

**Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi**



**Gazi University
Faculty of Law
Review**

**Cilt XVIII, Temmuz-Ekim 2014, Sayı 3-4
Vol. XVIII, July-October 2014, No. 3-4**



**ANKARA
Nisan 2015**

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Gazi Üniversitesi Gazi University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. Süleyman BÜYÜKBERBER Prof. Dr. Süleyman BÜYÜKBERBER

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Editor in Chief

Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM

Editörler: Editors :

Doç. Dr. Bülent YAVUZ Assoc. Prof. Dr. Bülent YAVUZ

Yrd. Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM Assist. Prof. Dr. Abdulkerim YILDIRIM

Yrd. Doç. Dr. M. Çelebi CAN Assist. Prof. Dr. M. Çelebi CAN

Yayın Kurulu : Editorial Board :

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Assoc. Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri : Secretary of Publication

Günay KANDEMİR Günay KANDEMİR

ISSN-1302-0013

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN
Basım Yeri:

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE
TEL: +90 312 216 21 51 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.gazi.edu.tr>
e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Konya Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi



Prof. Dr. M. Fadil YILDIRIM
DEKAN



Doç. Dr. Bülent YAVUZ
DEKAN YRD.



Yrd. Doç. Dr. Abdulkерim YILDIRIM
DEKAN YRD.

ÖZEL HUKUK

MEDENİ HUKUK



Prof. Dr. İhsan
ERDOĞAN



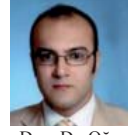
Prof. Dr. M.Fadıl
YILDIRIM



Prof. Dr. Cemal
OĞUZ



Doç. Dr. Seçkin
TOPUZ



Doç. Dr. Oğuz Sadık
AYDOS



Yrd. Doç. Dr. A.Dilşad
KESKİN



Yrd. Doç. Dr. H.Reyhan
DEMİRCİOĞLU



Yrd. Doç. Dr. Abdülkerim
YILDIRIM



Yrd. Doç. Dr. Mustafa
ŞAHİN

MEDENİ USUL VE İCRA İFLAS HUKUKU



Yrd. Doç. Dr. Alim
TAŞKIN



Yrd. Doç. Dr. İbrahim
ERMENEK



Yrd. Doç. Dr. Mustafa
GÖKSU

ROMA HUKUKU



Doç. Dr. Seldağ
Güneş PESCHKE

İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU



Prof. Dr. Kadir
ARICI



Doç. Dr. İbrahim
AYDINLI



Doç. Dr. Muhittin
ASTARLI

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKU



Prof. Dr. Vahit
DOĞAN



Prof. Dr. F.Bilge
TANRIBİLİR

TİCARET HUKUKU



Prof. Dr. Mertol
CAN



Doç. Dr. Mehmet
ÖZDAMAR



Doç. Dr. Hayrettin
ÇAĞLAR



Doç. Dr.
M.İsmail KAYA



Yrd. Doç. Dr.
M. Sencer KARA



Yrd. Doç. Dr. Kürşat
GÖKTÜRK



Yrd. Doç. Dr.
Mehmet Çelebi CAN

KAMU HUKUKU

ANAYASA HUKUKU



Prof. Dr. Ömer
ANAYURT



Doç. Dr. Erdal
ABDULHAKİMOĞULLARI



Doç. Dr. Bülent
YAVUZ

CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKU



Prof. Dr. Cumhur
ŞAHİN



Prof. Dr. İzzet
ÖZGENÇ



Prof. Dr. İlhan
ÜZÜLMEZ



Yrd. Doç. Dr.
Neslihan GÖKTÜRK

İDARE HUKUKU



Prof. Dr. Bahtiyar
AKYILMAZ



Prof. Dr. E.Ethem
ATAY



Prof. Dr. Murat
SEZGİNER



Doç. Dr. Süheyla
Suzan ALICA



Doç. Dr. Münici
ÇAKMAK

GENEL KAMU HUKUKU



Prof. Dr. İlyas
DOĞAN



Yrd. Doç. Dr. Yaşar
SALİHPAŞAOĞLU

HUKUK TARİHİ



Prof. Dr. Sevgi
Gül AKYILMAZ



Prof. Dr. Beşir
GÖZÜBENLİ

MALİ HUKUK



Prof. Dr. Serdar
ALTINOK

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ



Yrd. Doç. Dr. Yaşar
SALİHPAŞAOĞLU

MİLLETLERARASI HUKUK



Yrd. Doç. Dr. Berat
Lale AKKUTAY

Üniversitemizde iki dönem Rektörlük yapan ve Fakültemizin bugünlere gelmesinde büyük emeği bulunan Fakültemiz Öğretim Üyesi Prof. Dr. Rıza AYHAN'a minnet ve şükranlarımızı sunarız



Prof. Dr. Rıza AYHAN
2000-2004 /2008-2012

FAKÜLTEMİZE EMEĞİ GEÇMİŞ ÖĞRETİM ÜYELERİMİZ

Prof.Dr. Rıza AYHAN
Prof. Dr. Sertaç BAŞEREN
Prof.Dr. Kemal ÇEVİK
Prof.Dr. Sahir ÇÖRTOĞLU
Prof.Dr. Şanal GÖRGÜN
Prof.Dr. Kudret GÜVEN
Prof.Dr. Yüksel İNAN
Prof.Dr. Yadigar İZMİRLİ
Prof.Dr. Naci KINACIOĞLU
Prof.Dr. Levent KÖKER
Prof.Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Prof.Dr. Sacit ÖNEN
Prof.Dr. Turgut ÖNEN
Prof.Dr. Attila ÖZER
Prof.Dr. E. Saba ÖZMEN
Prof.Dr. Selahattin SARI
Prof.Dr. İhsan TARAKÇIOĞLU
Prof.Dr. Adnan TUĞ
Prof.Dr. Hasan TUNÇ
Prof.Dr.Kürşat ÜNAL
Prof.Dr. Güven VURAL
Doç.Dr. Murat ATALI
Doç.Dr. Bahir Güneş TÜRKÖZER
Doç.Dr. Mustafa YILDIZ
Yrd.Doç.Dr. Mürsel BAŞGÜL
Yrd. Doç. Dr. Gül EFEM
Yrd. Doç. Dr. Uğur ERİŞ
Yrd.Doç.Dr. Mehmet İSTEMİ
Yrd.Doç.Dr. İbrahim ONGÜN

Not: Öğretim Üyelerimiz akademik unvan ve soyadı sırasına göre sıralanmıştır.

FAKÜLTEMİZDE DAHA ÖNCE GÖREV YAPMIŞ DEKANLAR



**Prof. Dr. Hamdi
MOLLAMAHTUTOĞLU**
2005-2008



Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
2008-2012



Prof. Dr. Kamil TURAN
2000-2002



Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
2002-2005



Prof. Dr. Turgut ÖNEN
1994-1997



Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ
1997-2000



Fakültemizin İlk Hizmet Binası



Fakültemizin Şu Anki Hizmet Binası





ARAŞTIRMA GÖREVLİLERİ

ÖZEL HUKUK

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku

Arş. Gör. Dr. Ulaş BAYSAL
Arş. Gör. Gökhan TÜRE
Arş. Gör. Mehtap YÜCEL

Medeni Hukuk

Arş. Gör. Ali TUNCER
Arş. Gör. Aybike TUNÇ
Arş. Gör. Ayşe KARACA
Arş. Gör. Ayşe Nur KILINÇ
Arş. Gör. Azim ÖNCÜ
Arş. Gör. Bayram ASLAN
Arş. Gör. Ceren SADIOĞLU
Arş. Gör. Elif AYAN
Arş. Gör. Esen KABAŞ
Arş. Gör. Fahri Erdem KAŞAK
Arş. Gör. Özge ARPACI
Arş. Gör. Özkan ÖZYAKIŞIR
Arş. Gör. Özlem Sarı FİDAN
Arş. Gör. Özgür GÜVENÇ
Arş. Gör. Reyhan TUHAN

Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku

Arş. Gör. Hilal ÜÇÜNCÜ
Arş. Gör. Mehmet Yavuz ÇETİN
Arş. Gör. Mesut KÖKSOY
Arş. Gör. Nurullah BAL
Arş. Gör. Talip BABACAN
Arş. Gör. Zeynep BAHADIR

Milletlerarası Özel Hukuku

Arş. Gör. Dr. Alper Çağrı YILMAZ
Arş. Gör. H.Lale AYHAN İZMİRLİ
Arş. Gör. M. Alper ENER
Arş. Gör. Işınsoy HAMŞİOĞLU
Arş. Gör. Ömür KARAAĞAÇ

Ticaret Hukuku

Arş. Gör. Ahmet Baybars ÖZŞAHİN
Arş. Gör. Bilge AYTUĞAR
Arş. Gör. Burak DOĞAN
Arş. Gör. Derviş KOÇ
Arş. Gör. Eren ÇITIR
Arş. Gör. Esra KAŞAK
Arş. Gör. Fevzi Fırat GÖZÜYEŞİL
Arş. Gör. Gökhan AKTEPE
Arş. Gör. Hasan Ali KULAK
Arş. Gör. Özlem KORUCUOĞLU
Arş. Gör. Sinem KIZILKAYA
Arş. Gör. Şengül ALKILIÇ
Arş. Gör. Tuba ÇİFTÇİ
Arş. Gör. Yasemin AŞLAR

KAMU HUKUKU

Anayasa Hukuku

Arş. Gör. Ahmet EKİNCİ
Arş. Gör. Gizem GÜNER YAŞAR
Arş. Gör. Murat ERDOĞAN
Arş. Gör. Onurdoğan KARAKAÇ
Arş. Gör. Serdar ÜNVER
Arş. Gör. Serkan Nebi YILDIRIM

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku

Arş. Gör. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ
Arş. Gör. Ali Şahin KILIÇ
Arş. Gör. Burcu BAYTEMİR KONTACI
Arş. Gör. Efe Can KARABULAT
Arş. Gör. Fatih YURTLU
Arş. Gör. Fatma Umay GENÇ
Arş. Gör. Gökhan ÖLMEZ
Arş. Gör. Musa KAYA
Arş. Gör. Osman Gazi ÜNAL
Arş. Gör. Zeliha KILIÇPARLAR

İdare Hukuku

Arş. Gör. Dr. Dilşat YILMAZ
Arş. Gör. Begüm İSBİR
Arş. Gör. Çınar Can EVREN
Arş. Gör. Emine CİN KARAGÖZ
Arş. Gör. Faruk GÖÇGÜN
Arş. Gör. Halim Alperen ÇITAK
Arş. Gör. Hilal ALBAL
Arş. Gör. İsmail UÇAR
Arş. Gör. Kâmile TÜRKOĞLU ÜSTÜN

Genel Kamu Hukuku

Arş. Gör. Abdulkadir PEKEL
Arş. Gör. Bekir Fatih BİLGİ
Arş. Gör. Burcu DEĞİRMENCİOĞLU
Arş. Gör. Emine Gülselcen KAFKASYALI
Arş. Gör. Gülden ÇAMURCUOĞLU
Arş. Gör. Omca ÖZDEMİR
Arş. Gör. Özgem Tuğçe GÜMÜŞ
Arş. Gör. Zeynep HAZAR

Milletlerarası Hukuk

Arş. Gör. Dr. Ali İbrahim AKKUTAY
Arş. Gör. Azime Ayça KAHRAMAN
Arş. Gör. Damla YILDIRIM AKKAYA
Arş. Gör. Selcen Nur KIŞLA35.M

Mali Hukuk

Arş. Gör. Dr. Elif YILMAZ

Hukuk Tarihi

Arş. Gör. Berna YÜRÜT
Arş. Gör. Seral TUNCER

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi

Arş. Gör. Dilara Buket TATAR
Arş. Gör. Fatma Süzgül ŞAHİN ÜNVER
Arş. Gör. Mustafa Balkan DEMİRDAL

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD) Yayın İlkeleri

1. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), U L A K B İ M tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (**Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim**) olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Yazının dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Yazılar; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto-normal stil; dipnotlar Times New Roman-10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve CD veya elektronik posta ile hukukdergi@gazi.edu.tr, dergihukuk2013@gmail.com adresine gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, İngilizce, Almanca, Fransızca yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan **Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca özetlerin**; her iki dilde **yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün** yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
5. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, geri çevrilir.
7. Editörler kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgilendirici notlara* da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
10. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği **kaynakçaya** yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Örnek

Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*, Baskı. Basıldığı Yer, Yıl,
Örn. AYHAN, Rıza, Ticarî İşletme Hukuku, b. 2, Ankara 2007.

İlk atıf dâhil olmak üzere atıf usulü:

Örn. AYHAN, s. 178.

Aynı yazarın birden fazla kitabına ilk atıf usulü:

AYHAN, Şirketler, s. 120. ve AYHAN, Ticarî İşletme, s. 136.

Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, sayı numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları.

Örn. AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

Atıf da şu şekilde yapılmalıdır:

Örn. AYHAN, s. 31.

İnternette alınmış dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Örn. AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40 (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim 13 Haziran 2010).

Atıf da şu şekilde yapılmalıdır:

Örn. AYHAN, s. 31.

İletişim Adresi: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 (Beşevler Metrosu Yakını) Beşevler/ANK.

Tel: (312) 216 21 90

Faks: (312) 215 01 69

http: www.hukuk.gazi.edu.tr

e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr , dergihukuk2013@gmail.com

İ Ç İ N D E K İ L E R

Önsöz.....XXI-XXII

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

Toplu Sözleşme İle Kanun Değiştirilmesi: İlksan Örneği Kadir ARICI	3-20
AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşmesinin 263.Madde 4.Fıkrasında Öngörülen Tüzük Karakterli Tasarrufların Bireysel Hakların Korunmasına Katkısı A. Füsun ARSAVA	21-36
Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Türkiye'de Yerleşmiş Olan Yabancıların "Türk Vatandaşı Eşinden Olan Çocuklarına" Getirdiği (Yçihk M. 8/A) İstisnai Çalışma İzni Alma Yükümlülüğü Üzerine Bazı Tespitler Feriha Bilge TANRIBİLİR	37-66
Miras Hakkından İvazsız Feragat Halinde Feragat Eden Mirasçının Alacaklılarının Feragatin İptalini İsteme Sorunu Mustafa Fadıl YILDIRIM	67-76
6552 Sayılı Kanunla Alt İşveren Kurumunda Yapılan Yeni Düzenlemeler ve Değişiklikler İbrahim AYDINLI	77-100
Toplu İş Sözleşmesi İle Yapılan Yeni Yevmiye Düzenlemesinin "İşçi Lehine Şart İlkesi"Ne Aykırı Olduğuna İlişkin Yargıtay Kararı Değerlendirilmesi İbrahim AYDINLI	101-114
Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi Necla AKDAĞ GÜNEY	115-136
6552 Sayılı Kanun İle Ttk'da Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Anonim Şirketin Temsili Mehmet ÖZDAMAR	137-164

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı Sema AYDIN /Hasan Ali KAPLAN.....	165-204
Avrupa Birliğinden Çekilme Hakkı: Sonun Başlangıcı mı? A. Aşlı BİLGİN.....	205-244
Türk Ticaret Kanunu Uygulamalarında Gemi Alacaklısı Hakkının Bir Unsuru Olarak Hakkın Sahibi Nil Kula DEĞİRMENCİ.....	245-276
Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması Cafer EMİNOĞLU / Fatma Betül ÇAKIR.....	277-298
Uluslararası Tahkimde Çok Taraflılık Pelın AKIN.....	299-340
Geçmiş Etkili Sigorta M. Sadık ÇAPA.....	341-362
Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi Özgür GÜVENÇ	363-406

KAMU HUKUKU

Vergide Özgürlük İlkesi Elif PÜRSÜNLERLİ ÇAKAR / Fatih SARAÇOĞLU.....	409-434
Cumhurbaşkanının Bakanlar Kuruluna Başkanlık Etmesi Tartışmaları ve Sistem Arayışı Bülent YAVUZ / M. Savaş BAYINDIR.....	435-458
Devlet Memurluğu ve Memurların Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler Adil BUCAKTEPE	459-490
Düzenleyici ve Denetleyici Kamu Kurumları Tarafından Uyuşmazlıkların Giderilmesi Aynur CİDECİGİLLER	491-504
Vergi Hukukunda İspat ve Delil Neslihan KARATAŞ DURMUŞ.....	505-528
Demokrasilerde Sivil Toplum ve Devlet-Sivil Toplum İlişkisinde Karşılaşılabilecek Sorunlar A.Tarık GÜMÜŞ.....	529-572
Anayasa Mahkemesinin İnsan Hakları Zemini Emir KAYA	573-606

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Reform: 15 ve 16 no.lu Ek Protokoller Serhat ALTINKÖK	607-640
Hakimin Tarafsızlığının Sosyal Medya Ortamında Korunması Sorunu Mahmut ŞEN	641-668
İstanbul Ahkâm Defterleri'ne Göre 18. Yüzyılda İstanbul'daki Finansal Sistemin Tasnifi (1750-1780) M.Burak BULUTTEKİN	669-720
Tutuklama – Mahsup – Erteleme Müesseselerinin Birlikte Uygulanma Hâlleri Üzerine Bir İnceleme Hakan KAŞKA	721-736
Avrupa Konseyi Çerçevesinde Terörle Hukuki ve Kurumsal Mücadele Ergin ERGÜL	737-770
Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı veya Anayasa Değişikliği Sonrasında İdari Dava Açma Süresinin Yeniden Doğması Halil ALTINDAĞ	771-788
Ronald Dworkın'ın Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü M. Balkan DEMİRDAL	789-820
Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Mahkemeye Erişim Hakkı Ahmet EKİNCİ	821-848
Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kemal GÜNLER	849-876
Alman İdari Yargılama Usulünde İdari Makamların Bilgi ve Belge Verme Yükümlülüğü Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN	877-898
Uluslararası İnsancıl Hukuk ve Terörizme Karşı Nükleer Silahların Kullanımı Saeed BAGHERI	899-922

C O N T E N T S

Foreword.....**XXI-XXII**

ARTICLES*

PRIVATE LAW

<i>Law Amendment With The Collective Contracts: The Ilksan Example</i> Kadir ARICI	3-20
<i>Contribution Of Dispositions With Regulation Nature To Protection Of Individual Rights In The Treaty On The Functioning Of The Eu Article 263 Paragraph 4</i> A. Füsün ARSAVA	21-36
<i>Some Observations on the Obligation to Get Exceptional Working Permission of Children-Whose Foreign Spouses Married Turkish Nationals and Settled in Turkey-Based on the Act of Foreigners Working Permissions</i> Feriha Bilge TANRIBİLİR	37-66
<i>The Problem Of Claiming Cancellation Of The Relinquishing Heir's Creditors In Case Of Gratuitous Relinquishment Of Inheritance Rights</i> Mustafa Fadıl YILDIRIM	67-76
<i>The New Regulations And Changes In Subcontractor Constructed By Code 6552</i> İbrahim AYDINLI	77-100
<i>Assesment Of The Supreme Court's Decision About Contradiction Of The New Per Diem Regulation Making With Collective Bargaining To "Principle Of Condition In Employee's Favour"</i> İbrahim AYDINLI	101-114
<i>Das Aktienrechtliche Gleichbehandlungsprinzip</i> Necla AKDAĞ GÜNEY	115-136

* Articles are drawn up according to the title and surnames of the authors.

<i>The Representation Of The Joint Stock Company Within The Framework Of The Changes Made In Turkish Trade Law With Law No. 6552</i>	
Mehmet ÖZDAMAR	137-164
<i>Prohibition Of Competition Of Dependent Commercial Assistants</i>	
Sema AYDIN / Hasan Ali KAPLAN	165-204
<i>The Right To Withdraw From The European Union: Is It The Beginning Of The End?</i>	
A. Ash BİLGİN	205-244
<i>The Owner Of The Maritime Lien As Its Component In Terms Of Turkish Commercial Code Applications</i>	
Nil Kula DEĞİRMENCİ	245-276
<i>Election Of Legal Persons As Members Of The Board Of Directors In The Joint-Stock Companies And Representative - Assignment In The Board Of Directors By The Public Legal Persons</i>	
Cafer EMİNOĞLU / Fatma Betül ÇAKIR	277-298
<i>Multiparty Disputes In International Arbitration</i>	
Pelin AKIN	299-340
<i>Ckwärtsversicherung</i>	
M. Sadık ÇAPA	341-362
<i>Abbruch Von Vertragsverhandlungen Im Rahmen Der Haftung Aus Culpa In Contrahendo</i>	
Özgür GÜVENÇ	363-406

PUBLIC LAW

<i>Principle Of Freedom In Taxation</i>	
Elif PÜRSÜNLERLİ ÇAKAR / Fatih SARAÇOĞLU	409-434
<i>Chairing The Cabinet Meetingsby Presidentand Search For Government System</i>	
Bülent YAVUZ / M. Savaş BAYINDIR	435-458
<i>Ideas On The Evaluation Of The Civil Service And Civil Servants</i>	
Adil BUCAKTEPE	459-490
<i>Dispute Resolution By Independent Regulatory Commissions.</i>	
Aynur CİDECİGİLLER	491-504
<i>Proof And Evidence In Tax Law</i>	
Neslihan KARATAŞ DURMUŞ	505-528

İçindekiler

<i>Between State And Civil Society In Democracies</i> A.Tarık GÜMÜŞ	529-572
<i>The Human Rights Background Of The Constitutional Court Of Turkey</i> Emir KAYA	573-606
<i>The Reform Of The European Court Of Human Rights: Additional Protocols No. 15 And 16</i> Serhat ALTINKÖK	607-640
<i>The Question Of The Protection Of Impartiality Of Judges In Social Media Network</i> Mahmut ŞEN	641-668
<i>The Classification Of Financial System In Istanbul In The Eighteenth-Century By Istanbul Ahkâm Registers (1750-1780)</i> M.Burak BULUTTEKİN	669-720
<i>Together Implementing Forms Of The Arrest – Offset – Suspension</i> Hakan KAŞKA	721-736
<i>Legal And Institutional Fight Against Terrorism In The Framework Of The Council Of Europe</i> Ergin ERGÜL	737-770
<i>The Recommencement Of The Time Limit To Bring An Action Following An Annulment Decision Of Constitutional Court Or An Abrogation Of A Provision Preventing Judicial Review</i> Halil ALTINDAĞ	771-788
<i>The Role Of Judges In The Light Of Ronald Dworkin’s Law Theory</i> M. Balkan DEMİRDAL	789-820
<i>Right Of Access To Court In Individual Application To Constitutional Court Decisions</i> Ahmet EKİNCİ	821-848
<i>The Possible Problems In Civil Society And Relationship Confiscation In Turkish Criminal Law</i> Kemal GÜNLER	849-876
<i>Die Verpflichtung Der Behörden Zur Vorlage Von Urkunden Und Auskünften Im Deutschen Verwaltungsprozessrecht</i> Kamile TÜRKOĞLU ÜSTÜN	877-898
<i>International Humanitarian Law And Use Of Nuclear Weapons Against Terrorism</i> Saeed BAGHERI	899-922

HUKUK EĞİTİMİ VE ÖĞRETİMİNDE YİRMİ YILI TAMAMLARKEN

Yirmi yıl olmuş genç Türkiye Cumhuriyetinin başkentinde, devletin kurucusu Gazi Mustafa Kemal'in adını taşıyan üniversitenin Hukuk Fakültesinin eğitim ve öğretim hayatına başlayalı. Yirmi yıl bir insanın ömründe, hem de en verimli çağında son derece önemlidir. Bir ömre eş değerdir. Ancak kurumların ömründe o denli küçük bir zaman dilimidir ki, belki yüzüncü yıla armağan çıkarılırken, bir iki cümle bile düşmeyecektir, geçen yirmi yılı anlatan.

