



multicongress

II. Uluslararası
Multidisipliner Çalışmaları Kongresi
4-5 Mayıs 2018, Adana-Türkiye

*2nd International
Congress on Multidisciplinary Studies
4th-5th May 2018, Adana-Turkey*

Bildiri Tam Metin Kitabı

Proceeding Book

Hukuk

Law

Editör / Editor

Dr. Öğr. Üyesi Hakan ALBAYRAK



AKADEMİSYEN
KITABEVİ

Editör / Editor • Dr. Öğr. Üyesi Hakan Albayrak

Kapak Tasarım / Cover Design • Emre Uysal

Kitap Tasarım / Book Design • M. Fatih SANSAR

Birinci Basım / First Edition • © Ekim 2018 // October 2018-ANKARA

ISBN: 978-605-258-105-6

© copyright

Bu kitabın yayın hakkı Akademisyen Kitabevi'ne aittir.
Kaynak gösterilmeden alıntı yapılamaz, izin almadan hiçbir yolla
çoğaltılamaz

Yayıncı / Publisher • Akademisyen Kitabevi

Akademisyen Kitabevi Adres /Address:

Halk sokak No: 5/A Yenışehir / Ankara

Tel : +90 (312) 431 16 33

GSM : +90 (533) 765 23 74

web: www.akademisyen.com

e-mail: info@akademisyen.com



AKADEMİSYEN
KİTABEVİ

İÇİNDEKİLER/ CONTENTS

ÖN SÖZ.....	VI
KURULLAR	VII
DÜZENLEYEN KURUM /ORGANIZING INSTITUTION.....	VII
DESTEK VEREN KURUMLAR / SPONSORS	VII
DÜZENLEME KURULU BAŞKANI / CHAIR OF ORGANIZING COMMITTEE	VII
DÜZENLEME KURULU / ORGANIZING COMMITTEE	VII
BİLİM VE HAKEM KURULU / SCIENCE AND REFEREE BOARD	VIII
SEKRETERYA.....	XII
TÜRK BOŞANMA HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI DELİL KAVRAMI.....	1
İNSAN HAKLARININ KORUNMASI: ULUSAL İNSAN HAKLARI KOMİSYONU VE OMBUDSMANLIK	30
TOPRAK KORUMA VE ARAZİ KULLANIMI KANUNUNUN MÜLKİYET HAKKININ DEVRİNE GETİRDİĞİ SINIRLAMALAR	45
VERGİ DAVASINDA YÜRÜTMENİN DURDURULMASI	68

ÖN SÖZ

Multidisipliner alanlarda yapılan çalışmalar, 21. yüzyılda dünya çapında ilgi gören ve desteklenen çalışmaların başında gelmektedir. Bu bağlamda dünyada birçok üniversitede multidisipliner programlar açılmıştır. Bunun doğal bir sonucu olarak, dünyanın önde gelen ülkelerinde multidisipliner konular üzerine çalışan bilim insanı sayısı her geçen gün artmaktadır. Multidisipliner alanlardaki çalışmalar dünya çapında hız kazanırken Türkiye’de de Yüksek Öğretim Kurumu tarafından multidisipliner programlar desteklenmeye başlanmıştır. Bununla birlikte, multidisipliner alanda Türkiye’de yapılan çalışmalar halen yeterli düzeyde değildir.

4-5 Mayıs 2018 tarihlerinde Adana’da gerçekleştirdiğimiz "II. Uluslararası Multidisipliner Çalışmaları Kongresi " ile farklı disiplinlerde çalışan bilim insanlarını bir araya getirerek, yeni bir bakış açısı ortaya çıkarmayı, disiplinler arasında bilgi etkileşimini sağlamayı ve multidisipliner çalışmalara bilim dünyasının dikkatini çekmeyi amaçladık. Bu amaç doğrultusunda; sempozyuma sunulan bildiriler kitaplaştırılarak bilim dünyasının hizmetine sunulmuştur. Sempozyuma katı veren kurumlara, kitabın ortaya çıkmasına katkı sağlayan meslektaşlarımıza teşekkürü borç biliriz.

KURULLAR

DÜZENLEYEN KURUM /ORGANIZING INSTITUTION

Çukurova Üniversitesi

DESTEK VEREN KURUMLAR / SPONSORS

Adana Büyükşehir Belediyesi

Hasan Kalyoncu Üniversitesi

Çağ Üniversitesi

Seyhan Belediyesi

SOBIAD

ASOS

Çukurova Araştırmaları Dergisi

ASOS Journal

Çukurova Üniversitesi Türkoloji Araştırmaları Dergisi

Çukurova Üniversitesi Türkoloji Araştırmaları Merkezi

ASOS Yayınları

Akademik İletişim

DÜZENLEME KURULU BAŞKANI / CHAIR OF ORGANIZING COMMITTEE

Doç. Dr. Haşim AKÇA, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

DÜZENLEME KURULU / ORGANIZING COMMITTEE

Prof. Dr. Hilmi DEMİRKAYA, Akdeniz Üniversitesi, Türkiye,

Prof. Dr. Ellie ABDİ, Montclair State Üniversitesi, ABD

Prof. Dr. Tomasz NIZNIKOWSKI, Józef Piłsudski Üniversitesi, Polonya

Doç. Dr. Meriç ERASLAN, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi, Türkiye

Yrd. Doç. Dr. Reza BEHDARİ, East Tehran Branch İslamic Azad Üniversitesi, İran

Öğr. Gör. M. Fatih SANSAR, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

BİLİM VE HAKEM KURULU / SCIENCE AND REFEREE BOARD

Prof. Dr. Ahmet DOĞANAY, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Alparslan DAYANGAÇ, Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Cemal SAKALLI, Mersin Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Dana BABAU, (Medicine and Pharmacy of Targu Mures Üniversitesi, Romanya

Prof. Dr. Deniz ABİK, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Dušan MITIĆ, Belgrade Üniversitesi, Sırbistan

Prof. Dr. Emel ORAL, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Esat ARSLAN, Çağ Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. F. Duygu SABAN ÖKESLİ, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Feda Rehimov Hannanoğlu, Bakü Devlet Üniversitesi, Azerbaycan

Prof. Dr. Fikret DÜLGER, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Gencay ZAVOTÇU, Kocaeli Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Haluk BODUR, Gazi Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Himmet KARADAL, Aksaray Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. İbrahim ÖRNEK, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi İrem TÖRE, Adana Bilim ve Teknoloji Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Kutluk Kağan SÜMER, İstanbul Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Mehmet ÇELİK, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Murat DURUKAN, Mersin Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Muzaffer SÜMBÜL, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Münir YILDIRIM, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Orhan BAŞ, Ordu Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Orhan DOĞAN, Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Pelin YILDIZ, Hacettepe Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Ramazan BİLGİN, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Roger ENOKA, Colarado Üniversitesi, ABD

Prof. Dr. Süleyman DÖNMEZ, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Şener BÜYÜKÖZTÜRK, Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Turgay BİÇER, Marmara Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Tülin ARSEVEN, Akdeniz Üniversitesi, Türkiye

Prof. Dr. Yahya Fatih AYAZ, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Doç. Dr. Ahmet İNCE, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Doç. Dr. Ahmet TEKE, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Doç. Dr. Aysel ÇİMEN, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi, Türkiye

Doç. Dr. Bülent ELİTOK, Afyon Kocatepe Üniversitesi, Türkiye

Doç. Dr. Deniz ZEREN, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Doç. Dr. Erdem ÇANAK, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Doç. Dr. Evşen NAZİK, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Doç. Dr. Fatma Ebru İkiz, Dokuz Eylül Üniversitesi, Türkiye

Doç. Dr. Fűrüzan ASLAN, İnönü Üniversitesi, Türkiye

Doç. Dr. Hülya YÜCEER, Adana Bilim ve Teknoloji Üniversitesi, Türkiye

Doç. Dr. İbrahim GİRİTLİOĞLU, Gaziantep Üniversitesi, Türkiye

Doç. Dr. İlder Ünlükaptan, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Doç. Dr. İsmail ŞIK, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Doç. Dr. Mehmet Kasım ÖZGEN, Erciyes Üniversitesi, Türkiye

Doç. Dr. Mustafa Fedai ÇAVUŞ, Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi, Türkiye

Doç. Dr. Mustafa ÜNVERDİ, Gaziantep Üniversitesi, Türkiye

Doç. Dr. Ömer KORKUT, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Doç. Dr. Rabia ÇİZEL, Akdeniz Üniversitesi, Türkiye

Doç.Dr. Rovshan Aliyev, Bakü Devlet Üniversitesi, Azerbaycan

Doç.Dr. Saadet Gandilova Tagı kızı, Azerbaycan Devlet İktisat Üniversitesi -UNEC, Azerbaycan

Doç.Dr. Südabe Salihova, Azerbaycan Devlet İktisat Üniversitesi - UNEC, Azerbaycan

Doç. Dr. Şebnem HELVACIOĞLU, İstanbul Teknik Üniversitesi, Türkiye

Doç. Dr. Yavuz DUVARCI, İzmir Yüksek Teknoloji Enstitüsü, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Abdullah AKPINAR, Adnan Menderes Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Ahmet Kürşat ERSÖZ, Akdeniz Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Aqıl Memmedov, Azerbaycan Devlet İktisat Üniversitesi -UNEC, Azerbaycan

Dr. Öğretim Üyesi Aslıhan NAKİBOĞLU, Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Baki BAGRIAÇIK, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Banu ÖZTANRIÖVER, Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Behçet Yalın ÖZKARA, Osmangazi Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Behzad DİVKAN, East Tahrân Branch İslamic Üniversitesi, İran

Dr. Öğretim Üyesi Berrin GÜNER, Adnan Menderes Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Burcu GÜRKAN, Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Dilan ALP, Şırnak Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Eray YAĞANAK, Mersin Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Erhan AKDEMİR, Anadolu Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Esengül İPLİK, Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Fethi NAS, Bartın Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Gözde TANTEKİN ÇELİK, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Hakan GÜNEYLİ, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Gürol ZIRHLIOĞLU, Yüzüncü Yıl Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Hakkı ÇİFTÇİ, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Işıl IŞIK BOSTANCI, Mustafa Kemal Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi İrfan DÖNMEZ, Şeyh Edebalı Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi İsmail Erim GÜLAÇTI, Yıldız Teknik Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Mehmet Bülent ÖNER, Gelişim Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Mehmet Emin KAHRAMAN, Yıldız Teknik Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Mir Hamid SALEHIAN, Tabriz Branch İslamic Azad Üniversitesi, İran

Dr. Öğretim Üyesi Muhammet Fazıl HİMMETOĞLU, Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Mustafa CANER, Akdeniz Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Mustafa KILLI, Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Mümine KAYA KELEŞ, Adana Bilim ve Teknoloji Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Neval AKÇA BERK, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Nil YAPICI, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Nurkhodzha Akbulaev, Azerbaycan Devlet İktisat Üniversitesi -UNEC, Azerbaycan

Dr. Öğretim Üyesi Ramis KARABULUT, Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Samet EVCİ, Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Seda ÇELLEK, Ahi Evran Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Serdar GİRGINER, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Sevda DOLAPÇIOĞLU, Mustafa Kemal Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Şahin EKBEROV, Azerbaycan Devlet İktisat Üniversitesi -UNEC, Azerbaycan

Dr. Öğretim Üyesi Toğrul NAĞIYEV, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Tolga AKAY, Kafkas Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Volkan YURDADOĞ, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Dr. Öğretim Üyesi Zehra Doğan SÖZÜER, Haliç Üniversitesi, Türkiye

Dr. Ali BİRBİÇER, Milli Eğitim Bakanlığı, Türkiye

Dr. Fatih ERHAN, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Dr. Nermin TANBUROĞLU, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Dr. Nigar NAGİYEVA YORULMAZ, Girne Amerikan Üniversitesi, KKTC

SEKRETERYA

Araş. Gör. Ahmet KARDAŞLAR, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

Araş. Gör. Esra ASICI, Dokuz Eylül Üniversitesi, Türkiye

Okutman Pınar ÇAM, Çukurova Üniversitesi, Türkiye

TÜRK BOŞANMA HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI DELİL KAVRAMI

Hakan ALBAYRAK & Seda YILDIZ PORTAKAL***

I. GİRİŞ

Medeni yargılama hukukunun güncel sorunlarından biri, hukuka aykırı delil meselesidir. Bu mesele, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹ (HMK) m. 189/II düzenlemesinin olağan bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Anılan düzenlemeye göre, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller bir vakıanın ispatında mahkemece delil olarak değerlendirilemez.

Medeni yargılama hukukunda, hukuka aykırı delil denildiğinde özellik arz eden konuların başında boşanma davaları gelmektedir. Boşanma davalarında hukuka aykırı delillerin kullanılması sorunu uzun yıllardan beri hem öğretide hem de yargı içtihatlarında tartışma konusu olan bir husustur. Esasında boşanma davalarında hukuka aykırı delil kullanılması madalyonun bir yüzünü oluşturmaktadır. Çift yönlü bir özelliğe sahip olan bu madalyonun diğer yüzünü, yargılama boyunca kişilik haklarının korunması meselesi oluşturmaktadır. Şöyle ki, boşanma davasında taraflar iddialarını ispat edebilmek amacıyla, çoğu zaman karşı tarafın temel haklarını, özellikle kişilik haklarını, ihlal etmek suretiyle delil elde etme çabası içerisine girmektedirler. Hukuka aykırı delil meselesi, tam da bu noktada gündeme gelmektedir. Nitekim boşanma davasında iddiasını ispat etmek isteyen taraf, karşı tarafın kişilik haklarını dahi yok sayarak birtakım faaliyetler içerisine girmekte, bu faaliyetler neticesinde elde edilen delil genellikle hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil niteliği taşımaktadır.

Çalışmamızın konusu, esas itibariyle, boşanma davalarında hukuka aykırı delil meselesidir. Bu kapsamda öncelikle Türk hukukunda

*Çukurova Üniversitesi, hknalbayrak@hotmail.com

** Çukurova Üniversitesi, seda_yildiz06@hotmail.com

¹ RG, T.: 4.2.2011, S.:27836.

boşanma sistemi ve boşanma sebepleri üzerinde durulacaktır. Özellikle boşanma sistemleri hususunda karşılaştırmalı hukuka da yer verilerek Türk boşanma sisteminin karşılaştırmalı hukuk içerisindeki yeri belirlenmeye çalışılacaktır. Daha sonra hukuka aykırı delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesi inceleme konusu yapılacaktır. Bu incelemede hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesini yasaklayan yasal düzenlemelere de yer verilecektir. Son olarak boşanma davalarında hukuka aykırı delillerin söz konusu olduğu yargı kararları değerlendirilmeye çalışılacaktır.

II. TÜRK HUKUKUNDA BOŞANMA

A.Genel Olarak Boşanma Sistemleri

Türk hukukunda boşanma sistemine geçmeden önce genel olarak boşanma sistemleri hususuna değinmek gerekmektedir. Boşanma sistemlerini etkileyen iki temel görüş bulunmaktadır: Bireyci (ferdiyetçi) görüş ve toplumcu görüş¹. Bireyci görüşe göre, evlilik birliği eşlerin özgür iradeleriyle kurulmaktadır. Bireyin iradesinin devlet iradesinin önünde yer alması gerektiğini savunan bu görüş, eşlerin serbest iradeleriyle boşanabilmelerini öngörmektedir². Boşanma serbestisi bireyci görüşün bir ürünüdür³. Toplumcu görüş ise, evlilik birliğinin eşlerin kişisel zevkleri için kurulmadığından hareketle evliliğin devamlılığını esas alır⁴. Özellikle nesillerin yetişmesi için kurulan evlilik birliğini bozmak çocukların geleceğini tehlikeye atan bir tehdittir ve devlet buna seyirci kalmaz⁵. Katolik kilisesi hukukundan benimsenen⁶ bu görüşü savunanların bir kısmı evliliğin bozulmazlığını⁷ kabul ederken,

¹ÇİFTÇİ, Pınar; “Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.:16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, s. 1768; GENÇCAN, Ömer Uğur; Boşanma Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 100.

²AKINTÜRK, Turgut; Aile Hukuku, Beta, 11. Bası, İstanbul 2008, s. 238; ÇİFTÇİ, s. 1768; GENÇCAN, s. 100.

³AKINTÜRK, s. 238; ÇİFTÇİ, s. 1771; GENÇCAN, s. 102.

⁴ÇİFTÇİ, s. 1769; GENÇCAN, s. 101.

⁵GENÇCAN, s. 101.

⁶AKINTÜRK, s. 237; GENÇCAN, s. 101.

⁷ Boşanma yasağı (evliliğin sonsuzluğu) hakkında, ÇİFTÇİ, s. 1770; GENÇCAN, s. 101-102.

diğer kısmı belirli sebeplerin varlığı halinde boşanmanın gerçekleşebileceğini kabul etmektedir¹.

B.Türk Hukukunda Boşanma Sistemi ve Bu Sisteme Hâkim Olan İlkeler

1.Türk Hukukunda Benimsenen Boşanma Sistemi

Çağdaş hukuk sistemlerinde boşanma konusunda belirli sebeplere dayanarak hâkim kararıyla boşanma sistemi uygulanmaktadır. Bu sistemde boşanma yoluyla evliliğin sona erdirilmesi mümkündür². Ancak bunun için boşanma, kanunda belirlenen sebeplere dayanmalı ve hâkim kararıyla gerçekleştirilmelidir³. Çağdaş Türk hukuk reformunun bir sonucu olarak kanunlaşan mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi⁴ ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu⁵ (TMK) bu sistemi benimsemektedir⁶.

Türk hukuk sisteminde evliliği sona erdiren çeşitli sebepler bulunmaktadır. Bunlar; ölüm, gaiplik⁷, cinsiyet değişikliği⁸, hükümsüzlük sebepleri (TMK m. 145-160) ve boşanmadır. Türk Medenî Kanunu’nun ikinci kitabının “Boşanma” başlığını taşıyan ikinci bölümünde ise, m. 161-166 arasında çeşitli boşanma sebeplerinin düzenlendiği görülmektedir. Bu boşanma sebepleri öğretide özel boşanma sebepleri – genel boşanma sebebi, mutlak boşanma sebepleri – nisbi boşanma sebepleri şeklinde farklı ayrımlara tabi tutulmaktadır⁹. Özel boşanma

¹ÇİFTÇİ, s. 1769.

²AKINTÜRK, s. 239.

³AKINTÜRK, s. 239; HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu; Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2013, s. 96; GENÇCAN, s. 106.

⁴ 17 Şubat 1926’da kabul edilen ve 4 Ekim 1926’da yürürlüğe giren Türk Kanunu Medenîsi 1 Ocak 2002 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır.

⁵ RG, T.: 8.12.2001, S.: 24607.

⁶AKINTÜRK, s. 239; SERİN OF, Emine; Boşanmanın Mali Sonuçları, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008, s. 6.

⁷ TMK m. 131’e göre sırf gaiplik kararının verilmiş olması evliliği kendiliğinden sona erdirmez.

⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için, bkz. DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 74-75.

⁹AKINTÜRK, s. 243-244; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 103-124; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 98-99; GENÇCAN, s. 120-123.

sebepleri; zina (TMK m. 161), hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (TMK m. 162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK m. 163), terk (TMK m. 164) ve akıl hastalığıdır (TMK m. 165)¹. TMK m. 166'da düzenlenen evlilik birliğinin sarsılması ise genel boşanma sebebidir. Zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, terk mutlak boşanma sebebiyken; suç işleme veya haysiyetsiz hayat sürme, akıl hastalığı ve evlilik birliğinin sarsılması nisbi boşanma sebebidir².

2. Türk Boşanma Sistemine Hâkim Olan İlkeler

Türk hukukunda ve yabancı hukuk sistemlerinde boşanma sebeplerinin belirli ilkelere dayandığı kabul edilmektedir. Bu ilkeler; kusur ilkesi, evlilik birliğinin temelden sarsılması ilkesi, irade ilkesi, elverişsizlik ilkesi ve fiili ayrılık ilkesidir³. Türk boşanma hukukunda sayılan bu ilkelerin tamamına yer verilmekte olup karma bir sistemin benimsendiğini söylemek yanlış olmayacaktır⁴.

Kusur ilkesine göre, boşanmaya karar verilebilmesi için taraflardan birinin kusurlu olması gerekmektedir⁵. Boşanma davası açma hakkı kusursuz ya da daha az kusurlu olan eşe tanınmıştır. Dolayısıyla tam kusurlu eşin boşanma davası açma hakkı bulunmamaktadır⁶. Türk hukukunda kanunda belirtilen tüm boşanma sebepleri kusura dayanmamaktadır. Özel boşanma sebeplerinden zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme ve

¹AKINTÜRK, s. 244-260; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 103-115; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 98; GENÇCAN, s. 120.

²AKINTÜRK, s. 243-244; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 98-99. Mutlak-nisbi boşanma sebepleri ayrımı hakkında, AKINTÜRK, s. 243-244; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 103; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 98-99; GENÇCAN, s. 121-122.

³AKINTÜRK, s. 240-242; SERİN OF, s. 6-7; ARAS, Bahattin; Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 12 vd; ÇİFTÇİ, s. 1774-1776; GENÇCAN, s. 114-118.

⁴AKINTÜRK, s. 243; GENÇCAN, s. 118. Türk boşanma hukuk sisteminin kusur ilkesi üzerine kurulduğu yönünde, ARAS, s. 12-15.

⁵AKINTÜRK, s. 240; ÇİFTÇİ, s. 1774; GENÇCAN, s. 115.

⁶ARAS, s. 12-15; ÇİFTÇİ, s. 1774; GENÇCAN, s. 115. Kusur ilkesine yöneltilen eleştiriler hakkında, AKINTÜRK, s. 240; ODENHAHL, Hanswerner; “Boşanma ve Boşanmada Kusur Meselesi Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 650 vd.

terk kusura dayanan boşanma sebepleridir¹. Bu sebeplere dayanarak boşanma davası açmak isteyen tarafın kusurlu olmaması ya da daha az kusurlu olması gerekmektedir. Kusur ilkesi, TMK sisteminde sadece boşanma sebeplerinde etkili olan bir ilke değildir. Özellikle boşanmanın sonuçlarında da kusur ilkesinin etkili bir ilke olduğu söylenebilir². Şöyle ki; boşanma davası sonucunda hükmedilecek maddi-manevi tazminat istemleri, nafaka miktarının belirlenmesi gibi hususlarda kusur ilkesi oldukça etkili bir ilkedir.

Evlilik birliğinin temelden sarsılması ilkesine göre boşanmaya karar verilebilmesi için; evliliğin amaç ve işlevini kaybetmesi, evlilikte meydana gelen düzensizlik, evlilik birliğinin devamının istenmesinde hiçbir amaç ve yarar kalmaması gibi evlilik birliğini temelden sarsan durumların varlığı yeterlidir. Diğer yandan bu ilkeye göre boşanmanın gerçekleşmesi için taraflardan birinin kusurlu olması aranmamaktadır³. TMK m. 166'da hüküm altına alınan genel boşanma sebebi evlilik birliğinin temelden sarsılması ilkesine dayanmaktadır. Objektif esaslara dayandığından hareketle hâkime çok geniş yetkiler veren evliliğin temelden sarsılma ilkesi, diğer ilkelere göre daha uygun bir ilke olarak kabul edilmektedir⁴.

İrade ilkesine göre boşanmaya karar verilebilmesi için, eşlerin boşanmaya yönelik rızalarını içeren beyanları yeterlidir. Bu ilkeye göre, evlilik birliği eşlerin serbest iradeleriyle kurulduğuna göre yine onların iradeleriyle sona erdirilebilmelidir⁵. Bu ilke boşanma sistemlerinde karşımıza anlaşmalı boşanma şeklinde çıkmaktadır⁶. Boşanmaya karar verilebilmesi için taraf iradelerini ön plana çıkararak TMK m. 166/III hükmünün irade ilkesine yer verdiği kabul edilmektedir⁷.

¹AKINTÜRK, s. 246, 249; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 104, 107, 109, 111.

²AKINTÜRK, s. 296, 299, 303; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 146, 147, 149; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 112-113; ARAS, s. 12-15.

³AKINTÜRK, s. 241; ARAS, s. 15-17; ÇİFTÇİ, s. 1775; GENÇCAN, s. 116.

⁴AKINTÜRK, s. 241.

⁵AKINTÜRK, s. 240; ÇİFTÇİ, s. 1775; GENÇCAN, s. 114. İrade ilkesine yöneltilen eleştiriler hakkında, AKINTÜRK, s. 241.

⁶ÇİFTÇİ, s. 1775.

⁷ARAS, s. 9-10.

Elverişsizlik ilkesine göre boşanmaya karar verilebilmesi için, eşlerden birinde ortaya çıkan bedensel veya ruhsal bozuklukların diğere eş için evliliğı çekilmez bir hale getirmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle eşlerden biri bedensel veya ruhsal bozukluklarından dolayı evlilik hayatından doğan yükümlülükleri yerine getirememelidir¹. Elverişsizlik ilkesinin geçerli olduğu boşanma sebeplerinde boşanmak isteyen taraf, diğere eşin bedensel veya ruhsal bozukluklarından dolayı evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getiremediğini ispat etmek zorundadır. Bu ispat faaliyeti kapsamında boşanmak isteyen eş, diğere eşin bir özrünü ya da cinsel bir hastalığını ifşa etmek çabasına girişmektedir. Bu kapsamda, hastaya ait hastane kayıtlarının temin edilmesi gibi kişinin özel hayatını zedeleyici ve onur kırıcı nitelikte müdahaleler gündeme gelecektir².

Fiili (eylemli) ayrılık ilkesine göre boşanmaya karar verilebilmesi için, eşlerin uzun bir sreden beri ve eylemli olarak ayrı yaşamayı sürdürüyor olması gerekmektedir³.

Türk medeni yargısında, boşanmak isteyen tarafın ispat faaliyetleri çerçevesinde karşı tarafın temel haklarını ihlal ederek, hukuka aykırı delil elde edilmesine sebep olabilecek ilkelerin başında kusur ilkesi gelmektedir.

C.Boşanmada Kusurun Rolü

1.Türk Hukukunda

Türk hukukunda boşanma sebepleri arasında kusur önemli bir yere sahiptir. Bir görüşe göre Türk hukukunda boşanma sistemi kusur esası üzerine kurulmuřtur⁴. Daha önce de değinildiği üzere, kusur hem boşanma sebepleri hem de boşanmanın mali sonuçları üzerinde etkili bir olgudur⁵. Türk hukukunda kusura dayalı boşanma sebepleri; zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme ve terktir. Kusurun aranmadığı evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle açılan boşanma davalarında dahi, tazminat ya da

¹AKINTRK, s. 242; ARAS, s. 19; ÇİFTÇİ, s. 1776; GENÇCAN, s. 116.

²İFTİ, s. 1781-1782.

³AKINTRK, s. 242; ÇİFTÇİ, s. 1776; GENÇCAN, s. 118.

⁴ARAS, s. 12-15.

⁵Bkz. II, B, 2.

nafaka talebinde bulunan taraf diğer eşin kusurunu ispat faaliyetine girmektedir. Nitekim boşanma sonucunda maddi – manevi tazminat ya da yoksulluk nafakası almak isteyen tarafın kusuru olmamalı ya da daha az kusurlu olmalıdır¹. Bir başka deyişle tazminat ya da nafaka almak isteyen taraf diğer eşin kusurlu ya da daha fazla kusurlu olduğunu ispat etmek mecburiyetindedir. Bu kapsamda kusurun ispatı için taraflar birbirlerinin kişilik haklarını zedeleyici, onur kırıcı ya da özel hayatlarını ihlal edici nitelikte delil arayışına girişmek zorunda kalmaktadırlar.

Boşanma yargılamasının niteliği gereği, boşanmak isteyen eş her türlü itham yoluna başvurmaktadır². Bunun en temel sebebi, TMK’nın boşanmaya ilişkin düzenlemeleri ve kusurun bu düzenlemeler içerisindeki yeridir. TMK’nın anılan bu hükümlerinin, genellikle birbirlerine kin ve nefret duyan taraflar bakımından, adeta “ateşe körükle gitmek” olduğu ifade edilmekte ve buna imkân verecek durumlardan sakınılması gerektiği belirtilmektedir³.

2.Karşılaştırmalı Hukukta

Çağdaş hukuk sistemlerine bakıldığında, boşanmanın dayandığı esaslar arasından kusur ilkesinin tamamen çıkarılmakta olduğu görülmektedir.

Almanya’da 1976 yılında kabul edilerek 1 Temmuz 1977’de yürürlüğe giren Evlilik ve Aile Hukuku Reformu Hakkında Birinci Kanun (Das erste Gesetz zur Reform des Ehe und Familienrechts) ile Alman Medeni Kanunu’nda (BGB) § 1564- 1586 hükümleri arasında reform niteliğinde değişiklikler yapılmıştır. Bu reformun en önemli sonucu, Alman hukukunda kusura dayalı boşanma sisteminin terk edilmiş olmasıdır⁴. Nitekim “Evlilik Birliğinin Başarısızlığa Uğraması” başlıklı BGB § 1565’te, evlilik birliğinin başarısızlığa uğraması durumunda boşanma hüküm altına alarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması

¹AKINTÜRK, s. 296, 299, 303; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 146, 147, 149; HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s. 112-113.

²ARAS, s. 13.

³ÇİFTÇİ, s. 1784.

⁴BURCUOĞLU, Haluk; “Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.:48, S.:1-4, s. 114; ÇİFTÇİ, s. 1794; SERİN OF, s. 10.

(başarısızlık) ilkesine dayalı bir boşanma anlayışının benimsendiği görülmektedir¹. Diğer yandan özel boşanma sebepleri kaldırılarak BGB § 1565'te² genel ve tek bir boşanma sebebi kabul edilmiş ve bu sebebi oluşturan olguların ispatı için BGB § 1566'da³ bir karineye yer verilmiştir. Doktrinde Alman hukukunda kusurun boşanma nedenleri arasından çıkarılmasının, özellikle boşanma yargılamasında ispat faaliyeti ile kişilik haklarının korunması bağlantısını kurduğu dile getirilmektedir⁴. Nitekim boşanma davalarında yaşanan ispat zorlukları ve ispat faaliyeti arasındaki kişilik hakkı ihlallerinin en büyük nedeni kusuru kanıtlamak için delil elde etme arayışıdır⁵.

Avrupa'da boşanma konusunda yaşanan bu reform hareketlerini gerçekleştirmede en geç kalan ülkelerden biri İsviçre'dir. İsviçre aile hukukunda 1 Ocak 2000 tarihindeki değişiklikle boşanma hukukunda büyük bir reform yapılmış ve kusura dayalı boşanma ilkesi tamamen

¹BURCUOĞLU, s. 114; SERİN OF, s. 10; ÇİFTÇİ, s. 1794.

² BGB § 1565 – Evlilik Birliğinin Başarısızlığa Uğraması: “(1) Evlilik birliğinin başarısızlığa uğraması durumunda boşanma kararı verilebilir. Bu başarısızlığa uğrama durumu; ortak yaşamın devam etmemesi veya devamının taraflardan beklenemeyecek olmasıdır. (2) Diğer tarafın şahsından kaynaklanan bir sebep, evliliğin devamını tahammül edilemez kılıyor ise, bu şartlar altında davacının talebi üzerine eşler henüz bir yıl ayrı yaşamış olmasalar dahi boşanma kararı verilebilir.” Bkz. ODENHAHL, Hanswerner/USLU, Burcu; “Alman Boşanma ve Nafaka Hukuk Mevzuatı”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C.:II, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 1499.

³ BGB § 1566 – Evlilik Birliğinin Başarısızlığa Uğraması Hakkında Karine: “(1) Eşlerin bir yıldan beri ayrı yaşamaları ve taraflardan ikisinin de boşanmayı talep etmesi yahut davalının boşanmayı onaylaması durumu, evlilik birliğinin başarısızlığa uğraması hakkında karine teşkil eder. (2) Üç yıldır ayrı yaşama da evlilik birliğinin başarısızlığı hakkında kesin karine teşkil eder.” Bkz. ODENHAHL/USLU, s. 1499.

⁴BURCUOĞLU, s. 135. Yazar Alman hukukunda, kusurun kanıtlanması gerekmediği için boşanma usulünde artık yanlarını zıt, düşman ve gizlilik alanlarını olduğu gibi açıklamak zorunda kalacak olan iki kişinin oluşturduğu klasik anlamda bir boşanma davasının söz konusu olmayacağını belirtmiştir. Diğer yandan kendi kusuruyla evliliğin temelinden sarsılmasına neden olan eşin bile, reformla birlikte, boşanma davası açma hakkı olduğu vurgulanmaktadır.

⁵BURCUOĞLU, s. 137. Yazar boşanmak istemeyen davalı eşin davacının kendisinden daha ağır kusurlu olduğunu kanıtlamak için tüm “kirli çamaşırları” ortaya dökeceğini ve karşılıklı ağır suçlamalar dizisinin başlayacağını vurgulamaktadır.

terkedilmiştir¹. Bu reformla birlikte boşanma sebeplerini özel boşanma sebepleri ve genel boşanma sebepleri şeklindeki tasnif biçimi de terk edilmiştir². Kusur ilkesinden tamamen vazgeçen İsviçre boşanma hukukunda boşanmanın temeli, evlilik birliğinin temelinden sarsılması üzerine kurulmuş ve delil getirme şartı da aranmamıştır³. Boşanmanın mali sonuçlarını hüküm altına alan İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) § 125⁴ düzenlemesinde de kusura yer verilmediği görülmektedir.

1 Ocak 2002’de yürürlüğe giren TMK ne yazıkki Avrupa’da yaşanan bu gelişmeleri takip etmekten uzak kalmıştır. Yürürlüğe girmesinden kısa bir süre önce gerçekleşen mehz İsviçre Medeni Kanunu’ndaki düzenlemeler dahi dikkate alınmaksızın gerçekleştirilen kanunlaşma, uygulamada sorunları da beraberinde getirmiştir. Bunun en önemli nedeni, boşanmaya ilişkin düzenlemelerde kusur kavramına oldukça

¹**ÖZDEMİR**, Nevzat; Türk İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Beta, İstanbul 2003, s. 33 vd.; **HAUSHEER**, Heinz; “Yeni İsviçre Boşanma Hukukunun Önemli Yenilikleri”, İsviçre Medeni Kanunu’nun ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu, İstanbul 2007, s. 32; **SERİN OF**, s. 11; **ÇİFTÇİ**, s. 1790-1791; **GUILLOD**, Olivier; “İsviçre Boşanma Hukukunda Son Gelişmeler”, Türkiye – İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu I – Borçlar Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 147.

²**PETEK**, Hasan; “Terke Dayalı Boşanmada Manevi Tazminat”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.:12, S.:2, 2010, s. 44, dpn. 1.

³**ÖZDEMİR**, s. 38.

⁴ Boşanma sonucu yaşlılık yardım sandığının yaptığı uygun ödeme de dâhil olarak geçimini uygun koşullarda sağlaması kendisinden haklı olarak beklenmeyen eşe, diğeri hakkaniyete uygun bir katkıda bulunmak zorundadır (ZGB § 125, 1). Böyle bir katkının gerekip gerekmediği, gerekiyorsa süresi ve tutarı konusunda hâkim şu unsurları dikkate alacaktır: (i) evlilikteki görev dağılımı, (ii) evlilik süresi, (iii) evlilik sırasındaki eşlerin yaşam standardı, (iv) eşlerin yaş ve sağlık durumu, (v) eşlerin gelir ve servet durumu, (vi) çocuklar için girilen yükümlülüklerin süresi ve durumu, (vii) meslekî formasyon ve kazanç perspektifleri, ayrıca nafakadan yararlanacak eşin mesleki kazancı için yapılması gereken harcamalar, (viii) yaşlılık sigortası ile sağ kalan eş lehine yapılmış sigorta beklentileri ve meslekî veya başka bir özel ya da kamusal yardım sandığı ile birlikte muhtemel bir çıkış halinde çıkma ediminin paylaşılmasına ilişkin beklentiler (ZGB § 125, 2). Nafaka verilmesi talebi ise, nafaka verilmesi açıkça hakkaniyete aykırı görüldüğü takdirde ve özellikle nafaka alacaklısı tarafın (i) aile vazifelerini ağır şekilde ihmâli, (ii) kasıtlı olarak ihtiyaç içinde bulunma halini sürdürmesi, (iii) nafaka borçlusuna veya yakınlarına karşı ağır bir suç işlemesi hallerinde kısmen veya tamamen reddedilebilir (ZGB § 125, 3). Bkz. **ÖZDEMİR**, s. 213-214.

geniş bir yer verilmesidir. Nitekim kusuru ispat külfeti altında olan eş, karşı tarafın temel haklarını ihlal ederek, çoğu zaman kişilik haklarını yok sayarak birtakım deliller elde etme çabasına girmektedir. Hukuk sistemimizde boşanma davaları, birbirine düşman, birbirlerinin “kirli çamaşırlarını” ortaya çıkarma çabası içerisinde taraflar yaratmaktadır¹. Kusura dayalı boşanma anlayışının sebep olduğu bu olumsuz durum, temel hak ihlallerini de beraberinde getirmekte ve hukuka aykırı delil meselesi karşımıza çıkmaktadır.

