

AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Kararları Işığında Hukuki Kesinlik (Belirlilik) İlkesinin İncelenmesi

The Examination of the Principle of Legal Certainty (Determinacy) in the Light of the Decisions of ECtHR and Turkish Constitutional Court

Abdulkadir GÜLÇÜR*

ÖZ

Hukuki kesinlik ilkesi, hukukun üstünlüğünün temel görünümlerinden birisidir. Bu nedenle, “hukukun üstünlüğü” ve “hukuk devleti” bakımından bir ulusal hukuk sisteminde hukuki kesinliğin tesis edilmesi kaçınılmazdır. Bu yazı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ile Türk Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) hukuki kesinlik yaklaşımları arasındaki farklılıkları ve benzerlikleri ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu sebeple, hukuki kesinliğin uygulamasının daha iyi anlaşılması için her iki Mahkemenin de konuyla ilgili olan davaları incelenmiştir. Söz konusu alandaki güncel vakalar, akademisyenlere ve uygulayıcılara ilkenin kavranması ile ilgili önemli ipuçları vermektedir.

Anahtar Kelimeler: Hukuki kesinlik, Hukukun üstünlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türk Anayasa Mahkemesi.

ABSTRACT

The principle of legal certainty is one of the fundamental appearances of the rule of law. Therefore, the establishment of legal certainty in a national legal system is inevitable in terms of “the rule of law” and “state of law”. This paper aims to reveal differences and similarities between European Court of Human Rights and Turkish Constitutional Court regarding their approaches to the legal certainty. For this reason, the cases of both Courts have been reviewed for better understanding the implementation of the legal certainty. Recent cases in that field have given significant clues to the scholars and practitioners for comprehension of the principle.

Keywords: Legal certainty, rule of law, European Court of Human Rights, Turkish Constitutional Court.

* Arş. Gör., Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü / Adana Bilim ve Teknoloji Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı. E-mail: abdulcadir.gulcur@marmara.edu.tr Bu makale konusunu seçmemde tavsiyeleri ile yol gösteren kıymetli hocam Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU'na teşekkür ederim. Değerli önerileri ile makalenin daha da güzel bir hale gelmesinde rol oynayan hakem hocalarıma da özel olarak teşekkür ederim. Makalenin yazımına ilişkin tüm eksiklikler kuşkusuz tarafıma aittir.

GİRİŞ

İlk olarak konuya ilişkin terimsel bir farklılığa dikkat çekmekte fayda bulunmaktadır. İnceleme konumuz olan ilke, Amerikan hukukunda “*legal determinacy*” (hukuki belirlilik) veya daha sıklıkla bunun mefhum-u muhalifi olan “*legal indeterminacy*” (hukuki belirsizlik) adı altında ele alınmaktadır. Buna karşılık, Avrupa hukuk sisteminde aynı kavram “*legal certainty*” (hukuki kesinlik) olarak geçmektedir. Avrupa Konseyi’ne üye ve AİHS ile bağitlanmış olan Türkiye’nin Avrupa ile uyumlu şekilde “hukuki kesinlik” kavramını kullanması daha uygun olacak iken, AYM “hukuki belirlilik” ilkesini kullanmayı tercih etmiştir. Bu doğrultuda, çalışmanın kavramsal bütünlüğünün bozulmaması adına, AYM kararlarının incelendiği bölümde de “hukuki kesinlik” ibaresi kullanılmıştır. Bununla birlikte, AYM’nin kullanımını değiştirmemek için bireysel başvuru kararlarına yapılan atıflarda “hukuki belirlilik” terimine yer verilmiştir.

I. Hukukun Üstünlüğünün Alt Görünümü olarak Hukuki Kesinlik İlkesi

I.1. Hukukun Üstünlüğüne Yönelik Batılı Tecrübeler

Hukukun üstünlüğüne dair küresel anlamda farklı tecrübeleri dörde ayırmak mümkündür: Bunlar; İngiltere’de hukukun üstünlüğü (*rule of law*) anlayışı, Kuzey Amerikan düşüncesindeki uygun hukuki süreç (*due process of law*), Almanya’da Hukuk Devleti (*Rechtsstaat*) ve son olarak Fransa’da Hukuk Devleti (*État de Droit*) uygulaması olarak sayılabilir.¹ Hukukun üstünlüğüne ilişkin İngiliz yaklaşımıyla diğer Batılı tecrübeler arasında önemli farklılıklar bulunmasına rağmen, temel değerler ile felsefi ve politik faraziyeler dikkate alındığında bu ayırım önemli ölçüde ortadan kalkmaktadır.² Daha çok Amerikan hukukunda kullanılan bir kavram olan *due process of law*, İngiliz öğretisindeki “hukukun üstünlüğüne” (*rule of law*) benzemektedir. Amerikan Anayasası’nda “*rule of law*” doğrudan geçmediği için Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarında hukukun üstünlüğü, anayasal bir kavram olan “*due process of law*” ile ifade edilmektedir.³

Alman kökenli “*Rechtsstaat*” kavramı devletin yetkilerini sınırlandırmayı amaçlaması ve bu yönüyle devlet ile vatandaşlar arasındaki dikey ilişkileri düzenlemesi bağlamında, “*rule of law*” kavramından farklı görülmektedir. Zira “*rule of law*” vatandaşların birbiriyle ilişkilerini de yani eşitler arası yatay ilişkileri de düzenlemesi nedeniyle daha geniş kapsamlı olarak kabul

1 Danilo Zolo, “The Rule of Law: A Critical Reappraisal”, **The Rule of Law History, Theory and Criticism** (ed. Pietro Costa & Danilo Zolo) içinde (3-72), Dordrecht, Springer, 2007, s. 7.

2 *Ibid*, s.18.

3 Bkz. Kerem Altıparmak, “Due Process of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 45, Sayı 1-4, (1996), s. 220. Amerikan Anayasası’nın “Amendment 5” ve “Amendment 14” hükümlerinde, kimsenin uygun hukuki süreç (*due process of law*) olmaksızın yaşamından, özgürlüğünden ve mülkünden mahrum bırakılmayacağı ifade edilmiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin pek çok kararında “due process of law” kavramını kullanımını görmek mümkündür. Örneğin, Yüksek Mahkeme’nin 1970 yılında vermiş olduğu bir kararında, *makul şüphe standardının anayasal boyutunu kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıklamak için; Anayasadaki “due process” kaydının, kişiye isnat edilen suçun maddi kanıtlarının makul şüphenin ötesine geçmedikçe suçlanan kişiyi koruduğu açıkça belirtilmiştir. Bkz. In Re Winship, 397 U.S. 358, 364 (U.S. Supreme Court 1970) para.10. <https://www.ravellaw.com> (Erişim Tarihi: 15.11.2017).*

edilmektedir.⁴ Fransız “*État de Droit*” kavramı, Alman “*Rechtsstaat*” kavramından etkilenecek çok daha sonra çıkmış olmasına rağmen, devletin hukuk yoluyla yönetiminden ziyade temel hakların garantörü olan anayasal devlet anlamına gelmektedir.⁵

Bu doğrultuda, hukukun üstünlüğünün alt görünümlerinden birisi de “hukuki kesinlik (belirlilik)” ilkesidir.⁶ Hukuki kesinlik kavramının, yasal normlardan ilkeler (*principles*) başlığı altında yer almasının nedeni, bir hususa ilişkin olarak izin veren veya yasak koyan yasal kurallar (*rules*) başlığı altında nitelendirilememesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla hukuki kesinliğin ilke şeklinde var olmasına rağmen, yasal bir norm olarak pozitif hukuk bağlamında devlet bakımından yükümlülük getirdiği kabul edilmektedir.⁷ İlerleyen kısımlarda, AİHM ve AYM kararlarında bu ilkenin nasıl kullanıldığına ayrıntılı şekilde yer verilecektir. Bununla birlikte, yargı kararları haricinde uluslararası örgütler de ilkeye bağlılıklarını bildirmişlerdir. Örneğin; 30 Mayıs 2007 tarihli G8 Dışişleri Bakanları Toplantısı'nın ardından açıklanan “Hukukun Üstünlüğü Bildirisi”ne göre, “küreselleşme sürecinin barışçıl, sürdürülebilir ve herkes için faydalı olabilmesi için, hukukun üstünlüğü, hukuk önünde eşitlik, hukuka hesap verilebilirlik, *hukuki kesinlik*, usulî ve yasal şeffaflık, statüsüne (cinsiyet, ırk, din, yaş, sınıf, mezhep vb.) bakılmaksızın herkes için adalet eşit ve açık erişim, yasaların keyfi şekilde uygulanmasından kaçınma ve yolsuzluğun ortadan kaldırılması ilkelerine bağlı kalmak zorunludur.”⁸ Doktrinde AİHM'in rolü anlatılırken de Mahkeme'nin başvuru sahiplerinin ve davalı devletlerin argümanlarını yapılandırarak, içtihat yoluyla hukuk inşasını meşrulaştırmayı amaçladığı ve devletleri ihlal bulgularına uymaya ikna etmeyi benimsediği belirtilmektedir. Bunun da hukuki kesinliğin ve içtihadın düzenli gelişimi adına yapıldığı ifade edilmektedir.⁹ Zira hukuk devletin temel özelliklerinden birisi de davanın taraflarının medeni şekilde savunacakları, adil yargılanma koşullarını sağlayacak mekanizmalara sahip bir hukuki kesinliktir.¹⁰

Doktrinde Ávila konuya ilişkin eserinde, hukuki kesinlik ilkesinin geniş şekilde anlaşılması gerektiğini, bu doğrultuda; hukuk kurallarının kesin olması, hukuk aracılığıyla kesinliğin sağlanması, temel hak ve özgürlüklerin içeriklerinin kesin olması, hukuk önünde (yargı mercileri vasıtasıyla) kesinliğin sağlanması ve hukukun kendi içerisinde tutarlılığın/kesinliğin sağlanması şeklinde farklı görünümlerin hepsinin ilkenin kapsamı içerisinde yer aldığını belirtmektedir.¹¹ *Habermas* da hukuk düzeni ve hukukun meşruiyet iddiasının toplumu bütünleştirici fonksiyonunu yerine getirmesi için mahkeme kararlarının eşzamanlı olarak

4 Selda Çağlar, **Hukuk Devletin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi**, İstanbul, Beta Yayınları (2013), s.10.

5 *Ibid*, s. 11.

6 Bkz. James R. Maxeiner, **Some Realism about Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law**, *Houston Journal of International Law*, Volume 31, (2008) s. 28.

7 Humberto Ávila, **Certainty in Law**, Switzerland, Springer International Publishing, (2016), ss. 58-62.

8 Declaration of G8 Foreign Ministers on the Rule of Law, Potsdam, May 30, 2007, para. 2. (*italik vurgu tarafınca eklenmiştir*). <http://www.g8.utoronto.ca/foreign/formin070530-law.htm> (Çevrimiçi: 9.11.2017).

9 Alec Stone Sweet, **On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court**, *Faculty Scholarship Series* (2009), *Paper* 71, s. 4.

10 Sibel Inceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Tıpkı 4. Bası, İstanbul: Beta Yayınları (2013), s.134.

11 Ávila, s.77.

“tutarlı karar verebilme” ve “rasyonel kabul edilebilme” koşullarını taşıması gerektiğini belirtmektedir. Zira zikredilen koşullar arasında uyum sağlanması kolay olmadığı için, hükmün uygulanmasında bu iki koşulun bağdaştırılması gerekmektedir. *Habermas*, hukuki kesinliğin mevcut yasal düzen içinde tutarlı kararlar verilmesini gerektirdiğini ifade etmektedir. Buna göre; mevcut hukuk, yasama ve yargının geçmiş kararlarının oluşturduğu opak ağı bir ürünü olup, teamül hukukunun geleneklerini de içinde barındırmaktadır. Diğer yandan, meşruiyet iddiası, mevcut hukuk çerçevesinde benzer vakalarda tutarlı kararlar verilmesiyle sınırlı değildir. Bunun yanında, meselenin mantuki zemine oturtularak, tüm katılımcılar tarafından rasyonel kararlar olarak kabul edilebilmesi de gereklidir.¹² *Habermas* hukuki kesinliğin bozulması durumundaki gelişmelere ilişkin olarak da bazı değerlendirmelerde bulunmuştur. Buna göre; hukuki kesinliğe dair herhangi bir teminatın katı şekilde iptal edilmesi, beklentilerin istikrara kavuşmasına yönelik olarak hukukun en üst düzeyde işlevini yerine getirmesi gerektiği fikrinden hukuk sisteminin vazgeçmesi sonucuna götürür.¹³ Bu tespit oldukça yerindedir. Zira hukuki kesinliğe ilişkin ihlal kararlarına maruz kalan devletlerin, hukukun üstünlüğüne dair hazırlanan endekslerde de oldukça geri sıralarda olduğunu görmekteyiz.¹⁴

Hukukun üstünlüğünün alt görünümünden birisi olan “hukuki kesinlik” ilkesi, Avrupa ortak hukukunda kabul edilmiş ve hem Avrupa Birliği Adalet Divanı hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla günden güne gelişen bir ölçüt haline gelmiştir.¹⁵ Bununla birlikte, Avrupa Birliği Antlaşması’nda veya AB hukukuna dair ikincil yasal belgelerde “hukuki kesinlik” ilkesine ilişkin bir düzenleme açıkça yer almamaktadır. AİHM ve ABAD’ın ilkeye dayanak olarak kullanacakları pozitif bir düzenleme bulunmamakla birlikte,¹⁶ hukukun üstünlüğü kavramı altında bu ilkenin iç hukuklarda kullanılıyor olması, zikredilen ilkenin Avrupa Mahkemelerinin yargı kararlarında da belirleyici hale gelmesine olanak sağlamaktadır.

1.2. Venedik Komisyonuna Göre Hukuki Kesinliğin Unsurları

Venedik Komisyonu’nun 106. Genel Oturumunda (11-12 Mart 2016) kabul edilen “*Rule of Law Checklist*” metnine göre, “hukuki kesinlik” ilkesi 8 alt başlıkta incelenmiştir. Bunlar sırasıyla şu şekildedir:

- 12 Jürgen Habermas, **Between Facts and Norms – (Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy)**, (translated by William Rehg), Cambridge, Massachusetts: The MIT Press (1996), s.198; Elina Paunio, “**Beyond Predictability – Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order**”, *German Law Journal*, Vol.10 No. 11, (2009), s. 1472.
- 13 Habermas, s.201.
- 14 Bkz. World Justice Project, Rule of Law Index 2016, s. 5.
- 15 Çağlar, s.181; Ayrıca bkz. Aalt Willem Heringa, **The Consensus Principle – The Role of Common Law in the ECHR Case Law**, 3 Maastricht J. Eur. & Comp. L. (1996), s. 140. *Heringa*, hukuki kesinlik, meşru beklentiler ve orantılılık gibi genel ilkelerin Avrupa Topluluğu (Birliği) hukukundan iktibas edilerek Strasbourg Mahkemesi’nin (AİHM) içtihatlarına taşındığını vurgulamaktadır.
- 16 Juha Raito, **The Principle of Legal Certainty in EC Law**, Springer Publishing 2003, s.86. Yazar, ayrıca doktrinde hukuki kesinlik ilkesinin orantılılık, meşru beklentiler, iyi yönetim, usuli haklar gibi diğer ilkelerle aynı kategoride olduğunu ve bunların AB Antlaşmalarından ziyade AB Hukukunun genel ilkeleri başlığı altında yer aldığını kabul edildiğini belirtmektedir. (Raito, s. 119).

1. Yasamaya Erişim: Buna göre, tüm yasama işlemlerinin yürürlüğe girmeden yayınlanması ve ücretsiz şekilde, kolaylıkla internet veya resmi bültenler aracılığıyla erişime açık olması gerekmektedir.
2. Mahkeme Kararlarına Erişim: Burada aranan kıstaslar da mahkeme kararlarına kamunun kolayca erişiminin mümkün olması meselesi ile aleniyetten muaf tutulan kararlara uygulanan bu gizlilik işleminin haklılık taşıyıp taşımadığıdır. Komisyona göre; mahkeme kararları hukuku tesis edeceği, ayrıntılandıracağı ve netleştireceği için bunlara erişim hukuki kesinliğin bir parçasıdır. Mahkeme kararlarına erişim ancak suça sürüklenen çocuklar örneğinde olduğu gibi kişi haklarının korunması amacıyla sınırlandırılabilir.¹⁷
3. Kanunların Öngörülebilirliği (*foreseeability of the laws*): Komisyon'a göre, bu başlık altında sağlanması gereken kıstaslar şunlardır: Kanunlar anlaşılabilir şekilde yazılmış mıdır? Yeni yapılan bir yasal düzenleme açık şekilde önceki yasal düzenlemeyi ortadan kaldırmış veya değiştirmiş midir? Öngörülebilirlik, yalnızca, yasanın uygulanmadan önce sunulması ve etkileri konusunda mümkün olduğunca öngörülebilir olması gerektiği anlamına gelmez, aynı zamanda hukuka tabi kişilerin davranışlarını kendisine uygun biçimde düzenleyebilmesi için yeterli hassasiyet ve netlikle formüle edilmesi gerekir.¹⁸
4. Hukukun İstikrarlı ve Tutarlı Olması (*stability and consistency of law*): Bu konuya ilişkin ölçütler de şu şekildedir: Kanunlar değiştirildiklerinde gerekli uyarının yapıldığı ölçüde stabil midir? İstikrarlı şekilde uygulanmaktadırlar mı? Zira yasama işlemlerinin veya icra faaliyetlerinin istikrarsızlığı ve tutarsızlığı kişilerin plan ve eylemlerini etkileyebilir. Bununla birlikte istikrar (değişmezlik) bir son değildir. Zira hukuk değişen şartlara uyum sağlamaktadır. Hukuk değişebilir ancak bu değişimin kamunun farkındalığı ve tartışması neticesinde olması ve meşru beklentileri olumsuz etkilememesi gerekir.¹⁹
5. Meşru Beklentiler (*legitimate expectations*): Komisyon'a göre, meşru beklentiler ilkesi AB hukukundaki hukuki kesinliğe dair genel ilkenin bir parçası olup, ulusal hukuklardan türemiştir. Meşru beklenti doktrinine göre, hukuk temelinde iyi niyetle hareket eden kişilerin meşru beklentileri boşa çıkarılmamalıdır. Bu doktrin sadece yasama işlemlerine değil aynı zamanda kamu makamlarının birel işlemlerine de uygulanmaktadır.²⁰
6. Geçmişe Dönük İşlem Yapmama (*non-retroactivity*). Bu başlık altındaki kıstaslar ise, cezai yasalarda geçmişe dönük düzenlemenin yasaklanmış olması ve bu genel yasağın diğer kanunlara ne ölçüde teşmil edildiğine ilişkindir. Yine de ceza hukuku dışındaki bir alanda bireylerin haklarının geriye dönük sınırlandırılması veya yeni yükümlülükler uygulanması kamu yararına hizmet etmesi ve orantılılık ilkesine uygun olması şartıyla kabul edilebilmektedir.²¹

17 Rule of Law Checklist, Adopted by the Venice Commission of the Council of Europe at its 106th Plenary Session, s. 25, para. 57.

18 *Ibid*, s. 25 vd. para. 58.

19 *Ibid*, s. 26, para. 60.

20 *Ibid*, s. 26 vd. para. 61.

21 *Ibid*, s. 27 vd. para. 62.

7. Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz (*nullum crimen sine lege and nulla poena sine lege*). Muhtemelen ilkenin oldukça açık ve bilinen bir ilke olması nedeniyle, herhangi bir açıklama getirilmemiştir.
8. *Res judicata*: Komisyon *res judicata* ilkesine uyulmasını da üç alt başlıkta ele almaktadır. İlki bir suçtan dolayı iki ceza olmaz ilkesine (*ne bis in idem*) uyulup uyulmadığıdır. İkincisi nihai yargısal kararların yeniden incelenip incelenmediği ve üçüncü başlık olarak da eğer nihai kararlar yeniden inceleniyorsa hangi şartlar altında incelendiğidir. *Res judicata* bir temyiz neticesinde nihai olarak karar verildiğinde yeniden temyiz mümkün olmasını sağlamaktadır. Bu doğrultuda nihai kararlara saygı duyulmalı, sadece ikna edici nedenler bulunması durumunda yeniden değerlendirme yapılmalıdır.²²

2. Hukuki Kesinlik İlkesine İlişkin AİHM Kararları

2.1. Mahkeme Kararlarının Bozulması Kapsamında Hukuki Kesinlik İlkesinin İncelenmesi

Hukuki kesinlik ile ilgili en güncel AİHM kararı *Lashmankin and Others v. Russia*'dır. Söz konusu davada, toplanma hürriyetine ilişkin çeşitli başvurular Mahkeme tarafından birleştirilerek incelenmiştir. Başvuruculardan bir grup, 20 Mart 2010'da yaklaşık 300 kişiden oluşan bir toplulukla Alexander Puşkin Meydanında bir araya gelmişlerdir. Polis zor kullanarak gösteriyi bastırılmış ve çoğunu gözaltına almıştır. 9 Nisan 2010 tarihinde Tverskoy İlçe Mahkemesi konuyla ilgili açılan davayı reddetmiştir. 23 Eylül 2010'da ise Moskova Şehir Mahkemesi bu kararı bozarak temyiz başvurusunu kabul etmiştir. Gerekçe olarak ise, İlçe mahkemesinin maddi vakıaları yeterince incelemediğini, bu şekilde bir gösterinin şehrin normal hayatına nasıl bir etkisinin olacağına açıklanmadığını belirtmiştir.²³ Bunun üzerine, Moskova İdaresi kararın denetim amaçlı gözden geçirilmesi için başvuruda bulunmuştur. Moskova Şehir Mahkemesi Presidium'u 23 Eylül 2010 tarihli temyiz hükmünü bozmuş ve yürüyüşün engellenmesinin hukuka uygun olduğunu kararlaştırmıştır.²⁴

Hukuki kesinlik ilkesi bağlamında AİHM şu sonuçlara ulaşmıştır: AİHS madde 6'da yansımaları bulan hukuki kesinlik ilkesi nihai kararların bozulmadan korunmasını gerektirmektedir. Bir davada hiçbir tarafın yeni bir karar almak için yargılamayı tekrardan açmaya girişmemesi hukuki kesinlik ilkesinin üzerinde durduğu bir husustur. Yüksek mahkemelerin kararları bozması ancak temel noksanlıkların düzeltilmesi amacıyla olmalıdır. Mahkeme bu doğrultuda denetleyici inceleme usullerinin (*supervisory-review proceedings*) hukuki kesinlik ve mahkemeye erişim haklarını ihlal ettiğine sıklıkla hükmettiğini hatırlatmıştır.²⁵ Bu nedenle AİHM, Moskova Şehir Mahkemesi Presidium'unun kararının hukuki kesinlik ilkesine ve başvuruçuların m.6(1)

²² *Ibid*, s. 28, para. 63.

²³ *Lashmankin and Others v. Russia, Applications nos. 57818/09 and 14 others, Judgment (7 February 2017)*, para. 46-48.

²⁴ *Ibid*, para. 48-51.

²⁵ *Ibid*, para. 500-501.

uyarınca mahkemeye erişim haklarına zarar verdiğini tespit etmiştir. Bu nedenle zikredilen maddenin ihlaline hükmetmiştir.²⁶

Trapeznikov and Others v. Russia davasında, yukarıdaki davanın aksine AİHM hukuki kesinlik ilkesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Söz konusu davada, başvuruçular Çernobil'in temizlenmesi operasyonuna katılmış kişiler olup, sosyal haklarına enflasyona dayalı gerekli ayarlamaların yapılması amacıyla ilgili makamları dava etmişlerdir. Yerel mahkemede kendi lehlerine karar alınmasına karşın, ilerleyen aşamalarda (davalıların temyizi üzerine) aleyhlerine karar çıkması nedeniyle hukuki kesinlik ilkesinin ihlal edildiğini savunmuşlardır.²⁷ Zira başvuruçuların davaları en yüksek mahkemeye ulaştıktan sonra, "denetleme incelemesi" (*supervisory review*) adı verilen yöntem neticesinde bazı başvuruçuların talepleri kısmen kabul görmüş, diğerlerinininki ise reddedilmiştir.²⁸

AİHM başvuruçuların hukuki kesinlik ilkesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak, mevcut olay bakımından Sözleşmeye aykırılık tespit etmediğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, denetleme incelemesi yerel çözüm yolları zincirinin bir sonraki parçasını oluşturmakta olup, yargılamanın tekrar yapılması gibi bir sonuç içermemektedir. Bunun aksine şekilde başvuruçuların yerel mahkemede lehlerine verilen kararların önemli ve zorlayıcı bir sebep olmadan ilerleyen aşamalarda bozulmasından şikâyet etmelerini AİHM kabul etmemiş ve ulusal hukukun yeknesak şekilde uygulandığını belirlemiştir. Sonuç olarak Mahkeme, "denetleme incelemesi" yöntemiyle hukuki kesinlik ilkesinin ihlal edildiği yönündeki iddiaları reddederek, Madde 6(1) yönünden ihlal bulunmamış, başvuruçuların mülkiyet haklarının ihlal edildiği yönündeki diğer iddiaları bakımından ise ayrı bir incelemeye gerek görmemiştir.²⁹

2.2. Çelişkili Ulusal Mahkeme Kararlarının Hukuki Kesinlik İlkesi Kapsamında İncelenmesi

Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Romania davası hukuki kesinlik ilkesinin AİHM tarafından incelendiği yakın tarihli bir diğer örnektir. Söz konusu uyuşmazlıkta, Romanya'daki Katolik Rumların vakıf malları kilise mülkü hariç 1948'de devletleştirilmiştir. Ancak 1990 yılında çıkarılan bir kararname ile belli şartlar altında mülklerin asli maliklere dönüşünün yolu açılmış ancak başvuruçular bakımından çeşitli hukuki sorunlar yaşanmıştır. Konu, bir dizi ulusal yargılamadan sonra AİHM'in Üçüncü Kısım Dairesi tarafından, mahkemeye erişim hakkı, hukuki kesinlik ve uzun yargılamalar nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla incelenmiş ancak reddedilmiştir. Bunun üzerine, başvuruçular AİHM Büyük Daire'ye başvuruda bulunmuşlardır.³⁰

26 *Ibid*, para. 505.

27 *Trapeznikov and Others v. Russia*, (*Applications nos. 5623/09, 12460/09, 33656/09 and 20758/10*), Judgment (5 April 2016), para. 6-9.

28 *Ibid*, para. 36.

29 *Ibid*, para. 37-41.

30 *Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Romania*, *Application no. 76943/11* Judgment (29 November 2016), para. 1-11.

Büyük Daire, bu tür davalarda Mahkemenin değerlendirmesinin hukuki kesinlik ilkesine dayandığını ve bu ilkenin Sözleşmenin tüm maddelerinde zımnen bulunduğunu ve hukuk devletinin asli veçhelerinden birisi olduğunu belirtmiştir. Bu ilkenin hukuki meselelerde belli istikrarı temin etmesi ve mahkemelere kamunun güven duymasına katkı sağladığını ifade etmiştir.³¹ Mevcut olayda da Büyük Daire, Romanya Yüksek Mahkemesi'nin çatışan içtihadının alt derece mahkemelerinin çelişen kararlarında da yansımaları bulduğunu ifade etmiştir. Bu doğrultuda, çok sayıda Rum Katolik Kilisesinin yerel mahkemelerin uygulanacak hukuka ilişkin farklı yaklaşımlarından önemli şekilde etkilendiğini belirlemiştir. Bu çatışan içtihatların da kamunun yargısal sisteme güvenini azaltmak şeklinde bir hukuki belirsizlik hali (*a state of legal uncertainty*) yaratması muhtemeldir.³² AİHM Büyük Daire, 2007-2012 arasında Romanya Yüksek Mahkemesi'nin tamamen zıt kararlar verdiğini saptamıştır. Bu doğrultuda yargısal yorumdaki söz konusu dalgalanmanın içtihatla yaşanan değişim olarak telakki edilemeyeceğini belirlemiştir. Zira, Yüksek Mahkeme 2011'de pozisyonunu değiştirmiş ve 2012'de çeşitli çelişkili kararlar vermiştir.³³

Sonuç itibarıyla Büyük Daire, içtihatteki belirsizliğin, tutarlı bir uygulama gelişmesine engel olduğunu ve bizatihi ülkenin en yüksek yargı merciinin hukuki kesinlik ilkesini zayıflattığını, bu durumun da başvuru sahiplerinin adil yargılanmasını etkilediğini tespit etmiştir. Dolayısıyla, hukuki kesinlik ilkesine riayet edilmemesi nedeniyle Sözleşmenin m.6(1) hükmünün ihlaline karar vermiştir.³⁴

Konu kapsamındaki bir diğer AİHM kararı ise; *Balažoski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* uyuşmazlığıdır. Söz konusu uyuşmazlığın gelişimi şu şekildedir: Başvurucu olan kocanın eski eşi, 1 Nisan 1998'de evlilikleri boyunca edinilen malın yarısının kendisine tahsis edilmesini veya parasal değerinin ödenmesini sağlamak amacıyla ilk derece mahkemesinde dava açmıştır. Mahkeme açılan davayı 9 Ekim 1998'de reddederek, kocanın Avusturya'da çalıştığı dönemde kazandığı parayla babasının arazisi üzerine ev inşa ettiğini ve davacının evin yapımına iştirak etmediğini karara bağlamıştır. Karar, Bitola Temyiz Mahkemesi'nce de onaylanmıştır.³⁵ Bunun üzerine davacı kadın Yüksek Mahkeme'ye başvurmuştur. Savcılık da kadının argümanlarını desteklemiş ve ilk derece mahkemesinin yanlışlık yaptığını, esasında tarafların 10 yıl değil, 21 yıl birlikte yaşadıklarını ve evin de 1989-1996 arasında yapıldığını, evliliğin de 1997 yılında kadının evi terk etmesiyle fiili olarak sonlandığını savunmuştur. 30 Eylül 1999'da Yüksek Mahkeme hukukilik incelemesi yaparak, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Yüksek Mahkeme'ye göre, kocanın Avusturya'da olması ve uzun yıllar birlikte yaşamamaları önemli değildir. Benzer şekilde kadının evin yapımına katkı sağlaması da şart değildir. Evlilik içinde evin inşa edilmiş olması ortak mülk sayılması için yeterlidir.³⁶ Bunun üzerine, dosyaya tekrar bakan ilk derece mahkemesi, 25 Kasım 2002'de kısmen davacının lehine karar vererek, mülkün %5'inin davacı kadına verilmesine hükmetmiştir. Bitola

31 *Ibid*, para. 116.

32 *Ibid*, para. 124.

33 *Ibid*, para. 126.

34 *Ibid*, para. 134-135.

35 *Balažoski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, (Application no. 45117/08), Judgment 25 April 2013, para. 6-9.

36 *Ibid*, para. 10-11.

