci.com.tr> (erişim tarihi: 06.02.2015)

¹⁵ Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, 2006, s.1207.

¹⁶ Ş. Canpolat, Ş. (1974). *Usul Hukukunda Tanık ve Psikolojisi*. Adana: Kemal Matbaası, s. 35.

gösterdiği yer ve saatte orada bulunmak zorundadır¹⁷. Bu zorunluluk tanıklıktan çekinme hakkı olanlar için de geçerlidir. Çünkü tanık ancak mahkeme huzurunda çekinme hakkını beyan edebilecek ve mahkeme çekinme hakkının bulunduğunu bu şekilde tespit edebilecektir. Davete uyan tanık beyanda bulunmak zorundadır¹⁸.

Duruşmanın başında sanığın ve müdafininin hazır bulunup bulunmadığı, çağrılmış tanık ve bilirkişilerin gelip gelmedikleri saptandıktan sonra duruşma salonundan dışarı çıkarılan tanıklar¹⁹ dinlenmek için içeri alınır (CMK 191/1-2). Bütün tanıklar mümkün olduğunca aynı oturumda dinlenmelidir. Böylelikle tarafların öncekilere sorulan soruları öğrendikten sonra diğerlerine talimat vermesi engellenebileceği gibi, tanıkların yanlışı veya varsa yalanları tespit edilebilir²⁰. Her tanık ayrı ayrı ve daha sonraki dinlenecek tanıklar yanında bulunmaksızın dinlenir (CMK m. 52/1). Bir tanık dinlenirken, kendisinden sonra dinlenecek tanıklar duruşma salonunda bulunmamalıdır. Ancak dinlenen tanık başka tanıkların dinlenmesinde hazır bulunabilir²¹. Bu şekilde her tanık diğerine yöneltilen soruyu ve verilen cevabı öğrenmeden dinleneceği için, tanıkların birbirlerini etkilemelerinin önüne geçilmiş olur²². Mahkeme başkanı, önce dinlenmiş bir tanığın mahkeme salonunda bulunmasının, sonra dinlenecek tanığın ifadesinin samimiyetini ihlal edebileceği kanaatini edinirse, önceki tanıkları geçici

¹⁷ Cumhurbaşkanı dışında (CMK m. 43/4) ülkede yaşayan herkes, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olsa dahi, tanıklık yapmak üzere usulüne uygun olarak çağrıldığında kendisini çağıran kişi veya makam önüne gelmek zorundadır. Bu zorunluluk tanıklığın toplumsal ve kamusal bir görev olmasından kaynaklanmaktadır. Toroslu ve Feyzioğlu, 2006, s. 178. Belirtmek gerekir ki, bu durum ülkede yaşayan yabancılar için de geçerlidir. Yurtcan, 2004, s. 368.

¹⁸ A. Önder (1963). *Ceza Muhakemeleri Hukukunda Şahitlikten Çekinme Hakkı. İHFM*, 29 (4), s. 866-877; Tanık, kanun hükümleri çerçevesinde beyanda bulunması için zorlanabilir. M. Hannibal and L. Mountford (2002). *The Law of Criminal and Civil Evidence Principles and Practice*. Longman, p. 280.

¹⁹ Tanığın duruşma salonunda kalması halinde sorgulanan sanığı ve diğer tanıkları dinleyecek olmasından dolayı, anlatılanlardan etkilenecek ifadesini yeni baştan şekillendirme olasılığı bulunur. Ayrıca bu sayede, yalan beyanda bulunmayı amaçlayan tanık bunu mahkemenin tespit edemeyeceği derecede tutarlı bir hale getirme olanağına sahip olacaktır. M. Feyzioğlu (1996). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*. Ankara: US-A Yayıncılık, s. 316.

²⁰ M.R. Belgesay (1949). Davaların Uzamasının Sebepleri Üzerine Bir İnceleme. *İHFM*, C. 15, s. 655.

²¹ B. Öztürk vd. (2009). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 287.

²² M. R. Belgesay (1951). *HUMK Şerhi, İspat ve Hüküm Teorileri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını, s. 107; F. Erem (1987). *Adalet Psikolojisi*. Ankara: Sevinç Matbaası, s. 380; Darbyshire, P. (1995). *English Legal System in a Nutshell*. London: Sweet&Maxwell, p. 80.

olarak salondan çıkartabilir²³. Bu durumda salondan ayrılan tanıkların dışarıda sırasını bekleyen tanıklarla temas edebileceği göz ardı edilmeyerek, teması engelleyici gerekli tedbirler alınmalıdır²⁴.

Tanıkların dinlenmesi sırasındaki görüntü veya sesler kayda alınabilir. Ancak; mağdur çocukların, duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ve tanıklığı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu olan kişilerin tanıklığında bu kayıt zorunludur (CMK m. 52/3).

Tanık dinlenmek için içeri alındıktan sonra ilk iş olarak kim olduğu tespit edilir. Mahkeme huzuruna gelen tanık sosyal hayattan tecrit edilmiş bir varlık değildir; aksine, sosyal hayata çeşitli bağlarla bağlı bir bireydir. Taraflarla tanık arasında aile bağı, kan birliği, menfaat bağı gibi dayanışma hissi doğuran ilgilerin bulunabileceği hiçbir zaman unutulmamalıdır²⁵. Davada menfaat ve ilgisi bulunan tanıktan tarafsız ve gerçek bir tanıklık beklemek oldukça güçtür²⁶.

Tanığa ilk önce adı, soyadı, yaşı, işi ve yerleşim yeri, işyerinin veya geçici olarak oturduğu yerin adresi, varsa telefon numarası sorularak kimliği tespit edilir (CMK m. 58/1). Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa kimlikleri saklı tutulur. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür (CMK m. 58/2).

Tanığın kim olduğunun tespit edilmesinin ardından sanık hazır ise tanığa gösterilir, değilse kimliği açıklanır (CMK m. 59/1). Sanığın tanığa gösterilmesinde veya kimliğinin açıklanmasındaki gaye, tanığın kiminle ilgili ifadesine

²³ M.T. Taner (1955). *Ceza Muhakemeleri Usulü*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 203.

²⁴ Feyzioğlu, 1996, s.321.

²⁵ Akraba veya yakın olmak, düşman olmak, kötü şöhret sahibi olmak ya da daha önceden yalan tanıklık suçundan mahkum edilmiş olmak, tanıklığa engel değildir. Muhakemede üçüncü kişi konumunda olan herkes tanık olabilir. Küçük çocuklar veya akıl hastaları da tanık olarak beyanda bulunabilir. Tanıklık için ehliyet şartı aranmaz. Yeter ki tanık, muhakeme konusu olayı algılama ve bununla ilgili bilgileri aktarabilme yeteneğine sahip olsun. Kantar, 1957, s.70; B. Öztürk ve M.R. Erdem (2008). *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 392; Toroslu ve Feyzioğlu, 2006, s.176; Yurtcan, 2004, s.440.

²⁶ N.K. Eğilmez (1955). Şahadet ve Şahidin Psikolojisi. *ABD*, (1), s. 401.

başvurulduğunun açıkça anlamasını sağlamaktır²⁷. Bu aşamada mahkeme başkanı veya hâkim tarafından tanığa tanıklık yapacağı olayla ilgili olarak bilgi verilir²⁸. Bu bağlamda tanığa dinlenmesinden önce gerçeği söylemesinin önemi, gerçeği söylemesi hususunda yemin edeceği, gerçeği söylememesi halinde yalan tanıklık suçundan dolayı cezalandırılacağı anlatılır. Ayrıca duruşmada mahkeme başkanı veya hâkimin açık izni olmadan mahkeme salonunu terk edemeyeceği söylenir (CMK m. 53). Dava tanığa anlatılırken tanığın anlayabileceği bir dil ve objektif bir üslup kullanılmalı, yönlendirme ve telkiden kaçınılmalıdır²⁹.

Tanığa davanın anlatılmasından ve sanığın gösterilmesinden sonra, tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere, dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir. Bu kimseler, dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilirler (CMK m. 45). Ceza muhakemesinde tanıklık yapmak zorunlu olmakla birlikte, çeşitli sebeplerle belirli kişilere kısmen ya da tamamen beyanda bulunmaktan çekinme hakkı ya da zorunluluğu tanınmıştır³⁰.

Tanıklıktan çekinme halleri Ceza Muhakemesi Kanunu'nda belli hısımlık ilişkileri sebebiyle tanıklıktan çekinme³¹ (CMK m. 45), kendisi ve yakınları aleyhine tanıklıkta bulunmaktan çekinme (CMK m. 48) ve meslek ve uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme (CMK m. 46) biçiminde düzenlenmiştir. Olayın tanıkları, hakkında soruşturma yapılan bir sanığın yakınları ise, onun cezadan kurtulması düşüncesinde olacaklardır. Bu kimseler, tanık olarak dinlenmeleri halinde doğru söyleme zorunluluğu ile yakınını cezadan kurtarma isteği arasında kalacaklardır³². Aile içindeki düzenin bozulmamasına ve aile bütünlüğünün korunmasına önem verilerek³³ bir takım yakın akrabalık ve aile ilişkisi içinde bulunan kimseler doğru söylemek görevi ile vicdanları arasında mücadeleye

²⁷ H. Çolak (2007). *Ceza Yargılaması Hukukunda Çapraz Sorgu*. Ankara: Bilge Yayınevi, s. 139.

²⁸ Taner, 1955, s.202.

²⁹ Çolak, 2007, s.139.

³⁰ Önder, 1963, s.879.

³¹ Bu kapsamda, şüpheli veya sanığın nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy, şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları ve aralarında evlâtlık bağı bulunanlar tanıklıktan çekinebilir (CMK m. 45).

³² Canpolat, 1974, s.35.

³³ Önder, 1963, s.884.

zorlanmamış³⁴, kendilerine tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır³⁵. Ayrıca tanığa, kendisini veya hısımlık ilişkileri sebebiyle tanıklıktan çekinebilecek yakınlarını ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorular yöneltildiğinde, ifadeden bir sonuç alınamayacağı ve tanığın yalan söyleyebileceği çok muhtemel görüldüğü için de çekinme hakkı tanınmıştır³⁶. Ancak, bu halde tanınan çekinme hakkı tanıklıktan tümüyle çekinme şeklinde değil, kısmi bir çekinmedir. Tanık sadece kendisi veya yakınları aleyhine sonuç doğurabilecek nitelikteki sorular bakımından çekinebilir³⁷. Bunun dışındaki konularda ise tanıklık yapmak zorundadır³⁸. Nihayet sır saklama yükümlülüğü olan meslek gruplarını korumak³⁹ ve ihtiyaç sahibi kişilerin sırlarının açıklanması korkusu taşımaksızın rahatlıkla bu kimselere başvurulabilmelerini sağlamak için⁴⁰ bu meslek gruplarına meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme zorunluluğu getirilmiştir.⁴¹

Gerçekte tanıklıktan çekinme hakkı olmayan bir tanığa, bu hakkının var olduğu kanısıyla, yanlış olarak tanıklıktan çekinme hakkının bulunduğu bildirilmiş ve yanlış bilgilendirme dolayısıyla tanık beyanda bulunmaktan çekinmişse, tanığın esasa ilişkin beyanda bulunmamış olması hükmü etkilemiş olabilir. Dolayısıyla, burada bir istinaf sebebinin varlığından söz edilir⁴².