III.BOŞANMA DAVASINDA HUKUKA AYKIRI YOLLARDAN ELDE EDİLEN DELİLLERİN KULLANILMASI

A.Hukuka Aykırı Delil Kavramı ve Yasal Düzenlemeler

1.Hukuka Aykırı Delil Kavramı

Boşanma davasında hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılması meselesine geçmeden önce hukuka aykırı delil kavramını tespit etmek yararlı olacaktır. Bu sebeple öncelikle hukuka aykırı delil kavramının tanımını yapmak gerekmektedir. Hukuka aykırı delil kavramı, genel olarak, “*hukuk sistemine, dolayısıyla da hukuk kurallarına aykırı biçimde elde edilmiş delil*” olarak tanımlanabilir². Önemle değinmek gerekir ki, tanımda yer alan hukuk kurallarından maksat; evrensel düzeyde geçerli olan kurallardır³. Dolayısıyla hukuka aykırı delil kavramı tespit edilirken, sadece ulusal yasalar ve mevzuata uygunluk yeterli değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu hususu şu şekilde vurgulamaktadır: “Hukuka aykırılık en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçeve içinde, anayasaya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer

¹BURCUOĞLU, s. 137.

²AKYÜREK, Güçlü; “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012 (101), s. 62.

³AKYÜREK, s. 62-63.

alır”¹. Hukuka aykırı delil kavramı için, öğretide “zehirli ağacın meyvesi” benzetmesi yapılmıştır².

2.Hukuka Aykırı Delil Kullanımını Yasaklayan Yasal Düzenlemeler

Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kullanımını yasaklayan düzenlemelerin hem Türk mevzuatında hem de uluslararası mevzuatta yer aldığı görülmektedir.

“Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar” başlıklı Anayasa m. 38’de “*kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*” demek suretiyle hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilemeyeceği kabul edilmiştir. Doktrinde esasen ceza yargılamasıyla ilgili bir düzenleme olan bu hükmün medeni yargıda da aynen geçerli olduğu, hükmün tüm yargı kollarını kapsadığı ifade edilmektedir³. Ancak Anayasa m. 38’in suç ve cezalara ilişkin olduğunu ve medeni yargılamada kullanılamayacağını savunan görüşler de mevcuttur⁴.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda⁵ hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin kullanımını yasaklayan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak doktrinde hukuka aykırı yollardan

¹ AYM E:1999/2 (siyasi Parti Kapatma) K:2001/2, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/>, ERIŞİM: 15.03.2016.

² **KARINCA**, Eray; “Zehirli Ağacın Meyvesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.:2012, S.:99, s. 354.

³ **TANRIVER**, Süha; “Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.:65, 2006, s. 371; **TUTUMLU**, Mehmet Akif; “Hukuk Davasında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin İspat Değeri”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C.:II, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 2159; **PEKCANITEZ**, Hakan/**ATALAY**, Oğuz/**ÖZEKES**, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Bası, Ankara 2013, s. 695; **AKİL**, Cenk; “Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.:2012, C.:61, S.:4, s. 1247; **KARINCA**, s. 355.

⁴ **YILDIRIM**, Kamil; “Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller”, Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul 2007, s. 868.

⁵ RG, T.: 2, 3, 4/7/1927 S.: 622, 623, 624.

elde edilen delillere dayanılarak hüküm verilemeyeceği kabul edilmekteydi¹. Diğer yandan hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılamaması veya değerlendirilememesi şeklinde katı ve kesin bir kural konulması yerine hâkime bu konuda bir serbesti tanınmasının daha sağlıklı ve daha doğru bir yaklaşım biçimi olacağını ileri süren görüşler de mevcuttur². 6100 sayılı HMK’da ise “İspat hakkı” başlıklı m. 189’da “hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınamaz” düzenlemesine yer verilerek hukuka aykırı delillerin ispata konu olamayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme ile Anayasa m. 38’in gereklerinin yerine getirildiği ifade edilmektedir³.

Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin yargılamada kullanılamaması TMK m. 2 kapsamında dürüstlük kuralı gerekçesine de dayandırılabilir. Nitekim dürüstlük kuralına uygun hareket etmek dava boyunca taraflar için bir yükümlülüktür. Bu sebeptendir ki, bir taraf dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde elde ettiği delili mahkemeye sunamayacaktır⁴.

B.Boşanma Davasında Yargılamanın Amacı ve Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi

1.Boşanma Davasında Yargılamanın Amacı

Medeni yargılama hukukunda amaç, maddi gerçeğin tespit edilmesidir⁵. Maddi gerçeğin tespit edilebilmesi için, tarafların iddia ve savunmalarının dayanağını oluşturan vakıalar ve bunları ispatlamak için sundukları delillerin mahkemeye sunulması gerekmektedir. Medeni

¹**TOSUN**, Öztekin; Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti, İstanbul 1976, s. 65-67; **BERKİN**, Necmeddin; Tatbikatçılara Medeni Usul Rehberi, İstanbul 1980, s. 734; **PEKCANITEZ**, Hakan; “Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.:I, Ankara 2009, s. 826-829; **TANRIVER**, s. 371.

²**YILDIRIM**, s. 871.

³**KARINCA**, s. 355.

⁴**PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 695.

⁵**ALANGOYA**, H. Yavuz/**YILDIRIM**, M. Kamil/**DEREN-YILDIRIM**, Nevhis; Medeni Usul Hukuku Esasları, Alkım Yayınevi, 6. Bası, İstanbul 2006, s. 29.

yargıda, özellikle de boşanma davalarında¹, geçerli olan “tarafarca getirilme ilkesi” gereğince, ileri sürülen deliller taraflar mahkemeye sunulmaktadır. HMK m. 25’te düzenleme altına alınan taraflarca getirilme ilkesine göre; kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz. Dolayısıyla hâkim tarafların getirdiği dava malzemelerine göre karar vermek durumundadır. Belirtmek gerekir ki, dava malzemelerinin taraflarca getirilmesi ilkesinin kabul edilmesi, medeni yargılamada şekli gerçeğe riayet edildiği anlamına gelmemektedir. Hâkim esasen maddi gerçeği araştırmakla yükümlüdür². İşte tam da burada karşımıza çıkan mesele, maddi gerçeği ortaya çıkarmak için her türlü delile/delil elde etme yöntemine başvurulup başvurulamayacağıdır. Hukuka aykırı delillerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ya da hangi durumlarda değerlendirmenin mümkün olabileceğine ilişkin açıklamalara aşağıda yer verilecektir.

2.Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi

Anayasa m. 38/VI ve HMK m. 189/II düzenlemelerinde açıkça ifade edildiği üzere, hukuka aykırı olarak elde edilen deliller, yargılamada ispat aracı olarak kullanılamaz. Bu düzenlemenin tarafların ispat hakkına getirilen bir sınırlama olduğu kabul edilmektedir³. Dolayısıyla, Türk hukukunda tarafların hukuka aykırı olarak elde ettikleri delilleri yargılamada kullanmaları yasaktır.

Hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin kullanımının bu denli kesin ve katı bir şekilde yasaklanması doktrinde eleştirilmektedir. Bu

¹ Boşanma davalarında kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olabileceği yönündeki tartışmalar için, bkz. **ERCAN**, İbrahim; “Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C.:I, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 740.

² **ÇETİNKAYA**, Esra; “Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillerin İspat Hukukundaki Değeri”, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/>, s. 176.

³ **AKİL**, s. 1247-1249; **TANRIVER**, s. 368 vd.; **BERKİN**, s. 734-735; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 693.

görüŖe göre; her somut olayda, hukuka aykırı olarak delil elde etmiş bulunan ve bunun değerdendirilmesini isteyen tarafın ihlal ettiği hukuk normu ile korunmaya değerd menfaatleri arasındaki dengeler araştırılmalıdır¹. Ancak anayasa ile teminat altına alınan temel haklar ihlal edilmek suretiyle delil elde edilmesi durumları bu kapsamda değerdendirilemez. Bu kapsamda öncelikle somut olayda delil elde edilirken hangi hukuk normunun ihlal edildiği tespit edilmelidir. Daha sonra bu hukuk normunun koruma amacı araştırılmalıdır. İlgili normun koruma amacı ile ihlal edilen norm arasındaki menfaatler dengesi değerdendirildiğinde, delilin değerdendirilmemesinin adaletsiz bir durum yaratacağı ortaya çıkıyorsa, bu durumda o delil değerdendirilebilmelidir. Özellikle delilin değerdendirilmemesi durumunda, tarafın iddiasını başka türlü ispat olanağı kalmıyorsa ya da vakianın ispatlanması çok güçleŖiyorsa bu gibi durumlarda delil, hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olsa dahi, değerdendirilebilmelidir. Belirtmek gerekir ki, hukuka aykırı delil elde eden tarafın sadece ispat güçlüğü altında olması, delilin değerdendirilmesi için tek başına yeterli bir sebep değildir².

İsviçre hukukunda 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Federal Medeni Yargılama Kanunu’nun “İspat Hakkı” başlıklı 152. maddesinde de yukarıda açıklamaya çalıştığımız ve bizim de katıldığımız görüşü destekler nitelikte bir düzenleme yer almaktadır. Anılan düzenlemeye göre; “*hukuka aykırı elde edilmiş deliller, sadece gerçeğin tespitindeki menfaat üstün geldiğinde dikkate alınır*”³. Kanaatimizce, buradaki gerçeğin tespitindeki üstün menfaatten maksat, yukarıda açıklamaya çalıştığımız, ihlal edilen temel hukuk normu ile korunmaya değerd menfaatler arasındaki dengedir.

VI. BOŖANMA DAVALARINDA HUKUKA AYKIRI DELİL MESELESİNİN YARGITAY KARARLARINA YANSIMASI

A.Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 25.9.2002 Tarihli ve E. 2002/2-617, K. 2002/648 sayılı “Günlük” Kararı

“Taraflar arasındaki evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayanan boşanma davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Kartal

¹AKİL, s. 1249.

²AKİL, s. 1249.

³ÇETİNKAYA, s. 181.

Asliye 2. Hukuk Mahkemesinde davanın reddine dair verilen 26.4.2001 gün ve 2000/163 Esas, 2001/262 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 2.Hukuk Dairesinin 9.11.2001 gün ve 2001/14984 Esas, 2001/ 15615 Karar sayılı ilamı ile; (...Yapılan soruşturma, toplanan delillerle davacının davalıyı dövdüğü ifadeler ve günlük birlikte değerlendirildiğinde davalının da güven sarsıcı davranışlar içinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu halde, taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

KARAR: Dava, evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayanan boşanma istemine ilişkindir. Davacı, taraflar arasında son zamanlarda çıkan geçimsizliğin, davalı kadının evi terk etmesiyle neticelendiğini ve geçimsizlikte kusurun davalıda olduğunu belirterek, şiddetli geçimsizlik nedeniyle boşanmalarına karar verilmesine istemiş; davacı vekili 28/11/2000 tarihli delillerin ibrazına ilişkin dilekçesinde, evlilik birliği devam ederken davalı kadının kayınbiraderi A. İle yaşadığı yasak ilişkiyi ortaya koyan günlük isimli defteri mahkemeye ibraz edeceğini, olayın tanıklarca da ifade edileceğini, bu ilişkinin ortaya çıkmasından sonra şiddetli geçimsizliğin başladığını ileri sürerek, davalı tarafından yazılan defteri 7/12/2000 tarihli duruşmada belli ibraz etmiştir. Davalı, taraflar arasındaki geçimsizlik kusurunun davacıda olduğunu, davacı ile 1990 yılından 1995 yılına kadar gayriresmi birlikte yaşadıklarını, müşterek çocuk C.M.'nin doğumundan sonra 1995 yılında resmen evlendiklerini, henüz 15 yaşında iken kendisini kaçırmak suretiyle evlenen davacının, müşterek yaşamda da zor kullanmayı sürdürdüğünü, 27/2/2000 günü evde kavga çıkaran davacının şiddet kullandığını, aynı gece kayınbiraderinin yanına sığındıktan sonra ertesi gün dövdüğüne dair rapor aldığını savunarak reddini istemiş; Günlüğün

ibraz edildiğini 7/12/2000 günlü duruşmada davalı vekili inceleyip beyanda bulunacaklarını bildirmiş ve müteakip duruşmada günlük müvekkilimin kişisel bir eşyasıdır. Onun izni olmadan delil olarak verilmesini kabul etmiyorum şeklinde bulunmuş, zaptı imzalamıştır. Yerel mahkemece; dinlenen davacı tanıkları Z.A., Ş. İ. ve Ö.A.'in açık ve kesin bilgilerinin mevcut olmadığı; davalı tanıkları F.K. ve G.K.'nın davalının savunmasını doğrular maiyette davacı kocanın davalıya hakaret edip dövdüğünü bildirdiği, davacı tanıklarının beyanından davalı kadının aile birliğine sadakatsizlikte bulunduğu dair bir sonuca varılması imkanının görülmediği ve iddianın aksine, davacının kusurlu davranışlarının bulunduğu” gerekçesiyle davanın reddine dair verdiği karar, Özel dairece yukarıda açıklanan gerekçe ile bozulmuştur. Yerel mahkeme, davalı kadının izni alınmadan, kendisi tarafından tutulan “günlük” isimli defterin içeriğinin bu davada, koca tarafından delil olarak ileri sürülemeyeceği, günlük içeriğinin davalı kadının gizlilik alanına, sırlarına dâhil olduğu, davalının “kişilik haklarını” ilgilendirdiği, incelenmesi ve değerlendirmeye tabi tutulmasının mümkün olmadığı; Tek başına tanık beyanlarının da davacı savını kanıtlamadığı, davacı kocanın davalı kadını döverek ağır kusur içinde olup davalıya yüklenecek herhangi bir kusurun varlığı ispatlanamadığı gerekçesiyle direnme kararı vermiştir. Uyuşmazlık; davalı kadının güven sarsıcı davranışlar içerisinde bulunup bulunmadığı, sözü edilen davranışların ispatı ile ilgili olarak davalı tarafından tutulan “GÜNLÜK” isimli defterin delil niteliğinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktalarındadır. Yargılama sırasında tanıklardan Ş.İ.; Davalı kadının kendisine” kocam beni kayınbiraderim A. ile birlikte yakaladı artık eşi ile bir araya gelemeyeceklerini” söylediğini, kardeşi A. ile davalı kadının ilişkisinin bulunduğunu davacıdan ve komşularından da duyduğunu, ifade etmiştir. Yukarıda aksi kanıtlanmayan tanık anlatımına göre davalı kadın, kayınbiraderi A.'e ilgi duyduğunu ve bu duyguları nedeniyle eşiyle olan müşterek hayatı yürütemeyeceğini, kendisinin de boşanma isteğini bir kısım tanıklara açıklamıştır. Davalı tarafından tutulan “günlük” defterinin delil olarak değerlendirilip, değerlendirilemeyeceği konusu gelince; “Zehirli ağacın meyveleri” olarak ifade edilen hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusunda Medeni Usul Hukukunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Öncelikle konuyu öğretici bakımından incelemekte yarar vardır. Berkin, usulsüz veya kanunsuz

yahut hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delile dayanılarak hüküm verilemeyeceği görüşündedir. Yazara göre, posta memuru ile anlaşarak ele geçirilmiş ve mahkemeye sunulmuş olan başkalarına yazılmış mektupların veya evli erkeğin ilişki kurduğu ve ileride evlenmek istediği kadına yazdığı mektupların çalınarak boşanma davasında delil olarak kullanılması caiz değildir” görüşünü ileri sürmüştür. Üstündağ “hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olan delillerin değerlendirilmesi konusunda usul kanunumuzda bir hüküm bulunmadığını belirtmekte, kitabının bir başka yerinde “sesin gizlice banda alınması halinde buna daha sonra bir ispat vasıtası olarak dayanmanın mümkün olduğunu açıklamaktadır. Örnek olarak Alman Mahkemesinin kararına göre, insan seslerinin konuşanın muvafakati olmaksızın tespiti kişilik haklarına bir saldırı olmakla beraber, gizli ses almayı haklı kılan nedenlerin mevcudiyeti halinde bu şekilde bir tecavüze müsaade edilmesi gerektiğinin kabul edildiğini belirtmektedir. Alman Mahkeme kararına esas teşkil eden olayda evli kadın, kocasına defalarca hakaret etmiş ve bütün bunları a mahkemede inkâr edeceğini de ilave etmiştir. Bunun üzerine koca açmayı tasarladığı boşanma davası için bu sahneleri teybe almıştır. Prof. Dr. Pekcanıtez'e göre, kişilik haklarının, özel yaşam alanı ve sır alanının ihlali sonucu elde edilen teyp bandı, fotoğraf, çalınmış veya el konulmuş aşk mektupları delil olarak değerlendirilemez. Hukuka aykırı olarak elde edilen delilin değerlendirilmesi konusunda Medeni Usul Hukukunda da geçerli olan dürüstlük kuralı esas alınarak karar verilmeli ve bu konuda her somut olayda değerlendirme yapılmalıdır. Bu konuda ihlal edilen kanun hükmü ile ispatlanmak istenen menfaat arasında amaca uygunluk hususu da esas alınmalıdır. Diğer taraftan gizli şekilde ele geçirilen tüm deliller hukuka aykırı delil olarak değerlendirilmemelidir. Örneğin, bir telefon görüşmesinde, telefondaki ses yükseltici veya ikinci bir dinleme aleti sayesinde tarafların söylediklerinin duyulması sonucu yapılan açıklamalar ve bu konudaki tanıklık geçerli olmalıdır. Kişilik hakkının ihlali sonucu elde edilen delilin kullanılmasına hakkı ihlal edilen kişi izin verirse bu delil mahkemece kullanılabilir. Hukuka aykırı elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusunda Medeni Usul Hukukunda açık bir yasa hükmü olmadığı halde, Ceza Yargılamaları Usulü Yasasında açık düzenleme yapılmıştır. Bu yasanın (CMUK) 254/2.maddesinde “kovuşturma makamlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz.” denilmiştir. Burada söz geçen hukuka

aykırılıklardan birisi de Özel hayata yapılan haksız müdahaledir. Ancak özel hayatın gizli alanı dediğimiz ve sadece bireyi ilgilendiren alanın hiçbir şekilde müdahale edilemeyecek alandır. Örneğin kişinin cinsel yaşamı böyledir. Hayatın bu gizli alanı ihlal edilerek bir delil elde edilmiş ise, bunu, kim, nasıl ve hangi amaçla elde etmiş olursa olsun söz konusu delil Ceza Mahkemesinde delil olarak kullanılamaz. Zira hayatın gizli alanı bir delil elde etme yasağı teşkil eder. (Öztürk, B.Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları, Ank. 1995, S.116 vd.). Not Defteri ile Hristiyan kültüründe çok önemli yer tutan Günlüğün özelliklerine değinmekte yarar vardır. Günlük, Hristiyan Kültürünün bir parçasıdır ve içinde insanın iç dünyasını ilgilendiren son derece gizli ve özel hayatın dokunulmaz alanı oluşturan bilgiler yer alır. Günlüğü tutan kişi yaşadığı günün değerlendirilmesini, vicdani muhasebesini yapar ve bunları Günlüğüne yazar. Örneğin sevdiği kızla evlenmeden cinsel ilişkiye girip girmediğini, cinsel tercihlerini yazar. Kiliseye günah çıkarmaya giderken Günlüğünü beraberinde götürür. Bu günlükte özel hayatın gizli bilgileri yer alır. Somut olayda davalı tarafından tutulan not defterinin anlatılan günlük ile bir ilgisi bulunmadığı açıktır. Not defterinin Ceza Yargılamasında delil olarak kullanılmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır (Öztürk a.g.e. S.118 vd.). Somut olayda, tarafların birlikte yaşadığı evde evi terk ettikten sonra kilitli olmayan yerden elde edilip mahkemeye sunulan zor ve tehdid ile ele geçirildiği savunulmayan ve davalı tarafından tutulduğu tartışmasız olan bir yaprağında davacının kardeşi A.'ın resmi bulunan be içinde “aşkım neredesin, neden gelmedin, sensiz bir saat sene gibi iken koskoca bir gece uzun ve karanlık, bir tanem seni özledim, ne olur gel... (AŞKIM) şu anda aklımdan geçenleri ve yüreğimin sesini bir bilebilsen seni ne kadar sevdiğimi o zaman, ...sensiz olamayacağımı anlayacaksın bir tanem... sen yanımda olmayınca kendimi savunmasız ve çaresiz hissediyorum... ne olurdu gitmese idin, biliyorum bana ceza verdin, sevgilinle görüşmene izin vermediğinden, ama paylaşamam seni asla... sana hiçbir zaman isteyerek ihanet etmedim... seni özledim... ölmek istiyorum... aldatmak çok ağır geliyor... “ (30/1/2000 saat 03.10) “Bana doğum günü hediyen çok acı oldu... sensizim ve acı doluyum... aşkım ne olur ara beni alkolün esiri oldum... seni beklediğin halde aramıyorsun... artık resminle konuşuyorum... (03/02/2000 saat:02.20) “seni seviyorum sır küpü çocuk” Yazıları bulunan defterin yukarıda anılan görüşler doğrultusunda delil olup

olmadığının değerlendirilmesine gelince; Öncelikli olarak hayatın gizliliğinin korunması esas olmalıdır. Ancak somut olayın özelliği bu genel görüşten ayrılmayı gerektiren istisnalar içermektedir. Kullanılan deliller çalınmış, tehdit ya da zorla elde edilmiş ise burada hukuka aykırılık vardır. Hukuka aykırı yollardan elde edilmemiş deliller ise yasak bir delil olarak değerlendirilemez. Boşanma davası zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendiren bir davadır. Koca eşi ile birlikte yaşadıkları mekânda ele geçirdiği eşine ait fotoğrafları, not defterini veya mektupları mahkemeye delil olarak verirse, bu deliller hukuka aykırı yollardan elde edilmediğinden mahkemede delil olarak değerlendirilir. Aynı evde yaşayan kadın, kocanın bu delilleri ele geçirilebileceğini bilebilecek durumdadır. Kocanın yatak odasındaki bir dolabın içinde ya da yatağın altında kadın tarafından saklanan bir not defterini ele geçirmesi, bu mekânın eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürdüklerini bir yer olduğundan kadın gizli mekân kabul edilemez. Hiç kimse evindeki bir mekânda bulduğu bir delili hukuka aykırı yollardan ele geçirmiş sayılamaz. Diğer taraftan özel hayatın gizli alanları, özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ispat edilebilir. Nasıl ki, kadın başka bir erkekle müşterek hanedeki yatak odasında sevişirken koca tarafından kapı kırılarak içeri girilmesinde hukuka aykırılıktan söz edilemezse, ortak yaşanan evde bulunduran not defterinin elde edilmesi de hukuka aykırı olarak değerlendirilemez. Eşlerin evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları yasal bir zorunluluktur. Kadının bu konulardaki özel yaşamı, evlilik ile bir araya geldiği hayat arkadaşı kocayı da en az kadın kadar ilgilendirmektedir. Bu nedenle de davalıya ait hatıra defterinin delil olarak değerlendirilmesinde kuşkuya düşmemek gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, dinlenen tanıkların anlatımlarına, davalı kadın tarafından tutulan not defterinin içeriğine göre, davalı kadının evlilik birliği içinde davacı kocaya karşı sadakatsiz davranışlarda bulunduğu, bu davranışları nedeniyle davacıya nazaran daha ağır kusurlu bulunduğu, tarafların karşılıklı eylemleri nedeniyle müşterek hayatın temelden sarsıldığı, evlilik birliğinin devamına imkân kalmadığı anlaşıldığından bu gerekçelere ve özel dairenin bozma ilamındaki nedenlere göre bozma ilamına uyulması gerekirken eski kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan, direnme kararının bozulması gerekmektedir.”

Kararda dikkat edileceği üzere, özel hayatın gizliliği ilkesi ile aile yaşam alanı kavramları arasında bir tercih yapılarak aile hayatına saygı ilkesine vurgu yapılmış ve özel hayatın gizliliği ilkesi aile hayatına saygı ilkesine feda edilmiştir¹. Söz konusu kararda kocanın aile konutunda ele geçirdiği karısına ait günlük, hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delil olarak değerlendirilmemiştir. Gerekçe olarak ise; kocanın günlüğü karısı ile birlikte yaşadıkları evde bulmuş olması, kişinin kendi evindeki bir mekânda elde ettiği delilin hukuka aykırı sayılmayacağı gösterilmiştir. Özel hayat; kişinin kendisine ayırdığı ve başkalarından saklı tuttuğu bir alanı ifade eder². Kişiye ait günlük de bu alan kapsamındadır. Dolayısıyla günlüğün bir başkası tarafından okunması, mahkeme tarafından okunması dahi, özel hayatın gizliliğini ihlal kapsamında değerlendirilmelidir. Kanaatimizce, mahkemenin eşler arasındaki özel hayatın gizliliğini göz ardı ederek hüküm ihdas etmesi isabetli değildir. Eşlerin kişilikleriyle oluşan evlilik birliğinde de bir özel, gizli alan vardır. Ancak evlilik birliğinin sahip olduğu bu gizli alan ile her bir eşin sahip olduğu özel hayat alanı kesinlikle birbiriyle karıştırılmaması gereken alanlardır³. Üzerinde durmak istediğimiz bir diğer önemli husus, sözü geçen özel alanların “mekân”dan ibaret olmadığıdır. Somut olayda, kanaatimizce, günlüğün hangi mekânda bulunduğu bir önemi yoktur. Günlüğün kendisi özel hayat alanını oluşturan bir parçadır. Diğer yandan, “gerçeğin tespitindeki üstün menfaat” gerektirdiği takdirde, günlük de delil olarak kullanılabilir. Ancak bunun için kocanın iddiasını başka türlü ispat etme imkânı bulunmaması ve elde edilecek menfaatin ihlal edilen özel hayatın gizliliğine üstün bir menfaat olması gerekmektedir. Bu hususların tespiti konusu ise hâkimin takdirine bırakılmalıdır.

Doktrinde yukarıda değerlendirmeye çalıştığımız kararın “*somut olayın tüm koşulları da göz önünde tutularak*” hatalı olmadığı ancak emsal teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir⁴.

¹TUTUMLU, s. 2157.

²KAYA, Mine; “Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması”, Ankara Barosu Dergisi, Y.:68, S.:2010/4, s. 285.

³PEKCANITEZ, s. 842.

⁴AKİL, s. 1255.

B.Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 21.1.2013 Tarihli ve E. 2012/23195, K. 2013/698 sayılı ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 5.2.2014 Tarihli ve E. 2013/19577, K. 2014/1926 sayılı "Facebook" Kararı

1.Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 21.1.2013 Tarihli ve E. 2012/23195, K. 2013/698 sayılı Kararı

"...

Bir delinin mahkemece kabul edilmesi için, gerek öğretide yer alan ağırlıklı görüş, gerekse de Hukuk Genel Kurulu Kararlarında ortaya konulan ölçüt; o delilin usulsüz olarak yaratılmamış olması ve hukuka aykırı biçimde elde edilmemesidir. Vurgulanmalıdır ki, bir delilin usulsüz olarak elde edilmesi ayrı, usulsüz olarak yaratılması ayrı bir olaydır. Usulsüz olarak elde edilen bir delil somut olayın özelliğine göre değerlendirilebilir de; usulsüz olarak yaratılan bir delilin hiç bir şekilde delil olarak kabulü olanaklı değildir. Anılan ilkeler Hukuk Genel Kurulunun 15.02.2012 tarihli ve 2011/2-703 E-70 K. sayılı kararında da benimsenmiştir. Somut olayda, kadının rızası dışında facebooktan alınan ve delil olarak dosyaya sunulan fotoğrafların yasal delil olarak değeri tartışılıp değerlendirilmeksizin hükme dayanak alınması doğru bulunmamış, kararın bozulması gerekmiştir. Bozma nedenine göre, diğer yönlerin incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.nun 428.maddesi gereğince BOZULMASINA..."

2.Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 5.2.2014 Tarihli ve E. 2013/19577, K. 2014/1926 sayılı Kararı

"Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen, yukarıda tarihi ve numarası gösterilen hüküm, davalı tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR: Mahkemece; davacı tarafından dosyaya sunulan elektronik ortamdan elde edilen resimler ve elektronik ortamda (sosyal paylaşım

sitesi kullanılarak) yapılan görüşmelere ilişkin çıktılar esas alınarak, kocanın güven sarsıcı davranışları sabit kabul edilmiş, buna bağlı olarak boşanma kararı verilmiştir. Elektronik ortamdaki fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcılar, diğer delillerle desteklendikleri takdirde "delil" olarak hükme esas alınabilir. Bu veriler tek başına vakıaların ispatına yeterli değildir. Hükme esas alınan elektronik ortamdan elde edilen görüntülerdeki şahısların kocanın yakınları olduğu anlaşılmaktadır. "Facebook" isimli sosyal paylaşım sitesi kullanılarak kocanın, dayısıyla görüşmelerine ilişkin iletişim kayıtlarının da; davacının, sosyal paylaşım sitesinde kendisini "kocanın dayısı" yerine koymak suretiyle "dayısı ile koca" yazıyormuş görüntüsü verilerek davacı tarafından oluşturulduğu, davacının da bunu kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bu halde, sosyal paylaşım sitesi üzerinden yapılan görüşme kayıtları da vakıaların ispatında dikkate alınamaz (HMK md. 189/2). Dosyada sözü edilen elektronik veriler dışında taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân bırakmayacak nitelikte bir geçimsizliği kabule elverişli ciddi sebep ve deliller tespit edilememiş, Türk Medeni Kanununun 166. maddesinde yer alan çekilmezlik ve temelden sarsılma olgusu davada gerçekleşmemiştir. Bu durumda davanın reddi gerekirken, yetersiz gerekçe ile boşanmaya karar verilmesi doğru bulunmamıştır.

SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple BOZULMASINA...”

1.Kararların Değerlendirilmesi

Facebook vasıtasıyla elde edilen delillerin hukuka aykırı olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Şöyle ki; facebook sayfasında paylaşılan fotoğraflar ya da mesajlar herkese açık olduğu sürece, diğer eş tarafından, boşanma davasında delil olarak kullanılabilir. Ancak paylaşım konusu olan veriler herkese açık olmayan veriler ise veya facebooka erişim şifre ile gerçekleştiriliyorsa, bu takdirde hukuka aykırı elde edilen delil söz konusudur. Dolayısıyla bu deliller boşanma davasında delil olarak kullanılamayacaktır¹.

¹**SERT, Selin;** “İnternet Yoluyla Elde Edilen Kişisel Verilerin Genel Boşanma Sebepleri Arasında Değerlendirilmesi Meselesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2016(116), s. 289.

C. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20.10.2008 Tarihli, E. 2007/17220, K. 2008/13614 sayılı “Ses Kayıtları” Kararı

“Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hükmün temyizden murafaa icrası suretiyle tetkiki istenilmekle duruşma için tayin olunan 14.10.2008 günü temyiz eden Atilla İlhan Darıcı ile vekili Av. Gürhan Toprak geldiler. Karşı taraf tebligata rağmen gelmedi. Gelenin konuşması dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için duruşmadan sonraya bırakılması uygun görüldü. Bugün dosyadaki bütün kâğıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR: Olayda; davacı-davalı koca tarafından mahkemeye delil olarak sunulan, ses kayıtlarına ilişkin CD'nin davalının “özel hayatının gizliliği” ihlal edilmek suretiyle hukuka aykırı yolla elde edildiği, bu nedenle delil olarak kullanılamayacağı ileri sürülmüş; mahkemece de; “davacı eşin delil olarak sunduğu ses kaydının davalının bilgisi dışında özel hayatın gizliliği ihlal edilerek hukuk dışı yollardan oluşturulduğu, bu sebeple itibar edilemeyeceği” kabul edilerek, “davalının sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışta bulunduğunu gösteren başkaca bir delil de getirilmediği” gerekçesiyle davacı-davalı kocanın açtığı boşanma davasının reddine karar verilmiştir. Sunulan delil, eşlerin birlikte yaşadıkları konutta, davalının bilgisi dışında koca tarafından hazırlanan bir sistemle elde edilmiştir. Yapılan bilirkişi incelemesi sonucu, (CD)'deki ses kayıtlarının, orjinal olduğu, üzerinde ekleme, çıkarma, kesinti ve kopyalama bulunmadığı tespit edilmiştir. Davalı-davacı, kayıt altına alınan konuşmaların kendisine ait olmadığına ilişkin bir iddia ileri sürmemekte, bu delilin özel hayatının gizliliği ihlal edilerek elde edildiğini belirterek karşı çıkmaktadır. Bir delilin elde edilişi, kişilerin Anayasa ile tanınmış hakların ihlali suretiyle gerçekleşmiş ise, onun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin kabulü gerekeceğinde duraksama bulunmamaktadır. Delilin elde edilişinde hukuka uygunluk nedenleri varsa, o zaman kanuna aykırılık ortadan kalkar. Kuşkusuz Anayasaya göre; herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Anayasa m.20/1) Ancak, evlilik birliğinde eşlerin, evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları da yasal bir zorunluluktur. (TMK.m.185/3) Eşlerden birinin, bu alana ilişkin özel yaşamı, evlilikle

biraraya geldiği ve birlikte yaşadığı hayat arkadaşı olan diğer eşi de en az kendisinininki kadar yakından ilgilendirir. O nedenle, evlilikte, evlilik birliğine ilişkin yasal yükümlülükler alanı, eşlerin her birinin özel yaşam alanı olmayıp, aile yaşamı alanıdır. Bu alanla ilgili de eşlerin tek tek özel yaşamlarının değil bütün olarak aile yaşamının gizliliği ve dokunulmazlığı önem ve öncelik taşır. Bu bakımdan evliliğin yasal yükümlülükler alanı, diğer eş için dokunulmaz değildir. Bu nedenle, eşinin sadakatinden kuşkulanan davacı-davalının, birlikte yaşadıkları her ikisinin de ortak mekânı olan konutta, eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirilerek, eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde bu suretle sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmayan davranışlarını tespit etmesinde özel hayatın gizliliğinin ihlalden söz edilemez ve hukuka aykırılık bulunduğu kabul olunamaz. Aksine, aile birliğine ilişkin ortak yaşanan mekâna davalının, meşru olmayan bir amaç için arkadaşlarını kabul etmesinde, aile hayatının gizliliğini ihlal söz konusudur. Bu bakımdan sözü edilen delilin elde edilmesinde hukuka aykırılık bulunduğundan söz edilemez. O halde yapılan soruşturma ve toplanan delillerle; davalı-davacının; meşru olmayan bir amaç için karşı cins de dâhil olmak üzere arkadaşlarını müşterek konuta aldığı ve sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerçekleşmiştir. Bu halde, taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Gerçekleşen olaylar karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu koşullar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, davacı-davalı koca tarafından açılan boşanma davasının da kabulüne karar verilmesi gerekirken isteğin reddi doğru bulunmamıştır.

SONUÇ: Davacı-davalı kocanın temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün yukarda açıklanan sebeple BOZULMASINA...”