Temyiz Mahkemesi ise, 22 Ekim 2003'de davacı kadının temyiz başvurusunu reddetmiş ve kocanın lehine olacak şekilde ilk derece mahkemesi kararının gözden geçirilmesi gerektiğine karar vermiştir. 20 Kasım 2003'te davacı kadın, Yüksek Mahkeme'ye başvurarak evin yarısının kendi lehine tescili veya bedelinin verilmesi için talepte bulunmuştur.³⁷ Yüksek Mahkeme 18 Mayıs 2005'te, ilk derece mahkemesinin kararlarını çelişkili ve yeterince gerekçelendirilmiş olmadığı nedeniyle bozarak, 30 Eylül 1999'da verilen Yüksek Mahkeme kararındaki talimatlara uygun davranılmadığı gerekçesiyle, davanın farklı yargıçlardan oluşan başka bir ilk derece mahkemesinde görülmesini emretmiştir. Bunun üzerine, 14 Kasım 2005'te davaya bakan ilk derece mahkemesi, uyuşmazlık konusu mülkün yarısının davacı kadına verilmesini kararlaştırmıştır. Başvurucu koca, karara karşı temyize gitmiş ancak temyiz mahkemesi kararı 24 Ekim 2006'da onamıştır. Bunun üzerine Yüksek Mahkeme'ye başvuran başvuru, ilk derece mahkemesinin Yüksek Mahkemenin 18 Mayıs 2005'te verdiği karardaki talimatlarını yerine getirmediğini iddia etmiştir. Yüksek Mahkeme 20 Mart 2008 tarihinde Medeni Usul Kanunu (1998) uyarınca başvurunun *ratione valoris*³⁸ bağlamında kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.³⁹

Davayı inceleyen AİHM, Yüksek Mahkemenin aynı uyuşmazlığa ilişkin 30 Eylül 1999 ve 18 Mayıs 2005 tarihli kararlarında Medeni Usul Kanunu uyarınca *ratione valoris* bağlamında davacı kadının temyiz başvurularına ilişkin yetkisi olmadığına dair karar vermediğine işaret etmiştir. Zira bu davalarda *ratione valoris* yetki kabul edilmiş ve Yüksek Mahkeme davacının başvurularını hukuki bakımdan incelemiş ve davanın yeniden incelemesine karar vermiştir. Bu doğrultuda Yüksek Mahkeme'nin 20 Mart 2008 tarihli kabul edilemezlik kararı, konuyla ilgili daha önceki kararlarından ayrılmaktadır. AİHM'e göre aynı mahkemenin aynı uyuşmazlığa dair daha önce vermiş olduğu kararlar, uyuşmazlığın sonraki aşamalarında da bağlayıcıdır.⁴⁰ Yukarıdaki bilgiler ışığında AİHM, Yüksek Mahkeme tarafından verilen önceki kararlarda, *ratione valoris* yetkinin kabul edilmiş olmasını ve daha sonra bu bakımdan davanın reddedilmesini çelişkili kararlar olarak değerlendirmiş ve hukuki kesinlik ilkesiyle bağdaşmadığı sonucuna varmıştır. Aynı konuya ilişkin yapılan yargılamalar içinde farklı bir karar alınarak önceki kararların etkili şekilde bozulması ve buna dair Yüksek Mahkeme tarafından hiçbir gerekçe gösterilmemiş olması belirsizliğin kaynağını oluşturmaktadır. Bu doğrultuda Sözleşme'nin m. 6 (1) hükmünde içkin olan hukuki kesinlik ilkesi zedelenmiştir. Dolayısıyla Sözleşme'nin m. 6 (1) hükmü bakımından ihlal gerçekleşmiştir.⁴¹

2.3 Hukuki Kesinlik İlkesinin Alt Görünümü Olarak Res Judicata

Mahkemelerin kararlarının nihailiği ve *res judicata* ilkesinin⁴² ihlali kapsamında önemli bir karar da *Vardanyan and Nanushyan v. Armenia*'dır. Söz konusu uyuşmazlıkta ilk başvuru 22

37 *Ibid*, para. 14-16.

38 Müddeabihin (dava konusunun) değeri bakımından.

39 *Balažoski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, *supra note* 35, para. 17-20.

40 *Ibid*, para. 31-32.

41 *Ibid*, para. 33-34.

42 Latince "*res judicata*" ifadesi "yargılanmış şey" anlamına gelmekte olup, kesin hükmü de kapsayan bir anlama sahiptir. Kesin hüküm ise, *res judicata*'nın bir şartıdır. Dolayısıyla, *res judicata*'nın sonuçları olan; tekrar yargılama

Eylül 1997'de Yargıtay Presidium'unun verdiği nihai kararın 29 Aralık 1998'de Yargıtay Genel Kurulu'nca onanmasıyla uyuşmazlığa konu olan arsa üzerindeki mülkiyetinin tanındığını ancak Erivan Belediye Başkanı'na yerel mahkemede kendisi aleyhine konuyla ilgili dava açma hakkı tanınmasının yargı kararının nihailiğini ihlal ettiğini iddia etmiştir.⁴³

AİHM, burada da adil yargılanma hakkının Sözleşme'nin Başlangıç Kısmı ışığında yorumlanması gerektiğini bildirerek, hukukun üstünlüğünün Sözleşmeciler Devletlerin ortak mirasının bir parçası olduğunu yinelemiştir. Hukukun üstünlüğünün bir parçası da hukuki kesinlik ilkesidir ki bu ilke diğerlerinin yanı sıra (*inter alia*) mahkemeler bir konu hakkında nihai kararlarını verdikleri zaman kararlarının sorgulanmamasını temin eder. Hukuki kesinlik, *res judicata* ilkesine saygıya da öngörmektedir. Bu ilke de nihai ve bağlayıcı yargısal karar verildikten sonra duruşmaların tekrar edilerek yeni bir karar verilmesine engel teşkil eder. Bu prensipten ayrılma, ancak önemli ve zorlayıcı bir sebep gerektirdiğinde haklıdır.⁴⁴

Mahkeme, belediye başkanına bu şekilde dava açma hakkının verilmesinin akabinde gerçekleşen yargılamalar neticesinde, 15 Eylül 2006'da temyiz mahkemesince başvurusunun önceden kazandığı davaların geçersiz kılınmasını *res judicata* ilkesine ve daha önce verilmiş kararın nihailiğine aykırı bulmuştur. Bu tespiti yaparken de *res judicata* ilkesinden sapmayı gerektirecek şekilde olayda zorlayıcı bir neden de bulunmadığını ifade etmiştir. Bu nedenle, hukuki kesinlik ilkesinin zarara uğratıldığını saptayarak, AİHS m.6(1) bakımından ihlali tespit etmiştir.⁴⁵

Res judicata kapsamında yine Ermenistan aleyhine verilmiş bir diğer karar ise, *Amirkhanyan v. Armenia* uyuşmazlığıdır. Başvurusunun maliki olduğu araziye komşu olan G'nin çitle ayrılan arazinin sınırlarına ilişkin açmış olduğu davanın ileri aşamasında, Temyiz Mahkemesi (Court of Appeal) 9 Mart 2007'de, G'nin daha önce arazisini J'ye devretmiş olması nedeniyle arazinin sınırları ile ilgili yeni bir hak talebinde bulunulamayacağını belirterek başvuru lehine karar vermiştir.⁴⁶ 26 Mart 2007'de G, Yargıtay'a (Court of Cassation) başvurarak 9 Mart 2007 tarihli kararda maddi ve usulî hukukun ihlal edildiğini iddia etmiştir. 12 Nisan 2007'de Yargıtay G'nin başvurusunun esas bakımından kabul edilemez bulmuştur. Bu karar verildiği anda yürürlüğe girmiş olup, temyizi kabil değildir.⁴⁷

7 Eylül 2007'de G başka bir temyiz başvurusunda bulunarak, daha önce Yargıtay'a yaptığı başvuru dilekçesindeki argümanlarına ek olarak 9 Mart 2007 tarihli kararda Temyiz Mahkemesi'nin, Yargıtay'ın yerleşmiş yargısal uygulamasıyla çeliştiğini savunmuştur. 1 Ekim 2007'de Yargıtay

yaşığı, hukuki bağlayıcılık ve kesin delil teşkil etme unsurlarının oluşumu için kararın kesinleşmiş olması gereklidir. Bkz. Kemal Gözler, "Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 56, Sayı 2, (2007), s. 50.

43 *Vardanyan and Nanushyan v. Armenia*, Application no. 8001/07, Judgment (27 October 2016), para. 64.

44 *Ibid*, para. 66-67.

45 *Ibid*, para. 69-71.

46 *Amirkhanyan v. Armenia*, (Application no. 22343/08), Judgment (3 December 2015), para. 12.

47 *Ibid*, para. 14-17.

temyiz incelemesini kabul etmiştir.⁴⁸ 8 Ekim 2007 günü başvuru Yargıtay'a dilekçe vererek, G'nin ikinci başvurusunun *res judicata* ilkesini ve mülkiyet haklarını zedelediğini savunmuştur. 12 Aralık 2007'de Yargıtay G'nin ikinci başvurusunu inceleyerek 9 Mart 2007 tarihli nihai ve kesin kararı kısmi şekilde bozmuştur. Bozma gerekçesi ise Temyiz Mahkemesi'nin bilirkişi raporunu dikkate almaması ve iç hukuk hükümlerini doğru uygulamamasıdır. Bu karar nihayetinde bir dizi süreçten sonra 10 Temmuz 2008'de Temyiz Mahkemesi'nde kesinleşmiştir.⁴⁹

Davayı inceleyen AİHM hukuki kesinliğin *res judicata* ilkesine saygıyı öncel olarak farz ettiğini belirtmiştir. Bu ilke, taraflardan hiçbirinin nihai ve bağlayıcı karara ilişkin olarak yeniden yargılama yapılmasını ve yeni bir karar verilmesini talep edemeyeceğinin altını çizmektedir. Yüksek mahkemeler yargısal hataları düzeltmek için inceleme yetkisine sahiptirler ancak bu durum yeni bir inceleme yapma yetkisi vermez.⁵⁰ AİHM, Ermenistan medeni usul hukukunda, hukuk yargılamalarında taraflardan birisine ikinci kere temyiz başvurusunda bulunmaya olanak tanıyan bir hüküm bulunmadığını tespit etmiştir. Hatta bunun aksine, Usul Kanununun 239. maddesinde Yargıtay kararlarının nihai ve temyizi kabil olmadığı belirtilmektedir. Ayrıca Ermenistan hükümeti de böyle bir hakkın bulunduğu dair yerleşik bir uygulama gösterememiştir.⁵¹ AİHM, temel bir noksanı düzeltmek veya adaletin yanlış tecellisini ortadan kaldırmak için hukuki kesinlik ilkesinin bazı koşullar altında zorlanabileceğini kabul ettiğini belirtmiştir. Ancak Ermenistan hükümeti mevcut vakıada böyle bir durum olduğunu belirtmemektedir. Aksine, Ermenistan Yargıtay'ı herhangi bir yasal dayanağı olmadan, yeni bir karar vermiş konumda görmektedir. Bu nedenle Sözleşme m.6(1)'de yansımaları bulan *res judicata* ilkesi zedelenmiştir. Dolayısıyla Sözleşme m.6(1)'in ihlali söz konusudur.⁵²

2.4. Suçlamalarda Zamanaşımının Uygulanmaması ve Usulî Hatalarla Gerçekleştirilen İşlemler Yoluyla Hukuki Kesinliğin İhlal Edilmesi

Ulusal kanunlarda mahkemeye başvuruya ilişkin sürelerin yargı mercilerince çok katı şekilde uygulanması mahkemeye erişim hakkını engellerken, disiplini veya cezaî anlamda suçlanan kişilerin fiillerine yönelik zamanaşımı uygulanmaması ve suçlamanın cezaya dönüştürülmesi için yasalara uygun olmayan keyfi uygulamalarda bulunulması, AİHM tarafından hukuki kesinlik ilkesine aykırı görülmüştür.

Bu hususa ilişkin olarak, *Oleksandr Volkov v. Ukraine* davası örnek gösterilebilir. Söz konusu olayda, başvuru 1983'te bölge mahkemesi yargıçlığı görevine atanmıştır. İç hukuk söz konusu dönemde yargıçların göreve başlarken yemin etmesini aramamaktadır. 5 Haziran 2003'te, başvuru Yüksek Mahkeme yargıçlığı görevine seçilmiştir. 2 Aralık 2005'te Ukrayna Yargıçlar Konseyi (yargısal özerkliğe sahip bir organ) başkan vekilliğine de seçilmiştir. Başvuru, 30

48 *Ibid*, para. 18-19.

49 *Ibid*, para. 20-24.

50 *Ibid*, para. 33.

51 *Ibid*, para. 36.

52 *Ibid*, para. 39-40.

Mart 2007’de Yüksek Mahkeme Askeri Dairesi’ne başkan olarak seçilmiştir. 26 Haziran 2007’de Ukrayna Yargıçlar Meclisi, diğer yargıç V.P.’nin artık Adalet Yüksek Kurulu (AYK) üyesi olarak hareket edemeyeceğini ve görevinin sona erdirilmesi gerektiğine karar vermiştir. V.P. bu karara mahkemelerde itiraz etmiştir. Aynı zamanda konuyla ilgili olarak parlamento yargı komisyonuna da (“parlamento komisyonu”) şikâyetinde bulunmuştur. 7 Aralık 2007’de Ukrayna Yargıçlar Meclisi, başvurucuyu AYK üyeliği görevine seçmiş ve 1998 tarihli AYK Kanunu’nun 17. bölümüne göre, AYK’da görev alabilmesi için, başvurucunun yapacağı AYK üyelik yeminini ayarlamasını Parlamento’dan talep etmiştir. Aynı zamanda benzer bir teklif, Ukrayna Yargıçlar Konseyi başkanı tarafından da sunulmuştur. Parlamento komisyonunun başkanı, aynı zamanda AYK üyesi olan S.K. cevabında, yemin konusunun, V.P.’nin Ukrayna Yargıçlar Meclisi’nin AYK üyeliği görevini sona erdirmesi kararının hukuk dışı olduğunu iddia ettiği talebiyle birlikte dikkatle inceleneceğini Ukrayna Yargıçlar Konseyi’ne bildirmiştir. Başvurucu AYK üyeliği görevini alamamıştır.⁵³

Bu arada, S.K. ve iki parlamento komisyonu üyesi AYK’ya başvurarak, diğer şeyler arasında, V.P.’nin şikâyetlerine atıfta bulunarak, başvurucunun muhtemel mesleki suiistimalleriyle ilgili hazırlık soruşturması başlatması talebinde bulunmuşlardır. 16 Aralık 2008’de, hazırlık soruşturması tamamlandıktan sonra AYK üyesi olan R.K., başvurucunun Yüksek Mahkeme yargıçı olarak, birçok defa akrabası, yani karısının kardeşi olan Yargıç B. tarafından verilen kararları incelediği iddiasıyla, başvurucunun “yemin ihlali” nedeniyle yargıçlık görevinden azledilip azledilemeyeceğinin karara bağlanması talebiyle AYK’ya başvuruda bulunmuştur. Ayrıca, üçüncü taraf olarak V.P. tarafından başlatılan (görevini sona erdiren Ukrayna Yargıçlar Meclisi’nin yukarıda belirtilen kararı ile ilgili) soruşturmalara katıldığında, başvurucu bu davanın temyiz mahkemesi dairesindeki duruşmasına katılan aynı yargıcın, B.’nin, çekilmesini istememiştir. 24 Aralık 2008’de R.K., Yargıç B. tarafından karara bağlanan ve ardından başvurucu tarafından incelenen davalardan başka örnekleri talebine eklemiştir. Başvurucunun talebe temel oluşturan işlemlerinden bazıları Kasım 2003’e kadar gitmektedir. 20 Mart 2009’da hazırlık soruşturmasını tamamlayan AYK üyesi V.K., başvurucunun, şirket uyumsuzluklarıyla ilgili davaları incelerken, bir limited şirketle ilgili çok sayıda büyük usul ihlalleri yaptığı iddiasıyla, Adalet Yüksek Kurulu’ndan, başvurucunun “yemin ihlali” nedeniyle yargıçlık görevinden atılmasını isteyen başka bir talepte bulunmuştur. Başvurucunun talebe temel oluşturan işlemlerinden bazıları Temmuz 2006’ya kadar gitmektedir. 19 Aralık 2008 ve 3 Nisan 2009’da bu talepler başvurucuya iletilmiştir. 22 Mart 2010’da V.K., Adalet Yüksek Kurulu başkanı olarak seçilmiştir.⁵⁴

19 Mayıs 2010 tarihinde, AYK başvurucuyu 25 Mayıs 2010’da yapılacak olan, görevden azline ilişkin duruşmaya davet etmiştir. 20 Mayıs 2010 tarihli cevapla, başvurucu, bu duruşmaya katılmayacağı, çünkü Yüksek Mahkeme başkanının kendisine yerel bir mahkemeye iyi uygulama tavsiyesi vermek amacıyla, 24 Mayıs’tan 28 Mayıs’a kadar Sivastopol’e seyahat etmesi talimatı verdiği konusunda Adalet Yüksek Kurulu’nu bilgilendirmiştir. Başvurucu AYK’dan duruşmayı ertelemesini talep etmiştir. 21 Mayıs 2010’da AYK, meslekten çıkarılması ile ilgili duruşmanın

53 *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, (Application no. 21722/11), Judgment (9 January 2013), para. 8-15.

54 *Ibid*, para. 16-20.

26 Mayıs 2010'a ertelendiğini bildiren bir tebligatı başvuruca göndermiştir. Başvuruca göre, kendisi tebligatı 28 Mayıs 2010'da almıştır. 26 Mayıs 2010'da Adalet Yüksek Kurulu, R.K. ve V.K tarafından yapılan talepleri değerlendirmiş ve Parlamento'dan başvuruca'nın "yemin ihlali" nedeniyle yargıçlık görevinden azledilmesini öngören iki karar kabul etmiştir. V.K. duruşmada başkanlık yapmıştır. R.K. ve S.K. de, AYK üyeleri olarak duruşmaya katılmışlardır. Başvuruca duruşmada hazır bulunmamıştır. Karar, AYK'nın, üçü yargıç olan duruşmada bulunan on altı üyesi tarafından oylanmıştır. 31 Mayıs 2010'da V.K., AYK'nın başkanı olarak başvuruca'nın yargıçlık görevinden azli bakımından Parlamento'ya iki talepte bulunmuştur. 26. 16 Haziran 2010'da S.K.'nin başkanlık ettiği bir oturumda, AYK'nın başvuruca ile ilgili taleplerini parlamento komisyonu incelemiş ve meslektan çıkarılması ile ilgili bir tavsiye kararını kabul etmiştir. Adalet Yüksek Kurulu'ndan başvuruca ile ilgili hazırlık soruşturması yapmasını isteyen komisyon üyeleri de tavsiye kararında oy kullanmışlardır. S.K.'ya ek olarak, AYK üyesi olarak, önceden başvuruca'nın davasını ele almış komisyonun diğeri bir üyesi de sonradan da komisyonun bir üyesi olarak tavsiye kararında oy kullanmıştır. Dosyanın Mahkeme'nin müzakere tarihindeki kapsamına göre, başvuruca komisyon toplantısında hazır bulunmamıştır.⁵⁵

17 Haziran 2010'da AYK'nın talepleri ve parlamento komisyonunun tavsiye kararı Parlamento genel kurulunda ele alınmıştır. Başvuruca'nın davasında rapor veren S.K. ve V.K.'ya söz hakkı verilmiştir. Başvuruca toplantıda hazır bulunmuştur. Tartışmalardan sonra, Parlamento "yemin ihlali" nedeniyle başvuruca'nın yargıçlık görevinden alınmasını oylamış ve azil kararını kabul etmiştir. Başvuruca'ya göre, elektronik oylama süresince, Parlamento üyelerinin çoğunluğu salonda değildi. Mevcut Parlamento üyeleri kurulda olmayan meslektaşlarına ait oylama kartlarını kullanmıştır. Oylama kartlarının suiistimali hakkında Parlamento üyeleri tarafından yapılan açıklamalar ve genel kurul toplantısının ilgili bölümünün video kaydı Mahkeme'ye sunulmuştur.

Başvuruca meslektan çıkarılmasına karşı Yüksek İdare Mahkemesi'ne itirazda bulunmuştur. Başvuruca; AYK'nın bağımsız ve tarafsız hareket etmediğini, davasının duruşması hakkında kendisini gerektiği gibi bilgilendirmediğini, ilgili yargıca disiplin soruşturmasının ve soruşturmaya aktif katılımının tebliği, yargılama zaman çizelgesi, gizli pusula ile oylama ve disiplin cezalarında zamanaşımı gibi bir dizi usul güvencesi getiren 1998 AYK Kanunu'nun dördüncü bölümünde düzenlenen Yüksek Mahkeme yargıcının meslektan çıkarılması usulünü uygulamadığını, AYK'nın bulgularının dayanaksız ve hukuka aykırı olduğunu, parlamento komisyonunun kendisini dinlemediğini ve hukuka aykırı ve ön yargılı biçimde hareket ettiğini ve Parlamento'nun, Anayasa'nın 48. maddesine, 1992 Parlamento Üyelerinin Statüsü Kanunu'nun 24. bölümüne ve Parlamento İçtüzüğü'nün 47. maddesine aykırı olarak, Parlamento üyelerinin çoğunluğunun yokluğunda kendisinin görevden atılması kararını kabul ettiğini ileri sürmüştür.⁵⁶

Olayı değerlendiren AİHM, başvuruca'nın seçilen prosedüre karşı çıkmasının, esas olarak ulusal makamlara ait bir konu olan iç hukukun yorumlanması sorunu olduğunu belirtmiştir. Öte yandan, Mahkeme'nin içtihatları ışığında yorumlandığı üzere, AİHM iç hukukun yorumlandığı

55 *Ibid*, para. 21-26.

56 *Ibid*, para. 27-29.

ve uygulandığı yöntemin, Sözleşme'nin ilkeleri ile uyumlu sonuçlar ortaya çıkarıp çıkarmadığını teyit etmesi gerektiğini vurgulamıştır. AİHM neden başvurunun belirttiğinden farklı bir prosedürle davanın yürütüldüğüne ilişkin tatminkâr gerekçeler sunulmadığı kanaatine varmıştır. Mahkeme'ye göre, farklı usulün uygulanmış olmasının öngörülemez, keyfi veya açıkça makul olmadığı söylenemez. Öte yandan, geriye, başvurunun dayandığı belli bir güvencenin eksikliği iddiasının, yani bir yargıcın “yemin ihlalden dolayı disiplin cezası uygulanması bakımından zamanaşımı eksikliğinin yargılamanın adilliğini etkileyip etkilemediği sorusu hala tartışmaya açıktır.⁵⁷ Mahkeme zamanaşımının, bazı önemli amaçlara, yani hukuki belirlilik ve kesinliğin gerçekleştirilmesine, çürütülmesi zor olabilecek eskimiş iddialara karşı potansiyel sanıkların korunmasına ve mahkemelerin zamanın geçmesiyle güvenilmez ve yetersiz hale gelmiş kanıtlara dayanarak uzak geçmişte meydana gelmiş olaylarla ilgili karar vermelerinin istenmesi halinde ortaya çıkabilecek adaletsizliklerin önlenmesine hizmet ettiğine karar vermiştir. Zamanaşımı, cezai suçlar, disiplin suçları ve diğer suçlar bakımından Sözleşmeciler Devletler'in hukuk sistemlerinin ortak bir özelliğidir. Başvurunun davası bakımından, 2010'da incelenen olgular, 2003 ve 2006 tarihlerine gitmektedir. Başvurucu, bu nedenle, bazıları uzun bir zaman önce meydana gelmiş olaylar bakımından savunmasını hazırlamak mecburiyetinde kaldığı, zor bir duruma sokulmuştur.

Başvurunun davasındaki Yüksek İdare Mahkemesi kararı ve Ukrayna Hükümeti'nin sunumlarından, iç hukukun “yemin ihlali” dolayısıyla bir yargıcın azledilmesi işlemlerine herhangi bir zaman sınırı getirmediği ortaya çıkmaktadır. Mahkeme zamanaşımının ne kadar olması gerektiğini göstermenin uygun olmadığını düşünse de yargıyı kapsayan disiplin davalarına böyle ucu açık bir yaklaşımın hukuki belirlilik ilkesine ciddi tehdit barındırdığını düşünmektedir. Bu şartlar altında, Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlali durumunun bulunduğunu saptamıştır.⁵⁸

3. Hukuki Kesinlik İlkesine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi özellikle son yıllarda bireysel başvuru veya somut norm denetimi yoluyla önüne gelen dosyalarda hukuki kesinlik ilkesine dair bazı saptamalarda bulunmuştur. Örneğin; İstanbul 7. Vergi Mahkemesi, 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 197. maddesindeki ibarenin, gümrük vergi alacaklarının ceza gerektiren bir fiile ilişkin olması halinde dava zamanaşımı süresinin Gümrük Kanunu'na mı yoksa 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na mı tabi olduğuna dair madde hükmünde bir kapalılık olduğu ve bunun uygulamaya yansıdığı gerekçesiyle, hükmün Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla AYM'ye başvurmuştur. AYM'nin kararının gerekçesinde hukuki kesinlik (belirlilik) ilkesine ilişkin saptamaları önemlidir. Buna göre;

“Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin temel ilkelerinden birisi de belirliliktir. Belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, tutum ve davranışlarını bu kurallara göre güvenle belirleyebilmeleri anlamını taşımaktadır. Belirlilik ilkesi yalnızca

57 *Ibid*, para. 135-136.

58 *Ibid*, para. 137-140.

yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Bir başka deyişle hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.”⁵⁹

Karardan görüleceği üzere, AYM hukuki belirliliğin sadece yasal belirlilik anlamına gelmediğini, aynı zamanda mahkeme içtihatları ve idarenin düzenleyici işlemlerinin de kapsam dahilinde olduğunu vurgulamıştır. Bu saptama özellikle AİHM'in konuya ilişkin yaklaşımı ile de uyumlu görünmektedir. AYM hukuk devletinin temel görünümünden birisinin “hukuki belirlilik” ilkesi olduğunu ileride daha ayrıntılı şekilde inceleyeceğimiz *Bubo Çelik* başvurusunda da açıkça belirtmiştir. Buna göre;

“Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “*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 birtakım güvenceler içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenle bağlantılı olup; birey, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların kamu otoritesine hangi müdahale yetkisini doğurduğunu, kanundan öğrenebilme imkânına sahip olmalıdır. Birey, ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörüp, davranışlarını düzenleyebilir. Hukuk güvenliği, kuralların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de kanuni düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.”⁶⁰

AYM kararda hukuki belirlilik ilkesini, özellikle “öngörülebilirlik” çerçevesinden irdelemiştir. Bu doğrultuda, hukuk devletinin tesisi için kamu makamlarının işlemlerinin birey bakımından öngörülebilir olması özel önem taşımaktadır. Aksi takdirde bireylerin yaptıkları işlemlerinin sonuçlarına ilişkin hiç tahmin dahi edemedikleri sonuçlarla baş başa kalmaları devletin güvenilirliğini sarsacaktır. Dolayısıyla, AYM'nin yaklaşımından öngörülebilirliği yalnızca hukuki belirlilik çerçevesinde ele almadığını, aynı zamanda hukuk güvenliği ile de doğrudan bağlantılı olarak düşündüğünü anlamaktayız. Aşağıda farklı başlıklar altında AYM'nin hukuki belirlilik (kesinlik) ilkesine ilişkin çeşitli değerlendirmelerine yer vermeye çalışacağız.

3.1. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kapsamında Hukuki Kesinlik İlkesinin İncelenmesi

AYM verdiği bir dizi kararda, ceza mahkemelerinde yapılan yargılamalarda üzerlerine atılı suçun hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluyla sonlandırılmasında, yargılamanın hukuki

59 AYM Kararı, E. 2017/144, K. 2016/198, T. 28.9.2017, R.G. 18.10.2017-30214, para. 9.

60 *Bubo Çelik Başvurusu* (B. No: 2013/3954, K. 26/2/2015), para. 46.

kesinlik içeren bir sonuca vardırılmadığını ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri süren başvurucuların başvurularını “açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle” kabul edilemez bulmuştur.⁶¹

Mahkeme'nin kabul edilemezlik gerekçesi şu şekildedir:

“Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, sanığa yüklenen suça ilişkin yargılama sonunda cezaya hükmedilmesi hâlinde, hükmün açıklanmasının belirli koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak ertelenmesi anlamına gelmektedir. Kanunda belirtilen koşulların gerçekleşmesine karşın, sanığın kabul etmemesi hâlinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (6) numaralı fıkrasının son cümlesinde ifade edilmektedir. Bu kapsamda sanığın, yargılamanın hukuki kesinliği ifade eden bir hükümle sonuçlanmasını ya da cezaya hükmedilmesi durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını tercih etme imkânı bulunmaktadır.”⁶²

“Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, yargılamayı hükümle sonuçlandıran bir karar niteliğinde olmayıp, ceza yargılamasını sona erdiren düşme nedenlerinden birisidir. 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (10) ve (11) numaralı fıkralarında belirtildiği üzere, denetim süresi içinde kasıtlı yeni bir suç işlenmediği takdirde açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesine, denetim süresi içinde kasıtlı yeni bir suç işlenmesi hâlinde hükmün açıklanmasına karar verilir. Aynı maddenin (12) numaralı fıkrasında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte, denetim süresi içinde kasıtlı yeni bir suç işlenmesi hâlinde hükmün açıklanmasıyla veya bu süre içinde kasıtlı yeni bir suç işlenmemesi hâlinde düşme kararıyla yargılama nihai olarak sona erdiğinde, hüküm niteliği olan bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulabilir ve esasa ilişkin itirazlar bu aşamada ileri sürülebilir.”⁶³

AYM, başvurucunun beraat kararı verilmemesi halinde mahkemeden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını talep ettiğini ve temyiz yoluna olanak sağlayacak şekilde hükmün açıklanmasını tercih etmediğini dikkate alarak, verilen mahkûmiyet kararının eksik inceleme yüzünden temel hakları (özellikle adil yargılanma hakkını) ihlal ettiği iddiasını dayanaktan yoksun görmüştür.⁶⁴ AYM'nin pek çok kararda⁶⁵ genel yaklaşımı bu şekilde olmasına rağmen, *Asım Arı* başvurusunda maddi bulguların önceki kararlardan biraz daha farklı şekilde gerçekleşmesi nedeniyle önceki kararların aksine, oybirliği yerine oyçokluğuyla (12/5) “kabul edilemezlik” kararı verilebilmiştir.⁶⁶ Söz konusu uyuşmazlıkta başvurucunun da tarafı olduğu karşılıklı hakaretleşme ve tehdit fiillerine

61 Bkz. *Ali Gürsoy Başvurusu* (B. No: 2012/833, K. 26/3/2013), *Tahir Canan Başvurusu* (B. No: 2012/969, K. 18/9/2013), *Esmâ Başbakkal Başvurusu* (B. No: 2012/1128, K. 8/5/2014), *Emine Karagülmez Başvurusu*, (B. No: 2013/3673, K. 11/12/2014), *Mahmut Çevik Başvurusu*, (B. No: 2013/2896, K. 10/6/2015).

62 *Ali Gürsoy Başvurusu* (B. No: 2012/833, K. 26/3/2013), para. 19.

63 *Ibid*, para. 21-22.

64 *Ibid*, para. 23.