Halbuki neler yaşanmıştır geçen yirmi yılda. Kaç Dekan değişmiş, kaç öğretim üyemiz emekli olmuş; kaç meslek hayatına adım atarken, kaç dar-ı bekaya irtihal eylemiş, kaç öğrencimiz, dört yılını burada tamamlayarak meslek hayatına atılmıştır. Dekan olarak iki buçuk yılım geride kaldı, öğretim üyesi olarak bu fakültede dokuzuncu yılım. Şunu rahatlıkla söyleyebilirim ki fakültemi seviyor; meslektaşlarım ve öğrencilerimle gurur duyuyorum. Fakültede görev yapmak bir bayrak yarışdır; elimizdeki bayrağı gelecek nesillere, genç hukukçulara en güzel bir biçimde ulaştırmak kutsal görevimizdir.

Sevincim ve gururum boşuna değil. Öğrencilerini ülkemizin ihtiyaç duyduğu nitelikli hukukçulara dönüştürmede son derece başarılı bir kurum oldu geçen yirmi yılda. Yalnızca hakim-savcı adaylığı sınavlarında değil; avukatlar dahi yanlarına stajyer seçerken “Gazili olmak ayrıcalıktır” sloganını haklı çıkarırcasına bu ayrıcalıklı konumu hissettirmekte, Gazi Hukuk Fakültesi mezunu olmak bir tercih sebebi oluşturmaktadır.

Hukukçuluk yalnızca norm bilgisi değil elbet; adaleti inşa etme sanatının öğrenilmesi ve öğretilmesidir aynı zamanda. Haklıya hakkını verme konusunda sürekli çaba demek olan adalet, hayatımız boyunca bizimle olacak, bizi yönlendirecek bir his, karakter ve ülkü. Bu sebeple hukukçu olmak son derece ağır bir yük omuzlarımızda. Yükün ağırlığını özellikle geçen son on yılda daha da hissettik. Zira son yıla damgasını vuran “her alanda değişim” hukuk alanında da kendisini göstermiş; değişimin hukuk devleti sınırları içerisinde kalmasına Fakültemiz de önemli katkılar sağlamıştır.

Genç Türkiye Cumhuriyetinin büyük bir hukuk devrimi yaşadığına şahit olduk geçen yirmi yılda. Temel kanunların neredeyse tümü değişti: Medeni Kanun, Ceza Kanunu, Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu vs. Kanunlar değişirken aynı kalan bir ideal vardı daima da olacak: Adalet mülkün temeliydi ve öyle de kalmalı idi. Gelişen ve değişen ihtiyaçların adalet ülküsünden ayrılmadan karşılanması, insanın ve toplumun fitratına uyan; bunların ileride geçirecekleri evrim ile uyumlu olacak bir düzen. Bugünün ihtiyaçlarını giderip, geleceği inşaada katkı sağlamayı amaç edinen Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesinin nice yirmi yılları yine aynı inanç ve kararlılıkla karşılayacağına güvenim tamdır. Temelleri sağlam atılan müesseselerin gelecekle ilgili bir endişe taşımaları yersizdir. Bizler bu temellerin sağlam atıldığını görüyoruz; sistemin de bu temeller üzerinde yükselmesi gerektiğine yürekten inanıyoruz. Bu sebeple yönetimimizde de kurumsallaşma yönünde çaba harcanmakta; kurumumuz hizmetlerinde, öğrenci odaklı ilke ve kuralların hâkim olması yönünde bir kararlılık sergilenmektedir.

Fakültemizin eğitim ve öğretim hayatına atılmasının yirminci yılının anısına hazırlanan elinizdeki esere katkı sağlayan tüm meslektaşlarıma; eserin yayına hazırlanmasında katkısı bulunan tüm mesai arkadaşlarıma bu vesile ile şükranlarımı arz ediyorum, saygılar sunuyorum.

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM
DEKAN

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

TOPLU SÖZLEŞME İLE KANUN DEĞİŞTİRİLMESİ: İLK SAN ÖRNEĞİ

Kadir ARICI*

ÖZET

Türkiye’de 2010 Anayasa Değişikliği ile kamu görevlilerine ilk defa toplu sözleşme hakkı tanınmıştır. Ancak uygulama sürecinde toplu sözleşmenin anlamı ve niteliğinin yeterince anlaşılamadığı ortaya çıkmıştır. Toplu sözleşme ile bir kanun hükmü uygulanamaz hale getirilmiştir. Toplu sözleşme kanun hükmündedir. Bu cümlelerin anlamı toplu sözleşmenin hiyerarşik olarak kanundan üstün olduğu demek değildir. Toplu sözleşme ile nispi emredici nitelikteki kanun hükümleri çalışanlar lehine olmak üzere değiştirilebilir. Bu değişiklik nitelik itibarı ile kanun hükmünde bağlayıcı sonuç doğurur. Toplu sözleşmeler kanun aykırı olamaz. Tam emredici kanun hükümleri, toplu sözleşme ile değiştirilemez ya da uygulanamaz hale getirilemez. 2012 ve 2013 Kamu Toplu Sözleşmelerinde bu anlamda yapılan bir yanlış vardır; şöyle ki bir toplu sözleşme hükmüne dayalı olarak kanunla zorunlu kılınmış olan İLK SAN üyeliği isteğe bağlı hale getirilmiştir. Bu durum kanuna aykırı olduğu için geçersizdir. İLK SAN yönetimi, ya da İLK SAN üyeleri dava açarak bu hükmün geçersizliğini tespit ettirmeli ve toplu sözleşme ile isteğe bağlı hale getirilen İLK SAN üyeliği kanunda olduğu gibi zorunlu hale getirilmelidir. Elbette yasama organının ilgili kanunda, toplu sözleşme ile değil, bir kanun değişikliği yapmak suretiyle istenilen değişikliği yapmasının önünde bir engel yoktur.

Anahtar Kelimeler: Sosyal güvenlik, Tamamlayıcı sosyal sigorta, öğretmenlerin sosyal güvenliği

LAW AMENDMENT WITH THE COLLECTIVE CONTRACTS: THE ILKSAN EXAMPLE

ABSTRACT

For the first time, right to make collective contract for the civil servants and public officials in Turkey had been given with the new Constitutional Enactment in 2010. But during the implementation process it shows up that the meaning and the effect of the collective contract can not be understood enough by the public. The enactment has got the same nature legally. The meaning of this sentence does not mean that a collective contract hierarchically is above the law. With a collective contract, a semi - obligatory law can be changed for the good of employers. This enactment has got the same result as provision of law. Collective agreements cannot be contrary to the law. And a law cannot be suspended with a collective contract. With 2012 and 2013 Collective Contracts for the civil servants, a law has been put into an inapplicable position. These article related to ILKSAN in both collective contracts are

* Prof. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi

legally invalid. Without changing the law, the membership of İLKSAN for the primary school teachers appointed after July 2012 cannot be voluntary by an article of the collective contract of the public servants.

Keywords : *Social Security ,Complemantary Social Insurance ,Social Security of the Teachers*

SUNUŞ

Kamu Görevlileri Sendikaları Heyeti ile Kamu İşveren Heyeti arasında imzalanan Toplu sözleşme ile yürürlükte bulunan bir kanun değiştirilebilir mi? Ya da toplu sözleşme hükmü kanun hükmünü etkisiz kılmak için bir araç olarak kullanılabilir mi?

1943 tarih ve 4357 sayılı kanunla kurulmuş olan **İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve Sosyal Yardım Sandığı (İLKSAN)** munzam sosyal sigorta kuruluşu niteliğinde bir sandık olup, sandık üyeliği zorunludur. Kamu İşveren Heyeti ile Kamu Görevlileri Sendikaları Heyeti arasında bağitlanan toplu sözleşmeye konulan bir hükümlle, zorunlu olan İLKSAN üyeliği, toplu sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren atanan ilkökul öğretmenleri bakımından isteğe bağlı hale getirilmiştir.

Bizi bu makaleyi yazmaya iten temel sebep, kanunla zorunluluk esasına bağlanmış olan İLKSAN üyeliğinin, toplu sözleşme ile isteğe bağlı hale getirilip getirilemeyeceği meselesidir. Elbette öncelikle İLKSAN hakkında bilgi verilecek, daha sonra da toplu sözleşme hukuku bakımından yapılan düzenlemenin hukuki değerlendirmesi yapılacaktır.

I- İLKOKUL ÖĞRETMENLERİ SOSYAL YARDIMLAŞMA VE DAYANIŞMA SANDIĞI (İLKSAN) – NİTELİĞİ, AMACI VE SAĞLADIĞI SOSYAL YARDIMLAR

1-Genel Olarak

İLKSAN, 13.1.1943 tarih ve 4357 sayılı **Hususi İdarelerden Maaş Alan İlkokul Öğretmenlerinin Kadrolarına, Terfi, Taltif Ve Cezalandırılmalarına Ve Bu Öğretmenler İçin Teşkil Edilecek Sağlık Ve İçtimai Yardım Sandığı İle Yapı Sandığına Ve Öğretmenlerin Alacaklarına Dair Kanun** (RG. 19.1.1943 tarih ve 5308 sayı) ile “İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve İçtimai Yardım Sandığı “ adıyla kurulmuş bir sandıktır. Sandık, Milli Eğitim Bakanlığına bağlı ve tüzel kişiliği haizdir (m.11). Sandığın kişi

bakımından kapsamında yer alanlar, “**Maarif Vekâleti bütçesinden maaş alan ilkokul öğretmenleri, ilkokul yardımcı ve stajyer öğretmenleri, yetiştirme yurtları öğretmenleri, arızalı çocuklara ilk tahsillerini veren müesseselerin öğretmenleri, Maarif müdürleri, ilköğretim müfettiş ve denetmenler, uygulama okulu öğretmenleri, İlköğretim Umum Müdürlüğü ve maarif müdürlüklerinde vazifeli memurlar ile Sandık işlerinde çalışan memurlardır.**”(m.11/2).

Sandık üyeliği isteğe bağlı üyelik değildir. İLKSAN’ a üyelik kanunla zorunlu üyelik olarak düzenlenmiştir. Yalnızca “**Sandık azası iken emekliye ayrılanlar, isterlerse azalıklarını devam ettirebilirler**” (m.11/3) hükmü ile emekliye ayrılan sandık üyelerine, üyeliklerini devam ettirme hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla isteğe bağlılık yalnızca emekli olmuş sandık üyelerine has bir durumdur.

Sandığın gelirleri kanunla belirlenmiş olup bunlar;

(i)Genel kurulca miktarı belirlenecek ve üyelerin maaşlarından her ay kesilecek aidatlar,

(ii) Bağış ve devlet bütçesinden yapılacak yardımlar,

(iii) Sandık gelirlerinin nemalandırılmasından doğacak gelirler,

(iv) Sandığın amaçlarını gerçekleştirmek üzere kurulacak prevantoryum, kaplıca gibi sosyal tesislerin gelirleri ile sandık gayrimenkullerin kira gelirleri ya da sandık işletmelerinin gelirleri ya da kira gelirleridir (m.11/4).

Sandığın gelişmesi için Devlet birtakım destekler sağlamış, bu anlamda sandığa bazı harç ve vergilerden bağışıklıklar tanınmıştır. Buna göre sandığın hak ve malları, devlet mallarına tanınmış olan hak ve öncelikler ile imtiyazlara sahiptir. Sandığın gelirleri her türlü vergi, resim ve harçlardan muaf olup, haciz ve temlik edilemez (m.14/1-2). Sandığın işleyiş esasları, Milli Eğitim Bakanlığı tarafından hazırlanan bir **statü** ile belirlenir (m.14/3) ¹.

Sandık, bir sağlık ve sosyal yardım sandığı olarak kurulmuştur. Sandığın kuruluş amacı, öğretmenlerin kendi kendilerine, yardım mekanizması içinde, sosyal yardımlaşma ve dayanışmasını desteklemektir. İLKSAN , niteliği itibarı ile üyeliği zorunlu bir sosyal yardımlaşma sandığıdır. Sosyal güvenlik terminolojisi bakımından ifade edilirse bu sandık, “**munzam sosyal sigorta**

¹ Sandığın Anasatüsü ve son değişiklikler ile ilgili bkz.: RG. Tarih 22.3.1995 ve Sayı:2223; www.ilksan.gov.tr

kurumu” niteliğine haiz bir müessesedir². Sandık, primli sistem içinde çalışır. Temel gelir, üyelerin sandığa her ay ödedikleri aidatlardır. Sandığın bütün üyeleri, geçmişte Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı iştirakçisi, günümüzde ise Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) bünyesinde m.4/c sigortalısı olarak zorunlu sigortalıdırlar. Sandık kapsamında bulunan ilkökul öğretmenleri ise SGK’ya ilaveten İLKSAN’ın zorunlu iştirakçisi ve üyesi durumundadırlar.

Munzam bir sosyal sigorta kuruluşu olarak sandık, dünden bu güne, öğretmenlere sağlık ve sosyal yardımlaşma alanında hizmet götürmeye çalışmaktadır. Amacı da kanun zoru ve gücü ile öğretmenlerin kendi güç ve imkânlarını bir araya getirmek; dayanışma ve yardımlaşmalarını sağlamak ve sosyal güvenlik bakımından daha da güçlenmelerine katkı sağlamaktır. Sandık, Devletin zorunlu sigorta kurumu yanında ona ilaveten yine zorunluluk esasına dayalı ve primli sistemde çalışan bir kurum olduğu için niteliği itibarı ile ek (munzam) bir sosyal sigorta kuruluşu olarak nitelendirilebilir.

İLKSAN üyelerine birtakım sosyal yardımlar yapar. İLKSAN’ın üyelerine yapacağı yardımlar İLKSAN Ana Statüsü ile belirlenir. Bu belirleme Ana Statüde aşağıdaki şekilde yapılmıştır: (i)İkraz (borç para vermek), (ii) Evlenme Yardımı, (iii)Tabii Afet Yardımı, (iv)Şehit Yardımı, (v)Ölüm Yardımı, (vi)Malûliyet Yardımı, (vii)Emeklilik Yardımı. Bu yardımların esasları ve ayrıntıları çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenmektedir .

Milli Eğitim Bakanlığı’na bağlı bir kuruluş olan İLKSAN’ın teşkilatlanma yapısı; (i)Temsilciler kurulu, (ii)Yönetim kurulu, (iii)Denetim Kurulu olarak belirlenmiştir. Sandık yönetim kurulu kararları doğrultusunda genel müdür tarafından yönetilir. (Ana Statü m.6-13) .

2-İlksan’ın Önemi ve Kamuoyundaki Algılamalarla İlgili Bir Değerlendirme

İLKSAN 1943 yılından bu yana faaliyet göstermesine ve ilkökul öğretmenlerine yardım yapmakta olmasına rağmen, üzülecek ifade edelim ki, ilkökul öğretmenlerine kayda değer hizmet sunan bir kuruluş olarak algılanmayı başaramamış değildir³. İLKSAN başarılı bir performans gösteremediği gibi, geçmişte adı muhtelif yolsuzluklarla anılan bir kuruluş olmuştur. Günümüzde

² Munzam sandıklar hakkında bkz.; GÖKBAYRAK, Şenay. *Refah Devleti’nin Dönüşümü ve Özel Emeklilik Programları*. Ankara: 2010. s.167 vd.; ARICI, Kadir. *Sosyal Güvenlik Dersleri*. Ankara: 1999, s.105 vd.

³ İLKSAN öğretmenlerin sosyal güvenliği bakımından önemli bir kurumdur. Geniş bilgi için bkz.: ARICI, Kadir. Öğretmenlerin Sosyal Güvenliğinin Sağlanması ve İLKSAN. *Gazi Üniversitesi Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi Dergisi*. S.3, Haziran 1995, s.91-121.

ise ilkokul öğretmenlerinin ekseriyeti açısından öğretmenlere fayda sağlamayan ve onların üzerinde bir yük olarak algılanan bir kuruluş haline gelmiştir. İLKSAN ile ilgili olarak öğretmen kamuoyundaki bu algılamının haklılığı, sağduyulu bir biçimde sorgulanmalı ve değerlendirilmelidir.

İLKSAN'ın bu duruma düşmesinden kim sorumludur? İLKSAN'ın bu duruma düşmesinin sorumluluğu kolayca Sandıklarına sahip çıkmayan ilkokul öğretmenlerimize yüklenebilir. Üye aidatları ile büyüttükleri bir kuruluşa yeterince sahip çıkmadıkları için ilkokul öğretmenleri suçlanabilir. Ancak mesele derinliğine incelendiğinde bütün suçu ilkokul öğretmenlerimize yüklemenin pek de doğru ve adil olmadığı anlaşılmaktadır.

İLKSAN'da başarısızlığın nedenleri araştırılırken öncelikle İLKSAN'ın yönetim ve teşkilat yapısının iyi incelenmesi gerekir. Şöyle ki, İLKSAN, tüzel kişiliği haiz bir kuruluş olarak kurulmuş, ancak idari ve mali özerkliği kendisine verilmemiş bir sandıktır. Sandık, Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı bir kuruluştur (m.11). Sandığın Ana Statüsü, MEB tarafından hazırlanır. Bakanlık, sandığın ana statüsünü hazırlamak yanında kanunun uygulamasından da birinci derecede sorumludur (m.17).

Sandığın Ana Statüsü incelendiği zaman gözden kaçmaması gereken bazı gerçekler daha vardır:

(i) *İLKSAN'ın karar organı Temsilciler Kuruludur. Dört yılda bir seçilen Temsilciler Kurulu, Sandığın en yetkili kuruluştur.*

(ii) *Sandığı, Temsilciler Kurulu adına Yönetim Kurulu yönetir.*

İLKSAN'ı yöneten Yönetim Kurulu'nu, Temsilciler Kurulu belirlemektedir. Ancak Temsilciler Kurulu kendi iradesi ile Yönetim Kurulu'nun yalnızca üç üyesini seçebilmektedir. Yönetim kurulu üyelerinden diğer üçü, ilkokul öğretmeni olmayan maliye, hukuk, işletme, bankacılık alanlarında yükseköğrenim yapmış kişilerden olmak üzere, MEB tarafından önerilecek 6 kişi arasından Temsilciler Kurulu tarafından seçilir. Bir üye ise MEB Merkez Teşkilatı mensuplarından MEB tarafından önerilecek üç üye arasından, Temsilciler Meclisi tarafından seçilir. Şu halde, gerçekte Yönetim Kurulu'nun 4 üyesi ilkokul öğretmeni olmayan kimseler arasından ve MEB tarafından seçilmiş olmaktadır. Temsilciler Meclisinin yaptığı işlem gerçek anlamda bir seçme değil, kendisine sunulanlar (seçilenler) arasından üçünü belirlemektir. Bu durumda İLKSAN Yönetim Kurulunu gerçekte ilkokul öğretmenlerinin temsilcileri seçmiş olmamaktadır. İLKSAN'ın ilkokul öğretmenleri kendi

temsilcilerini seçme şansından, MEB tarafından çıkarılan Sandık Statüsü ile alıkonulmuşlardır. Üstelik Yönetim Kurulunun 7 üyesinden 4'ü bu şekilde belirlenmektedir.

Yönetim Kurulu'nun seçimindeki bu yapısal durum, bizi her dönemde yönetimi MEB'in belirlemekte olduğu gerçeğine götürür. İLKSAN'da yönetimleri MEB, daha doğru bir deyişle Milli Eğitim Bakanlarının belirlediği söylenebilir.

(iii) İLKSAN Denetim Kurulu'nun seçiminde de benzer bir durum vardır. Denetim Kurulu üyelerinin seçimlerinde de ilkokul öğretmenleri yine saf dışı bırakılmış durumdadırlar. Denetim Kurulunun üç üyesinden yalnızca birisini ilkokul öğretmenleri seçebilmektedir. Diğer iki üyeyi ise Bakanın göstereceği 4 aday arasından Temsilciler Kurulu seçmektedir. Bu yapı dolayısıyla Denetim Kurulu'nda da MEB'in seçtiği temsilciler çoğunluğa sahiptir. Denetim Kurulu'nda da MEB hâkimdir denilebilir.

