



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 75 Sayı: 2017/1 ISSN 1300-9885



ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00 **F:** 0.312 309 22 37
www.ankarabarusu.org.tr ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ABEM-ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 416 72 00

GÖLBAŞI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSLERİ

Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd. No:46 Gölbaşı/ANKARA
T: 0.312 485 03 93-484 46 06

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

Ihlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA **T:** 0.312 444 43 06 (5 Hat)
www.gelincikprojesi.org.tr

Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
Journal of Ankara Bar Association is being permanently indexed in



hukuk veritabanlarında taranmaktadır.
law databases.

İletişim Adresi | Communication Address

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA

T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 416 72 80

www.ankarabarusu.org.tr

abym@ankarabarusu.org.tr

Grafik – Tasarım | Graphic – Design

Ankara Barosu

Basım Tarihi | Printing Date

2017

Baskı ve Cilt | Printing and Binding

YORUM MATBAACILIK

T: 0312 395 21 12 – 394 11 06 • F: 0312 394 11 09

info@yorummatbaa.com • www.yorummatbaa.com

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

No part of this publication may be reproduced or published in any form or by any means without reference to the review.



ANKARA BAROSU DERGİSİ | **JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION**
Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim) is a refereed review, issued quarterly
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın (January, April, July, October)

Ankara Barosu Başkanlığı, 2017 | Presidency of Ankara Bar Association, 2017
Tüm Hakları Saklıdır. All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885 | ISSN 1300-9885
Dergide ileri sürülen görüşler | Articles published in this review reflect the
yazarlarına aittir. | views of the authors.

Sahibi Ankara Barosu adına | Owner on behalf of Ankara Bar Association

Av. Hakan CANDURAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü | Managing Editor

Av. Ramiz Erinç SAĞKAN

Editör | Editor

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Eş Editörler | Peer Editors

Yrd. Doç. Dr. Kasım AKBAŞ

Yrd. Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

Yrd. Doç. Dr. Başak ŞİT

Yrd. Doç. Dr. Özge OKAY TEKİNSOY

Ankara Barosu Yayınları Merkezi | Ankara Bar Association Publication Center

Koordinatör YK Üyesi | Coordinator Board Member

Av. Ramiz Erinç SAĞKAN

Merkez Başkanı | Head of the Center

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Başkan Yardımcıları | Vice Presidents

Av. Doç. Dr. Mustafa Ayhan TEKİNSOY

Av. Zeynep BAHADIR

Genel Sekreter | General Secretary

Av. Seher KIRBAŞ CANIKOĞLU

Sayman | Accountant

Av. Zeynep TEPEGÖZ

Üyeler | Members

Av. Prof. Dr. Yahya ZABUNOĞLU

Av. Emre Baturay ALTINOK

Av. Prof. Dr. Metin GÜNDAY

Av. Behice Bengi GÜMGÜM

Av. Prof. Dr. Ali ERTEN

Av. Bahar KARAKAYA

Av. Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Av. Bilal KOLBÜKEN

Av. Prof. Dr. Haluk EMİROĞLU

Av. Mehtap DEMİRHAN

Av. Doç. Dr. Tuğrul KATOĞLU

Av. Murat TEZCAN

Av. Doç. Dr. Banu ŞİT KÖŞKEROĞLU

Av. Emrah ALTUNOĞLU

Av. Nurten ÇAĞLAR YAKIŞ

Av. Seda KÖSE

Av. Mustafa Kürşad COŞKUN

Av. Havva Denge AKAL ARDIÇOĞLU

Av. Gençer HAZIR

Av. Hüseyin Umut BÜLBÜL

Av. Hakan AKARKEN

Av. Aysel NARŞAP ANAR

Av. Selma ŞAHİN ÇAKIR

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

(Soyadı sırasına göre)

A		
ABDULHAKİMOĞULLARI,	Erdal	Doç. Dr.
ABDULLAHZADE,	Cavid	Doç. Dr.
ABİK,	Yıldız	Doç. Dr.
AĞAR,	Serkan	Dr.
AKBAŞ,	Kasım	Yrd. Doç. Dr.
AKBULUT,	Olgun	Yrd. Doç. Dr.
AKINCI,	Müslüm	Doç. Dr.
AKINCI,	Ziya	Prof. Dr.
AKKAYA,	Mustafa	Prof. Dr.
AKKAYA,	Tolga	Yrd. Doç. Dr.
AKSAR,	Yusuf	Prof. Dr.
ALTAŞ,	Hüseyin	Prof. Dr.
ARAT,	Tuğrul	Prof. Dr.
ARDIÇOĞLU,	M. Artuk	Yrd. Doç. Dr.
ARSLAN,	Aziz Serkan	Yrd. Doç. Dr.
ARSLAN,	Çetin	Prof. Dr.
ARSLAN,	Ramazan	Prof. Dr.
ARTUK,	Mehmet Emin	Prof. Dr.
ASLAN,	Zehrettin	Prof. Dr.
ASLAN,	Zühtü	Prof. Dr.
AŞIK,	İbrahim	Yrd. Doç. Dr.
ATALI,	Murat	Doç. Dr.
ATAY,	Ender Ethem	Prof. Dr.
ATILGAN,	Eylem Ümit	Yrd. Doç. Dr.
AVCI,	Mustafa	Doç. Dr.
AYDIN,	Ramazan	Yrd. Doç. Dr.
AYDIN,	Ufuk	Prof. Dr.
AYDOS,	Oğuz Sadık	Doç. Dr.
B		

BAŞPINAR,	Veysel	Prof. Dr.
BAŞTERZİ,	Süleyman	Doç. Dr.
BAYAR,	İbrahim Nihat	Yrd. Doç. Dr.
BAYKAL,	Ferit Hakan	Prof. Dr.
BAYKAL,	Sanem	Doç. Dr.
BELEN,	Herdem	Doç. Dr.
BIÇAK,	Vahit	Prof. Dr.
BÜYÜKTANIR,	Burcu	Dr.
C-Ç		
CAN,	Mertol	Prof. Dr.
CAŞIN,	Mesut Hakkı	Prof. Dr.
CENTEL,	Nur	Prof. Dr.
CENTEL,	Tankut	Prof. Dr.
CİN,	Halil	Prof. Dr.
ÇAĞAN,	Nami	Prof. Dr.
ÇAĞLAR,	Hayrettin	Doç. Dr.
ÇALIŞKAN,	Yusuf	Doç. Dr.
ÇEÇEN,	Anıl	Prof. Dr.
ÇETİNER,	Selma	Prof. Dr.
ÇOLAK,	N. İlker	Doç. Dr.
D		
DEĞİRMENCİ,	Olgun	Doç. Dr.
DEMİR,	İsmail	Yrd. Doç. Dr.
DEMİR,	Mehmet	Prof. Dr.
DEMİRAY,	Nezahat	Yrd. Doç. Dr.
DEMİRAYAK,	Ezgi Başak	Yrd. Doç. Dr.
DEMİRBAŞ,	Timur	Prof. Dr.
DEMİRCİOĞLU,	H. Reyhan	Yrd. Doç. Dr.
DOĞAN,	Murat	Prof. Dr.
DÖNER,	İsa	Yrd. Doç. Dr.

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

DÜLGER,	İbrahim	<i>Prof. Dr.</i>
DÜLGER,	Murat Volkan	<i>Doç. Dr.</i>

E

ERDAĞ,	Ali İhsan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERDEM,	Mete	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERDEM,	Mustafa Ruhan	<i>Prof. Dr.</i>
EREN,	Fikret	<i>Prof. Dr.</i>
ERGİL,	Doğu	<i>Prof. Dr.</i>
ERİŞ,	A. Uğur	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERKAL,	Atila	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
EROĞLU,	Muzaffer	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ERTEN,	Rifat	<i>Doç. Dr.</i>
ERZURUMLUOĞLU,	Erzan	<i>Prof. Dr.</i>
ESKİYÖRÜK,	Serhat	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>

F

FENDOĞLU,	Hasan Tahsin	<i>Prof. Dr.</i>
FEYZİOĞLU,	Metin	<i>Prof. Dr.</i>

G

GEMALMAZ,	Burak	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÖKER,	Cenker	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÖKTÜRK,	Neslihan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÖLE,	Celal	<i>Prof. Dr.</i>
GÖNENÇ,	Levent	<i>Doç. Dr.</i>
GÜLŞEN,	Recep	<i>Doç. Dr.</i>
GÜNAL,	Nadi	<i>Prof. Dr.</i>
GÜNDAY,	Metin	<i>Prof. Dr.</i>
GÜNEYSU,	Gökhan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÜNEYSU BORAN,	Nilüfer	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
GÜNEŞ,	Ahmet	<i>Doç. Dr.</i>
GÜNGÖR,	Devrim	<i>Doç. Dr.</i>

GÜNGÖR,	Gülin	<i>Prof. Dr.</i>
GÜVEN,	Kudret	<i>Prof. Dr.</i>

H-İ

HACIMAHMUTOĞLU,	Sibel	<i>Doç. Dr.</i>
HAFIZOĞULLARI,	Zeki	<i>Prof. Dr.</i>
HAKERİ,	Hakan	<i>Prof. Dr.</i>
HASPOLAT,	Mehmet Emin	<i>Doç. Dr.</i>
İNAN,	Ali Naim	<i>Prof. Dr.</i>
İŞGÜZAR,	Hasan	<i>Prof. Dr.</i>

K

KABOĞLU,	İbrahim Özden	<i>Prof. Dr.</i>
KANADOĞLU,	Korkud	<i>Prof. Dr.</i>
KAPLAN,	İbrahim	<i>Prof. Dr.</i>
KARAKAŞ,	Fatma	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KARAKEHYA,	Hakan	<i>Doç. Dr.</i>
KARAN,	Hakan	<i>Prof. Dr.</i>
KATOĞLU,	Tuğrul	<i>Doç. Dr.</i>
KAYA,	Emir	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KENT,	Bülent	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KESER,	Hayri	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KESKİN,	Fatih	<i>Doç. Dr.</i>
KILIÇOĞLU,	Ahmet	<i>Prof. Dr.</i>
KOCA,	Mahmut	<i>Prof. Dr.</i>
KOCAMAN,	Arif B.	<i>Prof. Dr.</i>
KOCAOĞLU,	A. Mehmet	<i>Prof. Dr.</i>
KOCAOĞLU,	N. Kağan	<i>Dr. iur.</i>
KOCAOĞLU,	S. Sinan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KORKMAZ,	Fahrettin	<i>Prof. Dr.</i>
KORKUT,	Levent	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
KUÇURADI,	İonna	<i>Prof. Dr.</i>

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

KÜÇÜKGÜNGÖR,	Erkan	<i>Prof. Dr.</i>
M		
MOLLAMAHMUTOĞLU,	Hamdi	<i>Prof. Dr.</i>
MUMCUOĞLU,	Maksut	<i>Prof. Dr.</i>
O-Ö		
ODYAKMAZ,	Zehra	<i>Prof. Dr.</i>
OKUR,	Ali Rıza	<i>Prof. Dr.</i>
ONAR,	Erdal	<i>Prof. Dr.</i>
OZANEMRE YAYLA,	Hatice Tolunay	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
OZANSOY,	Cüneyt	<i>Doç. Dr.</i>
ÖKÇESİZ,	Hayrettin	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZBEK,	Mustafa S.	<i>Doç. Dr.</i>
ÖZBEK,	Veli Özer	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZBUDUN,	Ergun	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZCAN,	Fatma	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ÖZDAMAR,	Mehmet	<i>Doç. Dr.</i>
ÖZEKES,	Muhammet	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZEL,	Çağlar	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZEN,	Muharrem	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZGENÇ,	İzzet	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZKAN,	İşıl	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZKAZANÇ,	Alev	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZTÜRK,	Bahri	<i>Prof. Dr.</i>
ÖZTÜRK,	Kaya Burak	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
P		
PAZARCI,	Hüseyin	<i>Prof. Dr.</i>
R		
RUHİ,	Ahmet Cemal	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>

S-Ş		
SARAN,	Biröl	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SAYGIN,	Engin	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SAYHAN,	İsmet	<i>Doç. Dr.</i>
SEVGİLİ,	Didem	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SEZGİNER,	Murat	<i>Prof. Dr.</i>
SIRMA,	Özge	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
SOYASLAN,	Doğan	<i>Prof. Dr.</i>
SÜRAL,	Nurhan	<i>Prof. Dr.</i>
ŞAHİN,	Cumhur	<i>Prof. Dr.</i>
ŞEN,	Ersan	<i>Prof. Dr.</i>
ŞEN,	Murat	<i>Prof. Dr.</i>
ŞEN DOĞRAMACI,	Hayriye	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ŞENOCAK,	Kemal	<i>Doç. Dr.</i>
T		
TAN,	Ayhan	<i>Prof. Dr.</i>
TANRIVER,	Süha	<i>Prof. Dr.</i>
TAŞKIN,	Ozan Ercan	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
TEKİNSOY,	M. Ayhan	<i>Doç. Dr.</i>
TERCAN,	Erdal	<i>Prof. Dr.</i>
TEZCAN,	Durmuş	<i>Prof. Dr.</i>
TİRYAKİ,	Betül	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
TİRYAKIOĞLU,	Bilgin	<i>Prof. Dr.</i>
TOROSLU,	Nevzat	<i>Prof. Dr.</i>
TUNÇ,	Hasan	<i>Prof. Dr.</i>
TURANBOY,	Asuman	<i>Prof. Dr.</i>
TÜZÜNER,	Özlem	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
U-Ü		

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

ULUŞAHİN,	Nur	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
UYGUR,	Gülriz	<i>Prof. Dr.</i>
ÜÇŐŐİK,	Fehim	<i>Prof. Dr.</i>
ÜNVER,	Yener	<i>Prof. Dr.</i>
ÜYE,	Saim	<i>Yrd. Doç. Dr.</i>
ÜZÜLMEZ,	İlhan	<i>Prof. Dr.</i>
Y		
YAVUZ,	Bülent	<i>Doç. Dr.</i>
YENGİN,	Halisan	<i>Dr. iur.</i>
YILDIRIM,	Turan	<i>Prof. Dr.</i>
YILDIZ,	Gaye Burcu	<i>Doç. Dr.</i>
YILMAZ,	Ejder	<i>Prof. Dr.</i>
YILMAZ,	Süleyman	<i>Doç. Dr.</i>
YİĞİTER,	Cenk	<i>Dr.</i>
YONGALIK,	Aynur	<i>Prof. Dr.</i>
YUSUFOĞLU,	Fülürya	<i>Dr. iur.</i>
YÜCEL,	Mustafa Tören	<i>Prof. Dr.</i>
YÜCEL,	Recep	<i>Doç. Dr.</i>
YÜRÜK,	Ayşe Tülin	<i>Doç. Dr.</i>
Z		
ZABUNOĞLU,	Yahya	<i>Prof. Dr.</i>

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

- 1. Dergiye gönderilen hakemli yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.**
- 2. Makale yazarına ait iletişim bilgileri (ünvan, ad-soyad, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu) makalenin son sayfasına nizami bir şekilde eklenmelidir. Makaleyi gönderen yazarın ismini yazmaması/unutması durumunda makalesi yayımlanmayacaktır.**
- 3. Yazılar "Microsoft Word" programında (.doc veya .docx formatında) sayfa numaraları verilmiş olarak (yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil) ankarabarosuyayin2016@gmail.com adresine gönderilmelidir.**
- 4. Makale Başlığı büyük harflerle, makale yazarının ünvanı kısaltma biçiminde, soyadı ise büyük harflerle yazılmalıdır. (Örn: Av. Ali YILMAZ vb.)**
- 5. Makale yazarı; makalesindeki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür.** Hakem tarafınca belirtilen değişikliklerin; makale yazarınca Word belgesinde "Metin Vurgu Rengi (Metnin vurgulayıcı kalemle işaretlenmiş gibi görünmesini sağlar)" SARI renk verilerek ve düzenlenen makalenin isim bölümüne tarih eklenerek yeniden mail aracılığı ile iletilmesi gerekmektedir. Dergiye gönderilen yazıların son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle yazısını "basıma" verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
- 6. Hakem denetiminden geçmesi istenen makalelerde en az 100, en çok 120 sözcükten oluşan tek paragraf Türkçe ve İngilizce özetlerin; her iki dilde yazı başlığının ve beşer anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir.** Yazara ait makale; Makalenin Türkçe Başlığı > Yazarın Ünvanı, Adı-Soyadı (Örn: Av. Ali YILMAZ vb.) > Öz > Anahtar Kelimeler > Makalenin İngilizce Başlığı > Abstract > Keywords şeklinde sıralanmalıdır.

7. **Dipnotlar Microsoft Word programında otomatik olarak verilecek sayfa altında gösterilmeli, kaynakçaya yer verilmelidir.**
8. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılardan yazarı tarafından hakem denetiminden geçmesi istenenler hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir. Hakem raporunun olumsuz olması halinde, ikinci bir hakem incelemesi yapılmayacaktır. Hakem raporunda düzeltme istendiği takdirde, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecek ve düzeltilmiş metinler için yine hakem onayı alınacaktır.
9. Yazarı tarafından hakem denetiminden geçirilmesi istenmeyen yazılar Yayın Kurulu tarafından değerlendirilecek ve yazının yayımlanmasına, hazırlanan rapor çerçevesinde yazardan düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
10. Yayımlanması yayın kurulu ya da hakem tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazarların her yıl dört sayı olarak yayınlanan dergimizin 1. sayısının 15 Nisan'a, 2. sayısının 15 Temmuz'a, 3. sayısının 15 Ekim'e, 4. sayısının gelen yılın 15 Ocak tarihine kadar yayınlanabileceğini gözönüne almaları gerekir.
11. Dergide çeviri, karar, kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu'nca yapılacaktır.
12. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. **Yazılar için telif ücreti ödenmez.**

Ankara Barosu Dergisi Yayın İlkeleri'ne şartları uymayan yazılar, TÜBİTAK-ULAKBİM veritabanının gerekliliklerinden dolayı, Editör tarafından yapılacak ön kabul edilebilirlik incelemesi sonrasında hemen reddedilecektir. Bundan dolayı gönderilecek hakemli veya hakemsiz makalelerin yukarıdaki ilkelerdeki bütün şartları şekil ve esas olarak sağlaması gereklidir.

İÇİNDEKİLER | TABLE OF CONTENTS

BAŞKANIN MESAJI | PRESIDENT'S MESSAGES XIV
Av. Hakan CANDURAN

ANKARA BAROSU BAŞKANI AVUKAT HAKAN CANDURAN'IN
ANAYASA SEMPOZYUMUNDA YAPTIĞI KONUŞMA 2 I

OLAĞANÜSTÜ HAL KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİ

OHAL, İHRAÇ KHK'LERİ VE HUKUKİ DURUM..... 29
Prof. Dr. Metin GÜNDAY

15 TEMMUZ KARARNAMELERİ
OLAĞANÜSTÜ HÂL KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİNİN
HUKUKİ REJİMİNİN İFSADI HAKKINDA BİR İNCELEME..... 39
Kemal GÖZLER

ÖLÜ DOĞAN ÇOCUK:
685 SAYILI KHK İLE KURULAN OHAL KOMİSYONU
685 SAYILI KHK ÖNCESİ HUKUKİ DURUM 69
Yrd. Doç. Dr. Kerem ALTIPARMAK

HAKEMLİ MAKALELER (PEER REVIEWED ARTICLES)

VEKALETSİZ İŞ GÖRENDE İŞİ VEKALETSİZ OLARAK
GÖRME BİLİNCİ ARANMALI MIDIR? 9 I
Yrd. Doç. Dr. Hüseyin Can AKSOY

ANLAMLI YANIT ÜRETİLEMİYEN İKİLEM:
REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU 123
Dr. Recep DOĞAN

SİLAHLI ÇATIŞMADAN KAÇANLARIN (YERİNDEN EDİLENLERİN)
ULUSLARARASI HUKUKTA KORUNMASI 15 I
Yrd. Doç. Dr. Ümmühan Elçin ERTUĞRUL

MAKALELER (ARTICLES)

LİSANSLI OLMAYAN FUTBOL MENAJERİYLE YAPILAN SÖZLEŞMENİN GEÇERLİLİĞİ	183
Prof. Dr. Hasan PETEK	
BANKA KREDİLERİNDE MUACCELİYET-TEMERRÜT	215
Av. Ekrem TÖRÜNER	
DURUŞMAYA KATILMA HAKKI.....	221
Hilmi ŞEKER	
6728 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKTEN SONRA “İFLASIN ERTELENMESİ”	251
Av. Talih UYAR	

Değerli Meslektaşlarım,

Hep birlikte bir referandum sürecinden geçtik. Olağanüstü hal koşulları içinde yapılan referandumda oyladığımız 6771 sayılı Kanunun yürürlüğü ile birlikte ülkemizin ve çocuklarımızın geleceğini şekillendirecek temel bir anayasa değişikliği gerçekleşmiş olacak. Referandum sadece evet ve hayır görüşünün eşit temsiline engellendiği olağanüstü hal koşullarında gerçekleşmekle kalmadı, Yüksek Seçim Kurulunun hukuken tartışmalı kararları ile de yaralandı. YSK, 298 sayılı Kanun'un ilgili 98 inci ve 101 inci maddesindeki açık düzenlemeye ve daha önce yayınladığı Genelgeye aykırı şekilde, sandık başkanlığının mührü olmayan zarf ve oy pusulaları ile kullanılan oyların geçerli sayılması için oy verme günü aldığı ve bazı sandıklar açıldıktan sonra gönderdiği kanunsuz kararları ve sonrasında itirazlara yönelik verdiği seçim hukuku ilkelerine aykırı kararları ile hukuk kamuoyunun vicdanını sızlattı.

Anayasanın 79 uncu maddesi, “*Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarını ve Cumhurbaşkanlığı seçimi tutanaklarını kabul etme görevi*” ni Yüksek Seçim Kuruluna vermiş ve “*Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamayacağı*” ni düzenlemiştir. Seçim hukukunun oluşumuna kararları ile katkı koyan YSK yetkisini bu madde ile 2980 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'dan alır. Seçim hukuku, bu karar kadar şekli bir hukuktu, seçim güvenliğini ve eşitliğini sağlamak ve seçmen iradesinin sandığa engelsiz yansımalarını sağlamak üzere yıllardır gelişen bu hukuk, neredeyse kesinlik mertebesinde şekli olduğu için genellikle, YSK kararlarında, kanunilik, genelgelere ve kararlarda belirlenen biçimsel koşullara uygunluk aranır, örneğin, maddi anlamda seçilme hakkı olan kişinin bunu belgelememesi nedeni ile aday olamaması durumunda dahi biçimsel koşulu önen süren YSK kararları insan hakları hukuku bağlamında dahi tartışmaya konu edilmezdi. Çünkü, biçimsel eşitlik ve şekle uygunluk seçim güvenliğinin önemli unsurlarından biri olduğundan, seçim hukukunun şekliliğinde kamu yararı vardı. Seçim hukukunda mevcut “usulsüzlük”, “tam kanunsuzluk” ve bunun yaptırımı olan “yokluk” kavramları seçim hukukunun şekle bağlılığını ve şekle bağlı kalmamanın sonuçlarını açıkça gösterir.

Dolayısı ile seçim hukukunda en olmayacak şey, kanunsuzluktur. Seçim hukukunda, hiçbir evresinde, kanunsuz karar alınmaz; ama öncelikle, belirli bir seçime ilişkin YSK Genelgeleri yayınlanıp ilan edildikten sonra, genelgeye aykırı işlem yapılmaması ve karar alınmaması, kanuna aykırı kararın hiç alınmaması



gerekir. Bu nedenle eski Yüksek Seçim Kurulu Başkanı Muammer Aydın, “*Yasa hükmü açık. Oy kullanılan zarfların üzerinde ilçe seçim kurulu mührü olması lazım. Oy pusulalarında da sandık kurulu mührü olmalıdır. Hiç mühürsüz zarf ve oy pusulaları geçersizdir. Yasada bu çok açık bir şekilde yazılmıştır. Bu konuda tartışma anlamsızdır. Mühürsüz oyların iptal edilmesi yasa gereğidir*” (<http://bit.ly/2ojz1Ar>) demektedir.

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu da, konu ile ilgili olarak yaptığı basın açıklamasında, ilgili mevzuatı andıktan sonra, “*Bu durumda halk oylamasının sonucunu, mühürsüz oy pusulası kullanılmasından daha da ağır olarak, YSK’nın söz konusu hukuka aykırı kararı etkilemiştir. YSK’nın yapılan itirazları değerlendirirken, Anayasa madde 79 ile kendisine yüklenen sorumluluğunun gereğini yerine getirmesini umuyor ve diliyoruz. Aksi takdirde seçimlerin yargı güvencesinde yapıldığından, adil olduğundan ve sonuçların güvenilirliğinden, kısacası hukukun üstün olduğu demokratik bir devlet düzeninden söz edilmesi mümkün olmayacaktır*” (<http://www.barobirlik.org.tr/Detay76487.tbb>) diyerek uyarıda bulunmuşsa da, bu sonucu değiştirmemiştir.

Türkiye Cumhuriyeti’nin kurucusu olduğu Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı gözlemcileri de Anayasa referandumunun eşit olmayan bir ortamda gerçekleştiğini belirterek Barolar Birliğimizin vurguladığı bu hususun da önemli bir güvenceyi ortadan kaldırdığını tespit etmiştir. AGİT gözlemcilerine göre referandum genel olarak standartları tutturamamıştır. AGİT, hukuki altyapının gerçekten demokratik bir süreç için yetersiz olduğu görüşünü dile getirmiştir.

Değerli Meslektaşlarım,

Elbette, bizim Türk Milletinin tercihini tartışmak gibi niyetimiz olamaz, ancak seçimlere düşen gölge de barizdir: 1946 yılındaki tartışmalı seçimlerden beridir, ilk kez, bu kadar ağır usulsüzlük ve kanuna aykırılık iddialarının olduğu bir referandum sonucu ile karşı karşıyayız. Seçimin hukuki güvenliği bağlamında gönüllü avukatlık sistemine dayanan ve tümüyle yansız Her Okulda Bir Avukat Projesi gerçekleştiren Ankara Barosu, bu sonuç çıkmasın, milletin tercihi ne olursa olsun ancak seçimlerimiz güvenilir olsun diye çaba göstermiştir. Bu çerçevede, Ankara Barosu’nun Anayasa Referandumu için özel olarak geliştirdiği Her Okula Bir

Avukat Projesi'nde görev alacak avukatlarla koordineli çalışacak Seçim Güvenliği Kriz ve Koordinasyon Merkezi'ni kurduk. Seçim hukuku ve güvenliği eğitimi verdiğimiz yaklaşık bin avukat, referandum günü Başkent'teki sandık bölgelerinde görev aldı. Seçim üzerine hiçbir gölge düşmemesi için aldığımız bu inisiyatifin ister evet ister hayır iradesine sahip olsun, yurttaşlarımız için taşıdığı önem artık daha da çok belirginleşmiş ve kavranmış olmalıdır. Açıklamamızda da belirtmiştik: *“Risk altındaki oylar, ‘evet’ten ziyade ‘hayır’ oylarıdır. Ama Her Okula Bir Avukat Projesi’nin amacı, sadece hayır oylarının çalınmasını önlemek değildir. Referandum günü sandık bölgelerinde görev yapacak meslektaşlarımız, hayır oyları kadar evet oylarının da güvencesi olacaktır”.*

Değerli Meslektaşlarım,

Ankara Barosu olarak, 6771 sayılı Kanun ne getiriyor ne götürüyor, tüm bunların açık şekilde görülebilmesi için bir uluslararası sempozyum düzenledik. Bu sempozyuma dünya görüşü ayrımı yapmaksızın alanında tanınmış anayasa hukukçularını ve idare hukukçularını davet ettik, ancak, bir kısmı çağrımıza riayet ettiler.

Önceki başkanımız, Anayasa Mahkemesi önceki başkanı Sayın Yekta Güngör Özden hem açılışı yaptı hem de katıldı; hocalarımız, Ergun Özbudun, İbrahim Kaboğlu, Metin Günday, Selin Esen, Zehreddin Aslan, Ece Göztepe, Nur Uluşahin, Artuk Ardıçoğlu, Bülent Yücel, Tolga Şirin, İlker Gökhan Şen ve yabancı konuklarımız Toma Birmontiene, Boguslaw BANAZSAK sözlü bildiri sundu. Her birine ayrı ayrı teşekkür ediyoruz. 6771 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte, bu sempozyumda ifade edilen görüşler, daha da önem kazandığından, bu sempozyumu, yazılı katkı sunmak isteyenlerin de katılımı ile Yayınlar Merkezimiz bir sempozyum kitabına dönüştürecek. Sempozyumda yaptığım açılış konuşmasını ise, dergimizin bu sayısında okuyabilirsiniz.

Değerli Meslektaşlarım,

Bu köşede defalarca yazdığım ve sempozyumda yaptığım konuşmada da belirttiğim gerekçelerle, 6771 sayılı Kanunun yürürlüğünü özgürlüklerimiz, ülkemiz, cumhuriyetimiz ve geleceğimiz için sakıncalı bulduk. Bunu da ben kişisel olarak ifade ettim; Yönetim Kurulumuzla birlikte kurumsal olarak da açıkladık. Bunu fırsat bilen bazı meslektaşlarımız, Anayasa Referandumu sürecinde barolar üzerinden sürdürülen çirkin propagandaya katıldılar, buna üzüldük. Basın açıklamamda belirttim, burada da açıklamak isterim:

“Referandumda tercihini ‘evet’ten yana kullanan ve ‘evet propagandası’ için sokağa inen Hukuk ve Demokrasi Kurumu üyesi meslektaşlarımızın Baromuzu karalayan beyanlarını okurken kendileri için ayrıca üzüldük. Ankara Barosu’nu suçlayan meslektaşlarımız öncelikle bilmelidir ki yapılmak istenen Anayasa değişikliğiyle ilgili söz söylemek, en çok baroların hakkıdır. Avukatlık Kanunu, 76’ncı maddesinde baroları

şöyle tanımlar: Barolar, avukatlık mesleğini geliştirmek; meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak; avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmaları yürüten; tüzel kişiliği bulunan; çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır. Aynı Kanun'un 95'inci maddesi, baro yönetim kurullarının görevleri arasında 'hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmayı, korumayı ve bu kavramlara işlerlik kazandırmayı' da belirtmektedir. Yani yapılmak istenen Anayasa değişikliğine ilişkin söz söylemek, baroların sadece hakkı değil aynı zamanda da görevidir. Başka bir deyişle barolar siyaset yapmamakta, görevini yapmaktadır. O barolardan biri de Ankara Barosu'dur. Akliselim hiçbir hukukçunun, demokrasinin olmazsa olmazları arasında yer alan kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı ilkelerini felce uğratabilecek böyle bir Anayasa değişikliğine "evet" demesi ise mümkün değildir. Ankara Barosu da söz konusu Anayasa değişikliğine akliselimle "hayır" demektedir. Ve Avukatlık Yasası'nın kendisine verdiği 'hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak koruma görevini yerine getirmektedir.

Ankara Barosu'nu bir siyasi partinin güdümünde 'hayır kampanyası yürütmekle' suçlayan meslektaşlarımıza, bu meselenin bir parti değil memleket meselesi olduğunu hatırlatıyoruz. Bir siyasi partinin güdümünde kampanya yürütenlerin Ankara Barosu değil kendileri olduğu gerçeğini kamuoyunun dikkatine sunuyoruz.

Ankara Barosu'nun "hayır" demesinden rahatsız olan kişilere anımsatmak istediğimiz diğer bir konu ise baroların gelir kaynaklarıdır. Barolar, milletin ödediği vergilerden oluşan genel bütçeden pay almazlar. Baroların bütçesini, üye aidatları ve vekalet pulu gelirlerinden aldıkları paylar oluşturur. Yani Ankara Barosu ve diğer barolar, referandumla ilişkin çalışmalarını milletin vergisiyle yürütmemektedir.

Milletin vergisiyle referandum kampanyası yürüten birilerini arıyorlarsa evet kampanyasında omuz omuza verdikleri iktidar partisine ve Sayın Cumhurbaşkanı'na bakmalarını öneriyoruz."

Değerli Meslektaşlarım,

6771 sayılı Kanunun yürürlüğü ile birlikte rejimin değişip değişmeyeceğine ilişkin tartışmalar azalmayacak sürecektir. Bizzat Sayın Cumhurbaşkanınının 16 Nisan Referandumundan evet tercihinin kazandığını ilan ettiği konuşmasında; "Bugün Türkiye 200 yıllık kadim bir tartışma konusu olan yönetim sistemi konusunda tarihi bir karar vermiştir. Bu karar sıradan bir olay değildir. Çok ciddi bir yönetim sistemi üzerindeki değişim, dönüşüm kararının verildiği gündür bugün. Her zaman olduğu gibi bu halk oylamasında da mevcudu savunmak kolay, değişimi savunmak zor olmuştur. Hamdolsun bu zoru başardık ve milletimizin teveccühüyle tarihimizin en önemli yönetim reformunu hayata geçiriyoruz" (<http://bit.ly/2oHoP60>) dediği düşünüldüğünde, bu tartışmaların durulmasını beklemek de mümkün değildir.

Anayasa hukuku bağlamında “köklü bir yönetim sistemi” değişikliğinden söz ediyorsak, bunun olası sonuçlarına dair daha önce yapılmış olan uyarıların yersiz olduğu nasıl söylenebilir? Ankara Barosu, açıklamasında, “Biz, bugün burada elimizde var olan ve içine doğduğumuz muazzam güzellikteki Cumhuriyetimizin yıkılmasına ‘hayır’ diyoruz. Çünkü biliyoruz ki yok edilmeye çalışılan Cumhuriyet, toprakları üzerinde yaşayan her ağacın kökü kadar derindedir ve kişisel çıkarların şekillendirdiği ‘kandırılmışların’ keyfiyetine terk edilemeyecek kadar kıymetlidir” dedi ve ben de 5 Nisan Avukatlar Günü’nde Yüce Atatürk’ün huzuruna çıkarak şunları yazdım:

“Aziz Atatürk;

Bugün 5 Nisan Avukatlar Günü.

Ankara Barosu Yönetimi, avukatları ve stajyer avukatları olarak bir kez daha huzurlarımızdayız.

En büyük eseriniz olan Türkiye Cumhuriyeti, bugünlerde yine kritik bir yoldan geçiyor. 11 gün sonra tarihi bir referandum için sandık başına gideceğiz. Ve kurucusu olarak sizin bile sahip olmadığımız yetkileri tek bir adama teslim edip etmeyeceğimize karar vereceğiz.

Bilmenizi isteriz ki Ankara Barosu, tarihi boyunca olduğu gibi bu kritik süreçte de hiç bir organ, makam, kişi ya da kuruluş karşısında eğilmemiştir. Bundan sonra da eğilmeyecektir.

Ankara Barosu avukatları ve müstakbel avukatları olarak, bağımsız savunmanın; evrensel insan haklarının ve özgürlüklerin; hukukun üstünlüğünün; demokratik, laik, sosyal ve hukuk devletinin güvencesi olmaya devam edeceğiz.

Ve kurduğunuz Türkiye Cumhuriyeti’nin yıkılmasına asla izin vermeyeceğiz”.

Cumhuriyetin temel siyasal tercihi, insan hakları ve hukuk devletidir. Bu temel tercihlerle sınılandığında Anayasa değişikliği ileriye doğru atılmış bir adım gibi görünmemektedir. Ankara Barosunun Cumhuriyete ve cumhuriyetin değerlerine ilişkin uyarısı bir siyasi parti yandaşlığına ya da ideolojik tercihe değil, bilim insanlarının da dikkat çektiği bu bilimsel hakikate dayanmaktadır: “Anayasa değişikliğinin kabulü halinde, Cumhuriyetimizin temel nitelikleri olan demokrasiden ve hukuk devletinden söz etmek mümkün olmayacaktır. ... Cumhurbaşkanı seçilen Atatürk, Meclis kürsüsünden yaptığı konuşmada ‘Türkiye Cumhuriyeti’nin mesut, muvaffak ve muzaffer olacağını’ duyurmuştur. Getirilmek istenen Anayasa ise ancak mutsuz, başarısız ve yenik düşmüş bir devletin anayasası olabilir” (Prof. Dr. Devrim Güngör, Güncel Hukuk, sayı 160, s.29). “... bu anayasa değişiklik teklifiyle Cumhuriyet’in asli kurucu iradesinin temel siyasal tercihlerinin temelden değiştirildiği tespit edilebilir” (Doç. Dr. Ece Göztepe, Güncel Hukuk, sayı 159, s. 51). Önceki sayımızda yayınladığımız Kemal Gözler’in, İbrahim Kaboğlu’nun, Selin Esen’in, Sami Selçuk’un ve diğer

değerli hocalarımız makalelerinde yer alan değerlendirmeleri eklediğimizde bu, bir varsayımdan çok hukukçularda hakim bir kanaate dönüşmektedir: “Hiçbir hak ulusun temsilcilerine demokrasiyi ortadan kaldırma özgürlüğü vermemelidir. Oysa bu değişikliği hazırlayanlar, demokrasiyi görmezden gelerek Türkiye’nin 200 yılı aşkın bir süredir sürdürdüğü anayasa mücadelesini tamamen yok ediyorlar” (Süheyl Batum, Güncel Hukuk, sayı 159, s. 39). “Anayasa’nın 15. maddesi gereğince, madde içeriğindeki çekirdek hak alanı dışında tüm hak ve özgürlüklerin askıya alındığı olağanüstü rejim döneminde; demokrasinin gereği olan ‘sınırlı iktidar’ ve ‘yetki paylaşımı’ yerine, devlet yetkilerinin tek merkezde toplanmasına dönük Anayasa değişiklikleri aynı zamanda, bugüne dek sürdürülen ‘özgürlükçü-demokratik anayasa’ arayışının sonlandırıldığı ilanılır” (Prof. Dr. Sevtap Yokuş, Güncel Hukuk, sayı 159, s. 41).

İdare hukuku bağlamında “köklü bir yönetim sistemi” değişikliğinden söz ediyorsak, yürütme organının tek bir kişi olduğu, bütün idari teşkilat üzerinde bu kişinin koşulsuz ve sınırsız atama yetkisi bulunduğu ve yürütme alanındaki yasama yetkisinin de münhasıran bu kişiye verildiği bir sisteme kolaylıkla “hukuk devleti” diyebilir miyiz?

Değerli Meslektaşlarım,

Bu alıntılar çoğaltılabilir. 6771 sayılı Kanunun, olağanüstü hal koşullarında yapılan, hayır tercihinin baskı altına alındığı ve ölçümü de tartışmalı bir referandum ile kabul edilmiş olması karşısında, yeterli bir siyasal meşruiyet üretip üretmediği, siyasal partilerin tartışma konusu olmayı sürdürecektir. Bizim hukuken söyleyebileceğimiz, Venedik Komisyonu raporlarına da yansıdığı şekilde, referandumun OHAL koşullarında, tüm devlet aygıtının evet oyu lehine seferber edilerek hayır aleyhine yaratılan eşitsiz koşullarda gerçekleştirildiği ve bazı yönlerden plebisite yaklaştığıdır. Buna rağmen ulusun yüzde 49’unun onayını alamayan bir değişiklik, demokratik anayasa kamuoyunca demokratik anayasa yapım/değiştirme usullerine uygun bulunmayacaktır. Türk Milletinin tercihlerini tartışmayı aklından dahi geçirmeyecek Ankara Barosu olarak, Cumhuriyetin temel tercihlerine ilişkin bir tartışma ortaya çıktığında, bunu kayıt altına almak hukuki ve tarihi sorumluluğumuzdur.

Değerli Meslektaşlarım,

Bu değişiklikle birlikte, en genel anlatımla, yasama, yürütme, yargı dengesi yürütme lehine bozulmakta, yürütme organı tek bir kişi haline dönüşmüş, fren, denge ve denetim mekanizmaları ihmal edilmiş bir siyasal modele geçilmektedir (Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Güncel Hukuk, sayı 158, s.14). Bu modelde de, Baromuzun meşruiyetini aldığı Anayasa maddesi yerinde durmakta, değiştirilmediği müddetçe, insan haklarını ve hukuk devletini savunma görevimiz devam etmektedir. Bu modelde de, Ankara Barosu, siz üyelerinden aldığı güçle, cumhuriyeti, insan haklarını ve hukuk devletini savunmaya devam edecektir.

Değerli Meslektaşlarım,

Bu sayıda Olağanüstü Hal Kararnamelerini ve sonuçlarını mercek altına aldık. Bu konuda bir çok meslektaşımızın hukuksal bilgilenme talebinden doğan ihtiyaç karşısında, kurullarımız paneller düzenledi. 685 sayılı OHAL KHK'si ile kurulacağı düzenlenen ve henüz kurulmamış olan Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu'nun etkili bir başvuru yolu oluşturup oluşturmayacağı da sorulup tartışılıyordu. Hocalarımız bu konuda son derece aydınlatıcı yazılar kaleme aldılar.

Değerli Meslektaşlarım,

Aslında OHAL ile ilgisinin kurulması çok zor olmakla birlikte, OHAL nedeniyle çıkarılan kararnamelerle iflasın ertelenmesi müessesinin tedbir hükümlerinin uygulanmasına da OHAL nedeni ile ara verildi. Tedbir hükümlerinin uygulanmasına ara verilen iflasın ertelenmesi kurumu ile ilgili olarak Talih Uyar'ın hazırlamış olduğu makaleleri bir bütün oluşturması nedeniyle birleştirerek ayrı ve özel bir bölüm olarak yayınlıyoruz.

Değerli Meslektaşlarım,

Bir hizmet yerinden yönetim kuruluşu olan örgütümüzde, temel birimlerimiz, Merkez ve Kurullarımız bir hizmet örgütünün parçası olduklarının bilinci ile de çalışmalarını başarı ile sürdürüyorlar. Bu çalışmalarını internet (genel ağ) sitemizden duyuruyoruz ve haberlerine de ulaşabiliyorsunuz.

Ayrıca Baro Bültenimiz aracılığı ile de faaliyet ve hizmetlerimizi hem duyuruyor hem de sizlerin denetimine sunuyoruz.

Bu arada Ocak 2017 ayında çok önemli bir adım attık. Baromuzun meslek içi ve meslek öncesi eğitim çalışmalarında bir sıçramaya tekabül edeceği kurulduğu kısa süre içinde görünür olan Ankara Barosu Avukatlık ve Staj Akademisinden (AVSA) ve çalışmalarından sizleri buradan da haberdar etmek isterim.

AVSA ile seçim sürecinde vaat etmiş olduğumuz şekilde bir ilki başardık ve sadece üç ayda, ona yaklaşan eğitimi ve etkinliği başarı ile organize ettik. AVSA'nın, Baro kurullarımızın ve sizlerin desteği ile hızla büyümeye ve gelişmeye devam edeceğine dair büyük bir güven besliyor, ilgi ve katkılarınızı esirgemeyeceğinizi umuyorum.

Saygılarımla.

Av. Hakan CANDURAN
Ankara Barosu Başkanı

ANKARA BAROSU BAŞKANI
AVUKAT HAKAN CANDURAN'IN
ANAYASA SEMPOZYUMUNDA YAPTIĞI KONUŞMA

“Bu sempozyumda bir araya gelmemizin nedeni, 16 Nisan’da halkoyuna sunulacak olan 6771 sayılı Kanun. Bu Kanun referandumda kabul edilirse anayasal düzenimizde meydana gelecek muhtemel değişiklikleri anayasa hukuku bağlamında; kuvvetler ayrılığı, temel hak ve özgürlükler, hükümet sistemi, siyasi rejim, yargı bağımsızlığı, hukuk devleti ilkesi ve idari teşkilata etkileri bakımından enine boyuna ele almak için bu sempozyumu düzenledik. Cevap aradığımız esas soru ise bu Kanun referandumda kabul edilerek yasalaştığında gerçekte bir anayasamız olup olmayacağı... Elbette şeklen bir anayasamız olmaya devam edecektir. Ama bu ‘sözde anayasa’ mı ‘maddi anlamda bir anayasa’ mı olacak; temelde bu soruya cevap bulmak istiyoruz. Türkiye Cumhuriyeti, anayasal bir devlet mi olacaktır, yoksa sadece şeklen anayasalı bir devlet mi?

Anayasa hukuku biliminin ortak diliyle konuşacağımız bu toplantıda ortaya konulacak farklı, müspet ya da menfi değerlendirme ve tespitlerin, bu sorunun yanıtını berraklaştıracığını, karşı karşıya olduğumuz anayasa değişikliğinin açığa çıkaracağı tabloyu berrak bir şekilde gözler önüne sereceğini umuyoruz.

Anayasa, yazılı bir kâğıt parçası yahut alt alta dizilmiş kurallar manzumesi değildir. Anayasa demek, bir toplumda temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınması ve kuvvetler ayrılığı demektir. Anayasacılık hareketleri içinde Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nin 16’ncı maddesi ile anayasanın varlık ve yokluk koşulu ilan edilmiştir: ‘Hakların güvence altına alınmadığı ve kuvvetler ayrılığının olmadığı bir toplumda anayasa da yoktur.’

Bu ilkeyi mihenk taşı yaptığımızda geçebilen Anayasa değişikliği teklifi, bizi anayasal devlete, demokratik anayasaya götürür. Geçemeyen ise niyetlerden bağımsız olarak, özgürlüklerin ortadan kaldırılmasına... İki gün 4 ayrı oturum şekilde

yürüteceğimiz tartışma, 6771 sayılı Kanun'u anayasanın varlık ve yokluk koşulu yönünden sınamaya da vesile olacaktır.

Anayasa süreci, olağanüstü hal devam ederken Sayın Devlet Bahçeli'nin 'fili durumu hukukileştirmek gerektiği' açıklaması ile başladı. Başladı ama kanunun hazırlık süreci demokratik bir anayasa kamuoyu oluşturulmaksızın yürütüldü. Bir defa kanun, aleni bir şekilde hazırlanmadı; kanunu hazırlayanlar kapalı kapılar ardında hazırlığı tamamladılar. Sonuçta, toplumun önüne hiç tartışılmaksızın çıkarılan ve metnini hazırlayanların da kimler olduğu bilinmeyen bir kanun 10 Aralık 2016 günü Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunuldu.

Kanun, Meclis'e demokratik bir anayasa kamuoyu oluşmaksızın alelacele getirilmekle kalmadı; teklif yasalaşırken Meclis'te de acele edilerek, toplumun teklif yasalaşırken bilgilenebilmesine ve tartışmasına izin verilmedi. TBMM'deki görüşmeler, yeterli aleniyet sağlanmaksızın gerçekleşti. Meclis televizyonu yayın yapmadı; gece yarısına sarkan görüşmeler inatla sabahlara kadar sürdürüldü. Teklif oylanırken bazı milletvekilleri gizli oy ilkesini ihlal ettiler. Sonuçta, kamuoyu içeriği hakkında yeterli bir bilgilenebilme yaşamadan teklif, 6771 sayılı Kanun olarak referanduma sunulmak üzere yasalaştı.

Yasalaştı ama aslında sanki o kadar da acelesi yoktu Meclis çoğunluğunun. Çünkü kanun, birkaç hafta Cumhurbaşkanı'na sunulmak üzere Meclis Başkanlığı'nda bekletildi. Bu süre, Meclis'te tartışmaların kamuoyunu aydınlatıcı şekilde sürdürülmesi için kullanılabilirdi.

Olağanüstü hal koşullarında hazırlanan ve OHAL koşullarında TBMM'de görüşülüp yasalaştırılan 6771 sayılı Kanun'un, özgür bir anayasa tartışması ile demokratik anayasa kamuoyu içinde şekillendiğini söylemek mümkün değildir. Çünkü anayasanın nasıl yapıldığı, en az içeriği kadar önemlidir.

Bu acele karşısında teklif hakkındaki değerlendirmeler de ancak aceleyle yapılabildi. Bilimsel bir toplantıyı da nihayet şimdi, işte Kanun referanduma sunulmuşken yapabiliyoruz. Bu nedenle, daha içeriğini tartışmadan bile hazırlanışı itibari ile anayasa hukuku literatüründe 'tuzak anayasa' diye adlandırılan bir anayasa yapım süreciyle mi karşı karşıya olduğumuz sorusu, tartışılması gereken haklı ve yaygın bir sorudur.

Referandum sürecine baktığımızda da evet görüşü ile hayır görüşünün eşit bir şekilde kendisini ifade edebildiği bir referandum sürecinden geçtiğimizi, gönül rahatlığı ile söyleyebiliriz.

Olguları sıralarsak;

- OHAL yürürlükten kaldırılmamıştır; referanduma OHAL koşullarında gidiyoruz.

- Ana akım medyada her iki görüş eşit şekilde temsil edilmiyor; hayır görüşüne neredeyse hiç yer verilmiyor; sınırlı sayıda gazete, internet sitesi ve televizyonda hayır görüşü yer bulabiliyor.

- Kimi kamu görevlileri evet lehine propagandaya destek verirken hayır propagandasını yasaklama yoluna gidiyor.

- Anayasal statüsü gereği tarafsız olması gereken Cumhurbaşkanı, değişiklik lehine kampanya yürütüyor.

- Evet görüşünü savunanlar bir referandum sürecinde değilmişiz de ülkemizin beka sorununu çözecek bir istiklal mücadelesinde imişiz gibi halkı vecde getirici ve hayır oyu kullananların suç işlemiş olacağı havası uyandıran bir propaganda süreci yürütüyor.

Bunlar çoğaltılabilir. Bu olgular bile referanduma baskı koşulları sürerken gidildiğine, evet görüşünü savunanların referandumda amaç saptırması içeren propagandayı yeğlediklerine, serbest bir tartışma ortamı olmadığına dair görüşlere dayanak oluşturmaya yetiyor. Öyle olunca da anayasa değişikliğinin içeriğinden önce, karşı karşıya olduğumuz bir referandum mu yoksa bir plebisit mi olduğu sorusu önümüze bilimsel olarak geliyor.

Bu sorular duruyor durmasına da çok değil 20 gün sonra oylayacağımız 6771 sayılı Kanun da önümüzde. Haliyle Kanun'un esasını, maddesini de konuşmamız gerekiyor. Kanun'un gerekçesinde deniyor ki; Türkiye'deki parlamenter sistem tıkanmıştır, istikrar üretmiyor. Bu nedenle de istikrarın sağlanması için hükümet sistemi değişikliğine ihtiyaç vardır. Bu anayasa değişikliği ile getirilen Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi, istikrarı sağlayacak rasyonelleştirilmiş bir hükümet sistemidir. Gerekçede vurgulanan bir diğer husus, mevcut sistemin vesayet odakları ürettiği, önerilen hükümet sisteminin vesayet odaklarına izin vermeyeceğidir. Özetle 6771 sayılı Kanun'un hükümet sistemi değişikliği getirdiği; yürütmedeki iki başlılığı ortadan kaldırarak yürütmeyi güçlendirdiği ve vesayet sistemine son verildiği iddia ediliyor.

Türkiye'de parlamentonun en bölünmüş olduğu dönemlerde dahi hükümetler kurulmuştur. Bu bakımdan parlamenter demokrasimizin istikrar üretmediği argümanı doğru değil. Başkanlık sisteminin istikrar getireceği argümanı da Latin Amerika deneyiminden ve Linz'in çalışmalarından biliyoruz ki hiç doğru değil... Yine de bu argüman doğru kabul edilse dahi gerekçe daha büyük bir sorun içeriyor.

Gerekçesi ile birlikte bir bütün olarak değerlendirildiğinde referanduma sunulan Anayasa değişikliği, Anayasa'nın hem lafzına hem ruhuna aykırıdır. Yürürlükteki Anayasanın 6'ncı maddesine göre egemenlik kayıtsız şartsız milletindir ve Türk Milleti, egemenliğini Anayasal organlar eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. 6771 sayılı Kanun'un

gerekçesi incelendiğinde, vesayetten kast edilenin ‘egemenliğin anayasal organlar eliyle kullanılması’ olduğu açıkça görülmektedir.

Kanun lehine görüş açıklayan TBMM üyeleri, sözlerinin anayasal sonuçlarının farkında olarak ya da olmayarak görüşmeler sırasında aynen ‘Türk Milleti artık egemenliğini seçimle kullanacak’ demişlerdir. Vesayet sisteminin aşılmasından kast edilenin bu olduğu neredeyse değişikliğin savunucularının tamamı tarafından açıkça ifade edilmiştir. Yöneticilerin seçimle gelmesi, anayasal bir ilkedir; demokratik anayasal bir rejimde elbette seçim kazananlar yönetecektir. Ancak seçimle anayasal egemenlik, asli kurucu iktidar devredilemez.

TBMM’de yapılan konuşmalardan ne yazık ki açıkça anlaşıldığı üzere, değişiklik sonucunda egemenliğin anayasal organlar eliyle kullanılacağı hükmü ölü hüküm haline dönüşecek; egemenliğin kullanılması seçimle, tüm yargı sistemini sahip olduğu atama yetkisi yoluyla kolaylıkla tahakkümü altına alabilecek bir kişiye ve şimdilik yaşama gücünü kısmen elinde tutması öngörülen TBMM’ye devredilecektir. Demokratik anayasal rejimde seçimlerle yapılan sadece ve sadece yürütme yetkisi ve yasama yetkisini anayasa ile kayıtlı/sınırlı olarak kullanacak anayasal organların oluşturulmasıdır. Aksi, demokratik anayasal rejimlerde düşünülemez bile.

Baromuz da 6771 sayılı Kanun’u kabul eden milletvekillerinin vesayet kaynağı saydığı anayasal organlardan biridir. Zira yetkisini, Anayasa’nın 135’inci maddesine göre kanunla kurulmuş bir meslek kuruluşu olmasından alır. Barolara görüş sorulmaması bizce basit bir ihmâl değil. Kuruluş kanunumuzda var; bu konularda görüş bildirmek bizim görevimiz; Anayasanın 135. maddesinin verdiği yetkiye göre de bize görüş sorulması gerektiği düşüncesindeyiz.

Ancak sadece bize mi, az önce söyledim; hiçbir kamu kurumu niteliğindeki meslek örgütüne de üniversitelere de anayasa hukukçularına da sorulmadı. Sivil topluma da sorulmadı.

Anayasal sistemimizde, yürütme gücü sadece yasama ve yargı ile dengelenip denetlenmez; Anayasamızda merkezi ve yerinden yönetim ilkesi birlikte benimsenerek bir kısım yürütme işleri yerinden yönetimlere bırakıldığı gibi meslek örgütleri için de benzer bir ilke benimsenmiştir. Bu ilkeye göre, sadece mesleki işlerin düzenlenmesi değil ‘hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak’ da baroların nitelikleri arasında sayılmıştır.

İnsan haklarını savunmak ve korumak, aynı zamanda anayasayı, anayasalı devleti değil anayasal devleti savunmak demektir.

6771 sayılı Kanuna getirilen temel eleştirilerden biri, bu Kanun’un yasalaşması halinde bir rejim değişikliğinin gerçekleşeceği. Rejim değişikliği iddiası, iki bilimsel argümana dayanıyor. İlki, önerilen hükümet sistemi, az önce açıkladığım şekilde egemenliğin kullanım ilkesini değiştirerek kuvvetler ayrılığını ortadan

kaldırıyorsa bu bir tür rejim değişikliğidir, önermesi. İkincisi ise daha köklü bir argüman: Cumhuriyet'in kurucu iradesinin, asli kurucu iktidarın değiştirildiği önermesi. Anayasa hukukçuları arasında teknik olarak bunun bir rejim değişikliği olarak nitelenemeyeceğine, ancak açığa çıkacak kuvvetler birliği sisteminin bu türden sonuçları olabileceğine dair görüşler varsa da bu iki argüman da bana göre hiç yabana atılır değildir.

Şeklen bu Kanun bir hükümet sistemi değişikliğidir ve devlet biçimi olarak Cumhuriyet muhafaza edilmektedir. Ancak bu Kanun'la dünyada örneği olmayan bir tür kuvvetler birliği sistemi getirilmektedir. Evet görüşünü savunanlardan bir kısmı, bunun rasyonelleştirilmiş bir başkanlık hükümeti sistemi olduğunu ileri sürse de benim izleyebildiğim kadarı ile anayasa hukukçuları arasındaki yaygın kanı, 6771 sayılı Kanun yasalaşırsa ortaya çıkacak hükümet sisteminin sert güçler ayrılığına dayalı bir başkanlık sistemi olmayacağı, aksine yürütme gücünü monistleştirilen bu sistemde, diğer güçlerin de yürütme gücünde, dolayısı ile tek bir kişide toplanacağı yönündedir.

Bu tartışmanın en önemli alt başlığı, TBMM'nin yasama yetkisinin monistleştirilmiş yürütme gücüne devredilip devredilmediğidir. Cumhurbaşkanı'na verilen kararname çıkarma yetkisi, TBMM'nin ara vermelerden sonra Cumhurbaşkanı'nın çağrısı ile toplanması, münhasıran yasama gücüne ait olması gereken bütçe yetkisinin kullanımında bütçe kanununu teklif hakkının Cumhurbaşkanı'na verilmesi ve Cumhurbaşkanı'nın Meclis bütçe kanunu çıkarmazsa önceki yıl bütçesi ile yürütmeye devam edebilmesi, Cumhurbaşkanı'nın zorlaştırmacı veto yetkisi vb. yasama gücünün etkisizleştirildiğine sunulan kanıtlardan bazıları.

Bu kanıtları Türkiye'de hakim olan katı lider egemenliğine dayalı siyasal partiler sistemini gözeterek, Cumhurbaşkanı'na aynı zamanda partisinin de başkanı olma olanağı veren ve Cumhurbaşkanı ve Meclis seçimlerinin de aynı anda yapılmasını öngören düzenleme ile birlikte değerlendirdiğimizde karşı karşıya kalacağımız rejimin, yürütme gücünü şahsında toplayan kişiye bağlı bir otokrasi olmayacağını, en azından buna imkan vermeyeceğini söylemek gerçekten zordur.

Zaten bu nedenlerle 6771 sayılı Kanun'un demokratik, güçler ayrılığına dayanan bir başkanlık hükümeti sistemi getirmediği; dünyada mevcut demokratik hükümet sistemleri içinde görülmemiş bir kuvvetler birliği sistemini düzenlediği ileri sürülmektedir. Başkanlık sisteminde yer almayan fesih yetkisinin karşılıklı seçimleri yenileme yetkisi olarak 6771 sayılı Kanunda düzenlenmiş olması, Kanun'un öngördüğü hükümet sisteminin demokratik bir başkanlık hükümeti sistemi olmadığına dair sunulan temel kanıtlardan biridir.

6771 sayılı Kanunun önerdiği modelde, denge ve denetleme mekanizmalarının bulunmaması, Cumhurbaşkanı'na üst düzey kamu görevlilerini atama, elçileri atama süreçlerinde Meclis denetimine olanak tanınmaması, özetle Cumhurbaşkanı'nın

siyasi sorumsuzluğu muhafaza edilmesi, sadece ceza hukuku yönünden kullanılması neredeyse imkansız olan bir suçlama mekanizması öngörülürken bir denge ve denetleme organı olarak Meclis'in yasama dönemi boyunca devre dışı bırakılması da sunulan kanıtlar arasındadır.

Üst düzey kamu görevlilerinin atanması yanında tüm bir yürütme gücünü tek başına temsil edecek Cumhurbaşkanı'nın yürütmenin örgütünü, idareyi tek başına çıkaracağı kararnameler ile düzenlemesi de çokça tartışılan bir konudur ve bu, idare hukuku bakımından 6771 sayılı Kanun'un getirdikleri, bu konuya münhasır bir oturumda tartışılacaktır.

6771 sayılı Kanun'un en çok tartışılan düzenlemesi mevcut Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nu, üye sayısını azaltarak Hakimler ve Savcılar Kurulu'na dönüştüren düzenlemesidir. Eleştiri, yargının verilen atama yetkileriyle birlikte artık tümüyle bir kişiye, monist yürütme gücüne bağlandığı yönündedir. Gerçekten de 6771 sayılı Kanun'un öngördüğü HSK'da, yargı ne yazık ki temsil edilmemektedir.

6771 sayılı Kanun'a yönelen eleştirilerden biri de bunun suistimalci bir anayasa değişikliği olup olmadığıdır. 2010 Anayasa değişikliği referandumu ile Anayasa'nın birden çok maddesi değiştirilmiş ancak temelde yargının yeniden dizaynı hedeflenmişti. Bunun olumsuz sonuçlarını, 15 Temmuz Darbe Girişimi ile gördük. Şimdi de haklı olarak, benzer şekilde referandumla yürürlüğe derhal girecek olan düzenleme, Hakimler ve Savcılar Kurulu'na ilişkin düzenleme olduğundan, amacın yargının yeniden dizayn edilmesi olup olmadığı sorulmaktadır.

Öte yandan teklifi hazırlayan partilerden Milliyetçi Hareket Partisi Başkanı Devlet Bahçeli, Anayasa sürecinin en başında, 6771 sayılı Kanun'u fiili duruma hukuki çerçeve kazandırmak diye gerekçelendirdi. Adalet Bakanı da Cumhurbaşkanı'nın 2015 Ağustos'unda Rize'de yaptığı konuşmada 'yağmurda ıslanmak' imgesi ile ilan ettiği fiili durumun bir gerçeklik olduğunu gayet veciz şekilde, 'Fiili başkanlık durumu yok mu? İstedığınız kadar yok deyin, var' diyerek vurguladı. Dolayısıyla 6771 sayılı Kanun'un istikrar için mi, fiili duruma sebebiyet veren Sayın Cumhurbaşkanı'nın mevcut konumunu hukukileştirmek için mi yapıldığı da çokça sorulan bir sorudur.

Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine ilişkin 2007 değişikliğinden sonra hükümet sisteminde değişiklik olup olmadığına ilişkin tartışmalarda, kişiye özel bir başkanlık rejimi tasarımının otokrat bir rejime yol açabileceğine dair yüzlerce makale okudu. Ve bugün de sanki bu makalelerde vurgulanan sonuca doğru koşan bir referandum sürecindeymiş gibi geliyor.

Ankara Barosu'nun Anayasa ve Kanun'dan doğan görevi, insan haklarını korumak ve savunmaktır. Elbette Ankara Barosu, Anayasa ve Kanun'dan doğan görevini ifa edecektir.”

Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri

OHAL, İHRAÇ KHK'LERİ VE HUKUKİ DURUM

Prof. Dr. Metin GÜNDAY*

1.Genel olarak OHAL ve OHAL KHK'lerinin hukuki rejimi

15 Temmuz darbe girişiminin hemen ardından, 20 Temmuz 2016 tarih ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile, Anayasanın 120 nci maddesi uyarınca “*şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması*” sebebiyle tüm ülkede 21 Temmuz 2016'dan başlamak üzere 90 gün süre ile olağanüstü hal ilan edilmiştir. Bu Bakanlar Kurulu kararı, Anayasanın 121 inci maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca Resmi Gazetede yayımlanarak TBMM'nin onayı sunulmuş ve TBMM'nin 21.07.2016 tarih ve 1116 sayılı kararıyla onaylanmış; daha sonra da her defasında üç ay olmak üzere iki kez uzatılmıştır.

Olağanüstü hal (OHAL), Anayasada düzenlenmiş bulunan olağanüstü hal yönetim usullerinden biri olup, kamu düzenini korumak ve sağlamak amacıyla kullanılan olağan kolluk yetkilerinin genişlemesine yol açar. Şöyle ki; Anayasanın 15 inci maddesinin 1 inci fıkrasına göre, olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek koşuluyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve özgürlüklerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı önlemler alınabilir. Bununla birlikte, aynı Anayasa maddesinin 2 nci fıkrasına göre, kişinin yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe

* T.C. Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz. Anayasanın 121 inci maddesinin 2 nci fıkrasına göre ise, 15 inci maddede belirtilen ilkeler doğrultusunda temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği önlemlerin ne surette alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenir. Anayasanın 121 inci maddesinin 2 nci fıkrasında sözü edilen Olağanüstü Hal Kanunu 12 Eylül askeri yönetimi tarafından çıkarılan ve halen de yürürlükte bulunan 25.10.1983 tarih ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunudur (OHAL Kanunu). Bu Kanunun 11 inci maddesinde, “*şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması*” nedeniyle ilan edilen olağanüstü halde alınacak olan önlemler ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Diğer yandan, Anayasanın 121 inci maddesinin 3 üncü fıkrasına göre, OHALde Yürütme Organının yasa gücünde düzenleme yapma yetkisi de genişletilmiş ve serbestleştirilmiştir. Şöyle ki; **olağanüstü hal süresince**, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanacak Bakanlar Kurulu'nca, **olağanüstü halin gerektirdiği konularda** kanun hükmünde kararname çıkarılabilecek ve bu kararnamelerle 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununda düzenlemiş olan önlemlerin yetersiz kalması halinde ilave önlemler öngörülebilecektir. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri (OHAL KHK'leri) olarak adlandırılan bu kararnameler, Anayasanın 91 inci maddesine göre çıkarılan olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinden çok farklı bir hukuk rejime tabi tutulmuştur. Bir defa, olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinden farklı olarak, OHAL KHK'lerinin çıkarılabilmesi için TBMM'nin bir yetki yasası ile vereceği bir yetkiye gerek olmadığı gibi, bu kararnamelerle Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel, haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasal hak ve ödevler de düzenlenebilir. Diğer yandan, bu kararnamelerin TBMM'ce onaylanmasına ilişkin usul ve esaslar da farklı olup, olağan dönem kanun hükmünde kararnamelerinin RG'de yayımlandıkları gün TBMM'nin onayına sunulması ve TBMM komisyonlarında ve Genel Kurulda öncelik ve ivedilikle görüşülmesi öngörülmüş iken, OHAL KHK'lerinin TBMM'ce onaylanmasına ilişkin usul ve esaslar TBMM İçtüzüğünde gösterilmiştir. TBMM İçtüzüğünün 136 ncı maddesine göre ise, OHAL KHK'leri otuz gün içinde görüşülüp karara bağlanacaktır. Nihayet olağan dönem kanun hükmünde kararnameleri Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi iken, OHAL KHK'lerinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez (AY md.148/1).

Evet, OHAL KHK'leri ile Yürütmenin yasa gücünde düzenleme yapma yetkisi alabildiğine genişletilmiş ve serbestleştirilmiştir. Lakin gerek Anayasanın

15 inci maddesi ve gerekse 121 inci maddesinin son fıkrası ile bu yetkiye bazı sınırlar konmuştur. Şöyle ki;

- Yürütmenin OHAL KHK çıkarma yetkisi bir defa *yer yönünden* sınırlandırılmıştır. OHAL KHK'leri ile OHAL ilan edilen bölge/bölgelerde uygulanabilecek düzenlemeler yapılabilecektir.
- Yürütmenin bu yetkisi *konu yönünden* de sınırlandırılmıştır. OHAL KHK 'leri ancak olağanüstü halin gerektirdiği konularda çıkarılabilir. Olağanüstü halin gerektirdiği konular düzenlenirken de, Anayasanın 15 inci maddesinin 2 nci fıkrasında sayılan temel hak ve özgürlükler ile güvencelere dokunulamayacağı gibi, düzenlemeler “*durumun gerektirdiği ölçüde*” olmak zorundadır.
- Nihayet Yürütmenin OHAL KHK'leri çıkarma yetkisi *zaman yönünden* de sınırlandırılmıştır. Nasıl ki OHAL Kanunu ancak olağanüstü hal süresinde uygulanabilecek ise, OHAL KHK'leri de olağanüstü hal süresince uygulanabilecek ve OHAL kalktıktan sonra uygulamadan kalkacaktır. Bir başka ifade ile, OHAL KHK'lerinde, OHAL süresinden sonra da uygulanabilecek düzenlemelere yer verilemeyecektir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, OHAL KHK'leri ile yürürlükte bulunan kanunların değiştirilmesi ya da yürürlükten kaldırılması da olanaksızdır. Zira aksi takdirde OHAL KHK'leri ile getirilen kuralların olağanüstü hal sona erdikten sonra da yürürlüğünü korumuş ve geçerliliğini sürdürmüş olacaktır.

2. 20 Temmuz 2016 tarihinden sonra çıkarılan OHAL KHK'lerinin irdelenmesi

OHAL KHK'lerinin biraz önce belirtilen anayasal sınırları dikkate alındığında, 20 Temmuz 2016 tarihinden çıkarılan kararnamelerin bu anayasal sınırları aştığı saptanmaktadır. Şöyle ki:

- Bir defa, bu kararnamelerin bazılarında olağanüstü halin gerektirdiği konulardan uzaktan yakından ilgisi olmayan konular düzenlenmiştir. Örneğin 01.09.2016 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 674 sayılı KHK ile ÖYP kapsamında olan ve 2577 sayılı Yükseköğretim Kanununun 33 üncü maddesine göre istihdam edilen arayırma görevlilerinin aynı Kanunun 50/d maddesinde belirlenen araştırma görevliliği kadrosuna nakledilmeleri öngörülmüştür. 29 Ekim 2016 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 676 sayılı KHK ile 2547 sayılı Kanunun rektor seçimi düzenleyen 13 üncü maddesi

değiştirilmiş ve üniversite öğretim üyelerince yapılan seçim kaldırılarak rektor seçimi yetkisi YÖK ve Cumhurbaşkanına verilmiştir. 09 Şubat 2017 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 687 sayılı KHK ile 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa 65/A maddesi eklenmiş ve yolcu ve eşya taşımacılığında kullanılan araçlar için kış lastiği zorunluluğu getirilmiştir.

- Ayrıca, bu kararnamelerle yürürlükteki pek çok kanuna ek hükümler getirilmiş, bazı kanun hükümleri değiştirilmiştir. Yukarıda belirtilenler dışında, örneğin 06 Ocak 2017 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 680 sayılı KHK ile, 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 7271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu değiştirilmiş, 23 Ocak 2017 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 682 sayılı KHK ile ise 6741 sayılı Türkiye Varlık Fonu Yönetimi ve Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda değişiklikler yapılmıştır.
- Nihayet bu KHK'in pek çoğuyla, örneğin yüzlerce özel sağlık kurum ve kuruluşları, özel öğretim kurum ve kuruluşları ile özel öğrenci yurtları ve pansiyonları, vakıf ve dernekler ile bunların iktisadi işletmeleri, vakıf yükseköğretim kurumları, sendika, federasyon ve konfederasyonlar, özel radyo ve televizyon kuruluşları, gazeteler, dergiler ile yayınevleri ve dağıtım kanalları kapatılmak ya da onbinlerce kamu görevlisi, “*terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut irtibatı olduğu*” tespit edildiğinden bahisle, yöneltilen suçlamalara ilişkin herhangi bir yargı kararı ve hatta soruşturma dahi olmadan, bir daha kamu hizmetinde görevlendirilmemek üzere kamu görevinden çıkarılmak (ihraç edilmek) suretiyle olağanüstü halin sona ermesinden sonra da uygulanacak kurallar getirilmiştir.

3. OHAL KHK'lerinin yargısal denetimi

Anayasanın 148 inci maddesinin 1 inci fıkrasına göre, OHAL KHK'lerinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez. Bu Anayasa kuralının, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı bir yana, Anayasa ile çizilmiş sınırlar dahilinde çıkarılmış bulunan OHAL KHK'leri için geçerli olacağı kuşkusuzdur. Bir başka anlatımla, anayasa yargısı önüne getirilmiş olan bir kararnamenin Anayasanın çizdiği sınırlar dahilinde çıkarılmış bir OHAL KHK'si mi; yoksa adı OHAL KHK'si olmakla birlikte yer, konu ve zaman yönünden yetki kurallarına açıkça aykırı olarak çıkarılmış bir kararname mi olduğu Anayasa Mahkemesince öncelikle

belirlenmelidir. Böyle bir belirleme yapıldıktan sonra, OHAL KHK'si söz konusu ise bunun denetlenememesi; aksi takdirde -adı OHAL KHK'si olsa bile- böyle bir kararnamenin olağan bir kanun hükmünde kararname olarak denetlenmesi ve yetki yasasından yoksun olması nedeniyle de iptali gerekir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, 1990'lı yıllarda Güneydoğu Anadolu Bölgesinde uygulanan OHAL döneminde çıkarılmış olan bazı KHK hükümlerini, OHAL KHK'leri için Anayasada konulan ilke ve kurallara aykırı bulmuş ve bu KHK hükümlerini olağan kanun hükmünde hükümleri olarak niteleyerek, Anayasanın 91 inci maddesinde öngörülen bir yetki yasasına dayanmadığı ve bu nedenle anılan maddeye aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir. Şöyle ki:

Anayasa Mahkemesi, 10.01.1991 gün ve E.1990/25, K.1991/1 sayılı kararı ile, 425 sayılı “2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu ile 285 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin 2935 sayılı Kanunun kimi hükümlerini değiştiren 1, 2 ve 3 üncü maddelerini, “bu tür KHK'lerle yasalarda değişiklik yapılamaz” gerekçesiyle iptal etmiştir^[1]. Anayasa Mahkemesi, 03.07.1991 gün ve E.1991/6, K.1901/20 sayılı kararı ile ise, “430 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin olağanüstü hal valisine olağanüstü hal ilan edilen bölgeler dışındaki bölgelerde de kullanabileceği yetkiler veren 1, 5 ve 6 ncı madde hükümlerini iptal etmiştir^[2]. Nihayet Yüksek Mahkeme, 22.05.2003 gün ve E.2003/28, K.2002/42 sayılı kararı ile, “285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 425 sayılı Kanun Hükmünde Kararname” ile yeniden düzenlenen ve “Olağanüstü Hal Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz” hükmünü içeren 7 nci maddesini, Anayasanın 125 inci maddesine göre olağanüstü hallerde yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin sınırlanabileceği ve fakat iptal davası açma yolunun yasa ile olsa dahi engellenemeyeceği gerekçesiyle iptal etmiştir^[3].

Ancak Yüksek Mahkeme, 25.07.2016 tarih ve 669 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınması ve Milli Savunma Üniversitesi Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname” hükümlerinin iptali istemiyle açılan davada, eski içtihatla bir olağanüstü hal KHK'sinin gerçekten Anayasanın 121. maddesinde öngörülen KHK olup

[1] RG.05.03.1992-21162

[2] RG.08.03.1992-21165

[3] RG.16.03.2004-25404

olmadığını belirlemek için yer, zaman ve konu bakımından inceleme yaptığını ve fakat böyle bir incelemenin Anayasanın 148 inci maddesine aykırı olacağını belirterek, eski içtihadındaki yaklaşımını tamamen terk etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre:

“Anayasa Mahkemesinin, olağanüstü hal KHK’sı şeklinde yapılan düzenlemelerin gerçekten olağanüstü hal KHK’sı olup olmadığını belirlemek için yer, zaman ve konu ölçütlerini esas alarak yaptığı inceleme, KHK kurallarının içeriğinin değerlendirilmesini gerektirmektedir ... Bu yaklaşım, Anayasanın 148. Maddesindeki şekil ve esas bakımından denetim yasağını tamamen anlamsız ve işlevsiz hale getirmektedir...”^[4]

Böylece, Anayasa Mahkemesinin bu yeni yaklaşımı karşısında, Anayasa ile konulmuş olan sınırları açıkça aşan 20 Temmuz 2016 sonrası bu günkü OHAL KHK’lerinin anayasa yargısında denetlenmesi artık mümkün değildir.

4. 20 Temmuz 2016 tarihinden sonra çıkarılan ihraç kararları ve ihraç işlemlerinin yargısal denetimi

20 Temmuz 2016 tarihinden sonra çıkarılan OHAL KHK’leri ile, “terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum ve gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı” olduğu gerekçesiyle, pek çok kamu görevlisi (yargı mensupları, TSK mensupları ve öğretim elemanları, öğretmenler), ya bu kararlara dayanılarak ya da doğrudan doğruya bu kararlara, bir daha kamu hizmetinde istihdam edilmemek üzere kamu görevinden ihraç edilmiştir.

20 Temmuz’dan sonra çıkarılan 667 sayılı KHK’nin 3 ve 4 üncü maddelerinde, sözü edilen gerekçeyle yargı mensupları ile bu meslekten sayılanların ve kamu görevlilerinin biri idari kararla meslekten çıkarılmaları/kamu görevinden çıkarılmaları öngörülmüştür^[5]. Kısaca belirtmek gerekir ise, bu kamu görevlilerinden yargı mensuplarının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) kararı ile, diğerlerinin ise istihdam edildikleri idare ve kurumlarda kurulacak bir komisyonun yapacağı değerlendirmelere dayanılarak tesis edilecek olan bir idari işlem ile ihraç edilmeleri hüküm altına alınmıştır. Bunlardan yargı mensuplarının meslekten çıkarılmalarına ilişkin olan HSYK kararlarının idari yargıda denetlenebileceği düşünülebilir ise de, Yüksek İdare Mahkemesi Danıştay

[4] Bkz. AYM 12.10.2016 gün ve E.2016/167, K.2016/160 sayılı kararı, RG.04.11.2016-29878

[5] “Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname”. Bu KHK 18.06.2016 tarih ve 6749 sayılı Kanun ile değiştirilerek kabul edilmiş olmakla birlikte, bu kararnamenin ihraçlara ilişkin hükümlerinde esaslı bir değişiklik yapılmamıştır.

bu idari kararların denetlenemeyeceği yönünde içtihat oluşturmuştur^[6]. Buna karşılık, diğer kamu görevlileri hakkında 667 sayılı KHK'ye dayanılarak alınan idari kararlara karşı dava açılacak ve fakat bu davalarda yürütmenin durdurulması kararı verilemeyecektir (667 sayılı KHK md. 10, 6749 sayılı Kanun md. 10). Ancak OHAL ortamında yapılacak bir idari yargı denetiminin ne denli sağlıklı ve etkili olacağı tartışmaya açıktır.

667 sayılı KHK'den sonra, kamu görevlilerinden “*terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum ve gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı*” olduğu belirtilen kamu görevlilerinin ihracında farklı bir yol izlenmiştir. Şöyle ki; 667 sayılı KHK'den sonra çıkarılan KHK'lerle, bu KHK'lere ekli listelerde isimlerine yer verilmek suretiyle, bir başka işleme gerek olmaksızın, onbinlerce kamu görevlisi bir daha istihdam edilmemek üzere kamu görevinden ihraç edilmişlerdir. Bir başka anlatımla, bu kamu görevlilerinin ihracı, doğrudan doğruya kanun gücünde olan düzenleyici bir Yürütme işlemi ile gerçekleştirilmiştir. Danıştay ve Danıştay'ın yaklaşımı doğrultusunda idare mahkemeleri, bu ihraç işlemlerinin Anayasanın 121 inci maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan yasa gücündeki KHK'lerle yapıldığı gerekçesiyle, bu ihraç işlemlerini denetmemektedirler^[7]. Dolayısıyla, onbinlerce kamu görevlisi hakkında tesis edilen bu ihraç işlemlerine karşı iç hukukta etkili bir yargısal korunma mevcut değildir.

İç hukukta etkili bir yargısal başvuru yolunun olmaması nedeniyle sözü edilen ihraç işlemlerine karşı Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılması düşünülebilir ise de, Yüksek Mahkemenin yaklaşımı, biraz önce açıklandığı üzere, OHAL KHK'lerinin hiçbir surette denetlenemeyeceği yönündedir.

5. “Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu”

Doğrudan doğruya OHAL KHK'leri ile gerçekleştirilen ihraç işlemlerine karşı iç hukukta bir yargısal korunmanın bulunmaması sonucu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılacak onbinlerce başvuruya bir set koymak istenmiş olacak ki, 685 sayılı “*Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*” çıkarılmış ve 23.01.2017 tarih ve 29957 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe sokulmuştur.

[6] Bkz. Da. 5D. 04.10.2016 gün ve E.2016/196, K.2016/4066 sayılı kararı

[7] Bkz. Da. 5D. 04.10.2016 gün ve E.2016/8136, K.2016/4076 sayılı kararı

685 sayılı KHK ile, “Anayasanın 120 nci maddesi kapsamında ilan edilen ve 21/7/2016 tarih ve 1116 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararıyla onaylanan olağanüstü hal kapsamında terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, aidiyeti, iltisakı veya bunlara irtibatı olduğu gerekçesiyle başka idari işlem tesis edilmeksizin doğrudan kanun hükmünde kararname hükümleri ile tesis edilen işlemlere ilişkin başvuruları değerlendirmek üzere “Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu” kurulması öngörülmüştür.

OHAL İşlemlerini İnceleme Komisyonu yedi üyeden oluşacak; bu üyelerden üçü kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından, bir üye Adalet Bakanlığının merkez teşkilatı ile bağlı ya da ilgili kuruluşlarında çalışan hakim ve savcılar arasından Adalet Bakanı tarafından, bir üye mülki idare amirleri sınıfına mensup personel arasından İçişleri Bakanı tarafından, birer üye Yargıtayda ve Danıştayda görev yapan tetkik hakimleri arasından HSYK tarafından belirlenecek ve Komisyon kendi üyeleri arasından bir başkan ve bir başkan vekili seçecektir.

Komisyonun görev süresi iki yıl olacak ve fakat bu süre Bakanlar Kurulu kararıyla birer yıllık sürelerle uzatılabilecektir. Komisyonun ilk üyeleri de iki yıl görev yapacaktır. Ancak sürenin uzatılmasına karar verildiği takdirde aynı usulle yeni üyeler seçilecektir. Komisyonun sekteterya hizmetleri Başbakanlık tarafından yerine getirilecek, bu hizmetler için yeteri kadar personel Komisyona tahsis edilecektir.

Komisyon, OHAL KHK'leri ile bir başka işleme gerek olmaksızın doğrudan tesis edilen işlemler hakkında yapılacak başvuruları değerlendirip karara bağlayacaktır. Ancak kanun yollarının açık olduğu işlemler; örneğin biraz önce gördüğümüz 667 sayılı KHK uyarınca bir idari karar ile tesis edilmiş olan ihraç işlemleri hakkında ayrıca başvuru yapılamayacaktır (685 sayılı KHK md.2/3). Ayrıca HSYK kararı ile meslekten çıkarılan yargıç ve savcılar da, 685 sayılı KHK'nin yayımlandığı tarihten itibaren altmış gün içinde Danıştay'da dava açabileceklerinden, bu ihraç işlemlerine karşı da Komisyona başvurulamayacaktır (685 sayılı KHK Geçici Madde 1/4)^[8].

Komisyona başvuru süresi altmış gün olarak belirlenmiştir. Bu süre, Komisyonun başvuruları alma tarihinden önce yürürlüğe konulan kararnemelerle ilgili başvurular için, Komisyonun başvuruları alma tarihinden itibaren; bu tarihten

[8] Bu kapsamda idare mahkemesinde derdest olan davalar da Danıştay'a gönderileceği gibi, bu KHK'nin yayımı tarihinden önce açılmış olup da karar vedrilen dosyalar hakkında da bu geçici madde hükmü uygulanacaktır.

sonra yürürlüğe sokulacak kararnamelerle ilgili olarak ise bu kararnamelerin Resmi Gazetede yayımlandığı tadrıhten itibaren işlemeye başlayacaktır^[9].

Komısyonun çalışma usul ve esasları, Komısyonun teklifi üzerine Başbakanlık tarafından belirlenip, ilan edilecektir. 685 sayılı KHK’de de, Komısyonun yapılacak başvuruları bir ön incelemeden geçireceği, ön incelemeden geçmiş olan başvuruların incelemeye alacağı, incelemenin evrak üzerinden yapılacağı, inceleme için gerekli olan bilgi ve belgelerin ilgililerden istenebileceği düzenlenmiştir.

Komısyon, incelemesi sonucunda başvurunun reddine ya da kabulüne karar verecektir.

Komısyonun başvuruların reddine dair kararlarına karşı HSYK tarafından belirlenecek Ankara İdare Mahkemesinde iptal davası açılacaktır.

Komısyon başvurunun kabulüne karar verdiğinde ise, bu karar Devlet Personel Başkanlığına bildirilecek, bildirilen personelin atamaları (statü, ünvan ve yürüttükleri görevler itibariyle başka kurumlarda görevlendirilmeleri mümkün olmayanlar hariç) daha önce istihdam edildikleri kurumlar dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarında eski statülerine ve ünvanlarına uygun kadro ve pozisyonlara Devlet Personel Başkanlığı tarafından gerçekleştirilecektir.

Bir defa, Komısyonun üyelerinin seçilme yöntemi bu Komısyonun bağımsızlığını gölgelemektedir. Komısyon üyelerinin görevlerinin iki yıl sona ermesi ve Komısyonun görev süresinin uzatılması halinde yerlerine aynı yöntemle yeni üyelerin seçilmesi sorunludur. Ayrıca Komısyonun kendisine ait bir sekreteryanının olmaması ve sekreterya hizmetlerinin Başbakanlık tarafından yerine getirilmesi de sorunludur. Nihayet, her ne kadar Komısyon üyelerinin görev sürelerince görevlerinden alınamamaları bir güvence ise de, görevden alınma nedenlerinden biri olarak “*Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatlı olduğu gerekçesiyle hakkında Başbakanlıkça idari soruşturma başlatılması veya soruşturma izni verilmesi*” ne de yer verilmiş olması, Komısyonun her türlü etkiden bağımsız olarak görev yapmasını engelleyebilir.

[9] Geçici Madde 1/2 uyarınca Komısyon tarafından başvuruların alınmaya başlayacağı tarih, bu maddenin yayımlandığı tarihten itibaren altı ayı geçmemek üzere Başbakanlık tarafından ilan edilecektir. Belirtelim ki, Geçici Madde 1/1 uyarınca Komısyonun ilk üyelerinin bu maddenin yayımı tarihinden itibaren bir ay içinde seçilmesi gerekmekte olup, 685 sayılı KHK’nın 23.01.2017 tarihinde yayımlanmış olmasına karşın, bugüne kadar Komısyon üyeleri henüz seçilmemiştir.

Diğer yandan, çalışma usul ve esasları Başbakanlıkça belirlenecek olan Komisyon, incelemesini dosya üzerinden yapacaktır. Başvuru sahibinin Komisyon önünde dinlenmesi söz konusu olmayacaktır. Kaldı ki, yapılacak onbinlerce başvurunun sağlıklı bir biçimde inceleneceği kuşkulu olup, incelemenin makul bir süre içinde tamamlanması da olanaksızdır^[10].

Nihayet Komisyonun başvuruyu reddetmesi durumunda ilgilinin HSYK tarafından belirlenecek Ankara İdare Mahkemesine (özel yetkili ve görevli idare mahkemesine) başvurarak iptal davası açma imkanı getirilmekte ise de, böyle bir davada dava konusu yapılacak olan işlem ihraç işlem olmayıp, Komisyonun red işlemi olacağından, verilecek bir iptal kararı ile ihraç işlemi değil ve fakat Komisyon kararı iptal edilmiş olacak ve başvuranın mağduriyeti tam anlamıyla giderilemeyecektir. Şöyle ki; başvuru sahibi iptal kararı ile -olsa olsa- başvurusunun Komisyonca reddedildiği tarihten sonraki haklarını elde edebilecek; ama ihraç tarihinden başvurusunun Komisyonca reddedildiği tarihe kadar geçecek çok uzun bir süreye ait haklarından yoksun kalacaktır. Komisyonun başvuruyu kabul etmesi halinde de bu yöndeki karar, başvuru sahibi hakkında Devlet Personel Başkanlığınca tesis edilecek bir “*açıktan atama*” işleminin tesisine yol açacak ve başvuru sahibi ancak bu atama işleminin tesis edilmesinden sonra haklarına kavuşabilecektir.

Özetle, Komisyona yapılacak bir başvurunun etkili bir başvuru olamayacağı ve bu başvuru üzerine verilecek Komisyon kararı sonrasındaki bir yargısal iptal kararının ya da açıktan atama işleminin ise ihraç edilenlerin mağduriyetlerini tam olarak karşılayamayacağı açıktır.

[10] 685 sayılı KHK'nin 7 nci maddesinin 2 nci fıkrasına göre, bu Kararname kapsamında yapılacak olan başvurular hakkında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10 uncu maddesinin 2 nci fıkrası hükmü uygulanmayacaktır. Böylece yapılan başvurunun altmış gün içinde sonuçlandırılmaması halinde bir zımni red kararının oluşması ve başvuru sahibinin de bu kararın iptali istemiyle idari yargıda dava açması mümkün olamayacaktır.

15 TEMMUZ KARARNAMELERİ

Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukukî Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme*

Kemal GÖZLER**

Özet: Makalede 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsünden sonra çıkarılan olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin hukukî rejimi, yetki, sebep, usûl, şekil, konu, süre ve denetim unsurları açısından incelenmektedir. Bu olağanüstü hâl KHK'lerinde, olağanüstü hâl ilânın amacıyla ilgisiz pek çok hüküm vardır. Makalede 15 Temmuz kararnameleriyle olağanüstü hâl KHK'si kurumunun normal hukukî rejiminin ifsat edildiği sonucuna varılmaktadır.

15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsünden bu yana, ilki 23 Temmuz 2016 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK), sonuncusu 9 Şubat 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 687 sayılı KHK olmak üzere toplam 21 adet olağanüstü hâl KHK'si yayınlandı. Bunlar ekleriyle birlikte bin sayfadan uzun bir külliyat oluşturuyor.

Bu KHK'ler, gerek kamuoyunda gerekse doktrinde çok tartışılıyor ve 7 Şubat 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 686 sayılı KHK ile FETÖ ile ilgisi olmayan öğretim üyelerinin de kamu görevinden çıkarılması sonucunda bu tartışma daha da yoğunlaştı.

Burada önce olağanüstü hâl KHK'lerinin genel hukukî rejimini unsur unsur inceleyeceğiz; sonra da her bir unsur açısından 15 Temmuz darbe teşebbüsünden sonra çıkarılan olağanüstü hâl KHK'lerinin hukuka uygunluğunu değerlendirmeye çalışacağız. Yetki unsuruyla işe başlayalım:

I. YETKİ UNSURU

Açıklama.- Anayasamıza göre olağanüstü hâl KHK'si çıkarma yetkisi, “Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu”na aittir (m.121/3). Olağan dönem KHK'leri için TBMM tarafından çıkarılacak bir yetki kanununa ihtiyaç var iken (m.91/1-2), olağanüstü hâl KHK'leri için böyle bir yetki kanununa ihtiyaç yoktur (m.91/5).

Değerlendirme.- Bu unsur bakımından 15 Temmuz sonrası çıkarılan KHK'lerde *anayasaya aykırılık yoktur*. Bütün KHK'lerin altında Cumhurbaşkanı, Başbakan ve bütün bakanların imzaları vardır.

II. SEBEP UNSURU

Açıklama.- Olağanüstü hâl KHK'leri “sebebe bağlı işlemler”dir. Olağanüstü hâl KHK'lerinin sebep unsuru Anayasada belirtilmiştir. Anayasamıza göre olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin sebep unsurunu, “olağanüstü hâller” oluşturur. Buna göre, yetkili makamın, yani Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun olağanüstü hâl KHK'si çıkarabilmesi için, ülkede daha önceden ilân edilmiş bir olağanüstü hâlin olması gerekir.

Değerlendirme.- Bu unsur bakımından 15 Temmuz sonrası çıkarılan KHK'lerde *Anayasaya aykırılık yoktur*. Çünkü bu KHK'ler çıkarılmadan önce, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, 20 Temmuz 2016 tarih ve 2016/9064 sayılı kararıyla olağanüstü hâl ilân etmiştir^[1]. Bu ilân kararı da Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 21 Temmuz 2016 tarih ve 1116

* Bu makalenin hazırlık versiyonu ilk defa *anayasa.gen.tr*'de 17 Şubat 2017 tarihinde yayınlanmıştır.

** Prof. Dr. K. Gözler, Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi emekli öğretim üyesidir. <http://www.anayasa.gen.tr/gozler.htm>.

Okuyucularımın hoşgörüsüne sığınarak kişisel bir not düşme ihtiyacını hissediyorum: Gerek olağan dönem KHK'leri gerekse olağanüstü hâl KHK'leri hakkında geçmişte çok yazdım. KHK'ler konusunda 2000 yılında 300 sayfalık *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi* (Bursa, Ekin, 2000) başlıklı bir monografi yayınladım. Aynı konu *Türk Anayasa Hukuku* isimli kitabımda 159 sayfa (Bursa, Ekin, 2000, s.651-809), *İdare Hukuku* (Bursa, Ekin, 2. Baskı, 2009, c.I, s.1176-1236) isimli kitabımda 61 sayfa boyunca incelenmektedir. Sadece KHK'ler konusunda değil, olağanüstü hâl rejimleri konusunda da çok yazdım. Olağanüstü yönetim usûlleri konusu *Türk Anayasa Hukuku* kitabımda 22 sayfa (*op. cit.*, s.809-830), *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi* isimli kitabımda 32 sayfa boyunca (Bursa, Ekin, 2011, c.II, s.379-410) incelenmiştir. Yine aynı konuda 1990 yılında yayınlanmış 30 sayfalık bir makalem de vardır (Kemal Gözler, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 47, Sayı 4, Ağustos 1990, s.561-590). Keza ders kitaplarımda da aynı konuya adanmış pek çok sayfa vardır.

sayılı Kararla onaylanmıştır^[2]. Olağanüstü hâlin süresi, daha sonra, 11 Ekim 2016 ve 3 Ocak 2017 tarihli TBMM kararlarıyla üçer ay süreyle uzatılmıştır^[3].

Bununla birlikte, çıkarılan KHK'lerin değil, ama belki dayanağı olan olağanüstü hâl ilân kararının kendisinde şöyle bir Anayasaya aykırılık olduğu düşünülebilir: Anayasamıza göre (m.122) “ayaklanma olması” olağanüstü hâl sebebi değil, “sıkıyönetim” ilân sebebidir. Olağanüstü hâl sebebi ise “şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi bir şekilde bozulması”dır (m.120). 15 Temmuz darbe girişimi, “şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi bir şekilde bozulması” olayı mıdır; yoksa bir “ayaklanma” olayı mıdır? Eğer

Olağanüstü hâl rejimleri ve KHK'ler üzerine o kadar çok yazdım ki, artık bu konularda bir şey yazmak bana sıkıntı veriyor. O nedenle 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsünden sonra, KHK'ler konusu yine gündeme geldiğinde, bu konuda tekrar yazma isteğini ve enerjisini bulamadım. Zaten bu konuda söyleyeceğim her şeyi genel ve teorik olarak da olsa, daha önce yayınlanmış kitap ve makalelerimde söylemişim. 15 Temmuz darbe teşebbüsünden sonra çıkarılan olağanüstü hâl KHK'leri hakkında özel olarak söylenebilecek birkaç şeyi de ders kitaplarımda 2016 yılının Ağustos-Ekim aylarında yapılmış yeni baskılarında birkaç sayfa içinde de olsa zaten söylemişim. Örnek olarak *İdare Hukuku Dersleri* (G. Kaplan ile birlikte) kitabımın Ağustos 2016'da yapılan 18'inci baskısının 429-436; *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* kitabımın Ağustos 2016'da yapılan 20'nci baskısının 367-371'inci sayfalarına; *Türk Anayasa Hukuku Pratik Çalışmaları* isimli kitabımın Ekim 2016'da yapılan 7'nci baskısının 283-297'nci sayfalarına bakılabilir.

Bu nedenle benim 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsünden sonra çıkan KHK'ler hakkında, teorik anlamda söyleyecek yeni bir sözüm yok. Bu makalede söylediğim teorik şeyleri zaten esasen daha önce söyledim. Ama uygulamada ortaya çıkan durumun vahameti karşısında, şimdiye kadar teorik olarak söylediklerimi bir kez daha özetleyerek ve altını çizerek ve 15 Temmuz sonrası çıkarılan KHK'lerin maddelerinden somut örnekler de vererek, yüksek sesle söylemekte yarar görüyorum.

Başlamadan önce, yine okuyucularımdan beni mazur görmelerini rica ederek, bir kişisel not daha düşmek istiyorum: Ben olağanüstü hâl rejimine ve olağanüstü hâl KHK'si kurumuna karşı çıkmış bir anayasa hukukçusu değilim. Her iki kurum da geçmişte savundum. Dahası geçen sene yazdığım “Anayasasızlaştırma” başlıklı makalemde Güneydoğu bölgemizde bazı ilçelerde uygulanan sokağa çıkma yasağı ile ilgili olarak, söz konusu bölgede olağanüstü hâl ilân edilmesini önerdim (Kemal Gözler, “1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme”, <http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf>, s.4-8).

Bu iki kişisel nottan başka bir de konuyla ilgili bir not düşmek isterim: Bu makalenin olağanüstü hâl KHK'lerini bütün yönleriyle incelemek gibi bir iddiası yoktur. Burada sadece 15 Temmuz darbe teşebbüsünden sonra çıkarılan olağanüstü hâl KHK'lerinin taşıdığı farklı özellikler açısından konuya yaklaşılmıştır. Bu makalede değinilmeyen hususlar hakkında üç paragraf yukarıda belirttiğim makale ve kitaplarıma bakılabilir.

- [1] 20 Temmuz 2016 tarih ve 2016/9064 Sayılı “Ülke Genelinde Olağanüstü Hâl İlânına Dair Bakanlar Kurulu Kararı”, *Resmî Gazete*, 21 Temmuz 2016, Sayı 29777.
- [2] *Resmî Gazete*, 22 Temmuz 2016, Sayı 29778.
- [3] 11 Ekim 2016 tarih ve 1130 sayılı Olağanüstü Halin Uzatılmasına Dair TBMM Kararı, *Resmî Gazete*, 13 Ekim 2016, Sayı 29856; 3 Ocak 2017 tarih ve 1134 sayılı Olağanüstü Halin Uzatılmasına Dair TBMM Kararı, *Resmî Gazete*, 5 Ocak 2017, Sayı 29939.

darbe teşebbüsü, bir ayaklanma olayı ise, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun ilân etmesi gereken olağanüstü yönetim usûlü, “olağanüstü hâl” değil, “sıkıyönetim” idi.

Diğer yandan olağanüstü hâl ilanına ilişkin 20 Temmuz 2016 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ve onaylanmasına ilişkin 21 Temmuz 2016 tarihli TBMM kararının hukuka uygun olduğu düşünülse bile, olağanüstü hâlin süresinin üçer ay süreyle uzatılmasına ilişkin, 11 Ekim 2016 ve 3 Ocak 2017 tarihli TBMM kararlarının hukuka uygunluğu ayrıca tartışmalıdır. Zira olağanüstü hâl ancak, olağanüstü hâl ilanını gerekli kılan sebepler var ise ilân edilebileceği gibi, hâlâ bu sebepler varlığını sürdürüyorsa, süresi uzatılabilir. İlk üç aydan sonra Türkiye’de olağanüstü hâl ilân edilmesi sebeplerinin artık kalmadığı, kamu düzeninin tesis edildiği düşüncesi doğru ise uzatma kararı hukuka aykırıdır. Ne var ki, olağanüstü hâl uzatılmasına ilişkin TBMM kararı bir “parlamento kararı”dır ve yargı denetimine tâbi değildir.

III. USÛL VE ŞEKİL UNSURU

Önce bu unsurun açıklamasını, sonra da bu unsur açısından söz konusu 15 Temmuz kararnamelerinin değerlendirmesini yapalım:

A. AÇIKLAMA

Anayasamızın 121’inci maddesinin 3’üncü fıkrasına göre, olağanüstü hâl KHK’leri, “Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların Meclişçe onaylanmasına ilişkin süre ve usûl İçtüzükte belirlenir”. İçtüzüğün 128’inci maddesine göre ise, TBMM olağanüstü hâl KHK’lerini otuz gün içinde görüşüp sonuçlandırır.

B. DEĞERLENDİRME

Bu unsur açısından bakıldığında, 15 Temmuz darbe teşebbüsünden sonra çıkarılan KHK’lerin, *aşağıdaki tereddütli hususlar dışında*, usûl ve şekil unsuru bakımından *Anayasaya uygun olduğunu söyleyebiliriz*. Bu KHK’lerin kendi metninde, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından kabul edildiği belirtilmektedir ve altlarında da Cumhurbaşkanı, Başbakan ve bütün bakanların imzaları vardır. KHK’ler, Resmî Gazetede yayınlanmış ve yayınlandıkları gün TBMM’nin onayına sunulmuşlardır.

Bununla birlikte usûl ve şekil unsuru bakımından bu KHK’lerin bazı yönlerinin *hukuka uygunluğu tartışmaya açıktır*. Şöyle:

1. KHK Metinleri ve Ekleri Gerçekten Bakanlar Kurulunun Belirtilen Toplantısında Görüşülmüş ve Kabul Edilmiş midir?

Hukukî niteliği açısından KHK, bir “kolektif işlem” dir. Dolayısıyla işlemin oluşabilmesi için, yetkili makamı teşkil eden kişilerin iradesinin hepsinin *aynı anda ve aynı yönde* açıklanması gerekir. Bunun için KHK'nin metninin ve eklerinin Bakanlar Kurulu toplantısından önce hazırlanmış olması ve Bakanlar Kurulu toplantısında metnin ve eklerinin okunması ve görüşülmesi gerekir. Metin ve ekleri okunmadan, bunlar görüşülmeden yapılan bir toplantıda irade açıklandığı söylenemez. Eklerde yer alan yüzlerce ve binlerce isim tek tek zikredilmeden, bu isimleri Bakanlar Kurulu üyeleri tek tek duymadan, onlar hakkında Bakanlar Kurulu üyelerinin iradelerini açıkladıkları ve dolayısıyla bir karar aldıkları söylenemez. Bakanlar Kurulunda oylama yapılmıyor olması bu durumu değiştirmez. Bu KHK'lerden bazılarının metninin ve onlarca ve bazılarının yüzlerce sayfalık eklerinin ilgili Bakanlar Kurulu toplantısında gerçekten görüşülüp görüşülmediği konusunda tereddüt uyandıran veriler vardır. Şöyle:

Farklı tarihlerde yayınlanmış KHK'ler aynı Bakanlar Kurulu toplantısının tarihini taşımaktadır. Örneğin

- 6 Ocak 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 679, 680 ve 681 sayılı KHK'ler,
- 23 Ocak 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 683, 684 ve 685 sayılı KHK'ler
- 7 Şubat 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 686 sayılı KHK,
- 9 Şubat 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 687 sayılı KHK,

olmak üzere toplam 8 (sekiz) adet KHK, bunların metinlerine göre, 2 Ocak 2017 tarihli Bakanlar Kurulu toplantısında kabul edilmiştir. Bu durum karşısında, sanıyorum, şu soruyu sormak hakkımızdır: Bu sekiz KHK'nin hepsi aynı Bakanlar Kurulu toplantısında görüşülüp kabul edildiyse, bu KHK'lerin hepsi neden aynı Resmî Gazetede (örneğin 679, 680, 681 sayılı KHK'lerin yayınlandığı 6 Ocak 2017 tarihli Resmî Gazetede) yayınlanmamıştır? Bunun sebebi nedir? 23 Ocak 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 683, 684 ve 685 sayılı KHK'ler, 7 Şubat 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 686 sayılı KHK ve 9 Şubat 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 687 sayılı KHK, hakkında tereddüt uyandıran gazete haberleri vardır.

Birinci haber, Başbakan Yardımcısı ve Hükümet Sözcüsü Numan Kurtulmuş'un bir açıklamasına ilişkin. Aynen aktarıyorum:

“Kurtulmuş, Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın başkanlığında Cumhurbaşkanlığı Külliyesi'nde gerçekleşen Bakanlar Kurulu toplantısı devam ederken gazetecilere açıklamalarda bulundu. (...)

Kurtulmuş, yeni Kanun Hükümünde Kararnamelere dair bir çalışma olup olmadığına ilişkin bir başka soru üzerine ise, ‘Yeni kanun hükümünde kararname hazırlıklarımız sürüyor büyük bir kısmı tamamlandı, son rötuşlar yapılıyor ve en kısa zamanda kamuoyuyla paylaşılacaktır’ dedi”^[4].

İkinci haber Başbakan Yardımcısı Nurettin Canikli'nin bir beyanına ilişkin. Habere göre 9 Şubat 2017 tarihinde yapılan AKP Grup Yönetim Kurulunda bazı AKP milletvekilleri, Başbakan Yardımcısı Nurettin Canikli'ye 686 sayılı KHK'nin ekindeki ihraç listesiyle ilgili sorular sormuş, Canikli, bunun üzerine “*listenin YÖK tarafından hazırlandığını, akademisyenlerle ilgili kararlar konusunda zaman zaman sıkıntı yaşadıklarını ve bunları düzeltme yoluna gittiklerini*” ifade etmiştir. Aynı habere göre Canikli, “*son kararname ile gündeme gelen eleştirilerin de değerlendirileceğini ve listenin YÖK tarafından yeniden değerlendirilmesinin isteneceğini*” ilave etmiştir^[5].

Ana Muhalefet Partisi Genel Başkanı Kemal Kılıçdaroğlu, 6 Ocak 2016 tarihinden sonraki tarihlerde yayınlanan olağanüstü hâl KHK'lerinin (bunlar 682-687 sayılı KHK'lerdir) gerçekte 2 Ocak 2017 tarihli Bakanlar Kurulu toplantısında görüşülmediğini, bu KHK'lerin daha sonra hazırlandığını ve Bakanlar Kurulu üyelerine daha sonra geriye dönük olarak imzalatıldığını iddia etmiştir. Konuyla ilgili haberi aşağıda aynen aktarıyorum:

“Kılıçdaroğlu KHK'lerin, Cumhuriyet tarihinde görülmemiş bir sahtekarlık olduğunu belirtti. Cumhurbaşkanı'nın Bakanlar Kurulu'na en son 2 Ocak'ta başkanlık ettiğini, bu tarihten sonra 9 kararname çıktığını söyleyen Kılıçdaroğlu, ‘2 Ocak'ta yapılan toplantının ardından 6 Ocak'ta bir dizi kararname yayımlandı. Bu tarihten sonra yayımlanan bütün kararnameler usulsüz. Süre ve kapsam bakımından sıkıntılar var. Bu kararnameler yetki bakımından da sorunlu. Saray karar veriyor, bakanlar imza atıyor, geriye dönük imza hali söz konusu, suçüstü haliyle

[4] “Bakanlar Kurulu Toplantısı”, HaberTürk, 2 Ocak 2017, <http://www.haberturk.com/yerel-haberler/haber/10561849-bakanlar-kurulu-toplantisi> (Habere bu açıdan vurguyu ilk defa Onur Karahanoğulları yapmıştır. Bkz.: <http://mulkiyehaber.net/yargi-yolu-kapali-olan-islemler-icin-yokluk-yaptirimi-kullanilabilir/>).

[5] “Yanlışlar düzelecek, liste yeniden YÖK'e gidecek”, Hürriyet, 10 Şubat 2017, <http://www.hurriyet.com.tr/yanlislar-duzelecek-liste-yeniden-yoke-gidecek-40361102>.

karşı karşıyayız. Bunun en büyük kanıtlarından biri de 2 Ocak toplantısına atfen bir kararnameyle ihraç edilenlerden bazıları, aynı toplantıya atfen ilân edilen bir başka kararnameyle göreve iade ediliyor' dedi"^[6].

Kemal Kılıçdaoğlu tarafından dile getirilen söz konusu iddia doğru ise, söz konusu KHK'ler, şekil unsuru bakımından sakattır. Keza bu ihtimalde ortada sadece şekil bakımından değil, aynı zamanda yetki bakımından da bir sakatlık vardır. Dolayısıyla bu ihtimalde söz konusu kararnameler her iki unsuru açısından da hukuka aykırı hâle gelir. Prof. Dr. Onur Karahanoğulları aynı gözlemleri yaptıktan sonra bu nedenle bu KHK'ler hakkında "yokluk" yaptırımının kullanılabilceğini yazmaktadır^[7].

2. KHK ile Bireysel İdarî İşlem Yapılabilir mi?

Hukukumuzda nadiren Ahmet'e, Mehmet'e ilişkin kanunlar vardır. Bir kanun veya kanun hükmünde kararname, bir düzenleyici işlemdir; kural olarak bu işlemlerde isim isim sayılarak kişilere ilişkin düzenleme yapılmaz. Bunlar genel, soyut, objektif, kişilik dışı hükümler içerir. Bireysel idarî işlemler ise, bireysel, kişisel, sübjektif, Ahmet'e, Mehmet'e ilişkin hükümler içerir. Ahmet'in kamu görevinden çıkarılması işlemi, bir düzenleyici işlem değil, bireysel işlemdir. Bu işlemin neden KHK ile yapıldığını ben anlamış değilim.

Hukukumuzda bir kamu görevlisinin kamu görevinden hangi tür işlemlerle ve nasıl çıkarılacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kamu görevlilerinin kamu görevinden çıkarılması için kullanılması gereken usûller bunlardır. Karşılaşılan olağanüstü hâl nedeniyle bu usûller yetersiz görülüyor, daha hızlı alternatif usûllere ihtiyaç duyuluyorsa, kanun yoluyla veya olağanüstü hâl KHK'si yoluyla, olağanüstü hâl durumunda, hangi kamu görevlilerinin hangi sebeplerle kamu görevinden uzaklaştırılacağı hüküm altına alınır ve bunun usûlü aynı şekilde düzenlenir. Bu düzenlemeye göre yetkili makamlar, öngörülen usûlü izleyerek, olağanüstü hâl sebebiyle ilgili olarak, söz konusu şartları gerçekleştiren kişilerin kamu görevinden uzaklaştırılmasına ilişkin bireysel idarî işlemleri tesis eder.

Nitekim 667 sayılı KHK'nin 4'üncü maddesinde kamu görevlilerinin, kamu görevinden bu şekilde çıkarılması usûlünü belirleyen bir düzenleme de yapılmıştır. 667 sayılı KHK'nin 4'üncü maddesinde düzenlenen usûlle alınan

[6] "Kılıçdaoğlu: KHK'ler sahte", *Cumhuriyet*, 14 Şubat 2017, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/675516/Kilicdaroglu_KHK_ler_sahte.html.

[7] Onur Karahanoğulları, "Yargı yolu kapalı olan işlemler için yokluk yaptırımını kullanılabilir", *Mülkiye Haber*, 12 Şubat 2017, <http://mulkiyehaber.net/yargi-yolu-kapali-olan-islemler-icin-yokluk-yaptirimi-kullanilabilir/>.

ihraç kararları, bir bireysel idarî karardır; bu kararın sorumluluğunu da bu kararda imzası bulunan kamu görevlileri taşır ve bu kararın yargısal denetimi de mümkündür.

Hukumumuzda genel olarak kamu görevinden çıkarma usûlü zaten var iken ve keza 15 Temmuz darbe girişimi sebebiyle kamu görevinden çıkarma usûlü 667 sayılı KHK'nin 4'üncü maddesinde ayrıca düzenlenmiş iken, bu usûller kullanılmayıp, kişilerin bir düzenleyici işlem olan KHK'nin ekindeki bir listede isim isim sayılarak kamu görevinden çıkarılması usûlünün sebebini anlamak mümkün değildir. Belki 15 Temmuz darbe teşebbüsünün hemen akabinde 27 Temmuz 2016 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 668 sayılı KHK'nin ekindeki listede isimleri sayılan yüksek rütbeli subayların idarî soruşturmanın sonuçlanması beklenmeden derhal kamu görevinden çıkarılması tedbiri gerekli ve ölçülü bir tedbir olarak görülebilir. Zira soruşturmaların sonucu beklendiği takdirde bu kişilerin geçen süre içinde tekrar bir darbe teşebbüsüne girişeceklerinden endişe duyulabilir. Ancak aynı argüman darbe teşebbüsünden altı ay sonra KHK ile atılan bir ilkokul öğretmeni için geçerli olamaz.

Yürütme organının en yüksek makamı olan Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun, sıradan idarî makamların uğraşması gereken bireysel idarî işlemlerle uğraşmak zorunda bırakılması hukuk tekniği açısından yanlıştır. Bunun altında kişilerin hak arama hürriyetini kullanmalarına engel olmak gibi bir kötü niyet veya bürokratların taşımaları gereken hukukî ve cezaî sorumluluğu Başbakan ve bakanların üzerine yıkmak gibi bir art niyet yoksa, bireysel idarî işlemleri bir düzenleyici işlem olan KHK yoluyla tesis etmenin mantıklı bir izahı yoktur.

Hatırlatmak isterim ki, KHK'lerin ekindeki listelerle görevine son verilen kişilerle ilgili bütün siyasî, hukukî ve cezaî sorumluluk, bu listeleri gerçekte hazırlayan bürokatlara veya Cumhurbaşkanına değil, sadece ve sadece KHK'nin altında imzası bulunan Başbakan ve bakanlara aittir.

Burada ayrıca belirtmek isterim ki, normalde bireysel işlemlerle yapılması gereken işlemleri, düzenleyici işlem olan KHK yoluyla yapmak, bu işlemlerin kalıcı olması sonucunu değil, istenilenin tam tersine, kalıcı olmaması sonucunu doğurabilir. Zira, bir düzenleyici işlem olan KHK, bütün hüküm ve sonuçlarıyla birlikte birkaç saat içinde yürürlükten kaldırılabilir. Binlerce kişi bir KHK ile bir gecede kamu görevinden çıkarılabileceği gibi Hükûmetin değişmesiyle aynı binlerce kişi bir başka KHK ile veya bir Kanunla bir gecede kamu görevine döndürülebilir. Ve üstelik böyle bir durumda pek muhtemelen listelerin içindeki isimler arasında herhangi bir ayırım da yapılmaz. Suçluların yanında masumların yandığı gibi, masumların yanında suçlular da kurtulmuş

olur. Suçluların yanında masumların yanması ne kadar yanlış ise, masumların yanında suçluların kurtulması da o kadar yanlıştır. Suçlu ile masumu ayıracak şey, bir düzenleyici işlem olan KHK değil, bireysel işlemlerdir.

* * *

KHK'lerin yazımına ilişkin şu hususu da belirtmek isterim: Kamu görevlilerinin kamu görevinden çıkarılmalarına ilişkin söz konusu KHK'lerde standart olarak şu ifade bulunmaktadır: “*Terör örgütlerine ... üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan ve ekli (...) sayılı listede yer alan kişiler kamu görevinden... çıkarılmıştır*”^[8]. Böylece devletimiz Resmî Gazetede yayınladığı bir işlemle vatandaşlarından bir kısmının “*terör örgütü üyesi olduğunu*” ilân etmektedir. Oysa bu şekilde resmen “*terör örgütü üyesi olduğu*” neşir ve ilân edilen vatandaşların bir kısmının “*terör örgütlerine ... üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı*” olduğuna ilişkin verilmiş bir mahkeme kararı yoktur. Bırakınız bir mahkumiyet kararını bunların bir kısmı hakkında açılmış bir ceza davası dahi yoktur.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, böyle bir mahkumiyet kararı olsa bile, hukuk devletinin cari olduğu bir ülkede, devlet, mahkûm olan bir kişinin ismini bu şekilde Resmî Gazetede yayınlamak teşhir edemez. Bu gayri medenî bir uygulamadır. Böyle bir uygulama devlet adabına da aykırıdır. Bu nedenle insanın aklına haklı olarak söz konusu KHK'ler hazırlanırken ilgili kişileri terzil etme saikiyle mi hareket edildiği sorusu gelmektedir. Bu saiki teyit eden izler, sadece KHK'lerin metinlerinde değil, eklerinde yer alan listelerde de görülüyor. Bazı listelerde, “*terör örgütü üyesi olduğu*” belirtilen kişilerin isimleri, görev yerleri, kurum sicil numaralarından başka, ay ve yıl olarak doğum tarihleri^[9], TC kimlik

[8] Örnek 7 Şubat 2017 tarih ve 29972 mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayınlanan 686 sayılı KHK, m.1'den alınmıştır (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/02/20170207M1-1.htm>).

[9] 7 Şubat 2017 tarihli ve 29972 sayılı mükerrer Resmî Gazetede yayınlanan 686 sayılı KHK'nin ekinde yer alan 1 no'lu listede Millî Eğitim Bakanlığında ihraç edilenler kısmında kişilerin isminin yanında ay ve yıl olarak doğum tarihleri de yazılmıştır (<http://213.14.3.44/20170207/20170207M1-1-1.pdf>).

numaraları^[10] ve hatta baba adları^[11] yayınlanmıştır^[12]. Vele ki oğlu terörist olsun, babasının adı niye Resmî Gazetede neşir ve ilân ediliyor? Söz konusu kişiyi belirlemek için adı soyadı, son görev yeri, kurum sicil numarası yeterli değil mi? Babasının adına niye ihtiyaç var?

IV. KONU UNSURU: “Olağanüstü Hâlin Gerekli Kıldığı Konular”

Önce bu unsurun açıklamasını, sonra da bu unsura göre 15 Temmuz’dan sonra çıkarılan KHK’lerin değerlendirmesini yapalım.

A. AÇIKLAMA

Olağanüstü hâl KHK’lerinin hukukî rejimi, Anayasamızın 121’inci maddesinin üçüncü fıkrasında hükme bağlanmıştır. Bu fıkra aynen şöyle denmektedir:

“Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, *olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda*, kanun hükümünde kararnameler çıkarabilir”.

Açıkça görüleceği üzere *Anayasamız Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna, herhangi bir konuda değil, sadece ve sadece “olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda”* KHK çıkarma yetkisi vermektedir. “Olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konular”ın ne olduğu belirsiz ve tartışmaya açık bir konu değildir. Zira bu konuların ne olduğu olağanüstü hâl ilân işlemlerine bakılarak kolayca belirlenir.