65 Bkz. *supra* note 61.

66 *Asım Arı Başvurusu*, (B. No: 2013/9381, K. 3/3/2016).

ilişkin Antalya 8. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından yapılan yargılamanın henüz başında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin talebinin sorulmasının savunmasını serbestçe yapma imkânını elinden aldığı, hakimın tanık ifadeleri arasındaki farklılığı yeterince araştırmadan ve delillerin ortaya konulmasını sağlamadan önce hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını istemesinin davanın sonuçlarını öngöremeyeceği bir aşamada karar vermesine neden olduğu gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.⁶⁷ Ancak AYM, Adalet Bakanlığı'nın konuyla ilgili yazısında belirttiği üzere sanıkların hüküm kurulana kadar hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili taleplerini değiştirebileceklerini ve buna engel olabilecek bir hükmün mevzuatta bulunmadığını kabul etmiştir. AYM burada Yargıtay uygulamasına da atıfta bulunmuştur. Buna göre, Yargıtay 8. Ceza Dairesi 23/3/2015 tarihli ve E.2015/3861, K.2015/14856 sayılı ilamıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulamasını kabul eden bir sanığın, daha sonra bu muvafakatini geri çekmesinin ardından hüküm kurulmasının öncesinde tekrar onay verdiğini belirtmesi hâlinde son beyanın esas alınması gerektiğine karar vermiştir.⁶⁸ Bu doğrultuda AYM "açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle" başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

Bununla birlikte karşı oy gerekçelerinden özellikle üyeler; Osman Alifeyyaz Paksüt, Celal Mümtaz Akıncı ve Rıdvan Güleç'in düştükleri muhalefet şerhinin anlamlı olduğunu söyleyebiliriz. Zikredilen üyelerin karşı oy gerekçesine göre, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin bu konuya açıklık getiren E.2015/3861, K.2015/14856 sayılı kararı, 23/3/2015 tarihlidir. Başvurucunun hak ihlali iddiasına konu olan Antalya 8. Sulh Ceza Mahkemesinin kararı ise 18/9/2013 tarihlidir. Bu durumda, başvuru konusu hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmiş tarihi itibarıyla ortada henüz istikrar kazanmış bir içtihadın bulunmadığı görülmektedir. Ayrıca mevcut probleme ilişkin yeknesak bir uygulama bulunmaması ve sanığın kendisine bu sorunun ne zaman sorulacağına ilişkin bilgi sahibi olmaması adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir.⁶⁹ Karşı oy gerekçesinde belirtilen bu hususların haklılık payı olduğu düşüncesindeyim. Zira yukarıda da belirtildiği üzere hukuki kesinlik ilkesinin önemli bir alt başlığı da öngörülebilirliktir. Yasal bir hükmün uygulanmasına ilişkin olarak bireylerin bilgi sahibi olabileceği şekilde yerleşik bir uygulamanın tesis edilememiş olması hukuki kesinlik ilkesine aykırılık teşkil edebilecektir.

3.2 Farklı Mahkemeler Arasında Çelişkili Kararlar Bulunduğuna İlişkin İddialar Bakımından Hukuki Kesinlik İlkesi

Hukuki kesinlik ilkesinin farklı mahkemeler arasında çelişkili kararlar oluştuğu iddiasıyla AYM'ye yapılmış *C. İş Ortaklığı Başvurusu*'ndan da bahsetmekte fayda bulunmaktadır. Başvurucu, İstanbul Avrupa yakasında ana arterlerin temizliğine ilişkin Büyükşehir Belediyesi ile ihale sözleşmesi imzalamıştır. Ancak ihaledeki şartname ile SGK'ya bildirmiş olduğu işçi sayısı arasında 40 kişilik

67 *Ibid*, para. 22.

68 *Ibid*, para. 44.

69 *Asım Arı Başvurusu* Karşı Oy Gerekçesi, (Osman Alifeyyaz Paksüt, Celal Mümtaz Akıncı ve Rıdvan Güleç).

bir fark olduğu için müfettişler tarafından idari para cezası ile cezalandırılmıştır.⁷⁰ Başvurucu ödemek zorunda kaldığı ek primler için Bakırköy 4. İş Mahkemesi'nde, idari para cezası için de İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nde dava açmıştır. İki farklı davadan iş mahkemesindeki dava reddedilmiş ve karar Yargıtay'da kesinleşmiştir. Buna karşın, idare mahkemesindeki dava idari para cezası işleminin iptali şeklinde sonuçlanmış ve Danıştay tarafından da onaylanmıştır.

Başvurucu, İstanbul 4. İdare Mahkemesi'nin kararının ek prim tahakkukunun haksızlığını ortaya koymasına rağmen, Bakırköy 4. İş Mahkemesi'nce bu hususun dikkate alınmadığını ve davasının haksız biçimde reddedildiğini savunmuştur.⁷¹ AYM başvurusunun iddialarının ilk derece mahkemesinde yeterince dinlenilmemesi ve keyfi şekilde karar verilmesi gibi bir durumun söz konusu olmadığını belirtmiştir.⁷² AYM, AİHS'in 6. maddesinde adil yargılanma hakkının kapsamında yer alan ilke ve hakların Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında da kabul edildiğini vurgulamıştır.⁷³ AYM'ye göre, hukuk devletinin asli yönlerinden birisini hukuki belirlilik ilkesi oluşturmaktadır. Bu ilke, hukuki istikrarı temin ederek toplumun mahkemelere olan güvenine katkı sağlamaktadır. Buna karşılık, çelişkili mahkeme kararlarının sürüp gitmesi yargı sistemine güveni azaltarak hukuki belirsizlik hali oluşturacaktır.⁷⁴

AYM'ye göre, ihtilaf konusu davalarda olguların birbirinden farklılık göstermesi ve bu doğrultuda farklı değerlendirmeler yapılması çelişkili kararlar bulunduğu şeklinde yorumlanamaz. Somut olayda da idari mahkemesi ve iş mahkemesinin dayandığı olgular farklılık göstermektedir. İş mahkemesi yatırılması gereken primler ile ilgilenirken idare mahkemesi idari para cezasının usule uygun olup olmadığı ve bunun yerine başka bir müeyyide uygulanıp uygulanamayacağı ile ilgilenmiştir. Sonuç olarak, Anayasa'nın 36. veya Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında, aynı konuda verilmiş çelişkili kararlar olgusunun mevcut başvuruda bulunmadığı kanaatine varmıştır.⁷⁵

AYM tarafından verilen bireysel başvuru kararlarından *Türkan Bal* kararı, "hukuki belirlilik" ilkesinin en ayrıntılı şekilde ele alındığı, Mahkeme'nin konu ile ilgili en gelişmiş kararıdır. Karara konu olan uyuşmazlık şu şekildedir: Türkan Bal THY'de işçi statüsünde çalışmaktadır. Üyesi olduğu Hava-İş Sendikası, hava iş kolunda grev yasağı öngören kanun değişikliği teklifinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülecek olması nedeniyle, 29/5/2012 tarihinde 3:00 ilâ 24:00 saatleri arasında çalışma yapmamaları yönünde üyelerini kısa mesaj ile bilgilendirmiştir. Bu çerçevede, bazı çalışanlar 29/5/2012 tarihinde farklı gerekçelerle iş başı yapmamış ve bu kişilerin bir kısmı Atatürk Havalimanında düzenlenen basın açıklamasına da katılmışlardır. Başvurucunun, belirtilen tarihte rahatsız olduğuna ilişkin sağlık raporu bulunmaktadır. Türk Hava Yolları daha sonraki bir tarihte, başvurusunun da dâhil olduğu 305 işçinin sözleşmesini, yasa dışı eyleme katıldıkları gerekçesiyle feshetmiştir.⁷⁶

70 C. İş Ortaklığı Başvurusu, (B. No: 2013/769, K. 11/12/2014), para. 6.

71 *Ibid*, para. 25.

72 *Ibid*, para. 35.

73 *Ibid*, para. 36.

74 *Ibid*, para. 37.

75 *Ibid*, para. 38-40

76 *Türkan Bal Başvurusu* (B. No: 2013/6932, K. 6/1/2015), para. 8-11.

Başvurucu, iş akdinin feshine karşı, işe iade istemli tespit davası açmıştır. Bakırköy 7. İş Mahkemesi, 12/3/2013 tarihli kararı ile feshin geçersizliğine ve başvurunun işe iadesine hükmetmiştir. İş Mahkemesi kararını verirken ilk olarak, başvurunun 29/5/2012 tarihinde raporlu olduğunu, bu raporun işveren hekimize onaylandığını ve rapora karşı herhangi bir sahtelik iddiasında bulunulmadığını, davalı THY tarafından sunulan CD'deki görüntülerden başvurunun basın açıklamasına katıldığını veya hava limanı içerisinde bulunduğunun tespit edilemediğini belirtmiştir. İş Mahkemesi devamla, başvurunun katıldığı ispatlanamamakla birlikte, bahse konu eylemin de demokratik bir hakkın kullanımı şeklinde gerçekleştiğini, aşırılık içermediğini ve yasa dışı bir eylem olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir. Temyiz talebini inceleyen Yargıtay 22. Hukuk Dairesi öncelikle, “*sendikanın, üyelerinin cep telefonlarına gönderdiği mesaj sonrası 279 işçinin aynı gün rapor alması dikkate alındığında, bu raporların hastalık sebebiyle değil, eyleme iştirak amacıyla alındığı sonucuna*” varmıştır. Daire, ispat yükünü başvurucuya yönelterek, iş bırakma eyleminin mesleki bir amaca da hizmet edebileceğini göz önüne almakla birlikte, grev yasağı öngören bir kanun değişikliği teklifi vesilesiyle yapılması nedeniyle, muhatabı ve amacı itibarıyla “*siyasi amaçlı grev*” olarak nitelendirmiştir. Sonuç olarak iş mahkemesi kararının bozularak ortadan kaldırılmasına ve başvurunun davasının kesin olarak reddine karar vermiştir.⁷⁷

Diğer işçilerin açtığı davalarda, Yargıtay 7. ve 9. Hukuk Daireleri rapor alan işçilerin raporlarının göstermelik olduğu ve eyleme katılmak amacını taşıdığını işverenin ispatlaması gerektiğini belirten iş mahkemelerinin işe iade kararlarını onaylamışlardır. Buna karşılık, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi yerel mahkemelerin kararlarını yukarıda saydığımız nedenlerle bozmuştur.⁷⁸

Anayasa Mahkemesi uyuşmazlığı karara bağlamadan önce, mahkeme kararları arasında mutlak bir tutarlılık aranmasının mümkün olmayacağını hem de AİHM'in içtihatlarıyla hem de AİHM'in içtihatlarıyla açıklamış, ardından söz konusu başvuruyu incelemiştir. AYM öncelikle daha önceki kararlarında olduğu gibi, hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkesini tanımlamıştır. Bununla beraber, aynı mahkemeden farklı kararların çıkmasının tek başına adil yargılanma hakkını ihlal anlamına gelmeyeceğini, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi gibi çeşitli yüksek mahkemelerden oluşan yargı sistemimizde değişik kararlar çıkması ihtimalinin her zaman var olduğunu belirtmiştir. İhtilaf konusu davalardaki uyuşmazlıkların veya olayların birbirinden farklılık göstermesinin, iki karardaki farklılaşan değerlendirmeleri haklı gösterir ve aynı konuda verilmiş çelişen hükümler olduğunu göstermeyeceğini belirtmiştir. Bununla birlikte, içtihadın istikrarlı hale gelmesi için belli bir zaman gerekse bile, Yüksek Mahkemelerin rolünün yargı kararlarında doğabilecek içtihat farklılıklarına çözüm getirmek olduğunu vurgulamıştır. Bu doğrultuda, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarda yaşanan değişimin hukuki bir belirsizliğe yol

⁷⁷ *Ibid*, para. 12-16.

⁷⁸ Bkz. *Ibid*, para. 26. Başvurucu, kendisi gibi dava açan 305 işçinin ilk derece mahkemelerince işe iadesine karar verildiğini, bu dosyalardan Yargıtay 7. Hukuk Dairesine tevzi edilen kararların onandığını, fakat kendi dosyasının 22. Hukuk Dairesi tarafından incelendiğini ve bozularak reddedildiğini belirtmiştir. Başvurucu devamla, olay günü raporlu olmasına ve CD'deki görüntülerde yer almamasına rağmen, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin, raporun hastalık nedeniyle olmadığını kabul etmesinden ve 4857 sayılı Kanun'un 20. maddesinin ikinci fıkrasındaki ispat yükünü tersine çevirerek, işverenin iddialarının doğru olmadığını kendisinin ispatlamak zorunda bırakılmasından şikâyetçi olmaktadır. (*Ibid*, para. 28).

açıp açmadığına ve başvuru bakımından öngörülebilir olup olmadığına yönelik bir inceleme yapabileceğine dikkat çekmiştir.⁷⁹

Somut olayı “hukuki kesinlik” ilkesi yönünden değerlendiren AYM, yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşmalarının, bir kararın belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkartacağını bu durumun da hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşeceğini saptamıştır.⁸⁰

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, sağlık raporlarının doğruluğunu kabul eden ve ispat yükünün işverene düştüğüne dair ilk derece mahkemelerinin kararlarını istikrarlı biçimde onamıştır. Dolayısıyla, AYM’ye göre, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin, sağlık raporu ile ispat yükü bakımından farklı bir değerlendirme yapması, her ne kadar takdir yetkisi kapsamında kabul edilebilirse de mevcut başvurunun koşullarında öngörülebilir değildir.⁸¹

Bu nedenlerle Anayasa Mahkemesi, başvuru davasının ne şekilde sonuçlanması gerektiğine dair herhangi bir çıkarım yapamayacağını belirtmiş, ancak nihai yargılama makamını oluşturan Yargıtay daireleri arasındaki yorum farklılıklarının, benzer nitelikteki davaların karara bağlanması sürecinde hukuki belirsizliğe yol açtığını ve başvuru için öngörülemez olduğunu değerlendirmiştir.⁸² Yargıtay dairelerinin kararlarında yeterli gerekçeyle desteklenmeyen farklılıkların bulunmasının, başvuru açtığı davanın görülmesi bakımından hukuki belirsizliğe neden olduğu ve başvuru açısından öngörülemez bulunduğu sonucuna varılmıştır. Bu kapsamda, başvuru Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁸³

Kanaatimce *Türkan Bal* başvurusunda AYM Genel Kurulu tarafından verilmiş bu karar, hukuki kesinlik ilkesini koruma anlamında Mahkeme’nin şimdiye kadar vermiş olduğu en önemli karar olarak görülebilir. Özellikle Yargıtay daireleri arasında içtihat farklılıklarının önlenerek Yüksek Mahkemelere ve hukuk sistemine duyulan güvenin tesisinin amaçlanmış olması, kararı dikkat çekici hale getirmektedir.

3.3. Mahkemeye Başvuru Hakkı Bağlamında Hukuki Kesinlik İlkesi

Mahkemeye başvuru hakkı bağlamında hukuki kesinlik ilkesinin tartışıldığı bir örnek de *Bubo Çelik* başvurusudur. Başvuruya konu olayda, başvuru aleyhine kambiyo senetlerine özgü icra takibi başlatılmıştır. Bunun üzerine Bubo Çelik, İcra Hukuk Mahkemesi’ne başvurmuştur.⁸⁴ İcra Hukuk Mahkemesinin 11/7/2012 tarihli kararı ile itirazın reddine karar verilerek, karar

⁷⁹ *Ibid*, para. 52-58.

⁸⁰ *Ibid*, para. 64.

⁸¹ *Ibid*, para. 65.

⁸² *Ibid*, para. 68.

⁸³ *Ibid*, para. 72-73.

⁸⁴ *Bubo Çelik Başvurusu*, *supra note* 60, para. 10.

başvurucuya tefhim edilmiş ve 10 günlük temyiz süresinin başvuru açısından tefhimden itibaren başlayacağı bildirilmiştir. Başvurucu, gerekçeli karar yazıldıktan sonra temyiz yoluna başvurabilmek amacıyla, 11/7/2012 havale tarihli “*süre tutum*” dilekçesini İcra Mahkemesi'ne sunmuştur. Mahkeme hâkimi, dilekçe üzerine “*D. / 11.07.2012 / Hâkim (Sicil No.)*” şeklinde derkenar yazısı yazarak dosyasına havale etmiştir.⁸⁵ Gerekçeli karar, başvurucuya 10/8/2012 tarihinde tebliğ edilmiş olup, başvuru temyiz gerekçelerini içeren dilekçesini 14/8/2012 tarihinde Mahkemeye sunmuştur. Temyiz yoluna başvurma harcı da aynı tarihte başvurucudan tahsil edilmiştir. Başvurucunun temyiz talebini inceleyen Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 22/1/2013 tarih ve E.2012/26101, K.2013/1413 sayılı kararı ile süre aşımı nedeniyle temyiz dilekçesinin reddine karar verilmiştir.⁸⁶

AYM konuyu ayrıntılı bir şekilde incelemiştir. Buna göre;

“Mahkemeye erişim hakkı adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biridir. Mahkemeye ulaşmayı aşırı derecede zorlaştıran ya da imkânsız hale getiren uygulamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir. Bununla birlikte dava açma ya da kanun yollarına başvuru için belli sürelerin öngörülmesi, bu süreler dava açmayı imkânsız kılacak ölçüde kısa olmadıkça hukuki belirlilik ilkesinin bir gereğidir ve mahkemeye erişim hakkına aykırılık oluşturmaz. Ne var ki, öngörülen süre koşullarının açıkça hukuka aykırı olarak yanlış uygulanması ya da yanlış hesaplanması nedeniyle kişiler dava açma ya da kanun yollarına başvuru hakkını kullanamamışsa mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğinin kabulü gerekir.”⁸⁷

AYM özellikle süre tutum dilekçesi ile ilgili değerlendirmesinde, temyiz başvurusuna ilişkin mevzuattaki eksik ve kendi içinde tutarsız düzenlemelerin neden olduğu belirsizliğin uygulamaya da yansımalarını tespit etmiştir. Bu doğrultuda, başvuru talebinin reddedilmesinin mahkemeye erişim hakkı bakımından öngörülemez ve yasal olmayan bir müdahale olduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca başvuru temyiz yoluna gitme yönündeki istek ve iradesini ortaya koyduğunu, gerekçeli kararın kendisine tebliğinden altı gün sonra da temyiz gerekçelerini içeren dilekçesini sunarak, temyiz harcını ödediğini belirtmiştir. Bu nedenle Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini belirlemiştir.⁸⁸

Mahkemeye erişim hakkı bağlamında AYM başka davalarda da “hukuki belirlilik” ilkesine ilişkin değerlendirmeler yapmıştır. Hem *Şener Berçin* başvurusunda hem de *Aktif Elektrik Mühendislik* başvurusunda Mahkeme şu saptamalarda bulunarak mahkemeye erişim hakkının ihlaline karar vermiştir. Buna göre; dava açma ya da kanun yollarına başvuru için belli sürelerin öngörülmesi, bu süreler dava açmayı imkânsız kılacak ölçüde kısa olmadıkça hukuki belirlilik ilkesinin bir gereğidir ve mahkemeye erişim hakkına aykırılık oluşturmaz. Bununla birlikte, öngörülen süre koşullarının açıkça hukuka aykırı olacak şekilde yanlış uygulanması ya da yanlış hesaplanması

85 *Ibid*, para. 12-13.

86 *Ibid*, para. 14-15.

87 *Ibid*, para. 34.

88 *Ibid*, para. 60-62.

nedeniyle kişiler dava açma ya da kanun yollarına başvuru hakkını kullanamamışsa mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini kabul etmek gerekir.⁸⁹

3.4. Gerekçeli Karar Hakkı Bağlamında Hukuki Kesinlik İlkesi

AYM'nin gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine dair önemli bir kararı da *Nurten Esen* başvurusudur. Söz konusu başvuruya ilişkin olayda trafik kazasında uzvunu kaybeden başvurucu, bu durumu kazanın gerçekleştiği Samsun'da hastane raporu ile tespit ettirerek, SGK'ya malullük için başvuruda bulunmuştur. Ancak SGK, 2008'de yapılan bu başvuruyu bir süre bekletmiş ve 2010'da başvurucuyu Ankara Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesine göndererek buradan alınan rapor doğrultusunda ilk başvurudan 20 ay sonra malullük aylığını bağlamıştır. Başvurucu İş Mahkemesi'ne yaptığı başvurunun reddedilerek temyiz yoluyla da kesinleşmesi üzerine AYM'ye başvurmuştur.⁹⁰

Anayasa Mahkemesi, söz konusu başvuruda hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerinin önemine değinmiştir. Buna göre, hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici eylemlerden kaçınmasını gerektirmektedir. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler bakımından hem de idare bakımından bir tereddüde veya kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu makamlarının keyfi uygulamalarına karşı önlemler içermesini sağlar. Mahkemeye göre, idareye tanınan takdir yetkisi idarenin "keyfi" şekilde hareket edebileceği anlamına gelmez.⁹¹

AYM'ye göre; başvurunun asıl talebi değerlendirilip, davalı SGK'nın, başvurunun talep tarihi olan 8/7/2008 tarihinden itibaren rapora sevk işleminin gerçekleştirildiği 16/2/2010 tarihine kadar herhangi bir işlem yapıp yapmadığı, bu sürede işlem yapılmamışsa bunun sebebi araştırılarak, iddia ve savunmaların değerlendirilip, SGK'nın fiili nedeniyle başvurunun maaş kaybının olup olmadığı belirlenerek bunun sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yalnızca 506 sayılı Kanun'un 56. maddesine dayalı olarak işlem yapıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi, adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini ortaya koymaktadır.⁹²

3.5. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararlarının Hukuki Kesinlik İncelemesine Konu Olması

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde (AYİM)⁹³ görülen bazı davalar bireysel başvuru yoluyla AYM önüne geldiğinde, Mahkeme "hukuki belirlilik" ilkesi yönünden inceleme yapmıştır. Konu

89 Bkz. *Şener Berçin Başvurusu* (B. No: 2013/5516, K. 22/1/2015) para. 55; *Aktif Elektrik Mühendislik Başvurusu* (B. No: 2012/855, K. 26/6/2014) para. 37.

90 *Nurten Esen Başvurusu* (B. No: 2013/7970, K. 10/6/2015), para. 44.

91 *Ibid*, para. 54.

92 *Ibid*, para. 57.

93 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliğine İlişkin Kanun'un 16. maddesi ile Anayasa'nın 157. maddesi

ile ilgili davalardan ilki *Kenan Özteriş* başvurusudur. Başvurucu, dört yıllık fakülte mezunu olduğunu, bu nedenle yedek subay adayı olarak askerlik kararı alındığını, bu karara istinaden kısa dönem erbaş olarak askerlik hizmetini yerine getirip terhis edildiğini, ancak terhisini takiben sabıka kaydında mahkûmiyet hükmü bulunduğunun tespit edilmesi üzerine Milli Savunma Bakanlığı'nca hakkındaki askerlik kararının değiştirilerek 15 aylık er statüsüne çevrildiğini ve bu karara karşı AYİM'de açtığı davanın kanuna aykırı şekilde reddedildiğini savunmaktadır.⁹⁴ AYM bu uyuşmazlıkta da hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerine ilişkin değerlendirmelere yer verdikten sonra olayda uygulanması gereken 1/3/1926 tarih ve 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nun 95. maddesine yer vermiştir.⁹⁵

Somut olayda ise, 10/9/2002 tarihinde "hırsızlık" suçundan mahkûm olan ve beş yıllık deneme süresinden sonra 30/11/2010 tarihinde askerliğe sevk edilen başvuru, askerlik hizmetini 30/5/2011 tarihinde tamamlayarak terhis olmuştur.⁹⁶ AYM'ye göre; başvurunun, yedek subay adayı olarak alınan askerlik kararının uzun dönem er olarak tadil edilerek askere bu statüde sevk edilme işlemine esas alınması, 765 sayılı Mülga Kanun'un 95. maddesinin açık hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Zira başvurunun işlediği suça ilişkin mahkûmiyet hükmü, tecil koşullarına uyulması nedeniyle, hukuk nazarında esasen vaki olmamıştır. Hukuken vaki olmamış sayılan mahkûmiyetin, hüküm ve sonuçlarını devam ettiriyormuş ve hayatiyetini koruyormuşçasına bir idari işleme esas alınmasının ilgili idari işleme hukuki geçerlik kazandırdığı söylenemez.⁹⁷ Başvuruya konu olan olayda, başvuru hakkında verilen mahkûmiyetin tecil edilmesinin sonuçları ile ilgili açık bir kanun hükmü mevcuttur. Bu hükme verilecek olağan anlam bellidir ve başvuru buna göre kendisine muamele edilmesini beklemektedir. Ancak AYİM 2. Dairesi, açık olan kanun hükmüne olağanın dışında farklı bir anlam verip, buna göre uygulama yapmıştır. Dolayısıyla AYİM 2. Dairesinin 3/5/2012 tarih ve E.2011/1465, K.2012/482 sayılı kararındaki yorumu "öngörülemez" niteliktedir ve "bariz takdir hatası" içermektedir.⁹⁸

AYİM bağlantılı bir diğer bireysel başvuru ise *Şahin Erol* başvurusudur. Başvurucu, Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) emrinde subay statüsünde görev yapmakta iken, üçlü kararnameyle 1981 yılında ilişkisi kesilmiştir. Başvurucu, 6191 sayılı Kanun'un sağladığı imkân ile haklarının iadesi için Milli Savunma Bakanlığı'na (MSB) başvurmuştur. Ancak AYİM'e başvuru yolu açık olmak üzere dilekçesi reddedilmiştir. AYİM ise, *Hakkı ve Görevi Olmadığı Halde Askeri Muamelat Hakkında Birlikte Beyanatta Bulunmak* suçundan dolayı 5 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırıldığı için, oçokluğuyla dilekçesinin reddinin hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁹⁹

ilga edilerek, bu maddede yer verilen Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görevine son verilmiştir.

94 *Kenan Özteriş Başvurusu* (B. No: 2012/989, K. 19/12/2013), para. 9-12.

95 765 sayılı TCK m. 95: "... bir cürümden ... dolayı hapis cezasına ve hapis ile mahkûm olan kimse ... hüküm tarihinden itibaren beş sene zarfında hapis veya daha ağır bir cezaya mahkûm olmazsa evvelki mahkûmiyeti esasen vaki olmamış sayılır..."

96 *Kenan Özteriş Başvurusu*, para. 62.

97 *Ibid*, para. 63.

98 *Ibid*, para. 64-65.

99 *Şahin Erol Başvurusu* (B. No: 2013/2539, K. 7/7/2015), para. 7-11.

Başvuruyu değerlendiren Anayasa Mahkemesi şu sonuca ulaşmıştır:

“AYİM’in, başvuru hakkında, “*Hakkı ve Görevi Olmadığı Halde Askeri Muamalat Hakkında Birlikte Beyanatta Bulunmak*” suçundan dolayı Çanakkale Boğaz Komutanlığı Askeri Mahkemesi tarafından verilen ve Askeri Yargıtay’ın 30/12/1980 tarihli ilamı ile onanarak kesinleşen mahkûmiyet kararını dikkate aldığı görülmektedir.

Bununla birlikte, Askeri Ceza Kanunu’nun 30. maddesi uyarınca üç ay ila bir yıl süreli hapis cezalarının ayırma işlemine konu olabilmesi bakımından ilgili askeri mahkeme tarafından ayrıca ayırma kararı verilmiş olması gerekmektedir. Ancak, AYİM’in dikkate aldığı mahkûmiyet hükmü ile birlikte ilgili askeri mahkeme tarafından bu yönde bir karar alınmadığı anlaşılmaktadır. 926 sayılı TSK Personel Kanunu’nun 50. maddesinin (d) bendinde de sadece belirli suçlardan hükümlü olmak ayırma sebebi olarak öngörülmüş olup, başvuru hakkındaki mahkûmiyet hükmüne konu “*Hakkı ve Görevi Olmadığı Halde Askeri Muamalat Hakkında Birlikte Beyanatta Bulunmak*” suçu bu kapsamda yer almamaktadır.”¹⁰⁰

Anayasa Mahkemesi bu hukuki gerekçelendirmeden sonra, ilişiği kesilen başvuruçunun dilekçesini reddeden MSB’nin, bu işlemi ile idarenin takdir yetkisini hukuka aykırı olarak kullandığına AYİM tarafından karar verilmesi gerekirken, aksi yönde karara varılmış olmasını “*öngörülemeyen*” nitelikte ve “*bariz takdir hatası*” içerdiği için Anayasanın 36. maddesine aykırı bulmuştur.¹⁰¹

SONUÇ

Hukuki kesinlik ilkesi, demokratik ülkelerde ve uluslararası örgütlerde hukukun üstünlüğünün alt görünümünden birisi olarak kabul görmektedir. İlkenin uluslararası örgütlerdeki yansımaları G8 Dışişleri Bakanlarının 2007 tarihli Toplantısının sonuç bildirisine, Avrupa Konseyi’nin ise Venedik Komisyonu raporlarına girmiştir. Yargı mercileri bakımından incelediğimizde ise, AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi’nin kararlarında, ilkeyi adil yargılanma hakkının temel kıstaslarından birisi olarak gördüklerini müşahede etmekteyiz. AİHM’deki davalar bağlamında, özellikle eski Sovyet Blokundaki (Rusya, Ermenistan ve Eski Yugoslavya’dan ayrılan devletler gibi) ülkelerin hukuk sistemlerindeki farklılıkların hukuki kesinlik ilkesini zaman zaman ihlal eden sonuçlara yol açtığı görülmektedir.

Türkiye bakımından ise, Yargıtay daireleri arasındaki benzer maddi vakıalara sahip olaylarda farklı kararlar çıkması ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin bazı vakılarda yasaları yanlış yorumlayarak hukuki öngörülebilişliği ve kesinliği etkilemesinin ihlallere yol açtığı AYM tarafından tespit edildiğini söylemek mümkündür. AİHM ile AYM arasında hukuki kesinlik ilkesinin uygulanması kapsamında iki yargı merciinin yaklaşımı benzerlik taşımakla birlikte, hukuki kesinlik ilkesinin olaylara uygulanış şekli bakımından, AİHM’in yasal

¹⁰⁰ *Ibid*, para. 72-74.

¹⁰¹ *Ibid*, para. 75-76.

gerekçelendirmelerini daha tafsilatlı şekilde yaptığını ve olaya daha iyi şekilde uyguladığını söyleyebiliriz. AYM her ne kadar bir temyiz mercii olarak işlev görmüyor ve AİHM gibi bireysel başvuruları inceliyor olsa da sadece Türk hukuku kapsamında inceleme yapmaktadır. AİHM ise uluslararası mahkeme sıfatıyla, Sözleşmeciler Devletlerden gelen bireysel başvuruları incelemeye almaktadır. Dikkat çekici olan bir diğer husus ise en az AYM'nin Türk hukukuna hakimiyeti kadar, belki daha da fazla şekilde AİHM'in Sözleşmeciler ülkelerin hukuklarına ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler yapabilmesidir. Bu durum da konumuz kapsamındaki hukuki kesinlik ilkesine ilişkin AİHM'in daha kapsayıcı ve ayrıntılı saptamalarda bulunmasına olanak sağlamaktadır.