(iv) Genel Müdür, Sandığı, Temsilciler Kurulu ve Yönetim Kurulu'nun kararları ışığında yönetir. Genel Müdür, Yönetim Kurulu tarafından seçilir. Genel Müdür'ün seçim ve atanmasında “**Yönetim Kurulunun toplantı yeter sayısının oybirliği ile atanır**” hükmü esas olmak üzere bir atama usulü benimsenmiştir. Yönetim Kurulu'nun toplantılarında, toplantı yeter sayısı 5 olarak belirlenmiştir. Bu yapıda Genel Müdürün belirlenmesinde de, Milli Eğitim Bakanının işareti ile seçilen 4 üye etkili olacaktır. Şu halde Temsilciler Meclisi tarafından seçilen ve bizce ilkokul öğretmenlerin gerçek temsilcisi niteliğine haiz bulunan 3 temsilcinin belirleyici olma niteliği yoktur. Bu yapı dikkate alındığı zaman Genel Müdürü de Milli Eğitim Bakanlarının seçtiği söylenebilir.

Sonuç olarak mevcut Ana Statü öyle hazırlanmıştır ki, İLKSAN, Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı bir kuruluşu olarak; Bakanlığın seçiminde etkili olduğu bir Yönetim Kurulu ve Genel Müdür tarafından yönetilmekte, Denetim Kurulu tarafından da denetlenmektedir. Bu çerçevede İLKSAN, bu yapısı ile siyasi iktidarların, hükümetlerin kontrolü ve yönetiminde bu günlere gelmiştir. Denilebilir ki İLKSAN da ne yanlış gitmiş, ne yanlış yapılmış ise bunda vebali olanlar öncelikle zamanın Milli Eğitim Bakanları ve siyasi iktidarlarıdır (hükümetleridir).

Türkiye'de aynı alışkanlık, diğer sosyal güvenlik kurumlarında da geçmişten günümüze sürdürülmektedir. Geçmişte SSK, Bağ-Kur ve Emekli Sandığı'nda, günümüzde ise Sosyal Güvenlik Kurumunda idari ve mali

özerklik, kanunda yönetimlerin oluşturulma biçimi nedeniyle kâğıt üzerinde kalmıştır. Kanunla belirlenen yönetimlerde atama ile gelenler, her dönemde seçimle gelenlerden sayıca daha fazla olmuştur. Sonuçta bu kurumlarda bütün yük, sandıkların ve kurumların iştirakçilerine, üyelerine yıkılmış; ancak siyasi iktidarlar bu kurumları perde arkasından yönetmişlerdir.

İlkokul öğretmenlerimizin kurduğu ve finanse ettiği İLKSAN, hiçbir zaman ilkokul öğretmenlerinin hâkimiyetine bırakılmamıştır. Bu durumun Sandık üyesi ilkokul öğretmenleri arasında Sandığa karşı yabancılaşmaya yol açtığı pekâlâ söylenebilir. Sandık mensubu ilkokul öğretmenlerinin Sandığa yeterince sahip çıkmamalarının gerisinde belki de bu yönetim yapısından kaynaklanan İLKSAN'a yabancılaşma olgusu vardır. Yabancılaşma sonucunda ilkokul öğretmenleri günümüzde Sandığa karşı duyarlılıklarını kaybetmişlerdir. Bu kaybın geri planında Sandığın yönetiminden ilkokul öğretmenlerinin dolaylı bir biçimde dışlanmış olmaları ve Bakanlığın Sandık üzerindeki hâkimiyetinin teftiş ve denetim mekanizması ile arttırılmış olması vardır denilebilir.

II-TOPLU SÖZLEŞME VE ETKİLERİ

1-Toplu Sözleşme Kavramı ve Niteliği

a-Kavram

Toplu sözleşme, kamu görevlileri sendikaları heyeti ile kamu işveren heyeti arasında 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nda öngörülen esas ve usule bağlı olarak imzalanan bir sözleşmedir. Toplu sözleşmeler kanunla önceden belirlenen kamu görevlilerinin maaş ve sosyal haklarını taraflarca belirleyen sözleşmelerdir.

Toplu sözleşme hakkı, 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanunla Anayasa m.53 de yapılan değişiklikle memurlar ve diğer kamu görevlilerine tanınmış olan bir haktır. Buna göre, “**Memurlar ve diğer kamu görevlileri, toplu sözleşme yapma hakkına sahiptirler.**

Toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde taraflar Kamu Görevlileri Hakem Kurulu'na başvurabilir. Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu sözleşme hükmündedir.

Toplu sözleşme hakkının kapsamı, istisnaları, toplu sözleşmeden yararlanacaklar, toplu sözleşmenin yapılması şekli, usulü ve yürürlüğü, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere yansıtılması, Kamu Görevlileri

Hakem kurulunun teşkili, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar kanunla düzenlenir.”(Any. m.53/3-5).

Toplu sözleşme hakkı, işçilere tanınmış olan toplu iş sözleşmesi hakkının memur ve kamu görevlilerine tanınmış biçiminden öte bir şey değildir. İşçilere tanınmış bulunan toplu iş sözleşmesi hakkı ile memur ve diğer kamu görevlilerine tanınmış bulunan toplu sözleşme hakkını birini diğerinden ayırt etmek maksadı ile birisine **Toplu İş Sözleşmesi Hakkı** diğerine ise **Toplu Sözleşme Hakkı** denilerek bir farklılık yaratılmaya çalışılmıştır. Ancak özünde her ikisi de aynı nitelikte haklardır.

Toplu sözleşme ile devlet, memur ve diğer kamu görevlileri kendi çalışma şartlarını pazarlık yaparak, görüşerek, kamu idaresinin belirleme yetkisini paylaşmış olmaktadır. Daha önce statü hukuku ile çalışanların çalışma şartları kanunla belirlenir iken, Anayasa değişikliği ile toplu sözleşme yolu ile çalışan memur ve diğer kamu görevlileri tarafından belirlenmeye başlanmıştır.

Çalışma şartları bakımından hangi hakların toplu pazarlık konusu haklar olacağı 4688 sayılı Kanun m.28 ile belirlenmiştir. Dolayısı ile kanun koyucunun belirlediği sınırlar içinde kalan konular, taraflarca görüşme ve toplu pazarlık yoluyla belirlenecektir. Taraflar arasında anlaşmaya varılamayan hususlarda ise bu belirlemeyi Kamu Görevlileri Hakem Kurulu yapacaktır. Uyuşmazlık hakem heyetinin kararı ile sonuçlandırılacaktır.

Toplu sözleşme hakkı ile kamu görevlilerine çalışma şartlarını belirlemede pazarlık yapma ve karar verme hakkı tanınmış olmaktadır. Toplu sözleşme hakkı ile sözleşme tarafları, bu hakkın sınırları içinde kanun gibi kural koyma hakkını elde etmiş olur. Hukuka ve kanuna aykırı olmadığı sürece toplu sözleşme hükümleri tarafları bağlayıcı hükümlerdir.

b-Toplu Sözleşme Hakkının Niteliği

Toplu sözleşme, Kamu İşveren Heyeti ile Kamu Görevlileri Sendikaları Heyeti arasında yapılan bir sözleşmedir. Toplu sözleşme kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarını düzenleyen mevzuat hükümleri dikkate alınarak kamu görevlilerine uygulanacak katsayı ve göstergeler, aylık ve ücretler, her türlü zam ve tazminatlar, ek ödeme, toplu sözleşme ikramiyesi, fazla çalışma ücreti, harcırah, ikramiye, doğum, ölüm ve aile yardımı ödenekleri, cenaze giderleri, yiyecek ve giyecek yardımları ve diğer mali ve sosyal hakları kapsar.” (4688 sayılı Kanun m. 29/1).

Toplu sözleşme hükümleri, “sözleşmenin yapıldığı tarihi takip eden iki mali yıl için geçerlidir.” (4688 sayılı Kanun m.28/3)

Toplu sözleşme hakkı, taraflara kanunun belirlediği sınırlar içinde karar verme ve düzenleme yapma serbestisini veren bir haktır. Toplu sözleşme ile kamu görevlilerinin mali ve sosyal hakları düzenlenir. Bu anlamda toplu sözleşme ile mali ve sosyal haklar alanında yeni haklar sağlanabilir, mevcut ekonomik ve sosyal haklarda değişiklikler veya iyileştirmeler yapılabilir.

Bununla birlikte toplu sözleşme hakkı kamu görevlilerine, kanunla yüklenen bir takım yükümlülüklerden kurtulma hakkı vermez. Aynı şekilde toplu sözleşme hakkı, kanunun belirlediği sınırlar dışında düzenlemeler yapma, birtakım hak ve yükümlülükleri kaldırma ya da bazı hak ve yükümlülükler koyma hakkı da vermez.

Toplu sözleşme hakkı, taraflara toplu sözleşme özerkliği veren bir haktır⁴. Toplu sözleşme özerkliği, taraflara kanunla belirlenen konularda Anayasa ve kanunla belirlenen sınırlar içinde kalmak ve kanunda belirlenen kurallara bağlı olmak şartı ile düzenleme yapma hakkı tanır. Toplu sözleşme özerkliği ile taraflara, kanunla belirlenen sınırlar içinde kalmak, kesin emredici kanun hükümlerini ihlal etmemek kaydıyla, kanun değerinde kural koyma hakkı tanınmaktadır⁵. Usulüne göre imzalanmış bir toplu sözleşme hükmü, taraflar açısından kanun gibi bağlayıcıdır. Bu anlamda toplu sözleşme hükümleri maddi anlamda, yasa gibi kabul edilir⁶. Yargıtay da bir kararında toplu sözleşmenin niteliği hakkında maddi anlamda kanun niteliğinde olduğu yönünde görüş belirtmiştir⁷. Taraflar toplu sözleşme hakkını kullanarak kanunla belirlenen çerçeve içinde, kamu görevlilerinin haklarını ve yükümlülüklerini serbestçe belirleyebilirler. Toplu sözleşme özerkliği taraflara böyle bir serbesti verir.

Toplu sözleşme adı üzerinde bir sözleşmedir. Toplu sözleşmeler hiçbir şekilde bir kanun olarak nitelendirilemez ve algılanamaz. Toplu sözleşme hükmünün kanun hükmünde olması, onun kanun olduğu anlamına gelmez. Bu ifade sözleşme hükümlerinin bağlayıcılığını ortaya koyan bir ifadedir⁸.

⁴ Toplu sözleşme özerkliği için bkz.; ULUCAN, Devrim. *Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği*. İstanbul: 1981.

⁵ NARMANLIOĞLU, Ünal. *İş Hukuku II-Toplu İş İlişkileri*. İstanbul:2013, s.355.

⁶ SUR, Melda. *İş Hukuku Toplu İlişkiler*. Ankara: 2011, s.252.

⁷ YHGK, 21.2.1975 T., E.9/1040, K. 227. (İşveren Dergisi, Ekim 1975, s.23-24.)

⁸ Doktrinde de toplu sözleşme hükümlerinin kanun ya da diğer düzenleyici tasarruflara yaklaşan bir konuma sahip olduğu görüşü ileri sürülmektedir. Detaylı bilgi için bkz.;

Toplu sözleşme hakkı, yasama organının çıkardığı kanunları yürürlükten kaldıramayacağı gibi, kanunların uygulanamaz hale getirilmesini sağlamak maksadı ile de kullanılamaz. Yani toplu sözleşme ile kanun değişikliği yapılamaz. Ancak toplu sözleşme kapsamı içinde bulunan alanlarda kanun hükümleri gibi geçerli toplu sözleşme hükümleri uygulanır.

Toplu sözleşmelerin kanun niteliğinde kural koyması demek kanun koyması, kanunu değiştirmesi ya da yürürlükten kaldırması olarak algılanamaz. Toplu sözleşmelerle bir kanun değiştirilemeyeceği gibi, yürürlükten de kaldırılamaz. Kanun hükmünde kural koyma ifadesi, nitelik ve bağlayıcılık bakımından, konulan kuralın kanun gibi bağlayıcı niteliğini vurgulamak amacıyla kullanılmaktadır.

2- Toplu Sözleşmenin Çalışma Şartları Üzerindeki Etkisi

Toplu sözleşme hakkı kullanıldığında yani toplu sözleşme imzalandığında, mevcut çalışma şartları yerine, toplu sözleşme ile belirlenen yeni çalışma şartları ikame edilmiş olur. Toplu sözleşme ile belirlenen çalışma şartlarına, mali ve sosyal haklara sözleşme tarafları uymakla yükümlü olurlar.

Toplu sözleşme hakkının tanınması ile toplu sözleşme hakkının alanı artık kanunla belirlenen bir alan olmaktan çıkmıştır. Yasama organı, belirlediği alan içinde kanuni düzenleme yapamaz, yapmaması gerekir. Zira bu düzenleme hakkı; anayasa ile toplu sözleşmenin taraflarına verilmiştir.

Kamu İşveren Heyeti ile Kamu Görevlileri Sendikaları Heyeti arasında imzalanan toplu sözleşme hükümleri, kural olarak kanun gibi geçerli ve tarafları bağlayıcı niteliktedir. Anayasal ve kanuni temeli olan toplu sözleşme hükümleri uyulması zorunlu olan hükümler niteliğindedir.

Toplu sözleşme hakkının muhtevasında, *“kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarını düzenleyen mevzuat hükümleri dikkate alınarak kamu görevlilerine uygulanacak katsayı ve göstergeler, aylık ve ücretler, her türlü zam ve tazminatlar, ek ödeme, toplu sözleşme ikramiyesi, fazla çalışma ücreti, harcırah, ikramiye, doğum, ölüm ve aile yardımı ödenekleri, cenaze giderleri, yiyecek ve giyecek yardımları ve diğer mali ve sosyal hakları”* yer alır (4688 sayılı Kanun m.28). Kanunla belirlenen bu hakların dışında başkaca hükümlerin toplu sözleşmede yer alması mümkün değildir. Kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarını düzenleyen mevzuat içinde yalnızca kanunda sıralanan ve yukarıda açıklanan haklara ilişkin hükümler toplu sözleşmelerde yer alabilir.

NARMANLIOĞLU, s.353.

Toplu sözleşme hükümlerinin bağlayıcı ve kanun niteliğinde kural koyma etkisi, kanuna uygun muhtevada yapılan bir toplu sözleşme bakımından doğrudur. Toplu sözleşmenin kanuna aykırı olması halinde, kanuna aykırı toplu sözleşme hükümlerinin kesin hükümsüzlüğü söz konusu olur. Çünkü kanun, kanuna aykırı toplu sözleşme yapma hakkını vermez. Kanuna aykırı sözleşme hükümleri, yargı yolu ile kanuna aykırılığının tespiti halinde kesin hükümsüz duruma düşer. Kanuna uygun toplu sözleşme hükümleri hem kamu görevlileri hem de kamu kurum ve kuruluşları bakımından kanun gibi uyulması zorunlu hükümler niteliğindedir.

II- TOPLU SÖZLEŞME İLE KANUNUN ETKİSİZ HALE GETİRİLMESİ MESELESİ

1-Gelişmeler

Memur ve diğer kamu görevlilerine **toplu sözleşme hakkı**, 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun m.6 ile değişik Any. m.53/2 de tanınmış **anayasal bir haktır**. Bu hakkın “**kapsamı, istisnaları, toplu sözleşmeden yararlanacaklar, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğü, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere yansıtılması, Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun teşkili, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar kanunla düzenlenir.**”(Any. m.53/4). Anayasanın öngördüğü kanuni düzenleme, 4.4.2012 Tarih ve 6289 sayılı Kanun ile 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununda değişiklik yapılmak suretiyle gerçekleştirilmiştir. Kanuna göre toplu sözleşmenin kapsamı, “**kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarını düzenleyen mevcut mevzuat hükümleri dikkate alınarak kamu görevlilerine uygulanacak katsayı ve göstergeler, aylık ve ücretler, her türlü zam ve tazminatlar, ek ödeme, toplu sözleşme ikramiyesi, fazla çalışma ücreti, harcırah, ikramiye, doğum, ölüm ve aile yardımı ödenekleri, cenaze giderleri, yiyecek ve giyecek yardımları ve diğer mali ve sosyal hakları kapsar.**”(m.28/1).

Kamu Görevlileri Sendikaları Heyeti ile Kamu İşveren Heyeti arasında sürdürülen toplu sözleşme müzakerelerinde anlaşma sağlanamaması üzerine mesele, Kamu Görevlileri Hakem Kurulu’na götürülmüş ve Kamu Görevlileri Hakem Kurulu’nun 29.5.2012 tarih ve 2012/1 sayılı kararı ile toplu sözleşme bağitlanmış ve 1.Haziran 2012 tarih ve 28310 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kamu Görevlileri Toplu Sözleşmesi’nin 32.maddesinde bir düzenleme yer almaktadır ki, bu düzenleme çalışmanın kaleme alınmasında en önemli

faktördür. Şöyle ki, Kamu Görevlileri Toplu Sözleşmesi m.32’de “**İLKSAN Üyeliği**” üst başlığı altında aşağıdaki hüküm yer almaktadır.

“Madde 32- (1) Bu Kararın, Resmi Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren Milli Eğitim Bakanlığına ait kadrolara atanan ve 13/1/1943 tarihli ve 4357 sayılı Kanunun 11 inci maddesi kapsamında bulunanlar bakımından söz konusu maddede öngörülen İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve İçtimai Yardım Sandığı (İLKSAN) üyeliği ihtiyaridir.”

Milli Eğitim Bakanlığı Kamu Görevlileri 2012 yılı Toplu Sözleşmesi m.32 hükmünü dikkate almak suretiyle İLKSAN Ana statüsünde değişiklik yapmıştır. Değişiklik Resmi Gazete’de aynen aşağıdaki şekilde ilan edilmiştir;

“Madde 1- 22/3/1995 tarihli ve 22235 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve Sosyal Yardım Sandığı Ana Statüsünün 18 inci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

(4) 1/6/2012 tarihinden itibaren 13/1/1943 tarihli ve 4357 sayılı Kanun’da sayılan görevlere atananlar bakımından İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve Sosyal Yardım Sandığı üyeliği 29/5/2012 tarihli ve 2012/1 sayılı Kamu Görevlileri Hakem Kurulu Kararı ile ihtiyari hale getirildiğinden, sandık üyesi iken 1/6/2012 tarihinden sonra Milli Eğitim Bakanlığı bünyesinde üyelik kapsamı dışında başka bir göreve atananlar istemeleri halinde üyeliklerini sürdürebilirler.

MADDE 2 – Bu Ana Statü 1/6/2012 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3 – Bu Ana Statü hükümlerini Millî Eğitim Bakanı yürütür.”

24 Ekim 2012 tarih ve 28451 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren ana statü değişikliğine uygun olarak 1943 tarih ve 4347 sayılı Kanunla 1943 yılından itibaren zorunlu olan İLKSAN üyeliği, toplu sözleşme değişikliği gerekçe gösterilerek, 1 Haziran 2012 tarihinden sonra ilk defa atanan öğretmenler bakımından isteğe bağlı hale getirilmiştir.

Hemen belirtelim ki, 2012 Kamu Görevlileri Toplu Sözleşme Hükümü 2013 ve 2014 yılları için geçerli olacak 14.8.2013 tarihli **kamu görevlilerinin geneline ve hizmet kollarına yönelik mali ve sosyal haklara ilişkin 2014 ve 2015 yıllarını kapsayan 2. dönem toplu sözleşmede de yer almıştır**⁹. Sonuçta

⁹ İLKSAN üyeliği Madde 9- (1) 1/6/2012 tarihinden itibaren Milli Eğitim Bakanlığına ait kadrolara atanan ve 13/1/1943 tarihli ve 4357 sayılı Kanunun 11 inci maddesinde kapsamında bulunanlar bakımından söz konusu maddede öngörülen İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve İçtimai Yardım Sandığı (İLKSAN) üyeliği ihtiyaridir.

toplu sözleşme gerekçe gösterilerek Milli Eğitim Bakanlığı tarafından Ana Statü değişikliğine gidilmiş ve 1943 yılından bu yana zorunlu olan İLKSAN üyeliği 1 Haziran 2012 tarihinden itibaren atanacak ilkokul öğretmenleri için isteğe bağlı hale getirilmiştir.

Milli Eğitim Bakanlığı'nın bu husustaki yazışmaları incelendiği zaman gelişmelerin hayret verici durumu daha açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Milli Eğitim Bakanlığı 6.8.2012 tarih ve 2012/33 sayılı Müsteşar M. Emin Zararsız imzalı bir Genelge ile durumu teşkilata duyurur iken, "Kamu görevlileri Hakem Kurulu'nun 29.05.2012 tarih ve 2012/1 sayılı kararının 32/1 maddesinde yapılan düzenlemenin Resmi Gazetede yayımlandığı tarih olan 01.06.2012 tarihinden itibaren kanunda sayılan görevlere atananlar bakımından İLKSAN üyeliği ihtiyari hale getirilmiş olup mevcut üyelikler aynen devam edecektir." denilmektedir. Genelge'de yer alan "01/06/2012 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 229/05/2012 tarihli ve 2012/1 sayılı Kamu Görevlileri Hakem Kurulu'nun 32-(1) sayılı kararı ilgili kanun maddesini yürürlükten kaldırmamış, sadece 4357 sayılı Kanun kapsamında bulunan ve 11 inci maddede sayılan unvan ve yerlere 01/06/2012 tarihinden itibaren atananlar bakımından İLKSAN üyeliğini ihtiyari hale getirmiştir." şeklindeki açıklama ise konunun daha iyi anlaşılmasına imkan sağlamaktadır;

Ana Statü ve Bakanlık Genelgesinde "Kamu Görevlileri Hakem Kurulu'nun 29.05.2012 tarih ve 2012/1 sayılı kararı" dayanak gösterilmektedir ki, bu karar kanundan dolayı toplu sözleşme hükmünde olan bir karardır. Sonuçta taraflar arasında uyuşmazlık çıkması ve meselenin kanun hükmü gereği Kamu Görevlileri Hakem Kurulu'nda çözülmesi sonucu imzalanan bir toplu sözleşme ile zorunlu olan İLKSAN üyeliği 1.6.2012 tarihinden itibaren atanan ilkokul öğretmenleri (İLKSAN Kanunu m.11'de yer alan bütün kişiler) bakımından kanunda değişiklik yapılmaksızın isteğe bağlı hale getirilmiştir.