Bu makalede incelenen 667-687 sayılı olağanüstü hâl KHK’lerinin hepsinin dayanağı, 15 Temmuz 2016 tarihli darbe teşebbüsünden sonra Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun 20 Temmuz 2016

[10] 7 Şubat 2017 tarihli ve 29972 sayılı mükerrer Resmî Gazetede yayınlanan 686 sayılı KHK, “1 Sayılı Liste”de Jandarma Genel Komutanlığından ve Üniversitelerden ihraç edilenler kısmında yer alan kişilerin TC Kimlik noları da verilmiştir (<http://213.14.3.44/20170207/20170207M1-1-1.pdf>).

[11] 7 Şubat 2017 tarihli ve 29972 sayılı mükerrer Resmî Gazetede yayınlanan 686 sayılı KHK’nin ekinde yer alan 1 nolu listede Millî Eğitim Bakanlığında ihraç edilenler kısmında kişilerin isminin yanında baba isimleri de yazılmıştır (<http://213.14.3.44/20170207/20170207M1-1-1.pdf>).

[12] Belirtelim ki, 24 Mart 2016 tarih ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununa göre (m.3/d), “kişisel veri”, “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi”dir. Türk Ceza Kanununun 136’ncı maddesi de kişisel verilerin hukuka aykırı olarak yayınlanmasını cezaî müeyyideye bağlamaktadır.

tarhinde kabul ettiği “Olağanüstü Hâl İlân Kararı”dır^[13]. Bu Karar, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 21 Temmuz 2016 tarih ve 1116 sayılı Kararla onaylanmıştır^[14]. Olağanüstü hâlin süresi, daha sonra, 11 Ekim 2016 ve 3 Ocak 2017 tarihli TBMM kararlarıyla üçer ay süreyle uzatılmıştır^[15].

20 Temmuz 2016 tarihli olağanüstü hâl ilânına ilişkin Bakanlar Kurulu kararının dayanağı ise Millî Güvenlik Kurulunun 20 Temmuz 2016 tarih ve 498 sayılı tavsiye kararıdır. Zira, Anayasamızın 120’nci maddesine göre Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun olağanüstü hâl ilân yetkisini kullanabilmesi için “Millî Güvenlik Kurulunun görüşünü” alması gerekmektedir. Millî Güvenlik Kurulunun 20 Temmuz 2016 tarih ve 498 sayılı tavsiye kararında olağanüstü hâl ilân etme işleminin sebebi ise şu şekilde açıklanmıştır:

“Fetullahçı Terör Örgütü adı verilen bir ihanet çetesi, 15 Temmuz 2016 tarihinde, Türk Silahlı Kuvvetleri içindeki mensupları vasıtasıyla silahlı bir darbe girişimi başlatmıştır. ... Bu çerçevede, demokrasimizin, hukuk devleti ilkesinin, vatandaşlarımızın hak ve özgürlüklerinin korunmasına yönelik tedbirlerin etkin bir şekilde uygulanabilmesi amacıyla, Anayasamızın 120. maddesi gereği, hükümete olağanüstü hâl ilân edilmesi tavsiyesinde bulunulması kararlaştırılmıştır”^[16].

Görüldüğü gibi 20 Temmuz 2016 tarihinde ilân edilen olağanüstü hâlin sebebi, *15 Temmuz 2016 tarihinde yapılan “darbe girişimi” ile tehdit edilen “demokrasimizin, hukuk devleti ilkesinin, vatandaşlarımızın hak ve özgürlüklerinin korunmasına yönelik tedbirlerin etkin bir şekilde uygulanabilmesi”* dir.

Dolayısıyla olağanüstü hâl KHK’leriyle yapılan bütün düzenlemelerin 15 Temmuz 2016 tarihinde yapılan “darbe girişimi” ile tehdit edilen “demokrasimizin, hukuk devleti ilkesinin, vatandaşlarımızın hak ve özgürlüklerinin korunması” amacıyla yapılması gerekir.

Kimsenin unutmaması gerekir ki, Türkiye’de şu an yürürlükte olan olağanüstü hâlin varlık sebebi, 15 Temmuz darbe teşebbüsüdür. 15 Temmuz sonrası çıkarılan olağanüstü hâl KHK’leriyle yapılan bütün düzenlemelerin Anayasamızın

[13] 20 Temmuz 2016 tarih ve 2016/9064 Sayılı “Ülke Genelinde Olağanüstü Hâl İlânına Dair Bakanlar Kurulu Kararı”, *Resmî Gazete*, 21 Temmuz 2016–Sayı 29777.

[14] *Resmî Gazete*, 22 Temmuz 2016, Sayı 29778.

[15] 11 Ekim 2016 tarih ve 1130 sayılı Olağanüstü Halin Uzatılmasına Dair TBMM Kararı, *Resmî Gazete*, 13 Ekim 2016, Sayı 29856; 3 Ocak 2017 tarih ve 1134 sayılı Olağanüstü Halin Uzatılmasına Dair TBMM Kararı, *Resmî Gazete*, 5 Ocak 2017, Sayı 29939.

[16] <http://www.mgk.gov.tr/index.php/20-temmuz-2016-tarihli-toplantı> (Erişim Tarihi: 16 şubat 2017).

121'inci maddesinin son fıkrasına uygun olabilmesi için daima şu soru sorulmalıdır: *Bu düzenlemenin 15 Temmuz darbe teşebbüsüyle ne ilgisi vardır?*

15 Temmuz darbe teşebbüsüyle ve keza bu darbe teşebbüsünün arkasında yer alan "Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ)" ile ilişkisi olmayan bir KHK düzenlemesi Anayasamıza aykırıdır. Çünkü Anayasamız (m.121/son), Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna herhangi bir konuda değil, sadece ve sadece "olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda" olağanüstü hâl KHK'si çıkarma yetkisi vermektedir.

B. DEĞERLENDİRME

15 Temmuzdan sonra çıkarılan 21 adet KHK'ye (667-687 sayılı KHK'lere), bu unsur açısından bakıldığında şunlar söylenebilir:

1. Konu Unsuru Bakımından Anayasaya Uygun Olan Düzenlemeler

Şüphesiz bu kararnamelerde pek çok hükmün, öngörülen pek çok tedbirin 15 Temmuz darbe teşebbüsüyle yakından bir ilgisi vardır ve bunlar konu unsuru bakımından kanımca *Anayasaya uygundur*. Örnekler:

a) 27 Temmuz 2016 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 668 sayılı KHK'nin ekindeki listede isimleri sayılan yüksek rütbeli subayların kamu görevinden olağanüstü hâl KHK'si ile çıkarılması olağanüstü hâl ilân sebebiyle uyuşum içindedir (Bireysel işlemin düzenleyici işlemin bir parçası olarak yapılması itirazımızı saklı tutuyoruz). Zira olağanüstü hâl ilân kararının sebebi olan 15 Temmuz darbe teşebbüsü, Türk Silahlı Kuvvetlerinin içinde bulunan birtakım yüksek rütbeli subaylar tarafından başlatılmıştır. Darbe teşebbüsüne aktif olarak katılan subayların ve varsa darbeyi destekleyebilecek diğer subayların derhal Türk Silahlı Kuvvetlerinden uzaklaştırılması tedbiri, darbe teşebbüsünü tam anlamıyla bastırmak ve bu teşebbüsün arkasındaki örgütü bir an önce tasfiye etmek için gerekli bir tedbirdir. Hatta bunun için 12 gün beklenmiş olması bile yanlıştır.

b) 23 Temmuz 2016 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 667 sayılı KHK'nin 6'ncı maddesiyle getirilen gözaltı süresinin otuz güne çıkarılması (sürenin ölçü-süzlüğü dışında) olağanüstü hâlin gerekli kıldığı bir konu olarak görülebilir. Çünkü darbe teşebbüsünden hemen sonra binlerce kişi gözaltına alınmıştır ve bunların sorgulanması ve hâkim karşısına çıkarılması için hâliyle dört günden daha fazla bir süreye ihtiyaç vardır.

Yukarıdaki örnekler dışında, 667-687 sayılı olağanüstü hâl KHK'lerinde, olağanüstü hâl ilân sebebiyle ilgili görülebilecek ve dolayısıyla konu unsuru bakımından Anayasaya uygun görülebilecek daha pek çok hüküm vardır.

2. Konu Unsuru Bakımından Anayasaya Aykırı Olan Düzenlemeler

Bununla birlikte bu kararnamelerde öngörülen pek çok hükmün, pek çok tedbirin 15 Temmuz darbe teşebbüsüyle uzaktan yakından bir ilgisi yoktur. Örnekler:

a) ÖYP'li Araştırma Görevlilerinin 50/D'ye Geçirilmesi.- 1 Eylül 2016 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 674 sayılı KHK ile ÖYP kapsamında olan ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 33'üncü maddesi çerçevesinde istihdam edilen araştırma görevlilerinin aynı Kanununun 50/D'de öngörülen kadroya aktarılması öngörülmüştür. ÖYP'li araştırma görevlilerinin 33'ten 50/D'ye aktarılmasının 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsüyle bozulmuş olan kamu düzeninin yeniden tesisine nasıl katkıda bulunacağını ben şahsen anlayamadım. Yoksa 15 Temmuz darbe teşebbüsünü araştırma görevlileri 33'üncü maddede bulunmalarından elde ettikleri imkânlarla mı yapmışlardır? ÖYP'li araştırma görevlileriyle ilgili bir düzenlemeye ihtiyaç var ise, hâliyle bunun kanunla yapılması her zaman mümkündür. Kanunla yapılacak bir düzenlemenin olağanüstü hâl KHK'si ile yapılması tipik usûl saptırmasıdır. 674 sayılı KHK'nin ÖYP'li araştırma görevlilerine ilişkin hükmü, Anayasamızın 121'inci maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen "*olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konu*" şartına aykırıdır.

b) Rektör Seçimi.- 29 Ekim 2016 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 676 sayılı KHK ile, 2547 sayılı Kanununun 13'üncü maddesinde değişiklik yapılarak rektör seçim usûlü değiştirilmiştir. Değişiklikle rektör seçimi için üniversitelerde yapılan seçimler kaldırılmış yetki sadece YÖK'e ve Cumhurbaşkanına verilmiştir. Şüphesiz yasama organı istediği her zaman, Anayasaya uygun olmak şartıyla, 2547 sayılı Kanunda değişiklik yaparak rektör seçim usûlünü değiştirebilirdi. Zaten bu KHK'nin kabul edilmesinden önceki aylarda TBMM'de benzer bir düzenleme kanunla yapılmaya çalışılmıştı. Rektör seçim usûlünün değiştirilmesinin 15 Temmuz darbe teşebbüsüyle ne ilgisi var? Eğer bir ilgisi yok ise, bu hüküm, Anayasamızın 121'inci maddesinin üçüncü fıkrasına aykırıdır.

c) Yargıtay vs.- 6 Ocak 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 680 sayılı KHK ile 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gibi pek çok kanunda değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerin 15 Temmuz darbe

teşebbüsüyle bir ilgisi yoktur. Bu hükümler Anayasamızın 121'inci maddesinin üçüncü fıkrasına aykırıdır.

d) Türkiye Varlık Fonu.- 23 Ocak 2017 tarihli Resmî Gazetede 684 sayılı KHK ile 6741 sayılı Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda Değişiklik yapılmıştır. Türkiye Varlık Fonu Yönetimi ile 15 Temmuz darbesi arasında nasıl bir ilişki vardır? Fon ile ilgili bu düzenleme Anayasamızın 121'inci maddesinin üçüncü fıkrasına aykırıdır.

e) Kış Lastiği.- Olağanüstü hâl KHK'leriyle olağanüstü hâl ilân sebebiyle alakasız düzenleme yapılmasına verilebilecek en ilginç ve en gülünç örnek şüphesiz, 9 Şubat 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 687 sayılı KHK ile yolcu ve eşya taşımalarında kullanılan araçlar için getirilen *kış lastiği takma zorunluluğudur*. En geniş hayal gücüne sahip olan kişilerin bile kış lastiği zorunluluğu ile olağanüstü hâl ilân sebebi arasında ilgi kurabileceğini sanmıyorum. Acaba 15 Temmuz darbe girişimi, yolcu ve eşya taşımalarında kullanılan araçların kış lastiği takmaması yüzünden mi gerçekleşmiştir?

Kış lastiği takma zorunluluğunun olağanüstü hâl KHK'si ile getirilmesi, traji-komik bir örnektir. Acaba Başbakanlıkta bu düzenlemeyi isteyenlere “olağanüstü hâl KHK'sinde böyle bir hüküm olmaz, kendimizi gülünç duruma düşürmeyelim” diyecek tek bir hukukçu kalmadı mı?

Kış lastiğine ilişkin maddenin yer aldığı KHK'nin başlığı “*Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname*”dir. Bu maddeyi bu KHK'ye ekleyen kişiler, bu KHK'nin başlığını bile mi okumadılar?

Bu tür düzenlemelerin olağanüstü hâl KHK'si ile yapılması, olağanüstü hâl KHK'lerinin gerçek amacı olan 15 Temmuz darbe teşebbüsünün arkasında olan FETÖ ile mücadele amacına hizmet etmez. Tersine bu mücadele kapsamında meşru görülebilecek diğer tedbirleri ve genelde olağanüstü hâl KHK'lerini gülünç duruma düşürür. Bu nedenle bazılarının aklına, olağanüstü hâl KHK'lerine bu tür gülünç hükümlerin, bu KHK'leri sulandırmak amacıyla kasten mi konulduğu sorusu geliyor.

f) Çeşitli Şirket, Dernek, Vakıf, Sendika vb. Tüzel Kişilerin Kapatılması ve Malvarlıklarına El Konulması.- Bilindiği gibi 15 Temmuz sonrası çıkarılan olağanüstü hâl KHK'leriyle yüzlerce şirket, dernek, vakıf, sendika, üniversite, okul, hastane, televizyon kanalı, gazete vs. kapatıldı ve bunların malvarlıklarına el konuldu. Bunların 15 Temmuz darbe teşebbüsüyle veya bu teşebbüsün arkasındaki FETÖ ile ilgileri konusunda hepsi için geçerli genel bir

şey söylemek hâliyle mümkün değildir. Ancak bunlardan bazılarının FETÖ ile uzaktan yakından bir ilgisinin olmadığı iddia ediliyor. Eğer bu iddialar doğru ise, FETÖ ile ilgisi olmayan dernek, sendika, televizyon kanalı, gazete vs.nin olağanüstü hâl KHK'si yoluyla kapatılması da Anayasamızın 121'inci maddesinin üçüncü fıkrasına aykırıdır.

g) Bazı Kamu Görevlilerinin Kamu Görevinden Çıkarılması.- Bilindiği gibi 15 Temmuz sonrası pek çok kararnameyle binlerce kamu görevlisi kamu görevinden çıkarıldı. Sayının 100 bini geçtiği söyleniyor. 100 bin kişilik bir topluluk hakkında benim genel bir şey söylemem hâliyle mümkün değil. Zaten böyle bir değerlendirme yapmak benim üzerime de vazife değildir. Ancak KHK ile görevine son verilen isimlerden bazılarının FETÖ ile uzaktan yakından ilişkisi olmadığı yolunda pek çok ciddi iddia vardır. 686 sayılı KHK ile görevinden uzaklaştırılan öğretim üyelerinden birkaçını şahsen tanıyorum. Bu kişilerin isimlerini söz konusu listelerde görünce gerçekten de çok şaşırdım. Bu şekilde şahsen tanıdığım iki meslektaşımın kamu görevinden çıkarılması hakkındaki tepkimi 9 Şubat 2017 tarihinde anayasa.gen.tr'de yaptığım bir açıklamayla dile getirdim. Bu konuda oraya bakılabilir^[17].

Vakıa şu ki, KHK ekinde yer alan listelerde yer alan FETÖ ile bağlantısı olan kişilerin arasına, FETÖ ile uzaktan yakından ilgisi olmayan bazı kişilerin de katıldığı yolunda ciddi iddialar vardır. Eğer bu iddialar doğruysa, bu kişilerin kamu görevinden çıkarılması Anayasamızın 121'inci maddesinin üçüncü fıkrasına aykırıdır. Çünkü bu fıkra, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna ancak “olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda” KHK çıkarma yetkisi vermiştir. FETÖ ile ilgisi olmayan bir kişinin olağanüstü hâl KHK'si ile görevinden çıkarılması olağanüstü hâlin kendi varlık sebebiyle çelişki halindedir.

Bakanlar Kurulunun böyle bir şeyi yapmasının sebebi anlaşılammaktadır. Acaba Bakanlar Kurulu bu isimleri bilerek mi listeye ekliyor; yoksa Bakanlar Kurulunun dikkatinden kaçırarak başka birileri mi bunu yapıyor? Hatta 686 sayılı KHK'yi izleyen günlerde AKP'li milletvekillerinin de bundan rahatsızlık duyduklarını FETÖ ile ilgisi olmayan öğretim üyelerinin KHK'lere eklenmesinin AKP'ye yapılan “tersinden operasyon” olduğunu beyan ettikleri yolunda gazetelerde haberler çıkmıştır^[18].

[17] Kemal Gözler, “Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu ve Doç. Dr. Murat Sevinç'in Kamu Görevinden Çıkarılması Hakkında Bir Açıklama”, www.anayasa.gen.tr/kaboglu-sevinc.htm (Konuluş Tarihi: 9 Şubat 2017).

[18] <http://www.hurriyet.com.tr/yanlislar-duzelecek-liste-yeniden-yoke-gidecek-40361102>.

Yukarıda verilen 7 örnek, 15 Temmuz sonrası çıkarılan olağanüstü hâl KHK'lerinden alınmış sadece birkaç örnekten ibarettir. 667-687 sayılı KHK'lerden yukarıdaki örnekler benzeri onlarca ve hatta yüzden fazla örnek verilebilir. Genelde söz konusu KHK'lerin hükümlerinin yarısından çok fazlasının olağanüstü hâl ilân sebebi olan 15 Temmuz darbe teşebbüsüyle bir ilgisinin olmadığı söylenebilir.

V. ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİ

Açıklama.- Anayasamızın 15'inci maddesine göre olağanüstü hâllerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması ancak “*durumun gerektirdiği ölçüde*” durdurulabilir. Buna anayasa hukukunda “ölçülülük ilkesi” denmektedir. Yani olağanüstü hâl KHK'si ile yapılan düzenleme, “olağanüstü hâlin gerekli kıldığı bir konuda” olsa bile, bu düzenlemenin, öngörülen amaç ile ölçsüz bir oran içinde bulunmaması gerekir.

Değerlendirme.- 15 Temmuz sonrası çıkarılan 21 adet KHK ile yapılan yüzlerce düzenlemenin, bu KHK'lerin ekinde sayılan yüzlerce şirkete, derneğe, vakfa ilişkin ve keza bu yolla kamu görevinden çıkarılan yüz bin civarında kişiyle ilgili olarak ölçülülük değerlendirmesini burada yapmak çok zordur. Hâliyle bu değerlendirmeyi idarenin ve dava konusu olduğunda yargı organlarının tek tek yapması gerekir.

Ben sadece somut bir örnek vermek isterim: 27 Temmuz 2016 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 668 sayılı olağanüstü hâl KHK'sinin 6'ncı maddesi, bazı suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresince, gözaltı süresini otuz güne çıkarmıştır. Gözaltı süresinin uzatılması gerekli olsa bile, sürenin miktarı (30 gün) aşırıdır; bu kadar uzun bir gözaltı süresi, güdülen amaç ile ölçsüz bir oran içindedir. Dolayısıyla bu tedbir ölçülülük ilkesine aykırıdır. Nitekim gözaltı süresi 23 Ocak 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 684 sayılı KHK ile yedi güne indirilmiştir.

VI. MASUMLUK KARİNESİ

Önce masumluk karinesinin açıklamasını, sonra da bu karine açısından 15 Temmuz kararnamelerinin bir değerlendirmesini yapalım:

A. AÇIKLAMA

Anayasamızın 15'inci maddesine göre olağanüstü hâllerde dahi, Anayasanın 15'inci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen ilkelerden oluşan çekirdek alana

dokunulamaz. Bu çekirdek alanda yer alan ilkelerden birisi de “masumluk karinesi”dir. Anayasamızın 15’inci maddesinin ikinci fıkrasında “suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz” denmektedir. Bu hüküm olağanüstü hâl KHK’lerini çıkararak Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunu da bağlar.

B. DEĞERLENDİRME

Söz konusu KHK’lere masumluk karinesi açısından şu eleştiriler yöneltilebilir:

1. Bazı Tüzel Kişilerin Kapatılması ve Malvarlıklarının Bedelsiz Hazineye Devri.- 15 Temmuz sonrası çıkarılan KHK’lerin ekinde sayılan yüzlerce tüzel kişinin kapatılması ve malvarlıklarına el konulmasına ilişkin hükümlerin, Anayasamızın 15’inci maddesinin “suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz” diyen ikinci fıkrası hükmüne aykırıdır. Söz konusu KHK’lerde (örneğin 667 sayılı KHK, m.2) tüzel kişiler hakkında “Fethullahçı Terör Örgütüne (FETÖ/PDY) aidiyeti, iltisakı veya irtibatı belirlenen” ibaresi kullanılmakta, bunlar kapatılmakta ve bunların “her türlü taşınır ve taşınmazları ile her türlü mal varlığı, alacak ve hakları” Vakıflar Genel Müdürlüğüne veya Hazineye “bedelsiz olarak devredilmiş sayılır” denmektedir.

Bir kişinin bir terör örgütüne irtibatı nedeniyle mallarının bedelsiz olarak hazineye devredilmesinin müsadere den başka bir anlamı yoktur. Bu ancak medenî bir memlekette mahkeme kararıyla yapılabilir. Burada mallara el koymadan başka söz konusu tüzel kişinin de terör örgütleriyle irtibatlı olduğu ithamı vardır. Oysa söz konusu tüzel kişilerin pek çoğunun terör örgütüne aidiyeti, iltisakı veya irtibatı konusunda verilmiş ve kesinleşmiş henüz bir mahkeme kararı yoktur. Bunların bazıları hakkında dava dahi açılmamıştır. 15 Temmuz sonrası çıkarılan KHK’lerdeki bu tür hükümler, Anayasamızın 15’inci maddesinin “suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz” diyen ikinci fıkrasına aykırıdır.

2. Bazı Kişilerin “Terör Örgütü Üyesi Oldukları”nın İlan Edilmesi ve Bunların Kamu Görevinden Çıkarılması.- 15 Temmuz sonrası çıkarılan KHK’lerin ekindeki listelerde isimleri sayılmak suretiyle onbinlerce kişi kamu görevinden çıkarılmıştır. İsmi sayılan kişiler hakkında da KHK’nin metninde standart olarak şu ibareye yer verilmektedir:

“Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti

veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan ve ekli (1) sayılı listede yer alan kişiler kamu görevinden başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılmıştır^[19].

Görüldüğü gibi listede sayılan isimler, KHK tarafından “*terör örgütü üyesi*” olarak ilân edilmektedir. Terör örgütü üyesi olmak, hukukumuzda göre bir suçtur. KHK ile KHK’ye ekli listede ismi sayılan kişilere bir suç isnat edilmekte ve bu suçun bir sonucu olarak da söz konusu kişiler kamu görevinden çıkarılmaktadır.

Kanımcı KHK’lere ekli listelerde isimleri sayılan kişilerin “*terör örgütü üyesi*” olarak ilân edilmesi ve bunların kamu görevinden çıkarılması Anayasamızın 15’inci maddesinin “*suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz*” diyen ikinci fıkrasına aykırıdır. Zira bu kişilerin önemli bir kısmı hakkında bunların terör örgütü üyesi olduklarına ilişkin verilmiş bir mahkeme kararı yoktur. Bunların bir kısmı hakkında zaten herhangi bir ceza davası da açılmamıştır. Bu kişiler hukukun gözündə masumdur. Haklarında bir mahkeme kararı olmayan bu kişilerin isimlerinin KHK yoluyla Resmî Gazetede “*terör örgütü üyesi*” olarak neşir ve ilân edilmesi ve bunun bir sonucu olarak da kamu görevinden çıkarılmaları, bu kişileri “*suçlu sayma*” değil de nedir?

Bir gün, “*ekli listede yer alan kişiler, bir yıl hapis cezasıyla cezalandırılmıştır*” diyen bir KHK çıkarsa ne yapacağız?

VII. SÜRE UNSURU

Önce süre unsurunun açıklamasını, sonra da 15 Temmuz’dan sonra çıkarılan KHK’lerin bu unsur açısından bir değerlendirmesini yapalım.

A. AÇIKLAMA

Anayasamız olağanüstü hâl KHK’si çıkarma yetkisini *süre* bakımından sınırlandırmıştır. Anayasamızın 121’inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, *ancak “olağanüstü hâl süresince” olağanüstü hâl KHK’si çıkarabilir.*

Acaba, olağanüstü hâl süresi içinde Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılmış olan olağanüstü hâl KHK’leri, olağanüstü hâl süresi dolduktan sonra *kendiliklerinden uygulamadan kalkar mı?* Kanımızca bu soruya olumlu yanıt verilebilir. Yani olağanüstü hâl KHK’leriyle alınan tedbirler, yapılan düzenlemeler, olağanüstü hâl kalktıktan sonra kendiliğinden

[19] Örnek 7 Şubat 2017 tarih ve 29972 mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayınlanan 686 sayılı KHK, m.1’den alınmıştır (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/02/20170207M1-1.htm>).

uygulamadan kalkar. Çünkü bu KHK'ler ancak olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda çıkarılabileceği için, olağanüstü hâl kalktığına göre, bu KHK'lerin çıkarılmasına yol açan sebepler de varlıklarını yitirir^[20].

Özellikle belirtmek isteriz ki, AKP milletvekili ve Cumhurbaşkanı Başdanışmanı Prof. Dr. Burhan Kuzu da olağanüstü hâl KHK'lerinin ancak olağanüstü hâl süresince uygulanabileceğini savunmaktadır. Burhan Kuzu, 1993 yılında yayınladığı *Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi* başlıklı kitabında aynen şöyle yazmaktadır:

“Durumun gerektirdiği tedbirleri’ almak için KHK çıkarıldığına göre, olağanüstü hâl sona erince bu KHK'ler de sona erecek demektir. Gerçekten bu KHK'ler olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konulara ilişkin olduğuna göre, bunların sona ermesiyle birlikte, bu KHK'lerin de sona ermesi gerekir. Bu düzenlemeler uygulamadan kalkacak, fakat yürürlükte kalacaklardır”^[21].

Anayasa Mahkemesi de 10 Ocak 1991 tarih ve K.1991/1 sayılı kararıyla olağanüstü hâl KHK'lerinin ancak olağanüstü hâl süresince uygulanabileceğine karar vermiş ve şöyle demiştir:

“Olağanüstü hâlin veya sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda çıkartılan KHK'ler, bu hâllerin ilân edildiği bölgelerde ve ancak bunların *devamı süresince uygulanabilirler*. Olağanüstü hâlin sona ermesine karşın, olağanüstü hâl KHK'sindeki kuralların uygulanmasının devam etmesi olanaksızdır... Olağanüstü hâl KHK'si çıkarma yetkisi olağanüstü hâl süresiyle sınırlıdır. KHK ile getirilen kuralların nasıl olağanüstü hâl öncesinde uygulanmaları olanaksız ise olağanüstü hâl sonrasında da uygulanmaları veya başka bir zamanda veya yerde olağanüstü hâl ilânı uygulanmak üzere geçerliliklerini korumaları olanaksızdır”^[22].

Bu nedenle, geçici değil, kalıcı düzenlemelerin olağanüstü hâl KHK'leriyle değil, normal kanunlar ile yapılması gerekir.

B. DEĞERLENDİRME

15 Temmuz darbe teşebbüsünden sonra çıkarılan KHK'lerde az da olsa süre unsuru bakımından Anayasaya uygun olan, yani sadece olağanüstü hâl süresince uygulamada kalacağı öngörülmüş olan düzenlemeler vardır. Bir örnek:

[20] Bu konuda daha fazla bilgi için bkz.: Gözler, *İdare Hukuku, op. cit.*, c.I, s.1222-1223.

[21] Burhan Kuzu, *Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi*, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1993, s.247-248.

[22] Anayasa Mahkemesinin 10 Ocak 1991 Tarih ve E.1990/25, K.1991/1 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 27, Cilt 1, s.101.

27 Temmuz 2016 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 668 sayılı olağanüstü hâl KHK'sinin 3'üncü maddesinde "... Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, *olağanüstü halin devamı süresince*" denmekte ve (ö) bendine kadar, başta gözaltı süresinin uzatılması olmak üzere pek çok geçici nitelikte düzenleme yapılmaktadır. Bu hükümler sadece olağanüstü hâlin devamı süresince uygulanacaktır. Dolayısıyla 668 sayılı KHK'nin 3'üncü maddesindeki hükümler, süre unsuru bakımından Anayasamıza uygundur.

Ne var ki, 15 Temmuz darbe teşebbüsünden sonra çıkarılan KHK'lerle yapılan düzenlemelerin ezici çoğunluğu, sadece olağanüstü hâl süresince uygulanmak için değil, kalıcı olarak yapılmıştır. Hükümler kalıcı olsunlar diye kaleme alınmıştır. Hatta tereddüt hasıl olmasın diye bu kalıcılık ayrıca ve açıkça da pek çok defa vurgulanmıştır. Örneğin kamu görevinden çıkarılanların "*bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemeyeceği*" bütün KHK'lerde ayrıca hükme bağlanmıştır.

15 Temmuz sonrası çıkarılan KHK'lerin neredeyse hepsinde süre unsuru bakımından sakat düzenlemeler vardır. Bu düzenlemeler Anayasamızın 121'inci maddesinin üçüncü fıkrasına aykırıdır. Anayasamız, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna olağanüstü hâl ile düzenleme yetkisini, her zaman için değil, sadece ve sadece "*olağanüstü hâl süresince*" vermiştir.

Kalıcı düzenlemelerin olağanüstü hâl KHK'si ile yapılması, bu düzenlemeleri yapanların maksatlarıyla da çelişki halindedir. Zira söz konusu KHK'ler, TBMM tarafından kanunla onaylanmadan önce olağanüstü hâl yürürlükten kalkarsa, bu KHK'ler de kendiliğinden uygulamadan kalkar. Aşağıda göreceğimiz gibi 15 Temmuz darbe teşebbüsü sonrası çıkarılan 21 adet KHK'den sadece dördü bugüne kadar TBMM tarafından kanunla onaylanmıştır. Bu KHK'ler kanunla onaylanmadan önce, ülkede olağanüstü hâl yürürlükten kalkarsa, bu KHK'lerin bütün hükümleri kendiliğinden ve başkaca bir işleme gerek kalmaksızın uygulamadan kalkar. Örneğin bu KHK'ler kanunla onaylanmadan önce olağanüstü hâl yürürlükten kalkarsa, bu KHK'lerle hazineye devredilen malvarlıkları kendiliğinden eski sahiplerine döner; keza bu KHK'lerin eki listesinde isimleri sayılarak kamu görevinden çıkarılan kişiler, kendiliğinden, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın eski görevlerine dönerler. Çünkü, bunların kamu görevinden çıkarılmasını öngören KHK'nin kendisi artık uygulamadan çıkmış olur.

VII. DENETİM UNSURU

Önce bu unsurun açıklamasını, sonra da bu unsura göre 15 Temmuz'dan sonra çıkarılan KHK'lerin bir değerlendirmesini yapalım:

A. AÇIKLAMA

Anayasamızın 148’inci maddesine göre “olağanüstü hâllerde, sıkıyönetim ve savaş hâllerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelelerin Anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz”. Bu denetim yasağı birçok yazar tarafından eleştirilmiştir^[23]. Ama eleştirilmiş olması bu yasağın mevcudiyetini ve geçerliliğini engellemez.

Anayasa Mahkemesi Anayasanın getirdiği yasağı 10 Ocak 1991 tarih ve K.1991/1 sayılı kararıyla^[24] ve 3 Temmuz 1991 tarih ve K.1991/20 sayılı kararıyla^[25] büyük ölçüde aşmıştır. Türk doktrinin çoğunluğu Anayasa Mahkemesinin bu içtihadını destekliyor olsa da kanımızca Anayasa Mahkemesinin bu kararları yanlıştır. Biz 2000 yılından bu yana Anayasa Mahkemesinin bu içtihadını şiddetle eleştirdik^[26].

Olağanüstü hâl KHK’lerinin yargısal denetiminde yarar olabilir. Ancak bu KHK’lerin yargısal denetiminde yarar olması, Anayasa Mahkemesinin onları denetleme yetkisine sahip olması sonucunu doğurmaz. Anayasa Mahkemesinin bu KHK’leri denetleyebilmesi için bu yetkinin Anayasa tarafından kendisine ayrıca ve açıkça verilmiş olması gerekir. Anayasamızda Anayasa Mahkemesine böyle bir yetki veren hüküm yoktur. Dahası, tersine Anayasamızda, Anayasa Mahkemesinin bu KHK’leri denetleyemeyeceği ayrıca ve açıkça hüküm altına alınmıştır.

B. DEĞERLENDİRME

15 Temmuz darbe teşebbüsünden sonra çıkarılan olağanüstü KHK’lerine karşı Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmış, ancak Anayasa Mahkemesi 2016 yılında 1991’deki içtihadından 12 Ekim 2016 tarih ve E.2016/166, K.2016/159 sayılı kararıyla dönmüştür. Anayasa Mahkemesi bu kararıyla 25

[23] Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin, 15. Baskı, 2014, s.265; Mümtaz Soysal, *Anayasanın Anlamı*, İstanbul, Gerçek Yayınevi, 11. Baskı, 1997, s.231; Bülent Tanör, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul, BDS Yayınları, 3. Baskı, 1994, s.226.

[24] Anayasa Mahkemesi, 10 Ocak 1991 Tarih ve E.1990/25, K.1991/1 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 27, Cilt 1, s.102. Aynı gerekçe Anayasa Mahkemesi, 3 Temmuz 1991 Tarih ve E.1990/6, K.1990/20 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 27, Cilt 1, s.400’de de yer almıştır.

[25] Anayasa Mahkemesi, 3 Temmuz 1991 Tarih ve E.1991/6, K.1991/20 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 27, Cilt 1, s.403-404.

[26] Gözler, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi*, op. cit., s.218-230 (<http://www.anayasa.gen.tr/khk-3-s-173-283.pdf>). Biz aynı görüşü 2000 yılında yayınlanan *Türk Anayasa Hukuku* isimli kitabımızda da savunmuştuk. op. cit., s.782-784, 787-789.

Temmuz 2016 tarih ve 668 sayılı Olağanüstü Hal KHK'sinin iptali istemiyle açılan davayı reddetmiş, olağanüstü hâl KHK'lerini denetleme yetkisine sahip olmadığına karar vermiştir.

Kanımızca da Anayasa Mahkemesinin bu kararı doğrudur ve 1991'deki yanlış içtihadından 25 yıl sonra dönmesi normaldir.

Yukarıda açıkladığımız gibi 15 Temmuz 2016 sonrası çıkarılan 667-687 sayılı olağanüstü hâl KHK'lerinde yer alan pek çok hüküm Anayasamıza açık bir şekilde aykırıdır. Yine yukarıda açıklandığı gibi, pek çok düzenlemenin olağanüstü hâl ilân sebebiyle uzaktan yakından ilgisi yoktur. Kanımızca 15 Temmuz darbe teşebbüsünden sonra çıkarılan olağanüstü hâl KHK hükümlerinin yarısından çok fazlası Anayasamıza aykırıdır.

Ne var ki, bu olağanüstü hâl KHK'lerinin açık bir şekilde Anayasaya aykırı olmaları bunların Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilecekleri anlamına gelmez. Bu KHK'lerin Anayasaya aykırılığı bir şey, bunların Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmeleri başka şeydir. Anayasa Mahkemesinin bu tür KHK'leri denetleme yetkisi yoktur.

Olağanüstü hâl KHK'lerin denetimi sorunu başlı başına uzun bir tartışma konusudur. Biz bu konuyu 2000 yılında yayınlanan *Kanun Hükümünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi* isimli kitabımızda uzun uzun incelemiştik. Bu konuda oraya bakılmalıdır^[27].

C. DENETLENEMEZLİĞİN YOL AÇTIĞI SAKINCALAR

Olağanüstü hâl KHK'lerinin yargısal denetime tâbi olmamasının yol açtığı pek çok sakınca vardır. Yukarıda görüldüğü gibi, çıkaracağı KHK'lerin yargısal bir denetime tâbi olmadığını gören Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, kış lastiği örneğinde olduğu gibi bir olağanüstü hâl KHK'sinde olması gülünç karşılanacak düzenlemeleri dahi olağanüstü hâl KHK'siyle yapmakta bir sakınca görmüyor.

Yaşanan bu tecrübe nedeniyle, gelecekte yapılacak bir anayasa değişikliğinde Anayasa Mahkemesine olağanüstü hâl KHK'lerini de denetleme yetkisinin verilmesinde yarar olabileceği söylenebilir. Ama şu an yapılacak bir şey yoktur.

Şüphesiz ki, Anayasa hükümleri, yargısal denetimi olsun veya olmasın bağlayıcıdır. Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu,

[27] Gözler, *Kanun Hükümünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi*, op. cit., s.212-230 (<http://www.anayasa.gen.tr/khk-3-s-173-283.pdf>).

olağanüstü hâl KHK'leri çıkarırken Anayasaya uymak zorundadır. Örneğin Anayasamızın 121'inci maddesinin üçüncü fıkrasına aykırı olarak “*olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konular*” dışında düzenleme yapmamalıdır. Keza düzenleme yaparken Anayasamızın 15'inci maddesinin “*suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz*” diyen ikinci fıkrasına aykırı davranmamalıdır. Bu hükümler, Anayasanın 11'inci maddesi uyarınca, hiç şüphesiz ki, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunu da bağlar. Zira Anayasamızın 11'inci maddesi, “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır” demektedir. Keza, Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenemese de olağanüstü hâl KHK'leri anayasal değerde olan kurallar değildir. Bu tür KHK'ler Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenemese de Anayasaya aykırı olamaz.

Anayasanın yargısal müeyyideye sahip olmayan hükümleri de gerek Cumhurbaşkanını, gerek Başbakanı ve gerekse bakanları bağlar. Anayasamızın 103'üncü maddesine göre Cumhurbaşkanı “*Anayasaya, hukukun üstünlüğüne*” bağlı kalacağına and içmektedir. Anayasamıza göre (m.81, 112/4), Başbakan ve bakanlar da “*hukukun üstünlüğüne, ... Anayasaya sadakattan ayrılmayacaklarına*” and içmektedirler.

Anayasal makamlar, bir yargısal müeyyidesi olmasa bile Anayasanın istisnasız bütün hükümlerine uymak zorundadırlar. Zira kendi yetkilerini yine bu Anayasadan almaktadırlar. Anayasaya uymayan bir anayasal makam, bizzat kendi varlık sebebiyle çelişmiş olur.

Denetlenemezliğin yol açtığı sakıncalara ilişkin şunu da belirtelim ki, aşağıda açıklanacağı üzere, olağanüstü hâl KHK'lerinin onay işlemi TBMM tarafından kanun biçiminde yapılmaktadır. Dolayısıyla onay kanunundan sonra, denetim yasağı ortadan kalkmaktadır. Çünkü onaylandıktan sonra KHK'nin yerini bir kanun almaktadır. Hâliyle bütün kanunlar gibi bu kanun da Anayasa Mahkemesinin denetime tâbidir. Ancak, burada şu sorun ortaya çıkmaktadır: Aşağıda açıklanacağı gibi, onay için TBMM İttüzüğü maksimum otuz günlük süre belirlemiş olsa da, TBMM bu süreye uymamakta, onay işlemini geciktirmektedir. Yani bu seferde İttüzüğü ve dolayısıyla Anayasayı TBMM çiğnemektedir.

VIII. KHK'LERİN TBMM TARAFINDAN ONAYLANMASI

Önce konuyu genel olarak açıklayalım; sonra da 15 Temmuz KHK'lerini bu açıdan değerlendirelim:

A. AÇIKLAMA

Anayasamızın 121'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, olağanüstü hâl KHK'leri, "Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların meclisçe onaylanmasına ilişkin süre ve usûl İttüzükte belirlenir". İttüzüğün 128'inci maddesine göre ise, olağanüstü hâl KHK'leri, "komisyonlarda ve Genel Kurulda diğer kanun hükümünde kararnamelerle, kanun tasarı ve tekliflerinden önce, ivedilikle *en geç otuz gün içinde* görüşülür ve karara bağlanır. Komisyonlarda en geç yirmi gün içinde görüşmeleri tamamlanmayan kanun hükümünde kararnameler Meclis Başkanlığına doğrudan doğruya Genel Kurul gündemine alınır".

TBMM, olağanüstü hâl KHK'sini reddedebilir, aynen veya değiştirerek kabul edebilir. TBMM olağanüstü hâl KHK'sini reddetmiş ise, bu KHK, ret kararının Resmî Gazetede yayımlandığı gün yürürlükten kalkar. Uygulamada TBMM'nin olağanüstü hâl KHK'leri üzerindeki onay, değiştirerek onay ve ret işlemleri parlamento kararıyla değil, kanunla olmaktadır. Kanımızca bu uygulama yanlıştır. Onay ve ret işlemlerinin kanunla değil, "parlamento kararı" ile yapılması gerekir. Bu görüşümüzün sebeplerini *Kanun Hükümünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi* isimli kitabımızda açıklamıştık. Bu konuda oraya bakılabilir^[28]. Doktrinde bizim dışımızda bu görüşü savunan bir yazar, görebildiğimiz kadarıyla, yoktur. Uygulama bizim görüşümüzün tam aksi istikametindedir. Yani TBMM tarafından onay işlemleri kanunla yapılmaktadır. KHK, TBMM'de bir sefer de kanun biçiminde kabul edilmekte ve tekrar Resmî Gazetede "Kanun" başlığı altında yayınlanmaktadır.

B. DEĞERLENDİRME

İlki 23 Temmuz 2016 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 667 sayılı KHK, sonuncusu 9 Şubat 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 687 sayılı KHK olmak üzere toplam 21 adet olağanüstü KHK'si yayınlandı. Bugüne kadar bu KHK'lerden sadece dördü TBMM tarafından görüşüldü ve değiştirilerek kabul edildi. Şöyle:

- 27 Temmuz 2016 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 668 Sayılı KHK, 8 Kasım 2016 tarih ve 6755 sayılı Kanunla,
- 31 Temmuz 2016 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 669 Sayılı KHK, 9 Kasım 2016 tarih ve 6756 sayılı Kanunla,

[28] Gözler, *Kanun Hükümünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi*, op. cit., s.136-143 (<http://www.anayasa.gen.tr/khk-2-s-23-172.pdf>).

- 17 Ağustos 2016 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 671 Sayılı KHK, 9 Kasım 2016 tarih ve 6757 sayılı Kanunla,
- 1 Eylül 2016 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 674 Sayılı KHK, 10 Kasım 2016 tarih ve 6758 sayılı Kanunla

kabul edilmiştir.

Söz konusu KHK'lerin Resmî Gazetede yayımlandıkları gün TBMM Başkanlığına sunuldukları anlaşılmaktadır. Örneğin 27 Temmuz 2016 günü Resmî Gazetede yayınlanan 668 sayılı KHK, 27 Ağustos 2016 tarihine kadar TBMM tarafından onaylanmalıydı. TBMM Genel Kurulu, 23 Ağustos 2016 ilâ 1 Ekim 2016 tarihleri arasında tatilde olmuştur. Dolayısıyla geriye kalan 4 günlük sürenin 1 Ekim'den sonra işleyeceği düşünülebilir. Oysa TBMM bu KHK'yi gecikerek 8 Kasım 2017 tarihinde onaylamıştır. Onaylanan diğer üç KHK için de aynı gecikme söz konusudur.

Şimdiye kadar yayınlanan 21 KHK'nin 17'si ise hâlâ TBMM tarafından onaylanmamıştır. Bunların hepsi için bir aylık onay süresi bu makalenin son düzeltme tarihi (11 mart 2017) itibarıyla çoktan geçmiştir. Dolayısıyla bu KHK'lere ilişkin olarak, TBMM'nin kendisi, TBMM İçtüzüğü'nün 128'inci maddesinin hükmünü çiğnemiştir.

Mevcut durum, TBMM İçtüzüğü'nün olağanüstü hâl KHK'leri "Genel Kurulda... kanun tasarı ve tekliflerinden önce, ivedilikle *en geç otuz gün içinde* görüşülür ve karara bağlanır" diyen 128'inci maddesine ve dolayısıyla da Anayasamızın 121'inci maddesinin, olağanüstü hâl KHK'lerinin "Meclisçe onaylanmasına ilişkin süre ve usûl İçtüzükte belirlenir" diyen üçüncü fıkrasına aykırıdır.

Acaba bu aykırılığın altında, olağanüstü hâl KHK'sinin kanun hâline gelmesini engellemek ve dolayısıyla söz konusu düzenlemeleri Anayasa Mahkemesinin denetiminden kaçırmak düşüncesi yatıyor olabilir mi?

IX. OLAĞANÜSTÜ HAL İŞLEMLERİ İNCELEME KOMİSYONU HAKKINDA BİR NOT

23 Ocak 2017 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 685 sayılı KHK ile Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonunun kurulması öngörülmüştür. Bu Komisyonun kurulması yukarıdaki eleştirileri azaltmaya yönelik sevindirici bir gelişmedir. Henüz faaliyete geçmemiş bir Komisyon hakkında peşin olarak olumsuz bir şey söylemek istemem.

Bununla birlikte yukarıdaki eleştirileri bu Komisyonun ortadan kaldırmaya bileceği iddiasına ihtiyatla yaklaşmak gerektiğini düşünüyorum. Bir kere, bu Komisyonun iyi niyetle değil, gerek Anayasa Mahkemesine, gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılacak bireysel başvuruları geciktirmek amacıyla kurulduğu yolunda kayda değer iddialar vardır.

İkinci olarak kurulan Komisyon, yedi üyeden oluşan ve bir alt komisyonu da olmayan bir komisyondur. Bu Komisyona pek muhtemelen yüz bin civarında başvuru gelecektir. İtiraz dosyaları onlarca ve belki yüzlerce sayfadan oluşacaktır. Tek bir dosyanın incelenmesi bile saatlerce ve hatta günlerce çalışmayı gerektirecektir. Bir dosyanın sadece bir saatte karara bağlanacağını varsaysak bile 100.000 dosyanın karar bağlanması için, günde sekiz saatten, 12.500 işgününe ihtiyaç vardır. Bu ise yılda 250 iş gününden 50 (elli) yıl demektir!

SONUÇ

Yukarıda açıklandığı gibi, 15 Temmuz darbe teşebbüsü sonrasında çıkarılan olağanüstü hâl KHK'lerinde, bir olağanüstü hâl KHK'sinde olmaması gereken hükümler vardır. Türkiye'de 15 Temmuz kararnameleriyle olağanüstü hâl KHK'si kurumunun normal hukukî rejiminin ifsat edildiği söylenebilir.

Bu şekilde hukukî rejimi ifsat edilmiş KHK'lerin başta normlar hiyerarşisindeki yeri olmak üzere, birçok açıdan hukukî durumları belirsizdir. Bu belirsizlik, hukuk âleminde pek çok soruna yol açar. Bu tarz KHK'lerin var olduğu bir hukuk düzeninde, başta anayasanın üstünlüğü ilkesi olmak üzere birçok ilke sözde kalır. Keza bu tür KHK'lerin olduğu bir devleti, "hukuk devleti" olarak nitelendirmek güçtür. Zira böyle bir devlette, normlar hiyerarşisi tepetaklak olmuştur; hangi normun ne kadar bağlayıcı olduğu kestirilemez. Nihayetinde böyle bir sistemde artık kimse hukukî güvenlik içinde değildir. Bir gün herkes, kendi ismini bu kararnamelerin ekindeki listede görebilir.

Doktrinde 15 Temmuz kararnamelerinin hukukî niteliği tartışılıyor. Dr. Tolga Şirin, bu tür kanun hükümünde kararnameleri, "anayasa hükümünde kararnameler" olarak nitelendirmiştir^[29]. Hâliyle hukuken bir kararnamenin "anayasa hükümünde" olması mümkün değildir. Bununla birlikte bu nitelendirme fiiliyattaki durumu tasvir etmek bakımından isabetlidir. Gerçekten de yukarıda örneklerle gösterildiği üzere, bu KHK'lerde, Anayasanın bunlar için öngördüğü şart ve sınırlara aykırı pek çok hüküm vardır. Keza bu KHK'lerin bazı maddeleriyle Anayasanın maddeleri şeklen değiştirilmese de onların tam

[29] Tolga Şirin, "Anayasa Hükümünde Kararnameler", *Güncel Hukuk*, Kasım 2016, Sayı 155.

aksine kurallar konulmakta ve çatışma durumunda da Anayasa hükümleri değil, bu KHK'lerin hükümleri uygulanmaktadır.

15 Temmuz sonrası çıkarılan olağanüstü hâl KHK'lerinin pek çok hükmü, adeta hukuk boşluğu ortamında beliren bir asli kurucu iktidarın işlemlerine benziyor. Bu KHK'lerin pek çok hükmü ile 12 Eylül hükümet darbesinden sonra Millî Güvenlik Konseyinin yayınladığı bildiri, karar ve kanunlar arasında pek çok benzerlik var. Bu bildiri, karar ve kanunlar, geçerliliklerini bir anayasadan değil, Kenan Evren ve arkadaşlarının yaptığı başarılı olmuş bir hükümet darbesinden almaktaydı. 12 Eylül 1980 hükümet darbesinden sonra 1961 Anayasasının bir "anayasa" olarak geçerliliğine son verilmiş ve böylece bir hukuk boşluğu ortamı yaratılmıştı. Dolayısıyla o dönemde Millî Güvenlik Konseyinin yayınladığı bildiri, karar ve kanunların hukuka uygunluğunu tartışmanın bir anlamı ve gereği yoktu. Ancak bugün Türkiye'de bir hükümet darbesi olmamıştır ve 1982 Anayasası hâlâ yürürlüktedir. Dolayısıyla yürürlükte olan bu Anayasanın verdiği yetkiyle çıkarılan KHK'lerin, bu Anayasaya uygun olmalarını istemek her Türk vatandaşının en doğal hakkıdır. 17.2.2017. KG.

BİBLİYOGRAFYA

Literatür

GÖZLER (Kemal), "1982 Anayasası Hâlâ Yürürlükte mi? Anayasasızlaştırma Üzerine Bir Deneme", <http://www.anayasa.gen.tr/anayasasizlastirma-v4.pdf>).

GÖZLER (Kemal), "Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 47, Sayı 4, Ağustos 1990, s.561-590.

GÖZLER (Kemal), "Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu ve Doç. Dr. Murat Sevinç'in Kamu Görevinden Çıkarılması Hakkında Bir Açıklama", www.anayasa.gen.tr/kaboglu-sevinc.htm (Konuluş Tarihi: 9 Şubat 2017).

GÖZLER (Kemal), *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Bursa, Ekin, 2011, 2 Cilt.

GÖZLER (Kemal), *İdare Hukuku*, Bursa, Ekin, 2. Baskı, 2009, 2 Cilt.

GÖZLER (Kemal), *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukukî Rejimi*, Bursa, Ekin, 2000.

GÖZLER (Kemal), *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin, 2000.

KARAHANOGULLARI (Onur), "Yargı yolu kapalı olan işlemler için yokluk yaptırımı kullanılabilir", *Mülkiye Haber*, 12 Şubat 2017, <http://mulkiyehaber.net/yargi-yolu-kapali-olan-islemler-icin-yokluk-yaptirimi-kullanilabilir/>.

KUZU (Burhan), *Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi*, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1993.

ÖZBUDUN (Ergun), *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin, 15. Baskı, 2014.

SOYSAL (Mümtaz), *Anayasanın Anlamı*, İstanbul, Gerçek Yayınevi, 11. Baskı, 1997.

ŞİRİN (Tolga), “Anayasa Hükmünde Kararnameler”, *Güncel Hukuk*, Kasım 2016, Sayı 155.

TANÖR (Bülent), *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, İstanbul, BDS Yayınları, 3. Baskı, 1994.

Gazete Haberleri

“Bakanlar Kurulu Toplantısı”, *HaberTürk*, 2 Ocak 2017, <http://www.haber-turk.com/yerel-haberler/haber/10561849-bakanlar-kurulu-toplantisi>

“Yanlışlar düzelecek, liste yeniden YÖK'e gidecek”, *Hürriyet*, 10 Şubat 2017, <http://www.hurriyet.com.tr/yanlislar-duzelecek-liste-yeniden-yoke-gidecek-40361102>.

“Kılıçdaroğlu: KHK'ler sahte”, *Cumhuriyet*, 14 Şubat 2017, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/675516/Kilicdaroglu_KHK_ler_sahte.html.

TBMM Kararı

3 Ocak 2017 tarih ve 1134 sayılı Olağanüstü Halin Uzatılmasına Dair TBMM Kararı, *Resmî Gazete*, 5 Ocak 2017, Sayı 29939.

11 Ekim 2016 tarih ve 1130 sayılı Olağanüstü Halin Uzatılmasına Dair TBMM Kararı, *Resmî Gazete*, 13 Ekim 2016, Sayı 29856.

Bakanlar Kurulu Kararı

20 Temmuz 2016 tarih ve 2016/9064 Sayılı “Ülke Genelinde Olağanüstü Hâl İlanına Dair Bakanlar Kurulu Kararı”, *Resmî Gazete*, 21 Temmuz 2016, Sayı 29777.

MGK Kararı

Millî Güvenlik Kurulu, 20 Temmuz 2016 Tarih Ve 498 Sayılı Tavsiye Kararı <http://www.mgk.gov.tr/index.php/20-temmuz-2016-tarihli-toplanti> (Erişim Tarihi: 16 Şubat 2017).

Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi, 10 Ocak 1991 Tarih ve E.1990/25, K.1991/1 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 27, Cilt 1, s.102.

Anayasa Mahkemesi, 3 Temmuz 1991 Tarih ve E.1991/6, K.1991/20 Sayılı Karar, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı 27, Cilt 1, s.403-404.

ÖLÜ DOĞAN ÇOCUK: 685 SAYILI KHK İLE KURULAN OHAL KOMİSYONU

Yrd. Doç. Dr. Kerem ALTIPARMAK

685 Sayılı KHK Öncesi Hukuki Durum

15 Temmuz Darbe Girişimi sonrası ilan edilen Olağanüstü Hal süresinde çıkarılan 668, 669, 670, 672, 675, 677, 679, 683 ve 686 sayılı OHAL Kanun Hükmünde Kararnemeleri ve 667 sayılı KHK ile yetkilendirilmiş kurumların kararları ile onbinlerce kamu görevlisi kamu hizmetinden çıkarılmış, buna bağlı olarak da bu statüye bağlı diğer hakları sürekli olarak kısıtlanmıştı. Buna ek olarak yine yüzlerce sendika, federasyon ve konfederasyon, özel sağlık kuruluşu, özel öğretim kurumu, vakıf yükseköğretim kurumu^[1], özel radyo ve televizyon kuruluşu, gazete ve dergi, haber ajansı, yayınevi ve dağıtım kanalı^[2] KHK yoluyla kapatılmıştır. Buna ek olarak 1500 dernek ve 123 vakfın da varlığına son verilmişti.^[3]

[1] 35 özel sağlık kurum ve kuruluşu, 934 özel öğretim kurum ve kuruluşu, 109 özel öğrenci yurtları ve pansiyonları, 15 vakıf yükseköğretim kurumları, 19 sendika, federasyon ve konfederasyon doğrudan KHK ile kapatılmıştır.

[2] Toplamda 154 yayın kuruluşunun doğrudan KHK ile kapatılmasına karar verilmiştir. Bunlar arasında; 16 televizyon kanalı, 24 radyo kanalı, 62 gazete ve 5 haber ajansı bulunmaktadır.

[3] 3 Ocak 2017 tarihine kadar gerçekleşen hak kısıtlamalarına Feray Salman ve Aysel Ergün tarafından hazırlanan “OHAL, Düzenlemeler ve Uygulamalar” yazı dizisinden ulaşılabilir. <http://bianet.org/bianet/siyaset/182341-ohal-ilani-khk-ler-hak-kisitlamalari>

Bu işlemlere karşı yapılan hukuki başvurular ise, karşılıksız kaldı. Mağdurların bugüne kadar 4 farklı yol izledikleri görülmekte. Bunların 3 tanesi yargısal, bir tanesi ise idari başvuru yoluyla. İhraç edilen kamu görevlileri ve kapatılan kurumlar ayrı ayrı veya aynı zamanda olmak üzere ilgili idari birimlere, idari yargıya, anayasa yargısına ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) başvuru yaptılar.

İdari başvuruların çok azının KHK'de ilan edilmek suretiyle geri alınma sonucunu doğurduğu görülmektedir. Herhangi bir kural veya ilkeye dayanmayan bu yolun, etkili bir hukuk yolu olduğunu söylemek de mümkün değildir.

İdari yargı başvurularının ise Türkiye'nin hemen her yerinde aynı gerekçeyle reddedildiği görülmektedir. Bizim ulaşabildiğimiz, Türkiye'nin hemen her ilinden verilmiş üç yüzü aşkın idare mahkemesi kararının tamamı, "KHK'ler her ne kadar bir yürütme organı tarafından yapılmış olsa da fonksiyonel anlamda yasa niteliğinde olan KHK'lerin denetiminin idari yargı tarafından yapılması mümkün değildir" sonucuna ulaşmıştır. Açılan davaların henüz hiçbirisi kesinleşmemiş olmakla birlikte, idari yargının artık etkili bir hukuk yolu olduğunu söyleme imkanı bulunmamaktadır.

Anayasa yargısında durum farklıdır. **15 Temmuz'dan sonra 24 Kasım 2016 itibarı ile 45 bin başvuru yapıldığı, başvuru sayısının yıl sonuna kadar 100 bini bulacağı** Anayasa Mahkemesi Başkan Vekili Prof. Dr. Engin Yıldırım tarafından ifade edilmiş ve "100 bin başvuruyu değerlendirmek gerçekten çok zor bir iş. Biz kara kara düşünüyoruz" demiştir^[4]. AYM bu dönem içerisinde konuyla ilgili hiç karar vermemiş, muhtemelen konunun hükümet tarafından çözülmesini beklemiştir.

Son olarak AİHM'e yapılan başvurulara ilişkin olarak Zihni/Türkiye davasında bir öncü kararlar, başvurunun iç hukuk yolları tüketilmediği için kabul edilemez bulunmasına karar verilmiştir^[5]. AİHM, bu kararında;

- a. İdare Mahkemelerinde OHAL KHK'leriyle kamu hizmetinden çıkartma yaptırımına ilişkin davaların devam ettiği, bu başvuruların sonuçlarının henüz belli olmadığı, dolayısıyla başvurunun yapıldığı tarih itibarıyla idari yargı yolunun etkili bir iç hukuk yolu olmadığı şeklinde yorumlanamayacağını (para. 24)

[4] <http://gazeteyolculuk.net/aktuel/aym-baskanvekili-yildirim-15-temmuzdan-sonra-onumuze-45-bin-basvuru-geldi.html>.

[5] Zihni/Türkiye, no: 59061/16, 29.11.2016

- b. Ayrıca 23.09.2012 tarihinde Anayasa'nın 148. maddesinde yapılan değişiklikle olağan iç hukuk yolları tüketildikten sonra AYM'ye bireysel başvuru yolunun açıldığı, başvuru yolunun argümanlarının ise bu yolun somut durumda etkili bir başvuru olmadığını kanıtlamaya yeterli olmadığını

belirtmiştir.

Görüldüğü gibi AIHM, yukarıda açıklanan iki hukuk yolunun da en azından Kasım sonu itibarıyla etkisiz olduğunun saptanamayacağı görüşündedir. Bununla birlikte, gerek idari yargı gerekse anayasa yargısı açısından Avrupa Konseyi'nin bir başka organı olan Venedik Komisyonu'nun pek ümitli olmadığı görülebilmektedir^[6]. Dahası, bizzat hükümet KHK yolu ile ihraç edilen kamu görevlileri açısından hem idari yargı yolunun hem de bireysel başvuru yolunun kapalı olduğunu Venedik Komisyonu'na bildirmiştir^[7].

Bu durumu saptayan Venedik Komisyonu, hükümete OHAL önlemlerini incelemek üzere *ad hoc* nitelik taşıyan bir Komisyon kurmasını önermiştir^[8]. Benzer bir önerinin Avrupa Konseyi Genel Sekreteri tarafından da yapıldığı ve Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi tarafından kurulan *ad hoc* alt-komite tarafından da desteklendiği görülmektedir^[9].

Tüm bu gelişmelerin sonucunda Hükümetin, Avrupa Konseyi organlarını daha uzun bir süre oyalamasının mümkün olmadığı görülmüş olacak ki, 685 Sayılı KHK ile aşağıda ayrıntıları verilen Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu kurulmuştur. KHK'nin yayımlanma zamanı, amacını da açıkça ortaya koymaktadır. KHK'nin yayımlandığı gün, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Türkiye ile ilgili acil görüşme önerisini kabul etmemiştir. Her ne kadar oylamada 94 oy görüşme yönünde, 68 oy aleyhte ve 19 oy çekimser çıkmışsa da, 2/3 çoğunluk sağlanamadığından öneri reddedilmiştir. AKPM'nin Siyasi

[6] Venice Commission, Opinion on Emergency Decree Laws Nos. 667-676 Adopted Following the Failed Coup of 15 July 2016, CDL-AD(2016)037, (Venedik Komisyonu Raporu) para. 200-202.

[7] Memorandum prepared by Turkish authorities for the visit of the rapporteurs to Ankara, together with the additional documents appended to it (here in after – the Government's Memorandum, see CDL-REF(2016)067), s. 31.

[8] Venedik Komisyonu Raporu, para. 220 vd.

[9] Committee on Political Affairs and Democracy Ad hoc Sub-Committee on recent developments in Turkey, Report on the fact-finding visit to Ankara (21-23 November 2016), AS/Pol (2016) 18rev, para. 62,63.

İşler Komitesi'nin konuya ilişkin açıklaması okunduğunda, kararın alınmasında aynı gece çıkan KHK'lerin önemli rol oynadığı görülebilmektedir^[10].

15 Temmuz sonrasında, bireysel başvurular sadece AYM önünde değil AİHM önünde de patlamıştır. 2015 yılında Türkiye aleyhine sadece 2212 başvuru yapılmışken, bu sayı 2016'da 8308'e ulaşmıştır^[11]. Çoğu ihraç ve kapatma işlemine karşı henüz Strazburg'a başvurulmadığı düşünüldüğünde, herhangi bir önlem alınmaması halinde 15 Temmuz sonrası sürecinin tüm Strazburg sistemini çökertme riski olduğu açıktır. Gerçekten de Yargıç Işıl Karakaş, 2017'nin ilk ayında AİHM'e 2000 yeni başvurunun yapıldığını belirtmiştir^[12]. Bir başka deyişle, 2015 yılının toplamında Türkiye aleyhine yapılan başvuru kadar başvuru, sadece 2017'nin ilk ayında yapılmıştır. AİHM'nin bugün günü kurtarmak için vereceği bir kararın ise, çok daha ağır sonuçlarla geri döneceğini söylemek gerekir.

Hükümet açısından bakıldığında ise Komisyonun etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilmesinin 2-3 yıldan, 10 yıla kadar sürebilecek bir vakit kazandıracığı açıktır. İlk ihraçların üzerinden yaklaşık 5 ay geçmiş durumdadır. 685 Sayılı KHK'nin Geçici 1. maddesinin 2. fıkrasına göre Komisyon tarafından başvuruların alınmaya başlanacağı tarih, bu maddenin yayımlandığı tarihten itibaren altı ayı geçmemek üzere Başbakanlık tarafından ilan edilir. Bu ilandan ne kadar sonra başvuruların alınacağı da belirsizdir. Ama en iyi ihtimalle hemen başvurular alınmaya başlansa bile, ilk kararnamelerle kapatılan kurumlar için yaklaşık 1 yıl, ihraç edilen kişiler için ise yaklaşık 10 ay sonra başvuru yapmak imkanı doğmuş olacaktır. Komisyonun görev süresi KHK'nin 3. maddesi uyarınca 2 yıl olarak öngörülmekle birlikte, başvuru konusu işlem sayısının 100.000 civarı olduğu düşünüldüğünde, bu sürenin gerçekçi olmayacağı açıktır. Bu itibarla, Komisyon sürecinin 2 yıl, buna karşı açılacak idari yargı davasının da istinaf dahil 3 yıl süreceği düşünülürse, ihraç edilen kişinin anayasa yargısı dahil iç hukuk yollarını tüketmesi 10 yıla yaklaşacaktır.

Bu durum dikkate alındığında hali hazırda Komisyonun, Avrupa Konseyi organlarının istediği tipte bir Komisyon olup olmadığı ve AİHM içtihatları ışığında etkili bir iç hukuk yolu sayılıp sayılmayacağı, özel bir önem kazanmaktadır.

[10] Situation in Turkey: statement by PACE Committee on Political Affairs, <http://assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-en.asp?newsid=6492&lang=2>

[11] European Court of Human Rights (2017), Annual Report, (Strasbourg: CoE), s. 201.

[12] Yargıç Işıl Karakaş'ın DeutscheWelle'ye verdiği röportaj için bkz. "AYM'ye 'süratle karar ver' çağırısı", <http://www.dw.com/tr/aymye-s%C3%BCratle-karar-ver-%C3%A7a%C4%9Fr%C4%B1s%C4%B1/a-37382911>

Venedik Komisyonu, bu yapının esas amacının tüm vakalara kişiselleştirilmiş bir muameleyi mümkün kılmak olduğunu belirtmiştir. Yine Venedik Komisyonuna göre, kurulacak yapının adil yargılanma ilkelerinin temel ilkelerine uygun olması, spesifik delilleri incelemesi ve gerekçeli karar vermesi gereklidir. Kurulacak Komisyon bağımsız ve tarafsız olmalı, Komisyonun eski duruma dönme konusunda karar verme (*statusquoante*) ve/veya uygun olduğunda uygun tazminat vermeye yetkili olması gerekir. Bu ad hoc yapının kararlarının daha sonra yargı yoluna tabi olması gerekir^[13]. Komisyon, Raporunun sonuç kısmında Hükümete şu tavsiyelerde bulunmuştur:

Venedik Komisyonu, kanun hükmünde kararnamelerle doğrudan görevden alınmış kamu görevlilerinin ve kanun hükmünde kararnamelerle tasfiye edilmiş tüzel kişiliklerin mahkemeye başvuru haklarının olmamasından ise bilhassa endişe duymaktadır. **Eğer kamu görevlilerinin mahkemeye başvuru haklarının tamamen yeniden devreye sokulması uygulama açısından mevcut koşullarda imkansızsa Türk resmi makamları, tüm vakaların kişiye özgü ele alınmasına ve sonuç olarak görevden alınmış olan kişilere “kendini savunma fırsatı” vermesine imkan tanıyacak alternatif yasal mekanizmalar üzerine düşünmelidir.** Venedik Komisyonu, bireysel görevden alma davalarının incelenmesi için sonradan yargı denetimine tabi bağımsız bir geçici (*ad hoc*) kurul oluşturulmasıyla ilgili olarak Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği tarafından yapılan teklifi desteklemektedir.

685 Sayılı KHK ile kurulan Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu (OHAL Komisyonu), hem Venedik Komisyonu tarafından öngörülen ölçütlerin, hem de AİHM içtihatlarında öngörülen standartların çok uzağındadır. Düzenlemenin tek amacının zaman kazanmak ve Strazburg yolunu uzatmak olduğu açıktır. Bu durumu ortaya koyabilmek için, biz mevcut düzenlemeyi 4 ayrı başlık altında inceleyeceğiz.

685 Sayılı KHK'nin Analizi

Yapı

AİHM önünde devam eden köy boşaltma davalarını çözmek için 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun, illerde 7 kişiden oluşan Zarar Tespit Komisyonları kurulmasını öngörmüştü^[14]. Bu Komisyonlar konu bakımından daha geniş bir alana bakmakla

[13] Venedik Komisyonu Raporu, para. 222.

[14] AİHM İçyer/Türkiye kabul edilemezlik kararında Tazminat Komisyonlarını etkili iç hukuk yolu olarak kabul edip önünde devam eden 1500 davayı komisyonlara yönlendirmişti. Bkz. İçyer/Türkiye, no. 18888/02, 12.1.2006. Kararın eleştirisi için bkz. Kerem Altıparmak

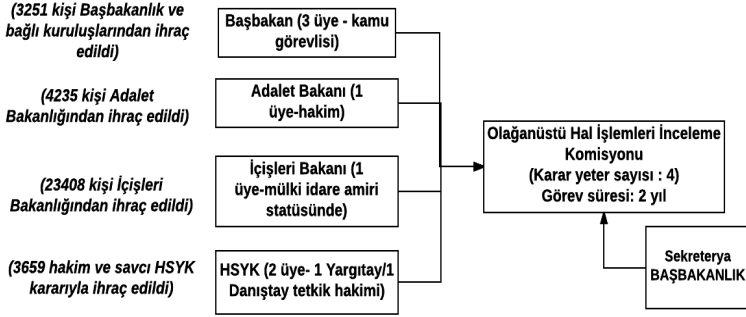
birlikte, özünde daha basit bir iş yapmaktadır. Zarar Tespit Komisyonları, Terörle Mücadele Yasası kapsamındaki eylemler ve bunlarla mücadele kapsamında zarar görenlerin zararını karşılamak amacıyla kurulmuştur. Bu nedenle, idarenin işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğu tartışmasına girmeksizin, sadece bu eylem ve işlemler dolayısıyla zarar görülüp görülmediğine bakılmaktadır.

685 Sayılı KHK ile kurulan Komisyon ise, 5233 Sayılı Yasada öngörülen-den farklı olarak her ilde oluşturulmayacaktır ve sadece bir tanedir. Aşağıda ayrıntılı inceleneceği gibi 5233 Komisyonlarının idarenin işlemini esas bakımından incelemesi söz konusu değilken, OHAL Komisyonları zorunlu olarak işlemin esasını inceleyecektir. Bir başka deyişle, kamu hizmetinden çıkarma veya kurum ve kuruluş kapatma işlemlerinin hukuken doğru olup olmadığını denetleyecektir. Bu açıdan bakıldığında, daha ağır bir iş yüküyle karşı karşıya olduğu düşünülebilir. Buna rağmen Zarar Tespit Komisyonları her ilde kurulmuşken, 685 Sayılı KHK ile kurulan Komisyon, sadece bir adet olmak üzere Ankara'da kurulmuştur.

Komisyonun siyasi olarak çok daha ağır bir siyasi yük altında olması nedeniyle, merkezi olması ve güçlü yetkilerle donatılması anlaşılabilir. Nihayetinde Komisyon, Bakanlar Kurulu tarafından terörle bağlantılı olduğu gerekçesiyle yaptırımı uğramış gerçek ve tüzel kişiler hakkında karar verecektir. Ancak düzenleme, amacın bu olmadığını ortaya koymaktadır. 685 Sayılı KHK'nin 1. maddesinin 2. fıkrasına göre “*Komisyon, yedi üyeden oluşur. Üyelerin üçü kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından, bir üye Adalet Bakanlığı'nın merkez teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında çalışan hakim ve savcılar arasından Adalet Bakanınca, bir üye mülki idare amirleri sınıfına mensup personel arasından İçişleri Bakanınca, birer üye Yargıtay'da ve Danıştay'da görev yapan tetkik hakimleri arasından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenir*”.

Komisyonun üyelerini atayan siyasi ve idari mercilerin bizzat kendileri, ihraç ve kapatma kararı vermiştir. O nedenle alınan tedbirlerin hukukiliğini sorgulayacak olan Komisyonun, tedbiri alanlar ve uygulayanlar tarafından atanıyor olması bizzat kendisi, bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesinin baştan göz ardı edildiğini ortaya koymaktadır.

(2009), “Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik”, 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı Hayal Kırıklığı mı? (Yay. Haz. Kerem Altıparmak), (Ankara Barosu Yayınları, Ankara), s. 60 vd.



Öte yandan, Başbakan tarafından seçilecek üyeler, hiçbir sınır olmaksızın tamamen Başbakanın takdirine bırakılmıştır. HSYK tarafından seçilecek üyeler yüksek yargıçlar arasından değil, tetkik hakimleri tarafından; Adalet Bakanlığı tarafından seçilecek üye ise yine Bakanlık teşkilatı içerisinde seçilecektir. Bu anlamda üyelerin yüksek profilli olmadığı gibi, ciddi bir güvencelerinin de olmadığı ortadadır. Dahası KHK'nin 4. maddesi üyelerin güvenceleri ve hakları başlığını taşımasına rağmen, güvence getirmek bir yana çok ciddi bir güvencesizlik kaynağıdır. İlgili madde önce “Üyelerin görev süreleri dolmadan herhangi bir nedenle görevlerine son verilemez” demekte, ancak bundan sonra bir dizi göreve son verme gerekçesi saymaktadır. Bu gerekçelerden özellikle bir tanesi çok ilginçtir. 4. maddenin (1) (e) bendine göre:

“Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulu'nca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle hakkında Başbakanlıkça idari soruşturma başlatılması veya soruşturma izni verilmesi halinde tespit edilmesi üzerine, Komisyon tarafından üyeliğine son verilir.”

Görüldüğü gibi üyenin hakkında adli ve hatta idari bir karar bulunmasına bile gerek yoktur, idari bir soruşturmanın açılması, üyeliğin sonlanmasına yeterlidir. Başbakan sıfatıyla, Bakanlar Kurulu'nun ihraç ve kapatma kararlarının altında imzası bulunan kişinin başlatacağı bir soruşturma sonucunda, üyelik sona erecektir. Türkiye'de onbinlerce insanın savunma alınmaksızın bu gerekçeyle kamu hizmetinden çıkarıldığı düşünüldüğünde, hoş gitmeyen bir-iki karara veya şerhe imza atan bir üyenin, çok kolay bir şekilde böyle bir soruşturmanın muhatabı olabileceğini düşünmek mümkündür.

Öte yandan 100.000'e yakın başvuru alması beklenen OHAL Komisyonunun, bu başvuruları sağlıklı bir şekilde incelemesinin mümkün olmadığı ortadadır. Terör Tazminat Komisyonlarının tüm illerde oluşturulmasının tersine,

OHAL Komisyonu 7 kişiyle çalışacaktır. Bu durum, Komisyonun idari desteğinin önemini daha da arttırmaktadır. KHK'nin Sekreteryaya başlığını taşıyan 12. maddesine göre, “*sekreteryaya hizmetleri Başbakanlık tarafından yerine getirilir. Bu hizmetler için yeteri kadar personel Komisyona tahsis edilir*”. Bir başka deyişle, yüzbinlerce başvuruya ilişkin asıl incelemeyi yapacak, raportör olarak çalışıp Komisyonun önüne kararları hazırlayacak personelin tamamı, Başbakanı hiyerarşik olarak bağlı devlet memurlarından oluşacaktır. Bu personelin hiçbir güvencesi de yoktur. Görevlerine devam etmelerine veya herhangi bir karar almaya Komisyon değil, Başbakan yetkilidir.

AİHM Yargıcı Işıl Karakaş yaptığı açıklamada, 685 Sayılı KHK ile kurulan Komisyonun idari bir Komisyon olduğunu, yarı yargısal bir yetki dahi kullanmadığını, bu nedenle tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusundaki endişelerin de yersiz olduğunu belirtmiştir. Karakaş'a göre, aleyhine yargı yoluna başvurulabilen bu idari yapı, AİHM ölçütlerini karşılamaktadır^[15].

Bir hakimin henüz önüne gelmemiş dava hakkında, hem de bütün AİHM adına görüş bildirmesinin yersizliği ve talihsizliği bir yana, Yargıç Karakaş'ın ifadeleri hukuki açıdan da çok yanlışır.

Daha önce çeşitli vesilelerle^[16] ifade etmeye çalıştığımız gibi, bir kişinin terör örgütü ile iltisak, irtibat halinde bulunduğu iddiasıyla ihraç edilmesi işlemi, AİHM'in özerk kavram yaklaşımı ışığında “cezaî isnat” olarak değerlendirilmesi gereken bir nitelendirmedir.

Cezaî bir isnat karşısında kendisini savunma hakkı verilmeyen kişilere, şimdi de yargısal yetkisi olmayan bir idari birim önünde yıllarca beklemeleri tavsiye edilmektedir. Bu süreç içerisinde, başvurucular, haklarındaki “terörist” damgasını taşımaya devam edecek, hiçbir kamu hizmetinde çalışmadıkları gibi sosyal güvenlik kayıtlarında KHK nedeniyle işsiz kaldıkları görülecektir.

Bir yıl boyunca haklarındaki cezaî suçlamayı çürütme imkanı verilmeyen insanların yıllarca idari bir kurulun önünde bekledikten sonra, aşağıda açıklanacağı gibi, bu eksikliği giderme imkanı olmayan bir idari yargı incelemesine başvuru yapmaları istenmektedir. Bu durumun, masumiyet karinesini tersine çevirdiği açıktır.

[15] Bkz. yukarıda 12 no'lu notta zikredilen röportaj.

[16] Kerem Altıparmak/Yaman (2017), *Barış İçin Akademisyenler: Olağanüstü Zamanlarda Akademiyi Savunmak*, (İletişim: İstanbul), s. 74-80; Kerem Altıparmak (2016), “OHAL KHK'leri “Sivil Ölüm” mü Demek?”, <http://m.bianet.org/bianet/siyaset/178496-ohal-khk-leri-sivil-olum-mu-demek>

Her yönüyle yürütmenin emrine tabi böylesi bir yapının, siyasi ağırlığı bu kadar yüksek olan konuları inceleyip adil bir şekilde karara bağlaması, tamamen tesadüflere bağlıdır.

İnceleme ve Çalışma Usulleri

Gerek kamu görevlilerinin kamu hizmetinden çıkarılma kararlarında, gerekse kurum ve kuruluşların kapatılmasına ilişkin kararların öncesinde bir soruşturma yürütülmüş ve Devlet Memurları Kanunu'nun disiplin hükümleri uygulanmış değildir. Gazetelerin kapatılmasında Basın Kanunu, derneklerin kapatılmasında Dernekler Kanunu, radyo ve televizyon kanallarının kapatılmasında ise Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'a riayet edilmemiştir. Nitekim, Danıştay 5. Dairesine nitelendirmesine göre, bu şekilde “*meslekten veya kamu görevinden çıkarma; adli suç veya disiplin suçu işlenmesi karşılığında uygulanan yaptırımlardan farklı olarak terör örgütleri ile milli güvenliğe karşı faaliyette bulunduğu kabul edilen diğer yapıların kamu kurum ve kuruluşlarındaki varlığını ortadan kaldırmayı amaçlayan, geçici olmayan ve nihai sonuç doğuran “olağanüstü tedbir” niteliğindedir*”^[17]. AYM de, kendi üyelerini ihraç ettiği kararda aynı ifadeyi kullanmıştır^[18].

Bu olağanüstü tedbir alınırken çoğu vakada muhatabına hiçbir suçlama yöneltilmemiş, hiçbir savunma hakkı kullanılmamış, disiplin hukukunun temel ilkelerine de riayet edilmemiştir. Dahası, ilgiliyi açığa alıp bu süre içerisinde soruşturma yapmak yerine, doğrudan ihraç yoluna başvurulmuştur.

Öte yandan, ihracın dayanağı olan işlemin dayanağı kural, daha önce öngörülmesi mümkün olmayan bir kuraldır. KHK uyarınca “terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, **mensubiyeti, aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı** olduğu gerekçesiyle başka bir idari işlem tesis edilmeksizin doğrudan kanun hükmünde kararname hükümleri ile tesis edilen işlemlere” karşı başvuru yapılacaktır.

Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum ve grupların ne olduğu, hiçbir KHK'de sayılmış değildir. Dahası bu gruplara iltisakı veya bunlarla irtibatı olduğu gerekçeleri Türk hukukunda daha önce hiç duyulmamış, bilinmeyen kavramlardır. Yukarıda da ifade etmeye çalıştığımız üzere, burada ifade edilen kavramlar

[17] Danıştay 5. D., E. 2016/8196, K. 2016/4066, k.t. 04.10.2016.

[18] E. 2016/6, K. 2016/12, 4.8.2016, para. 79.

idari yaptırım olarak tanımlanmış olsa bile, AİHS kapsamında “**cezai isnat**” niteliği taşımaktadır.

Bu husus, şu açıdan önemlidir. Bu kişi ve kurumlar, hiçbir savunma imkanı verilmeden, delil sunamadan, tanık dinletmeden, iddia makamının iddialarını tartışma ve çürütme imkanı olmadan, masumiyet karinesinden mahrum bırakılmıştır. Hali hazırda bu kişilerin kamu görevine iade edilmeden mağduriyetlerinin yıllarca sonra sonuçlanacak bir soruşturma sonrasında giderilmesinin adil olup olmadığı, tartışma konusudur. Ancak, Komisyonun işleyişinin yol açtığı tek sorun bu değildir. Komisyonun çalışma yöntemi, ihraca yol açan usul eksikliklerini gidermekten tamamen uzaktır.

KHK'nin 13. maddesine göre, “başvurulara ve Komisyonun çalışmasına ilişkin usul ve esaslar, Komisyonun teklifi üzerine Başbakanlık tarafından belirlenir ve ilan edilir”. Hüküm, Komisyonun çalışma usullerinin yasal bir güvencesinin olmadığını göstermektedir. Dahası, 9. maddeye göre “komisyon incelemelerini dosya üzerinden yapar”.

Komisyonun incelemeyi dosya üzerinden yapacak olması, savunma haklarını tamamıyla kullanılamaz kılmaktadır. Kişi veya kurum, “terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle” yaptırma uğramıştır. Ancak ne hangi yapı, oluşum veya grup olduğu kendisine bildirilmiştir, ne de hangi davranışının iltisak veya irtibat olarak değerlendirildiği bellidir. Bu durumda, yazılı başvuru yapan kişi veya kurumun söyleyebileceği iki şey vardır. Ya “ben hiçbir yapı, oluşum veya grupla” ilgili değilim diyecek ya da tek tek ilgili olabileceğini düşündüğü hangi örgütle bağlantılı olmadığını açıklayacaktır.

Böylesi bir yolun, Anayasa'nın 38. maddesindeki “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” şeklindeki hükmüne ve AİHS'te açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, AİHM kararlarında adil yargılanma hakkının temelindeki genel bir uluslararası ilke olduğu tespit edilen kişinin susma ve kendini suçlamaya zorlanamaması ilkesine de aykırıdır^[19].

Bu usul, hiçbir aşamada kendisine suçlama bildirilmemiş kişi ve kurumları, bir suç üstlenmeye, ardından da ona uygun savunma yapmaya zorlamaktadır. OHAL Komisyonuna başvuran kişi önce bir suç seçecek, daha sonra da buna göre savunma yapacaktır.

[19] Saunders/Birleşik Krallık, 17.12.21996, ECHR 1996-VI.

Ceza davalarında savunma haklarının güvence altına alınması, demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biridir ve 6. maddenin bu güvenceyi sadece teorik ve kağıt üstünde değil ve fakat pratik ve etkin şekilde kullanacak şekilde yorumlanması gerekir^[20]. AİHM'in çok kez vurguladığı üzere, kamu yararı ne kadar güçlü olursa olsun, adil yargılanma hakkından feragat edilemez. Bu nedenle 6. maddede düzenlenen adil yargılama güvenceleri, en basit suçta da, örgütlü suçlar gibi en zor ve karmaşık suçlarda da uygulanır^[21]. AİHM, bu nedenle bazı davalarda, 6. maddenin spesifik bir ihlalini saptamadan usulün bütün halinde adillik ilkesine (*principle of fairness*) aykırı olduğunu tespit etmiştir^[22].

Silahların eşitliği ilkesi, taraflara karşı taraf karşısında ciddi bir dezavantaja uğramaksızın, davasını ileri sürme konusunda makul bir imkanın verilmesini gerektirir. AİHM, usul kurallarının birincil amacının, sanığı otoritenin kötüye kullanılmasına karşı korumak olduğunu belirtmektedir^[23]. Bunun yanında, yargılama hem hukuk hem de ceza davalarında çekişmeli olarak yürütülmeli ve taraflara, karşı tarafın sunduğu delil ve argümanlara cevap verme imkanı sunulmalıdır^[24].

OHAL Komisyonu, yargısal yöntem kullanacak tüm yapılar için gerekli olan bu usul güvencelerinin, hiçbirini sunmamaktadır. Peki bu durumda Komisyon neye göre karar verecektir? Mağdura hiçbir şekilde suçlama bildirilmediğine göre, yürütmenin elinde bulunan bilgi ve belgelere göre. Komisyonun bu belgeleri incelemek konusundaki yetkisi nedir? KHK'nin 5. maddesi bu soruya şöyle cevap veriyor: "Soruşturmanın gizliliğine ve Devlet sırlarına ilişkin ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla kamu kurum ve kuruluşları ile yargı mercileri, Komisyonun görevi kapsamında ihtiyaç duyduğu her türlü bilgi ve belgeyi gecikmeksizin Komisyona göndermek veya yerinde incelenmesine imkan sağlamak zorundadır".

İlk bakışta bu hükme dayanarak, Komisyonun en azından idarenin elindeki tüm belgelere ulaşabileceği düşünülebilir. Ne var ki, ihraç edilen kişiler terör örgütleriyle ilgili faaliyetleri nedeniyle ihraç edilmiştir. Bu kişiler hakkında bir soruşturma olduğu, bunun da Devlet sırrı sayılması ihtimali vardır. Ceza Muhakemesi Yasası'nın 47. maddesine göre, "açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal

[20] Artico/İtalya, no. 6694/74, 13.5.1980, para. 33

[21] Teixeira de Castro/Portekiz, no. 25829/94, 9.6.1998, para. 36

[22] Van Kück/Almanya, no. 35968/97, 12.6.2003, para. 55 vd.

[23] Coeme/Belçika, no. 32492/96, 22.6.2000, para. 102.

[24] Ruiz Mateos/İspanya, no. 12952/87, 23.6.1993, para. 63

düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, Devlet sırrı sayılır”. Bilgi istendiğinde idare “bunlar Devlet sırlarına ilişkindir, veremeyiz” dediğinde, Komisyonun bunun aksini zorlayabilecek bir yetkisi olmadığı gibi, başvuruçunun buna veya usulün herhangi bir hükmüne itiraz etmesini öngören bir kural da, KHK’de mevcut değildir.

Çalışma usulüyle ilgili son bir hususu daha vurgulamak gerekmektedir. Bundan sonra hiçbir KHK çıkmasa bile, OHAL Komisyonunun 100.000’e yakın başvuru almasının olası olduğu açıktır. 7 kişilik bir heyetin, 2 yıllık süre içerisinde 100.000 başvuruyu inceleyip sonlandırması beklenmektedir. Bu, kabaca iş günü hesabıyla, günde 250 başvurunun incelenip karara bağlanması anlamına gelmektedir. Her bir kararda en az 4 üyenin oyu gerektiğine göre, her bir üyenin günde 35 dosyaya raportörlük yapıp, buna ek olarak da en az 100 dosyanın görüşme ve oylamalarına katılması gerekmektedir. Bunun mümkün olmadığı ve Komisyonun önüne sunulan istihbarat raporuna göre otomatik karar vereceğini söylemek, herhalde abartı olmayacaktır.

Kararın Niteliği

Bir başvuru yolunun AİHS’in 34. maddesi anlamında etkili bir iç hukuk yolu olarak kabul edilebilmesi için, ihlali veya bu mümkün değilse, mümkün olduğu ölçüde etkilerini ortadan kaldıracak nitelikte olması gerekir. Bunun için de kural olarak, hukuk yolunun ihlal hiç gerçekleşmemiş olsa mağdur ne durumda olacaksa, mağduru o statüye döndürmesi (*restitutio in integrum*) gerekir^[25].

Bununla birlikte, çoğu insan hakları ihlalinde davranış öncesine dönmek pratik olarak mümkün olmayabilir. Uluslararası Hukuk Komisyonunun da belirttiği gibi, eski hale getirmenin mümkün olmadığı ya da zararı gidermek için yeterli olmadığı durumlarda, maddi ve/veya manevi tazminat ödenmesi, bunun da yeterli olmaması halinde diğer tatmin (*satisfaction*) yollarına başvurulması mümkündür^[26]. O halde, öncelikle mümkün olduğu ölçüde *statusquoante*’ye

[25] Uluslararası hukuktaki temel giderim aracının *restitutio in integrum* olduğuna dair bkz. Daimi Uluslararası Adalet Divanı, The Factory at Chorzów (Indemnity) (Almanya/Polonya), PCIJ, Ser. A., No. 17, 1928, s. 47; Kongo Demokratik Cumhuriyeti/Belçika, 14.2.2002, ICJ Report 2002, s. 3. Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından onaylanan, Devlet Sorumluluğu Hakkında Taslak Maddeler Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, UN Doc. No. A/56/10, Madde 30 ve Komisyon’un yorumu. (“Devlet Sorumluluğu Taslak Maddeleri”), md. 35 ve Komisyon Yorumu.

[26] Devlet Sorumluluğu Taslak Maddeleri, md. 35-37. Taslak Maddeler; eski hale iade, tazminat ve diğer tatmin yöntemlerini kademeli olarak düzenlemektedir. Örneğin, eski

dönmek hedeflenecek, bunun mümkün olmaması halinde, ihlal öncesi duruma en yakın çözümü sağlayacak giderim araçlarının sağlanması hedeflenecektir. Uluslararası Hukuk Komisyonu, iki halde “mümkün olmama” testinin gerçekleştiğini kabul etmektedir: a) maddi imkansızlık bulunması, b) tazminat yerine geri iadeyi sağlamaktan elde edilecek fayda ile bu yükümlülüğün yaratacağı yük arasında çok büyük bir orantısızlık olması^[27].

AİHS’in birincil amacı, ihlalin hiç gerçekleşmediği noktaya dönüşü sağlamaktır. AİHM bu hususu Papamichalopoulos/Yunanistan kararında şu şekilde ifade etmiştir:

“Mahkeme’nin Sözleşme’nin ihlal edildiğini tespit ettiği bir karar, davalı devlete ihlali sonlandırma ve mümkün olduğu ölçüde ihlal öncesi durumu tesis edecek (*restitutio in integrum*) şekilde sonuçlarını gidermeye yönelik hukuksal bir sorumluluk yükler”^[28].

Bu nedenle, tazminat ödeme *restitutio in integrum*’a bir alternatif değildir, ihlalin niteliği ya da iç hukukun buna olanak sağlamaması nedeniyle^[29], yani iç hukukta zararın onarımının mümkün olmadığı durumlarda başvuru bir araçtır^[30]. Örneğin, yaşam hakkı veya işkence ihlali geri dönülemez ihlallerdir ama önerilen diğer giderim araçları, bu ihlallerin ciddiyeti ile uygun bir orantı içinde olmalıdır^[31]. Bunun doğal sonucu olarak, eski hale getirmenin mümkün olmadığı durumlarda önerilecek giderim araçları da, ihlal öncesi hale dönüş en yakın çözümü sağlamalıdır.

Scozzari ve Giunta davasında da Mahkeme, ihlal sonucuna ulaşan bir kararın davalı devlete sadece tazminat ödeme yükümlülüğü getirmediğini, aynı zamanda Bakanlar Komitesi denetimi altında kendi iç hukuk düzeninde AİHM tarafından tespit edilen ihlale son verme ve ihlalin sonuçlarını mümkün olduğu ölçüde gidermek için gerekli genel tedbirleri ve/veya gerektiği halde

hale iadenin giderimi sağladığı durumlarda diğer giderim araçlarına başvurulmayacaktır.

[27] Devlet Sorumluluğu Taslak Maddeleri, md. 35.

[28] Papamichalopoulos/Yunanistan (50. madde), 31.10.1995, Series A no. 330-B, para. 34; Assanidze/Gürcistan (BD), no. 71503/01, ECHR 2004-II, para. 197; *Maestri/İtalya*, no. 39748/98, ECHR 2004-I, para. 47.

[29] De Wilde, Oomsve Versyp (“Vagrancy”)/Belçika (50. Madde), Series A no. 12, para. 20.

[30] Scozzari ve Giunta/İtalya (BD), nos. 39221/98 and 41963/98, ECHR 2000-VIII, para. 250.

[31] Mahkeme, eski hale iade edememe ile tazminat arasındaki ilişkiyi mahkûmların soyularak aranması konusunda da saptamıştır. AİHM’ye göre bu durumun geri çevrilmesi mümkün olmadığı için tazminata hükmetmek gerekmektedir. Salah/Hollanda, no. 8196/02, 6.7.2006, para. 75

bireysel tedbirleri seçme ödevi de yüklediğini belirtmiştir^[32]. Salah/Hollanda davasında, AİHM, 41. maddeyi 46. madde ile kıyaslayarak, davalı devletin asıl ödevinin ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak olduğunu belirterek, bireysel ve genel nitelikli tazminat dışı önlemlerin tazminat ödenmesinden daha önemli olduğunu belirtmiştir^[33].

Bu içtihattan yola çıkarak; öncelikli olarak devam eden bir ihlal varsa bunun sona erdirilmesi gerektiğini, daha sonra mümkün olduğu ölçüde ihlal öncesi durumu tesis edecek şekilde sonuçların giderilmesi gerektiğini ve nihayet ihlalin devam ettiği dönem için de geriye yönelik olarak zararların karşılanması gerektiğini söyleyebiliriz.

Kamudan ihraç ve kurum veya kuruluş kapatma kararlarında giderimin etkili olabilmesi için haksız işlemin geri alınması ve buna ek olarak yol açılan maddi ve manevi zararın karşılanması halinde, bu gerekliliğin yerine geleceğini belirtmek mümkündür.

685 Sayılı KHK'nin 9. maddesine göre OHAL Komisyonu, inceleme sonucunda başvurunun reddine veya kabulüne karar verebilecektir. Kabul kararının sonuçlarının ne olacağı ise 10. maddede düzenlenmiştir. Buna göre:

“(1) Kamu görevinden, meslekten veya görev yapılan teşkilattan çıkarılan ya da ilişki kesilenlere ilişkin başvurunun kabulü halinde karar Devlet Personel Başkanlığı'na bildirilir. Bu şekilde bildirilen personelin atama teklifleri; statüleri, unvanları ve yürüttükleri görevler itibarıyla başka kurumlarda görevlendirilmeleri mümkün olmayanlar hariç olmak üzere daha önce istihdam edildikleri kurumlar dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarında eski statülerine ve unvanlarına uygun kadro ve pozisyonlara Devlet Personel Başkanlığı tarafından ikamet ettikleri il dikkate alınarak onbeş gün içinde yapılır. [...]

(2) Kapatılan kurum ve kuruluşlara ilişkin başvurunun kabulü halinde ilgili kanun hükmünde kararname hükümleri, söz konusu kurum ve kuruluş bakımından tüm hüküm ve sonuçlarıyla birlikte söz konusu kanun hükmünde kararnamenin yayımı tarihinden geçerli olmak üzere ortadan kalkmış sayılır.”

Bu kuraldan birkaç sonuç çıkarılabilir. Birincisi, karar bir iptal kararı değildir. Her ne kadar bu kararlar ilk yapılan işlemin hukuka aykırı olduğu tespit edilmişse de, ilk işlem iptal edilmiş olmamaktadır. Bu nedenle, ilgili kişi veya kurumun statusquoante'ye dönmesi diye bir durum söz konusu olmamaktadır. Tam tersine kural, “**daha önce istihdam edildikleri kurumlar dışındaki**

[32] Scozzari ve Guinta/İtalya, 13.7.2000, para. 249.

[33] Salah/Hollanda, no. 8196/02, 6.7.2006, para. 71.

kamu kurum ve kuruluşlarında eski statülerine ve unvanlarına uygun kadro ve pozisyonlara” atama yapılacağını söylemektedir. Bir örnek vermek gerekirse, kamu hizmetinden haksız yere ihraç edildiği ortaya çıkan İstanbul Üniversitesi öğretim üyesi, İstanbul Üniversitesi’ne değil, herhangi bir taşra üniversitesine atanacaktır. Devletin kusuruyla işsiz kalan kişinin, neden kendi işine değil de, başka bir işe atandığını anlamak mümkün değildir.

Öte yandan, verilen karar bir iptal kararı olmadığı için geçmişe yönelik bir sonuç doğurmamakta, sadece geleceğe yönelik sonuç doğurmaktadır. Başta ifade edildiği gibi Komisyon çalışmaya başladığında ilk kapatmaların üzerinden 1 yıl, ilk ihraçların üstünden ise 10 ay geçmiş olacaktır. Eğer 7 üyeli Komisyon günde 250 dosya çıkarma gibi insan üstü bir etkinliğe imza atabilirse, 2 yıl içinde tüm başvuruları tamamlayabilir. Bunun mümkün olmadığı açıktır, o nedenle kimi başvurular ancak 3-4 yıl sonra tamamlanacaktır. Bu durumda örneğin 2016 Eylül’de kapatılan bir televizyon kanalı, karar lehine sonuçlanırsa 2020 yılında yayına geri dönebilecektir.

Kapanan bir dernek için de, aynı durum söz konusudur. Bazı illerde, hiçbir muhalif dernek kalmamıştır. Tüm muhalif televizyon kanalları ve hemen tüm muhalif gazeteler de, bu süreçte kapatılmıştır. Bu nedenle, verilecek kararın maddi olduğu kadar siyasi etkisi de büyüktür.

Hakkında ret kararı verilenler ise idari yargıya başvuracak ve bu 4 yıllık süreye 2-3 yıl daha eklenecektir. Hatırlanacağı üzere ihraç kararnamelemleri, ihraç edilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak kamu hizmetine girmesini de engellemekte, yurtdışına çıkışlarını pasaportları (hem resmi, hem sivil pasaportları) iptal ettiği için imkansız kılmaktadır. Bunun anlamı şudur. Örneğin ihraç edilen bir üniversite öğretim üyesi, 6 yıl işsiz kalacak, 6 yıl sonra haksız bir şekilde kamu görevinden çıkarıldığı tespit edilse bile, kendisine hiçbir tazminat ödenmeyecektir.

Kişinin bu ihlal sonrasında, genel hükümlere göre zararının karşılanmasını istemesi de mümkün değildir. Birincisi, genel hükümlerin burada uygulanması mümkün değildir. Yukarıda da açıklandığı üzere, Komisyona bir iptal yetkisi verilmiş değildir. Komisyon işlemi iptal etmemekte, sadece KHK’nin 10. maddesinde gösterilen kararı alabilmektedir. Bu nedenle 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası’nın 12. maddesinde öngörülen “ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler” hükmü, Komisyon kararları açısından uygulanamayacaktır.

İkincisi, kişinin zarara uğramasına yol açan işlem Komisyon kararı değil KHK işlemidir. 685 Sayılı Yasa, KHK işlemi için yargı yolunu açmamaktadır. Aşağıda açıklanacağı gibi KHK’de öngörülen yargı yolu, 12. madde uyarınca, Komisyon kararlarına iptal davası yoludur. Yargı yerleri, KHK’nin hukuka uygunluğunu denetleyemeyecektir, sadece Komisyon’un işlemi iptal edebilecektir. Bu durumda, KHK işlemiyle doğan zarar açısından dava süresi İYUK 7. maddede öngörülen genel süredir. Bu süre de 60 gündür ve 6 yıl sonra verilecek karar sonrasında çoktan dolmuş olacaktır. Bu durumda ne ihraç edilen kişiler, ne de kapatılan kurum ve kuruluşlar, haklarında yapılan haksız işlemler nedeniyle uğradıkları yüzbinlerce hatta milyonlarca liralık zararı Komisyon yoluyla karşılayamayacak, çok sayıda insan bu dönemi işsiz geçirecek ve tüm hayatı alt üst olacaktır.

Bu nitelikte bir kararın, etkili bir hukuk yolu sayılmasının mümkün olmadığı açıktır.

Yargısal Denetim

Takip edebildiğimiz kadarıyla, konuyla ilgili bazı uzmanlar tüm bu eksikliklerin yargı yolu güvencesi nedeniyle giderilebileceğini, AİHM’in de bu kural nedeniyle Komisyonları etkili hukuk yolu olarak kabul edebileceğini düşünmektedir. Yargıç Karakaş da, bu güvenceye dayanarak idari yapıdaki eksikliklerin çok sorun edilmemesi gerektiğini belirtmektedir^[34]. Kanımızca, bu da çok yanıltır.

Yargı yolunun etkili bir hukuk yolu olarak kabul edilebilmesi için, yukarıda bahsettiğimiz eksiklikleri giderecek bir nitelikte olması gerekir. Oysa, öngörülen yargı yolunun bunu sağlaması mümkün değildir. Yargı yolu, sadece Strazburg’a giden yolu 10 yıla kadar uzatacak ek bir külfet getirmektedir.

Yukarıda vurguladığımız gibi, Komisyon kararına karşı sadece bir tek dava tipi öngörülmüştür. 11. maddeye göre, “komisyon kararlarına karşı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenecek Ankara idare mahkemelerinde iptal davası açılabilir”.

Öncelikle, kural doğal yargıç yerine HSYK tarafından “belirlenmiş” idare mahkemelerinin inceleme yapmasını öngörmektedir. HSYK’nin ve Türkiye’deki yargı yapılanmasının kurumsal sorunları düşünüldüğünde, bu başlı başına bir sorundur. Görüldüğü gibi bu kural uyarınca kişi ve kurum hakkındaki ilk

[34] Bkz. yukarıda 12 no’lu notta zikredilen röportaj.

işlemi tesis eden Bakanlar Kurulu ve onun işlemi olan KHK değil, Komisyonun verdiği ret kararı dava edilebilmektedir.

Komisyonla başvuran kişinin iddiası, terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olmadığıdır. İlk işlemde buna nasıl karar verildiği belirsizdir. Kişi buna itiraz edecek, ama bu sonuca nasıl ulaşıldığını bilmediği için, etkili bir şekilde savunma yapamayacaktır. Ancak idari yargıda dava açıldığında da, etkili bir savunma yapmasına izin verilmediğinden hareketle işlemin hukuka aykırılığını ileri süremeyecektir. Çünkü 685 sayılı KHK, incelemenin etkili bir savunma sonrasında değil, dosya üzerinden yapılmasını emretmektedir.

685 Sayılı KHK de bir OHAL KHK'si olduğu için, AYM'nin Anayasa'ya aykırılığının denetlenemeyeceğini tespit ettiği kural niteliğindedir^[35]. İnceleme ve çalışma usulleri bölümünde incelediğimiz gibi, Komisyon önündeki usul, hem Anayasa'daki hem de AİHS'teki adil yargılanma ölçütlerini karşılamaktan uzaktır. Bununla birlikte, KHK hükmü iptal edilemediği ve hukuka aykırı bulunmadığı için Komisyon adil yargılanma ilkelerine aykırı olarak sadece dosya üzerinden karar verdiği için verdiği karar iptal edilemeyecektir.

Bu durumu bir örnekle açıklamak mümkündür. İhraç edilen kamu görevlisi hakkında, bir başka çalışanın ifadesinin etkili olduğunu düşünelim. Kişi, hakkındaki bu bilgiyi göremeyecek, buna karşı delil ileri süremeyecek, silahların eşitliği ilkesi ve çekişmeli yargılama ilkelerine uygun şekilde bu kişiyle yüzleşemeyecektir. OHAL Komisyonu, KHK'de öngörüldüğü gibi dosya üstünden karar verecek ve başvuruyu reddedecektir. Bu karar karşısında, OHAL KHK'sinin iptal edilemediği akılda tutulduğunda, idari yargı yerinin Komisyonun kararını hukuka aykırı bularak iptal etmesi de söz konusu olamayacaktır. Komisyon, kendisine verilen yetki sınırları içerisinde dosya üzerinden karar vermiştir. Bunu aşarak, yargılama güvencelerini sağlaması mümkün değildir. İdare mahkemesi, iptal edilemeyen KHK hükmü bu kadar açıkken Komisyonla "Neden tanık dinlemedin? Neden başvurucuyu dinlemedin? Neden silahların eşitliği ilkesine riayet etmedin?" diyemeyecek, bu işlemi iptal edemeyecektir. Bu nedenle, yargı kararıyla Komisyonun AİHS'e aykırı karar alma yöntemini ortadan kaldırmak mümkün değildir.

Görüldüğü gibi, ilk bakışta sanıldığının aksine, aslında ortada bir yargı güvencesi söz konusu olmadığı gibi yargı merciinin keyfi verilmiş ilk idari

[35] AYM, E. 2016/166, K. 2016/159; E. 2016/167, K. 2016/160, k.t. 12.10.2016.

işlem konusunda karar vermesi de imkansızdır. Bu nedenle, karara karşı yargı yolunun öngörülmesi olmasının hiçbir anlamı bulunmamaktadır.

İhlalden Sonra Kurulan Hukuk Yolunun Meşruiyeti

AİHS'e göre, tüketilmesi gereken iç hukuk yolu, ihlalin gerçekleştiği sırada iç hukukta mevcut olan hukuk yoludur. Girişte açıklandığı gibi, KHK'ler yoluyla ihraç ve kapatmaların gerçekleştiği tarihte, mevcut bir hukuk yolu yoktur. Her ne kadar Zihni/Türkiye kararında AİHM farklı bir sonuca ulaşmışsa da, bu kararın doğru olmadığı kısa sürede anlaşılmıştır. 685 Sayılı KHK ile getirilen Komisyon yolu, bu anlamda istisnai bir yoldur. Bununla birlikte, AİHM iç hukuk yolunun ihlal sırasında mevcut bulunması kuralının, koşullara bağlı olarak istisnaları bulunabileceğini çeşitli kararlarında kabul etmiştir^[36].

AİHM'in, özellikle pilot karar yöntemini uygulamaya başladıktan sonra, bu genel ilkeye kurumsal istisnalar getirdiği görülmektedir. Özellikle makul sürede yargılanma hakkının ihlali^[37], geçmişte gerçekleşmiş mülkiyet hakkı ihlallerinin tazminat yoluyla çözümü^[38], uzun süre uygulanmayan mahkeme kararlarının yol açtığı ihlaller^[39], hapisane koşullarından kaynaklanan kötü muamele^[40] gibi konularda, AİHM'in pilot karar yoluyla hükümetlerin sunduğu yarı yargısal mekanizmaları etkili hukuk yolu olarak kabul ettiği görülmektedir. Türkiye açısından üç önemli örnek de bu kapsamdadır. 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunla kurulan Zarar Tespit Komisyonları^[41], Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair 6384 Sayılı Kanun uyarınca kurulan Tazminat Komisyonları^[42], KKTC'de 67/2005 Sayılı

[36] Baumann/Fransa, no. 33592/96, 22.5.2001, para. 47; Brusco/İtalya, no. 69789/01, 06.09.2001.

[37] Taron/Almanya, no. 53126/07, 29.05.2012; Techniki Olympiaki A. E./Yunanistan, no. 40547/10, 01.10.2013; Valcheva ve Abrashev/Bulgaristan, no. 6194/11, 18.6.2013.

[38] Michalak/Polonya, no. 24549/03, 1.3.2005; Hutten-Czapska, no. 35014/97, 19.6.2006; Zadric/Bosna ve Hersek, no. 18804/04, 16.11.2010; Preda ve Diğerleri/Romanya, no. 9584/02, 29.4.2014.

[39] Nagovitsyn ve Nalgiyev/Rusya, no. 27451/09, 23.9.2010 (bununla birlikte, AİHM daha sonra Rusya'da etkili hukuk yolu olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Kalinkin ve Diğerleri/Rusya, no. 16967/10, 17.4.2012).

[40] Stella ve Diğerleri/İtalya, no. 49169/09, 16.9.2014.

[41] İçyer/Türkiye, no. 18888/02, 12.1.2006.

[42] Turgut ve Diğerleri/Türkiye, no. 4860/09, 26.3.2013 (fakat bkz. Behçet Taş/Türkiye, no. 48888/09, 10.3.2015).

Yasaya göre kurulan Taşınmaz Mal Komisyonları^[43], sonradan kurulan iç hukuk yolları olarak AİHM tarafından tanınmıştır.

Kitlesel ihlalin gerçekleştiği bu gibi vakalarda, sadece başvuruçuların değil buzdüğının altında olan binlerce benzer mağduriyetin giderilmesi için, bu yöntemim etkili bir yol olduğu açıktır. Bununla birlikte, 685 Sayılı KHK ile kurulan iç hukuk yolu, birçok açıdan AİHM içtihadında geliştirilen bu yollardan ayrılmaktadır.

Bir kere AİHM'in kabul ettiği sonradan kurulan iç hukuk yolları, konu olarak ağırlıklı olarak yargılamanın uzun sürmesi, verilen kararların uygulanmaması ve mülkiyet hakkının yeniden tesis edilmesine ilişkindir^[44]. Tüm bu vakalarda, kişilerin durumu hemen hemen aynıdır, o nedenle kurulan iç hukuk yolunun ayrı bir soruşturma, inceleme yapması beklenmemekte, ihlal varsa matematiksel bir hesapla karar verilmektedir. Bu nedenle, tüm bu vakalarda gerek Komisyonların oluşumu, gerekse karar verme yöntemi açısından, yukarıda bahsedilen 685 Sayılı KHK ile oluşturulan Komisyonda karşılaşılan sorunlar, söz konusu olmamaktadır. Örneğin, çok uzun süre yargılama sonuçlanmadığı için zarara uğrayan bir kişinin vakasında tazminat ödenmeye karar verilmesi için, artık standart hale gelmiş olan AİHM içtihadını uygulamak yeterli olacaktır. Böyle bir kararın dosya üzerinden alınmasında da hiçbir sorun yoktur.

Oysa 685 sayılı KHK, hakkında soruşturma yapılmamış, savunma hakkı verilmemiş onbinlerce kişi hakkında karar verilmesini öngörmektedir. Bu incelemenin mekanik bir şekilde yapılamayacağı açıktır. OHAL KHK'lerinin yarattığı durum, AİHM içtihadında karşımıza çıkan mülkiyet ve uzun yargılama davalarına değil, "arındırma" (*lustration*) davalarına benzemektedir^[45]. Terör örgütü üyeliği nedeniyle ihraç edilen kamu görevlisinin durumu da, terör örgütüyle ilişkisi nedeniyle kapatılan derneğin durumu da, AİHM içtihadı anlamında cezai isnattır. Cezai isnadın sağlıklı bir şekilde incelenmesi de, ancak AİHS'te tanınan adil yargılanma güvenceleri ile mümkün olabilecektir. Bunun haricindeki her türlü yöntem, AİHS'in temel ilkelerine ve ruhuna aykırı olacaktır.

Bu nedenle, Venedik Komisyonu, kurulacak ad hoc mekanizmanın her bir başvuruçucu için kişiselleştirmeyi sağlayacak nitelikte olması gerektiğini vurgulamıştır. Bunun için de kurulacak yapının adil yargılanma ilkelerinin temel

[43] Demopoulos ve Diğerleri/Türkiye, no. 46113/99, 01.03.2010.

[44] Önemli bir istisna Slovenya'da vatandaşlıkları silinen 13426 kişinin vakasıdır. Ancak bu vaka dahi, her bir kişinin durumunun ayrıştığı bir durum değil, herkesin aynı muamele ile karşılaştığı bir sorundur. Anastasov ve Diğerleri/Slovenya, no. 65020/13, 18.10.2016.

[45] Bu konunun ayrıntıları için bkz. Altıparmak/Akdeniz, s. 74 vd.

ilkelerine uygun olması, spesifik delilleri incelemesi ve gerekçeli karar vermesi gereklidir^[46]. Ne OHAL Komisyonları, ne de Komisyonların kararına karşı başvuru imkanı getirilen idari yargı yolu, bu güvenceyi karşılamaya uygundur.

Bu koşullar altında, AİHM'in Komisyonların çalışmasını ve/veya idari yargı kararlarını beklemeden Hükümete yol gösterici nitelikte bir ihlal kararı vermesi zorunludur. Bu kararın, kurulacak iç hukuk yolunun Venedik Komisyonu kararında belirtilen temel ilkelerle uyumlu olması için neler yapılması gerektiğini ayrıntılı bir şekilde açıklayacak bir pilot karar olması zaruridir. AİHM'in, Komisyonun ve sonrasında idari yargının uygulamasını bekleyip sonrasında karar vermeyi seçmesi, tüm insan hakları koruma mekanizmasına zarar verecek yıkıcı sonuçlara yol açabileceği gibi, sayısı yüzbinleri bulan insanın geri alınması imkansız zararlara uğramasına da imkan sağlayacaktır.

[46] Bkz. yukarıda 12 no'lu dipnot 2 ve ilgili metin.

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

VEKALETSİZ İŞ GÖRENDE İŞİ VEKALETSİZ OLARAK GÖRME BİLİNCİ ARANMALI MIDIR?*

Yrd. Doç. Dr. Hüseyin Can AKSOY**

Makalenin Geldiği Tarih: 16.08.2016 **Kabul Tarihi:** 14.04.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Bilkent Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı; hcaksoy@bilkent.edu.tr

ÖZ

Vekaletsiz iş görme kurumunu düzenleyen kanun koyucu, özgecil olarak bir başkasının işini gören kişi ile bir başkasının menfaatini bencilce gasp eden kişi arasında ayırım yapmış ve özgecil hareketiyle bir başkasının işini gören kişiye çeşitli ve geniş kapsamlı haklar sunmuştur. Bu bağlamda, iş görenin önemli ölçüde korunmasının sebebi onun özgecil davranışı olduğundan, gerçek vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi, iş görenin işi gördüğü sırada “iş vekaletsiz olarak görme bilincine” sahip olması koşuluna bağlıdır. Yükümlü olduğu yanılığısıyla veya batıl bir sözleşmeden doğduğu düşünülen borcunu ya da iptal edilmiş bir sözleşmeden doğan yükümlülüğünü ifa etme gayesiyle hareket eden iş görendeki özgecil yaklaşım eksikliği, vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanmasına engeldir.

Anahtar Kelimeler: Vekaletsiz iş görme; negotiorum gestio; masrafların karşılanması; geçersiz sözleşme; tasfiye.

IS THE WILL OF BENEVOLENT INTERVENTION IN ANOTHER'S AFFAIRS AN ELEMENT OF NEGOTIORUM GESTIO?

ABSTRACT

While drafting the provisions concerning “benevolent intervention in another’s affairs”, lawmakers made a distinction between the person, who altruistically intervenes in another’s affairs and the person, who selfishly extorts another’s interest. Accordingly, the person, who behaves altruistically is granted various and extensive rights. Since the reason of such protection is the altruistic behaviour of the intervenor, for the applicability of the provisions concerning genuine benevolent intervention in another’s affairs, the intervenor must have the “will of benevolent intervention in another’s affairs” at the time of intervention. If the intervenor mistakenly believes that he is fulfilling an obligation arising from a non-existent contract or if he acts to fulfill an obligation arising from a void or invalid contract, the lack of altruistic approach would prevent application of the provisions concerning benevolent intervention in another’s affairs.

Keywords: Benevolent intervention in another’s affairs; negotiorum gestio; reimbursement of expenses; invalid contract; liquidation.

GİRİŞ

Vekaletsiz iş görme, bir kimsenin (iş gören) sözleşme veya yasa gereği yükümlü olmadığı halde isteyerek bir başka kimsenin (iş sahibi) hukuk ve menfaat alanına müdahale etmesinden ve bizzat kendisinin ve/veya onun yararına iş görmesinden doğan hukuki ilişkiyi ifade eder.^[1] Örneğin bir kimse tatildeki komşusunun fırtına nedeniyle kırılan kapısını tamir ettirir, kırılan pencere camının yerine yeni cam taktırırsa vekaletsiz iş görme söz konusu olur. Benzer şekilde, bir kimsenin başkasının yazdığı bir romanı yazarının onayı olmaksızın yayınlayıp satışa sunması da vekaletsiz iş görme teşkil eder.

İşin vekaletsiz olarak görülmesi, iş sahibinin işi bir vekalet ilişkisine veya başka bir sözleşmesel ilişkiye ya da benzer bir yükümlülüğe dayalı olmaksızın görmesini ifade eder.^[2] O nedenle, iş görenin sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü nedeniyle bir başkasının işini görmesi halinde vekaletsiz iş görme söz konusu olmayacaktır. Peki iş gören ve iş sahibi arasında geçerli bir sözleşme bulunmasa dahi, iş görenin geçerli bir sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü ifa ettiği düşüncesi ile iş gördüğü hallerde vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanabilecek midir? Diğer bir ifadeyle, iş görenin işi gördüğü sırada “vekaletsiz iş görme bilincine” sahip olması gerekli midir?

Bir başkasının işini onun menfaatine gören bir kişinin, vekaletsiz iş görme bilincinden yoksun şekilde hareket etmesi çeşitli şekillerde söz konusu olabilir. İlk ihtimal, iş görenin yanılarak sözleşmeden doğan bir borcunu ifa ettiği düşüncesiyle bir başkasının işini görmesidir. Örneğin, A'nın aracını tamir etmeyi borçlanan olan B, C'nin aracını tamir etme borcu altında olduğunu zannederek C'nin aracını tamir etmiş olabilir. Bu durumda B'nin C'den olan taleplerini vekaletsiz iş görme hükümlerine dayandırmasının mümkün olup olmadığı meselesi gündeme gelir. Benzer bir tespitin yapılmasını gerektiren ikinci ihtimal taraflar arasında akdedilen bir sözleşmenin kuruluş aşamasında ya da ifa aşamasında ortaya çıkan bir sorun nedeniyle akamete uğraması

[1] **CHK- Huguenin/Jenny** Art. 419 N 1; **Eren**, s.739; **Gümüş**, s.217; **Gauch**, s.293.