³⁴ F. Erem (1973). *Ceza Usulü Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 372.

³⁵ Canpolat, 1974, s.35.

³⁶ Taner, 1955, s.193.

³⁷ Örneğin, çocuk düşürme suçundan sanık bir hekimin yargılanması sırasında bir kadın tanığa, bu hekimin ona da çocuk düşürtüp düşürtmediğinin sorulması halinde, bu tanık kadının vereceği cevap kendisinin de çocuk düşürtme suçundan kovuşturulmasını mümkün kılabileceğinden soruya cevap vermekten çekinebilir. Yurtcan, 2004, s.370.

³⁸ V.Ö. Özbek (2005). *CMK İzmir Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 182.

³⁹ N. Centel ve H. Zafer (2005). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, s. 210.

⁴⁰ Özbek, 2005, s.176.

⁴¹ Buna göre, avukatlar veya stajyerleri veya yardımcıları, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler hakkında; hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensupları, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler hakkında; malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterler bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcıları dışında kalan kişiler, ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez (CMK m. 46).

⁴² S. Keskin (1997). *Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık*. İstanbul: Alfa Yayınları, s. 189.

Kural olarak çekinme hakkını kullanan tanık bunun dayanağını bildirmek durumunda değildir. Bununla birlikte bazı hallerde tanığın çekinme hakkı şüpheli görülebilir. Bu hallerde mahkeme başkanı, hâkim veya Cumhuriyet savcısı gerekli görürse tanıktan, tanıklıktan çekinmesinin dayanağını oluşturan olguları bildirmesini isteyebilir ve gerekirse bu konuda doğruyu söylediğine dair kendisine yemin de verdirebilirler (CMK m. 49). Ancak tanık, vereceği beyanın kendisini veya yakınlarını suçlayıcı sonuçlar doğuracağı kanaatinde ise, hâkim bu konuda kendisinden neden göstermesini istememelidir⁴³.

Tanıklıktan çekinme zorunluluğu veya hakkı bulunmayan ya da hakkı olmasına rağmen bunu kullanmayan tanıklara dinlenmeden önce yemin teklif edilir⁴⁴. Tanığa yemin verilmesi, esasen tanık beyanına yalnız başına inanılmadığını gösterir⁴⁵. Yemin, tanığın anlatacakları hususunda vicdanına hitap edilerek doğru söylemesini ve adalet yararına olarak tanığın beyanının içtenliğini sağlamak için verilir⁴⁶. Tanıklıktan çekinme hakkı olmasına rağmen çekinmeyen tanığa yeminden çekinme hakkının olduğu hatırlatılır. Tanığın, çekinme hakkı konusunda bilgilendirilmiş olsa bile, yeminden çekinme hakkı konusunda bilgilendirilmemiş olması, hüküm bu aykırılığa dayandığı takdirde bir istinaf sebebini ortaya çıkarabilir. Yeminden çekinme hakkı kendisine bildirilmeyen tanık⁴⁷, daha sonra, eğer hakkı kendisine bildirilseydi, onu kullanacak olduğunu açıklarsa, ifadesi ancak yeminsiz bir ifade olarak değerlendirilebilir veya hiç değerlendirilmez⁴⁸.

Tanıklar ayrı ayrı yemin ederler⁴⁹ (m54/1). Yemin kovuşturma evresinde hâkim veya mahkeme, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından

⁴³ Özbek, 2005, s.184.

⁴⁴ Feyzioğlu, 1996, s.326.

⁴⁵ Erem, 1973, s.380.

⁴⁶ Özbek, 2005, s.185.

⁴⁷ Hısımlık sebebiyle tanıklıktan çekinme hakları bulunmasına rağmen bunu kullanmayarak tanıklık yapan kişiler hakkında yemin gerekip gerekmediği hâkim veya mahkeme tarafından serbestçe takdir edilir. Ancak bu kimseler kendilerine hâkim veya mahkeme tarafından yemin teklif edilmesi halinde yemin etmekten çekinebilirler. Bu hususun kendilerine bildirilmesi gereklidir (CMK m. 51).

⁴⁸ Keskin, 1997, s.191.

⁴⁹ Dinleme sırasında on beş yaşını doldurmamış olanlar; ayırt etme gücüne sahip olmamaları nedeniyle yeminin niteliği ve önemini kavrayamayanlar; soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar yeminsiz dinlenir (CMK m. 50).

verdirilir (CMK m. 54/2). Ceza muhakemesinde yemin, vicdani içeriğe sahiptir⁵⁰. Tanığa verilecek yemin, tanıklıktan önce "Bildiğimi dosdoğru söyleyeceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim." biçimindedir (CMK m. 55/1). Gerektiğinde veya bir kimsenin tanık sıfatıyla dinlenilmesinin uygun olup olmadığında tereddüt olması halinde yemin, tanıklığından sonra verdirilebilir (CMK m. 54). Bu halde yemin, "Bildiğimi dosdoğru söylediğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim." biçiminde olur (CMK m. 55/1).

Yemin etmesinin ardından tanıktan, tanıklık edeceği konulara ilişkin bildiklerini anlatması istenir (CMK m. 59/1). Kanun'da tanığın dinlenmesinden söz edildiği için, tanık beyanı sözlü olmalıdır (CMK m. 52). Sözlü tanıklık, tanığın samimilik derecesinin anlaşılması açısından önemlidir⁵¹. Tanığın tavır ve hareketleri, çeşitli sorulara verdiği cevaplar bu konuda hâkime bir fikir verebilir⁵². Sözlü beyanın istisnası dilsiz tanıklar hakkındadır. Tanık dilsiz ise yazarak beyanda bulunur. Ancak yazamıyorsa, işaretlerinden anlayan birisinin aracılığı ile beyanda bulunur⁵³. Bu durumda hâkim tanık beyanını değerlendirirken, yanlış tercüme edilmiş olma olasılığını göz önünde tutmalı ve ihtiyatla kabul etmelidir⁵⁴.

Tanık, duruşma esnasında bildiklerini anlatırken sözü kesilmez (CMK m. 59/1). Tanığın duruşma esnasında bildiklerini anlatırken sözünün kesilmesi, ifadenin içeriğinin değişmesine, tanığın anlatacağı bazı önemli noktaları unutmamasına yol açabilir. Ayrıca tanık, sözünün kesilmesini gereksiz konuştuğu için uyarı yapıldığı biçiminde düşünebilir⁵⁵.

Tanık sözlü anlatım sırasında sanatsal ve teknik açıdan zorunluluk olmadıkça teknik dille konuşmamalıdır. Günlük dilde konuşması tanığı daha anlaşılır kılar. Bu yüzden hâkim gerekli görürse tanığı bu konuda uyarabilir. Tanığın vücut diliyle konuşması halinde ise, söylenen veya cevaplanan şeyleri sözle

⁵⁰ Özbek, 2005, s.197.

⁵¹ Belgesay, 1951, s.106.

⁵² Erem, 1973, s.400.

⁵³ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, 2006, s.633; B. Arıkan (1962). Tanık. *ABD*, (2), s. 130; Toroslu ve Feyzioğlu, 2006, s.176; Canpolat, 1974, s.65.

⁵⁴ Belgesay, 1951, s.106.

⁵⁵ Çolak, 2007, s.139.

ifade etmesi istenmelidir⁵⁶. Tanığın ifadesinin selameti kültür ve görgü seviyesiyle de ilgilidir⁵⁷. Tanık sözcükleri kötü telaffuz edebilir ve heceleri karıştırabilir⁵⁸. Şive farkı hâkimin yanlış anlamasına yol açabilir. Özellikle çeşitli anlamlara gelen kelimelerin kullanıldığı hallerde, hangi anlamda kullanıldığının tespiti gerekir⁵⁹. Bu durumda hâkim tanığın kullandığı kelimelere ve şiveye uygun olarak ifadeleri tekrar ettirmelidir⁶⁰.

2. Tanığın Duruşmada Görüntü ve Ses Aktarma Yoluyla Dinlenmesi Hususu

Ceza muhakemesinde duruşma, muhakemeye katılma hakkına sahip olanların huzurunda ve duruşma salonunda gerçekleştirilir. Tanık da aleni duruşmada ve duruşmaya katılma hakkına sahip olanların huzurunda dinlenir⁶¹. Bununla birlikte zorunlu hallerde⁶² mahkeme tanığın dinleme esnasında başka yerde bulunmasına izin verebilir⁶³. Bu durumda tanık ses ve görüntülü aktarma yoluyla dinlenebilir. Tanığın ses ve görüntülü aktarma yoluyla dinlenmesi, tanığın duruşma salonu dışında özel olarak hazırlanmış bir yerde duruşma ile eş zamanlı olarak dinlenmesiyle elde edilen ses ve görüntüsünün telekonferans, video konferans veya diğer sesli ya da görüntülü iletişim araçlarından yararlanılmak suretiyle, aynı anda duruşma salonuna aktarılması suretiyle dinlenmesi-

⁵⁶ M. Ertanhan (2005). *Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık*. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 227.

⁵⁷ N. Tüzün (1962). *Yemin ve Şahadet*. ABD, (2), s. 282.

⁵⁸ Ertanhan, 2005, s.228.

⁵⁹ Tüzün, 1962, s.282.

⁶⁰ F. Arık (1947). *İsviçre ve Alman Hukukunda Mahkemede Delillerin İkamesi*. AD, (9), s. 824; Ertanhan, 2005, s.228.

⁶¹ F. Turhan (2009). *Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması Türk, Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 118.