KAYNAKÇA

Kitap, Makale ve Raporlar

- Aalt Willem Heringa, **The Consensus Principle – The Role of Common Law in the ECHR Case Law**, 3 Maastricht J. Eur. & Comp. L. (1996), ss. 108-145.
- Alec Stone Sweet, **On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court**, *Faculty Scholarship Series* (2009), *Paper* 71, ss. 1-14.
- Danilo Zolo, “The Rule of Law: A Critical Reappraisal”, **The Rule of Law History, Theory and Criticism** (ed. Pietro Costa & Danilo Zolo) içinde (3-72), Dordrecht, Springer, 2007.
- Declaration of G8 Foreign Ministers on the Rule of Law, Potsdam, May 30, 2007, para. 2. (vurgu eklenmiştir). <http://www.g8.utoronto.ca/foreign/formin070530-law.htm> (Çevrimiçi: 9.11.2017).
- Elina Paunio, “**Beyond Predictability – Reflections on Legal Certainty and the Discourse Theory of Law in the EU Legal Order**”, *German Law Journal*, Vol. 10, No. 11, (2009), ss. 1469-1493.
- Humberto Ávila, **Certainty in Law**, Switzerland, Springer International Publishing, (2016).
- James R. Maxeiner, **Some Realism about Legal Certainty in the Globalization of the Rule of Law**, *Houston Journal of International Law*, Volume 31, (2008), ss. 541-608.
- Juha Raito, **The Principle of Legal Certainty in EC Law**, Springer Publishing 2003.
- Jürgen Habermas, **Between Facts and Norms – (Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy)**, (translated by William Rehg), Cambridge, Massachusetts: The MIT Press (1996).
- Kemal Gözler, “Res Judicata’nın Türkçesi Üzerine”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 56, Sayı 2, (2007), ss. 45-61.
- Kerem Altıparmak, “Due Process of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 45, Sayı 1-4, (1996), ss. 219-250.
- Rule of Law Checklist, Adopted by the Venice Commission of the Council of Europe at its 106th Plenary Session, 2016.
- Selda Çağlar, **Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi**, İstanbul, Beta Yayınları (2013).
- Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Tıpkı 4. Basi, İstanbul: Beta Yayınları (2013).
- World Justice Project, Rule of Law Index 2016.

Yargı Kararları

- In Re Winship*, 397 U.S. 358, 364 (U.S. Supreme Court 1970), <https://www.ravellaw.com> (Erişim Tarihi: 15.11.2017).
- Lashmankin and Others v. Russia, Applications nos. 57818/09 and 14 others*, Judgment (7 February 2017).
- Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Romania, Application no. 76943/11* Judgment (29 November 2016).
- Vardanyan and Nanushyan v. Armenia, Application no. 8001/07*, Judgment (27 October 2016).
- Trapeznikov and Others v. Russia, (Applications no. 5623/09, 12460/09, 33656/09 & 20758/10)*, Judgment (5 April 2016).
- Amirkhanyan v. Armenia, (Application no. 22343/08)*, Judgment (3 December 2015).
- Balažoski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, (Application no. 45117/08)*, Judgment (25 April 2013).

- Oleksandr Volkov v. Ukraine*, (Application no. 21722/11), Judgment (9 January 2013).
AYM Kararı, E. 2017/144, K. 2016/198, T. 28.9.2017, R.G. 18.10.2017-30214.
Asım Arı Başvurusu, (B. No: 2013/9381, K. 3/3/2016).
Şahin Erol Başvurusu (B. No: 2013/2539, K. 7/7/2015).
Mahmut Çevik Başvurusu, (B. No: 2013/2896, K. 10/6/2015).
Nurten Esen Başvurusu (B. No: 2013/7970, K. 10/6/2015).
Bubo Çelik Başvurusu (B. No: 2013/3954, K. 26/2/2015).
Şener Berçin Başvurusu (B. No: 2013/5516, K. 22/1/2015).
Türkan Bal Başvurusu (B. No: 2013/6932, K. 6/1/2015).
C. İş Ortaklığı Başvurusu, (B. No: 2013/769, K. 11/12/2014).
Emine Karagülmez Başvurusu, (B. No: 2013/3673, K. 11/12/2014).
Aktif Elektrik Mühendislik Başvurusu (B. No: 2012/855, K. 26/6/2014).
Esmâ Başbakkal Başvurusu (B. No: 2012/1128, K. 8/5/2014).
Kenan Özteriş Başvurusu (B. No: 2012/989, K. 19/12/2013).
Tahir Canan Başvurusu (B. No: 2012/969, K. 18/9/2013).
Ali Gürsoy Başvurusu (B. No: 2012/833, K. 26/3/2013).

Danıştay Kararları Işığında Acele Kamulaştırmalarda “Aceleliğine Karar Verilen Haller” Bakımından Bir Değerlendirme

An Assessment in Terms of the “Cases Decided on Urgency” in the Urgent Expropriation in the Light of the Decisions of the Council of State

Onur KAPLAN*

ÖZ

Olğan kamulaştırmalardan farklı olarak acele kamulaştırma uygulamaları gün geçtikçe daha fazla yapılır hale gelmiştir. Özellikle idareye kanunla verilen görevlerin yerine getirilmesi noktasında hizmetin kesintisiz ve çabuk biçimde gerçekleştirilerek kamu yararının sağlanmasının amaçlandığı durumlarda söz konusu uygulamalara başvurulmaktadır. Bu doğrultuda Bakanlar Kurulu'nun tesis ettiği acele kamulaştırma kararlarından dolayı ortaya çıkan uyuşmazlıkların halli bakımından Danıştay'ın önemli bir fonksiyon icra ettiği ifade edilebilir. Aceleliğine karar verilen hallerde gerçekleştirilen acele kamulaştırma uygulamaları sonucunda bireylerin temel hak ve hürriyetlerine dair yapılan müdahalelerin hukuka uygunluğunun tespiti bakımından Danıştay'ın birtakım kıstasları aradığı görülmektedir. Bu kapsamda çalışmada öncelikle acele kamulaştırma müessesesinin uygulanabileceği haller belirtilerek, aceleliğine karar verilen hallerde idarece acele kamulaştırma kararlarının icrası neticesinde başta mülkiyet hakkı olmak üzere bireylerin temel hak ve hürriyetlerine yapılan müdahalenin hukuka uygunluğunun tespitinde Danıştay kararlarında yer alan ölçütlerin ortaya konulması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İdari faaliyetler, Kamu yararı, Mülkiyet hakkı, İstisnailik, Acele kamulaştırma.

ABSTRACT

Unlike ordinary expropriations, urgent expropriation practices are becoming more and more common. Particularly in the case of the fulfillment of the duties given by the administration, the services are applied in a continuous and quick manner and in situations where the public interest is intended to be achieved. In this respect, it can be said that the Council of State performed an important function in terms of the settlement of the disputes arising from the expropriation decisions established by the Council of Ministers. As a result of haste expropriation practices carried out in cases of urgency, it seems that the Council of State has sought some criteria for the determination of the legality of the interventions on the fundamental rights and freedoms of the individuals. In this context, it is aimed to set forth the criteria included in the decisions of the Council of State in determining the suitability of the intervention to the basic rights and freedoms of the individuals, in particular the right to property,

* Arş. Gör., İstanbul Bilgi Üniversitesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı. (e-posta: onur.kaplan@bilgi.edu.tr)

in the event of the decision of urgent expropriation decisions in cases where the case of urgency is decided.

Keywords: Administrative activities, Public benefit, Right to property, Exceptional circumstances, Urgent expropriation.

I. Giriş

1982 Anayasası'nın (Anayasa) 5. maddesi kapsamında “kişinin temel hak hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi, ekonomik engelleri kaldırmak”, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Anayasa'nın 13. maddesinde ise genel sınırlama hükmünden farklı olarak “temel hak ve hürriyetlerin ancak Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle kısıtlanabileceği, bu kısıtlamanın da Anayasanın özüne, ruhuna, demokratik toplum düzenine, ölçülü olma ilkesine aykırı olamayacağı” ifade edilmiştir¹. Bu doğrultuda kamu gücü kullanımı neticesinde mülkiyet hakkına müdahale, Anayasa'nın 35. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında kamu yararı amacıyla ve ancak kanunla yapılabilecektir. Başlangıçta mülkiyet hakkı, kutsallığı ve dokunulmazlığına koşut biçimde mutlak ve inhisari bir hak olarak düşünülmekte idi². Ancak zaman içinde hukukun sosyalizasyonu süreci kamu yararının uzantısını oluşturmuş ve mülkiyetin sınırlanması ya da kamulaştırılması meşruluk kazanmıştır. Bununla birlikte mülkiyetin tamamen bireyci karakterini silmek mümkün olmadığından; yapılacak kanunda öngörülen devlet müdahalelerinde mülkiyetin tazminat (karşılık) ödenmesi karşılığı devlete geçeceği prensibinden ayrılmamıştır³. Süreç içerisinde değişen ve gelişen gereksinimlerin karşılanması amacıyla ortaya çıkan kamulaştırma kurumu, kişinin mülkiyet gibi en temel haklarından birine müdahale unsuru içerdiğinden anayasal boyutta etraflıca düzenleme alanı bulmuştur⁴. Bu hususa koşut olarak Anayasa'nın 46. maddesinde kamulaştırma müessesesinin kamu yararı amacıyla ve karşılığı idarece peşin olarak ödenmek koşuluyla yapılabileceği hususu düzenlenmiştir⁵. Dolayısıyla Anayasa md.46 uyarınca kamu yararı amacının varlığı ve karşılığının peşin olarak ödenmesi koşullarının bir arada sağlandığı durumlarda yetkili idarece karar alınarak özel mülkiyette bulunan taşınmazların tamamının veya bir kısmının kamulaştırılması söz konusu olabilmektedir. Ancak, Anayasa'nın 46. maddesinin birinci fıkrasında ifade edildiği üzere bu hususa ilişkin esaslar ve usuller kanunda gösterilmektedir. Nitekim bu çerçevede 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu ihdas edilerek yürürlüğe konulmuştur.

1 Kızılyel, Serkan, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanmasında Kamu Güvenliği Ölçütü**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.116.

2 Özücü, Esin, **Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s.9.

3 Özücü, s.12.

4 Erkelci Kızıl, Neşe, “Kamulaştırma Fenomeni”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (Prof. Dr. Lütfi Duran'a Armağan Özel Sayısı)**, Cilt:9, Sayı: 1-3, 1988, s.209.

5 AY md.46/1 “Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir.”

2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 3., 26. ve 27. maddeleri bir arada değerlendirildiğinde kamulaştırma uygulamaları bakımından farklı usullerin yer aldığı ifade edilebilir⁶. Nitekim 2942 sayılı Kanun md.26/1'e göre, "Mal sahibinin kabul etmesi halinde kamulaştırma bedeli yerine, idarenin kamu hizmetine tahsis edilmemiş olan taşınmaz mallarından, bu bedeli kısmen veya tamamen karşılayacak miktarı verilebilir". Yine 2942 sayılı Kanun md.27/1 uyarınca, "3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına veya aceleliğine Bakanlar Kurulunca karar alınacak hallerde veya özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olan taşınmaz malların kamulaştırılmasında kıymet takdiri dışındaki işlemler sonradan tamamlanmak üzere ilgili idarenin istemi ile mahkemece yedi gün içinde o taşınmaz malın 10 uncu madde esasları dairesinde ve 15 inci madde uyarınca seçilecek bilirkişilerce tespit edilecek değeri, idare tarafından mal sahibi adına 10 uncu maddeye göre yapılacak davetiye ve ilanda belirtilen bankaya yatırılarak o taşınmaz mala el konulabilir". Dolayısıyla 2942 sayılı Kanun'da açıkça olağanüstü nitelik taşıyan kamulaştırma uygulamalarının varlığından bahsedilmiş ve bu doğrultuda "acele kamulaştırma" müessesesine yer verilmiştir⁷. Bu anlamda acele kamulaştırma usulü, olağan kamulaştırma usulü ve trampa yolu ile kamulaştırma usullerinden farklılaşmaktadır⁸. Gerçekten mülkiyet hakkı hukuken ortadan kaldırılmamakla birlikte, el koymayla birlikte malikin mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerini kısıtlayan acele kamulaştırma usulüne gidilebilmesi için, 2942 sayılı Kanun md.27'de belirtilen sebeplerden birinin varlığı aranmaktadır⁹. Bu bağlamda öncelikle acele kamulaştırma kararının hangi hallerde alınabileceğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

II. Danıştay Kararlarında Acele Kamulaştırma Kararının Alınabileceği Haller

2942 sayılı Kanun md.27 çerçevesinde acele kamulaştırmanın mümkün olabileceği haller "3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına"¹⁰ veya

- 6 2942 sayılı Kanun md.3/1'de olağan kamulaştırmanın şartları sayılmaktadır. Buna göre, "İdareler, kanunlarla yapmak yükümlülüğünde buldukları kamu hizmetlerinin veya teşebbüslerinin yürütülmesi için gerekli olan taşınmaz malları, kaynakları ve irtifak haklarını; bedellerini nakden ve peşin olarak veya aşağıda belirtilen hallerde eşit taksitlerle ödemek suretiyle kamulaştırma yapabilirler". Bunun yanında kamulaştırma usulleri bakımından farklı hallerin de söz konusu olabileceği ise md.26 ve md.27'de ifade edilmiştir. Bkz. Bilgen, Pertev, **Kamulaştırma Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s.93.
- 7 Belirtmek gerekirse "acele kamulaştırma" kavramına mülga 6830 sayılı İstimlak Kanunu md.27'de de yer verilmiştir. Kanunun "Acele İstimlak" başlıklı 27. maddesine göre, "3634 sayılı kanunun tatbikında memleket savunması veya müstaceliyeti İcra Vekilleri Heyetince karar altına alınacak veya mahsus kanunlarla derpiş edilen fevkalâde hallerde lüzumlu olan gayrimenkullerin istimlakine ait kanuni merasim (Kıymet takdiri hariç) sonradan tamamlanmak üzere alâkalı idarenin talebiyle mahkemece 7 gün içinde o gayrimenkulün 11 inci maddenin ikinci fıkrasındaki esaslar dairesinde tesbit edilecek değer paahası lehine istimlak yapılan idare tarafından mal sahibi namına millî bankaya ve bulunmayan yerlerde mal-sandıklarına yatırılarak o gayrimenkule el konulabilir". Bu kapsamda söz konusu hüküm değerlendirildiğinde "müstaceliyeti İcra Vekilleri Heyetince karar altına alınacak haller"de acele kamulaştırma usulüne gidilebileceği görülmektedir.
- 8 Atay, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s.808; Köroğlu, Ömer, **Kamulaştırma Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s.127.
- 9 Bkz. AYM. E.2017/110, K.2017/133, T.26.07.2017, R.G.28.09.2017-30194.
- 10 3634 sayılı Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu md.1/1 "Seferberlik ve savaş hali ile bu hallerin henüz ilan edilmemiş olduğu ancak savaş gerektirebilecek bir durumun meydana geldiği gerginlik ve kriz dönemlerinde yapılacak seferberlik

*aceleliğine Bakanlar Kurulunca karar alınacak hallerde veya özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olan taşınmaz malların kamulaştırılmasında...*¹¹ şeklinde üçlü ayrıma tabi tutulmuştur. Danıştay’ın vermiş olduğu kararlarda bu duruma koşut biçimde,

“(…) 2942 sayılı Kanununun 27. maddesi incelendiğinde, kamulaştırma işlemlerinde öngörülen yöntemlerin bir kısmının uygulanmayarak taşınmaza acele el konulabilmesi yolu istisnai olarak başvurulabilecek bir yöntem şeklinde düzenlendiğinden, madde hükmü ile üç durumda acele kamulaştırma yolu ile taşınmaza el konulmasına olarak tanıdığı, bu koşullardan ikisinde Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun uygulanmasında yurt savunmasının ihtiyacına veya özel kanunlarda öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olması halleri şeklinde açıkça sayılmak suretiyle üstün kamu yararının ve kamu düzeninin korunmasının gerçekleştirilmesi amacıyla acele kamulaştırma yoluna gidilebileceğinin belirtildiği, bu kapsamda üçüncü koşul olan aceleliğine Bakanlar Kurulunca karar verilebilmesi...” şeklinde ifadeye yer verilmiş ve bu doğrultuda acele kamulaştırma kararının üç durumda alınabileceği belirtilmiştir. Öncelikle, 3634 sayılı Kanunun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına yönelik bir durum var ise acele kamulaştırma işlemi bu doğrultuda yürütülecektir. Şayet böyle bir durum yok ise, bu ihtimalde özel kanunlarda olağanüstü bir durumun bulunup bulunmadığı veya aceleliğine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilecek bir durumun söz konusu olup olmadığı irdelenmelidir. Belirtmek gerekirse acele kamulaştırma yapılmasına yönelik bazı özel kanunlarda özel düzenlemelere yer verilmiştir¹². Örneğin, 4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanunu¹³ md.4/2’ye göre, “Endüstri bölgeleri içinde kalan özel mülkiyet konusu arazi ve arsaların yatırım faaliyetlerine tahsisi amacıyla, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun göre 27’nci maddesi hükümlerine göre acele kamulaştırma yapılabilir”. 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun¹⁴ md.6/2’ye göre, “Üzerindeki bina yıkılmış olan arsaların maliklerine yapılan tebligatı takip eden otuz gün içinde en az üçte iki çoğunluk ile anlaşma sağlanamaması hâlinde, gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetindeki taşınmazlar için Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından acele kamulaştırma yoluna da gidilebilir”. 2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu¹⁵ md.8/1 (j) uyarınca “Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri içinde kalan özel mülkiyet konusu arazi ve arsaların turizm yatırımlarına tahsisi amacıyla, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 27 nci maddesi hükümlerine göre acele kamulaştırma yapılabilir”. 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu¹⁶ md.10/2’ye göre, “Kamu yararı niteliğindeki kamulaştırma kararı, talep üzerine Bakanlıkça verilir. İşlemler 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı

hazırlıkları ile kıtaların toplanması esnasında, alelade vasıtalarla temin edilemeyen bütün askerî ihtiyaçları veya hizmetleri bu Kanun hükümleri dairesinde vermeye veya yapmaya her şahıs borçludur. Bu kapsamda “umumî veya kısmî seferberlik hali” veya “olağanüstü hallerde yapılacak seferberlik hazırlıkları ile birliklerin toplanmaları” nedenlerinden birinin varlığı hâlinde acele kamulaştırma yapılabilir. Bkz. Artukmaç, Sadık, **Kamulaştırma Hukuku**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1977, s.145.

11 Metnin altı tarafınca çizilmiştir.

12 Bkz. Arslanoğlu, Mehmet, “Acele Kamulaştırma”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:19, Sayı:3, 2014, s.220.

13 RG. 19.01.2002-24645.

14 RG. 31.05.2012-28309.

15 RG. 16.03.1982-17635.

16 RG. 11.06.2013-28674.

Kamulaştırma Kanunu hükümleri çerçevesinde yapılır. Aynı Kanununun 27'nci maddesi hükümlerine göre acele kamulaştırma yapılabilir". 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu¹⁷ md.5/13 uyarınca "5346 sayılı Kanununun 4 üncü maddesi kapsamında yenilenebilir enerji kaynak alanı olarak belirlenecek kamu ve hazine taşınmazları ile özel mülkiyete konu taşınmazlarda, bu taşınmazların yenilenebilir enerji kaynak alanı olarak kullanımını ve verimliliğini etkileyici imar planları düzenlenemez. Özel mülkiyete konu taşınmazların yenilenebilir enerji kaynak alanı olarak belirlenmesi hâlinde, söz konusu alanlar üzerinde 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 27 nci maddesi uyarınca acele kamulaştırma yapılabilir". Bu bağlamda özel kanunlarda acele kamulaştırma yapılabileceğine dair düzenlemelerin yer aldığı ifade edilebilirse de yapılacak acele kamulaştırma işlemleri bakımından özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumların var olup olmadığı meselesi somut olayın koşullarına göre değerlendirilecektir. Başka bir deyişle ilgili idare tarafından yapılacak acele kamulaştırma işlemleri bakımından söz konusu kanun kapsamına giren bir durumun varlığı, acele kamulaştırma işleminin hukuka uygunluğu bakımından "tek başına" yeterli olmayacak, bununla birlikte özel kanunlarda öngörülen özel bir koşulun bulunup bulunmadığı somut olay bazında değerlendirilecektir. Bu doğrultuda acele kamulaştırma yapılabilecek hallerden "özel kanunlarda öngörülen olağanüstü hallerin varlığı" hususu ile "aceleliğine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilen haller" birbirinden ayrılanmaktadır¹⁸; zira aceleliğine karar verilen haller bakımından "özel kanunda öngörülme" şartı bulunmadığı gibi, özel kanunlarda öngörülen olağanüstü durumların varlığı halinde Bakanlar Kurulu tarafından acelelik halinin varlığına karar verilmesi durumu söz konusu değildir^{19, 20}. Bununla birlikte özel kanunlarda ilgili idarece "acele kamulaştırma yapılabileceği" ifadesinin yer alması, ilgili konuda acelelik halini gerektiren hususlar bakımından Bakanlar Kurulunca karar alınmayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Nitekim özel kanunda "ilgili idare tarafından acele kamulaştırma yapılabileceği" hususu yer alsa dahi Bakanlar Kurulu tarafından "aceleliği gerektiren hallerde" acele kamulaştırma yapılmasına dair karar verilebilir²¹. Nihayetinde Danıştay, acele kamulaştırma kararının hukuka uygunluğu

17 RG. 30.03.2013-28603.

18 Bkz. D6D. E.2015/5196, K.2016/7403, T.16.11.2016, DD. Sayı:144, s.136-137.

19 D6D. E.2009/2838, K.2011/122, T.01.02.2011, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi (E.T.): 23.02.2018.

20 Örneğin 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'da "acele kamulaştırma" yapılabileceğine yönelik herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu kapsamda özel kanunda öngörülen olağanüstü bir halin varlığı söz konusu olmasa da Bakanlar Kurulunca aceleliği gerektiren bir durumun varlığından bahisle ilgili idarenin acele kamulaştırma yapmasına karar verilebilmektedir. Örnek kararlar için bkz. Aksaray İçmesuyu (KOP) Projesi Kapsamında Bazı Taşınmazların Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü Tarafından Acele Kamulaştırılması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı, RG. 13.01.2017-29947; "Kırşehir İçmesuyu Projesi" Kapsamında Bazı Taşınmazların Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü Tarafından Acele Kamulaştırılması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı, RG. 06.05.2016-29704. Benzer yönde 2013/5710 sayılı Ordu İlinde Bulunan Bazı Taşınmazların Ordu Üniversitesi Tarafından Acele Kamulaştırılması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı, RG. 01.01.2014/28869.

21 Örneğin 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun md.6/2 uyarınca "Üzerindeki bina yıkılmış olan arsanın maliklerine yapılan tebligatı takip eden otuz gün içinde en az üçte iki çoğunluk ile anlaşma sağlanamaması hâlinde, gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetindeki taşınmazlar için Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından acele kamulaştırma yoluna da gidilebi(leceği)" ifade edilmiştir. Bununla birlikte Bakanlar Kurulu tarafından ilgili idarece acele kamulaştırma yapılmasına dair karar verildiği görülmektedir. Bkz. 2016/8598 sayılı İstanbul İli, Gaziosmanpaşa İlçesinde İlan Edilen Riskli Alan Sınırları İçerisinde Bulunan Bazı Taşınmazların Gaziosmanpaşa Belediye Başkanlığı Tarafından Acele Kamulaştırılması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı, RG.

bakımından söz konusu durumlardan birinin var olup olmadığını belirlemek suretiyle neticeye varmaktadır. Şayet, söz konusu hallerin var olmadığı bir durumda acele kamulaştırma kararı tesis edilirse, işlem hukuka aykırı olacağı ifade edilebilir²². Bu bağlamda çalışmanın devamında acele kamulaştırma kararının alınabileceği hallerden biri olan aceleliğine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilen haller bakımından yetkinin kapsamı ve yetki devri meselesi ile aceleliği gerektiren haller kriterinin Danıştay tarafından ne şekilde ele alındığı irdelenecektir.

III. Acelelik Halinin Tespitinde Yetki Unsuru

İdari işlemler, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini veya kamusal para veya mallarını doğrudan ilgilendirir ve etkilerler²³. Bu kapsamda bu önemli kamu kudreti herhangi bir kimse tarafından kullanılamaz; ancak hukuk kurallarıyla belirlenmiş ve tahdidi olarak sayılmış makamlar tarafından kullanılabilir²⁴. Yasalarca tanınmış bu karar alma gücüne yetki adı verilmektedir²⁵. Şu halde öncelikle idari işlemi yapmaya yetkili bir makamın bulunup bulunmadığını tespit etmek gerekecektir. 2942 sayılı Kanunun 27. maddesinde yer alan “*aceleliğine Bakanlar Kurulunca karar alınacak hallerde*” ifadesinden acelelik halinin varlığını tespit hususunda asli yetkiyi haiz makamın Bakanlar Kurulu olduğu söylenebilir. 2942 sayılı Kanunun 27. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere, acele ve istisnai hallerde Kanunun önceki hükümlerine uyulması çeşitli sakıncalar yaratabileceği gibi kamunun büyük zarara uğraması da muhtemel olabilir. Maddede belirtilen şartların varlığına bağlı olarak kıymet takdiri dışındaki bazı kanuni işlemler sonraya bırakılarak maddede öngörülen süre ve şekille taşınmaza el konulması özel biçimde düzenlenmiştir²⁶. Özellikle Bakanlar Kurulu tarafından enerji yatırımlarını ve büyük tesislerin yapımını gerçekleştirmek²⁷, kentsel dönüşüm faaliyetlerinde sürecin hızlı biçimde ilerlemesini

10.04.2016-29680; Şırnak İli, Silopi İlçesinde İlan Edilen Riskli Alan Sınırları İçerisinde Bulunan Bazı Taşınmazların Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Tarafından Acele Kamulaştırılması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı, RG. 25.03.2016-29664; 2016/8665 sayılı Kocaeli İli, Gölcük İlçesinde İlan Edilen Riskli Alan ve Rezerv Yapı Alanı Sınırları İçerisinde Bulunan Bazı Taşınmazların Gölcük Belediye Başkanlığı Tarafından Acele Kamulaştırılması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı, RG. 10.06.2016-29738.

22 “Söz konusu madde incelendiğinde ise, acele kamulaştırma usulünün olağanüstü bir kamulaştırma usulü olarak öngörüldüğü, istisnai durumlarda uygulanacak bir yöntem olduğu, bu yöntemin uygulanmasının gerekçesi olarak olağan kamulaştırma gerekçeleri dışında aceleliğin varlığına işaret eden kamulaştırma şartlarının ortaya konulması gerektiği açıktır”. D6D. E.2013/2811, T.27.10.2014 (YD Kararı), aktaran; Sezer, Yasin/Bilgin, Hüseyin, **Açıklamalı-İçtihatlı Kentsel Dönüşüm Uygulama Rehberi**, Adalet Yayınları, Ankara, 2015, s.352. D6D. E.2004/1179, K.2004/5503, T.09.11.2004, (<http://www.kazanci.com>, Anılış: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), Erişim T.11.02. 2018.

23 Yayla, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.116.

24 Yayla, s.117.

25 Karahanoğulları, s.326.

26 Lehine kamulaştırma yapılan idare Mahkemeye müracaatla Mahkemeden 7 gün içinde 15 inci maddedeki bilirkişiler arasından seçim yaparak taşınmazın değerinin tespiti öngörülmüş, uzman bilirkişilerce belirlenecek bedelin bankaya blokesi şartı getirilmiş ve bu şartın gerçekleşmesi halinde taşınmaza el konulacağı açıklanmıştır. Kanunun 3’üncü maddesinin 2’nci fıkrasına göre yapılacak kamulaştırmalarda bankaya bloke edilecek miktarın ilk taksitin tutarı kadar olacağı belirtilerek tatbikata açıklık kazandırılmak istenmiştir. Akar, Zeki, **Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları Cilt-I**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s.1128.

27 Örn. Manisa İlinde Kurulacak Türkerler JES-II Üretim Tesisinin Yapımı Amacıyla Maliye Bakanlığı Tarafından Acele Kamulaştırma Yapılması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı, RG.20.03.2016-29659. Manisa ve Tokat İllerinde

sağlamak²⁸ ve yol yapım ve ulaşım projelerini gerçekleştirmek²⁹ için acelelik gerektiren hallerde acele kamulaştırma kararları alınmaktadır³⁰. Bu doğrultuda Anayasa'nın md.6/3 ve md.123 hükümleri³¹ ile yetkinin anayasa ve kanunlardan kaynaklandığı hususu³² göz önünde bulundurulduğunda acelelik halinin varlığını tespitiyle ilgili yetkinin Bakanlar Kurulu tarafından kullanılması gerektiği sonucuna varılabilecektir³³.

Bununla birlikte idare hukuku teorisinde yetkinin bizzat kullanılması kuralına uygulamayı kolaylaştıran istisnalar getirilmiştir³⁴. Bu istisnalardan biri olan yetki devri, idari makamların kanunun açıkça izin verdiği hallerde³⁵ karar alma yetkisinin bir kısmını belirli süreyle kullanması

Tesis Edilecek Rüzgâr Enerjisi Santrallerinin Yapımı Amacıyla Bazı Taşınmazların Maliye Bakanlığı Tarafından Acele Kamulaştırılması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı, RG.05.05.2017-30057. Erzurum ve Sivas İllerinde Tesis Edilecek Hidroelektrik Santrallerin Yapımı Amacıyla Bazı Taşınmazların Maliye Bakanlığı Tarafından Acele Kamulaştırılması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı, RG.03.06.2017-30085. Çine Projesi Kapsamındaki Gökbel Barajının Yapımı Amacıyla Bazı Taşınmazların Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü Tarafından Acele Kamulaştırılması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı, RG. 06.02.2014-28905.

28 Örn. Şırnak İli Silopi İlçesi Silopi İlçesinde İlan Edilen Riskli Alan Sınırları İçerisinde Bulunan Bazı Taşınmazların Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Tarafından Acele Kamulaştırılması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı, RG.25.03.2016-29664. Kayseri İli Melikgazi İlçesinde İlan Edilen Riskli Alan Sınırları İçinde Bulunan Bazı Taşınmazların Melikgazi Belediye Başkanlığı Tarafından Acele Kamulaştırılması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı, RG.09.04.2016-29679.

29 Örn. Kuzey Marmara Otoyolu (3. Boğaz Köprüsü Dahil) Projesi Kapsamında Bazı Taşınmazların Karayolları Genel Müdürlüğü Tarafından Acele Kamulaştırılması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı, RG.14.01.2015-29236. Ankara-İzmir Hızlı Tren Projesi Kapsamında Bazı Taşınmazların Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü Tarafından Acele Kamulaştırılması Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı, RG.08.03.2016-29647.

30 Solmaz, Eren, **Kamulaştırma Hukukunda Malikin Geri Alma Hakkı**, S.S. Onar İdare Hukuku ve İlimleri Arşivi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.113.