[2] İş görenin iş sahibi dışındaki bir üçüncü kişi tarafından yetkilendirilmesi durumunda vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Örneğin, **von Büren**'e göre, bu halde iş gören dilerse sözleşme hükümleri çerçevesinde kendisini yetkilendiren kişiye, dilerse vekaletsiz iş görme hükümlerine çerçevesinde işin sahibine başvurabilir. **von Büren**, s.332. Ancak **Hagenbüchli**'ye göre işin vekaletsiz olarak görülmesi, iş görme dürtüsünün bir başkasından kaynaklanmaması gerektiğini, aksine iş sahibinin müdahalesinin bir başkasının iradesi bulunmaksızın gerçekleşmesi gereğini ifade eder. Bu nedenle, iş gören yalnızca sözleşme ilişkisi içine girdiği üçüncü kişiye başvurabilecektir. **Hagenbüchli**, s.50-51.

durumudur.^[3] Bu bağlamda akdedilen sözleşmenin, kuruluş aşamasında mevcut olan bir sakatlık nedeniyle baştan itibaren kesin hükümsüz olması söz konusu olabilir. Sözleşmenin akamete uğraması, kuruluş aşamasında kendisini gösteren sakatlık nedeniyle taraflardan birisinin sözleşmeyi iptal etmesi sonucunda da kendisini gösterebilir. Son olarak, geçerli şekilde kurulan bir sözleşmenin ifası aşamasında ortaya çıkan bir ifa engeli nedeniyle alacaklı sözleşmeden dönebilir. Sözleşmenin akamete uğradığı bu üç ihtimalde de bir kimsenin kendi edimini kısmen veya tamamen ifa etmiş olması mümkündür. Tüm bu durumlarda yerine getirilmiş olan edimlerin tasfiyesinin hangi hükümler çerçevesinde yapılacağı sorusu ortaya çıkar.^[4] İşte bu noktada uygulanması olası kurumlardan birisi de vekaletsiz iş görmedir.^[5]

Bu çalışma, vekaletsiz iş görmenin unsurlarından yola çıkarak yukarıda sayılan hallerde vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanabilir olup olmadığını

-
- [3] Akamete uğrayan sözleşme ilişkilerinin tasfiyesine ilişkin kapsamlı bir çalışma için bkz. **Buz**, s. 611 vd.
- [4] Zira sözleşmenin hangi anda akamete uğradığına ve neden akamete uğradığına göre başvurulabilecek çeşitli tasfiye rejimleri mevcuttur. Zira, bir tasfiye ilişkisine sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerin, haksız zilyedin iade borcuna ilişkin hükümlerin veya sözleşme hukuku kurallarının uygulanması söz konusu olabilir. **Buz**, s. 619. Her durumda tasfiyesi gereken sözleşme uyarınca yerine getirilen edim bir iş görme edimi ise söz konusu edimin niteliği gereği aynen iade mümkün olmadığından tasfiye bedel üzerinden iade şeklinde gerçekleştirilecektir. **Buz**, s. 653. Ancak bu halde iade konusu edimin bedelinin ne şekilde hesaplanacağı tartışması gündeme gelmektedir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Buz**, s. 656 vd.
- [5] Örneğin, bir görüşe göre, “vekaletsizlik” unsuru hukuki dayanağın yokluğu olarak anlaşıldığı takdirde, herhangi bir sözleşmenin yokluğu halinde bu unsur sağlanmış olacağı gibi, akdedilen sözleşmenin geçersiz olması halinde de vekaletsiz iş görme söz konusu olabilir. **Polydor-Werner**, s. 74. Diğer bir görüşe göre ise taraflar arasında akdedilerek yürürlüğe giren bir sözleşmenin, daha sonra taraflardan birince geçmişe etkili olarak yürürlükten kaldırıldığı hallerde, iş gören iyiniyetli ise kural olarak vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması, aksi halde sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerekir. **ZK-Schmid**, Art. 419 N. 74 vd. Sebepsiz zenginleşmede iadenin yapılamayacağı haller için bkz. **Çağlayan Aksoy**, s. 131 vd. Türk hukukunda da iş görmeye gerekçe teşkil edecek bir hukuki sebebin bulunmaması kadar, bu sebebin/sözleşmenin geçersiz olması veya sınırlarının aşılması hallerinde de vekaletsiz iş görmenin söz konusu olacağı savunulmaktadır. **Tandoğan**, s. Borçlar Özel, s. 481; **Eren**, s. 742; **Gümüş**, s. 220; **Zevkliler/Gökayla**, s. 653. Benzer bir tartışma, haksız yapının şartlarının gerçekleştiği kimi hallerde vekaletsiz iş görme ile haksız yapı hükümlerine ilişkin olarak da yapılmaktadır. Bu bağlamda, öğretide, işin sözleşme ilişkisinden bağımsız olarak yapıldığı haller ile geçersiz bir sözleşmeye dayalı olarak yapıldığı haller birbirinden ayrılmaktadır. İlk halde, gerçek vekaletsiz iş görmenin şartları gerçekleşmiş ise haksız yapı hükümlerine gidilmemesi gerektiği, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin geçersiz olduğu ikinci halde ise özel hüküm olarak haksız yapı hükümlerinin uygulama alanı bulacağı savunulmaktadır. Bkz. **Simonius/Sutter**, s. 157; **İnal**, s. 254, dn. 26-29; **Erkan**, TMK m. 724, s. 452; **Erkan**, s. 56.

değerlendirmeyi amaçlamaktadır.^[6] Zira yukarıda sayılan hallerin tümünde edimi gerçekleştiren kişi sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü ifa ettiği düşüncesiyle hareket etmektedir. O nedenle, vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanabilmesi için iş görenin işi gördüğü sırada “vekaletsiz iş görme bilincine” sahip olması aranacak olursa, bir kimsenin yanılarak veya geçersiz bir sözleşmeye dayalı olarak bir başkasının işini gördüğü tüm bu hallerde vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanamaz.

Vekaletsiz iş görende, işi gördüğü sırada vekaletsiz iş görme bilincinin aranması gerekip gerekmediği sorusunu cevaplayabilmek için öncelikle vekaletsiz iş görme kurumunun esasları ve amacı irdelenmelidir. Bu çalışmada da öncelikle vekaletsiz iş görme kurumunun genel esasları ve türleri üzerinde durulacaktır. Ardından İsviçre Federal Mahkemesi'nin konuya ilişkin görüşü ve bu görüşe yöneltilen eleştiriler ile Yargıtay'ın görüşü irdelenecektir.

I. Vekaletsiz İş Görme Kurumunun Genel Esasları

Türk Borçlar Kanunu'nun 526-531. maddeleri arasında düzenlenmiş olan vekaletsiz iş görme, iş görenin sözleşme veya yasa gereği herhangi bir yükümlülüğü bulunmamasına rağmen, isteyerek iş sahibinin hukuk ve menfaat alanına müdahale ederek bizzat kendisinin ve/veya iş sahibinin yararına iş görmesinden doğan hukuki ilişkiyi ifade eder.^[7] Bu kurumun amacı bir yandan fedakarca bir üçüncü kişinin menfaatine hareket eden kişinin (iş görenin) iş sahibinden çeşitli taleplerde bulunabilmesi suretiyle menfaatinin korunması, diğer yandan da bireylerin hukuk alanlarına yetkisiz müdahalelerin mümkün olduğunca önlenmesinin sağlanmasıdır.^[8]

Vekaletsiz iş görmede iş gören “başkasına ait bir işi” görmektedir. Bu bağlamda işin başkasına ait olmasından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin iki görüş bulunmaktadır. Müdahale teorisi olarak isimlendirilen ilk görüşe göre, işin başkasına ait olması, iş görenin davranışı ile bir başkasının hakkına veya malvarlığına, yani menfaat alanına müdahale etmesini ifade eder. Öğretideki ikinci ve modern görüş ise vekaletsiz iş görmenin türlerinden gerçek ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görme arasında ayırım yapmakta ve gerçek vekaletsiz iş görme söz konusu olduğunda münhasıran *iş görenin* hukuk alanına etki etmeyen her işin başkasına ait iş sayılacağını ifade etmektedir. Buna karşılık, gerçek olmayan

[6] Bu çalışmanın amacı akamete uğrayan sözleşmelerin ne şekilde tasfiye edileceğini tespit etmek değildir.

[7] **CHK- Huguenin/Jenny** Art. 419 N 1; **Eren**, s. 739; **Gümüş**, s. 217; **Gauch**, s. 293.

[8] **Honsell**, s. 343.

vekaletsiz iş görme durumunda işin başkasına ait olması, o işin münhasıran *iş sahibine tahsis edilmiş* olmasına rağmen iş görenin müdahalede bulunması halinde söz konusu olmaktadır.^[9]

Öğretide işin “objektif” olarak başkasına ait olması ile “sübjektif” olarak başkasına ait olması arasında fark bulunduğu kabul edilir. İşin objektif olarak başkasına ait olması, iş görenin isteğinden ve iradesinden bağımsız olarak, görülen işin doğası sebebiyle bir başkasının hak veya yükümlülüklerine müdahalede bulunmasını ifade eder. İşin “sübjektif” olarak başkasına ait olması ise iş görenin, iş sahibinin hukuki durumunu doğrudan etkilemeksizin, kendi iradesi çerçevesinde iş sahibinin hukuk ve menfaat alanına hizmet edecek tedbirler aldığı hallerde söz konusu olur.^[10] Örneğin, bilinci kapalı bir kazazedenin doktor tarafından tedavi edilmesi halinde “objektif” olarak başkasına ait bir iş görülmektedir.^[11] Oysa, bir kimsenin, koleksiyoner bir yakınının beğeneceği düşüncesiyle onun için nadir bulunan bir pul satın alması halinde görülen iş “sübjektif” olarak başkasına aittir.^[12]

İş görme, iş görenin olumlu bir davranışını ifade etmekte olup olumsuz bir eylem (bir ihmal veya hareketsizlik) iş görme sayılmaz.^[13] Ayrıca iş görme, maddi fiilleri olduğu kadar hukuki işlemleri de kapsar.^[14] Örneğin, komşusunun kırılan pencere camını değiştirmek de, tatildeki komşusunun faturalarını ödemek^[15] de iş görme kapsamında değerlendirilir. Önemli olan, iş görenin

[9] **Weber**, Art. 419 N. 4; **Gümüş**, s. 220; **Schmid**, Art. 419 N. 14; **Huguenin**, N. 2165 vd.

[10] **Oser/Schönenberger**, Art. 419 N. 8; **Hofstetter**, s. 256 vd; **Aeby**, s. 54; **Suter**, s. 14; **ZK-Schmid** Art. 419 N. 19; **Lischer**, s. 22-23; **Weber**, Art. 419 N. 2; **Guhl/Schnyder**, N. 38; **Tandoğan**, s. 96.

[11] **ZK-Schmid**, Art. 419 N. 19.

[12] **Suter**, s. 14. Bu bağlamda gerçek vekaletsiz iş görme bakımından her iki hal arasında bir fark bulunmadığı kabul edilir. Ne var ki, öğretiyeye göre, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme yalnızca işin “objektif” olarak başkasına ait olması halinde söz konusu olur. **Hofstetter**, s. 257; **Suter**, s. 118; **Arkan Akbiyık**, s. 28.

[13] **ZK-Schmid**, Art. 419 N. 10; **Suter**, s. 11; **Eren**, s. 740; **Tandoğan**, Borçlar Özel, 480; **Zevkililer/Gökayla**, s. 652. Haksız fiil iş görme kapsamında değerlendirilemez. **Yavuz**, s. 1323.

[14] **ZK-Schmid**, Art. 419 N. 9; **Müller-Chen/Girsberger/Furrer**, N. 133; **Weber**, Vor. Art. 419-424, N. 5; **Bucher**, s. 256; **Huguenin**, N 1616; **CHK-Huguenin/Jenny** Art. 419 N 13; **Honsell**, s. 343; **Hofstetter** s. 256; **Eren**, s. 740; **Gümüş**, s. 220; **Lischer**, s. 18; **Schmid/Stöckli**, N. 2000; **Rudolph**, Art. 419 N. 3.

[15] Öğretide isabetli olarak bir başkasının borcunun ödendiği her durumda vekaletsiz iş görmenin söz konusu olmayacağı ifade edilmektedir. Zira vekaletsiz iş görmeden bahsedebilmek için söz konusu ödemenin, iş görenin vekaleti olmaksızın iş sahibinin menfaatine yapılması gerekir. İş görenin yaptığı ödeme, iş sahibine herhangi bir menfaat sağlamayıp yalnızca alacaklısının değişmesi sonucu doğurmaktaysa vekaletsiz iş görme

işin görülmesi konusunda sözleşmeden veya kanundan doğan bir yükümlülüğü bulunmamasıdır.

Vekaletsiz iş görmenin unsurlarından bir tanesi de işin “vekaletsiz” olarak görülmesidir. “Vekaletsizlik” iş sahibinin işi bir vekalet ilişkisine veya başka bir sözleşmesel ilişkiye ya da benzer bir yükümlülüğe dayalı olmaksızın görmesini ifade eder.^[16] Daha açık bir ifadeyle, iş gören, herhangi bir uzlaşma veya anlaşmaya dayalı olmaksızın kendi başına hareket ederek bir başkasının işini görmektedir.^[17]

II. Vekaletsiz İş Görmenin Türleri

Modern öğretisi vekaletsiz iş görmenin dört türü olduğunu kabul etmektedir: (i) caiz gerçek vekaletsiz iş görme; (ii) caiz olmayan gerçek vekaletsiz iş görme; (iii) kötü niyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme; (iv) iyiniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme.^[18] Vekaletsiz iş görme bilincinin, vekaletsiz iş görmenin bir koşulu olarak aranıp aranmayacağına tespit edilebilmesi için öncelikle vekaletsiz iş görmenin türleri incelenmelidir. Zira bu meselenin doğru şekilde ele alınabilmesi ancak vekaletsiz iş görmenin farklı türlerini anlamak ve bunların hüküm ve sonuçları arasındaki farkları anlamak suretiyle mümkün olabilir.

A. Caiz Gerçek Vekaletsiz İş Görme

Caiz gerçek vekaletsiz iş görmede, iş gören, sözleşmesel veya yasal bir yükümlülüğü olmadığı halde iş sahibi tarafından yasaklanmış olmayan, zorunlu bir

söz konusu olmaz. Bu tür hallerde ödemeyi yapan kişi borçludan sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talepte bulunur. **Hofstetter**, s. 261.

[16] İş görenin iş sahibi dışındaki bir üçüncü kişi tarafından yetkilendirilmesi durumunda vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Örneğin, **von Büren**'e göre, bu halde iş gören dilerse sözleşme hükümleri uyarınca kendisini yetkilendiren kişiye, dilerse vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca işin sahibine başvurabilir. **von Büren**, s. 332. Ancak **Hagenbüchli**'ye göre, işin vekaletsiz olarak görülmesi, iş görme dürtüsünün bir başkasından kaynaklanmaması gerektiğini, hatta iş sahibinin müdahalesinin bir başkasının iradesi bulunmaksızın gerçekleşmesi gerektiğini ifade eder. Bu nedenle bu gibi hallerde iş gören yalnızca sözleşme ilişkisi içine girdiği üçüncü kişiye başvurabilecektir. **Hagenbüchli**, s. 50-51.

[17] **Huguenin**, N. 1613.

[18] **Müller-Chen/Girsberger/Furrer**, N. 137; **Huguenin**, N 1808 vd.; **CHK-Huguenin/Jenny** Art. 419 N 2; **KUKO OR-Schaller**, Vor Art. 419-424 N 12; **Eren**, s. 739; **Gümüş**, s. 217; **Weber**, Vor. Art. 419-424, N. 7 vd.; **Schmid**, Vor Art. 419-424, N. 18 vd.; **Lischer**, s. 13 vd.

işi iş sahibinin menfaatine ve onun farazi iradesine uygun olarak görür.^[19] Bu bağlamda, gerçek vekaletsiz iş görmenin temelinde iş görenin özgecil (altruistik) bir hareketi yatar. Zira iş gören fedakarca hareket etmekte, iş sahibine yardım etmek veya ona destek olmak amacıyla söz konusu işi görmektedir.^[20]

Caiz gerçek vekaletsiz iş görmede işin görülmesinin iş sahibi bakımından gerekli olması aranır. Bu bağlamda iş sahibi somut olayda kendi menfaatini koruyamayacak durumdaysa ve özel bir yardım gereksinimi söz konusu ise gereklilik şartı gerçekleşir.^[21] Caiz gerçek vekaletsiz iş görme hallerinde, iş görenin iş sahibi ile görüşüp kendisinden “vekalet” alma imkanı bulunmadığından, zorunluluk unsuru çerçevesinde dikkate alınacak olan iş sahibinin farazi iradesidir.^[22] Bu bağlamda, iş görenin yerindeki dürüst ve doğru davranan bir kişinin somut olayın şartlarında işin yapılmasını gerekli görüp görmeyeceği tespit edilmelidir.^[23]

- [19] **Honsell**, s.344; **Gümüş**, s.217; **Eren**, s.743. Görülen işin iş sahibi tarafından daha sonradan uygun bulunulması mümkündür. TBK m. 531’de ifade edildiği üzere bu durumda vekalet hükümleri uygulanır. Diğer bir ifadeyle, bu uygun bulma geçmişe etkili olarak, sanki iş gören ve iş sahibi arasında bir vekalet sözleşmesi varmışçasına sonuç doğurur. **Gümüş**, s.233; **Rudolph**, Art. 424 N. 1; **ZK-Schmid**, Art. 424 N. 19. Kötü niyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede iş sahibinin işi sonradan uygun bulup bulamayacağı tartışmalı olmakla birlikte, hakim görüş dogmatik sebeplerle bu soruya olumsuz yanıt vermektedir. Bkz. **Huguenin**, N 2191 vd.; **Schmid/Stöckli**, N.2047. Sözleşme özgürlüğünden yola çıkarak aksi görüşte bkz. **Gautschi**, Art. 424 N 2a.
- [20] **KUKO OR-Schaller**, Art. 419 N 1. Herhangi bir yükümlülüğü bulunmaksızın iş sahibinin hukuk alanına müdahale eden iş görenin çeşitli yükümlülükleri bulunmaktadır. Öncelikle, iş gören işi gördüğü sırada özenli davranmalıdır. **ZK-Schmid**, Art. 419 N. 112; **Müller-Chen/Girsberger/Furrer**, N. 143; **Lischer**, s. 94; **Huguenin** N 1650 vd.; **CHK- Huguenin/Jenny** Art. 419 N 18; **Hofstetter**, s. 264; **Schmid/Stöckli**, N. 2006; **KUKO OR-Schaller**, Art. 422 N 8. Zira iş gören, iş sahibinin hukuk alanına müdahale ederek onun haklarını korumakta, kullanmakta veya onun borç ve yükümlülüklerini yerine getirmektedir. **Eren**, s. 741; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 653. İş görenin özen yükümlülüğünün tespitinde vekalet akdine ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır. **Huguenin** N. 1651; **ZK-Schmid**, Art. 419 N. 112. İş görenin söz konusu özen yükümlülüğüne ek olarak işin görülmesi sebebiyle elde ettiklerini iş sahibine teslim yükümlülüğü, iş sahibini bilgilendirme yükümlülüğü ve iş sahibine hesap verme yükümlülüğü de bulunur. **Huguenin**, N 1653; **Schmid/Stöckli**, N. 2006 vd; **Weber**, Art. 422 N. 13.
- [21] **Müller-Chen/Girsberger/Furrer**, N. 142; **Huguenin**, N 1627; **Weber**, Art. 419 N. 13. Ancak işin görülmesi iş sahibi tarafından geçerli ve bilinebilir şekilde yasaklanmış ise gereklilik şartı gerçekleşmez. **Huguenin** N 1630; **ZK-Schmid**, Art. 420 N 64.
- [22] Taraflar arasındaki geçerli bir sözleşmeye rağmen, iş görenin bizzat kendi menfaatine hareket ettiği hallerde gerçek vekaletsiz iş görmenin varlığından söz edilemez. **Hofstetter**, s. 257.
- [23] **Huguenin**, N 1629; **ZK-Schmid**, Art. 422 N 12. İşin zorunluluğu, iş sahibinin menfaatinin işin yapılmasını gerektirmesini ifade eder. Peki söz konusu menfaatin derecesi ne olmalıdır? Öğretide işin görülmesinin zorunlu olduğunun kabul edilebilmesi için işin iş sahibi için

Caiz gerçek vekaletsiz iş görmenin söz konusu olması için, iş görenin işi iş sahibinin menfaatine görmesi gereklidir. Görülen işin münhasıran iş sahibinin menfaatine olduğu hallerde bu koşulun sağlanacağı açıktır. Peki işin görülmesinde iş sahibinin de menfaatinin bulunması, gerçek vekaletsiz iş görmenin varlığını engelleyecek midir? Öğretideki modern görüşe göre, iş görme fiilinin yalnızca iş sahibinin menfaatine hizmet etmesi şart değildir. İşin görülmesinde iş görenin de menfaati olabilir.^[24] Örneğin, bir kimse şehir dışındaki üst kat komşusunun patlayan musluk borusunu değiştirttiğinde, hem komşusunun hem de kendisinin evine su basmasını engellemiş olur. Ne var ki, gerçek anlamda vekaletsiz iş görmeden bahsedilebilmesi için, işi görenin kendi menfaati iş sahibinin menfaatine ağır basmalıdır.^[25]

Gerçek vekaletsiz iş görmenin unsurları çerçevesinde cevaplanması gereken bir başka soru ise iş görende “başkasının işini görme iradesi”nin aranıp aranmayacağıdır. İsviçre hukukundaki hakim görüşe^[26] göre, caiz gerçek vekaletsiz iş görmede iş gören, işe başladığı sırada gördüğü işi “bir başkası adına yapma bilinç ve iradesi”ne sahip olmalıdır. Buna karşılık, Türk öğretisinde^[27] iş görenin işin başkasına ait olduğunu bilerek hareket etmesinin şart olmadığı, iradesinin işin fiili sonucuna yönelmiş olmasının yeterli olduğu görüşü savunulmaktadır.^[28] Yargıtay ise başkasının işini görme iradesinin *gerçek* vekaletsiz iş görmenin

yararlı olmasının ötesinde olması gerektiği savunulmaktadır. **Weber**, Art. 419, N. 12; **Honsell**, s. 344; **Hofstetter**, s. 261. Diğer bir görüşe göre ise işin ivedi olması gereklidir. **Huguenin**, N 1627; **Rudolph**, Art. 419 N. 6; **BGE 95 II 93, 104**; **KUKO OR-Schaller**, Art. 419 N 5; **Weber** Art. 419, N. 13; **Bucher**, s. 258. Her durumda bu değerlendirme iş görenin işi görmeye başladığı an esas alınarak yapılmalıdır. **Hofstetter**, s. 261; **Gümüş**, s. 221; **Rudolph**, Art. 419 N. 6; **Weber**, Art. 419, N. 10.

[24] **Huguenin**, N 1620; **Oser/Schönenberger** Art. 419 N. 13; **Schmid/Stöckli**, N. 2002; **CHK-Huguenin/Jenny** Art. 419 N 2; **Eren**, s. 750; **ZK-Schmid**, Art. 419, N. 16; **Honsell**, s. 344; **von Büren**, s. 330.

[25] **Huguenin**, N 1621; **Oser/Schönenberger** Art. 419 N. 13; **Gümüş** 220; **Eren**, s. 750; **Schmid/Stöckli**, N. 2032; **ZK-Schmid**, Art. 419, N. 16; **von Büren**, s. 330. Zira ileride açıklanacağı üzere, iş sahibinin kendi menfaatini ön planda tutarak hareket ettiği hallerde gerçek olmayan vekaletsiz iş görme (TBK m. 530) hükümleri uygulanacaktır.

[26] **Huguenin**, N 1623; **Suter**, s. 25; **Rudolph**, Art. 419 N. 5; **Schmid/Stöckli**, N. 2003; **CHK-Huguenin/Jenny** Art. 419 N 15; **Weber**, Art. 419, N. 15; **ZK-Schmid**, Art. 419, N. 21; **Bucher**, s. 257; **Honsell**, s. 344; **Oser/Schönenberger**, Art. 419, N. 9; Türkiye’de bu görüşte: **Gümüş** s. 223; **Eren**, s. 742.

[27] **Tandoğan**, s. 172; **Yavuz**, s. 1324; **Zevkililer/Gökyayla**, s. 653.

[28] **Tandoğan** tarafından savunulan bu görüşün pratik önemi şudur: başkasına ait bir işi vekâletsiz olarak gören her ayırt etme gücü sahibi kişi, bu işin başkasına ait olduğunu bilsin veya bilmesin ve başkasının menfaatini gözetmek niyetini taşısın veya taşımasın, gerçek vekâletsiz iş gören olarak nitelendirilecektir. Bu görüşe göre, yanlışlığı ile mevcut zannedilen veya hükümsüz olan ya da bir üçüncü kişiyle yapılan bir hukukî işleme dayanarak hareket

şartları arasında bulunduğunu; ama *gerçek olmayan* vekaletsiz iş görme halleri bakımından aranmayacağını kabul etmektedir.^[29] Bu görüş isabetlidir. Zira kendi işini gördüğünü düşünen bir kimse, işi kendi menfaatine görür. İşin kimin menfaatine görüldüğü ise gerçek vekaletsiz iş görmeyi gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeden ayıran unsurdur.^[30]

Başkasına ait bir işin görülmesi, sözleşme benzeri etkiler doğuran kanuni bir borç ilişkisi meydana getirir.^[31] Zaten gerçek vekaletsiz iş görmenin kanunda düzenlenmesinin sebebi iş sahibinin menfaatine girilen ve aslında sosyal dayanışma niteliği taşıyan müdahaleler karşısında iş görenin korunmasıdır. Gerçekten de iş sahibi için zorunlu olan bir işi, esas itibarıyla iş sahibinin menfaatini korumak amacıyla yapan iş görenin bu davranışının korunması gerekir. Zaten kanunun gerçek vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümleri de iş görene bu gerekçeyle geniş kapsamlı bir koruma sağlamaktadır. Bu bağlamda iş göreni korumayı amaçlayan kanun koyucu, iş sahibinin, iş görenin yaptığı “zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları^[32] faiziyle ödemek ve gördüğü iş dolay-

edilmesi, iş görenin vekâletsiz iş gören sıfatını ortadan kaldırmayacaktır. **Tandoğan**, s. 171-173.

[29] “*Vekaletsiz tasarrufla iş görenin başkasının işini görme niyetiyle hareket etmesi esas olması itibarıyla kiraya verdiği malı kendi malı gibi kiraya veren ve kiralatı kendi malının kirası gibi toplayan kimsede başkasının işini görme kastı bulunmadığı cihetle hadisede Borçlar Kanununun 414. maddesi hükmünün tatbiki mümkün olmayacağı ileri sürülemez. Zira, Borçlar Kanununun 410 ile 413. maddelerinde kanun, hakiki vekaletsiz tasarrufu tanzim etmekte, 414. maddesinde ise hakiki olmayan vekaletsiz tasarrufla diğer tabirle hükmi vekaletsiz tasarrufla ait bazı esasları bildirmektedir; hakiki vekaletsiz tasarrufların kanuni şartları arasında, iş görenin başkasının işini gördüğü iradesiyle hareket etmiş olması durumu varsa da hükmi vekaletsiz tasarrufla böyle bir şart aranmaz.*” **Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı E. 1958/15, K. 1958/6, T. 4.6.1958.**

[30] Öğretide tartışmalı olan meselelerden birisi de, iş görenin, yaptığı masrafları iş görenden talep etme iradesinin işi gördüğü sırada bulunmasının gerekli gerekliliğidir. Zira, bir görüşe göre, iş gören iş sahibinden herhangi bir karşılık beklemez, bağışlamada bulunma niyetiyle işi görmüş ise vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanmaz. Bu görüşte bkz. **Weber**, Art. 419 N. 19. Ayrıca bkz. **ZK-Schmid**, Art. 419, N. 132; **CHK-Huguenin/Jenny** Art. 419 N 5; **Gümüş**, s. 223.

[31] Söz konusu etkiler yalnızca iç ilişki bakımından söz konusu olup üçüncü kişilere karşı meydana gelmez. **Weber**, Art. 422 N. 4.

[32] Yapılmadıkları takdirde iş sahibinin maruz kalacağı zararlı bir sonucu önlemek için yapılan masraflar zorunlu masraflardır. Faydalı masraflar ise iş sahibinin şahsi veya mameleki varlıklarının değerinin artırılmasına veya iş sahibinin malvarlığına yeni değerler eklenmesine hizmet eden masraflardır. **Tandoğan** s. 270. Her iki ihtimalde de yapılan masraflar iş görenin dürüstlük kuralına göre iş sahibine atfedeceği farazi iradesine ve menfaatine uygun olması aranmalıdır. **CHK-Huguenin/Jenny** Art. 422 N 4. Kanımca, kanunun, iş görenin yapmış olduğu zorunlu ve faydalı masrafların iş sahibince ödemesi gerektiğine ilişkin hükümü karşısında, yapılan işin iş sahibini bakımından zorunlu hatta ivedi olması gerektiği anlayışı katı biçimde savunulamaz. Şüphesiz zorunlu olarak yapılması

*Vekaletsiz İş Görende
İşi Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı Mıdır?*

siyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle” yükümlü olduğunu ifade etmiştir (TBK m. 529).^[33] Hatta bir adım daha öteye giden kanun koyucu “umulan sonuç gerçekleşmemiş olsa bile, işi yaparken gereken özeni göstermiş olan işgören”in de bahsi geçen masraf ve tazminata hak kazanacağını kabul etmiştir (TBK m. 529/I c. 2). Ayrıca iş gören, gördüğü iş dolayısıyla borç altına girmiş ise iş sahibinin kendisini bu borçtan kurtarması gerekmektedir.^[34] İş görenin işin görülmesi sırasında uğradığı zararların tazminini de talep edebilmesi mümkündür.^[35] Bununla birlikte iş gören, yapmış olduğu giderleri alamadığı takdirde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yaptığı şeyi ayırıp alma hakkına da sahiptir (TBK m. 529/II).^[36]

gereken bir işin zorunlu masrafları kadar faydalı masrafları da olabilir. Bu halde hem işin yapılmasının zorunlu olması unsuru gerçekleşecek, hem de bu iş hazır yapılmışken iş görenin zorunlu olanlara ek olarak faydalı masraflar yapması da kabul edilecektir. Ancak işin yapılmasının zorunlu veya ivedi olmamakla birlikte iş sahibi bakımından faydalı olacağı kimi hallerde de gerçek vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanabilmelidir. Aksi halde, klasik kürsü örneği olan “tatildeki komşunun faturalarının ödenmesi” halinde, zorunluluk veya ivedilik söz konusu olmadığından gerçek vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanamaz. Faturasını geç ödeyen komşu en fazla faiz ödeyecek, belki elektriği kesilecek, sonrasında açma cezası ödemek suretiyle elektrik hizmetini yeniden alabilecektir. O nedenle işin “zorunlu” olup olmadığını somut olayın özellikleri çerçevesinde ve dürüstlük kuralı ölçü alınarak, iş gören açısından iş sahibinin farazi iradesinin işin yapılması yönünde olup olmadığının tayini suretiyle belirlemek isabetli olacaktır.

- [33] Bu kural vekalet akdinde sonucun gerçekleşmesinden bağımsız olarak vekilin ücrete hak kazanacağı kuralını anımsatmaktadır. Kaldı ki TBK m. 531’e göre, iş sahibi işin görülmesine sonradan onay verdiği takdirde vekalet hükümleri uygulanacaktır.
- [34] Bu yükümlülük iş görenin kendi adına; fakat iş sahibi hesabına üçüncü kişiye borçlandığı hallerde ortaya çıkar. İş sahibinin borçtan kurtarma yükümlülüğünün doğması için söz konusu borcun işin görülmesi bakımından objektif olarak gerekli olması şarttır. **Huguenin**, N 1636 vd. Bu bağlamda iş sahibi borcu üstlenebileceği gibi borcu ödemeyi de tercih edebilir. **Huguenin**, N 1637.
- [35] TBK m. 527/II iş görenin sorumluluğu yönünden de kendisi lehine bir kural getirmiştir. Buna göre, iş gören her türlü kusurundan sorumlu olmakla birlikte, iş görenin işi, “işsahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere” yapması halinde sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir. Buna karşılık TBK m. 537/II’ye göre “İşgören, işsahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olmasına karşın bu işi yapmışsa ve işsahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlaka aykırı değilse, beklenmedik hâlden de sorumlu olur. Ancak, iş gören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hâl sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur.” Ayrıca, (haksız fiil hükümleri saklı kalmakla birlikte) iş görenin, sözleşme ehliyetinden yoksun olması halinde “yaptığı işlemde ancak zenginleştiği ölçüde veya iyiniyetli olmaksızın elinden çıkardığı zenginleşme miktarıyla” sorumlu olacağı hükmü (TBK m. 528) de iş görenin lehine getirilen kurallardandır.
- [36] Gerçek vekaletsiz iş görme, sözleşme benzeri ilişki olarak kabul edilmektedir. **Bucher**, s. 255; **Honsell**, s. 342; **Schmid/Stöckli**, N. 2021; **KUKO OR-Schaller**, Vor Art. 419-424 N 1; **Eren**, s. 738; **Hofstetter** s. 236; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 652; **Yavuz**, s. 1325; **Weber** Vor. Art. 419-424 N.2. Bu bağlamda, vekaletsiz iş görme sözleşme benzeri etkiler

Masraf talebi ile yapılan masrafın yapıldığı andaki değeri talep edilir.^[37] Masraf alacağı, masrafın yapıldığı anda muaccel olur ve faiz herhangi bir temerrüt ihtarına gerek olmaksızın masrafın yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar.^[38] İş görenin ücret alacağına ilişkin olarak ise öğretilen çeşitli görüşler ileri sürülmektedir: (i) bir görüş^[39] iş görenin işi görmesi nedeniyle uğradığı kazanç kayıplarının denkleştirilmesi amacıyla iş sahibinden ücret isteyebileceğini kabul etmekte, (ii) aksini savunan bir görüş^[40] kanunda iş görene ücret talep etme hakkının tanınmadığını ileri sürmekte, (iii) başka bir görüş^[41], ücret talebini yalnızca acil durumlarda iş görenin iş sahibini kurtarması halinde istisnaen kabul etmekte; (iv) hakim görüş^[42] ise vekalet sözleşmesi hükümlerini kıyasen

doğurduğundan, sözleşmeye aykırılık hükümlerinin kıyasen uygulanacağı, kusurun karineten mevcut kabul edileceği ve iş gören ifa yardımcısı kullanmış ise ifa yardımcısının verdiği zarardan da sorumlu olacağı kabul edilmektedir. **Huguenin**, N. 1659. Aynı nedenle, hakim görüşe göre TBK m. 529'da sayılan haklar kural olarak 10 yıllık genel alacak zamanaşımı süresine tabidir. **Huguenin**, N 1661; **Rudolph**, Art. 422 N. 7; **Gauch**, s. 296. **CHK- Huguenin/Jenny** Art. 422 N 9; **KUKO OR-Schaller**, Art. 420 N 1; **Bucher** s. 261; **Weber**, Art. 422 N 16; **Hofstetter** s. 253; **ZK-Schmid**, Art. 422 N. 83. Diğer görüşler için bkz. **Gümüş**, s. 231 vd. Ayrıca, İsviçre öğretilerinde tazminat talepleri karşılanmayan iş görenin, iş sahibine iade etmek üzere elinde bulunan taşınır eşya veya para üzerinde hapis hakkına sahip olacağı ifade edilmektedir. **Weber**, Art. 422 N. 15; **Gautschi**, Art. 422 N. 4a.

- [37] **Tandoğan**, s. 272-273; **Eren**, s. 746; **ZK-Schmid** Art. 422 N. 45. Bu kural son derece isabetlidir; zira iş görene masraflarını talep etme imkanı tanınmasının sebebi, işin görülmesi amacıyla iş sahibinin fiilen yapmış olduğu masrafların tazminidir. Talep gününde masrafların değeri düşmüş ise, iş sahibinin menfaatine hareket eden iş görenin bu değişimin sonucuna katlanması beklenemez. Ancak bu kuralın iş göreni zenginleştirmek gibi bir amacı da yoktur. Masrafların talep günündeki değeri artmış ise, iş gören yaptığı masrafları yine masrafın yapıldığı andaki değerinden; fakat faiziyle isteyebilecektir.
- [38] **Eren**, s. 746; **Gümüş**, s. 228; **ZK-Schmid**, Art. 422 N. 46.
- [39] **Weber**, Art. 422, N. 9; **Rudolph**, Art. 422 N. 4; **Bucher**, s. 260. Bu görüşü savunan **Tandoğan**'a göre, iş gören, vekaletsiz olarak gördüğü bu iş nedeniyle hayatın olağan akışına göre başka bir yerden elde edebileceği kazançtan mahrum kalmışsa, bu maddi fedakarlığı bir masraf olarak ileri sürebilecektir. Benzer şekilde, iş gören icra ettiği meslek veya sanata ilişkin ve normal olarak ücret verilmesini gerektiren bir iş görmüş ise mutad ücreti masraf kapsamında talep edebilmelidir. Zira, bu halde, iş görenin vekaletsiz olarak gördüğü iş sebebiyle mesleki faaliyetini başka bir kimse hesabına icra etmekten mahrum kaldığı farz olunmaktadır. **Tandoğan** s. 276. Ayrıca bkz. **Tandoğan**, Ücret Talebi, s. 268 vd. **Gümüş**'ün isabetli olarak ifade ettiği üzere bu görüş ücret ve tazminat taleplerini birbirine karıştırmaktadır. **Gümüş**, s. 230.
- [40] **KUKO OR-Schaller**, Art. 422 N 5.
- [41] **Honsell**, s. 346. Örneğin, yazara göre, suda boğulan bir kişinin yardım çağrısı sözleşme kurma daveti kabul edilecek, bu çağrıya cevap vererek onu kurtarmak için suya atlayan kişi ile arasında zımni bir vekalet sözleşmesi kurulacaktır.
- [42] **Hofstetter**, s. 265; **Schmid/Stöckli**, N. 2017; **Eren**, s. 748; **Özdemir**, s. 124; pratik gerekçelerle de olsa **CHK- Huguenin/Jenny** Art. 422 N 7; **Suter**, s. 96; **ZK-Schmid**, Art.

uygulayarak, vekaletsiz iş görenin gördüğü iş için ücret ödenmesi adettense iş görene ücret talep etme hakkını tanımaktadır. Bu bağlamda iş gören iş gördüğü konuda mesleki faaliyet sürdürmekteyse ücretin adetten olduğu peşinen kabul edilmektedir.^[43] Bizim de katıldığımız bu görüşe göre iş görenin gördüğü iş serbest meslek faaliyeti çerçevesinde görülür nitelikte ise iş gören iş sahibinden ücret talep edebilmelidir.

B. Caiz Olmayan Gerçek Vekaletsiz İş Görme

Caiz olmayan gerçek vekaletsiz iş görmede, iş gören, vekaleti olmaksızın iş sahibine ait bir işi, iş sahibinin menfaatine görmektedir. Ancak iş gören ya iş sahibinin farazi iradesini tespit ederken hataya düşerek işin gerekli olduğu fikrine kapılmış ya da söz konusu işin görülmesi, iş sahibi tarafından geçerli ve bilinebilir bir şekilde yasaklanmıştır.^[44]

Caiz olmayan gerçek vekaletsiz iş görme TBK m. 527/II'de ele alınmış ve "İşgören, işsahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklamış olmasına karşın bu işi yapmışsa ve işsahibinin yasaklaması da hukuka veya ahlaka aykırı değilse, beklenmedik hâlden de sorumlu" olacağı ifade edilmiştir.^[45] Buna karşılık iş görenin iş sahibine yönelik talepleri maddede düzenlenmemiştir. Ancak öğretide bu taleplerin, iş görene geniş çaplı koruma sağlayan vekaletsiz iş görme hükümlerine değil^[46], sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanacağı kabul edilmektedir.^[47] Ne var ki, bu çerçevede talep edilebilecek tutarın, iş caiz gerçek vekaletsiz iş görme çerçevesinde gerçekleştirilseydi talep edilebilecek masraf tutarını aşamayacağı

422, N. 69; **Oser/Schönenberger** Art. 422, N. 8. Bu görüşe göre, ücretin belirlenmesinde de mutad uygulama dikkate alınmalıdır. **CHK- Huguenin/Jenny** Art. 422 N 7.

[43] **ZK-Schmid**, Art. 422 N. 69; **Tandoğan**, s. 276.

[44] **Huguenin**, N. 2144; **Rudolph**, Art. 419 N. 8; **CHK-Huguenin/Jenny** Art. 419 N 3; **KUKO OR-Schaller**, Vor Art. 419-424 N 14; **Gümüş** s. 233; **Müller-Chen/Girsberger/Furrer**, N. 148; **Eren**, s. 743; **Tandoğan**, Borçlar Özel, s. 479; **ZK-Schmid**, Art. 423 N.148. İş sahibinin işin görülmesini geçerli ve bilinebilir şekilde yasakladığı hallerde, işin görülmesinin "zorunlu" olmadığı kabul edilmektedir. **Schmid/Stöckli**, N. 2015.

[45] "Ancak, işgören o işi yapmamış olsaydı bile, bu zararın beklenmedik hâl sonucunda gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulur." (TBK m. 527/II c. 2)

[46] **Yavuz**'a göre bu halde gerçek olmayan vekaletsiz iş görme söz konusudur. **Yavuz**, s. 1324-1325. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira bu halde iş gören kendisinin değil, iş sahibinin menfaatine hareket etmektedir.

[47] **Huguenin**, N. 2148; **Gümüş**, s. 233; **Müller-Chen/Girsberger/Furrer**, N. 151. Bununla birlikte, iş sahibi iş görenin elde ettiği faydaları elde etmek istiyorsa, işi uygun bularak (TBK m. 531) vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanmasını sağlayabilir. **Huguenin**, N. 2150.

ifade edilmektedir.^[48] İş sahibinin iş görene yönelik tazminat taleplerinin ise BK m. 49 ve devamı hükümlerine tabi olacağı kabul edilmektedir.^[49]

C. Kötü niyetli Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme TBK m. 530'da düzenlenmiştir. Bu kurumun gerçek vekaletsiz iş görmeden ayıran en belirgin unsur işin iş görenin bizzat kendi menfaatine görülmesidir.^[50] Zaten TBK m. 530'un "İşin iş görenin menfaatine yapılması halinde" şeklinde ifadesini bulan başlığı da bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Buna göre: "*İş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, iş görmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, iş görenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür.*"

Her ne kadar hükümde iş görenin iyiniyetli olup olmamasına dayalı bir ayırım yapılmamaktaysa da, öğretide gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin "kötü niyetli" ve "iyi niyetli" olmak üzere iki türü bulunduğu kabul edilmektedir. Aşağıda görüleceği üzere, bu ayırımın en önemli sonucu, kanunun iş sahibine tanıdığı, iş görenin elde ettiği tüm kazançları talep edebilme hakkının, yalnızca kötü niyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme halinde söz konusu olacağıdır.^[51]

Kötü niyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede, iş gören, başkasının hukuk ve menfaat alanına müdahalede^[52] bulunurken bizzat kendisi için iş

[48] **Gümüş**, s. 234; **ZK-Schmid**, Art. 423, N.151.

[49] **Huguenin**, N. 2149. Caiz olmayan vekaletsiz iş görme halinde uygulanacak diğer hükümler için bkz. **Gümüş**, s. 234.

[50] İşin kimin menfaatine görüldüğü ile işin görülmesi sonucunda ortaya çıkan menfaatin kimin malvarlığında meydana geldiğinin farklı hususlar olduğu ve menfaat doğrudan iş sahibinin malvarlığında meydana gelse dahi, iş, iş görenin veya üçüncü kişinin menfaatine görülmekteyse gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin söz konusu olacağı görüşünde bkz. **Baş Süzel**, s. 31.

[51] Söz konusu hükmün yalnızca iş görenin kötü niyetli olması halinde uygulanabileceği görüşünde bkz. **Huguenin**, N. 2176; **Arkan Akbıyık**, s. 38; **Gümüş**, s. 237; **ZK-Schmid**, Art. 423, N. 36; **Hofstetter**, s. 271. Öğretideki diğer görüşler için bkz. **Arkan Akbıyık**, s. 36 vd. Oysa, Alman Medeni Kanunu (§ 687), gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede iş görenin kötü niyetli olmasının sonuçlarını özel olarak düzenlemiştir.

[52] İş görenin müdahalesinin, iş sahibinin mutlak hakkına veya nisbi hakkına yönelmiş olmasının, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması bakımından fark yaratıp yaratmayacağı öğretide tartışmalıdır. İş görenin, iş sahibinin mutlak hakkına (mülkiyet veya sınırlı ayni hakkına, kişilik hakkına, fikri mülkiyet hakkına) müdahale ettiği hallerde gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir. Ancak nisbi haklara yönelik müdahaleler durumunda gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, TBK m. 530'a

*Vekaletsiz İş Görende
İşi Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı Mıdır?*

görmektedir.^[53] Zaten bu halde, iş görenin başkasının menfaatine iş görme iradesi bulunmadığı gibi, tam aksine iş görende iş sahibinin işini gasp etme iradesi mevcuttur.^[54] Bu iradenin temelinde de iş görenin menfaat elde etme amacı yatar.

Kötü niyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede, işin “vekaletsiz” olarak görülmesi müdahalenin hukuka aykırılığını ifade eder.^[55] Zira, bir kişinin bir başkasının hukuk alanına kendi menfaati için el atması hukuka aykırıdır.^[56] İş görenin kötü niyetli olması ise, iş görenin söz konusu hukuka aykırılığı bildiği veya bilmek zorunda olduğu anlamına gelir.^[57] Bu bağlamda, kendisine ait olmayan bir işi iradesiyle (yani hukuka aykırılık bilinciyle) ve kendi menfaatine gören kişi kadar, kendisine ait olmayan bir işi gördüğünü bilmemekle birlikte bilmesi gereken kişi de kötü niyetlidir.^[58]

TBK m. 530 uyarınca, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin söz konusu olduğu hallerde iş sahibi, iş görenin işin görülmesi sebebiyle elde ettiği menfaatleri

dayalı kazanç devri talebi yalnızca mutlak hak ihlallerinde ileri sürülebilir. **Bucher**, s. 262. Karşı görüşe göre, hukuka aykırı olarak bir kimsenin nisbi hakkına müdahalede bulunulması halinde de TBK m. 530 hükümleri uygulanır. **Schmid/Stöckli**, N. 2033; **ZK-Schmid**, Art. 423 N. 15-17. Bir diğer görüş ise, nisbi haklar bakımından, tıpkı müdahaleden ötürü zenginleşme olduğu gibi, hakkın bir kimseye tahsis edilip edilmediği noktasından yola çıkarak, bahse konu nisbi hak münhasıran bir kimseye tahsis edilmiş ise buna müdahale durumunda gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. **Weber**, Art. 423 N. 6. Benzer şekilde, **Hofstetter**, s. 269.

[53] **Huguenin**, N. 2155; **Aeby**, s. 38; **Gümüş**, s. 235; **Bucher**, s. 261; **ZK-Schmid**, Art. 423, N. 14.

[54] Bkz. **Eren**, s. 749.

[55] **Schmid**, Art. 423 N. 19.

[56] **Huguenin**, N. 2175; **CHK- Huguenin/Jenny**, Art. 423 N.10; **Schmid**, Art. 423 N.19; **Gümüş**, s. 236. Ancak herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı TBK m. 530 hükmünün uygulanmasını engeller. **Huguenin**, N. 2175; **CHK- Huguenin/Jenny**, Art. 423 N. 10; **Gümüş**, s. 236.

[57] **Huguenin**, N. 2154; **Eren**, s. 751. Kötü niyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve sözleşmeye aykırılıktan doğan talepler ile olan ilişkisi hakkında bkz. **Huguenin**, N. 2199 vd.; **Lischer**, s. 134 vd.; **Baş Süzel**, s. 245 vd.; **Arkan Akbıyık**, s. 61 vd.; **Gümüş**, s. 241 vd. Ayrıca bkz. **Hatemi**, s. 383 vd.

[58] **Gümüş**, s. 237. İş görenin ağır ihmal nedeniyle, başkasına ait bir işin kendisine ait olduğunu zannetmesi ve işi kendi menfaatine görmesi halinde de gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin söz konusu olacağı görüşünde bkz. **Baş Süzel**, s. 48.

(kazançları)^[59] talep etme hakkına sahiptir.^[60] Ancak, bunun için iş görenin yapmış olduğu masrafların iş sahibi tarafından ödenmesi ve iş nedeniyle herhangi bir borç altına girmişse, iş görenin iş sahibi tarafından bu borçtan kurtarılması gerekmektedir.^[61] Kazancın iadesi talebi, davacının zarara uğraması ya da malvarlığının azalması şartına bağlı olmayıp, iş görenin fiilinin hukuka aykırı olması yeterlidir.^[62] Bu görüşün temelinde kendi menfaatine başkasının işleriyle uğraşarak bir kâr elde eden kişinin bu kârı alıkoyabilmesinin hakkaniyete aykırı olacağı düşüncesi yatmaktadır.^[63]

Kötü niyetli iş görenin isteyebileceği masrafların neler olduğu öğretide tartışmalıdır.^[64] Bir görüş^[65], TMK m. 995^[66] hükmünde ifade edilen kötü niyetli haksız zilyedin masraf talebi ile benzerlik kurmakta ve iş görenin yalnızca yaptığı zorunlu masrafları talep edebileceğini savunmaktadır. Diğer bir görüş^[67], haksız yapıya ilişkin TMK m. 723/III^[68] hükmü ile benzerlik kurmakta ve iş görenin yaptığı masrafların iş sahibi için ifade ettiği en düşük değeri talep

[59] Kazançlardan anlaşılması gereken, brüt gelire faiz eklendikten sonra masrafların çıkartılması neticesinde hesaplanacak net gelirdir. **Huguenin**, N. 2179; **Müller-Chen/Girsberger/Furrer**, N. 159; **CHK-Huguenin/Jenny** Art. 423 N 13; **KUKO OR-Schaller**, Art. 423 N 12; **Hofstetter**, s. 276; **Arkan Akbıyık**, s. 47; **Eren**, s. 755; **ZK-Schmid** Art. 423 N. 95; **Weber**, Art. 423; N. 14.

[60] İş sahibinin söz konusu menfaatleri talep etme zorunluluğu yoktur; ancak talep etmesi durumunda, brüt kazancı ispatlamak kural olarak iş sahibine düşer. **ZK-Schmid** Art. 423 N. 98 ve 127.

[61] Ayrıca, öğretide, iş görenin iş sahibine karşı dürüstlük kuralından doğan bilgi ve hesap verme yükümlülüğü bulunduğu savunulmaktadır. **ZK-Schmid**, Art. 423 N 123.

[62] **Eren**, s. 814.

[63] **Tandoğan** s. 60.

[64] Hakim görüşe göre nitelik itibarıyla haksız fiil kabul edilen (**Schmid/Stöckli**, N. 2056; **KUKO OR-Schaller**, Vor Art. 419-424 N 1; **Bucher**, s. 263; **Eren**, s. 754; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 652; **Yavuz**, s. 1331; **ZK-Schmid** Art. 423 N. 134; **Weber** Art. 423 N. 17; **Hofstetter**, s. 254) TBK m. 530'dan doğan alacaklar, kural olarak 2 ve 10 yıllık haksız fiil zaman aşımı sürelerine tabidir. Zaman aşımı süresine ilişkin tartışma ve çeşitli görüşler için bkz. **Honsell**, s. 348; **Arkan Akbıyık**, s. 59 vd.; **Gümüş**, s. 240 vd.

[65] **Gautschi**, Art. 423 N. 11b. **Lischer**'e göre, iş sahibi işi kendi yapsaydı ne masraf yapmak zorunda kalacaktıysa, o ölçüde zenginleşmiş olduğundan, iş gören kendisinden yalnızca bu masrafları isteyebilecektir. **Lischer**, s. 104. Benzer şekilde **Weber**, Art. 423 N. 18.

[66] TMK m. 995/2: "İyiniyetli olmayan zilyet, yaptığı giderlerden ancak hak sahibi için de zorunlu olanların tazmin edilmesini isteyebilir."

[67] **ZK-Schmid**, Art. 423, N. 117 ve 139.

[68] TMK m. 723/3: "Yaptırı yaptıran malzeme sahibi iyiniyetli değilse, hâkimin hükmedeceği miktar bu malzemenin arazi maliki için taşıdığı en az değeri geçmeyebilir."

*Vekaletsiz İş Görende
İş Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı Mıdır?*

edebileceğini ileri sürmektedir. Başka bir görüş^[69], gerçek vekaletsiz iş görmede iş sahibinin (malvarlığındaki zenginleşme ile sınırlı olmayan) sınırsız sorumluluğu nedeniyle iş görenin masraf taleplerinin sınırlandırıldığını, oysa kötü niyetli iş görmede iş sahibinin sınırsız sorumlu olmaması (iş görenin masraf talebinin iş sahibinin elde ettiği zenginleşmeyle sınırlı olması) karşısında iş sahibinden bütün masrafların tazmininin talep edilebileceği yönündedir. Son bir görüş^[70] ise, TBK m. 530'un sebepsiz zenginleşme hukukuna yönelik bir atıf normu olması sebebiyle, istenecek masraf kalemlerinin belirlenmesinde TBK m. 80^[71] hükmünün esas alınması gerektiğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, iş sahibinin, iş göreni girmiş olduğu borçlardan kurtarmakla yükümlü olduğu hususunda herhangi bir şüphe yoktur.

İş görenin ücret ve tazminat talep etme hakkına sahip olup olmadığı da öğretide tartışmalı olan hususlardır.^[72] Bizim de katıldığımız görüşe göre kötü niyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede iş gören ücret veya tazminat talep edememelidir.^[73]

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme çerçevesinde kazanç devrinin talep edilebilmesi, sorumluluk hukukunda uygulanan son derece ağır bir yaptırımdır. Zira, bu talep tazminat talebinin aksine iş sahibinin zarara uğramasını gerektirmez.^[74] Bu bağlamda, iş sahibinin normal şartlar altında hiçbir şekilde aklında olmayan bir işin görülmesi nedeniyle elde edilen kazancın dahi devri talep edilebilir. Örneğin, bir kimsenin yazmış olduğu; fakat yayınlatmayı düşünmediği anıların, yazarın kendisinden izin alınmaksızın basılarak satışa sunulması, kötü niyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin en temel örneğini oluşturur. Bu durumda, kitabı izinsiz olarak yayınlanan kişi, kitabın yayınlanması dolayısıyla iş görenin elde ettiği menfaati (kazancı) iş görenden talep edebilir (TBK

[69] **Tandoğan**, s. 298-299.

[70] **Gümüş**, s. 240.

[71] TBK m. 80/2: “Zenginleşen iyiniyetli değilse, zorunlu giderlerinin ve yararlı giderlerinden sadece geri verme zamanında mevcut olan değer artışının ödenmesini isteyebilir.”

[72] **Weber**, Art. 423 N 18; **Gümüş**, s. 240.

[73] **Arkan Akbıyık**, s. 56; **Gümüş**, s. 240; **Weber**, Art. 423 N 18; **ZK-Schmid** Art. 423 N. 118; **BGE 86 II 26**. İş görenin iş sahibinden tazminat talep edemeyeceği düşüncesinin temelinde, iş görenin fiilinin bir haksız fiil niteliğinde olması yatar. **Eren**'in isabetle dile getirdiği üzere, haksız fiil failinin, haksız fiil işlerken kendisine verdiği zararları haksız fiilin mağdurundan talep edebileceğini kabul etmek, haksızlığa açıkça prim vermek anlamına gelecektir. **Eren**, s. 758. **Schmid** ise, iş görenin işin görülmesi sebebiyle uğradığı zararları masraflarla birlikte brüt kazanç ve faizlerden düşebileceği görüşündedir. **ZK-Schmid** Art. 423 N. 116 ve 145. Benzer görüşte bkz. **Yavuz**, s. 1332.

[74] Zira, çoğu halde iş sahibi herhangi bir zarara uğramamakta ya da iş sahibinin zararı iş görenin elde ettiği kazançla eş değer olmamaktadır. **Honsell**, s. 348.

m. 530). Ayrıca, kazanç devri talebi, sebepsiz zenginleşmeye dayalı talepten farklı olarak, iş görenin sübjektif becerileriyle işin piyasa değerinin çok üzerinde elde ettiği kazançların da talep edilebilmesine imkan sağlar.^[75] Bu çerçevede, iş görenin fiilen elde ettiği kazanç dikkate alınmak suretiyle, elde edilen sübjektif zenginleşmenin dahi iadesi sağlanabilir.^[76]

D. İyiniyetli Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme

İyiniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede, başkasına ait bir işi bizzat kendi menfaatine gören iş görenin iyiniyetli olması söz konusudur. Bu bağlamda, iş gören, sübjektif olarak mazur görülebilir şekilde, kendisine ait bir iş gördüğü düşüncesindedir ve kendisinden işin başkasına ait olduğunu bilmesi beklenmemektedir.^[77] Örneğin kendisine ait bir kitabı sattığını düşünen bir

[75] TBK m. 530 hükmü iş göreni “cezalandıran” ağır bir hükümdür. Sebepsiz zenginleşmeden farklı olarak zenginleşmenin eksildiği savunmasının ileri sürülmesine imkan vermez; buna karşılık sübjektif zenginleşmenin de talep edilmesine olanak tanımak suretiyle elde edilen tüm menfaatlerin iş sahibine devrini öngörür. Kaldı ki müdahaleden ötürü sebepsiz zenginleşmede kabul edilmeyen tüm kazancın iadesi talebi, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme halinde kabul edilmektedir. **CHK-Huguenin/Jenny** Art. 423 N 3; **Weber** Art. 423 N. 11. Bu nedenle menfaat devri yaptırımı öğretide bir özel hukuk cezası olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **Baş Süzel**, s. 179.

[76] **Arkan Akbıyık**, s. 48; **ZK-Schmid**, Art. 423 N. 103; **Weber** Art. 423 N. 11. İş görenin özensiz davranışı nedeniyle, piyasa değerinin altında kazanç elde etmesi durumunda, elde edilen kazanç ile piyasa değeri arasındaki farkın talep edilip edilemeyeceği meselesi doktrinde tartışmalıdır. Kendi yararına başkasının işini gören kimseden özenli davranış veya üstlendiği işi neticeye kavuşturması beklenemeyeceği görüşünü savunan **Hofstetter**, bu tür bir talepte bulunulamayacağını savunmaktadır. Yazara göre, bir kimsenin kaçınma yükümlülüğünü ihlal ettiğini kabul ettikten sonra, bu kimsenin bu yükümlülüğünü özensiz şekilde yerine getirdiğini ileri sürmek çelişki teşkil eder. **Hofstetter**, s. 275. Benzer şekilde bkz. **KUKO OR-Schaller**, Art. 423 N 9; **ZK-Schmid**, Art. 423, N. 106. Diğer bir görüş, meseleye iş sahibi açısından bakılması gerektiğini, iş görenin hukuka aykırı fiili olması dahi, iş sahibi böyle bir kazancı elde etmeyecek idiyse, kendisinin mahrum kalınan kârı bulunmayan bu gibi hallerde iş görenden herhangi bir talepte bulunulamayacağını ileri sürmektedir. Ancak iş sahibinin mahrum kalınan kârı söz konusu ise, bu halde de haksız fiil hükümleri çerçevesinde talepte bulunulabilecektir. **Arkan Akbıyık**, s. 45. Son bir görüş ise, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede de iş görenin özen yükümlülüğü bulunduğunu, o nedenle özen gösterilseydi elde edilebilecek kazanç farkının tazmininin iş sahibince talep edilebileceğini kabul etmektedir. **Gautschi**, Art. 423, N. 4b. Kanımca, her kim bir kimsenin hukuk alanına onun veya bizzat kendisinin menfaatine müdahalede bulunursa, o kimsenin menfaatini korumakla yükümlü olur. Zira iş görene iş sahibinin menfaatine davrandığı hallerde yüklenilen özen yükümlülüğünün, bizzat kendi menfaatine hareket eden iş görene yüklenmemesi, bencil iş görenin özen yükümlülüğü biçiminde kayırılması anlamına gelir. O nedenle, iş gören her durumda özen yükümlülüğü altında olup, iş sahibi bunun ihlali nedeniyle piyasa değerinin altında kalan kazanç farkını talep edebilmelidir.

[77] **Huguenin**, N. 2154; **KUKO OR-Schaller**, Vor Art. 419-424 N 16. Diğer bir deyişle, iş gören başkasına ait bir işi gördüğü iradesine (hukuka aykırılık bilincine) sahip değildir

kimsenin, aslında bir arkadaşının kitabını satması halinde iyiniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme söz konusu olacaktır.

İyiniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hallerinde TBK m. 530 hükmünün uygulanmayacağı^[78], buna karşılık iş görenin, iş görmesi sonucunda iş sahibinin malvarlığına sağladığı yararları sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebileceği kabul edilmektedir.^[79] İş sahibinin iş görene yönelteceği talepler bakımından da benzer bir yaklaşım söz konusu olacaktır. Bu halde, iş sahibinin sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebi, bir kazanç devri talebinden ziyade, uygun bir yararlanma ücretinin ödenmesine yöneliktir.^[80] Zira, iş görene TBK m. 530 hükmünün ağır sonuçlarının uygulanabilmesi için, kendi menfaatine hareket eden iş görenin, bunu yaparken başkasının hukuk ve menfaat alanına müdahalede bulunma kastını taşıması aranmalıdır.

III. Vekaletsiz İş Görme Bilinci

Her ne kadar, kanunda, vekaletsiz iş görmenin bir koşulu olarak açıkça aranmış olmasa da, iş görenin işi gördüğü sırada vekaletsiz iş görme bilincine sahip olması gerekip gerekmediği özellikle İsviçre hukukunda yoğun olarak ele alınmıştır. Aşağıda, öncelikle İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konudaki görüşüne yer verilecek, ardından gerek öğretisinde bu görüşe yöneltilen eleştiriler değerlendirilecektir.

A. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Görüşü ve Bu Görüşe Yöneltilen Eleştiriler

1. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Görüşü

İsviçre Federal Mahkemesi, iş sahibinin işin görüldüğü sırada vekaletsiz iş görme bilincine sahip olmasını vekaletsiz iş görmenin bir koşulu olarak

ve kendisinden bu iradeye sahip olması beklenmemektedir. **Gümüş**, s. 242.

[78] **CHK-Huguenin/Jenny** Art. 423 N 1; **Oser/Schönenberger**, Art. 423, N. 3; **Eren**, s. 751; **Gümüş**, s. 242; **ZK-Schmid** Art 423 N. 164; **Lischer**, s. 71.

[79] **Gümüş**, s. 242; **KUKO OR-Schaller**, Vor Art. 419-424 N 16; **Weber**, Vor. Art. N. 419-424, N. 10; **Schmid/Stöckli**, N. 2049. Federal Mahkeme de yeni tarihli kararlarında bu görüşü benimsemiştir: **BGE 129 III 422, 425**. Bu halde de iş görenin iş sahibine karşı dürüstlük kuralından doğan bilgi ve hesap verme yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmektedir. **ZK-Schmid**, Art. 423 N 168. İş görenin kusuru bulunmadığından, kural olarak kendisinden haksız fiil hükümlerine göre tazminat talep edilemeyeceği kabul edilmektedir. **Huguenin**, N. 2189.

[80] **Gümüş**, s. 242.

aramaktadır. Bu bağlamda, iş görenin işin görülmesi konusunda bir yükümlülüğünün bulunmamasına ilaveten, iş görenin işi herhangi bir yükümlülüğü mevcut olmaksızın gördüğünü bilmesi de gerekmektedir.^[81] Aksi halde, vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanmayacaktır. Her ne kadar öğretilerde neredeyse oybirliğiyle eleştirilse de, Federal Mahkeme'nin söz konusu görüşünü ifade ettiği iki kararı bulunmaktadır.^[82]

a. BGE 75 II 225

Federal Mahkemenin 1949 tarihli kararına konu olayda, Bonvin'e ait tamirhanede çalışan Morandi, "Le Moubra" kliniğinden gelen bir telefon üzerine klinikte bulunan bir otomobilin tamiri için söz konusu kliniğe gider. Morandi, kliniğe ait garajda Waucquez'in aracının radyatörü suyla doldurur ve bir takım kontroller yaptıktan sonra Bonvin'e ait tamirhaneye geri döner. Ancak, Bonvin'i telefonla arayarak tamirci çağırın kişi Waucquez değil, kliniğin başka bir müşterisidir.

Kış geldiğinde Waucquez'in otomobilinin radyatöründeki su donarak silindir bloklarının çatlamasına yol açar. Waucquez, ifa yardımcısının fiilinden sorumluluğa ilişkin kurallara dayanarak Bonvin'e tazminat dava açar. Waucquez'in iddiasına göre, Morandi hatalı bir şekilde kendisini Waucquez'in arabasının çalıştırılmakla yükümlü zannetmiştir. Bu nedenle, Morandi vekaletsiz iş gören olarak davranmıştır. Bu bağlamda, Morandi'nin davranışı vekaletsiz iş görme hükümlerine göre değerlendirilirse Bonvin'in davranışı da adam çalıştırmanın sorumluluğu değil ifa yardımcısının fiilinden sorumluluk hükümleri kapsamında değerlendirilmelidir.^[83]

Waucquez'in iddiasını dayandırdığı gerekçeyi yanlış bulan Federal Mahkeme, davacının talebini reddeder. Zira, vekaletsiz iş görme, iş görenin başkasının işini görme bilincine sahip olmasını gerektirdiği gibi, iş görenin başkasının işine müdahale ederken vekaleti olmadığını bildiği varsayımına dayanır. Bu nedenle, eğer başkasının işini gören kişi, yanılarak iş sahibine karşı yükümlü olduğunu

[81] Öğretilerdeki bir görüşe göre, iş görenin hataya düşerek, işi bir yükümlülük altında gördüğüne inandığı durumlarda, vekaletsiz iş görme hükümlerinin kıyasen uygulanması söz konusu olabilir. Bu bağlamda, kıyasen uygulama, iş sahibinin menfaatlerinin gözetilmesini de gerektirmektedir. **Huguenin**, N. 1614.

[82] **BGE 99 II 131 E.2; BGE 75 II 225 E.3.**

[83] **BGE 75 II 225** kararından yola çıkarak, vekaletsiz iş görme hallerinde ifa yardımcısının fiilinden sorumluluk hükümlerinin uygulanmasının mı, yoksa adam çalıştırmanın sorumluluğu kurumuna başvurulmasının mı uygun olacağına ilişkin bir değerlendirme için bkz. **Kurtoğlu**, s. 123 vd.

düşünmüş ise, vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanmaz. Karara konu olayda, Morandi Waucquez'in aracını tamirle yükümlü olduğunu düşündüğünden, vekâletsiz iş görme hükümleri değil, haksız fiil hükümleri uygulanmalıdır.

b. BGE 99 II 131

Federal Mahkeme 1973 tarihli bir başka kararında, yukarıda bahsedilen 1949 tarihli kararına atıf yaparak vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanabilmesi için iş görende vekaletsiz iş görme iradesinin bulunması gerektiği yönündeki görüşünü yinelemiştir. Karara konu olayda, Systembau AG şirketi ile Zürih belediyesi arasında götürü bedel üzerinden akdedilen eser sözleşmesi uyarınca, Systembau AG bir ilkokul binasının yapımını üstlenmiştir. Systembau AG, sözleşmeden doğan yetkisi çerçevesinde ve işin yapımı amacıyla kendi adına çeşitli işçi, yüklenici ve tedarikçiler ile anlaşmış, ayrıca kendisini Zürih belediyesinin temsilcisi olarak tanıtarak Umberto Bonomo Söhne AG ile de bir eser sözleşmesi akdetmiştir.

İşin tamamlanmasının ardından, Systembau AG Umberto Bonomo Söhne AG'ye ödeme yapmayınca, Umberto Bonomo Söhne AG kendisine ödenmeyen bedeli Zürih belediyesinden talep etmiştir. Her ne kadar, Umberto Bonomo Söhne AG, mahkemeye başvurarak inşaatı gerçekleştirilen bina üzerinde kendisi lehine yapı alacağı ipoteki tesis edilmesini sağlamışsa da, Zürih belediyesinin itirazı üzerine dosyayı inceleyen üst derece mahkemesi bu kararı bozmuştur. Bunun üzerine dosya Federal Mahkeme'ye taşınmıştır.

Hem üst derece mahkemesinin kararında, hem de incelemeye konu Federal Mahkeme kararında, Umberto Bonomo Söhne AG'nin Zürih Belediyesinden ödeme talebinde bulunabilmesine olanak sağlayan bir hukuki kurumun var olup olmadığı tartışılmış, bu bağlamda vekaletsiz iş görmenin şartlarının sağlanıp sağlanmadığı da ele alınmıştır. Ancak, üst derece mahkemesinin daha sonra Federal Mahkeme tarafından da isabetli bulunan kararına göre, Umberto Bonomo Söhne AG'nin vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca hareket etme iradesi bulunmadığından, vekaletsiz iş görme hükümlerine dayalı bir talep ileri sürmesi mümkün değildir.

2. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Görüşüne Yöneltilen Eleştiriler

İsviçre'de birçok yazar, Federal Mahkeme'nin yukarıda açıklanan görüşünü eleştirmektedir.^[84] Federal Mahkeme'nin kararına yöneltilen eleştirilerin ilk dayanağı, Borçlar Kanununun vekaletsiz iş görmeyi düzenleyen hükümlerinde objektif olarak “vekaletin” yokluğundan söz edilmiş olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu, sübjektif olarak iş görenin iradesinin dikkate alınması gerektiğinden bahsetmemiştir.^[85] O halde, vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması bakımından gerekli olan koşul, objektif olarak bir sözleşmenin mevcut olmamasıdır.^[86] İş görenin sübjektif olarak bir sözleşmenin varlığına veya yokluğuna ilişkin düşüncesi, vekaletsiz iş görmenin söz konusu olup olmaması bakımından fark yaratmaz.^[87]

Federal Mahkeme'nin görüşüne yöneltilen eleştirilerden bir diğeri de, yanılarak bir sözleşmeye dayalı olarak ifade bulunan kişinin, işi “vekaletsiz” olarak gördüğü bilincinde olan kişiye göre daha olumsuz bir duruma sokulmasının kabul edilemeyeceğidir.^[88] Hatta bu görüşün tam aksinin kabul edilmesi, sözleşme yapma ehliyetinden yoksun kişiler ile ayırt etme gücünden yoksun olanlar bakımından daha avantajlı bir durum yaratacaktır. Zira, böylelikle, sözleşme

[84] Türk öğretisinde de vekalet sözleşmesi veya diğer bir yasal sebebin bulunmadığı hallere ilaveten, batıl bir sebebin (sözleşmenin) varlığı veya sınırlarının aşılması halinde de gerçek vekaletsiz iş görmenin söz konusu olacağı savunulmaktadır. **Gümüş**, s. 220; **Tandoğan**, Borçlar Özel, s. 679.

[85] **ZK-Schmid**, Art. 419 N. 69-70.

[86] **Hagenbüchli**, s. 51; **Suter**, s. 20; **Polydor-Werner**, s. 74; **Lischer**, s. 35.

[87] **Huguenin/Chappuis**, Art. 74, N. 3. **Hagenbüchli**'ye göre, akdedilen sözleşmenin irade sakatlığı nedeniyle iptal edildiği haller ile sözleşmenin baştan itibaren kesin hükümsüz olduğu hallerde vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanmayacaktır. Zira, yazara göre, işin vekaletsiz olarak görülmesi, iş görme dürtüsünün bir başkasından kaynaklanmaması gerektiğini, aksine iş sahibinin müdahalesinin bir başkasının iradesi bulunmaksızın gerçekleşmesi gereğini ifade eder. Ancak yazar, iş görenin bir yükümlülüğü bulunduğu yanılışı ile hareket ettiği hallerde vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağını kabul etmektedir. Zira önemli olan, işin objektif olarak vekaletsiz olarak görülüp görülmediğidir. Bu bağlamda, yazar, iş görenin yanılarak bir sözleşmeye dayalı olarak hareket ettiğini düşündüğü hallerde de fiilen bir sözleşme veya yetkilendirme bulunmadığı için iş görenin kendi inisiyatifi ile hareket etmiş gibi kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. **Hagenbüchli**, s. 50 vd. İFM'nin görüşünün aksi yönünde ayrıca bkz. **von Büren**, s. 332.

[88] **Bucher**, s. 257. Yanılarak kendisini yetkili zanneden kimsenin, işi kendisinin veya üçüncü kişinin menfaatine görmesi halinde gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin söz konusu olacağı, bu kişinin işi iş sahibinin menfaatine görmesi durumunda ise (yasaklamanın da bulunmadığı ihtimalde), gerçek vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağı hakkında bkz. **Baş Süzel**, s. 47.

yapma ehliyetinden yoksun bir kişi veya tam ehliyetsiz bir kişi dahi vekaletsiz iş görme hükümleri kapsamında iş gören kabul edilebilir.^[89]

B. Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay'ın çeşitli kararları incelendiğinde, vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanabilmesi için iş görende işi gördüğü sırada vekaletsiz iş görme bilincinin varlığının aranmadığı görülmektedir. Zira, Yüksek Mahkeme, geçersiz sözleşmeye dayalı olarak bir kimsenin bir başkası yararına iş gördüğü halleri gerçek vekaletsiz iş görme kapsamında değerlendirmiştir. Örneğin, Yargıtay, idarece usulüne uygun şekilde ihale edilmeyen yol yapım işinden kaynaklanan alacağın hukuki dayanağının vekaletsiz iş görme olduğunu kabul etmektedir.^[90] Bunun dışında, Yargıtay, geçerli bir sözleşmeye dayanmamakla birlikte, futbol sahası çimlendirme işinden^[91], park ve oyun alanı yapılması işinden^[92], kadastro parsellerinin parselasyon planı ve imar uygulama işlemlerinin yapılması işinden^[93]

[89] **Gautschi**, Vor. Art. 419 N 13.

[90] Belediyeler, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi kurumlar olup belediye tarafından yaptırılacak yol yapım işinin usulüne uygun şekilde ihale edilmesi gerekmektedir. Ancak uygulamada yetkili makamca ihale edilmeksizin ve sözleşme ilişkisi kurulmaksızın yol yapım işleri yapıldığı görülmektedir. İşin tamamlanmasının ardından ise iş gören ilgili belediyeye başvurarak yol yapımı işinin bedelinin ödenmesini talep etmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, E. 2002/15-40, K. 2002/49 sayılı ve 6 Şubat 2002 tarihli kararına göre, taraflar arasında yol yapımı ile ilgili yazılı sözleşme olmadığından yol yapımı bedelinin vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde, yapıldığı yıl mahalli rayiçlerine göre hesaplanması gerekir. Bu kararı müteakip Yargıtay 15. Hukuk Dairesi de çeşitli kararlarında aynı ilkeyi benimsemiştir. Örneğin, Yarg. 15. Hukuk Dairesi'nin E. 2006/3356, K. 2006/3950 sayılı ve 27 Haziran 2006 tarihli kararında, davalı belediye ile davacı müteahhit arasında herhangi bir yazılı sözleşme ya da işin ihale edildiğine dair karar bulunmaksızın, davacı davaya konu yol inşaatını tamamlamış ve yapımı tamamlanan yol davalı belediye tarafından kamu hizmetine tahsis edilmiştir. Yargıtay, davalı belediyenin Kamu İhale Kanunu'na tabi bir kurum olduğunu, buna karşılık taraflar arasında yol yapımını konu alan yazılı bir sözleşme ve bir ihale kararı bulunmadığını dikkate alarak, taraflar arasında yapılan sözlü anlaşmanın yasaya aykırı olduğunu kabul etmiştir. Bu çerçevede, "uyumsuzluğun BK.nun 410. [TBK m. 526] ve devamı maddeleri uyarınca vekaletsiz iş görme hükümlerince çözümlenmesi" gerektiğini kabul eden Yargıtay, yol yapım işinden kaynaklanan davacı alacağının "yapıldığı yıl piyasa fiyatlarıyla" hesaplanması gerektiğine hükmetmiştir. Benzer bir karar için bkz. Yarg. 15. HD., 6.2.2008 T., E. 2007/1315, K. 2008/641. Ayrıca bkz. Yarg. 15. HD., 24.1.2012, E. 2011/7687, K. 2012/249: "... aralarında akdi ilişki bulunmaksızın somut olayda olduğu gibi yolun yapım ve bakımının yetkili olmayan kişi ya da kuruluşun isteğiyle yapılmış olması halinde işi yapan yüklenici yaptığı imalatın bedelini BK'nın 413 vd. maddeleri gereğince yapılan işin iş sahibinin yararına olması halinde yapıldığı yıl mahalli piyasa rayiçleriyle vekaletsiz iş görme hükümlerine göre isteyebilir."

[91] Yarg. 15 HD, 5.4.2007 T., E. 2005/8090 K. 2007/2135.

[92] Yarg. 15 HD, 25.10.2005 T., E. 2005/5176, K. 2005/5723.

[93] Yarg. 14 HD, 24.4.2006 T., E. 2006/3704, K. 2006/4739.

doğan alacakların vekaletsiz iş görme hükümlerine göre, işin yapıldığı yıl geçerli olan rayiç bedel üzerinde ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir.^[94]

C. Değerlendirme ve Sonuç

Vekaletsiz iş görme kurumunu düzenleyen kanun koyucu, özgecil olarak bir başkasının işini gören kişi ile bir başkasının menfaatini bencilce gasp eden kişi arasında ayırım yapmıştır. Böylelikle, kanun koyucu “gerçek vekaletsiz iş görme” halinde, özgecil hareket eden kişiye çeşitli ve geniş kapsamlı haklar sunmuş, bencilce hareket eden kişiyi ise cezalandırıcı bir hüküm olan TBK m. 530 (gerçek olmayan vekaletsiz iş görme) hükmünü kaleme almıştır. Ancak sosyal ve hukuki ilişkiler arasındaki ayırım her zaman bu denli kesin olmadığından, öğreti ve uygulama, bu ikisi arasında vekaletsiz iş görmenin iki türü daha bulunduğunu kabul etmiştir. O nedenle, iş görende işi gördüğü sırada işi vekaletsiz olarak görme bilincinin aranıp aranmayacağı vekaletsiz iş görmenin her bir türü bakımından ayrı ayrı ele alınmalıdır.

Vekaletsiz iş görme denildiğinde akla gelen ilk hal, iş görenin sözleşmesel veya yasal bir yükümlülüğü olmadığı halde, iş sahibi tarafından yasaklanmış olmayan, zorunlu bir işi iş sahibinin menfaatine ve onun farazi iradesine uygun olarak görmesidir. Caiz gerçek vekaletsiz iş görme olarak ifade edilen bu halde, iş sahibi somut olayda kendi menfaatini koruyamayacak durumda ve özel bir yardım gereksinimi içerisinde.

Gerçek vekaletsiz iş görmeyi düzenleyen kanun koyucu, iş görene kapsamlı bir koruma sağlamış ve iş sahibine karşı çeşitli taleplerde bulunma imkanı sunmuştur. Öncelikle, iş sahibi, iş görenin yaptığı zorunlu ve yararlı masrafları faiziyle ödemek, iş görenin gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür. Hatta, işi yaparken gereken özeni göstermiş olması koşuluyla, iş gören umulan sonuç gerçekleşmemiş olsa bile bu talepleri ileri sürme hakkını kazanacaktır. Ayrıca iş gören, gördüğü iş dolayısıyla borç altına girmiş ise, iş sahibinin kendisini bu borçtan kurtarması gerekecek, iş gören, yapmış olduğu giderleri alamadığı takdirde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yaptığı şeyi ayırıp alabilecektir. Hatta tartışmalı olmakla birlikte bizim de katıldığımız görüşe göre iş görenin gördüğü iş serbest meslek faaliyeti çerçevesinde görülür nitelikte ise iş gören iş sahibinden ücret talep edebilecektir. Bütün bunlara ilaveten, iş görenin sorumluluğunu düzenleyen kurallar da iş gören lehine yumuşatılmıştır.

[94] Ayrıca bkz. Yarg. 15 HD, 16.2.2007 T., E. 2006/404, K. 2007/975; Yarg. 14 HD, 24.4.2006 T., E. 2006/3704, K. 2006/4739.

*Vekaletsiz İş Görende
İşi Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı Mıdır?*

Kanun koyucunun iş görene sunduğu bu kapsamlı korumanın sebebi, iş görenin “özgecil” şekilde hareket etmesidir. Özgecil davranış, iş görenin sırf (veya en azından ağırlıklı olarak) iş sahibinin menfaatini korumak amacıyla, herhangi bir yükümlülüğü olmamasına rağmen iş sahibinin işini görmesini ifade eder. İş görende işi gördüğü sırada vekaletsiz iş görme bilincinin aranması, iş görenin özgecil şekilde hareket etmesi şartı ile yakından ilişkilidir. Kanun koyucu, tabiri caizse elini başkası için taşın altına sokan kişiyi koruyup kollama ihtiyacı hissetmiştir. Ancak, bu korumanın, iyiniyetli dahi olsa, geçersiz bir sözleşmeden doğduğunu düşündüğü bir borcunu ifa etme amacıyla hareket eden kimseye sağlanması, gerçek vekaletsiz iş görme kurumunun amacıyla bağdaşmaz. Zira iş görenin karşılıksız ve korumasız bırakılmaması gereken özgecil davranışı, yalnızca bu kişinin vekaletsiz iş görme bilincine sahip olması durumunda ortaya çıkabilecektir.

İsviçre Federal Mahkemesi, iş görenin vekaletsiz iş görme bilincinden yoksun olduğu hallerde vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanmasını kabul etmemekteyse de, Federal Mahkeme'nin bu görüşü İsviçre öğretisinde hemen hemen hiç kabul görmemiştir. Zira Federal Mahkeme'nin görüşünü eleştiren yazarlara göre, iş görenin subjektif olarak bir sözleşmenin varlığına veya yokluğuna ilişkin düşüncesi, vekaletsiz iş görmenin varlığı bakımından fark yaratmaz. Önemli olan objektif olarak bir sözleşmenin mevcut olmamasıdır. Kanımca bu görüş isabetli değildir. Amaçsal bir yorum yapılması halinde, kanun koyucunun korumak istediği olgunun, iş sahibinin özgecil davranma iradesi olduğu anlaşılacaktır.^[95] Zira vekaletsiz iş görmenin söz konusu olduğu hallerde, işin görülmesi bakımından hiçbir yükümlülüğü bulunmayan iş gören fedakarca hareket etmekte, iş sahibine yardım etmek veya ona destek olmak istemektedir.^[96] Ancak yanılarak sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü ifa ettiğini düşünen bir kişinin ya da geçersiz bir sözleşmeden doğduğunu düşündüğü bir yükümlülüğünü ifa etme amacıyla hareket eden bir kimsenin “özgecil” hareket ettiği kabul edilemez. Ne de olsa bu hallerde, iş görenin davranışının altında

[95] **Chappuis** de yanılarak kendisini yükümlü zanneden kişi kadar, geçersiz bir sözleşmeden doğduğunu düşündüğü bir yükümlülüğünü ifa etme amacıyla hareket eden kişinin de vekaletsiz iş görme hükümlerine başvuramayacağı görüşündedir. Yazara göre, vekaletsiz iş görme bilincine sahip olan kişi acil bir durumda ve iş sahibinin menfaatleri ve farazi iradesi çerçevesinde hareket ederken, geçerli bir sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirdiğini düşünen kişi ise karşı taraftan almış olduğu talimat çerçevesinde hareket eder. Oysa vekaletsiz iş görme hükümleri, somut olayın koşulları altında, iş görenin iş sahibinden açıkça talimat almasının mümkün olmadığı halleri düzenlemektedir. Chappuis, s. 30.

[96] **KUKO OR-Schaller**, Art. 419 N 1.

yatan öncelikli amaç, kendi borcunu ifa etmek ve aksi halde ortaya çıkacak olan borca aykırılığa dayalı sorumluluğun doğmasının önüne geçmektir.^[97]

Federal Mahkemenin kararını eleştiren yazarlar, iş sahibinde vekaletsiz iş görme bilincinin aranması halinde, sözleşme yapma ehliyetinden ve ayırt etme gücünden yoksun olanların vekaletsiz iş görme hükümlerinin sunduğu korumadan faydalanamayacaklarını ifade etmektedirler. Ancak bu gerekçe de isabetli değildir. Öncelikle, sözleşme yapma ehliyetinden yoksun olan bir kimse dahi ayırt etme gücüne sahip ise vekaletsiz iş görme bilincine sahip olabilir. O nedenle, söz konusu unsurun aranmasının bu kişiler bakımından vekaletsiz iş görme hükümlerine başvurma yolunu kapattığı söylenemez. Buna karşılık, ayırt etme gücünden yoksun olanların vekaletsiz iş görme bilincine sahip olmayacakları açıkça ortadadır. Ancak kanaatimizce, bu kimselerin sırf ayırt etme gücünden yoksun oldukları için korunmaları ihtiyacı, özgecil hareket etme iradesinden yoksun olan bu kişilere vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanma imkanı verilmesini gerektirmez. Nitekim, vekaletsiz iş görme kurumunun temelinde bir kimsenin özgecil davranma iradesinin ödüllendirilmesi yatar. Ayırt etme gücünden yoksun kimsede bu tür bir irade bulunmadığından bu kimseye vekaletsiz iş görme kapısı kapalıdır.^[98]

Son olarak üzerinde durulması gereken mesele, “vekaletsiz iş görme bilincinin” vekaletsiz iş görmenin diğer türleri bakımından da aranması gerekip gerekmediğidir:

i. Caiz olmayan gerçek vekaletsiz iş görme: Bu halde iş gören vekaleti olmaksızın iş sahibinin menfaatine ve iş sahibine ait bir işi görmesine rağmen, ya işin gerekliliği konusunda yanılmış ya da iş sahibi işin görülmesini geçerli ve bilinebilir bir şekilde yasaklamıştır. Bu gibi hallerde iş görende vekaletsiz iş görme bilincinin aranması gerekmez. Zira öğretide kabul edildiği üzere bu gibi

[97] **Hagenbüchli**'ye göre, batıl veya iptal edilen sözleşmelere dayalı olarak gerçekleştirilen edimler bakımından vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanamaz. Ancak, belirleyici unsurun, iş görme dürtüsünün bir başkasından değil, bizzat iş görenden kaynaklanıp kaynaklanmadığı olduğunu düşünen yazar, bunun neticesi olarak, iş görenin yanılı ile kendisini yükümlü zannettiği hallerde vekaletsiz iş görmenin söz konusu olacağını savunmaktadır. **Hagenbüchli**, s. 50 vd. Oysa, amaçsal bir yorum yapıldığı takdirde kabul edilmesi gereken belirleyici unsur, iş görende özgecil davranma iradesi bulunup bulunmadığıdır. Bu çerçevede, yanılı ile hareket eden kişide de özgecil davranma iradesi bulunmadığından, bu kişi vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanamamalıdır.

[98] Kaldı ki, vekaletsiz iş görme dışında bir rejimin benimsenmesi, ayırt etme gücünden yoksun kişilerin korunmasız kalacağı anlamına gelmez. Örneğin, sebepsiz zenginleşme kapsamında saldo (hesap artığı) teorisinin uygulanmasını savunanlar dahi, ayırt etme gücünden yoksun kişiler bakımından bu kurala istisna getirilmesi ve ikili sebepsiz zenginleşme teorisinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedirler. Bkz. **Buz**, s. 632.

hallerde sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacaktır. Yani iş gören, vekaletsiz iş görme hükümlerinin bahsettiği korumadan zaten yararlanamayacaktır.

ii: İyiniyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme: Bu halde iş gören kendi işini gördüğü yanılışıyla hareket etmektedir. Gördüğü işin aslında başkasına ait olduğunu bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen iş gören işi kendi menfaatine görmekteyse de, bir başkasının menfaatini gasp etme amacı taşımamaktadır. Ancak iyiniyetli dahi olsa, başkasının işini görme iradesinden yoksun olan bu kişiden söz konusu işi vekaletsiz şekilde gördüğü bilincinde olmasını beklemek işin doğası gereği mümkün değildir. Zaten bu halde de vekaletsiz iş görme değil, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması kabul edilmektedir.

iii. Kötü niyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görme: İş görenin kötü niyetli olduğu, yani başkasının işini gördüğünü bilerek ve bu kişinin menfaatini gasp etmek amacıyla hareket ettiği durumlarda da vekaletsiz iş görme bilincinin özel olarak aranması söz konusu olmayacaktır. Zira vekaletsiz iş görme bilinci gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin doğal unsurlarından birisidir. Daha açık bir ifadeyle, bu kimsenin kötü niyetli olması, yapmış olduğu işin hukuka aykırılığını, yani “vekaletsiz” olarak görüldüğünü bildiği veya bilmek zorunda olduğu anlamına gelir.^[99] O halde, iş görenin vekaletsiz iş görme bilincinden yoksun olduğu hallerde kötü niyetli gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin şartları tanım itibarıyla gerçekleşmeyecektir.^[100] Ancak bu halde vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanmasının iş görenin menfaatine olacağı sanılmamalıdır. Zira, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin sonuçları kanunda özel olarak düzenlenmiş olup, bu halde iş gören, caiz gerçek vekaletsiz iş görmenin durumunda sunulan imkanlardan mahrum kalacaktır.

[99] **Huguenin**, N.2154; **Eren**, s. 751.

[100] İş görenin, hukuka aykırılığı bilmesi beklenen hallerde vekaletsiz iş görme bilincinin mevcudiyeti varsayılmış olacaktır.

KAYNAKÇA

Aeby, Kurt: Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach Schweizerischem Recht, A.-G. Gebr. Leemann & Co., Zürich 1928.

Arkan Akbıyık, Azra: Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, Alfa, İstanbul 1999.

Baş Süzel, Ece: Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme -Menfaat Devri Yaptırımını-, XII Levha, İstanbul 2015.

Bucher, Eugen: Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. erweiterte Auflage, Schulthess, Zürich 1988.

Buz, Vedat: Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt 1, XII Levha, İstanbul 2010, 611-662.

Chappuis, Christine: La restitution des profits illégitimes: Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1991.

Çağlayan Aksoy, Pınar: Sebepsiz Zenginleşme Hukukunda İade Talebinde Bulunulmasını Engelleyen TBK Madde 81 Hükmü Üzerine Bir İnceleme, Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi, C. 31, No. 4, 2015, 131-178.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara 2014.

Erkan, Vehbi Umut: Türk Medeni Kanunu'nda Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi (TMK m. 722-723-724), Yetkin, Ankara 2013.

Erkan, Vehbi Umut: Kendi Malzemesini Kullanarak Başkasının Arazisinde Haksız Yapı Meydana Getirilmesi Durumunda Malzeme Sahibinin Arazinin Mülkiyetinin Kendisine Verilmesi Talebi (TMK m. 724), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 63, S. 3, 2014, 449-478. (Erkan, TMK m. 724)

Gauch, Peter: OR Besonderer Teil, Schulthess, Zürich 1986.

Gautschi, Georg: Berner Kommentar, Bd. VI/2/5, Der Kreditbrief und der Kreditauftrag, der Mäklervertrag, der Agenturvertrag, die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 407-424 OR, Stämpfli, Bern 1964.

Guhl, Theo / Schnyder, Anton K: § 49. Der einfache Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, (yer aldığı eser: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, Guhl, Theo / Koller, Alfred/ Schnyder, Anton K. / Druey, Jean Nicolas), Schulthess, Zürich 2000.

Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt: 2, Vedat, İstanbul 2012.

*Vekaletsiz İş Görende
İşi Vekaletsiz Olarak Görme Bilinci Aranmalı Mıdır?*

Hatemi, Hüseyin: Türk Hukukunda “Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme” Kurumuna İlişkin Düşünceler, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 383-389.

Hofstetter, Josef: Schweizerisches Privatrecht, VII/6, Obligationenrecht, Besondere Vertragsverhältnisse, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Helbing & Lichtenhahn, Basel-Genf-München 2000.

Honsell, Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Stämpfli, Bern 2010.

Huguenin, Claire: Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, Schultess, Zürich 2014.

Huguenin, Claire / Cappuis, Christine: Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Claire Huguenin / Reto M. Hilty (ed.), Schultess, Zürich 2013. (Huguenin/Chappuis).

Huguenin, Claire / Jenny, Reto M.: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Claire Huguenin / Markus Müller-Chen / Daniel Girsberger (ed.), Schultess, Zürich-Basel-Genf 2012. (CHK- Huguenin/Jenny)

İnal, Emrehan: Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXX, S. 1, 2012, 245-276.

Kurtoğlu, Serda: Vekaleti Olmadan Başkası Hesabına Tasarruf Edenin Mesuliyeti ve B.K. nun 55 ve 100 ncü Maddeleri, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, 1957, 123-127.

Lischer, Urs: Die Geschäftsführung ohne Auftrag im schweizerischen Recht, Helbing & Lichtenhahn, Basel-Frankfurt am Main 1990.

Müller-Chen, Markus / Girsberger, Daniel / Furrer, Adreas: Obligationenrecht Besonderer Teil, Schultess, Zürich 2011.

Oser, Hugo / Schönenberger, Wilhelm: Kommentar zum Obligationenrecht, 3. Teil: Art. 419-529; Schultess, Zürich 1945.

Özdemir, H. Gökçe: Roma ve Türk Hukuklarında Vekaletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio), Seçkin, Ankara 2001.

Polydor-Werner, Susanne: Rückabwicklung und Aufrechthaltung fehlerhafter Dauerschuldverträge, Schultess, Zürich 1988.

Rudolph, Roger: OR Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, (Jolanta Kren Kostkiewicz / Urs Bertschinger / Peter Breitschmid / Ivo Schwander (ed.)), Orell Füssli, Zürich 2002.

Schaller, Jean-Marc: Kurzkommentar Obligationenrecht, Heinrich Honsell (ed.), Helbing Lichtenhahn, Basel 2014. (KUKO OR-Schaller)

Schmid, Jörg: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Bd. V/3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR, Schulthess, Zürich 1993. (ZK-Schmid)

Schmid, Jörg / Stöckli, Hubert: Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2010.

Simonius, Pascal / Sutter, Thomas: Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band I: Grundlagen, Grundbuch und Grundeigentum, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1995.

Suter, Richard: Echte und unechte Geschäftsführung ohne Auftrag nach schweizerischem Obligationenrecht, Stämpfli, Bern 1933.

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: 2, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1982. (Tandoğan, Borçlar Özel)

Tandoğan, Haluk: Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1957. (Tandoğan)

Tandoğan, Haluk: Vekaletsiz İş Görenin Ücret Talebi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1-2, 1955, s. 268-284. (Tandoğan, Ücret Talebi)

von Büren, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184-551), Schulthess, Zürich 1972.

Weber, Rolf H.: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, (Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand (ed.)), Helbing & Lichtenhahn, Basel 2015.

Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta, İstanbul 2014.

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan, Ankara 2014.

ANLAMLI YANIT ÜRETİLEMİYEN
İKİLEM:
REŞİT OLMAYANLA
CİNSEL İLİŞKİ SUÇU*

Dr. Recep DOĞAN**

Makalenin Geldiği Tarih: 11.07.2016 **Kabul Tarihi:** 17.02.2017

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** LL.M., PhD, Keele University, UK, Uppsala Üniversitesi Hugo Valentin Araştırma Merkezi Misafir Araştırmacı. (receptogan06@hotmail.com)

ÖZ

Bu makalede, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104'üncü maddesinde düzenlenen "reşit olmayanla cinsel ilişki" suçu, bu düzenlemenin Türk hukuk sistemine girdiği andan günümüze kadar geçirdiği aşamalar ve uygulamada yaşanan sorunlar dikkate alınarak tartışılacaktır. Suçun hukuki konusuna, faile, mağdura, suça konu teşkil eden "cinsel ilişki" deyimine ve şikâyet hakkına ilişkin ayrıntılı tartışmalara değinilecek, öğretide yer alan görüşlere yer verilecektir. Karşılaştırmalı hukuktan örnekler verilerek, suçun düzenleme biçiminden kaynaklanan sorunların çözümüne ilişkin öneri ve yorumlarda bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Reşit olmayanla cinsel ilişki, cinsel suçlar, çocukların cinsel istismarı, fail, mağdur ve şikâyet hakkı.

AN UNSOLVED DILEMMA:
THE CRIME OF HAVING CONSENSUAL
SEXUAL RELATIONS WITH A MINOR

ABSTRACT

This paper discusses the crime of having consensual sexual relations with a minor set out in section 104 of the Turkish Penal Code 5237. Since this section came into force in 2005, it has been a topic of heated debates for many reasons due to an ambiguous terminology and language used in the section. For instance, a definition of "sexual" relations or activities is not set out in the section, and it is uncertain whether the crime has been committed in cases where there is a mutually agreed sexual activity between children who are over 15 but not reached the age of 18 which is the age of legal maturity. Such ambiguities also caused hesitation over the primary intention of lawmakers concerning whether they recognize sexual autonomy of those children who are over 15 but not reached the age of legal maturity. So, this article discusses the crime of having consensual sexual relations with a minor and argues that the issue of having consensual sexual relations with a minor will remain an unsolved dilemma.

Keywords: Sexual relations with a minor, sexual offences, child sexual exploitation, perpetrator, victim and the prosecution of the offence.

GİRİŞ

Cinsellik beşeri ve tabii bir olgu olup cinselliğin tezahürüne veya yansımalarına ilişkin eylemlerin hangi dereceye kadar kişisel özgürlüklerin sınırları içinde kalıp kabul ve koruma göreceği, hangi aşamada ise korumadan mahrum bırakılacağı tüm hukuk düzenlerinde tartışma konusudur. Tüm canlılarda doğal olarak bulunan cinsellik, doğada doğanın kendi kanunlarına tabi iken, toplumsal varlık olan insanın cinselliğinin veya cinsel içerikli davranışlarının toplumsal kurallar ile düzenlenmesi zorunludur. Bu nedenle beşeri cinselliğe ilgisiz kalan bir topluma rastlanmamıştır.^[1]

765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nda beşeri cinselliği ihlal eden davranışlar "Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler" başlığı altında düzenlenmiştir. Dolayısıyla, beşeri cinselliğe karşı davranışlar, ne kişiye karşı davranışlar, ne de ahlaka karşı davranışlar olarak görülmüş, kanun koyucu, cinsel davranışların bireysel niteliğinden çok toplumsal niteliğine bakarak, bu davranışları "edep" denen toplumsal değerle ilişkilendirerek "Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar" başlığı altında kendine özgü bir suç kategorisi olarak düzenlemiştir.^[2] 5237 sayılı TCK ise beşeri cinselliğin bireysel ve toplumsal yansımalarını ayırt etme gereksinimi duymuş ve bunları farklı biçimlerde düzenlemiştir. Buna göre 5237 sayılı TCK, beşeri cinselliğin hukuka aykırı bireysel tezahürlerini "kişilere karşı suçlar" (m.81-169) kısmında "cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" (m.102-105) başlığı altında düzenlemiş, beşeri cinselliğin hukuka aykırı toplumsal tezahürlerini ise "topluma karşı suçlar" (m.170-247) kısmında ve "genel ahlaka karşı suçlar" (m.225-227) başlığı altında düzenlemiştir. Bu tercihin sonucunda, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunulması hususu Türk Ceza Kanunu'nun 104'üncü maddesinde "reşit olmayanla cinsel ilişki" başlığı altında düzenlenerek, reşit olmayanla cinsel ilişki olgusuna bireysel ve kişisel bir hüviyet tanınmak istenmiş ve bu olgu toplumsal boyutundan arındırılmaya çalışılmıştır.

Bir cümlelik madde gerekçesinden anlaşılacakla birlikte, çocukların reşit olmadan da cinsel ilişki de dâhil olmak üzere cinsel içerikli eylemlerde bulunabilecekleri, bu eylemlerin hukuki ve sosyal sonuçlarını idrak edebilecekleri, bunun toplumsal bir olgu ve gerçeklik olduğu belirtilmek istenmiştir. Nitekim bu toplumsal gerçeklik, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun evlenme yaşına ilişkin 124'üncü maddesinde daha önceden dikkate alınmış olup on yedi yaşını

[1] HAFIZOĞULLARI Zeki, "Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu", *Türk Hukuk Kurumu 71. Yıl Kuruluş Armağanı*, 2005, ss.1-8, s.1.

[2] HAFIZOĞULLARI, 2005, s.2; DURSUN Selman, "Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış", *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı 24, Nisan 2014, ss. 57-73, s.58.

bitirmiş erkek ve kadının kanuni temsilcisinin izni ile evlenmesine imkân tanınmış, hatta olağanüstü durumlarda hâkimin izni ile on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesi mümkün kılınmıştır.

Gerçekten de küresel ölçekte yapılan araştırmaların verilerine göre, çocuklar daha 16 yaşına girmeden ilk cinsel deneyimlerini yaşayabilmekte, cinsel açıdan aktif olabilmekte ve rızaları ile cinsel ilişkiye girebilmektedirler. Örneğin, küresel ölçekte yapılan 1999 tarihli “Durex Cinsellik Anketi”ne göre, Birleşik Krallık (United Kingdom) nezdinde ilk cinsel deneyim yaşı ortalama olarak 15,3’tür. Bu verilere göre, Birleşik Krallık’ta çocuklar ilk cinsel deneyimlerini Amerika ve Kanada’da yaşayan çocuklardan biraz daha geç, Avrupa’da yaşayan çocuklardan ise biraz daha erken bir tarihte yaşamaktadırlar. Küresel verilere göre, ilk cinsel deneyimin yaşandığı yaş ise ortalama olarak 15,9’dur.^[3]

Türkiye’de de durum bundan farklı değildir. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından yapılan “Türkiye’de Evlilik Tercihleri”^[4], araştırması ile Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü (HÜNEE) tarafından yapılan “Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması 2013”^[5] verilerine göre, Türkiye’de kadınlar arasında evlenme yaygınlığının zaman içinde gösterdiği değişime bakıldığında, 1978 yılında 15-19 yaş grubundaki kadınların yaklaşık beşte biri (%22,2) evlenmiş iken, bu oran 2013’de %7,2’ye düşmüştür.^[6] Yine, 2013 yılı içinde yasal merciler önünde evlenen kadınların yaklaşık beşte birini (%20,5) 16-19 yaş grubundaki kadınlar oluştururken, 2013 yılında evlenen erkeklerin ise %2,3’ü 16-19 yaş grubundadır.^[7]

Çocukların reşit olmadan da cinsel ilişkiye girebilecekleri, belli hallerde çocuklara cinsellik konusunda kararlar alma ve tercih yapma özerkliği tanınması gerektiği, bir başka deyişle reşit olmayan çocukların cinsel ilişkide bulunması halinde bu ilişkinin bazı durumlarda hukuka uygun kabul edilmesi gerektiği, uluslararası düzenlemelerce de kabul gören bir olgudur. Nitekim Anayasanın 90’ıncı maddesi hükmü gereğince, artık iç hukuk kuralı haline dönüşen Çocuk

[3] SETTING THE BOUNDARIES: Reforming the law on sex offences, vol.1, July 2000, Home Office: UK, para, 3.2.10, s.36. <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.homeoffice.gov.uk/documents/vol1main.pdf?view=Binary>

[4] ASPB (Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı) Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü, *Türkiye’de Evlilik Tercihleri*, Nisan 2015.

[5] HÜNEE (Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü), *Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması 2013*, Ankara: Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, T.C. Kalkınma Bakanlığı, TÜBİTAK, 2014.

[6] ASPB, 2015, s.15.

[7] ASPB, 2015, s.16.

Haklarına Dair Sözleşme'nin,^[8] 34'üncü maddesi ile hukuka uygun olan ve olmayan cinsel aktiviteler veya eylemler ayrımı yapılarak, cinsel ilişkiye rıza yaşı konusunda asgari bir yaş sınırı getirilmemiştir. Sözleşmeyi kaleme alanlar, 18 yaşından küçüklerin cinsel hayatının tamamıyla düzenlenmesi ve sınırlanmasının amaçlanmadığını, sadece çocukların cinsel istismara karşı korunmasının amaçlandığını, aynı Sözleşmenin 12'nci maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, kendi görüşlerini serbestçe oluşturma yeteneğine ve olgunluğuna sahip olan çocukların cinsel ilişkiye rıza konusunda sınırlı bir otonomi ve özerkliğe sahip olabileceğini belirtmişlerdir.^[9]

Bu düşüncelerin etkisiyle olsa gerek, 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104'üncü maddesinin ilk halinde "Reşit olmayanla cinsel ilişki" başlığı altında yeni bir suç türü yaratılarak şu hükme yer verilmiştir:

"(1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.^[10]

(2) Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikâyet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır."^[11]

Söz konusu hüküm ile kanun koyucu, reşit olmayan çocukların karşılıklı rızaya dayalı olarak cinsel ilişkide bulunmaları fiilini, görünüşte yasaklamış ve takibini şikâyete bağlamış gözükmese de, bu fiilin takibini imkânsız kılarak, aslında bu fiili suç saymamıştır. Bu demektir ki, on beş yaşını bitirmiş çocukların, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, yani isteyerek sevişmeleri, karşılıklı birbirlerini şikâyet etmedikleri sürece, hukuk düzenimizde artık serbest kılınmıştır. Kanun, sadece, reşit olan bir kimsenin, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, henüz reşit olmamış

[8] Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, 4058 sayılı kanun ile onaylanarak 11 Aralık 1994 gün ve 22138 sayılı Resmi Gazete' de yayınlanmıştır.

[9] IMPLEMENTATION HANDBOOK FOR THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD, Fully Revised Third Edition, Prepared by Rachel Hodgkin & Peter Newell for UNICEF, Geneva: Switzerland, 2007, s.523. (UNICEF, *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı*, Hazırlayanlar, Rachel Hodgkin ve Peter Newell, Cenevre: İsviçre, 2007, s.523) http://www.unicef.org/publications/files/Implementation_Handbook_for_the_Convention_on_the_Rights_of_the_Child.pdf

[10] 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanununun 60'ıncı maddesiyle bu fıkrada yer alan "altı aydan iki yıla kadar" ibaresi "iki yıldan beş yıla kadar" şeklinde değiştirilmiştir.

[11] Bu fıkra Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 tarih ve 2005/103 E, 2005/89 K sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

bir kimse ile cinsel ilişkide bulunması fiilini gerçekte suç saymış ve bu suçun resen takibini öngörmüştür.^[12]

Ancak söz konusu maddenin düzenlendiği andan günümüze kadar geçirdiği sürece bakıldığında, kanun koyucunun 5237 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce mevcut olan suç kategorilerine ve ceza hukukunun yerleşik usul ve kaidelerine itibar etmeksizin, toplumsal bir gerçekliğe hukuki gerçeklik ve geçerlilik kazandırmak amacıyla yarattığı bu yeni suç tipinin uygulamada pek çok sorunu beraberinde getirdiği görülmektedir. Kanun koyucunun özensizliğinden kaynaklanan bu sorunlar ayrıca, çocukların cinsel ilişkiye rıza konusunda sınırlı bir otonomi ve özerkliğe sahip olabilecekleri olgusunun kanun koyucu tarafından gerçekten kabul edilip edilmediği tartışmalarının ortaya çıkmasına ve kanun koyucunun gerçek niyetinin sorgulanmasına da yol açmıştır. Nitekim 5237 sayılı TCK'nun 104' üncü maddesi, iki kez yerel mahkemelerce yapılan doğrudan itirazlar sonucunda Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiş,^[13] iki kez de konu, TCK'nun 103'üncü maddesi kapsamında yapılan itiraz başvurularında Anayasa Mahkemesi tarafından dolaylı olarak tartışılmıştır.^[14] Dolayısıyla bu makalede, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104'üncü maddesinde düzenlenen "reşit olmayanla cinsel ilişki" suçu, bu düzenlemenin Türk hukuk sistemine girdiği andan günümüze kadar geçirdiği aşamalar ve uygulamada yaşanan sorunlar dikkate alınarak tartışılacaktır. Suçun hukuki konusuna, faile, mağdura, suça konu teşkil eden "cinsel ilişki" deyimine ve şikâyet hakkına ilişkin ayrıntılı tartışmalara değinilecek, öğretide yer alan görüşlere yer verilecektir. Karşılaştırmalı hukuktan örnekler verilerek suçun düzenleme biçiminden kaynaklanan sorunların çözümüne ilişkin öneri ve yorumlarda bulunulacaktır.

SUÇUN HUKUKİ KONUSU

5237 sayılı TCK'da, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunulması hususu, kanunun 104'üncü maddesinde "kişilere karşı suçlar" kısmında "cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu tercihin sonucunda, reşit olmayanla cinsel ilişki

[12] HAFIZOĞULLARI, 2005, ss.7-8.

[13] Anayasa Mahkemesi'nin 25.02. 2006 tarih ve 26091 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan 23.11.2005 tarihli, 2005/103 E, 2005/89 K sayılı kararı ve 2.6.2009 tarih ve 27246 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan 26.02.2009 tarihli ve 2006/17 E, 2009/33 K sayılı kararı.

[14] Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.2015 tarih ve 29559 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan 12.11.2015 tarih ve 2015/26 E, 2015/100 K sayılı kararı, Anayasa Mahkemesi'nin 13.07.2016 tarih ve 29769 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 26.5.2016 tarih ve 2015/108 E, 2016/46 K sayılı kararı.

olgusuna bireysel ve kişisel bir hüviyet tanınmak istenmiş ve bu olgu toplumsal boyutundan arındırılmaya çalışılmıştır.^[15]

Ancak kanunun gerekçesinden, kanun koyucunun korumak istediği hukuksal değeri veya suçun hukuki konusunu tam olarak tespit etmek mümkün değildir. Amacını bilmediğimiz kanun koyucu, evlilik öncesi cinsel deneyim yaşayan çocukların, cinsel özgürlük ve özerkliklerini koruyarak, ceza kovuşturması tehdidi olmaksızın evlenmelerinin önünü mü açmak istemektedir? Yoksa kanun koyucu anlık heyecanlara veya maceralara kalkışarak cinsel ilişkiye giren çocukları, henüz yeterli olgunluğa erişmeden deneyimleyecekleri cinsel ilişkilerde yaşanabilecek istismara karşı koruyarak, evliliğe yanaşmayan taraflardan birini ceza kovuşturması tehdidiyle evliliğe mi zorlamaktadır? Veyahut 15 yaşını bitirmiş çocuklarla cinsel ilişkiye girecek kimselere, çocuğun daha sonradan kararından vazgeçebileceğini ve bir daha düşünmeleri gerektiğini hatırlatmak mı istemektedir?

Kanımızca kanun metninin ilk hali birinci ve ikinci fıkrası ile beraber ele alındığında, suçun hukuki konusunun ya da korunan hukuksal değerlerin 15 yaşını bitirmiş çocuğun cinsel dokunulmazlığı^[16] ya da daha doğru bir tespitle kısmi cinsel özerkliği veya özgürlüğü olduğu söylenebilir. Ancak çocuğun rızasına hukuki geçerlik tanıyıp bunun hukuki koruma göreceğini kabul ettikten sonra, genel manada hukuka aykırılığı ortadan kaldıran mağdurun rızasına rağmen, aynı mağdurun şikâyeti ile eylemi cezalandırmak bir çelişki olarak gözükmektedir. TCK'da buna benzer başka bir düzenleme bulunmamaktadır.^[17]

Bu çelişkiye ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesinin ilk kararlarında, 15 yaşını doldurmuş çocukların kişilikleri ve sorumluluk duyguları henüz yeterince gelişmediğinden, başkalarıyla cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince kavrayamayabileceklerine vurgu yaptığı görülmektedir. Bu açıdan bakıldığında, Anayasa Mahkemesine göre, kanun koyucunun koruduğu hukuksal değer, bu yaş grubundaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarıdır.^[18] Bu nedenle, 15 yaşından büyük çocuğun cebir tehdit veya hile olmaksızın tarafı bulunduğu

[15] HAFIZOĞULLARI, 2005, s.2.

[16] AKSAKAL Enver, "Reşit olmayan ile cinsel ilişki suçu", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 88, Sayı 2014/2, 2014, ss. 257-275, s. 258.

[17] BEYAZIT Özgür, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* (TAAD), Nisan 2010, Sayı:1, 2010, ss.293-309, s.295; TANER, Fahri Gökçen, "6545 Sayılı Kanunla Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme", *Güncel Hukuk*, Ağustos 2014, 2014, ss.60-63, s.62.

[18] Anayasa Mahkemesinin 2.6.2009 tarih ve 27246 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 26.02.2009 gün, 2006/17 E, 2009/33 K sayılı kararı.

cinsel ilişkiden pişmanlık duyup cinsel ilişkinin diğer tarafı hakkında şikâyetle bulunması mümkündür. Dolayısıyla, 15 yaşından büyük çocukların cinsel ilişkiye rızasını TCK'nun 26/2'nci maddesinde düzenlenen ve hukuka uygunluk nedeni sayılan "rıza" kapsamında değerlendirmemek gerekir. Yüksek Mahkemeye göre, bu madde kapsamında "rıza" bizatihi suçun unsuru olup hukuka uygunluk sebebi değildir. Anayasa Mahkemesi, kanımızca, bu yorumuyla, mağdurun gösterdiği rızanın hukuka uygunluk nedeni sayılmayacağını fail tarafından bilinmesi gerektiğini, mağdurun şikâyet hakkını kullanarak faili ceza tehdidi ile baş başa bırakabileceğini, bunun da keyfi ya da eşitlik ilkesine aykırı olmayacağını belirtmeye çalışmaktadır.^[19]

Ancak bu karardan yaklaşık 6 yıl sonra, çocuğun cinsel istismarının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi halinde verilecek cezanın alt sınırını 8 yıldan 16 yıla çıkaran 5237 sayılı kanunun 6545 sayılı kanunun 59'uncu maddesiyle değişik 103/2' nci maddesinin iptaline ilişkin kararında^[20] Anayasa Mahkemesi korunan hukuksal değer hakkında farklı görüşler ileri sürmüştür. Bu bağlamda, kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi, "reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu", 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nun 423'üncü maddesinde yer alan "evlenme vaadiyle kızlık bozma suçunun" alternatif veya karşılığı olarak yorumlamaya başlamıştır.^[21]

Nitekim Anayasa Mahkemesi, bu kararında TCK'nun 103/2'nci maddesindeki alt sınırını 8 yıldan 16 yıla çıkarılmasının adalet ve hakkaniyet ilkeleri ile suç ve cezaların orantılılığı ilkeleriyle bağdaşmadığı, kırsal kesimlerde küçük yaşta evlendirmelerin yaygın olduğu, şehirlerde ise yaşı küçük çocukların cinsel birlikteliklerinin yaygın olduğu, çocuk sanıkların yaşı küçük çocuklarla cinsel ilişkinin ağır yaptırımını bilmediği, bu konuda bilinçlendirmeye yönelik çalışmaların olmadığı, çocukların yüksek cezalarla karşı karşıya kalmasının vicdanları zedelediği ve eşitsizliğe yol açtığı, bu nedenle Anayasa'nın 2. ve 10.

[19] Anayasa Mahkemesinin 2.6.2009 tarih ve 27246 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 26.02.2009 gün, 2006/17 E, 2009/33 K sayılı kararı.

[20] Anayasa Mahkemesinin 11.12.2015 tarih ve 29559 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 12.11.2015 tarih, 2015/26 E, 2015/100 K sayılı kararı.

[21] 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nun 423'üncü maddesinde "*Her kim on beş yaşını dolduran bir kıza alacağı diye kandırıp kızlığını bozarsa altı aydan iki seneye kadar hapsolünür.*" şeklinde bir hüküm mevcuttu. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise şöyleydi: "*Evlenme vuku halinde dava ve ceza tecil olunur. Şu kadar ki beş sene içinde koca aleyhine boşanmaya hükümlünürse hukuku amme davası avdet eder ve evvelce ceza hükümlünmüşsa çektilir.*"

maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan itiraz başvurusunu oy çokluğu ile kabul etmiştir.^[22]

Daha önceden 104'üncü maddenin çocukların cinsel dokunulmazlıklarını korumak ve çocukları cinsel istismara karşı savunmak amacıyla Türk Ceza Kanunu'na konduğu fikrini benimseyen Anayasa Mahkemesi, oy çokluğu ile alınan bu kararında, evlenmeye ve aile hayatına ilişkin muhafazakâr değerleri, çocukların cinsel istismara karşı korunması ve zaman içinde gelişen beşeri cinselliklerine kısmen özerklik tanınması ilkelerine üstün tutmuştur. Dolayısıyla, kanun koyucunun korumayı hedeflediği hukuksal değer konusunda yaşanan belirsizlik Anayasa Mahkemesine de yansımış olup çocuklara cinsel özerkliğin veya hareket serbestisinin gerçekten de tanınıp tanınmayacağı, tanınacak ise hangi eylemler için tanınacağı ve bu serbestliğin evlenme öncesi yaşanan ya da evlilik ile sonuçlanan cinsel ilişkiler ile sınırlı olması gerekip gerekmediği konusunda belirsizlik ve ikilem halen varlığını sürdürmektedir.