⁶² Duruşmada hazır bulunmak suretiyle dinlenmesinde tanığın esenliği açısından ağır bir zarar doğma tehlikesi bulunabilir. N. Centel ve H. Zafer (2015). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları, s. 708. Ayrıca tanık suç teşkil eden fiil hakkında mahkemeye bilgi verdiği zaman aleyhinde tanıklık yaptığı kişilerin husumetine maruz kalır. Öyle ki, tanık bazı özel durumlarda intikam duygularına hedef olur. F. Yenisey, (2010). *Örgüt Suçu, Muhakemesi ve Gizli Tanık*. Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 409. Hakkında tanık koruma tedbirine başvurulmuş tanığın, uygulanan tedbire paralel olarak dinleme usulleri de değişmektedir. M. Özen (2011). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklık Üzerine Değerlendirmeler*. *Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Düzenlemeleri ve Uygulamalarına İlişkin Genel Değerlendirmeler Ankara Hukuk Toplantıları* (Yayına Hazırlayan: Çiğdem Güner). Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 73.

⁶³ Centel ve Zafer, 2005, s.533.

dir. Bu dinleme şeklinde tanık mahkeme binasının başka bir odasında bulunabileceği gibi, bina dışında, şehrin herhangi bir yerinde, hatta başka bir şehirde veya ülkede bulunabilir⁶⁴.

Türk hukukunda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nda tanığın ses ve görüntülü aktarma yoluyla dinlenmesi yöntemi kabul edilmiştir. CMK' nın 180/5. maddesinde, tanığın naiple veya istinabe yoluyla dinlenebildiği hallerde⁶⁵, duruşma hazırlığı esnasında görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenebilmesine yer verilmiştir. Öğretide Centel ve Zafer'e göre, tanığın istinabe yoluyla dinlenebildiği hallerde, duruşma esnasında tanığın ses ve görüntü ileten araçlar aracılığıyla dinlenmesi (CMK m. 180/5) mümkündür⁶⁶. Bununla birlikte, duruşma hazırlığı bakımından düzenlenen CMK m. 180/5'e paralel bir hükmün duruşmaya ilişkin olarak da düzenlenmesi gerekir.

CMK' nın 58/3-5. maddesinde, bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak, hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkimin, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebileceği ve tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılabileceği düzenlenmiştir. CMK m. 58/3 hükmünün duruşma sırasında da tanık dinlemede uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Bu kabule TKK'nın ilgili hükümlerinden ulaşabiliriz. Şöyle ki, TKK m. 5/1-b'de, "tanığın duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi" uygulanabilecek tanık koruma tedbirlerinden biri olarak sayılmış; TKK m. 9/1'de, "haklarında tedbir kararı alınan tanıkların duruşmada dinlenmesi sırasında CMK m. 58/2-3" hükmünün

⁶⁴ Y.S. Balo (2009). *Uluslararası İke ve Uygulamalar Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma (Anonim Tanık)*. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 209-210.

⁶⁵ CMK' nın 180. maddesine göre, "Hastalık veya malûllük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle bir tanığın... uzun ve önceden bilinmeyen bir zaman için duruşmada hazır bulunmasının olanaklı bulunmayacağı anlaşılırsa, mahkeme onun bir naiple veya istinabe yoluyla dinlenmesine karar verebilir... Tanığın... aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenebilmeleri olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak ifade alınır..."

⁶⁶ Centel ve Zafer, 2005, s.534.

uygulanacağından söz edilmiş; TKK m. 9/2’de ise, “CMK m. 58/2-3 hükmünün uygulanmasına mahkemece karar verilmesi” düzenlenmiştir⁶⁷.

CMK’ nın 139/3. maddesinde de, gizli soruşturmacının kovuşturma evresinde tanık olarak dinlenmesinin zorunlu olması halinde, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan veya ses ya da görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinleneceği belirtilmiştir.

5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu’nda ise, tanığın duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ve ceza hükmü içeren özel kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar; kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından öngörülmüştür (TKK m. 3,5).

5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu’nun, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre, özel bir kanun olması ve daha sonra yürürlüğe girmiş olması göz önünde tutulduğunda tanığın görüntü ve ses aktarımı yoluyla dinlenmesi yöntemine başvurulacak suçların 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu’nun 3. maddesinde belirlendiği söylenebilir⁶⁸.

5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu’nun 9/8. maddesinde duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenen ya da ses ve görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenen tanığın beyanının tek delil olarak hükme esas teşkil edemeyeceği ifade edilmiştir. Ayrıca bu hüküm, kovuşturma evresinde tanık olarak dinlenen gizli soruşturmacının beyanının hükme esas alınmasında da uygulanacaktır (CMK’ nın 139/3).

Bu hükümle sanığın huzurunda aleni bir duruşmada ortaya konulmayan ve sanığa test etme imkânı tanınmayan tanık beyanının her halükarda mahkûmi-

⁶⁷ Turhan, 2009, s.80.

⁶⁸ Balo, 2009, s. 211.

yetin dayanacağı tek veya belirleyici delil olmaması gerektiği yönündeki AİHM içtihatları⁶⁹ ile paralellik sağlanmıştır⁷⁰.

3. Olayın Delilinin Bir Tanığın Açıklamalarından İbaret Olması Durumunda Tanığın Dinlenmesi

Olayın delilinin bir tanığın açıklamalarından ibaret olması halinde bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez (CMK m. 210). CMK tasarısında yer alan ve CMK'nın 210. maddesini karşılayan 217. maddenin gerekçesinde, bu düzenlemenin delillerin doğrudan doğruyalığını belirtmek üzere yapıldığı ve CMK'nın 211. maddesini karşılayan 219. maddedeki istisnalar haricinde olayın delili olan bir tanığın duruşmada dinlenilmesi zorunluluğunu vurguladığı ifade edilmiştir⁷¹. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, Kanun'daki bu hüküm olayın tek delilinin bir tek tanık beyanı olması haliyle sınırlı olarak anlaşılmalıdır. Tanık beyanından başka, örneğin sanığın ikrarı, bilirkişi raporu gibi başka deliller bulunsa bile, tanık mutlaka dinlenmelidir. Şüphenin yenilmesi ve olayın aydınlatılması bakımından tanığın dinlenmesi zorunludur⁷². Bu görüşe göre, CMK m. 210/1'deki hükmün genel olarak tüm tanıklar bakımından genel bir düzenleme getirdiği ve onların doğrudan doğruya mahkemece dinlenmesini hükme bağladığı kabul edildiğinden, CMK m. 211'de belirtilen istisnalar olayın tek tanığı veya birden fazla tanığı olunmasına bakılmaksızın tüm tanık delilleri bakımından geçerli olacaktır⁷³. Olayın tek tanığının ölmesi veya daha sonra akıl hastalığına tutulması halinde de, CMK m. 211/1 uyarınca eski ifadeleri okunularak değerlendirilecektir⁷⁴.

⁶⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 13.11.2003 tarih ve 004036 başvuru numaralı Rac-hard/Fransa kararı; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 15.06.1992 tarih ve 12433/86 başvuru numaralı Lüdi/İsviçre kararı. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihm.asp?y1> (Erişim tarihi: 27.07.2012).

⁷⁰ H. Karakehya (2009). Ceza Muhakemesinde Suçluluğun İspatının Tek Delile Dayanması. *Haluk Konuralp Anısına Armağan C.2*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 1007.

⁷¹ Karakehya, 2009, s. 1011.

⁷² C. Şahin ve N. Göktürk (2012). *Ceza Muhakemesi Hukuku- II*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 107-108.

⁷³ Karakehya, 2009, s. 1010.

⁷⁴ D. Soyaslan (2010). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 399.

Oysa CMK m. 210/1'deki düzenleme olayın tek delilinin bir tek tanık beyanı olmasına ilişkindir⁷⁵. Çünkü maddedeki, "mutlaka dinlenir" ifadesi, bu kuralın olayın delilinin tek bir tanık olmasıyla sınırlı olduğu izlenimini vermektedir⁷⁶. Bu durumda, uyumsuzluğa ilişkin tüm tanıklar duruşmada dinlenmelidir. CMK m. 211'de öngörülen istisnai haller söz konusu olduğunda, örneğin bir tanığın ölmesi veya akıl hastalığına tutulması ya da bulunduğu yerin öğrenilememesi durumunda, önceden tutanağa geçirilmiş beyanlar okunabilir. Ancak, olayın tek delilinin bir tek tanık beyanı olması halinde bu istisnalar kabul edilmeyecek ve tanık duruşmada mutlaka dinlenecektir⁷⁷. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, 2014 yılında verdiği bir kararda CMK'nın 210/1. maddesindeki düzenlemenin olayın tek delilinin bir tek tanık beyanı olmasına ilişkin olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre; "...Suçun sübutuna ilişkin olarak, katılanın beyanı, olay tutanağı, adli raporlar, sanığın Amerika Birleşik Devletleri'nde öğrenim gördüğüne ilişkin açık beyanı ve öğrenim belgesi gibi başka deliller de mevcut olduğundan, olayın uyumsuzlukla ilgili kısmının tek tanığı olan ve kovuşturma aşamasında tüm aramalara rağmen hazır edilemeyen O.M'nin soruşturma aşamasında alınan ifadesinin CMK'nın 211. maddesi uyarınca okunması ile yetinilerek, sanığın görevli memura direnme ve hakaret suçlarından mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yerel mahkemeye soruşturmada dinlenen tanık beyanına göre mahkûmiyet kararı verilmesinin CMK'nın 210. maddesine uygun olmayacağı kabulü ile beraatına hükümlenmesi isabetsizdir"⁷⁸.

4. Tanığın Devlet Sırrına İlişkin Olarak Dinlenmesi

Bir suça ilişkin bilgiler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Devlet sırrı, açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgilerden oluşur (CMK m. 47/1). Devlet sırrı niteliğindeki bir konuda tanıklık yapılabilmesi için tanıklığın söz konusu olacağı suçun, alt sınırı beş yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suç olması gerekir (CMK m. 47/3).

⁷⁵ Yurtcan, 2004, s.395.

⁷⁶ Karakehya, 2009, s.1011.

⁷⁷ Yurtcan, 2004, s.395; Özbek, 2005, s.834.

⁷⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 18.2.2014 tarih ve 2013/4-242 Esas ve 2014/79 Karar sayılı kararı. Karar için bkz. Kazancı Hukuk Otomasyon Programı İçtihat Bilgi Bankası. <http://www.kazanci.com.tr> (erişim tarihi: 06.02.2015).

Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerin açıklanmasıyla Devletin güvenliğinin tehlikeye düşebileceği ihtimalini düşünen kanun koyucu, tanıklık konusu bilgilerin Devlet sırrı niteliği taşıması halinde tanıkların özel bir usulle dinlenmesi esasını kabul etmiştir⁷⁹. Buna göre, alt sınırı beş yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suç ile ilgili olarak yapılan muhakeme sırasında, tanıklık konusu bilgilerin Devlet sırrı niteliği taşıması halinde; tanık, sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından zâbıt kâtibî dahi olmaksızın dinlenir. Hâkim veya mahkeme başkanı, daha sonra, bu tanık açıklamalarından, sadece yüklenen suçun açıklığı kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirir (CMK m. 47/2). Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili Cumhurbaşkanının tanıklığı söz konusu ise, sırrın niteliğini ve mahkemeye bildirilmesi hususunu Cumhurbaşkanı kendisi takdir eder (CMK m. 47/4).

Alt sınırı beş yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda ise, yapılan muhakeme sırasında, devlet sırrına ilişkin tanık beyanlarının alınıp alınamayacağı hususu açık değildir⁸⁰. Bu konuda öğretide iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden birisine göre, beş yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlara ilişkin yapılan muhakeme sırasında tanığın dinlenmesinde, anlatılacak bilgilerin Devlet sırrı teşkil ettiğinden bahisle⁸¹ tanıklıktan kaçınılamayacak⁸² ve tanığın dinleme şekli diğer tanıklarınkinden farklı olmayacaktır⁸³. Diğer görüşe göre ise, alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezası gerektiren ağır suçlarla ilgili bir muhakemede, Devlet sırrına ilişkin olarak tanıkların özel bir usulle dinlenmesi esası kabul edilmişse; toplumsal düzeni bu suçlar kadar fazla tehdit etmeyen, nispeten daha hafif nitelikteki suçlara ilişkin muhakemelerde tanıkların Devlet sırrına ilişkin bilgileri hiçbir özel usul olmaksızın ortaya koyabileceklerini kabul etmek rasyonel olmaz. Bu nedenle alt sınırı beş yıldan az hapis cezası gerektiren suçlara ilişkin yargılamalar bakımından Devlet sırrına ilişkin tanık dinleneme-

⁷⁹ Özbek, 2005, s.181; H. Karakehya (2015). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, s. 231; Şahin ve Göktürk, 2012, s.37.

⁸⁰ Karakehya, 2015, s.231.

⁸¹ Öğretide Centel ve Zafer'e göre, suçun ağırlığı ile Devlet sırrı arasında bağlantı kurulması doğru olmamıştır. Hafif suçlar açısından da Devlet sırrına ilişkin bir bilgi duruşmada aleni olarak açıklandığında dış ilişkilere, milli savunmaya ve milli güvenliğe zarar verilebilir. Centel ve Zafer, 2015, s.259.; Öğretide Soyaslan'a göre ise, bunun sebebi suçun nispeten hafif olması dolayısıyla Devletin güvenliğine ağır şekilde zarar verilmediği düşüncesidir. Fiilin cezasının az olması, Devletin güvenliğine verilen zararın da, hafif olması anlamına gelir. Soyaslan, 2010, s.437.

⁸² Centel ve Zafer, 2015, s.259

⁸³ Soyaslan, 2010, s.437; Centel ve Zafer, 2015, s.259.

yecektir⁸⁴. Dolayısıyla, alt sınırı beş yıldan az hapis cezası gerektiren suçlarda, bu tür devlet sırlarına ve tanıklıklara dayanmaksızın uyuşmazlığı çözme yoluna gidilecektir⁸⁵.

Belirtmek gerekir ki, Devlet sırrı nedeniyle gizli dinlenen tanığın suçluluğu ortaya koyan tek delil olması durumunda, sanığın söz konusu delille doğrudan temas edememesi ve onun doğruluğunu test etme imkânının sanığa tanınmaması adil yargılanma hakkını açıkça ihlal edeceğinden, bu tanık beyanının doğruluğu başkaca delillerle desteklenmedikçe mahkûmiyet kararı verilmemelidir⁸⁶.

B. Tanığın Önceki İfadesini İçeren Tutanakların Okunması

Duruşmada hazır olan tanık bizzat dinlenir. Kural olarak daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş bu kişiye ait ifade tutanağı veya diğer yazılı açıklamalar okunamayacağı (CMK m. 210/1) gibi, tanığın notlarına bakmasına dahi izin verilmez. Bu kural, doğrudan doğruluk ve sözlülük ilkelerinden⁸⁷ kaynaklanan bir kuraldır⁸⁸. Bununla birlikte, tanık bir hususu hatırlayamadığını söylese önceki ifadesini içeren tutanağın ilgili kısmı okunarak hatırlamasına yardımcı olunur (CMK m. 212/1). Tutanağın okunması için tanığın olayı hatırlayamadığını söylemesi yeterlidir. Tanığın bu hususta doğruyu söyleyip söylemediği araştırılmaz⁸⁹. Okumanın amacı, duruşmada bilgisine başvurulmuş tanığın hafızasını kuvvetlendirerek olayı hatırlamasına yardım etmektir. Bu sebeple, tanığın önceki ifadesini içeren tutanağın sadece unutulmuş kısmı okunur⁹⁰. Ancak, gerektiğinde tutanağın tamamı da okunabilir⁹¹.

⁸⁴ Karakehya, 2015, s.231.; Öğretide Şahin ve Göktürk'e göre, alt sınırı beş yıldan az hapis cezası gerektiren Devlet sırrı kapsamında bir bilgiye sahip kişiler, tanıklıktan çekinme yükümlülüğü altındadırlar. Şahin ve Göktürk, 2012, s.37.

⁸⁵ Yurtcan, 2013, s.234.

⁸⁶ Karakehya, 2009, **a.g.k.**, 1013-1014.

⁸⁷ Her ne kadar tutanakların duruşmada okunmasıyla sözlülük ve doğrudan doğruluk ilkelerine uygunluk sağlansa da, tutanakların beyan içeren belgeler olması nedeniyle bu uygunluk maddi değil, şeklidir. Feyzioğlu, 1996, s.363.

⁸⁸ Şahin ve Göktürk, 2012, s.124; Feyzioğlu, 1996, s.357.

⁸⁹ Kantar, 1957, s.267.

⁹⁰ Şahin ve Göktürk, 2012, s.125.

⁹¹ Kantar, 1957, s.267.

Tanığın duruşmadaki ifadesiyle önceki ifadesi arasında çelişki bulunduğu da, önceki ifadesi okunarak çelişkinin giderilmesine çalışılır (CMK m. 212/2). Hâkim, hem tanığın duruşmadaki beyanını, hem tanığın çelişki sebebiyle tutanaktan okunan daha önceki ifadesini, hem de tanığın okuma üzerine yaptığı açıklamaları delil olarak serbestçe değerlendirecektir⁹². Hâkim bu değerlendirmede, tutanaktan okunan açıklamalara ve özellikle hâkim güvencesi olmadan tutulan tutanaklara çok dikkatle yaklaşmalıdır⁹³.

Tanıklıktan çekinme hak veya zorunluluğu olmayan tanığın duruşmada beyanda bulunmayı reddetmesi halinde önceki ifadesini içeren tutanakların okunup okunmayacağı ise tartışmalıdır. Bu konuda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, huzura geldiği halde beyanda bulunmayı reddetmesi, tanığın dinlendiği şeklinde yorumlanabilir. Bu durumda tutanağın okunmasıyla yetinilmesi değil, doğrudan doğruya dinlenen bir tanığın eski açıklamasının tutanaktan okunması söz konusu olur. Ancak, tutanağın okunmasından önce tanığa, beyandan hukuka aykırı şekilde çekindiği için Kanun'da öngörülen yaptırımların uygulanacağı hatırlatılmalı ve zorlama hapsinin sonucu beklenmelidir⁹⁴. Bizim de katıldığımız öğretideki diğer görüşe göre ise, duruşmada hazır olan tanığın tanıklıktan çekinme yetkisi veya yükümlülüğü bulunmamasına rağmen açıklama yapmayı reddetmesi, tanığın dinlendiği biçiminde yorumlanarak önceki ifadesi okunamaz. Duruşmada hazır bulunan bir tanığın önceki ifadesinin okunabileceği halleri düzenleyen CMK'nın 212. maddesi istisnai bir hükümdür. Kanun'daki bu istisnalar, yukarıda belirtildiği gibi, tanığın bir olayı hatırlayamadığını beyan etmesi ve tanığın duruşmadaki ifadesiyle önceki ifadesi arasında bir çelişkinin bulunması halleridir. Her iki halde de, tanığın duruşmada ifade vermesi gerekir ki, hatırlayamamasından veya önceki ifadesi ile çelişkilili beyanda bulunmuş olmasından söz edilebilsin. Oysa duruşmada beyanda bulunmayı reddeden tanık bakımından böyle bir durum söz konusu değildir. Bu durumdaki tanığa ise, ancak CMK m. 60 'da öngörülen tedbirler uygulanabilir⁹⁵.

⁹² Tanığın sözleri ancak tanıklık ederken "tanık beyanı" olarak adlandırılır. Bunun dışındakilere "ifade" denilir. İfadenin tutanağa geçirilmesiyle "belge delili" meydana gelir. Kunter, Yenisay ve Nuhoğlu, 2006, s.634.

⁹³ Feyzioğlu, 1996, s.359.

⁹⁴ Feyzioğlu, 1996, s.359.

⁹⁵ Şahin ve Göktürk, 2012, s.129.

II. TANIK BEYANININ TARTIŞILMASI

Deliller ortaya konulduktan sonra tartışılması aşamasına geçilir. Bu aşamada taraflar hükmün verilmesinden önce son kez hükmün ne şekilde olması gerektiğini o ana kadar ortaya konulan delillere dayanarak açıklarlar⁹⁶. Duruşmada ortaya konulan bütün deliller, yargılama makamı huzurunda önce tek tek sonra bir bütün olarak tartışılır⁹⁷. Tanık beyanının tartışılması, tanığın dinlenmesinden sonra buna karşı bir diyecekleri olup olmadığının taraflara sorulması (CMK m. 215); tanığa soru yöneltilmesi ve varsa çelişkinin giderilebilmesi için yüzleştirme yapılması suretiyle gerçekleştirilir⁹⁸.

A. Tanığa Soru Yöneltilmesi

Tanığa yöneltilen sorular yoluyla tanık beyanının doğruluğunu denetlemek ve tanığın olaya ilişkin bildiklerini ortaya çıkarmak amaçlanır⁹⁹. Tanıkların bildiklerini şaşırmadan, serbestçe ve etki altında kalmadan söyleyebilmeleri için kural olarak açıklamaları bitmeden soru yöneltilmez¹⁰⁰. Bu nedenle, öncelikle tanığın olay hakkında bildiğinin hepsini tamamen ve serbestçe söylemesine imkân tanınmalıdır¹⁰¹. Tanık, tanıklık edilen konulara ilişkin bildiklerini söyledikten sonra, mahkeme başkanı veya hâkim tarafından tanıklık edilen konuları aydınlatmak, tamamlamak ve bilgilerinin dayandığı durumları gereğince değerlendirebilmek için tanığa soru yöneltilir (CMK m. 59). Daha sonra, CMK m. 216'da belirtilen sıraya göre Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat, tanığa duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler¹⁰². Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir (CMK m. 201).