31 AY md.6/3 "Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz". AY md.123/1 "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir".

32 Gözler, Kemal, **İdare Hukuku Cilt-I**, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009, s.746.

33 Bu kapsamda acele kamulaştırmaya yönelik "uygulama işlemi"ni bakımından da "yetki"nin hukuka uygunluğu aranacaktır. Bununla birlikte Danıştay'ın vermiş olduğu bir kararda Anayasa ile Petrol Kanunu ve Kamulaştırma Kanununun davalı idareye yüklediği görevlerden hiçbiri bu idarece gerçekleştirilmemiş, bu süreçteki tüm iş ve işlemler petrol arama ruhsatı sahibi özel hukuk tüzel kişisi tarafından ve davalı idarenin bilgisi dahilinde, başka bir ifadeyle "zımnı" kabulünün varlığı varsayımıyla gerçekleşmiş ve davacıların mülkiyet haklarının kısıtlanması, taşınmazlarının kullanımının müdahil şirkete geçmesi şeklinde hukuki sonuçlarını da doğurmuştur. Danıştay bu kararda acele kamulaştırma işleminde idarenin "zımnı" kabulü olduğunu belirterek işlemin icra olduğunu ve esas bakımından incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. D6D. E.2011/8290, K.2012/1937, T.24.04.2012, (http://emsal.danistay.uyp.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb_Anilis_Danistay_İçtihat_Bilgi_Bankasi), E.T.23.02.2018. İfade edilecek olursa, karara konu olayda organik yönden işlemi yapan kişi bir "özel kişi" olan petrol arama ruhsatı sahibi şirkettir. AY md.6, md.13, md.35 ve md.46 yönünden mülkiyet hakkının sınırlanması ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla olabileceği hususu ile AY md.6 ve md.46 hükümleri uyarınca "Devlet ve kamu tüzelkişileri"nin kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkili olduğu hususu göz önünde bulundurulduğunda; yetkili bir idare tarafından yapılmamış acele kamulaştırma işleminde, "zımnı" bir kabulün varlığı varsayımından hareketle söz konusu işlemin hukuka uygunluğu sağlanamayacaktır. Ayrıca bkz. Bilgen, Pertev, **İdare Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s.14; Tan, Turgut, **İdare Hukuku**, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s.583.

34 Yayla, s.120; Dupuis, Georges/Guédon, Marie-José, Chrétien, Patrice, **Droit Administratif**, 12e édition, Sirey, Paris, 2001, s.491.

35 D2D. E.2004/1374, K.2004/930, T.20.10.2004, Danıştay Kararlar Dergisi, Yıl:3, Sayı:6, 2005, s.78; D5D. E.2005/3947, K.2007/5046, T.02.10.2007, DD. Sayı:117, s.166-167.

için devretmesini ifade eder³⁶. Ayrıca kanunda öngörüldüğü biçimde yetki devrinin sınırları açıkça belirlenmek suretiyle ve yazılı olarak yapılması gerekmektedir³⁷. Dolayısıyla kanunda yetkiyi kullanan makamın açıkça gösterildiği durumlarda yetki devrine dair bir husus öngörülmedi ise yapılan işlemin hukuka aykırılığı gündeme gelebilecektir. Başka bir deyişle kanunun açıkça belirli bir idareyi yetkilendirdiği bu tür durumlarda kanunda ayrıca izin verilmemişse kişinin bu yetkiyi devretmesi yetkisizlik halini oluşturacaktır³⁸. Bu doğrultuda denilebilir ki, kanun koyucu tarafından acelelik halini belirlemek hususunda Bakanlar Kurulu’na tanınan yetkinin başka makam ya da merci tarafından kullanılması sonucunu doğuracak yetki devrini içerecek unsurlar taşımaması gerekmektedir³⁹. Başka bir deyişle, acelelik halini gerektiren durumların tespitine dayanarak acele kamulaştırma kararı alma yetkisi Bakanlar Kurulu’na ait olup bu yetki başka makam veya mercilerce takdir edilerek sınırsız biçimde kullanılamaz⁴⁰. Nitekim Danıştay kararlarında da acelelik halini gerektiren durumların tespitine yönelik olarak işlemi yapan idarenin yetkili olup olmadığı incelenerek sonuca varılmaktadır.

“Kamulaştırma işlemlerinde acelelik halinin uygulanabilmesi için Bakanlar Kurulu Kararında, acelelik hali ve bu hali gerekli kılan durumlar ile gerek acele kamulaştırmanın konusu, gerekse acele kamulaştırılacak taşınmazlar açıklıkla gösterilmek suretiyle acele kamulaştırmanın kapsamı ve çerçevesinin belirlenmesi, acelelik halinin dışındaki durumlar için Bakanlar Kurulu Kararının uygulanmasını sağlayacak ayrıntıya kararda yer verilmesi, yasa koyucu tarafından acelelik halini belirleme konusunda Bakanlar Kurulu’na tanınan yetkinin başka bir makam ya da mercii tarafından kullanılması sonucunu doğuracak, yetki devrini içerecek unsurlar taşımaması gerekmektedir. Bu çerçevede dava konusu işleme dayanak oluşturan Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunca Yapılacak Kamulaştırmalarda 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 27. maddesinin Uygulanmasına Dair Bakanlar Kurulu Kararı incelendiğinde; “acelelik hali”nin Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunca yapılacak tüm kamulaştırma işlemleri gösterilerek konu yönünden bir sınırlama içermediği, çerçeve çizilmediği, “acelelik hali”nin somut olarak belirtilmediği, uygulama açısından süreklilik öngördüğü gibi Bakanlar Kurulu’na tanınan yetkinin başka makam ya da mercilerce takdir edilerek kullanılmasına olanak sağladığı, mülkiyet hakkının korunması, kullanılması ve sınırlandırılması yönünden belirsizlik yarattığı, mülkiyet hakkı ile sınırlandırılması arasındaki dengenin neden gösterilmeyerek zedelendiği görülmektedir⁴¹”. Dolayısıyla, kamu düzeni ile ilgili olduğundan, kanunda verilen yetkileri kullanmak hususunda açıkça izin verilmedikçe o yetki idarece bizzat kullanılmak zorundadır⁴². Belirtmek gerekirse, idari işlemin yetki unsuru doğrudan ve sadece idari işlem yapma kuvveti gücü ile ilgili değildir⁴³. Bu unsur idare bakımından idari işlem

36 Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.191.

37 D13D. E.2008/10609, K.2009/2685, T.06.03.2009, DD. Sayı:121, s.427-428.

38 Karahanoğulları, s.344.

39 D6D. E.2011/8797, K. 2013/9172, T.25.12.2013, aktaran; Gölcüklü, Mehmet Ali, **Acele Kamulaştırma**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.117-118.

40 Karahanoğulları, s.364.

41 DİDDGK. E.2010/979, T.13.01.2011 (YD Kararı), Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), Erişim T.11.02.2018.

42 Gözler, s.748.

43 Ulu, Güher, **İdari İşlemin Yetki Unsuru**, Seçkin Yayıncılık, Bursa, 2012, s.114.

yapma gücünü onunla sınırlı olarak belirleyen bir unsurdur⁴⁴. Bu bağlamda kanunun yetki devri hususunda açıkça izin vermediği ve yetkilerin kapsamının somut olarak belirtilmediği durumlarda yetki devrinin yapıldığı idarece tesis edilen işlemler yetki unsuru bakımından hukuka aykırı olacağı ifade edilebilir⁴⁵.

IV. Acelelik Kararının Hukuka Uygunluğu Bakımından Kullanılan Ölçütler

Acele kamulaştırma usulü, bireylerin sahip olduğu mülkiyet hakkının özüne dokunan bir işlem olduğundan⁴⁶; hak ihlallerin oluşmasının önüne geçilmesi bakımından garanti teşkil edecek ayrıntılı usul kurallarına tabi bulunmaktadır⁴⁷. Kamulaştırma Kanunu'nun 27. maddesinde düzenlenen acele kamulaştırma süreci; büyük, önemli ve ivedi yatırım süreçlerinde idarenin taşınmazlarla ilgili tasarrufta bulunabilmesine imkân sağlayan bir süreçtir. Kamulaştırma işleminin tamamlanması için, madde hükmünde de belirtildiği üzere, kıymet takdiri dışındaki işlemlerin sonradan tamamlanması gerekmektedir. Yani kamulaştırılmak istenen taşınmazın mülkiyetinin el değiştirmesi ya davacının tapuda ferağ vermesi ya da mahkeme kararı ile olmaktadır⁴⁸. Tarafların taşınmazın tescili hususunda anlaşamaması durumunda tescil hususu ancak asliye hukuk mahkemesinin kararı üzerine kesinleşir. Acele kamulaştırma durumunda, aceleliğine Bakanlar Kurulunca verilecek karara dayanılarak ancak ilgili idarece asliye hukuk mahkemesine yapılacak başvuru üzerine, anılan mahkemece taşınmaz malların bu şekilde kamulaştırılması için sadece kıymet takdirine ilişkin işlemleri tamamlayıp, tespit ettirilen değeri bankaya yatırılarak taşınmaz mala el konulmasına karar verilebilir⁴⁹. Bu durum, ilgili idarece acele kamulaştırmaya konu edilecek taşınmaz mal için asliye hukuk mahkemesinde dava açılmadan önce 2942 sayılı Kanunun öngördüğü kamu yararı kararı alınması gibi yükümlülükleri ortadan kaldırmamaktadır⁵⁰.

Bu anlamda acele kamulaştırma usulü olağan kamulaştırmada öngörülen usuli güvenceleri bertaraf etmemekte ve fakat bu usullerin işletilmesinden önce taşınmaza el koyabilme imkânı sağlamaktadır⁵¹. Bu bakımdan olağan kamulaştırmada öngörülen usuli şartların acele kamulaştırma kararları bakımından da dikkate alınması gerekmektedir⁵².

44 Ulu, s.114.

45 Candan, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 2. Bası, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006, s.122.

46 Bkz. Köroğlu, s.129.

47 Bilgen, Kamulaştırma Hukuku, s.5.

48 DİDDGK. E.2008/2826, K.2013/687, T.27.02.2013, Danıştay İçtihat Bilgi Bankası, E.T.23.02.2018.

49 Belirtmek gerekirse acele kamulaştırma müessesesi acele el koymadan farklı bir mahiyettedir. 27. maddenin son ibaresi "taşınmaz mala el konulabilir" şeklinde olsa da söz konusu olan geçici olarak el koyma değil mülkiyet aktarımını öngören kamulaştırma'dır. Yayla, s.217.

50 D6D. E.2011/8290, K.2012/1937, T.24.4.2012, Danıştay İçtihat Bilgi Bankası, E.T.23.02.2018.

51 AYM, Ali Ekber Akyol Başvurusu, Başvuru No:2015/17541, T.16.02.2017, RG. 05.05.2017-30057.

52 Bkz. D6D. E.2011/8290, K.2012/1937, T.24.04.2012, Danıştay İçtihat Bilgi Bankası, E.T.23.02.2018. Belirtmek gerekirse Fransız hukuk sisteminde de acele kamulaştırma prosedürüne yer verilmiştir. Daha önceleri yurt savunması halleri ile sınırlı olarak uygulanan acele kamulaştırmalar zaman içinde genişleme imkânı bulmuştur.

A. Amaçlanan Kamu Yararının ve Kamu Düzenine Yönelik Olma Koşulunun Somut Olarak Ortaya Konulması

İdare hukuku teorisinde idari faaliyetlere hukuka uygunluğun ön şartı kamu yararıdır. Özel hukuk kişileri kanunla yasaklanmayan herhangi bir amacı izleyebilecekleri halde; idare, ancak kamu yararı amacıyla hareket edebilir⁵³. Bu doğrultuda idare, kanunla verilen görevleri gösterilen kamu yararı amacı da göz önünde bulundurmamak suretiyle yerine getirir⁵⁴. Bu anlamda kamulaştırma veya taşınmaza el koyma, kamu yararı amacıyla⁵⁵ mülkiyet hakkına Devlet ve kamu tüzel kişilerinin yaptığı bir müdahaledir. Mülkiyet hakkından yoksun bırakan bir müdahalenin kabul edilebilmesi için ise hukuki olması, diğer bir anlatımla söz konusu yükümlendirici işlemin⁵⁶ hukuki bir temele dayanması ve müdahalenin meşru bir amaca hizmet etmesi esastır⁵⁷. Esasen idarenin belirli bir taşınmaza acilen ihtiyaç duyması ve onu kamulaştırmak zorunda kalması kamu yararının varlığını ortaya koyar niteliktedir⁵⁸. Doktrinde Onar’ın ifade ettiği üzere, müstacel bir işin bulunduğu hususu Bakanlar Kurulu’nun takdirine bırakılmış, netice olarak bu halde acele kamulaştırma usulünün tatbiki Bakanlar Kurulu’nun sebep unsuru bakımından takdiri bir tasarrufuna istinat edecektir⁵⁹. Bu doğrultuda, birinci ve ikinci hallerde doğrudan kanunda gösterilen bir durum söz konusu olduğundan sebep ve amaç unsurları birleşmektedir. Ancak “aceleliğine Bakanlar Kurulu’nca karar verilecek haller”de sebep unsuru bakımından takdir yetkisinin varlığı söz konusu olsa da maksat unsuru bakımından işlemin yargısal denetime açık olması gerekir⁶⁰. Bu anlamda Danıştay, idarenin takdir yetkisine dayanarak tesis ettiği idari işlemleri kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden haklı gösterecek bir sebep bulunup bulunmadığı yönünden denetleyecektir⁶¹. Takdir yetkisinin söz konusu olduğu haller: i. maddi olayın değerlendirilme aşaması, ii. hukuka uygun seçeneklerden birinin tercih edilmesi aşaması olarak iki durumda söz konusu olabilmektedir⁶². İdare hukuku ve Danıştay’ın yerleşik

Bununla birlikte Türk hukuk sisteminde olduğu üzere, Fransız hukukunda da bireylerin mülkiyet hakkına yapılacak müdahaleler yönünden usuli güvencelerin getirildiği görülmektedir. Bkz. Lavalie, Christian, **Droit Administratif des Biens**, PUF, Paris, 1996, s.373.

53 Özyay, İl Han, **Günlük Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.456.

54 Bilgen, **İdare Hukuku**, s.243.

55 Türk hukukunda Danıştay’ın kamulaştırma prosedürleri bakımından aradığı “kamu yararı” kriterinin Conseil d’État’ın vermiş olduğu kamulaştırmaya ilişkin kararlarında da yer aldığı görülmektedir. Bkz. CE. Ass., 20 décembre 1935, Établissements Vézia, RDP, 1936, p.119, aktaran; Chapus, René, **Droit Administratif Générale Tome I**, Montchrestien, Paris, 2001, s.178. Kamu yararı kavramının kamulaştırma prosedürünün temelini oluşturduğu hakkında bkz. Lavalie, s.315-316.

56 Akyılmaz, Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s.55.

57 D6D. E.2011/7160, K.2013/2910, T. 10.04.2014, Danıştay İçtihat Bilgi Bankası, ET.10.02.2018.

58 Solmaz, s.113.

59 Onar, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt-III**, 3. Bası, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, s.1555.

60 Onar, s.1555.

61 D2D. E.2006/3689, K.2007/3552, T.25.09.2007, DD. Sayı:117, s.90-91. Ayrıca bkz. Kaya, Cemil, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, On İki Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.165; Akgüner, Tayfun/Berk, Kahraman, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2017, s.929.

62 Ayaydın, Cem, **İdare Hukukuna Giriş (II), Yenilik Basımevi**, İstanbul, 2008, s.440.

içtihatlarına göre bir idari işlemin hukuka aykırı olup olmadığı araştırılırken, idarenin kullanmış olduğu takdir yetkisi kamu yararı ve hizmet gereklerine uygunluk ile sınırlandırılmıştır⁶³.

Dolayısıyla kamu yararı amacının somut olarak tespit edilemediği hallerde idarece tesis edilen işlemin hukuka aykırı olacağı ifade edilebilecektir⁶⁴. Aceleliğine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilen haller bakımından kamu yararının bulunup bulunmadığı, bu işlemlere karşı açılan davalarda idari yargı organları tarafından karara bağlanmaktadır⁶⁵. Danıştay'a göre Anayasa md.35 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek 1 Nolu Protokol md.1 açısından değerlendirildiğinde⁶⁶ kişilerin mülkiyet hakkının korunması gereken temel insan hakları arasında bulunduğu⁶⁷, bu doğrultuda anayasa ve uluslararası sözleşmelerde mülkiyet hakkını korumaya yönelik düzenlemelere yer verildiği, bu bağlamda mülkiyet hakkına yapılan müdahaleler bakımından kamu yararı gerekçesi, kanuni düzenleme gereği ve ölçülülük ya da orantılılık gibi ilkelerin dikkate alınması gerekmektedir⁶⁸. Bu doğrultuda kamu yararı kavramını anayasal haklar ile ilişkilendirmek suretiyle ele almak icap eder.

Danıştay içtihatlarında sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı bakımından acelelik kriterinin uygulanmasının çok yönlü biçimde ele alındığı ifade edilebilir. Bu konuda Danıştay tarafından *“Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 56. maddesinde; herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip bulunduğu, çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemenin Devletin ve vatandaşların ödevi olduğu hükmüne yer verilmiştir. Dava dosyası içeriği ve bilirkişi raporunun kesin sonuçlarından Bakanlar Kurulu kararıyla öngörülen serbest bölgedeki enerji üretim faaliyetleriyle sınai tesislerin işletmeye açılması halinde ekolojik dengenin olumsuz etkileneceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, uyumsuzluk konusu yörede sanayi amaçlı bir serbest bölgenin kurulması ve bunlara enerji sağlayacak üretim faaliyetlerinde bulunulması ve bölgedeki özel mülkiyete konu taşınmaz malların acele kamulaştırılması yolundaki dava konusu kararnamede kamu yararı bulunmadığından iptaline⁶⁹”* karar verilmiştir. Bu karara göre Danıştay'ın ekolojik dengesinin bozulması ihtimalini gözeterek acele kamulaştırma prosedürüne başvurulmasına ilişkin olarak kamu yararının bulunmadığı sonucuna varmıştır. Burada Bilgen'in deyimiyile *“kamu yararının olumsuz etkisi”nin varlığından bahsedilebilecektir⁷⁰*.

63 Ayaydın, s.441.

64 Bilgen, İdare Hukuku, s.243.

65 Kaya, Cemil, **Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.105.

66 AIHS Ek P-1 md.1 *“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakta halel getirmez”.* (Vurgu tarafınca yapılmıştır.)

67 Gemalmaz, H. Burak, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.8-9.

68 D6D. E.2016/4201, K.2016/9351, T.23.12.2016, DD. Sayı:144, s.20.

69 D10D. E.1990/2278, K.1992/1672, T.28.04.1992, Danıştay İçtihat Bilgi Bankası, E.T.23.02.2018.

70 Bilgen, İdare Hukuku, s.243.

Danıştay’ın kişilerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına dair vermiş olduğu diğer bir kararına konu olayda gecekondü önleme bölgesinde yer alan bir taşınmazın acelelik halinin varlığından hareketle Bakanlar Kurulu tarafından acele kamulaştırılmasına yönelik kararının iptali istemiyle dava açılmıştır. Danıştay, söz konusu alanda bulunan yapıların çarpık, nitelsiz olduğu, deprem, yangın vs. durumlarda ilk yardım araçlarının alana girebilmesinin mümkün olmaması nedeniyle büyük oranda can ve mal kaybının yaşanabileceğini belirterek kamu düzeninin korunması hususunda kamu yararının ortaya konulduğu sonucuna varmıştır⁷¹. Gerçekten toplumun maddi düzeninin korunması fonksiyonunun yerine getirilmesi bakımından kamu düzeni mülahazalarından (genel güvenlik, genel sağlık, dirlik-esenlik) birine ilişkin olarak idarece temel hak ve hürriyetlere müdahale unsuru söz konusu olabileceği gibi, bu müdahalenin ivedilikle yapılması da gerekebilir⁷². İşte bu gibi durumlarda acelelik halinin Bakanlar Kurulu tarafından tespit edilmesi suretiyle acele kamulaştırma prosedürü uygulanabilecektir⁷³. Bu doğrultuda acele kamulaştırmalarda acelelik kriterinin uygulanması bakımından “kamu yararının olumlu etkisinin” de olabileceği ifade edilmelidir. Yine olarak taşınmaz kültür varlıklarının ihyası ve restorasyonu amacıyla acelelik haline karar verilen hallerde Anayasa’nın 63. maddesi kapsamında “kamu yararının” somutlaştırıldığı görülmektedir⁷⁴. Bununla birlikte Danıştay tarafından planlaması tamamlanmış büyük yatırımların varlığı halinde de acelelik haline karar verilmesi bakımından kamu yararına yönelik olma koşulunun sağlandığı ifade edilmiştir. Karara konu olayda Ulaşım Master Planının en öncelikli metro hatlarından biri olan Kabataş-Beşiktaş-Şişli-Alibeyköy-Tekstilkent-Mahmutbey arası metro hattının Beyoğlu, Şişli, Kağıthane, Eyüp, Esenler, Gaziosmanpaşa, Bağcılar ilçeleri gibi iş ve yerleşim bakımından yoğun alanlara hizmet edeceği, hızlı erişim ve seyahat sürelerinin azaltılmasına dönük olarak projelendirildiği ifade edilmiş ve Anayasa’nın 5. ve 23. maddeleri ile bağıntı kurularak kamu yararı somutlaştırılmıştır⁷⁵. Dolayısıyla acelelik halinin hukuka uygunluğunun tespiti bakımından kamu yararının bulunup bulunmadığı anayasal hak ve ilkeler ile somut olayın koşulları gözetilmek suretiyle ortaya konulacaktır. Bu sayede esnek ve geniş bir kavram olan kamu yararının somutlaştırılması da söz konusu olabilecektir⁷⁶.

71 D6D. E.2012/793, K.2014/5897, T.13.10.2014, aktaran; Sezer/Bilgin, s.354.

72 Okay Tekinsoy, Özge, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.167; Ayrıca bkz. Dupuis/Guédon/Chrétien, s.3.

73 Ülkemizde sıkça yaşanan deprem, sel, çığ gibi tabii afetlerin doğuracağı olumsuz sonuçların önlenmesi bakımından acele kamulaştırma prosedürünün uygulanması gerektiği hakkında bkz. Böke, Veli, **Kamulaştırma Kanunu ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları**, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.640.

74 D6D. E.2016/4201, K.2016/9351, T.23.12.2016, DD. Sayı:144, s.22. Bununla birlikte mülkiyet hakkından yoksun bırakan nedenlerin açıkça belirtilmediği ve kamu yararı kavramının somutlaştırılmadığı durumlarda Bakanlar Kurulu tarafından verilen acelelik haline binaen yapılacak acele kamulaştırma işlemleri hukuka aykırı olacaktır. Bkz. Er, Ömer/Güner, Orhan/Güzelhan, Yasemin, “Kentsel Dönüşüm ve Yenileme Alanı Uygulamaları Kapsamında Fener-Balat Semtlerinde Saha Çalışması”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt:12, Sayı:142, 2014, s.207.

75 DİDDK. E.2015/4078, K.2015/3829, T.03.11.2015, (<http://www.lexpera.com.tr>, Anılsız; Lexpera İçtihat Bilgi Bankası), E.T.23.02.2018. Benzer bir karar için bkz. DİDDK. E.2015/3278, K.2015/3527, T.15.10.2015, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası, E.T.23.02.2018.

76 Kutlu, Meltem, **İdari Bir İşlem Olarak Kamulaştırma ve İptal Davası**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1992, s.60-61.

Bununla birlikte somut olay bakımından acelelik halinin varlığını tespit ederken taşınmazlara yönelik gerekli tespitlerin yapılması gerekmektedir. Gerçekten ilgili taşınmazların bulunduğu alanın niteliği gereği yahut kamunun daha büyük zarar görmesinin engellenmesine yönelik biçimde acelelik halinin varlığının tespiti mümkün olabilir. Örneğin idarece bir alanın statüsünün riskli alan veya geçekonu önleme bölgesi olarak tespit edilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu bakımdan uygulamanın gerçekleştirilmesi aşamasında ilgili taşınmazın hukuki statüsü değiştirilen alan içinde kalıp kalmadığı önem taşımaktadır⁷⁷. Zira taşınmazların somut olarak belirlenmemesi durumunda belirsizlik hali doğacağından acele kamulaştırma usulü ile amaçlanan fayda sağlanamamış olacağı gibi kişilerin mülkiyet hakkının ihlal edilmesi gündeme gelebilecektir. Nitekim acelelik kriterinin uygulanması bakımından Danıştay'ın vermiş olduğu karara göre, “*Acele kamulaştırma, olağanüstü bir kamulaştırma usulü olup istisnai durumlarda uygulanacak bir yöntem olduğundan acelelik halinin saptanması halinde kamulaştırılması zorunlu bulunan taşınmazlara yönelik gerekli tespitler yapıp sebepleri belirtilmek suretiyle başvuruda bulunulması (...) gerekmektedir*”⁷⁸. Bu doğrultuda acele kamulaştırma kararının hukuka uygunluğunun tespiti bakımından kamulaştırılması zorunlu bulunan taşınmazların kapsamlı ve detaylı biçimde belirlenmesi icap eder. Başka bir deyişle, acelelik halini gerektiren somut koşulların yanında taşınmazların ayrıntılı biçimde gösterilmesi, uygulamanın devamı bakımından da yarar sağlar niteliktedir. Zira bu sayede uygulama kapsamına hangi taşınmazın girip girmediği ve bu taşınmazın acele kamulaştırılması bakımından zorunluluk halinin bulunup bulunmadığı tespit edilebilecek ve bu yönetime başvurulması ile amaçlanan kamu yararı somut olarak ortaya konulabilecektir.

B. Dayanak İşlemin Var Olduğu Durumlarda İşlemin Hukuka Uygun Olması

İdarenin tek taraflı irade açıklaması ile tesis edilen idari işlemler, ilgililerin hukuki durumları üzerinde etki yaparak ilgililerin mevcut hukuki durumlarını (statülerinin) değiştirir veya ortadan kaldırırlar⁷⁹. Bununla birlikte idari işlemlerin tesis edilmesi aşamasında idarenin iradesini harekete geçiren ve içeriğini belirleyen maddi ve hukuksal durumların varlığı söz konusudur⁸⁰. Başka bir deyişle, idare kamu gücü kullanmak suretiyle kamu hukuku alanında yaptığı tek yanlı, kesin ve doğrudan uygulanabilir işlemleri ile ilgilinin hukuksal durumuna etki yapabilmektedir⁸¹. Bu doğrultuda bazı durumlarda işlemin hukuk düzeninde sonuç doğurabilmesi için, söz konusu işlemin tesis edilmesinden önce ona dayanak teşkil eden bir idari kararın bulunması gerekebilir. Bu kapsamda bir idari işlem, zorunlu olarak sonuç işlemin yapılmasını gerektirebileceği gibi,

77 Bu konuda örnek karar için bkz. D6D. E.2013/2811, (YD Kararı), T.27.10.2014, aktaran; Sezer/Bilgin, s.353.

78 D6D. E.2013/5072, T.19.03.2014, (YD Kararı), aktaran; Abacıoğlu, Muhittin/Abacıoğlu, Ali, **Açıklamalı-İçtihatlı Kentel Dönüşüm Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.118.

79 Günday, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015, s.124; Karahanoğulları, Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s.140.

80 Karahanoğulları, s.431.

81 Yıldırım, Turan, “İdari İşlemler”, **İdare Hukuku**, (Yıldırım, Turan/Yasin, Melikşah/Özdemir, H. Eyüp/Okay Tekinsoy, Özge), On İki Levha Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul, 2011, s.575.

yalnızca onun yapılması olanağını da yaratabilir⁸². Örneğin, acele kamulaştırma kararı tesis edilmeden önce uygulamanın yapılacağı alana dair imar planlarının yapılması veya alternatif alanların belirlenmesi gerekebilir. Bu gibi hallerde öncelikle dayanak teşkil eden işlemin yapılması, bunun ardından ilgili kararın bu doğrultuda tesis edilmesi icap eder⁸³. Konuyla ilgili olarak, “*Tekirdağ Organize Sanayi Bölgesi kurulması amacıyla Tekirdağ İli, Süleymanpaşa İlçesi sınırları dahilinde bulunan uyumsuzluğa konu 426 hektarlık alanın tarım dışı amaçla kullanımına izin verilmesine dair (...) uyuşmazlığa konu organize sanayi bölgesinin kurulması öngörülen alanının tarım dışı kullanımına yönelik kararın yukarıda bahsi geçen Mahkeme kararıyla iptal edildiği, dolayısıyla organize sanayi bölgesi kurulması amacıyla mülkiyet hakkına müdahale edilme koşulları oluşmadığından, organize sanayi bölgesi adına 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 27. maddesi kapsamında acele kamulaştırma yapılmasına yönelik davaya konu Bakanlar Kurulu kararında da hukuka uyarlık görülmediği; öte yandan, davaya konu organize sanayi bölgesine yönelik 1/5.000 ve 1/1.000 ölçekli planların henüz yapılmadığı, organize sanayi bölgesine yönelik kamulaştırma işlemleri yapılmadan önce alana dair planların yapılması gerekliliğinin de açık olduğu gerekçeleriyle davaya konu işlemin iptaline⁸⁴” yönelik olarak idare mahkemesince karar verilmiş ve bu karar Danıştay tarafından onaylanmıştır. Bununla birlikte bir idari işlem kendinden önceki bir işleme göre sonuç işlem sayılırken, kendinden sonraki işlemlere göre temel işlem sayılabilir⁸⁵. Bu ihtimalde dayanak işlem tesis edilmesine rağmen, söz konusu işlemin hukuka aykırılığı da söz konusu olabilir. Böyle bir ihtimalde idarenin önceki işleme dayanarak yapacağı yeni işlemin mevzuata uygun olması ve objektif sebeplere dayanması gerekmektedir⁸⁶. İşte, temelinde başka bir idari işlemin bulunduğu durumlarda dayanak teşkil eden işlemin hukuka aykırılığı, bu işleme dayalı olarak yapılan ikinci idari işlemi de sakatlayacaktır⁸⁷. Nitekim Danıştay’ın bu konuda vermiş olduğu kararda,*

“(…) davaya konu işleme esas olan kentsel dönüşüm ve gelişim alanı ilanına dair plan değişikliğiyle buna bağlı işlemlerin Bursa 2. İdare Mahkemesi’nin 22.1.2009 günlü, E:2008/363, K:2009/27 sayılı, E:2008/76, K:2009/21 sayılı, E:2008/95, K:2009/20 sayılı ve Bursa 1. İdare Mahkemesi’nin 31.12.2008 günlü, E:2008/350, K:2008/1369 sayılı kararlarıyla iptal edildiği ve Danıştay Altıncı Dairesi’nin 8.2.2010 günlü, E:2009/3368, K:2010/1118 sayılı, E:2009/3369, K:2010/1115 sayılı, E:2009/4025 K:2010/1116 sayılı ve E:2009/3362, K:2010/1117 sayılı kararlarıyla onandığı, karar düzeltme istemlerinin de 15.10.2010 günü sırasıyla E:2010/8380, K:2010/9366 sayılı, E:2010/7325, K:2010/9371 sayılı, E:2010/9012, K:2010/9367 sayılı, E:2010/5979, K:2010/9368 Sayılı kararlarıyla

82 Uler, Yıldırım, **İdari Yargıda İptal Davalarının Sonuçları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s.47.

83 Bkz. Erkut, Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, s.28; Sezginer, Murat, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s.68.