Gizlice ses kaydı yapılmasının kişilik haklarını ihlal ettiği hususu açıktır. Yargıtay yukarıdaki kararında, evlenmekle eşlerin aile yaşamı alanına sahip olduğunu ve bu alana kayıt cihazı yerleştirilerek ses kaydı yapılmasını özel hayatın gizliliğini ihlal etmeyeceğini belirtmiştir. Evliliğin eşlerin özel hayatını tamamen ortadan kaldırdığı söylenemezse de özel hayatların eşlerin birbirlerine karşı sınırlandırıldığını ifade eden

bir görüşe göre, Yargıtay'ın söz konusu kararı son derece isabetlidir¹. Aynı görüşe göre evlilik eşlerin birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğünü de beraberinde getirdiğinden, bu yükümlülüğün gizlice ihlal edilmesi, diğer eşe ispat hususunda gizlice delil elde etme imkânı da vermektedir². Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise, evlilik eşlerin özel yaşam alanını ortadan kaldırmaz³. Dolayısıyla eşlerin ortak yaşam alanı da olsa diğer eş hakkında gizlice ses kaydı yapması kişilik haklarının ihlali teşkil etmektedir.

D. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.2.2012 Tarihli, E. 2011/2-703, K. 2012/70 sayılı “Hukuka Aykırı Biçimde Yaratılan Delil” Kararı

“ÖZET: Dava, boşanma istemine dair olmakla birlikte, yargılama aşamasında davacı öldüğünden davaya kusur tespiti davası olarak devam olunmuştur. Bir delilin mahkemece kabul edilebilmesi için, gerek öğretide yer alan ağırlıklı görüş, gerekse de H.G.K. Kararlarında ortaya konulan ölçüt; o delilin usulsüz olarak yaratılmamış olması ve hukuka aykırı biçimde elde edilmemesidir. Bir delilin usulsüz olarak elde edilmesi ayrı, usulsüz olarak yaratılması ayrı bir olaydır. Usulsüz olarak elde edilen bir delil somut olayın özelliğine göre değerlendirilebilirse de; usulsüz olarak yaratılan bir delilin hiçbir şekilde delil olarak kabulü olanaklı değildir. Hükme esas alınan CD, davalı kadının rızası dışında kaydedildiği gibi sırf boşanma davasında delil olarak kullanılmak amacıyla bir kurgu sonucu oluşturulmuştur. O halde bu şekilde oluşturulmakla usulsüz olarak yaratılmış bu delilin hükme esas alınması mümkün değildir. Kaldı ki, bir an için delil olarak kabul edilse dahi ne CD içeriği, ne savcılık evrakı ve icra dosyaları ne de tanık beyanları davalının kusurlu olduğunu ispata yeterli bulunmamıştır.”

Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin yargılamada ispat aracı olarak kullanılamayacağına daha önce değinmiştik. Aynı sonuç, hukuka aykırı biçimde yaratılan deliller hakkında da geçerlidir. Öğretide⁴ ve

¹AKİL, s. 1260.

²AKİL, s. 1260-1261.

³PEKCANITEZ, s. 842.

⁴ÇİFTÇİ, s. 1760.

Yargıtay kararlarında¹ hukuka aykırı biçimde yaratılan delillerin de yargılamada ispat aracı olarak kullanılamayacağı kabul edilmektedir.

SONUÇ

Boşanma davalarında hukuka aykırı delil meselesini incelemeye çalıştığımız bu çalışmada şu sonuçlara ulaşılmıştır:

1. Türk boşanma hukukunda kusur ilkesine oldukça geniş yer verilmesi beraberinde hukuka aykırı delil sorununu da getirmektedir. Bu sebeptendir ki, kusur ilkesinin etkisini azaltıcı/tamamen ortadan kaldırıcı yeni düzenlemelere ihtiyaç vardır. Bu kapsamda Alman ve mehzaz İsviçre hukukundaki gelişmeler dikkate alınabilir.

2. Yargılamada hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılamayacağına ilişkin yasal düzenlemeler mevcuttur. Bu düzenlemeler arasında HMK m. 189/II de yer almaktadır. Bu hüküm yargılamada hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılmasını ve değerlendirilmesini kesin olarak yasaklamaktadır.

3. HMK m. 189/II hükmünün katı ve kesin bir şekilde uygulanması durumunda adaletsiz birtakım uygulamaların ortaya çıkması mümkündür. Bu adaletsiz durumlara sebebiyet vermemek için anılan hükmün yumuşatılarak uygulanması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut; Aile Hukuku, Beta, 11. Bası, İstanbul 2008.

AKİL, Cenk; “Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.:2012, C.:61, S.:4, s. 1223-1269.

AKYÜREK, Güçlü; “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012 (101), s. 61-82.

¹ Y3HD, T. 14.1.2013, E. 2012/22755, K. 2013/2; Y3HD, T. 21.3.2013, E. 2012/23195, K. 2013/698.

ALANGOYA, H. Yavuz/YILDIRIM, M. Kamil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis; Medeni Usul Hukuku Esasları, Alkım Yayınevi, 6. Bası, İstanbul 2006.

ARAS, Bahattin; Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2011.

BERKİN, Necmeddin; Tatbikatçılara Medeni Usul Rehberi, İstanbul 1980.

BURCUOĞLU, Haluk; “Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.:48, S.:1-4, s. 113-140.

ÇETİNKAYA, Esra; “Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillerin İspat Hukukundaki Değeri”, Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, s. 175-185.

ÇİFTÇİ, Pınar; “Boşanma Sisteminin Yargılamada Doğurduğu Temel Hak İhlalleri ve İspat Sorunları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.:16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, s. 1741- 1821.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.

ERCAN, İbrahim; “Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri”, Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, C.:I, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

GENÇCAN, Ömer Uğur; Boşanma Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

GUILLOD, Olivier; “İsviçre Boşanma Hukukunda Son Gelişmeler”, Türkiye – İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu I – Borçlar Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 157-178.

HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu; Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2013.

HAUSHEER, Heinz; “Yeni İsviçre Boşanma Hukukunun Önemli Yenilikleri”, İsviçre Medeni Kanunu’nun ve Borçlar Kanunu’nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu, İstanbul 2007, s. 29-52.

KARINCA, Eray; “Zehirli Ağacın Meyvesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.:2012, S.:99, s. 353-356.

KAYA, Mine; “Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması”, Ankara Barosu Dergisi, Y.:68, S.:2010/4, s. 279-334.

ODENHAHL, Hanswerner; “Boşanma ve Boşanmada Kusur Meselesi Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 643-657.

ODENHAHL, Hanswerner/USLU, Burcu; “Alman Boşanma ve Nafaka Hukuk Mevzuatı”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C.:II, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 1499-1513.

ÖZDEMİR, Nevzat; Türk İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Beta, İstanbul 2003.

PEKCANITEZ, Hakan; “Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.:I, Ankara 2009, s. 789-850.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Bası, Ankara 2013.

PETEK, Hasan; “Terke Dayalı Boşanmada Manevi Tazminat”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.:12, S.:2, 2010, s. 43-78.

SERİN OF, Emine; Boşanmanın Mali Sonuçları, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2008.

SERT, Selin; “İnternet Yoluyla Elde Edilen Kişisel Verilerin Genel Boşanma Sebepleri Arasında Değerlendirilmesi Meselesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2016(116), s. 275-292.

TANRIVER, Süha; “Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.:65, 2006, s. 368-377.

TOSUN, Öztekin; Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti, İstanbul 1976.

TUTUMLU, Mehmet Akif; “Hukuk Davasında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin İspat Değeri”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C.:II, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, s. 2155-2162.

YILDIRIM, Kamil; “Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller”, Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul 2007, s. 861-871.

İNSAN HAKLARININ KORUNMASI: ULUSAL İNSAN HAKLARI KOMİSYONU VE OMBUDSMANLIK

Protection Of Human Rights: National Human Rights Commission And Ombudsman

Senem DEMİRKİRAN¹&Ahmet CİVANOĞLU²

1.Giriş

Günümüzde insan hakları ihlallerinin üstesinden gelinebilmesi ve bu ihlallerin son bulması, Birleşmiş Milletler (BM) ve bölgesel yapıların üzerinde durduğu işbirliği ve diyalogla mümkün olabilmektedir. Bunların yanı sıra ulusal düzeyde toplumsal taleplerin siyasi mekanizmaları harekete geçirmesi ve ulusal insan hakları süreçlerinin güçlenmesi ile de bu ihlallerin üstesinden gelinebilmektedir. İhlallerin önlenmesi ve son bulması süreci içinde devletler kendilerine en uygun kurumları oluşturmaya başlamışlardır. Bu amaçlarla BM'nin yayınladığı Ulusal İnsan Hakları Kurumları Kitabı'nda, ulusal kurumların insan hakları komisyonları veya ombudsmanlar olarak iki genel gruptan birine dahil olabileceği belirtilmektedir.

BM'nin kurulmasını istediği Ulusal İnsan Hakları Kurumları anayasal veya yasal düzeyde insan haklarının korunması, güçlendirilmesi için kurulmuş, kamu idaresi içinde yer alan ancak hükümetten bağımsız kamu kurumlarıdır. Ulusal İnsan Hakları Kurumları farklı tip ve şekillerde oluşturulan kurumlardır. Bu kurumların yarı kamu kurumu olması ve yasal statü içinde insan hakları ile ilgili görevlerinin bulunması insan hakları komisyonlarının, ombudsmanların ve diğer kurumların Ulusal İnsan Hakları Kurumları'na dahil edilmesine neden olmuştur.

Ulusal İnsan Hakları Kurumları, üye ülkelerin ihtiyaçlarına ve idari yapısına göre farklılık göstermektedirler. Örneğin; 1991'de Romanya'da, 1992'de Polonya'da, 1995'te Macaristan'da, "Yurttaş Hakları" anlamına gelen kurumlar kurulmuştur.

¹ Trakya Üniversitesi, senemdemirkiran@trakya.edu.tr

² Trakya Üniversitesi, ahmetcivanoğlu@trakya.edu.tr

Genel olarak ulusal kurumlar, insan hakları komisyonu modeli, kamu denetçisi (ombudsman) modeli, danışma komitesi modeli ve insan hakları kurumu modeli olarak dört genel kategoriye ayrılabilir.

Bu çalışmada ulusal insan hakları komisyonları ve ombudsmanlık, öncelikle kavramsal ve tarihsel açıdan ele alınacak, ardından ulusal insan hakları komisyonları ve ombudsmanlık arasındaki farklılıklar ülke örnekleri eşliğinde incelenecektir.

2.Kavramsal Çerçeve

Ombudsman kavramsal açıdan İsveç dilinde; “halkın şikayetlerini inceleyip, haklarını koruyan ve halk ile devlet arasındaki hakem” anlamına gelmektedir. Temsilci anlamındaki “ombuds” ve kişi olan “man” sözcüklerinin birleşmesinden ortaya çıkmıştır. Her ülkede farklı isimleri vardır. İspanya’da “Halkın Savunucusu”, Avusturya’da “Halk Avukatı”, Fransa’da “Cumhuriyet Arabulucusu”, Kanada’da “Vatandaş Koruyucusu”, Portekiz’de “Adalet Temsilcisi”, İtalya’da “Sivil Savunucusu”, Polonya’da “İnsan Hakları Savunucusu”, Türkiye’de “Kamu Denetçiliği” gibi isimler almışlardır. Ulusal insan hakları komisyonu ise, ombudsmanlık gibi bir kavramsal çerçevesi olmamakla birlikte, insan hakları konularıyla ilgilenen, insan haklarına dair politikaları belirleyen temel yardımcı organ niteliği vardır. İnsan hakları kurumlarından beklenen faaliyetlerin tümünü yerine getirebilecek şekilde örgütlenmektedir.

Ombudsmanlık kurumu, insan hak ve özgürlükleri çerçevesinde idarenin işlem, eylem ve davranışlarını denetleyen, kamu idarecileri ile bireyler arasındaki sorunları çözen bağımsız bir devlet organıdır. Bireylerin şikayetlerini ve taleplerini alarak birey ve kamu yönetimi arasında arabuluculuk görevi yapar. Ombudsmanın temel görevi ve varlık nedeni, çıkarları, hak ve özgürlükleri idare tarafından ihlal edilen, engellenen bireylere anayasaya dayanarak hukuksal koruma sağlamaktır. Ombudsmanlık kurumunun amacı, yönetimin iyileştirilmesi ve bireyin haklarının korunmasıdır. Genellikle idareye karşı bireylerin şikayetlerini inceleyen, idarenin aksaklıklarını ve kusurlarını tespit ederek, parlamento ve kamuoyuyla paylaşan, sorunları çözüme kavuşturan kamusal başvuru organıdır.

Ombudsman kurumunun farklı şekillerde tanımları yapılabilmektedir. Genel olarak, parlamento tarafından atanan veya seçilen, bireylerin idareye karşı korunmasını sağlayan devlet kurumu olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca Ombudsman bağımsız, tarafsız, bağlayıcı karar alma yetkisine sahip olmayan, çözüm önerileri sunan, idarenin eylem ve davranışlarını denetleyen, başvuru ile ya da kendiliğinden denetim başlatabilen, gücünü parlamentodan alan, parlamentoya karşı sorumlu olan yasal kuruluştur. Bireye yönelik insan hakları ihlallerine ilişkin çalışmalar yürüten kurumdur. İdareyi denetlemekte ve kişilerin idare ile ilişkilerinde kişileri idareye karşı savunmaktadır. Ombudsmanlık kararları yargısal yada yönetsel değildir. İdareye karşı tavsiye niteliğindedir. Ülkelerin ihtiyaçlarına göre farklı yetki ve sorumlulukları olabilmektedir. Ombudsmanlık yerel yönetim ve merkezi yönetimlerin denetlenmesi açısından farklılık gösterebilmektedir. Örneğin; İngiltere ve İtalya’da yerel yönetimler ile ilgili şikâyetler için ayrı Ombudsman kurulmuştur. İtalya, Kanada ve Hindistan’da ise sadece ulus-altı düzeyde Ombudsmanlar bulunmaktadır. İngiltere’de ise özel şirketleri denetleyen Ombudsmanlar vardır. Dünya’da en geniş yetkilere sahip olan ise İsveç Ombudsmanıdır. İsveç Ombudsmanı idareyi, yargıyı ve orduyu denetleyebilir, Almanya’da ise orduyu denetlemek için “Alman Askeri Ombudsmanlığı” kurulmuştur.

Ulusal İnsan Hakları Komisyonu ise Paris İlkelerinin önerilerini en iyi karşılayan kurumdur. İnsan hakları kurumlarının klasik türüdür. Commonwealth ülkelerinde yaygın olmalarından dolayı “Commonwealth modeli” olarak da adlandırılmaktadır. İnsan hakları konusunda inceleme yapma, eğitim verme, tavsiyede bulunma, şikâyetleri inceleme ve çözüm yolu bulma görevleri vardır. Ulusal İnsan Hakları Komisyonları, insan hakları ile ilgili tüm konularla ilgilenen, kendi girişimleriyle incelemeler yapabilen, BM’ye üye devletlerin hükümetlerine, yasama organına, diğer yetkili makamlara mevzuat ve uygulama ile ilgili tavsiyelerde bulunabilen, eğitim ve bilgilendirme görevleri olan kuruluştur. Bu modeli temsil eden ulusal insan hakları kurum ya da komisyonu niteliğindeki ilk örnekler Avusturya(1981), Kanada (1977), Yeni Zelanda (1977) ve Birleşik Krallık’ta (1976) ortaya çıkmıştır. Bu ilk örneklerin yetki alanı ayrımcılıkla mücadele ve eşitlik mevzuatının uygulanmasıyla sınırlı tutulmuştur.

3.Tarihsel Süreç

Ombudsmanlık kurumu, İsveçliler tarafından kurulmuş ve yayılmış bir kurumdur. Osmanlı kurumlarının incelenmesi sonucunda ortaya çıktığı bilinmektedir. 1709 yılında Osmanlı- Rus savaşı nedeniyle Osmanlı'ya sığınan Demirbaş Şarl (XII. Karl), ülkesinde onun yokluğunda ortaya çıkan yolsuzlukları önlemek için,beş yıl ikamet ettiği Edirne civarındaki Demirtaş Paşa konağında Osmanlı kurumlarını incelemiş ve kral adına hareket eden kamu görevlilerinin yasalara uygun hareket edip etmediklerini denetleme yetkisine sahip bir kişiyi yüksek vekil (Hogste Ombudsmannen- Supreme Procurator) olarak atamıştır. Bu 1713 yılında İsveç'te kurulan ilk Ombudsmanlık kurumu olmuştur. Ayrıca dünyadaki ilk resmi Ombudsman anayasal bir kurum niteliğine sahip olarak 1809 yılında İsveç'te kurulmuştur.

İsveç'ten sonra Ombudsmanlık İskandinav ülkelerinde (1954'te Danimarka, 1959'da Norveç), Avrupa ülkelerinde (1957'de Batı Almanya, 1973'te Fransa, 1974'te İtalya), Anglo-Sakson ülkelerinde (1962'de Yeni Zelanda, 1967'de İngiltere, 1970'te Kuzey İrlanda, 1966'da Arizona- ABD), 1992'de Avrupa Topluluğu'nda, Rusya ve eski Sovyet ülkelerinde (1994'te Romanya ve 1997'de Rusya Federasyonu) kurulmuştur.

Ombudsmanlık kurumunun oluşturulma gerekçeleri incelendiğinde,iç karışıklık döneminden sonra toparlanma gayretleri (Kuzey İrlanda, Kuzey Afrika, Filipinler, İspanya ve Litvanya); çok sayıda ve şiddetli insan hakkı ihlallerine karşı önlem alma gayretleri (Kamerun, Nijerya, Togo, Meksika); insan haklarını koruma ve geliştirme gayretleri (Avustralya, Kanada, Fransa) göze çarpmaktadır.

Ulusal İnsan Hakları Kurumları'nın ortaya çıkması ise; BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin kabulünden iki yıl önce 1946 yılında BM Ekonomik ve Sosyal Konsey'de alınan 2/9 numaralı kararla birlikte, birliğe üye devletlere insan hakları konusunda bilgi grupları veya yerel komiteler oluşturulması çağrısıyla gündeme gelmiştir.

BM İnsan Hakları Komisyonu 1978 'de düzenlediği seminerde ulusal düzeyde oluşturulacak insan hakları kurumlarının işleyişi ve yapısı ile ilgili bir kılavuz hazırlamıştır. Bu kılavuzla, ulusal bir kurum kurmamış

olan üye devletler en kısa sürede ulusal insan hakları ile ilgili çalışacak kurum(lar) kurmaya davet edilmişlerdir.

“İnsan haklarının korunması ve güçlendirilmesi için ulusal kurumlar” başlığı altında 1991 yılında uluslararası bir çalıştay düzenlenerek ulusal insan hakları kurumlarının çerçevesi oluşturulmuştur. 1993 Viyana İnsan Hakları Konferansı’nda da Paris Prensipleri kabul edilmiştir.

Paris Prensipleri, 1993’te BM Genel Kurulunda “ulusal kurumlar” olarak adlandırılan ulusal insan hakları kurumlarının temel niteliklerini belirlemiştir. Ayrıca bu prensipler Ulusal İnsan Hakları Kurumları’nın yapısını, işlevini belirlemesi ve Ulusal İnsan Hakları Kurumları’na meşruiyet ve güvenilirlik temeli kazandırması nedeniyle önemlidir. Paris Prensiplerine göre Ulusal İnsan Hakları Kurumları’nın özellikleri şunlardır:

-Kuruluş yasal ve anayasal dayanağa sahiptir.

-Hükümetten bağımsız ve özerktir.

-İnsan haklarının korunması, güçlendirilmesi için yeterli ve geniş yetkilere sahiptir.

-Üye seçiminde ve tayininde bağımsızdır.

-Yeterli mali kaynağı ve özerkliği olmalıdır.

-Sivil toplum ve devlet arasında köprü olmalıdır.

Paris Prensiplerinde özellikleri sayılan Ulusal İnsan Hakları Komisyonları ve Ombudsmanlık kurumunun özellikleri, hukuksal nitelikleri ve görevleri aşağıda anlatılmıştır.

4.Ombudsmanlık Kurumu Ve Ulusal İnsan Hakları Komisyonlarının Özellikleri, Hukuksal Nitelikleri Ve Görevleri

Paris Prensipleri insan haklarının yaygınlaştırılması ve korunmasına yönelik ulusal kurumların özelliklerini belirlemiştir. Ancak, insan hakları kurumlarının ortak ve farklı özellikleri vardır. Ortak özellikleri; hükümetten bağımsız olarak çalışmaları, ülke içinde ve dışında ilgili aktörlerle işbirliği yapmaları ve insan haklarının koruyucuları, uzmanları ve öğretmenleri olarak uluslararası insan hakları standartlarının uygulanmasına katkıda bulunmaları sayılabilmektedir. Ayrıca Paris

Prensipleriyle birlikte insan hakları komisyonlarının görevleri; hükümete insan hakları konularında tavsiyede bulunmak ve insan hakları yükümlülüklerine gösterdiği uygunluğu izlemek, bunların yanı sıra insan hakları alanında farkındalık artırma ve eğitim faaliyetleri gerçekleştirmek olarak genişlemiştir. Malawi İnsan Hakları Komisyonu, Uganda İnsan Hakları Komisyonu, Kanada İnsan Hakları Komisyonu, Avustralya İnsan Hakları ve Fırsat Eşitliği Komisyonu, Fiji İnsan Hakları Komisyonu, Hindistan İnsan Hakları Ulusal Komisyonu ve Filipinler İnsan Hakları Komisyonu Paris prensipleri sonrasında ortaya konan bu komisyon modeline örnektir. Ayrıca, Avusturya Komisyonu gibi bazı komisyonlar, kamu incelemesi yapma görevini de üstlenmişlerdir.

Ulusal insan hakları komisyonları ve Ombudsmanların temel özellikleri ise şunlardır:

-Ulusal insan hakları komisyonları, bazen sivil toplumun seçimlerine karıştığı bir dizi komisyon üyesine sahipken Ombudsmanlar tek kişilik bir organdan oluşmaktadır. Genellikle yasama organı tarafından seçilen Ombudsmanın temel amacı, vatandaşları idarenin haksız uygulamalarından korumaktır. Ulusal İnsan hakları komisyonlarının temel amacı ise, bireylerden veya guruplardan insan hakları ihlâli ile ilgili şikâyetleri almak ve incelemektir.

-Yetki alanı ve temel hedefleri açısından ise, insan hakları komisyonu, insan haklarının korunması ve yaygınlaştırılması ile ilgiliyken, Ombudsman sadece insan haklarının yaygınlaştırılması ile ilgilidir. Ombudsmanlık kurumunun temel özelliklerinden biri de kişi haklarının ve hukukun üstünlüğü ilkesinin tanınmasını öngören demokratik bir kurum olmasıdır. Ombudsmanlık, hukukun üstünlüğünün sağlanması ve hakların korunmasına yönelik yargısal olmayan bir mekanizma olarak işlev görmektedir. Ombudsman, vatandaşın şikâyetlerini dinleyerek, şikâyetleri araştırılmakta, araştırma bulgularını şikâyetçi kişilere ve soruşturulan kuruma bildirmektedir.

-Ulusal insan hakları komisyonu, insan haklarının izlenmesine bağlı kalırken, şikâyetlerin çözülmesinde uzlaştırıcı rol oynamaktadır. Ombudsman ise; insan hakları şikâyetlerine bağlı kalarak, şikâyetleri araştırmaktadır. Ombudsman, vatandaşların idare önünde haklarının korunmasının bir güvencesidir.

-Danışma işlevi açısından; ulusal insan hakları komisyonu, aktörlere tavsiyede bulunup, görüş vermek ve açıklama yapmaktadır. Ombudsman ise, şikayetler temelinde hükümetlere tavsiyede bulunur, görüş bildirir ve açıklamalarda bulunur.

-Eğitim ve bilgilendirme işlevi açısından, insan hakları komisyonu; genel farkındalık yaratarak, eğitim verir. Ombudsman ise; bazen genel farkındalık yaratarak, eğitim faaliyetleri vermektedir.

-Araştırma işlevi açısından, insan hakları komisyonu; danışma işlevi ve insan haklarının yaygınlaştırılması amacı için araştırma yapmaktadır. Ombudsmanın ise özel bir araştırma işlevi yoktur.

İnsan hakları komisyonları ve Ombudsmanın görevlerine gelince:

Ombudsman, kamu çalışanları hakkındaki şikayetleri alan, şikayet ile veya kendiliğinden harekete geçen, araştırma yapan, sorunları ortadan kaldırmak için öneride bulunan ve rapor hazırlama yetkisine sahip olan bağımsız bir kurumdur. Ulusal insan hakları komisyonları ise; teknokratik uzman bileşimine ya da Paris Prensipleri idealine yakın ve toplumun farklı sektörlerini bir araya getiren çoğulcu bir bileşime dayalı olan kurumlardır. Ulusal insan hakları komisyonları, bağımsız yapılarına uygun olarak değişik kökenlerden gelen, insan hakları alanında özel bir ilgi, uzmanlık ya da tecrübe sahibi olan kişilerden oluşmaktadır. Ulusal insan hakları komisyonlarının üyelerinin seçiminde temsilci sayılarının sınırı ya da değişik mesleki, siyasi parti veya yerel idare kategorileri adayları gibi gereklilikler ya da sınırlamalar olabilmektedir. Ombudsmanlar ise genellikle parlamento tarafından seçilmektedir. Parlamento dışında, Cumhurbaşkanı, hükümet ya da bir başka organ tarafından atansalar bile görevden alınmaları mutlaka parlamentoya bırakılmaktadır. Hükümetler tarafından atanması halleri istisnadır. Örneğin; İngiltere 'de "Parlamento Komiseri" hükümetin önerisi üzerine Kraliçe tarafından atanmaktadır. İrlanda'da Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Fransa 'da ise Mediateur, Bakanlar Kurulu kararı ile atanmaktadır. Ombudsmanlık, ulusal insan hakları komisyonlarından bu atanma biçimlerinden ötürü farklılık göstermektedir.

İki kurum görevleri açısından incelendiğinde; Ulusal İnsan Hakları Komisyonlarının görevleri, hükümetlere insan hakları konularında tavsiyede bulunmak, insan hakları ile ilgili yükümlülüklerine uygun

hareket edip etmediğini izlemek, insan hakları alanında eğitim ve farkındalık faaliyetlerini gerçekleştirmek, şikayetlerin incelenmesi sonrasında uzlaştırma faaliyetinde bulunmaktır. Ayrıca, Avusturya gibi ülkelerde komisyonlar insan hakları sorunlarıyla ilgili kamu incelemesi de yapmaktadırlar. Ombudsmanlık kurumunun görevi ise, vatandaş idareye karşı korumaktır. Vatandaşların yönetime katılmalarını veya en azından idarenin aldığı kararları etkileme imkânına kavuşmalarını sağlamaktadır. Bu nedenle temel önemdedir. Ombudsmanlık kurumunun uygulamaları, idari kararların alınmasında, vatandaş odaklı yönetim sisteminin benimsenmesine katkıda bulunmakta ve uygulamaların daha şeffaf ve daha anlaşılır yapılmasına yardımcı olmaktadır. Ombudsmanlık, demokrasinin toplumda yerleşmesini sağlayan önemli bir kurum işlevi görmektedir.

Başvuru açısından Ombudsmanlık ve Ulusal İnsan Hakları Komisyonları incelendiğinde; Ombudsmana masrafsız, kolayca, doğrudan ulaşılabilirdiği görülmektedir. Şikayetin nedenini ve ilgili dokümanları içeren bir e-mail, telefon veya mektup yeterlidir. Bazı ülkelerde ise Ombudsmana doğrudan başvuru yapılamamaktadır. Örneğin; İngiltere ve Fransa'da kişiler doğrudan Ombudsmana başvuramazlar; bir parlamenter aracılığı ile başvurmaları gerekir. Sonuç da aynı usulle yurttaş iletilir. Ulusal insan hakları komisyonlarına da ülkelerin belirttikleri şekillerde bireysel başvurular yapılabilir. Örneğin, Türkiye'de ulusal insan hakları komisyonuna başvuru; temel hak ve özgürlüklerinden birisinin ihlal edildiğine inanan birey tarafından komisyona yapılabilir. Başvurularda dikkat edilmesi gereken husus başvuruyu yapan bireyin, anayasa ve uluslararası insan hakları belgelerinde yer alan temel hak ve özgürlüklerden birisine yönelik bir ihlalin var olması iddiasında bulunmasıdır. Komisyona mektup ve faksla başvurulabilmektedir.

Ombudsmanlar periyodik olarak tutuklama yerleri ve hapishaneleri, nezarethaneleri, göçmenlerin veya sığınmacıların tutuldukları yerleri, askeri barakaları, hastaneleri, okulları, huzurevlerini, çocuk yuvalarını kısaca hak ihlallerinin sıklıkla görülebileceği yerleri ziyaret etmektedirler. Örneğin, İsveç ve Çek Cumhuriyeti Ombudsmanları nezarethane ve cezaevleri gibi yerlerin denetimine yönelik olarak BM İşkenceye Karşı Seçmeli Protokol (OPCAT) kapsamında öngörülen

“ulusal denetim mekanizması” olarak görev yapmaktadırlar. Çeşitli adlar alan ulusal insan hakları komisyonları ise, farklı yetkilerle, eğitim ve bilinçlendirme, ayrımcılığı önleme ortak amaçlarına sahiptirler.

Ombudsmanlık kurumunun hukuksal dayanakları, seçilmesi, görevden alınması, statüsü, görevleri ve yetkileri ülkeden ülkeye değişiklikler göstermesine rağmen genel kabul gören özellikleri ve görevleri vardır. Dünya örneklerine bakıldığında, Ombudsmanlık genel olarak anayasa ile kurulmuştur. Ombudsmanın yetki ve statüsü genel olarak anayasa ve yasalarda belirtilmiştir. Bazı ülkelerde ise Ombudsman anayasalarda yer almamıştır; parlamento tarafından kabul edilen bir yasayla düzenlenmiştir.

Anayasa ile kurulmuş örnekler incelendiğinde, İspanya Ombudsmanı 5 yıllığına Temsilciler Meclisi ve Senatodan oluşan Parlamento tarafından 3/5 nitelikli çoğunlukla seçilmektedir. Ombudsmanın temel görevi, kişilerin Anayasada belirtilen temel hak ve özgürlüklerini kamu yönetimine karşı korumak ve kötü yönetimi önleyerek yönetimin iyileştirilmesine katkıda bulunmaktır. Ombudsman kamu yönetiminin eylem ve işlemlerini anayasada belirtilen insan hak ve özgürlüklerine ve iyi yönetim ilkelerine bağlı olarak denetlemektedir. Ombudsman tamamıyla bağımsız ve tarafsız çalışır. Ombudsmanın görev alanına devletin yasama ve yargı faaliyetlerinin dışında, askeri idare de dahil olmak üzere merkezi ve özerk yönetimler, mahalli idareler ve kamu hizmeti sunan tüm şirketler girmektedir. İsveç’te 1809 tarihli Anayasa ile Ombudsmanlık müessesesi faaliyete geçirilmiş olup yaklaşık iki yüz yıllık bir geçmişi bulunmaktadır. Vatandaşların bireysel haklarının idareye karşı korunmasından sorumludur. Almanya, Anayasasının 17’nci maddesi ile yurttaşa dilekçe hakkı tanınmıştır. Alman Anayasasının 45 b maddesi ile Savunma Ombudsmanlığı kurulmuş, 1956 yılında da Savunma Ombudsmanlığı hakkında kanun çıkarılmıştır. Almanya’da “Cezaların infazı Ombudsmanı”, “Bankalar Ombudsmanı”, “Sigorta ombudsmanı” gibi ombudsmanlıklar vardır. Arjantin’de Ombudsmanlık, 1994 yılında, Anayasaya ek yapılarak kabul edilmiş olup, Ombudsman 5 yıl için Parlamento tarafından seçilmektedir. Ombudsmanın talebi üzerine seçilen 2 yardımcısının, en az 8 yıllık avukatlık tecrübesi olması aranır. Ombudsman hükümete bağımlı değildir; araştırma/soruşturma yetkisi vardır. Yargı aşamasındaki dosyalar ile kamusal karakteri olmayan işler

Ombudsmanın yetki alanına girmez. Hollanda’da Ombudsmanlık, 1983 Anayasasının 108’nci maddesiyle kurulmuştur. Finlandiya’da 1919 anayasasının 19’ncü maddesi ile düzenlenmiştir. Ombudsman olmak için hukukçu ve üstün vasıflı olmak gerekmektedir. Parlamento tarafından seçilen Ombudsmana bir de yardımcı seçilir. Kırgızistan’da Ombudsmana (Akikatçı=Hakikatçı) denilmektedir. 2002’de Ombudsman Yasası çıkarılmış; 2007 tarihli Anayasaya Ombudsmanlıkla ilgili hüküm konulmuştur. Portekiz’de Ombudsmanlık, Anayasa’nın 23 üncü maddesiyle 1975’de kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir kuruluştur. Türkiye’de de; Ombudsmanlık (Kamu Denetçiliği) kurumu, T.C. Anayasası’nın 74 üncü maddesi gereğince oluşturulan, TBMM’ne bağlı Anayasal bir kurumdur. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile 6328 sayılı kanuna dayandırılarak hazırlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre faaliyetlerini yürütmektedir.

Hukuksal dayanağını kendi kuruluş yasasından aldığı ülkeler de vardır. Örneğin; Danimarka,1955 senesinde Ombudsmanlığı “Parlamento Komiseri” olarak kurmuştur. Ombudsmanlığı kuran yasa, Haziran 1996 tarihli ve 473 sayılı Ombudsman Yasasıdır. Ombudsmanlığın görev ve çalışma esasları genel olarak yönetmeliklerle belirlenmiştir

Ulusal insan hakları kurumları ise, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunun kabul ettiği 1992/54 sayılı Paris Prensiplerine göre kurulmuşlardır.

Ulusal İnsan hakları komisyonlarının kuruluşunu da içeren, Paris İlkeleri kurumların statüsü, yetki alanı, bileşimi ve çalışma yöntemi için geniş bir çerçeve çizmektedirler. Ulusal insan hakları komisyonları ülkenin özelliğine ve ihtiyaçlarına göre çıkartılan yasayla kurulmuştur. Örneğin Türkiye’de, ülke içerisinde ve dünyada insan hakları konusundaki gelişmeleri izlemek, ülkedeki uygulamaların bu gelişmelere uyumunu sağlamak ve başvuruları incelemek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi bünyesinde bir İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu’nun kurulması amacıyla 1990 yılında 3686 sayılı İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Meksika’da da Ulusal İnsan Hakları Komisyonu, Meksika Ombudsmanı olarak işlev görmektedir. Kurulduğu yıllarda hükümete

bağlı faaliyet gösteren bu kurum, 1992 yılında Birleşik Meksika Devletleri Anayasası'nda yapılan değişiklik ile özerk bir kurum haline gelmiştir. Ulusal insan hakları komisyonuna diğer bir örnekte Güney Afrika İnsan Hakları Komisyonu'dur. Komisyon, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi için, yasalara uygunluğu izleyerek raporlar hazırlar, ihlal iddialarını inceler ve gerekli durumlarda yetkili mahkemelere iletir; insan hakları programları yürütür, işbirliğini teşvik eder. Güney Afrika Komisyonu'nun anayasal yetkisi olması komisyonu diğer ulusal insan hakları kurumlarından farklı kılmaktadır.

Ulusal İnsan hakları komisyonları genellikle farklı etnik kökenliler, dil ve din azınlıkları, yerli halklar, yurttaş olmayanlar, göçmenler, mülteciler, çocuklar, kadınlar, yoksullar ve engelliler gibi grupların korunması amacıyla kurulmuşlardır. Ombudsmanlık ise böyle bir ayrım yapmamaktadır. Ombudsmanlık, insan hakları ihlallerine karşı vatandaşları idare karşısında korumak için işlem yapmaktadır.

Ombudsmanların ve ulusal insan hakları komisyonlarının ceza yetkileri bulunmamaktadır. Ombudsmanın yargı veya idare üzerinde denetim yetkisi bulunmayıp, yetkisi sadece "araştırma" ile sınırlıdır. Ayrıca, hukuka aykırılık, adaletsizlik ve haksızlığı araştırıp bulma ve çözüm önerme yetkisine sahiptir.