⁹⁶ V.Ö. Özbek, vd. (2012). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 661.

⁹⁷ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, 2006, s.1222.

⁹⁸ V. Bıçak (2011). *Suç Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 510.

⁹⁹ Feyzioğlu, 1996, s.342; E. Canak (2005). *Çapraz Sorgu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım, s..13.

¹⁰⁰ Ertanhan, 2005, s.251.

¹⁰¹ İ.H. Karafakih (1952). *Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları*. Ankara, s. 208.

¹⁰² Doğrudan soru yöneltilme hakkı yalnızca bir kez uygulanabilecek bir hak değildir. Bu hakka ve yetkiye sahip kişiler duruşma tamamlanmadıkça, duruşmanın seyrince tekrar soru sorabilirler. Y. Ünver ve H. Hakeri (2012). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 648.

Tanığa soru yöneltirken yönlendirici sorulardan kaçınılmalıdır¹⁰³. Aksi halde, tanık, ondan alınmak istenilen yanıtı doğru yönlendirilir¹⁰⁴. Tanığa yöneltilecek sorular anlattırıcı sorular olmalıdır¹⁰⁵. Bu sorular, beyanda çelişki bulunması halinde çelişkinin giderilmesi, müphem kalan noktaların aydınlanması, eksik kalan hususların tamamlanması ve aydınlatıcı bilgi alınması amacı taşınmalıdır¹⁰⁶.

Tanığa soru yönelten kişinin genel duygu durumu tanığa da yansıtılacağından, soru yönelten kişi kendi duygu durumunun rahat olmasına dikkat etmeli ve bunu beden dili ile dışarıya yansıtmalıdır¹⁰⁷. Mahkeme, huzuruna hiç çıkmamış bir kimsenin heyecanını ve tanık psikolojisini göz önünde bulundurarak tanığa soruları uygun bir ifade tarzı ile sormalıdır¹⁰⁸. Tanığı korkutacak, tembîh sınırlarını aşacak, telaşa sokacak ve paniğe kapılmasına neden olacak tarzda soru yöneltmekten kaçınılmalıdır¹⁰⁹. Tanık için rahat bir atmosfer yaratılmalı ve tanık, iletişim kurması için cesaretlendirilmelidir. Bunun için tanığa, yumuşak, nazik bir tarz kullanılarak soru yöneltilmeli, gergin ve saldırgan davranışlardan uzak durulmalıdır¹¹⁰. Hâkimin yüksek bir ses tonuyla “daha düşününüz, bundan kesinlikle emin misiniz, tarif ettiğiniz şeyi gerçekten gördünüz mü, sözlerinizin anlamını iyice anlıyor musunuz?” tarzında sorular yöneltmesi tanığın şaşırmasına ve kendisinden şüphe edildiğini düşünerek hafızasında karışıklığa yol açabilir. Böyle bir tanık hafızasının doğruluğundan, idrak ettiği şeylerin açıklığından şüphe etmeye başlar; kanaati sarsılır ve artık güvensizliğini itiraf etmeye ve hatta asılsız bir hatayı kabul etmeye yönelebilir¹¹¹.

¹⁰³ Erem, 1987, s.382.

¹⁰⁴ F.T. Read (2006). *Doğrudan ve Çapraz Sorgu*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, s. 18.

¹⁰⁵ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, 2006, s.636.

¹⁰⁶ Ertanhan, 2005, s.251-252.

¹⁰⁷ Çolak, 2007, s.41.

¹⁰⁸ Karafakih, 1952, s.208.

¹⁰⁹ Ertanhan, 2005, s.252.

¹¹⁰ Çolak, 2007, s.41.

¹¹¹ E.L.D. Kerdaniel (1937). *Şahitlik ve Şahidin Psikolojisi*. (Çev: Rasih Yeğencil). Ankara, s. 50.

B. Yüzleştirme Yapılması

Tanıkların beyanlarının birbiriyle çelişkili olması durumunda, çelişkinin giderilmesi için yüzleştirme yapılır¹¹². Yüzleştirme, ifadeleri birbiriyle çelişen kişileri karşı karşıya getirmek suretiyle, onların beyanlarından yeni ipuçları elde etmek ve hangisine değer verileceğini tayin etmek için yapılan işlemdir¹¹³. Kanun koyucu, delillerin doğrualığı ilkesinin bir gereği olarak tanıkların birbirleriyle ve sanıkla, kural olarak hâkim önünde yüzleşmesini benimsemiştir¹¹⁴. Yüzleştirme işlemi ile hâkim yüzleştirilen kimselerin psikolojik tepkilerini gözlemleyerek¹¹⁵, hareketlerini değerlendirebilecek ve bu delillerin güvenilir olup olmadığını daha iyi kavrayacaktır¹¹⁶. Duruşma öncesi yaptırılacak yüzleştirme bir nevi delillerin tartışılması anlamını taşıyacağından, gerçeğe uygunlukları hâkim tarafından değerlendirilmesi gereken delillerin birbirine karşıtlıkları duruşmadan önce ortadan kaldırılmış, tanıklar duruşmada birbirine uygun ifade vermeye sevk edilmiş ve gerçeğin ortaya çıkarılması güçleştirilmiş olacaktır¹¹⁷. Bu sebeple, tanıklar, kovuşturma evresine kadar ancak gecikmesinde sakınca bulunan veya kimliğin belirlenmesine ilişkin hâllerde birbirleri ile ve şüpheli ile yüzleştirilebilirler (CMK m. 52/2).

III. TANIK BEYANININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Vicdani ispat sisteminde hâkim delilleri akıl yürüterek vicdanına göre değerlendirir. Delillerin değerlendirilmesinde birbirini tamamlayan iki yönteme başvurulur. İlk olarak delil gerçeğe uygunluk bakımından değerlendirilir. Daha sonra deliller bütün olarak değerlendirilir¹¹⁸. Delillerin gerçeğe uygunluk açısından değerlendirilmesinde delilin sağlam olup olmadığı, bir başka deyişle, olayın bütününe veya parçalarından bir veya birkaçını gerçekten temsil edip etmediği araştırılarak bir değer hükmü verilir¹¹⁹. Bu değerlendirme iki aşamada

¹¹² Feyzioğlu, 1996, s.332.

¹¹³ T. Demirbaş (2013). *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 202-203.

¹¹⁴ Centel ve Zafer, 2005, s.217.

¹¹⁵ Feyzioğlu, 1996, s.332.

¹¹⁶ Centel ve Zafer, 2005, s.217.

¹¹⁷ Taner, 1955, s.205.

¹¹⁸ M. Feyzioğlu (2002). *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 141.

¹¹⁹ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, 2006, s.608.

gerçekleştirilir. Birinci aşamada her bir delilin gerçeğe uygunluğu tek başına değerlendirilir. İkinci aşamada ise, deliller yan yana konulur ve diğer delillerle birlikte değerlendirilir¹²⁰.

Delillerin, olay örgüsünün bütününden bağımsız ve tek tek ele alınmaları yanıltıcı sonuçlara ulaşılmasına yol açabilir¹²¹. Tek başına gerçeğe uygun gibi gözükün delilin gerçekten böyle olup olmadığı, ancak diğer delillerle birlikte değerlendirilerek ortaya çıkar. Delillerin gerçeğe uygunluğunun birbiriyle kontrolü faaliyeti sonucunda, deliller canlı varlıklarda olduğu gibi bir bütün teşkil ediyorlarsa, diğer bir deyişle, bir bütünün birbirleri ile uyuşan ve birbirlerini tamamlayan parçaları iseler gerçeğe uygundur¹²². Buna karşılık, delillerin yan yana konulması suretiyle birbirini tamamlayıp tamamlamadıklarına göre yapılan ikinci değerlendirmede anlamlı bir bütün içerisinde kendilerine yer bulamayan deliller gerçeğe uygun bulunmaz¹²³. Başlangıçta çok önemli gibi görünen bir delil, başka olay ve durumlarla birlikte yapılan bütünsel değerlendirme neticesinde bu önemini yitirebilir¹²⁴.

Tanık beyanının değerlendirilmesi diğer bütün delillerde olduğu gibi birbirini tamamlayan iki yöntem izlenerek yapılır. Tanık beyanı gerçeğe uygunluk açısından önce tek başına değerlendirilir. Daha sonra diğer delillerle birlikte değerlendirilir¹²⁵. Hâkim, tecrübe kurallarına dayanarak yaptığı değerlendirme sonucunda gerçeğe uygun olduğu kanaatini edindiği tanık beyanı delil olarak kabul eder¹²⁶; güvenilir bulmadığı veya genel bilinen gerçeklere, fizik kanunlarına veya hayat tecrübelerine aykırı gördüğü tanık beyanını ise delil olarak kabul etmez¹²⁷.

¹²⁰ Feyzioğlu, 2002, s.141.

¹²¹ R.B. Erman (2010). Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri. *Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 699.

¹²² Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu. 2006, s.608.

¹²³ Feyzioğlu, 1996, s.389.

¹²⁴ Erman, 2010, s.699.

¹²⁵ Feyzioğlu, 1996, s. 378.

¹²⁶ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, 2006, s.638; Toroslu ve Feyzioğlu, 2006, s.117.

¹²⁷ T.J. Gardner and T.M. Anderson (2010). *Criminal Evidence Principles and Cases*. Wadsworth: Cengage Learning, s. 100.

A. Tanık Beyanının Gerçeğe Uygunluk Açısından Değerlendirilmesi

Hâkim hayat tecrübelerinden ortaya çıkan kanaat ile tanıklığın içeriğini takdir eder¹²⁸ ve gerçeğe uygunluğuna kanaat getirdiği oranda bununla hüküm verir¹²⁹.