84 DİDDK. E.2015/3273, K.2015/3496, T.15.10.2015, Danıştay İçtihat Bilgi Bankası, E.T.23.02.2018.

85 Uler, s.47.

86 DDK. E.1967/466, K.1968/218, T.23.02.1968, aktaran; Dinçer, Güven/Çırakman, Erol/Neciboğlu, Nejat, **Danıştay Kararları 1967-1968-1969**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1969, s.49.

87 Bkz. D6D. E.2008/4168, K.2010/5646, T.07.06.2010, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.23.02.2018; D6D. E.2008/1578, K.2010/5649, T.07.06.2010, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.23.02.2018. Ayrıca bkz. Uler, s.50-51.

reddedildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, uyuşmazlık konusu acele kamulaştırma işleminin dayandığı davacıya ait taşınmazları da kapsayan alanın Kentsel Dönüşüm ve Gelişim Alanı ilan edilmesi yolundaki Bursa Büyükşehir Belediye Meclisinin 13.4.2006 günlü, 220 sayılı kararının iptali yolundaki mahkeme kararlarının Dairemizce onanıp, karar düzeltme istemleri de reddedilerek kesinleşmesi karşısında, tesis edilen davaya konu Bakanlar Kurulu Kararında hukuka uyarlık görülme(diği)⁸⁸ ifade edilmiştir. Dolayısıyla öncelikli olarak yapılması gereken idari işlem yapılmaksızın acelelik halinin varlığından bahisle acele kamulaştırma usulüne başvurulması hukuka aykırılık teşkil edeceği gibi, önceki idari işlemin unsurlarından birisinin hukuka aykırılığı halinde buna dayanarak yapılan ikinci işlem dayanaksız kalacağından; söz konusu işlem de hukuka aykırı hale gelecektir. Bu çerçevede ilgili idarenin – Bakanlar Kurulunca acelelik halinin varlığından bahisle vermiş olduğu karar uyarınca – acele kamulaştırma yapmasına dair kararı “uygulama işlemi” niteliğinde olduğundan; acelelik halinin varlığı hususundaki değerlendirmede dava konusu olabilecektir⁸⁹. Bu bağlamda yukarıdaki açıklamalara koşut biçimde acelelik halinin varlığına dair Bakanlar Kurulunca alınan kararın hukuka aykırı olması durumunda ilgili taşınmazın acele kamulaştırılmasına yönelik uygulama işlemi niteliğindeki işlem de hukuka aykırı olacaktır⁹⁰.

C. Acele Kamulaştırmanın İstisnailiği Prensibine Uygunluk

Kamulaştırma Kanunu’nda yer alan olağanüstü durumlardan ayrık biçimde yurt savunması ihtiyacı veya acelelik gerektiren haller kavramlarına yer verilmesi belirli birtakım olağandışı durumlarda da acele kamulaştırma usulüne başvurulabileceğini göstermektedir. Öyle ki, Danıştay bu konuda vermiş olduğu kararlarında “*acele kamulaştırma yapma zorunluluğunun Bakanlar Kurulunca karar altına alınması*⁹¹”, “*taşınmazın acele kamulaştırılmasını zorunlu kılan olağanüstü bir durumun varlığının ortaya konulma(sı)*⁹²” ifadelerini kullanmıştır. Gerçekten, söz konusu “olağandışılık” veya “zorunluluk” halinin bulunmadığı durumlarda genel kamulaştırma usulünden

88 D6D. E.2008/11532, K.2010/11382, T.15.12.2010, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.23.02.2018.

89 Bununla birlikte acelelik halinin varlığına dair alınan Bakanlar Kurulu Kararının dava konusu edilmeyerek sadece uygulama işleminin dava konusu edilmesi de mümkündür. Bu ihtimalde söz konusu uyuşmazlığın çözüm mercii İYUK md.20/A uyarınca ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay olmamakta, 2576 sayılı Kanunun 5. maddesi uyarınca yetkili idare mahkemesi olmaktadır. D6D. E.2014/181, K.2014/994, T.13.02.2014, aktaran; Sezer/Bilgin, s.338-339.

90 “(...) davaya konu edilen belediye encümeni kararının, bölgenin kamulaştırılmasında 2942 sayılı Kanunun 27. maddesinin uygulanmasının Bakanlar Kurulunca kararlaştırılmasına dayalı olarak alınan bir uygulama işlemi niteliğinde olması karşısında, olayda aceleciliğin bulunup bulunmadığının ancak bu konuda alınan Bakanlar Kurulu Kararına karşı açılan davada incelenmesi mümkündür. (...) Bu durumda, Ankara Tarihi Kent Merkezi yenileme alanı olarak tespit edilen bölgede 2942 sayılı Kanunun 27. maddesinde düzenlenen acele kamulaştırma usulünün uygulanacağı yönündeki 15.3.2007 gün ve 2007/11836 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının yürütmesi Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararıyla durdurulduğuna göre, davaya konu taşınmazın bu yolla kamulaştırılmasına yönelik davaya konu işlemin de hukuki dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varılmıştır”. D6D. E.2009/335, K.2009/7046, T.09.06.2009, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.23.02.2018. (Vurgu tarafimca yapılmıştır.)

91 Bkz. D6D. E.2009/335, K.2009/70546, T.09.06.2009, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.23.02.2018.

92 D6D. E.2009/2838, K.2011/122, T.01.02.2011, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.23.02.2018.

saparak acele kamulaştırma kararı verilmesi işlemin iptaline sebebiyet verebilecektir⁹³. Belirtmek gerekirse, 2942 sayılı Kanun uyarınca idarece alınan acele kamulaştırma kararlarında “acelelik” halinin belirlenmesi bakımından herhangi bir konu sınırlamasına yer verilmemiştir. Dolayısıyla Bakanlar Kurulu’nun 2942 sayılı Kanun md.27 uyarınca aceleliğin varlığını tespit etmesi ve bu doğrultuda acele kamulaştırma işlemi tesis edebilmesi mümkün olabilecektir. Ne var ki, “aceleliğin varlığı” hususunda konu bakımından herhangi bir sınır getirilmemesi, Bakanlar Kurulu’na sınırsız bir yetki verildiği manasına gelmeyeceği gibi⁹⁴, idari işlem tesis edilmesi neticesinde belirli bir taşınmazın statüsünün değiştirilmesi tek başına acelelik kararının alınmasını meşru kılmaz⁹⁵. Gerçekten geniş ve etkin yetkilerle donatılmış olan idarenin kamu yararını sağlamak maksadıyla giriştiği faaliyet ve hizmetler dolayısıyla bireylerin toplum yararına tamamen feda edilmemesi için, bazı kayıt ve şartların getirilmesi gerekmektedir⁹⁶. Dolayısıyla acelelik hususu değerlendirilirken, “kararın alınabilirliği yanında” yanında başkaca koşulların da (kamu yararına ve kamu düzenine yönelik olmak, acelelik halini gerektiren somut koşulları belirtmek vs.) sağlanması gerekmektedir⁹⁷. Aksi bir durumda acele kamulaştırma yetkisinin istisnai olması gerekirken genel şekilde uygulanır hale gelmesi söz konusu olacak⁹⁸ ve işlem, sebep ve konu unsurları bakımından açıkça hukuka aykırı hale gelecektir⁹⁹. İfade edilecek olursa, Danıştay kararlarında Bakanlar Kurulu’nca acelelik halini gerektiren durumlarda acele kamulaştırma usulüne başvurulması bakımından aranan kriterler kümülatif olarak değerlendirilmiştir. Nitekim bu konuda verilen Danıştay kararlarında “*Uyuşmazlık konusu olayda taşınmazı da kapsayan alanın yenileme alanı olarak belirlenmesinin tek başına acele kamulaştırma yapılmasına gerekçe teşkil etmeyeceği*¹⁰⁰”, “*Davacıya ait taşınmazı da kapsayan alanın gecekondü önleme bölgesi sınırları içerisinde bulunmasının tek başına acele kamulaştırma yapılmasına gerekçe teşkil etmeyeceği*¹⁰¹” hususları ifade edilmiştir. Yine Danıştay’ın vermiş olduğu bir karara göre, “*Kamulaştırmanın imar planına ya da kamu yararı kararına dayalı olarak idarelerin görmekte yükümlü buldukları görevleri yerine getirmek amacıyla ancak kamu yararı amacıyla yapılabileceği, (...) imar planında konut alanı olarak belirlenen bir taşınmazdaki bu kullanım türünü davacının da uygulamaya geçirebileceği göz önüne alındığında sadece kentsel dönüşüm ve gelişim alanında kaldığından bahisle taşınmazın kamulaştırılmayacağı sonucuna ulaşıldığından dava konusu işlemde hukuka aykırılık*

93 Yayla, s.217.

94 Karş. Böke, s.641.

95 Genel surette ifadelendirilmiş bir nedenle çeşitli yapılar için kamulaştırma usullerine başvurulmasının hukuka aykırı olduğu yönünde bkz. D6D. E.1966/2303, K.1967/1386, T.27.04.1967, aktaran; Dinçer/Çırakman/Neciboğlu, s.320.

96 Duran, Lütfi, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, TODAİE Yayınları, İstanbul, 1974, s.47.

97 Bu bakımdan acelelik halini gerektiren durumun değerlendirilmesi yapılırken, söz konusu kriterlerin kümülatif biçimde ele alınması gerekmektedir.

98 D6D. E.2008/1578, K.2010/5649, T.07.06.2010, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.23.02.2018.

99 Belirtmek gerekirse, bu tür durumlarda kişinin işlemin icrası neticesinde telafisi güç veya imkânsız bir zarara uğrayacağı ifade edilebiliyorsa, İYUK md.27 uyarınca istem üzerine yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi söz konusu olabilecektir.

100 D6D. E.2012/6974, T.30.05.2013, aktaran; Abacıoğlu/Abacıoğlu, s.125.

101 D6D. E.2013/2811, K.2016/115, T.25.01.2016, DD. Sayı:142, s.137.

*görülmemiştir*¹⁰². Bu bağlamda yukarıda verilen kararlar ışığında denilebilir ki, acelelik halinin gerektiren halin ne olduğu ve bu prosedüre başvurulmasına neden ihtiyaç duyulduğu açıkça belirtilmeyen durumlarda alınan acele kamulaştırma kararı hukuka aykırı olacaktır. Dolayısıyla ilgili kanun kapsamında öngörülen bir statüye geçiş veya büyük bir yatırım yapılması durumu, “tek başına” acelelik halinin varlığını göstermeyecektir.

Bunun yanında acele kamulaştırma prosedürü mülkiyet hakkının özüne dokunan bir müdahale olduğundan; idarece bu usule ancak ihtiyacın varlığı halinde ve sınırlı olarak başvurulması gerekmektedir¹⁰³. Gerçekten acele kamulaştırma yolu ile taşınmaza el koyabilmenin söz konusu olması için yukarıda ifade edilen ölçütlerin yanında “ihtiyacın varlığı” da aranmalıdır. Özellikle kanunla idareye verilen görevlerin gereği gibi yerine getirilmesi (genel ve kolektif ihtiyaçların karşılanması¹⁰⁴) bakımından söz konusu prosedürün işletilmesi zaruri olmakla birlikte bu usulün işletilmemesi halinde kamunun uğrayacağı bir zarar oluşacaksa “kamunun uğraması muhtemel bir zararın” varlığından bahsetmek mümkün olacaktır. Bu doğrultuda kanunun uğrayacağı zararların neler olduğunun ortaya konulması “aceleliği gerektiren haller” ile ilgili verilen kararın hukuka uygunluğu denetiminde kullanılan unsurlardan biri olmaktadır¹⁰⁵. Nitekim Danıştay’a göre, “*anlaşma sağlanamayan taşınmaz malikleri hakkında ruhsat süresi de göz önünde bulundurularak işlemin tesis edildiği, işletmenin biran önce faaliyete geçmesinin sadece ekonomik yarar yönünden irdelendiği, ancak acele kamulaştırma yoluna gidilmezse kamunun uğraması muhtemel zararlarının neler olduğunun ortaya konmadığı anlaşıldığından, 2942 sayılı Kanununun 27. maddesi uyarınca olağan kamulaştırma usulü uygulanmaksızın taşınmaza el konulmasını gerektiren acelelik koşulunun gerçekleşmediği sonucuna varılmıştır*¹⁰⁶”.

İhtiyacın varlığı hususunun tespiti ile ilgili, Dolmabahçe-Bomonti-Kağıthane-Piyalepaşa Karayolu Tüneli güzergahında bulunan taşınmazın davaya konu Bakanlar Kurulu kararıyla acele kamulaştırılmasına ilişkin olayda Danıştay tarafından, “*19.8.2008 günlü, 1534 sayılı İstanbul Büyükşehir Belediye Encümeni kararıyla tünel güzergahında yapılan revizyondan sonra bu servis yoluna ve katılım şeridine ihtiyaç kalmadığından bahisle davaya konu taşınmazın kamulaştırılmasından vazgeçildiği anlaşılmıştır. Bu durumda, plan revizyonu üzerine ihtiyaç olmadığı sebebiyle kamulaştırılmasından vazgeçilen taşınmaz için 2942 sayılı Kanununun 27. maddesinde sayılan aceleliğine Bakanlar Kurulunca karar alınacak haller oluşmadığından davacıya ait 122 sayılı parsel açısından mevzuata uyarlık görülmemiştir*¹⁰⁷” şeklinde karar verilmiştir.

İhtiyacın varlığının tespit edilmesinin yanında acelelik halini gerektiren durumların varlığı halinde acele kamulaştırma prosedürünün uygulamak mümkün ise de bu prosedürün “istisnailiği” gereği, öncelikle kanunda öngörülen olağan yolların uygulanması, bu mümkün değilse söz konusu

102 D6D. E.2012/3492, K.2013/5107, T.23.09.2013, aktaran; Gölcüklü, s.121.

103 Bkz. Üstün, Gül, *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.268-269.

104 Onar, s.13.

105 Arslanoğlu, s.213.

106 DİDDK. E.2009/1936, K.2012/500, T.19.04.2012, (www.hukukturk.com), ET.20.02.2018.

107 D6D. E.2008/6020, K.2010/1716, T.24.02.2010, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.23.02.2018.

usulün (acele kamulaştırma) işletilmesi gerekir¹⁰⁸. Bu kapsamda ilgili mevzuatta öngörülen olağan nitelikli yol tüketilmeksizin acelelik halinin varlığından bahisle doğrudan istisnai nitelikte olan acele kamulaştırma kararı alınması hukuka aykırıdır. Nitekim Danıştay’a göre,

“2942 sayılı Kanununun 27. maddesi incelendiğinde, kamulaştırma işlemlerinde öngörülen yöntemlerin bir kısmının uygulanmayarak taşınmaza acele el konulabilmesi yolu istisnai olarak başvurulabilecek bir yöntem olarak düzenlendiğinden (...) 5393 sayılı Kanunda, kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanlarında bulunan yapıların boşaltılması, yıkımı ve kamulaştırılmasında anlaşma yolunun esas olduğunun belirtilmiş olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, kentsel dönüşüm ve gelişim projelerinin uygulanmasında öncelikle anlaşma yoluna gidilmesi gerektiği, anlaşma sağlanamayan durumlarda kamulaştırma yapılması ve bu halde de kamulaştırmanın 2942 sayılı Kanun 27. maddesi uyarınca gerçekleştirilebilmesi için ise yukarıda da açıklandığı üzere acele kamulaştırmanın koşullarının gerçekleşmiş olduğunun açıkça ortaya konulması gerektiği kuşkusuzdur.

Bu açıklamalar çerçevesinde, bakılmakta olan dava değerlendirildiğinde, davalı idarece öncelikle taşınmaz malikleri ile anlaşma yoluna gidilmesi, anlaşmanın gerçekleşmemesi halinde de yine ilk önce olağan kamulaştırma yolunun tercih edilmesi, ancak 2942 sayılı Kanununun 27. maddesinde yer alan acelelik halinin bulunduğu saptanması halinde anılan madde uyarınca acele kamulaştırılması zorunlu bulunan taşınmazlara yönelik olarak gerekli tespitler yapıp sebepleri de belirtilmek suretiyle başvuruda bulunulması (...) gerekmektedir¹⁰⁹. Bu doğrultuda denilebilir ki, 2942 sayılı Kanununun 27. maddesi hükmünün uygulanabilmesi için acele kamulaştırmanın özel ve istisnai koşullarının gerçekleşmiş olduğunun açıkça ortaya konulması ve uygulamanın mülkiyet hakkını zedeleyecek ölçüde geniş yorumlanmaması gerekmektedir¹¹⁰.

V. SONUÇ

Anayasa md.46 uyarınca kamu yararı amacının varlığı ve karşılığının peşin olarak ödenmesi koşullarının bir arada sağlandığı durumlarda yetkili idarece karar alınarak özel mülkiyette bulunan taşınmazların tamamının veya bir kısmının kamulaştırılması söz konusu olabilmektedir. 2942 sayılı Kanun md.27’de, Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanununun uygulanmasında yurt savunması ihtiyacına veya aceleliğine Bakanlar Kurulu’nca karar alınacak hallerde veya özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlarda gerekli olan taşınmaz malların kamulaştırılmasında

108 Bkz. Yasin, Melikşah, “Tarihi Mekanların Dönüştürülmesi Sürecinde Mahalli İdarelerin Rolü”, **Legal Hukuk Dergisi**, Sayı:45, 2006, s.2716.

109 D6D. E.2012/6188, K.2015/2196, T.09.04.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.23.02.2018. (Metnin altı tarafımca çizilmiştir.)

110 “(...) davacı taşınmazının da bulunduğu A2 civarında yapılması düşünülen Yeni Gar sahasının, Bakanlar Kurulu Kararının kabul edildiği tarihte (YHT) projesi kapsamında ele alınmadığı, asıl amacın Konya Büyükşehir Belediyesi tarafından sonradan projelendirilen şehir içi raylı taşıma projesi ile (YHT) projesinin entegrasyonunu sağlamak olduğu, *bizatihi olağan kamulaştırma işlemi T.C Anayasası tarafından güvence altına alınan mülkiyet hakkının istisnası iken, olağan kamulaştırma işleminin istisnası olarak Kamulaştırma Kanununun 27. maddesinde belirtilen ve uygulanması sıkı şartlara bağlanan acele kamulaştırma yönteminin, hukuki güvenlik ilkesini ve mülkiyet hakkını zedeleyecek ölçüde geniş yorumlanamayacağı açıktır.*” D6D. E.2014/8655, K.2016/796, T.25.02.2016, Lexpera İçtihat bilgi Bankası, E.T.23.02.2018. (Vurgu tarafımca yapılmıştır.)

çerçevesinde acele kamulaştırmanın mümkün olabileceği ifade edilmiştir. Bu kapsamda aceleliğine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilen hallerde özel kanunlarda olağanüstü durumların öngörülmesi şartı aranmaksızın acele kamulaştırmaya dair karar alınabilmektedir. Acele kamulaştırma kararının alınabileceği hallerden biri olan aceleliğine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilen haller bakımından yetkinin kapsamı ve yetki devri meselesi ile aceleliği gerektiren haller kriterinin Danıştay tarafından çeşitli kararlara konu olduğu görülmektedir. Danıştay'ın ifade ettiği üzere aceleliğine karar vermek bakımından Bakanlar Kurulu münhasıran yetkiyi haiz olduğundan bu yetkinin sınırsız biçimde devredilmesi yetkisizlik halini oluşturacaktır. Bu nedenle aceleliğine karar verilecek bir halin varlığı durumunda Bakanlar Kurulunca acele kamulaştırmaya dair kararın alınması gerekir. Bununla birlikte maddi olarak aceleliğine karar verilen hallerde yapılan acele kamulaştırmalarda hukukiliğin sağlanması bakımından birtakım ölçütler aranmaktadır. Bu kapsamda aceleliğine karar verilen hallerde hukukilik meselesi irdelenirken; mezkûr kararın kamu yararına ve kamu düzenine somut biçimde yönelik olması gerekmektedir. Bu hususta Bakanlar Kurulu'nun konu bakımından bir sınırlamaya tabi olmadığı ifade edilebilirse de aceleliğine karar verilmesi hallerinde var olan takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri esasları dikkate alınmak suretiyle bir sonuca varılmalıdır. Bunun yanında Danıştay kararlarında belirtildiği üzere, daha önce yapılması gereken bir usul işleminin yapılmaması durumunda işlem hukuka aykırı olabileceği gibi dayanak işlemin hukuka aykırılığının yargı mercilerince tespit edilmesi halinde, nihai işlemin hukuka aykırılığı söz konusu olabilecektir. Son olarak aceleliğine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilen hallerde gerçekleştirilecek acele kamulaştırmalarda “istisnailik” prensibine uygun hareket edilmeli ve uygulamanın yapılmaması halinde kamunun uğrayacağı olağanüstü zararların somut biçimde belirtilmesi gerekmektedir. Belirtmek gerekirse bu şartlar Danıştay tarafından kümülatif biçimde aranmakta olup somut olayın koşullarına göre ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Nihayetinde, acelelik halinin varlığı durumunda acele kamulaştırma uygulamalarıyla hedeflenen amaca söz konusu şartların mevcut olup olmadığının somut olarak ortaya konulması ve hukuk devleti ilkesine riayet edilmesi ile sağlanabileceğinin altını çizmek gerekir.

KAYNAKÇA

- ABACIOĞLU, Muhittin/ABACIOĞLU, Ali, **Açıklamalı-İçtihatlı Kentsel Dönüşüm Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015
- AKAR, Zeki, **Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları Cilt-I**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007
- AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2017
- AKYILMAZ, Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, İdare Hukuku, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016
- ARSLANOĞLU, Mehmet, “Acele Kamulaştırma”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt:19, Sayı:3, 2014, (ss.203-224)
- ARTUKMAÇ, Sadık, **Kamulaştırma Hukuku**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1977
- ATAY, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014
- AYAYDIN, Cem, **İdare Hukukuna Giriş (II)**, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2008
- BİLGİN, Pertev, **Kamulaştırma Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999
- BİLGİN, Pertev, **İdare Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999
- BÖKE, Veli, **Kamulaştırma Kanunu ve Kamulaştırma Bedelinin Tespiti Davaları**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005
- CANDAN, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2006
- CHAPUS, René, **Droit Administratif Générale Tome I**, Montchrestien, Paris, 2001
- DİNÇER, Güven/ÇIRAKMAN, Erol/NECİBOĞLU, Nejat, **Danıştay Kararları 1967-1968-1969**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1969
- DUPUIS, Georges/GUÉDON, Marie-José, CHRÉTIEN, Patrice, **Droit Administratif**, 12e édition, Sirey, Paris, 2011
- DURAN, Lütfi, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, TODAİE Yayınları, İstanbul, 1974
- ER, Ömer/GÜNER, Orhan/GÜZELHAN, Yasemin, “Kentsel Dönüşüm ve Yenileme Alanı Uygulamaları Kapsamında Fener-Balat Semtlerinde Saha Çalışması”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt:12, Sayı:142, 2014, (ss.185-221)
- ERKELLİ KIZIL, Neşe, “Kamulaştırma Fenomeni”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (Prof. Dr. Lütfi Duran’a Armağan Özel Sayısı)**, Cilt:9, 1988, (ss.209-216)
- ERKUT, Celal, **İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990
- GEMALMAZ, H. Burak, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009
- GÖLCÜKLÜ, Mehmet Ali, **Acele Kamulaştırma**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Cilt-I**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2009
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015
- KARAHANOGULLARI, Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011
- KAYA, Cemil, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, On İki Yayıncılık, İstanbul, 2011
- KAYA, Cemil, **Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay’ın Bakışı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011

- KIZILYEL, Serkan, **Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanmasında Kamu Güvenliği Ölçütü**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014
- KÖROĞLU, Ömer, **Kamulaştırma Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995
- KUTLU, Meltem, **İdari Bir İşlem Olarak Kamulaştırma ve İptal Davası**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1992
- LAVIALLE, Christian, **Droit Administratif des Biens**, PUF, Paris, 1996
- OKAY TEKİNSOY, Özge, **İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011
- ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt-III**, 3. Bası, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966
- ÖRÜCÜ, Esin, **Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976
- ÖZAY, İl Han, **Günüşiğinde Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004
- SEZER, Yasin/BİLGİN, Hüseyin, **Açıklamalı-İçtihatlı Kentsel Dönüşüm Uygulama Rehberi**, Adalet Yayınları, Ankara, 2015
- SEZGİNER, Murat, **İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000
- SOLMAZ, Eren, **Kamulaştırma Hukukunda Malikin Geri Alma Hakkı**, S.S. Onar İdare Hukuku ve İlimleri Arşivi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016
- TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 5. Bası, Ankara, 2016
- ULER, Yıldırım, **İdari Yargıda İptal Davalarının Sonuçları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970
- ULU, Güher, **İdari İşlemin Yetki Unsuru**, Seçkin Yayıncılık, Bursa, 2012
- ÜSTÜN, Gül, **Kentsel Dönüşüm Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014
- YASİN, Melikşah, "Tarihi Mekanların Dönüştürülmesi Sürecinde Mahalli İdarelerin Rolü", **Legal Hukuk Dergisi**, Sayı:45, 2006, (ss.2711-2720)
- YAYLA, Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010
- YILDIRIM, Turan, "İdari İşlemler", **İdare Hukuku**, (YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/ÖZDEMİR, H. Eyüp/OKAY TEKİNSOY, Özge), On İki Levha Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul, 2011, (ss.549-631)

İNTERNET KAYNAKLARI

- (<http://www.kazanci.com>)
- (<http://www.hukukturk.com>)
- (<http://www.lexpera.com.tr>)
- (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb>)
- (<http://www.mevzuat.gov.tr>)

Yetkisiz Temsilcinin Hukuki Sorumluluğu*

Yetkisiz Temsilcinin Hukuki Sorumluluğu

Serap HELVACI**
Bülent KARASU***

ÖZ

Bütün hukuk düzenleri yetkisiz hareket eden doğrudan temsilcinin üçüncü kişiye karşı sorumlu olması gerektiğini öngörmektedir. Sorumluluğun oluşumunda ortak koşullar benimsenmekle birlikte, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun kapsamı konusunda farklı yaklaşımlar sergilenmektedir. Hukuk sistemimizde TBK. m. 47 hükmü, değişen koşullar ışığında basamaklı bir sorumluluk rejimini düzenlemektedir. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, üçüncü kişinin iyiniyetli olmasını gerektirir. Üçüncü kişi, hukuki işlemin yapıldığı anda muhatabının yetkisizliğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, temsilcinin sorumluluğu kalkar. Ancak üçüncü kişinin yetkisizliğe ilişkin pozitif veya normatif bilgisinin, kusurlu yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna etkisi konusunda değişik sonuçlara varılmaktadır. Çalışmamızda Türk Borçlar Kanununda yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun kapsamı ile üçüncü kişinin yetkisizliği bilmesinin veya bilmesi gerekliliğinin kusurlu temsilcinin sorumluluğuna etkisi incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Yetkisiz temsilci, Sorumluluk, Kusur, İyiniyet, Menfi zarar, Müspet zarar, Türk Borçlar Kanunu

ABSTRACT

It is generally recognized under different legal systems that an agent acting without authority shall be liable for damages to the third party. Even though common requirements are likely to be accepted in the formation of liability, it is noted that different approaches are adopted for the liability of an unauthorized agent. In this respect, relevant provision of Turkish Code of Obligations, which is article number 47, regulates a gradual liability system in consideration of changing conditions. However, the agent is liable to the third party only to the extent that the third party is in good faith. The agent is not liable to the third party, when entering into the contract with the unauthorized agent, the third party knew or ought to have known that the agent had no authority. It is concluded that the positive or normative knowledge of the third party regarding the agent who has no authority to enter into such a contract impacts the liability of blameworthy unauthorized agent. Our paper discusses the liability of

* Bu makale Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı kapsamında hazırlanan "Karşılaştırmalı Hukukta Temsil" isimli doktora tezinden üretilmiştir.

** Prof. Dr., Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, hukukdekan@marmara.edu.tr

*** Doktora Programı Öğrencisi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bölümü. avkarasu@hotmail.com

unauthorized agent to the third party and its impression to the liability of blameworthy unauthorized agent if the third party knew or ought to have known that the agent had no authority under Turkish Code of Obligations.

Keywords: Unauthorized agent, Liability, Blameworthiness, Good faith, Reliance damages, expectation damages, Turkish Code of Obligations.

I. GİRİŞ

Başkası hesabına yapılan bir işlemin etkili olması, temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin yetkili olmasını gerektirir. Yetkisiz yapılan işlem, temsil olunanın hukuki konumunu kural olarak etkilemez. Ancak tarafların menfaatlerinin korunması düşüncesiyle bu kurala istisnalar tanınmaktadır. Doğrudan temsilcinin yetkisiz bir şekilde yaptığı işlemin temsil olunan tarafından onanması veya üçüncü kişiyi koruyan hükümlerin varlığı, temsilin etkili olmasına yol açar. Temsilin etkili olmasını sağlayan olguların yokluğu, doğrudan temsilcinin sorumluluğunu gündeme getirir.

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, temsil kurallarına yönelik olarak yapılan her araştırmanın temel çekirdeğini oluşturur. Bütün hukuk sistemleri, yetkisiz doğrudan temsilcinin üçüncü kişinin uğradığı zararlardan sorumlu olması esasını benimsemektedir. Ancak sorumluluğun kapsamı konusunda geniş bir yelpazeye yayılan yaklaşımlar mevcuttur. Bu konudaki düzenlemeler, temsil işlemine katılan tarafların menfaatlerine tanınan önceliğe göre değişmektedir. Hukuk düzenleri, yetkisiz hareket eden doğrudan temsilcinin sorumluluğunun oluşumunda üçüncü kişinin iyiniyetli olması gerektiği koşulunu öngörmekle birlikte, üçüncü kişinin kötü niyetinin temsilcinin sorumluluğuna etkisinde farklı sonuçlara ulaşmaktadır. Çalışmamızda yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun kapsamı ile üçüncü kişinin kötü niyetinin temsilcinin sorumluluğuna etkisi araştırılacaktır.

Hukuk sistemimizde temsil kurumu ile ilgili olarak gerçekleştirilen değerlendirmelerde genel olarak kaynak İsviçre Borçlar Kanununda ve Alman Medeni Kanununda öngörülen yaklaşımlar dikkate alınır. Çalışmamızda bu ulusal hukuk sistemlerinde benimsenen düzenlemeler gözetilecektir. Ancak işlediğimiz konuya ilişkin bakış açımızı genişletmek gayesiyle, hukuk sistemimize etki etme kabiliyeti olan iki uluslararası hukuk belgesine de değinilecektir. Böylece özel hukukta uyumlaştırma faaliyetleri ışığında oluşturulan Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (Principles of European Contract Law) ve Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (Principles of International Commercial Contracts) çalışmamızın bir parçasını teşkil etmektedir. Zikredilen hukuk belgelerinde öngörülen hükümler, civil law ile common law sistemlerinde yer alan ve sorunlara en etkili çözüm getirdiğine inanılan kurallardan oluşmaktadır.