MADDİ UNSUR

Suç ile korunan hukuksal değerın tespitinde yaşanan belirsizlik, suçun kanuni tanımında yer alan fiilin ya da maddi unsurun yorumunda da yaşanmaktadır. Suçun kanuni tanımının esasını “cinsel ilişki” deyimini oluşturmaktadır. O halde cinsel ilişki deyiminden ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması gerekir. Bir görüşe göre, kanun koyucu “cinsel saldırı” ve “çocukların cinsel istismarı” suçlarında, suçun maddi unsurlarını oluşturan cinsel haz amaçlı davranışları kapsamlı bir şekilde açıklamış iken; “reşit olmayanla cinsel ilişki suçu”nda suçun maddi unsurunun “cinsel ilişkide bulunmak” tan ibaret olduğunu belirtmek ile

[22] Anayasa Mahkemesi 12.11.2015 tarih 2015/26 E, 2015/100 K sayılı iptal kararında şu gerekçelere yer vermiştir:

Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesinin ağır bir yaptırıma bağlanmasının çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirilmeye yönelik olduğunda şüphe yoktur. Ancak, mahkemeye olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmesi; *fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlendiği veya failin de küçük olduğu ya da fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi gibi her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânını ortadan kaldırmakta* ve bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip bulunmaktadır. *Bu nedenle kuralda belirlenen ceza miktarının, bu ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde olduğu söylenemez.* Kural bu haliyle ölçüsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır.”

yetinmiştir. Dolayısıyla cinsel ilişki deyimini dar yorumlanmalıdır.^[23] Bu görüşe göre cinsel ilişki, erkeğin cinsel organının bir kadının vajinasına veya başka bir erkeğin anüsüne duhulünü ifade eder. Dolayısıyla cinsel ilişkinin mevcut sayılabilmesi için taraflardan birisi mutlaka erkek olmalıdır.^[24] Oral seks, anüs ya da vajinaya penis haricinde sair organ veya cisim sokma ve cinsel ilişki düzeyine varmamış cinsel yakınlaşmalar bu suçun fiilini oluşturmazlar.^[25] Bu bağlamda, kanun koyucu eğer vücuda penis dışında organ veya sair cisim sokulmasını 104'üncü madde kapsamında değerlendirmek isteseydi, bu hususları da 102/2'nci ve 103/2'nci maddesinde olduğu gibi madde metnine dâhil ederdi.

Diğer bir görüşe göre ise, kanun 15 yaşını bitirmiş çocuğun cinsel dokunulmazlığını korumak istediğine göre, cinsel dokunulmazlığın, sadece erkeğin cinsel organının bir kadının vajinasına veya başka bir erkeğin anüsüne duhulü ile ihlal edileceğini düşünmek isabetli olmaz. Vücut boşluklarına sair cisim veya organ sokulması da cinsel dokunulmazlığı ihlal eder. Nitekim Malkoç'a göre, 104'üncü maddede düzenlenen suçun 102/2'nci maddede düzenlenen cinsel saldırı suçundan tek farkı, eylemin rıza ile gerçekleşmesidir. Eylemin cinsel organla yapılanı suç sayılırken, cinsel organdan daha fazla zarar vereceği bilinen sair cismin vücuda sokulmasının suç sayılmaması kanunun sistematığına uygun düşmez.^[26] Aynı şekilde oral seksin de cinsel dokunulmazlığı ihlal ettiği söylenebilir.^[27]

Kanımızca madde metnindeki "cinsel ilişki" deyiminin, kanunilik ilkesinden ve kıyas yasağından hareketle, erkek ve kadının tenasül organlarının birleşmesine dayandırılması dayanaksızdır. Öncelikle, kıyas yasağını ve kanuni ilkesini öne sürenler de kıyas yapmakta, cinsel ilişki deyimini 765 sayılı kanunun sistematığı ile karşılaştırma yaparak yorumlamaktadırlar. Bununla beraber, 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunundan ayrı olarak, kanun koyucu 5237 sayılı TCK'nun 102 ve 103'üncü maddelerinde farklı bir terminoloji kullanarak, "cinsel saldırı" ve "cinsel istismar" deyimlerine yer verirken, çocukların cinsel istismarı veya cinsel saldırı suçlarının basit halinin gerçekleşmesi için erkeklik organının varlığını şart koşmamıştır. Fiilin organ veya sair cisim sokulmak suretiyle işlenmesi halini

[23] ŞEN ERSAN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt I, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006, s. 405.

[24] ARTUÇ MUSTAFA, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008, s. 699.

[25] TEZCAN DURMUŞ / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat, *Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Genişletilmiş Ve Güncellenmiş 8.Baskı*, 2012, s.345-346.

[26] MALKOÇ İSMAİL, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara: Malkoç Kitabevi, 2008, s. 943.

[27] ÖZBEK VELİ ÖZER, KANBUR MEHMET NİHAT, DOĞAN KORAY, BACAKSIZ PINAR, TEPE İLKER, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2010, s.394.

hem cinsel saldırı suçu için (m.102/2) hem de çocukların cinsel istismarı suçu için (m.103/2) ağırlaştırıcı sebep olarak öngörmüştür. Kanımızca, kanunun 102/2'nci ve 103/2'nci maddelerinde düzenlenen suç tiplerinin bağımsız birer suç olarak değil, temel suçun ağırlaştırılmış halleri olarak kabulü gerekir. Yine, kanunilik ilkesinden hareketle, cinsel ilişki deyiminin oral yoldan meydana gelen ilişkileri ve lezbiyen ilişkileri kapsamayacağı düşüncesi de dayanaksızdır. Nitekim öğretide bu görüşleri savunanlar, “cinsel ilişki” deyiminin neden sadece erkekler arasında meydana gelen homoseksüel ilişkiyi kapsadığı, “lezbiyen” ilişki türünü ise kapsamadığı iddiasına açıklık getirememektedirler. Bu açıdan konuya yaklaşılacak ise, cinsel ilişki erkek ve kadının cinsel organının birleşmesini gerektiriyorsa, anatomik olarak cinsel işlevi bulunmayan, ancak farklı cinsel tercihler ve hazlar sebebiyle cinsel amaçla kullanılan anüs yolu ile yapılan ilişkinin de “cinsel ilişki” sayılmaması gerekir. Bu tür yorumlar, 765 sayılı TCK sistematigi dâhilinde yapılan ve cinsel ilişkiyi eril düşünce kalıpları ile anlamlandıran ve açıklayan yorumlardır. Çünkü 765 sayılı TCK döneminde, ırza geçme suçunun sadece erkekler tarafından işlenebileceği, dolayısıyla reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun 765 sayılı TCK'da karşılığı olan, 416'ncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen failin de yalnızca erkek olabileceği kabul edilmekte idi.^[28] Eril düşünce kalıplarının etkisinin açıkça görüldüğü bu algılama biçiminde, cinsel ilişkinin esaslı unsuru erkeklik organıdır. Erkeklik organı olmadan yapılamayacağı düşünülen bu eylem için, mutlaka bu organa atıf gerekir. Dolayısıyla, erkeğin gücünün tatbiki veya erkeğin gövde gösterisi olarak nitelenen cinsel ilişkide, hiyerarşik olarak bir astlık-üstlük ilişkisinin kurulması, taraflardan birinin yapan-yapılan veya beceren-beceriilen statüsüne sokulması kaçınılmazdır. Aynı durum homoseksüel ilişkinin tasvirinde de söz konusudur. Oysa homoseksüel ilişkide tarafların ikisi de aktif-pasif konumunda olmasına rağmen, eril dil, taraflardan birini kadın konumuna ve kadının ikincil konumuna indirgeme çabasından uzak durmaz.

Aslında tüm bu tartışmalar, kanun koyucunun gerekçede madde ile korumak istediği hukuksal değeri açıklığa kavuşturmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Kanımızca, kanun metninin ilk hali birinci ve ikinci fıkrası ile beraber ele alındığında, daha önce belirtildiği üzere, kanun koyucunun çocukları henüz yeterli olgunluğa erişmeden deneyimleyecekleri cinsel ilişkilerde yaşanabilecek istismara karşı korumak istediğini düşünmek doğru bir yaklaşım olacaktır. Bu nedenle, erkek ve kadın arasında gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, vücutların herhangi bir şekilde cinsel haz amacıyla bir araya gelmesini sağlayan her türlü yakın temas “cinsel ilişki” bağlamında değerlendirilmelidir. Ancak

[28] ÖZBEK/KANBUR/vd., a.g.e. 2010, s.389.

ilişkiye esas teşkil eden eylemler gerek içeriği gerekse sıklığı ve yoğunluğu açısından süreklilik arz edip sarkıntılık boyutunu geçmeli, süreklilik arz eden ve cinsel haz amacıyla yapılan bu eylemler öpme, okşama, sürtünme kavramlarının ötesinde bir içeriğe sahip olmalı ve fakat cinsel doyuma ulaşma suçun gerçekleşmesi için koşul olmamalıdır. Ancak, bu yorumun kabul edilmesi halinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, diğer yazarların belirttiğinin aksine^[29] sırf hareket suçu olmaktan öte bir kimliğe de bürünmektedir. Bu durumda suça teşebbüs edilip edilemeyeceği tartışmalı hale gelmektedir.

TCK'nun 35/1'nci maddesi gereğince, fail işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış, ancak elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamışsa teşebbüsün gerçekleştiğinin kabulü gerekir. TCK kapsamında cinsel ilişkiye yönelik hareketlerin ne olacağı kanunda sayılmamakla birlikte, yukarda açıklandığı üzere kanunilik ilkesinden ve kıyas yasağından hareketle cinsel ilişki deyiminden erkek ve kadının tenasül organlarının birleşmesi anlaşılmaktadır. Bu durumda da reşit olmayanla cinsel ilişki suçu sırf hareket suçu olarak ortaya çıkmakta, cinsel ilişkinin gerçekleşmesi için gerekli görülen duhul ile suç tamamlanmakta, hareketin gerçekleşmesi ile suçun tamamlanması aynı zamana denk gelmektedir.

Dolayısıyla cinsel ilişki deyiminin eril düşünce kalıpları ve 765 sayılı TCK sistematığına ve suç tasniflerine göre tanımlanması halinde, anal ve vajinal ilişkiler açısından anüs veya vajina halkasına duhul gerçekleşmeden, organın yerleştirilmesi ile yetinilmesi halinde filin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmektedir. Bu nedenle, duhul öncesi öpüşme, dokunma, sürtünme gibi davranışların hazırlık hareketi niteliğinde olduğu, başka bir suça vücut vermediği sürece bu hazırlık hareketlerinin cezalandırılmayacağı belirtilmektedir.^[30] Bu durumda reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna teşebbüs, teorik olarak mümkün olmakla birlikte bu hususun ispatı oldukça güç bir hal almaktadır.

Önerdiğimiz cinsel ilişki tanımının kabulü halinde ise sarkıntılık boyutunu geçen süreklilik arz eden ve cinsel haz amacıyla yapılan öpme, okşama, sürtünme hareketlerinin bütünü hazırlık hareketi olarak değil suçun maddi unsuru olarak yorumlandığından ve bu hareketler ile suç tamamlandığından, bu suça teşebbüs edilmesi mümkün olmayacaktır. Görüldüğü üzere kanun koyucunun “cinsel ilişki” deyimini, farklı cinsel tercihleri göz önünde bulundurarak yeniden açık

[29] KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2009, s.157

[30] KÖKSAL Atacan, “Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu”, *Prof. Nevzat Toroslu'ya Armağan*, Cilt II. Ankara Üniversitesi Yayınları No:459, 2015, ss. 687-727, ss.709-710.

bir şekilde tanımlaması gerekmekte olup bunun yapılmaması halinde teşebbüs gibi suçun farklı tezahürleri konusunda da tartışma devam edecektir.

MAĞDUR

Her suçta olduğu gibi, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru da suçun hukuki konusundan hareketle belirlenir. Ceza normu tarafından korunan varlık ya da menfaatler suçun hukuki konusunu oluşturduğundan, suçun mağduru ya da pasif süjesi de ceza normu tarafından korunan ve suç fiili ile ihlal olunan varlık ya da menfaatin hamilidir.^[31] Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, kanunun koruduğu hukuki değer veya menfaatin ne olduğu konusunda yukarda açıklandığı üzere tereddüt ve belirsizlik yaşandığından, bu tereddüdün suçun mağdurunun tespitinde de sorunlara neden olması kaçınılmazdır. Bu bağlamda, ilk sorun, genel manada hukuka aykırılığı ortadan kaldıran mağdurun rızasına rağmen, aynı mağdurun şikâyeti ile reşit olmayanla cinsel ilişkinin cezalandırılmasında yaşanan ve çelişki olarak gözükken husustur.

Ancak bu çelişkiye, mağdur kavramının anlamının dışında ve yanlış olarak kullanılması neden olmaktadır. Çünkü ilgilinin rızası ya da hak sahibinin rızası olarak anlaşılması gereken hukuka uygunluk nedeni için “mağdurun rızası” ifadesi de yaygın olarak kullanılmaktadır. Oysa ilgilinin ya da hak sahibinin rızası ile oluşan hukuka uygunluk nedenleri söz konusu olduğunda, cezai sonuçlar doğuracak ihlal edici herhangi bir fiil ve dolayısıyla bir suç söz konusu olamayacağından, “suç mağdurundan” da bahsedilemeyecektir. İlgilinin rızası olarak ifade edilen hukuka uygunluk nedeni ya da diğer hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmadığı durumlarda ise suç mağdurundan bahsedileceği açıktır.^[32]

Nitekim Anayasa Mahkemesi de yukarda açıklandığı üzere, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, 15 yaşını bitirmiş çocuğun rızasını TCK’nun 26/2’nci maddesinde düzenlenen ve hukuka uygunluk nedeni sayılan “rıza” kapsamında değerlendirmemektedir. Bu madde kapsamında “rıza” bizatihi suçun unsuru olup hukuka uygunluk sebebi değildir. Dolayısıyla 15 yaşını bitirmiş çocuğun gösterdiği rızanın hukuka uygunluk nedeni sayılmayacağı ve mağdurun şikâyet hakkını kullanarak faili ceza tehdidi ile baş başa bırakabileceğinin fail tarafından bilinmesi gerekmektedir.

[31] KATOĞLU Tuğrul, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61 (2), 2012, ss.657-693, ss.660-661.

[32] KATOĞLU, 2012, s.661.

Mağdurun ve suçun hukuki konusunun sağlıklı bir biçimde tespit edilememesinden kaynaklanan bir başka sorun, şikâyet hakkının kime ait olduğunun tespitinde yaşanmakta olup bu konuya ayrıntılı olarak aşağıda değinilecektir.

Son olarak, failin yanı sıra mağdur da kanuni tipikliğin ve suçun maddi unsurlarının bir alt unsuru olarak kabul edilebildiğinden,^[33] suçun tüm unsurlarıyla sağlıklı bir şekilde tespit edilebilmesi için mağdurun belirlenmesinde tereddüt yaşanmaması gerekir. Çünkü bir suçun faili aynı zamanda o suçun mağduru olamaz.^[34] Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, mağdur ve mağdurun özel nitelikleri suçun özel kurucu unsurunu teşkil etmektedir. Bilindiği üzere, bazı özel niteliklere sahip mağdurların suçun tanımına esas alındığı durumlarda, mağdurun bu özelliklerinin suçun özel kurucu unsurları içinde bulunduğu kabul edilir. Korunan varlık ya da menfaatin, mağdurun doğal ya da hukuksal özelliklerine göre belirlendiği hallerde, suçun bu özelliklere sahip bir kimseye karşı işlenmesi zorunludur. Fiilin bu özelliklere sahip olmayan bir kişiye karşı gerçekleştirilmesi durumunda suçun işlendiğinden bahsedilemeyecek ya da fiil bir başka suçu oluşturacaktır.^[35]

Bu bağlamda TCK'nun 104'üncü maddesinde, suçun özel kurucu unsurunu teşkil eden mağdura ilişkin tartışmalardan ilkinin madde başlığı ile kanun metni arasında yaşanan uyumsuzluktan kaynaklanan tartışmalar oluşturmaktadır. Maddenin başlığında "reşit olmayanla cinsel ilişki" ibaresi bulunurken, madde metninde "on beş yaşını bitirmiş olan çocuk" ibaresi kullanılmıştır. Bu nedenle evlenmeyle ya da mahkeme kararı ile reşit olan kişilerin artık bu suçun mağduru olamayacağı iddia edilmektedir.^[36] Karşı görüşte olanlar ise, evlenme ile reşit kılınmanın kadının sadece kendi kocasıyla gireceği cinsel ilişkiyi hukuka uygun kıldığını, mahkeme kararıyla ergin kılınmanın ise bir meslek sanatın icrası için zorunlu olarak yerine getirildiğini, bu durumda 15 yaşını bitirmiş olup evlenme veya mahkeme kararıyla ergin kılınan kimselere karşı da bu suçun işlenebileceğini belirtmektedir.^[37] Kanımızca 5237 sayılı kanunun cinsel suçlara ilişkin sistematiği göz önüne alındığında, kanunun 15 yaşını bitirmiş ancak 18

[33] KATOĞLU, 2012, s.664.

[34] Katoğlu'na göre, TCK'nun 91'inci maddesinde yer alan organ veya doku ticareti suçları düzenlenirken, aynı kişinin bir suçun hem faili hem de mağduru olamayacağı ilkesi gözden kaçmıştır. Maddede geçen "organ satan" ifadesi, kendi organını satan kişileri de kapsamaktadır. Bu nedenle, kişinin kendi organını satmasının vücut dokunulmazlığına karşı bir suç olarak kabul edilmesi halinde, mağdurun da kendisi olacağı açıktır. (KATOĞLU, 2012, ss.663-664)

[35] KATOĞLU, 2012, s.664-665.

[36] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 2012, s.344.

[37] ÖZBEK/KANBUR vd. 2010, s.393.

yaşını bitirmemiş tüm çocukları kapsadığını ve bu çocukların suçun mağduru olabileceğini düşünmek gerekir. Böyle bir yaklaşım artık iç hukuk kuralı haline dönüşen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme' ye de uygun bir yaklaşım olacaktır. Bu nedenle, 18 yaşını bitirmemiş olan ve evlenmeye ya da mahkeme kararı ile reşit olan kişiler suçun mağduru olabilecektir. Ancak her iki halde de failin TCK'nun 30/3'üncü maddesinde belirtilen "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düştüğü" savunmasından yararlanması kuvvetle muhtemeldir.

İkinci tartışma mağdurun cinsiyetine ilişkin olarak yaşanmış, failin kadın olması durumunda diğer mağdurun kadın olamayacağı, fiili livata yolu ile girilen ilişkilerde ise suçun mağdurunun pasif olan taraf olması gerektiği yönünde eleştirilerde bulunulmuştur.^[38] Özellikle fiili livata yolu ile girilen ilişkilerde, suçun mağdurunun pasif olan taraf olması gerektiği yönünde yerel mahkemelerce yapılan itiraz üzerine, Anayasa Mahkemesi 26.02.2009 tarihli ve 2006/17 E, 2009/33 K sayılı kararıyla suçun mağdurunun duruma göre kadın veya erkek olabileceğini belirtmekle yetinmiştir. Kanımızca suçta esaslı olarak dikkate alınması gereken husus çocukların cinsel istismara karşı korunması olduğundan, aktiflik veya pasiflik durumu önemli olmadığı gibi, erkek ya da kadın olan bir çocuğun, ergin bir kadınla veya ergin bir erkekle ilişkiye girmesi suçun oluşumu için yeterlidir.^[39] Yine yukarda açıklandığı üzere, madde kapsamında "cinsel ilişki" kavramının eril düşünce kalıpları ile ilişkilendirilmeksizin anlamlandırılması ve yorumlanması gerektiğinden, erkek veya kadın arasında gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, heteroseksüel, homoseksüel veya lezbiyen tüm ilişkiler madde kapsamında değerlendirilerek fail ve mağdur konusunda cinsiyet ayrımı yapılmamalıdır.

Ancak karşılıklı rıza ile cinsel ilişkide bulunan tarafların her ikisinin de 15 yaşını tamamlamış ve henüz 18 yaşını bitirmemiş çocuklar olması halinde kimin fail, kimin mağdur olduğunu belirlemek oldukça problemli bir hal almakta, bir suçun faili aynı zamanda o suçun mağduru olamaz ilkesine aykırı bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda kimin fail kimin mağduru olduğunu

[38] KÖKSAL, 2015, s.690.

[39] Anayasa Mahkemesi de 26.02.2009 tarihli ve 2006/17 E, 2009/33 K sayılı kararında benzer düşüncelerle şu ifadelere yer vermiştir: "Suçun mağdurunun onbeş yaşını bitirmekle birlikte reşit olmayan bir çocuk olduğu, duruma göre kadın veya erkek olabileceği, ... İtiraz konusu kuralın, on beş yaşını doldurmuş çocukların cinsel farkındalık dönemine girmekle birlikte henüz kişiliklerinin yeterince gelişmemiş olması, başkalarıyla cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince kavrayacak sorumluluk duygusuna sahip olmayabilecekleri düşüncesiyle ve onların cinsel dokunulmazlıklarını korumak amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Sanığın cezalandırılması açısından mağdurla aynı yaş grubunda yer alması veya reşit olması arasında fark bulunmamaktadır".

belirlemek üzere 3 değişik görüş ileri sürülmüştür. Birinci görüşe göre, çocuklar arasındaki bu tür bir ilişkide, ilişkiye ikna edenin fail, diğer çocuğun ise mağdur olarak kabul edilmesi gerekir.^[40] İknadan anlaşılması gereken de cebir tehdit kullanılmaksızın karşı tarafa cinsel ilişkiye yönelik ilk teklifin sunulmasıdır.^[41] Ancak bu görüşü tartışmalı hale getiren husus, iknayı oluşturan eylemlerin niteliği ve derecesine ilişkin bir belirsizlik ve dengesizlik içermesidir. Çünkü ilişkiye yönelik olarak ilk teklifi sunan otomatikman fail konumuna gelmekte, diğer tarafın teklif öncesi yapması muhtemel teşvik edici, cesaretlendirici eylemler yoğunluğuna ve derecesine bakılmaksızın hiçbir şekilde dikkate alınmamaktadır. Bu durumda, aklıdan cinsel ilişki geçmemekle birlikte karşı tarafın cesaretlendirici tavırları karşısında cesaretini toplayıp ilk teklifi getiren taraf fail olmaktadır.

İkinci görüşe göre, 15 yaşını tamamlamış ve henüz 18 yaşını bitirmemiş çocukların karşılıklı rızaya dayalı olarak cinsel ilişkide bulunması halinde karşılıklı olarak fail ve mağdur olma durumu söz konusudur. Kasten yaralama suçunun karşılıklı olarak işlenmesinde olduğu gibi her bir taraf kendi eyleminden sorumludur.^[42] Tarafların karşılıklı olarak şikâyette bulunması halinde iki tarafta hem sanık hem mağdur sıfatını alacaktır.

Üçüncü görüşe göre, ise kimin fail, kimin mağdur olduğunun belirlenemediği bir suç tanımı olamaz. Kanun, madde metninde “on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi” diyerek failin teklifine işaret etmiş olduğundan, suçun failinin 18 yaşını doldurmuş herhangi bir kişi, mağdurunun ise 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını doldurmamış bir kişi olduğunu kabul etmek gerekir. Kanun, sadece, reşit olan bir kimsenin, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, henüz reşit olmamış bir kimse ile cinsel ilişkide bulunması fiilini gerçekte suç saymış ve bu suçun resen takibini öngörmüştür.^[43]

Kanımızca da üçüncü görüş isabetli olup 104’üncü maddenin birinci fıkrası Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen ikinci fıkrası ile birlikte değerlendirildiğinde, karşılıklı rızaya dayalı olarak cebir, tehdit ve hile olmaksızın 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını henüz doldurmamış iki çocuğun cinsel ilişkide bulunmasının suç teşkil ettiğini kabul etmemek gerekir. Taraflardan birinin şikâyette bulunması halinde diğer tarafın da şikâyette bulunması tabii

[40] ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, B. 11, Ankara 2011, s. 195.

[41] BEYAZIT, 2010, s.298.

[42] SOYASLAN Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s. 188.

[43] HAFIZOĞULLARI, 2005, ss.7-8.

olup ceza tehdidinden kurtulmak amacıyla ceza davası muhtemelen her iki tarafın da şikâyetten vazgeçmesiyle sonuçsuz kalacaktır. Bu nedenle, kanun koyucu tarafından aksi yönde açık bir düzenleme yapılmadığı sürece, 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını henüz doldurmamış bulunan iki çocuğun karşılıklı rızaya dayalı olarak cinsel ilişkide bulunması ceza hukukunun düzenleme alanına girmemelidir. Kanun koyucunun bu yönde yapacağı düzenlemeler de Medeni Kanundaki evlenme ve yargısal kararlar ile ergin kılınma yaşları ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’de belirlenen ilkeler ile tutarlı olmalıdır. Cinsel ilişkiye rıza ve evlenme yaşlarını bir biriyle ilişkilendirmemek bir dereceye kadar mümkün olmadığı gibi, cinsel ilişkiye rıza ve evlenme yaşlarını 15 yaşın altında düzenlemek çocukları cinsel istismara karşı korumasız bırakabilecek, çocukların cinsel açıdan sağlıklı gelişimini engelleyebilecektir.^[44]

MANEVİ UNSUR

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kasten işlenen bir suçtur. Genel kanaat suçun oluşumu için genel kastın yeterli olduğu yönündedir. Dolayısıyla failin, 15 yaşını bitirmiş olmakla beraber 18 yaşını henüz bitirmemiş bir çocukla rızaen cinsel ilişkiye gireceğini bilmesi ve bunu istemesiyle genel kast oluşur. Failin şehvet maksadıyla ya da cinsel arzuların tatmini amacıyla hareket edip etmediğinin kast bakımından bir önemi yoktur.^[45] Kanaatimizce, yukarıda açıklandığı üzere, kanun koyucunun “cinsel ilişki” deyimini, farklı cinsel tercihleri göz önünde bulundurarak yeniden açık bir şekilde tanımlaması halinde, suçun manevi unsurunu da yeniden düzenlemesi gerekecektir. Bu bağlamda, böyle bir tanımlamada, genel kast yeterli olmayacak, manevi unsurun oluşması için, failin cinsel arzuların tatmini amacıyla da hareket etmesi gerekecektir.

Bir suçun taksirle de işlenebileceğinin kabulü için kanunda açık bir düzenleme olması gerekir. Yoksa suç ve ceza içeren hükümler kıyas yolu ile genişletilemez (TCK m.2/3). Dolayısıyla suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Suç olası kastla da işlenebilir. Olası kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğinin fail tarafından öngörülmesine rağmen, failin işlenmesidir (TCK m.21/2). Başka bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini somut olay bakımından öngörmekte ve kabullenmektedir. Ancak olası kast ile suçun

[44] Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, İzlanda’ya ilişkin raporunda (Iceland CRC/C/15/Add.217, para. 38) cinsel ilişkiye rıza yaşınının 14 yaş olarak belirlenmesinin kaygı verici olduğunu, mevcut durumda İzlanda yasalarının 14 yaşından büyük çocukları rızaya dayalı olarak yaşayabilecekleri ilişkilerde cinsel istismara karşı koruyamayabileceğini, bu konuda yetersiz kalabileceğini belirtmektedir. (IMPLEMENTATION HANDBOOK FOR THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD, 2007, s.523.)

[45] KÖKSAL, 2015, s.708.

işlenmesi hallerinde ceza indirilir. Bu durumda mağdurun 18 yaşından küçük olduğu konusunda failin şüphesinin bulunması halinde, fail suçun kanuni tanımında belirtilen yaş küçüklüğü unsurunun gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlediğinden, olası kastın söz konusu olması gerekir.

Manevi unsur konusunda tartışılması gereken bir başka husus ise failin suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmemesi veya TCK'nun 30/3'üncü maddesinde belirtilen "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda" kaçınılmaz bir hataya düşmesi halidir. Yukarıda tartışıldığı üzere, mağdur 18 yaşından küçük ise ve fakat aynı zamanda resmen evli ise, failin mağdurun 18 yaşından küçük olduğunu bilebilmesi özel bir çabayı gerektirir. Resmen evli olan bir kimsenin aynı zamanda 18 yaşından küçük olabileceğini düşünmek, hayatın olağan akışı içerisinde çok istisnai bir durumdur. Yine yargısal karar ile reşit kılındığı için iş ve meslek hayatında çek kesen, bankadan para çekeabilen, alım satım işlemleri yapabilen bir kimsenin 18 yaşından küçük olabileceğini düşünmek özel bir çaba gerektirir. Her iki durumda da, failin mağdurun 18 yaşından büyük olduğunu düşünmesi kaçınılmaz olup mağdurun 18 yaşından küçük olması halinde, aksi sabit olmadığı ve başka türlü ispat edilmediği sürece, failin kaçınılmaz bir hataya düştüğünü kabul etmek gerekir.

SUÇUN KOVUŞTURULMASI VE ŞİKÂYET

765 sayılı mülga TCK'da reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu karşılayan hüküm kanununun 416/3' üncü maddesinde bulunmakta idi. Buna göre: "*Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar, fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" denilmekteydi. Görüldüğü üzere, 765 sayılı TCK'nun 416/3'üncü maddesi, 5237 sayılı TCK'nun 104'üncü maddesinden suçun takibinin şikâyete tabi olmaması ve resen kovuşturulması yönüyle ayrılmaktadır. 5237 sayılı kanuna göre ise, suçun takibi şikâyete bağlıdır. Bu nedenle şikâyet hakkının kime ait olduğu, mağdur olan çocuğa mı yoksa ebeveynde mi olduğu konusunda değişik görüşler ileri sürülmektedir. Kanun koyucu 102/2'nci maddesinde, evli eşlerden birinin, diğerini rızası olmaksızın cinsel ilişkiye zorlaması durumunda, şikâyet hakkının suçtan zarar gören mağdura ait olduğunu açık bir şekilde düzenlemiştir. Yine sarkıntılık düzeyinde kalmış, faili ve mağduru çocuk olan cinsel istismar suçlarına ilişkin 103/1'inci maddesinde, soruşturma ve kovuşturma yapılmasının mağdurun velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı olduğunu açıkça belirtmiştir. 104'üncü maddede ise açık bir düzenlemeye halen gidilmemiştir. Medeni Kanununun 16'ncı maddesi uyarınca ayırt etme gücüne sahip küçükler,

şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları kanuni temsilcilerinin iznine bağlı olmaksızın kullanabilmektedirler. Bu durumda, cinsel özgürlüğe ilişkin şikâyet hakkı da şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması olarak kabul edilerek, şikâyet hakkının mağdur olan çocuğa ait olması gerekir. Öğretide, suçun mağduru çocuk olsa da, ergin olmayan çocuk üzerinde Medeni Kanunun 335'inci maddesinden kaynaklanan velayet hakkına haiz anne ve babanın suç ile velayet hakları ihlal edildiğinden, "suçtan zarar gören" olarak kabul edilmesi gerektiği, bu nedenle Medeni Kanunun 340'ıncı maddesi uyarınca çocuğun toplumsal gelişimi ve eğitiminden sorumlu anne babanın suçtan zarar gören sıfatıyla şikâyet hakkının bulunduğu ileri sürülmüştür.^[46]

Yine bir başka görüşe göre, 104'üncü maddede; şikâyet hakkının kullanılması, şikâyetten feragat ve vazgeçme konusunda özel bir hüküm olmadığına göre, çocuğun rızası ile cinsel ilişki suçunda şikâyet hususu Türk Ceza Kanunu'nun 73'üncü maddesine ve ilgili diğer hükümlerine tabi olmalıdır. Bu bağlamda, şikâyet hakkı ve cinsel dokunulmazlık hakkı, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olmakla birlikte, kanuni temsilcinin Türk Medeni Kanunu hükümleri gereğince çocuk üzerinde sahip olduğu koruma, gözetme ve üçüncü kişilere karşı çocuğu temsil etme hakkı dikkate alınarak, "Çocukların cinsel istismarı" başlıklı TCK m.103/1'de öngörülene benzer şekilde şikâyet hakkının mağdurun yanında velisine veya vasisine tanınması gerekir. Bu nedenle; veli veya vasi de mağdur çocuktan bağımsız olarak şikâyet hakkını kullanabilir. Mağdur çocuk ölmüş, bir şekilde şikâyet hakkını kullanamaz hale gelmiş veya şikâyetten imtina etmekte ise, bu durum veli veya vasinin şikâyet hakkını kullanmasını engellemeyecektir. Suçun işlendiği anda çocuk olan mağdur, daha sonra erginliğini elde etmişse, elbette bu durumda şikâyete ve ona bağlı haklar sadece mağdura ait olacaktır.^[47]

Ancak Yargıtay'ın 15.04.1942 gün ve 14/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.02.1972 gün ve 43-50 ve 02.03.2004 gün ve 44-58 sayılı kararlarında; ayırt etme gücüne sahip küçüklerin doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahip oldukları belirtilmektedir. Nitekim Yargıtay'ın 3^[48] ve 14'üncü Ceza Dairelerinin^[49] de benzer yönde kararları bulunmaktadır. Askeri Yargıtay

[46] MERAN Necati, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008, s.379, 380.

[47] ŞEN Ersan, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, Haber7, 26.02.2016, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1814568-resit-olmayanla-cinsel-iliski>

[48] Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 12.5.2014 tarih ve E. 2013/32195; K. 2014/18534 sayılı kararı.

[49] Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 7.5.2015 tarih ve E. 2013/7341; K. 2015/6190 sayılı kararı.

Daireler Kurulu ise “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenen ve şikâyet ön şartına bağlanan 102’nci ve 105’inci maddelerde belirtilen suçlarla ilgili olarak, şikâyette bulunacak tarafın “mağdurun şikâyeti” demek suretiyle açıkça gösterilmesine karşın, 104’üncü maddede; böyle bir açıklığın bulunmadığını gerekçe göstererek, art arda gelen bu maddelerin düzenlenme sistematığı göz önünde bulundurulduğunda, 104’üncü maddede öngörülen şikâyet hakkının, reşit olmayan mağdur dışındaki ilgili kişiler tarafından da kullanılabileceğini belirtmiştir.^[50]

Anayasa Mahkemesi ise, şikâyet hakkının kimde olduğu ve olayın mağdurunun kim olduğunun 104’üncü maddeden net olarak anlaşılmadığı gerekçesiyle yapılan itiraz başvurusunda verdiği, yukarıda belirtilen 26.02.2009 gün, 2006/17 E, 2009/33 K sayılı kararında “soruşturma, kovuşturma ve sonucunda sanığın cezalandırılabilmesi mağdurun şikâyetine bağlı tutulmaktadır. Bu nedenle, şikâyete bağlı olarak sanığın cezalandırılmasıyla şikâyet yokluğu nedeniyle cezasız kalması biçiminde bir eşitlik karşılaştırması yapılamaz”^[51] gerekçesine yer vererek şikâyet hakkının mağdura ait olduğunu belirtmiştir. Ancak bu gerekçeyi izleyen sonraki paragrafların kaleme alınış şekli, Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda açık bir hüküm vermekten çekindiğini, kendisini kuralın Anayasa’ya aykırı olup olmadığı hususunu denetlemekle sınırladığını göstermektedir.^[52]

104’üncü maddede düzenlenen suçun takibinin şikâyete bağlı olmasının, aile içinde yaşanan cinsel istismar vakalarını arttıracak ve cezai yaptırım uygulanmasına engel olabileceği yönünde kaygı ve eleştirilerin ortaya çıkması üzerine, 6545 sayılı kanunun 60’ncü maddesi ile 104’üncü maddeye ikinci ve üçüncü fıkralar eklenmiştir. Ancak bu düzenlemeler ile suçun aralarında evlenme yasağı bulunan kişiler tarafından çocuğa karşı işlenmesi veya suçun

[50] AYDK, 26.4.2007 tarih, E. 2007/44; K. 2007/44 sayılı karar, aktaran BEYAZIT, 2010, s.306.

[51] Anayasa Mahkemesinin 2.6.2009 tarih ve 27246 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanan 26.02.2009 gün, 2006/17 E, 2009/33 K sayılı kararı.

[52] Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi şu ifadelerle yer vermiştir: “İtiraz konusu kurala göre suç sayılan fiilin “cebir, şiddet ve hile olmaksızın”, bir başka ifadeyle mağdurun rızasıyla işlenmesi gerekmektedir. Bundan, belli yaş grubuna dâhil olanların cinsel ilişki konusundaki rızalarının geçerli kabul edilmediği, rızaya dayansa bile on beş yaşından büyük çocukla cinsel ilişkinin suç sayıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kuralda sözü edilen rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Türk Medeni Kanunu’nun evlenme ve velayete ilişkin hükümlerinin bu yaş grubu çocuklar açısından değerlendirilmesi de varılan bu sonucu desteklemektedir. Aynı sonuç mağdurun kim olduğuyla şikâyet hakkının kime ait olduğuna dair iddialar açısından da geçerlidir. Düzenlemenin bu haliyle belirsizlik içermediği, sayılan hususların ilgili mevzuat hükümleriyle somut olayın özelliklerine göre yargı organları tarafından çözülebilmeye elverişli olduğu anlaşılacakla, kuralın Anayasanın 38. maddesine aykırı bir yönü de görülmemiştir”.

çocuğu evlat edinmek üzere yanında bulunduran ya da koruyucu aile sıfatıyla çocuğun bakımını üstlenen kişi tarafından işlenmesi halinde, cezanın arttırılacağı ve takibin şikâyete bağlı olmayacağı belirtilmesi ile yetinilmiştir. Suçun kovuşturulması ve şikâyet hakkının kullanılmasına ilişkin yukarıda dile getirilen hususlara açıklık getirebilecek ek bir düzenlemeye gidilmemiştir. Kanımızca, suçun hukuki konusunu 15 yaşını bitirmiş olmakla beraber 18 yaşını henüz bitirmemiş çocuğun cinsel dokunulmazlığı ya da daha doğru bir tespitle kısmi cinsel özerkliği veya özgürlüğünün korunması oluşturuyor ise, suç fiili ile ihlal olunan varlık ya da menfaatin hamili sıfatıyla mağdur çocuk şikâyet hakkının sahibi olmalıdır.

Ancak buraya kadar yaptığımız tartışmalar esas olarak failin 18 yaşından büyük olması ihtimali üzerine yapılmıştır. Failin de 15 yaşını bitirmiş olmakla beraber 18 yaşını henüz bitirmemiş olması halinde, şikâyet hakkının kime ait olduğunun belirlenmesi öncelikli olarak kimin mağdur kimin fail olduğunun belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Bu husus, yukarıda ayrıntıları ile ele alındığından burada tekrar tartışılmayacaktır.

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DURUM

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, bazı ülkelerde adına “Romeo ve Juliet kuralı”^[53] adı verilen ve birbirine yakın yaşlarda çocuklar arasında meydana gelen rızaya dayalı cinsel ilişkileri suç olarak öngörmeyen uygulamalar bulunmaktadır. Örneğin, Avusturya’da 14 yaşın altındaki çocuklar ile cinsel ilişkide bulunmak suçtur. Ancak bu ülkede 14 yaşından küçüklerin cezai sorumluluğu da bulunmadığından, 14 yaşından küçüklerin kendi aralarında karşılıklı rızaya dayalı olarak cinsel ilişkide bulunması suç teşkil etmemektedir. Taraflardan birinin 14 yaşından küçük, diğerinin büyük olması halinde ise 14 yaşından büyük olan çocuğun fail olması mümkündür. Ancak bu durumda, cebir tehdit ve hile olmaması koşulu ile çocuklar arasında tam cinsel birleşmeye varmayan cinsel eylemlerde, taraflar arasındaki yaş farkının 4’ten fazla olmaması ve diğer tarafın da 12 yaşından küçük olmaması durumunda, soruşturma yapılmamaktadır. Yani 12 yaşında bir çocuğun 13, 14, 15, 16 yaşlarında bir çocukla, 13 yaşında bir çocuğun ise 14, 15, 16, 17 yaşında bir çocukla tam birleşmeye varmayan bir ilişkide bulunması halinde bu fiil soruşturma konusu edilmemektedir. Tam cinsel birleşme durumunda ise, taraflardan birinin 13 yaşında olması koşulu ve aradaki yaş farkının 3 yaştan fazla olmaması durumunda, yani 13 yaşında bir çocuğun 14, 15, 16 yaşında çocuklarla tam cinsel birleşmede bulunması

[53] Romeo and Juliet law.

halinde, cebir tehdit ve hile olmaması koşulu ile çocuklar arasındaki cinsel ilişki cezalandırılmamakta, suç teşkil etmemektedir.^[54]

İtalya'da da yine cinsel ilişkiye rıza yaşı 14 olarak kabul edilmektedir. Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile gibi çocuk üzerinde nüfuzu olabilecek kişiler ile çocuk arasında meydana gelebilecek cinsel ilişkilerde ise rıza yaşı 16'ya çıkmaktadır. Ancak İtalyan Ceza Kanunu m.609-quarter gereğince, 13 yaşında bir çocuğun kendisinden 3 yaş veya daha fazla yaş farkı bulunan kimse ile ilişkide bulunması halinde bu fiil cezalandırılmaktadır. Bir başka deyişle, 13 yaşında bir çocuğun 14 veya 15 yaşında bir çocukla rızaya dayalı olarak ilişkide bulunması halinde bu fiil cezalandırılmamaktadır.^[55]

Nihayetinde İngiltere'de cinsel birleşmeye rıza yaşı 2003 tarihli *Sexual Offences Act* tarafından 16 olarak belirlenmiştir. Ancak, 16 yaşından küçük çocukların bir-biriyle cinsel ilişkide bulunması, bu ilişkinin karşılıklı rızaya dayanması ve istismar içermemesi halinde, bu ilişkinin kovuşturulmasında ve soruşturulmasında kamu yararının bulunduğunu veya bu durumun çocukların yararına olduğunu söylemenin oldukça güç olduğu İngiliz İç İşleri Bakanlığı^[56] tarafından, açık bir şekilde ifade edilmektedir. Bu nedenle, İngiliz Adalet Bakanlığı'nın soruşturma ve kovuşturmaların yürütülmesinde savcılarının uyması gereken kurallara ilişkin yayımladığı direktife^[57] göre, 16 yaşında altında olan ve istismar içermeyen çocuklar arasındaki ilişkilerde, bu fiilin kovuşturulup kovuşturulmayacağına bu konuda uzmanlaşmış savcılar tarafından, çocuk suçluluğu uzmanları (*Youth Offender Specialists*) ile beraber kararlaştırılması gerekmektedir. Bununla beraber aynı direktife göre, bu suçların kovuşturulmasına karar verilmesi halinde, gerek iddia makamı adına hareket edecek savcının gerekse savunma makamı adına hareket edecek avukatların, çocuk suçluluğu ve ırza geçme konularında uzmanlaşmış olması gerekmektedir. Çocuklar arasında meydana gelen cinsel ilişkiler hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılıp yapılmayacağına karar verilirken, tarafların aynı ya da bir birine yakın yaş grubu içinde yer alıp almadıklarının yanında, cinsel ilişkinin her iki tarafın özgür iradesi ile gerçekleşip gerçekleşmediği, tarafların cinsel, fiziksel, duygusal ve eğitsel gelişimlerinin birbirine benzer olup olmadığı, taraflar arasındaki cinsel ilişkinin gerek içeriği gerekse sürekliliği göz önüne alındığında ilişkinin ergenliğin olağan ve sağlıklı gelişim evresinde

[54] <http://www.protection-of-minors.eu/en/cat10.php>

[55] <http://www.protection-of-minors.eu/en/cat10.php>

[56] SETTING THE BOUNDARIES, 2000, Para, 3.9.4-3.9.6, s.51.

[57] DIRECTOR OF PUBLIC PROSECUTION, *The Directors Guidance on Charging*, Fourth Edition, January 2011, http://www.cps.gov.uk/legal/p_to_r/rape_and_sexual_offences/soa_2003_and_soa_1956/

gerçekleşip gerçekleşmediği, ilişkinin duhul içerip içermediği, tarafların cinsel ve duygusal açıdan olgunluk durumlarıyla cinsel ilişkinin bunun üzerindeki etkisi ve muhtemel etkileri göz önüne alınarak karar verilmesi gerekmektedir. Uygun düşmesi halinde Savcılık makamı mağdurun ailesinin görüşlerini de değerlendirmeye alacaktır.^[58]

Kanımızca, karşılıklı rıza ile cinsel ilişkide bulunan tarafların her ikisinin de 15 yaşını tamamlamış ve henüz 18 yaşını bitirmemiş çocuklar olması halinde, bu hususun ceza hukukunun düzenleme alanının dışında tutulması sağlanmalıdır. Veyahut her olayın somut özellikleri, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3/1'nci maddesi gereğince çocuğun üstün çıkarlarının korunması ilkesi doğrultusunda yorumlanmalı, ardından İngiltere'de olduğu gibi soruşturma ve kovuşturma yapılıp yapılmayacağına cinsel suçlar ve çocuk suçluluğu konusunda uzmanlaşmış savcılar tarafından karar verilmelidir

SONUÇ VE ÖNERİLER

Çocukların reşit olmadan da cinsel ilişkiye girebilecekleri, belli hallerde çocuklara cinsellik konusunda kararlar alma ve tercih yapma özerkliği tanınması gerektiği, bir başka deyişle reşit olmayan çocukların cinsel ilişkide bulunması halinde bu ilişkinin bazı durumlarda hukuka uygun kabul edilmesi gerektiği, uluslararası düzenlemelerde de kabul gören bir olgudur. Nitekim 5237 sayılı TCK ile bu olgu toplumsal boyutundan arındırılmaya çalışılarak, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunulması hususu, Türk Ceza Kanunu'nun 104'üncü maddesinde "reşit olmayanla cinsel ilişki" başlığı altında düzenlenmiş, reşit olmayanla cinsel ilişki olgusuna bireysel ve kişisel bir hüviyet tanınarak, bu olgu toplumsal boyutundan arındırılmaya çalışılmıştır.

Ancak, kanun koyucunun 5237 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce mevcut olan suç kategorilerine ve ceza hukukunun yerleşik usul ve kaidelerine itibar etmeksizin, toplumsal bir gerçekliğe hukuki gerçeklik ve geçerlilik kazandırmak amacıyla yarattığı bu yeni suç tipinin, uygulamada pek çok sorunu beraberinde getirdiği görülmektedir. Kanun koyucunun özensizliğinden kaynaklanan bu sorunlar ayrıca, çocukların cinsel ilişkiye rıza konusunda sınırlı bir otonomi ve özerkliğe sahip olabilecekleri olgusunun kanun koyucu tarafından gerçekten kabul edilip edilmediği tartışmalarının ortaya çıkmasına ve kanun koyucunun gerçek niyetinin sorgulanmasına da yol açmıştır.

[58] http://www.cps.gov.uk/legal/p_to_r/rape_and_sexual_offences/soa_2003_and_soa_1956/
Factors: whether or not to prosecute young defendants

Özellikle cinsel ilişkide bulunan tarafların her ikisinin de 15 yaşını tamamlamış ve henüz 18 yaşını bitirmemiş çocuklar olması halinde, bu durum birçok açıdan çok problemlili bir hal almaktadır. Kanun koyucu, 15 yaşını tamamlamış ve henüz 18 yaşını bitirmemiş iki çocuğun karşılıklı rızaya dayalı olarak cinsel ilişkide bulunması halinde bu çocukların kısmi cinsel özgürlüğüne geçerlilik tanıma ve aynı zamanda bu çocukları cinsel istismara karşı koruma amacıyla ise bu tür cinsel ilişkileri ceza hukukunun düzenleme alanından çıkarmalıdır. Kanun koyucunun erken yaşta cinsel ilişkinin çocukların gelişimini olumsuz yönde etkileyeceği ve bunun zararlı sonuçlar doğurabileceği kaygısını, bu fiili suç kategorisine koymadan da gidermesi mümkündür. Veyahut kanun koyucu bu yönde bir cezai düzenleme yapmak istiyorsa, yapacağı düzenleme Avusturya ve İngiltere örneklerinde olduğu gibi, cezai sorumluluk yaşı, evlenme yaşı, yargısal kararlar ergin kılınma yaşı gibi, yaşa dayalı düzenlemeler ile mümkün olduğunca uyumlu olmalı, düzenleme ayrıca çocukların 18 yaşından önce cinsel ilişkiye girebilecekleri gerçeğini göz önünde bulunduran Çocuk Haklarına Dair Sözleşme' de belirlenen ilkeler ile tutarlı olmalıdır. Cinsel ilişkiye rıza ve evlenme yaşlarını bir biriyle ilişkilendirmemek bir dereceye kadar mümkün olmadığı gibi, cinsel ilişkiye rıza ve evlenme yaşlarını 15 yaşın altında düzenlemek çocukları cinsel istismara karşı korumasız bırakabilecek, çocukların cinsel açıdan sağlıklı gelişimini engelleyebilecektir. Bu açıdan bakıldığında, 104'üncü maddenin ilk düzenleniş biçimi bu amaçları gerçekleştirmeye daha müsait olup 104'üncü maddenin ikinci fıkrasının Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 tarih ve 2005/103 E, 2005/89 K sayılı kararı ile iptali isabetli olmamıştır.

Türk Ceza Kanununda ve Ceza Muhakemesi Kanununda gerekli değişiklikler yapılarak, İngiltere'de olduğu gibi 15 yaşını tamamlamış ve henüz 18 yaşını bitirmemiş çocuklar arasında gerçekleşen ve istismar içermeyen ilişkilerde, bu fiilin kovuşturulup kovuşturulmayacağına bu konuda uzmanlaşmış savcılar tarafından, çocuk suçluluğu uzmanları (*Youth Offender Specialists*) ile beraber kararlaştırılması yönteminin denenmesi mümkün olabilir. Bu bağlamda, çocuklar arasında meydana gelen cinsel ilişkiler hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılıp yapılmayacağına karar verilirken, tarafların aynı ya da birbirine yakın yaş grubu içinde yer alıp almadıklarının yanında, cinsel ilişkinin her iki tarafın özgür iradesi ile gerçekleşip gerçekleşmediği, tarafların cinsel, fiziksel, duygusal ve eğitsel gelişimlerinin birbirine benzer olup olmadığı, taraflar arasındaki cinsel ilişkinin gerek içeriği gerekse sürekliliği göz önüne alındığında ilişkinin ergenliğin olağan ve sağlıklı gelişim evresinde gerçekleşip gerçekleşmediği, cinsel ilişkinin tarafların psikolojik ve sosyal gelişimleri üzerindeki etkisi ve muhtemel etkileri göz önüne alınarak karar verilmesi uygun bir çözüm olarak gözükmektedir. Ayrıca, her olayın somut özellikleri göz önünde bulundurularak,

olayın kovuşturulmasının, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3/1'nci maddesi gereğince çocuğun üstün çıkarlarının korunması ilkesini zedeleyip zedelediği göz önüne alınarak karar verilmelidir. Bu sayede, kanun koyucu bu tür ilişkileri suç sayıp saymama konusunda muhafazakâr değer yargılarından kaynaklanan ikilemlerini giderebilir, düzenlemenin ceza hukukunun yerleşik kaidelerine tezat veya istisna teşkil eden ayrıksı yönleri sağlıklı bir şekilde düzeltilir.

KAYNAKÇA

AKSAKAL, Enver. “Reşit olmayan ile cinsel ilişki suçu”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 88, Sayı 2014/2, 2014, ss. 257-275.

ARTUÇ, Mustafa. *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.

ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Ahmet Caner. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, B. 11, Ankara, 2011.

ASPB. (Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı) Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü, *Türkiye’de Evlilik Tercihleri*, Ankara, Nisan 2015.

BEYAZIT, Özgür. “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Nisan 2010, Sayı:1, 2010, ss. 293-309.

DIRECTOR OF PUBLIC PROSECUTION. *The Directors Guidance on Charging*, Fourth Edition, January, 2011. http://www.cps.gov.uk/legal/p_to_r/rape_and_sexual_offences/soa_2003_and_soa_1956/

DURSUN, Selman. “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı 24, Nisan 2014, ss. 57-73.

HAFIZOĞULLARI, Zeki. “Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, *Türk Hukuk Kurumu 71. Yıl Kuruluş Armağanı*, 2005, ss.1-8.

HÜNEE (Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü). *Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması 2013*, Ankara: Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, T.C. Kalkınma Bakanlığı, TÜBİTAK, 2014.

IMPLEMENTATION HANDBOOK FOR THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD. Fully Revised Third Edition, Prepared by Rachel Hodgkin & Peter Newell for UNICEF, Geneva: Switzerland, 2007. (**UNICEF, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı**, Tamamen Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Hazırlayanlar, Rachel Hodgkin ve Peter Newell, Cenevre: İsviçre, 2007)

KATOĞLU, Tuğrul. “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61 (2), 2012, ss.657-693.

KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2009.

KÖKSAL, Atacan. “Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu”, *Prof. Nevzat Toroslu’ya Armağan*, Cilt II. Ankara Üniversitesi Yayınları: No: 459, 2015, ss. 687-727.

MALKOÇ, İsmail. *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara: Malkoç Kitabevi, 2008.

MERAN, Necati. *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.

ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker. *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2010.

SETTING THE BOUNDARIES. *Reforming the law on sex offences*, vol.1, July 2000, Home Office, UK. <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.homeoffice.gov.uk/documents/vol1main.pdf?view=Binary>

SOYASLAN, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.

ŞEN, Ersan. *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt I, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.

ŞEN, Ersan. “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki”, *Haber7*, 26.02.2016, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1814568-resit-olmayanla-cinsel-iliski>

TANER, Fahri Gökçen. “6545 Sayılı Kanunla Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme”, *Güncel Hukuk*, Ağustos 2014, 2014, ss.60-63.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2012.

SİLAHLI ÇATIŞMADAN
KAÇANLARIN
(YERİNDEN EDİLENLERİN)
ULUSLARARASI HUKUKTA
KORUNMASI*

Yrd. Doç. Dr. Ümmühan Elçin ERTUĞRUL**

Makalenin Geldiği Tarih: 28.11.2016 **Kabul Tarihi:** 03.04.2017

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** Kırıkkale Üniversitesi, İİBE, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı.

ÖZ

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği 2015 yılında, temel nedeni silahlı çatışmalar olan 59.5 milyon mültecinin varlığını rapor etmiştir. Bu makalede silahlı çatışmalardan kaçan mülteci akınlara–yerinden edilen kişilere–uygulanacak hukuk incelenmiştir. Bilindiği gibi, silahlı çatışma durumlarında lex specialis olarak İnsancıl Hukuk uygulanır. Ancak, silahlı çatışmalarda İnsan Hakları Hukuku da yürürlüğünü devam ettirir. Makale’de, silahlı çatışmadan kaçan mülteci akınlının İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları Hukuku kapsamında korunması incelenmiştir. İnsancıl hukuk, 1949 tarihli Siviller Hakkında 4 No’lu Cenevre Sözleşmesi, 1977 tarihli Cenevre Sözleşmesine Ek Protokoller, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin Ortak 3. Maddesi;; İnsan Hakları Hukuku ise 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme, Geçici Koruma ve Tamamlayıcı Koruma ile sınırlı tutulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Yerinden Edilme, İnsancıl Hukuk, Mülteci Sözleşmesi, Geçici Koruma, Tamamlayıcı Koruma.

PROTECTION OF PERSONS, FLEEDING ARMED
CONFLICT (DISPLACED), IN INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT

United Nations High Commissioner of Refugees reported the presence of 59.5 million of refugees by the year 2015, pointing out armed conflicts its main reason. In this article examines law will be applied refugees fleeing as a result of armed conflict. As it is well known, apply Humanitarian Law as lex specialis in situations armed conflict. However, Human Rights Law also in to force in armed conflict. In this article examines the protection of refugee flows occurring as a result of armed conflict under the Humanitarian Law and Human Rights Law. Humanitarian Law is limited to the Geneva Convention (IV) on Civilians 1949, the Additional Protocols to the Geneva Conventions 1977 and Common Article 3 to Geneva Conventions of 1949. Human Rights Law is limited to the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, Temporary Protection and Subsidiary Protection

Keywords: Displaced, Humanitarian Law, Refugee Convention, Temporary Protection, Subsidiary Protection.

GİRİŞ

Bütün dünyanın savaş alanı olabildiği ve savaşın devletin düzenli orduları ile örgütlü silahlı gruplarla sınırlı kalmayıp, toplumların en korumasız bireyleri olan çocukların, kadınların, sivillerin temel öge olduğu günümüz savaşlarının en önemli sonuçlarından biri de, insanları evlerinden baskınlarından başka yerlere gitmek zorunda bırakmasıdır. Hukuken “yerinden edilme” olarak adlandırılan bu insan akınları, silahlı çatışmanın kör kurşunlarından, bombalarından, şiddetten, yağmadan, tecavüzdən, saldırıdan kaçmak amacıyla olmaktadır. Yer değiştirme ülke içinde olabileceği gibi, ülke dışına da olmaktadır. Bu Çalışmada, yalnız ülke dışına kaçanlar ele alınmıştır.^[1]

Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi (YUCM) Üst Yargılama Dairesi, 2 Ekim 1995 tarihli Tadic Davasında, silahlı çatışmadan bahsederken, silahlı çatışmanın devletler arasında, hükümet güçleri ile örgütlü silahlı gruplar arasında ya da ülke içinde örgütlü silahlı grupların kendi aralarında olabileceğini ifade etmiş, teknik olarak silahlı çatışma olabilmesi için şiddetin uzun süreli ve belli yoğunlukta olması şartını aramıştır.^[2] Silahlı çatışma, uluslararası ya da uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma şeklinde olabilir. Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların, hükümet güçleri ile örgütlü silahlı gruplar arasında olabileceği gibi, hükümet güçleri taraf olmaksızın silahlı grupların kendi aralarında da gerçekleşmesi mümkündür. Yaşanan örnekler göstermiştir ki, her tür silahlı çatışma, komşu ülkeler başta olmak üzere sivillerin göçünü doğurur. Bir silahlı çatışmanın varlığı halinde, Uluslararası Silahlı Çatışma Hukuku (-Uluslararası-İnsancıl Hukuk) uygulanır. Ancak, İnsancıl Hukuk yanında İnsan Hakları Hukuku da yürürlüğünü devam ettirir. Çalışmada, silahlı çatışmadan kaçanların hukuki statüleri ve korunmaları, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları Hukuku kapsamında değerlendirilmiştir. İnsancıl Hukukun kapsamı, 4 No’lu 1949 Cenevre Sözleşmesi, Cenevre Sözleşmelerine Ek 1977 tarihli 1 No’lu Protokol (Ek 1 No’lu Protokol), Cenevre Sözleşmelerine Ek 1977 tarihli 2 No’lu Protokol (Ek 2 No’lu Protokol), 1949 Cenevre Sözleşmeleri Ortak 3. madde ile sınırlandırılmıştır. İnsan Hakları Hukukunun kapsamı, 1951 Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme (Mülteci Sözleşmesi) ve Mülteci Sözleşmesinin yeni yorumları sayılabilecek Geçici Koruma ve Tamamlayıcı Koruma açısından incelenmiştir.

[1] Öz ve abstract da kullanılan “mülteci” tabiri, anlamayı kolaylaştırmak açısından tercih edilmiştir.

[2] YUCM, Prosecutor-Dusko Tadic a/k/a “DULE”, 2 Oct. 1995, The Judgement under Appeal, para. 70, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm> (Erişim Tarihi: 28.06.2016)

A. SİLAHLI ÇATIŞMA HUKUKU VE YERİNDEN EDİLME

Eylül 2016 tarihinde Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu, İkinci Dünya Savaşından bu yana en kötü insani ve mülteci krizine tanıklık ettiğimizi, dünyada milyonlarca kişinin, insan haklarının sistematik ihlalinin, zulümden, şiddetten, silahlı çatışmalardan ve savaşın acımasız etkisinden kaçmakta olduğunu açıkça ifade etmiştir.^[3]

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK), Haziran 2015 tarihli raporunda dünya çapında yaklaşık 59.5 milyon kişinin evlerinden kaçmaya zorlandığını belirtmiştir. Bu Rapor'da, savaşlar, çatışma ve zulümden kaynaklanan dünya genelindeki yerinden edilmenin kaydedilen en yüksek seviyeye ulaştığı ve hızla arttığı bildirilmiştir. Bu yüksek artış ile ilgili olarak 2010-2015 yılları arasında patlak veren on beş silahlı çatışma sebep gösterilmiştir. Bu silahlı çatışmalar; Afrika'da sekiz (Fildişi Sahili, Orta Afrika Cumhuriyeti, Libya, Mali, Kuzeydoğu Nijerya, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Güney Sudan ve Burundi), Ortadoğu'da üç (Suriye, Irak, Yemen), Avrupa'da bir (Ukrayna), Asya'da üç (Kırgızistan, Myanmar, Pakistan) olarak tespit edilmiştir.^[4]

Silahlı çatışmalar ve yerinden edilme arasında kaçınılmaz bir bağlantı vardır. Halkın ülke içinde ve ülke dışına doğru yer değiştirmesinin en büyük sebeplerinden biri silahlı çatışmalardır. Şiddet yayıldıkça, popülasyonun popülasyonun geniş ölçekli kitle hareketi de artar.^[5] Yerinden edilmenin en büyük etkeni olan savaşlar ya da silahlı çatışmalar dünya kurulduğundan bu yana sürmektedir. 1992 yılında yayımlanan bir makalede, yaklaşık 6.000 yıldan beri insanların, örgütlenmiş biçiminde, krallıklar, hanedanlıklar, uluslar, bloklar, paktlar, devletler şeklinde birbiri ile savaştıkları, 1992 yılına kadar yapılan savaş sayısının 14.000'den fazla olduğu tesbit edilmiştir ki, bu, insanlığın savaşsız geçen bir gününün dahi olmadığı anlamına gelmektedir.^[6] Savaşlar önlenemeyince, savaşın belli kuralları oluşturulmaya çalışılmıştır. Son dönemde, uluslararası

[3] Genel Kurul Kararında, iklim değişikliği, doğal felaketler ve çocukları için daha iyi yaşam koşulları arayanlar da sayılmıştır. A/71/PV.3, General Assembly, Seventy-First Session, 3rd Plenary Meeting, 19 September 2016, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/PV.3 (Erişim Tarihi: 16.11.2016)

[4] Rapor'da, yerinden edilen kişilerin yarısının çocuklardan oluştuğu yer almıştır. <http://www.unhcr.org/en-us/news/latest/2015/6/558193896/worldwide-displacement-hits-all-time-high-war-persecution-increase.html>, <http://www.unhcr.org/turkey/home.php?content=640> (Erişim Tarihi: 27.06.2016)

[5] Melanie Jacques, **Armed Conflict and Displacement**, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 1,2

[6] Bülent Daver, "Savaş ve Barış Üzerine", **Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi**, Cilt: 3, Sayı:10,1992, s. 182

hukukta savaş yerine “silahlı çatışma” tabiri tercih edilmiştir. Mayıs 2005’te Uluslararası Hukuk Derneğinin Yürütme Komitesine bağlı Kuvvet Kullanma Komitesi tarafından uluslararası hukukta silahlı çatışma ya da savaşın anlamı konusunda hazırlanan Rapor’da, uluslararası hukukta genellikle her ne kadar “savaş” tabiri kullanılmış olsa da, “silahlı çatışma”nın daha geniş anlam ifade ettiğinden, silahlı çatışma üzerinde odaklanıldığı ifade edilmiştir. Herhangi bir uluslararası anlaşmada silahlı çatışmanın tanımı yapılmamış olsa da, bütün silahlı çatışmaların aşağıdaki iki özelliğinden bahsedilmiştir. Bunlar, örgütlü grubun varlığı ve silahlı şiddetin yoğunluğudur.^[7]

Savaş, klasik tanımına göre “devletler arasında gerçekleşen, taraflardan en az birinin savaş gayesi güttüğü silahlı çatışma” olarak adlandırılmıştır.^[8] Ek 1 No’lu Protokolün 1/4. maddesi uluslararası silahlı çatışmayı, -savaşı da içine alacak şekilde- “iki ya da daha fazla devlet veya devletler ile ulusal kurtuluş örgütleri arasında gerçekleşen silahlı çatışma” olarak kabul etmiştir. Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmayı ise, Ek 2 No’lu Protokolün 1. maddesi, “devlet ile silahlı gruplar arasında ya da silahlı grupların kendi aralarında gerçekleşen silahlı çatışma” olarak tanımlamıştır. YUCM Tadic Davasında, iki ya da daha fazla devlet arasında olan silahlı çatışmaların “uluslararası silahlı çatışma”, bir devlet ülkesinde patlak veren silahlı çatışmaların ise “iç silahlı çatışma” olarak adlandırmıştır. Bir devletin ordusuyla iç silahlı çatışmaya müdahil olması, iç çatışma taraflarının bir başka devlet adına hareket etmesi ya da iç çatışmanın tarafına “ayaklanan/ası” ya da “savaşan” statüsünün tanınması durumunda iç silahlı çatışma uluslararası hale gelmektedir.^[9] Yine, BM Andlaşmasının 2/4. maddesinde düzenlenen kuvvet kullanma yasağının istisnaları olan 51. madde kapsamında “meşru müdafaa” ve VII. Bölüm kapsamında Güvenlik Konseyi kararlarına dayanarak kuvvet kullanma durumları da, uluslararası silahlı çatışma kabul edilir. Silahlı çatışmaların “uluslararası” ya da iç silahlı çatışma yahut iç savaş olarak da tabir edilen “uluslararası nitelikte olmayan” olarak ayrılması uygulanacak hukuk kurallarının belirlemesi açısından önemlidir.

Silahlı çatışma durumlarında, İnsancıl Hukuk uygulanır. Uluslararası Kızılhaç Komitesi, İnsancıl Hukuku, “silahlı çatışma zamanlarında uygulanan hukuk” olarak tanımlamıştır. Bu Hukuk, silahlı çatışmaların başlangıcından itibaren,

[7] Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law, International Law Association , The Hague Conference 2010, s. 1 Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law, International Law Association, (Erişim Tarihi: 07.09.2016)

[8] Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 538

[9] IT-94-1-A, 15 July 1999, Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgement, para. 84, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf> (Erişim Tarihi: 30.04.2016)

muhasamatın sona erip genel bir barışa ulaşıncaya kadar ya da uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma durumlarında, barışçıl bir çözüm sağlanıncaya kadar uygulanır.^[10]

İnsancıl Hukukun kaynakları uluslararası hukukun kaynakları ile aynıdır. Yani, silahlı çatışmalarda esas olarak 1899-1907 La Haye Sözleşmeleri, 1949 Cenevre Sözleşmeleri, 1977 Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokoller, uluslararası örf-adet kuralları^[11] ve hukukun genel ilkeleridir^[12]. Ancak, daha önce de ifade edildiği gibi, İnsancıl Hukuk silahlı çatışmalarda uygulanacak *lex specialis* olmasına rağmen, İnsan Hakları Hukuku da silahlı çatışma durumlarında uygulanmaya devam eder. Uluslararası Adalet Divanı, Nükleer Silahlara İlişkin Danışma Görüşünde, İnsan Hakları Hukukunun genel, İnsancıl Hukukun özel nitelikli olduğunu teyit ederken, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin getirdiği korumanın, 4. maddesinin^[13] öngördüğü istisna dışında savaş zamanında durmayacağını belirtmiştir. Dolayısıyla, silahlı çatışma zamanlarında İnsancıl Hukukun uygulanması ile İnsan Hakları Hukuku bütünüyle uygulama dışı kalmamaktadır.^[14]

[10] YUCM, Prosecutor-Dusko Tadic a/k/a “DULE”, 2 Oct. 1995, The Judgement under Appeal, para. 70, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm> (Erişim Tarihi: 28.06.2016)

[11] Uluslararası Kızılhaç Örgütü, 2005 yılında 160 tane İnsancıl Hukuka ilişkin örf adet kurallarını derlemiştir. Jean- Marie Henckaerts&Louise Doswald-Beck, **Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku**, (Cilt 1: Kurallar, (Çev. Emre Öktem, Melike Batur Yamaner, Dolunay Özbek vd.) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 66, 2005

[12] İnsancıl Hukukta “Martens Kaydı” hukukun genel ilkesi kabul edilir.

[13] Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi madde 4 – Olağanüstü Durumlarda Yükümlülük Azaltma

1. Sözleşmeci Taraf Devletler, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durumun meydana gelmesi ve bunu resmen ilan etmeleri halinde, durumun zoruluklarının kesinlikle gerektirdiği ölçüde, uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerle aykırı düşmeyecek ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, toplumsal köken gibi sebeplerle ayrımcılık içermeyecek şekilde, bu Sözleşmedeki azaltma yapan tedbirler alabilir.

2.Sözleşmenin 6., 7., 8. (1. ve 2. fıkralar), 11., 15., 16., ve 18. Maddelerdeki yükümlülüklerde hiçbir azaltma yapılamaz.

3.Sözleşmedeki yükümlülüklerini azaltma yetkisi kullanan Sözleşmeye taraf bir devlet yükümlülük azaltmayı gerektiren sebepler hakkında Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri aracılığıyla Sözleşmeye taraf diğer devletleri derhal bilgilendirir. Yükümlülük azaltmanın sona erme tarihi de aynı yolla başka bir bildirimle iletilir.

[14] Fatma Taşdemir, “İnsan Hakları Hukuku ve İnsancıl Hukuk Açısından Türkiye’nin Ayrılcı Terör Örgütü PKK İle Mücadelesi” Gazi Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S.1, 2012, s. 113

İnsancıl Hukuk kapsamında, La Haye Sözleşmeleri, daha çok silahlı çatışmaların yürütülmesinde uygulanacak kuralları düzenlerken, Cenevre Sözleşmeleri, esas itibarıyla silahlı çatışmada, bir tarafın eline düşen düşman vatandaşlarına muamele ile ilgilidir. Geniş anlamda siviller ve diğer savaş kurbanları Cenevre Sözleşmelerinin uygulama alanı dışındadır.^[15] Cenevre Sözleşmelerine baktığımızda;

- 1 No’lu Cenevre Sözleşmesinin, kara savaşlarında silahlı kuvvetlerin hasta ve yaralıları,
- 2 No’lu Cenevre Sözleşmesinin, silahlı kuvvetlerin denizdeki hasta, yaralı ve kazazedelerini,
- 3 No’lu Cenevre Sözleşmesinin, savaş esirlerini ve
- 4 No’lu Cenevre Sözleşmesinin de sivilleri,

“korunan kişi” olarak kabul ettiklerini ve bu kişiler ile ilgili düzenleme yaptıklarını görürüz. Cenevre Sözleşmeleri ve Ek 1 No’lu Protokol yalnız uluslararası silahlı çatışma ve işgal durumlarında uygulanır. Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda Ek 2 No’lu Protokol hükümleri geçerlidir.^[16] Uluslararası örf adet hukukunun kuralı olarak Cenevre Sözleşmelerinin Ortak 3. maddesi yürürlüğünü hem uluslararası, hem de uluslararası olmayan silahlı çatışma durumları için devam ettirir. Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokoller, silahlı çatışmaların hukukiliği ya da meşruiyeti konusunda herhangi bir hüküm içermeksizin, fiili olarak varlıklarını kabul edip düzenleme yapmışlardır.^[17]

İnsancıl hukuk, aşağıdaki temel ilkeler üzerine kuruludur. Bunlar;

- İnsanilik, gereksiz acı vermeme,
- ayırt etme,
- oranlılık

ilkeleridir. Gereksiz acı vermeme, insanilik ve oranlılık ilkeleri iyiniyet çerçevesinde, düşmanın bütünüyle imha edilmesini amaçlamayıp, üstünlük sağlama amacına hizmet eder. Ayırt etme ilkesi ise, savaşın ile sivillerin, askeri hedefler

[15] Melanie Jacques , a.g.e., s.6

[16] Derek Jinks, “The Declining Significance of POW Status” **45 Harv. Int’l L. J.**, 2004, s.414

[17] Osman Nuri Özalp, “Özel Güvenlik ve Askeri Firmaların Uluslararası Hümaniter Hukuka Göre Statüsü ve Montreux Dokümanı Bağlamında Yeni Arayışlar”, **İÜHFİM**, C.LXVII, S. 1-2, 2009, s. 74

ile sivil hedefler arası fark gözetilmesini gerektirir. “Savaşan”lar, muhasamata doğrudan katılmaya hakkı olan kişilerdir ve karşı tarafın eline düştüklerinde savaş esiri olurlar.

- Devletin düzenli silahlı kuvvetleri,
- gönüllü gruplar ve milis kuvvetler

savaşan olarak kabul edilir ve silahlı saldırı fiilleri bu kişilere yöneltilebilir. Ancak; gönüllü gruplar ve milis kuvvetlerin savaşan sayılması için;

- astlarından sorumlu bir kumandanın komutasında olma,
- uzaktan görülebilir ayırıcı işaretleri bulundurma,
- silahlarını açıktan taşıma,
- operasyonlarında savaş hukuku kurallarına ve geleneklerine uygun davranma

şartlarını birlikte taşımaları gerekir. Sivil- savaşan ayrımı, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar için de geçerlidir.^[18] Savaşan sayılmayan kişiler sivil kabul edilir.

İnsancıl Hukukun ihlali, yerinden edilme sonucunu doğurur. İnsancıl Hukukta yasaklanan, köylerin yağmalanıp-yıkılması, yasak silahların kullanılması askeri operasyonlardan doğan tehlikelere karşı sivil nüfusun korunamaması, rehin alma, tecavüz, terör fiillerinin görülmesi, bunlara maruz kalan bireyleri güvende olabilecekleri, su, yiyecek, barınma sağlayabilecekleri alanlara doğru göçe zorlar.

İnsancıl Hukuk, onu imzalayan silahlı çatışmanın tarafı devlet ya da devlet içindeki örgütlü silahlı gruplar için bağlayıcıdır. Aşağıdaki Sözleşme ve Protokoller ile bağlı olduğu ön kabulüyle, silahlı çatışmanın olumsuz etkileri yüzünden ülkelerini terk eden bu kişilerin İnsancıl Hukukun konusu olup olamayacaklarına baktığımızda aşağıdaki 4 No’lu Cenevre Sözleşmesine, Ek 1 ve 2 No’lu Protokoller ile Cenevre Sözleşmeleri Ortak 3. maddeye göre değerlendirmemiz yerinde olur.

A1. 4 No’lu Cenevre Sözleşmesi

4 No’lu Cenevre Sözleşmesi, “Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi” adını taşır. 4 No’lu Sözleşme, -uluslararası silahlı

[18] 2 No’lu Ek Protokol, madde 13/2

çatışma kategorisine giren- savaş, savaşa varmayan silahlı çatışma ve hiçbir askeri dirençle karşılaşmamış olsa dahi işgal zamanlarında uygulanır.^[19] Bu Sözleşme, “savaştan devletin ülkesindeki düşman vatandaşları” ile “işgal altındaki ülkedeki yerleşikler”i korumaktadır. 4 No’lu Cenevre Sözleşmesine göre, Sözleşmeden yararlanabilecek siviller 4. maddede^[20] düzenlenmiştir. Bu koruma;

- 4 No’lu Cenevre Sözleşmesi ile bağlı devlet uyruklarının,
- savaştan devletin topraklarında, tarafsız devlet vatandaşları ile ortak savaştan devletin vatandaşlarının diplomatik temsilcilerinin olmadığı durumlarda ve
- diğer üç (1,2,3 No’lu) Cenevre Sözleşmesinin kapsamına girmeyen kişiler için söz konusudur.^[21]

4 No’lu Cenevre Sözleşmesi, kural olarak, savaştan devletin kendi vatandaşları ile ilişkisine müdahale etmez. Sözleşme, yukarıda bahsi geçen “korunan kişi” ler ile ilgili düzenleme yapmıştır. Korunan kişiler, yukarıda sayılan üç şartı birlikte taşıyanlar olup, savaştan devletin kendi vatandaşları değildir.

Sözleşme’nin 49 maddesinde, işgalci devletin, işgal edilen topraklardan kendi topraklarına veya başka devletin topraklarına bireysel ya da kitleler halinde nakil yapması ya da sürgün etmesi kural olarak yasaklanmıştır. Ancak burada bahsi geçen zorla nakil ya da zorla göç, korunan kişiler ile ilgilidir.^[22] Yine,

[19] 4 No’lu Cenevre Sözleşmesi, madde 2

[20] 4 No’lu Cenevre Sözleşmesi, madde 4“Bir çatışma veya işgal halinde, çatışmaya dahil bir tarafın, işgal devletinin her ne zaman ve her ne tarzda olursa olsun, eline düşen ve onların tabiyetinde olmayan kişiler işbu Sözleşmenin koruması altındadır. İşbu Sözleşme, onunla bağlı olmayan bir devletin tebaalarını korumaz. Savaşın bir devletin topraklarında bulunan tarafsız devlet tebaalarıyla savaştan ortak bir devletin tebaaları eline düştikleri devlet nezdinde kendi devletlerinin normal siyasi bir temsilciliği bulunduğu müddetçe, korunacak kişiler olarak düşünülemezler. Mamafih, II nci bap hükümlerinin bu hususta daha geniş bir uygulama alanı vardır ve bu cihet 13 ncü madde de tayin edilmiştir. Sefer halindeki silahlı kuvvetlere mensup yaralı ve hastaların vaziyetini ıslaha matuf 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi veya denizlerdeki silahlı kuvvetlere mensup yaralı, hasta ve kazazedelerin vaziyetini ıslaha matuf 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi, yahut da savaş esirlerine yapılacak muameleye mütedair 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi ile himaye edilen şahıslar, işbu Sözleşme medlulünce korunacak kişiler arasında düşünülemezler.

[21] **Commentary, IV Geneva Convction, Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War**, Ed. Jean S. Pictet, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958, s. 45, 46

[22] 4 No’lu Cenevre Sözleşmesinin 49/2. maddesine göre, korunan kişiler, halkın güvenliği ve mücbir askeri sebebin varlığı halinde geçici nitelikte nakil ya da sürgüne izin vermiştir.

Sözleşme'nin 27. maddesinde bahsi geçen "aile haklarının saygı", bütün aile üyelerinin, aile birliği içinde yaşamayı sürdürme hakkına, bunun da zorla göçün tipik özelliklerinden^[23] birine işaret etmesine rağmen, düzenlemenin korunan kişiler için olduğu madde metninden açıkça anlaşılmaktadır. Dolayısı ile bu hükümden işgal edilen devletin vatandaşlarının yararlanması söz konusu değildir.

Görüldüğü gibi, 4 No'lu Cenevre Sözleşmesi, yerinden edilen bütün sivilleri ilgilendirmeyip, yalnız yukarıda şartları sayılan korunan kişilere ilişkin düzenleme içermektedir. Ancak, bu Sözleşme'nin 15 ve 16. maddelerinde düzenlenen, savaştan ya da savaşmayan hasta ve yaralılar ile muhasamata iştirak etmeyen ve askeri nitelikte iş yapmayan sivil kişilerin korunması bağlamında kurulacak tarafsız bölgelerin yalnız korunan kişiler için olmayıp, silahlı çatışmaya taraf devletin kendi vatandaşlarını da kapsadığı belirtilmelidir.^[24]

A2. Ek 1 No'lu Protokol

Ek 1 No'lu Protokol, 4 No'lu Cenevre Sözleşmesindeki sivil kavramını genişletmiş ve sivillerin korunması konusundaki boşlukları doldurmuştur.^[25]

Ek 1 No'lu Protokolün 50/1. maddesinde siviller; savaş esiri statüsü ile ilgili 3 No'lu Cenevre Sözleşmesi ve Ek 1 No'lu Protokole göre belirlenmiştir. 3 No'lu Cenevre Sözleşmesinin, 4/A (1), (2), (3) ve (6)' maddesinde sayılanlar ile Ek 1 No'lu Protokolün 43. maddesinde sözü edilen kişi kategorilerine girmeyen kişiler sivil olarak kabul edilmiştir. Buna göre;

- Silahlı çatışma taraflarının silahlı kuvvetleri mensuplarıyla, bu silahlı kuvvetlere dahil milislerin ve gönüllü birliklerinin mensupları,
- Başlarında astlarından sorumlu bir kişinin bulunması, sabit ve uzaktan seçilebilir işarete sahip olmaları, silahlarını açıktan taşımaları ve hareketlerinde savaş kanunlarına ve geleneklerine uymaları kaydıyla, direniş hareketlerine katılanlarda dahil olmak üzere, çatışmanın tarafına mensup olup, kendi ülkeleri işgal altında olsa dahi, o ülkenin içinde ya da dışında faaliyette bulunan diğer milis mensuplarıyla gönüllü birlik mensupları,
- Kendilerini hükmünde tutan devletçe tanınmamış bir hükümet veya idareye tabiiyet iddiasında bulunan silahlı kuvvetler mensupları,

[23] Bonaventure Rutinwa, "Refugee Claims Based on Violation of International Humanitarian Law: The "Victim's" Perspective ", **15 Geo. Immigr. L. J.** , 2000-2001, s. 499

[24] Karen Hulme, "Armed Conflict and the Displaced", **17 Int'l J. Refugee L.** 2005, s. 99

[25] MAJ Keith Puls, "Protection of Civilians During Armed Conflict", **Law of War Handbook**, International & Operational Law Department, 2005, s.140

- Açıkça silah taşımak ve savaş kanunlarına ve geleneklerine uymak kaydıyla, düşmanın yaklaşması üzerine, muntazam silahlı kuvvetler halinde bir oluşuma vakit bulamadan, istila kuvvetleriyle mücadele etmek üzere kendiliklerinden silaha sarılan işgal edilmemiş bir ülkenin halkı ile
- Karşı tarafça tanınmayan bir hükümet ya da otorite tarafından temsil ediliyor olsa bile, aslarının davranışlarından sorumlu bir komutanın emri altında, İnsancıl Hukuk hükümlerine uyulmasını sağlayacak bir iç disipline sahip bütün örgütlü silahlı kuvvetler, silahlı gruplar ve silahlı birimler^[26] dışındaki kişiler sivildir.

Ek 1 No'lu Protokole göre, sivillerin korunmasına ilişkin temel ilkeler 75. maddede^[27] düzenlenmiştir. İlgili hüküm, bütün silahlı çatışma durumlarında ve 1, 2, 3, ve 4. No'lu Cenevre Sözleşmelerinde düzenlenen ve Ek 1 No'lu Protokolde de daha olumlu muameleden yararlanamayan kişilere uygulanacaktır. “Daha olumlu muameleden yararlanamayan kişilere...” ibaresi, silahlı çatışmaya taraf olan devletin kendi vatandaşlarını da kapsadığının göstergesidir. 75. madde, kişilerin sağlığına, yaşamına, onuruna saygı gösterilmesi, tutuklama ya da alıkonulma yahut da suçlu bulunma durumlarında belli kurallara riayet edilme hususlarında temel güvenceler sunmuştur. Ancak, silahlı çatışmanın zararlı etkileri yüzünden ülkelerinden kaçan kişilere yönelik müşahhas tedbirler yoktur.

Devletin kendi ülkesi içindeki vatandaşlarının korunması kapsamında değerlendirilebilecek, 4 No'lu Cenevre Sözleşmesinin 15 ve 16. maddelerine benzer şekilde, Ek 1 No'lu Protokolün 59 ve 60. maddelerinde askersizleştirilmiş ve savunulmayan bölgeler ile ilgili düzenleme yapılmıştır. ^[28]

BM Güvenlik Konseyinin, 1265, 1296, 1674 sayılı “Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması” başlıklı kararlarındaki sivil tabiri, silahlı çatışma tarafı olan devletin vatandaşlarını kapsamıştır.^[29] Koruma sorumluluğu kapsamında da

[26] 3 No'lu Cenevre Sözleşmesi, madde 4A/ 1,2,3,6, Ek 1 No'lu Protokol, madde 43

[27] Ek 1 No'lu Protokol, madde 75. Bu Protokol'ün 1. Maddesinde öngörülen durumlardan biri tarafından etkilendikleri ölçüde, çatışmaya Taraflardan birinin gücü altında bulunan ve Sözleşmeler veya bu Protokol altında daha olumlu muameleden yararlanmayan kişilere her şart altında insanca davranılacak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din veya inanç, siyasi veya diğer görüşler, ulusal ya da sosyal köken, varlık, doğum veya diğer statüler ya da başka benzer kriterlerden ötürü aleyhte ayırımı tabi tutulmadan asgari olarak bu Madde tarafından sağlanan korumadan yararlanacaklardır...”

[28] Karen Hulme, a.g.m., s. 99

[29] S/RES/1674, 28 April 2006, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1674\(2006\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1674(2006))
S/RES/1296, 19 April 2000, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1296\(2000\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1296(2000))

değerlendirilebilecek bu Kararlar, sivillerin korunmasını, insan haklarına saygıyı, demokrasiyi, yoksulluğun ortadan kaldırılmasını vurgular. BM Andlaşmasına göre, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasından temel sorumluluğu ve silahlı çatışmaların önlenmesi amacıyla tedbir alınmasının önemini yükümlenir. Acilen uygun mekanizmaların kurulmasını öngörür ancak uygulamada belki çok rastlanmamıştır.

A3. Ek 2 No'lu Protokol

Ek 2 No'lu Protokolün 4. maddesinde, çocuklar ve silahlı çatışmalara katılmayan kişiler için– Ek 1 No'lu Protokolün 75. maddesine benzer şekilde– temel güvenceler getirilmiştir. Öldürme, işkence, terör, kölelik, kişinin onuruna yönelik saldırılar, fuhuş, yağma gibi fiiller yasaklanmış, özellikle çocuklara yardım ve bakım konusunda düzenleme yapılmıştır.

Ek 2 No'lu Protokolün 13. maddesinde sivil halkın askeri operasyondan kaynaklanan tehlikelere karşı korunması düzenlenmiş, sivil halk arasında korku doğuran şiddet hareketleri yasaklanmıştır. 14. maddesinde sivil halkın hayatta kalması için vazgeçilmez olan malzemenin korunması başlığı altında, sivillerin aç bırakılması, gıda maddelerinin, gıda maddelerinin yetiştirildiği tarım alanlarının, ekinlerin, içme suyu ve sulama tesislerinin yok edilmesi, kullanılmaz hale getirilmesi yasaklanmıştır. 17. maddesinde, sivillerin güvenliği ya da zorunlu askeri nedenlerin gerekli kılması hali dışında sivil çatışmaya dayalı sebeplerden dolayı halkın zorunlu olarak yer değiştirmesi emri verilemeyeceği, sivillerin silahlı çatışmaya dayalı sebepler dolayısı ile kendi topraklarını terk etmeye zorlanamayacağı düzenlenmiştir.

A4. Cenevre Sözleşmeleri Ortak 3. Madde

Cenevre Sözleşmelerinin Ortak 3. maddesi uluslararası örf-adet kuralıdır. Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda da uygulanır. Ortak 3. madde, düşmanlıklara doğrudan doğruya iştirak etmeyen siviller ile belli özellikler gösteren savaşanlar için söz konusudur. Bu kişiler için “savaş dışı” tabiri kullanılmıştır.^[30]

S/RES/1265, 17 September 1999, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1265\(1999\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1265(1999))
(Erişim Tarihi: 08.08.2016)

[30] IT-01-42-A, 17 July 2008, Prosecutor v. Pavle Strugar, in the Appeals Chamber, para. 175, <http://www.icty.org/x/cases/strugar/acjug/en/080717.pdf> (Erişim Tarihi: 03.01.2016)

Cenevre Sözleşmelerinin Ortak 3. maddesi, silahlarını teslim eden silahlı kuvvetler mensuplarıyla, hastalık, zorunluluk, tutukluluk ya da herhangi bir sebeple silahlı çatışma dışı kalmış olan kimseler de dahil olmak üzere, silahlı çatışmaya doğrudan katılmayan kişilere her durumda ırk, renk, din yada inanç, cinsiyet, doğum, servet veya bunlara benzer bir ölçüte dayanan bir fark gözetilmeksizin insani muamele yapılmasını öngörür. Bu kişilerin, yaşamına veya beden bütünlüğüne kast edilmesi, sakatlanması, zulüm, işkence yapılması, onurlarının kırılması yasaktır. Bu kişiler rehin alınamayacaktır. Tarafsız ve bağımsız mahkeme kararı olmaksızın mahkum ve idam edilemeyeceklerdir. Bu kişilerden, yaralı ve hasta olanlar toplanacak ve tedavi edilecektir.

Görüldüğü üzere İnsancıl Hukuk, Devletin kendi vatandaşları ile ilişkisine, vatandaşlarının yer değiştirmeleriyle ilgili özgün kurallar içermez. İnsancıl hukukta, yerinden edilmiş kişilere ilişkin uluslararası hukuki bir rejim yoktur. İnsancıl hukuka riayet edildiği müddetçe, kişiler ülkelerini terk etmek zorunda kalmayacaklardır. Ancak, her yerin savaş alanı olabildiği, silahlı çatışmalarda, gereksiz acı vermeme, oranlılık ve savaştan sivil ayrımı gibi temel ilkelerin gözetilmediği, düşmanın yalnız askeri direnişini kırmak değil, bütünüyle mahvolması hedeflenen günümüz savaşlarında kişiler ülkelerini terk etmek zorunda kalmaktadırlar. 4 No'lu Cenevre Sözleşmesinde olmasa da, diğerlerinde örtülü olarak bahsedilen devletin sivil halkının korunması, en temel insan haklarının karşılanması dünyadaki diğer devletlerin inisiyatifine bırakılmaktadır.

MÜLTECİ HUKUKU VE YERİNDEN EDİLENLER

B1. Mülteci Sözleşmesi

Silahlı çatışma durumlarında, İnsancıl Hukukla birlikte İnsan Hakları Hukuku da yürürlükte kalır. Bu çerçevede, silahlı çatışma dolayısı ile ülkelerinden kaçan kişilere İnsan Hakları Hukuku çerçevesinde Mülteci Sözleşmesinin uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır.

Mülteci Sözleşmesinin 1. maddesinde mülteci;

“...ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku sebebiyle yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen ...” kişi olarak tanımlanmıştır.

Mülteci Sözleşmesine göre, mültecilik için ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden “zulme uğramaktan haklı sebeple korku” gereklidir. Mültecilik, zulüm kavramından hareket eder. Ancak zulüm, ne Mülteci Sözleşmesinde, ne de 1967 Protokolünde tanımlanmamıştır.^[31] Zulüm kavramı kasıtlı olarak tanımlanmamış, zulüm tanımının yapılmaması ile ilgili olarak da, zulmün herhangi bir olay ya da yargısal görüşte “incitici/yaralayıcı ya da baskıcı” hareket olarak ifade edildiği, bu şekilde dar ve edebi tanımların problem oluşturacağı, Mülteci Sözleşmesinin insani ruhunu tehlikeye atacağı ve sığınma kurumunu sınırlayacağı gerekçe gösterilmiştir.^[32]

Zulüm, Oxford Dictionaries’te, “özellikle, ırkıdan, dini ya da politik düşüncesinden dolayı kötü muamele ya da düşmanlık, eziyet”, “ısrarlı taciz, sıkıntı” olarak ifade edilmiştir.^[33] Fripp, zulmün Latince, “düşmanca niyetle takip etme” kökünden türediğini belirtmiştir. Diğer insan hakları belgelerinde ve İnsancıl Hukukta da tanımlanmamış, UCM Roma Statüsünde, tanımı yapılmaksızın insanlığa karşı suçlar içinde sayılmıştır.^[34] Türkçede, “takibat” ve “özellikle yoğun tazyik” anlamında kullanılmıştır.^[35] Silahlı çatışmalardan kaçanlara Mülteci Sözleşmesinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışması, insan haklarında “zulüm” ile uluslararası ceza hukukunda “zulüm” kavramının aynılığına ya da farklılığına bağlanmıştır.^[36]

Mülteci Sözleşmesinde zulüm kavramı tanımlanmadığından silahlı çatışma durumlarında uygulanmasıyla ilgili bu Sözleşme’nin yorumu önemli olmuştur. Uluslararası sözleşmelerin yorumlanması ile ilgili 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (VAHS), andlaşmanın konu ve amacına uygun olarak iyiniyetle yorumlanması ve iyiniyetle yorumun muğlak ve anlaşılmaz olduğu

[31] Eric Fripp, “International Humanitarian Law and the Interpretation of ‘Persecution’ in the Article 1A(2) CSR51”, **International Journal of Refugee Law.**, Vol.26, No:3, 2014, s.385

[32] Metindeki, “injurious” terimi incitici/yaralayıcı, “oppressive” terimi ise baskıcı olarak çevrilmiştir. Paul Weis, **The Refugee Convention, 1951, The Travaux Preparatoires Analysed with a Commentary**, <http://www.unhcr.org/4ca34be29.pdf>, (Erişim Tarihi: 03.07.2016)

[33] <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/persecution> (Erişim Tarihi: 02.07.2016)

[34] Hugo Storey & Rebecca Wallace, “War and Peace in Refugee Law Jurisprudence”, **The American Journal of International Law**, Vol.95, No:2, (Apr. 2001), s. 364

[35] “itisaf” ya da “itisafat” kelimelerinin karşılığı olarak. Ümit Hassan, Işıl Özkan’ın Göç, İltica ve Sığınma Hukuku Kitabının Takdiminde, “Işıl Özkan, **Göç, İltica ve Sığınma Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013”, s.8

[36] Kate Jastram, “Looking to Human Rights and Humanitarian Law to Determine Refugee Status”, **106 Am Soc’y Int’l L. Proc.**, 2012, s. 439

durumlarda tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulmasını öngörmüştür.^[37] Mülteci Sözleşmesini yorumladığımızda şu argümanları göz önünde bulundurmak gereklidir. Mülteci Sözleşmesinin Başlangıç kısmında; İmzacı tarafların BM Andlaşması ve 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde (İHEB) yer alan insanların ana hürriyetlerden ve insan haklarından ayırım gözetmeksizin faydalanmaları ilkesini teyit ettiğini dikkate aldığı ifade edilmiştir.^[38] İHEB'nin 14. maddesinde “*herkesin zulüm altında başka ülkelere sığınma ve sığınma olanaklarından yararlanma hakkı*” na yer verilmiştir. Mülteci Sözleşmesinin Raportör Weis tarafından yapılan yorumunda, Başlangıç kısmının bağlayıcı olmadığı ancak, Sözleşme'nin yorumunda kullanılabileceğinden önemli olduğuna açıkça yer verilmiştir.^[39]

Hukuki metinlerin yorumlanmasında tarihi yorum metodundan yola çıkarak, Mülteci Sözleşmesinden önceki metinlere bakıldığında; Milletler Cemiyeti Döneminde, 1933 Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme ve 1938 Almanya'dan gelen Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşmede kişiler için zulüm görme şartı aranmamıştır. 1946 Uluslararası Mülteci Örgütü Anayasasında, “Nazi, Faşist ya da BM'ye karşı bunları destekleyen rejimlerin kurbanları”, “İspanyol Cumhuriyetçiler ve İspanya'daki Falanjist rejimin diğer kurbanları”, “ırkı, dini, milliyeti ya da siyasi düşüncesi sebebiyle İkinci Dünya Savaşı başlamadan önce mülteci sayılanlar” gibi özel kategoriler mülteci olarak kabul edilmiştir.^[40]

BMMYK El Kitabında, “ulusal ya da uluslararası silahlı çatışma yüzünden ülkesinden ayrılmaya zorlanan kişiler Mülteci Sözleşmesi ve 1967 Protokolüne göre mülteci olarak düşünülemez.” olduğu, ancak bu kişilere Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 Ek 1 No'lu Protokol tarafından uluslararası bir koruma sağlandığı

[37] VAHS 31/1 .Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.

VAHS 32. 31. maddenin uygulanmasından hasil olan manayı teyid etmek veya 31. maddeye göre yapılan yorum,

a- manayı muğlak veya anlaşılmaz bırakıyorsa,

b- çok açık bir şekilde saçma olan veya makûl olmayan bir sonuca götürüyorsa, manayı tespit etmek için andlaşmanın hazırlık çalışmalarına ve yapıma şartları dahil, tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabilir.

[38] Eric Fripp, a.g.m., s. 386,387

[39] Paul Weis, <http://www.unhcr.org/4ca34be29.pdf>, Erişim Tarihi:03.07.2016

[40] 1948 Uluslararası Mülteci Örgütü Anayasasında, “Almanya ve Avusturya'da yaşayan Yahudi kökenlilere, yabancılara ya da evsizlere de mültecilik için başvuru hakkı tanınmıştır. Çünkü bu kişiler, Nazi zulmünün kurbanları, tutuklananlar, göçe zorlananlar olarak düşmanca ve savaş fiillerinden etkilenenler olarak kabul edilmiştir. Eric Fripp, a.g.m., s. 387

ifade edilmiştir.^[41] Buna göre, Mülteci Sözleşmesi ve 1967 Protokolü, “genel şiddet”ten ya da silahlı çatışmadan kaçan kişilere uygulanmayacaktır.^[42]

Mülteci Sözleşmesinin Başlangıç kısmında İHEB ve BM Andlaşmasına, İnsan Hakları Hukukuna gönderme yapılırken, İnsancıl Hukuka gönderme yapılmaması, VAHS ilgili hükümlerine göre zulüm kavramının silahlı çatışmadan kaçanlar için uygulanamayacağının delili olarak sunulmuştur.^[43]

Silahlı çatışmalardan ya da iç savaşlar sebebiyle olan zulümden kaçanları mülteci olarak kabul etmeyen görüşe göre; İç savaşların büyük bölümü, ırk, din, politik görüş sebebiyle doğmaktadır. İç savaşlardaki zulüm, silahlı çatışmanın olağan sonucudur. Bu durumlarda İnsancıl Hukuk kuralları uygulanmalıdır. Yine, zulüm eğer bütün insanları etkiliyor ise, Mülteci Sözleşmesinde aranan zulüm olarak değerlendirilmemelidir.^[44] Mülteci Sözleşmesine göre, mültecilik için aranan zulümün silahlı çatışma ya da başka sebepten doğması önemlidir.^[45] Mülteci Sözleşmesi zulümün bütün türleri ile ilgilenmemektedir. Geniş ölçekte şiddet hareketleri ya da sistematik olarak insan hakları ihlalleri, ayrımcılık temeline oturmamış ise Mülteci Sözleşmesinde aranan zulüm olarak değerlendirilemeyecektir. Ayrıca, ayrımcılığa dayanmış olsa dahi, söz konusu zulüm genel bir tehdit olmamalıdır. Örneğin, dini farklılıktan doğan bir iç savaşta kaçanlar, Mülteci Sözleşmesinde öngörülen zulme uğramış sayılmayacaklardır.^[46]

Bir başka görüşe göre ise, mültecilik için, zulümün silahlı çatışma ya da başka bir sebepten doğup doğmadığı önemli değildir. Önemli olan, korunan grup ile ciddi zarar arası bağlantıdır.^[47] Silahlı çatışma ya da iç savaşta kaçan kişiler Mülteci Sözleşmesine göre mülteci olarak korunamazlarken, 1969 Afrika Birliği Mülteci Sözleşmesine (ABMS) göre mülteci kabul edilmektedirler. ABMS'nin 1/2 maddesine göre, “dışsal saldırı”, “işgal” ve “yabancı baskısı” yüzünden

[41] **Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status**, Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugee, Reissued, Geneva, December 2011, s. 33

[42] Storey ve Wallace, Mülteci Sözleşmesi ve 1967 Protokolünün silahlı çatışma ya da genel şiddetten kaçanlara uygulanmaması yaklaşımına az rastlandığını ifade etmişlerdir. Hugo Storey & Rebecca Wallace, a.g.m., s. 350

[43] Eric Fripp, a.g.m., s. 397

[44] Hugo Storey & Rebecca Wallace, a.g.m., s.353

[45] Bonaventure Rutinwa, a.g.m., s. 512

[46] Hugo Storey & Rebecca Wallace, a.g.m.,s.354

[47] Hugo Storey & Rebecca Wallace, a.g.m., s.354

ülkesinden ayrılmaya zorlanmış kişi mülteci olarak tanımlanmıştır.^[48] 1984 tarihli Cartagena Deklarasyonunun da, mülteci tanımının Mülteci Sözleşmesi ve 1967 Protokolünde geniş kabul edilmesi, genel şiddet, yabancı işgali, iç çatışmalar, insan haklarının ciddi ihlali ya da kamu düzenini ciddi şekilde bozan diğer durumlarda kişilerin yaşam, güvenlik ve özgürlüklerinin tehdit edildiği durumlar sebebiyle ülkesinden göç eden kişilerin mülteci olarak kabul edilmesi önerilmiştir. Mülteci Sözleşmesinin iç savaş ve silahlı çatışmadan kaçan kişileri mülteci olarak kabul etmemesinin nedeninin, uluslararası toplumun bu hallerde kaçanların akınını önleyemeyeceği endişesi olduğu tahmin edilmiştir.^[49]

Mülteci Sözleşmesinin, silahlı çatışmadan kaçanlar için uygulanmamasını savunanlar, bunu mutlak bir engel de saymamışlardır. Silahlı çatışma mağduru olan kişiler, gerçekte silahlı çatışmadan bağımsız bir zulme uğramış olabilirler. Bu tür durumlarda, kişi İnsancıl Hukuk dikkate alınmadan İnsan Hakları Hukukuna göre değerlendirilecek, silahlı çatışma ya da barış durumlarında, gerçek zulüm görme riski açısından incelenecektir. Örneğin, mültecilik talebinde bulunan kişiler, 2 No'lu Protokolün 13/2 ve 14. maddelerine göre yani, kasıtlı olarak sivillere saldırı yapılması sebebiyle ya da sivil nüfusun savaş yöntemi olarak açlığa maruz bırakılması nedeniyle ülkesine geri dönemiyor ise bu durumda İnsancıl Hukuk hükümleri uygulanacaktır. Çünkü kişinin karşılaştığı zulüm görme riski yalnız “sivil” kişi olması dolayısıyla değildir. Ancak kişinin, sivil olması dolayısı ile değil Mülteci Sözleşmesinde sayılanlardan en az biriyle bireysel olarak zulüm görmesi durumunda Mülteci Hukuku uygulanacaktır.^[50] Bu durumda zulüm, silahlı çatışmaların “normal” ya da “anormal” özellik göstermesine bağlı olarak incelenecektir. Silahlı çatışmalardaki saldırılar, savaşan gruplardan biri tarafından sistematik şekilde genel bir şiddet doğurmuyor ise bu silahlı çatışmadan kaçan kişiler için Mülteci Sözleşmesi kapsamında zulüm söz konusu olacaktır. Irki, etnik ya da politik temelli bir silahlı çatışma ya da iç savaş olduğunda bu ihtimal çok da uzak değildir.^[51]

Storey ve Wallace, silahlı çatışmalardaki genel şiddet ile Mülteci Sözleşmesindeki bireysel zulmü, “farklı risk yaklaşımı” olarak adlandırmışlar ve

[48] Afrika'daki Mülteci Sorunlarının Özel Yönlerini Düzenleyen Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi 1/2.madde “Mülteci” terimi aynı zamanda, kendi menşe ülkesinin ya da vatandaşı olduğu ülkenin bir bölümünde ya da tümünde, dış saldırı, işgal, yabancı egemenliği ya da kamu düzenini ciddi biçimde bozan olaylar nedeniyle, menşe ülkesi ya da vatandaşı olduğu ülke dışında bir başka yerde sığınma aramak için daimi ikamet ettiği yeri terk etmeye zorlanan herkes için geçerli olacaktır.”

[49] Hugo Storey & Rebecca Wallace, a.g.m., s. 351

[50] Hugo Storey & Rebecca Wallace, a.g.m., s.359

[51] Hugo Storey & Rebecca Wallace, a.g.m., s. 362, 363

eleştirmişlerdir. Farklı risk yaklaşımının, ne Mülteci Sözleşmesi metninde ne de yorumlarda yer almadığını ileri sürmüşlerdir. Ancak, Mülteci Sözleşmesinin uygulanmaması açısından sonuç değişmemiştir. Çünkü, Storey ve Wallace, zulüm kavramının aynılığından bağımsız olarak, başvuru ihtimalinin genişliği sebebiyle Mülteci Sözleşmesinin iç savaşın genel sonuçlarına karşı koruma sağlamayacağını savunmuşlardır. Ancak, zulmün özel bir gruba karşı yöneltildiği genel şiddet zamanlarında doğan belli risklerin, Mülteci Sözleşmesinde aranan zulüm olarak değerlendirilebileceğini ifade etmişlerdir. Buna, Etiyopya ve Eritre ilişkisini de örnek göstermişlerdir. Etiyopya'dan Eritye'ye yapılan akınların sebebi, Etiyopya Hükümetinin azınlık ırka karşı yönelttiği soykırım fiilleri sebebiyle meydana gelen iç savaştır. Burada, kişilerin ırklarından dolayı maruz kaldıkları bir zulüm vardır.^[52] Esasen, Mülteci Sözleşmesinin uygulanması için aranan zulüm şartı gerçekleşmiş olmasına rağmen, mülteciliğin başvuru yoğunluğuna göre hukuk uygulanacaktır ya da uygulanamayacaktır.

Doktrinde ağırlıklı görüş, silahlı çatışmadan kaçanlar için Mülteci Sözleşmesindeki mültecilik statüsü verilmemesidir. Ancak, ihtiyaçtan dolayı geçici ya da tamamlayıcı koruma gibi silahlı çatışmadan kaçanları da kapsayacak belli koruma usulleri geliştirilmiştir.

B2. Geçici Koruma

Avrupa Birliğinin yayınladığı belli raporlar Mülteci Sözleşmesinin uygulama alanını genişletmiştir. 1981 tarihli Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-Scale Influx adındaki rapor ile kitleler halinde sınırlara yığılan insanlar için geçici koruma verilmesi öngörülmüştür. Rapor'da, geçici korumanın uluslararası mülteci hukukunda yeni bir koruma şekli olmadığı ifade edilmiş, kitle akınlarına karşı geçici koruma statüsü vermenin devletlerin egemen hakkı olduğu vurgulanmıştır.^[53] Dolayısı ile devletlerin geçici koruma statüsü verme konusunda zorlanmaları söz konusu değildir. 1996-1998 tarihli, Progress Report on Informal Consultations on the

[52] Bonaventure Rutinwa, a.g.m., s. 513

[53] 1956'da Macar mültecilerin Avusturya'ya, 1971'de Doğu Pakistanlı Mültecilerin Hindistan'a, 1975-1980 arası Hindistanlı mültecilerin Güneydoğu Asya'ya kitleler halinde akınları örnek gösterilmiştir. Kitle akınlarının, onlara geçici koruma verecek devlet kadar uluslararası barış ve güvenliği de tehdit edeceği vurgulanmıştır. Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-Scale Influx (Geneva 21-24 April 1981), EC/SCP/16/Add.1, 17 July 1981, <http://www.unhcr.org/3ae68cd04.html>, (Erişim Tarihi:11 .10. 2016)

Provision of International Protection to All Who Need It, 1998^[54] ve 2001 tarihli Protection of Refugees in Mass Influx Situation: Overall Protection Framework, Global Consultation on International Protection, 2001^[55] raporları ülkelerini terk edip başka ülkelere sığınanların hukuki durumlarını, geçici korumanın asgari standartlarını, geçici koruma statüsünden yararlanamayacakların özelliklerini düzenlemiştir. Geçici koruma, güvenli şekilde ülkeye dönünceye ya da kalıcı şekilde üçüncü bir ülkeye yerleştirilinceye kadar barınmanın sağlandığı bekleme istasyonu niteliğinde görülmüştür.^[56] 2001 tarihli AB Geçici Koruma Yönergesinde, geçici koruma ile ilgili bazı kavramlar sabitlemiştir. Buna göre; Yerinden edilen kişiler, yaygın şiddet, silahlı çatışma ya da insan haklarının sistematik yahut da genelleşmiş ihlalleri dolayısıyla ciddi risk altında bulunanları ifade etmiştir. Kitle akınları, belli bir ülke ya da coğrafi bölgeden geniş sayıda yerinden edilmiş kişinin Topluluğa ulaşması olarak tanımlanmıştır. Kitleler halinde gelen bu kişilere, mülteci statüsü verilmesi taahhüt edilmeden, geçici koruma verilebileceği, belirtilmiştir. Yine, geçici korumadan yararlanan kişilerin herhangi bir zamanda sığınma başvurusunda bulunabilecekleri, başvurunun incelenmesinin geçici koruma süresi bittikten sonra yapılacağı, geçici koruma bittiğinde, yabancılara ilişkin genel kuralların uygulanacağı yer almıştır.^[57] Geçici koruma, Mülteci Sözleşmesinde mülteciler için sunulan imkan ve hakları sınırlı şekilde sağlayacaktır.

Daha önce de ifade edildiği gibi, esasen geçici korumanın yeni bir kavram olmadığı, Mülteci Sözleşmesinin 9. maddesinden geçici korumanın çıkarılabileceği ileri sürülmüştür. Buna göre; “*İşbu Sözleşmenin hiçbir hükmü bir taraf devletin, savaş zamanında veya diğer vahim ve özel hallerde, belli bir kimse hakkında bu kimsenin gerçekte bir mülteci olduğu ve kendisiyle ilgili söz konusu tedbirlerin, bu devletin milli güvenliği açısından devamının gerektiği tespit edilinceye kadar, milli güvenliği için elzem saydığı tedbirleri geçici olarak almasını engellemeyecektir.*”

[54] Progress Report on Informal Consultations on the Provision of International Protection to All Who Need It, EC/48/SC/CRP.32, Standing Committee, 25 May 1998, <http://www.unhcr.org/3ae68cff4.html>, (Erişim Tarihi: 11.10. 2016)

[55] Protection of Refugees in Mass Influx Situation: Overall Protection Framework, Global Consultation on International Protection, EC/GC/01/4, 19 February 2001, First Meeting, <http://www.unhcr.org/3ae68f3c24.pdf>, (Erişim Tarihi: 11.10.2016)

[56] Joan Fitzpatrick, Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime. **The American Journal of International Law**. Vol. 94, No.2 , 2000, s. 282,283

[57] 2., 3., 17. ve 20. maddelerinde düzenlenmiştir. Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:212:0012:0023:EN:PDF> (Erişim Tarihi: 17.08.2016), ayrıntılı bilgi için ; Işıl Özkan, a.g.e., s.226-229, Bülent Çiçekli **Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 115-116

hükmü dayanak gösterilmiştir. Geçici koruma, kitlesel sığınma gibi olağanüstü durumlar için “istisnai önlem”, “pragmatik araç”, “acil koruma tedbiri” olarak kabul edilmiştir.^[58] 2014 tarihli, BMMYK İcra Komitesinin Sonuç Raporunda da, geçici korumanın, kitle akınları durumunda mülteci statüsü verilmemiş kişilere geçici koruma sağlamak amacıyla özel koruma sağladığı bir kez daha vurgulanmıştır.^[59]

Geçici korumanın süresi ile ilgili olarak da, Sözleşme'nin 33/1 maddesinde düzenlenen geri göndermeme ilkesinin istisnası niteliğinde 33/2. maddesinde^[60] “bulunulan ülkenin güvenliği” dayanak gösterilerek mülteci hukukunun temel ilkelerinden “geri göndermeme ilkesi” tartışılmıştır.^[61] AB Geçici Koruma Yönergesindeki bu hükme dayanarak, geçici korumanın 1 yıl için verileceği, bu sürenin 6 ay veya en fazla 1 yıl kadar uzatılabileceği düzenlenmiştir.^[62] Ancak uygulamada, bu sürelerle riayet edilmediği tanıklık ettiğimiz Suriye'deki silahlı çatışmanın sonucunda görülür. Bu tür durumlar için süre tesbit etmek, bir yandan insan hakları, öte yandan da günümüzün on yıllar süren silahlı çatışmalarında ev sahibi ülkelere olan yükü açılardan iki ucu keskin bıçağı çağırıştırır.

B3. Tamamlayıcı Koruma

Geçici korumanın olduğu gibi, süreç içinde gelişen bir diğer durum ise tamamlayıcı korumadır. Tamamlayıcı koruma, “uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle kişilerin yaşamlarına ya da şahsına yönelik ciddi ve bireysel tehdit durumlarında

[58] Ayrıntılı bilgi için; Ümmühan Elçin Ertuğrul, En Ağır Yük; İnsan Yükü ve Uluslararası Hukukta Yükün Paylaşılması”, **Uluslararası 1. Orta Doğu Sempozyumu Bildirileri**, 1. Cilt, Ankara, 2014, s. 567

[59] **A Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions**, Office of the United Nations High Commissioner for Refugees Division of International Protection, 7th Edition, June 2014, s. 123

[60] Mülteci Sözleşmesi m.33/2. Bununla beraber, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkum olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci işbu hükümden yararlanmayı talep edemez.

[61] EC/SCP/16/Add.1, UNHCR, 17 July 1981, Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-Scale Influx (Geneva 21-24 April 1981) <http://www.unhcr.org/excom/scip/3ae68cd04/report-meeting-expert-group-temporary-refugee-situations-large-scale-influx.html> (Erişim Tarihi: 01.08.2016)

[62] Madde 4, Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:212:0012:0023:EN:PDF> (Erişim Tarihi: 17.08.2016),

verilmektedir.^[63] Avrupa Birliği Konseyinin 2004 yılında kabul ettiği Uluslararası Koruma Yönergesi ile mülteci ya da uluslararası korunma ihtiyacında olan kişilerin statülerine ya da vasıflarına ilişkin asgari standartlar düzenlenmiştir.^[64] 2013 tarihli AB Tamamlayıcı Koruma Düzenlemesinde, ciddi zarar görme riski yüzünden vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu ülkeye dönemeyen ve ülkesinin korumasından yararlanamayan kişilerin tamamlayıcı koruma hakkından mahrum bırakılmayacağı ifade edilmiştir. Kişilerin ülkelerine döndüklerinde karşılaşacakları ölüm cezası, işkence, gayri insani muamelemuamele, onur kırıcı davranış, uluslararası nitelikte olmayan ya da uluslararası silahlı çatışmalarda ayırım gözetmeyen şiddet nedeniyle kişilerin yaşamlarının bireysel ve ciddi tehditleri ciddi zarar olarak tanımlanmıştır. Söz konusu metinde mülteci tanımı hem zulüm görme korkusuyla ülkesine dönemeyenleri hem de savaş, şiddet, çatışma, insan haklarının ciddi ihlalleri sebebiyle ciddi zarar görme korkusu taşıyan kişileri kapsamaktadır.^[65]

Görüleceği gibi, Mülteci Sözleşmesine göre, mülteci statüsü tanınmaktan kaçınılmış, Sözleşme'deki korumanın kapsamı devlet uygulamaları, Avrupa Birliği metinleri, BMMYK, BM Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi Kararları ile genişletilebilmiştir. Bu hem insani ihtiyaçtan, hem de yoğun insan hakları düzenlemelerinin etkisinden kaynaklanmıştır.^[66]

Geçici Koruma ya da Tamamlayıcı Koruma statülerinin tanınması devletlerin egemenlik yetkileri içinde kabul edilmiş olsa da, Avrupa Birliği ülkeleri, AB çerçevesinde kabul edilen metinleri iç hukuklarının bir parçası haline getirmekle yükümlüdürler. BMMYK İcra Komitesi de, 7 Ekim 2005 tarihli tamamlayıcı koruma şekillerini kapsayan uluslararası koruma ilkelerine ilişkin sonuç raporunda, uluslararası korunma ihtiyacında olup da, Mülteci Sözleşmesine göre

[63] Maria-Teresa Gil-Bazo, "New Issues in Refugee Research, Refugee Status, Subsidiary Protection, and the Right to be Granted Asylum under EC Law", **UNHCR , The UN Refugee Agency Policy Development and Evaluation Service**, Research Paper No. 136, November 2006, s.11

[64] Council Directive 2004/83/EC, 29 April 2004, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0083:en:HTML> (Erişim Tarihi: 22.11.2016) Ancak bu Yönerge, BMMYK tarafında Avrupa Birliği üyesi ülkelerin riayet etmemeleri nedeniyle sıkça eleştirilmiştir. Işıl Özkan, a.g.e., s. 233

[65] European Union (Subsidiary Protection) Regulations, 2013. Procedures for the Investigation and Determination of Applications for Subsidiary Protection, para. 4.1, 4.2 <http://www.inis.gov.ie/en/INIS/SP%20INFORMATION%20NOTE%20FINAL%2013%20NOVEMBER%202013.pdf/Files/SP%20INFORMATION%20NOTE%20FINAL%2013%20NOVEMBER%202013.pdf> (Erişim Tarihi: 26.11.2016) Maria-Teresa Gil-Bazo, a.g.m., s.10

[66] Bonaventure Rutinwa, a.g.m., s. 517

koruma bulamayan kişilere, devletlerin iç hukuklarında tamamlayıcı koruma sağlamaları ihtiyacına ve devletlerin bunu sorumluluk olarak algılamalarına vurgu yapmıştır.^[67] Avrupa Birliği Adalet Divanında (ABAD) görülen Elgafaji -Hollanda arasında görülen davada mülteci hukuku ile ilgili bir kısım hususların netleşmesi, hem de AB hukukunun, üye devletlerin iç hukuklarının bir parçası haline getirilmeleri açısından örnek gösterilebilir. AB'nin 2004/83/EC Yönergesi, bir yabancıнын sınırdışı edildiğinde işkence, kötü muamele ya da cezaya maruz kalacağını ispat ettiğinde, üye devletin ilgili yabancıya oturma izni vermesini düzenlemiştir. Irak vatandaşları olan Elfagaji çifti ülkelerine geri gönderildiklerinde gerçek bir riskle karşılaşacaklarını iddia etmelerine rağmen oturma izni taleplerinin reddi, Yönerge'nin ilgili maddesinin yorumunu ön sorun olarak ele alınmasını gerektirmiştir. ABAD, Yönerge hükmü ile bağlantılı olarak, uluslararası ya da uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma durumlarında sivil halka ayırım gözetmeksizin uygulanan şiddetin, -tamamlayıcı koruma için aranan- kişinin şahsının ve yaşamının bireysel ve ciddi zararın varlığı için yeterli olacağına karar vermiştir.^[68] Özkan, ülkesinde genelleşmiş şiddet ve baskı altında olan kişilerin zulüm tehlikesi altında olduklarını ispat etme yükümlülükleri olmadığını ileri sürmüştür. Ülkesindeki genelleşmiş şiddet ya da baskı sebebiyle, kişilerin zulüm altında olduklarını ispat edememe durumları için "de facto mültecilik" ya da "insancıl mültecilik" kavramlarını kullanmıştır. Bu statülerin takdirinin, mülteciyi kabul eden ev sahibi devletin ulusal hukukunun inisiyatifinde olduğunu savunmuştur. Mülteci Sözleşmesindeki duruma çok yakın olup, mültecilik talepleri reddedilen kişiler için de facto mülteci statüsünü, ciddi tehdit altında olan diğer kategori için ise insancıl mülteci statüsünü uygun görmüştür.^[69] Bununla ilgili bir örnek de, 15 Ekim 2015 tarihinde,

[67] **Conclusion on the Provision of International Protection Including Through Complementary Forms of Protection**, UNHCR Executive Committee of the High Commissioner's Programme, No. 103 (LVI), 7 October 2005

[68] C-465/07 Elfagaji v.Staatssecretaris van Justitie, Judgment of 17 February 2009, http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/07c465_en.pdf (Erişim Tarihi: 22.11.2016), Işıl Özkan, a.g.e., s. 305

[69] Özkan, Mültecilik Sözleşmesi ve 1967 Protokolünde yer almayan koruma şekillerinin – kabul eden ülkenin iç hukukuna dayanan inisiyatifine göre- söz konusu olabileceğinden bahsetmiştir. mültecilik hukuku ile ilgili statülerin takdirinde, ulusal hukukun etkisi göstermek amacıyla Almanya Mevzuatını örnek göstermiştir. Alman Mevzuatına göre;
- Mülteci Sözleşmesindeki tanıma uyan ve güvenli bir ülkeden geçmeden Almanya'ya gelenler için "sığınmacı"
- Mülteci Sözleşmesindeki tanıma uyan ve güvenli bir ülkeden geçerek gelen ancak geldikleri güvenli ülkeye dönemeyenler için "daha az sığınmacı"
- Mülteci Sözleşmesindeki tanıma uymaksızın Almanya'ya gelen -mülteci kabul edilmemesi sebebiyle ülkesine geri gönderilebilecek olan- fakat döneirse işkence ya da hayatı ve özgürlükleri ciddi şekilde tehlikeye girebilecek kişiler için, "insancıl oturma izni"

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde (AİHM) görülen L.M. and Others v. Russia Davasında görülür. Rusya, kendi ülkesine sığınan, Suriye'nin Halep ve Şam kentlerinden gelen Suriye vatandaşı iki kişi ile Filistinli olan bir vatansız kişinin mültecilik taleplerini reddetmiştir. Rusya'nın Ulusal Mahkemesi, söz konusu kişilerin izinsiz şekilde ikamet etmeleri ve çalışmalarını dolayısı ile tutuklanmalarına ve Suriye'ye sınırdışı edilmelerine karar vermiştir. AİHM, Rusya Ulusal Mahkemesinin, İlgililerin, Suriye'ye geri gönderildiklerinde yaşam ve kişisel güvenlik tehlikesi ile karşı karşıya kalacaklarını bildirmelerine rağmen, ispat edemedikleri gerekçesi ile sınırdışı kararında direnmesini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı ile 3. maddesinde düzenlenen işkence yasağını ihlal ettiğine hükmetmiştir. AİHM Kararında, BMMYK'nin Ekim 2014 tarihli, Avrupalı devletlerin çoğunda, Suriye vatandaşlarını ülkelerine geri gönderme konusunda de facto erteleme uygulamasının olduğunu ifadesine yer vermiştir.^[70]

Hernekadar, BM ve AB'nin kararlarında ve hukuki düzenlemelerinde yerinden edilmiş kişiler için düzenlemeler yapılmış ve bunlar mahkeme kararları ile uygulamada desteklenmiş olsa da, zayıf nitelikli bu korumalar uluslararası andlaşmanın konusu olmadığı gibi, kanımızca uluslararası örf adet kuralı haline de dönüşmemiştir.^[71] İnsancıl Hukukun silahlı çatışmadan kaçan kişileri koruyamayışı, mülteci hukuku ile ilgili yeni pozitif düzenlemelerin uluslararası hukuka kazandırılması ve Mülteci Hukukunun reform edilmesini zorunlu kılmaktadır. Bilinir ki, herhangi bir reform politikasında, bu politikanın uygulanması önemlidir. Bu değişikliklerin uygulanması ve etkisi hem teoride, hem de uygulamada kültürel değişikliklere bağlıdır. Mülteci ve göç politikasının değişikliği mülteci ve mültecilere karşı yükümlülüklerin kavramlaştırılmasına ihtiyaç vardır.