Bir tanık beyanının gerçeğe uygunluğunu anlamaya etki eden birçok değişken vardır¹³⁰. Anglo Amerikan hukukunda mahkemeler tanık beyanının değerlendirilmesi için standartlar geliştirmişlerdir. Neil v. Biggers davasında Amerikan mahkemesi, tanık beyanının gerçeğe uygunluğu değerlendirilirken göz önünde tutulması gereken birtakım parametrelere işaret etmiştir. Bunlar, tanığın suç esnasında faili görme fırsatı; tanığın dikkat derecesi; tanığın suç ile ilgili ilk açıklamalarının doğruluğu; tanığın emin olma düzeyi; tanık beyanı ile suçun işlendiği an arasında geçen zamanın uzunluğudur¹³¹. Kanaatimize göre, hâkim tanık beyanının gerçeğe uygunluğunu değerlendirirken algılama, hafıza, tarafgirlik (önyargı), öyküleme ve tanığın görünüşü ile davranışı olmak üzere beş parametreden yararlanabilir.

Hâkimin tanık beyanının gerçeğe uygunluğunu değerlendirirken başvuracağı birinci parametre algılamadır. Algılama, kişinin duyu organları vasıtasıyla dış dünyadaki gerçekliğin farkına varması, onunla temasa geçmesidir. Tanık

¹²⁸ “Sanığa yüklenen tehdit suçunda, hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delille ispatının mümkün olduğu ceza yargılamasında, bir delilin reddedilmesi için CMK'nın 206/2. maddesinde sayılan durumların dışında delilin, akla, mantığa, bilimsel verilere, fizik kurallarına, herkesçe bilinen somut duruma, hayatın olağan akışı içinde gündelik yaşamdan edinilen kârîne niteliğindeki bilgilere aykırı olması ya da tanığın yalan söylediğinin ortaya çıkması gibi reddi için haklı, makul ve kabul edilebilir hukuki gerekçelerin gösterilmesinin zorunlu olduğu gözetilmeden, tanık beyanlarının samimi bulunmadığı gibi yakınma mahiyetinde değerlendirildiği şeklindeki hukuka uygun olmayan gerekçelerle beraat kararı verilmesi hukuka aykırıdır.”. Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 7.5.2013 tarih ve 2011/23710 Esas ve 2013/13658 Karar sayılı kararı. Kazancı Hukuk Otomasyon Programı İçtihat Bilgi Bankası. <http://www.kazanci.com.tr> (erişim tarihi: 06.02.2015).

¹²⁹ İ.E. Postacıoğlu (1975). *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, s. 647.

¹³⁰ K.L. Pickel (1993). Evaluation and Integration of Eyewitness Report. *Law and Human Behavior*, 17 (5), s. 570-571. <http://heionline.org> (erişim tarihi: 27.07.2012).

¹³¹ Gardner and Anderson, 2010, s.100.

önce duyuları aracılığıyla dış dünyaya ait gerçeklik parçasıyla temasa geçer¹³². Olayları görür, duyar, koklar, dokunur ve hisseder; yani, algılar¹³³.

Duyu organları, etrafında olup biten olaylardan ancak sınırlı bir kısmına duyarlıdır¹³⁴. Belli bir anda insanın duyu organları öylesine çok uyarandan bombardımana tutulur ki¹³⁵, insan, duyu organlarına çarpan etkiler arasında ancak sınırlı bir bölümün farkında olur¹³⁶ ve bu zaman süresinde tüm uyarıcılardan sadece bir kısmını belirgin olarak algılayabilir¹³⁷.

Tanık, ispat konusu olguyu duyu organlarıyla algılayan bir gerçek kişi olarak, bilgisini hâkime aktarır¹³⁸. Bu nedenle algılayıcı olarak tanığın özellikleri de, algılama sürecine etki eder¹³⁹. Algının doğru olması için her şeyden önce duyu organlarının tam ve sağlıklı çalışması gerekir¹⁴⁰. Tanık tamamen güvenilir bir tanık olabilir, ancak onun beş duyu organından biri düzgün çalışmıyorsa, dolayısıyla gerçeği olduğundan farklı algılıyorsa yanlış bir beyanda bulunabilir¹⁴¹.

Hâkimin tanık beyanının gerçeğe uygunluğunu değerlendirirken başvuracağı ikinci parametre hafızadır. Tanığın gerçeği olduğundan farklı algılaması gibi, farklı ya da eksik hatırlaması sonucunda da yanlış beyan meydana gelir. Tanık önce duyuları aracılığıyla dış dünyaya ait gerçeklik parçasıyla temasa geçer, yani algılar, sonra bunu hafızasına yerleştirir ve daha sonra hatırlar. Hatırlama, algılandıktan sonra hafızaya yerleşen bilgilerin geri çağrılarak tekrarlanabilir hale getirilmesini ifade eder¹⁴². Uzun yıllar yapılan araştırmalar sonucunda, zaman zarfı içerisinde bazı dönemlerde belleğin yavaş yavaş geriye doğ-

¹³² Feyzioğlu, 1996, s.390.

¹³³ Read, 2006, s.26.

¹³⁴ F. Baymur (1996). *Genel Psikoloji*. İstanbul: İnkılap Yayınevi, s. 123.

¹³⁵ C.T. Morgan, (2009). *Psikolojiye Giriş*. (Eds. Sirel Karakaş, Rükzan Eski). Konya: Eğitim Akademi Yayınları, s. 250; R.L. Atkinson, vd. (2002). *Psikolojiye Giriş. Hilgard's Introduction to Psychology 12th Edition* (Çev: Yavuz Alogen). Ankara, s. 174.

¹³⁶ Baymur, 1996, s.123.

¹³⁷ Morgan, 2009, s.250; Atkinson vd., 2002, s.174.

¹³⁸ Atalay, 2009, s.135.

¹³⁹ Ertanhan, 2005, s.325.

¹⁴⁰ Feyzioğlu, 1996, s.391.

¹⁴¹ Read, 2006, s.26.

¹⁴² Feyzioğlu, 1996, s.391.

ru giderken büyük bellek açıklarının olduğu, bir bölümün tümünden unutulduğu görülmüştür¹⁴³. Hâkim, tanık beyanını değerlendirirken görülen ve işitilen şeylerin zaman içinde unutulabilir olmasını göz ardı etmemelidir¹⁴⁴.

Hâkimin, tanık beyanının gerçeğe uygunluğunu değerlendirirken başvuracağı üçüncü parametre tarafgirlik veya önyargılı olmadır. Tarafgir veya önyargılı bir kişi, belli doğrultuda oluşmuş his ve düşüncelere sahip kişidir. Kişinin bu özelliği, olayı algısını ve beyanının mahkemeye doğru olarak aktarmasını etkiler. Öncelikle bu özellik, belli olay ve olgularla ilgili algıları dar ve katı bir hale getirerek algıda bozukluğa sebep olabilir. Ayrıca algılama doğru olarak gerçekleşmiş olsa dahi bu özellik nedeniyle, beyanın gizlenmesi, değiştirilmesi veya yalan söylenmesi mümkün olabilir¹⁴⁵.

Tanıkların, kendisine veya yakınlarına menfaat sağlamak ya da bir tehlikeyi önlemek gibi çeşitli sebeplerle gerçeği kasten söylemedikleri veya yalan beyanda buldukları haller mevcuttur¹⁴⁶. Örneğin tanığın sanıkla olan hısımlığından, dostluğundan, mesleklerinin aynı olmasından veya menfaat ilişkisi gibi bir sebepten kaynaklanan dayanışma hissi¹⁴⁷; sanığa karşı duyulan sevgi, onun mahkûm olması halinde tanığın geçim kaynağının kuruması, azalması gibi sebepler yalan tanıklığa yol açabilir¹⁴⁸.

Hâkim, tanığın intikam ya da utanma duyguları gibi nedenlerle potansiyel bir ifade saikine sahip olabileceğini de, göz ardı etmemelidir¹⁴⁹. Hısımlık ilişkisi her zaman dostluk anlamına gelmez. Aile kıskançlıkları, miras düşünceleri, boşanma davalarından kaynaklanan çatışmalar gibi sebepler tanığın taraf-sızlığına yol açabilir¹⁵⁰. Ayrıca, sanıkla aynı kurumda çalışan tanıkların beyanlarının değerlendirilmesinde dayanışma hissini dışında, sanıkla söz konusu

¹⁴³ Read, 2006, s.28.

¹⁴⁴ H. Pekcanitez, O. Atalay ve M. Özekes (2007). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, s.514.

¹⁴⁵ Ertanhan, 2005, s.308.

¹⁴⁶ Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, 2006, s.638; Toroslu ve Feyzioğlu, 2006, s.117.

¹⁴⁷ Erem, 1987, s.296; Feyzioğlu, 1996, s.389.

¹⁴⁸ Çolak, 2007, s.160.

¹⁴⁹ M. Jahn (2014). *Ceza Yargılaması Hukukunda Delil Değerlendirilmesi ve İnandırıcılık Muhakemesinin Temelleri* (Çev: Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay). Yener Ünver (Ed.), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat*. Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 597.

¹⁵⁰ Erem, 1987, s.296.

tanıklar arasında olabilecek kurum içi çekişmeler de, yalan tanıklığa yol açabilir¹⁵¹.

Tanık beyanının gerçeğe uygunluğunu değerlendiren hâkimin başvuracağı dördüncü parametre öykülemidir. Bu parametreye başvuran hâkimin cevabını arayacağı soru, tanığın beyanı ve kullandığı dilin olayı doğru bir şekilde tarif edip etmediğidir¹⁵². Kişilerin tanıklık ettikleri şeyleri doğru ve en iyi şekilde tanımlayabilmesi ve aktarabilmesi, onların kelime bilgileriyle yakından ilgilidir. Anlatımlarında zorluk çeken veya kelime ve cümle bozuklukları yoğun olarak görülen tanığın anlatma ve aktarma yeteneğindeki başarısızlık, tanık hakkında yanlış yorum yapılmasına yol açabilir ve hâkimi, böyle bir tanığın doğru beyanda bulunmadığı sonucuna götürülebilir¹⁵³.

Bunun dışında tanığın anlatım ve yorumlama dili etkileyici nitelikte de olabilir. Özellikle düzgün, tane tane ve akıcı konuşan bir tanığın, olay ve olguları tam ve doğru anlattığı, yorum ve algısal yorumlara dayalı organizasyonun doğru ve geçerli olduğu düşünülebilir. Fakat tanık beyanının düzgün, ciddi ve tutarlı olması, onun doğru olduğu anlamına gelmez. Alışkın ve zeki bir kimse- nin, uydurduğu sözlerle gayet düzgün ve mantık zinciri içinde tamamen gerçeğe aykırı beyanda bulunabileceği göz ardı edilmemelidir¹⁵⁴.