2-Hukuka Uygunluk Tartışması

2012 yılında yapılan ve Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararı ile bağtılanan 2012 yılı Kamu Görevlileri Toplu Sözleşmesi'nin 32.maddesinde yer alan, "Bu kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren Milli eğitim Bakanlığına ait kadrolara atanan ve 13.1.1943 tarih ve 4357 sayılı Kanununun 11.inci maddesi kapsamında bulunanlar bakımından söz konusu maddede öngörülen "İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve İhtimai Yardım Sandığı (İLKSAN) üyeliği ihtiyaridir." şeklindeki hüküm ile yine 2013 yılında bağtılanan Kamu Görevlileri Toplu Sözleşmesi m. 9 da yer alan aynı mahiyetteki hükmün

hukuka uygunluğu, üzerinde durulması gereken bir konudur. Bizce her iki toplu sözleşme hükmü de kanuna aykırıdır. İLKSAN’da yaşanan gelişmeler yukarıda özetlendiği biçimde gerçekleşmiş ve toplu sözleşme hükmü ve bu hükme bağlı statü değişikliği ile İLKSAN da zorunlu olan sandık üyeliği 1 Haziran 2012 tarihinden itibaren atanan ilkokul öğretmenleri bakımından isteğe bağlı hale getirilmiştir. 4347 sayılı Kanunda zorunlu İLKSAN üyeliği, kanun değişikliğine gidilmeksizin isteğe bağlı hale getirilebilir mi sorusu, üzerinde durulması ve tartışılması gereken bir sorudur.

Hemen ifade edelim ki, toplu sözleşmenin alanı 4688 sayılı Kanun m.28 ile belirlenmiştir. Buna göre kanunda belirlenen memur ve diğer kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarına dair düzenlemeler dışında -bir başka ifade ile toplu sözleşme bakımından normatif hüküm niteliğindeki düzenlemeler dışında- başkaca konularda toplu sözleşmelere hüküm konulamaz. Toplu sözleşme, bir sözleşme olması itibarıyla kanunun emredici hükümlerin aykırı olamaz. Kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşme hükmü, kesin olarak hükümsüzdür (TBK m. 27/1).

İLKSAN, Kanunla kurulmuş bir kurumdur. Kanunda İLKSAN kapsamına kimlerin gireceği ayrı bir madde ile açıkça belirlemiştir. İLKSAN kapsamında bulunan kişiler, istek ve iradelerine bakılmaksızın zorunlu olarak İLKSAN üyesidir. Bu husus kanunda açıkça ve tartışmaya meydan vermeyecek bir biçimde, “**Maarif Vekaleti bütçesinden maaş alan ilkokul öğretmenleri, ilkokul yardımcı ve stajyer öğretmenleri, yetiştirme yurtları öğretmenleri, arızalı çocuklara ilk tahsillerini veren müesseselerin öğretmenleri, Maarif müdürleri, ilk öğretmen müfettiş ve denetmenleri, uygulama okulu öğretmenleri, İlköğretim Umum Müdürlüğü ve maarif müdürlüklerinde vazifeli memurlar ile Sandık işlerinde çalışan memurlar Sandığa azadırlar.**” (m.14/2) şeklinde ifade edilmiştir.

4357 sayılı Kanunda herhangi bir değişiklik de yapılmış değildir. Burada herkesin kendi kendisine sorması gereken bir soru vardır. Kanunun bu hükmü değiştirilmediğine göre Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararı yani toplu sözleşme yolu ile bu değişikliğin yapılması mümkün müdür?

Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun İLKSAN konusunda karar alma hakkı ve yetkisi var mıdır? Anayasa m.53’te 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun m.6 ile yapılan değişiklikle kamu görevlilerine toplu sözleşme hakkı tanınmış, ancak grev hakkı tanınmamıştır. Kamu görevlileri Sendikaları Heyeti ile Kamu İşveren Heyeti toplu sözleşme görüşmelerinde bir anlaşmaya varamazlar ise grev hakları bulunmadığı ve grev yasağı olduğu

için toplu menfaat uyuşmazlığı zorunlu hakem yolu ile yani Kamu Görevlileri Hakem Heyeti tarafından çözülecektir. Bu husus Anayasa m.53/4'te, "**Toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde taraflar Kamu görevlileri Hakem Kuruluna başvurabilir. Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu sözleşme hükmündedir.**" şeklinde ifade edilmiştir. Anayasa m.53'e aynı kanun ile eklenen bir fıkra ile de, "**Toplu sözleşme hakkının kapsamı, istisnaları, toplu sözleşmeden yararlanacaklar, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğü, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere yansıtılması, Kamu görevlileri Hakem kurulunun teşkili, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar kanunla düzenlenir.**" (Any. m.53/5) hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa değişikliğinin öngördüğü uygulama esaslarını düzenleyen kanuni düzenleme 4.4.2012 tarih ve 6289 sayılı Kanun ile gerçekleştirilmiştir. Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun İLKSAN Kanunu'nda değişiklik anlamına gelecek bir karar alma, uyuşmazlık konusu bir toplu sözleşme hükmünü kabul etme gibi bir hak ve yetkisi olamaz. Şöyle ki;

-Toplu sözleşmenin tarafı olan kamu görevlileri sendikalarının amacı "kamu görevlilerinin ortak ekonomik ve sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesidir." (4688 sayılı Kanun m.1). İLKSAN gibi kamu görevlilerinin sosyal güvenliğini tamamlayıcı bir kurumun adeta belinin ortadan ikiye kırılması anlamına gelecek bir değişikliğe evet demek kamu görevlileri sendikalarının varlık nedeni ile bağdaşmaz.

- 4688 sayılı Kanun m.28 ile toplu sözleşmenin kapsamı belirlenmiştir. Toplu sözleşmenin kapsamına "kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarını düzenleyen mevzuat hükümleri dikkate alınarak kamu görevlilerine uygulanacak katsayı ve göstergeler, aylık ve ücretler, her türlü zam ve tazminatlar, ek ödeme, toplu sözleşme ikramiyesi, fazla çalışma ücreti, harcırah, ikramiye, doğum, ölüm ve aile yardım ödenekleri, cenaze giderleri, yiyecek ve giyecek yardımları ve diğer mali ve sosyal hakları" girer. Sonuç olarak, toplu sözleşme mali ve sosyal hakları kapsayan bir muhtevaya sahiptir. **İLKSAN üyeliği hem bir hak hem de bir yükümlülüktür.** İLKSAN üyeliği ile ilgili konular, toplu sözleşmenin düzenleme alanı içinde kesinlikle ele alınmaz.

- Toplu sözleşme, bir kanun hükmünü ortadan kaldıramaz. Toplu sözleşme ile kanunda zorunluluk esasına dayalı bir üyelik durumu ki bir yükümlülüktür, isteğe bağlı hale getirilemez. Çünkü toplu sözleşme ile kanun koyucunun emredici nitelikteki bir düzenlemesi değiştirilemez. Toplu sözleşmelerle ancak toplu sözleşme alanı içinde düzenleme yapılabilir.

- Toplu sözleşme hükümleri 4688 sayılı Kanunun toplu sözleşmenin kapsamını düzenleyen m. 28/1 hükmüne aykırıdır. Toplu sözleşme ile İLKSAN üyeliğinin isteğe bağlı hale getirilmesine ilişkin bir düzenleme yapılamaz.

- 4357 sayılı Kanun m.14 hükmü ancak kanunla değiştirilebilir. Bir kanun hükmünün kanun dışında bir hakem kurulu kararı ya da toplu sözleşme hükmü ile değiştirilmesi mümkün değildir. Bu kanuna aykırı bir değişiklik olur.

- Toplu sözleşmenin kapsamı içinde bulunmayan hususların toplu sözleşmeye konu yapılması bütünüyle yokluk hükmüne tabidir.

- Toplu sözleşmede yer alamayacak konuların, uyuşmazlık maddesi haline getirilmesi de kanuna ve hukuka aykırıdır.

-Toplu sözleşme konusu olamayacak bir konunun Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun önüne getirilmiş olması da hukuka aykırıdır. Kamu Görevlileri Hakem Kurulu, bu hususun toplu sözleşme kapsamında yer alıp alamayacağı hususunu incelemeli ve daha sonra bu hususta bir karar almalıydı. Şu halde Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kanunen yok hükmünde olan bir karar almıştır. Bu suretle ortaya çıkan 2012 Toplu Sözleşme hükmü ile aynı mahiyette olan 2013 Toplu Sözleşmesi m.9 hükmü de hukuken yok hükmündedir.

- Bu hükümlerin yok hükmünde olduğu mahkemede açılacak bir tespit davası ile her zaman tespit ettirilebilir.

SONUÇ VE KANAATİMİZ

1943 tarih ve 4347 sayılı Kanun ile kurulan İLKSAN, kanunla kurulmuş, üyeliği zorunlu bir kurumdur. 1943 yılından günümüze kadar Türkiye’de ilkokul öğretmenlerine hizmet veren tamamlayıcı sosyal sigorta kuruluşudur. Sandığın çalışmalarının başarılı olup olmaması bu çalışmanın konusu değildir. Ancak hiç kimse bu sandığın ilkokul öğretmenlerine hatırı sayılır bir katkı yaptığı gerçeğini de inkâr edemez.

Sandık üyeliğinin isteğe bağlı hale getirilip getirilmemesi konusu, ilkokul öğretmenlerinin talebi ve/veya parlamentonun takdir ve kararına bağlı bir konudur; siyasi iktidar eğer böyle bir talep gelir ise takdirini kullanır; konuyu bir tasarı ile parlamentoya iletir ve parlamentodan geçirerek gerçekleştirebilir. Bu suretle 4347 sayılı Kanun m.11 de değişiklik yapmak suretiyle üyeliğin isteğe bağlı olması sağlanabilir.

Bizim hiçbir şekilde anlayamadığımız ve hukuka uygun bulmadığımız bir yol ile -toplu sözleşmeye hüküm konulmak suretiyle- bu değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişiklik yoklukla illetli bir değişikliktir.

İlgililerle yaptığımız görüşmede toplu sözleşme hükmü kanun hükmündedir anlayışı ile - ki bu kesinlikle doğru bir anlayış değildir- değişikliğin yapıldığı ileri sürülmüştür. Ana Statü değişikliğine ilişkin Milli Eğitim Bakanlığı Genelgesinde ve Ana Statü metninde de bu anlayışın ifadesini ve izini görmek mümkündür.

Pek tabidir ki, kanuna aykırı bir toplu sözleşme hükmüne (kanuna aykırı bir hakem kurulu kararına) dayalı olarak Ana Statüde yapılan değişiklik de dayanaktan yoksun, kanuna aykırı bir değişiklik niteliğindedir.

Öte yandan toplu sözleşme hükümlerinin kanun hükmünde olması demek; toplu sözleşme hükümleri ile kanunların kaldırılabileceği, uygulama dışı bırakılabileceği, uygulanamayacağı veya hükümsüz hale getirileceği anlamına gelmez. Bu ifade sözleşme hükümlerinin taraflar bakımından uygulanması yönünden kanun gibi bağlayıcı olacağı anlamına gelir.

Öte yandan kamu görevlilerine toplu sözleşme hakkının verilmesinin anlamı kanun koyucunun kamu görevlilerinin maaş ve sosyal hakları alanında kanun ile düzenleme yapma yetkisinin Anayasa m.53 ile yasama organının elinden alındığı ve toplu sözleşmenin tarafları olan Kamu Görevlileri Sendikası Heyeti ile Kamu İşveren Heyetine yani toplu sözleşmenin taraflarına bırakılması anlamına gelir. Toplu sözleşmeler kanuna aykırı olamaz. Kanuna aykırı hükümler kesin hükümsüzlükle malul olur. Kanuna aykırılığın tespiti halinde hükümsüzlük tespit tarihinden değil baştan itibaren hüküm ifade eder.

Sonuç olarak Kamu Görevlileri 2012 Toplu Sözleşmesi m.32 ve 2013 Toplu Sözleşmesi m.9 hükümleri yoklukla maluldür. Bu maddelere dayalı olarak Milli Eğitim Bakanlığı tarafından değiştirilen İLKSAN Ana statüsü değişikliği de kanuna aykırı bir değişikliktir. 2012 yılından itibaren ilkökul öğretmenleri olarak atananlarla m.11 kapsamında göreve başlayan bütün personel 1.6.2012 den itibaren İLKSAN'a aidat ödemekle borçlu durumdadırlar. İLKSAN yönetimi ve MEB yetkilileri toplu sözleşmeleri mahkemeye taşıyarak bu tespiti yaptırmakla yükümlüdürler. Aksi takdirde sorumlulukları doğar.

Hükümet ikinci ayak sosyal sigorta kuruluşlarının kurulmasını eylem planlarına koyarken diğer taraftan da bu anlamda kurulmuş bir kurum olan

İLKSAN'a kanuna aykırı yolla önemli bir darbe vurmuş olmaktadır ki bu çelişkiyi anlamak mümkün değildir. İlkokul öğretmenliği mesleğinin özendirilmesi ve ilkokul öğretmenlerine sahip çıkılması bakımından olduğu kadar kanuna aykırı bir yolla bir kanun hükmünün; kanunda değişiklik yapılmaksızın, uygulama dışı bırakılması da hukuk devletinde kabul edilemez bir yanlış adımdır. Bu yanlıştan bir an önce dönülmesi gerekir.

KAYNAKÇA

ARICI, Kadir. *Sosyal Güvenlik Dersleri*. Ankara: 1999.

ARICI, Kadir. Öğretmenlerin Sosyal Güvenliğinin Sağlanması ve İLKSAN. *Gazi Üniversitesi Endüstriyel Sanatlar Eğitim Fakültesi Dergisi*. S. 3, Haziran 1995, s.91-121.

GÖKBAYRAK, Şenay. *Refah Devleti'nin Dönüşümü ve Özel Emeklilik Programları*. Ankara: 2010.

NARMANLIOĞLU, Ünal. *İş Hukuku II- Toplu İş İlişkileri*. İstanbul: 2013.

SUR, Melda. *İş Hukuku Toplu İlişkiler*. Ankara: 2011.

ULUCAN, Devrim. *Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Hukuki Niteliği*. İstanbul: 1981.

**AB'İN ÇALIŞMA USULLERİ HAKKINDAKİ
SÖZLEŞMESİNİN
263.MADDE 4.FIKRASINDA ÖNGÖRÜLEN TÜZÜK
KARAKTERLİ TASARRUFLARIN BİREYSEL HAKLARIN
KORUNMASINA KATKISI**

A. Füsun ARSAVA*

ÖZET:

Birey Haklarının korunması bağlamında AB hukukunda mevcut olan genel memnuniyetsizlik AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Anlaşmanın 263.maddesinin reformunda gerekçe oluşturmuştur. 263.madde 4.fıkra da yapılan reform ile bireylerin haklarını koruma olanakları gerektirmeyen tüzük karakterli tasarruflar aleyhine dava açma olanağına sahiptir. 263.madde 4.fıkra ya göre artık bireysel etkilenme gerekli değildir. Yeni düzenleme Lizbon anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uygulanmaktadır. 263.madde 4.fikranın şimdiye dek geçerli birey haklarına koruma sistemini ne ölçüde değiştirdiği ve tüzük karakterli tasarruflardan ne anlaşıldığı makalenin konusunu oluşturmaktadır.

***Anahtar Kelimeler:** tüzük karakterli tasarruflar, bireysel etkilenme, doğrudan etki, iptal davası, icrai önlemler*

**CONTRIBUTION OF DISPOSITIONS WITH REGULATION NATURE
TO PROTECTION OF INDIVIDUAL RIGHTS IN THE TREATY ON THE
FUNCTIONING OF THE EU ARTICLE 263 PARAGRAPH 4**

ABSTRACT

Common dissatisfaction in EU law within the context of protection of individual rights was a basis for reform on the Treaty on the Functioning of the EU Article 263. Protection of individual rights has been extended by reform on the Treaty on the Functioning of the EU Article 263 paragraph 4. Henceforward individuals have an opportunity to institute proceedings against an act addressed to them or which is of direct and individual concern to them, and against a regulatory act which is of direct concern to them and does not entail implementing measures. Individual effect has no longer been entailed according to article 263 paragraph 4. New arrangement has been applied since date of entry into force of Lisbon Treaty. The subject of this article is the extent to which amendment of article 263 paragraph 4 on system of protection of individual rights until now and what is understood by the dispositions with regulation nature.

***Keywords:** dispositions with regulation nature, individual effect, directly effect, action for annulment, enforcement measure.*

* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Giriş

Lizbon Sözleşmesinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bireylerin AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşmenin 263.madde 4.fikrasına göre kendilerini doğrudan etkileyen ve icrai önleme gereksinim duymayan tüzük karakterli tasarruflar aleyhine iptal davası açma olanağı kabul edilmiştir. Anlaşmada tasarruf türleri arasında tüzük karakterli tasarruf kavramı bunun dışında tasarruf türleri arasında yer almamaktadır. Tasarruf türlerinin 263. madde üzerinden genişletilmesi bu yeni AB tasarruf türüne birey haklarının korunması bağlamında özel bir rol vermektedir. Roma anlaşmalarının (orijinal metinde md.173) yürürlüğe girdiği tarihten Lizbon anlaşmasına kadar geçen dönemde iptal davasına ilişkin düzenlemenin lâfzı herşeyden önce imtiyazlı davacılar (madde hükmünün 2.fikrasına göre üye devletler, Avrupa Parlamentosu, Konsey yahut Komisyon) ve imtiyazsız davacılar arasında yapılan ayırım bakımından değişmeden devam etmiştir. İmtiyazlı davacılar Birliğin tasarruflarını herhangi bir koşul olmaksızın iptal davası çerçevesinde denetleme olanağına sahipken, imtiyazsız davacı olarak bireylerin AT anlaşmasının 230.madde 4.fikrasına göre ancak kendilerini muhatap alan kararlara ve kendilerini doğrudan ve bireysel etkileyen tasarruflara karşı dava açma olanağı kabul edilmiştir.

Bireylerin açtıkları davalarla haklarını koruma olanağı özellikle Adalet Divanının “doğrudan” ve “bireysel” etkilenme kriterlerini dar yorumlaması nedeniyle oldukça istisnai bir durum oluşturmaktadır¹. “Doğrudan” etkileme bu bağlamda iptal konusu tasarrufun davacıyı ipso facto, prensip olarak bir icra tasarrufu gerekmesizin zarara uğratması şeklinde anlaşılmaktaydı². Bireylerin dava açma olanağı bunun ötesinde bireysel etkilenme kriterinin gerçekleşme koşuluna bağlıydı. Ünlü Plaumann-formülüne göre böyle bir iddianın yapılabilmesi, kararın bireyi taşıdığı muayyen özellikleri yahut onu diğer kişilerden ayıran koşulları nedeniyle muhatap gibi etkilemesi kaydıyla mümkün kabul edilebiliyordu³. Adalet Divanı sadece Avrupa kartel hukuku gibi yan Hukuk alanlarında bu katı tutumunda istisnalar yapmıştır⁴. Lizbon öncesi Divanın bu dar yaklaşımı eleştirilere neden olmuştur. İlk derece

¹ Wolfram Cremer, bkz.: Callias/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 4.Aufl., 2011, Art.263 AEUV, Rn.32 vd.

² EuGH, Rs. C-41/70 (international Fruit Company), Slg. 1972, 411, Rn.23 vd.; krş.: Martin Borowski, Die Nichtigkeitsklage gem. Art.230 Abs.3 EGV, EuR 2004, s.879,889

³ EuGH, Rs.25/62 (Plaumann/Komission), Slg.1963, 211,238

⁴ Örneğin, EuGH, Rs.26/76 (Metro-SB-Grossmärkte GmbH), Slg.1977, 1875; EuGH, Rs.169/84 (COFAZ), Slg.1986, 391; EuG, Rs.T-87/92 (Kruidvat), Slg.1996, II-1931

mahkemesi⁵. AB seviyesindeki sınırlı dava olanağı nedeniyle Divanın yaklaşımına göre öncelikle ulusal mahkemelerin hakları koruma sorumluluğu bulunmaktadır.

Bireylerin bu çerçevede ulusal dava prosedürünü kullanarak hukuka aykırılık def'i ile ulusal icra tasarruflarının istinat ettiği AB tasarruflarının hukuka uygunluk denetimini sağlamaları mümkündür. Divan, 263. Maddeye göre açılacak davaların kabulünde hakların etkin korunması prensibi ışığında karar verilmesi gereğine işaret etmişse de, bu prensip de bireysel etkilenme kriteri gereğinin aşılmasında yardımcı olmamıştır. Divan dava yetkisinin bu şekilde genişletilmesinin anlaşma metnini açacağı, bunun ise ancak bir reformla yapılabileceğini dile getirmiştir⁶.

I - Lizbon ile getirilen değişiklikler

Hakların bireysel korunması bağlamında genel bir memnuniyetsizliğin bulunması, 263.maddenin reformunda üye devletler için bir gerekçe oluşturmuştur. Bunun dışında AİHK'na katılma planı ve Temel Haklar Şartı'nın 47.madde muvacehesinde öngörülen AB tasarruflarına karşı etkin hukuki koruma madde hükmünün reformuna yol açmıştır. Lizbon anlaşması bunun sonucu olarak AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Sözleşmenin 263. madde 4.fıkrasının getirdiği hakları koruma olanakları ile imtiyazlı olmayan davacıların dava haklarını genişletmiştir. İmtiyazlı olmayan davacılar bundan böyle kendilerini doğrudan muhatap olan ve icra önlemi gerektirmeyen tüzük karakterli tasarruflar aleyhine dava açma olanağına sahiptir. Böyle bir durumda Plaumann içtihadının katı koşullarının yerine gelmesi, diğer bir ifade ile bireysel etkilenme artık gerekli değildir. Bu yeni düzenleme Lizbon anlaşmasının yürürlüğe girme tarihi itibariyle artan tüm davalarda uygulama bulmaktadır. AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 263. madde 4.fıkranın şimdiye dek geçerli hakları koruma sistemini ne ölçüde değiştirdiği, yeni hükmün lâfzı nedeniyle belirsizdir. Yapılan değişikliğin getirdiği sonuçların değerlendirilmesi, tüzük karakterli tasarruflar kavramının tanımlanmasını gerektirmektedir.