İnsan Hakları Ombudsmanı, genellikle şikayetlerin incelenmesi ve devletin farklı düzeylerinde insan haklarına uygunluğu denetlemektedir. Ombudsman, genellikle insan hakları ile ilgili ya da insan haklarını etkileyen konularda tavsiyede ve önerilerde bulunma ve görüş açıklama ya da beyanat verme konusunda yetkili kılınmıştır. Örneğin, Slovenya İnsan Hakları Kamu Denetçisi insan hakları ihlalleriyle ilgili şikayetleri incelemekte ve yetkiler için tavsiye, görüş ve öneriler hazırlamaktadır. Ombudsman, faaliyetlerini anayasa hükümleri ve insan hakları ve temel özgürlüklerle ilgili uluslararası sözleşmelere göre yürütmektedir. 1993 yılı Aralık ayında kabul edilen İnsan Hakları Kamu Denetçisi Yasası. Klasik kamu denetçiliğinin dışında insan hakları komisyonları tarafından gerçekleştirilen eğitim ve öğretim faaliyetleri ile de uğraşabilmektedirler. Örneğin Meksika İnsan Hakları Komisyonu bilinçlendirme ve eğitim faaliyetleri yürüten bir kurum olmanın yanında aynı zamanda, insan

haklarıyla ilgili olarak kamu yetkililerinin eylemleri ya da eylemsizliklerinden kaynaklanan şikayetleri incelemektedir.

5.Türkiye’de Ulusal İnsan Hakları Komisyonları ve Ombudsmanlık Kurumu’nun Farklılıkları

Türkiye’de Ulusal İnsan Hakları Komisyonlarının yasal dayanağı 3686 sayılı İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu; Ombudsmanlığın yasal dayanağı ise Anayasadır.Ulusal İnsan Hakları Komisyonlarının görevleri; insan hakları ile ilgili gelişmeleri izlemek, uluslararası anlaşmalarla anayasa ve diğer milli mevzuat ve uygulamalar arasında uyum sağlamak için yasal düzenlemeler önermek, hak ihlallerine ilişkin iddiaları ve başvuruları inceleyerek gerekli mercilere iletmek, gerektiğinde dış ülkelerdeki ihlalleri inceleyerek o ülkelerin yetkililerinin dikkatine doğrudan veya kurumlar aracılığıyla sunmak, yıllık rapor hazırlamaktır. Ombudsman ise; bakanlıklar, belediyeler, sosyal güvenlik kurumları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamuya yararlı dernekler ve vakıflar, elektrik veya doğalgaz piyasasında faaliyet gösteren şirketler ile ilgili her türlü işlem ve eylemleri ile kamu görevlilerinin tutum ve davranışlarından kaynaklanan şikayetleri incelemektedir. Ulusal İnsan hakları komisyonlarının yetki alanı insan haklarıdır. Bakanlıklardan, Genel ve Katma Bütçeli Dairelerden, mahalli idarelerden, muhtarlıklardan, üniversitelerden ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile özel kuruluşlardan bilgi istemek ve buralarda inceleme yapmak, ilgililerini çağırıp bilgi almak yetkisine sahiptir. Temel hak ve özgürlüklerinden birisinin ihlal edildiğine inanan her birey ulusal insan hakları komisyonlarına başvuru yapabilirken, Ombudsmana gerçek ve tüzel kişiler, hassas gruplar, yabancı uyruklular da başvuru yapabilmektedirler. Başvuru şartları bakımından ulusal insan hakları komisyonlarına başvurularda temel hak ve özgürlüklerden birine yönelik bir ihlalin var olması gerekir. Ombudsmanlıkta ise menfaat ihlali şartı yeterli görülmekte, hatta insan hakları, temel hak ve özgürlükler, kadın hakları, çocuk hakları ve kamuyu ilgilendiren genel konularla ilgili durumlarda başvuranın menfaatinin ihlali şartı dahi aranmamaktadır.

Komisyonu yapılan başvuruların sonucu veya yapılan işlem ile ilgili başvuru sahibine en geç altmış gün içinde bilgi verilmektedir. Ombudsmanlık kurumuna yapılan başvurularda ise; idareye başvuru

yapılması istenir (idareden altmış gün içinde cevap gelmelidir). Eğer idareye başvuru yapılmadan Ombudsmana başvuru yapılmış ise başvuru ilgili idareye gönderilmektedir. Ombudsman altı ay içinde yapılan başvuruyu sonuçlandırmaktadır. Türkiye’de komisyona mektup yada faks yoluyla, ombudsmana ise internet üzerinden başvuru yapılabilir.

6.Sonuç

Temel hak ve özgürlüklerin korunması, güvence altına alınması tüm dünyada önemle üzerinde durulan konulardır. Uluslararası koruma mekanizmalarının yanında ulusal koruma mekanizması olarak devlet, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruma altına almalıdır. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin devletten kaynaklananlar da dahil olmak üzere her türlü ihlale karşı güvence altına alınması bireye güvence sağlamaktadır. Ulusal koruma mekanizmaları olarak ulusal insan hakları komisyonları ve Ombudsmanlıklar, idarenin yaptığı haksız, hatalı eylem ve işlemlere karşı bireyleri koruyan, idare ve birey arasında arabuluculuk yapan, tarafsız kurumlardır. Ülkelerin ihtiyaçlarına göre şekillenen bu kurumlar temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından çok önemlidir.

Ulusal insan hakları kurumları, idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun ve yerindeliliğinin denetlenmesini sağlamaktadırlar. Paris Prensipleri, ulusal insan hakları kurumlarının yapısal ve işlevsel özelliklerini belirleyerek ulusal insan hakları kurumları ile ilgili standartlar oluşturmuşlardır. Paris Prensiplerine göre ulusal kurumlar, insan haklarını korumak için anayasa yada yasayla kurulmalıdır. Ayrıca yeterli mali özerkliğe ve kaynağa sahip olmalı, bireyler tarafından kolay ulaşılabilir olmalı ve idare ile diğer insan hakları kurumlarıyla işbirliği yetkisine sahip olmalıdırlar. Bu standartlar temel olarak en fazla ulusal insan hakları komisyonları ve Ombudsmanlıklar tarafından karşılanmaktadır. Bu nedenle ulusal insan hakları komisyonları ve Ombudsmanlık kurumu insan haklarının korunmasında çok büyük bir öneme sahiptirler.

Ulusal İnsan Hakları Komisyonları ve Ombudsmanlık (Kamu Denetçisi) insan hakları sorunlarını ele almaktadırlar. Ulusal İnsan Hakları Komisyonları ulusal mevzuatın ve uygulamaların uluslararası standartlara uygun hale getirilmesi amacındadırlar. Ombudsmanlar ise, bireylerin idarenin kötü işleyişi, idari düzensizlik, ihmal, yasadışı

uygulamalar, yetkinin kötüye kullanımı, ayrımcılık gibi konularda şikayetlerini inceleyerek, kamu yönetiminde hukuki uygunluğu denetleme yoluyla bireyleri şikayet konusu olan idari faaliyetlere karşı koruma amacındadırlar. Ayrıca, Ombudsmanlar hak ihlallerini ele alıp inceleme yapabilmektedirler. Ombudsmanın öncelikli işlevi yürütmenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğunun, yerindeliğinin denetlenmesidir. Örneğin, Slovenya İnsan Hakları Ombudsmanı insan hakları ihlalleriyle ilgili şikayetleri inceler ve yetkiler için tavsiye, görüş ve öneriler hazırlar. Ombudsman faaliyetlerini anayasa hükümleri, insan hakları ve temel özgürlüklerle ilgili uluslararası sözleşmelere göre yürütür. İnsan hakları komisyonlarının öncelikli işlevi ise, insan hakları ihlalleridir.

Kaynakça

Açık,C.(2011), “Ulusal İnsan Hakları Kurumları Ve Türkiye Örneğine Eleştirel Yaklaşım”, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi Ve Kamu Yönetimi (Yönetim Bilimleri) Anabilim Dalı, Ankara, Yüksek Lisans Tezi,S83.

Akçağündüz, E., Öztekin, M.B. (2016) ,“Meksika Ombudsmanı”, Karşılaştırmalı Ombudsmanlık İncelemeleri, Editörler: Bekir Parlak, Kadir Caner Doğan,S209.

Aksoy, M. (2016), “Bir Ombudsmanlık Örneği Olarak Alman Askeri Ombudsmanlığı”, Karşılaştırmalı Ombudsman İncelemeleri: Dünyanın Altı Kıtasında Ülke Ombudsmanlarının Yapısal Kurumsal Ve İşlevsel Açılardan Analizi, Editörler: Bekir Parlak-Kadir Caner Doğan, Seçkin Yayınevi, Ankara, S 75-92.

Akın, C. (1998), ”Cumhuriyetimizin 75. Kuruluş Yıldönümünde Yönetimin Denetlenmesinde Yeni Bir Denetim Yolu: Ombudsman (Yüksek Yönetim Denetçisi)” Türk İdare Dergisi, Yıl 70, S 421, S.524.

Akıncı, M. (1999), “Bağımsız İdari Otoriteler Ve Ombudsman”, Beta Yayınları, İstanbul, S293.

Atay, E. E. (1997), “Devletlerin Egemenliği Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AihS)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1,S54.

Atay,E.E.(2014), “Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi Ve Kamu Denetçiliği Kurumu”, Ombudsman Akademik,S26-27.

Pohjolainen,A.E.(2006), “İnsan Hakları Ulusal Kurumlarının Geçirdiği Evrim”, Birleşmiş Milletlerin Rolü, Danimarka İnsan Hakları Enstitüsü , S14.

Çağlar,S.(2017), “Türkiye’de Ombudsmanlık Kurumunun Etkinliğini Azaltan Hukuki Nedenler Ve Çözümleri”, Current Debates In International Relations & Law (Editör: Övgü Kalkan Küçüksolak),Volume 4, S232.

Efe,H. Ve Demirci,M.(2013), “ Ombudsmanlık Kavramı Ve Türkiye’de Kamu Denetçiliği Kurumundan Beklentiler”, Sayıştay Dergisi Sayı: 90/Temmuz-Eylül ,S50.

Fendoğlu,H.T.(2013), “Kamu Denetçiliği Ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı”, Ankara Barosu Dergisi ,S:4,S4.

Kestane,D. (2006), “ Çağdaş Bir Denetim Organizasyonu Olarak Ombudsmanlık (Kamu Denetçiliği)” ,Maliye Dergisi, S:151,Temmuz – Aralık,S133.

Usta, H. (2014), Türkiye’de Ombudsman (Kamu Denetçiliği) Kurumu”, Denetim Dergisi, S:14.S60

Türkiye’de T.C. Anayasası’nın 74 üncü maddesi gereğince oluşturulan TBMM’ne bağlı Anayasal bir kurumdur. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile 6328 sayılı kanuna dayandırılarak hazırlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

<https://www.ombudsman.gov.tr/>

<https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/kanun.htm>

<https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/kanun.htm>

TOPRAK KORUMA VE ARAZİ KULLANIMI KANUNUNUN MÜLKİYET HAKKININ DEVRİNE GETİRDİĞİ SINIRLAMALAR

*Limitations of Transfer of Ownership of the Property Right Which
Brought by the Law of Soil Protection and Land Use*

Dursun Ali DEMİRBOĞA¹

GİRİŞ

Mülkiyet hakkı temel bir insan hakkıdır ve geçmiş insanlık tarihi ile başlar². Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi Prof.Dr. Veysel Başpınar'ın Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler Kitabının başlangıç kısmında aktardığı üzere, “*Mülkiyet bütün hürriyetlerin teminatıdır.*” (Frederick A. von Hayek)³ Bu anlamda mülkiyet hakkı, kişi ile eşya arasında kurulan ve hukuk düzeni tarafından tanınıp korunan ilişkiler bütünüdür. Kişi ile eşya arasındaki ilişki avcı toplumlardan modern toplumlara kadar kapsam ve nitelik açısından farklılık gösterse de kişilik haklarından sonra en güçlü korumaya ilişkin alan yaratmaktadır⁴. Mülkiyet hakkının korunması konusunda yapılacak işlem ve eylemlerin meşruluğu konusunda geçmişte daha yoğun olmakla beraber çağdaş toplumlarda da herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Mülkiyet hakkının bu dokunulmazlığı ve mutlaklığı Devlet düzenlerinde kamu hizmetlerinin alanının genişlemesiyle birlikte kamu yararının gerçekleştirilmesine engel teşkil etmeye başlamıştır. Öte yandan ekonomik ilişkilerin gelişmesi ve ölçek ekonomisinin etkilerinin tarım arazileri üzerinde de görülmesi Devletin bu alana Anayasa ve diğer Uluslararası metinlere uygun şekilde müdahale etmesini zorunlu

¹ (Dr. Öğr. Üyesi); Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Law School of Cukurova University, demirboga@hotmail.com

² Pierre-Joseph PROUDHON, (Çeviren: Devrim Çetinkasap), **Mülkiyet Nedir?**, 6. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2017, s. 45.

³ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Veysel BAŞPINAR, **Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.

⁴ Münici KAPANİ, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1993, s. 78.

kılmıştır¹. Mülkiyet hakkının devrinin sınırlandırılması ya da daha geniş anlamda mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin derecesi arttıkça ve kapsamı genişledikçe yargı makamlarının ve insan hakları kuruluşlarının² daha fazla ilgisini çekmiştir.

Roma Hukuku döneminden bu yana mülkiyet hakkının sınırlandırılması hukuk düzenlerinde çokça tartışma yaratan konulardan biridir. Roma Hukukunda mülkiyet hakkı mutlak ve sınırsız olmakla beraber özel hukuk, kamu hukuku ve dini hukuka göre sınırlandırılabilir niteliğe sahipti. Bu sınırlandırmalar sosyoekonomik sebepler, komşuluk hukuku, kamu yararı veya dini sebeplerle gerçekleşebiliyordu. Roma İmparatorluğunun ilk dönemlerinde oldukça az karşımıza çıkan bu sınırlamalar ülkenin sınırlarının genişlemesi, yeni ülkelerin imparatorluğa katılması, ekonomik, ticari ve tarımsal ilişkilerin artmasıyla mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalar daha fazla artmıştır. Özellikle 12 Levha Kanunları ve magistraların uygulamalarıyla sınırlamaların kapsamı artmıştır³.

Mülkiyet hakkının sadece krala ait olduğu dönemlerde sınırlamalar ortadan kalkmış ancak liberal düşünce ve mülkiyet hakkının toplumu oluşturan bireylere tanınmasıyla birlikte yukarıda belirtilen zorunluluklarla mülkiyet hakkına müdahaleler yeniden başlamıştır⁴.

Mülkiyet hakkı konusundaki düşünceleri en ileri düzeyde dile getiren John Locke, 1690 yılında yayınlanan “Two Treaties on Civil Government” (Medeni Hükümet Üzerine İki Deneme) adlı eserinde, insanların doğuştan bir takım haklara sahip olduğu ve bunların en başında hayat, hürriyet ve mülkiyet haklarının geldiğini belirtmiştir. John Locke’un tanımlaması ve temel aldığı hürriyetler daha sonra ilan edilen tüm bildirilerde kendisine yer bulmuştur. Daha da ileri olarak bu düşünce

¹ Fikret EREN, **Mülkiyet Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.12 vd.

² Suat ŞİMŞEK, **Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Ankara, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayınları No:2011/413, 2011, s.616.

³ Erdem KÜÇÜKBİÇAKÇI, **Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s.29 vd.

⁴ EREN, s. 5.

17 ve 18 inci yüzyıllarda Avrupa’da ve Amerika’da yer alan devletlerde en önemli siyasal felsefe olmaya devam etmiştir.

Bununla birlikte, mülkiyet hakkının bu kutsallığı ve dokunulmazlığı sosyal hakların gündeme gelmesiyle birlikte yeniden tartışma konusu olmuş, kamu yararı, kamu hizmetlerinin görülmesi ile sosyal ve ekonomik sebeplerle mülkiyet hakkının sınırlandırılması hukuk düzenlerinde yer bulmuştur.

1.TOPRAK KORUMA VE ARAZİ KULLANIMI KANUNUNDA MÜLKİYET HAKKININ DEVRİNİN SINIRLANMASI

A.GENEL OLARAK

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun gerekçesinde bu Kanunun çıkarılış amacı olarak, toprağın yaşamsal bir öneme sahip önemli bir üretim faktörü olduğu, ülkemiz topraklarının bakımsızlık, erozyon gibi sebeplerle tahribata uğradığı ve artırılmayan bu kaynağın korunmasına özel bir atıf yapılmıştır. Öte yandan genel gerekçede, toprak hukukuna sadece mülkiyet açısından değerlendirilmesine ilişkin diğer kanunlarda yer verilen yaklaşım eleştirilmiştir¹.

Toprak kaynaklarının korunması, geliştirilmesi, sürdürülebilirliğinin sağlanması ve en üst düzeyde üretimde kullanılması çok iyi hazırlanmış arazi kullanım planıyla mümkün olacağı söz konusu Kanunun gerekçesinde ileri sürülmüştür. Arazi kullanım planları ile tarım için uygun olmayan verimsiz araziler belirlenerek gerekli altyapı düzenlemelerinin getirilmesi suretiyle sanayi için mekân ve hammadde, kentleşme ve turizm için yerleşim yeri olarak tahsis edilecek ve böylece tarım dışı kullanımlara uygun alternatifler yaratmak suretiyle tarım alanlarının tahribinin azaltılması, diğer taraftan özellikle tarımsal kullanıma uygun olmayan arazilerin toprak işlemeli tarımdan mera ve orman gibi kullanımlara dönüştürülmesi, böylece bu alanlardaki arazi bozulmalarının önlenerek, tarımsal kullanımı daha ekonomik olan

¹ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss878m.htm> E.T.13.04.2018.

alanların da tarıma kazandırılması bu Kanunun çıkarılma gayesi olarak öngörülmüştür¹.

Bununla birlikte toprak varlığının tanınması ve korunmasına yönelik özel bir düzenlemenin olmaması, yukarıda da belirtildiği üzere sırf mülkiyet açısından toprak kaynaklarının düzenlenmelere konu edilmesi, tüm ülke çapında toprak kaynağının kaybına sebep olduğu vurgusu Kanunun ilk halinin gerekçesinde yer almaktadır. 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda yapılan düzenlemeler, 30.04.2014 tarihli ve 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ve Türk Medeni Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla önemli değişikliklere uğramıştır. Bu Değişiklik Kanunun çıkarılma gerekçesi olarak, tarım arazilerine ilişkin mevcut kanunların, tarım arazilerinin parçalanmasının önlenmesi ve korunması ile ilgili olarak yeterli olmaması gösterilmiştir. 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ve Türk Medeni Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun gerekçesinde 3.7.2005 tarihinde yürürlüğe giren Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun çok sayıda parçadan oluşan tarımsal arazilerin parçalanmasına engel olmadığı ve arazilerin gerek satış ve gerekse miras yoluyla küçülerek parçalanmaya devam ettiği, bu durumun sonucu olarak tarımsal üretimin ve ekonomik verimliliğin olumsuz etkilendiği, bu sebeple miras ve satış yoluyla taşınmazların devrinin sınırlandırıldığı ileri sürülmüştür².

6537 sayılı Kanunla getirilen sınırlamalar Anayasanın 13 üncü maddesinde yer alan temel hak ve hürriyetlerin ancak Kanunla sınırlanabileceği hükmü ile Anayasanın toprak mülkiyetini düzenleyen 44 üncü maddesinde, devletin, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek amacıyla gerekli tedbirleri alacağı hükmüne dayalı olarak çıkartılmıştır. Bunun yanında Anayasanın 35 inci maddesinde yer alan mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği düşüncesi ile, 6537 sayılı Kanunla Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı

¹ Genel Gerekçe, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss878m.htm> E.T.13.04.2018.

² Genel Gerekçe, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss878m.htm> E.T.13.04.2018.

Kanununun 8 inci maddesinde yer alan mülkiyet hakkının sınırlandırılması ilgili düzenlemeler yapılmıştır¹.

Tarım arazilerinin satış yoluyla küçülmesini engellemek için 9.2.2007 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 5578 sayılı Kanunla 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu 8 inci maddesinde değişiklik yapılmış, tarım arazilerinin devri konusunda önemli sınırlamalar getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeyle tarım arazilerinin sınıflarına göre en küçük bölünmez parsel büyüklükleri belirlenmiş, satış, devir ve rehin yoluyla intikallerde Kanunla belirlenmiş olan bu parsel büyüklüklerinin altını düşülmesi engellemiştir. Tarım arazilerinin sadece satış, devir veya rehin suretiyle değil miras yoluyla dahi bölünemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır.

Eşya hukuku açısından getirilen önemli bir tanımda bölünemez büyüklükteki tarım arazisi parselinin bölünemez eşya sayılmasıdır². Diğer taraftan 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8 inci maddesi ile Türk Medeni Kanununun miras hükümlerinde yapılan düzenlemeler, yukarıda belirttiğimiz tarım arazilerinin satış, devir, rehin ve miras yoluyla ekonomik olarak verimsiz hale gelmesinin önlenmesi amacıyla değiştirilmiştir.

Öte yandan tarım arazilerinin satış, devir, rehin ve miras yoluyla bölünmek suretiyle tarım toprağın kaynağının verimsizleşmesinin sebeplerinden biri olarak görülen Türk Medeni Kanununun mülkiyetin devrine ilişkin hükümlerindeki en büyük eksikliklerden biri mehzat İsviçre Medeni Kanunu'ndaki tarım arazilerinin bölgelere (kantonlara) göre bölünebilecek asgari sınırları ve tarım arazilerinin korunmasını sağlayan 616 ncı maddesinin Türk Medeni Kanununa alınmamış olmasıdır. Yine kamu yararına mülkiyet hakkının sınırlandırılmasını sağlayacak olan 702 nci maddesi de Türk Medeni Kanuna alınmamıştır. Bunun yanında 12.6.1951 tarihli Tarımsal Mülklerin Korunması İlişkin Kanun, İsviçre hukukunda, tarımsal arazinin satışının bir tarımsal biriminin yaşayamayacağı sonucunun yarattığı durumlarda ilgili

¹ Genel Gerekçe, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss564.pdf>, s.5, E.T.12.04.2018.

² Gerçekten de 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8 inci maddesinin ikinci fıkrasında; “*Belirlenen asgari büyüklüğe erişmiş tarımsal araziler, bölünemez eşya niteliği kazanmış olur.*” hükmünü taşımaktadır.

mercilere satışa itiraz hakkı tanımaktadır. Tarım arazilerinin korunması ilişkin benzer düzenlemeler, Almanya, Fransa, Danimarka ve İngiltere de bulunmaktadır¹. Bu düzenlemeler ve Türk Hukuku ile mukayesesi ayrı bir inceleme konusu olabilecek olup bu çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur. Burada sadece 5403 sayılı Kanunla satış, devir, rehin ve miras hukukuna getirilen önemli düzenlemeler ve bunun mülkiyet hakkının devrine de etkisi incelenecektir.

B. ANAYASA MAHKEMESİNİN DEVİR SINIRLAMASINA BAKIŞI

Anayasa Mahkemesi'nin 5403 sayılı Kanuna karşı açılan iptal davası ilişkin verdiği kararlara da değinmek yerinde olacaktır². Anayasa

¹ Cevdet YAVUZ, Murat TOPUZ, “**Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Türk Medeni Kanunu’nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler**”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın’a Armağan (Özel Sayı), 2015, C: 21, S: 2, s. 663-700, s.668 vd.

² 10.01.2015 tarihli ve 29232 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Kararda; *“Dava dilekçesinde, TMK’da yer alan onalım hakkının araya yabancıların girmesini engellemek amacıyla sadece müşterek maliklere tanınmış olduğu, dava konusu kuralda ise sınırdaş arazi maliklerine de onalım hakkı tanınarak paydaş sayısının azaltılması yerine artırılmasına imkan tanındığı, bu durumun onalım hakkının varlık amacıyla bağdaşmadığı, ayrıca kuralın, küçük çiftçileri, mülklerini büyük çiftçilere devretmek mecburiyetinde bıraktığı, bu durumun mülkiyet hakkına ölçüsüz müdahale niteliği taşıdığı, tarımsal arazinin sınırdaş maliklerden birine satılması durumunda diğer sınırdaş maliklerin onalım hakkından mahrum bırakılmasının kamu yararı amacıyla bağdaşmadığı gibi demokratik toplum gereklerine de uygun düşmediği, onalım hakkının birden fazla sınırdaş malik tarafından kullanılması durumunda arazi mülkiyetinin dava konusu kural uyarınca hakim tarafından tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş malike devredilmesi imkanının tanınmasının mülk sahibi ile diğer sınırdaş malikler aleyhine sonuç doğuracağı belirtilerek kuralın, Anayasa’nın 13., 35. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.*

5403 sayılı Kanun’un 8/1 maddesinin dava konusu ikinci fıkrasıyla tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi maliklerine onalım hakkı tanınmaktadır. Kuralda, tarımsal arazinin satılmasından söz edilmiş olup

hissenin satılması ifadesine yer verilmediğinden, onalım hakkının sadece arazinin (parselin) bütünüyle satılması hâlinde mevcut olduğu, tarım parselinin hissesinin bir bölümünün satılması durumunda geçerli olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Onalım hakkı, malikin malını bir üçüncü kişiye satması halinde hak sahibine, tek taraflı bir beyanla o malın alıcısı olma yetkisini veren yenilik doğuran bir haktır. TMK hükümlerine göre, müşterek mülkiyette, paydaşlardan birinin hissesini diğer paydaşlar dışındaki üçüncü bir kişiye satması durumunda, diğer paydaşların, kanunda öngörülen sürede dava açmak ve hâkimin belirlediği süre içinde satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderini ödemek suretiyle satılan hisseyi devralma hakları bulunmaktadır.

Müşterek maliklere onalım hakkı tanınmasının amacı, paylı mülkiyet beraberliğine yabancıların girmesini engellemek, paydaşlar arasında işletme bakımından devamlı anlaşmazlık yaratması nedeniyle kullanışlı olmayan paylı mülkiyet ilişkisinin belirli bir müddet sonra ortadan kalkmasını sağlamak ve arazinin küçülmesini önlemektir.

Onalım hakkının, müşterek malikin hissesini dilediği kişiye satmasını engellemesi nedeniyle bir mülkiyet kısıtlaması niteliğinde olduğu açıktır. Ancak yukarıda belirtilen ve kamu yararına dönük olduğu açık olan amaçlarla, birçok ülkede müşterek maliklere onalım hakkı tanınmaktadır.

Dava konusu kuralda, müşterek malik konumunda bulunmayan sınırdaş tarımsal arazi malikine de onalım hakkı tanınmaktadır. Maddenin gerekçesinden, amacın, tarımsal arazilerin (işletmelerin) büyümesini sağlamak olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa'da onalım hakkını müşterek mülkiyete münhasır kılan herhangi bir hüküm bulunmadığından kanun koyucu, meşru bir amaç gözetmek ve Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ilkelere uymak kaydıyla, başka hukuksal ilişki biçimlerinde de taraflara onalım hakkı tanıyabilir.

Anayasa'nın 44. maddesiyle Devlete, tarım topraklarının korunması ve geliştirilmesi ödevi yüklenmiş ve bu amaçla, tarımsal arazileri gruplandırma ve bunların büyüklüğünü belirleme yetkisi tanınmıştır.

Tarımsal açıdan gelişmiş ülkelerde yıllara göre tarımsal işletmelerin sayısı azalıp büyüklükleri artarken, ülkemizdeki süreç bunun tam tersi bir şekilde işlemekte, tarımsal işletme sayısı artarken büyüklükleri azalmaktadır. Modern ülkelerde olduğu üzere tarımsal işletmelerin büyümesinin sağlanması yolunda düzenleme yapılmasının kamu yararına aykırı bir yönü olmadığı gibi Anayasa'nın 44. maddesiyle Devlete yüklenen ödevle de uyumludur. Bu itibarla, tarımsal arazilerin satışında, sınırdaş tarımsal arazi malikleri lehine onalım hakkı

Mahkemesi'nin 30.10.2014 tarihli ve E: 2010/433 K:2010/465 sayılı kararına konu olan 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8/A maddesinde yer alan “Bakanlığın izni ile” ibaresi ile 8/1 maddesinin ikinci fıkrasının 7, 13, 35 ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla açılan davada, söz konusu düzenlemelerin tarım arazileri için asgari büyüklükler belirlenmesinin ve tarım arazilerinin belirlenen asgari büyüklükler altında ifrazının ve bölünmesinin yasaklanmasının mülkiyet hakkına müdahale olduğunun açık olduğu,

getirilmek suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin meşru bir amaca dayandığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan dava konusu kuralı içeren 8/A maddesinin son fıkrasıyla atıf yapılan TMK hükümleri uyarınca, onalım hakkını kullanan sınırdaş parsel maliki, satışın tarafları arasında akdedilen sözleşmede (resmi satış senedinde) gösterilen bedeli satıcıya ödemek zorundadır. Dolayısıyla taşınmaz, malikin amaçladığı kişinin dışındaki birine satılmakta ise de malikin maddi yönden herhangi bir kaybı söz konusu olmadığından menfaatinin gözetilmediği ve dolayısıyla mülkiyet hakkına ölçüsüz bir şekilde müdahalede bulunulduğu söylenemez.

Malikin, mülkünü dilediği kişiye satabilmesi, Anayasa'nın 35. maddesinde güvenceye bağlanan mülkiyet hakkının bir gereğidir. Dava konusu kural, tarım arazilerinin büyütülmesini sağlamak amacıyla malikin bu serbestisini, sınırdaş parsel maliklerine onalım hakkı tanımak suretiyle sınırlamıştır. Buna karşılık, kanun koyucu, taşınmazın sınırdaş maliklerden birine satılması durumunda, satış yapılacak sınırdaş seçmesi hususunda maliki tamamen serbest bırakmak suretiyle kamu yararı ile malikin kişisel yararı arasında makul bir denge kurmaya çalışmıştır. Kanun koyucu bir yandan, malikin mülkünü dilediği kişiye satma yetkisini sınırlarken diğer taraftan bu kısıtlamayı, taşınmazın sınırdaş malikler dışındakilere satılması durumuna münhasır kılarak orantı kurmuştur.

Kanun koyucu, onalım hakkının birden fazla sınırdaş malik tarafından kullanılması durumunda arazinin mülkiyetinin kime devredileceğini belirleme yetkisini hâkime bırakmakla birlikte, bu konuda hâkimi tamamen serbest bırakmamış, taşınmazın tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş taşınmaz malikine devrine karar vermekle yükümlü kılmıştır. Dolayısıyla bu davada hâkimin yapacağı inceleme, taşınmazın hangi sınırdaş araziyle ekonomik bütünlük oluşturduğunun tespitinden ibarettir. Hâkimin, taşınmazı, ekonomik bütünlük oluşturan sınırdaş taşınmaz malikine devrine karar vermesinin mülk sahibi aleyhine sonuç doğuracağı söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.” hususlarına yer verilmiştir.

ancak söz konusu düzenlemenin Anayasanın 44 üncü maddesinde devlete yüklenen tarım arazilerinin korunması ve geliştirilmesi amacıyla dayandığı, bireysel yarar ile kamu yararı arasında ölçülülüğün bulunduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu 8 inci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarını Anayasanın 2, 10, 11 ve 35 inci maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla Van 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin başvurusu üzerine verdiği 17.5.2017 tarihli E: 2011/58 K:2012/70 sayılı Kararında; Söz konusu hükümler ile getirilen sınırlamaların mülkiyet hakkının sınırlandığı, ancak sınırlamanın kamu yararına olduğu ve ölçülülük ilkesine uygun olduğu sebebiyle başvuru reddedilmiştir¹.

Yine 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi ile 14 üncü maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendinin, Anayasanın 44 ve 55 inci maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla Danıştay 8 inci Dairesi'nin yapmış olduğu başvuruya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin 5.3.2015 tarihli ve E: 2014/147 K:2015/25 sayılı Kararında; Tarım arazilerinin amaç dışı kullanımının engellenmesi bakımından yeterli güvencenin bulunduğu için başvurunun reddine karar verilmiştir².

Anayasa Mahkemesi'nin 14.04.2011 tarihli ve E: 2007/23 K: 2011/64 sayılı Kararıyla 5403 sayılı Kanunun 17 ve Geçici Üçüncü maddelerinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan iptal davası Geçici Üçüncü maddenin konusuz kaldığı, 17 nci maddenin Anayasaya aykırı olmadığı gerekçesiyle başvuru reddedilmiştir³.

Anayasa Mahkemesi'nin 19.02.2007 tarihli ve E: 2007/18 K: 2007/9 sayılı Kararıyla, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun yürürlüğü durdurmuş ancak söz konusu hüküm 5751 sayılı kanunun 2 nci maddesi ile yürürlükten kaldırılması sebebiyle başvuru konusuz kalmıştır.

¹ 21.07.2012 tarihli ve 28360 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

² 03.04.2015 tarihli ve 29315 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

³ 27.10.2011 tarihli ve 28097 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun Geçici 4 üncü Maddesinin Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile açılan iptal davası ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen 14.4.2011 tarihli E: 2008/35 K: 2011/65 sayılı Kararında getirilen düzenlemelerin Anayasanın 45 inci maddesine uygun olduğu gerekçesiyle başvurunun reddine verilmiştir¹.

¹ 23.07.2011 tarihli ve 28003 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Kararda; *“Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen yasa kuralı, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:*

A- Geçici 4. Maddenin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kural ile 11.10.2004 tarihinden önce gerekli izinleri almadan tarım arazilerini tarım dışı kullanıma açan özellikle belli bir yabancı şirketin tarım arazilerinde kurulu kimi sanayi tesislerine, izin, onay ve ruhsatlarının yargı kararıyla iptal edilip edilmediğine bakılmaksızın üretim etkinliklerini sürdürme olanağı getirilerek yargı kararlarının etkisiz kılındığı, iptali istenilen kuralın belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik özelliklerini taşımadığı gibi kamu yararı amacıyla da çıkarılmadığı, kuralda amaç dışı kullanılan tarım arazilerine, her metrekaresi beş Yeni Türk Lirası karşılığında izin verilmesinin öngörülmüş olması nedeniyle maddi olanakları olmayanların bu aften yararlanamayacağı, ayrıca Anayasa’nın Devlet’e, tarım arazilerinin endüstri sebebiyle yok edilmesini önlenme görevini vermiş olmasına karşın, bu düzenleme ile verilen görevin tam aksine olarak birinci sınıf tarım arazilerinin endüstriye feda edildiği belirtilerek kuralın, Anayasa’nın Başlangıç’ı ile 2., 8., 10., 11., 45. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Yasa’nın iptali istenen Geçici 4. maddesinin birinci fıkrasında; 11.10.2004 tarihinden önce, gerekli izinler alınmadan tarım dışı amaçlı kullanıma açılmış bulunan arazilerin tarımsal bütünlüğü bozmuyor ise istenilen amaçla kullanımı için, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl içerisinde Bakanlığa başvurulması, hazırlanacak toprak koruma projesine uyulması ve tarım dışı kullanılan tarım arazilerinin her metre karesi için beş Yeni Türk Lirası ödenmesi şartıyla izin verileceği öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Yasaların kamu yararının sağlanması amacıyla yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi de hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, bireylerin hukuksal güvenliğinin sağlanması bakımından da önem arz etmektedir.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı hukuksal durumda bulunan kişilerin aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve yasalarla kişiler arasında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır.

Anayasa'nın “Tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması” başlıklı 45. maddesinde, “Devlet tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek ...için gereken tedbirleri alır” hükmüne yer verilmiş, ancak bu tedbirlerin türü ile uygulanma yöntemi yasa koyucunun takdirine bırakılmıştır.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun birinci maddesinde Yasa'nın amacının; toprağın doğal veya yapay yollarla kaybını ve niteliklerini yitirmesini engelleyerek korunmasını, geliştirilmesini ve çevre öncelikli sürdürülebilir kalkınma ilkesine uygun olarak, plânlı arazi kullanımını sağlayacak usûl ve esasları belirlemek olduğu, 2. maddesinde ise Yasa'nın

kapsamının; arazi ve toprak kaynaklarının bilimsel esaslara uygun olarak belirlenmesi, sınıflandırılması, arazi kullanım plânlarının hazırlanması, koruma ve geliştirme sürecinde toplumsal, ekonomik ve çevresel boyutlarının katılımcı yöntemlerle değerlendirilmesi, amaç dışı ve yanlış kullanımların önlenmesi, korumayı sağlayacak yöntemlerin oluşturulmasına ilişkin sorumluluk, görev ve yetkilerin tanımlanması ile ilgili usûl ve esaslar olduğu hüküm altına alınmıştır.