- Savaş mültecileri için⁷ geçici 6 aylık koruma statüsü" verilmektedir. Işıl Özkan, a.g.e., s. 305

[70] L.M. and Others v. Russia, ECHR (323) 2015, Judgment, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE OF L.M. AND OTHERS v. RUSSIA"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-157709"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Erişim Tarihi: 18.11.2016)

[71] Mülteci yükünün paylaşılması, uluslararası yükümlülük haline gelmemiş, "yardım"ın ötesine geçememiştir. Mülteci yükünün paylaşılmasına ilişkin, mültecilerin fiziksel olarak bölüşülmesini öngören kota sistemi, tazminat sistemi, ülkelerinden ayrılmadan ülke içinde güvenli bölge oluşturulması sistemi ve diğer öneriler diğer kendi içinde problemlili ve uygulanabilirliği sınırlıdır. Ümmühan Elçin Ertuğrul, a.g.m., s. 572-575

SONUÇ

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK), Haziran 2015 tarihli raporunda dünya çapında yaklaşık 59.5 milyon kişinin evlerinden kaçmaya zorlandığını belirtmiştir.^[72] Hukuken yerinden edilme olarak tanımlayabileceğimiz bu kaçışın en büyük sebebini silahlı çatışmalar oluşturur. Silahlı çatışma sırasında uygulanan hukuk insancıl hukuktur. Bu Hukuk, silahlı çatışmaların başlangıcından itibaren, muhasamatın sona erip genel bir barışa ulaşıncaya kadar ya da uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma durumlarında, barışçıl bir çözüm sağlanıncaya kadar uygulanır.^[73] Ancak, silahlı çatışmalar sırasında İnsan Hakları Hukuku da yürürlüğünü devam ettirir.

İnsancıl Hukukun bir parçası olan Cenevre Sözleşmeleri, düşmanlıklarda aktif olarak yer almayan ve düşman tarafın eline düşen silahlı çatışma kurbanlarını korur. 4 No'lu Cenevre Sözleşmesi, silahlı çatışmalarda sivillerin korunmasını düzenlemiştir. Ancak, bu Sözleşme'de düzenlenen sivil kapsamına, silahlı çatışmanın tarafı olan devletin kendi vatandaşları dahil değildir. Dolayısıyla silahlı çatışma yüzünden ülkelerini terk eden kişiler, bu Sözleşme'ye göre sivil sayılmayıp, koruma altında değildirlir. Ek 1 No'lu Protokolde silahlı çatışma sırasında, silahlı çatışmanın tarafı olan ülkenin kendi vatandaşları da sivil kapsamına alınmış, dolayısıyla ülkelerini terk etmelerine sebep olan fiiller Protokol'ün ihlali anlamına gelmiştir. Yine aynı şekilde, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaları düzenleyen Ek 2 No'lu Protokol de, benzer düzenleme yapılmıştır. Cenevre Sözleşmelerinin minyatürü ve uluslararası örf-adet kuralı kabul edilen Cenevre Sözleşmelerinin Ortak 3. Maddesi muhasamata doğrudan iştirak etmeyen kişilere insanca muameleyi öngörmüştür. Bu kuralların ihlali, hukukun ihlal edenin sorumluluğunu doğurur. Ancak, günümüzde yıllarca süren silahlı çatışmalarda bu ihlal sorumluluğu üstlenilmemektedir. Mevcut sistemde, İnsancıl Hukukun, devletin kendi vatandaşları ile ilişkisine ya da yer değiştirmelerinden sonrasına ilişkin özgün kurallar içermediği görülür.

İnsan Hakları Hukuku, devlet ile ülkesel yetki alanı içindeki bireyleri ya da ilgili devletin vatandaşları arasındaki ilişkileri düzenler. İnsan Hakları Hukukunun bir parçası kabul edilen Mülteci Hukuku ise, zulüm görme korkusuyla vatandaşlık bağıyla bağlı olan ülkeden ayrılp başka ülkelerde olan insanları

[72] <http://www.unhcr.org/en-us/news/latest/2015/6/558193896/worldwide-displacement-hits-all-time-high-war-persecution-increase.html> , <http://www.unhcr.org/turkey/home.php?content=640> (Erişim Tarihi: 27.06.2016)

[73] YUCM, Prosecutor-Dusko Tadic a/k/a "DULE", 2 Oct. 1995, The Judgement under Appeal, para. 70, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm> (Erişim Tarihi: 28.06.2016)

korumayı, onlara yardım etmeyi amaçlar ve mülteci ile sığınılan devlet arasındaki ilişkileri düzenler.^[74] Mülteci Hukukunda temel hukuki metin, evrensel nitelikli Mülteci Sözleşmesidir. Mülteci Sözleşmesine göre, mültecilik için ırk, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden “zulme uğramaktan haklı sebeple korku” gereklidir. Özellikle, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar, din, ırk temelli olsa dahi, doktrinindeki ağırlıklı görüş silahlı çatışmadan kaçanlara Mülteci Sözleşmesinin uygulanmamasıdır. Bu konuda da hareket noktasını, Mülteci Sözleşmesinde ve 1967 Protokolünde tanımlanmayan zulüm oluşturmuştur. Bazı yazarlar, Mülteci Sözleşmesinde aranan zulüm ile silahlı çatışma dolayısıyla ortaya çıkan zulmün farklı olduğunu, dolayısıyla silahlı çatışmadan kaçanlara Mülteci Sözleşmesinin uygulanamayacağını savunmuşlardır. Söz konusu görüşün savunucuları, Mülteci Sözleşmesinin aradığı zulmün “bireysel”, silahlı çatışma dolayısı ile ülkelerini terk eden kişilerin karşılaştıkları zulmün “genel” nitelikli olduğunu dolayısıyla silahlı çatışmadan kaçanlara Mülteci Sözleşmesinin uygulanmayacağını iddia etmişlerdir. Bazı yazarlar ise, Mülteci Sözleşmesinde aranan zulüm ile silahlı çatışma dolayısıyla ortaya çıkan zulüm arasında fark görmese de, silahlı çatışmadan kaçanlara -mülteci sayılacak kişi sayısının çokluğu sebebiyle- Mülteci Sözleşmesinin uygulanamayacağını ileri sürmüşlerdir.^[75]

Bireysel zulümden hareket eden Mülteci Sözleşmesi -mevcut haliyle-, silahlı çatışmalardan kaçanları “mülteci” olarak korumamaktadır. AB Hukuku kaynaklı, kitleler halinde uluslararası sınırlara dayanan bireyler için, geçici bir tedbir olarak düzenlenen ve geri göndermeme ilkesiyle bağlı olmaksızın “geçici koruma” kurumu geliştirilmiştir. Yine, uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle kişinin şahsına ya da yaşamına yönelik ciddi ve bireysel tehdit durumlarında verilen “tamamlayıcı koruma” statüsü tanınması kabul edilmiştir. Tamamlayıcı korumanın sebebi, “kişinin şahsına ya da yaşamına yönelen ciddi ve bireysel tehdit”tir. Bu tehdit ya da ciddi zarar riski, kişilerin ülkelerine döndüklerinde karşılaştıkları ölüm cezası, işkence, gayri insani muamele, onur kırıcı davranış gibi fiiller ile uluslararası nitelikte olmayan ya da uluslararası silahlı çatışmalarda ayırım gözetmeyen şiddetin sonucu sayılmıştır. Bu tehdit ya da zarar riskine maruz kalacak kişiler, vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları ülkeye gönderilmeyeceklerdir. Elfagaji ile Hollanda ve L.M. and Others ile Rusya arasındaki gibi davalarda, silahlı çatışma yüzünden ülkelerini terk eden kişiler lehine sonuç alınmıştır. Ancak kanımızca, silahlı çatışmadan kaçanlar ya da kitleler halinde ülkelerinden ayrılan kişiler

[74] Melanie Jacques, a.g.e., s.8, 9

[75] Hugo Storey & Rebecca Wallace, a.g.m., s. 351, Eric Fripp , a.g.m., s. 397

için örf-adet kuralına dönüşmemiştir. Çünkü, örf-adetin maddi unsurunu oluşturan “genel uygulama”yı belki günümüz için görmek güçtür. Yine, örf-adet hukukunun hukukununmanevi unsuru olan “hukuk kuralı olduğu inancı”nın ise, dünyadaki silahlı çatışmalardan kaçan kişi sayısı ile koruma bulan kişi sayısı kıyaslandığında doğmamış olduğu görülür. Kaldı ki, hem Mülteci Sözleşmesi tartışmalarında, mülteci statüsü, hem de Geçici Koruma Yönergesinde, geçici koruma statüsü vermenin ilgili devletin egemenlik yetkisi içinde olduğu ifade edilmiştir. [76]

Silahlı çatışmalardan kaçanların uluslararası hukuktaki korunması, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları Hukuku açısından mevcut haliyle yetersizdir. Bölgesel düzenlemeler ve bir kısım mahkeme kararları ile desteklenen zayıf nitelikli koruma, uluslararası örf adet kuralına dönüşmemiştir. Elbette ki, bir tarafta insan haklarının, öte tarafta da günümüzün on yıllar süren silahlı çatışmalarında ev sahibi ülkelere olan yükü iki ucu keskin bıçak gibidir. Ancak, uluslararası toplum bu her iki ağır yükü dengelemek zorundadır. O sebeple, yeni hukuki düzenlemelere ihtiyaç vardır. Evrensel hukuki metinlerde, ABMS ya da Cartegana Deklarasyonunda olduğu gibi, mülteci tanımının silahlı çatışmalardan kaçanları da kapsayacak şekilde yeniden yapılması, silahlı çatışmalardan kaçanların yeniden yerleştirilmesi, ve devletler arası işbirliğinin artırılması bir çözüm olabilse de, gerçek, kalıcı ve ideal çözüm, silahlı çatışmaların önlenmesi olacaktır

KAYNAKÇA

A/71/PV.3, General Assembly, Seventy-First Session, 3rd Plenary Meeting, 19 September 2016, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/71/PV.3 (Erişim Tarihi: 16.11.2016)

A Thematic Compilation of Executive Committee Conclusions, Office of the United Nations High Commissioner for Refugees Division of International Protection, 7th Edition, June 2014

Bonaventure Rutinwa, “Refugee Claims Based on Violation of International Humanitarian Law: The “Victim’s” Perspective “, 15 Geo. Immigr. L. J. , 2000-2001, s. 497-517

Bülent Çiçekli Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.

[76] Işıl Özkan, a.g.e., s. 46, Protection of Refugees in Mass Influx Situation: Overall Protection Framework, Global Consultation on International Protection, EC/GC/01/4, 19 February 2001, First Meeting, <http://www.unhcr.org/3ae68f3c24.pdf>, (Erişim Tarihi: 11.10.2016)

Bülent Daver, “Savaş ve Barış Üzerine”, Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, Cilt: 3, Sayı:10,1992, s. 181-186

C-465/07 Elfagaji v.Staatssecretaris van Justitie, Judgment of 17 February 2009, http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/07c465_en.pdf (Erişim Tarihi: 22.11.2016)

Commentary, IV Geneva Convetion, Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Ed. Jean S. Pictet, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1958.

Conclusion on the Provision of International Protection Including Through Complementary Forms of Protection, UNHCR Executive Committee of the High Commissioner’s Programme, No. 103 (LVI), 7 October 2005

Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:212:0012:0023:EN:PDF> (Erişim Tarihi: 17.08.2016)

Council Directive 2004/83/EC, 29 April 2004, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0083:en:HTML> (Erişim Tarihi: 22.11.2016)

Derek Jinks, “The Declining Significance of POW Status” 45 Harv. Int’l L. J., 2004, s.367-442

EC/SCP/16/Add.1, UNHCR, 17 July 1981, Report of the Meeting of the Expert Group on Temporary Refugee in Situations of Large-Scale Influx (Geneva 21-24 April 1981 <http://www.unhcr.org/excom/scip/3ae68cd04/report-meeting-expert-group-temporary-refugee-situations-large-scale-influx.html>) (Erişim Tarihi: 11.10.2016)

Eric Fripp, “International Humanitarian Law and the Interpretation of ‘Persecution’ in the Article 1A(2) CSR51”, International Journal of Refugee Law., Vol.26, No:3, 2014, s.382-403

European Union (Subsidiary Protection) Regulations, 2013. Procedures for the Investigation and Determination of Applications for Subsidiary Protection, <http://www.inis.gov.ie/en/INIS/SP%20INFORMATION%20NOTE%20FINAL%2013%20NOVEMBER%202013.pdf/Files/SP%20INFORMATION%20NOTE%20FINAL%2013%20NOVEMBER%202013.pdf> (Erişim Tarihi: 26.11.2016)

Fatma Taşdemir, “İnsan Hakları Hukuku ve İnsancıl Hukuk Açısından Türkiye’nin Ayrılıkçı Terör Örgütü PKK İle Mücadelesi” Gazi Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S.1, 2012, s.107-151

Final Report on the Meaning of Armed Conflict in International Law, International Law Association , The Hague Conference 2010., file:///C:/Users/U.El%C3%A7in%20Ertu%C4%9Frul/Downloads/final_report.pdf, (Erişim Tarihi: 07.09.2016).

Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status, Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugee, Reissued, Geneva, December 2011.

Hugo Storey&Rebecca Wallace, “War and Peace in Refugee Law Jurisprudence”, The American Journal of International Law, Vol.95, No:2, (Apr. 2001), s. 349-366

Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/persecution> (Erişim Tarihi: 02.07.2016)

<http://www.unhcr.org/en-us/news/latest/2015/6/558193896/worldwide-displacement-hits-all-time-high-war-persecution-increase.html> <http://www.unhcr.org/turkey/home.php?content=640> (Erişim Tarihi: 27.06.2016)

Işıl Özkan, Göç, İltica ve Sığınma Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013,

IT-01-42-A, 17 July 2008, Prosecutor v. Pavle Strugar, in the Appeals Chamber, para. 175, <http://www.icty.org/x/cases/strugar/acjug/en/080717.pdf> (Erişim Tarihi: 03.01.2016)

IT-94-1-A, 15 July 1999, Prosecutor v. Dusko Tadic, Judgement, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf> (Erişim Tarihi: 30.04.2016)

Jean- Marie Henckaerts&Louise Doswald-Beck, Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, (Cilt 1: Kurallar, (Çev. Emre Öktem, Melike Batur Yamaner, Dolunay Özbek vd.) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 66, 2005

Joan Fitzpatrick, Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime. The American Journal of International Law. Vol. 94, No.2 , 2000, s.279-305

Karen Hulme, “Armed Conflict and the Displaced”, 17 Int’l J. Refugee L. 2005, s. 91-116

Kate Jastram, “Looking to Human Rights and Humanitarian Law to Determine Refugee Status”, 106 Am Soc’y Int’l L. Proc., 2012, s. 436-439

L.M. and Others v. Russia, ECHR (323) 2015, Judgment, [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE OF L.M. AND OTHERS v. RUSSIA"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-157709"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Erişim Tarihi: 18.11.2016)

MAJ Keith Puls, “Protection of Civilians During Armed Conflict”, Law of War Handbook, International & Operational Law Department, 2005, s.137-161

Maria-Teresa Gil-Bazo, “New Issues in Refugee Research”, Refugee Status, Subsidiary Protection, and the Right to be Granted Asylum under EC Law, UNHCR ,

The UN Refugee Agency Policy Development and Evaluation Service, Research Paper No. 136, November 2006.

Melanie Jacques, *Armed Conflict and Displacement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

Osman Nuri Özalp, “Özel Güvenlik ve Askeri Firmaların Uluslararası Hümaniter Hukuka Göre Statüsü ve Montreux Dokümanı Bağlamında Yeni Arayışlar”, İÜHFİM, C.LXVII, S. 1-2, 2009, s. 57-77

Paul Weis, *The Refugee Convention, 1951, The Travaux Préparatoires Analysed with a Commentary*, <http://www.unhcr.org/4ca34be29.pdf>, (Erişim Tarihi: 03.07.2016)

Progress Report on Informal Consultations on the Provision of International Protection to All Who Need It, EC/48/SC/CRP.32, Standing Committee, 25 May 1998, <http://www.unhcr.org/3ae68cff4.html>, (Erişim Tarihi: 11.10.2016)

Protection of Refugees in Mass Influx Situation: Overall Protection Framework, Global Consultation on International Protection, EC/GC/01/4, 19 February 2001, First Meeting, <http://www.unhcr.org/3ae68f3c24.pdf> (Erişim Tarihi: 11.10.2016)

S/RES/1296, 19 April 2000, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1296\(2000\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1296(2000)) (Erişim Tarihi: 08.08.2016)

S/RES/1265, 17 September 1999, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1265\(1999\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1265(1999)) (Erişim Tarihi: 08.08.2016)

S/RES/1674, 28 April 2006, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1674\(2006\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1674(2006)) (Erişim Tarihi: 08.08.2016)

Ümmühan Elçin Ertuğrul, “En Ağır Yük; İnsan Yüğü ve Uluslararası Hukukta Yüğü Paylaşılması”, *Uluslararası 1. Orta Doğu Sempozyumu Bildirileri*, 1. Cilt, Ankara, 2014, s. 565-585

YUCM, Prosecutor-Dusko Tadic a/k/a “DULE”, 2 Oct. 1995, *The Judgement under Appeal.*, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/en/51002.htm> (Erişim Tarihi: 28.06.2016)

Makaleler

Articles

LİSANSLI OLMAYAN FUTBOL MENAJERİYLE YAPILAN SÖZLEŞMENİN GEÇERLİLİĞİ

Prof. Dr. Hasan PETEK*

GİRİŞ

Günümüzde futbol, büyük bir ekonomik sektör hâlini almıştır. Bu sektörün en önemli aktörleri ise, futbolculardır; çünkü elde edilen sportif başarıyı yeteneklerini ve emeklerini ortaya koyarak sağlamakta, futbolun popüler hâle gelmesine büyük katkı vermektedirler. Fakat bunu hakkıyla yerine getirebilmek için, gerek sportif faaliyetlerinin yürütülmesinde gerekse transfer süreçlerinde uzman yardımına ihtiyaç duymaktadırlar. Örneğin dilini ve kültürünü bilmedikleri ülkelere transfer olurlarken ve burada yaşarlarken, karşılaştıkları zorluklarda kendilerine menajerleri yardımcı olmaktadır. Özellikle transfer sözleşmelerinin yapılmasında futbolcu ile kulüp arasında bağlantı kuran, sözleşme görüşmelerini yapan, temsil ettiği tarafa en faydalı olacak şekilde sözleşme şartlarının belirlenmesine çalışan futbol menajerlerinin Türkiye Futbol Federasyonu'nun düzenlemelerine göre lisanslı olmaları gerekmesine rağmen, bazen lisanssız kişiler de bu tür faaliyetleri yürütebilmektedir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin verdiği bir kararda^[1], futbolcunun, lisanslı olmayan futbol menajerinin^[2] hizmetlerinden yararlanmaya ilişkin yaptığı sözleşmenin geçerli olmadığı sonucuna varılmıştır. Kararda bu sonuca ulaşılmasına yarayan gerekçeler açıklanmakla birlikte, kanaatimizce bu gerekçeler sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğuracak nitelikte değildir.

Çalışmamızda söz konusu karar incelenecektir. Olayın özeti, çözümlenmesi gereken hukukî problem ve mercilerin çözüm tarzı belirtildikten sonra, görüşümüz açıklanırken öncelikle futbol menajeri hakkında bilgi verilmiş, menajerlik sözleşmesi taraflarının hakları ve borçları ile menajerlik sözleşmesinin hukukî niteliği açıklandıktan sonra, lisanslı olmayan futbol menajeriyle yapılan sözleşmenin geçerli olup olmadığı -Yargıtay'ın gerekçeleri doğrultusunda- değerlendirilmiş, son olarak da olayda dürüstlük kuralının etkisinden ve uyuşmazlıkların çözümünden söz edilmiştir.

I. OLAYIN ÖZETİ

Davacı, davalı futbolcu ile 20.12.2006 tarihinde 3 yıl süreli “*futbolcu menajeri sözleşmesi*” imzaladığını, davalı tarafından aynı tarihte kendisine vekâletname de verildiğini, menajerlik çalışmaları sonucunda davalının 3.1.2007 tarihinde Karşıyaka Spor Kulübü'nden Vestel Manisaspor Kulübü'ne transfer olup beş yıllık sözleşme imzaladığını, bu transfer sebebiyle ödenmesi gereken menajerlik ücretinin ödenmediğini, davalının daha sonra Karşıyaka Spor Kulübü ile anlaş- tığını ve yine ücret ödenmediğini, davalının 15.1.2008 tarihinde Trabzonspor Kulübü'ne transfer olduğunu ve menajerlik ücretinin yine ödenmediğini, söz konusu ücret alacaklarının sözleşmede öngörüldüğü üzere aylık %5 faiziyle birlikte ödenmesi gerektiğini, yine taraflar arasındaki sözleşme gereği 50.000 Dolar cezaî şartın da davalıdan tahsili gerektiğini, kendisinin resmî futbolcu temsilcisi olmayıp sözleşme serbestisi ilkesine göre davalıyla sözleşme akdettiğini

[1] 13.HD., 23.2.2016, 2014/22582, 2016/5295 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[2] Yargıtay kararına konu uyuşmazlığın doğduğu tarihte yürürlükte olan (12.06.2003 tarih ve 25151 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren) Türkiye Futbol Federasyonu Futbolcu Temsilcileri Talimatı'nda “*futbolcu temsilcisi*” terimi yer aldığından Yargıtay kararında da bu terim kullanılmıştır. Fakat günümüzde yürürlükte olan (9.6.2015 tarihinde yürürlüğe giren) Futbol Menajerleri İle Çalışma Talimatı'nda “*futbol menajeri*” terimi tercih edildiğinden, çalışmamızda da -incelenen karara ilişkin olmadığı sürece- bu terim kullanılacaktır. Bu Talimat'ın 25. maddesine göre de “*Bu talimatın yürürlüğü girmesi ile TFF Statüsü ve diğer talimat ve düzenlemelerinde “futbolcu temsilcilerine” yapılan atıflar “futbol menajerlerine” yapılmış sayılır.*”

Yeni Talimat'ta futbolcu temsilcisi yerine, futbol menajeri teriminin kullanılması yerinde olmuştur; çünkü sadece futbolcunun değil, kulübün de temsilciliği (menajerliği) yapılabilmektedir.

belirterek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere şimdilik 10.000,00 TL alacağıнын ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalı, davacının lisanslı futbolcu temsilcisi olduğu yönündeki telkini nedeniyle sözleşme imzaladığını, ancak daha sonra gerçeği öğrenince Türkiye Futbol Federasyonu mevzuatına uygun olarak lisanslı futbolcu temsilcisi olan E.K. ile 16.5.2007 tarihli menajerlik sözleşmesi imzaladığını, davacının kendisine menajer olarak herhangi bir hizmetinin bulunmadığını, Vestel Manisaspor Kulübü'yle imzalanan sözleşmede davacının kulübün temsilcisi olduğunu, Vestel Manisaspor Kulübü'yle imzalanan sözleşmenin zaten yürürlüğe girmedğini, Karşıyaka Spor Kulübü'yle imzalanan sözleşmede de davacının herhangi bir hizmetinin bulunmadığını, aynı şekilde Trabzonspor Kulübü'ne transfer olmasında da davacının bir katkısının olmadığını, davacının resmî futbolcu temsilcisi olmadığı için ücret talep edemeyeceğini, kendisinin lisanslı başka bir temsilcisinin bulunduğunu belirterek davanın reddini dilemiştir.

II. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEM

Olay bakımından çözümlenmesi gereken, Türkiye Futbol Federasyonu tarafından çıkartılan (sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte olan) Futbolcu Temsilcileri Talimatı (günümüzde yürürlükte olan Futbol Menajerleri İle Çalışma Talimatı) hükümlerine göre lisanslı olmayan bir futbolcu temsilcisiyle (futbol menajeriyle) yapılan sözleşmenin Borçlar Hukuku kurallarına göre geçerli olup olmadığı, böyle bir sözleşmeden menajerin ücret alacağıнын doğup doğmadığıdır.

III. MERCİİLERİN ÇÖZÜM TARZI

A) YEREL MAHKEMENİN KARARI

Davaya bakan mahkemece, “sözleşmenin geçerli olduğu, davacının bilirkişi raporunda belirtilen ücret, faiz ve cezai şart alacağına hak kazandığı, ancak sözleşmenin karşılıklı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması, davalının, menajerlik ücreti ödeme borcuna karşılık, davacının da, davalının menfaatine olacak şekilde transfer görüşmeleri yapması, transfer olmasını sağlaması, meslekî açıdan gelişmesine katkıda bulunması gerektiği, davacının bu borçlarını yerine getirmemesine rağmen, davalının kendi gayreti veya başka bir menajerin hizmetinden yararlanarak elde ettiği konumundan pay alacağı hususu göz önüne alındığında Borçlar Kanunu'nun 44. maddesi gereğince menajerlik ücretinden ve cezai şarttan %50 oranında indirim yapılması gerektiği” kabul edilerek, taleple bağlı kalınmak suretiyle davanın kabulüne, 10.000,00 TL'nin 7.4.2008 tarihinden itibaren işleyecek aylık %5

faiziyle birlikte davalıdan tahsiline, fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmasına karar verilmiş, hüküm taraflarca temyiz edilmiştir.

B) YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİNİN KARARI

Temyiz incelemesinde Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin kararına göre “*Davacı, davalı ile imzalamış olduğu futbolcu menajerliği sözleşmesi gereğince, ödenmeyen ücret ve cezaî şarta ilişkin alacaklarının, faiziyle birlikte tahsili istemiyle eldeki davayı açmıştır.*”

5894 sayılı “*Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun*” ve iş bu Kanun’un uygulanmasına dair “*Futbolcu Temsilcileri Talimatı*” hükümlerine göre, yasal olarak profesyonel futbolcu temsilciliği yapabilmek için Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) nezdinde lisanslı futbolcu temsilcisi yetki belgesine sahip olunması gerektiği kuşkusuzdur. Bunun için de TFF Başkanlığı tarafından yapılan sınavlarda başarılı olunması ve Futbolcu Temsilcileri Talimatında öngörülen diğer yükümlülüklerin ifası zorunludur. Yine “*Futbolcu Temsilcileri Talimatı*”na göre, profesyonel futbolcular, ancak bu talimatta belirlenen şartlara uygun olarak Federasyon tarafından düzenlenmiş lisansa sahip futbolcu temsilcilerinin hizmetlerinden yararlanabilir ve bu temsilciler ile sözleşme imzalayabilirler. Futbolcuların, bu talimata uygun olarak verilmiş, geçerli bir lisansı bulunmayan kişilerle temsilcilik sözleşmesi imzalamaları ya da hizmetlerinden yararlanmaları yasaktır.

Somut olayda ise davacının, TFF nezdinde tescilli, lisanslı futbolcu temsilcisi olmadığı sabittir. Dolayısıyla davacının, yasal olarak haiz olmadığı hâlde, Kanun ve buna bağlı olarak çıkarılan Talimatla öngörülen futbolcu temsilciliği statüsünün sağladığı hakları kullanması mümkün değildir. Davacı, sadece TFF nezdinde tescilli, lisanslı futbolcu temsilcilerine tanınmış olan “*münhasırlık*” yetkisine dayanarak hak talebinde bulunamaz. Özel hukuk sistemimizde geçerli olan “*sözleşme serbestisi*”, sınırsız bir hak ve yetki olmayıp, sözleşme serbestisine kamu düzeni açısından bazı sınırlamalar getirilmiştir. Kanuna ve emredici mevzuat hükümlerine aykırı sözleşme yapılamaz. O hâlde iş bu davada dayanılan 20.12.2006 tarihli “*Futbolcu Temsilcisi Sözleşmesi*”, davacının TFF nezdinde lisanslı futbolcu temsilcisi olmaması nedeniyle, 5894 sayılı “*Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun*” ve iş bu Kanun’un uygulanmasına dair “*Futbolcu Temsilcileri Talimatı*” hükümlerine aykırı olup, geçersizdir. Davacı geçersiz olan sözleşme hükümlerine dayanarak hak talebinde bulunamaz. Mahkemece aksine düşüncelerle sözleşmenin geçerli olduğundan bahisle yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”

IV. GÖRÜŞÜMÜZ

A) GENEL OLARAK FUTBOL MENAJERİ

Futbol Menajerleri İle Çalışma Talimatı'nın 2. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine göre menajer, “*Belli bir ücret karşılığında veya ücretsiz olarak, profesyonel futbolcu sözleşmesi müzakeresi yürütmek amacıyla futbolcu veya kulüpleri temsil eden veya kulüpler arasında transfer müzakeresi yürütmek amacıyla kulüpleri temsil eden TFF'den lisans almış gerçek kişileri*”; aynı maddenin (f) bendine göre lisans ise, “*Bir gerçek kişinin menajerlik faaliyeti yürütebilmesi için bu talimat kapsamında TFF'den temin etmesi gereken 'Futbol Menajerliği Lisansı'nı*” ifade etmektedir^[3].

Görüldüğü gibi futbol menajeri ancak gerçek kişiler olabilir; Talimat hükümleri doğrultusunda faaliyette bulunabilmesi için de, menajerin TFF'den lisans almış olması gerekir. Nitekim Talimat'ın 3. maddesinin birinci fıkrasında, futbolcuların ve kulüplerin bu talimatta öngörülen istisnalar saklı kalmak kaydıyla^[4], profesyonel futbolcu sözleşmesi müzakerelerini ve/veya transfer müzakerelerini yürütmek için futbol menajerlerinin hizmetlerinden yararlanabilecekleri belirtilerek, menajerden yararlanmanın zorunlu olmadığı ifade edilmiştir. Bununla

[3] Uyuşmazlığın doğduğu tarihte yürürlükte olan Futbolcu Temsilcileri Talimatı'nın 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre, futbolcu temsilcisi “*Bu talimat hükümleri çerçevesinde Federasyon tarafından 'futbolcu temsilcisi' lisansı verilmiş gerçek kişiyi*” ifade etmekteydi.

Genel olarak menajerin ise “*bir sporunun veya sanatçının mesleki işlerini düzenleyen ve yöneten kimse*” olarak tanımlandığı görülmektedir (Özkurt, M.Emin: Futbolda Sporcu Temsilciliği, İstanbul Barosu Dergisi Spor Hukuku Özel Sayısı 2007/3, s.78).

[4] Talimat'ın 11. maddesine göre “(1) *Futbolcu ve kulüpler 2. fıkradaki istisna dışında sadece 'menajerlik taahhütname'si'ni imzalamış ve bu talimatta belirtilen şartlar dâhilinde lisans almış bir menajerin hizmetinden yararlanabilirler.*

(2) *Futbolcular, uluslararası bir transferde ise;*

a) *Menajerin FIFA'ya bağlı bir federasyondan lisanslı olması veya 1 Nisan 2015 yürürlük tarihli FIFA Aracılarla Çalışma Talimatına uygun olarak düzenlenmiş ve FIFA'ya bağlı bir federasyona tescil edilmiş en az bir sözleşme yaptığını belgelemesi,*

b) *Menajerin, 'FIFA Aracılarla Çalışma Talimatı' ekinde yer alan 'aracılık taahhütname'si'ni imzalaması ve*

c) *Analarındaki menajerlik sözleşmesinin bir nüshasını TFF'ye ibraz etmesi şartıyla, bu talimat kapsamında lisans almamış menajerlerin hizmetlerinden de yararlanabilir.”*

Talimat'ın 26. maddesine göre de “*Yaşı küçük bir futbolcu adına profesyonel futbolcu sözleşmesinin müzakeresine bizzat katılan yasal temsilciler için TFF'nin menajerlik faaliyetine ilişkin düzenlemeleri uygulanmaz.”*

birlikte aynı maddenin ikinci fıkrasında, menajerden yararlanılması hâlinde, futbolcular ve kulüplerin menajerlerin seçimi ve menajerlik hizmetinden yararlanma sürecinde gerekli özeni göstermek ve bu talimat hükümlerine uymakla yükümlü oldukları; özellikle, futbolcu ve kulüplerin, menajerin lisanslı olmasını ve bu talimatta öngörülen “*Futbol Menajerliği Taahhütnamesi*”ni imzalamış olduğunu kontrol ederek, menajerlik hizmetinden yararlanmadan önce bu talimata öngörülen minimum şartları taşıyan bir menajerlik sözleşmesinin imzalanmış olmasından sorumlu^[5] oldukları belirtilmiştir. Yine aynı maddenin üçüncü fıkrasında da, menajerin faaliyette bulunabilmesi için, bu talimatın 4. maddesinde öngörülen şartlar dâhilinde TFF’ye tescil edilmiş olmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

Talimat’ın 4. maddesinin birinci fıkrasına göre, menajer olmak isteyen gerçek kişiler aşağıdaki şartlara sahip olmalıdır:

- a) Türk vatandaşı olmak veya (yabancı uyruklu ise) Türkiye’de yasal ikametgâha ve çalışma iznine sahip olmak,
- b) Şike ve teşvik primi ile Futbol Disiplin Talimatı’nın “*Hükümlülük*” kenar başlıklı maddesinde belirtilen suçlardan dolayı kesin hüküm giymemiş olmak,
- c) Disiplin Kurulları tarafından, müsabaka sonucunu etkileme, bahis, doping, ayrımcılık ve sahtecilik eylemleri nedeniyle kesinleşmiş ceza almamış olmak,
- ç) TFF tarafından belirlenecek diğer şartları yerine getirmek^[6].

[5] Bu hükümde lisanslı futbol menajerinin hizmetinden yararlanmanın gerektiği, kulüpler ve futbolcuların aksi hâlde bundan sorumlu oldukları belirtilmekle birlikte, bu sorumluluğun sözleşmenin geçersiz olması mı yoksa kulüp ve futbolculara sadece disiplin cezaları verilmesi sonucunu mu doğuracağı belirtilmemiştir.

[6] Talimat’ın 5. maddesine göre, menajerin tescili için aşağıdaki belgelerin eksiksiz olarak TFF’ye sunulması zorunludur:

- a) Başvuru dilekçesi,
- b) 1 adet vesikalık fotoğraf,
- c) İkametgâh Belgesi,
- ç) Tasdikli Nüfus Cüzdanı Örneği (T.C. Vatandaşı olmayan kişiler için Tasdikli Pasaport Örneği),
- d) Başvuru tarihinden en erken 1 ay önce alınmış Adli Sicil Kaydı,
- e) TFF tarafından talep edilebilecek diğer belgeler.

Yukarıda sayılan belgelerin faks ve fotokopi suretleriyle işlem yapılmamaktadır; adaylar yazılı başvurularını TFF’ye elden veya posta yoluyla yapabilirler.

Talimat’ın 6. maddesine göre ise, “(1) TFF Yönetim Kurulu tarafından atanan “Değerlendirme Komisyonu”, lisans başvuru talebinin bu talimatta belirlenen şartlara uygun olup olmadığını inceler. Değerlendirme neticesinde başvuruları uygun bulunmayan kişilerin başvuruları reddedilir.

(2) Lisans adayı Değerlendirme Komisyonu’nun ret kararının kendisine tebliğinden itibaren 7 gün içinde TFF Yönetim Kuruluna itirazda bulunabilir. Süresi içinde itiraz edilmezse ret

Bazı kişilerin menajer olması mümkün değildir. FIFA, FIFA'ya bağlı konfederasyonlar, TFF, diğer ülke federasyonları, herhangi bir lig oluşumu ve benzerleri ile kulüpler veya bunların herhangi bir kurulunda fahri veya ücretli olarak görevli bulunan kişiler ile faal futbolcu, teknik adam, antrenörler ve müsabaka görevlileri menajerlik faaliyetinde bulunamazlar. Ayrıca, menajerlerin faaliyetlerini yürütürken TFF, FIFA, FIFA'ya bağlı konfederasyonlar, TFF ve diğer ülke federasyonları, herhangi bir lig oluşumu ve benzerleri ile sözleşmeden doğan ve potansiyel çıkar çatışmasına yol açabilecek ilişkilerinin olmaması gerekir (f.2)^[7].

kararı kesinleşir. Bu kişiler ret kararının kesinleşmesinden itibaren en erken bir yıl sonra ret gerekçesinin ortadan kalktığını kanıtlayarak tekrar lisans başvurusunda bulunabilirler. (3) "Değerlendirme Komisyonu" tarafından, lisans başvuru talebi ilk kez veya evvelce kabul edilen menajerler, TFF tarafından düzenlenen "Futbol Menajerliği Eğitim Semineri"ne katılmayan menajerin lisansı, takip eden "Futbol Menajerliği Eğitim Semineri"ne katılıncaya kadar geçici olarak askıya alınır. (4) Menajer adaylarının başvuruları her takvim yılının Aralık ve Mayıs aylarında Değerlendirme Komisyonu tarafından incelenerek karara bağlanır."

- [7] "Menfaat Çatışmaları" başlığını taşıyan Talimat'ın 19. maddesine göre, menajerler, futbolcular ve kulüpler, menajerlik faaliyetleri sırasında her türlü menfaat çatışmasından veya bir menfaat çatışmasının söz konusu olabileceği ilişkilerden kaçınmak için gerekli çabayı sarf etmekle yükümlüdürler. Menajerler bir transfer sözleşmesi veya profesyonel futbolcu sözleşmesi müzakeresi sırasında karşı taraflarla veya onların menajerleri ile temsil, işbirliği veya herhangi bir ortak çıkar ilişkisi içerisinde bulunamazlar (f.1). Bununla birlikte, bir menajerin menajerlik faaliyetiyle ilgili olarak hizmet verdiği taraf dışında, diğer taraflarla olan veya olası çıkar çatışmasını görüşmelere başlamadan önce yazılı olarak açıklaması ve tüm ilgili taraflardan menajerlik faaliyetini yapabilmesi hususunda yazılı açık onay alması hâlinde çıkar çatışması olmadığı varsayılır (f.2). Futbolcular ve kulüpler, yukarıda ikinci fıkrada öngörülen koşullar dâhilinde bir işlem kapsamında aynı menajerin hizmetlerinden yararlanmak istemeleri hâlinde, söz konusu taraflar, ilgili görüşmelerin başlamasından önce yazılı açık onaylarını verecekler ve yazılı olarak hangi tarafın (futbolcu ve/veya kulüp) menajerin ücretlerinden sorumlu olacağını belirtmelidirler. Bu durumda, taraflar TFF'yi bilgilendirerek tüm yazılı belgeleri ibraz etmekle yükümlüdürler (f.3). İncelediğimiz karara konu olayda da, davacının, futbolcunun değil kulübün temsilcisi olduğu davalı tarafından iddia edilmiştir. Davalı ile Vestel Manisaspor Kulübü arasında imzalanan ve yürürlüğe girmeyen 3.1.2007 tarihli sözleşmenin altında, Vestel Manisaspor Kulübü adına imza atan M.T.'nin yanında davacının da imzasının bulunduğu görülmekle birlikte, davacının hangi sıfatla bu imzayı attığı belli değildir. İmzanın atıldığı yere bakıldığında, Vestel Manisaspor Kulübü adına onu temsilen atılmış olabileceği sonucuna varılabilir. Fakat davacının Vestel Manisaspor Kulübü'nün temsilcisi sıfatını taşımadığı kabul edilirse, davalıyla yaptığı sözleşmeden de hareket edilerek davalının menajeri sıfatıyla sözleşmeyi imzalamış olduğu sonucuna varılabilir; başka bir ifadeyle, davacının imza attığı yerin, bu durumda bir önemi olmayabilir. Hukukumuzda çifte temsil mümkün olduğundan (yukarıdaki Talimatın 19. maddesinin üçüncü fıkrası da buna imkân sağladığından), bir kişi sözleşme yapan tarafları aynı anda temsilen sözleşme imzalayabilir (Uyuşmazlığın doğduğu tarihte yürürlükte olan Talimat'ın 12. maddesinde futbolcu temsilcisinin hak ve yetkileri belirtilirken "Transfer görüşmelerinde taraflardan birini temsil etmek" şeklinde bir yükümlülük öngörülmüştür; bu yükümlülük, lisanslı futbolcu temsilcileri bakımından geçerli olup aksine davranış onun disiplin sorumluluğuna yol açarken, lisanslı olmayan kişilerin Borçlar Hukuku kurallarına göre çifte temsil yetkisine sahip olabilmesi

Bunun gibi, aktif futbol hayatı devam eden futbolcuların, teknik adamların ve futbol faaliyeti içerisinde bulunan diğer kişilerin doğrudan veya iştigal konusu içerisinde menajerlik faaliyeti bulunan bir şirkete ortak olmak da dâhil olmak üzere dolaylı menajerlik faaliyetinde bulunmaları yasaktır. Bu kişiler ancak aktif futbol faaliyeti sona erdikten sonra ve işbu talimat hükümleri çerçevesinde menajerlik lisansına sahip olmaları şartıyla menajerlik faaliyetinde bulunabilirler (f.3).

Yukarıda belirtilen şartlara ek olarak, menajerlik lisansının verilebilmesi veya lisansları vize ettirmek için lisans başvurusunda bulunan menajerin meslekî, sosyal ve ahlâkî yönlerden iyi anılması ve “*kusursuz bir itibara*” sahip olması gerekir (f.4). Buradaki şartın subjektif bir değerlendirme içerdiği şüphesizdir.

Menajerlik lisansının alınabilmesi için, menajer adayının, faaliyetleri sırasında FIFA ve TFF talimat ve düzenlemelerine ve bu faaliyetin temel ilkelerine uymayı taahhüt ettiği örneği Talimat’ın Ek-1’inde yer alan “*Menajerlik Taahhütnamesi*”ni imzalanması ve TFF’ye ibraz etmesi de zorunludur (f.5).

Menajerlik faaliyetinin gerçek kişi olarak bizzat yürütülmesi zorunlu olmakla birlikte, menajerler ticarî faaliyetlerini şirket olarak da organize edebilirler. Bu hâlde dahi menajerlik faaliyetini bu Talimat’a uygun olarak lisans sahibi olan kişilerin bizzat yürütmeleri ve bu talimatta öngörülen koşulları taşımaları zorunludur (f.6).

Yukarıda 2. ve 3. fıkralarda öngörülen yasağın ihlâlî hâlde, ihlâlde bulunan kişilere en az bir yıl hak mahrumiyeti cezası verilir ve bu kişilerin aktif futbol faaliyeti sona erse bile “*futbol menajerliği lisansı*” almalarına izin verilmez (f.7).

Talimat’ın 7. maddesine göre, yukarıda belirtilen tüm şartları yerine getirenler için “*Menajerlik Lisansı*” düzenlenir. Lisans, TFF Yönetim Kurulu tarafından belirlenen yıllık tescil bedeli ve işlem giderinin ödendiğinin belgelendirilmesi şartıyla menajere verilir. Menajerler ad ve soyadlarından sonra “*Türkiye Futbol Federasyonu’ndan Lisanslı Futbol Menajeri*” unvanını alırlar. Menajerlerin her türlü basılı evrak ve kartvizitlerinde, TFF tarafından izin verilecek logolar

mümkündür). Fakat çift temsilde temsilcinin bu konuda özel olarak yetkili olması veya sözleşmenin niteliğinin buna imkân vermesi gerekir. Davalı ile davacı 3.1.2007 tarihli sözleşmeyi birlikte imzaladıklarından, davacının kulübün de temsilcisi olarak hareket ettiğinin kabul edilmesi durumunda bile, davalı tarafından yetkilendirildiği kabul edilebilir. Bu sebeple, davacının 3.1.2007 tarihli sözleşmeyi aralarındaki 20.12.2006 tarihli sözleşmeye dayanarak davalının menajeri olarak imzaladığı kabul edilmeli; kulübün temsilcisi olarak da imzaladığı kabul edilse bile, davalının özel olarak yetkilendirmesi sebebiyle bu sözleşmenin geçerli olduğu ve tarafları bağladığı sonucuna varılmalıdır.

kullanılabilir. Bununla birlikte, FIFA isim ve logosu ile TFF logosunun kullanılması yasaktır. Lisanın, üçüncü gerçek veya tüzel kişiye devri de yasaktır.

Talimat'ın 8. maddesine göre, menajerlik lisansının her yıl vize edilmesi zorunludur. Menajerler, TFF Yönetim Kurulu tarafından belirlenen yıllık vize ücretini ödemek ve TFF tarafından talep edilen bilgi ve belgeleri TFF'ye sunmakla yükümlüdür. Menajerin söz konusu vize ücretini ödememesi veya talep edilen bilgi ve belgeleri sunmaması hâlinde lisansı askıya alınır.

“*Lisansın Yitirilmesi*” başlığını taşıyan 9. maddeye göre, menajer, lisansın alınması için gerekli koşullardan herhangi birini sonradan kaybetmesi, menajerlik faaliyetini kendi isteğiyle sona erdirmesi, bir disiplin soruşturması sonucunda veya işbu talimat kapsamında belirtilen diğer hâllerde lisansını yitirebilir (f.1). Lisansın alınması için gerekli koşullardan herhangi birinin sonradan yitirilmesi hâlinde, aksine özel bir düzenleme bulunmadığı sürece, eksik koşulun tamamlanması için menajere uygun ve nihai bir süre verilir. Verilen süreye rağmen eksikliğin giderilmemesi hâlinde lisans iptal edilir (f.2). Ayrıca, üst üste iki yıl vize yaptırmayan menajerin de lisansı iptal edilir ve bu durum TFF tarafından ilan edilir (f.3).

Talimat'ın 10. maddesine göre ise, faaliyetini sona erdirmeye karar veren menajer, lisansını TFF'ye iade etmek zorundadır. Menajerin iade yükümlülüğünü yerine getirmemesi hâlinde lisansı iptal edilir ve bu durum TFF tarafından ilan edilir.

Yukarıda genel hatlarıyla açıklandığı üzere, futbol menajeri olabilmek bazı şartlara sahip olmaya ve bazı prosedürleri yerine getirmeye bağlıdır. Genellikle lisanslı futbol menajerlerinin hizmetlerinden yararlanan kulüpler ve futbolcular, bazen -bilerek ya da bilmeyerek- lisanslı olmayan menajerlerden de yararlanabilmektedir.

B) MENAJERLİK SÖZLEŞMESİ TARAFLARININ HAKLARI VE BORÇLARI İLE SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Genel Olarak Menajerlik Sözleşmesi

Futbol Menajerleri İle Çalışma Talimatı'nın 2. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendine göre menajerlik sözleşmesi “*Menajerlerin futbolcu veya kulüp ile imzalayacakları örneği TFF tarafından hazırlanmış yazılı sözleşmeyi*” ifade etmektedir^[8].

[8] Uyuşmazlığın doğduğu tarihte yürürlükte olan Futbolcu Temsilcileri Talimatı'nın 4. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendine göre, futbolcu temsilcisi sözleşmesi “*Futbolcu*

Talimat'ın 13. maddesine göre, futbolcu ve kulüpler şeffaflık açısından, menajerlik sözleşmesinde, menajerlerle girdikleri yasal ilişkinin hukukî yapısını, yani bu ilişkinin bir hizmet mi, danışmanlık mı, temsil mi, yoksa başka bir yasal ilişki mi olduğunu belirtmekle yükümlüdürler (f.1). Futbolcu ve/veya kulüp ile menajer arasındaki yasal ilişkinin ana unsurları, menajerlik faaliyetinin başlamasından önce yapılacak olan yazılı bir sözleşmede belirlenmek zorundadır (f.2). Yaşı küçük futbolcuların menajerler ile yaptıkları sözleşmelerin geçerliliği yasal temsilcilerinin bu sözleşmeyi imzalamalarına bağlıdır (f.3). Sözleşme, en fazla iki senelik bir süre için yapılabilir. Sözleşmenin süresinin bitiminde kendiliğinden uzayacağına dair hükümler geçersizdir. Taraflar sözleşmesel ilişkilerini devam ettirmek isterlerse süresi iki yılı geçmeyen yeni bir sözleşme yapmak zorundadırlar (f.4). Menajerlik sözleşmesi tarafların isimlerini, menajerlik faaliyetinin kapsamını, sözleşme tarihini, süresini, menajerlik faaliyetinden kaynaklanan ücreti, ödeme koşullarını, menajerin edimlerini, fesih hükümlerini ve tarafların imzalarını ihtiva etmek zorundadır. Menajerlik faaliyetinin bir şirket olarak organize edilmesi hâlinde bu şirketin bilgilerinin sözleşmede yer alması ve menajerin bu şirketi temsile yetkili olduğunu gösterir imza sirkülerinin sözleşmeye eklenmesi zorunludur (f.5). Taraflar TFF tarafından hazırlanan ve tavsiye edilen Standart Menajerlik Sözleşmesi'nden (Ek-2) yararlanabilirler (f.6). Sözleşmenin asgari iki nüsha olarak düzenlenmesi ve tümünün taraflarca imzalanması şarttır. Bir nüsha taraflarda kalmak kaydıyla diğer nüshanın sözleşmenin imzalanmasından itibaren en geç 30 gün içinde tescil için TFF'ye sunulması zorunludur (f.7)^[9].

temsilcilerinin kulüp veya futbolcular ile imzalayacakları örneği Federasyon tarafından hazırlanmış yazılı sözleşmeyi” ifade etmekteydi.

- [9] Talimat'ın 11. maddesinin üçüncü ve devamı fıkralarına göre de, “(3) Menajerlerin, faaliyetleri kapsamında futbolcu ve kulüplerle imzaladıkları menajerlik sözleşmelerinin bir nüshasını imza tarihinden itibaren 30 gün içinde belgeleri ile birlikte TFF'ye ibraz etmeleri zorunludur. Menajerler faaliyetleri kapsamında kendilerine ödenen ücretlere ilişkin bilgi ve sair ödeme belgelerinin suretlerini en geç Şubat ayının son işgünü TFF'ye ibraz etmek zorundadır. (4) Futbolcu ve kulüpler, menajerlerin katılımı ile imzaladıkları profesyonel futbolcu sözleşmesi veya transfer sözleşmelerinin birer nüshasını imza tarihinden itibaren 30 gün içinde belgeleri ile birlikte TFF'ye ibraz etmek zorundadır. Futbolcu ve kulüplerin, menajerlik faaliyetleri kapsamında menajere ödedikleri ücretlere ilişkin bilgi ve sair ödeme belgelerinin suretlerini en geç Şubat ayının son işgünü TFF'ye ibraz etmek zorundadır. (5) Bu madde kapsamında öngörülen bildirim yükümlülüğünün, menajerlik faaliyeti kapsamındaki bir işlemin gerçekleştiği her seferde yapılması zorunludur.” Sözleşmelerin TFF'ye süresinde sunulmaması durumunda sonucun ne olacağı Talimat'ta düzenlenmemiştir. Fakat eski Futbolcu Temsilcileri Talimatı'nın 14. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinde “Federasyon tarafından tescil edilmeyen sözleşmelere dayanarak Federasyon nezdinde talepte bulunulamaz.” denilmek suretiyle, lisanslı bir futbol menajeriyle yapılmış olsa bile Federasyon tarafından tescil edilmeyen sözleşmelerin geçersiz olmadığı, sadece bu sözleşmeye dayanarak TFF nezdinde bir hak iddia edilemeyeceği belirtilmişti;

Menajerler, yaptıkları faaliyet karşılığında ücret alabilecekleri gibi, ücretsiz de bu faaliyetleri yürütebilirler. Talimat'ın 14. maddesine göre, menajere ödenecek ücret tutarının ve ödeme koşullarının sözleşmeyle belirlenmesi zorunludur^[10]. Taraflar menajerlik ücretini, FIFA'nın tavsiye niteliğindeki düzenlemesini

şüphesiz Talimata aykırı davranışlar hakkında disiplin cezalarına hükmedilebilmesi de mümkündür. Aynı sonucun yürürlükteki yeni Talimat bakımından da geçerli olacağı kanaatindeyiz.

TFF Tahkim Kurulunun verdiği kararlarda da, tescil edilmemiş sözleşmelerinin geçerli olmadığına ilişkin TFF Uyuşmazlık Çözüm Kurulu kararları bozularak, sözleşmelerin geçerli olacağı sonucuna varılmıştır. Kararlar için bkz. **Özdemir, Mehmet Serhan:** Türkiye Futbol Federasyonu ve Türkiye Basketbol Federasyonu'nda Sporcu Temsilciliği Düzenlemelerinin İncelenmesi, Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu Av. İsmail İnan Armağanı (Editör: Tacar Çağlar), Ankara 2013, s.564.

- [10] İncelediğimiz karara konu olayda da, davacının, sözleşmenin 2.2. maddesindeki hizmetleri karşılığında, sözleşmenin 3. maddesinde belirtilen ücrete hak kazanacağı ("*Futbolcu, menajer tarafından yapılması kararlaştırılmış bulunan işlerden alacağı ücretin %10'unu menajerlik ücreti olarak ödeyecektir. Bu ücret, futbolcunun kendi parasını tahsil ettiği anda menajere defaten, nakden ve peşinen ödenir.*"); zamanında ödeme yapılmaması durumunda geçen her 30 gün için %5 faiz ödeneceği ("*Futbolcu kendi parasını almasına rağmen menajer ücretini ödemediği takdirde, ödeme borcunun doğduğu tarihten itibaren geçecek her 30 gün için aylık %5 faiz ödemeyi peşinen kabul ve taahhüt eder. Futbolcu, ücretini taksitler hâlinde alıyorsa menajerin ücretini de taksitlerin alındığı tarihlerde ödeyecektir.*"); sözleşmenin 4. maddesine göre de, eğer menajerin yetkisine giren işler sözleşme süresi içerisinde bir başkasına yaptırırsa, ücret borcu tamamen ödeneceği gibi 50.000 USD cezaî şartın da futbolcu tarafından ödeneceği düzenlenmişti ("*Futbolcu, yetki ve görevine giren bir işi başka bir kimseye veya başka bir menajere yaptırırsa, ücret borcunun tamamını aynen ödeyeceği gibi, 50.000 USD cezaî şartı da ayrıca ödeyeceğini kabul ve taahhüt eder.*"). Görüldüğü gibi davalı, davacıyla sözleşme imzaladığı 20.12.2006 tarihinden sonraki üç yıllık dönemde sadece davacının kendisinin menajerliğini yapmasını kabul etmiş; bu süre içerisinde davacıdan yararlanmamış olsa bile -başka bir futbolcu temsilcisinden yararlanmış olsa bile-, davacıya ücret ödemeyi taahhüt etmiştir. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde böyle bir anlaşma mümkün olmakla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi gereği ahlâka ve kişilik hakkına aykırı sözleşmelerin geçersiz olduğu göz önünde bulundurulduğunda, davalının kişilik hakkını aşırı sınırlayan ve davacının herhangi bir hizmet görmemesine rağmen ücret almasını öngören bu sözleşmenin geçersiz olduğu düşünülebilir. Fakat kanaatimizce, böyle bir aykırılık bulunmamaktadır. Zira, davalı transfer görüşmelerinde davacının hizmetinden yararlanmayı talep edebilir, eğer davacı sözleşmeye uygun hareket etmezse onu sözleşmenin 6. maddesine göre azledebilir ve bu sözleşmeyle bağlı olmaktan kurtulabilirdi. Davacıyla sözleşmeyi yaptığı tarihte ergin ve tam fiil ehliyetine sahip davalının, altına imza attığı sözleşmenin kendisi için bağlayıcı olduğunu anlayabilecek ve önemini kavrayabilecek durumda olduğu kabul edilmelidir. Kaldı ki, şartlarının kendisi için aşırı ağır olduğunu düşünüyorsa, bu sözleşmeyi hukuka uygun bir şekilde sona erdirmeye hakkı da olmasına rağmen, davalı bu hakkını kullanmamıştır. Burada davacı ile davalı arasında yapılan sözleşmenin genel işlem şartları taşıdığı ve davalının menfaatine aykırı şekilde ağır hükümler getirdiği için geçerli olmadığı da ileri sürülebilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrasına göre "*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyen karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul*

(Aracılarla Çalışma Talimatı) esas olarak belirleyebilecekleri gibi serbestçe de belirleyebilirler (f.1). Futbolcu adına hareket eden menajerin ücreti futbolcunun yıllık taban brüt geliri üzerinden hesaplanır. Söz konusu yıllık taban brüt gelirin hesabında diğer kazandırmalar (taşınır veya taşınmazların karşılıksız kullanılması ya da mülkiyetlerinin nakli), başarı primleri veya bonus ya da imtiyaz gibi garanti edilmemiş olan menfaatler dikkate alınmaz (f.2)^[11]. Kulüpler, sözleşme imzaladıkları menajere, hizmetleri için anlaşılmış olan ücreti bir kerede ödemekle yükümlüdür. Taraflar ödemenin taksitler hâlinde yapılmasını kararlaştırabilirler (f.3)^[12]. Kulüpler, futbolcuların transferleriyle bağlantılı olarak bir başka kulübe yapmaları gereken transfer tazminatı, yetiştirme tazminatı veya dayanışma fonu katkı payları gibi ödemeleri menajere yapmamak ve bu gibi ödemelerin menajerler tarafından yapılmamasını temin etmekle yükümlüdürler. Bu yasak bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla, menajerlerin bir futbolcunun gelecekteki transfer değerinde veya herhangi bir transfer tazminatında hiçbir pay ve çıkara sahip olamamalarını da içermektedir. Bu gibi haklar menajere devir edilemez (f.4). Menajere yapılacak ödemeler doğrudan ve sadece temsil ettiği futbolcu veya kulüp tarafından yapılır. Menajerin temsil etmediği taraftan ücret alması yasaktır. Bununla beraber menajerin bir futbolcuyu temsil etmesi hâlinde temsile konu işlemlerin tamamlanmasından sonra futbolcu kendisi adına menajere ödeme yapılması için kulübe yazılı bir muvafakat verebilir. Futbolcu

etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.” Buna göre, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem şartları her halükarda yazılmamış sayılmamakta, diğer tarafa bu şartlar hakkında bilgi verilmemesi veya bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlanmaması durumunda bu yaptırım uygulanmaktadır; böyle bir durum söz konusu değilse, ne kadar ağır olursa olsun (kişilik haklarına, emredici hükümlere, ahlâka aykırı olmadığı sürece) genel işlem şartları geçerlidir.

[11] TFF tarafından hazırlanan Standart Futbol Menajerlik Sözleşmesi’nde, temsil edilen futbolcu ise;

“Menajer, kendisi tarafından müzakereleri gerçekleştirilmiş olan profesyonel futbolcu sözleşmeleri dolayısıyla futbolcunun hak edeceği yıllık taban brüt gelirinin % tutarında komisyon alacaktır. Söz konusu komisyon aşağıdaki şekilde ödenecektir.

Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinin başlangıcında götürü usulü bir ödeme: ()

Her bir sözleşme yılının bitiminde yıllık ödemeler: ()

(uygun olanı işaretleyiniz)

Temsil edilen yaşlı küçük futbolcu ise her hangi bir şekilde komisyon veya ücret hakkı doğmaz.” ifadeleri yer almaktadır.

[12] TFF tarafından hazırlanan Standart Futbol Menajerlik Sözleşmesi’nde, temsil edilen kulüp ise;

“Menajer, bir defada (kesin tutar ve kur) komisyon alacaktır.

Menajer komisyonunu, aşağıda belirtilen vade tarihlerinde taksitte alacaktır.

..... (vade tarihi) (taksitin kesin tutar ve kur)

Menajerin yaşlı küçük bir futbolcunun transferi nedeni ile temsil ettiği kulüpten her hangi bir şekilde komisyon veya ücret talep etme hakkı doğmaz.” ifadeleri yer almaktadır.

adına gerçekleştirilen ödeme, futbolcu ile menajer arasında imzalanmış olan sözleşmeye uygun olarak yapılır (f.5). FIFA, FIFA'ya bağlı konfederasyonlar, TFF, herhangi bir lig oluşumu ve benzerleri ile kulüpler veya bunların herhangi bir kurulunda fahri veya ücretli olarak görevli bulunan kişiler ile faal futbolcu, teknik adam, antrenörler ve müsabaka görevlilerinin menajerlik faaliyeti nedeniyle bir menajerden veya menajerlik faaliyeti nedeniyle menajere ödenen ücretlerin tamamından veya bir kısmından herhangi bir şekilde ödeme alması yasaktır. Aksi hâlde hakkında disiplin işlemi uygulanır (f.6). Yaşı küçük futbolcuların transferleri nedeniyle profesyonel futbolcu sözleşmesi ve/veya transfer anlaşmasının görüşmeleri yapılırken bir menajerin hizmetlerinden yararlanılsa bile, bu hizmetlerden dolayı menajere ödeme yapılması veya menajerin ücret alması yasaktır^[13]. Menajerlerin 15 yaşını doldurmamış küçük futbolcular ile sözleşme imzalaması ve bunlar adına menajerlik faaliyetinde bulunmaları yasaktır. Bu maddeyi ihlâl eden menajerler, lisanslarının iptali ve sürekli hak mahrumiyeti cezasıyla cezalandırılırlar (f.7). Menajere TFF'ye tescil ettirilen sözleşmede belirtilen ücretin üzerinde ödeme yapılması hâlinde, menajere ve ödemede bulunan tarafa bu talimatta öngörülen cezalar saklı kalmak kaydıyla, fazla yapılan ödeme kadar para cezası verilir. Her halükarda para cezasının miktarı, bu talimatta belirlenen minimum tutarlardan az olamaz (f.8)^[14].

[13] Talimat'ın 2. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendine göre yaşı küçük futbolcu, "18 yaşını doldurmamış futbolcuları" ifade eder. Talimat'ın 13. maddesinin üçüncü fıkrasında "Yaşı küçük futbolcuların menajerler ile yaptıkları sözleşmelerin geçerliliği yasal temsilcilerinin bu sözleşmeyi imzalamalarına bağlıdır." denildikten sonra, 14. maddenin yedinci fıkrasında böyle bir düzenleme getirilmesinin çelişki oluşturduğu düşünülebilir. 18 yaşını doldurmamış futbolcuların sözleşmelerinde menajerlerin ücretsiz hizmet sunmak zorunda olduğu dikkate alındığında, 13. maddenin üçüncü fıkrası gereksiz hâlde gelir; çünkü Türk Medeni Kanunu'nun 16. maddesinin birinci fıkrasına göre, küçüklerin kendilerini borç altına sokmayan (ücret ödemeyecekleri) sözleşmeleri yasal temsilcilerinin rızası olmaksızın tek başına yapabilmeleri mümkündür. Bununla birlikte, küçük ücret ödememesi sebebiyle borç altına girmemesine rağmen, diğer borçlarına aykırılık hâlinde menajerin zararlarını tazmin etme yükümlülüğü dikkate alındığında, yine de küçükün ekonomik menfaatlerinin korunması için onu borç altına sokabilecek böyle bir sözleşmeyi yasal temsilcisinin imzalaması gerekir.

[14] Doktrinde, ilgili fıkra geçen "menajere ve ödeme bulunan tarafa" ifadesinden ("ve" bağlacı dikkate alındığında), bu miktarın taraflar arasında paylaşılacağı sonucuna varılabileceği belirtmektedir (**Doğu, Haklı Mert:** Futbolcu Menajerliği Sözleşmesi, Ankara Barosu Dergisi 2015/3, s.393). Kanaatimizce tarafların her birine ayrı ayrı, fazla yapılan ödeme kadar para cezası verilmelidir; hükümdeki "ve" bağlacı, her iki tarafa da bu yaptırımın uygulanacağı anlamına gelmektedir.

2. Tarafların Hakları ve Borçları

Menajerlik sözleşmesi futbol menajeri ile futbolcu veya futbol menajeri ile kulüp arasında yapılabildiğinden, aşağıda bu sözleşme taraflarının hakları ve borçları genel hatlarıyla incelenmiştir.

Futbol Menajerleri İle Çalışma Talimatı'nın 15. maddesine göre, **menajerler**;

a) Bu talimatta belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi şartıyla, futbolcu veya kulüplerle temasa geçebilirler.

b) Bir futbolcunun veya kulübün kendisinden talep etmesi hâlinde söz konusu futbolcu veya kulüp nam ve hesabına sözleşme müzakereleri yürütebilir; noter vekâletnamesi ile yetkilendirildiği takdirde sözleşme imzalayabilirler.

c) Kendilerini yetkilendiren herhangi bir futbolcunun veya kulübün menfaatlerini temsil edebilir; gerekli vekâletnameyi ibraz etmek kaydıyla futbolcu adına TFF nezdinde idari işlem ve kararlar açısından başvuruda bulunabilirler.

Futbolcunun üçüncü kişilerle uyuşmazlıklarına ilişkin ve yargısal sonuç doğuracak talep ve başvurular ise, ancak futbolcunun kendisi veya avukatı tarafından yapılabilir.

Talimat'ın 16. maddesine göre ise, menajerler hak ve yetkilerini kullanırken,

a) Mevzuata, FIFA, FIFA'ya bağlı konfederasyonlar ve TFF'nin statü ve talimatlarına, Menajerlik Taahhütnamesi'ne, FIFA ve TFF'nin yetkili kurulları tarafından verilen tüm kararlara uymak,

b) Katılımıyla yapılan her işlemin mevzuata FIFA, FIFA'ya bağlı konfederasyonlar ve TFF'nin statü ve talimatlarına uygun olmasını sağlamak,

c) Bir kulüp ile sözleşmesi devam eden bir futbolcunun, profesyonel futbol sözleşmesini süresinden önce feshetmesini veya sözleşmesel yükümlülüklerini ihlâl etmesini temin için veya bu sonucu doğurabilecek şekilde faaliyetler yürütmemek; özellikle futbolcunun sözleşmesi olan kulübün açık yazılı iznini almaksızın futbolcu adına başka bir kulüple görüşmemek (aksi menajer tarafından ispatlanmadıkça, profesyonel futbolcu sözleşmesini haklı bir neden olmaksızın fesheden bir futbolcunun fesihte müdahalesi bulunan menajerin futbolcuyu söz konusu sözleşmeyi feshe teşvik ettiği varsayılır),

ç) Kulüp veya futbolcunun rızası olmadan transfer görüşmelerine girmemek, temsil ettiği kulüp veya futbolcuyu her nevi sözleşme müzakeresiyle ilgili detaylar ve olaylardan haberdar etmek ve temsil ettiği kişinin hukukî menfaatlerini en iyi şekilde korumak,

d) Katılımıyla yapılan tüm sözleşmelerde kendi isim ve imzası ile hizmet verdiği tarafın (kulüp ya da futbolcunun) adının açıkça belirtilmesini sağlamak,

e) Talep hâlinde TFF, FIFA'ya bağlı konfederasyonlar ve FIFA'ya gerekli bilgi ve belgeleri eksiksiz olarak vermek,

f) TFF tarafından düzenlenen kurs ve seminerlere katılmak,

g) Menajerlik faaliyetini bizzat yürütmek, menajerliğin şirket çatısı altında yürütülmesi hâlinde, şirket ortaklarının ve temsile yetkili kişilerin bu talimatta belirlenen şartları taşımasını ve bu kişilerin menajerlik faaliyetinde bizzat bulunmalarını sağlamak,

ğ) Kendi lisansıyla, lisanssız kişilerin menajerlik faaliyeti yürütmesine veya lisansının sağladığı haklardan yararlanmasına engel olmak,

h) Adlî sicil kaydını her yıl vize talebi ekinde TFF'ye göndermek,

ı) Lisansının askıya alındığı veya iptal edildiği dönem içerisinde, doğrudan veya dolaylı olarak her türlü menajerlik faaliyetinden kaçınmak,

i) TFF nezdindeki adres ve diğer iletişim bilgilerini güncel tutmak (TFF'ye bildirilen tebligata esas adrese ilişkin değişikliğin bildirilmemesi hâlinde, TFF'de kayıtlı adrese yapılan tebligatlar geçerli kabul edilecektir), zorundadırlar.

Yukarıdaki “c”, “g” ve “ğ” bentlerini ihlâl eden menajerler, sürekli hak mahrumiyeti ve 500.000.-TL para cezasıyla cezalandırılırlar. Mazeretsiz olarak zorunlu kurs ve seminere katılmayan menajerlerin ise, lisansları askıya alınır.

Futbolcuların hak ve yükümlülükleri ise Talimat'ın 17. maddesinde düzenlenmiş olup, futbolcular,

a) Mevzuata, FIFA, UEFA ve TFF'nin statü ve talimatlarına, FIFA ve TFF'nin yetkili kurulları tarafından verilen tüm kararlara uymak,

b) Sadece bu Talimat çerçevesinde lisanslı menajerlerin hizmetlerinden yararlanmak; bu talimatta öngörülen istisnalar haricinde doğrudan veya dolaylı olarak lisanssız hiçbir kişinin onlar ad ve hesabına kulüpler ile sözleşme müzakere etmesine veya menajerlik faaliyeti kapsamında değerlendirilebilecek işlemler yürütmesine izin vermemek,

c) Bir menajer ile herhangi bir sözleşmesel ilişkiye girmeden önce, söz konusu menajerin hâlihazırda bu faaliyeti yürütebilecek şekilde lisanslı olduğunu, lisansının iptal edilmediğini ve askıda olmadığını kontrol etmek,

ç) Talep hâlinde TFF, UEFA ve FIFA'ya gerekli bilgi ve belgeleri eksiksiz olarak vermek,

d) Menajerler ile yaptığı tüm sözleşmelere riayet etmek,

e) Yaptığı tüm profesyonel futbolcu sözleşmelerinde lisanslı bir menajerin o sözleşme kapsamında kendisine hizmet sunup sunmadığını açıkça belirtmek, söz konusu sözleşmede bir menajerin katılımı mevcutsa bu temsilcinin isim ve unvanının sözleşmede açıkça belirtilmesini temin etmek, zorundadırlar.

Yukarıdaki "b" bendini ihlâl eden futbolcular, lisanssız kişilere ödedikleri veya ödemeyi taahhüt ettikleri ücret kadar para cezasıyla cezalandırılırlar. Her halükarda para cezasının miktarı, bu talimatta belirlenen minimum tutarlardan az olamaz.

Kulüplerin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen Talimat'ın 18. maddesine göre de, kulüpler,

a) Mevzuata, FIFA, UEFA ve TFF'nin statü ve talimatlarına, FIFA ve TFF'nin yetkili kurulları tarafından verilen tüm kararlara uymak, fahri veya ücretli görev yapan tüm görevlilerinin bunlara uymasını temin etmek,

b) Sadece lisanslı menajerlerin hizmetlerinden yararlanmak; bu talimatta öngörülen istisnalar haricinde doğrudan veya dolaylı olarak lisanssız hiçbir kişinin onlar ad ve hesabına kulüpler veya futbolcular ile sözleşme müzakere etmesine veya menajerlik faaliyeti kapsamında değerlendirilebilecek işlemler yürütmesine izin vermemek,

c) Yürüttükleri sözleşme müzakereleri sırasında karşı taraflarında bulunan futbolcular veya kulüplerin sadece lisanslı menajerler vasıtasıyla sözleşme müzakerelerinde bulunmasını sağlamak, lisansı bulunmayan kişilerin bu müzakerelere girmesine müsaade etmemek, lisanssız kişilerle doğrudan veya dolaylı hiçbir sözleşmesel ilişkiye girmemek,

ç) Bir menajer ile herhangi bir sözleşmesel ilişkiye girmeden önce söz konusu menajerin hâlihazırda bu faaliyeti yürütebilecek şekilde lisanslı olduğunu, lisansının iptal edilmediğini ve askıda olmadığını kontrol etmek,

d) Talep halinde TFF, FIFA'ya bağlı konfederasyonlar ve FIFA'ya gerekli bilgi ve belgeleri eksiksiz olarak vermek,

e) Yaptığı tüm profesyonel futbolcu sözleşmelerinde ve transfer anlaşmalarında lisanslı bir menajerin o sözleşme kapsamında kendisine hizmet sunup sunmadığını açıkça belirtmek; söz konusu sözleşmede bir menajerin kendisinin,

futbolcunun veya başka bir kulübün nam ve hesabına müzakerelere katılımı mevcutsa bu menajerin isim ve unvanının sözleşmede açıkça belirtilmesini temin etmek,

f) Futbolcuyu, menajeri ile yaptığı sözleşmeye aykırı davranmaya teşvik etmemek, zorundadırlar.

Yukarıdaki “b” bendini ihlâl eden kulüpler, lisanssız kişilere ödedikleri veya ödemeyi taahhüt ettikleri ücret kadar para cezasıyla cezalandırılırlar. Her halükarda para cezasının miktarı, bu talimatta belirlenen minimum tutarlardan az olamaz.

3. Sözleşmenin Hukukî Niteliği

Menajerlik sözleşmesi, Yargıtay tarafından simsarlık (tellallık) sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir^[15]. Sadece futbolcu ile kulüp arasında bir sözleşme kurulmasına aracılık faaliyetini yürüten futbol menajerinin simsar olduğu kabul edilse bile, futbol menajerlerinin bunun dışında başka hizmetleri de söz konusu olabilmektedir; bu durumda sözleşmenin, karma^[16] bir sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekir. Futbol Menajerleri İle Çalışma Talimatı'nın 13. maddesinin birinci fıkrasında, futbolcu ve kulüpler şeffaflık açısından, menajerlik sözleşmesinde, menajerlerle girdikleri yasal ilişkinin hukukî yapısını, başka bir ifadeyle bu ilişkinin bir hizmet mi, danışmanlık mı, temsil mi, yoksa başka bir yasal ilişki mi olduğunu belirtmekle yükümlü kılınmıştır^[17]. Bu şekilde,

[15] 13.HD., 26.5.2014, 2013/15789, 2014/16309 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[16] Karma sözleşmeler, kanunlarda düzenlenmiş çeşitli sözleşme tiplerine ilişkin değişik unsurların kanunda öngörülmemiş bir şekilde bir araya getirilmesiyle oluşturulan sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler değişik sözleşme tiplerine özgü unsurları içermekteyse de, kendileri, unsurlarını taşıdıkları sözleşme tiplerinden bağımsız birer sözleşme niteliğine sahiptirler. Karma sözleşmeler; çift mahiyetli sözleşmeler, kombine sözleşmeler, çeşitli tiplere ait unsurların birbirine karıştığı sözleşmeler ve kendilerine yabancı yan edimleri içeren sözleşmeler olmak üzere dörde ayrılmaktadır. Menajerlik sözleşmesinin, karma sözleşmelerin kombine akitler grubuna girdiği düşünülebilir. Kombine sözleşmelerde sözleşmenin taraflarından biri çeşitli sözleşmelere ait birden fazla edimi üstlenmekte, diğer taraf da tek bir edimi üstlenmektedir. Birden çok edimi üstlenen kişi bakımından çeşitli türde sözleşmelere ilişkin unsurlar bir araya getirildiği hâlde, diğer tarafın edimi genellikle para ödeme şeklindedir. Bu tür sözleşmelerde çeşitli sözleşme tiplerine özgü edimler birbirleriyle mübadele hâlinde olmayıp, tek bir tarafta bir araya getirilmiştir (**Tandoğan, Halûk**: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, 6. Bası, İstanbul 1990, s.12, 69 vd., 71-72). Bazı menajerlik sözleşmelerinde futbol menajerinin yükümlendiği birden fazla sözleşme türüne ait unsurlar karşılığında, futbolcu belirli bir miktar para ödemektedir.

[17] **Doğu**, s.385-386; **Özdemir**, s.560.
TFF tarafından hazırlanan Standart Futbol Menajerlik Sözleşmesi'nde aşağıdaki gibi bir düzenleme yer almaktadır:

sözleşmenin hukukî niteliğinin daha doğru bir şekilde tespiti mümkün hâle gelmiştir. Eğer futbol menajerinin hizmeti sadece sözleşme kurmak için aracılık faaliyetinden ibaret ise, simsarlık sözleşmesinden söz edilir.

Bir işgörme sözleşmesi olan simsarlık sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 520. maddesinin birinci fıkrasında “*simsarın taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir.*” şeklinde tanımlanmış; simsarlık sözleşmesine, kural olarak vekâlete ilişkin hükümlerin uygulanacağı (f.2); taşınmazlar konusundaki simsarlık sözleşmesinin, yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmayacağı (f.3) düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi, taşınmazlar dışında simsarlık sözleşmesinin kurulması için geçerlilik şartı aranmamaktadır.

Simsarlıkta, simsara ücret ödenmesi gerektiği hâlde vekâlette bunun zorunlu olmaması; simsarın iş sahibi adına sözleşme yapmayıp sadece sözleşmenin yapılması için aracılık etmesine rağmen, vekilin duruma göre vekâlet veren adına sözleşme de yapılabilmesi, iki sözleşme arasındaki farkları oluşturur.

Kanun'un 521. maddesine göre simsar, ancak yaptığı faaliyet sonucunda sözleşme kurulursa ücrete hak kazanır (f.1)^[18]. Ücret, belirlenmemişse tarife, tarife yoksa teamüle göre ödenir (m.522). Görüldüğü gibi, simsarlık sözleşmesi için ücret zorunlu bir unsur olmakla birlikte^[19], daha önce de belirtildiği

“1) SÖZLEŞMENİN KAPSAMI VE HUKUKÎ YAPISI

Taraflar menajerlik faaliyeti kapsamında aşağıda belirtilen edimlerin gerçekleştirilmesi için işbu (hizmet, danışmanlık, temsil veya yasal ilişkinin nevi) sözleşmesini imzalamışlardır.

Edimler:

.....
.....”

- [18] Simsarın faaliyeti sonucunda kurulan sözleşme geciktirici koşula bağlanmıyorsa ücret, koşulun gerçekleşmesi hâlinde ödenir (f.2). Simsarlık sözleşmesinde simsarın yapacağı giderlerin kendisine ödeneceği kararlaştırılmıyorsa, simsarın faaliyeti sözleşmenin kurulmasıyla sonuçlanmamış olsa bile giderleri ödenir (f.3).

“... *simsarın yaptığı çalışmanın akte dönüşmesi hâlinde ücret talep edebileceği de izahtan varestedir. Davacının dava dışı futbolcunun edimini taahhüt borcu bulunmadığı gibi dava dışı futbolcuyla davalı kulüp arasındaki sözleşmenin, dosya içinde mübrez TFF Tabkim Kuruluna ait 3.2.2011 tarih ve 2011/29 Karar sayılı kararla davalı kulübün kusuruyla feshedildiği de anlaşılmaktadır...*” 13.HD., 26.5.2014, 2013/15789, 2014/16309 (Kazancı İcihat Bilgi Bankası).

- [19] Dava konusu olayda tarafların imzaladıkları sözleşmede, sadece davacının yaptığı aracılık faaliyeti sonucu sözleşme imzalanması durumunda değil, sözleşmede belirtilen süre içerisinde davacıdan habersiz sözleşme imzalanması durumunda da ücrete hak kazanacağı davalı tarafından kabul edilmektedir. Bu hükmü, davalının sözleşmeye aykırı davranması

üzere menajerlik sözleşmesinin ücretli olması şart değildir. Bu sebeple, ücretli menajerlik sözleşmelerine Türk Borçlar Kanunu'nun 520 ve devamı hükümleri uygulanırken, ücretsiz menajerlik sözleşmelerine 502 ve devamı maddelerinde düzenlenen vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır.

Simsar, üstlendiği borcuna aykırı davranarak diğer tarafın menfaatine hareket eder veya dürüstlük kurallarına aykırı olarak diğer taraftan ücret sözü alırsa, ücrete ve yaptığı giderlere ilişkin haklarını kaybeder (m.523).

Sözleşmede aşırı bir ücret kararlaştırılmışsa, borçlunun istemi üzerine, bu ücret hâkim tarafından hakkaniyete uygun olarak indirilebilir (m.525).

C) LİSANSLI OLMAYAN FUTBOL MENAJERİYLE YAPILAN SÖZLEŞMENİN GEÇERLİ OLUP OLMADIĞI

İncelediğimiz karara konu olan olayda, davacı ile davalı futbolcu arasında 20.12.2006 tarihli “*Futbolcu Temsilciliği Sözleşmesi*” akdedilmiştir. Aynı tarihte, davalı tarafından Bornova 2. Noterliği'nde davacıya, kendisiyle ilgili tüm futbolculuk faaliyetlerinde (sözleşme ve transfer işlemlerinde) kullanılmak üzere vekâletname verilmiştir. Davacı TFF nezdinde lisanslı futbolcu temsilcisi yetki belgesine sahip değildir. Yukarıda bazı hükümlerini verdiğimiz Futbol Menajeri İle Çalışma Talimatı'nda da gerek kulüplere gerekse futbolculara, -menajer hizmetlerinden yararlanacaklarsa- mutlaka lisanslı futbol menajeriyle çalışmaları gerektiği defalarca tekrarlanmıştır. Fakat bu hükümlere aykırı davranılması hâlinde, yapılan sözleşmenin geçerli olmayacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin verdiği bozma kararına gerekçe olarak ileri sürdüğü hususlar aşağıda karardaki sıraya bağlı kalınarak ***koyu ve italik*** olarak gösterilmiş, hemen altında ise bunlara karşı değerlendirmelerimize yer verilmiştir.

1. 5894 sayılı “Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun” ve iş bu Kanun’un uygulanmasına dair “Futbolcu Temsilcileri Talimatı” hükümlerine göre, yasal olarak profesyonel futbolcu temsilciliği yapabilmek için Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) nezdinde lisanslı futbolcu temsilcisi yetki belgesine sahip olunması gerektiği kuşkusuzdur. Bunun için de TFF Başkanlığı tarafından yapılan sınavlarda başarılı olunması ve Futbolcu Temsilcileri Talimatında öngörülen diğer yükümlülüklerin ifası zorunludur.

hâlinde davacıya ödeyeceği cezaî şart olarak kabul etmek, miktarını ise yapılacak sözleşmede kararlaştırılan miktarın %10'u olarak belirlemek gerekir.

5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da futbolcu temsilcilerine ilişkin olarak sadece, TFF'nin görevlerinin belirtildiği 3. maddenin birinci fıkrasının (f) bendinde “*Üyelerinin, kulüplerin, futbolcuların, hakemlerin, yöneticilerin, teknik direktör ve antrenörlerin, sağlık personelleri, futbolcu temsilcileri ve müsabaka organizatörleri ile diğer tüm ilgililerin FIFA, UEFA ve TFF tarafından konulan Statü, talimat ve düzenlemeleri ile bunların yetkili kurulları tarafından verilen kararlara uymalarını sağlamak*” şeklinde TFF'ye bir görev verilmesiyle ilgili bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Dolayısıyla, yasal olarak profesyonel futbolcu temsilciliği yapabilmek için TFF nezdinde lisanslı futbolcu temsilcisi yetki belgesine sahip olunması gerektiği tespiti doğruyu yansıtmamaktadır. Her ne kadar belirtilen (f) bendinde Kanun, TFF'ye futbolla ilgili talimatlar çıkartma ve bunlara uyulmasını sağlama görevi vermişse de, aşağıda belirteceğimiz gibi, Anayasa'da düzenlenen çalışma (meslek seçme) ve sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan düzenlemelerin mutlaka kanunla açık bir şekilde yapılması gerekir; bir Kanun maddesiyle, TFF'ye çıkaracağı Talimatlar yoluyla her türlü düzenleme yapabilme yetkisi verilmesi hukuken geçerli değildir.

5894 sayılı Kanun'un işaret ettiği konuda çıkartılan Futbolcu Temsilcileri Talimatı, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan ve/veya Türkiye Futbol Federasyonuna tescilli futbolcu temsilcilerinin; Türk uyruklu futbolcu ve/veya kulüpler arasındaki transferler ile yabancı uyruklu futbolcuların Türkiye Futbol Federasyonunda tescilli bir kulübe transferlerine ilişkin faaliyetlerinin usul ve esaslarını belirlemek amacıyla (m.1) (*günümüzde yürürlükte olan Futbol Menajerleri İle Çalışma Talimatı ise, bir futbolcu ile kulüp arasında imzalanan profesyonel futbolcu sözleşmesi veya iki kulüp arasında imzalanan transfer sözleşmelerinde menajerlik yapılmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek amacıyla (m.1)*) çıkartılmıştır. Talimat'ın hiçbir yerinde de, lisanslı olmayan futbol menajerlerinin yaptıkları sözleşmelerin geçerli olmayacağı düzenlenmemiştir.

Böyle bir düzenlemenin getirilebilmesi de zaten mümkün değildir; zira, Anayasa'nın 48. maddesi “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.*” hükmünü içermektedir. Bu özgürlüğü sınırlayan düzenlemelerin, ancak bir Kanunla yapılması mümkündür; örneğin avukatlar dışındakilerin avukatlık mesleğini icra edememeleri, Avukatlık Kanunuyla sınırlandırıldığı için Anayasa'ya uygun bir düzenlemedir. Yine insanlara yönelik tıbbî müdahalelerin ancak hekimler tarafından yapılabileceğine ilişkin Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile hayvanlara yönelik tıbbî müdahalelerin ancak veteriner hekimler tarafından yapılabileceğine ilişkin Hayvanları Koruma Kanunu hükümleri de, çalışma ve sözleşme hürriyetini kısıtlayan kanun hükümleridir; bunlar gibi birçok kanun hükmünde, ancak belirli niteliklere sahip kişilerin o

alanda çalışabileceği ve sözleşme yapabileceği belirtilerek o kişilere münhasır bir alan yaratılmış, başkalarına o alan yasaklanmıştır^[20]. Fakat bu düzenlemeler, hep bir kanun içerisinde yapılmıştır. Çalışma (meslek seçme) ve sözleşme özgürlüğünün bir talimatla sınırlandırılabilmesi mümkün değildir^[21].

2. Yine “Futbolcu Temsilcileri Talimatı”na göre, profesyonel futbolcular, ancak bu talimatta belirlenen şartlara uygun olarak Federasyon tarafından düzenlenmiş lisansa sahip futbolcu temsilcilerinin hizmetlerinden yararlanabilir ve bu temsilciler ile sözleşme imzalayabilirler. Futbolcuların, bu talimata uygun olarak verilmiş, geçerli bir lisansı bulunmayan kişilerle temsilcilik sözleşmesi imzalamaları ya da hizmetlerinden yararlanmaları yasaktır.

Taraflar arasındaki sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte olan Futbolcu Temsilcileri Talimatı'nın 16. maddesinde, “Futbolcular ve kulüpler ancak bu talimatta belirlenen şartlara uygun olarak Federasyon tarafından düzenlenmiş lisansa sahip futbolcu temsilcilerinin hizmetlerinden yararlanabilir ve bu temsilciler ile sözleşme imzalayabilirler. Futbolcuların ve kulüplerin bu talimata uygun olarak verilmiş, geçerli bir lisansı bulunmayan kişilerle temsilcilik sözleşmesi imzalamaları ya da hizmetlerinden yararlanmaları yasaktır. –Bu yükümlülüklerine ve/veya bu talimatta belirlenen diğer yükümlülüklerine aykırı hareket eden futbolcu ve kulüpler hakkında; - uyarı, kınama, - para cezası, -bir aya kadar hak mahrumiyeti cezası, fiilin ağırlığı, niteliği, tekrar durumu nazara alınarak birlikte ya da ayrı ayrı uygulanır.” hükmü yer almaktaydı; görüldüğü gibi, bu yasağa aykırılığın yaptırımını da hemen devamında belirtilmiş ve disiplin cezası verileceği ifade edilmiştir^[22].

[20] Hekimlik ve avukatlık gibi mesleklerde, bu mesleğin yerine getirilmesinin yetkili makamlardan ruhsat alınmasına bağlandığı durumlarda, yasaklayıcı kanun hükmü açıkça belirtmese bile daha ağır basan bir kamu yararının söz konusu olması sebebiyle, yasaklayıcı hükme rağmen yapılan sözleşmeler geçersizdir. Çünkü o mesleği icra edebilmek için gerekli şartlara sahip olduğu yetkili makamın verdiği ruhsatla sabit olmamış kişilerin, iş sahipleri veya hastalarla yaptıkları sözleşmeleri geçerli saymak (onların da bu sözleşmelere taraf olabileceklerini kabul etmek), toplumu ehliyetsiz kişilerin eline bırakmak tehlikesine yol açacağından, üstün tutulması gereken kamu yararı düşüncesine açıkça aykırı olurdu (**Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm (Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme), Birinci Cilt, 6. Bası, İstanbul 2014, s.541).

[21] Fransa'da 1992 yılına kadar menajerlik faaliyeti kanunen yasaktı. Özellikle futbolda sıklıkla ihlâl edilen bu yasağa karşı Fransız mahkemeleri, menajerlik ilişkisinden doğan uyumsuzluklarda sporcu ile menajer arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğuna hükmetmekteydi (**Özkurt**, s.78-79).

[22] Lisanslı olmayan futbol menajerleriyle yapılan sözleşmenin geçersiz olacağına kabul edilmesi, onun aracılığıyla yapılan profesyonel futbolcu sözleşmelerinin de geçersiz olması sonucunu doğurmalıdır. Örneğin lisanslı olmayan futbol menajerinin aracılık ettiği bir transfer görüşmesi sonucu futbolcu yüksek ücretler alarak büyük bir kulübe transfer olabilir;

Taraflar arasında sözleşme yapıldıktan sonra değiştirilen 19.3.2010 tarihli Futbolcu Temsilcileri Talimatı'nda (ve günümüzde geçerli olan Futbol Menajerleri İle Çalışma Talimatı'nda), lisansı bulunmayan kişilerle temsilcilik sözleşmesi imzalanmasının veya hizmetlerinden yararlanılmasının yasak olduğu açıkça belirtilmemektedir. Fakat örneğin Futbol Menajerleri İle Çalışma Talimatı'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde futbolcunun yükümlülüğü olarak belirtilen “Sadece bu Talimat çerçevesinde lisanslı menajerlerin hizmetlerinden yararlanmak, bu talimatta öngörülen istisnalar haricinde doğrudan veya dolaylı olarak lisanssız hiçbir kişinin onlar ad ve hesabına kulüpler ile sözleşme müzakere etmesine veya menajerlik faaliyeti kapsamında değerlendirilebilecek işlemler yürütmesine izin vermemek”, dolaylı olarak bir yasaklama da içermektedir. Fakat bu yasaklamanın yaptırımı aynı maddenin ikinci fıkrasında “Yukarıdaki 1. fıkranın “b” bendini ihlâl eden futbolculara lisanssız kişilere ödedikleri veya ödemeyi taahhüt ettikleri ücret kadar para cezası ile cezalandırılırlar. Her halükarda para cezasının miktarı bu talimatta belirlenen minimum tutarlardan az olamaz.”^[23] şeklinde düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle, yasağa uymamanın yaptırımı sözleşmenin geçersiz olması değil, para cezası ödemek şeklindedir.

TFF'nin Futbol Menajerleri İle Çalışma Talimatı'nın 26. maddesinde “Talimat Kapsamında Olmayan Kişiler” başlığı altında, “Yaşı küçük bir futbolcu adına profesyonel futbolcu sözleşmesinin müzakeresine bizzat katılan yasal temsilciler için TFF'nin menajerlik faaliyetine ilişkin düzenlemeleri uygulanmaz.”^[24] denilmek

karşılığında, Futbol Menajerleri İle Çalışma Talimatı'nda öngörülen disiplin cezalarını göze alarak, bu takımda futbol oynayabilir ve ücretini alabilir; bu ihtimalde, futbolcunun yaptığı transfer sözleşmesi hukuk düzeni tarafından geçerli kabul ediliyorsa, bu transferden menajerin de ücret alabilmesi hukuken mümkün olmalıdır.

[23] Talimat'ın 22. maddesinde, futbolculara verilecek para cezasına ilişkin minimum tutarlar gösterilmiştir: buna göre “Süper Lig futbolcuları için 75.000.-TL'den, TFF 1.Lig futbolcuları için 35.000-TL.'den, TFF 2.Lig futbolcuları için 15.000- TL.'den ve TFF 3.Lig futbolcuları için 7.500- TL.'den az olmamak üzere para cezası” öngörülmüştür.

Talimat'ın 17. maddesinin ikinci fıkrasında, lisanslı olmayan futbol menajerinin hizmetlerinden yararlandıklarında futbolculara para cezası verileceği özellikle belirtildiğinden, 22. maddede düzenlenen diğer bir ceza olan hak mahrumiyetinin verilebilmesi mümkün değildir. Her ne kadar hükümde, “Bu cezalara ihlâlin ağırlığı, niteliği, tekrar durumu dikkate alınarak birlikte ya da ayrı ayrı hükmedilebilir.” düzenlemesi yer alsa da, ihlâlin ağırlığı, niteliği veya tekrar durumu göz önünde bulundurularak para cezası yanında hak mahrumiyetine hükmedilebilmesi -suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi gereği- mümkün değildir. Bu itibarla, lisanslı olmayan futbol menajeriyle sözleşme yapan futbolcuya sadece para cezası verilebilirken, Talimat'ın diğer hükümlerine aykırılık halinde para cezası ile hak mahrumiyeti cezasına ayrı ayrı veya birlikte hükmedilebilmesi mümkündür.

[24] Uyuşmazlığın doğduğu tarihte yürürlükte olan Futbolcu Temsilcileri Talimatı'nda böyle bir istisnai hüküm yer almamaktaydı. 19.3.2010 tarihinde yürürlüğe giren Futbolcu Temsilcileri Talimatı'nda ise (günümüzde yürürlükte olan Talimattan daha geniş bir hüküm

suretiyle, belirtilen kişilerin hizmetlerinden yararlanması durumunda, kulüp veya futbolculara disiplin cezası verilemeyeceği öngörülmüştür; fakat bunlar dışındakilerin yaptığı hizmetlere ilişkin sözleşmelerin geçerli olmadığı düzenlenmemiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi, bir talimatla Anayasada belirtilen çalışma ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin ortadan kaldırılması zaten mümkün değildir.

3. Somut olayda ise davacının, TFF nezdinde tescilli, lisanslı futbolcu temsilcisi olmadığı sabittir^[25]. Dolayısıyla davacının, yasal olarak haiz olmadığı halde, Kanun ve buna bağlı olarak çıkarılan Talimatla öngörülen futbolcu temsilciliği statüsünün sağladığı hakları kullanması mümkün değildir. Davacı, sadece TFF nezdinde tescilli, lisanslı futbolcu temsilcilerine tanınmış olan “münhasırlık” yetkisine dayanarak hak talebinde bulunamaz.

Burada yapılan tespit, lisanslı olmayan futbolcu temsilcisinin, futbolcu temsilciliğine ilişkin hiçbir faaliyette bulunamayacağıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere, çalışma ve sözleşme özgürlüğünün bir Talimat’la kısıtlanabilmesi

öngörülerek) “Futbolcunun ebeveynleri, kardeşleri ya da eşi, futbolcu adına bir profesyonel futbolcu sözleşmesi müzakere edebilir. Futbolcunun ebeveynleri, kardeşi ya da eşi tarafından yürütülen bu tip faaliyetlere FIFA ve TFF’nin futbolcu temsilciliğine ilişkin düzenlemeleri uygulanmayacağı gibi, bu faaliyetler FIFA veya TFF’nin yetkisinde değildir.” düzenlemesi yapılmıştı.

- [25] Olayda davalı, davacının lisanslı futbolcu temsilcisi olmadığını öğrendiği için TFF mevzuatına aykırı hareket etmemek amacıyla lisanslı başka bir temsilciyle anlaştığını ve onun hizmetlerinden yararlandığını iddia etmektedir. Böyle bir durumda taraflar arasındaki sözleşmenin haklı sebeple feshedilebilmesi (işlem temelinin çökmesi) veya hataya ya da hileye dayanarak sözleşmenin iptal edilebilmesi mümkün olmakla birlikte, davalı tarafından bu imkân kullanılmadığına göre sözleşme hâlâ ayaktadır. Davalının başka bir menajerle sözleşme yapmış olması, önceki sözleşmeyi feshettiği şeklinde yorumlanamaz; çünkü fesih için karşı tarafa (davacıya) ulaşması gereken tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir irade açıklaması gerekir.
- Uyuşmazlığın doğduğu tarihte yürürlükte olan Talimat’ın 11. maddesinin beşinci fıkrasında “Federasyon, tüm lisanslı futbolcu temsilcilerinin listesini FIFA’ya gönderir.” hükmü yer almakta, listenin ilanından söz edilmemekteydi. Günümüzde yürürlükte olan Talimat’ın 12. maddesinde ise, “(1) Futbolcu velveya kulüpler TFF, FIFA’ya bağlı konfederasyonlar ve FIFA’nın yetkili mercilerinin talepleri üzerine menajerlik faaliyetine ilişkin her türlü bilgi ve belgeyi ibraz etmekle yükümlüdürler. Futbolcu ve kulüpler menajerlerle yaptıkları sözleşmeler menajerlik faaliyeti kapsamında her türlü bilgi ve belgenin TFF, FIFA’ya bağlı konfederasyonlar ve FIFA’nın yetkili mercilerine ifşa ve ibrazına olanak sağlayan maddeler eklemekle yükümlüdürler. (2) Lisanslı menajerlerin listesi TFF resmi internet sitesinde yayınlanır. Her takvim yılının Mart ayı sonunda, menajerlerin dâhil oldukları her bir işlemin listesi TFF resmi internet sitesinden yayınlanır. Ayrıca, TFF’ye tescilli futbolcuların ve kulüplerin menajerlere yaptığı tüm ödemelerin toplamı, kulüp bazında ayrı ayrı olmak üzere, her takvim yılının Mart ayı sonunda TFF resmi internet sitesinde yayınlanır.” düzenlemesi bulunmaktadır. Dolayısıyla günümüzde bir futbolcunun, menajerin lisanslı olup olmadığını bilmediğini ileri sürebilmesi mümkün değildir; maddenin ikinci fıkrasına göre ilan edilen listeyi, futbolcu ve kulüplerin bildiği kabul edilir.

mümkün değildir. Şüphesiz futbol alanında düzenin sağlanabilmesi için lisanslı futbol menajerleriyle sözleşme yapılması gerekir; bu aynı zamanda TFF'nin üye olduğu UEFA ve FIFA'nın da yerine getirilmesi gereken bir kuralıdır. Zaten bu kuralın yerine getirilmesi için, buna aykırı davranan futbolculara ve kulüplere para cezası (uyuşmazlığın doğduğu tarihte yürürlükte olan Talimata göre para cezası yanında uyarı, kınama, bir aya kadar hak mahrumiyeti cezası) şeklinde bir disiplin cezası öngörülmüştür. Söz konusu Talimat'ın, Borçlar Hukuku'na müdahale ederek sözleşmenin geçersiz olması sonucunu doğurabilmesi mümkün değildir.

4. Özel hukuk sistemimizde geçerli olan “sözleşme serbestisi”, sınırsız bir hak ve yetki olmayıp, sözleşme serbestisine kamu düzeni açısından bazı sınırlamalar getirilmiştir. Kanuna ve emredici mevzuat hükümlerine aykırı sözleşme yapılamaz.

Yargıtay, Futbolcu Temsilcileri Talimatı'nda (ve dolayısıyla günümüzde yürürlükte olan Futbol Menajerleri İle Çalışma Talimatı'nda) yapılan düzenlemenin, kamu düzeni amacıyla getirilen emredici bir hüküm olduğunu, bu sebeple de sözleşme özgürlüğü ilkesinin burada uygulanmayacağını, yapılan sözleşmenin geçersiz olduğunu iddia etmektedir.

Emredici hukuk kurallarına aykırı sözleşme, geçersizlik yaptırımına tâbidir (TBK.m.27/I). Bir hukukî ilişkinin taraflarınca aksinin kararlaştırılmasına hukuk düzenince izin verilmeyen kurallar, emredici niteliktedir. Bir hükmün emredici nitelikte olması bazen onun ifadesinden anlaşılır; fakat her zaman bir hükmün lafzından böyle bir sonuç çıkartılamaz. Bu sebeple, emredici nitelik taşıyıp taşımadığı tespit edilirken hükmün lafzı ruhu ile kontrol edilmeli ve özellikle hükmün amacı ile korumaya çalıştığı menfaat araştırılmalıdır. Örneğin bazı hükümler toplum menfaatini (kamu düzenini)^[26], bazıları toplumun ahlâkî

[26] Kamu düzeni toplumsal düzen ve huzurla ilgili bir kavram olup, toplumun genelinin çıkarına aykırı olan bir kural ve düzenleme kamu düzenine zarar verir (Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2013, s.98). Olay bakımından lisanslı olmayan menajerle sözleşme yapılmasının toplumun genelinin çıkarına nasıl aykırı olduğu, toplumsal düzeni ve huzuru nasıl bozduğu düşünülmelidir. Böyle bir menajerle sözleşme yapılmasının kısıtlı bir çevrede (sadece futbol alanında) etkili olduğu ve kamu düzenini bozduğu düşünülse bile, buna karşı disiplin yaptırımları öngörüldüğünden, bu şekilde bozulan kamu düzeninin yeniden tamir edildiği kabul edilebilir; dolayısıyla sözleşmenin geçersizliği gibi bir yaptırıma gerek kalmamaktadır.

Bazen kanunkoyucu, geçersizlik yanında ayrıca bir de ceza yaptırımı öngörmüş olabilir. Bir kanunun bazı yasaklayıcı hükümler için geçersizlikten söz etmeden ceza yaptırımlarını açıkça düzenlemiş olması hâlinde, bu yaptırımların geçersizlik yaptırımına ek olarak mı yoksâ geçersizlik söz konusu olmaksızın tek başlarına mı uygulanacakları, ilgili yasak hükmünün anlam ve amacına göre araştırılmalıdır. Yasaklayıcı hükmün güttüğü amacın gerçekleşmesi ancak buna ters düşen işlemin geçersiz sayılmasıyla sağlanabiliyorsa, ceza

değerlerini, bazıları kişinin kişiliğini, bazıları ise ekonomik, sosyal veya fizikî bakımdan zayıf olanları korumak amacıyla getirilmiştir^[27].

Yargıtay kararına konu sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte olan Futbolcu Temsilcileri Talimatı'nın 16. maddesinin birinci fıkrasında, futbolcuların ve kulüplerin bu talimata uygun olarak verilmiş, geçerli bir lisansı bulunmayan kişilerle temsilcilik sözleşmesi imzalamalarının ya da hizmetlerinden yararlanmalarının yasak olduğu belirtilmiştir. Fakat her yasaklayıcı hukuk kuralına aykırılık, mutlaka ve her durumda sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Yasaklayıcı nitelik taşıyan bir hukuk kuralına aykırılığın sözleşmeyi geçersiz kılabilmesi için, ya bu hususun söz konusu hukuk kuralında açıkça belirtilmesi ve bu hükme aykırı sözleşmelerin geçersiz olacağı vurgulanması ya da geçersizlik olgusunun yasaklama getiren hükmün anlam ve amacından tereddütsüz bir şekilde anlaşılabilmesi gerekir. Yasaklama getiren kural, bu yasağa aykırılığın sözleşmeyi geçersiz hâle getireceğini açıkça düzenlememiş ve hükmün anlamı ile amacı da böyle bir geçersizliği desteklemiyorsa, sözleşme yine hukuka aykırı olmasına rağmen geçersiz değildir. Bu tür hükümlerde yasağa aykırılığın yaptırımı, başka alanlarda (örneğin para cezası ödeme ya da disiplin cezasına maruz kalma şeklinde) kendini gösterir. Özellikle Borçlar Hukuku alanı dışında düzenleme getiren ve bazı idarî veya cezaî yaptırımlar öngören kamu hukuk kuralları bu şekildedir; bu tür hükümler “düzen hükmü” olarak nitelendirilmektedir^[28]. Olaydaki Talimat'ın 16. maddesinin birinci fıkrası da böyle bir düzen hükmü niteliği taşımakta, buna aykırılığın yaptırımının ise -hükmün hemen devamındaki ikinci fıkrasında belirtildiği şekilde- buna aykırı hareket eden futbolcu ve kulüpler hakkında disiplin cezaları vermek olacağı belirtilmektedir.

Hukuk sistemimizde buna ilişkin başka örnekler de verilebilir. Örneğin TFF'nin önceki Talimatlarında, futbolcu ile kulübü arasında sadece TFF'ye ibraz edilen sözleşmeye dayalı olarak tarafların hak talebinde bulunabileceği

yaptırımı yanında sözleşmenin geçersizliği de ortaya çıkacaktır (**Kocayusufpaşaoğlu**, s.538-539, dn.41).

[27] **Oğuzman, M.Kemal / Barlas, Nami**: Medenî Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 21.Bası, İstanbul 2015, s.86-87; **Eren, Fikret**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18.Baskı, Ankara 2015, s.318-319; **Kocayusufpaşaoğlu**, s.534.

[28] **Oğuzman/Barlas**, s.220. **Eren** de (s.335), bir hukuk kuralını ihlâl eden her sözleşmenin geçersiz olmadığını, hukuka aykırılık sebebiyle geçersiz sözleşmeden ancak kanun kesin hükümsüzlüğü açık bir şekilde hükme bağlamış veya böyle bir sonuç ihlâl edilen hukuk kuralının amaç ve anlamından yorum yoluyla çıkartılabiliyorsa söz edilebileceğini belirtmektedir.

düzenlenmişti^[29]. Söz konusu hükümde, Federasyonca tescil edilen tip sözleşme dışında, taraflar başkaca yazılı bir anlaşma imzaladıklarında, bu sözleşmelerin Federasyon ve/veya vergi mevzuatlarına aykırı davranmak veya ilgili makamlardan bilgi gizlemek amacıyla düzenlendiğinin tespit edilmesi hâlinde, bu tür sözleşmelere dayalı taleplerin reddedileceği; bu sözleşmeye taraf olan kulüp ve futbolcunun Profesyonel Futbol Disiplin Kurulu'na sevk edileceği; Profesyonel Futbol Disiplin Kurulu'nun, kulübe para cezası, futbolcuya ise 4 ila 6 ay arasında müsabakalardan men cezası vereceği öngörülmüştü. Fakat cezaî sonuçları saklı kalmak şartıyla, kulüp ile futbolcu arasında yapılan harici sözleşmeler geçerli kabul edilmekte, tescil edilmemiş sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlık çıktığında bu TFF tarafından çözümlenmemekte, genel mahkemelerde görülmekteydi^[30]. Yargıtay da, önceki dönemde, tescil edilmemiş sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda adli yargının görevli olduğuna ilişkin kararlar vermiştir^[31]. Sadece futbolcular bakımından değil, teknik direktörler için de -önceki dönemde (4.12.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5719 sayılı Kanun değişikliğinden önce)- tescil edilmemiş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda adli yargının görevli olduğuna ilişkin kararlar bulunmaktadır^[32]. Görüldüğü gibi, profesyonel futbolcu sözleşmesi imzalayarak TFF'ye tescil ettiren taraflar, TFF'nin talimatlarına aykırı olsa bile tescil edilmemiş (harici) sözleşmeler yapabilmekte, bu yüzden kendileri hakkında disiplin cezası uygulanmakla birlikte, Borçlar Hukukuna göre geçerli bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar genel mahkemelerde görülmekteydi. Bu itibarla, lisanslı olmayan futbol menajerinden yararlanma ve onun aracılığıyla transfer görüşmeleri yapıp profesyonel sözleşme imzalama bir disiplin suçu olabilmekte birlikte, özel hukuk bakımından futbolcu ile menajeri arasındaki sözleşme geçerli kabul edilmelidir^[33].

[29] Yürürlükteki Talimatlarda, taraflar arasında tescil edilen sözleşme dışında başka bir sözleşme de varsa, bu sözleşmenin de taraflar arasındaki ilişkide esas alınmasının mümkün olduğu (TFF'ye tescil için sunulan sözleşmenin tek sözleşme olarak kabul edilmeyeceği) düzenlenmiştir. Tescil edilmemiş bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar da, TFF nezdinde çözümlenmektedir.

[30] **Ertaş, Şeref / Petek, Hasan:** Spor Hukuku, 2.Baskı, Ankara 2011, s.336, dn.393.

[31] 13. HD., 14.12.2004, 10865/18286 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 13. HD., 27.12.2005, 12776/19259 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 13. HD., 13.4.2004, 2003/16256 E., 2004/5446 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 13. HD., 3.3.2005, 2004/14650 E., 2005/3214 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 13. HD., 11.10.2005, 9042/15044 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); 13. HD., 2.10.2003, 6143/11157 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[32] HGK., 24.6.2009, 13-220/280 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[33] Lisanslı futbol menajerinin hizmetlerinden yararlanmamanın FIFA mevzuatına da aykırı ve bu sebeple sözleşmenin geçersiz olduğu iddia edilebilir. Bir hukukî ilişki birden fazla disiplini ilgilendiriyorsa, bazılarında göre geçerli olması bazılarında ise herhangi bir hak

Daha önce kısmen değinildiği üzere, yürürlükteki Futbol Menajerleri İle Çalışma Talimatı'nın "*Futbolcuların Hak ve Yükümlülükleri*" başlığını taşıyan 17. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde^[34], "*Sadece bu Talimat çerçevesinde lisanslı menajerlerin hizmetlerinden yararlanmak, bu talimatta öngörülen istisnalar haricinde doğrudan veya dolaylı olarak lisanssız hiçbir kişinin onlar ad ve hesabına kulüpler ile sözleşme müzakere etmesine veya menajerlik faaliyeti kapsamında değerlendirilebilecek işlemler yürütmesine izin vermemek*" şeklinde futbolcunun yükümlülüğü düzenlenmiştir^[35]. Aynı Talimat'ın "*Kulüplerin Hak ve Yükümlülükleri*" başlığını taşıyan 18. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde de, "*Sadece lisanslı menajerlerin hizmetlerinden yararlanmak, bu talimatta öngörülen istisnalar haricinde doğrudan veya dolaylı olarak lisanssız hiçbir kişinin onlar ad ve hesabına kulüpler veya futbolcular ile sözleşme müzakere etmesine veya menajerlik*

vermemesi mümkündür; örneğin önceki dönemde Türkiye Futbol Federasyonuna tescil edilmeyen futbolcu sözleşmeleri için TFF'ye başvurmak mümkün olmadığı hâlde genel mahkemelere başvurmak mümkündür; TFF'ye tescil edilmeyen sözleşme yapmak disiplin cezasını gerektiren bir fiil olduğu hâlde, genel mahkemelerde bu sözleşmelerden kaynaklanan hakları talep edilebilirdi. Ayrıca, FIFA düzenlemeleri, FIFA nezdinde yapılan başvurularda uygulanması gereken veya bu düzenlemelere uygun şekilde yapılan iç mevzuat gereği TFF'ye yapılan başvurularda uygulanması gereken hükümlerdir; yukarıda da belirtildiği şekilde, FIFA düzenlemelerine göre geçersiz olan bir sözleşme veya ilişki, iç hukuk (genel hukuk) kurallarına göre geçerli sayılabilir. Bunun dışında, FIFA ve TFF düzenlemeleri lisanslı futbol menajerleri hakkında uygulanabilir; lisanslı olmayan futbol menajerleri hakkında bu düzenlemelerin uygulanabilme imkânı da bulunmamaktadır. Bu durumda, FIFA veya TFF düzenlemeleri değil, taraflar arasında sözleşme serbestliği ilkesi çerçevesinde imzalanan sözleşme hükümleri aracılığıyla bu uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekecektir. İfade etmeye çalıştığımız bu durum, sözleşme özgürlüğü ilkesinden kaynaklanmakta ve bir talimat hükmüyle Anayasaya aykırı düzenleme getirilememesinden doğmaktadır. Lisanslı olmayan bir futbol menajerinin hizmetinden yararlanan futbolcu hakkında disiplin cezası uygulanmakla birlikte, yapılan sözleşmeden bu menajerin hak talep etme imkânı bulunmaktadır; bu durum, kanuna karşı hile oluşturmamaktadır, zira lisanslı olmayan futbol menajerlerinin faaliyet özgürlüğü bir kanunla yasaklanmış değildir.