1. Tüzük karakterli tasarruflar

Divan şimdiye dek tüzük karakterli tasarruflar kavramına ilişkin bir yorum yapmamıştır. Bu çerçevedeki ilk ipucunu AB mahkemesinin

⁵ Lizbon anlaşmasına göre, AB mahkemesi) Divanın içtihadını aşarak, bireylerin iptal davası açma olanağını genişletme denemesi yapmıştır. Divan bununla beraber Unión de Pequeños Agricultores davasında eski tutumunu muhafaza etmiştir (EuGH, Rs. C-50/00 P (Unión de Pequeños Agricultores), Slg. 2002, I-6677

⁶ EuGH, Rs.C-50/00P (Unión de Pequeños Agricultores), Slg. 2002, I-6677, Rn.45

6.9.2011'de vermiş olduğu bir kararda bulmak mümkündür⁷. Mahkeme bu bağlamda üye devletlerin hukuk literatüründe yapılan tartışmaları, özellikle Alman literatüründe de birbirine ters düşen görüşleri takip etmiştir. Bu görüşlerden biri tüzük karakterli tasarrufları anlaşmanın 288.madde 2.fikrasına istinaden açıklamakta⁸ veya teknik anlamda olmasa da en azından hukuki tasarrufun normatif karakterini reddetmektedir. Buna göre tüzük karakterli hukuki tasarruflar anlaşmanın 288.madde 2.fikrasında öngörülen tüzüklere karakterleri itibariyle benzeyen, doğrudan ve genel geçerliliğe sahip tasarruflardır. Bu tasarruflar tüm tüzükleri ve bunun dışında doğrudan uygulanabilir nitelik taşıyan direktifleri kapsamaktadır⁹.

Bu görüşe karşı ileri sürülen görüş ise tüzük karakterli hukuki tasarruf kavramını 288.maddeye istinaden değil, 289.maddeye istinaden yasama tasarruflarından ayırarak açıklamaktadır. Buna göre tüzük karakterli tasarruflarda, kanun karakteri (290.md.) olmayan hukuki tasarruflar ve icrai hukuk tasarrufları (md.291) kastedilmektedir. Buna görüşe göre tüzük karakterli hukuki tasarruflar kanun karakterli tasarruflardan farklı olarak ya hiyerarşik olarak daha aşağıdadır ya da delege edilen hukuki tasarruflardır. Ulusal hukuklardaki örneklerinde bu tür tasarruflar kanunların altında bulunan, sadece parlamento tarafından ihdas edilen kanunların somutlaştırılmasına ve icra edilmesini temin eden norm kategorisi oluşturmaktadır¹⁰. Detaylar bakımından bu görüşü temsil edenler arasında da farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, Cremer tüzük karakterli hukuki tasarrufları diğer tüzüklerden 289. madde 3.fıkra muvacehesinde sadece yasama karakterini esas alarak ayırırken, diğerleri tasarrufu 290.madde bağlamında mütalaa için başka kriterler de istemektedir¹¹.

AB Mahkemesi yukarıda işaret edilen kararında son görüşleri kararına esas almıştır. Mahkeme tüzük karakterli hukuki tasarruflar kavramının maddi hukuk olarak tüzüklere benzeyen, diğer bir ifade ile soyut ve genel tabiata sahip tüm tasarrufları kapsadığını kabul etmemektedir. Tüzük karakterli tasarruflar daha dar bir kategori oluşturmaktadır. Tüzükler ve tüzük karakterli tasarruflar

⁷ EuG, Rs. T-18/10 (Inuit Tapiriit Kanatami u.a.), Beschluss v. 6.9.2011, EuZW 2012, s.395

⁸ Matthias Pechstein, Europäisches Prozessrecht, 4.Aufl. 2011, Rn.411 vd.

⁹ Ulrich Everling, Lissabon-Vertrag regelt Dauerstreit über Nichtigkeitsklage Privater, EuZW, s.572,575 vd.

¹⁰ Alexander Thiele, Das Rechtsschutzsystem nach dem Vertrag von Lissabon – (K)ein Schritt nach vorn?, EuR 2010, Heft 1, s.30,43 vd.

¹¹ D.Classen, bknz.: T.Oppermann/D.Classen/M.Nettesheim, Europarecht, 4.Aufl. 2009, §14, Rn.61

arasındaki ayırım normun maddi hukuk karakterine – soyut – genel yahut somut – bireysel – göre değil, normun ihdas edildiği prosedür esas alınarak yapılmalıdır. Tüzük karakterli hukuki tasarruflar yasama tasarrufu teşkil etmeyen tüm soyut ve genel karakterli tasarruflardır¹². Yasama tasarrufu teşkil eden tasarruflardan hangilerinin tüzük karakterli yasama tasarrufu teşkil edeceği konusunda mahkeme somut bir ifade kullanmamıştır. Mahkeme bununla beraber tüzük karakterli hukuki tasarrufları 290.madde muvacehesinde ihdas edilen hukuki tasarruflarla sınırlamayı açıkça reddetmiştir¹³. Mahkemenin kararının daha detaylandırılması gereksinimi bulunmaktadır.

2 - AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Anlaşma'nın 288.madde 1.fıkrasına göre ihdas edilen tüzüklerle hukuki paralelliğin bulunmaması

Her yorum çalışmasında başlangıç olarak metnin lâfzına istinat edilir¹⁴. AB hukukunda bir özellik olarak katı anlamda kanun lâfzı ışığında yorum yapılması prensibi geçerli değildir. Avrupa anlaşmaları AB'nin resmi dili olarak kabul edilen 23 dilde aynı ölçüde bağlayıcıdır (AB anlaşmasının 55.maddesinde açıkça öngörülmektedir). Farklı dillerde yazılan metinlerin karşılaştırılması gerekmektedir. Bu karşılaştırma metnin farklı dillerde kaleme alınması nedeniyle ortaya çıkan yorum farklılıklarının giderilmesini sağlamaktadır¹⁵. Bu durum AB hukukunda normun lâfzı esas alınarak yapılan yorum çalışmalarını aynı hiyerarşiye sahip 23 resmi dilin bulunması nedeniyle bir taraftan karmaşık kılarken, diğer taraftan da metnin farklı dillerde ifade ediliş şekliyle karşılaştırma olanağı sunması nedeniyle belirsizlikleri ortadan kaldırmaya hizmet etmektedir.

Tüzük karakterli hukuki tasarruflar kavramı ile ilgili olarak AB resmi dillerindeki durum incelendiğinde 203.madde, 4.fıkarda kullanılan tüzük karakterli hukuk tasarrufları kavramı ile aynı anlaşmanın 288.madde 1.fıkrasında kullanılan tüzük kavramı arasındaki dil yakınlığının, örneğin anlaşmanın Almanca metninde tamamen tesadüf olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Vakıa benzer bir terminolojik yakınlığın İngilizce “regulatory act”-“regulaton” ve Fransızca “actes réglementaires”-“réglementi” metinlerde de söz konusu olduğu görülmektedir. Diğer AB resmi dillerinde durum

¹² Karşı görüş için bkz.: Ulrich Everling, Klagerecht Privater gegen Rechtsakte der EU mit allgemeinen Geltung, EuZW Heft 10, 2012, s.376,379 vd.

¹³ EuG, Rs. T-18/10 (Inuit Tapiriit Kanatami u.a.), Beschluss v. 6.9.2011, EuZW 2012, 5,379, Rn.48

¹⁴ Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.Aufl. 1991, s.320

¹⁵ M.Lutter, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, s.593,599

farklıdır (örneğin Hollanda’da: “regelgevinghandelingen/ verordeningen”; Danimarka’da “regelfastsaettende retsakter”-“forordninger”).

263.madde, 4.fıkra lâfzında kullanılan tüzük karakterli hukuk tasarrufları kavramının 288.madde 1.fıkarda yer alan tüzük kavramına atıfta bulunması madde hükmünün iradesine ters düşen bir yoruma yol açmaktadır. 263.madde 4.fıkarda yeni ve Birlik hukukuna özgü, 288.madde 1.fıkardaki hukuk tasarrufları kategorilerinde yer almayan bir tasarruf kastedilmektedir. Metnin Almanca düzenlemesinde kabul edilen tüzük karakterli hukuk tasarrufları kavramı GG (Federal Alman Anayasası) 80.madde, 1.fıkra muvacehesinde anayasa hukukundan esinlenilerek kabul edilmiştir. Anayasa hukuku bağlamında bu kavram delege edilen yasama yetkisi ile ihdas edilen hukuk tasarruflarını kapsamaktadır. AB anlaşmasının Çalışma Usulleri Hakkındaki Anlaşmanın 290.maddesi muvacehesinde bu tür tasarruflara AB normlar yapısında Lizbon’dan itibaren cevaz verilmektedir. Bu tür tasarrufları ifade etmek için AB dillerinde farklı kavramlar kullanılmaktadır. Örneğin Fransız hukukunda delege edilen yasama yetkisi için “réglementi” kavramı kullanılmaktadır. 263.maddenin Fransızca metninde delege edilen yasama yetkilerinin kullanılması bağlamında da “actes réglementaires” kavramı kullanılmıştır. İngilizce metinde “regulation”- “regulatory act” ve Flemenkçe metninde “ministerielle regeling” – “regelgevings-handelingen” kavramları kullanılmıştır.

Tüzük karakterli hukuk tasarrufları kavramını delege edilen yasama yetkileri anlamında yorumlanmasını gerektiren bir zorunluluğun madde metninin lâfzından istihraç edilmesi mümkün değildir. AB hukuku kavramlarının muhtar hukuk düzeninin bir parçası olarak prensip olarak otonom yorumlanması gerekmektedir¹⁶. Bu nedenle AB kavramlarının yorumu çerçevesinde bu kavramların ulusal hukukta taşıdıkları anlama ancak çok dikkatli bir şekilde itibar edilebilir. Tüzük karakterli hukuk tasarruflarının delege edilen ulusal hukuk tasarruflarına dil bakımından yakınlığı, AB hukukundaki kavramın aynı şekilde delegasyon karakterini kendine esas aldığı konusunda bir ipucu oluşturabilir. Ancak gözardı edilmemesi gereken bir husus da ulusal hukukta delege edilen yasama yetkisi için kullanılan kavramın bütün dillerde mevcut olmamasıdır. Polonya hukuku delege edilen ulusal yasama tasarrufları için “régulacyjne” kavramı kullanılırken, 263.madde için “roz porza dzenia” kavramını kullanılmaktadır. Aynı şekilde Fin, Çek ve Sloven

¹⁶ Stephan Grundmann, die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof, 1997, s.208 vd.

dillerinde delege edilen yasama yetkisi için kullanılan ulusal kavramlarla AB hukukunun kavramları örtüşmemektedir. Bununla beraber bu sonuç 263. maddede kullanılan kavramla delege edilen yasama yetkisine istinaden ihdas edilen tasarrufların kastedildiği gerçeğini değiştirmemektedir. Kavramın bir ulusal hukuk müessesine dil yakınlığı olmadan da otonom Birlik hukukuna göre mukayeseli bir hukuk çalışması ile yorumlanması mümkündür. AB Mahkemesinin teyit ettiği gibi kavramsal olarak tüzük karakterli tasarrufların 288.maddeye göre tüzük kavramına bağlanması iradesi bulunmamaktadır. Madde hükmünün Almanca metnindeki kavramsal uyumluluk sadece bir tesadüftür. Madde hükmünün lâfzından hareket ederek hukuk tasarruflarına ilişkin saptamalar yapılması doğru değildir.

II - AB'nin çalışmaları hakkındaki anlaşmanın sistematigi

AB'nin Çalışmaları Hakkındaki Anlaşmanın sistematigi, tüzük karakterli hukuk tasarruflarının delege edilen yasama yetkisi olarak anlaşılmasını gerektirmektedir. Birlik hukuk tasarruflarını maddi hukuk tabiatına göre düzenleyen 288.maddeden farklı olarak 289.madde vd. hukuki tasarrufları ihdas edildiği prosedürü esas alarak kategorize etmektedir. Buna göre 289.madde 3.fıkraya göre yasama tasarrufları, 290.maddeye göre delege edilen yasama tasarrufları ve 291.maddeye göre icrai hukuk tasarrufları ihdas edilebilir. Buna ilave olarak açık bir düzenleme olmaksızın özel hükümlere istinaden ihdas edilen (106.md 3.fıkra; 109.md.) hukuki tasarruflar bulunmaktadır. 288.maddede öngörülen kategoriler ve 289.madde vd.da öngörülen kategoriler arasında zorunlu bir bağ olmadığının gözardı edilmemesi gerekmektedir. 289.madde vd.na göre, anlaşmalarda yahut sekonder hukukta bir dayanak olduğu nispette, ilgili prosedür dahilinde 288.maddede öngörülen farklı hukuk tasarrufları ihdas edilebilir. Bir tüzüğün örneğin delege edilen yasama tasarrufu olarak 290.madde vd.na göre ihdas edilmesi mümkün olduğu gibi, 289.madde 3.fıkraya göre şekli yasama prosedürü çerçevesinde bir kararın ihdas edilmesi de mümkündür.

Tüzük karakterli hukuk tasarrufları kavramının 289.madde 3.fıkra yasama tasarrufu olarak görülen tasarruflardan ayrılması adımlarının ilkinin AB Mahkemesi ilk kararlarında atmıştır ve bu şekilde tüzük karakterli hukuk tasarruflarının 289.madde vd.daki sistematige dahil olmasını temin etmiştir. AB Mahkemesinin kararına göre tüzük karakterli hukuk tasarrufları 289.madde 3.fıkraya göre yasama tasarrufu teşkil etmemektedir. Bu tespit 289.madde vd.da anlaşma sistematiginin getirdiği sonuçları ortadan kaldırmamaktadır.

Buna göre tüzük karakterli hukuk tasarrufları yasama tasarrufu oluşturmadığı nispete, AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki anlaşmanın sistematığına göre geriye sadece 290.madde vd.daki kategoriler kalmaktadır¹⁷.

Bu sonuç başta kabul edilen tüzük karakterli hukuk tasarruflarının delege edilen yasama tasarrufları oluşturduğuna ilişkin hipotezi teyit etmektedir. 290.madde AB Komisyonuna tüzük yahut direktifleri içerikleri itibariyle tamamlama yetkisi vermiştir. 291.madde Komisyonu Birlik hukuk tasarruflarının homojen olmayan şekilde iç hukukta düzenlenmesini önlemeye matuf önlemler alma yetkisiyle donatmıştır. Bunun yanısıra Komisyonun delege edilen yasama yetkisi kullanabilmesi için 106.madde, 3.fıkra ve 109. madde örneklerinde olduğu gibi özel yetki normları öngörülmüştür. Bu hükümler hukuki tereddüt yaratmamaları nedeniyle 263.maddenin uygulama alanına girmemektedir.

1. - Hakları bireysel koruma olanağının genişletilmesi

Tüzük karakterli hukuki tasarrufları 290.madde vd. maddelere göre ihdas edilen tasarruflarla sınırlanması yaklaşımı Divanın Unión de Pequeños Agricultores kararında ortaya konulan Birliğin hakları koruma sistemine uymaktadır. Divanın yaklaşımına göre bireylere etkin hukuki himaye sağlamak öncelikle kendine ait bir yükümlülük değildir. Bu yükümlülük Birlik hukukunu koruma sorumluluğu anlamında prensip olarak “juge de l'Union” kararında hükme bağlandığı gibi ulusal yargıçlara düşmektedir. AB Divanı hakların bireysel korunmasını sadece dolaylı olarak 267.maddeye göre cereyan eden önkarar prosedürü üzerinden katılabilir. Hakların bireysel korunmasında önceliğin ulusal hukuka ait olduğu 19.madde 1.fıkra da dile gelmiştir. Bu hükme göre hakların bireysel korunması için ulusal seviyede etkin hukuki araçlar tahsis edilecektir. Bunun sonucu olarak AB seviyesinde bireylerin iptal davası açması prensip olarak sisteme aykırıdır. Bu sebepten dolayı tüm tüzükleri 263.maddenin 3.fıkrasının uygulama alanına olan dahil edilen genişletici yorumun reddedilmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda etkin hukuki koruma hakkı öngören Temel Haklar Şartı'nın 47.maddesinin de gözardı edilmemesi gerekmektedir¹⁸. Etkin hukuki koruma kuralı, Birliğin birey haklarına tecavüz eden her tasarrufuna karşı bir hukuki aracın mevcudiyetini gerektirmektedir. Bu kural ancak uygun hukuki

¹⁷ Rudolf Streinz/Christoph Ohler/Christopf Hermann, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2.Aufl. 2008, s.94

¹⁸ Ingolf Pernice, Die Zukunft der Unionsgerichtsbarkeit, EuR 2011, Heft 2, s.151

korumanın hangi seviyede sağlanması gerektiğini belirlememektedir. Birlik hukukunun subsidier strüktürü muvacehesinde hukuki koruma öncelikle ulusal seviyede ve Divan tarafından ilk aşamada sadece dolaylı olarak verilir. Bu durum etkin hukuki koruma sağlama gereği için yeterlidir. Anlaşmalar Birliğin doğrudan hukuki korumasını öngörmedikleri nispette, böyle bir doğrudan korumanın Divanın içtihatları üzerinden sağlanması mümkün değildir. Bu durum Birliğin sınırlı yetkisinin sonucudur. Birliğin doğrudan hukuki koruması de lege lata 251.madde ve devamındaki maddelerde öngörülmediği gibi Temel Haklar Şartı'ndan da istihraç edilememektedir. Temel Haklar Şartı Birliğin yetkilerini genişletmemektedir (Temel Haklar Şartı md.51, fıka 2). Temel Haklar Şartı'nın 52.madde 6.fıkrası muvacehesinde dikkate alınması gereken Konvansiyon tartışmalarında Şart'ın 47.maddesi ile ilgili olarak, bu normun Divan nezdinde açılan davalara ilişkin hükümleri değiştirmedeği vurgulanmıştır. Bu nedenle 263.madde 4.fıkranın fonksiyonun değiştirilmesine Temel Haklar Şartı'nın 47.maddesinin esas alınması mümkün değildir.

263.madde 4.fıkranın yorumunda şimdiye dek olduğu gibi, ulusal mahkemelerde yeterli bir hukuki koruma elde edilmemesi durumunda Birliğin doğrudan hukuki korumasının gerekli olduğu prensibi geçerlidir. Bu durum şimdiye dek geçerli olan soyut ve genel Plaumann formülüne uymaktadır. Etkin hukuki koruma kuralı daha fazlasını gerektirmemektedir. Yasama tasarrufuna karşı etkin hukuki koruma demokrasi ve kuvvetler ayrılığı prensibi ile hukuki koruma kuralı arasında denge kurulmasını gerektirmektedir. Yasama tasarruflarına karşı bireyler tarafından dava açılmaması kuralında Lizbon anlaşması ile prensip olarak bir değişiklik getirilmemiştir. Şüphesiz 290. madde ve devamındaki maddelere göre yeni bir tasarruf türünün anlaşmaya girmesi bu tasarruflara karşı sağlanacak hukuki koruma tartışmasına yol açmıştır. Bu çerçevede 263.madde 4.fıkarda öngörülen dava yetkisinin tüzük karakterli hukuk tasarruflarına genişletildiği görülmektedir. Lizbon Anlaşmasının onaylanması ile 290, 291. maddelere göre anlaşmaya katılan hukuk tasarruflarına karşı yeni bir hukuki koruma olanağı kabul edilmiştir.

289.madde 3.fıkraya göre ihdas edilen yasama tasarrufları için Plaumann-Formülü geçerli olmaya devam edecektir¹⁹. Yasama tasarrufları ve tüzük karakterli hukuk tasarrufları arasında hakları koruma olanakları bakımından mevcut olan farklılık demokratik meşruiyet derecesinin her iki tasarruf

¹⁹ bkz.: EuG, Rs. T-18/10 (Inuit Tapiriit Kanatami u.a.), Beschluss v. 6.9.2011, EuZW 2012, s.395,397, Rn.42

bakımından değişik olmasına dayandırılmaktadır. 289.madde 3.fikrasında öngörülen yasama tasarrufları prensip olarak ortak karar prosedürüne göre ihdas edildikleri için Konsey ve AB Parlamentosunun prosedüre katılımı nedeniyle yüksek bir demokratik meşruiyet derecesinden söz edilmektedir (Komisyon tarafından ihdas edilen direktif ve tüzükler istisna oluşturmaktadır). Özellikle AB Parlamentosu AB seviyesinde yasama sürecinde demokratik meşruiyeti arttırıcı katkı yapmaktadır. Komisyonun AB'nin yürütme organı olarak 290. madde yahut 291. maddeye göre ihdas ettiği hukuki tasarruflarda buna karşılık hernekadar 290.madde 2.fıkra b.bendine göre Konsey ve Parlamentosunun veto yetkisi kabul edilmiş olsa da 291.madde 3.fıkraya göre üye devletler tarafından önlemler alınması öngörülse de mukayese edilebilir bir demokratik meşruiyet söz konusu değildir.