Anayasa, yasa koyucuya, toplumsal ihtiyaçlar doğrultusunda tarımsal alanlarda düzenleme yapma yetkisi vermektedir. Bu bağlamda, yasa koyucu tarafından tarım alanlarının korunması ve amacına uygun olarak kullanılmasını sağlamak için Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu çıkarılmış bulunmaktadır. Söz konusu Yasa'da yer alan iptali istenen kuralın da tarım arazisi niteliğini kaybetmiş, toprak vasfını tekrar kazanması mümkün olmayan arazilerin yasal statüye kavuşturulup ekonomiye kazandırılması ve bu gibi arazilerde yatırım yapmış olan vatandaşların mağduriyetlerinin giderilmesi için kamu yararı amacıyla öngörüldüğü, bu düzenlemenin de anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

Ayrıca, iptali istenilen kuralda tarım arazilerinin tarım dışı amaçlı olarak kullanılabilmesi için gerekli olan koşullar açık, net, anlaşılır ve nesnel bir şekilde belirtildiğinden, kuralda belirsizlik ve hukuk devletine aykırılık bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, tarım arazilerinin tarım dışı amaçlı kullanılabilmesi için iptali istenilen kuralda belirtilen diğer koşulların yanında tarım arazisinin tarım dışı kullanımının tarımsal bütünlüğü bozmaması ve hazırlanacak olan toprak koruma projesine uyulması gerekmekte ve bu şartlar gerçekleşmedikçe de tarım arazisinin tarım dışı amaçla kullanılmasına izin verilmesi söz konusu olmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında, belirtilen koşullar tarım arazilerinin korunmasını ve planlı arazi kullanımını sağlamaya yönelik olduğundan, iptali istenilen kural Anayasa'nın 45. maddesine de aykırı değildir.

Öte yandan, yasaların ve yasalarla getirilen kuralların genel olması, hukuk devleti ve yasa önünde eşitlik ilkelerinin bir sonucudur. Yasanın genelliğinden anlaşılan, belli bir kişiyi hedef almayan, özel, aktüel, geçici bir durumu gözetmeyen, önceden saptanıp, soyut biçimde herkese uygulanabilecek kurallar içermesidir. Buna göre, yasa kurallarının her şeyden önce genel nitelikte olması, herkes için objektif hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda

bulunan kişilere ayırım gözetilmeksizin uygulanabilir olması gerekir. Bu anlamda iptali istenilen kural, yasada öngörülen koşulları yerine getiren herkese aynı olarak uygulanacağından yasaların genelliği ve eşitlik ilkelerine aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 10. ve 45. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın Başlangıç'ı, 8., 11. ve 138. maddeleri ile bir ilgisi görülmemiştir.

B- Geçici 4. Maddenin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kural ile 11.10.2004 tarihinden önce gerekli izinleri almadan tarım arazilerini tarım dışı kullanıma açan özellikle bir yabancı şirketin, tarım arazilerinde kurulu kimi sanayi tesislerine, izin, onay ve ruhsatlarının yargı kararıyla iptal edilip edilmediğine bakılmaksızın üretim etkinliklerini 5578 sayılı Yasa'nın yayımı tarihinden itibaren toplam 3 yıl sürdürme olanağı getirildiği, kuralın belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik özellikleri taşımaması nedeniyle hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, kamu yararı amacıyla da çıkarılmadığı belirtilerek, kuralın Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 8., 10., 11., 45. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kuralın ikinci fıkrasında; söz konusu arazi ve tesislerin yani 11.10.2004 tarihinden önce, gerekli izinler alınmadan tarım dışı amaçlı kullanıma açılmış bulunan araziler ve bunlar üzerindeki tesislerin istenilen amaçla kullanımı için çeşitli kurumlardan alınması gerekli ruhsat, izin gibi işlemlerin, Bakanlığa başvuru tarihinden itibaren iki yıl içerisinde tamamlanıncaya kadar başvuru sahiplerinin faaliyetlerine devam edeceği, bu süreler içerisinde gerekli izinleri alamayanların üretim faaliyetlerinin ilgili idarelerce durdurulacağı öngörülmektedir.

Yasa koyucunun iptali istenilen kural ile tarım arazilerini tarım dışı amaçlı kullanıma açmış bulunan kişilere gerekli ruhsat ve izinleri Bakanlığa başvuru tarihinden itibaren iki yıllık süre içerisinde almaları zorunluluğu getirerek bu sürecin uzamasını önlemeyi, süresi içerisinde gerekli izinleri alamayanların üretim faaliyetlerinin ilgili idarelerce durdurulmasını öngörerek de tarım dışı kullanıma açılmayacak olan tarım arazilerinin niteliğinin bozulmasını

engellemeyi amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, tarım arazilerinin korunması yönünde Devlet'e verilen görevin bir gereği olarak, belirli ruhsat ve izinlerin alınması için bir süre belirlenerek bu süre zarfında işlemler tamamlanıncaya kadar başvuru sahiplerinin faaliyetlerine devam edeceğinin öngörülmesi ve belirtilen süre içerisinde gerekli izinler alınmadığı takdirde üretim faaliyetlerinin ilgili idarelerce durdurulacağına belirtilmesi yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi kapsamındadır.

Öte yandan, iptali istenilen kuralda ruhsat ve izin gibi işlemler için gerekli olan süre, bu sürenin ne zaman başlayacağı, ruhsat ve izin gibi işlemler tamamlanıncaya kadar başvuru sahiplerinin faaliyetlerini sürdürüp sürdürmeyeceği ve bu süre içerisinde gerekli izinleri alamayanların üretim faaliyetlerine devam edip etmeyeceği açık, net, anlaşılır ve nesnel bir şekilde belirtildiğinden, yasa kuralının uygulanacak kişi ve kurumlar açısından belirli ve öngörülebilir olmadığından da söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 45. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın Başlangıç'ı, 8., 10., 11. ve 138. maddeleri ile bir ilgisi görülmemiştir.

C- Geçici 4. Maddenin Üçüncü Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen hükmün Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 8., 10., 11., 45. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kuralda, tarım arazisi vasfından çıkarılan arazilerin ilgili kuruluşlarca başvuru sahibinin isteği doğrultusunda vasfını değiştireceği belirtilmektedir.

İptali istenilen kuralın, tarım arazisi niteliğinden çıkarılan arazilerin bazı ilgili kuruluşlarca tarım arazisi olarak değerlendirilmeye devam etmesi nedeniyle karışıklığın giderilmesi ve yeknesak bir uygulamanın sağlanması için kamu yararı amacıyla öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu düzenlemenin de anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğu kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir." hususlarına yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesine dava konusu edilen hükümler bakımından söz konusu Kanunun Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiş, dava konusu edilen 8 inci madde ise mülkiyetin devrine geniş sınırlamalar getirmiştir. Bu sebeple, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun mülkiyet hakkının devrine getirdiği kısıtlamaları bu hukuki durum çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Anılan Kanunun mülkiyet hakkının devrini düzenleyen 8 vd. maddelerinde tarımsal arazi kapsamına giren taşınmazların satış, devir, rehin ve miras yoluyla devrini sınırlandıran önemli ilkeler bulunmaktadır. Gerçekten de anılan kanunun 8 inci maddesi; *“Tarım arazileri; doğal özellikleri ve ülke tarımındaki önemine göre, nitelikleri Bakanlık tarafından belirlenen mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ve marjinal tarım arazileri olarak sınıflandırılır. Ayrıca Bakanlık tarım arazilerinin korunması, geliştirilmesi ve kullanımı ile ilgili farklı sınıflandırmalar yapabilir.*

Asgari tarımsal arazi büyüklüğü, bölge ve yörelerin toplumsal, ekonomik, ekolojik ve teknik özellikleri gözetilerek Bakanlık tarafından belirlenir. Belirlenen asgari büyüklüğe erişmiş tarımsal araziler, bölünemez eşya niteliği kazanmış olur.

Asgari tarımsal arazi büyüklüğü; mutlak tarım arazileri, marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektardan küçük belirlenemez. Bakanlık asgari tarımsal arazi büyüklüklerini günün koşullarına göre artırabilir. Tarım arazileri Bakanlıkça belirlenen büyüklüklerin altında ifraz edilemez, hisselendirilemez, Hazine taşınmazlarının satış işlemleri hariç olmak üzere pay ve paydaş adedi artırılmaz. Ancak, tarım dışı kullanım izni verilen alanlar veya çay, fındık, zeytin gibi özel iklim ve toprak ihtiyaçları olan bitkilerin yetiştiği alanlarda arazi özellikleri nedeniyle belirlenen asgari tarımsal arazi büyüklüğünden daha küçük parsellerin oluşması gerekli olduğu takdirde, Bakanlığın uygun görüşü ile daha küçük parseller oluşturulabilir.” hükmünü taşımaktadır. Söz konusu hükme göre belirlenen asgari büyüklükteki tarımsal araziler bölünemez eşya niteliğindedir. Yine söz

konusu Kanunun 2 nci maddesinde tarım arazisi; toprak, topografya ve iklimsel özellikleri tarımsal üretim için uygun olup, hâlihazırda tarımsal üretimi yapılan veya yapılmaya uygun olan veya imar, ıslah edilerek tarımsal üretimin yapılmaya uygun hale dönüştürülebilen arazileri ifade ettiği belirtilmiştir.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8 vd. maddelerinde mülkiyetin devrini sınırlayan hükümler mutlak emredici hükümler olup kamu düzenine ilişkindir dolayısıyla aksine sözleşme yapılamaz¹.

C.YARGITAYIN MÜLKİYETİN DEVRİNİN SINIRLANDIRILMASINA BAKIŞI

Yargıtay 14 üncü Hukuk Dairesi 13.11.2012 tarihinde vermiş olduğu bir kararında² (E: 2012/11594, K:2012/13194); bölünemez büyüklükte ve birlikte mülkiyetin söz konusu olduğu tarım arazilerinin paydaşlarını veya iştirakçilerin tamamının birlikte katılımı ile üçüncü kişiye satışının yapılabileceği, devredilebileceği ya da bölünemez büyüklükte ve birlikte mülkiyetin söz konusu olduğu tarım arazilerinin tümünün ancak rehin edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Noterler tarafından taşınmaz satış vaadi sözleşmesine konu taşınmazın tarımsal yeteneğinin Tarım ve Köyşleri Bakanlığı il veya ilçe müdürlüğünden sorulup görüş alındıktan sonra tescilin mümkün olup olmadığı belirlenip, sonuca göre pay satışının mümkün olduğunun anlaşılması halinde tapu iptali ve tesciline karar verilmesini gerektiğini hükmetmiştir. Bu Kararda Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun getirdiği düzenlemelerin ve mutlak anlamdaki emredici hükümleri sözleşmenin geçerliliğine doğrudan etki ettiği ve sonuçlarını doğurmasının anılan Kanunda öngörülen şartların gerçekleştiği durumda meydana geleceği vurgulanmıştır.

¹Yargıtay 14 üncü Hukuk Dairesi (T: 2.11.2009, E: 2009/12498, K: 2009/11836), taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde vaat alacaklısının paylı mülkiyet maliklerinden olmadığı gibi taşınmazın yüzölçümünde bölünemez büyüklük miktar altında kaldığı, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun “kamu düzenine ilişkin” olduğu gerekçesiyle davanın davalı tarafından kabul edilse dahi tapu iptal ve tescil talebinin sonuç doğurmayacağını hükme bağlamıştır. www.kazanci.com E.T. 24.04.2018.

² www.kazanci.com E.T.12.04.2018.

Bir başka kararında¹ Yargıtay 14 üncü Hukuk Dairesi (T: 2.11.2009, E: 2009/12498, K: 2009/11836), taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde vaat alacaklısının paylı mülkiyet maliklerinden olmadığı gibi taşınmazın yüzölçümünde bölünemez büyüklük miktar altında kaldığı, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun “kamu düzenine ilişkin” olduğu gerekçesiyle davanın davalı tarafından kabul edilse dahi tapu iptal ve tescil talebinin sonuç doğurmayacağını hükme bağlamıştır.

D.MÜLKİYETİN SATIŞ, DEVİR VE REHNETME SURETİYLE DEVRİNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ile ilgili olarak uygulamada önemli düzenlemelerden bir tanesi de 31.12.2014 tarihli ve 29222 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Tarım Arazilerinin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmeliktir. Bunun yanında 3.2.2015 tarih ve 8815 sayılı Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı Tarım Reformu Genel Müdürlüğü'nün Tarımsal Arazilerinin Mülkiyetinin Devrine ilişkin uygulama talimatı da uygulamada öne çıkan düzenlemelerdendir. Yukarıda bahsedilen Yönetmelik ile tarım arazilerinin değerlemesi, ekonomik bütünlük, tarımsal arazilerin devri, mirasa konu olan tarımsal arazilerin devri ve değer artışı, ehil mirasçıya ait kriterler, diğer mirasçıların paylarının ödenmesi ve tarımsal faaliyetin sonlandırılması konularında 5403 sayılı Kanun'un 8 inci maddesi hükümleri doğrultusunda uygulamanın esasları belirlenmiş bulunmaktadır.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8 inci maddesi öncelikle tarım arazilerinin sınıflandırmasını yapmıştır. Buna göre, tarım arazileri doğal özellikleri ve ülke tarımındaki önemine göre, mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ve marjinal tarım arazileri olarak Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından sınıflandırılır. Aynı Kanunun 3 üncü maddesi ise sözkonusu arazilerin tanımını vermektedir.

Buna göre, mutlak tarım arazisi, bitkisel üretimde toprağın fiziksel, kimyasal ve biyolojik özelliklerinin kombinasyonu yöre ortalamasında ürün alınabilmesi için sınırlayıcı olmayan, topografik yok veya az olan, ülkesel bölgesel veya yerel önemi bulunan, halihazır tarımsal üretimde

¹ www.kazanci.com E.T.12.04.2018.

kullanılan veya bu amaç için kullanıma elverişli arazileri ifade ettiğini belirtmiştir.

Özel ürün arazisi, mutlak tarım arazileri dışında kalan, toprak ve topografik sınırlamaları nedeniyle yöreye adapte olmuş bitki türlerinin tamamının tarımının yapılamadığı ancak özel bitkisel ürünlerin yetiştiriciliği ile su ürünleri yetiştiriciliğinin ve avcılığının yapılabildiği, ülkesel, bölgesel veya yerel önemi olan arazileri ifade ettiği aynı hüküm yer almaktadır.

Dikili tarım arazisi ise mutlak ve özel ürün arazisi dışında kalan ve üzerinde yöre ekolojisine uygun çok yıllık ağaç, ağaççık ve çalı formundaki bitkilerin tarımı yapılan ülkesel, bölgesel veya yerel önemi bulunan arazileri ifade ettiği hükme bağlanmıştır. Marjinal tarım arazisi ise, yukarıda bahsedilen mutlak, özel ürün, dikili tarım arazileri dışında kalan, toprak ve topografik sınırlamalar sebebiyle üzerinde sadece geleneksel toprak işlemeli tarımın yapılacağı arazileri ifade etmektedir.

5403 sayılı Toprak Kullanımı ve Arazi Kullanımı Kanununun 6537 sayılı Kanunla değiştirilen 8 inci maddesinin ikinci fıkrası, “Asgari tarımsal arazi büyüklüğü, bölge ve yörelerin toplumsal, ekonomik, ekolojik ve teknik özellikleri gözetilerek Bakanlık tarafından belirlenir. Belirlenen asgari büyüklüğe erişmiş araziler, bölünemez eşya niteliği kazanmış olur.” hükmünü taşımaktadır. Asgari tarımsal arazi büyüklüğü ise, üretim faaliyet ve girdileri rasyonel ve ekonomik olarak kullanıldığı takdirde bir tarımsal arazide elde edilen verimliliğin, sözkonusu tarımsal arazinin daha fazla küçülmesi halinde elde edilemeyeceği Bakanlıkça belirlenen en küçük tarımsal parsel büyüklüğünü ifade etmektedir.

Asgari tarımsal arazi büyüklüğü, üretim faaliyet ve girdileri rasyonel ve ekonomik olarak kullanıldığı takdirde bir tarımsal arazi de elde edilen verimliliğin söz konusu tarımsal arazinin daha fazla küçülmesi halinde elde edilemeyeceği ve Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığınca belirlenen en küçük tarımsal parsel büyüklüğünü ifade edeceği, 6537 sayılı Kanunun üçüncü maddesinin (h) bendinde hükme bağlanmıştır. Buna göre, mutlak tarım arazileri, marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 20 dekar, dikili tarım arazilerinde 5 dekar ve örtü altı tarımı yapılan arazilerde 3 dekar büyüklüğün altında tarım arazileri ifraz edilemez hisselendirilemez ve devredilemez.

Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğün üzerindeki arazilerin devir işlemlerinde asgari büyüklüklerin üzerinde hisselenme yapılabilir. Murisin terekedeki tarım arazileri birden fazla ve yeter geriliği sağlaması halinde asgari büyüklüklerin üzerinde hisselenme yapılması mümkündür. Hisseli tarım arazilerinde hissesinin bir kısmının hissedarlara satışında, kendisine kalan miktar asgari büyüklüklerin altında olamaz. Mülkiyeti aynı kişiye ait birden fazla tarımsal arazinin, tarımsal üretim faaliyetine ekonomik bir değer katacak şekilde birbirine bağımlı olarak işletilen araziler sulu ve kuru tarım arazilerinde on dekar, dikili tarım arazilerinde beş dekar, örtüaltı tarım yapılan arazilerde ise bir dekar olarak asgari büyüklük olarak Bakanlık tarafından belirlenmiştir.

Tarım sektöründe kişi başına düşen milli gelirin en az dört katı geliri sağlayacak toplam arazi büyüklüğü esas alınarak asgari bölünemez miktarlar ilçeler bazında belirlenmiştir. Tarımsal araziler Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununa ekli (1) sayılı listede belirlenen yeterli gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin altında ifraz edilemez bölünemez.

Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünün altında arazilerde ifraz ve devir yapılamaz ve ancak devir işlemlerinde satıcının arazisi yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü ne ulaşmamışsa ekonomik bütünlük oluşturan tüm arazilerinin aynı anda satışına izin verilmesi mümkündür bu kuralın istisnası olarak hazine taşınmazlarının satış işlemleridir. Bununla birlikte tarım dışı kullanım izni verilen alanlar veya çay, fındık, zeytin gibi özel iklim ve toprak ihtiyaçları olan bitkilerin yetiştiği alanlarda, arazi özellikleri nedeniyle belirlenen asgari tarımsal arazi büyüklüğünden daha küçük parsellerin oluşması gerekli olduğu takdirde, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının uygun görüşü ile daha küçük parseller oluşturulabilir.

Ekonomik bütünlük kavramı satış ve devirlerde dikkate alınan önemli bir kavramdır. Örtü altı tarım arazilerinde bir dekar, dikili tarım arazilerinde beş dekar, sulu ve kuru tarım arazilerinde on dekarın altında olan tarım arazileri ekonomik olarak bütünlük arz etmez. Bu büyüklüklerin altında olan ve sınırdaş olmayan tarım parsellerinin veya parsellerdeki payların aynen devrine izin verilir. Bu tarım arazilerinin ekonomik bütünlüğü haiz tarım arazilerinin satışı taleplerinin değerlendirilmesinde dikkate alınmaz.

E.MÜLKİYETİN MİRAS YOLUYLA DEVRİNE GETİRİLEN SINIRLAMALAR

6537 sayılı Kanunla değişik 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu miras yoluyla mülkiyetin devrinde de önemli sınırlamalar getirmiştir. Kanun yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşen vefatlar açısından önceki uygulamanın aynen devamını sağlamış ancak yürürlüğe girdikten sonra gerçekleşen vefatlar açısından yeni düzenlemeler getirmiştir. 15.5.2014 tarihinden önceki vefatlarda mirasın intikali Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre yapılırken, bu tarihten sonra olan vefatlarda yeni Kanun uygulanacaktır.

15.5.2014 tarihinden önceki vefatlar da varislerce Tapu müdürlüğüne müracaat halinde el birliği halinde mülkiyet ya da paylı mülkiyet olarak mirasın tescili ya da aralarında rızai taksim yapmışlarsa buna uygun tescil mümkün olacaktır. 15.5.2014 tarihinden sonraki vefatlarda, miras bırakanın vefat tarihinden itibaren bir yıl içerisinde mirasçıların Kanunda belirlenen seçeneklerden biri üzerinde anlaşma sağlaması durumunda buna göre tescil gerçekleştirilebilir ancak bir yıl içerisinde anlaşma sağlanamaması halinde resmi tasfiye yoluna gidilmektedir.

15.5.2014'ten sonraki vefatlar da mirasçıların mirası üzerine aşağıdaki hususlardan biri üzerinde anlaşmış olmaları gerekir:

1. Miktarına bakılmaksızın mirasın tamamının bir miras ya devri,
2. Miras yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin katları ise birden fazla mirasçıya devrine,
3. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun 373 üncü ve devamı maddelerine göre kuracakları aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığına mirasın devrini,
4. Mirasçıların tamamının miras payı oranında hissedarı oldukları 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmuş olan limited şirkete mirasın devrini,
5. Üçüncü kişilere mirasın devrini,
6. Ekonomik bütünlüğü haiz olmayan tarım arazilerinin mirasçılara veya üçüncü kişilere aynen mülkiyetinin devrini,

Gerçekleştirebilir.

Bu seçenekler üzerinde mirasçılara arasında mirasın açılmasından itibaren bir yıl içerisinde bir anlaşma olmaması halinde, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından tarım arazisinin mülkiyetinin devredilmediğinin öğrenilmesi halinde mirasçılara üç aylık bir süre verilir. Bu süre zarfında da devrin gerçekleşmemesi halinde, yetkili Sulh Hukuk Mahkemesinde istemde bulunan ehil mirasçıya tarım arazisinin devri, ehil mirasçı yoksa en fazla teklifi veren mirasçıya devri veya üçüncü kişilere tarım arazisinin satılması için talepte bulunabilir. Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından bu davaya istinaden, kişisel yetenek ve durumları göz önünde tutulmak suretiyle bir ehil mirasçıya tarımsal gelir değeri üzerinden devrine veya birden çok ehil mirasçı varsa öncelikle geçimini yeter gelirli tarımsal araziden sağlayan mirasçıya devrine ya da birden çok ehil mirasçının miras dışı tarımsal arazileri varsa mevcut arazilerini yeter gelirli büyüklüğe ulaştırmak için bu mirasçılara devrine karar verebilir. Ehil mirasçı yoksa en yüksek bedeli teklif eden mirasçıya devrine, mirasa konu araziye talep eden mirasçı da yoksa satışına karar verebilir.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu mirasın tasfiyesindeki intikallerde yukarıda belirtilen yöntemle göre mülkiyetin devrine izin vermiştir. Bunun dışında satış vaadi¹ yoluyla tarımsal arazilerin miras yoluyla intikali mümkün bulunmamaktadır.

SONUÇ

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ve buna ilişkin mevzuat, tarımsal arazilerin mülkiyetinin devrinde kendine özgü bir yöntem oluşturmuş bulunmaktadır. Tarımsal arazilerin sınıflandırmasının yapılması ve asgari büyüklüğe erişmiş tarım arazilerinin bölünemez eşya vasfı tanınmış olması mülkiyetin devrine getirilen en önemli kısıtlamadır. Ancak Anayasa Mahkemesinin yukarıda verilen Kararları anılan Kanunun Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna götürmektedir.

¹ Mustafa ÇENBERCİ, **Gayrimenkul Satış Vaadi**, 3. Baskı, Ankara, Olgaç Matbaası, 1986, s.68 vd.

Kanunla belirlenen büyüklüklerin altında tarım arazilerinin ifrazına ve devrine izin verilmemesi bu konuda Tapu Sicilinde satış sözleşmesi yapılamaması sonucunu doğuracaktır. Satışı mümkün olmayan tarım arazilerinin satış vaadi yoluyla hukuki işleme tabi tutulması da mümkün olmayacaktır.

Miras yolu ile tarım arazilerinin mülkiyetin devrinde ise söz konusu Kanun kendisine özgü bir devir yöntemi öngörmüştür. Bu yöntem dışında mülkiyetin devri geçerli olmayacaktır.

Mülkiyetin devrine ilişkin hükümler emredici nitelikte düzenlenmiş ve kamu düzenine ilişkin olarak görülmektedir. Hem yargı yoluyla hem de sözleşme yoluyla anılan Kanunun dolanılmasına Yargıtay izin vermemektedir.

KAYNAKLAR

BAŞPINAR, Veysel, Mülkiyet Hakkını İhlal Eden Müdahaleler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.

ÇENBERCİ, Mustafa, Gayrimenkul Satış Vaadi, 3. Baskı, Ankara, Olgaç Matbaası, 1986.

EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 1993.

KÜÇÜKBIÇAKÇI, Erdem, Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.

PROUDHON, Pierre-Joseph, (Çeviren: Devrim Çetinkasap), Mülkiyet Nedir?, 6. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2017.

ŞİMŞEK, Suat, Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Ankara, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayınları No:2011/413, 2011.

YAVUZ, Cevdet, TOPUZ, Murat, “Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un Türk Medeni Kanunu’nun Miras Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yaptığı Değişiklikler”, Marmara

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Mehmet Âkif Aydın'a Armağan (Özel Sayı), 2015, C: 21, S: 2, s. 663-700.

Internet Sitesi:

www.kazanci.com

www.tbmm.gov.tr

VERGİ DAVASINDA YÜRÜTMENİN DURDURULMASI

Suspension of Execution in Tax Cases

Ali Volkan ÖZGÜVEN*

I- GİRİŞ

Hukuk devletinin özü, devletin tüm organları ve kurumları üzerinde hukukun egemen olmasıdır. Bu çerçevede, yönetenler de, yönetilenler gibi, hukuka saygılı olmalıdır. Dolayısıyla hukuk devletinin gerçekleşebilmesi, başka bir deyimle olmazsa olmaz koşulu, idarenin yargısal denetimidir.

İdarenin amacı kamu yararını gerçekleştirmektir. İdarenin yöneldiği bu amacı nedeniyle, idari faaliyetler özel kesim faaliyetlerinden ayrılır. İşte idarenin özel kişiler karşısında sahip olmak zorunda bulunduğu bu üstün yetki ve ayrıcalıklar, kamu gücünden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, idarenin belirttiğimiz bu fonksiyonları yerine getirebilmesi için kamu gücüyle donatılması zaruridir¹.

Bu sebeple de, idarenin işlemleri icrailik ve hukuka uygunluk vasıflarını taşır. İdari işlemlerin gerçekleştikleri andan başlayarak “hukuka uygunluk karinesi” uyarınca hukuka uygun olduğu varsayıp en azından hukuk alanında etkilerini göstermeleri ve çoğu kez idare tarafından da doğrudan yürütülüp gereklerinin yerine getirilmesi, yürütmenin durdurulması kurumunun önemini arttırmaktadır. Hukuk devletinin temel güvencesi olan iptal davalarını çoğu kez anlamlı kılan ve böylece davacının açmış olduğu iptal davasından beklediği hukuki yararı sağlayan, “Yürütmenin durdurulması” kurumudur².

Bu nedenle hak arama özgürlüğü bakımından, kişilerin idareye karşı sahip oldukları yargısal koruma mekanizmasının, “İptal davası” ve ona

* Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

¹ Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, Güncellenmiş ve gözden geçirilmiş 10. Aynı Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s.16-17.

² İlhan ÖZAY, **Yargısal Koruma**, 2. Baskı, Alfa Yayınevi, İstanbul, Kasım 2001, s.166.

sıkı sıkıya bağlı “Yürütmenin durdurulması” müessesesi ile gerçekleşeceği açıktır¹.

İdarenin yukarıda ifade ettiğimiz faaliyetleri, onun adına hareket eden gerçek kişiler eliyle yürütüldüğünden kötüye kullanılabilmesi söz konusu olabilir. İdari işlemlerin gerçekleştikleri andan başlayarak “hukuka uygunluk karinesi” uyarınca hukuka uygun olduğu varsayıp en azından hukuk alanında etkilerini göstermeleri ve çoğu kez idare tarafından da doğrudan yürütülüp gereklerinin yerine getirilmesi, idare hukukunda yer alan iptal davalarının yargısal koruma ve hukuk devletinin en önemli kurumu haline getirmektedir². Bu nedenle hak arama özgürlüğü bakımından, kişilerin idareye karşı sahip oldukları yargısal koruma mekanizmasının, “İptal davası” ve ona sıkı sıkıya bağlı “Yürütmenin durdurulması” müessesesi ile gerçekleşeceği açıktır³.

İdarenin yargısal denetimindeki önemine binaen yürütmenin durdurulması kurumu, hem Anayasa’nın “Yargı Yolu” başlıklı 125. maddesinde, hem de 2577 sayılı Yasanın 27. maddesinde düzenlenmiştir.

Mezkur Yasa’da genel kural, “Danıştay’da veya idarî mahkemelerinde dava açılması dava edilen idarî işlemin yürütülmesini durdurmaz” şeklinde belirlenmiştir. Ancak yasa koyucu, dördüncü fıkrafta, “Vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri malî yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur” diyerek ana kuraldan ayrılmıştır. Buna karşın madde devamında tüm vergi davaları için bu istisnai kural geçerli olmadığı belirtilerek, yeniden üç durumda ana kurala dönmüştür.

Çalışmamızda öncelikle yürütmenin durdurulması kurumu ayrıntılı bir şekilde ele alınacak, daha sonra ise, vergi yargılamasında özellik arz eden durumlar, yürütmenin durdurulması talebinin hangi tür davalarda gerekeceği ve uygulamada sorun çıkan noktalar üzerinde durulacaktır.

¹ Zehreddin ASLAN, **İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması**, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, Alfa Yayınları, İstanbul, Haziran 2001, s.XIII

² İlhan ÖZAY, **Yargısal Koruma**, 2. Baskı, Alfa Yayınevi, İstanbul, Kasım 2001, s.166.

³ ASLAN, a.g.e., s.XIII

II- İDARİ DAVANIN YÜRÜTMİYİ DURDURMAYACAĞI KURALI

A- Genel Olarak

Bilindiği gibi, İYUK'un 27. maddesinin birinci fıkrasında “Danıştay’da veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz.” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre Türk İdare Hukuku’nda genel ilkeye göre, bir idari işlem aleyhine dava açılması ya da kanun yoluna başvurulması, aksi yasada düzenlenmedikçe, dava konusu idari işlemin veya yargı kararının yürütülmesine etkisi bulunmamaktadır¹.

B- İlkenin Ortaya Çıkış Sebepleri

1- İdarenin Kamu Yararı Amacı

Bilindiği gibi idare kamu ihtiyaçlarını gidermekle yükümlüdür. İdarenin faaliyetlerinde kamu yararı amacı hakimdir. Kamu yararının kişi yararına üstünlüğü ise tartışma bile götürmez.

Kişilerin her dava açması üzerine idari işlemin yürütülmesi otomatikman duracak olsaydı, o zaman idare felce uğradı. Hele ki kişilerin bu hakkı kötüye kullanmaları durumunda – ki pek muhtemeldir- bu sakınca daha da artar. Oysa idarenin süratli, düzenli ve istikrarlı çalışması gereklidir. Yerli yersiz, haklı haksız her dava üzerine idari faaliyetin durmasının kamu yararına aykırı olduğu izahtan varestedir².

Anayasa mahkemesi de bir kararında;

“4753 sayılı kanunda, yürütmenin durdurulması usulünün kabul edilmemiş olması kamu hizmetinin özelliğinden doğmaktadır. Kamu hizmetinin aralıksız, eksiksiz ve düzenli bir şekilde yürütülmesi esastır. Kamu hizmetlerinin ihdası veya yürütülmesi amacıyla idarenin yetkili organlarınca alınan icrai kararlar özel hukuktakinin tersine, bir hakim

¹ Vergi davalarında ise bu kural, İYUK'un 27. maddesinin üçüncü fıkrasına göre tam ters çevrilerek, sadece kanunda yazılı bazı durumlar haricinde davanın açılmasının, dava konusu verginin tahsilini durduracağı hüküm altına alınmıştır. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, Turgut, TAN, **İdare Hukuku C:2, İdari Yargılama Hukuku**, Mevzuattaki Son Değişiklikler İşlenerek Güncelleştirilmiş 2. Bası, Ankara 2006, s. 1059.

² Metin KIRATLI, “**Yürütmenin Durdurulması**”, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.21 Aralık 1966, S. 4, s. 175-176.

tarafından teyit edilmesine ihtiyaç duyulmaksızın yürütülür. Bu kararlardan zarar görenlere kararın kanuna aykırılığı sebebiyle iptalini istemek konusunda tanınmış olan hak arama hürriyeti ve idarenin bütün eylem ve işlemlerinin hiçbir halde yargı denetimi dışında bırakılamayacağı ilkesi, kendiliğinden yürütmenin yargı mercilerince durdurulması yetkisini kapsayıcı nitelikte sayılmaz.” diyerek bunun aksi düşünüldüğü takdirde idarenin fonksiyonunu yerine getirmesi ve kamu hizmetlerinin düzenli ve aralıksız olarak yürütülmesi mümkün olmayacağından, idarede anarşi yaratılmasına sebep olabileceği ifade edilmiştir¹.

Anayasa Mahkemesi’nin kararında kabul olunduğu gibi, yürütmenin durdurulması kararının, idarenin elini kolunu bağladığı, idareyi iş yapamaz duruma düşürdüğü sanılmamalıdır. Çünkü yargı denetiminin bütün öğeleriyle işlediği durumlarda bile idare, idare edilene göre üstün durumdadır. Şöyle ki, yargı merciine başvurma, icrai kararın yerine getirilmesini durdurmadığı gibi, yargı denetimini kural olarak idari karar alındıktan sonra cereyan eder. Ayrıca idare edilenler davacı durumunda bulundukları için de ispat yükü kendilerine aittir².

Kanunları uygulamakla görevli idare organı kamu hizmetini yürütebilmek için işlem tesis ederken bunların hukuka ve yasalara uygun olmasına da dikkat etmek zorundadır. Tek amaç idarece tesis edilmiş olan işlemin yürütülmesinden ibaret değildir; aynı zamanda yürütülecek olan işlemin hukuka ve yasalara da uygun olması da gerekmektedir. Bu sebeple, idarenin işleyişinin, kamu hizmetlerinin düzenli ve sürekli olarak yürütülmesinin sekteye uğratılmaması, kamu yararının zarara sokulmaması gerekiyorsa da hukuk devletinin gereği olarak davacıların özel yararlarının da korunması ve onların telafi edilemeyecek zararlara uğratılmaması gereklidir³.

2- Erkler Ayrılığı İlkesi

¹ Anayasa Mahkemesi’nin 29.11.1966 tarih ve E.1966/11, K. 1966/44 sayılı Kararı, (**Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi**, S.5, Ankara, 1972, s.3-25, ASLAN, a.g.e, s. 2.), (ASLAN, a.g.e., s.16.).

² ASLAN, a.g.e., s. 16.

³ ASLAN, a.g.e., s. 17.

İdari ve yargısal otoritelerin ayrılığı ve birbirine karşı bağımsızlığı ilkesi gereğince, yargı mercileri idareyi herhangi bir hal şeklini uygulamaya zorlayamazlar. Başka bir anlatımla onun yerine geçip icrai karar alamazlar. İdari dava açmakla yürütmenin kendiliğinden durmaması aynı zamanda bu ilkenin bir gereğidir. Aksi halde iptal davasının açılması üzerine yürütmenin de otomatikman durması, idarenin harekete geçmesinin yargıcın iznine bağlı olması ve idarenin yargıcın gösterdiği yolda hareket etmesi anlamına gelir ki bu da hukuk devletinin gereği olan erkler ayrılığına da aykırı olup, idarenin yargı mercilerine bağlı olması sonucunu doğurur¹.

3- İptal Davasının Objektif Niteliği

İptal davası bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi bizim hukuk sistemimizde de objektif öğeler içermektedir. İptal davasında yer alan objektif öğelerden biri, iptali istenen idari işlemin yürütülmesinin durdurulmasına ancak belli koşulların gerçekleşmesi halinde, mahkeme tarafından karar verilebilmesidir. Zira iptal davasında, yargılama konusu olan kişilerin sübjektif haklarından öte, idarenin işlemlerdir².