Nihayet, hâkimin tanık beyanının gerçeğe uygunluğunu değerlendirirken başvuracağı beşinci parametre görünüş ve davranıştır. Günlük yaşamda insanlar, diğer insanları sadece sözleriyle değil, görünüşleri ve davranışlarıyla da yargırlarlar¹⁵⁵. Tanığın inandırıcılığını belirlemede sadece sözleri değil, görünüşleri ve davranışları da göz önünde bulundurulur¹⁵⁶. Bu bağlamda hâkim, tanığın beyanda bulunma esnasındaki psikolojik durumunu, tepkilerini, yüz

¹⁵¹ Feyzioğlu, 1996, s.389.

¹⁵² Gardner and Anderson, 2010, s.100.

¹⁵³ Ertanhan, 2005, s.354.

¹⁵⁴ Ertanhan, 2005, s.355.

¹⁵⁵ Yargıç Learned Hand'in 1952 Dyer v. Mac Dougall davasında belirttiği bu kural günümüzde mahkemelerde tekrarlanmaktadır. Gardner and Anderson, 2010, s.101.

¹⁵⁶ Gardner and Anderson, 2010, s.101.

ifadesini, vücut hareketlerini, giyim tarzını, ses tonunu, görünüşünü, tutum ve davranışlarını dikkate alarak bir kanaate varır¹⁵⁷.

Tanıklar hâkim tarafından soğuk veya sıcak, zayıf veya kuvvetli; samimi, içten ya da güvenilmez; ciddi ya da gayri ciddi kişilikli olarak algılanabilir. Bu kişilik algılamaları tanık beyanının değerlendirilmesinde bir takım sonuçlar doğurabilir¹⁵⁸. Örneğin çekici tanıklar, kendinden emin tanıklar, sempatik veya güçlü konuşma tarzına sahip tanıklar hâkim tarafından daha güvenilir olarak kabul edilebilir¹⁵⁹.

Hâkim, tanığın beyanının gerçeğe uygunluğunu tespit etmek için, beyanın kendi içinde tutarlı olup olmadığını, başka bir deyişle, kendi içinde çelişki içerip içermediğini irdeledikten sonra¹⁶⁰, bütün delillerin değerlendirilmesinde olduğu gibi diğer delillerle olan çelişkili hususların giderilmesini¹⁶¹ sağlamalıdır¹⁶². Diğer delillerle yan yana konulmak suretiyle birbirlerini tamamlayıp tamamlamadıkları değerlendirildiğinde¹⁶³, diğer delillerle bir bütünün parçaları olarak uyuşan ve birbirlerini tamamlayan tanık beyanının gerçeğe uygun olduğu kabul edilir. Ancak anlamlı bir bütün içerisinde kendisine yer bulamayan tanık beyanı değerlendirme dışı bırakılarak hükme esas alınmaz.

¹⁵⁷ Feyzioğlu, 1996, s.389; Ertanhan, 2005, s.352; J. Woodward (1902). Expert Evidence. *The North American Review*, (175) 551, s. 497. <http://www.jstor.org/stable/25119313> (erişim tarihi: 27.07.2012).

¹⁵⁸ Ertanhan, 2005, s.351.

¹⁵⁹ Pickel, 1993, s.570-571.

¹⁶⁰ Yücel, 1991, s.740.

¹⁶¹ “Sanık, mağdur ve tanık beyanlarındaki çelişkiler ve Adli Tıp Kurumu raporundaki bulgular dikkate alınarak, mahallinde mağdur, sanık ve tanıklar hazır edilmek suretiyle temsili ve tatbiki keşif yapıp ifadeler arasındaki çelişkilerin giderilmeye çalışılıp hedefin mobil olup olmadığı, atış şekli, mesafesi gibi durumlar, beyanlara göre saptanıp sonucuna göre suç vasfının belirlenmesi gerekir. Soruşturma aşamasındaki beyanı hükme esas alınan tanık duruşmada dinlenmemesi suretiyle usule aykırı davranılması, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 5.6.2008 tarih ve 2008/1500 Esas ve 2008/4787 Karar sayılı kararı. Kazancı Hukuk Otomasyon Programı İçtihat Bilgi Bankası. <http://www.kazanci.com.tr> (erişim tarihi: 06.02.2015).

¹⁶² Pekcantez, Atalay ve Özekes, 2007, s.514.

¹⁶³ Hâkim, tanık beyanının gerçeğe uygunluğunun değerlendirilmesinde bilirkişi görüşü ve keşif gibi delil değerlendirme araçlarından da faydalanabilir. Bu bağlamda bilirkişi, tanık beyanının ilişkin olduğu somut olaylara ve beyanın kaynağı olarak tanığın kendisinin incelenmesine ilişkin görüş bildirerek beyanın değerlendirilmesine yardımcı olabilir. Keşif ise, tanığın ne denli doğru bilgi sahibi olabileceğinin kontrol edilmesinde hâkim için yol gösterici olacaktır. Feyzioğlu, 1996, s.386-387.

B. Çekinme Hakkını Kullanan Tanığın Beyanının Değerlendirilmesi Sorunu

Çekinme hakkını kullanan bir tanık, duruşma devresi bitinceye kadar bundan vazgeçerek tanıklık yapabilir. Çekinme hakkını önce kullanmaktan vazgeçen tanık da, duruşma sona erinceye kadar, dinlenirken dahi, vazgeçme iradesini geri alarak hakkını kullanabilir ve verdiği eski ifadeden tamamen döner¹⁶⁴. Duruşmadan önce dinlenirken çekinme hakkını kullanmayan, bu hakkını ilk kez duruşma sırasında kullanan tanığın ifadesi hükme esas alınamaz. Bu durum, önceki açıklamasını sunduğu sırada çekinme hakkı bulunmayan, açıklamasını sunduktan sonra çekinme hakkına sahip olan ve duruşmada bu hakkını kullanan tanıklar için de geçerlidir¹⁶⁵.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, duruşma sırasında açıklamalarını sunmaya başladıktan sonra çekinme hakkını kullanan tanığın o ana kadar yapmış olduğu açıklamaların hükme esas alınabilmesi mümkündür. Bu görüşe göre, CMK m. 210'da (CMUK m. 245) sadece duruşmadan önce verilen ifadenin duruşmada okunamayacağı düzenlendiğinden ve bu konuda kanunda başka bir hüküm yer almadığından, Kanun'un bilinçli olarak sustuğu sonucuna varılarak, tanığın o ana kadar vermiş olduğu ifadeler hükme esas alınabilmelidir. Ayrıca Kanun yazılı açıklamanın okunmasını yasaklamaktadır. Tanığın beyanı, duruşmada bir kez elde edildikten sonra tutanaktan okunmasa bile hükme esas alınabilir¹⁶⁶. Oysa tanığın baştan itibaren çekinmesiyle, önce beyanda bulunmaya başlayıp sonradan çekinmesi arasında bir fark bulunmamaktadır¹⁶⁷. Tanık, ifadesine ilk başvurulduğu zaman veya beyanda bulunduktan sonra tanıklıktan çekinme hakkını kullanırsa, o zamana kadar yapmış olduğu beyanın hukuki bir değeri bulunmaz¹⁶⁸. Ayrıca tanıklıktan çekinme hakkı olanların bu hakkı kullanması hiçbir zaman sanık aleyhine değerlendirilemez ve bu konuda delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi uygulanmaz¹⁶⁹.

Tanığın çekinme hakkını kısmi olarak kullanmak istemesi durumunda değerlendirme nasıl yapılacaktır? Diğer bir deyişle, bir tanığın bazı hususlar için

¹⁶⁴ Önder, 1963, s.922-923.

¹⁶⁵ Feyzioğlu, 1996, s.212-213.

¹⁶⁶ Feyzioğlu, 1996, s.213-214.

¹⁶⁷ Yıldız, 2002, s.159.

¹⁶⁸ Önder, 1963, s.923.

¹⁶⁹ Yıldız, 2002, s.159.

beyanda bulunup, bazı hususlar için çekinme hakkını kullanması durumunda, beyanda bulunulan kısımlar hükme esas alınacak mıdır? Çekinme hakkı olan bir tanık için esasen alternatif bir hak söz konusudur. Tanık ya beyanda bulunacaktır ya da çekinme hakkını kullanacaktır. Beyanda bulunmayı tercih eden tanık açıklamalarda bulunurken bir kısım için çekinme hakkını kullanamaz. Aksinin kabulü, hatalı sonuçların doğmasına yol açar. Örneğin akrabalık ilişkileri sebebiyle tanıklıktan çekinme hakkına sahip bir kimsenin beyanına başvurulduğunda, bu kimse, sanık ile dost ise sanığın aleyhine olan noktalarda; sanık ile düşman ise sanığın lehine olan noktalarda çekinme hakkını kullanmak isteyebilir. Bu nedenle bir kısım için beyanda bulunmak, bazı hususlar için ise, çekinme hakkını kullanmak isteyen tanığın tanıklıktan çekinmiş olduğu kabul edilmelidir. Ancak beyanda bulunan tanığın çekindiği kısımlar, kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını cezai takibata uğratacak nitelikte ise, bu kısımlar için çekinme hakkını kabul etmek gerekir¹⁷⁰.

SONUÇ

Vicdani ispat sisteminde hâkim kararını ancak duruşmada ortaya konulmuş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Soruşturma evresinde toplanan deliller, duruşma devresinde sanığın huzurunda ortaya konur ve tartışmaya açılır. Böylelikle deliller çelişmeli şekilde değerlendirilerek, gerçeği ne oranda yansıttıkları test edilir.

Tanık beyanı tanığın dinlenmesi suretiyle ortaya konulur. CMK'nın 210/1. maddesinde olayın delilinin bir tanığın açıklamalarından ibaret olması halinde bu tanığın duruşmada mutlaka dinlenmesi gerektiği, daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunmasının dinleme yerine geçemeyeceği belirtilmiştir. Maddedeki, "mutlaka dinlenir" ifadesi, bu kuralın olayın delilinin tek bir tanık olmasıyla sınırlı olduğu izlenimini vermektedir. CMK m.211'de öngörülen istisnalar söz konusu olduğunda, örneğin bir tanığın ölmesi veya akıl hastalığına tutulması ya da bulunduğu yerin öğrenilememesi durumunda, önceden tutanağa geçirilmiş beyanların okunabilmesi, olayın tek delilinin bir tek tanık beyanı olması hali için kabul edilmemeli ve tanık duruşmada mutlaka dinlenmelidir. Şayet tek delil durumundaki tanık ölmüşse veya başka bir nedenle duruşmaya gelmesi mümkün değilse, mahkeme

¹⁷⁰ Önder, 1963, s.925.

başka delil araştırmalı, buna rağmen bir sonuca ulaşamıyorsa da sanığın beraatına hükmetmelidir.