[34] Taraflar arasındaki uyuşmazlığın doğduğu tarihte yürürlükte olan Futbolcu Temsilcileri Talimatı'nda da, günümüzde yürürlükte olan Talimattaki hükme benzer bir düzenleme yer almaktaydı: "*FUTBOLCULARA VE KULÜPLERE İLİŞKİN CEZA HÜKÜMLERİ*" başlığını taşıyan 16. maddesine göre, "*Futbolcular ve kulüpler ancak bu talimatta belirlenen şartlara uygun olarak Federasyon tarafından düzenlenmiş lisansa sahip futbolcu temsilcilerinin hizmetlerinden yararlanabilir ve bu temsilciler ile sözleşme imzalayabilirler. Futbolcuların ve kulüplerin bu talimata uygun olarak verilmiş, geçerli bir lisansı bulunmayan kişilerle temsilcilik sözleşmesi imzalamaları ya da hizmetlerinden yararlanmaları yasaktır. -Bu yükümlülüklerine ve/veya bu talimatta belirlenen diğer yükümlülüklerine aykırı hareket eden futbolcu ve kulüpler hakkında; - uyarı, kınama, - para cezası, - bir aya kadar hak mahrumiyeti cezası fiilin ağırlığı, niteliği, tekrar durumu nazara alınarak birlikte ya da ayrı ayrı uygulanır.*"

[35] Talimat'ın 17. maddesinin ikinci fıkrasına göre "*Yukarıdaki 1. fıkranın "b" bendinin ihlâl eden futbolculara lisanssız kişilere ödedikleri veya ödemeyi taahhüt ettikleri ücret kadar para cezası ile cezalandırılırlar. Her halükarda para cezasının miktarı bu talimatta belirlenen minimum tutarlardan az olamaz.*"

faaliyeti kapsamında değerlendirilebilecek işlemler yürütmesine izin vermemek” şeklinde kulübün yükümlülüğü düzenlenmiştir^[36]. Bununla bağlantılı olarak, 20. maddenin birinci fıkrasında ise, “İşbu talimat ile FIFA, UEFA veya TFF'nin sair mevzuatına aykırı hareket eden menajerler, futbolcular, kulüpler ve sair kişiler disiplin cezası ile cezalandırılmak üzere PFDK'ye sevk edilirler. PFDK kararlarına karşı sadece Tahkim Kurulu'na itiraz edilebilir.” denilmiştir^[37]. Görüldüğü gibi, Talimat, futbolcu ve kulüplere, lisanslı futbol menajerlerinin hizmetlerinden yararlanmalarını bir zorunluluk olarak düzenlemekte, buna aykırılık hâlinde, 22.^[38] ve 23.^[39] maddelerde belirtilen disiplin cezalarını öngörmektedir. Yoksa Talimat'ta, lisanslı olmayan futbol menajerleriyle yapılan sözleşmelerin geçerli olmadığına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

5. O hâlde iş bu davada dayanan 20.12.2006 tarihli “Futbolcu Temsilcisi Sözleşmesi”, davacının TFF nezdinde lisanslı futbolcu temsilcisi olmaması nedeniyle, 5894 sayılı “Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun” ve iş bu Kanun'un uygulanmasına dair

[36] Talimat'ın 18. maddesinin ikinci fıkrasına göre “Yukarıdaki 1. fıkranın “b” bendinin ihlâl eden kulüplere lisanssız kişilere ödedikleri veya ödemeyi taahhüt ettikleri ücret kadar para cezası ile cezalandırılırlar. Her hâlikarda para cezasının miktarı bu talimatta belirlenen minimum tutarlardan az olamaz.”

[37] Talimat'ın 20. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına göre “(2) TFF'nin menajerlik faaliyetlerine ilişkin düzenlemelerinin ihlâl edildiği şüphesiyle yürütülen soruşturmalar kapsamında soruşturma organları ve disiplin kurulları basın ve yayın organlarında çıkan haber, fotoğraf, video görüntüleri de dâhil olmak üzere her türlü delilden yararlanabilir ve bu delilleri serbestçe takdir eder. (3) Haklarında disiplin ihlâli gerçekleştirdiklerine dair kuvvetli şüphe bulunan menajerler, futbolcular veya kulüpler yürütülen disiplin soruşturması ve yargılaması sırasında talimat hükümlerine uygun olarak hareket ettiklerini ispat ile mükellefdirler.”

[38] Talimat'ın “Futbolculara İlişkin Ceza Hükümleri” başlığını taşıyan 22. maddesine göre “İşbu talimat ile FIFA, UEFA veya TFF'nin menajerlik faaliyetine ilişkin sair mevzuatına aykırı hareket eden futbolcular hakkında:
a) Süper Lig futbolcuları için 75.000.-TL'den, TFF 1.Lig futbolcuları için 35.000.-TL.'den, TFF 2.Lig futbolcuları için 15.000.- TL.'den ve TFF 3.Lig futbolcuları için 7.500.- TL.'den az olmamak üzere para cezası, b) Hak mahrumiyeti cezası, verilebilir. Bu cezalara ihlâlin ağırlığı, niteliği, tekrar durumu dikkate alınarak birlikte ya da ayrı ayrı hükmedilebilir.”

[39] Talimat'ın “Kulüplere İlişkin Ceza Hükümleri” başlığını taşıyan 23. maddesine göre “İşbu talimat ile FIFA, UEFA veya TFF'nin menajerlik faaliyetine ilişkin sair mevzuatına aykırı hareket eden kulüpler hakkında:
a) Süper Lig için 150.000.-TL'den, TFF 1.Lig için 75.000.- TL.'den, TFF 2.Lig için 35.000.- TL.'den ve TFF 3.Lig için 15.000.- TL.'den az olmamak üzere para cezası,
b) Transfer yasağı cezası,
c) Puan tenzili cezası,
ç) Bir alt lige düşürme cezası, verilebilir. Bu cezalara ihlâlin ağırlığı, niteliği, tekrar durumu dikkate alınarak birlikte ya da ayrı ayrı hükmedilebilir.”

“Futbolcu Temsilcileri Talimatı” hükümlerine aykırı olup, geçersizdir. Davacı geçersiz olan sözleşme hükümlerine dayanarak hak talebinde bulunamaz. Mahkemeye aksine düşüncelerle sözleşmenin geçerli olduğundan bahisle yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir^[40].

Kanaatimizce, yukarıda gerekçeleri ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde lisanslı olmayan futbol menajeri ile davalı futbolcu (veya kulüp) arasında böyle bir sözleşme yapılabilmesi mümkündür^[41]. Davacının lisanslı futbol menajeri olmaması, ancak TFF nezdinde bir hak talep edememesi sonucunu doğurur; yoksa yapılan sözleşme Borçlar Hukukuna göre geçerlidir. Bunun dışında, lisanslı olmayan futbol menajerinin hizmetlerinden yararlanan futbolcuya disiplin cezası verilmesi mümkündür; ancak, bu disiplin cezası, Borçlar Hukuku anlamında geçerli olan taraflar arasındaki sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaz.

D) DÜRÜSTLÜK KURALININ ETKİSİ

Olay bakımından davacı ile davalı arasındaki sözleşmenin (kısmen veya tamamen) hüküm doğurmaması, dürüstlük kuralının devreye girmesiyle mümkün olabilir. Yargıtay’ın kararından tam olarak anlaşılammakla birlikte, eğer davacı tarafından davalı kandırılarak lisanslı futbolcu temsilcisi olduğu yönünde bir güven uyandırılmış; daha sonra davalının bu sözleşmeyi feshetmemesi veya iptal ettirmemesinden yararlanılarak, aslında herhangi bir hizmeti olmamasına rağmen davalının yaptığı sözleşmelerden menfaat elde etmek amacıyla 20.12.2006 tarihli sözleşmeden faydalanılmışsa, Türk Medenî Kanunu’nun 2. maddesindeki hakkın kötüye kullanılması yasağı ve dürüstlük kuralından hareketle bu sözleşmenin

[40] Bir başka kararda da “*Davacı futbolcu A. in davalı kulübe transferinde aracılık ettiğiinden bahisle ödenmeyen sözleşme bedelinin tahsili talebiyle takibe yapılan itirazın iptalini istemiştir. Davalı yan ise, davalının lisanslı olmadığıının savunmuştur. Mahkemeye, davalının bu savunması üzerinde durulmamıştır. Türkiye Futbol Federasyonu tarafından hazırlanan Futbolcu Temsilci Talimatnamesinde bu konuyla ilgili düzenlemeler getirilmiş ve futbolcu temsilcilerinin lisans ve teskiline dair hükümler vazedilmiştir. Mahkemeye, bu doğrultuda bir araştırmaya ve inceleme yapılmamıştır. Öyle olunca, öncelikle mahkemeye, davacının TFF nezdinde futbolcu temsilcisi olup olmadığı, lisansının bulunup bulunmadığı ya da TFF’ce tanınan bir kuruluştan iznini bulunup bulunmadığı araştırılarak hasil olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.*” denilmektedir (13.HD., 13.6.2014, 3622/18893; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[41] İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, bir kantonda çalışma ruhsatı olan bir mimarın diğer bir kantonda kendisini tescil ettirip çalışma izni almaksızın mesleğini icra etmesi durumunda, taraflar arasındaki ilişkide sözleşmenin kesin hükümsüz değil, sadece irade bozukluğu sebebiyle iptal edilebilir olduğu sonucuna varmıştır (BGE 117 II 47). Hak düşürücü süre içerisinde iptal edilmediği sürece, sözleşme ayaktadır.

tamamen veya kısmen geçersiz kılınması (sözleşmeye dayalı hak taleplerinin etkisiz kılınması) mümkündür. Çünkü ahlâka aykırı bir şekilde bir hakkın (sözleşmeden doğan alacak hakkının) kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Bu itibarla, 18 yaşını henüz doldurmuş ve meslek hayatının başında olan bir futbolcuyla sözleşme imzalamış davacının, davalının üç yıl boyunca bütün sözleşmesel ve meslekî faaliyetlerinden pay alabilmesi, davacının herhangi bir hizmeti ve gayreti olmamasına rağmen gelişen olaylar sonucu davalının büyük transfer ücretleri alarak büyük kulüplerle imzaladığı sözleşmelerden davacının menfaat elde etmesi, davacının lisanslı temsilci olmadığını öğrenmesi sebebiyle davalının transfer görüşmeleri yaparken onun hizmetlerinden yararlanamayacağını düşünmemesi sebebiyle onu görüşmelerden haberdar etmemesi sayesinde davacının (tabir-i caizse) hazıra konmasını hukuk düzeni korumamalıdır.

Daha önce de ifade edildiği üzere, taraflar arasında karşılıklı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme yapılmıştır; davalının menajerlik ücreti ödeme borcuna karşılık, davacının da davalının menfaatine olacak şekilde transfer görüşmeleri yapması, davalının büyük ücretler elde ederek büyük kulüplere transfer olmasını sağlaması, onun meslekî açıdan gelişmesine katkı sağlaması gerekmektedir. Davacı bu borçlarını yerine getirmemesine rağmen, davalının kendi gayreti veya başka bir menajerin hizmetinden yararlanarak elde ettiği konumundan yararlanması dürüstlük kuralına uygun değildir. Şüphesiz, davalı tarafından davacının bertaraf edilmesi, transfer görüşmelerinden haberdar edilmemesi gibi etkenler, davacının sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesini engellemiş olabilir. Fakat tüm bu gelişmeler (davalının Vestel Manisaspor Kulübü'yle sözleşme imzalamaması, Karşıyaka Spor Kulübü'yle sözleşme imzalaması, daha sonra Trabzonspor Kulübü'yle sözleşme imzalaması) yaşanırken, davacının davalıya herhangi bir ihtar çekmemesi, davalının aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini hatırlatmaması, davacının da 20.12.2006 tarihli sözleşmenin artık taraflar arasında uygulanmadığını/uygulanmayacağını düşündüğünü gösterebilir. Davalının elde ettiği başarı ve büyük gelirden pay almak isteyen davacının, söz konusu sözleşmeyi kullanarak menfaat elde etmek istediği düşünülebilir. Yargıtay kararında, davacının kötüniyetli hareket ettiği, sözleşmeden kaynaklanan alacak hakkını talep etmesinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı gösteren herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Dürüstlük kuralı hâkim tarafından resen dikkate alınması gereken bir husus olmasına rağmen, ancak dava dosyasından anlaşıldığı veya taraflar ileri sürdüğü takdirde bunun değerlendirilmesi mümkündür. Yerel mahkemenin kararında "... davacının bu borçlarını yerine getirmemesine rağmen, davalının kendi gayreti veya başka bir menajerin hizmetinden yararlanarak elde ettiği konumundan pay alacağı hususu göz önüne alındığında Borçlar Kanunu'nun 44. maddesi gereğince menajerlik

ücretinden ve cezaî şarttan %50 oranında indirim yapılması gerektiği” nin kabul edilmesi, hâkimin dürüstlük kuralından hareketle sözleşmeye dayalı taleplerin %50’sine hükmettiğini göstermektedir.

E) UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

Futbol Menajerleri İle Çalışma Talimatı’nın 24. maddesinde “İşbu talimat kapsamında sözleşmeden doğan her türlü uyuşmazlık, münhasıran Uyuşmazlık Çözüm Kurulu tarafından incelenir ve karara bağlanır. Bu kararlara karşı Tahkim Kurulu’na başvurulabilir.” hükmü yer almaktadır^[42].

Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Talimatı’nın, kurulun yargı yetkisini düzenleyen 2. maddesinde, Uyuşmazlık Çözüm Kurulu’nun kulüpler ile futbol menajerleri, futbol menajerleri ile futbolcular arasında sözleşmeden doğan futbolla ilgili tüm uyuşmazlıkları, taraflarının başvurusu üzerine münhasıran görevli ve yetkili olarak inceleyeceği ve karara bağlayacağı belirtilmiştir^[43].

Söz konusu maddelerde, kulüp ile lisanslı futbol menajeri veya futbolcu ile lisanslı futbol menajeri arasındaki uyuşmazlıkların Uyuşmazlık Çözüm Kurulu’nda çözümleneceği açıkça düzenlenmemiş olsa da, TFF bakımından tanınmayan lisanslı olmayan futbol menajerlerinin faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıkların bu kurulda çözümlenmesinin mümkün olmayacağı kabul edilmelidir. Bu sebeple de lisanslı olmayan futbol menajerlerinin taraf olduğu

[42] Taraflar arasındaki uyuşmazlığın doğduğu tarihte yürürlükte olan Futbolcu Temsilcileri Talimatı’nın 18. maddesine göre “Bu talimat kapsamındaki futbolcu temsilcileri ile futbolcu ve/veya kulüpler arasındaki ihtilaflarda karar yetkisi T.F.F. Yönetim Kurulundur. -Yönetim Kurulu kararları aleyhine yasal süresi içine Federasyon Tahkim Kuruluna müracaat edilebilir. Tahkim Kurulu kararları kesin ve nihaidir. -Futbolcu temsilcisinin çalışması hakkında yapılan tüm şikayetlerin ilgili olayın vuku bulduğu tarihten itibaren iki yıl içinde ve her halükarda ilgili futbolcu temsilcisinin faaliyetinin son bulmasından sonra altı aydan geç olmamak üzere Federasyona yazılı olarak bildirilmesi zorunludur. -Bu talimatta belirtilmeyen hususlar hakkında nihai karar verme yetkisi Federasyon Yönetim Kuruluna aittir.”

[43] “Göreve yönelik bu yasal değişikliklerin, görevin kamu düzenine ilişkin olma niteliği karşısında mahkemece ve temyiz incelemesi sırasında da yüksek mahkemelerce göz önüne alınması gereği her türlü kuşkudan uzaktır. Bu nedenle, taraflar arasındaki uyuşmazlığın niteliği ve tarafların sıfatı değerlendirilerek, yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler kapsamında, uyuşmazlığın çözüm yerinin ve görevli merciin araştırılıp, özellikle davacının yetkili menajer olup olmadığı da ilgili federasyondan sorulup saptandıktan sonra eldeki davada çözüm merciinin TFF’nun uyuşmazlık çözüm kurulu olup olmadığı belirlenerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” (13.HD., 26.1.2010, 2009/13889, 2010/652; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

uyuşmazlıkların normal yetki ve görev kuralları uygulanarak adli yargıda çözümlenmesi gerekir^[44].

SONUÇ

Hukuk düzenimizde her türlü yazılı hukuk kaynağıyla (kanun, tüzük, yönetmelik, talimat, genelge vs.) bazı yasaklar konulabilmektedir. Söz konusu yasaklara aykırı hareket edilerek sözleşme yapılması, bu sözleşmenin her halükarda geçersiz olduğu anlamına gelmemektedir. Çünkü bazen bu yasaklara aykırı hareket etmenin yaptırımını, sözleşmenin geçersizliği değil de, para cezası veya disiplin cezası şeklinde aynı düzenlemede belirtilmiştir. İncelediğimiz karara konu olayda da, lisanslı olmayan futbol menajeriyle sözleşme yapılması Türkiye Futbol Federasyonu'nun düzenlemelerinde yasaklanmış, fakat yaptırımını da yine bu düzenlemede para cezası olarak gösterilmiştir. Getirilen yasak düzenlemesinde, sözleşmenin de geçersiz olacağı ayrıca belirtilmediğinden, geçersizlik olgusu yasaklama getiren hükmün anlam ve amacından da tereddütsüz bir şekilde anlaşılmadığından, sözleşmeyi geçerli kabul etmek; fakat yasağa aykırı hareket edildiği için yaratılan bu hukuka aykırılığa, hükümde öngörülen disiplin cezasını uygulamakla yetinmek gerekir. Bu sebeple Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin verdiği karar kanaatimizce hatalı olmuştur.

[44] 13.HD., 9.4.2015, 2014/24490, 2015/11183 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Lisanslı olmasa bile futbol menajerinin faaliyetinin hizmet sunumu niteliği taşıdığı düşünülerek, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında bir ilişki bulunduğu akla gelebilir. Fakat karşı taraf olan futbolcunun mesleki bir faaliyet kapsamında hizmet sunumundan yararlandığı dikkate alınacak olursa, tüketici niteliğine sahip olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla taraflar arasında, Kanun anlamında bir tüketici işlemi bulunmamaktadır.

BANKA KREDİLERİNDE MUACCELİYET-TEMERRÜT

Av. Ekrem TÖRÜNER*

1- Giriş:

Bankalar ile kredi lehdarları arasındaki, dava ve takip yolu ile mahkemelere intikal eden bazı anlaşmazlıklarda, muacceliyet ve temerrüt kavramlarına ilişkin anlam kargaşası yaşandığı gözlenmektedir. Bu kargaşa kimi zaman sözleşmelerde iki kavramın yekdiğerine karıştırılarak iç içe düzenlenmesinden, kimi zaman da aynı anlama geldikleri varsayılarak tek kavram (temerrüt) olarak değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır.

Bazı olaylarda ise, sözleşmelerde her iki olgu açıklıkla yer aldığı ve tanımlandığı halde, uygulayıcının dikkatsizliği veya bilgisizliği nedeniyle hatalı uygulamalara yöneldiğı gözlenmektedir.

Hatalı değerlendirme ve uygulamalar, özellikle, haksız faiz yükü altına giren kredi lehdarlarının ve varsa kefillerinin mağduriyeti yanında, artan ve uzayan davalar nedeniyle mahkemelerin iş hacimlerini de olumsuz yönde etkilemektedir.

Bu küçük çalışmada, Yargıtayımızın muhtelif kararlarına da değinerek anılan kavram farklılığını irdelemeyi amaçlamaktayız.

* Ankara Barosu.

2- Muacceliyet:

Borçlar Yasamızın 90. maddesi, “İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.”; 117. maddesi ise, “Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.” hükümlerini içermektedir.

Görüldüğü üzere muacceliyet ve temerrüt oluşumu Yasada amir (emredici) hüküm olarak tanımlanmış olup, bu tanımlar herhangi bir yorumu gerektirmeyecek kadar açıktır.

Yasal düzenlemedeki açık tanımlamalara karşın, incelediğimiz bazı banka sözleşmelerine konulan hükümlerle, temerrüt oluşumuna bakılmaksızın, muacceliyet tarihinden itibaren temerrüt faizi uygulama olanağı sağlandığı, bu suretle kredi borçlusu yükünün haksızca ağırlaştırıldığı gözlenmiştir. Bu tür uygulamalarda, hesap kat’ı (muaccel hale getirme) ile temerrüt oluşturan ihtarname arasındaki süre uzun tutularak borçlunun mağduriyeti daha da ağırlaştırılabilmektedir.

Örneğin teminat mektubunun tazmini halinde, mektup lehdarı müşterinin keşide olunacak ihtarname ile temerrüde düşürülmesi gerekirken, ihtarın geciktirilip tazmin tarihinden itibaren temerrüt faizi uygulandığı, bu suretle tazmin durumundan habersiz müşterinin, kredi faizi yerine, kredi faiz oranının %50 fazlası nispetinde temerrüt faizi sorumluluğu ile haksız olarak karşı karşıya bırakıldığı gözlenmektedir.

Bazı banka sözleşmelerinde de, “Müşteri ve Kefilin/Kefillerin temerrüde düşmesi halinde, alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren aşağıda belirtilen oranda temerrüt faizi ödemeyi kabul ve taahhüt ederler.” ifadesiyle, temerrüt ve muacceliyet kavramlarına aynı anlam yüklenerek hakkaniyet ve dürüstlük kuralı ile bağdaşmayan hükümler yer almaktadır.

6098 sayılı Borçlar Yasasınının 21. maddesi, “Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında **açıkça bilgi** verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.” hükmünü içermekte olup, 23. madde; genel işlem koşulları arasında yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi halinde düzenleyenin aleyhine, karşı tarafın lehine yorumlanacağı, 24. madde ise; düzenleyene, karşı taraf aleyhine, genel işlem koşullarını içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme, ya da yeni düzenleme yetkisi veren kayıtların yazılmamış sayılacağı hükümlerini içermektedir.

Kanun Koyucu yukarıda işaret olunan düzenlemeyle, sözleşmelerde borç üstlenen (kredi kullanan) kişileri güçlü bir yasal güvenceye kavuşturmayı amaçlamıştır. İmzalayan kişinin yaşı ve eğitim düzeyi de gözetilerek, sözleşme içeriğinin, özellikle muacceliyet, temerrüt, faiz ve parasal yükümlülüklerle ilgili hükümlerin “dürüstlük kuralı” (MK md.2) dikkate alınmak suretiyle, hiçbir yanlış anlamaya meydan vermeyecek açıklıkta düzenlenmesi gerekmektedir.

Genel işlem koşullarının 6098 sayılı Yasa ile kapsamlı olarak ele alınması ve düzenlenmesi öncesinde, bazı banka sözleşmelerindeki, temerrüt oluşmadan temerrüt faizi uygulanmasına^[1] ve müşterinin açık oluru alınmaksızın, objektif iyi niyet kuralına uymak koşuluyla ihbarsız tek taraflı faiz artırımına olanak tanıyan hükümlere geçerlilik tanındığı görülmektedir.^[2]

Yasanın temerrüt oluşumunu düzenleyen hükmü (madde 117) bilindiği üzere amir hükmüdür. Amir hükme aykırı bir düzenlemenin, Yasanın 21. maddesindeki, “açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme olanağı ve kabulü sağlanarak” ifadesiyle, geçerli, bağlayıcı bir sözleşme hükmü haline getirilmesi mümkün müdür? Bu soru hakkındaki görüşümüzü aşağıda temerrüt olgusu incelenirken somutlaştırmaya çalışacağız.

3- Temerrüt:

6098 sayılı T. Borçlar Yasasının 117. maddesinde, 818 sayılı Eski Borçlar Yasası'nın 101. maddesinde yer verilmeyen haksız ve sebepsiz zenginleşme de kapsama alınarak, muaccel bir borcun borçlusuna alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer hükmüne ilaveten, borcun ifa edileceği gün birlikte belirlenmiş ve sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlunun temerrüde düşeceği, ancak, sebepsiz zenginleşmenin iyi niyetli olması halinde, temerrüt için bildirim şartının (ihtarın) zorunlu kılındığı görülmektedir.

İhtarın şekli:

Hesap kat işlemi ile muaccel hale getirilen banka alacağı için yapılacak ihtarın veya ihbarın, kredi müşterisinin tacir olması halinde, TTK'nun 20/3

[1] Cengiz KOSTAKOĞLU, Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar s.130 Ankara 1995

[2] Yargıtay 19. Hukuk Dai. 02.06.1997 tarih, 1996/8326 E. , 1997/5623 K. sayılı kararı

maddesinin emredici hükmü doğrultusunda, anılan maddede belirtilen yöntemlerden biriyle; noter aracılığıyla veya taahhütlü mektupla, ya da telgrafla yapılması zorunludur. Kredi lehdarının tacir olmaması halinde (memur tüketici kredisi gibi) ihtar herhangi bir şekil şartına bağlı kılınmamıştır.

Uygulamada temerrüdün ihtarda bulunulmaksızın, dava ve takip tarihinden itibaren başlayacağını kabul eden (savunan) bir görüş de bulunmaktadır. Böyle bir durumda, temerrüdün takip tarihinde değil, ödeme emrinin kesinleşme tarihinden veya dava dilekçesinin tebliğ tarihinden itibaren (ödeme için süre verildiyse sürenin bitiminden itibaren) oluştuğunun kabulü ve de borcun tebliğ tarihinde derhal ödenmesi halinde takip ve dava masraflarının borçludan talep edilememesi gerektiği görüşündeyiz. Ödeme emrini veya dava dilekçesini tebellüğ ettiği gün borcunu ödeyen kişinin, ihtarnameyi aldığı gün de aynı davranışta (ödemede) bulunacağı hayatın olağan akışına daha uygundur.

4- Uygulama-Sorunlar:

Yukarda işaret olunduğu gibi, bazı banka sözleşmelerinde, tek taraflı faiz artırımını yanında, ihbarla temerrüt oluşturulmaksızın temerrüt faizi uygulanmasına olanak sağlayan hükümlere yer verildiği görülmektedir. Örneğin bir sözleşmede; “müşteri ve kefil/kefillerin temerrüde düşmesi halinde, alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren aşağıda belirtilen oranda temerrüt faizi ödemeyi kabul ve taahhüt ederler” hükmü ile muaccel alacağın borçlusunu ve kefillerini temerrüt oluşumuna kadar temerrüt faizi ödemekle yükümlü kılarken, kendisini, temerrüt oluşturacak ihtarda bulunup bulunmama konusunda serbest bırakan bir düzenleme yaptığı gözlenmektedir. Böyle bir düzenlemenin objektif iyi niyet (dürüstlük) kuralı ile örtüşmediği açıktır.

Taksitli bir kredide, sözleşmeye “taksitlerden birinin vadesinde ödenmemesi halinde kalan borcun tamamının muaccel hale geleceği ve borç bakiyesine muacceliyet tarihinden itibaren temerrüt faizi uygulanacağı” hükmünün açık biçimde derci halinde bu hükme geçerlilik tanınabilir. Böyle bir uygulamada, ihtarname ile mütemerrit duruma düşürülmeyen kefillerin ancak kefil sıfatıyla imzaladıkları sözleşme limitiyle sınırlı sorumlu olacaklarının ve BK'nun süreli ve süresiz kefaleti düzenleyen 599-601 md. hükümlerinin gözardı edilmemesi gerekecektir.

Cari hesap şeklinde çalışan bir kredide, cari hesap faizlerinden birinin ödenmemesi halinde borcun tamamının muaccel hale geleceği ve ihbarsız temerrüt faizi uygulanacağı içerikli bir sözleşme hükmü, Yasanın amir hükmü (BK md. 117) ve dürüstlük kuralı (MK md.2) nedeniyle geçerlilik taşımayacaktır.

Kredi sözleşmelerine dayanılarak açılan, cari hesap şeklinde çalışan kredilerde, hesap kat'ı öncesinde bankaya, akdin başlangıcında belirlenerek sözleşmeye dercolunan faiz oranını, kredi lehdarının onayını almaksızın artırma yetkisi veren hükme geçerlilik tanınabilir mi? Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin bazı kararlarında anılan yetkiyi geçerli saydığı gözlemlenmiştir. Örneğin, 01.07.1994 tarihli bir kararında^[3], sözleşme hükmü ve bankacılık mevzuatı gerekçe gösterilerek, daha önce onanmış olan olumsuz hükmün karar düzeltme yoluyla bozulduğu görülmektedir.

Yargıtay'ın sonraki kararlarında ise **dürüstlük kuralı da dikkate alınarak**, sözleşmelerdeki faiz artırma yetkisini, sektörde faaliyet gösteren yakın konumdaki bankaların dava konusu dönemde **fiilen uyguladıkları** faiz oranları ile sınırladığı gözlenmektedir. Örneğin, bidayet mahkemesinin, iki kez bozmaya karşın ısrar ettiği fahiş faiz uygulamasına geçerlilik tanıyan bir kararı, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nce son kez bozularak yerleşik kural belirlenmiştir^[4].

Dürüstlük kuralının, hayatın her alanında olduğu gibi, bankacılık uygulamasında da özenle uyulması gereken çok önemli bir kural olduğunu bir kez daha vurgulamalıyız. Hâkim her somut olayda takdir yetkisini kullanırken, MK'nun 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kuralını dikkate almalıdır. Öğretide, hâkimin her somut olayda dürüstlük genel kuralının uygulanıp uygulanamayacağı konusunda takdir yetkisini kullanırken dürüstlük kuralının hakları sınırlandırıcı ve yararları denkleştirici işlevinden ve objektif niteliğinden yararlanması gerektiği vurgulanmaktadır.^[5]

5- SONUÇ:

Ülke ekonomisinde, banka kredi ilişkilerinin giderek artan yoğunluğu ve önemi, akit sonrası dönemde banka alacağının varlık yönetim şirketlerine temlik (satılması) olasılığı da dikkate alındığında; akdolunacak kredi sözleşmelerinin olabildiğince sade, açık, imzalayacak kişinin eğitim ve bilgi düzeyi de gözetilerek kaleme alınması gerekmektedir.

Akdin kurulması sırasında gerekli açıklama ve uyarıların yapılması (BK md.21); özellikle faiz oranının ve sözleşmede bankaya tek taraflı faiz artırım yetkisi verilmişse bu olasılığın, muacceliyet ve temerrüt oluşumu, faiz yükümlülüğü yanında KKDF (Kaynak Kullanımını Destekleme Fonu), BSMV (Banka

[3] Yargıtay 19. Hukuk Dai.'nin 01.07.1994 tarihli, 1994/5306 E. , 1994/7124 K. sayılı ilamı

[4] Yargıtay 11. Hukuk Dai.'nin 28.02.2008 tarihli, 2007/652 E. , 2008/2296 K. sayılı ilamı

[5] Prof. Dr. Ramazan ARSLAN, Medeni Usül Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989

Sigorta Muamele Vergisi), komisyon, sigorta primi gibi ek kalemlerin varlığının da açıkça belirtilmesi; akdi ilişkinin dürüst, sağlıklı ve ihtilafsız bir zemine oturmasını sağlayacaktır.

Bu konularda gereken titizliğin gösterilmesi, yargıya intikal edecek anlaşmazlıkları azaltacak ve adli mercilerin (mahkemelerin ve icra dairelerinin) iş yükünü de olumlu yönde etkileyecektir.

DURUŞMAYA KATILMA HAKKI

Hilmi ŞEKER*

1. Gerçeklik Yargısı ve Duruşma Hakkı:

AİHS (Avrupa İnsan Hakları Sözlüşmesi) 6. madde açıkça belirtil-mese de duruşmalı yargılanma 6/1 maddede yer alan temel ilkelerden biridir.^[1]Duruşma hakkı, yargı yönetiminin demokratik denetimine, yargı ve ilgililerin yargılamaya iŐtirakine, yargılamaya söz, jest ve mimiklerle etkin ve verimli olarak katılmalarına imkan veren çok iŐlevli buluŐtur. Kişinin yazgısını belirleyen bir hükmün oluŐturulma sürecine katılma, kendisi için çok önemli olan bir davayı izlemekte açık menfaatinin kabulü gerekir^[2]. Bireyin duruşma hakkı, kaynağını AİHS'in 6/3- (d), (e) maddelerinden alır^[3]. Hakkaniyete uygun yargılamanın ima yoluyla ürettiği bu hak, saydamlığa katkı vermekten başka AİHS 6/3 deki sayılan güvencelerin gerçekteŐmesini temine odaklanır.

Aleni yargılanma hakkı iki unsurdan oluşur. Bunlardan ilki yargıla-mayı toplum, kamu ve bunlar adına görev yapan kişi ve kuruluşların gözü kulağı önünde gerçekteŐtirerek, kamuoyunun denetiminden uzak kalmaktan

* Yargıç/İstanbul.

[1] Jussila v. Finlandiya 2006-XX BD para. 40.Karş.Göç v Türkiye 2002-V BD; D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözlüşmesi Hukuku*, Oxford Universty Press , Avrupa Konseyi, 2013, s. 277

[2] D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s. 249

[3] İnceoğlu, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta, İstanbul 2002, s.330

kaynaklanan riskleri ortadan kaldıran açıklık, ikincisi yazılı usulle yetinmeyip yargılamayı duruşmalı olarak gerçekleştirilmesini sağlayan duruşma hakkından oluşur.^[4] Duruşma hakkı, sadece AİHS 6/1 deki güvenceleri korumak ve işlerliğini sağlamakla yetinmemekte, yargının demokratik denetimini sağlayarak, gizlilikten kaynaklanan, karanlıktan beslenen hukuka aykırılıklarla mücadeleyi de hedeflemektedir. Duruşma hakkını, başat karakterinden hareketle, açık yargılamanın hedeflerini gerçekleştirmeye odaklanan misyon, veya AİHS 6/3/ c, d, e deki güvenceleri temine özgülünen garantör ve çelişmeli yargılanma hakkının uzantısı^[5] olarak betimlemek mümkündür.

Duruşmada hazır bulunma hakkı, aynı zamanda duruşmaya etkili katılma ve çelişmeli yargılanma hakkının parçasıdır^[6]. Duruşmada hazır bulunma hakkından söz edilebilmesi için, her şeyden evvel duruşmaya muhtaç, bir yargılamanın varlığı gerekir. Duruşma ihtiyacının hasıl olmadığı, duruşma ile temin edilen amaca alternatif yöntemlerle erişilmesi, duruşmanın yargılamaya hizmet etmekten çıkması veya esasa etkili olmadığı hallerde duruşmada hazır bulunma hakkının doğduğundan veya işlerliğinden söz edilemez. Duruşmada hazır bulunma hakkı, etkili katılma hakkının önceli, sözel yargılamanın öncüsüdür.

Duruşma gerektiren dava türlerini, kişilik özellikleri ve hayat tarzının kararı doğrudan etkilediği ve başvuruçunun tutumunun dikkate alındığı^[7] davalar şeklinde örnekleme mümkündür. Duruşma gerektiren dava türleri yasa veya pratik menşeli olabilir. Yargılaması duruşma yapılmasına bağlı olan davalarda, ister yasa ister uygulamadan kaynaklı olsun, duruşmada hazır bulunma hakkı istisnaya uğratılamaz. Yargılamanın evrak üzerinde yapılması takdire bırakılmış ise, duruşma ihtiyacını, gerçeklik yargısının özellik ve gereksinimleri tayin ve tespit eder. Duruşma ihtiyacını kanıtlama ödevi, duruşma talebinde sebat eden

[4] *Malhous v. Çek Cumhuriyeti* 2001 2001-XII para 55 BD. Karş. *Barbera, Messegue ve Jabardo v İspanya* A 146(1988); 11 EHRR 360 para 89 PC. Bu davada duruşmalı yargılanma hakkı ihlal edilmiştir çünkü sanık hakkındaki delillerin birçoğu mahkemede sunulmadan ya da okunmadan kayıt altına alınmış; bu nedenle de kamuoyunun dikkatine sunulmamıştır. D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s. 274

[5] *Ziliberg v Moldova* hudoc (2005); Sejdoviç v İtalya 2006-II para 81 BD. Sanığın katılımının bir de kamu yararı yönü vardır: Böylece başkalarının verdiği ifade ile sanığın ifadesi karşılaştırılabilir. A.e. para 92 Bu nedenle yasama 'gerekçesiz yokluğa' karşı önlem alabilir: A.g.e. D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s. 249-250

[6] *Ziliberg v Moldova* hudoc (2005); D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s. 250

[7] X v İsveç No 434/58, 2 YB 354 at 370 (1959); X v Avusturya, No 8893/80, 31 DR 66 (1983); X v Federal Almanya No 1169/61 6 YB 520 at 572 (1963); Ancak bakınız No 10574/84, 2 Digest Supp 6.1.1.4.4.1.(1984); D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s.250

tarafıdır^[8]. Duruşmanın gereksinim olduğunu öne süren taraf, gereksinimi doğuran meşru nedenler ile duruşma yapılmaması halinde adil yargılanma hakkının kayıpları konusunda mahkemeyi ikna etmekle ödevlidir.

Yargılamanın duruşmalı olarak icrasına hükmedildiği takdirde, tarafların usulüne uygun olarak yargılamaya davet edilmesi kaçınılmazdır. Usulüne uygun çağrı, optimum bilgilendirme ile yetinmemeli, aynı zamanda güvenilir, gerçek ve doğru bir bildirim de hedeflemelidir. Duruşma hakkının bu ve benzeri davalarda vekil aracılığıyla kullanılması^[9], hakkın kullanılması ve ihlalle mücadele için yeterlidir.

Meşru ilgilinin adil şekilde yargılandığından söz edilebilmesi, yargılamaya doğrudan, etkin ve verimli olarak katılmasına bağlıdır. Hükmün etki ve sonuçları ile duruşma hakkı arasında doğrudan, yaygın ve yoğun bir ilişki vardır. Kişinin inşasına katılmaktan mahrum bırakıldığı, yargılama sürecinden dışlandığı, yıldırdığı, çekinmeye zorlandığı yargılama sonucu vücuda gelen bir hükme sadık kalması beklenmemelidir. Doğrudanlık^[10], yüzyüzelik ve yoğunluk ilkeleriyle temin edilmek istenen maksat, ilgilinin, açık yargılamaya etkin katılmasını sağlamak, hükmü ondan etkilenen öznelere birlikte ve ortaklaşa olarak inşasını güvenceye almaktır.

İlgili salt duruşmada bulunma hakkına sahip değil, aynı zamanda yargılamayı izleyip, takip etme ve yargılamaya etkili olarak katılma hakkına sahiptir^[11]. Katılma, izleme, takip etme ve etkili olması duruşma hakkını vücuda getiren ve sürdürülebilir kılan bileşenler olarak tanımlamak olasıdır. Etkin katılma: bireyin duruşmalara tam, aktif, verimli ve sürdürülebilir şekilde iştiraki için usuli tüm güvenceleri sağlayan bir sistemin vücuda getirilmesi ve kurumsallaştırılmasıyla mümkün olur. İzleme, katılma, takip ve etkililiği kısıtlayan veya ortadan kaldıran her eylem, işlem ve kararlar mücadele etmek, duruşma hakkının korunması ve etkinliğinin artırılması manasına gelir.

[8] X. V İsviçre, No 7370/76, 9 DR 95 (1977); D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s.250;

[9] Feldbrugge v Hollanda A 99 (1986); 8 EHRR 425 PC; D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s.250

[10] Doğrudanlık ilkesi tarafın esası hakkında karar verecek yargıcın huzurundaki bir tanıkla karşı karşıya gelebilmesidir. *PK. v Finlandiya*, No 37442/ 97 hudoc (2002) DA; Dolaysızlık ilkesi daha az katı biçimde hukuk davalarında da uygulanır. *Pitkanen v Finlandiya*, hudoc (2004) D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s. 262

[11] *Stanford v Birleşik Krallık*, A 282-A(1994) para.26; D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s. 253

Yargıç, tarafların yargılamayı elverişli araçlarla izlemeleri^[12], takip etmeleri, yargılamaya katılmaları ve etkili olabilmeleri^[13] için duruşma salonunu elverişli hale getirmek ve elverişliliği sürdürülebilir kılmak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Saniği korkutacak ritüel, izlemeyi güçleştirecek ve dikkati dağıtacak atmosfer, iletişimi önleyecek konuşlanma, teşhiri tetikleyen ortam, görüş, konuşma ve iletişimi tamamen veya kısmen kesen sevk ve idare, vekille iletişimi koparan bir oturma düzeni, duruşma hakkını kısıtlayan davranış biçimleri^[14] olarak kabul görmektedir. Usuli belirsizlik^[15], taraf vekilinin dinlenmeden önce saatlerce bekletilmesi^[16], argümanların dikkate alınıp değerlendirilmesindeki eşitsizlik^[17], delillerin taraflardan özellikle saklanması, dosya ve diğer bilgi belgelere kamu yararı bahanesiyle erişimin engellenmesi^[18] duruşma hakkını istismar eden, hükümden düşüren, eşitsizliği ve çelişmeyi kısıtlayan diğer engeller olarak kabul edilmektedir. Anılan örnekler, duruşma hakkının fiziki, yapısal ve işlerlik gibi birçok engelden arınması ile yetinmemekte, eşit ve özgür bir yargılama iklimi ile taraf konforunun sağlanmasını temine odaklanmaktadır.

Güncel duruşma anlayışı, zor zamanlardan kalma yargılama yöntem, araç, aygıt ve mekanizmaları arşive göndermekte, duruşma salonu ile yargı otoritesini ceberut olarak sunan yargılama ve celselere son vermektedir. Kabuk değiştiren duruşma hakkı; inceltilmiş psikolojik ve fiziki şiddetle özdeşleşen ve onu çağrıştıran ve ima eden pratikleri deşifre ederek, tedavülü yasak ihlal biçimleri olarak damgalamaktadır.

[12] Saniğin duruşma sırasında tuttuğu notlara el koyulması davaya etkili katılma hakkını gündeme getirmiş ancak 6. Maddeyi ihlal etmediği sonucuna varılmıştır. *Pullicino v Malta* No 45441/99 hudoc (2000) DA.; D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s. 253

[13] Stanford davasında başvuru, işitme zorlukları ve mahkeme salonundaki ses düzeni nedeniyle duruşmayı takip edemediğini ileri sürmüştür. Duruşmaya etkili katılma hakkı devlete saniğin yargılamayı dinleyip takip edebileceği bir mahkeme salonu sağlama görevi yükleyorsa da o davanın koşullarında Mahkeme 6. Maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s. 253

[14] *V. v Birleşik Krallık*, 1999-IX; 30 EHRR 121 BD. Karş. *SC v Birleşik Krallık* 2004-IV; 40 EHRR 226; D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s. 253

[15] *Coeme v Belçika* 2000-VII para.102; D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s. 256

[16] *Makhfi v Fransa* hudoc (2004) D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s. 256

[17] *Bönish v Avusturya* A 92(1985); 9 EHRR 191; *Brandstetter v Avusturya* A 211(1991) 15 EHRR 378; D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s. 256

[18] *Matyjek v Polonya* 2007-XX; D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s. 256

Kişinin hadleri zorlayan eşiklerle mahkemeye erişimine engel olmak, davasını yürütmesini karmaşık ve meşru olmayan araç ve yöntemlerle engellemek, yanıt hakkını keyfi olarak kısıtlamak, yargılamayı monoloğa indirgemek, mali ve ekonomik yüklerle tarafları çekinik kalmaya veya çekilmeye zorlamak, görülmekte olan davada yasama yoluyla müdahale eşitlik ve çelişmeli yargılama ilkeleri üzerinden sisteme sızan ve duruşma hakkını kemiren meşhur ve maruf örneklerdir.

Etkin katılımın önceliği, ilgilinin usulüne uygun, öngörülebilir yöntem ve araçlarla duruşmalara davet edilmesidir. Kişinin duruşmaya çağırılması, gerekli ancak yeterli değildir. Etkinlik, savunmanın adaletin selametine hizmet edecek şekilde güvenceye alınmasını,^[19] duruşma günü ile tebligat arasında duruşmaya en iyi şekilde hazırlanmayı mümkün kılacak sürenin varlığını gerektirir.^[20] Duruşma sözel savunmaya alan yaratmayı ve sözle hükmün inşa edilmesini amaçlar. Savunmaya umarlarını karşılayan zaman ve olanaklar tanınmadığı sürece yararlı ve etkili olamaz.

Yargıç duruşma hakkının tam, etkin ve verimli olarak kullanılmasını sağlamak, keyfiliği önlemekle için optimum önlemler almak ve geliştirmekle mükelleftir.^[21] Hakkın hukuk yargılamasında uygulanması görecelidir. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda kişinin özellikleri, yaşam biçimi^[22] ile kişisel davranışlarının^[23] hükmün oluşumuna katkı sağladığı hallerde, duruşma hakkı ihtiyaca dönüşür. İhtiyacın irtifa kazanması, duruşma hakkını göreceli olmaktan çıkararak, mutlak hale dönüştürür. Nafaka davaları kişisel ilişki, kişi şöhretinin korunması^[24] ve tanık dinlenmesi^[25] gibi davalarda duruşmada bulunma hakkı optimum seviyeye erişir.

Kendini savunma, sunum yapma ve çelişmeli yargılama ilkesini hayata geçirme, delillerin sınama duruşma hakkının kapsamını oluşturan etkinliklerin bir kısmıdır. Adil muhakeme genel olarak, ilgilinin bir mahkeme nezdinde davasını etkin, [verimli ve tam] olarak sunma gibi genel bir hakkı temin

[19] *Vaudelle/Fransa*, No.35683/97, paragraf 65; Cengiz, Serkan/Demirağ, Fahrettin/Ergül/Mc Bride, Jeremy/Tezcan, *Durmuş Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, TBB, Ankara 2008, s.172

[20] *X/Birleşik Krallık*; Cengiz/Demirağ/Ergül/ Mc Bride/Tezcan; 2008,172

[21] *Colozza v. İtalya*, §33,35, İnceoğlu, 2013,244

[22] *X. v. Switzerland*; İnceoğlu, 2013, 244

[23] *Muyldermans c. Belgique*, §64; İnceoğlu, 2013, 244

[24] *Helmerts v. Sweden*, §38; İnceoğlu, 2013, 244

[25] *Komancicky v Slovakia*, §49-55; İnceoğlu, 2013, 244

eder^[26]. Duruşmaya katılma hakkı, ilgilinin duruşmaya katılma, aleyhindeki dava, sunum ve kanıtlara karşı koyma, onları çürütmesine imkan tanır. Hakkın kullanılmasından söz edilebilmesi için, yargılamanın duruşmaya gereksinim duyması gerekir^[27].

İlk derece yargısının, duruşma hakkına saygı duyması, istisnalar hariç bu hakkı işler kılacak önlemler alması ve yaşam alanını genişletmesi ve hakkın kullanımını kolaylaştırması zorunludur. Belirleyici olan gerçeklik yargısının duruşmaya olan ihtiyacının gözetilmesidir. Duruşma hakkı, meşru ilgiliye gerçeklik yargısına katılarak, eşit ve özgür şekilde hükmün yazgısını belirleme olanağı tanır. Gerçeklik yargısı; kuşkunun belli araç, yöntem ve proseslerle tartışılması, tarafların dayandığı argümanların gerçek ve doğruluğunun sınamasını^[28] hedefler. Yargılamanın kalbi burada atar. Hükümden etkilenenlere her şeyi tartışma ve çürütme olanağı tanınmadan hüküm kurulması mümkün değildir. Tarafların beklentilerine yanıt vermek, öngörülebilir bir usulle yargılanma ve sürprizlerden olabildiğince korunmalarıyla mümkündür. Katılım hakkından yoksun bırakılarak, oluşturulan bir hükmün etkileyici, saygın, verimli ve bağlayıcı olması beklenemez. Hukuki tanı yargısı, taraflardan ayırık ve onlarsız gerçekleşebilirken, gerçeklik yargısı taraflarla diyalog kurulmadan ve yargı diyalektiğine katılmaları sağlanmadan gerçekleşemez. Yargısal bir diyalog ve diyalektik konuşacak ve tartışacak, çürütecek, karşı koyacak ve direnecek özne ve seslere gereksinim duyar.

Kural duruşma hakkının gerçeklik yargısını yapan mahkeme nezdinde kullanılmasıdır^[29]. AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi)'e göre, ilk ve tek dereceli bir mahkeme önünde görülen bir davada duruşma (*oral hearing*) yapılması gerekebilir^[30]. Gerçeklik yargısının ihtiyaç duyduğu duruşma hakkının, ilk derece yargı yerinde kullanılmamış olması halinde, ardışık dereceli mahkeme nezdinde kullanılarak telafi ve ikmal edilmesi mümkündür.^[31] Sistem sübut yargısını ilk derece mahkemelerine bırakır. Ancak bu ardışık ara ve son

[26] *Stanford v. UK*, appl.No.16757/90,23.02.1994,para.26.; İnceoğlu, 2013,243

[27] *Hubka*,§25; Doğru/Nalbant, 2012,642

[28] *Feldbrugge v. Netherlands*, Appl. No.60958/00, 15.06.2004, §44; İnceoğlu, 2013, 243

[29] Reid, Karen, *Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri*, SCALA/KHRP, İstanbul 2000, s.38-39

[30] *Hakansson ve Sturesson*, § 64; Doğru, Osman/Nalbant, Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararları*, Yargıtay Başkanlığı, Avrupa Konseyi, Ankara 2012, s.729

[31] 6. madde hükmü her ne kadar yargılamanın her derecesi için geçerli ise de önemli olan davanın esasını karara bağlayan ilk derece mahkemesinin aleni yargılama yapmasıdır. P.van Dijk-G.J.H. van Hoof, a.g.e., s.439; İnceoğlu, 2002,330

derece yargı yerlerinin duruşma yapmayacakları anlamına gelmez. Bu adli politik bir tercih olmakla birlikte, ara mahkemelerin karma karakteri, hakkın yaşayacağı risk ve kaygıları minimize eder. Bir bütün olarak bakıldığında, gerçeklik yargısına duyulan ihtiyacın, sonraki aşamalarda herhangi bir şekilde ikame edilmesi ihlal riskini önlemektedir^[32]. Duruşma noksanının telafi edilebilmesi her şeyden evvel ardışık mahkemenin gerçeklik yargısı yapma yetkisine sahip olmasına bağlıdır.^[33] Yargı şeması içinde yer alan herhangi bir yargı otoritesinin, başvurucağının katılımını sağlayacak şekilde duruşma hakkını tanıması, duruşma yapması ihlali hükümden düşürecektir. İkame eden yargı otoritelerinin duruşma hakkına işlerlik sağlamaları istisnai ve telafi edici mahiyettedir. Anılan imkanın devre dışı bırakılması, kısıtlanması ve etkisiz kılınması duruşma hakkının ihlali olarak nitelendirilmiştir^[34].

2. İstinaf Mahkemesi ve Duruşma Hakkı:

Yargı sistemimiz, istinaf mahkemesine göreceli gerçeklik yargısı yapma imkanı verir. İlk yargı yerinde teğet geçilen duruşma hakkının, Bölge Adliye Mahkemesi nezdinde kullanılma olasılığı vardır. Bu olanak ihlal kaygısı ile baş edebilecek debidedir. Yargıtay'ın görevinin gerekçe ve hukuki denetimle sınırlılığı ya da gerçeklik yargısı yapma yasağı, kendisinden önceki derece mahkemelerinin duruşma hakkını çiğneyen uygulamalarını tarafları dinleyerek aşmasını önlemektedir. Bu hukuki tanı yargısı üzerinden geçirilecek bir hukuka aykırılık ise ihlalin Yargıtay denetimi sırasında aşılması olasılık dahilindedir. Yargıtay denetimi sınırlı da olsa duruşmalı yapılabilmektedir. Mürafa olarak adlandırılan bu katılım biçimi, işlevini tarafları dinleyerek gerçekleştirse de bu dinlenilme veya duruşma türevinin münhasır ve kısıtlı olması, gerçeklik yargısını tartışma dışı bırakması beklentilerin karşılanmasını güçleştirir. Hukukilik denetiminin

[32] Mahkeme aleniyet ilkesini denetlerken yargılamayı bir bütün olarak ele almakta, yargılamanın her aşamasında aleni yargılama ilkesinin yerine getirilmesini zorunlu görmemekte esnek bir denetim öngörmektedir. İnceoğlu, 2002, 330

[33] Eğer açık duruşma birinci derecede yapılmamışsa, bu bir üst mahkemede açık duruşma yapılarak düzeltilebilir. Ancak, temyiz mahkemesi davanın esasını göz önünde bulundurmazsa ya da konunun tüm boyutlarını değerlendirecek yetkiye sahip değilse 6 madde ihlal edilmiş olur. *Diennet/Fransa*, 34 Ş; Mole, Naula/Harby, Catharina, Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Ankara 2001, s.19

[34] *Albert ve Le Compte v. Belçika*, 37 prg. Ki burada, temyiz mahkemesinde yapılan kamuya açık duruşma, daha önce profesyonel yargı organlarınca kamuya açık duruşma yapılmamış olmasını telafi etmemiştir; benzer şekilde *H. V. Belçika* davasında açık yargılama yapılmaması, kamuya beyan edilmemesi, duruşma yapılmaması, duruşma hakkından feragat edilmemesi temyiz yolunun kapalı olması gibi nedenlerin birleşmesi ile duruşma hakkının telafisi imkansızlaşmıştır. Reid, 2000, 39

duruşmaya tanıdığı göreceli olanağın, duruşma hakkına bel bağlayan bir sistemi ikna etmesi ve doyurması mümkün değildir. Dolayısıyla bu aşamadaki sınırlı, dar ve göreceli yedeklerle, hak ihlalinin kati şekilde giderilme potansiyeline sahip olduğunu söylemek mümkün değildir. AİHM, K./İsviçre tecrübesine münhasır olarak, sözlü duruşmanın temyiz aşamasında gerekli olmadığına hükmetmiştir.^[35]

3. Temyiz ve Duruşma Hakkı:

Başvurucunun temyiz duruşmasında hazır bulunma hakkı görecelidir. AİHM, istinaf yahut temyiz yargısının salt hukuki denetime özgülenmesi veya başvurunun geçerli istinaf veya temyiz nedeni göstermemesi halinde bu merciler önünde, ilgilinin de katılacağı açık bir duruşmayı gerekli görmemiştir^[36]. AİHM, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda, hukukilik denetiminin yanı sıra, maddi olayı bütün yönleriyle değerlendirme yetkisine sahip duruşma yapan bir üst yargı yeri olmadığı sürece ilk derece yargı yerindeki duruşmanın zorunlu olamayacağı kanaatindedir^[37]. Gerçeklik yargısı yapmayan üst dereceli mahkemeden duruşma talep edilemez. Böyle bir talebin reddi ihlal olarak betimlenemez. Kanun yolunun salt hukuki denetime özgülenmesi veya başvuru sahibinin geçerli gerekçelere dayanarak kanun yoluna müracaat etmemesi, duruşma hakkını hükümden düşürür. Buradan bakıldığında başvurunun, gerçeklik yargısı yapmayan veya bunu tartışmayan bir kanun yolu mercisine başvurarak duruşma talep etmesi mümkün olmadığı gibi, geçerli temyiz nedeni olmayan ya da kanun yolu için öne sürülen gerekçelerin yasal ve meşru olmaması, kanun yolu başvurusunu duruşmalı yapıma isteğinin reddini gerektirecektir. Dizgelerin kanun yolu eşiğini belli koşulların varlığına bağlayacakları gibi, görülebilirliği belli hukuki hatalarla sınırlamaları olasıdır. Böyle bir ihtimalde ilkin yapılması gereken, eşiğin belirlediği standartlarla uyumlu bir talebin varlığıdır. Talebin asgari standartlarla uyumsuzluğu halinde, temyiz talebinin kabulü mümkün olmayacaktır. Hukuka aykırılığın belirlenen tip veya kanuni modellerle uyumsuzluğu, kanun yolu talebinin uyumsuz gerekçelerden dolayı usulden reddini gerektirir. Kanuni gerekçelere istinat etmeyen kanun

[35] Mole/Harby, 2001, 19

[36] *Pretto et autres/İtalya*, § 27 ve son; *Axen/Almanya*, §28; *Sutter/İsviçre*, § 30; *Monnel at Morris/İngiltere*, §56; *H./Belçika*, *Helmerts/İsveç*, § 36-42; *Fejde/İsveç*, §31-34; Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, A. Feyyaz, *Auruşa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan, Ankara 2003, 3. Baskı, s.288-289; Sorun duruşmaların doğası, ele alınan davanın boyutu, yerel mahkemenin gücü göz önüne alarak ve başvuru sahibinin çıkarlarının ortaya konması ve korunması suretiyle çözülür. *Monell ve Morris v.B.K.*, §56; Reid, 2000,40

[37] İnceoğlu, 2013, 272

yolu isteği reddedileceğinden, duruşma talebi temelini kendiliğinden yitirecektir. Bu durumda duruşma hakkının ihlalden söz etmek mümkün olmaz.

Temyizin gerçeklik yargısı yapması halinde, duruşma hakkı gerekli olabilmektedir.^[38] AHİM bu takdirde hazır bulunma hakkının işlerliğini bazı kriterlerle uyumluluğuna bağlar. Mahkeme bu gibi hallerde, öncelikle, talebin reddiyle birlikte neyin yitirilebileceğini ve temyiz mahkemesinin esasa ilişkin hükmü kurarken, tarafların dinlenilmesine gerek duyup duymadığını göz önünde bulundurur^[39]. Temyiz hakkının olmadığı veya hükmün kesin olduğu hallerde duruşma ihtiyacı en yüksek seviyeye ulaşır. İlk derece mahkemesi önünde duruşma yapılan veya duruşma hakkından feragat edilen durumlarda temyiz aşamasında duruşma zorunluluğu ortadan kalkar. Temyiz sadece hukuki sebeplerin incelenebileceği bir yol olarak öngörülmüşse, duruşma yapılması kaideten gerekli olmaktan çıkar^[40]. Özellikle başvuruçunun ifade vermek istemesi ya da mahkemeye yardımcı olmak istediği durumlarda^[41] delillerin, veya beyanların gerçek ve doğruluğunun sınanmasının ihtiyaca dönüşmesi hali duruşma gereksinimini tayininde ölçüt olarak kabul görmektedir.

Riskli olan, ilk ve tek derece yargısının duruşmayı yoksayan pratiğidir.^[42] İlk ve tek yargılama aşamasından önce, herhangi bir şekilde duruşma yapılmaması, duruşmanın gerçeklik yargısı ve hukuki tanı muhakemesi açısından önemli ve vazgeçilmez hale gelmesi durumunda, duruşma yapılmaması ihlal nedeni olabilir^[43]. Mahkemenin verdiği kararların kesin olması halinde, duruşma hakkının çiğnenme olasılığı yüksektir. Kesin kararların, istisnai yolla denetlenme

[38] *Colozza et Rubinati/İtalya*, § 27-29; *Le Compte, Van leuven et de Meyere/Belçika*,659; *Kamasinski/Avusturya*, § 106; *Botten/Norveç*, §39 ve son; *Bulut/Avusturya*; *Fisher/Avusturya*, §43 ve son; *Cooke/Avusturya*; Gözübüyük/Gölcüklü, 2003, 289

[39] *Mole/Harby*, 2001, 38

[40] *Axen v Federal Almanya A 72* (1983); 6 EHRR 195 temyiz başvurusu için sözlü duruşma gerekliliği yoktur. *Monnel ve Morris ve Birleşik Krallık A 115* (1987); 10 EHRR 205; *D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley*, 2013, s. 278

[41] *Ekbati v İsveç A 134* (1988); 13 EHRR 504 para. 32 PC; *D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley*, 2013, s. 278

[42] *Fredin-İsveç* davasında, başvuruçunun idarenin bir kararını iptal ettirmek için başvurduğu yüksek idare mahkemesi konuyu esastan bağlayan ilk ve tek yetkili mahkemedir. İHAM' a göre bu koşullar altında md. 6/1 sözlü duruşma hakkını [güvenceye almaktadır]. Başvuruçunun sözlü duruşma yapılması talebinin Yüksek İdare Mahkemesi tarafından reddedilmesi 6.md'nin 1.fikrasına aykırı bulunmuştur. İnceoğlu, 2002, 330

[43] *Fredin (No. 2) v. İsveç*; Reid, 2000, 40 Anılan davada istinaf yargısının yetkisi dahilinde olmasına rağmen gerçeklik ve hukuki tanı yargısının elzeme ihtiyaç duyduğu duruşmanın karşı oylara rağmen yapılmaması olguların açığa çıkması ve berraklık açısından sorunlu addedilmiştir. Burada dikkatten kaçmaması gereken husus ilk derece mahkemesinin duruşma hakkına riayet etmesine rağmen, duruşma hakkı ile temin edilmek istenen

ihtimalleri olsa da sistemin alternatif veya yedeklerle duruşmalı denetime imkan vermemesi, kesin hüküm yargısını veya kesin kararları her zamankinden daha özenli ve dikkatli olmaya icbar eder.

AİHM, hükümden sonra duruşma imkanı tanınmasını, hakkı telafi eden, eski hale getiren olanak olarak telakki eder. Yargılama öncesi şu veya bu şekilde yanların dinlenmiş olması^[44] hakkın yerine getirilmesi olarak kabul edilemez. Tedbir duruşması veya evrak üzerinde ön incelemeyi, bu hakkın kullanılması ile özdeş kabul etmek yanlıdır. Mahkeme, üye devletlerin maliyeti düşürme, zamanla baş etme, emek, mesai ve sair uzatıcı ve istismar edici amillerle mücadele kapsamında, duruşma hakkını kısıtlama veya hakkı meşru nedenlerle sınırlama yetkisini kabul etmektedir. Risklerin bahane edilerek, istisnaların geniş yorumlanarak duruşma hakkının ortadan kaldırması reddedilmektedir.

Duruşma eşliğini yüksek tutan sistemlerin, bu eşğin aşılması için çeşitli ölçüt ve ölçüler kullandığı bilinmektedir. Özellikle usul ekonomisi ya da makul sürede yargılama ile duruşma hakkı arasındaki dengenin korunma ihtiyacı, yargıcı duruşma hakkından ödün vermeye zorlamaktadır. Duruşma hakkına geri adım attıran ve onun inadını kıran bu edenlerin başını, başvurucunun duruşma talep hakkından vazgeçmesidir. Davanın özelliğinden neşet eden nedenlere yaslanarak evrak üzerinde incelemeyle yetinmek mümkündür. Talep halinde evrak üzerindeki yargılamanın, duruşmalı yargılamaya tahvili takdir marjı kapsamındadır. Ancak böyle bir olasılıkta öngörülebilir usule tabi olma hakkın ihlal edilmemesi için, ara kararının makul gerekçelerle temellendirilmesi ve tarafların bu sürprizden güvenli şekilde haberdar edilmeleri zorunludur.

Talebin dikkate alınıp değerlendirilmesi ve karara bağlanmasında gerekçe ve dayanakların aldığı rolün önemi tartışmasıdır. İlk derece yargı yerinde, duruşma yapılmamasını haklı gösterecek istisnai sebeplerin varlığı zorunludur.^[45] Mahkemenin neden duruşma yapılmadığı konusunda kabul edilebilir açıklama yapmaması dikkate şayandır^[46]. İlk derece yargı yerinde duruşma yapılmamakla birlikte, ikinci seviye yargı yerinde duruşmalı yargılama isteğinin reddini haklı çıkaracak istisnai gerekçelerin izahıtan varestede tutulması ihlal olarak

amaca yeterince ulaşılamamasından kaynaklı telafi imkanının ara mahkeme tarafından tanınmamasıdır.

[44] *Schuler-Zraggen v. Switzerland*, a.g.k., para.58; İnceoğlu, 2002, 331; Reid, 2000,39

[45] *Stalinger ve Kusol/Avusturya*, § 51; Mole/Harby, 2001, 19

[46] *Gussiet*,§72; Doğru/Nalbant, 2012,642

kabul görür^[47]. Dava öncesi idari kurullar nezdindeki dinlenme^[48] talebinin duruşma hakkını ikame eden bir süreç olarak değerlendirilmez. Teknik manada bir duruşmadan söz edilebilmesi için, yargılayanın sahici yargı otoritesi olması gerekir, idari kurulların bu bağlamda yaptıkları tahkikatın açık yargılama olarak telakki edilmesi olanaksızdır. En azından kuşkuludur. Yargı otoritelerinin nezaret etmediği, sevk ve idare etmediği süreçteki dinlenme, sözlü sunumlarla diyalogları duruşma hakkına katkı sunan usuli işlemler olarak değerlendirilemez.

Duruşma hakkının organizasyon eksikliği, alt yapı noksanı ve sair yetersizlik gibi nedenlerle kısımaya kalkışmak, ülkemiz açısından kabul edilebilir bir mazeret değildir. AİHM, dava yükü ve makul süre gibi parametre ve kaygılardan hareketle kanun yolu mercileri tarafından duruşma yapılmamasını kabul edilebilir bir özür olarak benimser^[49]. Buna rağmen kanun yolu otoritelerinin ilk derece yargısının duruşma yapmamasından kaynaklı ihlalleri gidermeleri olanaklıdır.

AİHM, ilk derece ve ardılı mahkemelerde, başvuru sözlü sunum yapma, iddia ve savunmasını dilediğince dillendirme olanağının tanınmış olmasının duruşma hakkının ihlal iddialarını temelsiz bırakacağını belirtir^[50]. *Axen* örneği duruşma hakkının, ilk ve ikinci derece yargısı tarafından kullanılmasının, temyiz yargısının duruşmasız denetim yoluyla hak ihlaline neden olduğu iddiasını hükümsüz bırakan bir tecrübedir. AİHM bu deneyimle duruşma hakkının yargı yerlerinde ve kanun yolundan önce ardışık olarak defalarca, doyurucu şekilde kullanılmasına verdiği önemli bir tepkidir. Hakkın sömürülmesini önleyen bu kısıtlama, duruşma hakkının defalarca kullanılmasının, kanun yolu aşamasında öne sürülen duruşma hakkının ihlaline dair iddiaları konusuz bırakacağını gösterir.

Sutter tecrübesi, ilk derece yargısı ve ardıl mahkemede gerçeklik yargısına katılan ve burada kendisine tanınan hakları yeterince kullanan başvuru, temyiz mahkemesindeki yargılamanın, duruşmasız yapılmadığına ilişkin başvurusunun kabul görmeyeceğine delalet eder. Mahkeme bu deneyiminde, açık yargılama, saydamlık, yargının demokratik denetimi, güven ilkesine sadakat gibi bir çok parametre ile duruşma hakkı arasında ilişki kurmakla kalmamış, demokratik bir toplumda kamuya açık yargılama ve duruşma hakkının yaşamsal

[47] *Stalinger ve Kuso/Avusturya*; Reid, 2000,39

[48] *Stalinger ve Kuso/Avusturya*; İnceoğlu, 2002,331

[49] *Helmerts v. Sweden*; İnceoğlu, 2002,336

[50] *Axen/Almanya*; İnceoğlu, 2002,333; Reid, 2000,37

önemine de vurgu yapar^[51]. Mahkeme tek tek veya lokal periyodlarla hak ilişkisini kurmak yerine, bir bütün olarak dava açılmasından hükmün verilmesine, hükmün açıklanmasından denetlenmesine değin, oldukça uzun bir süreçte, başvuruçunun duruşma hakkından beklentilerinin ne denli karşılandığı ile yakından ilgilenmiştir. Temyiz mahkemesinin rolünü bir kaç adım öne çıkararak, eşğin altında kalan duruşma taleplerinin, evvelce karşılanması nedeniyle hükümsüz kaldığını teyit eder. *Sutter* örneği, *Axen* deneyimini geliştiren ve doğrulayan bir pratiktir. AİHM anılan örneklere yaslanarak, varlığını hukuki denetimle sınırlamış bir yargı mekanizmasının duruşma hakkını dikkate almasını AİHS 6/1 madde kapsamında çıkarır^[52].

AİHM mevcut rezervine kattığı önemli içtihadıyla, duruşma hakkının uygulanma olanağını bir başka amil üzerinden genişletir. Evvelki örneklerde duruşma hakkını göreceli olarak denetim işlev ve rolü üzerinden daraltan AİHM, bu kez denetim fonksiyonunu hakkı tek başına belirleyen, yazgısını tayin eden bir ölçüt olmaktan çıkarır. Mahkemeye göre duruşma hakkı bağlamı uyuzmazlıkların çözümünde davanın niteliği, yargılamadan beklentilerle duruşma hakkının sağladığı eşitlik ve çelişmeli yargı ilkesi, delillerin kabul edilebilirliği gibi bir çok ölçüt ve edenin dikkate alınıp değerlendirilmesi gerektiğini belirtir.

Ekbatani/İsveç davasında, ilk derece yargısının başvuruçuya tanıdığı duruşma hakkını, her şeye rağmen doyurucu bulunmaz. Kanun yolu yargısının hukuki denetim rolünü üstlenmesi, ara derece mahkemesinin duruşma bağlamı hak ihlalinin önlemede aktif rol almasını pekiştirir. AİHM istinaf mahkemesinin duruşma açtıktan sonra; görevli memur ve tanığın dinlenilme talebini reddetmesi ve ilk derece yargısını içselleştirilmesini ihlal olarak kabul etmiştir^[53]. AİHM'e göre, söz konusu olan bir istinaf mahkemesi ise ve sanığın masum veya suçlu olduğuna ilişkin bir sorunu karara bağlayacak ise yargılamanın duruşmalı yapılması zorunludur^[54].

AİHM ihlale neden olguları a) istinaf yargısının gerçeklik yargısı yapma yetkisini yeterince ve doyurucu olarak kullanmaması, b) gerçeklik yargısının ihtiyacı olan delillerin tartışmaya açılmaması, tarafların delile odaklı dinlenilmemesi, mevcutlarla yetinip duruşma hakkı ile çelişme ilkesi arasındaki denge ve ilişkiyi gözetmemesi, c) son derece/temyiz yargısının gerçeklik yargısı yapma yetkisinin

[51] Açık yargılama-gerekçe ilişkisi için bkz. Hilmi Şeker, *Esbab-ı Mucib'den Retoriğe Hukukta Gerekeçe*, Beta İstanbul, 2010

[52] *Sutter/Switzerland*; İnceoğlu, 2002,331

[53] *Ekbatani v.İsveç*; İnceoğlu, 2002,334-336

[54] *Ekbatani v.İsveç*; İnceoğlu, 2013, 273

bulunmaması ile oluşan sendromun istinaf yargısı tarafından aşılammaması, d) ilk derece yargı yerinin duruşma hakkının beklentilerini yeterince karşılamaması, d) davanın niteliği itibarıyla duruşma hakkını ihtiyaca dönüştürmesi, f) ara derece mahkemesinin eksik delille hükme varması ve ilk hükmü olduğu gibi benimsemesi şeklinde kategorize eder.

AİHM anılan nedenlerin tahakkuku halinde, ilk derece yargısının yarattığı hak ihlalinin, ikinci derece yargısı tarafından giderilememesinin özerk bir değer olarak görünen adaleti zedelediği kanaatindedir.

AHİM sürat, etkinlik ve ekonomik nedenlere istinaden duruşma yapılmasını tolare etmektedir. Sistemlerin başvuruçulara otomatik duruşma hakkı tanınması veya duruşmanın yargılamanın bütününe yayması beklenmemelidir^[55]. Duruşma hakkı ile evrak üzerinde inceleme arasındaki yarışın, duruşmaların doğası, davanın boyutu, yerel mahkemenin gücü ve bireyin duruşma yapılmasıyla elde edeceği yararlar gözetilerek sevk ve idare edilmesi gerekir^[56].

AİHM, çelişmeli niza hakkını kısıtlayan derece yargısının, hukuki ve maddi açıdan denetlenebilirliği, ilgilinin sonraki aşamada bakış açısı ve yaklaşımını serimleme, sunma imkanına kavuşturulmasını ihlali önler nitelikte bulunmuştur^[57]. Gerçeklik yargısının yinelenmesi, ihlali, risk olmaktan çıkararak ya da duruşma hakkını yedeklerle tahkim eden yaklaşımın tezahürüdür. AİHM, yargılamayı bir bütün olarak ele alarak, hatanın aktarma yargısı tarafından giderilmesini telafi edici addetmiştir. Davanın gözden geçirilmiş olmasıyla, gerçeklik yargısı üzerindeki sisin aralanmış, duruşmasızlığın yarattığı kayıp etkisiz kılmış, geriye doğru hükümden düşürülmüştür. Aktarma yargısının gerçekliği sınama gizilgücü, başlangıçtaki ihlali hiçleştirmiştir.

Olgu yargısı ile çelişmeli yargı arasındaki ilişki yoğundur. Bu yoğunluğun hükme katkı sunabilmesi duruşma hakkının gerçekliğine ve kullanılmasına gereksinim duyar. Duruşma hakkı burada devreye girerek, ortaya konulan iddia, savunma dayanak ve argümanlarına saldırarak onları hükümden düşürme

[55] Daha önce de belirttiğimiz gibi yargılamada 6. Madde koşulları, her ne kadar, yargılamanın her derecesinde geçerli ise de (*Ekbatani/İsveç*, §24 ; *Kremzow/Avusturya*, §58) istinaf ve temyiz incelemelerinde söz konusu madde gerekçeleri-icabında- daha bir yumuşaklıkla uygulanabilecektir. Bu nedenledir ki istinaf veyahut temyiz derecelerinde “açık duruşma” gereğine riayet olunup olunmadığı hususu, ilk derece mahkemesi kararına yapılan itirazın konusu ve önemi ve aynı zamanda, yargılama faaliyetinin bütünü göz önünde tutulmak suretiyle (yani her bir derece mahkemesinin yargılamada aldığı role bakılarak)ele alınacaktır. (*Deweer/Belçika*, § 49; *Artico/İtalya*,§30; *Kremzow/Avusturya*, §59); Gözübüyük/Gölcüklü, 2003, 288

[56] Reid, 2000, 40

[57] *Apple. No.8893/80* , *X v. Austria*, 05.03.1983, 31 DR 66,s.68; İnceoğlu, 2002 ,s.252

işlevi üstlenir. Duruşma hakkı, işini dezavantajı önleyen çelişmeli yargı hakkı aracılığıyla pratize eder. Çelişmeli yargı, gerçeklik yargısı söz konusu olduğunda duruşma hakkının eli ayağı, gözü ve kulağına dönüşür. Çelişmeli yargılamanın benimsenmiş olmasının, medeni hakka ilişkin muhakemede tarafların duruşmada hazır bulunarak, yargılamaya aktif olarak katılmasına olanak tanıma^[58], hükmü birlikte ve ortaklaşa uğraşla inşa ihtiyacından neşet eder.

AİHM, duruşma hakkının gerçeklik yargısı ile görevli ardışık mahkemelerce reddedilmesinin mümkün olduğu kanaatindedir. *Helmers/İsveç* davası, ilk derece yargı yerinde duruşma yapılmasının, ardışık fazda duruşma isteğinin reddini gerektirmeyeceğini göstermesi açısından önemlidir. Bu davayı önemli kılan duruşma hakkını kısıtlayan içtihatları, belli koşullar altında ödün vermeye zorlayan dinamiğidir. *Helmers* pratiği geliştirdiği özelliklerle, duruşma hakkını içine temyiz ve itiraz merciini alacak denli genişletmektedir. AİHM, bazı davalarda gerçeklik yargısının üstlendiği rolün doruk yapabileceğini, burada yapacağı tartışma ve öne süreceği delillerle yargıyı değiştirme olanağı bulabileceği kabul edilir. Sübutun kaderini değiştirir nitelikteki taleplerin dışlanması, ilk derece yargı yerindeki duruşma hakkını hükümden düşürmekte, onu ikincil duruma itmektedir.

Helmers davasında özellikle dava konusu- ki burada *Helmers*'in şeref ve kariyerini zan altında bırakan bir isnat söz konusudur- yargılamanın bütünü, istinaf yargısının rol ve işlevi gibi parametreler gözetildiğinde önemini artırmaktadır. Sübutun bir kez daha tartışmaya açılması ve masumiyetin pekiştirilmesi olasılığı mahkemenin duruşma talebini reddetmesinin koşullarını ortadan kaldırmakta, reddi haklı kılacak özel koşulların olmadığı sonucunu doğurmaktadır^[59]. Anılan dava duruşma hakkını genişleten ve pekiştiren bir örnektir ve bu örnek duruşma hakkı ile somut olay adaleti arasındaki bağı, davanın özgünlüğü üzerinden geliştiren bir pratiktir. Mahkeme bir çok kararında, genelde duruşma ihtiyacının önceki aşamalarda giderilmesini yeterli bulup, talebin istinaf ve temyizde tekrar edilmesini reddederken, anılan davada bu nedenceleri salt red nedeni olmaktan çıkarmakta, yargıca duruşma isteğinin reddi için daha güçlü, ikna edici ve inandırıcı özel gerekçeler bulmaya sevk etmektedir. Buradan gözden kaçmaması gereken husus, her şeye rağmen, tartışma ve gerçeklik yargısına dair gereksinimin sönmülmemiş, kuşkunun zahiri hükme rağmen varlığını sürdürüyor olmasıdır.

[58] D.J.Harris, M.O' Boyle, C. Warbrick, a.g.e., s.204; İnceoğlu, 2002, 252

[59] *Helmers/İsveç*, §38-39; İnceoğlu, 2002, 336

Jan-Ake Anderson/İsveç davası hak ihlalini, cezanın niceliği ile hakkın niteliği arasındaki çekişme ve yarışın belirlediği bir davadır. Bu davada para cezası gerektiren suçtan ötürü yapılan yargılamalarda, açık duruşma hakkının ihlal edildiğine dair başvuru AİHM yargıçlarını da ikiye böler. Mahkeme davaya kaynaklık eden cezayı hafife alarak, duruşmasız yargı ve hükmün ihlal riski yaratmadığını belirlerken, azlığı oluşturan oylar (7) cezanın niceliğinin, hakların özüne yönelik kalkışmaları belirleyici olamayacağını savunurlar. Karşı oylar, 6/1 madde hükmünün özü itibarıyla güvenceye alınan minimum hakların temel özelliğine atıf ve vurgu yaparak, başat belirleyicinin minimum haklara yönelik kalkışma olduğunu belirtirler^{[60] [61]}. Buradan bakıldığında *Jan-Ake Anderson/İsveç* davası, duruşma hakkını koruyan göreceli ve mutlaklık arasındaki sayısız kerte, kendisine mutlaklığa yakın bir yerde konuşlanmasına imkan tanıyan bir deneyimdir.

Duruşma hakkına şans tanıyan pratiklerin, yükselen bir trend izledikleri görülmektedir. *Jan-Ake Anderson/İsveç* davasını, sıradan bir trafik cezasını hafife alarak, davanın duruşmadan varestede tutulması gerektiğini savlayan çoğunluğun, duruşma hakkını zirveye taşıma mücadelesi olarak betimlenebilir. AİHM, her ne kadar cezanın niceliği ile duruşma hakkı arasında ters bir ilişki ve orantı kurmuş ve hafif cezalarda duruşma hakkı tanınmamasını savunmuş ise de karşı oyların, bu niceliği belirleyici olmaktan çıkaran niteliği karşısında anlamını yitirmiştir. Çoğunluk, hakkın özüne yönelik ve onu hedefleyen kalkışmaların tek başına ihlal için yeterli olacağını belirtmektedir. Bu yerinde bir yaklaşımdır. O halde duruşma ile evrak üzerinde yargılama arasındaki yarış kontrol eden en önemli eden, kalkışmanın AİHS 6/1 deki minimal hakları hedefleyen dinamik ve potansiyelidir. Potansiyelin gücü ve yarattığı risk, yaptırımın hafifliğini gölgede bırakarak duruşma yapılmasını gerekli hale getirmelidir.

Monell ve Morris/Birleşik Krallık davası kanun yolu denetimi ile duruşma hakkını aynı kavşakta buluşturan ayrıksı bir tatbikattır. AİHM bu kanun yolu hakkının yazılı sunumlarla doyurucu şekilde kullanıldığı gibi, başvuruculara kanun yoluna başvuruyu meşru ve haklı kılacak yeteri dayanağın bulunmadığı konusunda ücretsiz tavsiye yardımı aldıklarını, böylelikle hukuki tanı denetiminin duruşmalı yapılmasına dair ihtiyacın ortadan kaldırdığından bahisle, isteği reddeden yerel uygulamayı benimsemiştir. AİHM yazılı savların adalet ve

[60] *Jan-Ake Anderson/İsveç*; İnceoğlu, 2002,337

[61] *Fejde/İsveç*, § 33; İnceoğlu, 2002, 337 Bu davada Jan-Ake Anderson deneyimindeki benzer gerekçelerle duruşma hakkının ihlal edilmediğine ilişkin bir hükümlerle son bulur. Hatta onu destekleyerek neredeyse pekiştirir. Netice de oy çokluğu ile başlayan ve bu davadaki oybirliği ile sonuçlanan çizgide ilerleyen içtihat, yaptırımın hafifliğinden hareketle duruşmanın gereksizliğinde sebat eder.

menfaat gereksinimini karşıladığını dolayısıyla iş yükünü artırmamak ve zaman israfını önlemek açısından duruşma isteğinin meşru zeminini kaybettiğini düşünür ve ihlal iddiasını reddeder^[62]. Bu deneyimi vitrine çıkararak özellik, usul ekonomisi ile adalet duygusu ve hakkaniyet gereksinimine oynayan duruşma hakkı arasındaki çelişkinin aşılma yöntemidir. Mahkeme duruşma ihtiyacının samimiyetini ortadan kaldıran bir kaç parametreye dayanarak, ihlal iddiasını yersiz ve gereksiz bulur. Buna göre başvuruçuların doyurucu bir yazılı sunum yapmaları, kanun yolu yargısının faydasızlığı konusundaki ücretsiz hukuki yardım almaları ve kanun yolu yargısının katılımı zorunlu kılmayan mahiyet ve karakteri ile adalet duygusunun tatmini duruşmayı lüzumsuz kılmıştır.

Duruşmada hazır bulunma hakkı mutlak değildir. Kişi, hem açık yargılama hem de duruşma hakkından vazgeçebilir^[63]. Duruşma düzeninin bozulması, kimliği gizli tutulan tanığın dinlenmesi^[64] veya tanığın korkutulma kaygısının aşılması^[65] gibi sınırlı ve sayılı olmayan nedenlerin tahakkuku duruşma hakkından ödün verilmesini gerektirebilir. Bu gibi durumların çoğaltılması olasıdır. Duruşmadan tart, uzaklaştırma ve hakkın bloke edilmesini gerektiren olguların istisnai oluşu, hakkın kullanımını bertaraf edecek bir debi ve oyluma erişimini önler.

AİHM Büyük Daire'si, daha önceki davalarda duruşmalı yargılanma hakkının nicelik üzerinden değil, uyumsuzluğun niteliğine göre kısıtlanabileceği kanaatindedir. *Jussila v Finlandiya* davasından önce, teknik^[66] hukuki meselelere özgülenen veya karmaşık olmayan^[67] ceza davalarıyla sınırlı olarak duruşma hakkının istisnai olarak kısıtlanmasına izin verilmekteydi. Aslanan kişinin duruşma hakkını koruyan yasal düzenlemelerin mevcudiyetidir. Sistem, herşeyden evvel kişiye derece mahkemelerinde davasını duruşmalı olarak yürütülmesini isteme hakkı tanımakla yükümlüdür^[68]. Duruşma talebinin, önceden belirlenebilir ölçüt ve ölçüler üzerinden güvenceye alınması, belirli usule tabi olma ilkesinin

[62] İnceoğlu, 2002, 337

[63] *Hakansson ve Sturesson ve Pauger* davaları a.g.e.; D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s. 279

[64] *Colozza and Rubinat v. İtalya*, A 89 (1985); 7 EHRR 516; §117; İnceoğlu, 2013,244

[65] *X. v. Denmark*; İnceoğlu, 2013,244

[66] *Schulre-Zraggen v İsviçre* A 263 (1993); 16 EHRR 405 para. 58; *Miller v İsveç* 2005-XX; *Martinie v Fransa* 2006-VI BD ve *Hofbauer v Avusturya* No 68087/01 hudoc (2004); D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s. 277

[67] *Valova, Slezak ve Slezak v Slovakya* hudoc (2004); *Allan Jacobson v İsveç*(No 2) 1998-I; 32 EHRR 463; D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s. 277

[68] *Schulre-Zraggen v İsviçre* A 263 (1993); 16 EHRR 405 para. 58; D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s. 277

gereğidir. Takdir yetkisinin denetlenebilmesi veya keyfi uygulamaların, öngörülebilir usullerle kontrol edilmesi, merkez üssü duruşma hakkı olan eşitlik ve çelişmeli yargı ilkesi ile diğer teminatları etkisine alan hak ihlallerinin önlenmesi bakımından önemlidir.

Duruşma hakkından veya duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etmek olasıdır. Feragat: duruşma hakkını beyanla sona erdiren ya da beyanın mahkemeye erişmesi ile etki ve sonuç doğuran, buna bağlı olarak duruşmaya etkin katılımı ihtiyaç olmaktan çıkaran taraf usul işlemidir. Feragatin kapsamı, yargılamadan neşet eden duruşma hakkıyla mahdut olup, içine yargılamanın tüm aşama ve işlemlerini alacak denli genişletilemez.

Duruşma hakkından açık veya örtülü şekilde feragat etmek mümkündür. Duruşma hakkından zımni olarak vazgeçme, tereddüde mahal olmayacak şekilde belirgin olması ve aynı zamanda kamu yararına ters düşmemesi^[69], feragatin önemiyle uyumlu asgari güvenceleri içermelidir^[70]. Kamu yararının duruşmayı gerektirdiği hallerde vazgeçme geçersizdir, beklenen etki ve sonucu doğurmaz. Öteki deyişle vazgeçme hakkının kullanılması için, gerçeklik yargısının, bu hakkı tolare edebilecek kapasite, koşul ve yeterliliğe sahip olması gerekir. Bazı hallerde kişinin duruşmaya gelmesi, kamusal nedenlerle gerekli olabilir bu gibi hallerde, açık veya örtülü vazgeçme geçersiz hale gelir.

Açık veya örtülü feragatten söz edilebilmesi, duruşma hakkından vazgeçmenin etki ve sonuç doğurabilmesi için her şeyden evvel meşru ilgilie usulüne uygun, tam ve duruşmaya katılımı teşvik eden yazılı bir davetiyenin, güvenilir araç ve yöntemle tebliğ edilmesi icab eder. Tebligat veya davetiyenin olası bir usulsüzlüğü, haktan örtülü feragat için ciddi bir risk doğurur. Büyük Daire'ye göre; hakların etkili şekilde kullanılmasını sağlayacak usul ve esas koşulların uygun resmi bir tebligat yapılması gerekir. Bu bağlamda belirsiz, resmi olmayan yahut dolaylı bilgi bilgilendirme ve öğrenme için kafi değildir^[71]. Anılan kural, bilgilendirme yerine geçen kabul edilebilir olgularla istisnaya uğratılmıştır. Burada resmi bildiri, (tebligat) ikame edilebilir olgularla ikame edilerek, kişinin duruşmadan haberdar olduğu kabul edilir.

[69] *Deweer/Belçika* § 49; *Hakansson et Struresson/İsveç*, §66; *Zumbotell/Avusturya*, § 34; Gözübüyük/Gölcüklü, 2003,289

[70] Gerekli usuli güvenceler bir avukat tarafından temsili de içerir. *Poitrimol v Fransa*, A 277-A(1993); 18 EHRR 130; D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s.250

[71] T. v İtalya, A 245-C (1992) para. 28; D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s.250

Varsayımsal bildirimde, kişinin duruşmadan haberdar olduğu ve oturumlara katılmakta duraksama yaşamadığı kabul edilebilir^[72]. Vakıanın, tebligat ile yer değiştirebilmesi mahkemenin ikna olmasına, inandırılmasına bağlıdır. Bilgilendirme ile elde edilmek istenen yararı zedeleyen veya ortadan kaldıran her girişim, yahut ayrıksı bilgilendirme risklidir. Riskin debi ve niteliği; istisnai yöntemin yazgısını tayin etmekle kalmayacak, yargıcı tebligatın meşruluğu ile kişinin duruşma hakkından neden vazgeçtiğini makul gerekçelerle izaha zorlayacaktır. Buradan bakıldığında istisnai veya varsayımsal bilgilendirme bir sapmadır ve sapmanın hakkı hükümden düşürme potansiyeli somut olayın özellikleri gözetilerek dikkat ve özenle değerlendirilmelidir.

Örtülü vazgeçme, ilgilinin usulüne uygun davetiye tebliğine rağmen duruşmaya iştirak etmemek suretiyle katılımdan neşet eden haklarını kullanmaktan kaçınması, çekinik kalması demektir. Tebligatın etkinliğinden söz edilebilmesi için, makul süre içinde ve [meşru ilgilinin] anladığı dilden yapılması gerekir. Tebligatın anlaşılabilir dilde yapılmaması ihlale vücut verir^[73]. Kişinin dolaylı yollardan davetiyeden haberdar olması^[74], bilgiye kişisel olanaklarıyla vakıf olması veya duruşmadan tesadüfen haberdar olması umarlarla uyumlu bir bildirim ve bilgilendirme olarak kabul edilemez. Tebligatın temin edilen maksada özgülenmesi için yaratacağı etki ve sonuçları ilgilisi ile paylaşan bir dil ve içeriğe sahip olması gerekir. Duruşmaya katılmamanın yaratacağı sonuçlar hakkında, taraflara bilgi aktarmaktan kaçınan veya bu bilgiyi vermekte akim kalan bir tebligata dayalı olarak duruşma hakkından feragat edildiğinden söz edilemez. Sonuçların belirsizleştiği, duraksama yarattığı yahut öngörülemez hale geldiği her halde feragat kuşku demektir^[75].

Yasama gerçek bilgilendirmeden, varsayımsal tebliğe değin, bir çok ihtimali barındıran bir bilgilendirme skalasında sebat etmiştir. Takdiri adres veya bilinen en son adreste tebligat yapılamaması halinde, varsayımsal diğer tebliğ olasılıklarına cevaz verilmesi, her şeye rağmen tebliğ yapılamamasından kaynaklanan riskleri önleme kaygısının sonucudur. Olağan tebliğ ve davet usullerinden uzaklaşan uygulamaların yaratacağı riski kavrayan dizge, tebligat sapmalarının yaratacağı riski kontrol altına alma ve keyfiligi önlemeyi, belirlenebilir şekil ve usullerle aşmaya çalışma çabası içindedir. Tüm uğraşa rağmen sahici tebliğin

[72] Sejdovic v İtalya, 2006-II para 99 BD;D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s.250

[73] *Goddi v. Italy*, § 31; Brozicek v. Italy, §45; İnceoğlu, 2002, 353

[74] *T v. Italy*, §28; İnceoğlu, 2002, 254

[75] Jones v Birleşik Krallık, No 30900/ 02 hudoc (2003) DA R v Jones (2002) UKHL 5; D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s.251

yapılamaması halinde, varsayımsal tebliğle yetinme, duruşma hakkının ihlali olarak değerlendirilmemektedir. Yargılamanın zamana yayılmasının, kanıtlar üzerindeki bozucu, bellek üzerindeki tahrip edici etkisine tahammülün güçleşmesi, bilgilendirme yükümlülüğünü alternatif yöntem arayışına sevk etmektedir. Adresin bilinmesine rağmen^[76], varsayımsal yöntemlere yönelme, hiç kuşkusuz adil yargılanma hakkını ihlal edecektir.

Somogyi/İtalya usulsüz tebligat iddiası ile duruşma hakkından vazgeçme arasındaki ilişkinin izlemesi gereken güzergah hakkında önemli donelere sahiptir. Somogyi bu davada tebellüğ belgesindeki imzanın kendisine ait olmadığını öne sürerek, yokluğunda yapılan yargılamanın yinelenmesini ister. Yerel yargı, ilgilinin iddialarını tartışmaya imkan vermez, imza incelemesi için girişimde bulunmaz. Üstüne üstlük ilgilinin usulsüzlükten neşet eden hak kayıplarını telafi, yenileme ve temyiz isteğini de reddeder. Konuyu tartışan AİHM; a) adil yargılanmanın demokratik bir toplumda taşıdığı önemle uyumlu olarak, mahkemenin bu olayda olduğu gibi duruşma hakkını kısıtlayan ve ortadan kaldıran olgular üzerindeki kuşkunun kaldırılması ve sınanması için çaba sarf etmesi gerektiğini, b) ardışık yerel mahkemelerin tebligatla ilgili kuşkuların aşılması için her hangi bir çaba sarf etmeyerek, ilgilinin Sözleşme'ye aykırılığı giderecek imkanlardan yoksun bırakıldığını, c) böylelikle mahkum olduğu bir yargılama sonucunda, duruşma hakkından açık şekilde feragat edip etmediğini tespit edecek dikkatli bir incelemenin yapılmadığını, d) hakkındaki davanın basın ve alternatif diğer yollardan öğrenilmesinin, usulüne uygun bir bildirim olarak telakki edilmeyeceğini, e) duruşmaya katılma hakkının kullanılması için genel ve özel tüm önlemlerin alınmadan ve kişinin duruşmadan feragat ettiğine ilişkin tüm kuşkular aşılmadan, yargılamanın gıyaben gerçekleştirilmesini ihlal olarak nitelmiştir^[77].

Somogyi örneği, yargımızın paçasına yapışan usulsüz tebliğin yol açtığı önemli bir sorunu tartışmaya açması bakımından değerlidir. Yargımız, henüz duruşmaya davet, davete icabet etmemenin yarattığı sorunları sağlıklı ve tam olarak yüzleşmiş değildir. Özellikle gıyapta ve vicahtaki tebliğin kabul edilebilmesi için izlenmesi gereken usule aykırılıkların görmezden gelinmesi, kendiliğinden gözetilmemesi, itiraz konusu edilenlerin de ayrıntılı ve özenli bir incelemeden vareste tutulması, *tebligat-davetiye-duruşma* üçlüsünün aşması gereken daralı bir meseledir. Böyle bir iddianın büyüteç altına alınarak, gerçek ve doğruluğunun sınanması, yoklukta yapılan duruşmaların kabul edilebilmesi

[76] Colozza v İtalya, A. E. Para. 30; D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s.251

[77] *Somogyi/İtalya*; Cengiz/Demirağ/Ergül/ Mc Bride/Tezcan; 2008, 202-203

açısından yaşamsaldır. *Somogyi* tecrübesinde, tebellüğ belgesindeki itirazın, ayrıca ve tüm ısrarlara rağmen incelenmemesi ve araştırılmaması, usulsüz tebligata dayalı olarak yürütülen yargılamaya yönelen temyizcinin süre aşımı nedeniyle reddedilmesi, ilgilinin görünen adaletle ilgili umarlarını karşılıksız bırakarak, ihlali derinleştirmiştir.

Colozza/İtalya duruşma hakkından feragati zorlayan bir diğer tecrübedir. Bu örnek, ilgilinin yargılama konusu hakkında evvelce çeşitli vesilelerle bilgi edinmiş olması ya da alternatif yollarla yargılama konusu hakkında malumat sahibi olması, usulüne uygun tebligat yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağına delalet etmektedir. Örnekte duruşmaya davetten söz edilebilmesi için, ilgiliye erişilebilecek bilimum adres ve olanakların kullanılması ve tüketilmesi gereğine özellikle vurgu yapılmaktadır. Ülkenin kayıt sistemi veya bilgi bankasına sahip olmaması kişi aleyhine yorumlanarak, bu durumun ilgilinin duruşma hakkından vazgeçmesi olarak telakki edilmez^[78] ^[79]. Gıyapta yargılamanın benimsenebilmesi için, her şeyden önce, kişinin bilinebilen en son adresinin belirlenmesi ve davaya dair bilgi ile duruşma gün, saat ve yeri hakkında ilgilinin güvenli olarak bilgilendirilmesi beklenir. İlgilinin bireysel çabaları, dolaylı öğrenme ve basın aracılığıyla dava hakkında malumat edinme, evvelce ifade edildiği gibi usulüne uygun bildirim ve davetiyeyi ikame eden almasıklar değildir. İlgiliye erişimi sağlayacak yeteri araştırma yapılmadan ve iletişim imkanları ziyadesiyle zorlanmadan kişiye Sözleşme, ve yerel hukuk tarafından tanınan asgari güvencelerin etkili şekilde tanındığından söz edilemez.

Duruşma hakkından feragat edilebilmesinden sonra, hakkın yeniden kullanılması ya da ardışık aşamalara katılma hakkını ortadan kaldırmaz. Vazgeçmek geri alınabileceği gibi ardışık duruşmalara katılarak vazgeçme etkisiz kılınabilir. Buradan bakıldığından hukuk yargısında vazgeçme, duruşma ve yargılanma hakkını hükümden düşürecek şekilde katı şekilde yorumlanmalıdır. Duruşmada hazır bulunma hakkından vazgeçildiğinin kabul edilebilmesi için, feragatin açık, anlaşılır ve kuşkudan uzak olması ve hakkın önemiyle bağdaşır minimum önlemlerin alınması koşuluna bağlıdır^[80]. Feragatin gerisinde bıraktığı

[78] *Colozza/İtalya* (9024/80,12,02,1985); Cengiz/Demirağ/Ergül/ Mc Bride/Tezcan; 2008, 204

[79] Sanığın veya taraflardan birinin gıyabında duruşma yapılması ceza davalarında belirli istisnai koşullarda, yetkililer gerekenleri yaptıkları halde kişiye duruşmayı haber veremedikleri takdirde (*Colozza/İtalya*) ve bazı hastalık durumları söz konusu ise adaletin idaresini sağlamak için (*Enslin ve arkadaşları/Federal Almanya*) kabul edilebilir. Mole/Harby, 2001, 37

[80] *Poitrimol v. France*, a.g.k., §31; İnceoğlu, 2002, 254

boşluğun, kesin ve önemiyle uyumlu asgari teminatlarla donatılması gerekir.^[81] Mahkeme duruşma hakkı ile temin edilmek istenen maksadın ihmallere etkisiz kılınmasını önlemekte, açık ve anlaşılır bir vazgeçme söz konusu olmadıkça etki ve sonuç doğurmasının imkansızlığına vurgu yapmaktadır. Demek istediğim, AİHM bu deneyimiyle vazgeçmenin etki ve sonuçlarını kavrama olanaklarının çoğaltılmasını, etki ve sonuçlar hakkında yeterli malumat verilmeksizin vazgeçmenin kabul görmesini önlemektedir. Özellikle, minimum güvenceler sağlanmadan, duruşma hakkının gerisinde bıraktığı ve yargılamanın selametini tehdit eden patojenleri kontrol edecek önlemler alınmadan vazgeçmeye statü vermeyi reddetmektedir. Vazgeçmenin etki ve sonuçlarının yargılama, hüküm ve yargılananlar üzerindeki baskısı yargıcı uyanık eylemeye, özenli davranmaya ve yalanla arasına mesafe koymaya zorlar.

Minimum güvenceden kasıt, duruşmaya katılım hakkını teşvik eden çözümler üretmek, hakkın kullanımını engelleyen edenlerle mücadele etmek, gözden düşürmeyi bertaraf edici önlemler almak olarak tanımlanabilir. Davet ile neyin amaçlandığı, duruşmaya katılımı kazananların, katılmamakla kayıpların açık ve anlaşılır şekilde izahından başka, duruşma gün ve saati ile yeri konusunda yalın ve anlaşılır olmak önlemlerin bazılarıdır. Duruşma salonunu bireye dar etmek, caydırıcı tutum ve davranışlarla kişiyi duruşmadan soğutmak, adli mobbinge çekinik eylemeye icbar, kişiyi, açık veya örtülü feragate zorlamakla kalmaz, hükmü monologla hükümden düşürür. Hükmün bağlayıcılık debisini azaltır.

Bu bağlamda etkili bir çağrı ve davet için olanakların seferber edilmesi ve tüketilmesine rağmen kişi ile iletişim kurulamaması ve bu vesile ile tebligatla duruşma hakkını kullanmak üzere davet edilememesi, gıyapta yargılamayı meşrulaştırır.^[82] Gıyapta duruşmanın kabul edilebilmesi için davetiye ve tebliğ olanaklarının sonuna değin zorlanması, bilinen olasılıkların tüketilmesi her şeye rağmen ilgilinin duruşmaya davet edilme olanağını ortadan kalkması gerekir. Olanakların zorlanıp zorlanmadığı, imkanların neler olduğu ve nasıl ne şekilde devreye alındığı, basamakların nasıl çıkıldığı, seçeneklerin nasıl elendiği meselesi yaşamsaldır. Yargıç hassas bu misyonunu özenle, sabırla ve tebligatla temine dilmek istenen maksadı gözeterek gerçekleştirmelidir.

AİHM duruşma hakkının özendirilmesi, duruşmaya iştirak için özel bir çaba sarf edilmesi gerektiğinden yanadır. Kişinin yargılamayı geciktirmeye ve hakkı sömürmeye kalkışmadığı sürece kişinin duruşma hakkından mahrum bırakılmaması gerektiğinden gerekir. İçtihat savunma hakkı ile duruşmaya etkin

[81] *Poitrimol Fransa'ya karşı*, §44; Mole/Harby, 2001, 37-38

[82] D.J. Harris, M.O'Boyle, C.Warbrick, a.g.e., s.205; İnceoğlu, 2002, 254

katılma arasındaki derin, yaygın ve yoğun ilişkinin farkındadır ve bu organik bağı kırılmaya uğratan sektör tutumlarla mücadelede kararlıdır. Duruşma hakkının, savunmaya verdiği yoğun destek, duruşma hakkını savunma hakkının öncülüne dönüştürür^[83]. AİHM, yargıca duruşma hakkını işler kılan tüm seçenekler tüketilmeden yoklukta duruşma yapılmasını ve iletişimsizliğin yarattığı ihlalinin örtülü feragatle özdeşleştirilmesini şiddetle reddetmektedir. Örtülü feragat ile tebligat arasında haddinden fazla münasebet mevcuttur ve bu ilişki elinden geldiğince tebligatı örtülü vazgeçmenin nedeni ve edeni olmaktan çıkarmalıdır.

Bilinen adrese tebligatla yetinilmesi, tebliğin hafife alınması yahut almaşık adreslerin temin edilmesinden imtina, bildirim yükümlülüğüyle bağdaşmaz. Olası bir kuşku, eski adrese tebligatı tartışmalı kılar. Hükümün bu kusuru sinesine çekerek, hüküm sürmesi içselleştirilemez.

Duruşma hakkının usuli engellerle kısıtlanmaması ve ortadan kaldırılmaması icab eder^[84]. Duruşmaya iştirak isteğinin usule aykırı olduğundan bahisle reddedilmesini değerlendiren AİHM, ilgilinin özellikleri, dava açısından üstlendiği rol ve adil yargılanma hakkının taraflara duyduğu ihtiyaçtan hareketle, talebin reddini ihlal olarak kabul mimlemiştir^[85].

Usulsüzlüğün örtülü feragat addedilebilmesi veya duruşma hakkının kanuni tipte uyumsuzluğundan ötürü dışlanabilmesini, görünen adaletin ihtiyaçları ile ilgilinin hükme ve yargılamaya sunacağı katkının debisidir. İhtiyacın debisindeki artış, katılma isteğinin usulsüzlüğünü hükümden düşüren veya hoş görülebilir kılan bir olgudur. *Kremzow-Avusturya*^[86] davası duruşmaya katılma isteğinin

[83] *F.C.B –İtalya* davasında, Mahkemeye göre, başvuru açıkça bu hakkından feragat ettiğini açıklamamıştır ve bilerek yargılamayı geciktirme taktiği izlediğine dair bir açıklık yoktur. Başka bir ülkede hapiste olduğu bildirilmesine rağmen, durumu aydınlatmak için başka adımlar atmaksızın yargılamaya devam etmek savunma haklarını güvence altına almak için gösterilmesi gereken gayretle uyumlu bulunmamıştır. İnceoğlu, 2002,252; İlgilinin yurtdışında olduğunun mahkemeye bildirilmesine rağmen, yargılamaya yoklukta devam edilmesi, savunma haklarından etkin bir şekilde yararlanılmasını sağlamak için gereken özen ile durumu berraklaştıracak ileri adımlar atılmaksızın duruşmaya devam edilmesi bağdaşmamaktadır. Mole/Harby, 2001, 38

[84] İnceoğlu, 2002, 255

[85] İHAM' a göre başvuru zamanında hazır bulunmak için başvuru yapmayı ihmal etmişse de, iç hukuktaki ilgili yasal düzenleme gereğince, böyle bir talep olmasa da " duruşmada hazır bulunma adaletin gerçekleşmesi için gerekli ise " kişi duruşmaya getirilmelidir. İHAM' a göre, başvuru talep etmeyi ihmal etmesine rağmen, devlet bu şartlar altında başvuru zamanında hazır bulunmasını sağlama pozitif yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle md. 6/3-c ile bağlantılı olarak m. 6/1 ihlal edilmiştir. A.g.k., para.68; Aynı yönde Michael Edward Cooke v. Austria , a.g.k., para 43; İnceoğlu, 2002,255-256

[86] *Kremzow-Avusturya*, §65;İnceoğlu, 2002, 255

usulsüzlüğüne yargı otoritelerinin vereceği tepkinin dozu ve niteliğini ölçmeye yarayışlı bir tecrübedir. Bu deneme, şekil ile öz arasındaki kadim kavganın, hangi parametreler üzerinden kontrol edilip yönetileceğini göstermek bakımından ilginçtir. Usulsüz katılma istekleri her zaman ve umumiyetle reddedileme ve duruşma hakkından örtülü vazgeçme olarak nitelenemez.

Konuyu kanun yolu boyutu üzerinden okuyan bir başka örnekte; gerçeklik yargısı yapan ve eş zamanlı olarak hükmü denetleyen mahkemede hazır bulunma hakkı ilgiliye değil vekiline bildirilmiştir. Anılan örnekte ilgilinin, aktarma yargısına katılması gelenekten değildir. Buna rağmen ilgilinin yokluğunda ve müdafinin vicahında yapılan yargılamada, ilgili özgürlüğünden mahrum kalan bir yaptırımla cezalandırılmıştır. Duruşma hakkının çiğnendiğinden bahisle yapılan başvuruyu değerlendiren Mahkeme, gerçeklik yargısının duruşmaya katılımı gerektirdiğini, duruşmanın delillerin tartışılması aşamasına katkı sunduğunu, ilgilinin davet edilmemesiyle adil yargılanma hakkının çiğnendiği kanaatine varmıştır. Anılan tecrübe, kanıtların gerçek ve doğruluğunun sınanması gereken hallerle sınırlı olarak tebligat ve çağrıyı pozitif ödeve dönüştürmektedir^[87].

191 gün süren ve her gün üç saat duruşmaya iştirak eden sanıkların 40. gündün başlayarak sağlıklarının duruşmayı katılmayı imkansız hale getirmesini tartışan mahkeme, duruşmaya tarafların yokluğunda vekillerinin vicahında sürdürülmesini duruşma hakkının ihlali olarak nitelendirilmemiştir. Sanıkların müdafileri aracılığıyla yeterince temsil edilmeleri, müdafilerin müvekkillerle doyurucu şekilde ilişki ve iletişim kurmaları ile açlık grevinin sağlık üzerindeki negatif etkisi, gıyapta yargılamayı doğuran sebebin sanıkların kusurundan neşet etmesi ihlalin reddi kararının motive eden gerekçeler olmuştur.

Yapay hastalık beyanları, duruşma düzeninin riske edilmesi^[88] gibi durumlarda duruşma hakkının istisnaya uğraması mümkündür. Hakkın etkinliği ile yargılama diyalektiğinin selameti arasındaki hassas dengenin sağlanıp korunmasından taraf ve mahkeme sorumludur. Duruşma düzenini ihlal edenlerle, yargılamayı suni sağlık mazeretleriyle sabote eden girişimlerin, duruşma hakkının ihlal edildiğinden yakınmaları doğruyu söyleme ve dürüst davranma misyonuyla bağdaşmaz.

AİHM, duruşma ve açık yargılama hakkıyla göğüs göğüse çarpışan gıyapta duruşma yetkisinin, sıradanlaşmasının, gerçeklik yargısı için ölümcül bir silaha dönüşeceği kanaatindedir. Duruşma hakkını sınırlayan ve ortadan kaldıran

[87] *Botten-Norveç*; İnceoğlu, 2002, 256

[88] Yargılama pratiğimizde bu tür mazeretlere dayalı fazlasıyla tehir talepleri yapılmakta, mahkemelerin de bu talepleri gerekçesiz olarak sıklıkla kabul ettiği görülmektedir.

riskin bertaraf edilebilmesi, gıyap kararının disipline edilmesine, sömürülmesine bağlıdır.

Duruşma hakkından vazgeçildiğinin kabulü için; a) savunma olanaklarının özne ve nesne üzerinden derinleştirilerek genişletilmesi, b) ilgililerin çekilmesi ve çekinik kalmasıyla geride bıraktığı savunma boşluğunun almaşık araç yöntem ve öznelerle doldurulması, c) savunmanın temsil imkanlarının maksimize edilmesi, vekil ile müvekkil arasındaki iletişimin güçlü ve sürdürülebilir kılınması, d) yokluktaki duruşmaların alternatif imkanlarla izlenme, bilgilendirme ve değerlendirme olanağının çoğaltılması koşuluna bağlıdır.

AİHM, duruşmaya katılmaktan kaçınan ilgililerin, gerçeklik yargısına etkin şekilde katıldıklarını, bu koşullar altında duruşmaya katılma hakkıyla temin edilmek istenenin karşılandığı ve gıyapla ortaya çıkan riskin tolare edilmesinin kolaylaştırıldığı kanaatinde^[89]. Kararın bağlayıcılığını zayıflatan önemli eden, doğrudan katılım hakkının, ardışık ve fasılasız celselerle sürdürülmenin sağlık hakkı üzerinde yarattığı baskın ve baskının görmezden gelinmesidir. Yorma, yıldırma gibi önleyici ve kısıtlayıcıların, duruşma hakkı ile çelişkisi tartışmasıdır. İlgilinin vücudu üzerindeki tasarruf hakkının yarattığı sağlık sorunlarının duruşmadan feragatle özdeşleşen kusur olarak telakki edilmesi, hakkaniyeti zorlayan bir yaklaşımdır. Görünen adaleti bezdiren mesele, duruşma hakkını kısıtlayan dinamikler arasındaki paydaşlığın görülmemesinden başka, hakkı baskılayan bir çok parametre arasından sanıklardan neşet eden kusurun yegane kısıtlayan olarak vitrine çıkarılmasıdır. Mahkeme, günde üç saati bulan soluksuz, ağır, yorucu ve bunaltıcı yargılamanın, sağlık ve savunma hakkı, görünen adalet ve deontoloji üzerinde yarattığı stresi görmezden gelmiştir. Sağlık nedeniyle talik ile makul sürede yargılama, duruşma hakkı ile gıyapta yargılama, sinama ve çürütme hakkı ile yoklukta savunmanın yarattığı yoksunluk, boşluk arasındaki çelişkiye neden olan asli kusuru veya bileşik defoyu bulamamak ihlal iddiasını karşılıksız bırakır. Bir çok edenin oluşumunda rol aldığı sapmadan, sadece sağlık ve grev hakkının mesul tutulması, kararın politik tercihlerin gölgesinde şekillendiği izlenimi yaratmaktadır.

Zana/Türkiye davası örtülü feragat ile duruşmaya iştiraki teşvik ödevi arasındaki kadim ve çetin çelişkiyi, ayrıntılarla ortaya koyan, dahası *Enslin, Baader and Rapsel/Almanya* örneğine boyut kazandıran değerli bir tecrübedir. *Zana*, ilk yargılamaya iştirak ederek, yetkisizlik savında bulunmuş, dolayısıyla esasa ilişkin savuma yapmaktan kaçınmıştır. Nakledildiği yerde, talimat mahkemesi tarafından savunma yapmak üzere davet edilmiş, *Zana* ilk oturuma açlık grevi

[89] *Enslin, Baader and Rapsel/Almanya*; İnceoğlu, 2002, 256-257; Cengiz/Demirağ/Ergül/Mc Bride/Tezcan, 2008,191

nedeniyle katılmamıştır. Zorla getirtme kararı üzerine duruşmaya getirilen *Zana*, usule yönelik yetkisizlik tezini yinelemiş, ancak esasa ilişkin konuşmayı ikinci kez reddetmiştir. Yetkisizlik kararının kabulünden sonra, *Zana*'nın, yeniden talimatla dinlenilmesine karar verilmiştir. Sanık, bu kez resmi dille sorgulanmayı reddetmiş, ana dille savunma yapmak istediğini ifade etmiştir. Talimat mahkemesi, savunma yapmaması halinde duruşma ve savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağını bildirmiş, *Zana*'nın Kürtçe savunmada sebat etmesi üzerine, mahkeme, sanığın savunmadan imtina ettiğini varsayarak durumu tutanağa geçirmiştir. Sanık, yokluğunda ve müdafilerinin katılımıyla yapılan yargılamada, 12 ay hapis cezasıyla cezalandırmıştır. *Zana*, duruşmada bulunmamasının, gıyap kararının, etkili savunma hakkını engellediğinden bahisle ihlal başvurusunda bulunmuştur. AİHM, ilgilinin mahkemede anadille savunma yapma isteğinin duruşma veya savunma hakkından zımnen feragat ettiği anlamına gelmeyeceğini kabul etmiştir. Mahkeme, *Zana*'nın, yargılamaya katılmasının önlenerek hükmü biçimlendirme hakkının kısıtlanmasını duruşma hakkının ihlali olarak nitelemiştir. AİHM gerçeklik yargısına katılımın önlenmesi ile ortaya çıkan savunma sendromunun vekillerin dolaylı ve doğrudan katılma veya sağladıkları hukuki yardımla giderilemediği kanaatinde dir.^[90]

Zana davası, duruşma hakkından örtülü vazgeçme, ana dilde savunma ve savunmanın kapsamı ile etkin ve verimli bir diyalogun koşullarını sağlama ödevi ile savunmanın güvencelerden yoksun bırakılmasının yaratacağı etki ve sonuçların nasıl ve ne şekilde tolare edileceği, savunmanın gerisinde bıraktığı boşluğun nasıl doldurulacağı, yoksunluğun hüküm için yarattığı yetmezlikle mücadele biçimi arasındaki ilişkiyi irdeleyen önemli çok boyutlu bir deneyimdir.

Goddi/İtalya numunesi, duruşmaya katılma hakkını önleyen bir başka bariyeri yani tutuklu veya hükümlülerin duruşma hakkından hangi koşullar altında imtina etmiş sayıldıklarının belirlenmesi bakımından kritik değer taşımaktadır. Bu davada ilgili duruşma hakkını kullanmak için gerekli organizasyonun yapılması için idareye başvurmuştur. *Goddi*, idare gerekli önlemleri almadığı duruşma hakkını kullanması için yeteri olanak ve kolaylığı sağlanmadığını, talebinin reddedilmesinden ötürü, duruşmalara etkin ve verimli şekilde katılmadığını dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur. AİHM, talebin idare tarafından reddedildiğini kanıtlama ödevinin başvuruca olduğunu, vakıaların başvuru tarafından kanıtlanmaması nedeniyle ihlal başvurusunu reddetmiştir^[91].

[90] *Zana-Türkiye*, §70-73; İnceoğlu, 2002, 257-258

[91] *Goddi/İtalya*, §33; İnceoğlu, 2002, 258

Stavros ve İnceoğlu bu deneyimi devletin tasarrufu altındaki kişilerin kısıtlılığının ispat külfetine yer değiştirtmesi gerektiğinden bahisle eleştirir^[92]. Bu oldukça haklı ve kabul edilebilir bir eleştiridir. Eleştiriye meşrulaştıran AHİM'in devletin tasarrufu altında yaşamını yitirenlerle ilgili olarak, ölümün şekli ve gerçekleşme biçimi konusundaki ispat külfetinin devlete ait olduğunu defalarca yineleyen tecrübesinin bir başka yer ve zamandaki tezahürüdür. Bu deneyimler devletin kontrolü altındaki bireylerin, idare ile ilişkilerinden neşet eden ispat külfetini kural olarak ortadan kaldırmaktadır.

Temsilci vasıtasıyla duruşma hakkını kullanmaktan mahrum bırakılmak ya da bireyin duruşma hakkını kullanmaya icbar edilmesi 6. maddenin ihlali olarak kabul edilmektedir^[93]. Bu yaklaşım, duruşma hakkından görelî vazgeçmeyi veya duruşmaya vekil ve müdafî aracılığıyla katılma özgürlüğünün kısıtlanmasını görünen adaletle bağdaşmaz bulmaktadır. Duruşma hakkının temsilci aracılığıyla kullanılmasına ivme kazandıran yaklaşım, savunma ve duruşma hakkı üzerindeki tasarruf hakkını pekiştirme arzusu taşır. Usulüne uygun olarak davet edilen sanığın duruşmada hazır bulunmaması, müdafiden yardım alma hakkını bertaraf etmez^[94].

Temsilci aracılığıyla duruşma hakkından yararlanmak haktır. Hukuk kullarının aşırı yorumu veya aşkın kullanımından kaynaklanan hak ihlalleri soğuk karşılanmaktadır. AİHM, bir çok kararında, usulün sömürülmesi ile hakların kısıtlanması ve ortadan kaldırılmasını eleştirmektedir. Mahkemeye göre, hakkın kullanımı aşırı biçimsel şartların varlığına endekslenmemelidir^[95]. İlgilinin yokluğunda, onun gerisinde bıraktığı boşluğun, temsilci tarafından doldurulmasına izin verilmeli, hiç değilse diyalogun vekil aracılığıyla tamamlanmasına olanak tanınmalıdır.

Gıyapta yargılamadan sonra, duruşma hakkından haberdar olan ilgilinin katılma isteğinin kabulü halinde, yokluğunda yapılan işlemlerin yenilenmesi gerekip gerekmediği tartışılmaya muhtaç bir sorundur. Tebligat kusurundan kaynaklanan gıyabi oturumlardaki usuli işlemlerin, katılımla birlikte hükümden düşeceği tartışmasızdır. Duruşmaya davetten neşet eden kusurun bertaraf edilebilmesi, diyalogun tazelenmesi, delillerin yeniden ve vicahta tartışılması, ilgilinin yokluğunda sübut eden delillere saldırma ve onları çürütme imkanının

[92] İnceoğlu, 2002, 258

[93] R.Clayton-H.Tomlinson,a.g.e.,s.648; İnceoğlu, 2002,259

[94] Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan /Sancakdar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 2004, s.212

[95] *Lala/Hollanda*, §34, İnceoğlu, 2002, 259

kullanılmasını gerektirir. Bu bağlamda duruşma hakkını yetersiz ve usulsüz bildirimle yitiren ilgilinin, bilahare duruşmaya etkin şekilde katılarak sübut yargılamasını yenilemesi halinde, başlangıçtaki aykırılık giderilmiş olacaktır^[96]. *Poitrimol/Fransa* örneği hukuka aykırılığın bilahare etkin katılımı ile temin edilmek istenen maksadın tam olarak elde edilmesinden ötürü temelsiz ve konusuz kalması haline tekabül eder.