Hukuk sistemlerinin çoğunda yürütmenin durdurulması istisnaidir ve buna dava mahkemesi karar verir. Ancak Almanya, Finlandiya ve İsviçre'nin bazı kantonlarında, ön planda, hukuk düzenin değil, bireylerin sübjektif haklarının korunması olduğundan, dava açılması durumunda idari işlemin yürütmesi kendiliğinden durur³.

4- İdari İşlemlerin İcrai Olması ve Resen İcra İlkesi

İdarede bütün diğer hukuk özneleri gibi, görev ve faaliyetlerine hukuki eylem ve işlemlerle yürütür, yerine getirir, iradesini açıklar⁴.

İdare hukukunda karşılaştığımız işlemlerin hemen hemen tümü tek yanlıdır. İşlemin tek yanlılığından kasıt ortaya çıkan hukuki sonucun sadece tek bir iradenin ürünü olmasıdır ki, bu durum hukuki bir ilişkinin

¹ KIRATLI, a.g.m., s. 175.

² ASLAN, a.g.e, s. 14.

³ Ali Ülkü AZRAK, "İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerinde Düşünceler", **Onar Armağanı**, İstanbul, 1977, s. 148-149., FROMONT, Micheal, Çeviren: Celal ERKUT, "Avrupa Topluluğuna Üye Devletlerde, İdari Kararlar Karşısında Bireylerin Geçici Olarak Korunması Sorunu", **İHİD**, Y:7, S:13, 1986, s.39.

⁴ ASLAN, a.g.e., s. 18.

iki tarafın iradesinin uyuşması ile kurulacağı şeklindeki genel hukuk kuralına da istisna oluşturmaktadır¹. İşlemlerin tek yanlılığının sebebi özel hukuktakinin aksine kamu hukukunda, iradelerin eşitliği değil kamusal iradenin üstünlüğünün söz konusu olmasıdır². Bu üstünlük idareye özel kişilerde olmayan bir takım yetkilere ve imkânlarla sahip olmasına neden olurken, kamu makamlarına, kendilerine, bireylerle girdikleri ilişkilerde, onların iradesinden bağımsız bir şekilde ve etkiler yaratabilecek işlemler yapabilme yetki ve yeteneğini tanımaktadır. Bu da en çok idari işlemlerde ve özellikle icrai işlemlerde kendini gösterir³.

İcrai işlemler: “Kamu gücü ve kudretinin üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemler” olarak tanımlanabilir⁴.

Bu özellikleri itibari ile icrai işlemler tek bir tarafın iradesi ile hukuki değer kazanabilen işlemlerdir. Çünkü bu tür işlemlerin hukuki sonuç doğurabilmeleri için ilgililerin iradesine ihtiyaç bulunmadığı gibi ayrıca herhangi bir yargı yerinin araya girmesine gerek yoktur. Görüldüğü gibi her icrai karar idarece resen ve fiilen icra olabilme imkanını kendi içinde potansiyel olarak taşır. Bu ayrıcalıkların yanı sıra, idarenin işlem ve kararlarının diğer bir özelliği de, hukuka uygunluk karinesi taşımalarıdır. İcrai işlemin doğal sonucu olan bu ilkeye göre işlemler iptal edilinceye kadar hukuka uygun kabul edilir ve bütün hukuki sonuçlarını doğurur. Yani yargı yerinin, yönetimin aldığı etkili kararın hukuka uygunluğunu saptamasına gerek yoktur. İdari yargı önünde dava konusu yapıp iptal edilmek suretiyle hukuka aykırılığı ispat edilmediği sürece o işlem hukuka uygunluk karinesinden yararlanarak, geçerli ve sağlıklı addedilir. İşlemin yürürlüğünün durdurulabilmesi için yargı yerince yürütmenin durdurulması kararının alınmış olması ya da yasada açıkça bir kuralın bulunması gerekir⁵.

¹ Celal ERKUT, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, s. 13.

² İlhan ÖZAY, **Gün Işığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 181-182.

³ ASLAN, a.g.e., s. 19.

⁴ ERKUT, a.g.e., s. 119

⁵ ASLAN, a.g.e., s. 19-20.

Bir idari işlemin icrai olması, başka bir anlatımla hukuk düzeninde değişiklik yapması yetmez. Maddi düzende de değişme olmalıdır. Söz konusu bu değişme, ilgilinin kendiliğinden uyması sonucunda gerçekleşirse sorun yoktur. Buna karşılık, ilgililer, idari işlemin gereğine uymazlarsa o zaman söz konusu işlemin icrası (yürütülmesi) bir sorun olarak ortaya çıkar¹.

Bu durumlarda, icrai karara uyulmasını sağlamak amacıyla kanunlarda yer alan idari ve cezai yaptırımlar uygulamaya konur. Ancak bazı durumlarda idari ve cezai yaptırımlara rağmen kararın icrası mümkün olmayabilir. Bu gibi durumlarda, idarenin kararını icra etme yetkisinden yoksun olması demek, o kararın icrasından vazgeçmesi anlamını taşımaktadır ki bu durum, kamu düzeni ve kamu yararına aykırı olduğu için kabul edilemez. Bu nedenle idare bu gibi hallerde oldukça önemli bir imtiyaza sahiptir. Kararları zorla icra edebilir. Böylelikle resen icra yetkisi idareye bazı durumlarda kendiliğinden davranarak kamu düzenini tehdit eden veya tehlikeye sokan eylem ve durumları önlemek, durdurmak ve bozulanı geri getirmek olanağı verir². Başka bir ifadeyle bu yetki özel hukuk anlayışından tamamen farklı olup idarenin aldığı icrai kararların üçüncü şahısları alakadar etseler bile hâkimin araya girmesine gerek olmaksızın bizzat icra edebilme yetkisi şeklinde de tarif edilmektedir³.

III- YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE BENZER DİĞER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

A- Yürütmenin Durdurulması Kavramı ve Hukuki Niteliği

Genel olarak yürütmenin durdurulması kavramı “ verilen bir kararın yerine getirilmesini önlemek için, yetkili makamlara başvurarak kararın uygulanmamasını sağlamak.” olarak tanımlanabilir⁴. İdare hukukunda yürütmenin durdurulması ise hukuka aykırılık iddiası ile iptal davasına

¹ Yıldızhan YAYLA, **İdare Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1982, s. 155.

² ASLAN, a.g.e., s. 21.

³ ONAR, a.g.e., s. 1458

⁴ Ejder YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, Genişletilmiş Beşinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 894.

konu olmuş bir idari işlem hakkında yetkili yargı yerine kanunilik karinesine geçici olarak askıya alması, durdurmasıdır¹.

Yürütmenin durdurulması kararları kamu hukukunun temel ilkelerinden olan- idari işlemlerin icrai olması ve hukuka uygunluk ilkesine- aykırılık teşkil etmesi dolayısıyla olağanüstü bir prosedür niteliğinde olup, idarenin tesis etmiş olduğu işlemlerin kendiliğinden yürürlük kazanması ve yargı yolu ile yürütmenin durdurulması kararı verilmediği takdirde idari işlem icrası ilkelerinin karıştığını ve dengesini oluşturur².

Böyle bir imkânın davacıya verilmesinin sebebi telafisi güç ve ciddi zararlarla karşılaşmasına engel olunmak istenmesidir.

Mahkemelerin yürütmenin durdurulması istemindeki kararları yargılama esnasında verilen, nihai karar niteliği taşımayan sadece peşin ve muhtemel bir kanaattir. Daha doğrusu mahkemenin ilk nazarda şimdilik ve geçici olarak edindiği bir kanaat olmak dolayısıyla bu bir aykırılık karinesidir.

Bu karine hiç değilse, somut bir olay ve davada, yargı süzgecinden geçilerek dava konusu işlem hakkında verilen kazai bir karinedir. Bu itibarla elbette ki, bir faraziyeden ibaret olan idari işlemin mevzuata ve hukuka uygun olduğu yolundaki genel, teorik ve soyut karineden daha kuvvetli ve üstündür³.

Yürütmenin durdurulması kararının tıpkı iptal kararı gibi yargısal bir karar olduğu şüphesizdir. Çünkü bilindiği gibi, yargı yerlerinin ve yargıçların yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili her türlü işlem Anayasamıza göre yargısal işlemdir. Şu halde yürütmenin durdurulması kararları da yargı yeri olan idare mahkemelerinin yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili olarak verdiği birer karar olmaları sebebiyle, nihai karar olmamasına rağmen bir mahkeme kararıdır. Öte yandan yürütmenin durdurulması, yargısal bir karar olmakla beraber başlı başına bir dava değil, iptal istemi ile ileri sürülebilecek bir husustur. İptal davasının

¹ ÖZAY, a.g.e., s. 165.

² ASLAN, a.g.e., s. 27.

³ ASLAN, a.g.e., s. 28.

ayrılmayan bir parçası, bir unsuru ve onun için de bir önlem niteliğindedir. Şöyle ki iptal davası ön koşullar yönünden reddedilirse, yürütmenin durdurulması için gerekli koşullar gerçekleşmiş olsa bile böyle bir karar verilemez¹.

Yürütmenin durdurulması kararları yargı kararları sayılsa da yargı fonksiyonu içerisinde yer alıp almadığı tartışmalıdır. Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda yürütmenin durdurulması yetkisinin mutlak olarak yargı erki kavramı içinde olmadığı sonucuna varmıştır. Yüksek Mahkeme bu düşünce ile 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanununun 28. maddesinde yer alan yürütmenin durdurulmasına karar verilemez hükmünü, yürütmenin durdurulması yetkisini kanuni düzenleme alanı içinde görerek Anayasaya aykırı bulmamıştır².

Anayasa Mahkemesini bu sonuca götüren görüşlerin başında, yürütmenin durdurulması müessesesinin ihtiyati tedbir niteliğinde bir usul hükmü kabul etmiş olması gelmektedir³. Hâlbuki aşağıda ayrıntılarıyla inceleneceği gibi yürütmenin durdurulması kurumu ihtiyati tedbirden çeşitli yönlerden farklıdır.

Hak aramak için Anayasa ve yasalarla kabul edilen bütün meşru vasıta ve yollar sadece yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olmak, mahkemelerin görev ve yetkileri içindeki davaya bakmaktan kaçınamamaları, yargı yolunun açık olması, mahkemelerin bağımsızlığı hâkimlerin güvenceli olması gibi hallerden ibaret değildir.

Davacı ve davalı olarak hak arama, dolayısıyla hak elde etme amacıyla yürütmenin durdurulması kararının verilmesini istemek de Anayasadaki meşru vasıta ve yollardandır. Hak ve hakikati ortaya çıkartmak için gerekli meşru vasıta yolları arasında yürütmenin durdurulması kararları netice sağlayacak en emin ve etkili yoldur. Yoksa Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği gibi ikincil nitelikteki bir hak değildir⁴.

¹ ASLAN, a.g.e., s. 28-29.

² Anayasa Mahkemesi, 13.03.1964 T., E. 1963/162, K. 1964/19; Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, S. 2, Ankara, 1965, s. 71 .

³ ASLAN, a.g.e., s. 30-31.

⁴ ASLAN, a.g.e., s. 31.

Anayasa Mahkemesi, 509 sayılı Türk Telekomünikasyon A.Ş.’nin Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin iptali istemiyle açtığı davada içtihadını değiştirerek, yürütmenin durdurulmasını yargı fonksiyonun zorunlu bir unsuru olarak görmüştür.

“...yürütmenin durdurulması, yargılama evrelerinde yargının denetim etkinliğini arttırıcı bir araç olarak yargı yetkisinin bütünlüğü içinde yer alır.” denilerek yürütmenin durdurulması hukukun genel ilkelerini ve adaletle yargılamayı da içeren hak arama özgürlüğünün doğal sonucu olarak görülmüştür¹.

Günümüzde idari yargı açısından yürütmenin durdurulması kurumu anayasal bir kurum statüsü kazanmıştır. Anayasa ve ilgili yasa hangi durumlarda yürütmenin durdurulması kararını verebileceğini açıkça belirtmesi yanında, hangi hallerde bu imkânın ortadan kaldırılabileceğini de hüküm altına almıştır².

B- Benzer Diğer Kavramlarla Karşılaştırılması

1- İptal Kararı - Yürütmenin Durdurulması

Yürütmenin durdurulması kararı ile iptal kararı arasında benzerlikler olduğu gibi, farklılıklar da bulunmaktadır.

a- Farklılıkları

- Bir davada iptal kararı vermek, dava konusu idari işlemin hukuka ve mevzuata aykırı olduğunun tespit edilmesi demektir. Oysa yürütmenin durdurulması kararında böyle olmayabilir. Davanın başka aşamalarında ortaya çıkabilecek yeni delil ve durumlarla davanın seyri değişebilir ve başlangıçta açıkça hukuka aykırı görünen idari işlemin, daha sonra hukuka uygunluğuna karar verilerek dava esastan reddedilebilir³.

- Bu itibarla yürütmenin durdurulması kararları ile iptal kararları arasında nitelik farkı da oluşmaktadır. İptal kararları uyuşmazlığı çözen

¹ Anayasa Mahkemesi, 21.10.1993, T., E. 1993/33, K. 1993/40-1; R.G., T. 6.11.1993, S. 21750 Aynı gerekçe için bkz. Anayasa Mahkemesi, 11.4.1994 T., E.1994/43. K. 1994/42-1, R.G., T. 15.4.1994, S.21906 (ASLAN, a.g.e., s.32.)

² ASLAN, a.g.e., s. 32.

³ Muammer OYTAN, **Danıştay’da Görülen Davalarda Yürütmenin Durdurulması**, Ülkemiz Matbaası Ankara, 1973 s.254.

kesin hüküm olabilen, işlemi ortadan kaldıran kararlar olabilirken; yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlar ise, konusu olan idari işlemi değil, idari işlemin yürütülebilirliğini ortadan kaldıran (durduran) bir nitelik taşır¹.

- İptal kararı genellikle, ancak idare tarafından bir takım işlemler ve eylemler yapılarak yerine getirilir. Oysa yürütmenin durdurulması kararı çoğu kez idarenin harekete geçmesine gerek olmadan kendiliğinden yerine gelir.

- İptal kararı, idareye açıkça bir emir ve direktif ihtiva etmez. Karar, sadece işlemin iptal olduğunu söylemekle yetinir. Ancak, yürütmenin durdurulması kararında emir ve direktif açıkça yer almaktadır. Böyle bir kararın verilmesi idareye dur emrinin verilmesi demektir².

b- Benzerlikleri

- Her iki karar da etkileri bakımından eş durumdadır ve geriye yürürler. Başka bir anlatımla, her iki karar da geçmişe yürür; mahkemenin kararı verdiği tarihten itibaren değil, işlemin tesis edildiği tarihten itibaren ortadan kaldırılır veya etkileri giderilir³.

-Her iki karar da geciktirilmeden yerine getirilmesi gerekmektedir.

-Her iki karar da herkes tarafından uyulması zorunlu kararlardır. Uyulmaması durumunda idarenin sorumluluğuna gidilebilir.

İptal ve yürütmenin durdurulması etkileri bakımından eş oldukları Danıştay'ın da birçok kararında ifade edilmiştir.

“ İdare Hukuku ilkelerine göre, iptal kararları iptali istenen idari tasarrufu ve ona bağlı işlemleri yapıldıkları tarihten itibaren ortadan kaldırarak o tasarrufun yapıldığı tarihten önceki hukuki durumu ortaya koyar.

Bir iptal davasında verilmiş olan yürütmenin durdurulması kararı da aynı niteliktedir. Yani henüz ortada bir iptal kararı bulunmadığı halde,

¹ Ragıp SARICA, **Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması**, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, Ankara, 1966 s.32.

² SARICA, **Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması**, s. 32.

³ Nesrin SÖYLEMEZ, **Yürütmenin Durdurulması** Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enst. Ankara, 1990 s. 10

iptali istenen idari tasarrufu ve onun sonucu olan işlemleri durdurur ve bunların yapıldıkları tarihten önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlar¹”.

2- İhtiyati Tedbir – Yürütmenin Durdurulması

İhtiyati tedbir, davacının davayı kazanması halinde dava konusu mala (müddeabih) kavuşmasını daha dava sırasında (hatta davadan önce) emniyet altına almaya yarayan tedbirlere denir².

Günümüzde hâkimlerin ve mahkemelerin azlığı ve buna bağlı olarak mahkemelerinin iş yükünün fazlalığı davanın ikamesi ile hükme bağlanması arasında geçen sürenin artmasına sebep olmaktadır.

Bu süre zarfında, açılan davanın hükümle sonuçlanıncaya kadar geçecek süre, davanın sonunda alınacak olan hükmün icra edilebilmesi, artık mümkün olmayabilir. İşte bu tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla ihtiyati tedbir müessesesi tanzim edilmiştir³.

Yürütmenin durdurulması kararı, adli yargıdaki ihtiyati tedbire benzese de amaç, konu, usul, icrası, süresi ve sonucu bakımından farklılıkları vardır⁴.

a- Usul Bakımından

İhtiyati tedbir dava açılmadan önce de istenebilir. Yürütmenin durdurulması ise dava açılmadan istenemez.

İhtiyati tedbir kararı, davadan önce en az masrafla en çabuk nerede ifası mümkünse, o yer mahkemesinden de istenebilir. Dava açıldıktan sonra da, dava mahkemesi gerekli görürse, başka bir mahkemeyi ihtiyati

¹ Danıştay Sekizinci Dairesi, 21.10.1982 T., E. 1981/552, K.. 1982/1196. Aynı yönde kararlar için bkz. 9.7.1966 T., 1966/7 sayılı Danıştay İçtihatları Birleştirme Kararı, Danıştay Üçüncü Dairesi, 4.4.1979 T., E. 1979/190, K. 1979/265 ve Danıştay Onuncu Dairesi, 15.2.1990 T., E. 1989/2490, K. 1990/270.

² Baki KURU-Ramazan ASLAN-Ejder YILMAZ, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin yay., Ankara, 1999, s.554.

³ Saim ÜSTÜNDAĞ, **Medeni Yargılama Hukuku**, c. I-II 4. Bası, İstanbul, 1989, s. 481., Yavuz ALANGOYA, Kamil YILDIRIM, Nevhis DEREN-YILDIRIM, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, Alkım Yay., 6. Bası, İstanbul 2006, s. 436.

⁴ KIRATLI, a.g.m., s. 179-181., AKURAL, a.g.m., s.123., Lütfi DURAN, **Danıştay ve Yürütmenin Durdurulması**, Ankara, 1966, s. 40-44.

tedbir alınması hususunda, istinabe edebilir. Yürütmenin durdurulmasına ise ancak kendilerine dava açılmış idari yargı yerleri karar verebilir.

İhtiyati tedbirde, hâkim kural olarak bazı istisnalar olmakla beraber iki tarafı dinledikten sonra karar verir. Yürütmenin durdurulmasında ise diğer tarafın savunmasını almaya engel bulunmamakla beraber zorunluluk da yoktur.

b- Amaç Bakımından

Yürütmenin durdurulması kararları, idarenin icrai yani kendiliğinden hukuk âleminde değişiklik yapan, uyulması zorunlu bulunan iradesini askıya almasına ve işlemez hale getirilmesine karşılık, ihtiyati tedbir, ihtilaflı durumun muhafazası amacına yöneliktir. Başka bir anlatımla, yürütmenin durdurulmasında ilgili tarafın iradesi talik ediliyor, ihtiyati tedbirde ise iradesini talik etmiyor, sadece ihtilaflı durumun olduğu gibi muhafazasını temine çalışıyor.

c- Konu Bakımından

Yürütmenin durdurulması kararları konu bakımından sadece idari işlemin veya yargı kararının uygulanmasını durdurmak olduğu halde, ihtiyati tedbir ile yapma-yapmama konusunda taraflara emir verilmesi, bir malın bir yerden alınıp başka bir yere teslimi, mühürlenmesi, devrinin önlenmesi, satılıp bedelinin muhafazası gibi çeşitli tedbirlerin alınması mümkün kılınabilir.

d- İcrası Bakımından

Yürütmenin durdurulması kararlarının idarece uygulanması söz konusudur. İhtiyati tedbirler ise esas itibarıyla icra dairelerince uygulanır. Kimi zaman mahkeme baş kâtip veya zabıt kâtiplerinden biri tarafından da ifasına karar verebilir.

e-Süre Bakımından

İhtiyati tedbir kural olarak esas hakkında hükmün verilmesi ile kalkar. Ancak hüküm ihtiyati tedbir verilen kimsenin lehine ise, mahkeme hükmün uygulanmasını temin için ihtiyati tedbir kararlarının bir süre daha devam etmesine karar verebilir.

Yürütmenin durdurulması kararlarına gelince, iptal davalarında, iptal kararı verilince artık yürütmenin durdurulmasının devam etmesine lüzum kalmaz.

f- Sonuç ve Kapsam Bakımından

Yürütmenin durdurulması kararları idari işlemin yapılmasından önceki durumun korunmasını sağlar ve genel olarak üçüncü şahısları değil, işlemi yapan idareyi ilgilendirir. Buna karşılık ihtiyati tedbirin geçmişe etkisi yoktur ve üçüncü şahısları da ilgilendirir.

3- Ara Karar - Yürütmenin Durdurulması

Ara kararları yargılamaya son vermeyen, bilakis onu yürütmeye, ilerletmeye yarayan kararlardır. Hâkim, yargılamayı yürütmek için davada bir çok ara karar verir. Bütün bu kararların ortak niteliği hakim bu kararlarla davadan elini çekmeyip, bilakis davaya devam etmesidir. Örneğin, görev itirazının reddi ve bir delilin kabule şayan olup olmadığına ilişkin kararlar, birer ara karardır¹.

Bir görüşe göre, yürütmenin durdurulması kararı ihtiyati tedbir kararı gibi, koruyucu ve önleyici mahiyeti bulunan ve hatta şartların mevcudiyeti halinde de, her an kaldırılması mümkün bulunan bir ara karar olup, mevcut bir uyuşmazlığı verildiği anda sona erdiren, diğer bir deyişle haklıyı haksızı ayıran ve hukuk ilminin anladığı anlamda bir ilam değildir².

Yürütmenin durdurulması kararı ara karara benzese de tam bir ara karar sayılması güçtür. Her ne kadar hüküm öncesi verilen bir karar ise de –teknik anlamda- ara karar değildir. Yürütmenin durdurulması kararı hakkında ciddi bir şüphenin mevcut olduğu bir hukuka aykırılığı ve bunun sonradan telafisi güç veya imkânsız zararlarını önlemek amacıyla alınan ancak davanın esasına etkisi olmayan koruyucu bir tedbirdir. Oysa bir delilin kabule şayan olup olmadığı veya bir belgenin geçerliği hakkındaki bir ara kararı davanın esasını doğrudan doğruya etkiler³.

¹ KURU-ARSLAN-YILMAZ, a.g.e., s. 428.

² ASLAN, a.g.e., s. 39.

³ ASLAN, a.g.e., s. 39.

Ara karar ile yürütmenin durdurulması kararları arasında bir diğer fark ise ara kararla müktesep bir hak elde edilebilirken, yürütmenin durdurulması kararı ile davacı lehine müktesep hak oluşturmaması söz konusu değildir.

IV- YÜRÜTMENİN DÜRDÜRLÜMASI KARARI VERİLEBİLMESİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanundan önce Danıştay'ın verdiği yürütmenin durdurulması kararlarında gerekçe belirtmeden, ancak yürütmenin durdurulması istemlerinin kabul edilmesi için şu iki nokta öngörülmekteydi.

Dava dilekçesi ve belgeler üzerinde yapılan incelemeler sonucunda, dava konusu işlemin iptal edilebilmesi ihtimalinin galip olması,

Yukarıdaki şart da göz önünde bulundurularak, davacı için sonradan telafisi imkânsız bir zararın meydana gelmesi konusunda ciddi bir belirtinin olmasıdır.

Bu dönemde Danıştay'ın vermiş olduğu yürütmenin durdurulması kararı kamuoyunda büyük yankılar uyandırmış; çokluğu veya bazılarının yanlışlığı sebebiyle eleştirilmiştir.

Söz konusu eleştiriler nedeniyle T.C. 1982 Anayasası hazırlanırken Anayasa'dan daha önce çıkarılmış bulunan İYUK'da yer alan yürütmenin durdurulması için gereken şartlar Anayasa'nın 125. maddesine de aynen aktarılmıştır. Maddenin gerekçesinde de şöyle denilmiştir: “Yürütmenin durdurulması kararları hususunda uygulamada ortaya çıkan tartışmalar da dikkate alınarak hangi hallerde yürütmenin durdurulması kararı verileceği açıklıkla belirtilmek yoluna gidilmiştir. Bu şekilde yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için maddede gösterilen iki şartın bir arada bulunması ve ayrıca gerekçe gösterilmesi gerekmektedir.”¹

¹ Kani EKŞİOĞLU, **Gerekçeli Anayasa**, Yasa Yayınları, İstanbul, 1983, s. 126 .

Yürütmenin durdurulması kararlarında iki şartın birlikte bulunması şartını getiren yasa koyucu bununla da yetinmeyerek iki şartın ne surette gerçekleşmiş olduğunun da gösterilmesi mükellefiyetini yüklemiştir¹.

Her iki şartın birlikte gerçekleşmediği durumlarda yürütmenin durdurulması kararı verilemez hükmü, yürütmenin durdurulması kurumunun işlevine aykırı bir niteliktedir. Yürütmenin durdurulmasının genel mantığı iptal hükmünün geriye yürür bir şekilde etki yapması, yapabilmesi olduğuna göre, bunu engelleyecek bir koşulun varlığı yeterli görülmeli, başka bir koşulun gerçekleşmesi aranmamalıdır. Çünkü madde de anılan her iki şartın bir arada gerçekleşmediği durumlarda da, bireylerin telafisi güç ve imkânsız zararlarla karşılaşması mümkündür².

A- ESASA İLİŞKİN ŞARTLAR

1. Hukuka Aykırılık

Açıkça hukuka aykırılık koşulunun gerçekleştiğinin tespiti, yürütmenin durdurulması kararı verecek olan mahkeme için büyük sorun oluşturmaktadır³. Bilindiği gibi hukuka aykırılık zaten iptal davasının esasına ilişkin bir koşuldur ve bunun ilk bakışta ya da başta anlaşılabilmesi ancak yetki unsuruna ilişkin ve çok açık tecavüzlerde veya yokluk halinde mümkündür. Maksat, sebep, konu ve bir ölçüde şekil, usul unsurları yönünden hukuka aykırılık ise çoğu kez davanın son aşamalarına kadar elle tutulur bir şekilde ortaya çıkmaz⁴.

Bu nedenle ÖZAY'a göre “sokaktaki sağduyu sahibi bir kimsenin sezinleyebileceği kadar hukuka aykırılık “kokusu” yürütmenin durdurulabilmesi için yeterli olabilmelidir”⁵.

¹ ASLAN, a.g.e., s. 44.

² ASLAN, a.g.e., s. 45.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Osman ERMUMCU, “İdari Yargıda Yürütmeyi Durdurma Müessesesinin Yasal Düzenlemeden Kaynaklanan Çelişkileri”, **Maliye ve Sigorta Yorumları**, 1 Nisan 1998, Sayı:269, s.34 vd.

⁴ İlhan ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 466.

⁵ ÖZAY, **Yargısal Koruma**, s.175. Karş. Görüş için bkz. Turgut CANDAN, “İdari Yargılama Usulü Kanununda Yapılan Son değişiklikler Çerçevesinde Yürütmenin Durdurulması Müessesesi I”, **Yaklaşım Dergisi**, Ekim-1994, S. 22, s. 38.

Öte yandan burada istenen hukuka aykırılık koşulu, yalnızca kanuna ve mevzuat aykırılık hali değildir. Hukuka aykırılık, kanuna ve mevzuata aykırılığı kapsayan daha geniş ve genel bir kavram olup, eşitlik, adalet, hak ve nefaset kurallarını da içine alan bir kavram olarak anlamak gerekir¹.

Açılan davalarda hukuka aykırılık şartı üzerinde fazlasıyla durulması, yürütmenin durdurulması kararının verilmesine ilişkin durumu esası inceleyen mini bir oturuma dönüştürebilir. Örneğin “Savarona” ile ilgili yürütmenin durdurulması kararı dava açıldıktan takriben beş ay sonra verilebilmiştir. İşte bu olay, yürütmenin durdurulabilmesi kararının verilebilmesi için gerekli, açıkça hukuka aykırılığın tespitinin ne kadar uzun bir süre alabileceğine güzel bir örnektir².

Özet olarak vurgulamak gerekirse aşağıda incelenecek olan telafisi güç durum ilkesine öncelik tanınmalı bunun gerçekleştirilebileceğine ilişkin en ufak bir ihtimal bile söz konusu ise, açıkça hukuka aykırılık ilkesi daha fazla araştırılmadan yürütmenin durdurulması kararı verilebilmelidir³.

2- Telafisi Güç ve İmkânsız Zararlar

Yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli koşullardan biri de işlemin uygulanması halinde giderilmesi güç veya imkânsız zararların doğması halidir. Bu zararlar maddi ve manevi nitelikte olabilir. İşlemin uygulanması halinde, muhatabın maddi veya manevi yönden zor durumda kalması ve bu zor durumun tahammül edilmesi güç ağırlıkta olması kanunun kabul ettiği “giderilmesi güç veya imkânsız zarar” deyiminin objektif niteliğini belirler⁴.

Başka bir anlatımla verilecek iptal kararının geriye yürür bir biçimde uygulanabilmesi, eski halin iadesi, başka bir deyişle o işlem sanki hiç

¹ Celal KARAVELİOĞLU, **Değişiklik – Açıklama ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 5. Baskı, Cilt II, Ankara, 2001, s.1221.

² ASLAN, a.g.e., s. 46.

³ ÖZAY, **Yargısal Koruma**, s.174.

⁴ KARAVELİOĞLU, a.g.e., s. 1221.

yapılmamış gibi bir olgunun gerçekleşebilmesinin önleyici her durum telafisi güç ya da imkânsız sayılmalıdır¹.

Yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için bulunması gerekli olan zararın “ağır, giderilmesi güç veya imkânsız” niteliği objektif olmalıdır. Kanunun amacı, “herkes için aynı anlama gelebilecek vasıfta giderilmesi güç veya imkânsız zarar” söz konusu olmadıkça yürütmenin durdurulması kararı verilmemesi yönündedir. Öğrenci işlerindeki sene kaybına yol açacak durumlar, giderilmesi güç veya imkânsız nitelikli zararı gösterilebilecek en önemli örnektir. Ayrıca, inşaat yıkma kararlarında da zarar ihtimalinin giderilmesi güç nitelikli olduğu mahkemelerce kabul edilmektedir².

Özet olarak yinelemek gerekirse yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için kanunda yazılı her iki şarttan telafisi güç ve imkânsız zarar şartına öncelik verilmesi yürütmenin durdurulması kurumunun amacına da uygun olacaktır.

Maalesef uygulamada idari yargı mercileri, açıkça hukuka aykırılığı tespit etmekte çok kararlı görülmektedirler. Bunu sağlamak için ise telafisi güç ve imkânsız zarar doğması ihtimalini bir tarafa bırakarak, zaman endişesi de olmadan her türü keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırmakta arka arakaya ara kararlar vermektedirler³.

B- Usule İlişkin Şartlar

1- Yürütülebilecek Bir İdari İşlemin Varlığı Gereklidir

Her şeyden önce yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi için, iptal davasına konu olabilecek ve yürütülmesi halinde telafisi güç veya imkânsız zararlara sebep olabilecek, açıkça hukuka aykırı bir idari işlemin varlığı gerekmektedir.

2- İptal Davası Açılmadan İstenemez

Bilindiği gibi yürütmenin durdurulması talebi, iptal davası açılırken dava dilekçesinde veya davanın açılmasından, davanın sonuçlanacağı

¹ÖZAY, **Yargısal Koruma**, s.174.

² KARAVELİOĞLU, a.g.e., s. 1220-1221.

³ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, 2.12.1991 T., Y.D. İtiraz No: 1991/1663. (ASLAN, a.g.e., s. 48-49.).

nihai hükme kadar geçen süre zarfında istenebilir. Başka bir anlatımla, dava açılmadan herhangi bir işlemin yürütülmesinin durdurulması istemiyle yargı yerlerine müracaat mümkün değildir.

Söz konusu bu şart, Danıştay'ın birçok kararına konu olmuştur. Örneğin Danıştay 1984 yılında vermiş olduğu bir kararında

“ İdari yargı ile Danıştay’a başvurulacak herhangi bir idari işlemin yürütülmesinin durdurulması kararı verilmesinin istenebilmesi için idari işlem hakkında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun üçüncü maddesi uyarınca dava açılması gerekir¹.” şeklinde hüküm vererek, bu genel şartı tekrar etmiştir.

3- Yürütmenin Durdurulması Ancak İstem Üzerine Verilir.

İYUK’un “Yürütmenin Durdurulması” başlıklı 27.maddesinin birinci fıkrasında, Danıştay’da veya idari mahkemelerde dava açılmasının dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmayaacağı hüküm altına alınmıştır. Bu cümleden olarak, yürütmenin durdurulması için mutlaka davacının bu konuda mahkemeden bir isteminin bulunması gerekir.

Başka bir ifadeyle, idari işlem aleyhine dava açılması veya kanun yollarına başvurulması, dava konusu işlemin yürütülmesini re’sen durdurmaz. Bunun için ya dava dilekçesinde ya da yargılamanın devam ettiği sırada davacının yazılı talebi gerekmektedir².

4- Yürütmenin Durdurulması Ancak Davacı veya Avukatı Tarafından İstenebilir.

Yürütmenin durdurulması talebi, davacının şahsına bağlı bir haktır. Bu itibarla, istemin bizzat davacı (varsa vekili-avukatı) tarafından yapılması gerekir. Davacı dışındaki üçüncü kişilerin ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 57. maddesine göre taraflar ile birlikte hareket etmek zorunda olan müdahillerin yürütmenin durdurulması isteminde bulunmaları mümkün değildir³.

5- İstemde Bulunan Taraf Teminat Göstermelidir

¹ Danıştay Dokuzuncu Dairesi, 30.05.1984 T., E. 1984/110, K. 1984/257. (ASLAN, a.g.e., s.50).

² ASLAN, a.g.e., s.50.

³ KARAVELİOĞLU, a.g.e., s.1216.

Yürütmenin durdurulmasına ilişkin karar verilmesi dava sonunda işlemin iptal edilmemesi durumunda idare için zarar doğmasına sebep olabilir¹. Bu nedenle, kanun koyucu İYUK'un 27. maddesinin beşinci fıkrasında, yürütmenin durdurulması kararlarının teminat karşılığında verileceğini hüküm altına almıştır.

Ancak, idareden ve adli yardımdan yararlanan kimselerden teminat alınmaz (İYUK 27/5). Genel olarak teminat, belli bir hukuksal durumu sağlamak için verilen garantidir². Yürütmenin durdurulmasında ise idari işlemin durması sebebiyle idarenin uğrayabileceği zararın garanti edilmesidir.

Söz konusu teminatlar, İYUK'un 31. maddesinin yapmış olduğu atfa istinaden, idari davalarda HMK 87. maddede ve vergi davalarında ise Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 10. maddesinde sayılan teminatlardır.

Her ne kadar, idareden ve adli yardımdan faydalanan kimseler haricinde, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için teminat aranacağı kural ise de, uygulamada çoğu zaman akçalı işlerde teminat aranmakta, buna karşılık kamu görevlisi, emekli, öğrenci gibi kimselerden güvence alınmamaktadır³. Yani davacıdan teminat istenmesi zorunlu bir unsur değil somut olaya göre idari yargının takdirine bırakılmıştır. Vergi davalarında bile çoğu zaman teminat aranmamaktadır. Örneğin yerel bir mahkemenin kararında

*“...davacı şirketten gecikme zammı veya gecikme faizi istenemeyeceğinden, gecikme zammının tatbiki suretiyle hesaplanan stopaj ve fon payının ödeme emri ile takibe alınarak tahsili cihetine gidilmesinde hukuka uyarlık görülmediğinden, açıkça hukuka aykırı olan ve uygulanması halinde telafisi güç ve imkansız zararlar doğuracak olan dava konusu ödeme emrinin dava sonuna kadar teminat aranmaksızın yürütülmesinin durdurulmasına...”*⁴ şekilde karar verilmiştir.