Duruşmada ortaya konulan bütün deliller gibi tanık beyanı da yargılama makamı huzurunda tartışılır. Bu bağlamda hâkim, savcı, müdafii veya katılan vekili olan avukat tanığa duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltir; ortaya konulan tanık beyanına karşı, taraflara bir diyeceklerinin olup olmadığının sorulur ve tanıkların beyanlarının birbiriyle çelişkili olması durumunda, çelişkinin giderilmesi için yüzleştirme yapılır.

Tanık beyanının değerlendirilmesi diğer bütün delillerde olduğu gibi birbirini tamamlayan iki yöntem izlenerek yapılır. Tanık beyanı gerçeğe uygunluk açaşından önce tek başına, sonra diğer delillerle birlikte değerlendirilir.

Hâkim, tanık beyanının gerçeğe uygunluğunun tek başına değerlendirilmesinde algılama, hafıza, tarafgirlik (önyargı), öyküleme ve tanığın görünüş ile davranışı gibi parametrelerden yararlanmalıdır. Bu bağlamda hâkim öncelikle tanığın olayı veya olguları doğru bir şekilde algılayıp algılamadığını araştırmalıdır. Hâkim daha sonra, tanığın gördüğu, duyduğu, kokladığı, kısaca algıladığı şeyleri doğru bir şekilde akılda tutup tutmadığını araştırmalıdır. Hâkim tanığın tarafgir veya önyargılı bir kişi olup olmadığına da dikkat etmelidir. Çünkü böyle bir kişi belli doğrultuda oluşmuş his ve düşüncelere sahip olduğundan duygularına, eğilimlerine ve düşüncelerine göre olayı adeta yeniden inşa edebilir. Nihayet hâkim, tanığın beyanı ve kullandığı dilin olayı doğru bir şekilde tarif edip etmediğini araştırmalı ve tanığın beyanda bulunma esnasındaki görünüşünü, giyim tarzını, yüz ifadesini, vücut hareketlerini, tepkilerini ve ses tonunu dikkate alarak bir kanaate varmalıdır.

Tanık beyanının gerçeğe uygunluğunun diğer delillerle kontrol edilmek suretiyle yapılan değerlendirilmesinde, diğer delillerle bir bütünün parçaları olarak uyuşup uyuşmadıkları ve birbirlerini tamamlayıp tamamlamadıkları araştırılır. Bu değerlendirmeler sonucunda, hâkim gerçeğe uygun olduğu kanaatini edindiği tanık beyanını delil olarak kabul eder.

KAYNAKÇA

Arık, F. (1947). İsviçre ve Alman Hukukunda Mahkemede Delillerin İkamesi. *AD*, (9), 814-829.

Arıkan, B. (1962). Tanık. *ABD*, (2), 129-131.

Atalay, O. (2009). Delil Kavramı Üzerine. *Haluk Konuralp Anısına Armağan C.2* içinde (s.129-138). Ankara: Yetkin Yayınları.

Atkinson, R.L., Atkinson, R.C., Smith, E.E., Bem, D.J. and Hoeksema, S.N. (2002). *Psikolojiye Giriş. Hilgard's Introduction to Psychology 12th Edition* (Çev: Yavuz Alogen). Ankara.

Balo, Y.S. (2009). *Uluslararası İlke ve Uygulamalar Çerçevesinde Ceza Muhakemesinde Tanık Koruma (Anonim Tanık)*. Ankara: Seçkin Yayınları.

Baymur, F. (1996). *Genel Psikoloji* (11. Bası). İstanbul: İnkılap Yayınevi.

Belgesay, M.R. (1949). Davaların Uzamasının Sebepleri Üzerine Bir İnceleme. *İHFM*, 15, 634-659.

Belgesay, M.R. (1951). *HUMK Şerhi, İspat ve Hüküm Teorileri*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını.

Bıçak, V. (2011). *Suç Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Canak, E. (2005). *Çapraz Sorgu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım.

Canpolat, Ş. (1974). *Usul Hukukunda Tanık ve Psikolojisi*. Adana: Kemal Matbaası.

Centel, N. ve Zafer, H. (2005). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi.

Centel, N. ve Zafer, H. (2015). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi.

Clemens, W.R. (1961). *Germany. The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*. Northwestern University. 52 (3), 277-282. <http://www.jstor.org/stable/1141107> (erişim tarihi: 04.01.2012).

Çolak, H. (2007). *Ceza Yargılaması Hukukunda Çapraz Sorgu*. Ankara: Bilge Yayınevi.

Darbyshire, P. (1995). *English Legal System in a Nutshell*. London: Sweet&Maxwell.

Demirbaş, T. (2013). *Soruşturma Evresinde Şüphelinin İfadesinin Alınması*. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Eğilmez, N.K. (1955). Şahadet ve Şahidin Psikolojisi. *ABD*, (1), 396-403.

Erem, F. (1973). *Ceza Usulü Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Erem, F. (1987). *Adalet Psikolojisi*. Ankara: Sevinç Matbaası.

Erman, R.B. (2010). Ceza Muhakemesi Hukukunda Belirti ve İspat Değeri. *Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 679- 701.

Ertanhan, M. (2005). *Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık*. Ankara: Seçkin Yayınları.

Feyzioğlu, M. (1996). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*. Ankara: US-A Yayıncılık.

Feyzioğlu, M. (2002). *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat*. Ankara: Yetkin Yayınları.

Gardner, T.J. and Anderson, T.M. (2010). *Criminal Evidence Principles and Cases*. Wadsworth: Cengage Learning.

Hannibal, M. and Mountford, L. (2002). *The Law Of Criminal and Civil Evidence Principles and Practice*. Longman.

Jahn, M. (2014). Ceza Yargılaması Hukukunda Delil Değerlendirilmesi ve İnanırcılık Muhakemesinin Temelleri (Çev: Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay). Yener Ünver (Ed.), *Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat* içinde (s. 589-603). Ankara: Seçkin Yayınevi.

Kantar, B. (1957). *Ceza Muhakemeleri Usulü*. Ankara.

Karafakih, İ.H. (1952). *Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları*. Ankara.

Karakehya, H. (2009). Ceza Muhakemesinde *Suçluluğun İspatının Tek Delile Dayanması*. Haluk Konuralp Anısına Armağan C.2 içinde (993-1019). Ankara: Yetkin Yayınları.

Karakehya, H. (2015). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi.

Kerdaniel, E.L.D. (1937). *Şahitlik ve Şahidin Psikolojisi*. (Çev: Rasih Yeğen-gil). Ankara.

Keskin, S. (1997). *Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık*. İstanbul: Alfa Yayınları.

Kunter, N., Yenisey, F. ve Nuhoğlu, A. (2006). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Arıkan Yayınevi.

Morgan, C.T. (2009). *Psikolojiye Giriş*. (Eds. Sirel Karakaş, Rükzan Eski). Konya: Eğitim Akademi Yayınları.

Önder, A. (1963). Ceza Muhakemeleri Hukukunda Şahitlikten Çekinme Hakkı. *İHFM*, 29 (4), 876-932.

Özbek, V.Ö. (2005). *CMK İzmir Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Özbek, V.Ö., Kanbur, M.N., Doğan, K., Bacaksız, P. ve Tepe, İ. (2012). *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları.

Özen, M. (2011). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklık Üzerine Değerlendirmeler. (Yayına hazırlayan Çiğdem Güner). *Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Düzenlemeleri ve Uygulamalarına İlişkin Genel Değerlendirmeler*. Ankara Hukuk Toplantıları içinde (s. 57-84). Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları.

- Öztürk, B. ve Erdem, M.R. (2008). *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M.R., Sırma, Ö., Saygılar, Y. ve Alan, E. (2009). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Pekcantez, H., Atalay, O. ve Özekes, M. (2007). *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Pickel, K.L. (1993). Evaluation and Integration of Eyewitness Report. *Law and Human Behavior*, 17 (5), 569-595. <http://heinonline.org> (erişim tarihi: 27.07.2012).
- Postacıoğlu, İ.E. (1975). *Medeni Usul Hukuku Dersleri*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- Read, F.T. (2006). *Doğrudan ve Çapraz Sorgu*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.
- Soyaslan, D. (2010). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Şahin, C. ve Göktürk, N. (2012). *Ceza Muhakemesi Hukuku- II*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Taner, M.T. (1955). *Ceza Muhakemeleri Usulü*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Toroslu, N. ve Feyzioğlu, M. (2006). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi.
- Turhan, F. (2009). *Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması Türk, Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- Tüzün, N. (1962). Yemin ve Şahadet. *ABD*, (2), 279-286.
- Ünver, Y. (1996). Ceza Yargılaması Hukukunda İspata İlişkin Bir Yargıtay İBK'nın İncelenmesi. *İHFM*, 55 (1-2), 183-218.

Ünver, Y. (2006). Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız. *Ceza Hukuku Dergisi*, 1(2), 103-205.

Ünver, Y. ve Hakeri, H. (2012). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi.

Woodward, J. (1902). Expert Evidence. *The North American Review*, (175) 551, 486-499. <http://www.jstor.org/stable/25119313> (erişim tarihi: 27.07.2012).

Yenisey, F. (2010). Örgüt Suçu, Muhakemesi ve Gizli Tanık. *Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 397-420.

Yıldız, A.K. (2002). *Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Yurtcan, E. (2004). *Ceza Yargılaması Hukuku*. İstanbul: Kazancı Yayınları.

Yücel, M.T. (1991). Ceza Adaletinde Tanık Üzerine. *Ankara Barosu Dergisi*, (5), 737-740.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 18.2.2014 tarih ve 2013/4-242 Esas ve 2014/79 Karar sayılı kararı. Kazancı Hukuk Otomasyon Programı İçtihat Bilgi Bankası. <http://www.kazanci.com.tr> (erişim tarihi: 06.02.2015).

Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 6.3.2012 tarih ve 2009/3321 Esas ve 2012/3370 Karar sayılı kararı. Kazancı Hukuk Otomasyon Programı İçtihat Bilgi Bankası. <http://www.kazanci.com.tr> (erişim tarihi: 06.02.2015)

Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 7.5.2013 tarih ve 2011/23710 Esas ve 2013/13658 Karar sayılı kararı. Kazancı Hukuk Otomasyon Programı İçtihat Bilgi Bankası. <http://www.kazanci.com.tr> (erişim tarihi: 06.02.2015).

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 5.6.2008 tarih ve 2008/1500 Esas ve 2008/4787 Karar sayılı kararı. Kazancı Hukuk Otomasyon Programı İçtihat Bilgi Bankası. <http://www.kazanci.com.tr> (erişim tarihi: 06.02.2015).

<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihm.asp?y1>(erişim tarihi: 27.07.2015).