Yasama benzeri hukuki tasarrufların yürütme organı tarafından Konsey ve Parlamentosunun etkili olduğu yasama tasarrufları için uygulanan prosedür uygulanmaksızın ihdas edilmesi nedeniyle demokratik meşruiyeti sınırlıdır. Bu nedenle bu tasarrufların kuvvetler ayrılığı nokta-i nazarından yargısal denetimi daha az problemlidir. Lizbon anlaşması ile yeni yaratılan bu yeni norm kategorisi bakımından öngörülen basitleştirilmiş hakları koruma prosedürü ile bireylerin bu hukuki tasarruflara karşı başvuru yapma olanağı demokratik dengeyi sağlamaya matuftur. Ulusal hukuk düzenlerinin çoğunda benzer bir durum söz konusudur, örneğin Alman hukukunda bir yaklaşımı GG (Federal Alman Anayasası) 100.madde 1.fikrasında yer alan şekli anlamda kanunların iptal yetkisini sadece Federal Anayasa Mahkemesine saklı tutan hüküm açıkça ortaya koymaktadır. AB hukukunda da yasama tasarruflarına karşı hukuki koruma sağlama koşulları, yürütme tasarruflarına karşı (bu tasarruflara temel haklar esas olsa da) hukuki koruma sağlama koşullarına nazaran daha ağırdır.

Demokratik meşruiyeti sınırlı tasarruflara daha fazla hukuki koruma sağlama gerekliliği görüşünün bir sonucu olarak Komisyonun 106.madde 3.fikrası yahut 109.maddesi gibi özel yetki dayanakları ışığında ihdas ettiği yasama tasarruflarının da tüzük karakterli yasama tasarrufu kavramı altında mütalâa edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Komisyonun ihdas ettiği bu tasarruflar bakımından yasama tasarrufları için söz konusu olan bir demokratik meşruiyet bulunmamaktadır. 289.madde 3.fıkra muvacehesinde, 289.madde 2.fıkra öngörülen özel prosedür ışığında ihdas edilen yasama tasarruflarının denetiminin söz konusu edilmesi nedeniyle 109.maddeye istinaden ihdas edilen tasarruflara bu yaklaşımın uygulanması mümkün değildir. 106.madde

3.fıkranın dayanak alındığı icra önlemlerinin tüzük karakterli yasama tasarrufu olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesine karşı 290.madde vd. maddelere göre ihdas edilen tasarruflardan farklı olarak, Komisyonun icra önlemlerine sadece sekonder hukukun değil, anlaşmanın kendisinin hukuki dayanak oluşturduğu ileri sürülmektedir. Böyle bir yaklaşımın Birlik seviyesinde sınırlı bir hukuki korumaya yol açması kaçınılmazdır.

2. - Anayasa anlaşmasının kavramlarının devam etmesi

Tüzük karakterli yasama tasarruflarının ortaya çıkış tarihçesi de yolu 290.madde ve devamındaki maddelere göre ihdas edilen hukuk tasarruflarına götürmektedir. Dar yorumu benimseyenler haklı olarak 263. madde, 4.fıkra ile lâfzen aynı olan anayasa tasarısının madde III-365, fıkra 4'e atıfta bulunmaktadır. Anayasa tasarısında AB hukuk tasarrufları farklı düzenlenmiştir. AB tasarrufları Tüzükler ve Direktifler Avrupa kanunları yahut çerçeve kanunlar olarak öngörülmüştür²⁰. Komisyonun genel-bağlayıcı düzenlemeler öngören icrai önlemleri Avrupa tüzükleri olarak ifade edilmiştir. Anayasa tasarısındaki terminoloji Komisyon tarafından ihdas edilen delege edilen hukuki tasarruflar bakımından daha somut düzenlenmiştir. AB'nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Anlaşma bu çerçevede akamete uğrayan anayasa tasarısını ikâme ederken delege edilen hukuk tasarrufları kavramını üstlenmesiyle anayasa tasarısından esinlendiğini ortaya koymuştur. Lizbon anlaşması anayasa tasarısındaki tasarruf türlerine ilişkin değişikliği 288. maddesiyle üstlenmemekle beraber bu değişikliğe ilişkin yaklaşıma anlaşma metninin 290.maddesinde yer vermiştir. Bu nedenle tüzük karakterli yasama tasarrufları kavramının anayasa tasarısı muvacehesinde 290.madde ve devamına göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Normun önceki norm lâfzını muhafaza etmesi, normun anlamının da muhafaza edildiğine ilişkin bir karine oluşturmaktadır. Bu durum yasama tasarrufu karakterine (kanun karakteri) sahip yasama tasarrufları (md.283, fıkra 3) ve 290, 291.maddesinden ihdas edilen tasarruflar bakımından kanun ve kanunların altındaki normlar arasındaki ayrımın muhafaza edildiğini gösteren bir kanıt oluşturmaktadır.

Metnin ortaya çıkış tarihçesinden tüzüklerin de 288.madde 1.fıkranın kapsamında mütalâa edilmesini mümkün kılan genişletici yoruma izin veren ipucu elde edilmemektedir. AB Divanı'nın genel olarak yorumlarında hazırlık çalışmalarından çok sınırlı istifade etmesine karşılık²¹ AB Mahkemesi

²⁰ Halvard Fredrikson, Individuallagemöglichkeiten vor den Gerichten der EU nach dem Vertrag über eine Verfassung für Europa, ZEuS 2005, Heft 1, s.99,118

²¹ EuGH, Rs.149/79 (Commission/Belgien, Slg. 1980, 3881,3890)

kararında yorumlarını yaparken anayasa sözleşmesine istinat etmiştir²², AB Mahkemesi hatta anayasa konvansiyonunun çalışmalarından alıntılar yapmıştır²³.

3 - İcrai önlemlerin gerekmemesi ve doğrudan etkilenme

Bir hukuki tasarrufa karşı 263.madde, 4.fıkraya göre dava açabilmenin ikinci koşulu tasarrufun icrai bir önlem alınmasını gerektirmemesidir. Anlaşma lâfzının karşılaştırmalı bir dil analizi kendine özgü yeni bir norm kategorisinin ortaya çıktığını göstermektedir. Hernekadar Almanca (263.md., 4.fıkra icrai önlemler (291.md, 1.fıkra icra edilme) ve İngilizce (“implementing measures”/”implement”) metinlerde 263.madde 4.fıkra ve 291.madde de aynı terminoloji kullanılmışsa da, diğer dillerdeki metinlere bakınca, terminolojideki uyumun tesadüfi olduğu ve bu nedenle 263.madde 4.fıkra yer alan icrai önlem gerektirmeme kavramının bağımsız olarak yorumlanması gereği ortaya çıkmaktadır.

İcrai önlemler ne anlama gelmektedir? Kavrama İngilizce (“implementing measures”) ve Almanca (“Umsetzungsakte”) lâfzı itibariyle dar bir anlam yüklenmesi uygun gözükmektedir. Buna göre Birlik hukukunun icrası için ihdas edilen ulusal kanunlar ve tüzükler icrai önlemlerdir. Temel Haklar Şartı’nın 51.maddesi çerçevesinde kullanılan “implement” kavramı hakim olan görüşe göre, Birlik hukukunun uygulanma alanında ihdas edilen her tür tasarrufu kapsayacak şekilde icrai önlemlere geniş bir anlam vermektedir. Bu yaklaşımın sonucu olarak dava konusu hukuki tasarrufa ilişkin olarak ulusal yahut AB seviyesinde alınan her önlem icrai tasarruf olabilir. İcrai önlem kavramının tüzük karakterli yasama önlemlerini somutlaştıran idari önlemleri de kapsaması gerekir. Bu yaklaşım Birliğin hakları koruma sistemine uygundur. Bireylerin öncelikle üye devletlerin hakları koruma önceliği nedeniyle ulusal icrai önlemlere karşı başvuru yapması gerekmektedir. AB hukuku bireylere sadece kendilerini doğrudan muhatap alan tasarrufların AB hukukunu ihlâl etmesi durumunda doğrudan dava olanağı tanımaktadır²⁴.

Böyle bir sınırlama ulusal anayasa hukuklarında da karşımıza çıkmaktadır. Bir anayasa şikayetinin yapılabilmesi için şikayetçinin icrai tasarrufla değil doğrudan ilgili tasarrufla zarara uğraması gerekmektedir. Hukuki

²² Rs. T-18/10 (Inuit Tapiriit Kanatomi u.a./Europäisches Parlament und Rat), Beschluss v.6.9.2011, EuZW 2012, s.395,397, Rn.49

²³ Manfred Zuleeg, Die Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, EuR, 1969, s.97

²⁴ bkz.: EuG, Rs. T-18/10 (Inuit Tapiriit Kanatami u.a) Beschluss v. 6.9.2011, EuZW 2012, s. 395,397

bir tasarrufun icrai önlemleri gerektirip gerektirmediği münferit duruma bağlı olarak cevaplandırılabilir. Prensip olarak ancak bu düzenleme ile direktiflerin 263.madde 4.fıkraya göre dava konusu bir yasama tasarrufu teşkil etmeyeceği söylenebilir. Bu durum AB Mahkemesi Arcelor SA – Avrupa Parlamentosu ve Konsey davasında teyit etmiştir²⁵. İkinci koşul olarak karşımıza çıkan davacının hukuki tasarruftan “doğrudan etkilenmesi” kavramının da açık olmadığı görülmektedir. Bu kavram icrai önlem gerektirmeme kriteri ile örtüşmektedir²⁶. 263.madde 4.fıkraya göre doğrudan etkilenme, önlemin davacıyı ipso facto, icrai bir tasarrufa gereksinim olmaksızın haklarını ihlâl etmesi halinde söz konusu olur. Her iki koşulun içeriği birlikte (doğrudan etkilenme ve icra önlemi gerekmeksizin) mütalâa edildiğinde AB seviyesinde olsun, ulusal seviyede olsun icrai önlem gerektirmeyen sadece self-executing normlara karşı 263.madde 4.fıkra muvacehesinde bireyler tarafından dava açılmasının mümkün olduğunu ortaya koymaktadır²⁷.

Doğrudan etkilenme kriterinin madde hükmünde davacının düzenlemeden etkilenme gerekliliğinin vurgulanması nedeniyle kendine ait bir anlamı olduğu kabul edilmektedir. Dava yetkisinin kabulünde davacının düzenlemeden etkilenmesi gerekliliğinin vurgulanması ile ilgi bağı olmaksızın bu çerçevede dava açılmasının söz konusu olamayacağı ortaya çıkmaktadır. Davacının asgari dava konusu normun uygulanma alanında faaliyette bulunduğunu iddia etmesi gereklidir. Kanatami davasında²⁸ Fok balığı ürünleri konusunda ticareti düzenleyen tüzük (EG/1007/2009) ve bu tüzüğe ilişkin olarak Komisyon tarafından ihdas edilen icrai tüzük (EG/737/2010) dava konusu olmuştur. Fok balığı ürünleri ticareti yapmayan bir hayvan bakıcısının her iki tüzüğü dava konusu yapması mümkün görülmemiştir. 263.madde 4.fıkra (3.fıkra) muvacehesinde parent measure’a karşı bir dava açılması, tüzük karakterli bir hukuk tasarrufunun söz konusu olmaması nedeniyle mümkün görülmemiştir. 263.madde 4.fıkra (3.fıkra) göre icrai tasarruflara karşı dava açılması bu bağlamda dava yetkisinin kabul edilmemesi nedeniyle mümkün değildir. Bu tablodan, 263.madde 4.fıkra (2.fıkra) muvacehesinde etkilenme kavramı için geliştirilen yaklaşımın 263.madde 4.fıkra (3.fıkra) için de benimsendiği sonucu çıkmaktadır. 263.madde, 4.fıkra (2.fıkra)

²⁵ EuG, T-16/04 (Arcelor), Slg.2010, II-211, Rn.123

²⁶ Wolfram Cremer, Der Rechtsschutz des Einzelnen gegen Sekundärrechtsakte der Union gem. Art.III-270 Abs. 4 Konventionsentwurf des Vertrages über eine Verfassung für Europa, EuGRZ 2004, s.577-583

²⁷ EuGH, Rs.41/70 (International Fruit Company), Slg.1971, 411, Rn.23 vd.

²⁸ EuG, Rs. T-18/10 (Inuit Tapiriit Kanatami u.a.), Beschluss v. 6.9.2011, EuZW 2012, s.395

ilişkin olarak geliştirilen içtihatlarda da dava yetkisi bağlamında bireysel ve doğrudan etkilenme kriterlerinden öncelikle bireysel etkilenme kriterinin açıklığa kavuşturulduğu görülmektedir²⁹. Uygulamada doğrudan etkilenme kriteri dava yetkisi kriteri olarak genelde doğal olarak bireysel etkilenme kriterinin gerisinde mütalâa edilmektedir.

Sonuc

263.madde, 4.fıkra, (3.fıkra) muvacehesinde, 290.madde ve devamına göre icrai önlem gerektirmeyen – hangi türden olursa olsun – ve davacının haklarını asgari potansiyel olarak etkileyen hukuki tasarruflara karşı dava açılması mümkündür. 263.madde 4.fıkra (3.fıkra) öngörülen doğrudan etkili olma ve icrai önlem gerektirmeme kriterleri, 263.madde 4.fıkra (2.fıkra) bağlamında içtihatlarla oluşturulan yaklaşımı takip etmektedir. Doğrudan etkili olma kriteri dava yetkisi bağlamında dile geldiği nispette 263.madde 4.fıkra (3.fıkra) muvacehesinde bağımsız bir anlam kazanmıştır. Lizbon anlaşması ile getirilen değişikliklerden sonra da AB hukuk tasarruflarına karşı prensip olarak hakları koruma sistemi dezentral (ademi merkezi) karakterini korumuştur. Hakların dezentral korunması kapsamlı hakları koruma yaklaşımı ışığında yetersiz görülmekle beraber, subsidiarite prensibine uygun düşmektedir. AB seviyesinde basitleştirilmiş yöntemle hakları koruma olanağının sadece 290.madde vd. tasarruflarla sınırlanması, AB yasamasının 263.madde 4.fıkraya (3.fıkra) istinaden açılacak dava çerçevesini dar tutma iradesini yansıtmaktadır.

Bibliyografya

Wolfram Cremer bknz.: Callias/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 4.Aufl., 2011, Art.263 AEUV, Rn.32 vd.

Matthias Pechstein Europäisches Prozessrecht, 4.Aufl. 2011, Rn.411 vd.)

Ulrich Everling Lissabon-Vertrag regelt Dauerstreit über Nichtigkeitsklage Privater, EuZW, s.572,575 vd.).

Alexander Thiele, Das Rechtsschutzsystem nach dem Vertrag von Lissabon – (K)ein Schritt nach vorn?, EuR 2010, Heft 1, s.30,43 vd.).

D.Classen, bknz.: T.Oppermann/D.Classen/M.Nettesheim, Europarecht,

²⁹ EuGH, Rs.62/70 (Bock), Slg. 1971, 897, Rn.4-10; EuG, Rs. T-86/96 (Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmens), Slg.1999, II-179, Rn.43 vd.

4.Aufl. 2009, §14, Rn.61).

Ulrich Everling, Klagerecht Privater gegen Rechtsakte der EU mit allgemeinen Geltung, EuZW Heft 10, 2012, s.376,379 vd.

M.Lutter, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, s.593,599

Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.Aufl. 1991

Stephan Grundmann, die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof, 1997, s.208

Ingolf Pernice, Die Zukunft der Unionsgerichtsbarkeit, EuR 2011, Heft 2

Rudolf Streinz/Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2.Aufl. 2008,

Christoph Ohler/Christopf Hermann,

Halvard Fredriksen, Individualklagemöglichkeiten vor den Gerichten der EU nach dem Vertrag über eine Verfassung für Europa, ZEuS 2005, Heft 1

Kısaltmalar

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Aufl.	Auflage (bası)
EG	Europäische Gemeinschaft (jetzt nur noch Europäische Union (EU))
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
GG	Federal Alman Anayasası (Grund Gesetz)
Rs.	Rechtsschrift
Slg.	Sammlung
Rn.	Randnummer
VVE	Verfassung für Europa
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien

**YABANCILARIN ÇALIŞMA İZİNLERİ HAKKINDA KANUNUN
TÜRKİYE’DE YERLEŞMİŞ OLAN YABANCILARIN “TÜRK
VATANDAŞI EŞİNDEN OLAN ÇOCUKLARINA” GETİRDİĞİ
(YÇİHK m. 8/a) İSTİSNAİ ÇALIŞMA İZİNİ ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ
ÜZERİNE BAZI TESPİTLER**

Feriha Bilge TANRIBİLİR*

ÖZET

Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun (YÇİHK), Türk vatandaşı ile evli olanlar; evlilik sona ermiş olsa da Türkiye’de yerleşmiş olan yabancılar ve onların Türk vatandaşı eşinden olan çocuklarına istisnai çalışma izni alma hakkı tanımaktadır (m. 8/a). Anılan kişilerden sonuncusu olan Türk vatandaşı eşten olan çocukların konumu tartışmalıdır. Bazıları bu kişilerin Türk vatandaşı olduklarını göz ardı etmektedir. Bazıları ise bu kişilerin Türk vatandaşı olduklarını belirtmekte ve hükmün anayasaya aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmektedirler. Bu çalışmada söz konusu tartışma irtibatlı mevzuat (anayasa, vatandaşlık, nüfus ve çalışma) hükümleri ve kanunun hazırlık çalışmaları birlikte ele alınacaktır. Sadece mevzuat değerlendirilmesi ile yetinilmeyip bu hükmün hangi halde/hallerde uygulanabileceği de araştırılacaktır.

***Anahtar kelimeler:** Soybağı esası, nüfus kütükleri, bildirim yükümlülüğü, vatandaşlığın ispatı, çalışma izni*

**SOME OBSERVATIONS ON THE OBLIGATION TO GET EXCEPTIONAL
WORKING PERMISSION OF CHILDREN-WHOSE FOREIGN SPOUSES
MARRIED TURKISH NATIONALS AND SETTLED IN TURKEY-BASED
ON THE ACT OF FOREIGNERS WORKING PERMISSIONS**

ABSTRACT

Act on Foreigners Working Permissions (AFWP) recognizes to get exceptional working permission to foreigner spouses who married with Turkish nations, even divorced-settled in Türkiye and their children descendant from Turkish spouses (Art. 8/a). Position of refered last group is controvesial. Some ignored that persons have

* Prof. Dr. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Turkish nationality. Some allege that there is a provision inconsistent with Constitution since these people have Turkish nationality. In this study point at issue is considered together with relevant legislation (Constitution, Nationality Act, Population legislation and foreigners working legislation) and preparatory studies of AFWP. Besides evaluation of legislation it is investigated applicability of provision of AFWP.

Keywords: *Ius sanguinis, state registers, obligation of birth for record, proof of nationality, working permission*

I. GİRİŞ

4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun¹ (YÇİHK) 2003 yılında kabul edilmiş ve aynı yıl yürürlüğe girmiştir. Kanun yürürlüğe girdikten sonra Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği (YÇİHKUYön) çıkarılmıştır².

YÇİHK'un amacı, kanunun ilk maddesinde, “yabancıların” Türkiye’de çalışmalarını izne bağlamak ve bu yabancılara verilecek çalışma izinleri ile ilgili esasları belirlemek olarak ifade edilmiştir (m. 1). Başka bir deyişle, Türk Vatandaşlığı Kanununa göre Türk vatandaşı sayılmayan kişilerden (m. 3) olan yabancılar için çalışma izni alma esasları ve usulü bu kanun ile düzenlenmektedir. Ancak kanun metni incelendiğinde “istisnai haller” başlığını taşıyan 8. maddesinin (a) bendinde kullanılan ifade ilginçtir ve bu ifadenin kanunun kişi bakımından kapsamını değiştirdiği anlaşılmaktadır. YÇİHK’un 8. maddesinin (a) bendi aynen şu kelimelerle ifade edilmiştir:

“Madde 8- Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe;

a) Bir Türk vatandaşı ile evli olan ve eşiyle Türkiye’de evlilik birliği içinde yaşayan veya evlilik birliği en az üç yıl sürdükten sonra sona ermiş olmakla birlikte Türkiye’de yerleşmiş olan yabancılar ile bunların Türk vatandaşı eşinden olan çocuklarına,...

¹ RG 6.3.2003-25040.

² RG 29.8.2003-25214. Yabancıların Türkiye’deki yatırımlarında çalıştırılacak yabancı personelle ilgili olarak çıkarılan yönetmelik de yabancıların çalışma mevzuatı açısından önem taşır. Sözü edilen yönetmelik, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu (RG 17.6.2003-25141) ile 4817 sayılı YÇİHK hükümlerine dayanılarak hazırlanmış olan Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Personel İstihdamı Hakkında Yönetmeliktir (RG 29.8.2003-25214).

Bu Kanunda öngörülen sürelerle tâbi olmaksızın çalışma izni verilebilir.”

Görüldüğü üzere YÇİHK’un bu hükmü üç grup için çalışma izni almada kolaylık getirmektedir. Kanunun bu hükmünün çalışma izni almada kolaylık getirdiği kişi grupları şunlardır:

- Türk vatandaşı ile evli olan ve Türkiye’de evlilik birliği içinde yaşayan yabancı eşler,

- Türk vatandaşı ile evliliği en az üç yıl sürdükten sonra sona ermiş olmakla birlikte Türkiye’ye yerleşmiş olan yabancı eski eşler,

- Türkiye’de yerleşmiş eski eşlerin Türk vatandaşı eşinden olan çocukları.

Yukarıdaki listede üçüncü sırada yer alan grup, bu çalışmanın inceleme konusunu oluşturmaktadır. Zira Türk vatandaşlık hukukunda vatandaşlığın soybağı ile kanun gereği kazanılması esası kabul edilmiştir. Bu esas vatandaşlık kanunlarının değiştirilmesi, yürürlükte kaldırılarak yenisinin hazırlanması hallerinde dahi muhafaza edilmiştir³. Hal böyle olmasına karşın YÇİHK, Türk vatandaşından olan çocuğa Türkiye’de çalışabilmesi için çalışma izni alma şartını getirmektedir (vatandaşa çalışma izni alma şartı getirme!). Düzenlemenin Anayasa ve vatandaşlık hukuku mevzuatı açısından ne kadar hatalı olduğu bir yana, vatandaşların yabancılarla olan evliliklerinden olan çocuklarının dışlanması ve hukuki durumlarının ağırlaştırılması ayrı bir tartışma konusudur.