¹ ASLAN, a.g.e., s.51.

² Ejder YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, Genişletilmiş Beşinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s. 807.

³ GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s. 455.

⁴ Adana 1. Vergi Mahkemesi, 03.10.2003 T. E. 2003/679 (Karar yayımlanmamıştır).

Kimi zaman teminat miktarı yönetsel yargı yerince yürütmenin durdurulması kararında belirtilir.

“ ... uyuşmazlık konusu vergi ve ceza miktarı kadar kanunen geçerli teminat karşılığında yürütmenin durdurulmasına.”¹.

Kimi kez de, bu işi idareye bırakır. İdareye bırakıldığı hallerde, taraflar aralarında teminat miktarı konusunda anlaşamazlarsa, bu anlaşmazlık, yürütmenin durdurulması kararını veren yargı yerince giderilir².

6- Yürütmenin Durdurulmasına İlişkin Karar Gerekçeli Olmalıdır

02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Yasa'nın 57. Maddesiyle yapılan değişiklikten önce, İYUK'un 27. maddesinin ikinci fıkrası, “ Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler” şeklindeydi.

Söz konusu yasa maddesiyle yapılan değişiklik neticesinde, anılan madde “Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir. Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur. Sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemez” hükmüne yer verilmiştir” şeklinde düzenlenmiştir.

¹ Danıştay Dördüncüsü Dairesi 07.10.1987 T. ve E. 86/5213(GÖZÜBÜYÜK-TAN a.g.e, s. 1065.).

² GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s. 455.

Söz konusu değişiklikle, yürütmenin durdurulması kararlarının verilmesi, daha da güç hale gelmiştir. Zira yasa metninin eski şeklinde, gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulması kararı verilebilir” denilirken, son değişiklikle “hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunluluğu” getirilmiştir.

İYUK’un 27. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde, yukarıda esasa ilişkin şartlar anlatılırken, yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesi için, dava konusu idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve söz konusu aykırılığın durdurulmaması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceği şartlarının her ikisinin bir arada gerçekleşmesi gerektiğini açıklamıştık.

Ancak yasa koyucu bu şartların gerçekleşmiş olmasını kâfi görmemiş, ayrıca yürütmenin durdurulması kararının gerekçeli verilmesini isteyerek, söz konusu şartların ne şekilde gerçekleştiğinin kararda gösterilmesini istemiştir¹.

Kararların gerekçeli olması, kimi yazarlar tarafından yürütmenin durdurulması konusundaki içtihadın izlenmesi açısından gerekli görülmüş ve yargıcın ihsası reyî (yargıcın dava hakkında görüşünü açıklaması) olarak kabul edilmemiştir².

Ancak ASLAN’A göre her iki koşulun ne şekilde gerçekleştiğinin gerekçede gösterilmesi zorunluluğu, yürütmenin durdurulması kararlarının daha az verilmesine yönelik bir düzenleme getirmektedir. Bu hüküm yürütmenin durdurulması kurumunu tamamen etkisiz bırakacak ve mahkemelerin artık bu konuda hiçbir karar veremez hale gelmelerini sağlamaya yönelik bir izlenim uyandıracaktır³.

Aynı zamanda gerekçe gösterilerek karar verilmesi zorunluluğunun getirilmesi, yürütmenin durdurulması kararının verilmesinde bazı çekinmelere yol açacağı unutulmamalıdır. Özellikle açıkça hukuka

¹ ÖZAY, a.g.e., s.175.

² Bkz Muammer OYTAN, **Danıştay’da Görülen Davalarda Yürütmenin Durdurulması**, Ülkemiz Matbaası Ankara, 1973 s. 173. Krş görüş için bkz.ERMUMCU, a.g.m., s.34 vd., GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s. 456, ÖZAY, a.g.e., s.175., ASLAN, a.g.e., s.44.

³ ASLAN, a.g.e., s.45.

aykırılığın tespit edilmesi zorunluluğu karşısında bunun aksini düşünmek mümkün değildir. Bu durumda yürütmenin durdurulması kararının gerekçesiyle, davanın esastan karara bağlanmasında ortaya çıkacak gerekçenin birbiriyle çelişmesi ihtimal dâhilindedir. Yürütmenin durdurulmasına karar verilen bir davada, esastan çözümde davanın reddine karar verilebilir. İşte bu olumsuz neticeler hâkimin çekingen davranmasına neden olabilir¹.

Mevcut düzenlemeye aynen uyulması halinde bazen ilk dilekçeyle bazen birinci savunmadan sonra gerekçeli yürütmenin durdurulması kararı verilmesiyle hâkim ihsası reyde bulunmakta ve davanın sonucu (karşı iddialar ve belgeler ileri sürülmeden) belli olmaktadır. Bir nevi yargılamanın bundan sonraki safhası taraflar nezdinde anlamsızlaşmaktadır. Hatta davanın taraflarında hâkimler hakkında peşin hükümler oluşmakta, bu konuda tedbir alma yolları denenmektedir. Aksi bir uygulamada ise yani gerekçesiz yürütmenin durdurulması kararı yazmak veya açıkça hukuka aykırılığı ortaya koymayan gerekçe yazılması Anayasa'ya ve yasa hükmüne aykırı olmaktadır. Bu nedenle Anayasa ve yasada düzenlenen iki koşulun birisi olan açıkça hukuka aykırılığın tespiti hâkimin ihsası reye ve yargılamanın tetkik gereklerini yerine getirmeden hüküm vermeye zorlamaktadır².

İdari Yargılama Usulü Kanunu yürürlüğe girmeden önce Danıştay, gerekçesiz yürütmenin durdurulması kararları verebildiğinden böyle bir sorun doğmamaktaydı. Danıştay, gerek yürütmenin durdurulması, gerek istemin reddine ilişkin kararlarında gerekçe olarak, “ meselenin mahiyetine ve davanın tasvir şekline göre” deyiimi kullanılmakla yetinilmekteydi. Danıştay'ı böyle hareket etmeye iten neden, işin esasını karara bağlamadan önce, görüş belirtmek kuşkusuydu. Ancak İYUK bu kuşkuyu paylaşmamış olacak ki yürütmenin durdurulması kararlarının gerekçeli olacağı kuralını getirmiş ve ayrıca bu kural Anayasa'da yer almıştır. Unutmamak gerekir ki yürütmenin durdurulması kararında hem işlemin açıkça hukuka aykırılığı, hem de telafisi güç veya imkânsız zararların doğması koşullarının gerçekleştiği konusunda gerekçeli karar vermek, iptal davasının esasını karara bağlamak anlamına gelecektir.

¹ ASLAN, a.g.e., s.45.

² ASLAN, a.g.e., s.45.

Henüz tarafların sav ve savunmalarını almadan davanın esasını etkileyecek nitelikte, adı ne olursa olsun, karar verilmesi yargılama işlemiyle bağdaşmaz¹.

Kanımızca yürütmenin durdurulması konusunda, gerekçenin katı bir şekilde belirleme zorunluluğu getirilmesi, yürütmenin durdurulması kararlarının sayısını azaltmaya yönelik bir değişikliktir. Bu açıdan tasvip etmemiz mümkün değildir.

Diğer taraftan, Yasa maddesinde eklenen, “Sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemez” şeklindeki ifade de yerinde değildir. Zira davada uygulanacak Yasa’nın Anayasa’ya aykırılığı iddiası, ona dayalı idari işlemin de, hukuka aykırı olduğuna karine oluşturacaktır. Telifisi güç veya imkânsız bir zararın da doğması durumunda, Anayasa Mahkemesine konunun taşınması idari işlem konusunda aranan açıkça hukuka aykırılık şartını taşıyacaktır. Bu sebeple, Yasa maddesine eklenen bu tümce idari yargı ve yürütmenin durdurulmasının var oluş sebeplerine aykırıdır.

V- VERGİ DAVALARINDA YÜRÜTMENİN DURDURULMASI

A- Genel Olarak

Yukarıda ifade edildiği gibi, idari yargıda temel ilke idari işlemlere karşı dava açılması durumunda, dava konusu idari işlemin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaya devam etmesidir. Başka bir ifadeyle, bir idari işlem aleyhine dava açıldığında, o idari işlemin yürütülmesi durmaz.

Bilindiği gibi, idari yargıdaki bu ilke, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. maddesinin birinci fıkrasındaki “*Danıştay’da veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz*” hükmü ile yine aynı kanunun 52. maddesinin birinci fıkrasındaki “*Temyiz veya “istinaf yoluna” başvurulmuş olması, hakim, mahkeme veya Danıştay kararlarının yürütülmesini durdurmaz.*” hükümlerinden doğmaktadır.

¹ERMUMCU, a.g.m., s.35-36.

Ancak söz konusu bu temel ilkenin istisnası, kanun koyucu tarafından yine aynı kanunun 27. maddesinin üçüncü fıkrası ile getirilmiştir.

Buna göre, “ *Vergi mahkemelerinde, vergi uyumsuzluklarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur. Ancak 26’ncı maddenin 3’üncü fıkrasına göre işlemiden kaldırılan vergi davası dosyalarında tahsil işlemi devam eder. Bu şekilde işlemiden kaldırılan dosyanın yeniden işleme konulması ile ihtirazı kayıtlı verilen beyannameler üzerine yapılan işlemlerle, tahsilat işlemlerinden dolayı açılan davalar, tahsil işlemini durdurmaz. Bunlar hakkında yürütmenin durdurulması istenebilir*”.

Görüldüğü gibi, vergi davalarında bazı istisnalar dışında, idari yargıdaki temel kuralın tam tersi geçerlidir. Bu nedenle kanunlarda sayılan istisnalar haricinde vergi davalarında vergi mahkemelerinden yürütmenin durdurulmasını talep etmeye gerek yoktur. Dolayısıyla yürütmenin durmasına ilişkin söz konusu etki herhangi bir mahkeme kararına gerek kalmadan dava açılması ile kendiliğinden gerçekleşecektir.

Vergi davasının açılması, hangi kamu alacağı kalemlerinin yürütmesinin durduracağı konusunda da yazında farklı görüşler mevcuttur.

Bir görüşe göre, vergi davası açılması, V.U.K.’un 112. maddesine göre hesaplanan gecikme faizinin tahsilini durdurmayacaktır. Bu sonuca, gecikme faizinin fıkra da geçen zam kavramı içinde mütalaa edilmesinin doğru olmadığı yaklaşımıdır¹. Anılan fıkra da geçen zam, bir vergi, resim ve harca veya benzeri mali yüke bağlı olarak hesaplanan ve üzerinden hesaplandığı vergi, resim, harç ve benzeri mali yüküm niteliğini taşıyan ek ödemeleri anlatmaktadır². Zam ve faizin farklı kavramlar olduğu doğrudur. Ancak zam da, faiz de, aslına bağlı fer’i bir kamu alacağı kalemi olup, ek bir mali yükümlülük niteliğindedir. Dolayısıyla yasa metninde, sadece zamdan bahsediliyor olması ve faizi kapsamadığını iddia etmek aşırı pozitivist bir yaklaşım olur. Kaldı ki aksi bir düşüncede,

¹ Turgut CANDAN, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yay., Ankara, Ekim 2005, s. 609-610.

² CANDAN, a.g.e., s. 609.

aslı duran bir kamu alacağının fer'i takip edilmeye devam edilir ki, bu durumu izah etmek pek mümkün olmayacaktır.

Yasa metninde geçen, dava konusu edilmesi “tahsil işlemlerini durdurur” kuralının da vergilendirme süreciyle ilgili bir terminoloji sorununa yol açtığı görüşüne katılmak gerekir. Sorun, yasa koyucunun vergilendirme sürecindeki tahakkuk aşamasını atlayarak, tahsil aşamasından bahsetmesinden doğmaktadır¹. Zira VUK’un 22. maddesinde tahakkuk, tarh ve tebliğ edilen verginin ödenmesi gereken safhaya gelmesi olarak tanımlanmıştır. Tarh edilen verginin tahakkuku, dava açma süresinin geçmesi veya davanın reddi ile gerçekleşir. Dolayısıyla dava açılmasına bağlı olarak yürütmesi duran idari işlem tarh, ertelenen vergilendirme aşaması tahakkuk, bunların sonucunda gerçekleşen ise tahsil işlemidir. Bu itibarla, telafisi güç veya imkânsız zarar doğuran işlemin tahakkuk yerine tahsil işlemi olduğu düşüncesiyle yapılan düzenlemenin, “Tahsil işlemini durdurur” ibaresi yerine, “Tarh işleminin yürütmesini durdurur” ya da “Tahakkuku erteler” ifadelerinin kullanılması daha isabetli olacağı görüşüne katılmaktayız².

B- İstisnai Düzenlemenin Sebepleri

Tarh işlemi hangi gerekçe ve sebeplerle, genel kuralın dışında tutulmuştur? Tarh işlemini diğer idari işlemlerden ayıran özellik nedir? Başka bir anlatımla, hangi sebep tarh işleminin dava edilmesi durumunda, kendiliğinden yürütülmesinin durdurulması gerektirmiştir?

Anayasa’da dahi, İdarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği düzenlenmişken, bu ayrıkı düzenlemenin sebebi nedir?³

¹ Yunus Emre YILMAZOĞLU, **Vergi Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması Danıştay Kararları Işığında Bir İnceleme**, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2016, s. 47.

² YILMAZOĞLU, a.g.e., s. 47-49.

³ Yazında, bu sebeple, İYUK Md:27/3’deki düzenlemenin, Anayasa’nın 125/5. Maddesine aykırı olduğu da ileri sürülmüştür. Oytun CANYAŞ, “Vergi Yargılaması Hukukunda Yürütmenin Durdurulması Kurumunun Genel Niteliği”, **VSD**, S: 263, Ağustos 2010, s. 169. Ancak bu görüşe katılmamaktayız.

İlk akla gelebilen tarh işleminin akçalı bir işlem olması ve vergilendirme işlemi sonucunda vatandaşın mameleki, mülkiyet hakkı üzerinde kısıtlayıcı bir etki doğurmasıdır. Ancak bu açıklamanın, telafisi güç veya imkânsız zararlar doğuracak diğer bir takım idari işlemlerin de varlığı göz önünde bulundurulduğunda, sözü edilen istisnai düzenlemenin nedeni konusunda doyurucu açıklama getirmeyeceği açıktır.

Kaldı ki, tarh işlemi belirli bir nakdi değerini ödenmesini içerdiği için, yürütmenin durmaması nedeniyle oluşacak zararların aynen giderilmesi açısından göreceli olarak, diğer birçok idari işleme göre daha kolaydır¹. Buna karşın, bir yıkım kararı, sınır dışı edilme kararı, yayın durdurma kararı gibi birçok idari kararın gerçekleşmesi halinde telafisi mümkün olmayacak zararlara sebebiyet vereceği açıktır².

Vergi ve idari yargı yazınında çokça tartışılan bu ayrışma durumunun aslında, bilinçli bir tercih olmadığı yazında ileri sürülmektedir. Söz konusu bu durumun, bilinçsiz bir resepsiyon ve kodifikasyondan öte bir nedeni bulunmadığı ifade edilmektedir³. Geçekten de, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Fransa'dan, Vergi Usul Kanunu'nun ise Almanya'dan iktibas edilmiş olması, bu karmaşık durumu açıklamaktadır.

Nitekim Türk hukukunda, Fransa'da olduğu gibi, iptal davaları objektif nitelik taşır. Oysa vergi kanunlarımızı iktibas ettiğimiz Almanya'da ise sübjektif niteliktedir⁴.

İptal davasının objektifliği¹, davacıların menfaat ihlali gibi daha basit bir rabita ile dava açabilmelerini sağlar. Zira söz konusu davalarda

Anayasa'nın 125/5. maddesinde, yürütmenin durdurulması kararının hangi şartlarla verileceği düzenlenmiştir. Oysa vergi yargılamasında, vergi davasının açılması durumunda, yürütmenin durması için herhangi bir yargı kararına ihtiyaç bulunmamaktadır. Nitekim sözü edilen anayasal norm, yargı organına yönelik bir amir hüküm getirmektedir. Başka bir anlatımla, anılan anayasal norm ile idarenin yetki alanı, yargıya karşı korunmaktadır. Yoksa yasama organını kısıtlayıcı bir düzenleme değildir.

¹ CANYAŞ, a.g.m., s. 167.

² Metin Günday, "Yürütmenin Durdurulması Kararı ve Uygulama, 2000 Yılı Danıştay Sempozyumu, www.danistay.gov.tr/1-YURUTMENİN%20DURDURULMASI%20VE%20UYGULAMA.HTM.

³ CANYAŞ, a.g.m., s. 168.

⁴ Ahmet KUMRULU, **Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri İşlev-Yapı-İlkeler-Nitelik**, Betacopy, Ankara 1989, s. 118.

yargılanan kişiler değil, idarenin işlemleridir. Almanya’da ise iptal davalarında sübjektif unsur ön planda olup, davanın açılabilmesi kişisel hak ihlaline bağlanmıştır. Hal böyle olunca Almanya’da hem davadan önce idari başvuru halinde, hem de dava açılması durumunda, yürütme kendiliğinden durur. Oysa iptal davalarının objektif unsuru sebebi ile bunun olması mümkün değildir. Nitekim dava açma ehliyetinin kişisel hakkı etkilenenler dışında geniş bir kitleye iptal davası açma olanağını tanıdığı için, aksinin kabulü idari hizmetlerin büyük ölçüde aksamasına sebep olur².

İşte bu nedenle, Almanya’dan iktisap edilen Vergi Usul Kanunu’nda idarece yapılan tarhiyat derhal yürürlüğe girmemekte, tebliğden sonra davanın açılıp açılmadığına göre, ya dava açma süresinin sonuna kadar, ya da davanın reddine kadar, tahakkuk ertelenmektedir³.

Vergi davalarına getirilen bu ayrıksı durum, bilinçli bir tercih gibi gözükmese de, yerinde bir düzenlemedir. Zira aksi bir düzenlemede, vergi mükellefinin dışında tespit edilen re’sen, ikmalen ve idarece tarhiyatlar, derhal tahakkuk edecek ve tahsili yolunda herhangi bir engel kalmayacaktır⁴. Oysa mülkiyet hakkı ile yakın ilişkisi olan vergilendirme işleminin yargı organlarınca onaylanması ve böylece tahakkukun ertelenmesi, dava sonucuna bırakılması mükellef hakları açısından olduğu kadar, ekonominin ayakta kalması açısından da elzemdir. Tarh işlemi, bir yıkım kararından, bir imar düzenlemesinden veya bir meslekten çıkarma kararından, muhatapları açısından belki de daha ağır değildir. Yine zararın giderilmesi konusunda ilkinden tarh işleminin sonuçlarının giderilmesi daha mümkün olabilir. Ancak konuya mikro değil de makro bakıldığında, düzenlemenin bilinçli dahi yapıldığı düşünülebilir. Nitekim re’sen ikmalen ve idarece yapılan tarhiyatlarının yargı organlarınca bozulmasındaki oranın yüksek olması, vergi mükelleflerinin tarhiyatlarla derhal muhatap kılınmaları durumunda ekonomik dinamiklerin etkilenebileceği, bu durumun ise dolaylı olarak

¹ İptal davalarının objektif niteliği konusunda geniş bilgi için bkz: M. Ayhan TEKİNSOY, **İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması**, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara 2013, s. 38-55., AZRAK, a.g.m.

² CANYAŞ, a.g.m., s. 168-169.

³ CANYAŞ, a.g.m., s. 169.

⁴ Benzer Görüş için bkz: YILMAZOĞLU, a.g.e., s. 52.

sadece tarhiyatın muhatabı mükellefi değil, toplumu ve devletin vergi gelirlerini etkileyebileceği açıktır.

C-Yürütmenin Durdurulması Talebinde Bulunulabilecek Durumlar

Yukarda belirtildiği üzere vergi davalarında davanın açılması ile tahsil işlemleri durur. Ancak aşağıda anlatacağımız belli durumlarda dava açılması halinde dahi tahsil işlemleri durmamakta ve bu işlemlerin durdurulabilmesi için –idari yargıdaki genel ilkeye göre- ayrıca yürütmenin durdurulmasını talep etmek gerekmektedir. Dava açılrsa dahi dava konusu idari işlemin yürütülmesinin durmayacağı durumlar(istisnanın istisnaları), tahsilat işlemlerinden doğan davalar, ihtirazi kayıtla verilen beyannameler üzerine yapılan işlemler, vergi davası dosyasının işleminden kaldırıldığı durumlar ve diğer durumlar şekilde sıralanabilir.

1- Tahsilat İşlemlerinden Doğan Davalar

Tahsilat işlemlerinden doğan davalarda, “İdari işlemlerin dava edilmesi, o işlemin yürütmesini durdurmaz” şeklindeki genel kurala dönmüştür.

Bu husus, İYUK’un 27. maddesinin üçüncü fıkrasında, “...*tahsilat işlemlerinden dolayı açılan davalar, tahsil işlemini durdurmaz.*” şeklinde ifade olunmuştur.

Tahsilat işlemlerinden doğan davalarda bilindiği gibi 6183 sayılı Kanunu’nun uygulamasından doğan davalardır. Dolayısıyla ödeme emrine itiraz, ihtiyati haciz, ihtiyati tahakkuk, teminat, tecil taleplerine ilişkin işlemler ve haciz işlemlerine karşı vergi davası açılması o işlemlerin yürütülmesini durdurmayacak, yürütmenin durdurulması için ayrıca vergi mahkemesinden istemde bulunulacaktır.

6183 sayılı Kanunu’nun 58. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, ödeme emrine karşı dava açan kamu borçlusu, teminat gösterdiği takdirde, takip işlemleri dava konusu borç miktarı için vergi mahkemesince bu konuda karar verilinceye kadar durdurulur.

Burada teminat gösterilmesi üzerine, kovuşturma işlemlerini durduracak olan, ilgili tahsil dairesidir. Bunun için mahkemeden

yürütmenin durdurulmasına dair bir karar almak gerekmektedir. Ancak teminat gösterilse bile sadece davanın açılması 6183 sayılı kanunun 55. maddesinin ikinci fıkrasının ön gördüğü mal bildiriminde bulunma zorunluluğunu durdurmamaktadır¹.

2577 sayılı İYUK'un 28/1. maddesinde, haciz, ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir hükmü Anayasa Mahkemesi'nin 10.7.2013 tarih ve 2012/107 E, 2013/90 sayılı kararı² ile iptal edilinceye kadar, ihtiyati haciz, ihtiyati tahakkuk ve haciz işlemleri ile ilgili davalarda yürütmenin durdurulmasının söz konusu olamayacağı, dolayısıyla bu davalarda yürütmenin durdurulması kararı alınmak suretiyle ihtiyati haciz, ihtiyati tahakkuk ve haciz işlemlerine ilişkin idari eylem ve işlemlerin icrasının durdurulmayacağı yönünde doktrinde görüşler mevcuttu.

Ancak uygulamada anılan hüküm yürürlükte olduğu zamanda dahi, mükelleflerin ihtiyati haciz ve haciz işlemlerine karşı açtıkları davalarda yürütmenin durdurulması istemlerinde oldukça az bulundukları, bu şekilde istemde bulundukları takdirde ise mahkemenin yürütmenin durdurulması kararları verebildiği de İYUK 28/1'deki görülmektedir.

Örneğin Ankara 2. Vergi Mahkemesinin bir kararında, “...dosyanın incelenmesinden dava konusu haciz işleminin ... limited şirketin vergi borcunun tahsili amacıyla tesis edildiği, ancak anılan borcun şirket tüzel kişiliğinden tahsil imkanının bulunmadığının ortaya konulmadığı anlaşılmıştır. Buna göre ... şirket ortağı olan davacının sorumlu tutulması suretiyle ortak hakkında tesis edilen dava konusu haciz işleminde hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle dava konusu işlemin yürütülmesinin teminat aranmaksızın durdurulmasına....” şeklinde karar vermiştir³.

2- İhtirazi Kayıtlı Verilen Beyannameler Üzerinde Yapılan İşlemler

¹ Yusuf KARAKOÇ, **Vergi Yargılaması Hukuku**, Alfa Basın Yayın Dağıtım, İstanbul, 1995, s. 200.

² RG: 22.11.2013 gün ve 28829.

³ Ankara 2. Vergi Mahkemesi, 11.12.1997 T., E. 1997/833, (Erdal SÖNMEZ-Garip AYZAZ, **Vergi Yargısı**, Oluş Yayıncılık, Ankara, Şubat 1999, s. 361.)

Bilindiği gibi, V.U.K.'un 378. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yükümlüler beyan ettikleri matrahlara ve bu matrahlar üzerinden tarh edilen vergilere karşı dava açamazlar.

Söz konusu maddede yer alan bu kuralın mutlak bir biçimde uygulanması, hak arama hürriyetinin önünde engel olabilmesi ve böylece vergi mükellefleri açısından menfi sonuçlara sebep olabilecektir¹. İşte bu nedenle, yükümlüler beyanları ile ilgili bazı noktalarda tereddütlü iseler, beyannamelerine buna ilişkin ihtirazi kayıt koyabilecekleri uygulamada kabul edilmiştir. Yükümlüler bu yolla bir yandan beyanname vermemenin sonuçlarına karşı kendilerini korumuş, diğer yandan da dava açma hakkına sahip duruma gelmişlerdir².

Vergi Usul Kanunu'nda özel olarak düzenlenmemiş ancak genel hukuk ilkeleri uyarınca³, 1950'li yıllardan beri uygulanan bu esas, İYUK'un 27. maddesinin üçüncü fıkrasında "...İhtirazi kayıtlı verilen beyannamelerin üzerine yapılan işlemlerden dolayı açılan davalarda" tahsil işlemlerin durmayacağı belirtilmek suretiyle belli bir düzenlenmeye bağlanmıştır⁴⁵.

¹ YILMAZOĞLU, a.g.e., s. 61.

² Şükrü KIZILOĞLU, "İhtirazi Kayıtlı Beyanda Yürütmeyi Durdurma", **Hürses**, 23. Ocak 1999, s.7., KARAKOÇ, a.g.e., s. 198.

³ KARAKOÇ, a.g.e., s. 198.

⁴ Yılmaz ÖZBALCI, **Vergi Davaları**, Oluş Yayıncılık, Ankara, Ocak 2002, s. 416

⁵ İhtirazi kaydın kabul edilme şartları konusunda, yakın tarihli bir Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu kararında, "Vergi Usul Kanununda, vergilendirmenin beyana dayanılarak yapılması gereken durumlarda matrahın veya verginin tümüyle ya da kısmen ihtirazi kayıtlı bildirilmesini öngören bir düzenleme yapılmamıştır. Beyanname ile bildirilmesi gereken matrahın tespit şekline ya da uygulanması gereken vergi oranından, muafiyet veya istisna uygulamasından doğan duraksamaların varlığında, vergi kaybı yaratmaktan kaçınılarak, vergi kanunlarında belirtilen zamanda verilen beyannameye çekince konulabileceği, Danıştay içtihatlarıyla benimsenmiş ve 521 sayılı Danıştay Kanununu yürürlükten kaldıran, yürürlükteki 2575 sayılı Danıştay Kanunu ile aynı tarihte yürürlüğe giren 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27. maddesinin 3. fıkrasında ilk kez ifadesini bulmuştur. İhtirazi kayıtlı verilen beyannameler üzerinden tarh edilen vergilere karşı dava açılmasının tahsil işlemlerini durdurmayaacağı, bunlar hakkında yürütmenin durdurulması istenebileceğinin yargılama usulünde kurala bağlanmasından dolayı, vergi beyannamelerinin çekince ile verilmesi konusundaki duraksama son bulmuştur. ...Zamanında

Görüldüğü gibi, anılan kanun hükmü gereğince ihtirazi kayıtla verilen beyanname üzerine tarh edilen vergiye karşı dava açılması başlı başına tahsilâtı durdurmaz. Davacılar, ayrıca yürütmenin durdurulmasını istemek durumundadırlar. Mahkemeler, yukarıdaki bölümlerde anlatılan esasa ve usule ilişkin şartların gerçekleşmesi durumunda yürütmenin durdurulması kararı verebilirler.

Danıştay’ın konuya ilişkin olarak; “*İhtirazi kayıtla beyan edilen matrah üzerinden tarh edilen vergilerin dava konusu edilmiş olması tahsilâtı durdurmayacağından, kanuni süresi içinde ödenmeyen vergiler için ödeme emri düzenlenmesinde yasaya aykırılıktan bahsedilemez*”¹ ve “*ihtirazi kayıtla yapılan beyan üzerinden tarh edilen vergiye yapılan itirazın tahsilâtı durdurmayacağı*”² şeklinde kararları mevcuttur.

3- Vergi Dosyasının İşlemden Kaldırıldığı Durumlar

İYUK’un 26. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “Davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması halinde, yeni adresin bildirilmesine kadar dava dosyası işlemde kaldırıılır ve varsa yürütmenin durdurulması kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Dosyanın işlemde kaldırıldığı tarihten başlayarak bir yıl içinde yeni adres bildirilmek suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde, davanın açılmamış sayılmasına karar verilir.”

Burada akla gelebilecek bir soru, tarh ve ceza kesme işlemlerine karşı davanın ilk açılışıyla tanınan etki, 26. maddenin 3. fıkrası uyarınca

verilen vergi beyannamesine ihtirazi kayıt konulması; beyannamede hesaplanan verginin tümü ya da bir kısmının tahakkuk ettirilmemesi istenerek, ihtirazi kaydın konusunu oluşturan nedenin tarhi yapan idare tarafından kabul edilmemesi halinde, beyanname üzerinden tarh edilen verginin ihtirazi kayıt konulan kısmının dava konusu edilebilmesini olanaklı kılarak, noksan beyanda bulunulmasını önlemektedir” şeklinde belirlemeler yapılmıştır(Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu 11.13.2009 tarih ve 2008/593 E, 2009/655 K) (Aktaran: YILMAZOĞLU, a.g.e., s. 61-63).

¹ Danıştay 4. D., 6.03.1985 T., E. 1984/494, K. 1985/616 sayılı Kararı.(SÖNMEZ-AYAZ, a.g.e., s. 357)

² Danıştay 4. D., 08.4.1981 T., E. 1980/3930, K. 1981/877 sayılı Kararı.(SÖNMEZ-AYAZ, a.g.e., s. 357).

işlemden kaldırılan dosyaların yeniden ve süresinde işleme konulmaları halinde tanınmayacak mıdır? Ya da, “varsa yürütmenin durdurulması kararı” ifadesi, tarh işlemlerine karşı açılan davalar dışındaki vergi davaları için getirilmiş bir hüküm müdür?

Gerçekten de, yasa metnindeki “varsa yürütmenin durdurulması kararı” ifadesinden, söz konusu kuralın salt yürütmenin yargı kararıyla durdurulduğu halleri kapsadığı, kendiliğinden yürütmenin durduğu halleri kapsamadığı izlenimini vermektedir¹.

Ancak 2577 sayılı Yasa’nın 27/4. maddesi çok açıktır. Söz konusu fıkra, “*Ancak, 26 ncı maddenin 3 üncü fıkrasına göre işlemden kaldırılan vergi davası dosyalarında tahsil işlemi devam eder. Bu şekilde işlemden kaldırılan dosyanın yeniden işleme konulması ... tahsil işlemi durdurmaz. Bunlar hakkında yürütmenin durdurulması istenebilir*” denilerek yeniden işleme konulan vergi dosyalarında herhangi bir ayırım yapmadan (tarh ve ceza işlemleri gibi, dava açılması halinde yürütmenin kendiliğinden durdurduğu davalar da dahil olmak üzere) dava konusu işlemin yürütmesinin devam edeceği ortaya konmaktadır.

Bu itibarla, mezkur fıkra göre, işlemden kaldırılan vergi davası dosyası için dava açılmak suretiyle daha önce durmuş olan tahsil işlemine yeniden devam edilir. Eğer işlemden kaldırılan vergi davası dosyası için daha önce verilmiş bir yürütmenin durdurulması kararı varsa söz konusu bu karar da hükümsüz hale gelir.

Danıştay tarh işlemine karşı açılan davalarda, davacının adresine tebligat yapılamaması halinde, dosyanın işlemden kaldırılması durumunda, yenilenen dosyalarda yürütmenin durdurulmasının talep edilmesine gerek olmadığına ilişkin kararları mevcut olmasına karşın²,

¹ YILMAZOĞLU, a.g.e., s. 64.

² “Bu durumda, davacının adresine tebligat yapılamaması nedeniyle işlemden kaldırılan dava dosyasının, yenileme dilekçesi verilmek suretiyle işleme konulmasıyla, talebe gerek olmadan tahsil işlemi kendiliğinden duracağından yenileme dilekçesinde yürütmenin durdurulması talebinde bulunulmaması neden gösterilerek yenileme dilekçesinin verilmesinden sonra düzenlenen ödeme emrinde yasal isabet bulunmadığı cihetle, vergi mahkemesince davanın reddi yolunda verilen kararda isabet görülmemiştir.”(Danıştay 11. D., 18.03.1998 tarih ve 1997/275 E, 1998/1081 K.). KARAVELİOĞLU, a.g.e., s. 1228-1230. Benzer bir kararda da, “Adreste tebligat yapılmaması sebebiyle işlemden kaldırılan

istikrar kazanan kararlarında yürütmenin durdurulması talebinin İYUK 27/3 uyarınca gerekeceği şeklindedir.¹

Diğer taraftan, konuya ilişkin olarak İYUK 26/1. maddesine değinmek gerekir. Söz konusu fıkrada: *“Dava esnasında ölüm veya herhangi bir sebeple tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik olursa, davayı takip hakkı kendisine geçenin başvurmasına kadar; gerçek kişilerden olan tarafın ölümü halinde, idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar dosyanın işlemde kaldırılmasına ilgili mahkemece karar verilir. Dört ay içinde yenileme dilekçesi verilmemiş ise, varsa yürütmenin durdurulması kararı kendiliğinden hükümsüz kalır”* hükmüne yer verilmektedir.

Burada tartışma konusu olan husus, 2577 sayılı Yasa’nın 27/4. maddesindeki atıf yapılan işlemde kaldırılan dava dosyalarının 26/1. maddedeki işlemde kaldırılan dosyaları da kapsayıp kapsamadığıdır? Başka bir ifadeyle, ölüm veya herhangi bir sebeple tarafların kişilik ve niteliğinde değişiklik olması durumunda dört ay içinde yenileme

dosyanın işleme konulması halinde, tahsilatın yürütmenin durdurulması kararına gerek olmaksızın duracağı” belirtilmektedir(Danıştay 11. D., 01.04.1996 tarih ve 1996/1489 E, 1996/1274 K)(CANDAN, a.g.e., s. 601.).

¹ “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27’nci maddesinin 3’üncü fıkrasında vergi mahkemelerinde, vergi uyumsuzluklardan doğan davaların açılmasının, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durduracağı, ancak, 26’ncı maddenin 3’üncü fıkrasına göre işlemde kaldırılan vergi davası dosyalarında tahsil işleminin devam edeceği, bu şekilde işlemde kaldırılan dosyanın yeniden işleme konulmasının tahsil işlemini durdurmayacağı, bunun hakkında yürütmenin durdurulmasının istenebileceği kurala bağlanmıştır. Değinilen hükümlere göre, tarhiyata karşı dava açılmakla duran tahsil işlemlerine, davacının gösterdiği adreste tebligat yapılamaması sebebiyle dosyanın işlemde kaldırılması durumunda kaldığı yerden devam edilmesi olanaklı hale gelecektir. İşlemde kaldırılan dava dosyası bir yıl içinde yeniden işleme konulsa dahi, bu durum, işlemde kaldırma kararıyla olanaklı hale gelen tahsil işlemlerine başlanmasına veya başlamışsa devamına engel değildir. Diğer bir ifadeyle, 26. maddenin 3. fıkrası uyarınca işlemde kaldırılan dosyaların yeniden işleme konulması, tahsilatı kendiliğinden durdurmayacaktır. Bu şekilde yeniden işleme konulan dosyalarda yürütmenin durdurulması isteminde bulunulması mümkün olup, mahkemece yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne karar verilmedikçe, tahsilat işlemlerine devam edilebilir”(Danıştay 3. D., 13.4.2011 tarih ve 2010/536 E, 2011/1176 K) (Kazancı Bilişim Yayınları İçtihat Bankası).

dilekçesi verilmemesi halinde, mahkeme kararı olmadan duran yürütmenin, kendiliğinden yürürlük kazanıp kazanmayacağıdır?