Bilgilendirme ve bildirim yükümlülüğüne aykırı gerçekleştirilen tebligatın iptali veya geçersizliğine hükmedilmesi halinde, adil yargılama hakkını hükümden düşüren veya hak üzerinde baskı oluşturan tüm usul işlemlerinin yenilenmesi, *Colozza* davasının kendine has farklılıklarıyla teyit edilmektedir^[97]. Burada gerçeklik veya hukuki tanı aşamalarının bir bütün olarak yenilenmesi değil, hükmün kaderini tayin eden işlemlerin tazelenmesi yeterli görülmektedir. Olası bir duraksamada, adil yargılanma hakkının zedelenmemesi için tereddüde konu işlemin yenilenmesi zorunludur. Yenilemenin işlemi yapan veya yargılamayı gerçekleştiren derece yargısı tarafından yapılması kural olmakla birlikte, sorun yaratan işlem ve aşamaların izleyen yargı yeri tarafından yenilenmesi mümkündür. Yenileme; davanın esası hakkında yeterli ve ikna edici bir inceleme ya da yargılamayı yapan mahkeme nezdinde doyurucu, telafi edici bir duruşma yapılmakla mümkündür^[98]. Duruşma hakkının ihlalinden kaynaklanan eksikliklerin kanun yolu aşamasında giderilmesi, ihlalin kanun yolu aracılığıyla bilahare giderilmesi olarak tanımlanmaktadır.

Unutmamak gerekir, hak ve özgürlüklerin istismar edilmemesi esastır. Bilgilendirmeden kaçınma, bilgi edinmemek için gerçekleşen her hile, dolanma tolare edilemeyen hukuka aykırılıktır. Bu gibi durumlarda duruşma hakkının ihlalinden söz edilemeyeceği gibi, yargılamanın yenilenmesi de mümkün değildir. Yeniden yargılanma ve duruşma hakkının kullanılabilmesi, yargıcın takdirindedir. Takdir yetkisi, duruşma hakkının özünü ortadan kaldıracak veya onu istismar edecek yenilenme taleplerini kontrol etmekle ödevlidir.

[96] *Poitrimol v. France*, §31; İnceoğlu, 2002,260

[97] *Colozza v İtalya*, A.g.e. yeniden yargılanma talebinin reddinde dosyanın imha edilmiş olması iyi bir neden değildir. *Stoichkov v Bulgaristan hudoc*(2005); D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s.252

[98] İngiliz temyiz mahkemesine yeni delil sunmak bu koşulu yerine getirir. *Jones v Birleşik Krallık No 30900/02 hudoc* (2003) DA. Temyiz başvurusu için makul bir süre verilmelidir. *Sejdovic v İtalya 2006-II BD*; D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/ C.M. Buckley, 2013, s.252

SONUÇ

Açık yargılanma ve alt soyu duruşmaya katılma hakkından kamusal, toplumsal ve bireysel kaygılarla vazgeçmek, sınırlarıyla oynamak mümkündür. Kamunun denetim ve saydamlık gereksinimiyle, bireyin duruşmadan feragat hakkı arasındaki yarışın, paradoksa dönüşmemesi kürsünün hakka egemen ilkeleri özümsemesi ve özenle uygulamasına bağlıdır.

Görece ilişilebilen bu hakkın, umarları karşılayabilmesi ve Sözleşme ile güvenceye alınan hakları örselememesi, muhtemel kısıtlamaların yer, şekil, zaman, özne açısından büyüteç altına alınması, sıkı bir denetime tabi tutulmasıyla mümkündür.

İstismlarla mücadele, duyarlılık debisi yüksek, özellik geliştirmiş gerekçelerle mümkündür.

Kaynakça

1.Cengiz, Serkan/Demirağ, Fahrettin/Ergül/ Mc Bride, Jeremy/Tezcan, Durmuş Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, TBB, Ankara 2008

2.Doğru, Osman/Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararları, 3.Yargıtay Başkanlığı, Avrupa Konseyi, Ankara 2012

4.İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta, İstanbul 2002

5.Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, A. Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan, Ankara 2003, 3. Baskı

6.Mole, Naula/Harby, Catharina, Adil Yargılanma Hakkı,Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Ankara 2001

7.Reid, Karen, Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri, SCALA/KHRP, İstanbul 2000

8.Şeker, Hilmi, Esbab-Mucibe'den Retoriğe Hukukta Gerekeç, Beta, İstanbul 2010

9.Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan /Sancakdar, Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Açık Cezaevi Matbaası, Ankara, 2004

10. D.J. Harris/ M.O' Boyle/E.P. Bates/C.M. Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Oxford Universty Press, Avrupa Konseyi, 2013

İflasın Ertelenmesi

6728 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKTEN SONRA “İFLASIN ERTELENMESİ”

Av. Talih UYAR*

Ş A) SERMAYE ŞİRKETLERİ İLE KOOPERATİFLERİN İFLASI VE İFLASIN ERTELENMESİ (İİK m.179)** ***

Bu maddede; «borca batık» durumda olan «sermaye şirketleri» ile «kooperatifler» hakkında iflâs ya da iflâsın ertelenmesi kararı verilmesi düzenlenmiştir.

A- SERMAYE ŞİRKETLERİ İLE KOOPERATİFLERİN DOĞRUDAN DOĞRUYA İFLASI: Bir borçlunun borca batık olması (bu husus, -6728 s. K. ile yapılan değişiklikten önce- İİK. mad. 179/I, C:1'de; «*pasifin, aktifinden fazla olması*» şeklinde ifade edilmişti) hukukumuzda «genel bir iflâs sebebi» sayılmazken,^[1] bu husus sermaye şirketleri ile kooperatifler için «özel bir -doğrudan doğruya- iflâs sebebi» sayılmıştır...

* İzmir Barosu (9 Eylül Ün. Huk. Fak. E. Öğr. Görv.)

** Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin, aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilançoya göre borca batık olduğu idare ve temsil ile vazifelenirilmiş kimseler veya şirket ya da kooperatif tasfiye hâlinde ise tasfiye memurları veya bir alacaklı tarafından beyan ve mahkemeye tespit edilirse, önceden takibe hacet kalmaksızın bunların iflasına karar verilir. Şu kadar ki, idare ve temsil ile vazifelenirilmiş kimseler ya da alacaklılardan biri, şirket veya kooperatifin malî durumunun iyileştirilmesinin mümkün olduğuna dair bir iyileştirme projesini son bir yıldan uzun süre ile şirket merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeye sunarak

iflasın ertelenmesini isteyebilir.

İyileştirme projesinde, yeni nakit kaynak konulması dâhil nesnel ve gerçek kaynaklar ve önlemler ile erteleme süresince tüm işletme giderlerinin ve çalışma sermayesinin nasıl karşılanacağı gösterilir.

Mevcut borçların ödeme süre ve tutarlarını, alacaklıların adreslerini, faaliyet gösterilen sektörün özelliklerine göre stoklar ile bunların bekleme sürelerini ve tutarlarını gösteren listeler, vergi dairesine sunulmuş en son bilanço ve gelir tablosu, şirket veya kooperatifin ticaret sicili tasdiknamesi ile iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olduğunu gösteren diğer bilgi ve belgelerin, işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenmiş ara bilançoyla birlikte mahkemeye sunulması zorunludur.

Üçüncü fıkrada belirtilen liste ve belgelerin iflasın ertelenmesi talebiyle birlikte sunulmaması veya mahkemece verilecek iki haftalık kesin süre içinde tamamlanmaması hâlinde iflasın ertelenmesi talebi ispatlanamamış sayılır ve borca batık olduğunun anlaşılması hâlinde talep sahibi şirketin veya kooperatifin iflasına karar verilir.

Daha önce iflasın ertelenmesinden yararlanmış bir sermaye şirketi veya kooperatif, duruma göre uzatma dâhil erteleme süresinin bitiminden itibaren bir yıl geçmedikçe iflasın ertelenmesi talebinde bulunamaz.

*** Bu madde 6728 sayılı Kanununun 1. maddesi ile yapılan değişiklik sonucunda bu şekli almıştır.

31.07.2016 tarihli ve 28787 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin "İflas erteleme" kenar başlıklı 4 üncü maddesi;

"Olağanüstü halin devamı süresince, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 179uncu maddesi uyarınca sermaye şirketleri ile kooperatifler tarafından iflasın ertelenmesi talebinde bulunulamaz; bu yönde yapılan talepler mahkemelerce reddedilir." hükmünü içermektedir. Anılan hükümlerle, 21.07.2016 tarihinden itibaren ülke genelinde ilan edilen olağanüstü halin devamı süresince FETÖ/PDY silahlı terör örgütü ile irtibatlı olabilecek sermaye şirketleri ve kooperatiflerin iflasın ertelenmesi hükümlerinden ve bu kapsamdaki hukuki korumadan yararlanmalarının önüne geçilebilmesi amaçlanmıştır.

Bu kapsamda, olağanüstü hal ilanından sonra yapılan iflasın ertelenmesi taleplerinin, mahkemelerce 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 4 üncü maddesi uyarınca reddedilmesi öngörülmüştür. Bu hüküm, aynı zamanda olağanüstü hal ilanından önce yapılmış olan iflasın ertelenmesi talepleri hakkında, olağanüstü hal süresince nihai kararın verilemeyeceğine de amirdir.

"Bu itibarla;

1- 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 4 üncü maddesinin olağanüstü halin devamı süresince, bir başka ifadeyle 21/07/2016 tarihinden itibaren doksan gün boyunca uygulanması gerektiği, bu kapsamda anılan maddenin, olağanüstü halin ilan edildiği 21/07/2016 ila 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği 31/07/2016 tarihleri arasında da uygulanacağı,

2- Olağanüstü halin ilanından sonra yapılan iflasın ertelenmesi taleplerinin, 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 4 üncü maddesi uyarınca doğrudan reddedileceği,

3- Olağanüstü halin ilanından önce yapılan iflasın ertelenmesi talepleri hakkında, tedbir kararı verilip verilmediğine bakılmaksızın, olağanüstü hal süresince nihai kararın verilemeyeceği,

İİK. mad. 179/I, c:1'de düzenlenmiş olan bu «özel -doğrudan doğruya- iflâs sebebi» sadece maddede öngörülen;

a) *Sermaye şirketleri* (Yani; «anonim şirketler» (TTK mad. 329 vd.); «limited şirketler» (TTK. mad. 573 vd.); «sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler» (TTK. mad. 564)

b) *Kooperatifler* (Kooperatifler K. mad. 63) hakkında uygulanır.

«*Sermaye şirketleri*» ile «*kooperatifler*» hakkında böyle «özel bir -doğrudan doğruya- iflâs sebebi» kabul edilmiş olmasının nedeni, bunlarda sorumluluğun 'sermaye ile sınırlı' olması yani bu tür şirketlerden (ve kooperatiften) alacaklı olan üçüncü kişilerin şirket (ve kooperatif) malvarlığından alacağını alamamaları halinde, ortaklara başvurmamalarıdır..

Burada «*sermaye şirketleri*» ile «*kooperatifler*» için kabul edilmiş olan «özel iflâs sebebi», -6728 s. K. İle bu maddede değişiklik yapılmadan önce- İİK. mad. 179/I, c:1'de «*şirketin (kooperatifin), borçlarının aktifinden fazla olması*» şeklinde ifade edilmişti.^[2] 6728 s. K. İle bu maddede değişiklik yapılarak buradaki -sermaye şirketleri ile kooperatiflerin- «*borçlarının aktiflerinden fazla olması*» kuralı- gerek 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 376. Maddesinin üçüncü fıkrasıyla paralellik işletme biliminin ilkelerine uygunluk sağlanması bakımından «*borca batıklık*» şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

4- Olağanüstü halin ilanından önce iflasın ertelenmesi talebinde bulunulmuş ve henüz tedbir kararı verilmemiş ise, olağanüstü hal süresince tedbir kararı verilemeyeceği,

Öngörülmüştür (Bknz: Ad. Bak.Huk.İş.Gn.Müd.'nün 22.08.2016 tarih ve 73640249-045.02[02]-87-2016-E.379/1261 sayılı genelgesi).

Hükümetçe; önce 90 gün olarak öngörülen olağanüstü hal bilahare 90 gün daha uzatılmış olduğundan bu süre içerisinde sermaye şirketleri ve kooperatifler tarafından 'iflasın ertelenmesi' talebinde bulunulamayacak ve bu yönde yapılan talepler mahkemelerce reddedilecektir.

Eğer olağanüstü hal hükümetçe tekrar uzatılırsa, uzatılacak yeni süre içinde de mahkemelerden iflasın ertelenmesi talebinde bulunulamayacaktır...

[1] **KURU, B.** İcra ve İflâs Hukuku, C:3, s:2600 vd.–**KURU, B.** İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, s:1084

[2] Benzer ifade; **TK. mad. 324/II, c:3**'de «Şirket aktifleri, şirket alacaklılarının alacakların karşılama yetmediği takdirde...»; **Kooperatifler K. mad. 63/I**'de «Kooperatifin aciz halinde bulunduğunu kabul ettirecek ciddi sebepler mevcut ise...»; **Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, mad. 376(3), c:4**'de «Rapordan, aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılama yetmediğinin anlaşılması halinde...» şeklinde yer almıştır...

Ayrıca belirtelim ki; değişiklikten önce, madde metninde «*pasifin, aktifden fazla olması*» şeklinde yer alan bu durum **doktrinde**^[3] «*borca batıklık*» olarak nitelendirilmekteydi.

Bu konuyla ilgili olarak, maddenin bu şekilde değiştirilme nedeni, *maddenin gerekçesinde* «Mevcut metindeki '*borçların aktiften fazla olması*' kavramı da özellikle amortismanlar gibi aslında parasal bir değer ifade etmeyen ve hatta negatif karakterli olduğu halde bilançoda '*aktif*' olarak gösterilen hesap kalemlerinin, iflâsın ertelenmesi başvurularında ve mahkeme aşamasındaki incelemelerde yarattığı sorunlar ve ortaya çıkan farklı uygulamalar dikkate alınarak terk edilmekte; bunun yerine hukuki ve işletmesel bir kavram olarak "*borca batıklık*" kavramı tercih edilmiştir.» şeklinde açıklanmıştır.

I- İflâs talebi: Bir *sermaye şirketinin* ya da *kooperatifin* «borca batık olması» (yani, pasifinin, aktifinden fazla olması) halinde -ki bu durum «*ara bilanço*»dan^[4] (TTK. mad. 376/(3), Koop. K. mad. 63/I), «*son yılın bilançosu*»ndan veya daha sonra yapılacak «*tasfiye bilançosu*»ndan (TTK. mad. 542(1)-d) anlaşılır^[5] şirketin (kooperatifin) *idare ve temsil ile vazifelenendirilmiş kimseleri* ile şirket (ya da kooperatif) tasfiye halinde ise *tasfiye memurları* veya *alacaklılar* durumu ticaret mahkemesine bildirirler.

İİK. mad. 179/I, c:1'de «*kimlerin iflâs talebinde bulunabileceği*» belirtilmiştir. Bu kişiler;^[6]

a) *Şirket ya da kooperatifi idare ve temsil ile vazifelenendirilmiş kişiler: Anonim şirketlerde* (TTK. mad. 376(3)-4) ve **kooperatiflerde** (Koop. K. mad. 63/II) yönetim kurulu,^{[7][8]} **limited şirketlerde** (TTK. mad. 623) müdürler.

Bu kişiler, şirketin (kooperatifin) «borca batık» durumda olduğunu saptayınca derhal, yetkili (İİK. mad. 154/III, c:2) ticaret mahkemesine durumu bildirmeye mecburdurlar. Eğer bildirmezlerse kendilerinin hem hukuki (TTK. mad. 553) ve hem de cezai (İİK. mad. 345a, 345, 310/4) sorumluluğu söz konusu olabilir.

[3] ATALAY, O. İflâsın Ertelenmesi (Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, 2004, s:49 vd.)-ATALAY, O. Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi, s:20-PEKCANİTEZ, H. Anonim Ortaklıkların İflâsı, s:31-KURU, B. Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflâsı (Ad. D. 1970/10, s:624)

[4] Bknz: 19. HD. 11.5.2006 T. 2085/5161

[5] KURU, B. El Kitabı, 2. Baskı, s:1159 vd.

[6] TORAMAN, B. İcra ve İflâs Hukukuna Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Ertelenmesi Talebi, 2007 , s:45 vd.

[7] Ayrıntılı bilgi için bknz: ATALAY, O. age. s:44 vd.

[8] Bknz: 19. HD. 16.11.2000 T. 7159/7841

b) Şirket (ya da kooperatif) tasfiye halinde ise: Tasfiye memuru (TTK. mad. 524/(1)-c, İİK. mad. 179/I, c:1).^[9]

Tasfiye memurları için de «borca batıklık bildiriminde bulunmak bir yükümlülüktür (İİK. mad. 345a).

c) Alacaklılar^[10]

Belirtilen bu kişiler dışında kalanlar -örneğin; şirket/kooperatif ortakları,^[11] yönetim kurulu başkanı ve üyeleri,^[12] yöneticileri-^[13] iflâs talebinde bulunamazlar...

Eğer «şirketin borca batık olduğu» bildiriminde bulunan (yani; bu durumu bir dilekçe ile ticaret mahkemesine bildiren) şirketin yönetim kurulu veya limited şirket müdürü ise, dilekçesine şirketin bilançosunu da eklemesi gerekir.

II- İflâs talebinin incelenmesi:

Bir sermaye şirketinin (ya da kooperatifin) «borca batık olması nedeniyle iflâsına karar verilmesi» istemiyle karşılaşan ticaret mahkemesinin -«kendisinin borçlunun muamele merkezinde bulunan yetkili ticaret mahkemesi olduğunu» ve «doğrudan doğruya iflâsına karar verilmesi istenen borçlunun bir sermaye şirketi ya da kooperatif olduğunu» saptadıktan sonra- iflâs talebini hemen -İİK. mad. 166'da öngörülen usulle- ilân etmesi gerekir (İİK. mad. 179a/II).

Hemen belirtelim ki; İİK. mad. 179'da «*iflâs talebinin ticaret mahkemesince ilan edileceği*»ne dair açık bir hüküm yer almamakta ise de, **yüksek mahkeme**^[14] «*şirket (kooperatif) borçlarının muvazaalı olarak aktifinden fazla olması sonucunu doğuracak kötüniyetli davranışların önüne geçmek, alacaklılara şirketin (kooperatifin) borca batık olduğu iddiası'nın gerçek olmadığını kanıtlanma olanağını vermek amacıyla*» öteden beri «bu talebin ilanı gerektiğini» içtihat yoluyla zorunlu bir -deyim yerinde ise; ön koşul olarak- istemektedir...

Ticaret mahkemesi basit yargılama usulüne göre (HMK. mad. 316, 103/e), dilekçe ekinde kendisine sunulan bilanço ve borçlunun ticari defterleri üzerinde -eğer; dilekçe ekinde bilanço sunulmamışsa, sadece borçlunun ticari defterleri üzerinde- ve iflâs talebinin ilanı üzerine, başka alacaklılar müdahale ve itirazda

[9] Bknz: 19. HD. 15.2.2007 T. 9496/1315; 4.12.2003 T. 5806/12170

[10] Ayrıntılı bilgi için bknz: ATALAY, O. age. s:48 vd.

[11] Bknz: 19. HD. 11.12.2003 T. 7842/12510; 12.12.1996 T. 8042/11154; 10.10.2002 T. 2406/6550

[12] Bknz: 19. HD. 11.12.2003 T. 7842/12510

[13] Bknz: 19. HD. 10.10.2002 T. 2406/6550

[14] Bknz: 19. HD. 11.5.2006 T. 1472/5159; 13.10.2005 T. 6649/1006

bulunmuşlarsa, bunların itirazları da gözönünde bulundurularak- bilirkişi incelemesi yaptırarak «*şirketin (kooperatifin) borca batık durumda olup olmadığını (yani; pasiflerin aktiflerden fazla olup olmadığını) araştırır.*^[15]

Mahkeme bu araştırma sonucunda; **a)** Şirketin (kooperatifin) borca batık olduğunu saptar ve

-aşağıda belirteceğimiz gibi- iflâsın ertelenmesinin istenmemiş olduğunu ya da iflâsın ertelenme koşullarının gerçekleşmediğini de göz önünde bulundurarak şirketin (kooperatifin) iflâsına karar verir.^[16] **b)** Ya da; şirketin (kooperatifin) borca batık olduğunu ancak iflâsın ertelenmesinin istendiğini ve iflâsın ertelenme koşullarının gerçekleştiğini saptayarak, (özellikle; *iyileştirme projesi* ciddi ve inandırıcı bularak) şirketin (kooperatifin) iflâsının ertelenmesine karar verir.^[17] **c)** Veya; şirketin (kooperatifin) borca batık olmadığını saptayarak «*iflâs talebinin reddine*» karar verir.^[18]

B- İFLÂSIN ERTELENMESİ:

İflâsın ertelenmesi «*borca batık durumda olan bir sermaye şirketi veya kooperatif hakkında, ticaret mahkemesince iflâs kararı verilmeyerek önerilen iyileştirme projesi çerçevesinde borca batık durumdan kurtulmalarını sağlayan ve iflâslarını önleyen bir kurum*»dur.^[19]

Bu kurumun *hukuki niteliği doktrinde*^[20] tartışmalıdır.

[15] Bknz: 19. HD. 6.6.2008 T. 4622/6294; 21.2.2008 T. 7542/1462; 7.12.2006 T. 8204/11659; 2.11.2000 T. 5714/7382; 28.1.1999 T. 7440/232

[16] Bknz: 19. HD. 27.5.1999 T. 3093/3695

[17] Bknz: 19. HD. 10.7.2008 T. 5953/7758; 19.6.2008 T. 244/6888; 6.6.2008 T. 4905/6284; 29.5.2008 T. 4272/5875 vd.

[18] Bknz: 23. HD. 15.11.2012 T. 3161/6720; 11.12.2012 T. 5273/7285; 04.10.2012 T. 2573/5733; 19. HD. 16.3.2006 T. 1419/2641

[19] Benzer tanımlar için bknz: **ATALAY, O.** agm. s:50–**ATALAY, O.** age. s:65–**PEKCANİTEZ, H.** İflâsın Ertenilmesi (İBD. 2005/2, s:323)–**ALTAY, S.** İflâsın Ertenilmesi Hakkındaki Yeni Hükümlerin Yeniden Yapılandırılma Kurumları Üzerindeki Olumsuz Etkisi ve Çözüm Yolları (Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, 2004, s:625)–**GÜNEL, M.** İflâs Davaları, s:192–**MUŞUL, T.** İflâsın Ertenilmesi, s:17 – **TORAMAN, B.** age., s:30

[20] Bknz: ÇETİN, Ö. K. İflâsın Ertenilmesi Bağlamında Kayıyımılık, 2011, s:7 vd. – **ÖZTEK, S.** İflâsın Ertenilmesi, 2007, s:35 vd. – **TÜRK, A.** Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, 1999, s:318 vd. – **PEKCANİTEZ, H.** İflâsın Ertenilmesi (İBD. 2005/2, s:334 vd.) – **ÖZEKES, M.** İflâsın Ertenilmesi (Legal D. 2005/9, s:3252) – **ATALAY, O.** age., s:68 vd. – **ALTAY, S.** Türk İflâs Hukuku, C:1, 2004, s:629

Yüksek mahkemeye göre, iflâsın ertelenmesi «borca batık durumda olan bir sermaye şirketi ve kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olması halinde iflâsı önleyen^[21] «şirketler hukukuna özgü bir geçici koruma»^[22] kurumudur.

Kurumun amacının «*iflâs olmadan bir tasfiye sağlamak değil, sermaye şirketinin sona ermesini önlemek*»^[23] «*sermaye şirketi ve kooperatifin ekonomi içinde kalarak faaliyetini sürdürmesini sağlamak ve alacaklıların iflâsa bağlı olumsuz sonuçlardan etkilenmemesini temin etmek*»^[24] «*erteleme sürecinde şirketin aktiflerinin korunması, çalıştırılması, bu şekilde pasiflerinin azaltılmasını sağlamak*»^[25] olduğu ifade edilmiştir...

Doktrinde^[26] «*iflâsın ertelenmesinin bağımsız bir dava veya talep olmadığı, borca batıklık sebebine dayanan iflâs talebine ilişkin yargılama içinde ve onun bir parçası olarak düşünülmesi gerektiği, bir sermaye şirketinin (ya da kooperatifin) borca batıklık bildirimine ya da bir alacaklısı tarafından borca batıklık sebebiyle açılmış bir iflâs davası olmaksızın, mahkemeye başvurarak, sadece iflâsın ertelenmesini talep etmesinin mümkün olmadığı*» ifade edilmiştir...

Bu kurum hem -haklarındaki takipleri belli bir süre durdurarak, onların durumlarını düzeltip tekrar ticari hayata devam etmelerine olanak tanıdığı için- borçluların, hem de -iflâs kararına göre daha kötü duruma düşürmeyen, alacaklılarının daha fazla bölümünü alabilmelerine olanak sağladığı için- alacaklıların yararınadır.^{[27] [28] [29]}

İİK. mad. 179-179b maddelerinde düzenlenmiş bulunan bu kurum sadece borca batık durumda bulunan sermaye şirketleri ile kooperatifler için öngörülmüş

[21] Bknz: 19. HD. 6.7.2006 T. 11535/7361

[22] Bknz: 19. HD. 17.2.2006 T. 25556/2879

[23] Bknz: 19. HD. 14.7.2005 T. 6151/7982

[24] Bknz: 19. HD. 7.4.2005 T. 448/3753

[25] Bknz: 19. HD. 7.4.2005 T. 2033/3760

[26] **ATALAY, O.** age. s:68 vd.–**ÖZEKES, M.** agm., s:3254–**ÖZTEK, S.** İflâsın Ertenilmesi (Bankalar D. 2005, S:53, s:30)–**ALTAY, S.** age. s:629–**PEKCANITEZ, H.** agm. s:334, 340–**MUŞUL, T.** İflâsın Ertenilmesi, s:20

[27] **TÜRK, A.** Sermaye Ortaklıklarının ve Kooperatiflerin Borca Batıklık Nedeniyle İflâsı ve İflâsın Ertenilmesi Konusunda İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi ve Öneriler (Dokuz Ey. Ün. Huk. Fak. D. 2004/1, s:295, dipn. 2-4)

[28] Bknz: 19. HD. 30.12.2004 T. 10530/13441

[29] Bu kurumun eleştirisi ve «kabulünün isabetli olmadığı» hakkında bknz: **ALTAY, S.** agm. s:634

olduğu için, *borca batık durumda olmayan* sermaye şirketleri ile kooperatifleri kapsamadığı gibi, borca batık durumda olan *şahıs şirketlerini ve gerçek kişileri* de kapsamaz...

Bu kurumun düzenlendiği İİK. mad. 179-179b maddeleri -2016 tarihli- **6728**, -2003 tarihli- **4949** ve -2004 tarihli- **5092 sayılı Kanunlarla** yapılan değişikliklerle bugünkü şeklini almışlardır. Bunun yanında bu kurum yürürlükten kalkmış bulunan 6762 sayılı TTK. mad. 324/II'de^[30] kısmen düzenlenmişti. Yeni 6102 sayılı TTK'nda ise 376^[31] ve 377.^[32] maddelerinde- ve **Kooperatifler K. mad. 63'de**^[33] düzenlenmiştir.

[30] **6762 s. TTK. mad. 324/II:** «Şirketin aciz halinde bulunduğu şüphesini uyandıran emareler mevcutsa idare meclisi aktiflerin satış fiyatları esas olmak üzere bir ara bilançosu tanzim eder. Esas sermayenin üçte ikisi karşılıksız kaldığı takdirde, umumi heyet bu sermayenin tamamlanmasına veya kalan üçte bir sermaye ile iktifaya karar vermediği takdirde şirket feshedilmiş sayılır. Şirketin aktifleri, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediği takdirde idare meclisi bu durumu derhal mahkemeye bildirmeye mecburdur. Mahkeme bu takdirde şirketin iflâsına hükmeder. Şu kadar ki; şirket durumunun ıslâhı mümkün görülüyorsa idare meclisi veya bir alacaklının talebi üzerine mahkeme iflâs kararını tehir edebilir. Bu halde mahkeme, envanter tanzimi veya bir yediemin tayini gibi şirket mallarının muhafazası için lüzumlu tedbirler alır.»

[31] **6102 s. Türk Ticaret Kanunu mad. 376:** «(1) Son yıllık bilançodan, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının yarısının zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşılırsa, yönetim kurulu, genel kurulu hemen toplantıya çağırır ve bu genel kurula uygun gördüğü iyileştirici önlemleri sunar.

(2) Son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhâl toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer.

(3) Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartır. Bu bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflâsını ister. Meğerki, iflâs kararının verilmesinden önce, şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş ve bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflâs isteminin bildirileceği mahkemece atanan bilirkişilerce doğrulanmış olsun. Aksi hâlde mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru, iflâs bildirimi olarak kabul olunur.»

[32] **6102 s. Türk Ticaret Kanunu mad. 377:** «(1) Yönetim kurulu veya herhangi bir alacaklı yeni nakit sermaye konulması dâhil nesnel ve gerçek kaynakları ve önlemleri gösteren bir iyileştirme projesini mahkemeye sunarak iflâsın ertelenmesini isteyebilir. Bu hâlde İcra ve İflas Kanununun 179 ilâ 179/b maddeleri uygulanır.»

[33] **Kooperatifler Kanunu mad. 63:** «Kooperatifin aczi halinde bulunduğunu kabul ettirecek ciddi sebepler mevcut ise yönetim kurulu piyasada cari fiyatlar esas olmak üzere, derhal bir ara bilançosu tanzim eder. Son yılın bilançosu veya daha sonra yapılan bir tasfiye

Ticaret mahkemesince, *hangi koşulların gerçekleşmesi halinde borçlu -sermaye şirketi ya da kooperatif hakkında- «iflâsın ertelenmesi kararı»* verilecektir?

İflâsın ertelenmesi taleplerinin değerlendirilmesinde öncelikle «*şirketin (kooperatifin) borca batık durumda olup olmadığı»* saptanır ve şirketin (kooperatifin) borca batıklığının saptanması halinde «*mali durumunun iyileştirilmesinin (ıslahının) mümkün olup olmadığı»* araştırılır.^[34]

Mahkemece «iflâsın ertelenmesine» karar verilebilmesi için, istek sahibi şirketin (kooperatifin) **a)«Borca batık olması», b)«İyileşme ümidinin bulunması»** ve **c)«Fevkalade mühletten yararlanmamış olması»** gerekir.^[35]

a- Borca batık olma: Bir “sermaye şirketi” ‘anonim şirket’ (TTK. mad. 329 vd.) ‘limited şirket’, (TTK. mad. 573 vd.) ‘sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket’ (TTK. mad. 564) ya da «kooperatif» *eğer borca batık durumda ise;* İİK. mad. 179/I uyarınca «iflâsın(ın) ertelenmesi» söz konusu olabilir.^[36]

«*Borca batık olma»* -yukarıda da belirttiğimiz gibi-^[37] «*şirketin (kooperatifin) pasifinin aktifinden fazla olması»*dır.^[38] Borca batık şirketin tüm aktifi, muaccel (günü gelmiş) olsun olmasın, şirketin borçlarını karşılamaya yetmemektedir.^[39]

bilançosu veyahut daha yukarıda sözü geçen ara bilançosu kooperatif mevcudunun, borçlarını artık karşılamayacağını belirtiyorsa yönetim kurulu, Ticaret Bakanlığına ve yapı kooperatiflerinde İmar ve İskan Bakanlığına da keyfiyeti bildirir ve genel kurulu derhal olağanüstü toplantıya çağırır.

Pay senetleri çıkarılmış olan bir kooperatife son yılın bilançosunda kooperatif varlığının yarısı karşılıksız kalırsa yönetim kurulu derhal genel kurulu toplantıya çağırarak durumu ortaklara arz eder. Aynı zamanda ilgili mahkemeye, Ticaret Bakanlığına ve yapı kooperatiflerinde İmar ve İskan Bakanlığına da bilgi verir. Ancak, ortakları ek ödemelerle yükümlü olan kooperatiflerde, bilançoda tespit edilen açık, üç ay içinde ortakların ek ödemeleriyle kapanmadığı takdirde Ticaret Bakanlığı ve yapı kooperatiflerinde İmar ve İskan Bakanlığı da haberdar edilir.

Mali durumun düzeltilmesinin mümkün görülmesi halinde mahkeme yönetim kurulunun veya alacaklılardan birinin isteği üzerine iflâsın açılmasını erteleyebilir. Bu takdirde, mevcutlar defterinin tutulması, yönetim memuru atanması gibi kooperatif varlığının korunmasına ve devamına yarıyan tedbirler alır.»

[34] Bknz: 19. HD. 10.7.2008 T. 5953/7758; 19.6.2008 T. 244/6888; 6.6.2008 T. 4905/6284 vb.

[35] Bknz: 19. HD. 7.2.2008 T. 8360/873; 29.11.2007 T. 6424/10719; 12.7.2007 T. 5185/7442; 8.3.2007 T. 9070/2188; 1.3.2007 T. 9801/1916 vb.

[36] Bknz: 19. HD. 01.04.2010 T. 1661/3784; 20.10.2010 T. 5736/11651

[37] Bknz: Yuk. AÇIKLAMA: A «dipn. 1 civarı»-UYAR, T. İİK. Şerhi, C:10, s:15552 vd.

[38] Bknz: 23. HD. 30.10.2012 T. 4941/6227; 08.11.2012 T. 4363/6552; 11.12.2012 T. 5273/7285; 19. HD. 29.5.2008 T. 5077/5881; 3.4.2008 T. 10790/3360

[39] ATALAY, O. age. s:21-DOMANIÇ, H. Anonim Şirketler, s:539, 546-FRANKO, N. Sermaye Şirketlerinde -Özellikle Anonim Şirketlerde- İflâs ve Tehiri (Prof. Dr. Haluk

«*Borca batık olma*» ile «*aciz halinde olma*» aynı şey değildir.^[40]

«*Aciz halinde olma*» (İİK. mad. 178/I); «*şirketin (kooperatifin) muaccel borçlarının, ödeme araçlarındaki sürekli yoksunluk nedeniyle ödenememesi*»dir.^[41]

Aciz halinde olan bir sermaye şirketi, kendi iradesiyle ticaret mahkemesine başvurarak, doğrudan doğruya iflâs davası açarak «*iflâsına karar verilmesini*» talep edebilir (İİK. mad. 178/I).^[42] Bu varsayımda, borçlu «*borca batık*» durumda olmadığı için, iflâsın ertelenmesini isteyemez. Ancak, borçlunun «*aciz sebebi*»ne dayalı iflâs talebinin incelenmesi sırasında, borçlunun «*borca batık*» durumda olduğu mahkemece saptanırsa, borçlu ya da davaya müdahale eden alacaklılar iflâsın ertelenmesini isteyebilirler.^[43]

Yüksek mahkeme^[44] «*iflâsın ertelenmesine karar verilebilmesi için, şirketin 'borca batık durumda' olması gerektiğini, 'aciz halinde bulunma'nın, iflâsın ertelenmesine karar verilebilmesi için yeterli olmadığını*» ifade etmiştir...

«*Aciz hali*» ile «*borca batık olma*» arasındaki en önemli fark; birincisi ihtiyari (İİK. mad. 178/I), ikincisi ise zorunlu (İİK. mad. 179) «*iflâs sebebi*»dir...

Bazı durumlarda hem «*borca batıklık*» hem de «*aciz hali*» birlikte bulunabilir...

İflâsın ertelenmesinin ön şartı olan «*borca batıklığın*» hem *talep* hem de *karar tarihinde* mevcut olması gerekir.^[45]

12.07.2016 tarihli 6728 s. K.'nin gerekçesinde "Türk Ticaret Kanunu'nun 26/06/2016 tarihli ve 6335 sayılı Kanununun 16. maddesi ile değişik 376. maddesinin üçüncü fıkrasında hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkartılması öngörülmüş ve bu bilançodan

Tandoğan'a Armağan, 1990, s:413)–**KAYA, A.** Borca Batık Anonim Şirketlerin İflâsının Ertelenmesi (Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, 2001, s:283, dipn. 17) – ÇETİN, Ö. K. İflâsın Ertelenmesi Bağlamında Kayımlık, 2011, s:19

[40] Bknz: ayrıntılı bilgi için bknz: **TORAMAN, B.** age., s:167 vd., 192 vd.

[41] **PEKCANITEZ, H.** agm. s:328–**ÖZEKES, M.** agm. s:3261–**KAYA, A.** agm. s:283, dipn. 17–**UMAR, B.** «Aciz Hali–Borca Batıklık Kavramının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK. Metninin Düştüğü Bir Yanlışlık (Yeditepe Üniv. Huk. Fak. D. 2004, S:I/1, s:317 vd.)–**ÖZTEK, S.** age. S:17, dipn. 20

[42] Ayrıntılı bilgi için bknz: Yuk. İİK. mad. 178«s:2486 vd.»–**UYAR, T.** İİK. Şerhi, C:10, s: 15515 vd.

[43] **ALTAY, S.** agm. s:631

[44] Bknz: 19. HD. 16.3.2006 T. 569/2637

[45] Bknz: 23. HD. 08.02.2013 T. 378/664; 19. HD. 05.04.2010 T. 1615/3890; 15.3.2007 T. 1811/2570

varlıkların ve alacakların, şirket alacaklarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması halinde yönetim kurulunca şirketin flaşının isteneceği düzenlenmiştir. Her ne kadar da metinde tek bilançodan söz edilmiş ise de, esasen farklı kriterlere göre iki ayrı bilanço çıkartılması gerektiği görülmektedir. İki bilanço düzenlenmesine ve borca batıklığın buna göre belirlenmesine ilişkin bu kuralın, işletme ve hukuk alanlarında farklı yorumlara tabi tutulduğu; (farklı sonuçlar vereceği mutlak olan) bu iki bilançodan hangisine göre borca batıklığın tespit edileceği konusunda tereddütlerin oluştuğu gözetilerek madde metninde bilançoların işlevlerinin ayrı ayrı belirtilmesinin uygun olacağı kabul edilmektedir. Buna göre borca batıklığın ve dolayısıyla doğrudan iflas halinin belirlenmesinde esas alınacak bilanço “aktiflerin muhtemel satış fiyatları” üzerinden düzenlenen “ara bilanço” olacaktır. Zira borca batık durumda olan her borçlunun iflas istemesi zorunlu ise de iflasın ertelenmesini istemesi ekonomik ve kanuni bir zorunluluk değildir.

Muhasebe tekniğine göre varlıklarla birlikte alacaklar da aktif kalemler arasında yer alsın da 179. Madde kapsamında düzenlenecek borca batıklık bilançolarında bütün alacakların muhtemel satış değerlerinin tespitine gerek bulunmamaktadır. Borca batıklık zaten borçların neredeyse tamamının muaccel olduğunu göstermekte ve bunların vadeye dayalı bir iskontoya tabi tutulmasını gereksiz kılmaktadır. Öte yandan şüpheli ve değersiz alacaklar bakımında tahsilat imkanları göz önünde tutulmak suretiyle gerçekçi tahminlere dayalı ir değerlendirme yapılması şarttır” denilmiş ve İİK.’nin 179/1. fıkrası “Sermaye şirketleri ile kooperatiflerin, aktiflerin muhtemel satış fiyatları üzerinden düzenlenen ara bilançoya göre borca batık olduğu idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kişiler veya şirket ya da kooperatif tasfiye hâlinde ise tasfiye memurları veya bir alacaklı tarafından beyan ve mahkemece tespit edilirse, önceden takibe hacet kalmaksızın bunların iflasına karar verilir.” şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

Yüksek mahkeme, bu konuyla (yani; iflasın ertelenmesi talebi ile birlikte ticaret mahkemesine sunulacak “bilanço” ile) ilgili olarak;

√ «İİK. mad. 179 gereğince davalı kooperatifin iflasına karar verilebilmesi için borçlarının aktifinden fazla olması yani borca batık olması gerektiğini, borca batıklığın TTK. mad. 324/2 gereğince kooperatifin aktiflerinin kooperatifin pasifini karşılamaya yetmemesinin, İİK. mad. 179’a göre kooperatif borçlarının kooperatif aktifinden fazla olması anlamına geldiğini, borca batıklığın tespiti için aktiflerin rayiç değerinin (satış değerinin) dikkate alınması gerektiğini, bu durumda mahkemece, konusunda uzman bilirkişi heyetinden davalı kooperatifin rayiç değerlere göre borca batık olup olmadığı yönünde rapor alınarak bir karar verilmesi gerekeceğini»^[46]

[46] Bknz: 23. HD. 28.11.2013 T. 5850/7544

√ «Bir sermaye şirketinin borca batıklık bildiriminde bulunarak iflasını istemesi halinde, bu durumun mahkemece re'sen tespiti gerekeceğini, bu tespitin yapılmasında, davacının sunduğu delillerle ek olarak, mahkemece gerekli görülen diğer delillerin toplanması, bu kapsamda ilgisi görülen kamu kurumlarından alınacak bilgiler, yapılacak keşif ve mahkemece atanacak bilirkişilerce düzenlenecek raporlar da değerlendirilmesi gerektiğini, borca batıklığın tespitinde sadece davacının kayıtlarına değil, varlıklarının rayiç değerlerine de özellikle bakılmalı, bu noktada, konusunda uzman bilirkişilerin görüşüne başvurulması gerektiğini, borca batıklığın sadece dava tarihi itibarıyla değil, yargılama safhasındaki olumlu veya olumsuz gelişmeler de dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğini»^[47]

√ «Borca batıklığın tespiti için TTK. mad. 324 uyarınca hazırlanması gereken borca batıklık bilançosunda aktiflerin rayiç değerden bilançoya geçirilerek çıkarılması gerektiğini, mahkemece, öncelikle rayiç değerlere göre tespit yapılacağını, bunun için borçlu şirket tarafından mahkemeye ibraz edilen bilanço üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, rayiç değerler ve yapılan araştırma ve inceleme sonucu elde edilen gerçekçi verilere göre bilirkişilerce yeniden oluşturulacak şirket bilançosu (borca batıklık bilançosu) da dikkate alınıp bir sonuca gidilmesi gerektiğini, borca batıklığın, TTK. mad. 324'de gösterilen şekilde varlıkların rayiç değerini belirlemek ve İİK. mad. 178/1 belirtilen alacaklılar listesinde gösterilenler ile gerçek anlamda tesbit edilebilecek diğer borçların tutarına göre belirlenmesi gerektiğini; borca batıklıktan kurtulmanın ise tüm borçların ödenmesi anlamına gelmeyip, aktifin pasiften fazla olmasını ifade ettiğini, bir sermaye şirketinin borca batıklık bildiriminde bulunarak iflasını istemesi halinde, bu durumun mahkemece re'sen tesbiti gerektiğini, borca batıklığın tesbitinde sadece davacının kayıtlarına değil, varlıklarının rayiç değerlerine de özellikle bakılması, mahkemece gerekli görülen tüm delillerin toplanması, bu kapsamda ilgisi görülen kamu kurumlarından alınacak bilgiler, yapılacak keşif ve mahkemece atanacak bilirkişilerce düzenlenecek raporların da değerlendirilmesi gerektiğini»^[48]

√ «Mahkemece davacı şirketin borca batıklık durumunun tereddüde yer bırakmayacak biçimde belirlenmesinin ve projenin ciddi ve inandırıcı olup olmadığı ve süreç içindeki uygulamaların projede gösterilen iyileştirme unsurlarına uygun bulunup bulunmadığı hususunda somut verilere dayalı, teknik, denetime elverişli ve detaylı bir inceleme için, dosyanın oluşturulacak uzman bir heyete tevdi ile dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmasının ve varılacak uygun sonuca göre bir karar verilmesinin gerekeceğini»^[49]

[47] Bknz: 23. HD. 27.03.2013 T. 1607/1904

[48] Bknz: 23. HD. 26.03.2013 T. 1540/1893

[49] Bknz: 23. HD. 12.07.2012 T. 2731/4889

√ «Defterlerin kapanış tasdikinin bulunmamasının, borca batıklıkta, borçlu aleyhine değerlendirme yapılmasına neden olmayacağını»^[50]

√ «Borca batıklığın tesbiti için, şirketin varlıklarının rayiç değerlerinin belirlenmesi gerekeceğini»^[51]

√ «Kefalet borçlarının, ilke olarak şirketin pasifleri arasında yer alacağını»^[52]

√ «Borca batıklık bildirimine üzerine düzenlenecek borca batıklık bilançosunun, anonim şirketin gerçek malvarlığı değerlerini yansıtması gerekeceğini, bunun için tüm aktiflerin paraya çevrilme değerleri yani piyasadaki satış sırasında gerçekleştirilecek fiyattan bilançoya geçirilmesi icap edeceğini, aktifler bu şekilde saptandıktan sonra borca batıklık durumunun tespit edilmesi, eğer şirket borca batık değilse iflâsın ertelenmesi talebinin reddedilmesi gerekeceğini»^[53]

√ «Borca batıklık bilançosu ile bildirilen aktif ve pasifin güncelleştirilerek borca batıklığın tesbit edilmesi gerekeceğini»^[54]

√ «Taşınmazın, erteleme talebinde bulunulduktan sonra satıldığı bedelin, 'gerçek değeri' niteliğinde olması nedeniyle, şirketin aktif değerleri arasında yer alması gerekeceğini»^[55]

√ «Bir kısım alacaklıların 'iflâsı istenen şirketin borca batık durumda olmadığı' ileri sürerek bilirkişi raporuna itiraz etmeleri halinde, mahkemece bilirkişi kurulundan 'ek rapor' alınarak varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekeceğini»^[56]

√ «Anonim şirketin aktiflerinin, borçlarını ödemeye yetmemesi'nin 'borca batıklık' olduğunu, sermayenin 2/3'nün karşılıksız kalmasının, şirketin borca batık durumda olduğunu göstermeyeceğini, anonim şirketin borca batık olup olmadığının 'ara bilanço'dan anlaşılabilceğini»^[57]

[50] Bknz: 23. HD. 04.07.2013 T. 2187/4650

[51] Bknz: 23. HD. 03.06.2013 T. 1014/3738; 22.03.2013 T. 456/1769; 28.02.2013 T. 6864/1171; 24.01.2013 T. 6230/356; 15.11.2012 T. 3161/6720; 02.02.2012 T. 4439/656

[52] Bknz: 23. HD. 25.01.2012 T. 4612/374

[53] Bknz: 19. HD. 8.5.2008 T. 3874/4973; 20.3.2008 T. 9116/2681; 7.6.2007 T. 1715/5871; 15.12.2006 T. 10416/12557; 14.12.2006 T. 8920/12013 vb.

[54] Bknz: 19. HD. 14.12.2006 T. 8369/12011

[55] Bknz: 19. HD. 23.11.2006 T. 7905/10985

[56] Bknz: 19. HD. 10.4.2008 T. 11235/3683; 1.6.2006 T. 4598/5871

[57] Bknz: 19. HD. 11.5.2006 T. 2085/5161

√ «Borca batıklığın tespitinde, bilançodaki aktif değerler değil, aktifin rayiç değerinin dikkate alınması gerekeceğini»^[58]

√ «Şirketin borca batıklığının tesbiti için kaydi değerlere değil rayiç değerlere bakılması gerekeceğini»^[59]

√ «Şirketin (kooperatifin) borca batık durumda olup olmadığına 'borca batıklık bilançosu'na göre belirleneceğini ve borca batıklığın -bilirkişiden alınacak rapora göre- tespit edilmemesi halinde, mahkemece 'iflâs ve iflâsın ertelenmesi talebinin reddine' karar verilmesi gerekeceğini»^[60]

√ «'Şüpheli alacağın neden kaynaklandığı, tahsil imkanının bulunup bulunmadığı, dolayısı ile şirketin borca batık durumda olup olmadığı' konusunda yeterli incelemeyi içermeyen bilirkişi raporuna dayanılarak iflâsın ertelenmesi konusunda karar verilemeyeceğini»^[61]

√ «Şirketin (kooperatifin) 'borca batık olup olmadığı' konusunda, ibraz ettiği 'bilanço' ile yetinilmeyerek ayrıca bunun tesbiti için mahkemece mutlaka 'bilirkişi incelemesi' yaptırılması gerekeceğini»^[62]

√ «Borçlunun iflâsın ertelenmesi talebinin mahkemece şirket muhasebesi konusunda uzman bilirkişi kurulu aracılığı ile inceleme yaptırılarak, şirketin aktiflerinin gerçek değerlerinin ve piyasa borçlarının tesbitiyle, iflâsın ertelenmesi koşullarının oluşup oluşmadığı saptanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekeceğini»^[63]

belirtmiştir.

Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılmadan «borca batıklık halinin varlığı» kabul edilerek «iflâs» ya da «iflâsın ertelenmesine» karar verilemez.^[64]

«Şirketin borca batık olduğunu» gösteren tek olgu bilanço değildir. Şirketin basit borçlarını ödeyememesi, birbirini takip eden haciz veya iflâs takiplerine maruz kalması, bonolarının protesto edilmesi, çeklerinin karşılıksız çıkması,

[58] Bknz: 19. HD. 20.3.2008 T. 9116/2681

[59] Bknz: 23. HD. 21.06.2013 T. 3128/4282; 15.11.2012 T. 3161/6720; 19. HD. 13.10.2010 T. 6962/11230; 13.10.2010 T. 5544/11220; 03.03.2010 T. 12210/2260

[60] Bknz: 19. HD. 16.3.2006 T. 1419/2641

[61] Bknz: 19. HD. 30.12.2004 T. 10530/13441

[62] Bknz: 19. HD. 28.1.1999 T. 7440/232

[63] Bknz: 19. HD. 21.12.1998 T. 7776/9122

[64] Bknz: 19. HD. 6.6.2008 T. 4622/2694; 21.2.2008 T. 7542/1462; 7.12.2006 T. 8204/11659; 28.9.2006 T. 7142/8968; HGK. 7.12.2005 T. 19/641/697

çalışanlarının ücretlerini ödeyememesi, vergi ve sigorta borçlarını ödeyememesi de, bilanço yanında borca batıklık durumunu inanılır kılar.^[65]

“İflasın ertelenmesine” karar verilebilmesinin temel koşulu olan ‘borca batıklığın varlığı’ mahkemece doğrudan doğruya araştırılacağından ve borca batıklığın hem ‘iflasın ertelenmesinin talep edildiği tarihte’ ve hem de ‘iflasın ertelenmesine karar verildiği tarihte’ belirlenmesi zorunlu olduğundan, borçlu hakkında ‘iflasın ertelenmesi’ kararı verilmesini istemeyen alacaklı(lar), borçludaki alacaklarından kısmen feragat ederek “borçlunun pasifinin aktifinden fazla olmasını” önleyerek, mahkemece “iflasın ertelenmesi talebinin reddine” karar verilmesini sağlayabilirler...

b- Erteleme talebi: Ticaret mahkemesince bir «sermaye şirketi»nin ya da «kooperatif»in iflâsına karar verilebilmesi için; «*şirket ya da kooperatifin yetkili organ tarafından şirketin borca batıklığının tesbit edildiğine ve bu durumun mahkemeye bildirilerek iflâsının talep edilmesine*» ilişkin bir karar alınıp,^[66] bu kararın yine «*yetkili organ*» veya «*özel yetkili vekili*»^[67] tarafından «iflâs talebi ile birlikte iflâsın ertelenmesine karar verilmesi için» ticaret mahkemesine bildirilmesi gerekir.

Böyle bir talep olmadan, ticaret mahkemesi kendiliğinden «iflâsın ertelenmesine» karar veremez.^[68]^[69] Çünkü, iflâsın ertelenmesi kurumu, kamu düzenine ilişkin olmayıp, tümüyle ihtiyari bir talep ve beyan niteliğini taşımaktadır.^[70]

«Sermaye şirketleri» ile «kooperatifler»de, iflâsın ertelenmesini talep etmeye «yetkili organ» hangisidir? Bu husus, İİK. mad. 179/I, c:2’de «*idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler*» şeklinde ifade edilmiştir. Bu kimseler; *anonim şirketlerde*; yönetim kurulu, *limited şirketlerde* müdür veya müdürler

[65] DOMANIÇ, H. age. s:539

[66] Bknz: 19. HD. 10.10.2002 T. 2406/6550; 16.11.2000 T. 7159/7841

[67] Bknz: 19. HD. 7.10.2003 T. 5886/9380

[68] ATALAY, O. agm. s:54–ATALAY, O. age. s:77–PEKCANITEZ, H. agm. s:335–ÇAVDAR, S./BİÇKİN, İ. İflâs ve iflâsın Ertelenmesi, s:81–ALTAY, S. agm. s:630–ÖZTEK, M. agm. s:3268–SAYHAN, İ. Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılıyamasının Sonucu Olarak İflâs ve İflâsın Ertelenmesi (BATİDER, 2005, C:III, S:1, s:100)–ÖZTEK, S. age. s:41–BERKİN, N. İflâs Hukuku, s:42–KAYA, A. agm. s:286–KURU, B. age. C:3, s:2809–KURU, B. agm. s:626 vd.–PEKCANITEZ, H. age. s:49–ÜSTÜNDAĞ, S. Türk Ticaret Kanununun 324’üncü Maddesinin Üçüncü Fıkrası Üzerine Düşünceler (Günümüzde Yargı D. 1980, s:18)

[69] Karş: DOMANIÇ, H. age. s:548

[70] ALTAY, S. age. s:630

kurulu,^[71] kooperatiflerde yönetim kurulu, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yönetim kuruludur. Ayrıca belirtelim ki; «şirketi idare ve temsil ile vazifelendirilmiş» organın -«borca batıklık halinde, bu durumu iflâs talebi ile birlikte ticaret mahkemesine bildirme zorunluluğu» bulunmasına rağmen- «iflâsın ertelenmesini talep etme zorunluluğu» yoktur.^[72]

Bu belirtilen kişi ve kurullar dışında ayrıca, *alacaklılar* da (kamu alacaklıları,^[73] şirketten, kâr ve tasfiye bakiyesi alacağı olan ortaklar dahil),^{[74][75]} sermaye şirketi ya da kooperatifin iflâsının ertelenmesini talep edebilir (İİK. mad. 179/I, c:2). «*Tahvil sahipleri*» de, 'alacaklı' sıfatıyla, iflâsın ertelenmesini isteyebilirler.^[76]

Şirkette alacağı bulunan *işçiler*^[77] ve *alacağı rehinde temin edilmiş olan alacaklılar*^[78] da, iflâsın ertelenmesini isteyebilirler.

Bu kişilerin dışında, *pay sahipleri (ortaklar)*,^{[79][80]} *intifa hakkı sahipleri*,^[81] *tasfiye memurları*,^{[82][83]} *denetçiler*,^[84] *yönetim kurulu üyelerinin biri veya birkaçı*,^[85] *genel kurul*^[86] iflâsın ertelenmesini isteyemez...

Şirketin (ya da kooperatifin) bir *vekil (avukat)* tarafından iflâsının (ve iflâsın ertelenmesinin) talep edilebilmesi için, vekilin vekaletnamesinde bu konuda özel

[71] Bknz: 23. HD. 16.01.2012 T. 4615/31

[72] PEKCANITEZ, H. agm. s:335–PEKCANITEZ, H. age. s:50–ATALAY, O. agm. s:55–ATALAY, O. age. s:84–TÜRK, A. Anonim Ortaklıklarda Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, s:322

[73] Bknz: 19. HD. 12.10.2000 T. 6118/6721

[74] ATALAY, O. age. s:83–SAYHAN, İ. agm. s:86; 101

[75] Karş: ÖZTEK, S. age. s:41

[76] ÖZTEK, S. age. s:40–ATALAY, O. age. s:83–SAYHAN, İ. agm. s:86–FRANKO, N. agm. s:422

[77] ÖZTEK, S. age. s:42

[78] ÖZTEK, S. age. s:39

[79] ATALAY, O. age. s:80–ÖZTEK, S. age. s:36–KAYA, A. agm. s:286–PEKCANITEZ, H. agm. s:335

[80] Karş: DOMANIÇ, H. age. s:548

[81] KAYA, A. agm. s:287, dipn. 37–ATALAY, O. age. s:84–FRANKO, N. agm. s:422

[82] ATALAY, O. age. s:82–KURU, B. agm. s:634–FRANKO, N. agm. s:420–KAYA, A. agm. s:286

[83] Karş: ÖZTEK, S. age. s: 37–PEKCANITEZ, H. agm. s:336

[84] ATALAY, O. age. s:80–ÖZTEK, S. age. s:38

[85] KAYA, A. agm. s:286–PEKCANITEZ, H. agm. s:335–ÜSTÜNDAĞ, S. agm. s:18

[86] ÖZTEK, S. age. s:36–ATALAY, O. age.s:80–PEKCANITEZ, H. agm. s:335

yetki bulunması zorunludur.^{[87][88]} Bu nedenle, *limited şirketin idare ve temsil ile görevli ve yetkili olmayan ortağı* iflâsın ertelenmesi talebinde bulunamaz.^[89]

Ayrıca belirtelim ki, bu maddeye göre *gerçek kişiler* iflâsın ertelenmesi talebinde bulunamazlar.^[90]

İflâsın ertelenmesi talebi *ne zaman* yapılabilir? Yani «iflâsın ertelenmesi talebinde bulunma süresi» nedir? İİK. mad. 179'da bu konuda özel bir düzenleme yoktur. **Doktrinde;**^[91] «*alacaklıların, mahkemece yapılacak incelemenin sonuna kadar, borçlunun da borca batıklık bildirimini ile iflâsın ertelenmesini isteyebileceği gibi, mahkemenin yapacağı incelemenin sonuna kadar da böyle bir talepte bulunabileceği*» kabul edilmektedir.

İflâs davası kamu düzenine ilişkin bulunduğundan, iflâsın ertelenmesi talebi üzerine mahkeme davayı doğrudan doğruya (re'sen) yürütecek, davanın (talebin) geri alınması veya HMK. mad. 150 uyarınca dosyanın işlemde kaldırılması (müracaata bırakılması) mümkün olmayacaktır.^[92]

Doktrinde^[93] «*borca batık durumda olan bir şirketin (kooperatifin) tek başına iflâsın ertelenmesini isteyemeyeceği, bu talebin iflâs talebiyle birlikte yapılması gerekeceği*» ifade edilmiş olmasına rağmen **yüksek mahkeme**^[94] «*iflâsın ertelenmesinin istenmiş olması halinde, şirketin borca batık olduğu da mahkemeye bildirilmiş olduğundan, iflâsın ertelenmesi talebinin doğrudan doğruya iflâs talebini de içerdiğini*» belirtmiştir.^[95]

[87] KURU, B. age. C:3, s:2791–KURU, B. Hukuk Muhakemeleri Usulü, C:2, s:13/3–ATALAY, O. age. s:81

[88] Bknz: 23. HD. 23.11.2012 T. 3970/6888; 13.10.2011 T. 455/1040

[89] Bknz: 23. HD. 28.05.2013 T. 3323/3571

[90] Bknz: 23. HD. 23.09.2013 T. 6044/5685; 19. HD. 29.01.2009 T. 9403/472; 6.7.2006 T. 5057/7363

[91] ÜSTÜNDAĞ S. agm. s:18–OSKAY, M./KOÇAK, C./DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A. İİK. Şerhi, C: , s:4616–ATALAY, O. age. s:86–ATALAY, O. agm. s:56–ÇAVDAR, S./BİÇKİN, İ. İflâs ve İflâsın Ertelenmesi, s:89–ÖZEKES, M. agm. s:3268–PEKCANITEZ, H. age. s:52–PEKCANITEZ, H. agm. s:336–MUŞUL, T. age. s: 91

[92] ALTAY, S. agm. s:629

[93] ATALAY, O. agm. s:52–PEKCANITEZ, H. agm. s:329

[94] Bknz: 19. HD. 13.10.2005 T. 6649/1006; 30.10.2004 T. 1053/1344

[95] ÖZEKES, M. agm. s:3263–ATALAY, O. age. s:76

Doktrinde^{[96] [97]} «bir şirketin (kooperatifin) borca batıklık dışındaki bir sebeple, alacaklılarından biri tarafından açılan dava ile iflâsının talep edilmiş olması halinde, bu konuda bir karar verilmeden önce, borçlu şirketin (kooperatifin) '*borca batıklık bildirimini ile iflâsın ertelenmesini*' talep edebileceği» kabul edilmektedir.

«İflâsın ertelenmesi» talebi üzerine, iflâsın ertelenmesine karar verilmeden önce, mahkemece «borca batık şirkete karşı başlatılmış (devam eden) icra takiplerinin durdurulması (ve yeni takip yapılmaması)» hakkında *ihhtiyati tedbir kararı* verilebilir mi? **Doktrinde** egemen görüş «bu durumda böyle bir ihtiyati tedbir kararı verilebileceği» doğrultusundadır.^{[98] [99]} Uygulamada bu doğrultuda devam etmektedir.^[100]

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı gibi, iflâsın ertelenmesi iki şekilde istenebilmektedir.^[101] **Birinci olasılıkta**; borca batık durumda olan şirket ya da kooperatif yetkilisi mahkemeye başvurarak «*borca batık olduğunu*» bildirip, «*iflâsın ertelenmesine karar verilmesini*» ister. Bu talep «hasımsız» olarak yapılır. **İkinci olasılıkta** ise; bir alacaklı tarafından açılmış olan iflâs davasında, davalı-borçlu «iflâsın ertelenmesine karar verilmesini» isteyebilir...

Aralarında **organik bağ** bulunan, aynı guruba (holdinge) dahil birden fazla anonim şirket birlikte «iflâsın ertelenmesi» talebinde bulunabilirler.^{[102] [103] [104]}

[96] ATALAY, O. age. s:87–ÜSTÜNDAĞ, S. agm. s:18, dipn. 4–ÖZEKES, M. agm. s:3262 vd.–PEKCANİTEZ, H. age. s:52–KAYA, A. agm. 288

[97] Karş: BALCI, Ş. İflâsın Ertenilmesi (Legal Huk. D. 2005/Temmuz, s: 2444 vd.)

[98] PEKCANİTEZ, H. İflâsın Ertenilmesi (İBD. 2005/2, s:336 vd.) – ÖZTEK, S. İflâsın Ertenilmesi, s:91 – ALTAY, S. Türk İflâs Hukuku, C:1, s:494 – MUŞUL, T. İflâsın Ertenilmesi, s:115–ÖZTEK, S. İflâsın Ertenilmesi Yargılaması Çerçevesinde İleri Sürülen İhtiyati Tedbir Taleplerine İlişkin Bazı Sorun ve Düşünceler (Haluk Konuralp Anısına Armağan, C:2, 2009, s:407 vd.) – ARSLAN, R. İflâsın Ertenilmesi Uygulamaları (Bankacılar D. 2008, S:67, s:116 vd.) – DELİDUMAN, S. İflâsın Ertenilmesinin Etkileri, s:58 vd.

[99] Bu görüşün eleştirisi için bknz: KURU, B. İflâsın Ertenilmesi Kararından Önce İcra Takiplerinin Durdurulması Hakkında İhtiyati Tedbir Kararı Verilebilir mi? (Haluk Konuralp Anısına Armağan, C: 2, 2009, s: 303 vd.)

[100] Bknz: 23. HD. 16.03.2012 T. 961/2067

[101] ÇAVDAR, S./BİÇKİN, İ. İflâs ve İflâsın Ertenilmesi, s:82

[102] ATALAY, O. age. s:119

[103] Bu konuda ayrıca bkznz: ÖZTEK, S. age. s:94 vd.

[104] Bknz: 23. HD. 05.07.2012 T. 3551/4643; 31.05.2012 T. 1415/3827; 15.09.2011 T. 460/334; 19. HD. 20.10.2010 T. 6884/11720; 23.06.2010 T. 4441/7946; 12.05.2010 T. 3422/5914; 15.04.2010 T. 2816/4451; 14.04.2010 T. 13146/4359; 12.04.2010 T. 2287/4232; 31.03.2010 T. 12407/3699; 05.04.2010 T. 1470/3883; 10.03.2010

Yüksek mahkeme «sermaye yetersizliği içinde bulunan (ortaklarının ödenmemiş sermaye borcu bulunan) şirketlerde, şirket ortaklarının sermaye koyma borcunu yerine getirmeden iflâsın ertelenmesi talebinde bulunmalarının iyiniyetli bir davranış olmayacağını»^[105] ifade etmiştir.

İflâsı istenen bir şirketin, iflas davası sırasında «borca batıklık» bildiriminde bulunarak «iflâsın ertelenmesi» talebinde bulunabilir. Bu durumda, öncelikle bu talebin incelenmesi bu talebin iflas davasında «bekletici mesele» yapılması gerekir.^[106]

«İflâsın ertelenmesi talebi», başka bir sebebe dayalı «iflas davası»na karşı «karşı dava» olarak açılmaz. Bu davanın «ayrı bir dava» olarak açılması ve diğer iflas davasını gören mahkemenin, bu davanın sonucunu «bekletici mesele» yapması gerekir.^[107]

Yüksek mahkeme^[108] «Bankalar Kanunundaki özel düzenleme nedeniyle iflâsın ertelenmesi hükümlerinin bankalar hakkında uygulanmayacağını» kabul etmiş ve yüksek mahkemenin bu görüşü **doktrin**^[109] tarafından da olumlu bulunmuştur.^[110]

«İflâsın ertelenmesi talebi üzerine, mahkemece nasıl bir inceleme yapılacak işlemler» hakkında **yüksek mahkeme**^[111] «iflâsın ertelenmesi talebinin yetkili

T. 11320/2529; 10.03.2010 T. 12813/2505; 22.02.2010 T. 100/1739; 10.4.2008 T. 10702/3681; 6.4.2007 T. 2127/3464; 26.5.2005 T. 2808/5955

[105] Bknz: 19. HD. 25.05.2011 T. 1146/6928; 06.11.2008 T. 7544/10645

[106] Bknz: 23. HD. 22.11.2012 T. 4547/6869

[107] Bknz: 23. HD. 22.03.2013 T. 350/1767

[108] Bknz: 19. HD. 17.11.1995 T. 7299/9852

[109] **PEKCANITEZ, H.** agm. s:334–**ÖZTEK, S.** age. s:26, dipn. 19–**BALCI, Ş.** İflâsın Ertelemesi Sürecinde Borçlu Hakkındaki Ceza Yargulamaları (Legal Huk. D. 2007/ Ağustos, s:2552, dipn. 4)

[110] Karş.: **MUŞUL, T.** age. s:14

[111] Bknz: 23. HD. 10.07.2013 T. 4193/4829; 08.07.2013 T. 3568/4776; 04.07.2013 T. 4206/4659; 28.06.2013 T. 3952/4497; 28.06.2013 T. 3262/4492; 28.06.2013 T. 4049/4406; 25.02.2013 T. 6774/1049; 15.01.2013 T. 5244/66; 28.12.2012 T. 5686/7745; 28.12.2012 T. 5186/7742; 25.12.2012 T. 4988/7662; 24.12.2012 T. 5080/7620; 24.12.2012 T. 5758/7595; 21.12.2012 T. 4499/7578; 14.12.2012 T. 5422/7406; 14.12.2012 T. 4332/7396; 07.12.2012 T. 4723/7216; 04.12.2012 T. 5391/7129; 28.11.2012 T. 4440/7032; 20.11.2012 T. 3244/6825; 19.11.2012 T. 3765/6778; 09.11.2012 T. 3866/6583; 09.11.2012 T. 3769/6581; 02.11.2012 T. 3333/6353; 19.10.2012 T. 4223/6181; 11.10.2012 T. 2825/5935; 08.10.2012 T. 4501/5784; 04.10.2012 T. 1684/5742; 04.10.2012 T. 3105/5726; 29.03.2012 T. 712/2469; 27.03.2012 T. 5082/2367; 08.03.2012 T. 4422/1765; 06.03.2012 T. 4686/1701; 01.03.2012 T. 4820/1576; 01.03.2012 T. 4641/1575; 01.03.2012 T. 322/1556; 24.02.2012 T.

kişi/kişiler tarafından, yetkili ve görevli mahkemede yapılıp yapılmadığının, borçlu şirketin/kooperatifin 'borca batık olup olmadığı'nın, 'sunulan iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olup olmadığı'nın -bu konuda uzman bilirkişi kurulundan rapor alınarak- incelenmesi, fevkalade mühletten yararlanılmış olup olmadığının araştırılması, ertelenme talebinin ilan edilerek alacaklılara duyurulmuş olmasının, borçlunun malvarlığının -kayıd değil- rayiç değerinin saptanması, tensiple kayyım atanmasını, borçlunun borca batık olduğunun belirlenmesi halinde, ıslahının mümkün olup olmadığının -somut verilere dayanılarak- üzerinde durulmasını» istemektedir.

Yüksek mahkeme «Depo kararının borçluya tebliğinden sonra, borçlunun 'iflas erteleme talebinde' bulunmasının mahkemece bekletici mesele yapılmasına neden olmayacağını»^[111a] ifade etmiştir...

c- İyileştirme projesi: Borçlu «sermaye şirketi» ya da «kooperatif» adına «iflâsın ertelenmesi» talebinde bulunmuş olan kimsenin, mahkemeye «*hangi tedbirlere başvurulacak, hangi sürede borca batık durumunun sona ereceği*» konusunda, «*ciddi ve inandırıcı bilgi ve belgelere dayalı*»^[112] -İİK. 179/I, c:3'de «*iyileştirme projesi*» diye anılan- bir proje sunması gerekir.

Mahkemeye sunulacak "iyileştirme projesi"nin içeriği -6728 s. K. ile İİK. mad. 179'da değişiklik yapıldıktan sonra- maddede, ayrıntılı olarak; -2. ve 3. fıkralarında "İyileştirme projesinde, yeni nakit kaynak konulması dâhil nesnel ve gerçek kaynaklar ve önlemler ile erteleme süresince tüm işletme giderlerinin ve çalışma sermayesinin nasıl karşılanacağı gösterilir. *Mevcut borçların ödeme süre ve tutarlarını, alacaklıların adreslerini, faaliyet gösterilen sektörün özelliklerine göre stoklar ile bunların bekleme sürelerini ve tutarlarını gösteren listeler, vergi dairesine sunulmuş en son bilanço ve gelir tablosu, şirket veya kooperatifin ticaret sicili tasdiknamesi ile iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olduğunu gösteren diğer bilgi ve belgelerin, işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenmiş ara bilançoyla birlikte mahkemeye sunulması zorunludur*" şeklinde düzenlenmiştir.

2962/1366; 21.02.2012 T. 4378/1241; 14.07.2011 T. 561/99; 19. HD. 27.10.2010 T. 7454/12117; 27.10.2010 T. 7011/12113; 07.07.2010 T. 5119/8590; 23.06.2010 T. 4824/7949; 09.06.2010 T. 4430/7173; 09.06.2010 T. 4490/7171; 09.06.2010 T. 4456/7169; 24.03.2010 T. 953/3333; 24.03.2010 T. 11302/3330; 19.11.2009 T. 7858/10940; 18.11.2009 T. 7762/10872; 12.11.2009 T. 9761/10484

[111a] Bknz: 23. HD. 19.01.2012 T. 2048/205

[112] Bknz: 23. HD. 21.06.2013 T. 2193/4274; 09.05.2013 T. 2072/3062; 22.02.2013 T. 6834/1012; 22.02.2013 T. 6341/1009; 11.12.2012 T. 5273/7285; 04.10.2012 T. 2573/5733; 19.04.2012 T. 263/2955; 06.12.2011 T. 1729/2357; 25.10.2011 T. 724/1327; 22.09.2011 T. 486/472; 19. HD. 02.03.2011 T. 1143/2760; 21.06.2010 T. 143/7842; 28.6.2007 T. 2159/6816; 21.6.2007 T. 2502/6485; 7.6.2007 T. 1716/5872 vd.

Bu konunun ilgili olduğu İİK'nun 179. maddesinde değişiklik yapan **6728 sayılı Kanunun gerekçesinde;**

“İyileştirme projesinin, özellikle Türk Ticaret Kanunu'nun 377. maddesinin *birinci fıkrasında açıkça düzenlenen ve Yargıtay uygulaması ile istikrar kazanan “yeni nakit kaynak konulması dahil nesnel ve gerçek kaynakları ve önlemleri” göstermesi hususu, ikinci fıkradaki düzenlemeyle yasal bir zorunluluk haline getirilmektedir.*

Mevcut 179/a maddesinin birinci fıkrasında, başvuru üzerine hakimın başkaca bir araştırma yapmaksızın, istem sahibi şirket ya da kooperatif lehine birtakım tedbirler alabilmesi kabul edilmiştir. Uygulamada borca batık ve iyileşme ümidi zayıf olan şirketlerin iflasın ertelenmesi başvurusunda buldukları ve hak etmedikleri halde erteleme tedbirlerinden bir süre yaralandıkları, bunun da alacaklılara zaman kaybettirdiği yönündeki yakınmalar dikkate alınarak iyileşme projesinde erteleme sürecinde işletme giderlerinin ve çalışma sermayesinin nasıl karşılanacağının gösterilmesi şartı getirilmektedir. Yine uygulamada iflasın ertelenmesini talep eden bazı şirket ve kooperatiflerin genel işletme ve temel üretim giderlerini dahi karşılayamadıkları; bu bağlamda kira, elektrik, su ve doğalgaz gibi borç ve girdi kalemlerini ödemesiz bıraktıkları ve hatta aldıkları ihtiyati tedbirlerle bu kaynakların kesilmesini engelledikleri görüldüğünden, işletme giderlerinin karşılanması iyileştirme projesi bakımından olmazsa olmaz unsur olarak kabul edilmektedir.

Borca batıklığı gösteren bilançodan farklı olarak iyileştirme projesi, maddenin üçüncü fıkrasındaki düzenleme ile “işletmenin devamlılığı” esasına göre düzenlenmiş bilanço (TTK madde 376) ile ilişkilendirilmektedir. İşletme uygulamalarında çok defa işletmenin devamlılığı esaslı bilançolarda varlıkların muhtemel satış değerlerinin üzerinde bir faydalanma değeri olduğu, işletmenin sona ermesinin aksine, devamlılığı değerlendirildiğinde mal varlığının artı bir değer ifade ettiği kabul edilmektedir. Diğer taraftan işletmenin devamlılığı esasına göre düzenlenmiş bilanço, muhtemel satış değerlerine göre düzenlenmiş ara bilanço bakımından bir denetleme, değerlendirme ve teminat fonksiyonu taşımaktadır. Yapılan düzenleme, iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olduğunu gösteren belgelerin sunulması gerekliliğini düzenlemekte ve özellikle mevcut borçların tutarları ile ödeme sürelerini gösteren listenin, alacaklıların adreslerini gösteren listenin, faaliyet gösterilen sektörün özelliklerine göre hammadde, yarı mamul ve mamul madde stoklarının, miktar tutar ve bekleme sürelerine ilişkin listenin vergi dairesine sunulmuş en son bilanço ve gelir tablosunun ve şirket veya kooperatifin ticaret sicili tasdiknamesini mahkemeye sunulmasını zorunlu tutmaktadır.

İflasın ertelenmesi kurumu borçlu sermaye şirketi veya kooperatifinin mali darboğazı aşması ve ekonomi içindeki üretken konumunu koruması amacına

yönelirse de, tartışmasız en büyük etkisini alacaklıların haklarına yönelik alanda göstermektedir. Bu nedenle erteleme isteyen borçlunun mevcut borçlarını tutarlarını ve bunların ödeme takvimini erteleme talebi ile birlikte sunması istenmektedir. Esasen alacaklıların adreslerini gösteren listenin sunulması Kanununun 178 İnci maddesinin de amir hükmü olup, erteleme talebi bakımından bu gereklilik tekrar vurgulanmaktadır. İşletme uygulanmasında özellikle gerçeği yansıtmayan fakat mali mevzuata da aykırılığundan söz edilemeyen bir kısım bilanço kalemlerinin, borca batıklığı tespitinde etkili olduğu ve art niyetli bazı şirket yönetimlerinin bu yolla gerçek olmayan borca batıklık oranları oluşturarak tedbirler aldığı iflâsın ertelenmesi konusundaki deneyimlerle tespit edildiğinden, özellikle sektörel bazda stokların ve bunların bekleme süreleri ile tutarlarının da belirtilmesi bir zorunluluk olarak getirilmektedir. Elbette fıkarda sayılan bu liste ve belgeler, talep ile birlikte sunulması zorunlu liste ve belgeler olup iyileştirme projesinin ciddiliğini ve inandırıcılığını gösteren diğer belgelerinde proje ekinde sunulması gerekecektir...”

şeklinde açıklığa kavuşturulmuştur.

Bu projede; «işletme masraflarının kısıtlanacağı, personel indirimi yoluna gidileceği, kiralık kullanılan yerlerin azaltılacağı, işletmenin bazı bölümlerinin kapatılacağı, yeni pazarlar aranacağı, yeni üretim biçimleri araştırılacağı, sermayenin arttırılacağı, konkordato teklifinde bulunulacağı»^[113] somut verilere^[114] dayanılarak belirtilmeli, mahkemede «alacaklıların, iflâsın açılmasına göre daha kötü duruma düşmeyecekleri» ve «şirketin bu tedbirlerle borca batıklıktan kurtulacağı» konusunda olumlu bir kanaat oluşmasını sağlamaları gerekir.

Başka bir deyişle; iyileştirme projesi içinde, şirketin iyileşme ümidinin bulunduğu, somut şekilde ortaya konulmalıdır.^{[115][116]}

İyileştirme projesinde belirtilen tedbirlerin, şirketin mali durumunu iyileştirmeye elverişli olup olmadığının tespiti özel ve teknik bilgiyi gerektirdiğinden, erteleme talebi üzerine mahkemece mutlaka bu yönde *bilirkişi incelemesi* yaptırılması gerekir.^[117]

[113] PEKCANITEZ, H. agm. s:331 vd.–ÖZEKES, M. agm. s:3265 vd.–KAYA, A. agm. s:294–ATALAY, O. Anonim Şir. İflâsı; 117–DOMANIÇ, H. age. s:547–KURU, B. Ser. Şir. İflâsı, s:627–MUŞUL, T. age. s: 102 vd.

[114] Bknz: 23. HD. 26.04.2012 T. 693/3153; 29.05.2012 T. 1269/3742

[115] Ayrıntılı bilgi için bknz: TORAMAN, B. age., s:199 vd., 212 vd.

[116] Bknz: 19. HD. 02.03.2011 T. 1143/2760; 21.06.2010 T. 143/7842; 10.03.2010 T. 12094/2530; 15.09.2011 T. 793/332; 17.12.2009 T. 9746/11930; 17.02.2010 T. 11298/1578

[117] Bknz: 19. HD. 10.7.2008 T. 5817/7757; 8.5.2008 T. 2266/4980; 29.11.2007 T. 8211/10676 vb.

Yüksek mahkeme; «ödenmemiş sermaye borcu bulunan bir şirketin iyileştirme projesinin ‘ciddi ve inandırıcı’ sayılmayacağını»^[118] belirtmiştir.

«İflâsın ertelenmesi»nin, borçlu *sermaye şirketi ya da kooperatif tarafından* istenmiş olması halinde iyileştirme projesinin şirket/kooperatif yetkililerince hazırlanması mümkün ise de, iflâsın ertelenmesinin *bir alacaklı tarafından* istenmesi halinde, böyle «ciddi ve inandırıcı» bir projeyi hazırlayıp mahkemeye sunması pek mümkün olmayacağından, bu durumda, mahkemenin böyle bir projeyi hazırlayıp sunması için» borçlu şirkete/kooperatife süre vermesi ve bunun yerine getirilmemesi halinde «*iflâsın ertelenmesi talebinin reddine*» karar vermesi gerekir.^[119]

Yüksek mahkeme «iyileştirme projesi» konusunda ayrıca;

√ «*Borçlu şirketin sunduğu iyileştirme projesi'nin hedefine ulaşmamış olması, şirketin faaliyetini durdurmuş olması alacaklılara hiç veya yeterli ödeme yapılmamış olması, projenin inandırıcılığını kaybetmiş olması vb. nedenlerle iflasın ertelenme (erteleme süresinin uzatılması) talebinin reddine karar verilmesi gerekeceğini*»^[119a]

√ «*İflasın ertelenmesi davasında; proje kapsamında sermayenin arttırılmış olmasına, hedeflerin kısmen tutturulması halinde dahi borca batıklıktan kurtulma ümidinin bulunduğu ve projenin gerçekleştirilebilir olduğuna ilişkin bilirkişi ve kayyim raporlarının hükme esas alınmasında bir isabetsizliğin bulunmadığını*»^[119b]

√ «*Davacı vekilinin, ciddi ve inandırıcı iyileştirme projesinin uygulanması halinde borca batıklıktan kurtulabileceğini ileri sürerek, iflasın bir yıl süre ile ertelenmesine karar verilmesini talep ve dava ettiği, mahkemece yapılan yargılama sırasında alınan ön bilirkişi raporuna itibar edilerek karar verildiği, mahkemece, davacının borca batık olup olmadığı, iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olup olmadığı hususlarında ehil bilirkişi heyetinden rapor alınarak varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesinin, faizlerin teminatlandırılması*

[118] Bknz: 23. HD. 25.12.2012 T. 5731/7657

[119] ATALAY, O. agm. s:58–ATALAY, O. age. s:94–ÜSTÜNDAĞ, S. agm. s:17 vd.

[119a] Bknz: 23. HD. 20.09.2013 T. 3331/5579; 20.09.2013 T. 3181/5577; 12.07.2013 T. 3789/4911; 21.06.2013 T. 2974/4280; 29.03.2013 T. 669/1996; 15.03.2013 T. 181/1593; 08.02.2013 T. 6111/659; 12.02.2013 T. 5011/750; 23.01.2013 T. 6133/344; 11.12.2012 T. 4612/7307; 16.11.2012 T. 3817/6736; 28.09.2012 T. 4253/5550; 05.07.2012 T. 2704/4640; 28.02.2012 T. 4898/1479; 24.02.2012 T. 655/1390; 20.02.2012 T. 4930/1169; 16.02.2012 T. 4451/11092; 16.02.2012 T. 3298/1108; 07.02.2012 T. 4809/788; 25.01.2012 T. 140/378

[119b] Bknz: 23. HD. 12.04.2012 T. 21/2812

[119c] Bknz: 23. HD. 27.02.2012 T. 577/1402

hakkındaki tedbirlerin mahkemece alınmasının, 10 günlük yasal süre geçirildikten sonra yapılan temyiz başvurusunun reddinin gerekeceğini^[119c]

belirtmiştir.

"İşletme projesi"nin ticaret mahkemesine ne zaman sunulacağı, maddenin 4. fıkrasında; "Üçüncü fıkarda belirtilen liste ve belgelerin iflasın ertelenmesi talebiyle birlikte sunulmaması veya mahkemece verilecek iki haftalık kesin süre içinde tamamlanmaması hâlinde iflasın ertelenmesi talebi ispatlanamamış sayılır ve borca batık olduğunun anlaşılması hâlinde talep sahibi şirketin veya kooperatifin iflasına karar verilir" şeklinde belirtilmiştir.

Böyle bir düzenlemeye ne için gerek duyulduğu hususu da, maddenin gerekçesinde;

Dördüncü fıkarda yapılan düzenlemeyle iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olduğuna dair zorunlu belgelerin ispat vasıtası olması yanında, mahkemece sunulma zamanı belirlenmekte ve bu belge ve listelerin erteleme talebi ile birlikte sunulmaması, talebin ispatlanmamış, sayılması sonucunu doğurmaktadır. Belirtilen liste ve belgelerin borçlu şirket tarafından iflas erteleme talebiyle birlikte sunulması halinde şirket veya kooperatifin mağduriyetinin önlenmesi amacıyla, mahkeme ilgiliye iki haftalık kesin süre verileceği ve bu süre içinde eksikliklerin tamamlanabileceği hükme bağlanmaktadır. Değişiklikle uygulamada, bu liste ve belgelerin geç, hatta çoğu zaman bilirkişi incelenmesinden sonra sunulmak suretiyle yeniden bilirkişi incelenmesi istenmesi ve böylece yargılama sürecinin ve bu bağlamda tedbir uygulamasının uzatılmasının, bir başka ifadeyle usul muamelelerinin art niyetli olarak kullanılmasının önüne geçilmek istenmektedir. Dördüncü fıkra uyarınca iflas erteleme talebinin ispatlanamamış sayıldığı hallerde derhal iflas kararı verilemeyeceği, iflas kararı verilebilmesi için, şirket veya kooperatiflerin borca batık olduğunun tespit edilmesi gerektiği ifade edilmektedir..."

şeklinde belirtilmiştir.

d- İflasın ertelenmesi giderlerinin peşin olarak ödenmesi: İflasın ertelenmesini istemiş olan borçlu şirket (ya da; kooperatif) veya *alacaklının* -İİK'nun 181. maddesinde 160. maddeye yapılan atıf nedeniyle- «iflasın ertelenmesi kararının ilanı (İİK. mad. 179/a/IV) (ve gerekli yerlere bildirim)», «atanacak kayyım için belirlenecek ücretin bir kısmının karşılanması» (İİK. mad. 179a/II), «alınacak tedbirlerin, uygulanabilmesi» (İİK. mad. 179a/I) için gerekli giderleri mahkeme veznesine depo etmesi gerekir.^[120]

[120] Bknz: 23. HD. 15.09.2011 T. 645/343

Mahkemenin avans olarak belirleyeceği miktardaki giderlerin, tayin ettiği süre içinde yatırılmaması halinde, mahkemece iflâsın ertelenmesi talebi reddedilerek, «borçlunun iflâsına» karar verilir.

e- Fevkalade mühletten yararlanılmamış olması: İİK. 'nun 329a maddesi uyarınca «bir sermaye şirketi veya kooperatif, fevkalade mühlet elde ettiği takdirde, mühletin bitiminden itibaren bir yıllık süre içinde 179 ve devamı maddeleri uyarınca iflâsın ertelenmesinden yararlanamazlar.»^[121]

Doktrinde^[122] «bu yasal düzenlemenin iflâsın ertelenmesi kurumunun amacı ile bağdaşmadığı» ileri sürülmüştür. Çünkü fevkalade mühlet; şirketin borca batık olup olmadığı ile ilgili bir husus olmayıp, Bakanalar Kurulu kararının kapsamına giren borçlulara tanınan bir imkandır.

Fevkalade mühletten yararlanmış olan bir sermaye şirketi veya kooperatif, bu mühletin bitiminden itibaren bir yıl içinde borca batık hale gelebilir, ancak mali durumunun iyileştirilmesi ümidi bulunabilir. Böyle bir durumda, «bu şirket ya da kooperatifin iflâsın ertelenmesi durumundan yararlanamayacağı»nın ileri sürülmesinin, mantıklı bir açıklaması olamaz...

İİK'nun 179. maddesine -son fıkra olarak- 6728 s. K. ile;

“Daha önce iflâsın ertelenmesinden yararlanmış bir sermaye şirketi veya kooperatif, duruma göre uzatma dahil erteleme süresinin bitiminden itibaren bir yıl geçmedikçe iflâsın ertelenmesi talebinde bulunamaz” şeklinde yeni bir fıkra eklenmiştir.

Bu yeni düzenlemenin ne amaçla yapıldığı, maddenin gerekçesinde “4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sırasında iflâsın ertelenmesi ile fevkalade hallerde mühlet kurumları arasında, Kanun'un 329/a maddesi ile bir bağlantı sağlanmış ve bu iki müesseseden birinden yararlanan borçlu için, diğerine başvuru bakımından bir yıllık engel geliştirilmiş idi. 179. Maddenin ikinci fıkrası ile bu bağlantı, birden çok iflâsın ertelenmesi talebi ile de sağlanmakta ve böylelikle borçlunun, aslında bir lütuf (atıfet) olan bu kurumu istismar etmesinin önüne geçilmek istenmektedir.” şeklinde belirtilmiştir.

f- İflâsın ertelenmesi talebinin incelenmesi: İflâsın ertelenmesi talebinin «basit yargılama usulüne» göre (HMK. mad. 316, 102/e) inceleneceği konusunda, İİK. mad. 179'da açık bir hüküm bulunmamakta (sadece; İİK. mad. 179a/VII

[121] Bknz: 23. HD. 11.12.2012 T. 5273/7285

[122] PEKCANITEZ, H. agm. s:333–ATALAY, O. age. s: 96–ÖZEKES, M. agm. s:3267–MUŞUL, T. age. s: 113

ve IX 'da bir düzenleme bulunmakta) uygulamada bu talep *basit yargılama usulüne göre* incelenmektedir.

'İflasın ertelenmesi' kararı verilmesi için, nereye (hangi mahkemeye) -nere-sinin *yetkili mahkeme* olduğu- konusunda İİK'nun 179. maddesinin 6728 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmasından önceki metninde özel bir düzenleme bulunmamakta idi. Bu dönemde *yetkili mahkemenin*, "borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki mahkeme" olduğu (İİK. mad. 154/III, c:2)^[123] bu yetkinin *kamu düzenine* ilişkin bir '*kesin yetki*'^[124] olduğu ve görevli mahkemenin ise ticaret mahkemesi^[125] olduğu kabul edilmekteydi...

6728 sayılı Kanun ile, maddenin birinci fıkrasına "... idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler işletme projesini son bir yıldan uzun süre ile şirket merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeye sunarak iflasın ertelenmesini isteyebilirler" şeklinde bir hüküm -2. cümle olarak- eklenmiştir.

Yüksek mahkeme «şirket merkezinin, iflasın ertelenmesi talebinde bulunmadan kısa bir süre önce, başka bir yere taşınıp, daha sonra orada iflasın ertelenmesi talebinde bulunulmuş olmasının, mahkemece iflasın ertelenmesi kararı verilmesine engel teşkil etmeyeceğini»^[126] ancak «şirket merkezinin iflasın ertelenmesi talebinden kısa bir süre önce nakline rağmen, şirketin eski adresinde faaliyetine devam etmesi halinde, şirketin *kötüniyetli sayılacağını ve şirketin iflasın ertelenmesi talebinin reddedilip iflasına karar verilmesi gerekeceğini*»^[127] ifade etmiştir.

İflasın ertelenmesi talebi *hasımsız* olarak yapılır. Ancak mahkemece *evrak üzerinde değil duruşma yapılarak* incelenir.^[128] Bu talep mahkemece *öncelikle ve ivedilikle* sonuçlandırılır (İİK. mad. 179/III, c:2) ve mahkeme gerek görürse *borçlu şirketin/kooperatifin idare ve temsille vazifelendirilmiş kimseleri ve alacaklıları* dinleyebilir (İİK. mad. 179/III, c:1).

[123] Bknz: 23. HD. 03.06.2013 T. 1529/3720; 08.03.2013 T. 351/1392; 24.09.2012 T. 3723/5362; 22.09.2011 T. 783/532; 17. HD. 27.05.2010 T. 385/4866; 19. HD. 12.04.2010 T. 2287/4232; 03.03.2010 T. 11672/2264; 12.11.2009 T. 8426/10450; 21.2.2008 T. 11116/1471; 10.5.2007 T. 442/4741; 16.12.2004 T. 11503/12674

[124] Bknz: HGK. 20.02.2013 T. 19-643/256

[125] Bknz: 17. HD. 27.05.2010 T. 385/4866; 19. HD. 12.04.2010 T. 2287/4232; 03.03.2010 T. 11672/2264; 12.11.2009 T. 8426/10450

[126] Bknz: 19. HD. 03.03.2010 T. 11672/2264; 12.11.2009 T. 8426/10450

[127] Bknz: 19. HD. 12.04.2010 T. 2287/4232

[128] Karş: **ÇAVDAR, S./BİÇKİN, İ.** age. s:102–**TÜRK, A.** agm. s:299–**BERKİN, N.** Borçları Mevcudunu Aşan Sermaye Şirketlerinin Takipsiz İflası (İst. İTİAD. 1974/2, s:161 vd.)

İflâsın ertelenmesi talebi, çekişmeli yargıya dahil bir dava değil çekişmesiz yargı işidir.^{[129] [130]}

İİK. mad. 179'da açık bir hüküm bulunmamakla beraber **yüksek mahkeme**^{[131] [132]} öteden beri «şirket borçlarının muvazaalı olarak aktiften fazla olması sonucunu doğuracak *kötüniyetli davranışların önüne geçmek ve anonim şirketin (kooperatifin) borca batık durumda olmadığını, iyileştirme projesinin yetkili bulunmadığını kanıtlama olanağı vermek amacıyla*» iflâsın ertelenmesi talebinin İİK'nun 166/II. maddesinde öngörülen usulle ilanını istemekte ve bu ilan üzerine «*borca batıklık durumu ve iyileştirme projesine itiraz edenler varsa, bu itirazlarının değerlendirilip, erteleme koşullarının bulunup bulunmadığının araştırılıp, varılacak uygun sonuç çerçevesinde karar verilmesini*» istemektedir...

İflâs davalarında karar verilmeden önce *davadan feragat* mümkün ise de, «iflâsın ertelenmesi talebi»nin içinde, mahkemeye yapılacak zorunlu bildirim bulunduğundan, *erteleme talebinden feragat edilse bile*, şirket borca batık durumda ise (ve iyileşme ümidi de bulunmuyorsa), mahkemece «şirketin iflâsına» karar verilir.^[133]

«İflâsın ertelenmesi» talebinde bulunmuş olan kimse daha sonra duruşmaya gelmemiş dahi olsa, mahkemece dosya işlemden kaldırılmamalı ve yargılamaya devam edilip gerekli karar verilmelidir.^[134]

Bir şirket ya da kooperatif tarafından iflâsın ertelenmesi istendikten sonra, başka bir alacaklı tarafından iflâs davası açılmışsa veya bir alacaklı tarafından iflâs davası açıldıktan sonra şirket ya da kooperatif tarafından iflâsın ertelenmesinin istenmiş olması halinde de mahkemece «*iflâsın ertelenmesine*» karar verilebilir.

Yüksek mahkeme^[135] de; «*bir sermaye şirketinin alacaklılarından biri tarafından açılmış iflâs davası görülürken, şirket tarafından mahkemeye başvurularak*

[129] PEKCANITEZ, H. agm. s:348, 356–BALCI, Ş. İflâsın Ertelenmesi, s:133 vd.–ÖZTEK, S. age. s:77–TÜRK, A. age. s:306–TÜRK, A. agm. s:299–ALTAY, S. agm. s:630–ÜSTÜNDAĞ, S. Medeni Yargılama Hukuku, s:32 vd.

[130] Karş: ATALAY, O. age. s:70 vd.–YILDIRIM, M.K. 4949 sayılı Kanunun Getirdiği Değişikliklerle İcra İflâs Kanununda Yer Alan İptâl Davalarına ve İflâsın Ertelenmesine İlişkin Yeni Hükümler (Yeditepe Üniv. Huk. Fak. D. 2005, S:I/2, s:471, 483)

[131] Bknz: 19. HD. 13.10.2010 T. 5758/1221; 22.09.201 OT. 5536/10109; 11.5.2006 T. 1472/5159; 13.10.2005 T. 6649/1006 vb.

[132] Bu uygulamanın eleştirisi için bknz: ÖZEKES, M. agm. s:3269 vd.

[133] Bknz: 19. HD. 15.3.2007 T. 94/2567; 16.12.2004 T. 11113/12672

[134] Bknz: 19. HD. 1.11.2001 T. 4679/6959

[135] Bknz: 19. HD. 30.12.2004 T. 5463/13371

'borca batıklık bildirimi ile birlikte iflâsın ertelenmesinin istenmesi halinde', alacaklı tarafından açılan iflâs davasının, iflâsın ertelenmesi konusundaki incelemenin sonucunu beklemesi gerektiğini» belirtmiştir.

«İflâsın ertelenmesi» talebi üzerine mahkemece öncelikle «*iflâsın ertelenmesini talep etmiş olan şirket ya da kooperatifin gerçekten borca batık durumda olup olmadığı*» -ve iflâsın ertelenmesi talebinin ilanı üzerine müdahale ve itirazda bulunmuş olan alacaklıların «hayali alacaklılar yaratılarak borca batıklığın sağlandığı yani pasifin aktiften fazla gösterildiği, erteleme koşullarının bulunmadığı» konularındaki itirazları- hakkında bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekeceği gibi, bunun yanında ayrıca «iflâsın ertelenmesini talep etmiş olan şirket ya da kooperatifin hazırlayarak mahkemeye sunmuş olduğu 'iyileştirme projesi'nde önerilen tedbirlerin yeterli olup olmadığı» konusunda da bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekir.^[136]

Hakim bilirkişi yerine geçerek, olayı çözümleyemez.^[137]

İflasın ertelenmesi talebinde bulunan taraf, acaba daha sonra bu talebinden feragat edebilir mi? Eğer, mahkemece yapılan inceleme sonucunda «borçlunun, borca batık olmadığı» anlaşılırsa, bu durumda zaten « iflasın ertelenmesi talebinin reddine» karar verileceğinden, davacı da iflasın ertelenmesi talebinden feragat edebilmelidir. Fakat, inceleme sonucunda «borçlunun borca batık olduğu» ortaya çıkarsa, mahkemece «iflasın ertelenmesine» karar verilemiyorsa, «iflas kararı» iflasın ertelenmesi talebinden feragat edemez.^[138]

Yüksek mahkeme^[139] -isabetli olarak- «*kayım olarak atanmış olan kişiden bilirkişi olarak yararlanılamayacağını (bilirkişi kurulunda yer alamayacağını)*» belirtmiştir...

Uygulamada; «iflâsın ertelenmesi» talebinde bulunan şirket ya da kooperatifin yetkili kişileri, bu taleple birlikte ayrıca «*ihtiyati tedbir yoluyla takiplerin*

[136] Bknz: 23. HD. 15.01.2013 T. 5244/66; 02.11.2012 T. 3333/6353; 14.07.2011 T. 561/99; 19. HD. 27.10.2010 T. 7454/12117; 27.10.2010 T. 7011/12113; 07.07.2010 T. 5119/8590; 23.06.2010 T. 4824/7949; 09.06.2010 T. 4430/7173; 09.06.2010 T. 4490/7171; 09.06.2010 T. 4456/7169; 24.03.2010 T. 953/3333; 24.03.2010 T. 11302/3330; 19.11.2009 T. 7858/10940; 18.11.2009 T. 7762/10872; 12.11.2009 T. 9761/10484

[137] Bknz: HGK. 14.11.2007 T. 19-824/839; 19. HD. 09.10.2008 T. 1591/9270; 13.10.2010 T. 5516/11219

[138] Bknz: **KARSLI, A.** İflasın Ertelenmesinde Bazı Problemler (Haluk Konuralp Anısına Armağan, 2009, C:2, s:267 vd.)

[139] Bknz: 19. HD. 22.2.2007 T. 9189/1610; 14.12.2006 T. 7735/12005; 6.7.2006 T. 5800/7368

de durdurulmasını» istemekte, mahkemece oluşturulan «tensip kararı» ile, bu istem kabul edilerek,^[140] -acele alınan- bilirkişi raporuna dayanılarak «takiplerin durdurulmasına» da karar verilmektedir.

Yaptırılan «bilirkişi incelemesi»nin sonucuna göre;

a) Borçlunun «borca batık olmadığı» tespit edilirse mahkemece «*iflâs talebinin -ve iflâsın ertelenmesi talebinin- reddine*» karar verilir.^[141]

b) Borçlunun «borca batık olduğu» tespit edilir ancak mahkemeye «iyileştirme projesi sunmadığı»^[142] veya «sunduğu iyileştirme projesinde önerilen tedbirlerin borçlu şirket ya da kooperatifin iyileşmesi için yeterli olmadığı»^[143] sonucuna varılırsa, mahkemece «*iflâsın ertelenmesi talebinin reddine ve -saat ve tarih belirterek-*^[144] *borçlunun iflâsına*» karar verilir.^[145]

c) «Borçlunun borca batık olduğu tespit edilir ve iyileştirme projesinde önerilen tedbirlerin borçlu şirket ya da kooperatifin iyileştirmesi için yeterli olduğu» sonucuna varılırsa, mahkemece «*iflâsın ertelenmesine*» karar verilir.^[146]

Mahkemece verilen «iflâsın ertelenmesi ile ilgili kararlar» tebliğ tarihinden itibaren *on gün* içinde *temyiz* edilebilir (İİK. mad. 164).^[147] ^[148] Temyiz üzerine Yargıtay 19. Hukuk Dairesince verilen kararlara karşı da on gün içinde -eski dosyalarda- *karar düzeltme* yoluna başvurulabilir.^[149]

[140] Bknz: 19. HD. 22.6.2006 T. 11455/13571

[141] Bknz: 19. HD. 16.3.2006 T. 1419/2641

[142] Bknz: 19. HD. 15.2.2007 T. 10477/1321; 15.6.2006 T. 4960

[143] Bknz: 19. HD. 10.7.2008 T. 5953/7758; 19.6.2008 T. 244/6888; 6.6.2008 T. 4905/6284; 29.5.2008 T. 4272/5875

[144] Bknz: 23. HD. 26.09.2011 T. 725/576

[145] Bknz: 19. HD. 27.10.2010 T. 11154/12100; 20.10.2010 T. 6887/11730; 18.11.2009 T. 9738/10881; 29.05.2008 T. 4272/5875; 15.5.2008 T. 2796/5382

[146] Bknz: 19. HD. 7.2.2008 T. 8360/873; 29.11.2007 T. 6424/10719; 12.7.2007 T. 5185/7442; 8.3.2007 T. 9070/2188; 1.3.2007 T. 9801/1916 vb.

[147] Bknz: 23. HD. 09.02.2012 T. 4805/878; 11.10.2012 T. 4472/5924; 19. HD. 20.10.2010 T. 8604/11658; 18.09.2008 T. 6993/8481; 24.04.2008 T. 2453/4349; 6.6.2008 T. 4566/6283; 6.4.2007 T. 2127/3464; 15.12.2005 T. 10187/12550; 27.10.2005 T. 7796/10713; 6.7.2006 T. 5834/7370

[148] «İflâsın ertelenmesi» kararının temyiz edilebilip edilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda bknz: **MUŞUL, T.** age. s: 154–**ÖZEKES, M.** agm. s: 3253 vd.; 3274 vd.- **KAYA, A.** agm. s: 302 vd.

[149] Bknz: 19. HD. 28.9.2006 T. 7142/8968

Temyiz ve karar düzeltme süreleri *adli tatilde* de işler.^[150]

İflas davasına *müdabil* olmamış alacaklılar, iflasın ertelenmesi ya da iflas kararına karşı *istinaf yoluna* başvuramazlar.^[151]

Yüksek mahkeme;

√ «Davalı şirket hakkında karar tarihinden önce başka mahkemece iflas kararı verilmiş ve bu karar kesinleşmişse ‘davanın konusu kalmadığından, karar verilmesine yer olmadığına’ şeklinde karar verilmesi gerekeceğini, davalı şirket hakkında ikinci kez iflas kararı verilemeyeceğini»^[152]

√ «İflas davası sırasında, iflasın ertelenmesine ilişkin derdest bir dava var ise, o davanın sonucu beklenilmesi gerekeceğini; iflası istenen bir şirketin, iflas davası sırasında borca batıklık bildiriminde bulunarak, iflasın ertelenmesini savunma olarak ileri sürülebileceği, bu takdirde de öncelikle iflasın ertelenmesi talebinin incelenerek iflasın bu incelemenin sonucunu beklemesi gerekeceğini»^[153]

belirtmiştir...

6728 s. K ile bu maddede değiştirilmiş olan hükümler, «*maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılan iflasın ertelenmesi talepleri*» hakkında uygulanır.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce verilmiş iflasın ertelenmesi kararına dayanılarak yapılan uzatma talebi hakkında verilecek karar da, iflasın ertelenmesi talebi hakkında verilmiş karara ilişkin kanun yoluna tabidir.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte derdest olan dosyalarda kayyım olarak atanan kişiler, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on gün içinde, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanlıklarına bildirilir. Üçten fazla dosyada görevi devam eden kayyımlara yeni görev verilemez (6728 s. K. mad. 6 «2004 s. K. Geçici mad. 12»).

[150] Bknz: 19. HD. 23.11.2006 T. 9079/10992

[151] Bknz: 19. HD. 24.03.2009 T. 1081/3334; 20.10.2010 T. 5714/11652

[152] Bknz: 23. HD. 17.05.2013 T. 3095/3320; 31.05.2012 T. 1261/3826; 01.11.2012 T. 2947/6346

[153] Bknz: 23. HD. 02.12.2013 T. 6059/7619

B) ERTELEME YARGILAMASI (İİK M.179/A) * **

6102 sayılı yeni TTK'nun 376 ve 377'nci maddelerinin getirdiği sisteme uyum sağlanabilmesi ve iflâsın ertelenmesine ilişkin mevcut hükmün uygulamada ortaya çıkardığı bazı sorunlara çözüm getirebilmek amacıyla, İİK'nun 179/a maddesi -6728, 4949 ve 6103 sayılı Kanunlarla- yeniden düzenlenmiştir.

“*Erteleme yargılaması*” karar başlıklı bu maddede; ‘İflâsın ertelenmesi talebinde bulunulması’ üzerine;

- Mahkemece -‘tensip kararı’- ile «yeterli sayıda kayyım atanması» (atanacak kayyımın nitelikleri, kayyımın görev ve sorumlulukları),

- “Kayyım atama kararının tescil ve ilanı”,

- “İflâsın ertelenmesi talebine itiraz”,

- “Mahkemece alınacak tedbirler”,

- İflâsın ertelenmesi yargılaması sırasında verilecek ‘tedbir talebinin reddi ya da kabulü kararları’na karşı “istinaf yoluna başvurulması”

konuları düzenlenmiştir.

a) **Kayım atanması:** “Önceleri iflâsın ertelenmesine karar veren mahkemenin, bu kararlar birlikte -bir veya birden fazla^[1] kayıyım atanmasına karar

* Mahkeme, iflâsın ertelenmesi talebinde bulunulması üzerine, yönetim organının yerine geçmesi ya da yönetim organı kararlarını veya işlemlerinin bir kısmını veya tamamını onaylaması ve ayrıca envanter işlemlerini başlatarak kontrolü altında yürütmesi için, derhal, görevinin gerektirdiği mesleki ve teknik yeterliliğe sahip, yeterli sayıda kayıyım atar.

İflâsın ertelenmesi talebi, kayıyımın atanmasına ilişkin karar, kayıyımın mahkemece belirlenmiş görevleri ve temsil yetkisi ile bunların sınırları tescil edilmek üzere ticaret sicili müdürlüğüne bildirilir ve 166 ncı maddenin ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinde öngörülen usulle ilan ettirilir. Bu ilanda alacaklıların iflâsın ertelenmesi talebinin ilanından itibaren iki haftalık kesin süre içinde itiraz ederek iflâsın ertelenmesi şartlarının bulunmadığını ileri sürebilecekleri ve mahkemeden talebin reddini isteyebilecekleri belirtilir.

Mahkeme ayrıca şirketin veya kooperatifin malvarlığının korunması ve faaliyetlerinin yürütülmesi için gerekli olan tedbirleri alır; 179/b maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraya hükümleri saklı kalmak ve toplam iflâsın ertelenmesi süresinden sayılmak kaydıyla, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere şirket veya kooperatif aleyhine takip yapılmasını yasaklayabilir veya evvelce başlatılmış takipleri durdurabilir. Bu süre içinde ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları uygulanmaz; bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez.

İflâsın ertelenmesi yargılaması sırasında tedbir talebinin reddi veya bu talebin kabulü hâlinde aynı mahkemeye yapılacak itiraz üzerine verilecek kararlara karşı 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 341 inci ve devamı maddeleri uyarınca istinaf yoluna başvurulabilir.

Kayıyım, mahkemece uygun görülecek sürelerde, sermaye artırımını ödemelerinin gerçekliği ve bunların kullanım yerlerini de gösterecek şekilde şirket veya kooperatifin faaliyetleri hakkında rapor verir.

Mahkeme gerektiğinde kayıyımın görevine son verebilir ve görevine son verilen ya da istifa eden kayıyımın yerine yenisini seçer. Mahkemece atanan kayıyımlar, özel sicilinde kaydedilmek üzere mahkemenin bağlı bulunduğu adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanlığına bildirilir. Bir kişi aynı anda en fazla üç dosyada kayıyım olarak atanabilir. Kayıyımın sorumlulukları hakkında 227 nci maddenin dördüncü ve beşinci fıkrası hükümleri uygulanır.

Mahkeme, gerekli görürse idare ve temsille vazifelendirilmiş kimseleri ve alacaklıları dinleyebilir.

Şirket veya kooperatif, erteleme yargılaması sırasında ancak bir defaya mahsus olmak üzere revize iyileştirme projesi verebilir.

İflâsın ertelenmesi talepleri öncelikle ve ivedilikle sonuçlandırılır.

Mahkeme, projeyi ciddi ve inandırıcı bulur ve şirket veya kooperatifi iflâsın ertelenmesine layık görürse iflâsın ertelenmesine; şirket veya kooperatifin borca batık olmadığını tespit ederse erteleme talebi ile iflâs davasının reddine; aksi takdirde şirketin veya kooperatifin iflâsına karar verir.

** Bu madde 6728 sayılı Kanunun 2. maddesi ile yapılan değişiklik sonucunda bu şekli almıştır.

31.07.2016 tarihli ve 28787 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin “İflâs erteleme” kenar başlıklı 4 üncü maddesi;

veriyorken, bu kanunla yapılan değişikte «iflasın ertelenmesi istemi üzerine, kayyım, tensip tutanağı ile»^[2] atanması^{»[3]} öngörülmüştür.

Düzenlemenin *en önemli yeniliklerinden birisi*; iflâsın ertelenmesi istemi üzerine, kayyımın *tensip tutanağı* ile atanmasının ve görevlerinin belirlenmesinin zorunlu hâle getirilmiş olmasıdır. Böylece, istemle birlikte şirketlerde ve kooperatiflerde yönetim kurulunun prosedür süresince alacaklıların ve diğer menfaat sahiplerinin zararına hareket etmeleri önlenmiş olacaktır. Bu husus, uygulamada büyük şikayetlere sebep olmuştur.

“Olağanüstü halin devamı süresince, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 179uncu maddesi uyarınca sermaye şirketleri ile kooperatifler tarafından iflasın ertelenmesi talebinde bulunulamaz; bu yönde yapılan talepler mahkemelerce reddedilir.” hükmünü içermektedir. Anılan hükümle, 21.07.2016 tarihinden itibaren ülke genelinde ilan edilen olağanüstü halin devamı süresince FETÖ/PDY silahlı terör örgütü ile irtibatlı olabilecek sermaye şirketleri ve kooperatiflerin iflasın ertelenmesi hükümlerinden ve bu kapsamdaki hukukî korumadan yararlanmalarının önüne geçilebilmesi amaçlanmıştır.

Bu kapsamda, olağanüstü hal ilanından sonra yapılan iflasın ertelenmesi taleplerinin, mahkemelerce 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 4 üncü maddesi uyarınca reddedilmesi öngörülmüştür. Bu hüküm, aynı zamanda olağanüstü halin ilanından önce yapılmış olan iflasın ertelenmesi talepleri hakkında, olağanüstü hal süresince nihai kararın verilemeyeceğine de amirdir.

“Bu itibarla;

1- 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 4 üncü maddesinin olağanüstü halin devamı süresince, bir başka ifadeyle 21/07/2016 tarihinden itibaren doksan gün boyunca uygulanması gerektiği, bu kapsamda anılan maddenin, olağanüstü halin ilan edildiği 21/07/2016 ila 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği 31/07/2016 tarihleri arasında da uygulanacağı,

2- Olağanüstü halin ilanından sonra yapılan iflasın ertelenmesi taleplerinin, 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 4 üncü maddesi uyarınca doğrudan reddedileceği,

3- Olağanüstü halin ilanından önce yapılan iflasın ertelenmesi talepleri hakkında, tedbir kararı verilip verilmediğine bakılmaksızın, olağanüstü hal süresince nihai kararın verilemeyeceği,

4- Olağanüstü halin ilanından önce iflasın ertelenmesi talebinde bulunulmuş ve henüz tedbir kararı verilmemiş ise, olağanüstü hal süresince tedbir kararı verilemeyeceği,” öngörülmüştür (Bknz: Ad. Bak.Huk.İş.Gn.Müd.’nün 22.08.2016 tarih ve 73640249-045.02[02]-87-2016-E.379/1261 sayılı genelgesi).

Hükümetçe; önce 90 gün olarak öngörülen olağanüstü hal bilahare 90 gün daha uzatılmış olduğundan bu süre içerisinde sermaye şirketleri ve kooperatifler tarafından ‘iflasın ertelenmesi’ talebinde bulunulamayacak ve bu yönde yapılan talepler mahkemelerce reddedilecektir.

Eğer olağanüstü hal hükümetçe tekrar uzatılırsa, uzatılacak yeni süre içinde de mahkemelerden iflasın ertelenmesi talebinde bulunulamayacaktır...

[1] **ÖZEKES, M.** İflâsın Ertelenmesi “İİK. m. 179-179b; TTK. m. 324” (Legal Huk. D. 2005/ Eylül, S:33, s:3278)–**ATALAY, O.** Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi, s:139–**MUŞUL, T.** İflâsın Ertelenmesi, s:147

[2] ÖZTEK, S. age., s:136 – **ERMENEK, İ.** age., s:318

[3] Bknz: 23. HD. 18.04.2013 T. 2112/2546

Mahkemece -'iflâsın ertelenmesi' talebinde bulunulması üzerine-;

- "Yönetim organının yerine geçmesi",

- Ya da, "yönetim organı kararlarının veya işlemlerinin bir kısmını ya da tamamını onaylaması"

- Ve ayrıca "envanter işlemlerini başlatarak kontrolü altında yürütmesi" için derhal -görevinin gerektirdiği mesleki ve teknik yeterliliğe sahip- 'yeterli sayıda' kayyım atar (İİK. mad. 179a/1).

Bu husus maddenin gerekçesinde "179/a maddesinin 14/01/2011 tarihli ve 6103 sayılı Kanununun 41.maddesi ile değişik **birinci fıkrası** ile ilke olarak korunmakla birlikte, özellikle kayyımın taşınması gereken nitelikler ve kayyım yüklenen görevler ile sorumluluklar açıklanmakta, böylece uygulamada ortaya çıkan belirsizliğin giderilmesi amaçlanmaktadır. Düzenlemeye göre kayyım gerek yönetim gerek denetim amacıyla atanır, envanter işlemlerini başlatacak ve kontrolü altında yürütecektir. İşletme doktrinindeki terminolojiye uygun olarak kayyım, envanter işlemlerinin aralıklarla denetimi ile değil, sürekli biçimde kontrolü ile görevlendirilmiştir" şeklinde belirtilmiştir.

Doktrinde^{[4][5]} «tüzel kişilerin de kayyım olarak atanabileceği» kabul edilmektedir.

Mahkemece «yönetim kurulunun yerine geçmesi ya da yönetim *kurulu kararlarını onaylaması için*» tayin edilen kayyımlara -uygulamada- «tasdik kayyımı» ya da «yönetim kayyımı» denilmektedir. **Doktrinde**^[6] ve **Yargıtay içtihatlarında** «yönetim kayyımını olağanüstü koşullarda, istisnai olarak atanması gerektiği» belirtmiştir.

[4] ATALAY, O. İflâsın Ertelenmesi (Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, s:76)–ATALAY, O. age. s:139–ÖZTEK, S. İflâsın Ertelenmesi, s:133–TÜRK, A. Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Borca Batıklık Nedeniyle İflâsı ve İflâsın Ertelenmesi Konusunda İcra ve İflâs Kanununda Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi ve Öneriler (Dokuz Ey. Ün. Huk. Fak. D. 2004, C:6, S:1, s:355)–MUŞUL, T. age. s:146 – ERMENEK, İ. İflâsın Ertelenmesi, s:298–GÜMÜŞ, M. A. Türk Medeni Hukukunda Kayyımlık, s:128

[5] Karş: ÇETİN, Ö. K. İflâsın Ertelenmesi Bağlamında Kayyımlık, 2011, s:49 vd.–AKİL, C. İflâsın Ertelenmesinde Muhafaza Tedbirleri, Özellikle Kayyımlık (BATİDER,2009/ III,s:244)

[6] ÖZTEK, S. age. s:136

Yüksek mahkeme;

√ «Borçlu şirket vekilinin 'kayım' olarak atanamayacağını»^[7]

√ «Yargılama sırasında 'bilirkişi' olarak görevlendirilmiş olan kişinin, daha sonra 'kayım' olarak atanamayacağını»^[8]

√ «Davacının gösterdiği kişinin 'kayım' olarak atanmasının doğru olmadığını, 'kayım'ın bu işlerden anlayan kişiler arasından mahkemece doğrudan doğruya atanması gerekeceğini»^[9]

belirtmiştir.

Mahkeme kayyımı atarken olduğu gibi, görevden alınırken ya da yetkilerini kısıtlar veya arttırırken tam takdir yetkisine sahiptir.

Mahkeme kayyım atarken, «şirket yönetim organının yetkilerini tümüyle elinden alıp kayyıma verebileceği gibi, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğini kayyımın onayına bağlı kılabilir» (İİK. mad. 179a/II, c:2).^[10]

Kayımın hukuki durumu konkordato komiserine (İİK. mad. 287/II) benzer. Ancak, konkordato komiserinden farklı olarak icra mahkemesinin değil, kendisini atayan ticaret mahkemesinin denetimine tabidir. Bu nedenle de, kayyımın karar ve işlemlerine karşı şikayet onu atayan ticaret mahkemesine yapılır.^[11]

Kayımı atayan ticaret mahkemesi, kayyımın ücretini de belirler.