II. YETKİSİZ TEMSİLCİNİN SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI

1. Yetkisiz Temsilcinin Başkası Adına Hareket Etmesi

Türk ve İsviçre Borçlar Kanununun temsile ilişkin genel hükümlerinde iki madde yetkisiz temsili düzenler. “Onama Halinde” kenar başlığını taşıyan TBK. m. 46 (İBK. m. 38), bir kimsenin yetkisiz olarak temsilci sıfatıyla yaptığı işlemin onanması sürecini işlemektedir¹. Adına hareket edilen temsil olunanın yetkisiz hukuki işlemi açık veya örtülü olarak onamamasının hukuki sonuçları ise TBK. m. 47’de (İBK. m. 39) hüküm altına alınmıştır². Temsilcinin sorumluluğunu öngören TBK m. 47’nin (İBK. m. 39) uygulanması, temsilcinin başkası adına hareket etmesini gerektirir³. Üçüncü kişi, işlem yaptığı doğrudan temsilcinin yetkisiz olması nedeniyle, hedeflediği muhatabı olan temsil olunan ile etkili bir işlem yapamamasından ötürü uğradığı zararların giderilmesini talep edebilir. Böylece temsilcinin kendi adına ve temsil olunan hesabına hareket ettiği dolaylı temsilde temsilcinin sorumluluğu gündeme gelmez⁴. Zira dolaylı temsilci, kurumun hukuki niteliği bakımından kendi adına hareket ettiğinden, üçüncü kişinin karşı tarafıdır. Dolaylı temsilci, üçüncü kişiyle yaptığı sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri bizzat yerine getirmek zorundadır.

- 1 TBK. m. 46, “Bir kimse yetkisi olmadığı halde temsilci olarak bir hukuki işlem yaparsa, bu işlem ancak onadığı takdirde temsil olunanı bağlar (1). Yetkisiz temsilcinin kendisiyle işlem yaptığı diğer taraf, temsil olunanın, uygun bir süre içinde bu hukuki işlemi onayıp onamayacağını bildirmesini isteyebilir. Bu süre içinde işlemin onanmaması durumunda, diğer taraf bu işlemle bağlı olmaktan kurtulur (2)” şeklindedir.
- 2 TBK. m. 47, “Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması halinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir. Ancak, yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez (1). Hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir (2). Sebepsiz zenginleşmeden doğan haklar saklıdır (3)” şeklindedir.
- 3 WATTER Rolf/SCHNELLER Yves, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand, 4. Auflage, Basel 2007, m. 39, n. 1; ZÄCH Roger/KÜNZLE Hans Rainer: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband: Stellvertretung, Kommentar zu Art. 32-40 OR, Bern 1990; m. 39, n. 7. Alman Medeni Kanunu temsil konusunu 164. ilâ 181. madde hükümleri arasında düzenlemiştir. Temsile ilişkin hükümler sadece doğrudan temsili kapsamaktadır. Böylece temsilcinin Alman MK. m. 179 uyarınca sorumlu olması, onun temsil olunan adına hareket etmesini zorunlu kılar. LEPTIEN Ulrich, Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, Allgemeiner Teil 2, § 104-240, 13. Auflage, Stuttgart 1999, m. 179, n. 3. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, temsilcinin sorumluluğunu “Doğrudan Temsil” kenar başlığını taşıyan ikinci kısımda düzenlemiştir. ASHİ m. 3:204’ün açıklayıcı yorumlarında, temsilcinin başkası adına hareket etmekle temsil olunanı borçlandırmaya yetkili olduğunu üçüncü kişiye garanti ettiği, ancak bu yetki mevcut olmadığında ikinci fıkra gereğince tazminat ödemekle yükümlü olduğu vurgulanmaktadır. ASHİ m. 3:204 Yorum C. Bu konuda bkz. LANDO Ole/BEALE Hugh, Principles of European Contract Law, Part I and II, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston 2000, s. 208. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler, kıta Avrupa hukuk sistemlerinde genel olarak benimsenen doğrudan ve dolaylı temsil ayırımını öngörmez. Ancak tanımı ve hukuki sonuçları bakımından doğrudan temsilin karşılığını teşkil eden açık temsilde yetkisiz temsilcinin sorumluluğu UTSİ m. 2.2.6 f. 1’de düzenlenmiştir. www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf (11.12.2017).
- 4 Yavuz’a göre, “Bir kişi, bir dolaylı temsil yetkisine dayanarak dolaylı temsil olunan hesabına olduğu halde kendi adına bir üçüncü kişi ile hukuki işlem yaptığında dolaylı temsil vardır”. YAVUZ Cevdet, Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983, s. 57.

TBK. m. 47'de (İBK. m. 39) öngörülen sorumluluğun doğumu için temsilci gerçekte yetkiye sahip olmadığı halde, temsil olunanın hesabına hareket etmesi konusunda yeterli yetkiyi taşıdığını beyan etmesi gerekir. Bu beyan açık veya örtülü olarak gerçekleşebilir. Hukuki işlemin başkasının adına temsilci sıfatıyla yapıldığının karşı tarafa belirtilmesi, temsil için gerekli olan yetkinin temsil olunan tarafından verildiğinin örtülü de olsa açıklandığının kabulüne yol açar⁵. Alman hukukunda da benzer bir yaklaşım söz konusudur. Nitekim Alman MK. m. 179 kapsamında öngörülen sorumluluğun meydana gelmesinde temsilcinin gerçeğe aykırı olarak açık veya örtülü bir şekilde temsil olunandan yetki aldığını ortaya koyduğu, bununla sözleşmenin geçerli olarak kurulması yönünde işlemin karşı tarafında haklı bir güven oluşturduğu sonucuna varılmaktadır⁶.

2. Onamama Nedeniyle Geçersizlik

Temsilcinin sorumluluğunun oluşması, temsil işleminin yetkisizlik nedeniyle etkili olmaması koşuluna bağlıdır. Yetkisiz yapılan sözleşme temsil olunan tarafından onandığında, geçerli hale gelebilmelidir. Nitekim bu husus TBK. m. 47'de (İBK. m. 39), "Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması halinde (...)" şeklinde düzenlenmiştir⁷. Bu nedenle temsilcinin yetkisiz hareket etmesine rağmen, işlemin TBK. m. 46 (İBK. m. 38) gereğince onanması veya üçüncü kişinin güvenini koruyan hükümlerin⁸ uygulanması koşullarının varlığı halinde, TBK. m. 47'de öngörülen sorumluluk gündeme gelmez⁹. Bütün sistemler sorumluluğun doğması için temsilcinin yetkisizliğinin sonucu olarak üçüncü kişinin zarara uğramasını öngörmektedir. Temsilcinin yetkisizliği ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının olması gerekir. Sözleşmenin kurulmasını engelleyen başka nedenlerin varlığında¹⁰, yetki eksikliği ile zarar arasında gerekli olan illiyet bağının yokluğundan, TBK. m. 47'nin içerdiği sorumluluk rejimi uygulanmaz¹¹. Bu yaklaşım isabetlidir. Ulaşılabilecek aksi yönde bir sonuç, üçüncü kişinin yetkili bir kimse ile işlem yapmasından daha iyi bir konuma getirilmesi anlamını taşıyacaktır. Hukuk sistemleri benzer gerekçe ile temsilcinin sorumluluğunun, sözleşme geçerli olsaydı üçüncü kişinin temsil olunandan elde edebileceği değerler ölçüsünde sınırlı olması gerektiği sonucuna varmaktadır.

5 KOLLER Alfred, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Freiburg 1985, n. 385; OSER Hugo/SCHÖNENBERGER Wilhelm, Kommentar zum Obligationenrecht, 3. Teil, Zürich 1945, Art. 458-465, m. 39, n. 2; BGE 85 II 30.

6 SCHRAMM Karl-Heinz, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, § 1-240, 5. Auflage, München 2006, m. 179, n. 40; LEPTIEN, m. 179, n. 1; BGH NJW 2000, 1407-1408.

7 ASHİ m. 3:204 f. 2, yetkisiz yapılan işlemin ASHİ m. 3:207 gereğince onanmaması halinde, temsilcinin sorumlu olacağını düzenler. UTSİ m. 2.2.6 f. 1 de temsil olunanın işlemi onamamasının temsilcinin yükümlülüğüne yol açacağını açıkça öngörmektedir.

8 TBK. m. 41 f. 2 (İBK. m. 33 f. 2), TBK. m. 42 f. 3 (İBK. m. 34 f. 3) ve TBK. m. 45 (İBK. m. 37).

9 ZACH/KÜNZLE, m. 39, n. 9; İNCEOĞLU Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2010, s. 439.

10 Örneğin TBK. m. 27'ye aykırılık halinde, TBK. m. 47 uygulama alanı bulmaz.

11 VÍOLAND Georges, Die Stellvertretung ohne Ermächtigung, OR Art. 38 und 39, Bern und Stuttgart 1988, s. 149; AKYOL Şenol, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009, s. 520-521. Alman hukukunda yetkisizlik dışında bir nedenden ötürü geçersiz olan bir sözleşmeye dayalı olarak MK. m. 179 kapsamında bir sorumluluğun oluşmayacağı kabul edilir. FLUME Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 1979, s. 802; SCHILKEN Eberhard, J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, § 164-240, Berlin 2004, m. 179, n. 9; BGH WM 1977, 478, 479.

Böylece yetkisiz temsilci, temsil olunanın sözleşmeyi yerine getiremeyeceğini veya tazminatı ödeyemeyeceğini (örneğin temsil olunanın iflas etmesi nedeniyle) ispat ederse, kendisi de tazminat ödeme yükümlülüğünde olmaz¹². Zira temsilci yetkili bir şekilde hareket etseydi dahi, karşı sözleşeni olan temsil olunana yönelen üçüncü kişi, daha iyi bir konuma ulaşamazdı. Ancak temsilcinin, temsil olunanın malvarlığına ilişkin bilgileri üçüncü kişiye aktarmamasından veya eksik aktarmasından dolayı culpa in contrahendo sorumluluğu irdelenecektir.

III. SORUMLULUĞUN KAPSAMI

I. Genel Bakış

Doğrudan temsil kapsamında yetkisiz yapılan bir işlem askıda hükümsüzdür. Temsil olunan hukuken bağlı olmamasına karşılık, üçüncü kişi sözleşme ile bağlıdır. Bu askı durumu, yetkisiz işlemin temsil olunan tarafından onanmasına veya onanmasının reddedilmesine kadar devam eder¹³. Yetkisiz doğrudan temsil işleminin onanması, temsilcinin sorumluluğunu kural olarak kaldırır¹⁴. Yetkisiz işlemin açık veya örtülü olarak onanmaması halinde ise işlem geçersiz hale gelir. Bu durumda üçüncü kişi sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulurken, yetkisiz hareket eden temsilcinin sorumluluğu oluşur. Temsilcinin sorumluluğu, TBK. m. 47’de (İBK. m. 39) düzenlenmiştir¹⁵. “Onamama Halinde” kenar başlığını taşıyan hüküm, “Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onanmaması halinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir. Ancak, yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez (1). Hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir (2). Sebepsiz zenginleşmeden doğan haklar saklıdır (3)” şeklindedir. Hükmün ilk fıkrası, menfi zararın giderilmesine ilişkindir. İkinci fıkrada temsilcinin kusurlu olması ve hakkaniyetin gerektirmesi halinde, müspet zararın giderileceği öngörülmektedir. Üçüncü fıkrada ise sebepsiz zenginleşmeden doğan haklar saklı tutulmuştur¹⁶.

12 LOSER Peter, Die Vertauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Bern 2006, s. 352; ZACH/KÜNZLE, m. 39, n. 25; HÜBNER Ulrich, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht, München 1977, n. 1313; LEPTIEN, m. 179, n. 16; ASHÍ m. 3:204 Yorum C.

13 AKYOL, s. 464; BECKER Hermann, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183), 2. Auflage, Bern 1941, m. 38, n 1; BGE 107 II 112. Alman hukukunda aynı sonuca ulaşılmaktadır. LARENZ Karl/WOLF Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München 2004, s. 901; MEDÍCUS Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg 2006, n. 976; KÖHLER Helmut: Allgemeiner Teil des BGB, München 2009, s. 170.

14 Ancak koşulların varlığı halinde, onamaya kadar geçecek sürede üçüncü kişinin uğradığı gecikme zararları culpa in contrahendo uyarınca temsilciden talep edilebilir.

15 Alman MK. m. 179; ASHÍ m. 3:204; UTSÍ m. 2.2.6.

16 Sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri TBK. m. 77 vd. hükümlerinde düzenlendiğinden, hükmün üçüncü fıkrasında ayrıca değinilmesi isabetli değildir. Bu nedenle çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur.

2. Menfi Zararın Tazmini

Üçüncü kişi, yetkisiz hukuki işlemin onanmaması halinde, geçerli olduğuna güvendiği işlemin geçersiz olması nedeniyle uğradığı zararların giderilmesini talep edebilecektir. Nitekim bu husus TBK. m. 47 f.1 c.1'de, "(...) bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi (...)" şeklinde açıkça düzenlenir. Yetkisiz temsilci, menfi zarardan sorumludur¹⁷. Bu sonuca ikinci fıkrada yer verilen "diğer zararlar" ifadesinin karşıt anlamından da ulaşılabılır. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, kusurundan bağımsız olarak oluşur¹⁸. Bir başka ifadeyle, sorumluluk kusura dayanmadığından, yetkisiz olduğunu kusuru olmadan bilmeyen bir temsilci dahi üçüncü kişinin menfi zararlarını karşılamak zorundadır¹⁹. Temsilcinin kusursuz sorumluluğu açıkça düzenlenmemişse de, ikinci fıkrada müspet zararın giderilmesinde hakkaniyetin yanında kusur koşuluna yer verilmesi, birinci fıkrada öngörülen sorumluluğun kusura dayanmadığını göstermektedir²⁰. Ancak yetki eksikliği hususunda temsilcinin ve üçüncü kişinin eşzamanlı olarak iyiniyetli olmaları halinde, TBK. m. 45 (İBK. m. 37) gereğince taraflar arasında yapılan işlem etkili olduğundan, temsilcinin sorumluluğu oluşmaz²¹.

Alman MK. m. 179 f. 2 ise yetkisizliğini bilmeyen temsilcinin, üçüncü kişinin menfi zararlarını karşılamak zorunda olduğunu düzenler²². Temsilci, yetki eksikliğini bilmiyorsa, hükmün birinci fıkrasında öngörülen sorumluluk uygulanmaz²³. Böylece temsilcinin yetki eksikliğine ilişkin bilgisizliği ağır kusura dayansa dahi, menfi tazminatın karşılanması gündeme gelir²⁴. Alman hukukunda temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin, muhatabına yetkinin varlığı hususunda örtülü bir garanti verdiği kabul edilir. Temsilcinin gerçekte yetkisi olmadığında, bu garantinin

17 KELLER Max/SCHÖBI Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, 3. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1988, s. 74; BUCHER Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988, s. 644; İNCEOĞLU, s. 471; BGE 106 II 132; BGE 44 II 507.

18 LOSER, s. 347; VİOLAND, s. 181; VON TUHR Andreas/PETER Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Erster Band, Dritte Auflage, Zürich 1979, s. 403; ERGÜNE Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 204 ve s. 205 dn. 192; EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008, s. 415; BGE 51 II 219; BGE 46 II 412.

19 Türk ve İsviçre hukukunda TBK. m. 47 (İBK. m. 39) hükmüne ilişkin sorumluluğun niteliği c.i.c kapsamında değerlendirilir. Sözleşme görüşmeleri esnasında taraflar arasında bir güven ilişkisi oluşur. Üçüncü kişiye yetkisizliğini açıklamayan temsilci, bu güven ilişkisinden doğan borçlarına aykırı davrandığından sorumlu kabul edilir. LOSER, s. 347-348; ZACH/KÜNZLE, m. 39, n. 31; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008, s. 734; TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 205; BGE 77 II 136; BGE 104 II 94.

20 İnceoğlu, olması gereken hukuk bakımından tehlikenin temsilciye yüklenmemesi gerektiğini savunmaktadır. İNCEOĞLU, s. 463-464. Akyol da istisnai durumlarda yetkisiz temsilcinin üçüncü kişiye karşı sorumlu olmasının adil olmadığını ileri sürmektedir. AKYOL, s. 583.

21 "Yetkinin sona erdiğinin ileri sürülebilmesi" kenar başlığını taşıyan TBK. m. 45, "Temsilci, yetkisinin sona ermiş olduğunu bilmediği sürece, temsil olunan veya halefleri, temsilcinin yapmış olduğu hukuki işlemlerin sonuçlarıyla bağlıdır (1). Bu kural, üçüncü kişilerin yetkinin sona ermiş olduğunu bildikleri durumlarda uygulanmaz (2)" şeklindedir.

22 Hüküm gereğince, yetkisiz temsilci üst sınırı ifa menfaati olan menfi zararlardan sorumludur.

23 Alman MK. m. 179 f. 1 gereğince, yetkisizliğini bilen temsilci, üçüncü kişinin seçimine göre ifadan veya müspet zararın tazmininden sorumludur.

24 LEPTIEN, m. 179, n. 18; SCHILKEN, m. 179, n. 17; BGH WM 1977, 479.

ihlalden ötürü üçüncü kişiye karşı sorumluluğu doğar²⁵. Temsilcinin sorumluluğu kusura dayanmadığından, yetkisiz olduğunu kusuru olmadan bilmeyen temsilci de üçüncü kişiye tazminat ödemekle yükümlüdür. Böylece temsilci sıfatıyla işlem yapan bir kimsenin yetkisiz hareket etmesinin tehlikesini taşıması gerektiğinden hareket edilmektedir²⁶. Aksi görüşte olan yazarlar, yetkisizliğini hiçbir şekilde bilme olanağına sahip olmayan temsilcinin BK. m. 179 f. 2 kapsamında sorumlu tutulmasının hakkaniyete aykırı olduğunu savunmaktadır²⁷.

Yetkisiz temsilcinin kusursuz olduğu hallerde sorumlu olmaması gerektiğine ilişkin fikirlere katılmak mümkün değildir. Zira temsilcinin kusursuz olarak sorumlu tutulmasının nedeni, başkası adına ve hesabına hareket eden temsilcinin yetkinin varlığını incelemesi ve teyit etmesi bakımından üçüncü kişiye nazaran daha elverişli konumda olan taraf olmasıdır. Temsilcinin yetkisizliği, üçüncü kişiyle yakın bir ilişki içerisinde olması gereken temsilcinin kendi egemenlik alanından kaynaklanan bir tehlike teşkil ettiğinden, bu tehlikenin onun tarafından taşınması gerekir. Nitekim ele aldığımız bütün hukuk sistemlerinin öngördüğü düzenlemelerin sistematik yapısından yetkisiz temsilcinin kusursuz olarak sorumlu olacağı sonucu çıkmaktadır. Hükümlerin lafzına rağmen, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun belli olgularda sınırlandırılması dayanaktan yoksundur.

3. Müspet Zararın Tazmini

TBK. m. 47 f. 2 (İBK. m. 39 f. 2) gereğince, “Hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilciden diğer zararların giderilmesi de istenebilir”. Hükümde geçen “diğer zararlar” ifadesi ile müspet zararın kastedildiği kabul edilmektedir²⁸. Böylece temsilcinin kusurlu olması ve olayın özellikleri çerçevesinde hakkaniyetin gerektirmesi halinde, menfi zararı aşan ve üst sınırı müspet zarar olan bir sorumluluk gündeme gelir²⁹.

Temsilcinin menfi zararı aşan bir zarardan sorumlu olmasında iki koşul öngörülmüştür. Hükümde temsilcinin kusuru açıkça aranmaktadır. Temsilci, yetkisizliğini bildiği veya bilmesi

25 Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri’nde ve Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler’de öngörülen sorumluluk da sözleşmesel yetki garantisinin ihlaline dayanır. Temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin açık veya örtülü olarak yetki garantisi verdiği, bu nedenle temsilcinin ayrı bir taraf olarak sorumlu tutulması gerektiği kabul edilir. Temsilcinin kusurundan bağımsız olarak sorumluluğu söz konusudur. ASHÍ m. 3:204 Yorum C; Unidroit 1999 Study L-Misc. 21, Nr. 142, Nr. 148 ve Nr. 154; Unidroit 2000 Study L-Misc. 22, Nr. 856 ve Nr. 863.

26 SCHRAMM, m. 179, n. 4; KÖHLER, s. 172; SCHILKEN, m. 179, n. 17.

27 HÜBNER, n. 1315; FLUME, s. 807-808; CANARIS Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1976, s. 535 dipnot 53. Leptien, bu yönde bir sorumluluk sınırlamasının kanunun lafzı ile uyumlu olmadığını, ancak uç somut olaylarda isabetli olacağını ileri sürmektedir. LEPTIEN, m. 179, n. 18.

28 KELLER/SCHÖBI, s. 74 ve s. 90; BUCHER, s. 644; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 39, No. 16; SCHWENZER Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006, n. 43.08; FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c. I, 2. Bası, İstanbul 1976, s. 436; ESENER Turhan, Yetkisiz Temsil, Ankara 1963, s. 133; BGE 106 II 131 ve 133.

29 LOSER, n. 585; BECKER, m. 39, No. 7; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s. 737; SUNGURBEY, s. 177; BGE 90 II 404. Von Büren ise temsilcinin sorumluluğu konusunda yapılan ayırımın tartışmaya açık olduğunu, indirim nedenlerinin dikkate alınması suretiyle temsilcinin her olasılıkta ifa menfaatlerinden sorumlu olmasının uygun olacağını ileri sürmektedir. VON BÜREN Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964, s. 163.

gerektiği halde, temsil olunan için işlem yaptığında kusurlu kabul edilir. Diğer zararların giderilmesi, temsilcinin kusurlu olmasının yanısıra hakkaniyetin gerçekleşmesi koşuluna bağlıdır. Bu koşulun değerlendirilmesinde, somut olaya ilişkin bütün önemli durumlar gözetilir³⁰. Dikkate alınacak kıstaslar arasında tarafların ekonomik konumları, kusurun derecesi ve zararın büyüklüğü sayılabilir. Böylece ikinci fıkrada öngörülen sorumluluk kapsamında, müspet zararın ancak hakkaniyetin gerektirdiği kadarı tazmin edilecektir³¹. TBK. m. 47 (İBK. m. 39), Alman Medeni Kanunu'ndan farklı olarak aynen ifa talebini öngörmez. Doktrinde yetkisiz temsilcinin TBK. m. 51 f. 1³² (İBK. m. 43 f. 1) uyarınca temsil olunan adına taahhüt edilen edimi aynen yerine getirmesine karar verilebileceği haklı olarak savunulmaktadır³³. Ancak edimin temsil olunanın kişisel özelliklerine hitap etmemesi ve temsilci tarafından yerine getirilebilir olması gerekir. Böylece işlemin yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi arasında kurulmuş sayılmasına benzer bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Alman MK. m. 179 f. 1, yetkisizliğini bilerek hareket eden temsilcinin sorumluluğunu düzenler³⁴. Temsilci, yetkisiz yapılan işlem temsil olunan tarafından onanmadığında, üçüncü kişinin seçimine göre aynen ifadan veya müspet zararın tazmininden sorumlu olur. Yetkisizliğinin bilincinde hareket eden temsilci, üçüncü kişinin güvenini kasten zedelediğinden, ağırlaştırılmış bir sorumluluğa tabidir. Ancak üçüncü kişinin aynen ifayı talep edebilmesi, temsilcinin kişisel olarak edimi yerine getirebilmesine bağlıdır³⁵. Bu durumda yetkisiz temsilci ile üçüncü kişi arasında kanuni bir borç ilişkisi meydana gelir. Yetkisiz temsilci, sözleşmenin bir tarafı haline gelmemekle birlikte, kanun gereği bu tarz bir muameleye tabi tutulmaktadır³⁶. Üçüncü kişi aynen ifa yerine uğradığı zararların tazmin edilmesini talep edebilir. Böylece temsilci, ifa menfaatlerinden sorumludur. Üçüncü kişi, yetkili bir temsilci ile sözleşme yapması halinde, içinde bulunacağı konuma getirilir³⁷.

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde ve Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler'de yetkisiz yapılan işlemin temsil olunan tarafından onanmaması halinde, temsilcinin işlemi yetkili olarak yapması halinde, üçüncü kişinin içinde bulunacağı duruma göre olan bütün zararları gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir³⁸. Böylece her iki hukuk belgesinde temsilcinin

30 BGE 106 II 133.

31 BECKER, m. 39, n. 7; EREN, s. 416. Akyol, temsilcinin kusuru ile hakkaniyet gerekliliği arasında birbirlerini tamamlayan bir rol olduğunu ifade etmektedir. Temsilcinin kusuru hafifse, hakkaniyet gereksinimi geniş ve derin olmalıdır. Buna karşılık kusur çok ağır ise hakkaniyet şartı hafif tutulmalıdır. AKYOL, s. 538-539.

32 TBK. m. 51 f. 1, "Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler" şeklindedir.

33 REİSOĞLU Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 20. Bası, İstanbul 2008, s. 140; TEKİNAY/AKMAN, s. 205; VON TUHR/PETER, s. 403; BUCHER, s. 589. Aksi yönde görüşler için bkz. ZACH/KÜNZLE, m. 39, n. 85; AKYOL, s. 540.

34 Temsilcinin sadece pozitif bilgisi birinci fıkranın uygulanmasına yol açar. Temsilci ağır kusurlu olduğunda, ikinci fıkra kapsamında ifa menfaatlerini aşmamak kaydıyla menfi menfaatten sorumludur.

35 MEDÍCUS, n. 986; LEPTIEN, m. 179, n. 15

36 LARENZ/WOLF, s. 907; BGH NJW 1970, 241.

37 KÖHLER, s. 172.

38 Nitekim ASHİ m. 3:204 f. 2, "Temsil olunanın madde 3:207'ye göre onanmaması halinde; temsilci, yetkili hareket

kusurundan bağımsız olarak müspet zararlardan sorumlu olacağı öngörülmektedir³⁹. Bu ağır sorumluluğunun çıkış noktası, temsil olunan hesabına hareket eden temsilcinin, bu konuda yetkili olduğunu üçüncü kişiye garanti etmesidir. Bir başka ifadeyle, temsilci bu sıfatıyla hareket ederek, yetkisinin varlığı konusunda bir taahhüdü ortaya koyduğu kabul edilmektedir. Temsilci, bu garanti taahhüdünü ihlal ettiğinde, sözleşme ile kişisel olarak bağlanmamakla birlikte, üçüncü kişiye karşı ağır bir tazminat ödemek zorundadır⁴⁰.

4. Değerlendirme

Bütün hukuk sistemleri yetkisiz hareket eden temsilcinin sorumlu olması gerektiğini öngörmektedir. Bu genel ilke üzerinde görüş birliği olmasına karşılık, sorumluluğun detaylarında önemli yaklaşım farkları göze çarpmaktadır. İncelediğimiz uluslararası hukuk belgelerinde yetkisiz temsilci, kusursuz dahi olsa ifa menfaatlerinden sorumludur. Bu konuda yetkisiz temsilcinin garanti taahhüdüne aykırı hareket etmesinden ötürü ağır bir yükümlülüğü taşınması gerektiği kabul edilir. Oysa Türk-İsviçre ve Alman hukuku, yetkisiz temsilde kademeli bir sorumluluk rejimini benimsemektedir. Yetkisiz hareket eden temsilci, değişen koşullara göre farklı bir sorumluluğa tabi tutulmaktadır. Üç ulusal hukuk sisteminde temsilcinin kusursuz dahi olsa üçüncü kişiye karşı sorumlu olacağı öngörülmekle birlikte, Alman Medeni Kanununda temsilcinin yetkisizliğine ilişkin kastı dışındaki kusurlarında üst sınırı ifa menfaati olan bir menfi zararlarla yükümlü olacağı düzenlenmektedir. Temsilcinin yetkisizliğe ilişkin pozitif bilgisi, üçüncü kişinin seçimine bağlı olarak aynen ifayı veya müspet zararın tazminini gündeme getirir. Hukuk sistemimizde ise yetkisiz temsilci kural olarak menfi zarar ile yükümlüdür. Temsilcinin kusurlu olması ve hakkaniyetin gerektirmesi halinde, müspet zarara kadar uzanan bir sorumluluk söz konusudur. Bu konuda hâkime geniş bir takdir yetkisinin tanınması yerindedir. Şüphesiz takdirini kullanacak olan hâkimin dayanacağı kıstaslar, hukuki istikrara katkı sağlayacaktır. Yetkisiz temsilci, kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca menfi zararlardan sorumlu kılınırken, kusurun varlığı ve hakkaniyetin gerektirmesi halinde üst sınırı müspet zarar olan ve belli koşullarda aynen ifaya uzanan ağırlaştırılan bir sorumluluğu üstlenir. Böylece kanun koyucu, somut durumun özellikleri ışığında tarafların menfaatleri arasında dengeli bir sonuca ulaşmayı hedeflemektedir.

etmesi durumunda, üçüncü kişinin içinde bulunacağı duruma göre olan tüm zararları gidermekle yükümlüdür. Bu kural üçüncü kişinin, temsilcinin yetkisizliğini bilmesinde veya bilmesinin mümkün olmasında uygulanmaz" şeklindedir. UTSİ m. 2.2.6 f. 1 ise "Yetkisiz veya yetkisi dışında hareket eden temsilci, temsil olunanın onaması gerçekleşmediğinde, yetkili temsilci olarak ve yetkisi kapsamı içinde işlem yapması söz konusu olsaydı, üçüncü kişinin içinde bulunacağı duruma göre olan tüm zararlarını gidermekle yükümlüdür" düzenlemesini içerir.

39 Unidroit çalışma grubu, temsilcinin iyiniyetli veya kötü niyetli olması arasında fark gözetmeden müspet zararlardan sorumlu olması gereğini 9 oya karşılık 4 oy ile kabul etmiştir. Bu konuda bkz. <http://www.unidroit.org/english/documents/1999/study50/s-50-misc21-e.pdf> (22.12.2017).

40 ASHİ m. 3:204 Yorum C; Unidroit 1999 Study L-Misc. 21, Nr. 142 ve Nr. 148; Unidroit 2000 Study L-Misc. 22, Nr. 856 ve Nr. 863.

IV. SORUMLULUĞUN KALKMASI

1. Genel Bakış

Üçüncü kişi, temsilcinin sözleşmeyi yapmak için yetkili olduğuna güvenmesi gerekir. Temsil yetkisinin varlığı ve kapsamı konusunda iyiniyetli olmayan üçüncü kişinin korunacak bir güveni olmadığından, yetkisiz temsilcinin sorumluluğu kural olarak oluşmaz⁴¹.