Burada pozitif hukuktan hareketle yapılacak bir yorumla, söz konusu sorulara olumsuz cevap vermek gerekecektir. Nitekim 2577 sayılı Yasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında, yürütmenin durdurulması yönünde bir karar aranmaktadır. Oysa tarh işlemine karşı açılan davada, yürütme herhangi bir yargı kararına gerek olmadan salt davanın açılmış olması ile kendiliğinden durmaktadır. Öte yandan, Yasa'nın 27. maddesinin 4. fıkrasında, sadece 26/3'e atıf bulunmaktadır. Dolayısıyla adrese tebligat yapılamaması nedeniyle, dava dosyasının işlemden kaldırılması halinde tahsil işlemelerine devam edileceği belirtilmektedir. Buna karşın, 27. Maddede, 26. Maddenin 1 numaralı fıkrasında düzenlenen dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verilen tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik meydana gelmesine yol açan hallerle ilgili bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle, tarhiyata karı açılan davalarda yargılamanın aktif tarafı olan gerçek kişinin ölmü halinde dosyanın işlemden kaldırılmasından sonra dört ay içinden yenileme dilekçesi verilmemesi durumunda, tahsil işlemlerine devam edilebilecektir¹.

Kaldı ki, dava sırasında davacının ölümü halinde 213 sayılı Yasa'nın 12. maddesi uyarınca mirasçılar adına miras hisseleri oranında tarh işlemi tesis edilmesi zorunlu olduğundan, bu işlemlere karşı dava açılmaması veya davanın reddi durumunda, ancak idare verginin tahsiline gidebilir².

213 sayılı Yasa'nın anılan maddesi ölüm halinde, izlenecek prosedürü net bir şekilde ortaya koymaktadır. Ancak ölüm dışında, davacı tarafın değişmesi durumunda(örneğin gerçek kişinin kısıtlanması, tüzel kişiliğin devri gibi) aynı yorumu yapmak pek mümkün olmayacaktır. Zira yeni davacının dört ay içinde dosyayı yenilememesi durumunda, tahsil işlemlerine devam edilemeyeceği kabul edilirse, verginin tahsilinin

¹ Turgut CANDAN, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, , Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 674., YILMAZOĞLU, a.g.e., s. 77.

² CANDAN, a.g.e., s. 674.

olanaksızlaşacağı ve bu durumun kötüye kullanılabileceği izahtan varestedir¹.

Vergi yazınında bu durumda, işlem den kaldırma kararının niteliğinden hareketle bir çözüm benimsenmiştir. Buna göre, işlem den kaldırma kararları davanın açılmamış sayılması sonucunu doğurmamakta, ancak dava açılmasının hukuki etkilerinin devam etmesine engel olmaktadır. Nitekim tarhiyata karşı açılan davalarda tahakkukun ertelenmesi dava açılmasının bir sonucudur².

4- Diğer Durumlar

a. Takdir Komisyonlarınca Mükellef Müracaatı Üzerine Yapılan Emsal Bedel Takdirleri

İYUK'un 267. maddesi uyarınca takdir komisyonu tarafından mükellef müracaatı üzerine takdir edilecek emsal bedeline karşı dava açılması, buna göre hesaplanan verginin tahakkuk ve tahsilini durdurmayacaktır. Bu durumda da yürütmenin durdurulması istemiyle tahsilat işleminin durdurulması mümkündür.

Ancak bu esasın servet değerlemesinde V.U.K.'un 298. maddesi uyarınca takdir komisyonu tarafından belli edilecek emsal bedel üzerinden yapılacak tarhiyatı kapsamadığını unutmamak gerekir. Çünkü bu durumda açılacak dava, genel hükümler doğrultusunda tahsilât işlemini durdurur³.

b. Düzenleyici İşlemlerde Yürütmenin Durdurulması

Düzenleyici işlemler hakkında dava açılması durumunda (Tüzük, Yönetmelik, Bakanlar Kurulu Kararı, Maliye Bakanlığının dava konusu edilebilen genel tebliğleri gibi) düzenleyici işlemlerin iptali istemiyle dava açanların, dava konusu düzenleyici işlemin İYUK-27/2. maddedeki yürütmenin durdurulması için aranan şartların her ikisinin de bir arada gerçekleşmesi halinde yürütmenin durdurulması isteminde

¹ CANDAN, a.g.e., s. 674.

² YILMAZOĞLU, a.g.e., s. 77., CANDAN, a.g.e., s. 675.

³ KIZILOĞLU, a.g.e., s.675.

bulunmaları mümkündür. Dava açılması kendiliğinden yürütmeyi durdurmazdır¹.

Danıştay'ın konumuzla ilgili bir kararında, "... açıklanan nedenlerle, 54 sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin B bölümünün ilk cümlesi ile C bölümünün 2. paragrafında yer alan ve dava konusu olan düzenlemenin yürütülmesinin teminat aranmaksızın durdurulmasına..." diyerek yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir¹³⁹.

c. Temyiz Aşamasındaki Vergi Davaları

Vergi ve benzeri mali yükümlülere karşı vergi mahkemesinde dava açılmasının dava konusu vergisel işlemin yürütülmesinin durduracağı kuralı, bu davaların temyiz aşamasını kapsamaz. Vergi davalarının temyiz aşamasında da tahsilâtın durabilmesi için temyiz merciinden yürütmenin durdurulması talep edilmelidir.

Konumuzla ilgili Danıştay'ın bir kararında,

" Olayda, Vergi Mahkemesince verilen karara karşı Danıştay'da temyiz yoluna başvurulmuş ise de, yürütmenin durdurulmasına dair istem Danıştay Üçüncü Dairesi kararıyla reddedilmiş olup, kesin bir bozma kararı da verilmemiş olması nedeniyle Vergi Mahkemesi kararına göre hesaplanıp, mükellefe ikinci ihbarnama ile tebliğ edilen vergi ve cezaların kanunda öngörülen bir aylık sürede ödenmemesi üzerine kamu alacağının tahsili için ödeme emri düzenlenip tebliğinde Kanuna aykırılık bulunmadığından, Vergi Mahkemesince kamu alacağının henüz yargı organında ihtilaflı olup kesinleşmediğinden bahisle ödeme emrinin iptali yolunda karar verilmesinde isabet görülmemiştir.²"

VI- YÜRÜTMENİN DURDURULMASI KARARININ SONUÇLARI

A- Genel Olarak

Yukarda anlatıldığı üzere idari işlemlerin icrai niteliği bulunmakta ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaktadırlar. Genellikle bir haklılık belirtisine dayanan yürütmenin durdurulması kararları, iptal

¹ KIZILOĞ, a.g.e., s.675.

² Danıştay 4. D., E. 1997/636, T. 20.03.1997 (SÖNMEZ-AYAZ, a.g.e. , s. 363.)

kararlarından farklı olarak tesis edilen işlemleri ortadan kaldırmamakta ancak işlemin yürütülmesini askıya almaktadır¹.

Başka bir anlatımla, idari yargı yerleri tarafından verilen yürütmenin durdurulması kararlarıyla hukuk düzeninde icrai karar ile oluşan değişiklik askıya alınmaktadır. Mahkemenin yürütmenin durdurulması kararı vermesi durumunda, esas dava karara bağlanıncaya kadar davaya konu olacak işlemin yürütülebilme yeteneği ortadan kalkmakta, sanki işlem hiç tesis edilmemiş farz edilerek önceki hukuksal durumun devamı sağlanmaktadır². Yani idari işlemin üstünden “kendi kendine yürür olmak” vasfı kaldırılmış ve icrailik niteliği kalmamıştır. Dolayısıyla, idare artık işlemini yürütemediği gibi, işlemi icra etmek hususunda sahip olduğu sanılan, “yetki”si ile, icrai işlemin idarece re’sen ve fiilen icra olunabilmek imkanı ve kuvveti durdurulmuş olmaktadır³.

Yürütmenin durdurulması kararları, hukuk düzeninde ve uygulamada hiç mevcut olmayan, yepyeni bir durum yaratmazlar. Sadece, esasen mevcut olan bir hukuki ve fiili durumu iade etmek gibi bir sonuç yaratmakta; dava konusu işleminden daha önceki kanuni veya idari durumun geri dönmesini sağlamaktadır. Bu kararlar, ilişkin olduğu idari tasarrufun yapıldığı andan önceki hukuki durumun aynen muhafaza ve devamını gerekli kıldığı gibi, mahkemece ilerde davanın esası hakkında verilecek hükmün yerine getirilmesine engel olabilecek herhangi bir işlem ve eyleme girişmekten de idareyi men eder⁴.

Bu nedenle yürütmenin durdurulması kararları, hem geçmişe, hem de geleceğe doğru etki yapmaktadır.

İdari yargı yerlerinin iptal ve yürütmenin durdurulması ilişkin kararları, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararları aksine, geçmişe yürürler⁵.

¹ Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, “Danıştay Kararlarına Uyulması”, **Danıştay Dergisi**, YIL 5 S. 16-17, 1975, s.18

² Danıştay 8. D., 21.10.1982 T., E.1981/552, K. 1982/1196. ve Danıştay 8. D., 9.4.1996 T., E. 1994/7671, K. 1996/1056. Danıştay Dergisi S.92, s. 651.

³ ASLAN, a.g.e., s. 79-80.

⁴ ASLAN, a.g.e., s. 80.

⁵ Metin GÜNDAY, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, 14 ocak 2000, Ankara, s.353.

Buna göre, geçmişe doğru etki, dava konusu işlemin yapıldığı andan itibaren bütün etkilerinin ortadan kaldırılması sonucunu doğurur. Yani bu kararla, idari işlemin hukuka uygunluk karinesi makable şamil olarak kalkmıştır. Geleceğe doğru etki ise, mahkemece verilmiş olan yürütmenin durdurulması kararının, aksi bir karar verilinceye kadar söz konusu durumun muhafaza ve devamının sağlanmasıdır.

Buna göre, yürütmenin durdurulması kararının tebliği üzerine idare, idari işlem yapılmadan önceki durumun iadesini sağlayacağı gibi, tebliği olunduktan sonra; bu alan ve konularda hiçbir işlem ve eylem yapamayacaktır. Yapacak olursa; işlem yoklukla malul olacaktır¹.

B- Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Yerine Getirilmesi

Bilindiği gibi Anayasanın ikinci maddesinde “Türkiye Cumhuriyeti Devleti... hukuk devletidir.” tümcesine yer verilmiştir.

Hukuk devleti ise kısaca yönetilenlerin hukuk güvenliğini sağlamak ve onların korkusuzca yaşamlarını teminat altına almak amacıyla, tüm faaliyetlerini hukukun mutlak üstünlüğü ilkesine dayandıran ve kendi yargı denetimine tabi kılan; yargı denetimi sonucunda da karar gereklerini tam, doğru ve gecikmesiz olarak yerine getiren devlettir².

İşte bu ilke ve Anayasamızın 138. maddesi uyarınca yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.

Anayasanın bu maddesine ilaveten İYUK’un 28. maddesinin birinci fıkrasında “Danıştay, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarını icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. Ancak, haciz veya ihtiyati haciz uygulamaları ile ilgili davalarda verilen kararlar hakkında bu

¹ Ragıp, SARICA, Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması, s. 37.

² KARAVELİOĞLU, a.g.e., s. 1241.

kararların kesinleşmesinden sonra idarece işlem tesis edilir.” hükmüne yer verilmiştir.

İYUK’un 28. maddesinin birinci fıkrasında da açıkça görüleceği üzere, idarenin mahkeme kararlarını yerine getirme açısından iptal kararları ile yürütmenin durdurulması kararları arasında hiçbir fark yoktur. Bunun sonucu olarak yürütmenin durdurulması kararları da, yasama ve yürütme organları ile idareyi, gerçek ve tüzel kişileri bağlayan yargı kararlarıdır.

Bu nedenle idari yargı yerlerinin vermiş oldukları yürütmenin durdurulması kararlarına -iptal kararlarında olduğu gibi- uyup uymama, gereklerini yerine getirip getirmeme konusunda, hükümetin ve idarenin bir seçim ve takdir hakkı yoktur.

Bu ilke, ayrıca yargısal içtihatlarda da birçok kez ifade edilmiştir. Danıştay’ın bir kararında:

“ Anayasanın 138. Maddesinde yasama ve yürütme organları ile idarenin gereğine göre işlem ve eylem tesis etmeleri yönünden yürütmenin durdurulması kararları ile iptal kararları arasında bir ayrım gözetilmediği gibi; 2577 sayılı yasanın 28. Maddesi de böyle bir ayrım olanağını tamamen ortadan kaldırmış bulunmaktadır”¹ denilmiştir.

Tüm bu nedenlerle, idari yargı yerlerince verilen yürütmenin durdurulması kararlarının da, tıpkı iptal kararları gibi, geriye yürüdüğü ve dava konusu edilen işlemi tesis edildiği tarih itibariyle işlemez hale getirdiği ve askıya aldığı kabul edilmektedir. Başka bir anlatımla, yürütmenin durdurulması kararları, iptali istenen işlemin uygulanmasını durduran ve bu işlemin tesisinden önceki hukuki durumun yürürlüğünü sağlayan kararlardır².

Bu nedenle, yürütmenin durdurulması kararlarının da iptal kararları gibi uygulanması zorunludur. Daha somut ifade etmek gerekirse, idare, yürütmenin durdurulması kararı üzerine, iptali istenen işlemin tesisinden

¹ Danıştay 5. D. 27.12.1988 T., E. 1988/1860 (ASLAN, a.g.e., s. 83-84).

² Danıştay 10. D. T. 15.2.1990 ve E. 1989/2490, K.1990/270, Danıştay 5. D. T. 6.11.1996 ve E. 1996/1997, K. 1996/3334 (GÜNDAY, a.g.m., s. 353.)

önceki durumun geri gelmesini sağlayıcı işlem ya da işlemleri yapmak mecburiyetindedir¹.

Ayrıca idare, idari yargı yerlerince verilen iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarını, Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında ve İYUK'un 28. maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği gibi, “gecikmesizin” uygulamak zorundadır.

Her ne kadar İYUK'un 28. maddesinin birinci fıkrasında, iptal ve yürütmenin durdurulması kararlarının idarece uygulanması süresinin, sözü edilen kararların idareye tebliğinden itibaren otuz günü geçemeyeceği belirtilmişse de, bu düzenlemenin, idareye iptal veya yürütmenin durdurulması kararlarının uygulanmasını otuz güne kadar erteleme hakkı tanıdığı biçiminde yorumlanamaz. Anayasa ve İYUK'un anılan hükümlerinde yargı kararlarının idarece “gecikmeksizin” uygulanmasını öngördüklerinden, idare iptal ya da yürütmenin durdurulması kararları üzerine bu kararları uygulamaya yönelik işlemleri derhal yapmaya başlamak zorunda olup, otuz günün bu kararların uygulanması için gereksinim duyulacak sürenin üst sınır olarak anlaşılması gerekmektedir².

Uygulamada, idare, idari yargı yerlerince verilen yürütmenin durdurulması kararlarını çoğunlukla hemen uygulamamakta ve otuz günlük sürenin sonuna kadar beklemektedir. Bunu da kendisi için bir hak olduğunu sanmaktadır. Örneğin belediye başkanının görevinden geçici olarak alınmasına ilişkin bir işleme karşı açılan bir davada, idari yargı yeri tarafından verilen yürütmenin durdurulması kararı altmış gün beklendikten sonra uygulamaya konmuştur³. Ancak idare örnek de olduğu gibi, hemen yerine getirebileceği bir yürütmenin durdurulması kararını, sırf İYUK'un 28. maddesinde belirtilen sürenin dolmadığından bahisle, otuz günlük süreyi bekleyemez.

Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, yürütmenin durdurulması kararları, karar ilişkin bulunduğu olayın konusuna, durumuna, başka bir anlatımla maddi koşullarına göre herhangi bir süreye gereksinim

¹ GÜNDAY, a.g.m., s. 353.

² Danıştay 5. Daire T. 30.11.1995 ve E. 1993/1166, K. 1995/3872 (GÜNDAY, a.g.m., s. 354.)

³ Danıştay 8. D. 1.04.1991 T., E. 1991/398 (ASLAN, a.g.e., s. 92).

duyulmadan yerine getirebilecek bir durum göstermekte ise kararın uygulanmasının geciktirilmesi ve altmış günün dolmasının beklenmesi iyi niyet kurallarıyla bağdaşmaz¹.

C- Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Uygulanmaması Halleri

İdare, yürütmenin durdurulması kararlarını iki türlü uygulamayabilir. Buna göre, söz konusu kararların hiç uygulanmaması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, bu kararların gereği gibi uygulanmaması biçiminde de ortaya çıkabilir. Yürütmenin durdurulması kararlarının hiç uygulanmaması, idarenin bu kararlar karşısında tamamen hareketsiz kalması halini ifade eder. Bu kararları gereği gibi uygulamaması ise, yürütülmesi durdurulan işlemin doğurduğu etki ve sonuçların geciktirilerek ortadan kaldırılması veya tamamen ortadan kaldırılmaması ya da bu kararların idarece yapılacak olana başka bir işlem ya da işlemlerle etkisiz kılınması hallerini ifade eder. Dolayısıyla geç uygulama, eksik uygulama ya da biçimsel uygulama yürütmenin durdurulması kararlarının gereği gibi uygulanmaması halleridir².

Yürütmenin durdurulması kararlarının hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi halleri, hem Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasının amir hükmüne, hem de, 2577 sayılı yasanın sözü edilen maddesine aykırı olacağından, idarenin ve kamu görevlisinin sorumluluğunu doğurmaktadır.

D- Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk

İYUK'un 28. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında sorumluluğa ilişkin şu hükümlere yer verilmiştir.

“Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir.

¹ Danıştay 1. D. 8.10.1987 T., E. 1987/367, K. 1987/352, (ASLAN, a.g.e., s. 92).

² GÜNDAY, a.g.m., s. 354.

Mahkeme kararlarının otuz gün içinde kamu görevlilerince kasten yerine getirmemesi halinde ilgili idare aleyhine dava açılabileceği gibi, kararı yerine getirmeyen kamu görevlisi aleyhine de tazminat davası açılabilir.”

Mezkûr fıkra da açıkça görüldüğü üzere, mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ya da geç yerine getirilmesi idarenin sorumluluğunu ortaya çıkarır. Çünkü yargı kararlarının yerine getirilmemesi ya da geç yerine getirilmesi ağır bir hizmet kusurudur. Dolayısıyla idarenin tazminata mahkum edilmesi bu fiilin doğal sonucudur.

Ayrıca burada belirtilmesi gereken önemli bir husus, idarenin yürütmenin durdurulması kararını veya iptal kararını uygulamaması sebebiyle tazminat ödemesi, yargı kararını yerine getirmemek için bir mazeret olamaz. Başka bir deyişle, çeşitli Danıştay kararlarında da belirtildiği gibi, idarenin yargı kararını uygulamama ya da tazminat ödeme hususunda seçim hakkı yoktur. Çünkü iptal kararını uygulamama hem bir tazminat hem de iptal sebebidir¹.

VII-SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Çalışmamızda, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. maddesinde düzenlenen ve ayrıca Anayasası’nın 125. maddesinde hüküm altına alınarak anayasal bir kurum haline getirilen “Yürütmenin Durdurulması” müessesini ele alıp, yüksek mahkeme kararları ışığında açıklanmaya çalışılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 125. maddesine uyarınca, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Bu Anayasa hükmü ile hukuk devletinin olmazsa olmaz bir koşulu olan idarenin yargısal denetimi düzenlenmiştir. Bunun sonucu olarak, idari işlemlerin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla menfaatleri ihlal edilen kişiler idari yargı mercilerinde iptal davası açarak dava konusu işlemin iptalini sağlayabilirler.

Ancak bilindiği gibi, idarenin işlemlerinin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması sebebiyle, idari yargıda genel kural, iptal

¹ KILINÇ, a.g.t., s.104.

davasının açılmasının dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmayacağıdır.

Bu nedenle, her ne kadar iptal davası hukuk devletinin ve yargısal korumanın en önemli kurumlarından biri ise de, “yürütmenin durdurulması” kurumuna yer vermeyen salt iptal davasının yer aldığı bir hukuk düzeninde (idari yargıda), söz konusu amaca ulaşmak mümkün olmayabilir. Hukuk devletinin güvencesi olan iptal davalarını çoğu zaman anlamlı kılan ve böylece menfaati ihlal edilenin açmış olduğu iptal davasından beklediği hukuki yararı sağlayan “yürütmenin durdurulması” kararlarıdır.

Bu bağlamda, yürütmenin durdurulmasının idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesi ayrıcalığına bir denge görevi olmak üzere getirildiğinde hiç şüphe yoktur.

Ancak iptal davası sonucu verilecek iptal hükmünün, yerine getirilmesinin anlamsız veya imkânsız hale gelmesini engelleyici bu kurum, maalesef İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda aranan şartların bir arada gerçekleşmesinin zorluğu sebebiyle, amacına hizmet edemez bir haldedir. Uygulamada mahkemeler “açıkça hukuka aykırılığı” tespit etmekte ve gerekçelendirmekte çok kararlı görünmektedirler. Bunu sağlamak içinse, pek zaman endişesi de duymadan, her türlü yargılama işlemini yaptırmakta ve böylece iptal davasında, bir tedbir görevi görmesi gereken bu kurumu, sanki bir nihai kararmışçasına geciktirmektedirler.

Özet olarak ifade etmek gerekirse, telafisi güç veya imkansız zarar ilkesine öncelik tanınmalı bunun gerçekleşebileceğine ilişkin en ufak bir belirti dahi varsa, hukuka aykırılık açıkça tespit edilemese de, yürütmenin durdurulmasına karar verilmelidir. Çünkü İYUK 27’de yer alan her iki şartın bir arada gerçekleşmediği durumlarda da bireylerin telafisi güç ve imkansız zararları doğabilmektedir. Ayrıca unutulmamalıdır ki, yürütmenin durdurulması kararı bir uyumsuzluğu kesin bir şekilde çözen bir mahkeme kararı değil, uyumsuzluğu kesin bir şekilde çözen iptal kararının yerine getirilmesini sağlayıcı tedbir niteliğinde bir karardır.

Öte yandan, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. maddesinin dördüncü bendinde yer alan, “yürütmenin durdurulması istemli davalarda 16. maddede yazılı süreler kısaltılabileceği gibi, tebliğin memur eliyle yapılmasına da karar verilebilir.” hükmü ve yine aynı maddenin yedinci

bendinde yer alan “yürütmenin durdurulması kararı verilen dava dosyaları öncelikle incelenir ve karara bağlanır.” hükümleri maalesef uygulanamamaktadır. Bütün bu yasal düzenlemelere rağmen, Danıştay’da, idare ve vergi mahkemelerinde yürütmenin durdurulması istemleri beklemekte; böylelikle yargısal koruma açısından çok önemli olan bu kurum amacına tam olarak hizmet edememektedir. Çünkü az önce açıklandığı üzere, idari yargı mercileri yürütmenin durdurulması için aranan; telafisi güç ve imkansız zarar ve hukuka aykırılık şartlarının bir arada gerçekleştiğini, verecekleri yürütmenin durdurulması kararında gerekçelendirmek zorundadırlar. Söz konusu bu durum adeta, iptal davasının esasını karara bağlamak anlamına gelmektedir. Böyle olunca da, idari yargı mercileri ister istemez, yürütmenin durdurulması kararlarının verilmesini geciktirmek zorunda kalmaktadırlar.

Bu nedenle, mahkemelere şartların değerlendirilmesi konusunda geniş bir takdir yetkisi tanınmalı ve böylece hâkime olayın özelliğine uygun bireyin temel hak ve özgürlüklerini sağlayacak tedbirleri alabilme imkânı tanınmalıdır.

Yine İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. maddesinin altıncı bendinde düzenlenen yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlara karşı itiraz yolu, davanın esastan karara bağlanmasının gecikmesini ve bir an evvel eğer verilecekse yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sağlamak için tedbirler alınmış; gerek müracaat, gerekse itirazın incelenme süresini yedi günlük süre ile sınırlandırmıştır. Ancak, maalesef uygulamada idari yargı mercileri iş yüklerinin fazlalığı sebebiyle, bu sürelerle de uyamamaktadırlar. Diğer taraftan her ne kadar, anılan fıkra ile söz konusu sınırlamalar getirilmişse de, yine aynı kanunun 16. maddesinde yazılı cevap verme sürelerinin otuz gün olması bu sınırlamaların uygulanabilirliğini engel olmaktadır. Her ne kadar burada İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 27. Maddesi dördüncü bendinin işletilebileceği akla gelse de, maalesef uygulamada Bölge İdare Mahkemelerinin böyle bir yola gitmedikleri görülmektedir. Bu durumda ise, iptal kararlarının gecikmesine ve yürütmenin durdurulması kararlarının ise neredeyse yargılama sonunda verilebilmesine sebep olmaktadır.

Ayrıca önemle üzerinde durulması gereken bir başka konu da, mahkemelerin vermiş oldukları yürütmenin durdurulması kararlarının, idarece geciktirilmeden yerine getirilmesinin gerekliliğidir. Yürütmenin durdurulması kararlarının, uyuşmazlığı kesin bir şekilde çözen iptal kararının yerine getirilmesini sağlayıcı tedbir niteliğinde kararlar olması itibariyle, İdari yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinde belirtilen “Danıştay, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarını icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez...” hükmündeki otuz günlük sürenin son gününe kadar beklenmemesi, idarenin somut olaya göre derhal işlem tesis etmesi gerekmektedir.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrası ve Anayasa'nın 138. maddesi uyarınca mahkeme kararları hüküm altına alınırken hiçbir ayırım yapılmamıştır. Bir mahkeme tarafından yargısal nitelikte verilen her kararın, yerine getirilmesi ve mahiyetinin tartışma konusu edilememesi bir hukuk ilkesidir. Başka bir anlatımla, idarenin mahkeme kararlarını yerine getirme açısından İptal kararları ile yürütmenin durdurulması kararları arasında hiçbir fark yoktur.

Mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi veya geç yerine getirilmesi idarenin sorumluluğunu gerektirir. İdarenin bu hareket tarzı, idare için ağır bir hizmet kusuru ve kamu görevlisi için de şahsi kusur teşkil eder.

İdari yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin üçüncü fıkrasına göre vergi uyuşmazlıklarında dava açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurmaktadır. Yani vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerle bunların zam ve cezalarına ilişkin konularda vergi mahkemesinde dava açılması bu işlemlerin infazı anlamına gelen tahsil işlemlerini kendiliğinden durdurmaktadır. Dolayısıyla bu tür bir dava açıldığı takdirde, ayrıca yürütmenin durdurulmasının istenmesine gerek yoktur. Ancak aynı fıkra, söz konusu bu istisnanın istisnası da düzenlenmiştir. Yani her vergi

mahkemesi dava açılması otomatik olarak yürütmeyi durdurmayacak bazı istisnai durumlarda, yürütmenin durdurulması talebi gerekli olacaktır.

Vergi ihtilaflarında, diğer idari davalara nazaran farklı bu hükümlerin getirilmesinin sebebi, vergi ihtilaflarının sui generis (kendine özgü) bir takım teknik ve hukuki niteliklere sahip olmasıdır. Bunun en güzel örneğini yürütmenin durdurulması kurumunu düzenleyen İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde görmek mümkündür.

Vergi ihtilafları söz konusu bu özellikleri ile idari ihtilaflardan ayrılırlar. Nitekim bu teknik ve hukuki niteliklerinden ötürü, hukukumuzda genel bir idari usul yasası bulunmazken, özel bir idari usul yasası olan Vergi Usul Yasası ihdas edilmiştir.

Ancak bilindiği gibi idari usul yasaları, idarenin hangi kurallara göre işlem ve eylemde bulunacağı konusunu düzenlerken, yargılama usulü yasaları ise, taraflar arasında (vergi dairesi- vergi mükellefi) çıkacak muhtemel ihtilafların çözümünde izlenecek usulleri düzenler.

Bu nedenle, vergi yargılamasının, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenmiş olması eleştirilebilir. Vergi yargılaması hukukunun ayrı bir şekilde düzenlenmesinde fayda vardır. İdeal olan vergi yargısının bağımsızlığının benimsenmesi ve ayrı bir şekilde örgütlenmesidir.

Sonuç olarak, yürütmenin durdurulması, Anayasamızın 2. maddesinde yer alan “Hukuk devleti” ilkesinin, 36. maddesindeki “Hak arama Hürriyeti” ilkesinin ve nihayetinde 125. maddedeki hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez bir unsuru olan “İdarenin Yargısal Denetimi”nin gerçekleşmesinde en etkili kurumlardan biridir. Bu nedenle, idari yargı organlarını telafisi güç veya imkânsız zarar ilkesine öncelik tanınmalı, bunun gerçekleşebileceğine ilişkin en ufak bir belirti dahi varsa, hukuka aykırılık açıkça tespit edilemese de, yürütmenin durdurulmasına karar vermeleri gerekmektedir. Söz konusu kararları yerine getirecek olan idare mercileri ise, bu kararların gereğini geciktirmeden yerine getirmelidir. Ayrıca, yürütmenin durdurulması kurumunun hizmet ettiği amaca ulaşabilmek için, kanun koyucuya da bir takım görevler düştüğü söylenebilecektir. Çalışmamızda sözünü ettiğimiz eksik ve birbiriyle çelişkili bir takım düzenlemelerin, kanun koyucu tarafından yeni yasal düzenlemeler yapılarak giderilmesi yararlı olacaktır.

KAYNAKÇA

(KİTAPLAR)

- AKURAL Sami, **İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Etki ve Sonuçları**, İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İncelemeler, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1976
- ASLAN Zehreddin, **İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması**, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, Alfa Yayınları, İstanbul, Haziran 2001.
- CANDAN, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yay., Ankara, Ekim 2005.
- Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, , Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- DURAN Lütü, **Danıştay ve Yürütmenin Durdurulması**, Ankara, 1966
- EKŞİOĞLU Kani, **Gerekçeli Anayasa**, Yasa Yayınları, İstanbul, 1983
- ERKUT Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990
- GİRİTLİ İsmet, **İdare Hukuku Derleri (GİRİŞ)**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985
- AKGÜNER Tayfun,
- GÖKALP Ali Sıtkı, **“İptal Davaları” Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Ankara, 1968.
- GÖZÜBÜYÜK, A, Ş
- TAN, Turgut **İdare Hukuku C:2, İdari Yargılama Hukuku**, Mevzuattaki Son Değişiklikler İşlenerek Güncelleştirilmiş 2. Bası, Ankara 2006.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref, **Yönetsel Yargı**, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999
- GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 6. Aynı Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2002
- KARAKOÇ Yusuf, **Vergi Yargılaması Hukuku**, Alfa Basın Yayın Dağıtım, İstanbul, 1995

- KARATEPE Şükrü, **İdare Hukuku**, İzmir, 1998
- KARAVELİOĞLU Celal, **Değişiklik – Açıklama ve En Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 5. Baskı, Cilt II, Ankara, 2001
- KILINÇ Bahadır, **Anayasa ve İdare Hukukunda Yürütmenin Durdurulması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enst. Ankara, 1996
- KIZILOĞLU Şükrü, **Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları**, 6.Baskı,Yaklaşım Yayınları, Ankara, Ekim 2003.
- KUMRULU Ahmet, **Vergi Yargılama Hukukunun Kuramsal Temelleri İşlev-Yapı-İlkeler-Nitelik**, Betacopy, Ankara 1989.
- KURU Baki, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yay., Ankara, 1999.
- ASLAN Ramazan,
- YILMAZ Ejder,
- ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- OYTAN Muammer, **Danıştay’da Görülen Davalarda Yürütmenin Durdurulması**, Ülkemiz Matbaası Ankara, 1973
- ÖZAY İlhan, **Yargısal Koruma**, 2. Baskı,Alfa Yayınevi, İstanbul, Kasım 2001
- Gün Işığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992
- ÖZBALCI Yılmaz, **Vergi Davaları**, Oluş Yayıncılık, Ankara, Ocak 2002
- ÖZBUDUN Ergün, **Türk Anayasa Hukuku**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002
- SARICA Ragıp, **İdari Kaza**, İstanbul, 1949
- Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması**, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, Ankara, 1966
- SÖNMEZ Erdal, **Vergi Yargısı**, Oluş Yayıncılık, Ankara, Şubat 1999
- AYAZ Garip,

SÖYLEMEZ Nesrin, **Yürütmenin Durdurulması** Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enst. Ankara, 1990.

TEKİNSOY M. Ayhan, **İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması**, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara 2013.

ÜSTÜNDAĞ Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, c. I-II 4. Bası, İstanbul, 1989.

YAYLA Yıldızhan **İdare Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1982.

YENİCE Kazım, **İdari Yargılama Usulü**, Ankara, 1983.

ESİN Yüksel,

YILMAZ Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Genişletilmiş Beşinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

YILMAZOĞLU Yunus Emre, **Vergi Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması Danıştay Kararları Işığında Bir İnceleme**, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2016.

(MAKALELER)

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “Danıştay Kararlarına Uyulması”, **Danıştay Dergisi**, YIL 5 S. 16-17, 1975.

AZRAK Ali Ülkü, “İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerinde Düşünceler”, **Onar Armağanı**, İstanbul, 1977

CANDAN Turgut, “İdari Yargılama Usulü Kanununda Yapılan Son değişiklikler Çerçevesinde Yürütmenin Durdurulması Müessesesi I”, **Yaklaşım Dergisi**, Ekim-1994, S. 22.

CANYAŞ Oytun, “Vergi Yargılaması Hukukunda Yürütmenin Durdurulması Kurumunun Genel Niteliği”, **VSD**, S: 263, Ağustos 2010.

ÇAHA Tahir, “Yürütmenin Durdurulmasına Dair”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu**, Ankara, 12-13 Mayıs 1979, İstanbul, 1980

ERMUMCU Osman, “İdari Yargıda Yürütmeyi Durdurma Müessesesinin Yasal Düzenlemeden Kaynaklanan Çelişkileri”, **Maliye ve Sigorta Yorumları**, 1 Nisan 1998, Sayı:269.

FROMONT, Micheal,

Çeviren: Celal ERKUT, “Avrupa Topluluğuna Üye Devletlerde, İdari Kararlar Karşısında Bireylerin Geçici Olarak Korunması Sorunu”, **İHİD**, Y:7, S:13, 1986.

GÜNDAY Metin, “İdari Yargı Kararlarının Uygulanmaması Sorunu”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, 14 ocak 2000, Ankara, s.353.

“Yürütmenin Durdurulması Kararı ve Uygulama, 2000 Yılı Danıştay Sempozyumu, www.danistay.gov.tr/1-YURUTMENİN%20DURDURULMASI%20VE%20UYGULAMA.HTM.

HONDU Selçuk, “İdare ve Vergi Mahkemelerinden Verilen Yürütme Kararlarına İtiraz”, **Danıştay Dergisi**, YIL 21, S. 80

KIRATLI Metin, “Yürütmenin Durdurulması”, **Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.21 Aralık 1966

KIZILOT Şükrü, “İhtirazi Kayıla Beyanda Yürütmeyi Durdurma”, **Hürses**, 23. Ocak 1999

ÖZDEŞ Orhan, “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Niteliği”, **Danıştay Dergisi**, YIL:9-1979, Sayı 32-33

SANCAR Mithat, “Yürütmenin Durdurulması Kurumu ve Anayasa Yargısı”, **Amme İdaresi Dergisi**, Aralık 1993, C. 26, Sayı 4

TOP Zuhul, “Tebliğ ve Genelgelere Dava Açılamayacağı”, **Hürses**, Hukuki Yaklaşım Köşesi, 05.06.2003

(DİĞER KAYNAKLAR)

Ankara, 1964 **Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi**, S.1,

Ankara, 1965 **Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi**, S. 2,

Danıştay Kararları Dergisi, Sayı: 95, 1998

Danıştay Kararları Dergisi, Sayı: 92, 1995

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