Çalışmada öncelikle anayasanın Türk vatandaşlığına yaklaşımı ve hakları düzenleme tarzı gözden geçirilecektir. Sonra Türk vatandaşlığının soybağı esası ile kazanılması ve yabancıların Türk vatandaşı eşinden olan çocuklarının vatandaşlık durumu, Türk Vatandaşlık Hukuku açısından ele alınacaktır. Bu kapsamda yabancılarla evlilikler, bu evliliklerden olan çocuklar ile Türkiye’de yerleşik yabancıların nüfus kayıtlarının tutulması hakkında genel bilgilerin yanı sıra YÇİHK’un yabancıların çalışmasına dair esasları ile bu kanunun hazırlık çalışmalarına değinilecektir. Bu suretle elde edilen verilerin kanun hazırlayanlara ve tasarıları inceleyerek kanunlaştıran kanun koyucuya yol gösterici olacağı umulmaktadır.

³ Bkz. **Nomer**, E.: Türk Vatandaşlık Hukuku, (vatandaşlık), 20.B., İstanbul 2014, s. 55 vd; **Doğan**, V.: Türk Vatandaşlık Hukuku, (vatandaşlık), 11. B., Ankara 2012, s. 48 vd; **Güngör**, G.: Tâbiyet Hukuku, 2.B., Ankara 2014, s. 6 vd.

II. ANAYASANIN VATANDAŞLIĞIN KAZANILMASINA İLİŞKİN TEMEL YAKLAŞIMI

Türk hukukunda kabul edilen bütün vatandaşlık kanunlarında ve anayasalarda vatandaşlığın asli kazanılması yolu olarak soybağı esası kabul edilmiştir. Nitekim (1982) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 66. maddesinde bu esasa işaret edilmiştir. Anayasa'nın 66. maddesi, "Türk vatandaşlığı" başlığında Türk vatandaşlık hukukunun temel esaslarını düzenlemektedir. Anılan maddenin ilk fıkrası objektif anlamda vatandaşlığı, ikinci fıkrası soybağı esasını ve üçüncü fıkrası da kanunilik ilkesini hükme bağlamaktadır⁴.

Çalışma konusu açısından ikinci fıkra önem taşımaktadır. Anayasanın 66. maddesinin ikinci fıkrasına göre "*Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür.*" Bu hüküm ile Türk vatandaşlığının Türk vatandaşı anadan doğma veya Türk vatandaşı babadan olma halinde asli olarak (doğumla, kendiliğinden) kazanılacağı hükme bağlanmıştır. Konumuz açısından bu hükümden çıkarılabilecek bazı sonuçlar bulunmaktadır:

- Bu sonuçlardan birisi, Türk vatandaşı ile soybağı ilişkisi kurulan çocuk, her halde Türk vatandaşlığını kazanmıştır. Kanun koyucu yapacağı düzenlemelerde bu esası göz önünde bulundurmamak zorundadır. Başka bir ifade ile kanun koyucu vatandaşlık kanunu veya nüfus kayıtlarının tutulmasına dair kanunu yahut çalışma hayatını düzenleyen mevzuatı çıkarırken soybağı ile Türk vatandaşlığının kazanıldığına dair hükme yer vermek ve buna uygun olarak nüfus kayıt sistemini kurmak zorundadır.

- Bir diğer sonuç ise, Anayasanın kanun önünde eşitliği düzenleyen hükmü bakımındandır. Anayasanın 10. maddesine göre herkes, herhangi bir ayrıma tabi tutulmaksızın kanun önünde eşittir. Dolayısıyla devlet ve diğer idari makamların işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı hareket etmeleri anayasaya aykırılık teşkil eder. Bu bağlamda kanun koyucunun yabancı ile evliliklerden dünyaya gelen çocukları farklı muameleye tabi tutması anayasaya aykırı olarak telakki edilir.

- Diğer yandan Anayasamızda herkesin temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu kabul edilmiştir (m. 12). Anayasaya göre temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın ancak anayasada belirtilen sebeplerle, kanun adı verilen tasarruflarla sınırlandırılabilir (m. 13).

⁴ Bu konuda bkz. Nomer, vatandaşlık, s. 58 vd; Doğan, vatandaşlık, s. 32 vd; Güngör, s. 46 vd; Erdem, B.: Türk Vatandaşlık Hukuku, 3.B., İstanbul 2013, s. 38 vd; Turhan, T./Tanrıbilir, F.B.: Vatandaşlık Hukuku, 3.B., Ankara 2012, s. 41 vd.

- Anayasa kural olarak vatandaşlar ile yabancıların eşit olarak temel hak ve hürriyetlerden yararlanmalarını kabul etmekle birlikte, yabancıların haklarının milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabilmesini hükme bağlamıştır (m. 16). Mevzuatımızda yabancıların ikametine, seyahatlerine, çalışmalarına ve diğer bazı hak ve hürriyetlerine kanun ile milletlerarası hukuka uygun olarak sınırlamaların getirildiği görülmektedir. Bir başka ifade ile temel hak ve hürriyetler sadece yabancılar açısından milletlerarası hukuka uygun olarak sınırlandırılabilir; ancak vatandaşlar açısından böylesi bir sınırlama yoluna gidilmesi anayasaya aykırılık teşkil eder.

III. TÜRK VATANDAŞLIĞININ SOYBAĞI ESASIYLA KAZANILMASI

Anayasanın yukarıda çizdiği çerçeve içerisinde Türk vatandaşlığının kanun ile düzenlenmesi gerekir. 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu⁵, Türk vatandaşlığının kazanılması, kaybı ve ispatını ayrıntılı olarak düzenlemektedir.

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (TVK), Türk vatandaşlığının doğumla veya sonradan kazanılabileceğini belirtmektedir (m. 5). Türk vatandaşlığının doğumla kazanılması ya soybağı⁶ ya da doğum yeri⁷ esasıyla mümkündür. Vatandaşlığın sonradan kazanılması ise yetkili makam kararıyla veya evlât edinme yahut seçme hakkının kullanılması ile gerçekleşebilir (m. 9).

Soybağı esası, çocuğun doğum yeri göz önüne alınmaksızın, onun ana babasının veya bunlardan birisinin vatandaşlığını, doğum nedeni ile kazanmasıdır. Burada önemli olan, çocuğun doğduğu yer olmayıp, ana ve babası veya bunlardan biri ile kurulan soybağıdır. Bu yolla kazanılan vatandaşlık kanun gereğidir, ayrıca ilgilinin talebine veya yetkili bir makamına ihtiyaç göstermez. Zira vatandaşlık kendiliğinden, kanun gereği iktisap edilir⁸.

⁵ RG 12.6.2009-27256.

⁶ Soybağı, çocuk ile ana ve çocuk ile babası arasındaki hukuki bağ olup, çocuğun evlilik içinde veya evlilik dışında dünyaya gelmesine göre farklı şekillerde kurulur.

⁷ Doğum yeri (toprak esası) esası, TVK’nda vatansızlığı önleme amacıyla kabul edilmiştir (m. 8). Sekizinci maddenin açık ifadesinden de anlaşılacağı gibi, doğum yeri esasına göre Türk vatandaşlığının kazanılması için iki şartın birlikte bulunması lazımdır. Çocuğun “Türkiye’de doğması” ve “doğum anında (ana babasının) vatandaşlığını kazanamamış olması” gerekir. Toprak esasında, çocuğun doğum anında vatansız kalması nedeniyle kendisine Türk vatandaşlığı verilmektedir.

⁸ Soybağı esası ile vatandaşlık kazanılması hakkında bkz. Nomer, vatandaşlık, s. 67-68; Doğan, vatandaşlık, s. 46; Güngör, s. 52.; Turhan/Tanrıbilir, s. 46 vd.

Türk Vatandaşlığı Kanunu, soybağı esaslı ile vatandaşlığın kazanılmasını asli vatandaşlık kazanım yolu olarak kabul etmiş ve Türk Medeni Kanununun (TMK)⁹ soybağına dair hükümlerini temel alarak konuyu düzenlemiştir. Başka bir ifade ile TVK, soybağı ile vatandaşlığın kazanılmasını çocuğun evlilik birliği içerisinde veya dışında dünyaya gelmesine ve ana veya babası ile ilişkisi bakımından muhtelif ayrımlara tabi tutarak ele almıştır.

5901 sayılı TVK'na göre “*Türkiye içinde veya dışında Türk vatandaşı ana veya babadan evlilik birliği içinde doğan çocuk Türk vatandaşıdır*” (m. 7). Burada “doğum yeri” önemli değildir. Önemli olan “Türk vatandaşı ebeveyn ile çocuk arasında soybağının kurulmasıdır”. TMK'un sistemine göre evlilik birliği içinde dünyaya gelen çocuk ile ana ve babası arasında soybağı doğum anında kurulur (m. 282/II). Dolayısıyla çocuk Türk vatandaşı olan ana veya babasının vatandaşlığını kazanır. Örneğin, Türk vatandaşı Bay (A), Alman vatandaşı Bayan (B) ile evlidir. Bay (A) ile Bayan (B)'nin çocuğu (C) Türkiye'de (veya Almanya'da) dünyaya gelir. Çocuk doğum anında soybağı esaslı ile Türk (ve Alman) vatandaşlığını kazanmıştır.

Evlilik birliği dışında dünyaya gelen çocuğun Türk vatandaşlığını kazanması konusunda ana ve babasının Türk vatandaşı olmasına göre bir ayrıma gidilmesi zaruridir:

TVK'na göre “*Türk vatandaşı ana ve yabancı babadan evlilik birliği dışında doğan çocuk Türk vatandaşıdır*” (m. 7/2). Türk hukukuna göre çocuğu doğuran kadınla çocuk arasında TMK'un 282/I. maddesi gereğince soybağı kurulmaktadır. Dolayısıyla Türk anadan evlilik birliği dışında doğan çocuk Türk vatandaşlığını doğum anından itibaren kazanmaktadır (TVK m.6). Örneğin, Türk vatandaşı Bayan (A)'nın Alman vatandaşı Bay (B) ile evlilik dışı ilişkisinden çocuk (D) dünyaya gelir. (D), annesi ile arasında soybağı ilişkisi doğum anında kurulduğu için Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanmıştır.

Buna karşılık, TVK'na göre “*Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik birliği dışında doğan çocuk ise soy bağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır*” (m. 7/3). Türk babadan evlilik dışı olan çocuk ile babası arasında soybağı, babalığa hüküm veya tanıma gibi bazı işlemler neticesinde kurulabilir. TVK soybağını kuran işlemleri saymadan¹⁰, genel olarak soybağı kurulmasını sağlayan usul

⁹ RG 8.12.2001-24607.

¹⁰ Bu konuda ayrıca bkz. 403 sayılı TVK m. 2.

ve esasların yerine getirilmesini yeterli görmüştür¹¹. Örneğin Türk vatandaşı Bay (A)’nın Alman vatandaşı Bayan (B) ile evlilik dışı ilişkisinden çocuk (G) dünyaya gelir. (G), doğum anında Türk vatandaşlığına sahip olamaz. Çünkü doğum anında babası hukuken belli değildir. Ancak doğumdan sonra Bay (A), çocuk (G)’yi tanırsa veya aleyhine açılan babalık davasında babalığına hükmedilirse yahut (A) ile (B) evlenirlerse çocuk (G) ile arasında soybağı ilişkisi kurulur ve (G) doğum anından itibaren Türk vatandaşı olarak kabul edilir.

Görüldüğü üzere soybağı ile Türk vatandaşlığının kazanılması, çocuğun kanunda belirtilen şartlarda dünyaya gelmiş olmasına bağlıdır. TVK’nun 7. maddesinde belirtilen şartlar gerçekleştiğinde Türk vatandaşlığı kazanılmış olur. YÇİHK’un kabul edildiği tarihte 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu¹² yürürlükte bulunuyordu. 403 sayılı TVK ile 2009 yılında kabul edilen 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu arasında soybağı ile vatandaşlığın kazanılması bakımından temel bir farklılık bulunmamaktadır (5901 TVK m. 1-2).

Bu noktada şu sorunun sorulması yerinde olacaktır: Çocuk ile Türk vatandaşı ebeveyni arasında soybağının kurulmuş olması, tek başına, doğum anında vatandaşlığın kazanılması için yeterli midir? Soybağı ile Türk vatandaşlığının kazanıldığı nasıl ispat edilir? Hangi hallerde ispat gerekebilir? Hangi makam ispatı değerlendirir?

¹¹ Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (RG 6.4.2010-27544) bu durumda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (RG 12.12.2007-26728) hükümlerine göre çocuğun Türk vatandaşı babaya soybağıyla bağlanması halinde Türk vatandaşlığını kazanacağına hükme bağlamıştır (m. 7/4). Dolayısıyla yabancı unsurlu soybağı meselelerinde öncelikle 5718 sayılı MÖHUK’a göre yetkili olan hukuk düzeninin belirlenmesi gerekir (m. 16). MÖHUK’a göre yetkili olan hukuk düzeninin (Türk hukuku veya yabancı bir devlet hukuku) öngördüğü her türlü soybağı kuran yol TVK’nun uygulanması bakımından geçerli olacaktır. Vatandaşlık hukuku bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, vatandaşlık, s. 64 vd; Doğan, vatandaşlık, s. 52 vd; Güngör, s. 52 vd; Erdem, s. 93 vd. Turhan/Tanrıbilir, s. 46 vd. Soybağına uygulanacak hukuk hakkında bkz. **Çelikel, A./Erdem, B.**: Milletlerarası Özel Hukuk, 12.B., İstanbul 2012, s. 252 vd; **Nomer, E.**: Devletler Hususî Hukuku, (DHH), 20.B., İstanbul 2013, s. 263 vd; **Tekinalp, G./Çavuşoğlu, A.U.**: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11.B., İstanbul 2011, s. 218 vd; **Doğan, V.**: Milletlerarası Özel Hukuk, (MÖH), 2.B., Ankara 2013, s.297 vd; **Şanlı, C./Esen, E./Fıganmeşe, İ.A.**: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2013, s. 128 vd.

¹² RG 22.2.1964-11638. 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu, 2009 yılında kabul edilen 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu ile yürürlükten kaldırılmış (5901 TVK m. 47/1) ve mevzuatta 403 sayılı Kanuna yapılan atıfların 5901 sayılı Kanuna yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır (5901 TVK m. 47/2).

IV. ÇOCUĞUN DOĞUMUNDAN SONRA NÜFUS KÜTÜĞÜNE KAYDEDİLMESİ ZORUNLULUĞU

A. Evrensel Kayıt

Çocuğun doğumundan sonra devlet nezdinde tutulan nüfus kütüğüne kaydedilmesi temin edilmelidir. Bu zorunluluk uluslararası hukukta *evrensel kayıt* olarak adlandırılmaktadır. Evrensel kayıtlarla devletlerin kendi sınırları içerisinde meydana gelen nüfus olaylarını takip etmeleri ve nüfus kütüklerine işlemeleri kastedilmektedir¹³. Bu takdirde vatandaş veya yabancı ayrımı yapılmaksızın herkesin kayıt altına alınması sağlanmış olmaktadır. Dolayısıyla devletler eğitim, sağlık ve diğer görevlerini yerine getirirken bütçe olanaklarını daha verimli şekilde kullanabilecektir. Ayrıca nüfusa kaydedilen kişiler de hak ve hürriyetlere sahip olma, gerektiğinde talepte bulunma yahut haklarının korunmasını, hürriyetlerine saygı gösterilmesini isteme imkânına kavuşacaklardır.

Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan ve 193 devletin taraf olduğu¹⁴ Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede (ÇHDSöz) de nüfusa kayıt konusunda özel bir hüküm bulunmaktadır. ÇHDSöz'ün 7. maddesine göre çocuk doğumundan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilmelidir. ÇHDSöz'nin uygulanmasını takip eden Çocuk Hakları Komitesi, bu bağlamda devletlerin nüfus kayıt sistemlerinin bu amaca yönelik olup olmadığı hususu üzerinde ısrarla durmaktadır. Zira çocuğun nüfusa kaydedilmesinin sadece plânlama meselesi olmadığı, çocuğun varlığının, yasal olarak statüsünün tanınması anlamına geldiği hususu büyük önem taşımaktadır. Komite, devletlerin nüfus kaydını zorunlu tutup tutmadığı, zamanında kaydedilmeyen çocukların nüfusa kaydının kabul edilip edilmediği, kayıta ana veya baba bakımından ayırım yapıp yapılmadığı hususlarını araştırmaktadır¹⁵.

B. Türk Nüfus Kütükleri ve Tescil Mecburiyeti

Türk hukukunda nüfus kayıtlarına dair mevzuatın ÇHDSöz standartlarının çok üstünde olduğu hemen ifade edilmelidir. Türk hukukunda nüfus olaylarının takibi, 2006 yılında kabul edilen 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri

¹³ Bu konuda bkz. **Hodgkin, R./Newell, P.**: Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama Elkitabı, (tercüme. Ş.Akipek), 2.B., 2003, s. 115.

¹⁴ Taraf devletlerin listesi için bkz. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en (erişim 28.10.2014).

¹⁵ Bkz. Hodgkin/Newell, s. 112 vd.

Kanununa¹⁶ (NHK) göre gerçekleştirilmektedir¹⁷. NHK’nun uygulanma esas ve usulünü düzenlemek üzere Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik¹⁸ (NHKUIYön) ile Türkiye’de Oturan Yabancıların Nüfus Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik¹⁹ (Yabancılar Yön) çıkarılmıştır. Nüfus hizmetleri, nüfus kütüklerinin düzenli tutulması ve bunu sağlayacak teşkilatla yerine getirilir²⁰.

NHK, vatandaşların, Türk vatandaşlığından çıkanlar ile onların altsoylarının ve yabancıların nüfus hizmetlerini²¹ düzenlemektedir. Her üç grup için ayrı nüfus kütükleri ihdas edilmiştir: Nüfus kütüğü, mavi kartlılar kütüğü (m. 3/1, n)²², yabancılar kütüğü (m. 3/1, z, çç)²³. Sözü edilen mevzuat uyarınca

¹⁶ RG 29.4.2006-26153.

¹⁷ YÇİHK’un kabul edildiği tarihte 1587 sayılı Nüfus Kanunu yürürlükte bulunuyordu (RG 16.5.1972-14189). 1587 sayılı Nüfus Kanunu, NHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. NHK’nun tescil yükümlülüğüne dair hükümleri ile 1587 sayılı Nüfus Kanununun hükümleri arasında, kural olarak, farklılık bulunmamaktadır. Her iki kanun arasındaki en bariz farklılık, onların uygulanma şartlarından kaynaklanmaktadır. Zira doksanlı yıllarda başlayan yurt dışından göç nedeniyle yabancıların nüfusla ilgili işlemlerinin izlenmesi ihtiyacı hasıl olmuştur. Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1123m.htm> (erişim 28.10.2014). Bu ihtiyaca binaen Türkiye’de oturan yabancıların nüfus kayıtlarının tutulmasının usul ve esasları bir yönetmelik ile düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeler yürürlüğe girmeden önce yabancıların nüfus olayları, 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun (RG 24.7.1950-7564) ve ilgili mevzuat çerçevesinde yetkili idari makamlar tarafından izleniyordu. 5683 sayılı Kanun ise 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK) (RG 11.42013-28615) ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁸ RG 23.11.2006-26355.

¹⁹ RG 20.10.2006-26325.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özkan, H./Ataç, K.İ.**: Yeni 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Yasasına Göre Düzenlenen Açıklamalı-İçtihatlı Nüfus Davaları ve Nüfus İşlemleri, 2.B., Ankara 2009, s. 409 vd.

²¹ NHK m. 2: “*Bu Kanun, Türk vatandaşları, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve bunların altsoyları ile Türkiye’de bulunan yabancıların nüfus hizmetlerinin düzenlenmesine, yürütülmesine ve geliştirilmesine ilişkin esas ve usûl hükümlerini kapsar.*”

²² NHK m. 3/1, n, “n) (Ek: 9/5/2012- 6304/11 md.) *Mavi Kartlılar Kütüğü: Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve bunların altsoylarının kayıtlarının elektronik ortamda tutulduğu kütüğü,*” hükmünü ihtiva etmektedir. Mavi kartlılar kütüğü için bir yönerge çıkarılmıştır. Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge metni için bkz. http://www.nvi.gov.tr/Files/File/Mevzuat/Nufus_Mevzuati/Yonerge/pdf/mavi_kartlılar-kutugu.pdf (erişim 28.10.2014).

²³ Yabancılar kütüğünün tutulması esasları *Türkiye’de Oturan Yabancıların Nüfus Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik* (Yabancılar Nüfus Kayıt Yönetmeliği) ile düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özkan/Ataç**, s. 674 vd. Bununla beraber 6458 sayılı YUKK, NHK m. 3/1, çç hükmünü değiştirmiştir (m. 123/7). YUKK ile değişik NHK bakımından yabancılar kütüğü, Türkiye’de vatansız kişi kimlik bel-

tutulan nüfus kütükleri; kişilerin kimliklerinin, yerleşim yeri adreslerinin, aile bağlarının, vatandaşlık durumlarının ve şahsi hallerinin belirlenmesi amacıyla nüfus olaylarının tescil edildiği resmi belgelerdir (NHK m. 5/1).