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu, üçüncü kişinin kötü niyetini ispat eden yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun kalkacağını açıkça düzenlemiştir. TBK. m. 47 f. 1 c. 2 (İBK. m. 39 f. 1), “Ancak yetkisiz temsilci, işlemin yapıldığı sırada karşı tarafın, kendisinin yetkisiz olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat ederse, kendisinden zararın giderilmesi istenemez” şeklindedir⁴². Böylece üçüncü kişi, işlemin yapıldığı anda muhatabının yetkisiz olduğunu bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, temsilci sorumlu olmaz. Üçüncü kişinin yetki eksikliğini bilmesine rağmen işlem yapması halinde temsilcinin sorumluluğunun ortadan kalkması, MK. m. 2 düşüncesine dayanır⁴³. Üçüncü kişinin bu bilgiye nasıl ulaştığının bir önemi yoktur. Temsilci, yetkili olmadığını üçüncü kişiye bildirdiğinde, işlemin onamanın saklı tutulması kaydıyla yapıldığı sonucuna varılır. Bu durum yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu kaldırır. Üçüncü kişinin yetkisizliği bilmesi gerekliliği, somut olayın koşulları içerisinde değerlendirilecektir. Bu konuda üçüncü kişinin genel bir araştırma yükümlülüğü bulunmaz⁴⁴. Ancak işlem hayatında geçerli görüşlere göre somut olayın özellikleri yetkinin varlığına ilişkin dayanaklı tereddütleri doğurduğunda, üçüncü kişinin süreci aydınlatmak için gerekli incelemeyi yapma yükümlülüğü oluşur. Bu incelemeyi gerçekleştirilmeyen üçüncü kişi, göstermesi gereken özeni ihmal ettiğinden, ortaya çıkan sonuçlara katlanmak zorundadır⁴⁵.

2. Türk ve İsviçre Hukuku'nda Yetkisiz Temsilcinin Konumu

Türk ve İsviçre hukukunda üçüncü kişinin kötü niyetinin kusurlu yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna etkisi konusunda değişik yaklaşımlar benimsenmektedir. Üçüncü kişinin, temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin yetkisiz olduğunu bilmesi veya bilecek durumda olması halinde, temsilciden zararının giderilmesini talep edemeyeceğine ilişkin kural, kusursuz temsilcinin

41 Yetkisiz yapılan işlemin onanacağını üçüncü kişiye garanti eden temsilcinin TBK. m. 128'in (İBK. m. 111) öngördüğü koşullar dairesinde sorumluluğu oluşabilir. Ancak temsilcinin üçüncü kişiye sadece yetkisinin bulunmadığını bildirerek onama kaydıyla işlemi yapması, yetkinin varlığının örtülü garanti edilmesi mahiyetinde değildir. BGE 25 II 852.

42 Alman MK. 179 f. 3 c. 1 gereğince, üçüncü kişi, temsilcinin yetkisizliğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, temsilci sorumlu olmaz. Uluslararası hukuk belgeleri de üçüncü kişinin kötü niyetinin yetkisiz temsilcinin sorumsuzluğuna yol açacağını hüküm altına almaktadır. Nitekim ASHİ m. 3:204 f. 2 c. 2, “Bu kural üçüncü kişinin, temsilcinin yetkisizliğini bilmesinde veya bilmesinin mümkün olmasında uygulanmaz” şeklindedir. UTSİ m. 2.2.6 f. 2 ise “Bununla birlikte üçüncü kişi, temsilcinin yetkisiz olduğunu veya yetkisi dışında hareket ettiğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, temsilci sorumlu olmaz” içeriğini taşımaktadır.

43 ZACH/KÜNZLE, m. 39, n. 17-18; AKYOL Şener, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007, s. 33 ve s. 59.

44 BGH NJW 2000, 1407, 1408, OLG Düsseldorf, NJW-RR 1994, 113.

45 KOLLER, n. 378; ZACH/KÜNZLE, m. 39, n. 20; KÖHLER, s. 173; MEDICUS, n. 992; BGH NJW 1990, 387-388.

sorumluluğunu düzenleyen TBK. m. 47 f. 1 c. 2'de (İBK. m. 39 f. 1) yer almaktadır. Bu kuralın kusurlu temsilcinin sorumluluğunu düzenleyen TBK. m. 47 f. 2'de uygulanması ile ilgili olarak önemli görüş ayrılıkları söz konusudur. Bu konuda bir görüş, tazminat hakkını ortadan kaldıran kuralın sadece kusursuz temsilcinin sorumluluğunda uygulanabilir olduğunu ileri sürmektedir. Üçüncü kişinin birlikte kusuru illiyet bağıni kesecek yoğunlukta olmaması halinde, bu durum sorumluluk hukukunun genel ilkeleri ışığında TBK. m. 52⁴⁶ (İBK. m. 44) gereğince bir indirim nedeni teşkil eder⁴⁷. Yetkisiz temsilcinin sorumsuzluğuna yol açan olgu TBK. m. 47 f. 1 c. 2'de (İBK. m. 39 f. 1) öngörüldüğünden, bu kural sadece kusursuz yetkisiz temsilci bakımından uygulanabilecektir. TBK. m. 47 f. 2'de (İBK. m. 39 f. 2) temsilcinin de kusuru bulunduğundan, üçüncü kişinin ihmale dayanan bilgisizliği tazminat sorumluluğunu tamamen kaldırmaz⁴⁸. Bu konuda Roma-Pandekt hukukundan beri kökleşen, "zarar verenin kastı karşısında zarar görenin ihmali göz önünde tutulmaz" ilkesi gözetilmelidir⁴⁹. Yetkisiz temsilcinin kusurlu olmasına rağmen, üçüncü kişinin kusurunun temsilcinin sorumsuzluğuna yol açması, adalet duygusuna aykırı olacaktır⁵⁰. Diğer görüş ise yetkisiz temsilcinin sorumsuzluğuna yol açan kuralın TBK. m. 47 f. 1 c. 2'de (İBK. m. 39 f. 1) yer almasına karşılık, TBK. m. 47 f. 2'de düzenlenen halde de uygulanacağını, temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin yetkisizliğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişinin işlemin onanmaması tehlikesini üstlenmesi gerektiğini savunmaktadır⁵¹. Her iki olguda temsilcinin yetkisiz hareket etmesi ve temsil olunanın işlemi onanmaması tehlikesini göze alan üçüncü kişi, korunmaya değer değildir. Böylece üçüncü kişi, yetkisiz temsilcinin kusurundan bağımsız olarak yapılan işlemde doğan zararlara katılmak zorundadır. Yetkisiz temsilcinin kusurunun tazminattan bir indirim nedeni teşkil edeceği yönündeki düşünceler isabetli değildir. Özellikle temsilcinin yetkisizliğini kasıtlı bir şekilde üçüncü kişiye aktarmadığı halde, üçüncü kişinin hafif kusurunun temsilcinin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmasının hakkaniyete aykırı olduğu ileri sürülebilir. Bu anlamda üçüncü kişinin konumunu iyileştirmek amacıyla temsilcinin kasıtlı olmasına karşılık, üçüncü kişinin yetki eksikliğini hafif kusuru nedeniyle bilmemesi halinde, temsilcinin sorumluluğunun devam etmesi gerektiği savunulabilir. Ancak TBK. m. 47 f. 1 c. 2

46 TBK. m. 52 hükmü, "Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir (1). Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir (2)" şeklindedir.

47 İsviçre Federal Mahkemesi, üçüncü kişinin dikkatsizliğinin temsilcinin sorumluluğunu ortadan kaldırmasının kanun metnine uygun olduğuna, ancak birlikte kusurun bir indirim nedeni teşkil eden ve sadece illiyet bağıni kesecek yoğunlukta olduğunda sorumsuzluğa yol açan İBK. m. 44 ve İBK. m. 99 f. 3 sistemiyle çeliştiğine hükmetmiştir. BGE 116 II 689, özellikle s. 694.

48 SCHWENZER, n. 43.09; LOSER, s. 274 ve s. 353; WATTER/SCHNELLER, m. 39, n. 4; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 742-743.

49 SUNGURBEY Ayfer Kutlu, Yetkisiz Temsil, Özellikle Culpa in Contrahendo ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988, s. 182; ERGÜNE, s. 211. Oser/Schönenberger, kendisini açıkça yetkili gösteren yetkisiz temsilcinin sorumluluktan kurtulmak için üçüncü kişinin özen eksikliğine dayanması halinde, üçüncü kişinin MK. m. 2'ye aykırılığı (replicatio doli) ileri sürebileceğini ifade etmektedir. OSER/SCHÖNENBERGER, m. 39 n. 15

50 PİOTET Paul, Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Berne 1963, s. 102. Ergüne, tazminat hakkının tamamen yitirilmesi şeklinde sert bir netice öngören bu tarz istisnai hükümlerin yorumunda kanunun lafzına sıkı sıkıya bağılı kalınmaması gerektiğini ileri sürmektedir. ERGÜNE, s. 211.

51 VİOLAND, s. 151-152; ZACH/KÜNZLE, m. 39, n. 20; KOLLER, n. 381; İNCEOĞLU, s. 459-461.

(İBK. m. 39 f. 1) hükmü bu çözüm şekline izin vermez⁵². Üçüncü kişinin pozitif veya normatif bilgisi, kanunun açık ifadesi karşısında temsilcinin kusuru halinde dahi sorumluluğu tamamen etkisiz kalmaktadır. Üçüncü kişinin iyi niyetinin bulunmaması, tazminat sorumluluğunu azaltan bir neden olmasının ötesinde, yetkisiz temsilcinin sorumsuzluğuna yol açar. Temsilcinin bilerek yetkisiz hareket etmesi halinde dahi üçüncü kişinin iyi niyeti aranmalıdır. Bu görüşü temsil eden yazarlar, hafif kusurlu üçüncü kişinin, kasıtlı hareket eden yetkisiz temsilciye karşı korumasız olmadığını vurgulamaktadır. Üçüncü kişi, yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna TBK. m. 49⁵³ (İBK. m. 41) uyarınca yönelebilecektir⁵⁴. Diğer yandan üçüncü kişinin işlemin yapılmasından sonra yetkisizliği bilmesi veya bilmesi gerekliliği, temsilcinin sorumluluğunu TBK. m. 47 (İBK. m. 39) kapsamında tamamen kaldırmaz. İşlemin yapılmasından sonra yetki eksikliğini öğrenen üçüncü kişi, durumun gereği zararın ortaya çıkmasını veya artmasını engelleme olanağına sahip olabilir. Bu amaca yönelik adımların ihmal edilmesi, sorumluluğun indirilmesine dayanak teşkil edebilir⁵⁵. Zararın ortaya çıkmasında veya artmasında üçüncü kişinin birlikte kusuru bulunduğu takdirde, TBK. m. 52 (İBK. m. 44) hükmü uygulama alanı bulacaktır⁵⁶.

3. Alman Hukuku'nda Yetkisiz Temsilcinin Konumu

Alman hukukunda da üçüncü kişinin yetkisizliği bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, temsilcinin sorumluluğunun kalkacağı öngörülmektedir (MK. m. 179 f. 3). Bu durumda üçüncü kişinin korunmaya değer olmadığı kabul edilir⁵⁷. Yetkinin varlığı konusunda tereddütleri olmasına rağmen gerekli araştırmaları yapmayan üçüncü kişi, yetkisiz işlemin onanmaması tehlikesini üstlenmesi gerekir. Üçüncü kişi, yetki eksikliğini bildiğinde veya ihmali nedeniyle bilmediğinde, temsilcinin sorumluluğu tamamen ortadan kalkar. Bu sonuç, temsilcinin yetki eksikliğini bildiği olgularda da geçerlidir⁵⁸. Böylece yetkisiz temsilcinin kusuru ile üçüncü kişinin kusurunun karşılaştığı hallerde dahi birlikte kusura ilişkin MK. m. 254 hükmü dikkate alınmaz⁵⁹. Kusurlu üçüncü kişi, kusurlu yetkisiz temsilciden indirimli de olsa tazminat talebinde bulunamaz⁶⁰. Tamamı veya hiç ilkesi geçerlidir. Üçüncü kişinin yetkisizliği bilmesinde veya bilmesinin gerekmesinde, işlemin yapıldığı an dikkate alınır. Bu nedenle yetkisizlik sonradan öğrenildiğinde, birlikte kusura ilişkin MK. m. 254 hükmü uygulama alanı bulabilecektir⁶¹.

52 KOLLER, n. 381, VIOLAND, s. 152-153.

53 TBK. m. 49 hükmü, "Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür (1). Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür (2)" şeklindedir.

54 KOLLER, n. 381 ve n. 387; ZACH/KÜNZLE, m. 39, n. 20; İNCEOĞLU, s. 461.

55 Örneğin üçüncü kişinin TBK. m. 46 f. 2 gereğince onama konusunda temsil olunana süre tayininde gecikmesi, tazminatın tenkisine yol açabilir.

56 VIOLAND, s. 186; ZACH/KÜNZLE, m. 39, n. 62; KOLLER, n. 408; İNCEOĞLU, s. 481.

57 BGH NJW 2009, 215.

58 KÖHLER, s. 173

59 LARENZ/WOLF, s. 909; LEPTIEN, m. 179, n. 19; SCHRAMM, m. 179, n. 40.

60 Ancak üçüncü kişi, MK. m. 179'da öngörülen sorumluluk rejimi dışında, koşulların varlığında haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğan talepleri temsilciye yöneltebilecektir. LEPTIEN, m. 179, n. 22.

61 LEPTIEN, m. 179, n. 19 dn. 95; SCHILKEN, m. 179, n. 19.

4. Uluslararası Hukuk Belgelerinde Yetkisiz Temsilcinin Konumu

Uluslararası hukuk belgeleri üçüncü kişinin kötü niyetinin yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu kaldıracağına inanılmaktadır⁶². Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, üçüncü kişinin iyiniyetli olmasını gerektirir. Üçüncü kişinin kötü niyetli olması halinde, temsilcinin yetki garantisinden bahsedilemeyeceğinden, onun garantiye dayalı sorumluluğu da gündeme gelmez⁶³. Bu durumda üçüncü kişinin, sözde temsilcinin yetkisizliğinin veya iddia edilen temsil olunanın işlemi onamaması tehlikesini üstlendiği kabul edilir. Ancak Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde üçüncü kişinin göstermesi gereken özen ölçüsü, Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler'de öngörülen özen ölçüsünden daha düşüktür. Buna göre Avrupa düzleminde oluşturulan belgede üçüncü kişinin kastı dışında ağır kusuru yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz⁶⁴. Oysa Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler'de üçüncü kişinin hafif kusuru dahi temsilcinin sorumluluğunu etkisiz kılar⁶⁵. Böylece ticari işlemlerde üçüncü kişinin özen yükümlülüğü ağırlaştırılmıştır. Her iki belgede de üçüncü kişinin yetki eksikliğine ilişkin kusuru, temsilcinin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmaz⁶⁶. Bu anlamda birlikte kusura dayalı indirim nedenleri dikkate alınmaz.

5. Değerlendirme

Kanaatimizce üçüncü kişinin kötü niyeti, kusurundan bağımsız olarak yetkisiz temsilcinin sorumsuzluğuna yol açar. Kanun koyucu bir taraftan yetkisiz temsilciyi kusursuz bir şekilde sorumlu tutmakta, kusurun varlığında ve hakkaniyetin gerektirmesinde ise ağırlaştırılmış bir sorumluluğa yer vermekte; diğer taraftan üçüncü kişinin iyiniyetli olmaması halinde sorumluluğu kaldırarak, tarafların menfaatleri arasında belli bir denge sağlamaktadır. Bu anlamda temsilcinin kusuru karşısında üçüncü kişinin kötü niyetinin temsilcinin sorumluluğunu etkisiz kılmayacağı yönündeki anlayışın çıkışını teşkil eden, zarar görenin kusurunun illiyet bağıını kesecek yoğunlukta olmaması halinde, bunu bir indirim nedeni olarak kabul eden sorumluluk hukuku sistemine aykırı olacağı gerekçesi yerinde değildir. Zira TBK. m. 47'nin öngördüğü rejim, sadece bu açıdan değil, birçok konuda sorumluluk ilkelerinden ayrılmaktadır. Hükümde öngörülen sorumluluğun ağırlaştırılmış şekli, diğer güven sorumluluğu hallerinde genel olarak rastlanmaz. Nitekim TBK. m. 47'de sorumluluğun temeli culpa in contrahendo'ya dayandırılır. Sözleşme görüşmelerinden kaynaklanan bu sorumluluk esasen bir kusur sorumluluğudur. Oysa yetkisiz temsilci, hükmün birinci fıkrası kapsamında kusursuz dahi olsa menfi zararlardan sorumludur. Bir kimsenin kesin geçersiz hale gelen bir hukuki işleminden ötürü müspet zarar ve

62 ASHİ m. 3:204 f. 2 c. 2, "Bu kural üçüncü kişinin, temsilcinin yetkisizliğini bilmesinde veya bilmesinin mümkün olmasında uygulanmaz" düzenlemesini içermektedir. UTSİ m. 2.2.6 f. 2 ise "Bununla birlikte üçüncü kişi, temsilcinin yetkisiz olduğunu veya yetkisi dışında hareket ettiğini bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, temsilci sorumlu olmaz" şeklindedir.

63 ASHİ m. 3:204 Yorum D.

64 ASHİ m. 3:204 f. 2 c. 2, "(...) bilmesinde veya bilmesinin mümkün olmasında (...)" şeklindedir.

65 UTSİ m. 2.2.6 f. 2, "(...) bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde (...)" düzenlemesini içermektedir.

66 LOSER, s. 354.

hatta aynen ifa ile sorumlu olması da olağan kabul edilemez. Böylece üçüncü kişinin kötü niyeti, kanunun açık düzenlemesi karşısında kusurlu temsilcinin sorumluluğunu tamamen kaldırır. Tazminat hakkının tamamen yitirilmesi şeklinde sert bir netice öngören hükümlerin yorumunda kanunun lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınmaması gerektiğine ilişkin görüşler kabul edilemez. Bu yaklaşım keyfi bir hukuk uygulamasına yol açar. Kaldı ki muhatabının yetkisi konusunda gerekli özeni göstermediğinden kusurlu kabul edilen üçüncü kişi, kasıtlı bir şekilde yetkisiz hareket eden temsilciye karşı korumasız değildir. Kusurlu üçüncü kişi, TBK. m. 49 gereğince yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna yönelebilir. Zira TBK. m. 49'da öngörülen düzenleme, TBK. m. 47'den farklı olarak üçüncü kişinin iyi niyetini koşul olarak aramaz. Bu durumda tarafların kusuru, TBK. m. 52 gereğince tazminattan indirim nedeni teşkil eder. Diğer yandan üçüncü kişinin yetki eksikliğini bilmesi gerekliliği, kusurundan bağımsız olarak temsilcinin sorumluluğunu kaldırmakla birlikte, üçüncü kişinin göstermesi gereken özenin ölçüsü yüksek tutulmadığında karşı görüşteki yazarların dayandığı hakkaniyetin gerçekleşmesi sağlanabilir. Ancak bu öneri TTK. m. 18 f. 2 ışığında tacirler açısından geçerli olamaz. Son olarak TBK. m. 47 f. 1 c. 2'de yer alan düzenlemenin her iki fıkrayı kapsayacak tarzda üçüncü fıkraya yerleştirilmesinin, bu konudaki tartışmaları ortadan kaldıracağını vurgulamamız gerekir. Bu kuralın, sebepsiz zenginleşmeden doğan hakların saklı tutulduğu ve tamamen gereksiz olan üçüncü fıkranın yerine yerleştirilmesi tavsiyeye şayandır. Böylece muhatabının yetkisizliğini bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişinin, kusurundan bağımsız olarak temsilcinin sorumluluğuna yönelemeyeceği her türlü tereddütten uzak bir şekilde hüküm altına alınmış olacaktır.

V. SONUÇ

Temsilci sıfatıyla hareket eden bir kimsenin yetkisiz bir şekilde temsil olunanın hesabına yaptığı işlem, temsil olunanın hukuki konumunu kural olarak etkilemez. Bu durumda yetkisiz temsilcinin üçüncü kişiye karşı sorumluluğu gündeme gelir. İncelediğimiz hukuk sistemlerinde yetkisiz temsilcinin hukuki sorumluluğunun oluşumunda ortak koşulların benimsendiğini tespit ettik. Yetkisiz temsilcinin sorumlu olması, onun doğrudan temsil kapsamında hareket etmesini gerektirir. Temsilci, başkasının adına ve hesabına yetkisiz bir şekilde işlem yapmalıdır. Üçüncü kişi, doğrudan temsil hükümleri kapsamında yaptığı işlemde nihai muhatap olarak gördüğü temsil olunan ile etkili bir işlem yapamamalıdır. Böylece dolaylı temsil kurumunun hukuki niteliği gereği kendi adına ve temsil olunan hesabına hareket eden dolaylı temsilcinin sorumluluğunun oluşmayacağı sonucuna vardık. Zira kendi adına hareket eden dolaylı temsilci, sözleşmenin tarafı olarak edimini bizzat üçüncü kişiye karşı yerine getirmek zorundadır. Sorumluluğun meydana gelmesinde aranan diğer bir koşul, temsil işleminin doğrudan temsilcinin yetkisizliğinden ötürü etkili olmamasıdır. Temsilcinin yaptığı işlem, hesabına hareket edilen temsil olunan tarafından onandığında, geçerli hale gelebilmelidir. Temsilcinin yetkisiz hareket etmesi ile üçüncü kişinin zararı arasında illiyet bağının olması gerekir. Sözleşmenin geçerli olmasını engelleyen başka unsurların varlığı, sorumluluğun kalkmasına neden olur. Temsilcinin sözleşmeyi yetkisiz bir şekilde yapması, üçüncü kişinin konumunu haksız bir şekilde iyileştirmemelidir.

Yetkisiz temsilcinin doğrudan temsil ilkeleri doğrultusunda yaptığı işlem, askıda hükümsüzlük yaptırımına tabidir. Üçüncü kişi, yetkisiz işlem ile bağlı olmasına karşılık, hesabına hareket edilen temsil olunan bağlı değildir. Yetkisiz işlemin temsil olunan tarafından onanmaması, işlemi kesin olarak geçersiz kılar. Bu durumda üçüncü kişi, hukuki işlem ile bağlı olmaktan kurtulurken, temsilcinin sorumluluğu gündeme gelir. Ele aldığımız ulusal ve uluslararası hukuk düzenleri, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun kusurundan bağımsız olarak oluşacağını öngörmektedir. Temsilci, yetkisini araştırmak ve doğrulamak konusunda üçüncü kişiye nazaran daha elverişli bir konumda olduğundan, sorumluluğa ilişkin sert yaklaşımı desteklemekteyiz.

Uluslararası hukuk belgeleri, kusursuz yetkisiz temsilciyi ifa menfaatlerinden sorumlu tutmaktadır. Yetkisiz temsilci, işlemin yetkili bir şekilde yapılmış olması halinde, üçüncü kişinin içinde bulunacağı duruma göre olan tüm zararlardan sorumlu olacaktır. Türk-İsviçre ve Alman hukuku ise esnek bir sorumluluk rejimi düzenlemiştir. Buna göre Alman Medeni Kanunu, kasıtlı bir şekilde yetkisiz hareket eden temsilcinin, üçüncü kişinin seçimine göre aynen ifadan veya müspet zararlardan sorumlu olmasını öngörmektedir. Kasıt dışındaki kusur olgularında, üst sınırı ifa menfaati olan menfi zararların karşılanması gündeme gelmektedir. Hukuk sistemimizde ise temsilci, yetkisizliğe ilişkin bilgisizliğinde kusursuz olduğunda menfi zararlardan sorumlu olurken, kusurun varlığında ve hakkaniyet gerektirdiğinde üst sınırı müspet zarar olan ve belli koşullarda aynen ifaya uzanan bir sorumluluğu üstlenmektedir. Kanun koyucu bu tarz bir düzenleme ile üçüncü kişinin ve temsilcinin menfaati arasında belli bir dengeyi gözetmektedir. Hukuk sistemimizin benimsediği yaklaşım, tarafların haklı menfaatlerinin korunması bakımından yerindedir. Hâkime tanınan geniş takdir olanağı, somut olayın ve değişen koşulların dikkate alınmasını desteklemektedir. Bu anlamda tarafların içinde bulunduğu koşulları gözetmeksizin, yetkisiz temsilciyi her durumda müspet zararlardan sorumlu tutan uluslararası belgelerin yaklaşımı, hakkaniyete uygun değildir. Ancak bu düzenlemelerin mutlak bir hukuki kesinliği sağladığı göz ardı edilemez.

İncelediğimiz hukuk sistemleri, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunda üçüncü kişinin iyiniyetli olması gerektiğini öngörmektedir. Üçüncü kişi, işlemin yapıldığı anda yetkisizliği bildiğinde veya bilmesi gerektiğinde, temsilcinin sorumluluğu kalkar. Üçüncü kişinin temsil yetkisinin varlığını araştırmak konusunda genel bir yükümlülüğünün olmamasına karşılık, somut olayda yetkinin varlığı veya sınırları konusunda şüphe uyandıran olguların bulunması halinde, gerekli incelemeyi yapmayan üçüncü kişinin kusurlu kabul edileceği sonucuna vardık.

Yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna yönelen üçüncü kişinin iyiniyetli olması gerektiği ilkesi ortak bir paydada tanınmasına rağmen, üçüncü kişinin kötü niyetinin kusurlu yetkisiz temsilcinin sorumluluğuna etkisinin tartışmalı olduğunu belirledik. Alman Medeni Kanunu m. 179 f. 3, üçüncü kişinin kötü niyetinin, kasıtlı olarak dahi hareket eden temsilcinin sorumsuzluğuna yol açtığını öngörmektedir. Bu konuda birlikte kusura ilişkin indirim nedenleri uygulanmaz. Ancak koşulların varlığı halinde, haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğan taleplerin ileri sürülmesi desteklenmektedir. Alman hukukunda öngörülen düzenleme, hukuki kesinliği sağlamaktadır. Uluslararası hukuk belgelerinde de benzer bir süreç benimsenmiştir. Üçüncü

kişinin kusuru, yetkisiz hareket eden temsilcinin sorumluluğunu tamamen kaldırmakla birlikte, üçüncü kişinin göstermesi gereken özen ölçüsü iki belgede farklı tayin edilmiştir. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde üçüncü kişinin hafif kusuru, yetkisiz temsilcinin sorumsuzluğuna yol açmaz. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler ise üçüncü kişinin göstermesi gereken özen yükümlülüğünü ağırlaştırmıştır. Ticari işlemlerde tacirin göstermesi gereken özenin derecesi açısından ulaşılan sonuç yerindedir.

Hukuk sistemimizde üçüncü kişinin yetkisizliğe ilişkin pozitif veya normatif bilgisinin, kusurlu temsilcinin sorumluluğunu tamamen kaldırdığı neticesine vardık. Kanun koyucu, TBK. m. 47'de kusursuz yetkisiz temsilciyi menfi zararlardan sorumlu tutmakta, kusurun varlığında ve hakkaniyetin gerektirmesinde ise üst sınırı müspet zarar olan ve aynen ifaya uzanan ağır bir sorumluluğu öngörmektedir. Ancak kanun koyucu diğer yandan yetkisizliği bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişinin tazminat olanağını kaldırarak, temsilcinin genel ilkelerden daha sert düzenlenen sorumluluğunu dengelemektedir. Hükmün lafzı, hakkaniyete dayalı yaklaşımları dayanaksız kılmaktadır. Bu çözüm şekli, incelediğimiz diğer hukuk düzenlerinde öngörülen düzenlemeler ışığında ulaştığımız sonuçlar ile örtüşmektedir. Hafif kusurlu üçüncü kişinin kasıtlı yetkisiz hareket eden temsilciye karşı korumasız olmadığını belirledik. Üçüncü kişi, haksız fiillerden doğan borç ilişkileri kapsamında yetkisiz temsilciye yönelebilecektir. Üçüncü kişi, iyiniyetin koşul olarak aranmadığı TBK. m. 49 uyarınca yetkisiz temsilciyi dava ettiğinde, tarafların kusuru TBK. m. 52 gereğince indirim nedeni olarak dikkate alınır.

Yetkisiz temsilcinin sorumsuzluğunun koşulunu düzenleyen TBK. m. 47 f. 1 c. 2'de yer alan hükmün, her iki fıkrayı içerecek tarzda sebepsiz zenginleşmeden doğan hakların saklı tutulduğu üçüncü fıkranın yerine yerleştirilmesi, kuralın uygulama alanı ve etkisi konusundaki tereddütleri sonlandıracaktır.

KAYNAKÇA

- AKYOL** Şenol, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009.
- AKYOL** Şener, Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, İstanbul 2007.
- BECKER** Hermann, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183), 2. Auflage, Bern 1941.
- BUCHER** Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988.
- CANARİS** Claus-Wilhelm, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971.
- EREN** Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008.
- ERGÜNE** Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.
- ESENER** Turhan, Yetkisiz Temsil, Ankara 1963.
- FEYZİOĞLU** Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c. I, 2. Bası, İstanbul 1976.
- FLUME** Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 1979.
- HÜBNER** Ulrich, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht, München 1977.
- İNCEOĞLU** Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2010.
- KELLER** Max/**SCHÖBİ** Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrecht, 3. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1988.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Necip/**HATEMİ** Hüseyin/**SEROZAN** Rona/**ARPACI** Abdülkadir, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008.
- KOLLER** Alfred, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, Freiburg 1985.
- KÖHLER** Helmut: Allgemeiner Teil des BGB, München 2009.
- LANDO** Ole/**BEALE** Hugh, Principles of European Contract Law, Part I and II, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston 2000.
- LARENZ** Karl/**WOLF** Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München 2004.
- LEPTİEN** Ulrich, Soergel Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2, Allgemeiner Teil 2, § 104-240, 13. Auflage, Stuttgart 1999.
- LOSER** Peter, Die Vertauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht, Bern 2006.
- MEDİCUS** Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Auflage, Heidelberg 2006.
- OSER** Hugo/**SCHÖNENBERGER** Wilhelm, Kommentar zum Obligationenrecht, 3. Teil, Zürich 1945, Art. 458-465.
- PIOTET** Paul, Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse, Berne 1963.
- REİSOĞLU** Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 20. Bası, İstanbul 2008.
- SCHİLKEN** Eberhard, J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, § 164-240, Berlin 2004.
- SCHRAMM** Karl-Heinz, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil, § 1-240, 5. Auflage, München 2006.
- SCHWENZER** Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006.
- SUNGURBEY** Ayfer Kutlu, Yetkisiz Temsil, Özellikle Culpa in Contrahendo ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988.
- TEKİNAY** Selahattin Sulhi/**AKMAN** Sermet/**BURCUOĞLU** Haluk/**ALTOP** Atilla, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

VIOLAND Georges, Die Stellvertretung ohne Ermächtigung, OR Art. 38 und 39, Bern und Stuttgart 1988.

VON BÜREN Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 1964.

VON TUHR Andreas/**PETER** Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Erster Band, Dritte Auflage, Zürich 1979.

WATTER Rolf/**SCHNELLER** Yves, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529, Hrsg. Honsell/Vogt/Wiegand, 4. Auflage, Basel 2007.

YAVUZ Cevdet, Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983.

ZÄCH Roger/**KÜNZLE** Hans Rainer: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband: Stellvertretung, Kommentar zu Art. 32-40 OR, Bern 1990.

www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf

www.unidroit.org/english/documents/1999/study50/s-50-misc21-e.pdf