İİK. mad. 179a/V'de «Kayyımın mahkemece uygun görülecek sürelerde, sermaye artırımını ödemelerinin gerçekliği ve bunların kullanım yerlerini de gösterecek şekilde şirket veya kooperatiflerin faaliyetleri hakkında rapor vereceği» de öngörülmüştür. Maddenin gerekçesinde bu husus; «Beşinci fıkra uyarınca kayyım, mahkemece uygun görülecek sürelerde şirket veya kooperatiflerin faaliyetleri hakkında rapor düzenlemek konusunda da görevlendirilmektedir. Raporunda bulunması gereken hususların kanunda tek tek yazılması mümkün olmamakla beraber, sermaye artırımını ödemelerinin gerçekliği ve bunların kullanım yerlerinin raporda yer alması gerektiği özellikle vurgulanmaktadır. Uygulamada küçük tutarların sermaye ödemesi adı altında bankaya yatırıldığı, aynı paranın kısa bir süre sonra

[7] Bknz: 19. HD. 17.12.2009 T. 10847/11940

[8] Bknz: 19. HD. 7.6.2007 T. 1716/5872

[9] Bknz: 19. HD. 14.12.2001 T. 6168/8384

[10] Ayrıntılı bilgi için bknz: ÇETİN, Ö. K. age.s:145 v.d.

[11] ATALAY, O. age. s:141–ATALAY, O. agm. s:77–ÖZEKES, M. agm. s:3278–ÇETİN, Ö. K. age., s:70 vd.

çekilerek tekrar aynı ad altında yatırılmak suretiyle art niyetli davranışlara tevessül edildiği gözlemlendiğinden artırıldığı belirtilen sermayenin kullanım yerinin de raporda yer alması gerektiğine dikkat çekilmektedir. Talepte bulunan şirket ya da kooperatifin faaliyet gösterdiği sektörün özellikleri de dikkate alınarak dönemler itibarıyla üretim miktarı, hammadde dengesi, üretim için kullanılan enerji miktarı gibi önemli verilerin kayyımın raporunda karşılaştırmalı olarak gösterilmesi de gerekmektedir...» şeklinde açıklanmıştır.

*Kayyımın hukuki sorumluluğu konusunda İcra ve İflas Kanununda herhangi bir düzenleme bulunmadığından **doktrinde**^[12] «kayyımın hukuki sorumluluğun hangi esaslara göre tayin edileceği» hususunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bu konuda kayyımın «tasfiye memurlarının (TTK. mad. 450, 224, 219/IV) hukuki sorumluluğuna», «TMK.'nundaki kayyımın hukuki sorumluluğunu düzenleyen hükümlere (TMK. mad. 467, 468) göre sorumluluğun belirlenmesi gerektiği», «Anayasa'nın 129/IV ve 40/III maddeleri uyarınca bir kamu görevlisi olan kayyımın eylem ve işlemlerinden dolayı Devletin (Adalet Bakanlığının) hukuki sorumluluğunun gündeme gelmesi gerektiği» ileri sürülmüştür.*

b) İflasın ertelenmesi talebi ile kayyımın atanmasına ilişkin kararın tescil ve ilanı (İİK. mad. 179a/II):

“İflasın ertelenmesi talebi, kayyımın atanmasına ilişkin karar, kayyımın mahkemece belirlenmiş görevleri ve temsil yetkisi ile bunların sınırları tescil edilmek üzere ticaret sicili müdürlüğüne bildirilir ve 166 ncı maddenin ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinde öngörülen usulle ilan ettirilir.” (İİK. mad. 179a/II, c:1)

İflasın ertelenmesi talebi -İİK. mad. 166/II. c:2 ve 3 uyarınca- ilan edilirken ayrıca -İİK. mad. 166/II, c:1 uyarınca- tapuya, ticaret sicil memurluğuna, gümrük ve posta idarelerine, Türkiye Bankalar Birliğine, mahalli ticaret odalarına, sanayi odalarına, menkul kıymetler borsalarına, Sermaye Piyasası Kuruluna ve diğer ilgili yerlere bildirilir.^[13]

c) İflasın ertelenmesi talebine itiraz (**İİK. mad. 179a/II, c:2**): İİK. mad. 179a/II, c:1 uyarınca «İflasın ertelenmesi talebi ile kayyımın atanmasına ilişkin kararın ilanı»nda, “alacaklıların iflasının ertelenmesi talebinin ilanlardan itibaren iki haftalık kesin süre içinde, talebe itiraz ederek ‘iflasın ertelenmesi şartlarının bulunmadığını’ ileri sürerek ‘talebin reddini’ isteyebilecekleri’ bildirilir.

[12] ÇETİN, Ö. K. age., s:162 vd. – **ERMENEK, İ.** İflasın Ertenilmesi, s:316 vd.

[13] Bu hükmün kabul edilmiş nedeni için bkz: “4949 s. Kanuna Ait Hükümet Gerekçesi”

Maddenin “bu ikinci fıkrasının gerekçesinde”; “Maddenin ikinci fıkrasındaki ilan, kapsamı genişletilmek suretiyle korunmaktadır. İlanla Kanunun 173. Maddesinin ikinci fıkrasında “müdahale veya itiraz” olarak düzenlenen yargılamaya iştirak yolu, kıyasen, iflas erteleme talepleri için de kabul edilmektedir. 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra da alacaklıların yargılamaya katılmaları ve bu bağlamda delil sunmaları, itiraz ve beyanda bulunmaları ve hatta verilen kararı temyiz etmeleri imkanları benimsenerek bunun yasal dayanağa kavuşturulması yanında, art niyetli ve yargılamayı sürüncemede bırakacak şekilde uygulanmasının da önüne geçilmek istenmekte ve bu nedenle itiraz, süreye tabi tutulmaktadır. İletişim kanallarının gelişmiş, yaygın ve hızlı olduğu günümüzde alacaklıların, iflas erteleme başvurusundan kolaylıkla haberdar olduğu ve yasal yollara başvurduğu bilinmektedir. İtiraz sadece “iflasın erteleme şartlarının bulunmadığı” ve “talebin reddinin istenebileceği” hallerle sınırlı tutulmaktadır. Ertelenmeyi destekleyen alacaklıların borçlu ile her zaman borç yapılandırılması veya sırada sona geçme anlaşması (TTK. mad. 376/son), gibi yollara gidebileceği; hatta şirket ya da kooperatife aynı ya da nakdi destek olabileceği, borçlarını teminatlandırabileceği düşünüldüğünde, bunları her zaman şirket ya da kooperatif yönetimi ve özellikle kayyım kanalıyla projeye ve mahkemeye yansıtabileceği kabul edilmektedir”

şeklinde açıklamada bulunmuştur.

ç) **Diğer muhafaza tedbirleri:** İflâsın ertelenmesine karar veren ticaret mahkemesi «şirket ve kooperatif malvarlığının ve alacaklıların menfaatlerinin korunması için» gerekli gördüğü İİK. mad. 179’da öngörülmemiş olan başka tedbirlerin de alınmasına karar verebilir. Örneğin; borçlu şirketin taşınmazlarının devredilmesi ya da taşınmazlar üzerinde yani yükümlülükler kurulmaması için tapuya şerh konulmasına karar verebilir (TMK. mad. 920, 1010).^{[14][15]}

«Diğer muhafaza tedbirleri» olarak, «şirkete ait işletmelerin faaliyetlerinin durdurulup durdurulamayacağı» da tartışma konusu olmuştur. Bu konuda genel olarak «mahkemenin, kayyımın da görüşünü alarak, ancak sürekli zarar etmekte olan ve şirket malvarlığını gittikçe azaltan, alacaklıların menfaatlerini tehlikeye sokan işletmeleri kapatabilmesinin isabetli olacağı» kabul edilmektedir.^[16]

[14] ATALAY, O. age. s:147–ATALAY, O. agm. s:82–KURU, B. İcra ve İflâs Hukuku, C:3, s:2815–KAYA, A. Borca Batık Anonim Şirketin İflâsının Ertelenmesi (Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, 2001, s:298)–ALTAY, S. Konkordato, C:2, s:1387–TÜRK, A. agm. s:358–ÖZTEK, S. age. s:143

[15] Karş: MUŞUL, T. age. s:138

[16] ATALAY, O. agm. s:83–ATALAY, O. age. s:149

Ayrıca belirtelim ki; «ticaret mahkemesince verilen tedbirin yerine getirilmesi için, icra memurunun ‘infaz memuru’ olarak görevlendirilmiş olması halinde, bu kişinin yaptığı işlemlere yönelik şikayet, *icra mahkemesince değil tedbir kararını veren ticaret mahkemesince*»^[17] incelenir.

İİK. mad. 179a/III’de bu konuda;

“Mahkemece ayrıca şirketin ve kooperatifin özvarlığının korunması ve faaliyetlerinin yürütülmesi için gerekli olan tedbirleri alır; 179/b maddesinin ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri saklı kalmak ve toplam iflasın ertelenmesi süresinden sayılmak kaydıyla, 27/07/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’a göre yapılan takiplerde dahil olmak üzere şirket veya kooperatif aleyhine takip yapılmasını yasaklayabilir veya evvelce başlatılmış takipleri durdurabilir. Bu süre içinde ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları uygulanmaz; bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez” denilmiştir.

Bu maddenin gerekçesinde;

“179/a maddesinin üçüncü fıkrası, daha önce Kanunda normatif düzenlemesi bulunmayan fakat mahkemelerce uygulana ve sonrasında 6103 s. Kanun’un 41.maddesi ile norma dönüştürülen tedbir kurumuna açıklık getirme amacını taşımaktadır. Maddeyle getirilen üç önemli değişiklik bulunmaktadır. Bunlardan ilki yargılama aşamasında verilecek tedbirlerin neler olduğunun açıklanmasıdır. Uygulamada çoğu kez farklı tedbirlerin verildiği, alacaklılar ile borçlular arasında farklılık yaratıldığı ve nihai hükümle verileden daha fazlasının yargılama aşamasında tedbirle verildiği tecrübe edildiğinden, tedbirlerin netleştirilmesinde fayda görülmektedir. İkinci önemli değişiklik yargılama aşamasında verilen tedbirlerin toplam erteleme süresinden sayılmasına ilişkin düzenlemedir. Yargıtay’ın bu konudaki kararları bir istikrar kazanmamıştır. Yargılama sürecindeki gereksiz uzamalar ve birçok somut olayda özellikle erteleme kararlarının bozulması sonrasında erteleme süresinin yasal beş yıllık süreyi aştığı, sekiz-on yıl gibi sürelerle ulaştığı yönündeki yakınmalar sıklıkla dile getirilir olmuştur. Düzenlemeyle bir yandan borçluya erteleme projesinin başarılı olabilmesi için net bir süre verilmekte, öte yandan da alacaklının katlanması gereken süre belirginleştirilmektedir. Üçüncü yenilik ihtiyati tedbir kararları ile ihtiyati haciz kararlarının uygulanmayacağına hükme bağlanmasıdır. Özellikle ihtiyati haciz uygulamalarının da tıpkı hacizler gibi durdurulmasının sağlanması önemli görülmektedir. Yargıtay uygulaması ile bir kısım öğretinin benimsediği “ihtiyati haczin bir takip muamelesi olmadığı” düşüncesinden hareketle, hakkında iflas erteleme tedbirleri verilmiş borçlular

[17] Bknz: 12. HD. 18.01.2010 T. 19470/728

aleyhine ihtiyati haciz uygulanarak erteleme amacına aykırı davranılması suretiyle borçlunun durumunun kötüleştirildiği ve ıslahın zorlaştırıldığı görüldüğünden, bu yönde bir düzenleme yapılması gerekli görülmektedir” denilmiştir.

Yüksek mahkeme;

√ «Mahkemece, iflas erteleme davasında İİK. mad. 179/a gereğince ‘davacı şirket aleyhinde yapılan tüm ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir ve icra takiplerinin tedbire durdurulmasına’ karar verildiğinden, tedbir kararından sonra başlatılan icra takibinin durdurulmasına karar verilmesi gerekirken takibin iptali yönünde hükmün isabetsiz olduğunu»^[18]

√ «İflasın ertelenmesi davasında verilen tedbir kararının ilamsız takibe yapılan itirazın kaldırılması talebinin icra mahkemesince incelenmesine engel teşkil etmediğini, borçlunun tedbir kararını icra müdürlüğüne ibraz ederek her zaman takibin durdurulmasını talep edebileceğini»^[19]

belirtmiştir...

d) Kayyımın görevine son verilmesi ve yeni kayyım atanması (İİK. mad. 179a/VI):

-İİK. mad.179a/VI’da bu konuda;

“Mahkeme gerektiğinde kayyımın görevine son verebilir ve görevine son verilen ya da istifa eden kayyımın yerine yenisini seçer. Mahkemece atanan kayyımlar, özel sicilinde kaydedilmek üzere mahkemenin bağlı bulunduğu adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanlığına bildirilir. Bir kişi aynı anda en fazla üç dosyada kayyım olarak atanabilir. Kayyımın sorumlulukları hakkında 227. maddenin dördüncü ve beşinci fıkrası hükümleri uygulanır.” denilmiştir.

Bu maddenin gerekçesinde;

«**Altıncı fıkra** mahkemenin gerektiğinde kayyımın görevine son verebileceği ve görevine son verilen ya da istifa eden kayyımın yerine yenisini seçebileceğine ilişkin düzenleme yer almaktadır. Mahkemece atanan kayyımların mahkemenin bağlı bulunduğu adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanlığına bildirilmesi ve bir kişinin aynı anda en fazla üç dosyada kayyım olarak atanabilmesi öngörülmektedir. Böylece bir yandan kayyımların görevlerini yeterli zaman ayırmak suretiyle sağlıklı bir şekilde yürütebilmeleri amaçlanırken diğer yandan

[18] Bknz: 12. HD. 19.11.2013 T. 27971/36734; 13.11.2013 T. 30862/35815; 13.11.2013 T. 30861/35816

[19] Bknz: 8. HD. 13.11.2013 T. 8879/16456

uygulamada bir kayyımın aynı anda yürüttüğü iş sayısı sebebiyle meydana gelen duraksama ve şikayetlerin önlenmesi hedeflenmektedir. Adalet komisyonları nezdinde, mahkemelerce görevlendirilen kayyımlara ilişkin özel bir sicil tutulacaktır. Kayyımın aldığı dosya sayısının denetimi, adalet komisyonlarından sorulmak suretiyle gerçekleştirilebilecektir. Kayyımın sorumluluğu hakkında ise Kanun'un 227. maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarına atıf yapılmaktadır. Buna göre kayyım kusurundan ileri gelen zarardan sorumlu tutulacaktır ve Türk Ceza Kanun'unun uygulanmasında kamu görevlisi sayılacaktır.» açıklamasına yer verilmiştir.

e) İflasın ertelenmesi talebinin incelenmesi: İflasın ertelenmesi talebi öncelikle ve ivedilikle sonuçlandırılmıştır (İİK. mad. 179a/IX).

Mahkeme, gerekli görürse 'idare ve temsille görevlendirilmiş kimseleri' ve 'alacaklıları' dinleyebilir (İİK. mad. 179a/VII).

Mahkeme, yargılama sırasında, en çok bir kere sunulan 'revize iyileştirme projesi' ni inceleyebilir. «Uygulamada anlamlı sayılmayacak nitelikte değişiklikler içeren yeni (gözden geçirilmiş = iyileştirilmiş = revize) projelerin sunulduğu; mahkemenin her seferinde bunların değerlendirilmesi için bilirkişi görüşüne başvurduğu ve bu suretle yargılama sürecinin uzatıldığı gözlemlendiğinden, bu yolun kısıtlanması amaçlanmaktadır. Düzenleme özellikle bilirkişi raporunda gösterilen olumsuzlukların bir sefere mahsus olarak verilecek revize iyileştirme projesiyle giderilmesi imkanı, borçludan esirgenmemiştir. Esasen ilave sermaye artırımını, sırada sona geçme ve borç yapılandırma sözleşmeleri, alacaklıların alacaklarından feragatleri gibi önemli iyileşme unsurları, her aşamada kayyım tarafından mahkemeye yansıtılabilecektir. Bu nedenle getirilen düzenlemenin borçlu aleyhine olmadığı, bilakis yargılamayı hızlandırma amacına hizmet ettiği kabul edilmektedir.»^[20]

İflas erteleme yargılaması sırasında "tedbir talebinin reddi" veya "bu talebin kabulü" halinde aynı mahkemeye yapılacak itiraz üzerine verilecek kararlara karşı "HMK.'nun 341 vd. uyarınca istinaf yoluna başvurabilir.

Mahkemece, yargılama sonunda;

- Proje ciddi ve inandırıcı bulunur ve şirket veya kooperatifin iflasını ertelemeye layık görürse; 'iflasın ertelenmesine',

- Şirket veya kooperatifin borca batık olmadığını saptarsa; 'iflas erteleme talebi ile iflas davasının reddine'

- Aksi takdirde; 'şirketin veya kooperatifin iflasına' karar verir.

[20] Bknz: 6728 s. K. mad. 179a ilgili gerekçesi

Bu düzenlemeyle, iflasın ertelenmesinin borca batıklık ve iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olması yönündeki iki temel unsuruna, üçüncü bir temel unsur olarak, 'borçlunun iflas ertelemeye layık olması' unsuru ilave edilmektedir. Borçlunun iflas ertelemeye layık olması 4721 s. TMK.'nın 2. maddesindeki dürüstlük kuralının özel bir uygulama şekli olup, bu unsura öğretide ve az sayıdaki Yargıtay kararında değinilmiştir. Bu ilkenin art niyetli erteleme taleplerinin önüne geçmekte ciddi bir fayda sağlayacağı ve bilimsel ve yargısal içtihatlarla yönlendirileceği ve kapsamının belirlenebileceği düşünülmektedir. İflas ertelemenin borçlu için bir hak olmayıp bit lütuf (atıfet) düzenlemesi olduğu yönündeki ilke dikkate alındığında, borçlunun mali anlamda iyi bir proje sunması yanında objektif ve sübjektif iyiniyetini de ortaya koyması beklenmektedir. Örnek olarak sahte ya da çifte ticari kayıtlar tutan, mal kaçıran, borçlarını saklayan, çok sık adres değiştirerek alacaklılarından kaçan ve mahkemenin yetkisine etki etmeye çalışan, art arda birden çok kez iflasın ertelenmesi ve konkordato yoluna giden borçluların ertelemeye layık olmadıkları kabul edilebilecektir.

Yine uygulamada sıkça karşılaşılan, art arda merkez değişikliği yapmak suretiyle yetkili mahkemenin talep sahibi şirket veya kooperatif tarafından belirlenmesi noktasında özellikle alacaklılar bakımından ortaya çıkan sorunun giderilmesi hususu yargısal içtihatlarla bırakılmakta ve bu hususta iflas ertelemeye layık olma unsuru mahkemeler tarafından başvurulabilecek önemli bir kıstas olarak görülmektedir. Bu nedenle 2004 s. K.'nin 154. maddesindeki ilke korunmaktadır.»^[21]

6728 s. K ile bu maddede değiştirilmiş olan hükümler, «*maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılan iflasın ertelenmesi talepleri*» hakkında uygulanır.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce verilmiş iflasın ertelenmesi kararına dayanılarak yapılan uzatma talebi hakkında verilecek karar da, iflasın ertelenmesi talebi hakkında verilmiş karara ilişkin kanun yoluna tabidir.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte derdest olan dosyalarda kayyım olarak atanan kişiler, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on gün içinde, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanlıklarına bildirilir. Üçten fazla dosyada görevi devam eden kayyımlara yeni görev verilemez (6728 s. K. mad. 6 «2004 s. K. Geçici mad. 12»).

[21] Bknz: 6728 s. K. mad. 179a ilgili gerekçesi

C) ERTELEME KARARI VE SONUÇLARI (İİK M.179/B) * **

Bu maddede erteleme kararının «süresi», «etkileri», «kaldırılması», «kayı-
mın değiştirilmesi» ve «mahkemece verilecek nihai kararların hüküm fıkralarının
tescili» konuları düzenlenmiştir.

a) İflâsın ertelenmesi süresi: «İflâsın ertelenmesi talebi»ni yerinde bulan
mahkemenin, kararında «iflâsın hangi süre için ertelendiğini» belirtmesi
gerekir. Bu süre kanunda «*en fazla bir yıl*»^[1] olarak öngörülmüş olduğundan

* Erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de
dâhil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur, ihtiyati
tedbir ile ihtiyati haciz kararları uygulanmaz; bir takip muamelesi ile kesilebilen
zamanaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez.

Erteleme sırasında taşınır, taşınmaz veya ticari işletme rehniyle temin edilmiş alacaklar
nedeniyle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan
takiplere devam edilebilir; ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınamaz ve
rehinli malın satışı gerçekleştirilemez. Bu durumda erteleme süresince işleyecek olup
mevcut rehinle karşılanamayacak faizler teminatlandırılmak zorundadır.

206 ncı maddenin birinci sırasında yazılı alacaklar için haciz yoluyla takip yapılabilir.
Erteleme süresi azami bir yıldır. Bu süre mahkemece uygun görülmesi hâlinde bir yıl
daha uzatılabilir. Uzatma talebi hakkında karar verilebilmesi için erteleme kararının
kesinleşmesi bekletici sorun yapılır. Uzatma yargılaması sırasında ancak bir defa revize
iyileştirme projesi verilebilir.

İflâsın ertelenmesine karar veren mahkeme 179/a maddesi uyarınca atanan kayyımın
görevine devam etmesine karar verebileceği gibi aynı niteliklere sahip yeni kayyım da
atayabilir. Kayyım, takvim yılının her üç aylık dönem sonu itibarıyla şirketin projeye
uygun olarak iyileşme gösterip göstermediğini mahkemeye rapor eder. Kayyım ayrıca
şirketteki olağanüstü gelişmeleri mahkemeye derhal rapor etmekle yükümlüdür.

Erteleme süresi sonunda, kayyımın verdiği raporlardan veya gerek gördüğünde alacağı bilirkişi raporundan borca batıklığın devam ettiğini tespit eden mahkeme, şirketin veya kooperatifin iflasına karar verir.

Erteleme süresi dolmamakla birlikte, mahkeme kayyımın verdiği raporlardan veya gerek gördüğünde alacağı bilirkişi raporundan şirketin veya kooperatifin malî durumunun iyileştirilmesinin mümkün olmadığı kanaatine varırsa, erteleme kararını kaldırarak şirketin veya kooperatifin iflasına; şirket veya kooperatifin bu aşamada borca batıklığının ortadan kalktığı sonucuna varırsa, erteleme talebi ile iflas davasının reddine karar verir.

İflasın ertelenmesi talebi üzerine mahkemece verilen nihai kararların hüküm fıkraları tescil edilmek üzere ticaret sicili müdürlüğüne bildirilir ve 166 ncı maddenin ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinde öngörülen usulle ilan ettirilir.

** Bu madde 6728 sayılı Kanununun 3. maddesi ile yapılan değişiklik sonucunda bu şekli almıştır.

31.07.2019 tarihli ve 28787 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin “İflas erteleme” kenar başlıklı 4 üncü maddesi;

“Olağanüstü halin devamı süresince, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 179uncu maddesi uyarınca sermaye şirketleri ile kooperatifler tarafından iflasın ertelenmesi talebinde bulunulamaz; bu yönde yapılan talepler mahkemelerce reddedilir.” hükmünü içermektedir. Anılan hükümle, 21.07.2016 tarihinden itibaren ülke genelinde ilan edilen olağanüstü halin devamı süresince FETÖ/PDY silahlı terör örgütü ile irtibatlı olabilecek sermaye şirketleri ve kooperatiflerin iflasın ertelenmesi hükümlerinden ve bu kapsamdaki hukuki korumadan yararlanmalarının önüne geçilebilmesi amaçlanmıştır.

Bu kapsamda, olağanüstü hal ilanından sonra yapılan iflasın ertelenmesi taleplerinin, mahkemelerce 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 4 üncü maddesi uyarınca reddedilmesi öngörülmüştür. Bu hüküm, aynı zamanda olağanüstü halin ilanından önce yapılmış olan iflasın ertelenmesi talepleri hakkında, olağanüstü hal süresince nihai kararın verilemeyeceğine de amirdir.

“Bu itibarla;

1- 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 4 üncü maddesinin olağanüstü halin devamı süresince, bir başka ifadeyle 21/07/2016 tarihinden itibaren doksan gün boyunca uygulanması gerektiği, bu kapsamda anılan maddenin, olağanüstü halin ilan edildiği 21/07/2016 ila 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği 31/07/2016 tarihleri arasında da uygulanacağı,

2- Olağanüstü halin ilanından sonra yapılan iflasın ertelenmesi taleplerinin, 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 4 üncü maddesi uyarınca doğrudan reddedileceği,

3- Olağanüstü halin ilanından önce yapılan iflasın ertelenmesi talepleri hakkında, tedbir kararı verilip verilmediğine bakılmaksızın, olağanüstü hal süresince nihai kararın verilemeyeceği,

4- Olağanüstü halin ilanından önce iflasın ertelenmesi talebinde bulunulmuş ve henüz tedbir kararı verilmemiş ise, olağanüstü hal süresince tedbir kararı verilemeyeceği,”

öngörülmüştür (Bknz: Ad. Bak.Huk.İş.Gn.Müd.’nün 22.08.2016 tarih ve 73640249-045.02[02]-87-2016-E.379/1261 sayılı genelgesi).

Hükümetçe; önce 90 gün olarak öngörülen olağanüstü hal bilahare 90 gün daha uzatılmış olduğundan bu süre içerisinde sermaye şirketleri ve kooperatifler tarafından ‘iflasın ertelenmesi’ talebinde bulunulamayacak ve bu yönde yapılan talepler mahkemelerce reddedilecektir.

Eğer olağanüstü hal hükümetçe tekrar uzatılırsa, uzatılacak yeni süre içinde de mahkemelerden iflasın ertelenmesi talebinde bulunulamayacaktır...

[1] Bknz: 23. HD. 16.11.2012 T. 4574/6738, 24.04.2013 T. 2333/2642

(İİK. mad. 179b/IV, c:1) mahkeme bu süreyi kararda «*üç ay, altı ay*» olarak belirleyebilir. Bu suretle mahkeme, atayacağı, kayyımın kısa sürelerde rapor vermesini öngörerek, bu verdiği süre içinde de şirketin (kooperatifin) durumunu kontrol ederek, bu süre içinde veya sonunda, şirketin (kooperatifin) durumu iyileşmişse, erteleme kararına son verebilir.^[2]

‘Bir yıllık erteleme süresi’, mahkemece uygun görülmesi halinde «*bir yıl daha*» uzatılabilir (İİK. mad. 179b/IV,c:2). Uzatma talebi hakkında karar verilebilmesi için erteleme kararının kesinleşmesi bekletici sorun yapılır. Uzatma yargılaması sırasında ancak bir defa *revize iyileştirme projesi* verilebilir (İİK. mad. 179b/IV, c: 3,4)^[3]

Uzatma süresinin, ilk erteleme süresinin dolduğu tarihten itibaren başlatılması gerekir.^[4]

Yüksek mahkeme^[5] «İİK. mad. 179b/IV hükmüne rağmen, ‘iki yıl süreyle iflâsın ertelenmesine karar verilemeyeceğini» belirtmiştir.

Mahkemenin tayin ettiği bu -üç aylık, altı aylık ya da bir yıllık- süre, kayyımın verdiği raporlar dikkate alınarak, mahkemece «uygun görülecek süreler ile» uzatılabilir; ancak *uzatma süreleri toplamı* bir yılı geçemez.

Böylece *erteleme* ve *uzatma sürelerinin* toplamı *iki yılı* geçemez.

‘*Ertelme süresi sonunda*’ (İİK. mad. 179b/VI) veya ‘*erteleme süresi dolmakla birlikte*’ (İİK. mad. 179b/VII) mahkeme hem kayyımın verdiği raporu

[2] PEKCANITEZ, H. İflâsın Ertelenmesi (İBD. 2005/2, s:346)

[3] “Dördüncü fıkrada erteleme süresinin *bir yıl olduğuna ilişkin ilke korunmakta*; bu sürenin mahkemece uygun görülmesi halinde *bir yıl daha uzatılabileceği hükmüne bağlanmaktadır*. Mevcut düzenlemeye göre dört yıl olarak uygulanması gereken fakat yargı sürecindeki sorunlar nedeniyle çoğu kez daha uzun sürelerle yayılan uzatma dönemi bir yıl ile sınırlanmaktadır. İstatistiki verilerden, erteleme süresinin uzun tutulduğu durumlarda şirket ve kooperatiflerin büyük çoğunlukla iflas halinden kurtulamadığının ve bu dönemde borçların artıp mal varlığının azaldığının görüldüğü; iflas kararı sonrasında masa mevcudunun erteleme yargılaması başındaki duruma göre erdiğinin ve alacaklıların daha kötü duruma düştüklerinin gözlemlendiği dikkate alınarak uzatma sürelerinin kısıtlanması yoluna gidilmektedir. Yargıtay uygulaması istikrar kazanmış olmakla birlikte erteleme ve uzatma kararları kesinleşmeden, yeniden uzatma istendiği ve karara bağlandığı; önceki kararın Yargıtay’ca bozulması üzerine borçlu ve alacaklıların hukuki durumlarının ve özellikle tedbirlerin hukuki durumlarının belirsiz bir hal aldığı görüldüğünden, bu sorunun giderilmesi için ‘*bekletici sorun*’ kurumu Kanun’a alınmaktadır. 179/a maddesindeki gerekçelerle ‘uzatma yargılaması sırasında da en çok bir kez revize proje sunulabilmesi’ yönünde düzenleme yapılmıştır” (6728 s. K.’nun İİK.mad. 179/b’ye ait Gerekçesi’nden).

[4] Bknz: 23. HD. 24.06.2013 T. 2677/4327

[5] Bknz: 19.HD. 22.12.2005 T. 9419/12879

dikkate alarak hem de ayrıca -«erteleme koşullarının bulunup bulunmadığı» konusunda-^[6] bilirkişi incelemesi yaptırıp, bilirkişinin vereceği rapor çerçevesinde^[7] «erteleme süresinin uzatılıp uzatılmayacağını» değerlendirerek **ya** «erteleme süresinin uzatılmasına»^[8] **veya** «erteleme süresinin kaldırılmasına» karar verir. **Birinci olasılıkta** mahkeme, erteleme süresini uygulanacak tedbirlere göre, belirli aralıklarla uzatabilir. Ancak, bu süre «en fazla bir yıl daha» uzatılabilir. İkinci olasılıkta ise, 'erteleme süresinin kaldırılması' kararı ile birlikte -'borca batıklığın' devam ettiğini tespit eden mahkeme- «şirketin veya kooperatifin iflasına» karar verir. Mahkeme eğer 'bu aşamada şirket veya kooperatifin borca batıklığının ortadan kalktığını saptarsa' 'erteleme talebi ile iflas davasının reddine' karar verir.^[9]

Ayrıca belirtelim ki, mahkemece «erteleme süresinin uzatılmasına» karar verilebilmesi için, «iflâsın ertelenmesi kararı»nın şekli anlamda kesinleşmiş olması gerekir.^[10]

Mahkeme, tayin ettiği erteleme süresi içinde, şirketin (kooperatifin) durumunun iyileşemeyeceğini saptarsa, erteleme süresinin sonunu beklemeden «erteleme kararının kaldırılmasına» karar verebilir...

Yüksek mahkeme, «erteleme süresinin uzatılması» konusunda;

√ «Erteleme kararı kesinleşmeden, ertelemenin uzatılmasına karar verilmeyeceğini»^[11]

[6] Çünkü, iflâsın ertelenmesi talebinin kabulü için, İİK. mad. 179'da öngörülen koşullar, «erteleme süresinin uzatılması» talebinin kabulü için de aynen aranır. Bknz: 19. HD. 5.7.2007 T. 2983/7061; 28.6.2007 T. 2797/6824

[7] Bknz: 19. HD. 14.12.2006 T. 8548/12012

[8] Bknz: 19. HD. 8.5.2008 T. E.2506/4981

[9] «Maddenin **altıncı ve yedinci fıkralarıyla** erteleme süresi dolmadan ve erteleme süresi sonunda mahkeme tarafından verilebilecek karar türleri düzenlenmektedir. Buna göre erteleme süresi sonunda, kayyımın verdiği raporlardan veya gerek gördüğünde alacağı bilirkişi raporundan, borca batıklığın devam ettiğini tespit eden mahkeme, şirketin veya kooperatifin iflasına karar verecektir. Erteleme süresi dolmamakla birlikte, mahkeme kayyımın verdiği raporlardan veya gerek gördüğünde alacağı bilirkişi raporundan, şirketin veya kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olmadığını kanaatine varırsa, erteleme kararını kaldırarak şirketin veya kooperatifin iflasına; şirket veya kooperatifin bu aşamada borca batıklığının ortadan kalktığı sonucuna varırsa, *erteleme talebi ile iflas davasının reddine* karar verecektir» (6728 s. K'nun İİK.mad. 179/b'ye ait Gerekçesi'nden)

[10] Bknz: 19. HD. 27.1.2006 T. 11486/590; 15.12.2005 T. 8068/12544; 15.12.2005 T. 10303/12552

[11] Bknz: 23. HD. 01.03.2012 T. 4820/1576; 24.02.2012 T. 670/1352

√ «Erteleme süresinin uzatılmasında da, iflasın ertelenmesinde olduğu gibi, borca batıklığın tespiti sırasında kaydi değerlerin değil rayiç değerlerin esas alınması gerekeceğini»^[12]

√ «Toplam beş yıllık (şimdi; iki) erteleme süresinin ilk iflas erteleme kararının verildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağını»^[13]

√ «Erteleme süresinin uzatılmasına karar verilebilmesi için, borca batıklığın henüz giderilmemiş olmasına rağmen mali durumdaki iyileşmenin devam ettiği hususunda mahkemede kanaat oluşmuş olması gerekeceğini»^[14]

belirtmiştir.

b) İflâsın ertelenmesi kararının etkileri: İflâsın ertelenmesi kararının bir kısım etkileri **kanunda** açıkça düzenlenmişken bir kısım etkileri konusu da belirtilmeyip **doktrin** tarafından öngörülmüştür.

aa- Takiplerin durması ve yeni takip yasağı: İflâsın ertelenmesi kararının en önemli etkisi; «*hakkında iflâsın ertelenmesi kararı verilen şirket ya da kooperatife karşı yeni takip yapılamaması ve daha önce başlamış olan takiplerin durması*»dır.

Bu husus kanunda «*iflâsın ertelenmesi kararı üzerine, borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamayacağı ve evvelce başlamış olan takiplerin duracağı*»^[15] şeklinde belirtilmiştir (İİK. mad. 179b/I).^[16]

Burada öngörülen «*takip yasağı*»nın kapsamına; bütün *icra takip işlemleri* girer. Örneğin, borçlu hakkında «*ödeme emri*» gönderilemez, «*haciz*», «*muhafaza altına alınma*», «*tahliye*», «*satış*» işlemleri yapılamaz. Hatta, bir

[12] Bknz: 19. HD. 03.03.2010 T. 12354/2262

[13] Bknz: 23. HD. 02.05.2013 T. 6670/2864

[14] Bknz: 23. HD. 24.10.2011 T. 670/1296; 04.10.2011 T. 515/747; 27.09.2011 T. 465/621; 16.02.2011 T. 14957/1909; 27.10.2010 T. 11875/12109; 10.12.2009 T. 9974/11576; 18.11.2009 T. 9754/10882; 10.12.2009 T. 9974/11576

[15] Ayrıntılı bilgi için bknz: ÜSTÜN, Ü. S. Kamu Alacaklarında Rüçhan Hakkı, 2013, s:217 vd.–ÖZKAN, Ö. İflasın Erteleme Kararının Alacaklılar ve Kamu İdaresi Arasında Etkileri (Sayıştay D. S:69, s:113) – TOMBALOĞLU, L. Amme Alacaklarının Takip ve Tahsil Usulü, 2011, s:349

[16] Bknz: 12. HD. 31.05.201 2T. 792/18773

«icra takip işlemi» sayılmamasına rağmen borçlu hakkında «takip talebi»nde de bulunulmaması,^{[17] [18]} «ihtiyati haciz kararı» verilememesi gerekir.^{[19] [19a]}

Yüksek mahkeme;

√ «Mahkemece -İİK. 179/b çerçevesinde- «icra takibi yapma yasağı konusunda verilen ihtiyati tedbir kararında açıkça «ihtiyati tedbir kararının ihtiyati hacizleri de kapsayacağı» belirtilmiş olmadıkça geçerliliğini sürdüren ihtiyati haciz kararına dayalı olarak ihtiyati haciz konulabileceğini, çünkü ihtiyati haczin bir «icra takip işlemi» sayılmadığı» (verilmiş olan ihtiyati tedbir kararının, ihtiyati haczin infazını engelleyeceğini)^[19b]

√ «Doktrin ve uygulamada iflas erteleme talebi üzerine, mahkemenin, yargılamanın devamı sırasında HMK'nun 389. maddesi uyarınca, ihtiyati tedbir yoluyla şirketin veya kooperatifin korunması için gerekli tedbirleri alacağını kabul edildiğini»^[20]

√ «Borçlu kiracının tahliyesinin, iflâsın ertelenmesinin amacına aykırı olduğunu, borçlu hakkında verilen tahliye kararının infazının -verilmiş olan tedbir kararı nedeniyle- mümkün olmadığını»^[21]

√ «İflâsın ertelenmesine karar verilen ve malvarlığının korunması için gerekli tedbirler kapsamında yönetimine kayyım atanan şirketin iflâsının ertelendiği döneme ilişkin prim borcu nedeniyle yürütülen takip dosyasından tebliğ edilen ödeme emrinin iptâli gerekeceğini»^[22]

[17] **TÜRK, A.** Sermaye Ortaklıklarının ve Kooperatiflerin Borca Batıklık Nedeniyle İflâsı ve İflâsın Ertelenmesi Konusunda İİK'da Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi ve Öneriler (Dokuz Eylül Ün. Huk. Fak. D. 2004/1, s:315)-**MUŞUL, T.** İflâsın Ertelenmesi, s:179

[18] Karş: **ATALAY, O.** Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi, s:152-**ÖZTEK, S.** İflâsın Ertelenmesi, s:102 (Bu görüşe göre; «takip talebi»nde bulunulması icra takip işlemi niteliğinde olmadığından, «iflâsın ertelenmesi» kararından sonra, borçlu hakkında «takip talebi»nde bulunulabilir, icra dosyası açılabilir ancak borçluya «ödeme emri» (ve «icra emri») gönderilemez...)

[19] Bknz: 19. HD. 25.5.2006 T. 4022/5558

[19a] Karş: 12. HD. 21.01.2014 T. 35334/1304

[19b] Bknz: 12. HD. 21.01.2014 T. 35334/1304

[20] Bknz: 23. HD. 05.08.2013 T. 5846/5021; 16.03.2012 T. 961/2067

[21] Bknz: 8. HD. 11.09.2012 T. 5255/7330; 24.01.2012 T. 14899/1512; 21.10.2012 T. 11074/25032; 08.02.2010 T. 1261/2348; 24.01.2012 T. 14899/1512; 19.06.2008 T. 9934/13010; 6. HD. 14.07.2008 T. 6685/9235

[22] Bknz: 10. HD. 3.4.2007 T. 3867/5176

√ «*Takip dosyasının, yetkisi alacaklı tarafça da kabul edilen icra dairesine -takibin yapıldığı icra dairesince- gönderilmesinin 'icra takibi işlemi' olması nedeniyle gönderme işlemi yapılamayacağı gibi, yetkili icra dairesince de borçluya ödeme emri gönderilemeyeceğini*»^[23]

√ «*'İflâsın ertelenmesi' kararına rağmen borçlu hakkında icra takibinde bulunmuş olan alacaklının bu takipte ilgili olarak yapacağı 'haciz talebi'nin reddine karar verilmesi gerekeceğini*»^[24]

√ «*'Kefalet'in sonuç doğurabilmesi için daha sonra «asıl borçlu» hakkında yapılmış olan takibin kesinleşmiş olması gerekeceğinden, asıl borçlu hakkında iflâsın ertelenmesine karar verilmiş olması halinde, borçlu hakkındaki takip kesinleşmeyeceğinden, ihtiyati haciz sırasında borçluya kefil olmuş olan üçüncü kişiye ödeme emri gönderilemeyeceğini*»^[25]

√ «*'İflâsın ertelenmesine' karar verildikten sonra, mahkemeden 'ihtiyati haciz kararı' alınarak borçlu hakkında icra takibinde bulunulamayacağını*»^[26]

belirtmiştir.

«Takiplerin durması ve yeni takip yasağı» konusunda, kanunda **iki istisna** kabul edilmiştir. **Birinci istisna** bazı **rehinli alacaklar** ile ilgilidir. Gerçekten kanunda «*erteleme sırasında taşınır, taşınmaz veya ticari işletme rehniyle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabileceği ya da başlamış olan takiplere devam edilebileceği*» öngörülmüştür (İİK. mad. 179b/II, c:1).

Ancak, belirtilen rehinli alacaklar için öngörülen «*takip yapabilme olanağı*» -hakkında iflâsın ertelenmesi kararı verilen- borçlunun malvarlığının korunması amacıyla kısıtlanmış ve ertelenme süresi içinde yapılacak rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipte «*rehin konusu mallar hakkında muhafaza tedbirleri alınamayacağı rehinli malların satışının yapılamayacağı*» kabul edilmiştir (İİK. mad. 179b/II, c:1).^[27]

[23] Bknz: 12. HD. 29.1.2007 T. 24116/1321

[24] Bknz: 12. HD. 18.7.2006 T. 13103/15927

[25] Bknz: 12. HD. 24.10.2005 T. 16871/20620

[26] Bknz: 12. HD. 29.4.2005 T. 5937/9227

[27] Bknz: 12. HD. 27.05.2010 T. 1016/13072

Yüksek mahkeme «İİK. 179b/II hükmüne rağmen, rehinin paraya çevrilmesi yolu ile yapılmış olan takiplerin tamamen durdurulmasına karar verilemeyeceğini» isabetli şekilde belirtmiştir.^[28]

Bazı rehinli alacaklarla ilgili -yukarıda açıklanan- takipler hakkında kanunda yer alan diğer bir (yeni) hüküm ile «borçlunun, erteleme süresince işleyecek olup, mevcut rehinle karşılanamayacak olan faizler için teminat göstermek zorunda olduğu» belirtilmiştir.

Böylece, borçlunun, rehinli alacaklının alacağına faizinin, rehinli malın satışından karşılanamaması halinde, satışın durması için teminat göstermemesi halinde, alacaklı tarafından rehinli malın satışı istenebilecektir...

Bu yeni düzenleme «hem iflâsın ertelenmesi kurumuna hem de eşitlik ilkesine aykırı olduğu» belirtilerek **doktrinde**^{[29][30]} eleştirilmiştir.

İkinci istisna, İİK'nun 206. maddesinin birinci sırasında yazılı alacaklarla ilgilidir: «206 ncı maddenin birinci sırasında yazılı alacaklar için haciz yolu ile takip yapılabilir» (İİK. mad. 179b/III).^[31] Bu tür -«işçi» ve «nafaka»- alacakları için *haciz* ve *satış* yapılabilir.

Hemen belirtelim ki, 206. maddenin birinci sırasının (A) bendinde işçi ücretleri için öngörülen «İflâsın açılmasından önceki bir yıl» ifadesini, burada «İflâsın ertelenmesi kararından önceki bir yıl» şeklinde anlamak gerekir.^{[32][33]}

Yüksek mahkeme «işçi alacakları» ile ilgili olarak;

[28] Bknz: 19. HD. 25.5.2006 T. 3624/5553; 8.7.2004 T. 3011/8154

[29] **ATALAY, O.** age. s:161 dipn. 601-**PEKCANITEZ, H.** agm. s:343-**ERDÖNMEZ, G.** İcra ve İflâs Kanununda Yapılan Değişikliklerin Amme Alacaklarının Tahsiline Etkisi (Tür. Bar. Bir. D. 2005, S:57, s:148)-**TÜRK, A.** agm. s:320-**SAYHAN, İ.** Anonim Şirketlerde Aktiflerin Pasifleri Karşılıyamasının Sonucu Olarak İflâs ve İflâsın Ertenilmesi (BATİDER, 2005, C:XXIII, S:1, s:117)

[30] Ayrıca belirtelim ki; Ankara 8. Asliye Ticaret Mahkemesi -15.12.2003 T. 176/189 -"bu hükmün eşitlik ilkesine aykırı olduğu" gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürüp, iptâli için Anayasa Mahkemesine başvurmuşsa da, **Anayasa Mahkemesi** bu istemi yerinde bulmamıştır. Bknz: Anayasa Mah. K. 17.4.2007 T. 109/51

[31] Bknz: 19. HD. 3.4.2007 T. 3657/6363; 21.12.2006 T. 19455/24452; 17.3.2005 T. 1032/2788; 12. HD. 3.6.2008 T. 8796/11430

[32] **TÜRK, A.** agm. s:322-Aynı doğrultuda; 12. HD. 26.5.2008 T. 8199/10617

[33] Bknz: 12. HD. 06.12.2011 T. 8900/26705, 25.02.2008 T. 606/3387; 29.11.2012 T. 17953/35552; 19.01.2012 T. 30947/851; 23.02.2012 T. 18774/4733; 28.12.2011 T. 7535/31087; 28.12.2011 T. 7539/31092

√ «İflasın ertelenmesinden en fazla bir yıl öncesine ilişkin ve erteleme süresinde doğan işçi alacakları İİK. mad. 206 kapsamında kabul edilmesi gerektiğini, aksi halde iflasın ertelenmesi süresinde tek geçim kaynağı ücreti olan işçinin korumasız bırakılmasının yasa koyucunun amacı ile bağdaşmayacağını»^[34]

√ «İİK.’nin 206. maddesindeki düzenlemenin işçiyi koruma amaçlı olduğunu, maddede ‘iflasın açılmasından öncesine ilişkin bir yıllık sürenin alt sınır olarak’ öngörülmüş olduğunu, ‘iflasın ertelenmesinden en fazla bir yıl öncesine ilişkin ve erteleme süresinde doğan işçi alacakları’nın bu madde kapsamında kabul edilmesi gerekeceğini, aksi halde iflasın ertelenmesi süresinde tek geçim kaynağı, ücreti olan işçinin korumasız bırakılmış olacağını»^[35]

√ «İİK.’nin 206. maddesinde yer alan ‘iflasın açılmasından önceki bir yıl’ ifadesi ile belirtilen sürenin, ‘erteleme kararının verildiği tarihten önceki bir yıl’ olduğunu»^[36]

√ «İflasın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları ve işçilik alacaklarının, İİK.’nin 206. maddesinin birinci sırasındaki alacaklardan iflasın ertelenmesinden en az bir yıl öncesine ilişkin ve erteleme süresinde doğan işçilik alacakları da aynı nitelikte olduğunu»^[37]

√ «İİK.’nin 179b/III’de belirtilen alacakların ‘işçilerin iş ilişkisine dayanan ve iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar alacakları ile kıdem tazminatları dahil iflas nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi nedeniyle hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları’ olduğunu»^[38]

belirtmiştir.

Bu hüküm de **doktrinde**^[39] «iflâsın ertelenmesi kurumunun amacına aykırı olduğu ve alacaklılar arasındaki eşitliği bozduğu» gerekçesiyle eleştirilmiştir.

[34] Bknz: 12. HD. 19.12.2013 T. 33314/40555

[35] Bknz: 12. HD. 08.03.2013 T. 31864/8226; 24.12.2012 T. 30502/39350; 18.12.2012 T. 20692/38740; 15.10.2012 T. 22106/259258

[36] Bknz: 12. HD. 19.01.201 2T. 30947/851; 29.11.2012 T. 17953/35552; 06.12.2011 T. 8900/26705

[37] Bknz: 12. HD. 02.12.2008 T. 17246/21403

[38] Bknz: 12. HD. 31.03.2008 T. 3745/6403

[39] **ATALAY, O.** İflâsın Ertelenmesi (Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, s:85)–**ATALAY, O.** age. s:160–**ERDÖNMEZ, G.** İcra ve İflâs Kanununda Yapılan Değişikliklerin Amme Alacaklarının Tahsiline Etkileri (Tür. Bar. Bir. D. 2005/Mart-Nisan, S:157, s:148)–**TÜRK, A.** agm. s:322–**SAYHAN, İ.** agm. s:117

Belirtilen 'ikinci istisna' kapsamında yer alan alacaklar için *ıflâs yoluyla* takip yapılamaz...

Kanunda sadece «*erteleme süresi içinde takip açılmayacağı*»ndan söz edildiğinden (İİK. mad. 179b/I), erteleme süresi içinde, borçluya karşı dava açılabilir veya açılmış davalara devam edilebilir. Ancak, bu davalar sonunda alınacak ilamlar takibe konulamaz.

Erteleme süreci içinde *itirazın iptâli* davası açılabilir mi? **Kanımızca**, itirazın iptâli davası açılması «icra takip işlemi» sayılmayacağından, erteleme süreci içinde *itirazın iptâli davası* açılabilmesi ancak dava sonucunda alınacak ilam icraya konulamamalıdır.^{[40][41]} **Yüksek mahkeme**^[42] bu konu ile ilgili olarak; «*erteleme süreci içinde açılan itirazın iptâli davasında karar verilemeyeceğini, erteleme kararının sonucuna kadar beklenmesi gerekeceğini*» belirtmiştir...

«Takip yasağı» sadece «hakkında erteleme kararı verilmiş olan borçlu» için geçerli olup, «müşterek borçlu» ve «müteselsil kefiller» (hatta; âdi kefiller^[43]) ile «borçlunun borcu için taşınmazını ipotek etmiş üçüncü kişiler» için böyle bir yasak söz konusu değildir.^[44]

Yüksek mahkeme, bu konuyla ilgili olarak;

√ «*Mahkemece verilen 'ıflâsın ertelenmesi' kararı -ve borçlu tarafından yapılan ıflâsın ertelenmesi talebi- kefiller ve (müteselsil kefiller) hakkında geçerli olmaya- çağından, mahkeme tarafından «tedbir kararının kefiller hakkında da uygulan- masına» şeklinde karar verilemeyeceğini*»^[45]

√ «*İflas erteleme talebinde bulunan borçlu şirketin borcunu temin amacıyla 3. kişiler tarafından verilen ipotekler hakkında tedbir yoluyla ipoteğin paraya çev- rilmesi yoluyla takip sırasında 'satışın durdurulmasına' karar verilemeyeceğini*»^[46]

[40] Aynı görüşte: **PEKCANİTEZ, H.** agm. s:344–**ATALAY, O.** age. s:152

[41] Karş: **ÖZTEK, S.** İflâsın Ertenmesi, s:104–**MUŞUL, T.** age.s:171

[42] Bknz: 19. HD. 25.1.2006 T. 5096/408; 12.4.2005 T. 9829/3987

[43] **PEKCANİTEZ, H.** agm. s: 354–**ERMENEK, İ.** İflâsın Ertenmesi, s:345 vd

[44] **TÜRK, A.** agm. s:316–**ATALAY, O.** age. s:157–**PEKCANİTEZ, H.** agm. s:353–**BALCI, Ş.** İflâsın Ertenmesi (Usul ve Esaslar), s:305–**OSKAY, M./KOÇAK, C./DEYNEKLİ, A./DOĞAN, A.** İİK. Şerhi, C:4, s:4696

[45] Bknz: 19. HD. 22.12.2005 T. 9419/12879; 17.3.2005 T: 11750/2789

[46] Bknz: 23. HD. 27.11.2013 T. 8167/7514

√ «Borçlu şirket hakkında verilmiş olan tedbir kararının 3. kişinin verdiği ipotegin paraya çevrilmesi için takip yapılmasını önlemeyeceğini (çünkü; tedbir kararında 3. kişinin taraf olmadığını)»^[47]

√ «Şirket ortağının, şirket borcunu temin amacıyla verdiği ipotek de, '3. kişinin verdiği ipotek' niteliğinde olduğundan, mahkemece tedbir yoluyla 'takibin durdurulmasına' karar verilemeyeceğini»^[48]

√ «Mahkemece verilmiş olan ihtiyati tedbir kararının, borçlu şirket kefilinin veya borçlu şirket lehine taşınmazını ipotek eden taşınmaz malikinin hukuki durumunu etkilemeyeceğini»^[49]

√ «Borçlu şirket lehine verilen «rehinli malların satışının gerçekleştirilmemesi» yönündeki tedbir kararının üçüncü kişinin malik olduğu taşınmazlar hakkında hüküm ifade etmeyeceğini»^[50]

√ «Mahkemece, iflâsın ertelenmesi talebi üzerine şirkete göre üçüncü kişi konumunda bulunan 'kefil' ve 'ipotekli taşınmaz malikleri'nin hukuki durumunu etkileyecek şekilde tedbire hükmedilemeyeceğini»^[51]

belirtmiştir.

Erteleme kararından önce başlamış olan takipler erteleme kararı ile duracağından (İİK. mad. 179b/I, c:1) mahkemece, «bu takipler nedeniyle daha önce konulmuş olan hacizlerin kaldırılmasına» karar verilemez.^[52]

Yüksek mahkeme, bu konuya ilişkin içtihatlarında;

√ «İcra müdürlüğünce, mahkemenin verdiği 'takiplerin durmasına veya yeni takip yapılmamasına' dair tedbir kararına dayanılarak 'hacizlerin kaldırılmasına' karar verilemeyeceğini»^[53]

[47] Bknz: 8. HD. 04.06.2013 T. 9543/8366

[48] Bknz: 23. HD. 25.02.2013 T. 6774/1049; 23.2.2013 T. 6774/1049; 19. HD. 15.02.2010 T. 6977/14361

[49] Bknz: 23. HD. 06.05.2013 T. 3126/2962

[50] Bknz: 12. HD. 21.11.2011 T. 7346/23093

[51] Bknz: 23. HD. 18.6.2013 T. 4279/4152; 1.4.2013 T. 1920/2047; 19. HD. 7.4.2005 T. 2033/3760

[52] **ÖZTEK, S.** age. s:94–**ATALAY, O.** age. s:153–**PEKCANITEZ, H.** agm. s:345–**MUŞUL, T.** age. s:181

[53] Bknz: 12. HD. 15.10.2009 T. 10436/19317; 06.07.2009 T. 6850/14767

√ «Tebdir kararından sonra borçlu şirkete ait araçlarla ilgili olarak verilmiş olan ‘haciz’ ve ‘muhafaza işlemleri’nin kaldırılması gerekeceği»^[54]

√ «‘Hacizlerin kaldırılması’ ve ‘tebdir kararı gereğince takiplerin durdurulması’ yönündeki isteklerin, İİK’nun 79/II. maddesi kapsamında kabul edilemeyeceği, bu konuda karar verilmesinin asıl icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesine ait görev olduğunu»^[55]

√ «Mahkemece ‘erteleme kararı’ ile birlikte ‘... hacizlerin de kaldırılmasına’ karar verilemeyeceği, çünkü ‘takiplerin durması’nın (İİK. 179b/I), ‘takibin bulunduğu aşamada kalması’nı ifade edip, ‘hacizlerin de kaldırılmasını’ gerektirmeyeceğini»^[56]

√ «İflâsın ertelenmesi talebini kabul eden mahkemenin, erteleme kararı ile birlikte ‘hacizlerin kaldırılmasına ve ipotekli takiplerin tamamen durdurulmasına’ karar veremeyeceğini»^[57]

belirtmiştir.

İflâsın ertelenmesi kararından önce, üçüncü kişilere *haciz ihbarnamesi* gönderilerek (İİK. mad. 89), borçlu şirketin (kooperatifin), üçüncü kişilerdeki müstakbel alacaklarının haczine karar verilmişse, müstakbel alacak olarak haczedilen ve iflâsın ertelenmesi süreci içinde doğacak olan üçüncü kişilerdeki alacakların konusu olan paraların borçlu şirkete (kooperatife) değil haciz ihbarnamesini göndermiş olan icra dairesine ödenmesi gerekir.^{[58][59]}

«İflâsın ertelenmesi» talebi üzerine, mahkemece *üçüncü kişilerin maddi hukuka dayalı haklarını etkileyecek biçimde* «tebdir kararı» verilmemesi gerekir.

Yüksek mahkeme, bu konuyla ilgili olarak;

√ «İflâsın ertelenmesi talebi üzerine mahkemece, *üçüncü kişilerin maddi hukuka dayalı haklarını etkileyecek biçimde* ‘takas, mahsup, hapis hakkı, protesto,

[54] Bknz: 12. HD. 7.12.2007 T. 20295/23148

[55] Bknz: 12. HD. 11.12.2006 T. 20321/23491

[56] Bknz: 19. HD. 22.12.2005 T. 10645/12885; 17.3.2005 T. 10326/2788; 30.12.2004 T. 7170/13440

[57] Bknz: 19. HD. 8.7.2004 T. 3011/8154; 25.12.2003 T. 10898/13284

[58] **ÖZTEK, S.** age. s:100–**ATALAY, O.** agm. s:155 – Bu konuda ayrıca bknz: **DELİDUMAN, S.** agm. s. 2608

[59] Karş: **MUŞUL, T.** age. s:183

temlik gibi hukuki işlem ve def'ilerin durdurulmasına' şeklinde takdir kararı verilemeyeceğini»^[60]

√ «'İflâsın ertelenmesi' halinde mahkemece 'sözleşmenin feshinin ihtiyati tedbir yoluyla engellenmesine' şeklinde -üçüncü kişilerin de hukukuna etkili olacak biçimde- karar verilemeyeceğini»^[61]

√ «'İflâsın ertelenmesi' talebi üzerine, mahkemece, verilen 'davacı şirketin keşideci ve ciranta olduğu kambiyo senetlerinin ödenmesinin tedbiren durdurulmasına' dair kararın, üçüncü kişilerin ödeme yapmasını durduracak nitelikte olduğundan yasaya aykırı sayılacağını»^[62]

√ «'İflâsın ertelenmesi talebi üzerine, mahkemece 'üçüncü kişilere birinci haciz ihbarnamesi gönderilmemesi' -ve 'takas', 'mahsup', 'temlik' yapılmaması- konusunda tedbir kararı verilemeyeceğini»^[63]

√ «'İflâsın ertelenmesi' talebi/kararı üzerine mahkemece 'borçlu şirketel/kooperatife ait çeklerin arkasına 'karşılıksızdır şerhinin yazılmamasına' ve 'bonoların protesto edilmemesine' tedbiren karar verilemeyeceğini»^[64]

√ «Erteleme talebinde bulunan şirketin lehtar olduğu teminat mektupları yönünden muhatap ve teminat mektuplarını veren bankanın hukuki durumunu etkileyecek şekilde tedbir kararı verilemeyeceğini»^[65]

√ «'İflâsın ertelenmesi' talebinin yerinde bulunması halinde, mahkemece 'rehin ve blokaj kayıtlarının kaldırılmasına' şeklinde -maddi hukuk alanında sonuçlar doğuracak- tedbir kararı verilemeyeceğini»^[66]

belirtmiştir.

«İflâsın ertelenmesi» talebi üzerine mahkemece «...borçlu hakkında yapılmış takiplerin durdurulmasına ve yeni takip yapılmamasına...» şeklinde 'ihtiyati tedbir kararı' verilmiş ve bu tedbir kararından sonra bazı alacaklılar tarafından

[60] Bknz: 19. HD. 10.4.2008 T. 240/3742; 28.6.2007 T. 2159/6816; 6.7.2006 T. 5226/7364; 4.5.2006 T. 2288/4946 vb

[61] Bknz: 19. HD. 7.6.2007 T. 1716/5872

[62] Bknz: 19. HD. 12.4.2007 T. 261/3707

[63] Bknz: 19. HD. 12.4.2007 T. 331/3708

[64] Bknz: 19. HD. 14.12.2006 T. 9054/12016

[65] Bknz: 19. HD. 7.12.2006 T. 8063/11674; 2.2.2006 T. 10903/845

[66] Bknz: 19. HD. 8.6.2006 T. 4390/6210; 10.3.2005 T. 11763/2432

borçlu hakkında takip yapılmışsa, borçlunun (süresiz)^[67] şikayeti üzerine, icra mahkemesince «yapılmış olan takibin iptaline»^[68] karar verilmesi gerekir. Eğer mahkemece «...borçlu hakkında yapılmış ve yapılacak tüm takiplerin durdurulmasına...» şeklinde karar verilmiş ve bu tedbir kararından bazı alacaklılar tarafından borçlu hakkında takip yapılmışsa, borçlunun (süresiz) şikayeti üzerine, icra mahkemesince -mahkemenin tedbir kararı yorumlanamayacağından- «borçlu hakkında yapılmış olan takiplerin durdurulmasına»^[69] karar verilir.

«Takip yasağı»na rağmen, erteleme kararından sonra borçlu hakkında takip yapılırsa, «süresiz şikayet yoluyla» (İİK. mad. 16/II) yapılmış olan bu takibin «iptâli» sağlanabilir.^[70]

Yüksek mahkeme, bu konuda;

√ «İflasın ertelenmesi istemi üzerine mahkemece, 'borçlu şirket hakkındaki icra takiplerinin önlenmesine' karar verildiği, alacaklının bu tedbir kararından sonra takip başlattığı görüldüğünden, mahkemece borçlu şirket hakkındaki 'takibin iptaline' karar verilmesi gerekirken 'takibin durdurulması' yönünde hüküm tesisinin isabetsiz olduğunu»^[71]

√ «Takip tarihinden önce verilen '... ihtiyati haciz istemi de dahil olmak üzere hiçbir takip işlemi yapılmamasına, yapılmış olan takiplerin ihtiyati tedbir yoluyla durdurulmasına...' şeklindeki ihtiyati tedbir kararı gereğince; anılan karardan sonra, borçlu şirket hakkında icra takibine devam edilmesinin ve dolayısıyla haciz uygulanmasının mümkün olmadığını»^[72]

√ «Asliye ticaret mahkemesinin ihtiyati tedbir kararında 'açılmış ve açılacak takiplerin durdurulmasına' karar verildiği anlaşıldığından, anılan bu tedbir

[67] Bknz: 12. HD. 25.12.2012 T. 20807/39927; 21.02.2012 T. 18831/4462

[68] Bknz: 12. HD. 08.03.2013 T. 31846/8229; 04.03.2013 T. 32485/7046; 11.03.2013 T. 5406/8721; 22.01.2013 T. 25422/1643; 27.11.2012 T. 17870/35017; 07.06.2012 T. 2715/19695; 01.11.2011 T. 5064/20901; 10.03.2011 T. 22900/2988; 28.02.2011 T. 20801/1993; 25.10.2010 T. 11964/24575; 05.07.2010 T. 6058/17699; 24.06.2010 T. 4059/16532; 10.06.2010 T. 2052/14711 vb.

[69] Bknz: 12. HD. 14.02.2013 T. 27420/4224; 01.07.2013 T. 16242/24496; 01.07.2013 T. 16599/24595; 02.07.2012 T. 6814/23195; 14.06.2012 T. 1630/20652; 17.05.2012 T. 31697/17512; 29.11.2011 T. 8082/25124; 29.06.2011 T. 15548/13606; 28.06.2011 T. 15401/13409 vb.

[70] PEKCANITEZ, H. agm. s:345–TÜRK, A. agm. s:317–ATALAY, O. age. s:152

[71] Bknz: 12. HD. 17.12.2013 T. 33294/40381

[72] Bknz: 12. HD. 09.12.2013 T. 33074/39164

kararının 'takibin iptali' sonucunu doğurmayıp ancak 'durdurulmasına' yol açacağını»^[73]

√ *«Mahkemece, iflasın ertelenmesi davasında verilen tedbir kararı gereğince takibin durdurulmasına karar verilmesinin gerekeceğini»^[74]*

√ *«İflasın ertelenmesi davasında verilen '...şirket hakkında yapılmış ve yapılacak takipler ile ihtiyati haciz ve tedbir uygulamalarının durdurulmasına...' dair karar doğrultusunda, takibin durdurulmasına ve tedbir kararından sonra konulmuş ihtiyati hacizlerin satış aşamasında geçilmeyerek aynen muhafaza edilmesine karar verilmesi gerekirken 'takibin iptali' ile 'ihtiyati hacizlerin fekkine' yönelik hüküm tesisinin isabetsiz olduğunu»^[75]*

√ *«İflasın ertelenmesi kararının verilmesi ile takip olduğu yerde duracağından, bu tarihten önce ihtiyaten haczedilen paranın borçluya ödenmemesinin gerekeceğini»^[76]*

√ *«İhtiyati tedbir kararı kaldırılıncaya kadar geçerliliğini ve etkisini sürdüreceğinden kaldırılması halinde, ancak sona erdiği tarihten itibaren hükümsüz hale geleceği, iflasın ertelenmesi kapsamında verilen ihtiyati tedbir kararının geçmişe etkili olacak şekilde kalkmasının söz konusu olmayacağını»^[77]*

√ *«Ticaret Mahkemesi'nin tedbir kararına göre, tedbir tarihinden önce borçlunun banka hesapları üzerindeki haciz, elektronik haciz ve blokenin tedbiren durdurulmasına karar verildiğinden, hesaplar üzerindeki haczin kaldırılmasına karar verilemeyeceğini»^[78]*

√ *«Mahkemece, takip tarihinden önce verilen ara kararları kapsamında, tedbir karar tarihi olan 07.05.2012 tarihinden itibaren borçlu şirket hakkında yeni takip yapılamayacağına hükmedildiğinden, 04.12.2012 başlatılan 'takibin iptaline' karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde, 'takibin durdurulmasına' dair hüküm tesisinin isabetsiz olduğunu»^[79]*

√ *«Kambiyo takibinin, alacaklı tarafından sözü geçen her iki tedbir kararından sonra 06.09.2012 tarihinde başlatıldığı ve mahkemece 09.12.2011 tarihinde*

[73] Bknz: 12. HD. 03.12.2013 T. 30840/38381; 03.12.2013 T. 30836/38380; 11.11.2013 T. 27456/35388; 31.10.2013 T. 24821/34015; 24.10.2013 T. 23707/33451

[74] Bknz: 12. HD. 02.12.2013 T. 31652/38188; 27.05.2013 T. 11418/19387

[75] Bknz: 12. HD. 26.11.2013 T. 30270/37454

[76] Bknz: 12. HD. 11.11.2013 T. 22985/35384

[77] Bknz: 12. HD. 11.11.2013 T. 27477/35383

[78] Bknz: 12. HD. 05.11.2013 T. 25201/34851; 05.11.2013 T. 25199/34853

[79] Bknz: 12. HD. 04.11.2013 T. 25980/34435

tedbiren hiç bir takip işlemi yapılmamasına karar verildiğinden ve icra hâkimi de mahkemenin vermiş olduğu bu kararı yorumlayamayacağından, tedbir kararından sonra açılan takibin iptaline karar verilmesinin gerekeceğini»^[80]

√ «İflasın ertelenmesi talebinde bulunulması ve icra takiplerinin İİK'nun 179/b maddesi gereğince durdurulması yönünde ihtiyati tedbir kararı verilmesinin, borçlu hakkında itirazın kaldırılması davası açılmasına veya açılan davanın yürütülmesine engel teşkil etmeyeceğini»^[81]

√ «Her ne kadar iflas erteleme davasında verilen ihtiyati tedbir kararı, takip tarihinden ve ticaret sicil müdürlüğüne yazılan haciz müzekkeresinden sonra icra dosyasına ibraz edilmiş ise de, anılan tedbir kararı takipten önce alınmış olup, mahkeme kararları verildiği andan itibaren hüküm doğuracağı cihetle geç ibraz edilmelerinin sonuca etkili olmayacağını, anılan tedbir, yapılmış ve yapılacak olan takiplerin durdurulmasını içerdiğinden ve dolayısıyla haciz aşamasına geçilemeyeceğinden ticaret sicil müdürlüğüne borçlu şirket ile ilgili haciz müzekkeresi gönderilmesinin mümkün olmadığını»^[82]

√ «Borçlu tarafça açılan iflasın ertelenmesi davasında icra takipleri, ihtiyati haciz ve tedbir uygulamalarının durdurulmasına yönelik verilen ihtiyati tedbir ara kararından sonra yapılan takip ile ilgili olarak, mahkemece bu konuda inceleme yapılmadan her hangi bir karar verilmemesinin isabetsiz olduğunu»^[83]

√ «İflas erteleme kararından sonra ve erteleme süresi içinde yeni takip yapılamayacağını»^[84]

√ «İcra müdürlüğüne İİK'nun 66. maddesi gereğince takibin durdurulmasına karar verilmiş ise de, borçlu vekilinin talebinin, iflasın ertelenmesi davasında verilen tedbir nedeniyle takibin durdurulmasına ilişkin olduğu, tedbir kararının içeriği dikkate alındığında, icra müdürlüğünün durdurma kararının sonucu itibariyle doğru olduğunu»^[85]

√ «İhtiyati tedbir talebinin hangi nedenlerle kabul edilmediğinin gerekçeli şekilde kararda belirtilmesi gerekeceğini»^[86]

[80] Bknz: 12. HD. 01.11.2013 T. 30646/34362

[81] Bknz: 12. HD. 21.10.2013 T. 23624/32700

[82] Bknz: 12. HD. 08.10.2013 T. 22712/31920

[83] Bknz: 12. HD. 26.09.2013 T. 21152/30099

[84] Bknz: 12. HD. 26.09.2013 T. 21178/30094

[85] Bknz: 12. HD. 24.09.2013 T. 20373/29932

[86] Bknz: 23. HD. 11.09.2013 T. 5967/5293

√ «Alacaklı tarafından borçlu şirket aleyhine başlatılan takipten önce verilen tedbir kararı ile borçlu şirket aleyhine hiçbir takip yapılamayacağına karar verildiğinden takibin iptaline karar verilmesinin gerekeceğini»^[87]

√ «İcra takibinin başlamasından sonra iflasın ertelenmesi kararı ile verilen tedbir kararının, davalı hakkında açılan itirazın kaldırılması ve tahliye davasını etkilemeyeceğini (bu davaların görüleceği) ancak, bu davalar sonunda verilen kararların infaz edilemeyeceğini (Not: Bu kararlar gereğince; 'kiracının beş yıllık erteleme süresi boyunca bir kuruş kira bedeli ödemededen kiralananı kullanmaya devam edeceği' kabul edilmektedir.)»^[88]

√ «İhtiyati tedbir kararından sonra başlatılan takibin iptali gerekmekte olup, henüz ortada iflasın ertelenmesine ilişkin kararın bulunmamasının ve icra müdürlüğüne takibin durdurulmuş olmasının, sonuca etkili olmadığı gibi, borçlunun İİK'nun 16. maddesi gereğince şikayet yoluyla icra mahkemesine başvurup takibin iptalini istemesine de engel olmadığını»^[89]

√ «Kanunda açık hüküm bulunmamasına rağmen iflasın ertelenmesi talebi üzerine mahkemenin ihtiyati tedbir yoluyla 'icra ve iflas takiplerini yargılama sonuna kadar durdurabileceğini veya aynı süre zarfında yeni takip yapılmasını yasaklayabileceğinin' kabul edildiğini»^[90]

√ «İflasın ertelenmesi talebi üzerine mahkemece verilmiş olan tedbir kararı, konulmuş olan ihtiyati hacizlerden önce alınmış olup, tedbir kararı takiplerin durdurulmasını da içerdiğinden ve mahkeme kararları verildiği andan itibaren hüküm doğuracağından geç ibraz edilmeleri sonuca etki olmayacağından borçlunun şikayeti kabul edilip 'ihtiyati hacizlerin kaldırılmasına' karar verilmesi yerine 'şikayetin reddi' yönünde karar verilemeyeceğini»^[91]

√ «14.08.2012 tarihli tedbir kararı ile 04.07.2012 tarihinden sonra borçlu şirketler aleyhinde hiçbir takip yapılamayacağına karar verildiğinden tedbir kararı 04.07.2012 tarihinden itibaren sonuçlarını doğuracağı bu nedenle takibin borçlu şirketler bakımından iptaline karar verilmesi gerekeceğini»^[92]

[87] Bknz: 12. HD. 09.09.2013 T. 18556/27611; 09.09.2013 T. 18545/27605

[88] Bknz: 6. HD. 11.09.2013 T. 10780/12204; 24.01.2013 T. 17242/882; 24.01.2013 T. 17241/830

[89] Bknz: 12. HD. 09.09.2013 T. 18563/27553

[90] Bknz: 23. HD. 05.08.2013 T. 5846/5021; 16.03.2012 T. 961/2067; 12. HD. 11.03.2013 T. 5406/8721

[91] Bknz: 12. HD. 05.07.2013 T. 20291/25422

[92] Bknz: 12. HD. 11.06.2013 T. 13152/22024

√ «Takipten sonra iflasa karar verildiği gerekçesi ile şikayetin reddine karar verilmesi doğru olmadığı gibi, iflasın ertelenmesine dair kararlar değil, tedbir kararı ile takip yapılması engellendiğinden bir yıllık süre ile değil, tedbirin devamı süresince takip yapma yasağının devam edeceğini»^[93]

√ «İflas ertelenmesinin 5 yılı geçmeyeceğini; iflasın ertelenmesinin uzatılması talebi ile açılan davada mahkemece 3 kişilik bilirkişi heyeti seçilerek şirketin aktif ve pasifleri üzerinden kapsamlı inceleme yapılarak şirketin aktif ve pasiflerinin tereddüde yer vermeyecek şekilde belgeleri ile açıklanarak borca batık olup olmadığının kesin olarak belirlenerek, borca batık ise 'iflas kararı' verilmesi gerekeceğini»^[94]

√ «İflasın ertelenmesi talebi üzerine mahkemece 'yapılan icra takiplerinin durdurulmasına' karar verilmiş fakat 'yapılacak icra takipleriyle' ilgili herhangi bir tedbir kararı verilmemişse borçlu şirket hakkında tedbir kararından sonra başlatılmış olan takiplerin iptaline karar verilemeyeceğini»^[95]

√ «İflasın ertelenmesi üzerine borçlu hakkında -kural olarak- hiçbir icra takibi yapılamayacağını ve evvelce yapılmış olan takipler duracağından iflasın ertelenmesinden önce yapılan veya tedbirene durdurulan takiplere ilişkin olarak açılan iflas davası dışındaki itirazın iptali, borçtan kurtulma gibi davalara erteleme süresi içinde devam edilebileceğini ancak bu davalar sonunda verilen ilama dayalı olarak takip yapılamayacağını, öte yandan iflasın ertelenmesi ya da takip yapılmaması yönünde verilen tedbir kararından sonra yapılan takip nedeniyle itirazın iptali ya da itirazın kaldırılmasının istenmesi durumunda ise davanın reddine karar verilmesi gerekeceğini; tedbir kararından önce davalı hakkında icra takibine başlanmışsa verilen tedbir kararının açılan itirazın kaldırılması ve tahliye davasını etkilemeyeceğini, ancak mahkemece verilen tahliye kararının infazının mümkün olmayacağını»^[96]

√ «İflasın ertelenmesi talebi üzerine mahkemece «yeni takip yapılmaması» konusundaki ihtiyati tedbir kararına rağmen borçlu (şirket) hakkında yeni takip yapılmış olması halinde, borçlunun şikayeti üzerine «yapılmış olan takibin (takiplerin) iptaline» karar verilmesi gerekeceğini»^[97]

[93] Bknz: 8. HD. 07.05.2013 T. 418/6697

[94] Bknz: 23. HD. 02.05.2013 T. 6670/2864

[95] Bknz: 12. HD. 19.03.2013 T. 946/10085

[96] Bknz: 6. HD. 13.03.2013 T. 1212/4368; 04.03.2013 T. 19907/3633; 26.12.2012 T. 12779/17408; 19.12.2012 T. 15785/16930; 15.11.2012 T. 9127/14930

[97] Bknz: 12. HD. 08.03.2013 T. 31846/8229

√ «Açılan iflasın ertelenmesi davası nedeniyle verilen tedbir kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 s. Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere bütün takiplerin duracağını, şikayet tarihinden sonra karar tarihinden önce tedbirin kaldırılmasının sonucu değiştirmeyeceğini»^[98]

√ «İflasın ertelenmesi talebi üzerine verilen tedbir kararına rağmen borçlu şirketin hesaplarının bulunduğu bankalara haciz ihbarnamesi gönderilemeyeceğini»^[99]

√ «Alacaklıları kötüniyetli işlemlerden korumak yönünden iflasta takası kısıtlayan İİK'nun 200, 201. maddelerinin iflasın ertelenmesi halinde de uygulanması gerekeceğini»^[100]

√ «İflasın ertelenmesi süresi içinde başka bir dosyadan iflas kararı verilemeyeceğini»^[101]

√ «Her ne kadar, diğer yasal şartların bulunduğu tespit edilmişse de, nihai kararlar İİK'nun 179/b maddesindeki tedbirlere hükmedilmesi gerekirse de, yargılama aşamasında dahi istemle varılması amaçlanan bedelin elde edilmesinin imkansız hale geleceğinden endişe edilmesi halinde, ara kararı şeklinde gerekli ve yeterli tedbirlerin verilmesinin mümkün olduğunu, ne var ki, istemde HMK'nun 390. maddesinin üçüncü bendindeki şartların bulunması ve hakliliğin yaklaşık biçimde ispatlanmasının da gerektiğini, talep bu detayları içermediği gibi, hakliliğin ispatı noktasındaki mahkeme değerlendirmesinin de hukuka uygun bulunduğunu»^[102]

√ «İflâsın ertelenmesi kararının (veya iflâsın ertelenmesinden önce mahkemece 'takiplerin durdurulmasına' ilişkin verdiği tedbir kararının) bu karardan önce yapılan takipler üzerine açılmış bulunan iflâs davası dışındaki davaları etkilemeyeceğini»^[103]

√ «İflâsın ertelenmesi' talebi üzerine mahkemece verilen tedbir kararına rağmen yapılan 'takiplerin iptâline' karar verilmesi gerekirse de, borçlu tarafından yapılmış olan takibin durdurulması'nın talep edilmiş olması halinde, mahkemece bu taleple bağlı kalınarak karar verilmesi gerekeceğini»^[104]

[98] Bknz: 12. HD. 07.03.2013 T. 32351/8152

[99] Bknz: 12. HD. 16.10.2012 T. 10671/29862

[100] Bknz: 23. HD. 03.05.2012 T. 1610/3329

[101] Bknz: 23. HD. 14.02.2012 T. 4906/1025

[102] Bknz: 23. HD. 02.02.2012 T. 207/650

[103] Bknz: HGK. 28.09.2012 T. 6-238/635

[104] Bknz: 12. HD. 1.12.2007 T. 21028/23320

√ «Ticaret mahkemesince, takipten sonra 'yeni hüküm verilinceye kadar, daha önce verilen iflâsın ertelenmesi kararının uzatılmasına' karar verilmiş olması halinde, icra mahkemesince 'yapılmış olan takibin iptâline' değil 'takibin durdurulmasına' karar verilmesi gerekeceğini»^[105]

√ «İflâsın ertelenmesi kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılacak takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamayacağı ve evvelce başlamış olan takipler de duracağından, iflâsın ertelenmesi kararından sonra borçlu hakkında yapılmış olan 'takibin durdurulmasına' değil, 'takibin iptâline' karar verilmesi gerekeceğini»^[106]

√ «'Erteleme kararı'ndan sonra, hakkında yapılan takibe itiraz ederek, takibi durduran borçlunun aynı takibin iptâlini 'şikayet' yolu ile de isteyebileceğini»^[107]

belirtmiştir.

«İflâsın ertelenmesi» talebi üzerine mahkemece «...borçlu hakkında yapılmış takiplerin durdurulmasına ve yeni takip yapılmamasına...» dair verilen ihtiyati tedbir kararından sonra konulan «hacizlerin kaldırılmasına» karar verilir.^[108]

«Takip yasağı», 'erteleme kararının ilanı'ndan değil, 'kararın verildiği tarih'ten -uygulamada ise; bu konuda çok kez şirket ya da kooperatif yetkililerine mahkemece müracaat sırasında 'ihtiyati tedbir' talep edildiğinden, takip yasağı, mahkemece verilen 'ihtiyati tedbir kararı'ndan- itibaren yürürlüğe girer...

Uygulamadaki önemi nedeniyle ayrıca şu hususu da belirtelim ki; «iflâsın ertelenmesi» talebi üzerine mahkemece, iflâsın ertelenmesi yargılaması devam ederken -yani, henüz «iflâsın ertelenmesine» karar verilmeden- iflâsın ertelenmesi talebinde bulunmuş olan şirket yetkilisinin talebi çerçevesinde «borçlu şirket hakkında başlamış olan icra takiplerinin durdurulması ve yeni takip yapılmaması» konusunda ihtiyati tedbir kararı verilmektedir. Bu uygulama **Yargıtay**^[109] tarafından uygun bulunduğu gibi **doktrin**^[110] tarafından da olumlu karşılanmıştır.

[105] Bknz: 12. HD. 24.5.2007 T. 7804/10810

[106] Bknz: 12. HD. 15.5.2008 T. 7678/10315; 18.3.2008 T. 2635/5257; 25.4.2007 T. 5859/8160; 1.12.2006 T. 19527/22689; 28.5.2004 T. 13661

[107] Bknz: 12. HD. 6.3.2007 T. 1149/4127

[108] Bknz: 12. HD. 06.06.2013 T. 11806/21018; 24.09.2012 T. 20120/28396; 07.06.2012 T. 1373/19718; 16.01.2012 T. 13988/422; 21.06.2011 T. 31494/12863; 06.06.2011 T. 5391/11630; 15.06.2010 T. 2913/15393; 12.05.2010 T. 30395/12067 vb.

[109] Bknz: 23. HD. 16.03.2012 T. 961/2067; 19. HD. 31.3.2005 T. 338/3430 (Naklen; **ÖZTEK, S.** age. s:91)

[110] **DELİDUMAN, S.** İflâsın Ertelenmesi Davalarında İİK. 89. Maddenin Uygulama Biçimi Üzerine Düşünceler (İBD. 2007/6, s:2607)–**ÖZTEK, S.** age. s:91–**PEKCANİTEZ, H.**

Doktrinde,^[111] «bir takip işlemi olan İİK. mad. 89'a göre üçüncü kişiye haciz ihbarnamesi gönderilmesi işleminin de yasak kapsamında olduğu, bu nedenle mahkemece takiplerin durdurulması konusunda tedbir kararı verilmiş olması halinde, üçüncü kişilere haciz ihbarnamesi gönderilmemesi gerekeceği, icra dairesinin aksi doğrultudaki işlemlerin -süresiz- şikayet konusu olabileceği» belirtilmiş ve **yüksek mahkeme de** bu doğrultuda^[112] içtihatla bulunmuştur...

bb- Zamaşımı ve hak düşürücü süreler etkisi: «İflâsın ertelenmesine» **karar verilmesiyle** «bir takip işlemi (muamelesi) ile kesilebilen zamaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlemesi durur» (İİK. mad. 179b/I, son cümle).^[113]

Bu düzenleme, iflâsın ertelenmesi kararının amacına uygun bir düzenlemedir.

Hemen belirtelim ki, bu kural iflâsın ertelenmesi kararından etkilenmeyen «rehinli takipler» ile «206. maddenin birinci sırasında yer alan alacaklar için yapılacak takipler» hakkında uygulanmaz.

Doktrinde^[114] «İİK'nun 277-280. maddelerinde düzenlenmiş bulunan iptâle tabi tasarruflar için öngörülen süreler ile İİK'nun 284. maddesindeki beş yıllık hak düşürücü sürenin, erteleme süresinin sonuna kadar uzatılması gerekeceği» belirtilmiştir.

cc- İflâsın ertelenmesinin diğer etkileri: «İflâsın ertelenmesi kararı»nın, *alacakların vadesine, muaccel almasına ve faizlerin işlemesine* bir etkisi olmadığından,^[115] iflâsın ertelenmesi kararıyla, *protesto çekilmesi* de engellenemez.^[116]

agm. s:336–ALTAY, S. İflâs Hukuku, C.1, s:494–ATALAY, O. age. s:149

[111] DELİDUMAN, S. agm. s:2608–Bu konuda ayrıca bknz: ÖZTEK, S. age. s. 100–ATALAY, O. agm. s. 155

[112] Bknz: 12. HD. 14.01.2013 T. 24521/56; 19.12.2011 T. 11104/29530

[113] Bknz: 12. HD. 21.01.2013 T. 25920/1194; 21.09.2010 T. 18483/20377; 11.09.2012 T. 11067/25865

[114] PEKCANITEZ, H. agm. s:350–PEKCANITEZ, H. Anonim Ortaklıkların İflâsı, s:60–ATALAY, O. age. s:171–ATALAY, O. agm. s:89–ÖZEKES, M. İflâsın Ertelemesi “İİK. m. 179-179b; TTK. m. 324” (Legal Huk. D. 2005/Eylül, s:3281)–SAYHAN, İ. agm. s:118

[115] ÖZEKES, M. agm. s:3282–SAYHAN, İ. agm. s:115

[116] PEKCANITEZ, H. agm. s:350–ATALAY, O. age. s:147

Mahkemece «alacaklıların maddi hukuk bakımından sahip olduğu hakların kullanılmasını engelleyecek ve bu hakların özüne zarar verecek tedbirlerle, üçüncü kişilerin haklarını kısıtlayıcı nitelikte tedbirlere» karar verilemez.^[117]

Keza, mahkemece «borçlunun mal ve hakları üzerine, 'ihtiyati haciz şerhi' konulmasına» da karar verilemez.^[118]

Ayrıca gerekçe ile mahkemece «blokaj kayıtlarının kaldırılmasına» da karar verilemez.^[119]

Yüksek mahkeme; «İflasın ertelenmesi halinde uygulanacak tedbirlerin alacaklıların ve üçüncü kişilerin maddi hukuktan doğan talep ve def'i haklarını kısıtlamayacak ölçüde olması gerektiğini, mahkemece, maddi hukuk alanında sonuçlar doğuran muhafaza tedbirleri verilemeyeceğini, alacaklıları kötü niyetli işlemlerden korumak yönünden iflasta takası kısıtlayan İİK. mad. 200 ve 201'in iflas ertelenmesi halinde de uygulanması gerektiğini»^[120] ifade etmiştir.

Mahkemece «alacaklıların takip hukuku dışında kullanabilecekleri temlik, takas, hapis, temerrüt gibi hukuki işlemlerin, hak ve def'ilerin kullanılmasının, yapılmasının ve hukuki sonuçların durdurulmasına» karar verilemez.^[121] Çünkü, hakime böyle bir yetki verilmemiştir. Amaç, borçlu için her şeyin durması değildir. Sadece borçluya karşı «takip işlemlerinin yapılması» sağlanmalıdır.^[122]

Erteleme kararından sonra, «daha önce yapılmış olan takip(ler) sırasında konulmuş olan hacizlerin kaldırılması» erteleme kararına dayanılarak talep edilebilir mi? Gerek **doktrinde**^[123] ve gerekse **uygulamada**^[124] «bunun da mümkün olmadığı» ifade edilmektedir...

Üzerine haciz konulmuş olan banka hesapları ile paraların -hacizler kaldırılarak- *alacaklıya* verilmesi mümkün olmadığı gibi borçluya da verilemez...

[117] Bknz: 23. HD. 15.11.2012 T. 4763/6721; 17.09.2013 T. 5366/5450; 12.04.2013 T. 1102/2368; 18.06.2013 T. 4279/4152; 10.05.2013 T. 3114/3105; 07.05.2013 T. 3113/2975; 06.05.2013 T. 3126/2962

[118] Bknz: 23. HD. 19.04.2013 T. 1615/2564

[119] Bknz: 23. HD. 01.04.2013 T. 1920/2047; 06.02.2013 T. 5651/571

[120] Bknz: 23. HD. 03.05.2012 T. 1437/3309; 03.05.2012 T. 1610/3329; 03.05.2012 T. 1618/3330

[121] Bknz: 23. HD. 12.04.2013 T. 1102/2368

[122] **PEKCANITEZ, H.** agm. s:351

[123] **ÖZTEK, S.** age. s:94-**ÖZEKES, M.** agm. s:3280-**TÜRK, A.** agm. s:317

[124] Bknz: 23. HD. 16.04.2013 T. 1552/2478; 12. HD. 7.12.2007 T. 20295/23148; 19. HD. 22.12.2005 T. 10645/12885; 17.3.2005 T. 10326/2788; 30.12.2004 T. 7170/13440

«İflâsın ertelenmesi kararından sonra doğan alacaklar için», borçlu hakkında takip yapılabilir mi? Bu konu kanunda açıkça düzenlenmemiştir. **Doktrinde**^{[125][126]} «*iflâsın ertelenmesinden sonra doğan alacaklar için de -alacaklar arasında eşitsizlik yaratmamak için- borçlu hakkında takip yapılmaması ancak borçlunun bir borçlarını ödememesinin iflâsın ertelenmesi kararının kaldırılmasına neden olması gerektiği*» belirtilmiştir.^[127]

İflâsın ertelenmesi sürecinde; «*borçlu şirketin idare ve temsile yetkili kişileri*» hakkında *karşılıksız çek düzenlemek ya da mal beyanında bulunmamak, taahhüdü ihlal vb. «icra suçları»*ndan dolayı yargılama yapılabilir mi?

Bu konuda «*iflâsın ertelenmesi kararının etkileri*»nin düzenlendiği İİK. mad. 179b'de açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Doktrinde^[128] -isabetli olarak- «*iflâsın ertelenmesi sürecinde borçlu şirket temsilcileri hakkında belirtilen suçlardan dolayı yargılama yapılmaması*» -ve ceza verilmemesi- belirtilmiştir.

Uygulamada -bildiğimiz kadarıyla- iflâsın ertelenmesi sürecinde, şirket temsilcileri hakkında «*karşılıksız çek düzenlemek*» suçundan dolayı yargılama yapıp ceza verilmekte, «icra suçları»ndan dolayı ise^[129] yargılama yapılmamaktadır...

c) Kayyımın değiştirilmesi: 'İflâsın ertelenmesi' talebi üzerine İİK. mad. 179a/I uyarınca -'tensip kararı' ile- ticaret mahkemesince atanmış olan kayyımın (kayyımların) 'görevine devam edip etmeyeceği' konusunda ticaret mahkemesince 'iflâsın ertelenmesi' kararı ile birlikte- karar verilir. Mahkeme "*kayyımın (kayyımların) görevine devam etmesine*" ya da "*yeni kayyım (kayyımların) atanmasına*" karar verir.^[130]

[125] PEKCANITEZ, H. agm. s:355

[126] Benzer görüş için bknz: ÖZTEK, S. Sermaye Şirketlerinde Yeniden Yapılandırma "Konkordato -Uzlaşma-İflâsın Ertelenmesi" (Sempozyum) (İstanbul Barosu Yayını, 2006) s:61

[127] Karş: BALCI, Ş. (Yazar; "Erteleme süreci içinde oluşan borçları, takip yasağının kapsamı dışında kaldığı" görüşündedir) (Sermaye Şirketlerinde Yeniden Yapılandırma "Konkordato-Uzlaşma-İflâsın Ertelenmesi" 2006 (İstanbul Barosu Yayını)

[128] BALCI, Ş. İflâsın Ertelenmesi Sürecinde Borçlu Hakkında Ceza Yargılamaları ("Mal Beyanında Bulunmamak" ve "Karşılıksız Çek Keşide Etmek" Suçları) (Legal Huk. D. 2007/Ağustos, s:2551 vd.)

[129] Bu konuda ayrıca bknz: KAYA, A. Borca Batık Anonim Şirketin İflâsının Ertelenmesi (Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, 2001, s:301)

[130] "**Beşinci fıkra** yargılama aşamasındaki *kayyımın görevine devam edebileceği* ya da erteleme kararından sonraki dönem için mahkemece *yeni kayyım atanabileceği* hususunu düzenlemektedir. Mali uygulama ve işletme gerekleri çerçevesinde üçer aylık rapor

ç) «İflasın ertelenmesi» kararının temyiz üzerine Yargıtayca **bozulması halinde**, mahkemece duruşma sırasında verilmiş olan «borçlu şirket hakkında yapılmış olan takiplerin durması ve yeni takip yapılmaması» konusundaki «ihtiyati tedbir kararı» davanın edecek midir, yoksa sona erecek ve borçlu şirket hakkında önceki takipler devam edecek ve yeni takipler yapılacak mıdır?

Bu önemli konu hakkında **Yargıtay 19 ve 23. Hukuk Daireleri** ile **Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin** farklı düşündüğünü görüyoruz. Gerçekten; **Yargıtay 19^[131] ve 23.^[132] Hukuk Daireleri** «iflasın ertelenmesi kararının yargıtayca bozulması halinde dahi mahkemenin yeni bir karar vermesine kadar daha önce mahkemece ‘davacı borçlu hakkında yeni takip yapılmaması ve mevcut takiplerin durması’ yönündeki ihtiyati tedbir kararının devam edeceğini yani ‘iflasın ertelenmesine ilişkin kararın bozulması ile tedbirlerinde kalkacağı’nın kabul edilemeyeceğini» belirtmiş olmasına rağmen, **Yargıtay 12. Hukuk Dairesi^[133]** «iflasın ertelenmesi kararının yargıtayca bozulması halinde daha önce mahkemece ‘davacı borçlu hakkında yeni takip yapılmaması ve mevcut takiplerin durması’ yönündeki ihtiyati tedbir kararının devam etmeyeceğini, çünkü bozulan kararın geçerliliğini ve yerine getirilme niteliğini yitirmiş olacağını» belirtmiştir.

Kanımızca; Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin içtihatlarındaki görüş isabetli değildir. Yüksek mahkeme bu içtihatlarında, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 19.06.1991, 10.09.1991 ve 25.09.1991 tarihli kararlarına atıfta bulunmuştur. Ancak hemen belirtelim ki yüksek mahkemenin bu kararı yeni HMK.’nun 397/2. maddesi yani; «ihtiyati tedbir kararının etkisi aksi belirtmediği takdirde, nihai kararın kesinleşmesine kadar devam eder» şeklinde hükmü gözardı edilerek verilmiş bir karardır. Bu nedenle aynı konuda aksi görüşü ifade eden Yargıtay 19. HD. ve 23. HD.’nin vermiş olduğu içtihatlar daha isabetlidir. Nitekim uygulamada vermiş olduğu ‘iflasın ertelenmesi’ne ilişkin karar Yargıtayca bozulmuş olan yerel mahkemeler, bozma kararından sonra icra takiplerinin devam edeceğini düşünen alacaklıların borçlu hakkında daha önce durdurulmuş olan

düzenlemesi gerekli olup bu raporda özellikle şirket veya kooperatiflerin proje kapsamında iyileşme gösterip göstermediği belirtilmelidir. Eğer erteleme kararının verildiği ve kayyımın atıldığı tarih içer aylık dönem dışındaysa, işletme gerekleri çerçevesinde kayyımın kısa dönem için rapor hazırlama gerekir. Olağanüstü gelişmelerin rapor edilmesi de kayyımın görev olarak verilmektedir. Bu gelişmeler projenin gerçekleşmesini sağlayacak ciddi sermaye artışı ve sair kaynak sağlanması gibi olumlu gelişmeler olabileceği gibi borçlunun iflas ertelemeye layık olması şartını zedeleyecek olumsuz gelişmeler de olabilir” (6728 s. K.’nun

[131] Bknz: 19. HD. 30.03.2011 T. 1443/4127

[132] Bknz: 23. HD. 24.02.2012 T. 670/1352

[133] Bknz: 12. HD. 27.11.2012 T. 17616/34965; 10.02.2012 T. 18096/3034; 28.04.2011 T. 33382/7803; 10.12.2009 T. 16235/24721; 11.10.2005 T. 13446/19586

takiplerine devam etmek istemeleri üzerine iflâsın ertelenmesini talep etmiş olan borçlunun başvurusu üzerine HMK.nun 397/(2)'ye atıfta bulunarak «... Yargıtayca hükmün bozulması halinde dahi mahkemenin yeni bir karar vermesine kadar bu tedbirin mevcudiyetini, koruması yasanın amacına ve düzenleniş biçimine uygundur. Bu itibarla talebin kabulüne (yani; davacı şirket hakkında daha önce verilmiş olan ‘tüm takiplerin durdurulması’na dair verilen ihtiyati tedbir kararının halen devam ettiği, ‘bu kararın mahkememizce de kaldırıldığı’ yönünde karar verilmesine ilişkin talebin kabulüne) karar vermek gerekmiştir...» şeklinde karar vermektedirler...^[134]

d) Erteleme kararının kaldırılması: Erteleme süresi içinde;

1- *Şirket (ya da kooperatif) mali durumunu düzeltirse*, mahkeme «**iflâsın ertelenmesi kararı**»nı kaldırır ve bu suretle şirket (ya da kooperatif) iflâsın talep edilmesinden önceki normal durumuna döner.^{[135] [136]}

2- *Şirketin (ya da kooperatifin) mali durumunu iyileşmez ve iyileşme ümidi kalmazsa*,^[137] -erteleme süresi dolmasa bile- mahkeme kaydının verdiği rapor çerçevesinde -ve yeniden bilirkişiden rapor alarak-^[138] «**iflâsın ertelenmesi kararı**»nı kaldırarak, «şirketin (ya da kooperatifin/iflâsına) -‘saat ve dakika’ belirterek-^[139] karar verir (İİK. mad. 179b/V, c:2).

e) Mahkemece verilecek nihai kararın hüküm fıkraların ticaret siciline tescil ve ilanı (İİK. mad. 179b/son): İİK.’nun 179b maddesinin **son fıkrasıyla**, iflâs erteleme talebi üzerine mahkemece verilen nihai kararların hüküm fıkralarının tescil edilmek üzere ticaret sicili müdürlüğüne bildirileceği ve 166.

[134] Daha ayrıntılı bilgi için bkzn: **UYAR, T.** İflâsın Ertenilmesi Talebi Üzerine (veya İflâsın Ertenilmesi Kararı ile Birlikte) Verilen “Takip Yasası”na İlişkin İhtiyati Tedbir Kararı, “İflâsın Ertenilmesi Kararı”na Yargıtayca Bozulması Halinde Kalkar mı? (ABD. 2013/3, s:437-448)

[135] **KURU, B.** Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflâsı/Ad. D. 1970/10, s:632)–**KURU, B.** İcra ve İflâs Hukuku, C:3, s:2816–**ATALAY, O.** agm. s:92–**ATALAY, O.** age. s:–**PEKCANITEZ, H.** age. s:61

[136] Bknz: 23. HD. 19.03.2012 T. 173/2091

[137] Bknz: 23. HD. 20.09.2013 T. 3331/5579; 20.09.2013 T. 3181/5577; 12.07.2013 T. 3789/4911; 21.06.2013 T. 2974/4280; 29.03.2013 T. 669/1996; 15.03.2013 T. 181/1593; 08.02.2013 T. 6111/659; 12.02.2013 T. 5011/750; 15.01.2013 T. 6133/344; 11.12.2012 T. 4612/7307; 16.11.2012 T. 3817/6736; 28.09.2012 T. 4253/5550; 05.07.2012 T. 2704/4640; 28.02.2012 T. 4898/1479; 24.02.2012 T. 655/1390; 20.02.2012 T. 4930/1169; 16.02.2012 T. 4451/1109; 16.02.2012 T. 3298/1108; 07.02.2012 T. 4809/788; 25.01.2012 T. 140/378; 19. HD. 3.5.2007 T. 10708/4368

[138] Bknz: 19. HD. 28.9.2006 T. 7142/8968

[139] Bknz: 23. HD. 21.05.2012 T. 1727/3474; 28.06.2012 T. 2366/4452

maddenin ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinde öngörülen usulle ilan ettirileceği hükme bağlanmaktadır. Bildirim ve ilana ilişkin bu son fıkra hükmü, hem 179/a maddesinin onuncu fıkrası uyarınca verilen hem de 179/b maddesinin altı ve yedinci fıkraları uyarınca verilen nihai kararlar hakkında uygulanacaktır. Kanım, 179/b maddesinin dördüncü fıkrasında, iflas erteleme ve uzatma süresini “erteleme süresi” olarak nitelendiğinden, hem ilk iflas erteleme talebi üzerine verilecek kararların hem de uzatma talebi sonucunda verilecek kararın aynı bildirim ve ilan usulüne tabi tutulmuştur.^[140]

f) 6728 s. K ile bu maddede değiştirilmiş olan hükümler, «*maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılan iflasın ertelenmesi talepleri*» hakkında uygulanır.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce verilmiş iflasın ertelenmesi kararına dayanılarak yapılan uzatma talebi hakkında verilecek karar da, iflasın ertelenmesi talebi hakkında verilmiş karara ilişkin kanun yoluna tabidir.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte derdest olan dosyalarda kayyım olarak atanan kişiler, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on gün içinde, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanlıklarına bildirilir. Üçten fazla dosyada görevi devam eden kayyımlara yeni görev verilemez (6728 s. K. mad. 6 «2004 s. K. Geçici mad. 12»).

[140] Bknz : 6728 s. K.’nın 179/b maddesi ile ilgili Gerekçesi

Ç) KANUN YOLLARI (İİK M.179/C) * **

Bu maddede, ticaret mahkemesince iflasın ertelenmesi talebi üzerine verilen kararlara karşı -'borçlu' (şirket veya kooperatif), 'alacaklı' tarafından-başvurulacak «*kanun yolu*» düzenlenmiştir.

a) İİK.'nun **179/a maddesinin** son fıkrasında; '*erteleme talebi üzerine verilecek kararlar*'; '*iflasın ertelenmesine*', '*erteleme talebi ile iflas davasının reddine*', '*şirket veya kooperatifin iflasına*' olarak öngörülmüştür.

b) İİK.'nun **179/b maddelerinin** altıncı ve yedinci fıkralarında; '*erteleme süresi dolmadan veya erteleme süresi sonunda verilebilecek kararlar*'; '*şirketin veya kooperatifin iflasına*', '*erteleme talebi ile iflas davasının reddine*' olarak öngörülmüştür.

* İflasın ertelenmesi talebi üzerine mahkemece verilen nihai kararlara karşı borçlu şirket veya kooperatif ya da erteleme talep eden alacaklı tarafından kararın tebliğinden; diğer ilgililer tarafından ise kararın ilanından itibaren on gün içinde istinaf yoluna başvurulabilir. Bölge adliye mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı da aynı esaslar dâhilinde on gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir. Bölge adliye mahkemesince iflasın ertelenmesi kararının kaldırılması veya bölge adliye mahkemesi tarafından verilen iflasın ertelenmesi kararının Yargıtay tarafından bozulması hâlinde, borçlunun malvarlığı üzerindeki tedbirler devam eder. Mahkeme davanın seyrine göre bu tedbirleri değiştirmeye veya kaldırmaya yetkilidir.

Belirtilen bu kararlara;

aa) Borçlu (şirket veya kooperatif) ya da erteleme talep etmiş olan **alacaklı**; bu kararların tebliğinden itibaren on gün içinde *istinaf yoluna* başvurabilirler.

bb) Diğer ilgililer ise; kararın ilanından itibaren on gün içinde, *istinaf yoluna* başvurabilirler.

cc) Bölge adliye mahkemesince verilen karara karşı da **'borçlu'** (şirket veya kooperatif), **'erteleme talep etmiş olan alacaklı'** (kararın kendilerine tebliğinden itibaren), **'diğer ilgililer'** ise (kararın ilanından itibaren) on gün içinde *temyiz yoluna* başvurabilirler...

** Bu madde 6728 sayılı Kanununun 4. maddesi ile yapılan değişiklikle sonucunda bu şekli almıştır.

31.07.2016 tarihli ve 28787 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin "İflas erteleme" kenar başlıklı 4 üncü maddesi;

"Olağanüstü halin devamı süresince, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 179uncu maddesi uyarınca sermaye şirketleri ile kooperatifler tarafından iflasın ertelenmesi talebinde bulunulamaz; bu yönde yapılan talepler mahkemelerce reddedilir." hükmünü içermektedir. Anılan hükümlerle, 21.07.2016 tarihinden itibaren ülke genelinde ilan edilen olağanüstü halin devamı süresince FETÖ/PDY silahlı terör örgütü ile irtibatlı olabilecek sermaye şirketleri ve kooperatiflerin iflasın ertelenmesi hükümlerinden ve bu kapsamdaki hukuki korumadan yararlanmalarının önüne geçilebilmesi amaçlanmıştır.

Bu kapsamda, olağanüstü hal ilanından sonra yapılan iflasın ertelenmesi taleplerinin, mahkemelerce 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 4 üncü maddesi uyarınca reddedilmesi öngörülmüştür. Bu hüküm, aynı zamanda olağanüstü halin ilanından önce yapılmış olan iflasın ertelenmesi talepleri hakkında, olağanüstü hal süresince nihai kararın verilemeyeceğine de amirdir.

"Bu itibarla;

1- 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 4 üncü maddesinin olağanüstü halin devamı süresince, bir başka ifadeyle 21/07/2016 tarihinden itibaren doksan gün boyunca uygulanması gerektiği, bu kapsamda anılan maddenin, olağanüstü halin ilan edildiği 21/07/2016 ila 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği 31/07/2016 tarihleri arasında da uygulanacağı,

2- Olağanüstü halin ilanından sonra yapılan iflasın ertelenmesi taleplerinin, 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 4 üncü maddesi uyarınca doğrudan reddedileceği,

3- Olağanüstü halin ilanından önce yapılan iflasın ertelenmesi talepleri hakkında, tedbir kararı verilip verilmediğine bakılmaksızın, olağanüstü hal süresince nihai kararın verilemeyeceği,

4- Olağanüstü halin ilanından önce iflasın ertelenmesi talebinde bulunulmuş ve henüz tedbir kararı verilmemiş ise, olağanüstü hal süresince tedbir kararı verilemeyeceği," öngörülmüştür (Bknz: Ad. Bak.Huk.İş.Gn.Müd.'nün 22.08.2016 tarih ve 73640249-045.02[02]-87-2016-E.379/1261 sayılı genelgesi).

Hükümetçe; önce 90 gün olarak öngörülen olağanüstü hal bilahare 90 gün daha uzatılmış olduğundan bu süre içerisinde sermaye şirketleri ve kooperatifler tarafından 'iflasın ertelenmesi' talebinde bulunulamayacak ve bu yönde yapılan talepler mahkemelerce reddedilecektir.

Eğer olağanüstü hal hükümetçe tekrar uzatılırsa, uzatılacak yeni süre içinde de mahkemelerden iflasın ertelenmesi talebinde bulunulamayacaktır...

Bölge adliye mahkemesince «iflasın ertelenmesi kararının kaldırılması» veya “*bölge adliye mahkemesince verilen iflasın ertelenmesi kararının Yargıtay tarafından bozulması*” halinde, borçlunun malvarlığı üzerindeki tedbirler

-179/a/III’de kısıtlama saklı kalmak kaydıyla- devam eder. Daha sonra, ‘iflas erteleme talebi’ ni inceleyen mahkeme, davanın seyrine göre, bu tedbirleri ‘değiştirir’ ya da ‘kaldırır’ (İİK.mad.179/c-son).

Bu madde ile değiştirilmiş olan hükümler, «*maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılan iflasın ertelenmesi talepleri*» hakkında uygulanır.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce verilmiş iflasın ertelenmesi kararına dayanılarak yapılan uzatma talebi hakkında verilecek karar da, iflasın ertelenmesi talebi hakkında verilmiş karara ilişkin kanun yoluna tabidir.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte derdest olan dosyalarda kayyım olarak atanan kişiler, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on gün içinde, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu başkanlıklarına bildirilir. Üçten fazla dosyada görevi devam eden kayyımlara yeni görev verilemez (6728 s. K. mad. 6 «2004 s. K. Geçici mad. 12»).

ANKARA BAROSU AVUKATLIK VE STAJ AKADEMİSİ (AVSA) KURULDU

Çağımızın hem insan hayatını kolaylaştıran hem de insana kendi varlığını sorgulatan baş döndürücü gelişmeleri; bir yanda sadece hayatımızın değil neredeyse bedenlerimizin de parçası olan teknoloji, öte yanda insani varoluşumuzu ve hayatımızı tehdit eden iklim değişiklikleri, insanlığa karşı suçlar, hak ihlalleri. . . İnsanların birbirleriyle kurdukları ilişkiler ve bunların sonuçları da bu baş döndürücü gelişmelerden etkileniyor, çeşitleniyor, farklılaşıyor. Bu durum, hukuki olgu ve olayların da çeşitlenmesi sonucunu doğuruyor.

Başta medeni hukukun geleneksel dalları olmak üzere borçlar hukuku da, tüm alt dallarıyla birlikte yeni hukuki olgularla karşılaşılıyor; kamu hizmetlerinin genişlemesinden ve sunumundaki farklılıklardan doğan yeni sözleşme biçimleri ve bunlara ilişkin uzmanlık alanları yanında, uluslararası insan hakları hukuku, çevre hukuku gibi yeni kamusal hukuk dalları doğuyor.

Çeşitlenen hukuki olgu ve olayları, zenginliğini hayattan alan hukuk biliminin süzgecinden geçirerek, hukuk metoduyla hukuki vasıflandırmanın nesnesi kılabilmek, hukuk bilgisini canlı tutmakla mümkün. Polisiye hiç görmeden meslek hayatını sonlandıran avukat kuşağının yerini, bonoyu görmemesi muhtemel bir kuşak; hak ihlali olarak işkence takibi yapan avukat kuşağının yerini, maalesef ilki de sürerken, mobing davaları açan avukat alıyor.

Hukuk fakülteleri, hukuk eğitiminin başladığı ve bittiği okullar olmaktan çok, temel hukuk eğitiminin verildiği yerlerdir. Sayılarındaki artış, öğretim üyesi yetersizliği gibi olgular, bazıları yönünden bu temel eğitimin niteliğini de tartışmalı kılmaktadır.

Hayatı yakalayan hukuk bilgisini üretmek ve paylaşmak için meslek içi eğitimi süreklileştirmek, temel hukuk eğitimi almış bir hukukçudan, Staj Kurulu ile birlikte, "insan haklarıyla insandır" sav sözünü gerçek kılacak bir hak savunucusu ve hayat kolaylaştırıcısı olarak avukat yetiştirmek üzere Ankara Barosu Yönetim Kurulu bir ilki hayata geçirdi ve Ankara'daki hukuk fakültelerinin de işbirliği ile *ANKARA BAROSU AVUKATLIK VE STAJ AKADEMİSİ'*ni kurdu.

AVSA'nın temel amacı, hem birikmişlik gibi alanlar

bakımından zorunlu hale gelen hem de mesleki ilgi ve bilgiyi canlı tutacak gönüllü meslek içi eğitimi süreklileştirmek, teori ile uygulamayı birleştirerek katılımcılara yaşama geçirilebilir bilgi ve beceri kazandırmak, uzman olduğu alanlarda bilgilerini tazelemek

ve avukatlık stajı eğitiminin niteliğini, hazırlanacak ders ve eğitim içerikleri ve materyalleri ile yükseltmek ve dinamik hale getirmektir.

AVSA; bu doğrultuda,

- Meslek içi eğitimlerde; hukukçu bireyler ve toplum için yüksek değer teşkil eden eğitim faaliyetleri sunmayı, eğitimlerinde çağın gerekleriyle toplumun ihtiyaç ve koşullarını bütünleştirmeyi, avukatların belirli alanlarda uzmanlaşmalarını, başka deyişle ilgilerini odaklayarak aynı alanda hukuki bilgi ve deneyimlerini zenginleştirmelerini ve uzmanlaştıkları alanlarda kendilerini sürekli olarak yenileyebilmelerini,

- Staj Kurulu ile işbirliği içinde sürecek staj eğitimlerinde ise; hukuk temel eğitimi almış adaylardan, mesleğin gereksindiği donanımın temellerini kazandırarak, avukatın ruhsatına, başka deyişle



temel ilgisi ve bilgisine sahip, özgür, bağımsız, uygulamada karşılaştığı sorunları hukuk devleti ilkelerine ve hukukun üstünlüğü kurallarına uygun olarak çözümlenebilecek, adil ve etkin bir yargılamaya ulaşmak amacıyla yargının kurucu bir ögesi olarak görev yapan avukatları, Ankara Barosu'na ve tüm Barolara kazandırmayı, hedefliyor.

Bu hedeflere erişebilmek için AVSA, kendi iç Yönergesini hazırladı. AVSA'nın idari yapısı, Bilim ve Danışma Kurulu, Çalışma Daireleri, Genel Kurul ve Yönetim Kurulu'ndan oluşuyor. Faaliyetlerinin merkezini oluşturacak 10 ayrı daire, Avukatlık Hukuku, Ceza Hukuku, Kamu Hukuku, Özel Hukuk, Alternatif

Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Meslek Öncesi Eğitim, Yabancı Dil ve Uluslararası Hukuka Entegrasyon Eğitimi, Bireysel Gelişim Eğitimleri, Bilirkişi Eğitimi, Sosyal Sorumluluk Projeleri Dairesi.

Ankara'daki hukuk fakültelerinin dekanları, AVSA Bilim ve Danışma Kurulu'nun doğal üyesi olup; bilim ve danışma kurulunda, meslek duayenlerinin yanı sıra, tüm bakış açılarını yakalamak amacıyla genç meslektaşlar ile emekli hakim ve savcılar da yer almıştır.

Yeni yılla birlikte Genel Kurulunu toplayan AVSA, Ocak 2017'den itibaren eğitimlerine başlayacaktır.

YÖNETİM KURULU

Başkan
Av. Samiye Eyuboğlu

Başkan Yardımcısı
Av. Gürkan Ahmet Gençkaya

Genel Sekreter
Av. Kader Dostabakan

Üyeler
Av. Taner Ünlü
Av. Dr. Mustafa Bayram Mısıır
Av. Doç. Dr. Devrim Güngör

İLETİŞİM BİLGİLERİ

**ANKARA BAROSU EĞİTİM VE
KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)**

İhlamur Sk. No: 1 Kızılay/ANKARA
T: (0.312) 416 72 00

www.avsa.org.tr
avsa@ankarabarusu.org.tr

BİLİM VE DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Muharrem Özen
Prof. Dr. Nami Çağan
Prof. Dr. Kudret Güven
Prof. Dr. Turgut Tan
Prof. Dr. Mehmet Turhan
Prof. Dr. Murat Sezginer
Prof. Dr. Hasan Tahsin Fendoğlu
Prof. Dr. Çiğdem Kırca
Prof. Dr. Halil Cin
Prof. Dr. Fatih Uşan

Av. Semih Güner
Av. Sadık Erdoğan
Av. Ayşe Altun
Av. Sema Aksoy
Av. Metin Feyzioğlu
Av. Pınar Keskin Coşgun
Av. Ertunç Alisbah
Av. Mehmet İstanbullu
Av. Özcan Güven
Av. Sinem Canan Kızılkaya

1

AVUKATLIK HUKUKU DAİRESİ

Prof. Dr. Hasan İşgüzar (Başkan), Av. Ender Giray (Üye), Av. Tuba Ünal (Üye)

2

CEZA HUKUKU DAİRESİ

Av. Doç. Dr. Tuğrul Katoğlu (Başkan), Doç. Dr. Olgun Değirmenci (Üye), Doç. Dr. Güneş Okuyucu Ergün (Üye)

3

KAMU HUKUKU DAİRESİ

Av. Doç. Dr. Ayhan Tekinsoy (Başkan), Av. Doç. Dr. Serkan Ağar (Üye), Yrd. Doç. Dr. İbrahim Nihat Bayar (Üye), Yrd. Doç. Oytun Canyaş (Üye)

4

ÖZEL HUKUK DAİRESİ

Prof. Dr. Arzu Oğuz (Başkan), Prof. Dr. Levent Akın (Üye), Av. Türkay Alıca (Üye), Av. Murat Can (Üye), Av. Ferdi Karoğlu (Üye), Prof. Dr. Seldağ Peschke (Üye), Av. Volkan Sırabaşı (Üye), Av. Prof. Dr. Kemal Şenocak (Üye)

5

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI DAİRESİ

Prof. Dr. Korkut Özkorkut (Başkan), Yrd. Doç. Dr. Cafer Eminoğlu (Üye), Av. Pervin Yıldız (Üye)

6

MESLEK ÖNCESİ EĞİTİM DAİRESİ

Av. Ayhan Sarılar (Başkan), Av. Taylan Arıhan (Üye), Yrd. Doç. Dr. Umur Erkan (Üye), Yrd. Doç. Dr. Fatma Ceren Yalçın (Üye)

7

YABANCI DİL VE ULUSLARARASI HUKUKA ENTEGRASYON EĞİTİM DAİRESİ

Av. M. Hakan Çınar (Başkan), Prof. Dr. Sanem Baykal (Üye), Yrd. Doç. Dr. Gülüm Özçelik (Üye)

8

BİREYSEL GELİŞİM EĞİTİMLERİ DAİRESİ

Prof. Dr. Özcan Yağcı (Başkan), Av. Onur Özterzi (Üye), Prof. Dr. Recep Tayfun (Üye)

9

BİLİRKİŞİ EĞİTİMİ DAİRESİ

Av. Oral Özbaş (Başkan), Av. Fatih Arkan (Üye), Arife Nesrin Uygur Yeşil (Üye), Doç. Dr. Burçak Yıldız (Üye)

10

SOSYAL SORUMLULUK PROJELERİ DAİRESİ

Prof. Dr. Gülriz Uygur (Başkan), Av. Zeynep Eğilmez (Üye), Av. Nilhan Artan Kanbir (Üye)