Türk vatandaşı olan herkesin kendisini²⁴ nüfus kütüklerine yazdırma ve nüfus cüzdanı alma mecburiyeti bulunmaktadır (tescil mecburiyeti) (NHK m. 11). Türk vatandaşlarının nüfus olayları aile kütüğüne işlenir²⁵. Mevzuatımıza göre aynı soydan gelenler ve aynı soyadını taşıyan kişiler bir aile kütük sıra numarası altında kaydedilirler. Bu kapsamda, ailenin çocukları, erkek çocuklarının eş ve çocukları ile kız çocuklarının evlilik dışı dünyaya gelmiş çocukları aynı kütüğe yazılır²⁶. Evlenen kız çocuklar ise kocasının hanesine taşınır (NHK m. 23/2). Bununla beraber Türk vatandaşı kadın, yabancı ile evlenirse bu evlilik kadının hanesine işlenir²⁷. NHK ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelikler yabancı ile Türk vatandaşının evliliği halinde nüfus kayıtlarının ne şekilde tutulacağına dair ayrıntı hükümlere sahiptir²⁸.

Tescil mecburiyeti mavi kartlılar ve yabancılar için de söz konusudur. NHK uyarınca doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış olan kişilerin vatandaşlıktan çıkılmaları²⁹ halinde kendilerine ve alt soylarına mavi kart

gesi alanlar ile herhangi bir amaçla en az 90 gün süreli ikamet izni verilenler ve yasal olarak bulunan yabancılardan “yabancılar kimlik numarası” talep edenlerin kayıtlarının tutulduğu kütüktür.

²⁴ NHK’na göre, “Ergin olmayanların nüfus olaylarını yazdırıp nüfus cüzdanlarını almaya veli, vasi veya kayyımları, bunların bulunmaması halinde, çocukları yanlarında bulunduranlar ile 24/5/1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununun yetkili kıldığı kuruluş yetkilileri görevlidirler.” (m. 11).

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özkan/Ataç, s. 455 vd.

²⁶ NHKÜYön. m. 19.

²⁷ Yabancılar Nüfus Kayıt Yönetmeliği m. 15/2.

²⁸ Bkz. Yabancılar Nüfus Kayıt Yönetmeliği m. 15: “...Eşlerden biri Türk aile kütüklerinde kayıtlı ise evlenme, Türk olan kişinin kaydına nüfus mevzuatına göre işlenir. Yabancılar kütüğünde kaydı tutulan diğer kişinin evlenmesi yabancılar veri giriş formu ile işlenerek, evlenmiş olduğu Türk vatandaşının Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası belirtilmek suretiyle eş bağı kurulur. c) Eşlerden biri yabancılar kütüğünde kayıtlı değil ise evlenme, yabancılar kütüğünde kayıtlı bulunan kişinin kaydına yabancılar veri giriş formu ile işlenerek, evlendiği kişinin uyruk ve kimlik bilgileri açıklama alanına yazılır.”

²⁹ Türk Vatandaşlığı Kanununa göre yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olan kişiler talepleri İçişleri Bakanlığınca uygun görüldüğü takdirde Türk vatandaşlığından çıkabilirler (TVK m. 25-26). Türk vatandaşlığından çıkan kişiler, Türk vatandaşlığını doğum esasıyla kazanmışlarsa yine talepleri halinde hem kendilerine hem alt soylarına mavi kart verilir (m. 28/6-7). Bu kart hamilleri milli güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla Türk vatandaşlarının yararlandığı haklardan yararlanabilirler (bkz. TVK m. 28/1-2). Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, vatandaşlık, s. 129 vd; Güngör, s. 148 vd; Turhan/Tanrıbilir, s. 101 vd.

verilmesini talep eden kişiler mavi kartlılar kütüğüne kaydolunurlar. Mavi kartlılar kütüğüne kaydolunan kişilerin (eski Türk vatandaşı ve onun alt soyu) nüfus olaylarını yetkili nüfus müdürlüğüne veya dış temsilciliklerimize bildirme yükümlülüğü mevcuttur (NHK m. 8/A). Aynı şekilde usulüne uygun olarak Türkiye’de bulunan, en az altı aylık ikamet tezkeresi verilmiş olan yabancılara³⁰ da bildirim mecburiyeti getirilmiştir (NHK m. 8).

Görüldüğü üzere Türk nüfus sistemi içerisinde vatandaşların yanı sıra vatandaşlıktan çıkanlar (ve alt soyları) ile Türkiye’de yerleşik olan yabancılar da kayıt altına alınmaktadır. Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde NHK’nda öngörülen idari para cezalarının tatbiki söz konusu olacaktır (m. 68). Kanunda öngörülen idari para cezaları incelendiğinde bunların çok yüksek meblağlar olmadıkları görülmektedir³¹. NHK’nun gerekçesinde idari para cezalarının caydırıcı olması amacıyla getirildiği ifade edilmiştir³². Ancak bu kadar düşük meblağlı cezaların, ilgilileri nüfus olaylarını bildirme konusunda zorlayıcı olmaktan ziyade, ilgilileri herhalde (zamanında veya geç de olsa) bildirimde bulunmaya teşvik ettiği söylenebilir.

C. Doğum Olaylarının Nüfusa Bildirimi

Doğum, vatandaşlık açısından önem taşıyan bir hukuki olaydır. Türk Vatandaşlığı Kanunu doğum nedeniyle Türk vatandaşlığının kazanılması esasını kabul etmiştir³³. Bu nedenle Nüfus Hizmetleri Kanunu, sağ olarak dünyaya gelen her çocuğun, doğumundan itibaren Türkiye’de otuz gün içinde nüfus müdürlüğüne, yurt dışında ise altmış gün içinde dış temsilcilığe bildirilmesini zorunlu kılmıştır (m. 15/1). Anılan kanuna göre sağ olarak dünyaya gelen çocuğun, veli (ana ve babası), vasi, kayyım, bunlar yoksa büyük ana, büyük baba veya ergin kardeşler yahut çocuğu yanında bulunduranlar tarafından doğumunun nüfusa bildirilmesi gerekir (m. 15/2). Bildirim³⁴ üzerine

³⁰ Bu kişiler, Türkiye’de yerleşik kişiler olarak kabul edilmektedir. Ancak bu hüküm de 6458 sayılı YUKK ile değiştirilmiştir (m. 123/7). YUKK ile değişik NHK m. 8/1 hükmüne göre “Türkiye’de herhangi bir amaçla en az doksan gün süreli ikamet izni alan yabancılar; Genel Müdürlükçe yabancılar kütüğüne kayıt edilir. Ancak, Türkiye’de yasal olarak bulunan yabancılar da talep etmeleri hâlinde yabancılar kütüğüne kayıt edilir. Bu kütüğe kayıt edilen yabancılar; her tür nüfus olayını nüfus müdürlüklerine beyan etmekle yükümlüdürler. Diplomatik misyon mensupları bu hükmün dışındadır.”

³¹ Örneğin nüfus olaylarını süresi içinde bildirmeyenlere nüfus müdürlüklerince, yurt dışında dış temsilciliklerce 50 Türk Lirası idarî para cezası verilir (NHK m. 68/2).

³² Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1123m.htm> (erişim 28.10.2014).

³³ Doğum yeri esası ile vatandaşlık kazanılması konu dışında bırakıldığı için soybağı esasına dayanan doğum nedeniyle vatandaşlık kazanılması ve nüfusa kaydı ele alınmaktadır.

³⁴ Bildirim, yurt içinde doğumu gösteren resmi bir belge veya sözlü beyana dayalı olarak da yapılabilir. Yurt dışı doğumların bildirim için bkz. NHK m. 15/3.

doğumun evlilik içinde veya evlilik dışında gerçekleşmesine göre çocuk baba veya ana hanesine işlenir.

Türk vatandaşı babadan evlilik içinde veya evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içerisinde doğan çocuklar, Türk vatandaşı babalarının hanesine yazılırlar (NHKUIYön. m. 22). Evlilik içinde doğan çocuğun annesi Türk vatandaşı ise, çocuk Türk vatandaşı annesinin hanesine kaydedilir. Eğer yabancı ana veya baba Türkiye’de yerleşik yabancı ise, doğum yabancılar kütüğünde ananın veya babanın hanesine de işlenir.

Türk vatandaşı anadan evlilik dışı doğan çocuk, annesinin hanesine kaydedilir. Daha sonra yabancı baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisi kurulabilir. Eğer yabancı baba Türkiye’de yerleşik yabancı ise, çocuk yabancılar kütüğünde babanın hanesine de kaydedilerek babasıyla bağ kurulur. Buna mukabil Türk vatandaşı babadan evlilik dışı olan çocuk, ancak Türk vatandaşı baba ile arasında soybağı kurulduğu takdirde babasının hanesine işlenir. Yabancı anne Türkiye’de yerleşik yabancı ise, çocuk önce annenin yabancılar kütüğündeki hanesine yazılır. Soybağının kurulmasından sonra çocuğun yabancılar kütüğündeki kaydı kapatılarak baba hanesine tescil edilir (Yabancılar Yön m. 13). Bu tescil işlemleri mavi kartlılar kütüğüne kayıtlı olanların Türk vatandaşından olan çocukları bakımından da geçerlidir (Yönerge m. 14-15).

Bazı hallerde Türk vatandaşı ana veya babadan olan çocuklar, yetkili Türk makamlarına süresi içerisinde bildirilmemiş olabilir. On sekiz yaşını tamamlamasına rağmen doğumuna ilişkin bildirimde bulunulmayan kişilerin durumunun ne olacağına dair hem NHKUIYön³⁵ hem de TVKUIYön de özel hüküm bulunmaktadır. NHKUIYön, on sekiz yaşını dolduruncaya kadar herhangi bir sebeple nüfusa kaydedilmeyenleri saklı nüfus olarak adlandırmakta (m. 4/z, ff) ve bu kişiler hakkında yapılacak işlemler ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir (m. 35-36). TVKUIYön, NHKUIYön kadar ayrıntılı olmasa da on sekiz yaşını dolduranların nüfusa kayıtlarına dair özel hükümler getirmektedir (m. 8-10).

Türk Vatandaşlık Hukuku açısından on sekiz yaşını tamamlamamış kişi, *çocuktur*. Çocuk ise vatandaşlığı ile ilgili işlemleri tek başına yapamaz. Ancak on sekiz yaşını dolduran kişi, ergindir ve kendi vatandaşlığı konusunda işlem yapma ehliyetini haizdir. Ergin olduğu halde doğumuna ilişkin bildirimde

³⁵ Bu yönetmelikte on sekiz yaşından küçük, altı yaşından büyük çocuklarla altı yaşından küçük çocukların tesciline dair özel hükümler de getirilmiştir (m. 30-31).

bulunulmamış bu kişiler, Türk vatandaşı ana veya babadan dolayı Türk vatandaşlığını kazandıklarını iddia edebilirler (m. 8). İlgilinin Türk vatandaşı anadan doğduğunu veya Türk vatandaşı babadan olduğunu yönetmelikte belirtilen evrakla belgeleyebilmesi gerekir. Bu konudaki talepler İçişleri Bakanlığınca incelenip sonuçlandırılır. Eğer ilgilinin gösterdiği belgeler bir Türk vatandaşı ile arasında soybağı ilişkisi bulunduğunu kanıtlıyorsa Türk vatandaşı ebeveynin nüfus kütüğüne kaydedilir.

Görüldüğü üzere nüfusa zamanında bildirim, Türk vatandaşı olan çocuğun ileride karşılaşabileceği ispat sorununu ortadan kaldırmakta, onu bürokratik ve bazen adli işlemlerden kurtarmaktadır.

D. Vatandaşlığın ispatı ve nüfusa bildirim

Türk vatandaşlarının çocuklarının doğumlarının zamanında nüfusa bildirim yasal bir yükümlülüktür. Türk vatandaşı ebeveynler bu yükümlülüğü çeşitli nedenlerle yerine getirmemiş olabilirler. Uzun yıllardan beri yurt dışında yaşadıkları ve Türkiye ile bağlarının kalmadığını düşünebilirler. Veya eşlerden birisi yabancı olabilir ve çocuk doğumu anında yabancı ebeveynin vatandaşlığını kazandığı için bu devlette tutulan nüfusa bildirimde bulunmuş olabilir. Ebeveynler çocuklarını üniversiteye giriş veya askerlik ile ilgili yükümlülüklerden uzak tutmak için bildirimde bulunmamış olabilirler. Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesine yol açan sebep (etik veya değil) her ne olursa olsun, bildirim dışı kalan çocuk, Türkiye ve Türk vatandaşları ile resmi veya özel ilişki içinde bulunmadığı sürece sorun çıkmayacaktır. Öte yandan bildirim dışı kalan çocuklar ergin olduklarında Türk vatandaşı ana veya babaları ile soybağını belgeleyerek Türk nüfus kütüğüne kayıtlarını sağlayabilirler³⁶. Ancak yurt dışında yaşamaları, Türkiye

³⁶ Türk vatandaşlığını soybağı esasıyla kazandıkları halde nüfusa tescil edilmemiş olan kişilerin Türk vatandaşı olmayı talep etmelerinin “menfaatlerine” olacağı hallere ilişkin aşağıdaki örnekler verilebilir:

1. Bu kişilerin üst soyundan gelenlerin Türkiye’de bulunan taşınır terekesinden intikal güçlüklerine uğramadan pay alabilmeleri için,
2. Bu kişilerin üst soyundan gelenlerin Türkiye’de bulunan taşınmaz terekesinden miktar sınırlamasına uğramadan pay alabilmeleri için,
3. Bu kişilerin Türk vatandaşı ana veya babasından dolayı sosyal güvenlik mevzuatından yararlanabilmeleri için,
4. Yabancı olarak Türkiye’de bulunduğu sırada suçluların iadesi talebi ile karşılaşma ihtimalinin bulunması,
5. Türk mahkemelerinde dava açması, davaya katılması veya icra takibinde bulunmak istemesi halinde teminat mükellefiyetinden kurtulmak için,
6. Türkiye’ye giriş, ikamet ve çalışma ile ilgili sınırlamalardan kurtulmak için,
7. Türkiye’den sınır dışı edilmemek için.

ve Türk vatandaşları ile resmi veya özel ilişki içinde bulunmamaları gibi şartlar itibarıyla böyle bir bildirim ihtiyacı da duymayabilirler. Belirtilen örneklere rağmen, bu çocukların Türk hukukuna göre Türk vatandaşlığını kazanmış oldukları sonucu değişmez. Bu çocuklar sadece soybağı ile Türk vatandaşlığını kazanmış saklı nüfus örnekleridir³⁷.

Diğer yandan, çalışma konusu itibarıyla, Türk vatandaşı ana veya babanın çocuğu, Türkiye ile resmi temasa geçmiş, Türkiye'ye gelerek çalışmak istemektedir. Türk vatandaşı ile soybağı bulunan bu kişiler hakkında Türk vatandaşı ebeveynleri tarafından nüfusa bildirilme (ve Türk nüfus cüzdanı çıkarılmış olma) veya bildirimde bulunulmama ihtimalleri söz konusu olabilir. Hangi ihtimal söz konusu olursa olsun, YÇİHK m. 8/a hükmünün uygulanması açısından Türk vatandaşlığının mevcut olup olmadığı önem taşır. Çünkü YÇİHK, “yabancıların” Türkiye’de çalışmalarını düzenlemek amacıyla hazırlanmıştır (m. 1) ve bu kanuna göre “yabancı”, TVK’na göre Türk vatandaşlığına sahip olmayan kişilerdir (m. 3).

Eğer Türkiye’de çalışmak isteyen kişi, TVK’na göre soybağı esasıyla Türk vatandaşlığına sahipse bu kanunun kapsamına giren kişi olarak telakki edilemez. O halde ilgilinin Türk vatandaşı olduğunu ispatlaması gerekmektedir³⁸.

TVK, Türk vatandaşlığının ispatını herhangi bir şekle tabi tutmamıştır (m. 36)³⁹. İlgili hangi yolla Türk vatandaşlığını kazanmış olduğunu iddia ediyorsa bu iddiasını ispatlayacak delillerini yetkili makama bildirmelidir⁴⁰. TVK, bazı belgelerin aksi sabit oluncaya kadar vatandaşlığa karine teşkil etmesini de hükme bağlamıştır (m. 36/2). Bu hüküm uyarınca nüfus kayıtları, nüfus cüzdanı, pasaport ve pasaport yerine geçen belgeler Türk vatandaşlığına

³⁷ TVKÜYön m. 7’de kullanılan ifade ilginçtir: “Soy bağı esasına göre kazanılan Türk vatandaşlığı, Türk vatandaşı ana veya baba ile soy bağıının kurulmasıyla kendiliğinden kazanılan vatandaşlıktır. Yapılan bildirim üzerine doğundan itibaren Türk vatandaşlığı kazanılır.” Anılan hükmün ifadesi, bildirim vatandaşlığı kazanmanın bir şartı olduğu intibahını uyandırmaktadır. Ancak gerek Türk vatandaşlık hukuku gerek nüfus mevzuatımız göz önüne alındığında bildirim bu fonksiyonu olmadığı anlaşılmaktadır. Bildirim kişinin vatandaş olarak resmen tespiti açısından işleve sahiptir.

³⁸ Zira hayatın normal akışı içerisinde hiç kimse çalışma hakkından yararlanmak için çalışma izni veya diğer formalitelerle uğraşmak istemez.

³⁹ Vatandaşlığın ispatı konusunda bkz. Nomer, vatandaşlık, s. 146 vd; Doğan, vatandaşlık, s. 184 vd; Güngör, s. 194 vd; Erdem, s. 259 vd. Turhan/Tanrıbilir, s. 125 vd. Vatandaşlığı her türlü delille ispat kolaylığı 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu (m. 38) tarafından da kabul edilmiştir.

⁴⁰ Nitekim NHKÜYön’de de bu konuda hükümler (saklı nüfus) bulunduğu daha önce belirtilmişti.

karine teşkil eder. Türkiye’de çalışmak isteyen kişinin elinde bu tür resmi belge bulunması, ailesinin bildirim yükümlülüğünü yerine getirdiği anlamına gelir, ilgili Türk vatandaşı ana veya babasına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanmıştır. Buna karşılık ilgili, vatandaşlığına karine teşkil eden belgeler ibraz edemiyorsa TVKUIYön’de öngörülen usulü⁴¹ takip ederek nüfusa kaydını sağlamalıdır. TVKUIYön, hem TVK’nun delil serbestisi hükmüne hem NHKUIY hükümlerine paralel olarak, erginlerin yapacağı bildirimde benzer delillerin yapılacak başvuruya eklenmesini ve idarenin yapacağı işlemleri düzenlemiştir (m. 9). Yapılan inceleme sonunda talepte bulunan kişinin Türk vatandaşı ile arasında soybağının bulunduğu tespit edilirse Türk vatandaşı olarak kütüğe tescil edilir. İdarenin ibraz edilen belgeler ve yaptığı inceleme sonucunda ilgilinin nüfus (aile) kütüğüne tescile dair verdiği karar ihdası değil tespit mahiyetindedir. Zira ilgili kurulan soybağı neticesinde doğum anından itibaren Türk vatandaşlığını kanun gereği zaten kazanmıştır. Yapılan işlemler sadece bu durumun tespiti mahiyetindedir.

Görüldüğü üzere Türkiye’de çalışmak isteyen kişi, doğumundan sonra ebeveyni tarafından gerekli bildirim yapılmışsa buna göre düzenlenen belgelerle; bildirim yapılmamışsa kendisinin başvurusu üzerine tescilini sağlayarak Türk vatandaşlığına sahip olduğunu kanıtlayabilmektedir. Bu durumda hala kendisinden, istisnai çalışma izni (m. 8/a) de olsa, yine de yabancılar için istenilen çalışma iznini alması beklenecek midir? Cevap evet ise, bu başta kanunun ismi olmak üzere YÇİHK’un diğer hükümleri ve Türk vatandaşlık hukuku mevzuatı ile çelişkiye düşmek anlamına gelir. Bu noktada YÇİHK uyarınca çalışma izninin nasıl düzenlendiğinin kısaca gözden geçirilmesi yerinde olacaktır.

V. YÇİHK’A GÖRE ÇALIŞMA İZNI

YÇİHK’na göre yabancıların Türkiye’de çalışabilmesi, yetkili makam⁴² tarafından bu Kanunda öngörülen koşullara göre “*çalışma izni*” verilmesine bağlıdır.

⁴¹ TVKUIYön. de öngörülen tescil usulü, ispat araçları ile NHKUIYön’de öngörülenler paraleldir. NHKUIYön, şahit, okul kayıtları, kolluk kuvvetlerince araştırma gibi her türlü delille Türk vatandaşı ile soybağı ilişkisinin tespitini kabul etmektedir (m. 35). Eğer yapılan araştırma ve incelemenin sonunda soybağı ilişkisinin varlığı tespit edilirse, ilgili ana babasının hanesine kaydedilir. Yönetmeliğe göre hazırlanan dosyaların incelenmesinde; kanun yoluyla Türk vatandaşlığını kazanma hakkına sahip olmadıkları halde, kendilerini nüfus kütüklerine kaydettirmek isteyen yabancıların veya nüfus kütüklerimizde kayıtlı olup da bu yolla kimlik değiştirmek isteyen kişilerin olabileceği göz önünde bulundurulur (m. 35/2).

⁴² YÇİHK, çalışma izni vermek üzere Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığını yetkili kılmıştır. Bu suretle farklı kurumların değişik uygulamaları ve belirsizliğin önüne geçilerek tek merkezden konunun düzenlenmesi hedeflenmiştir.

A. Çalışma İzni Verilmesinde Dikkate Alınan Hususlar

Çalışma izni talepleri değerlendirilirken dikkate alınan başlıca hususlardan birisi, talepte bulunan kişinin “*YÇİHK kapsamına giren yabancılardan*” olmasıdır. YÇİHK, Türk Vatandaşlığı Kanununa göre Türk vatandaşı sayılmayan kişilerin Türkiye’de çalışmasının esaslarını düzenlemekle birlikte hangi yabancıların bu kanunun kapsamına girdiğini, hangi yabancıların kapsam dışında kaldığını da belirtmiştir. YÇİHK, kapsamına giren yabancıları üç grupta toplamıştır (m. 2/son). Buna göre bir işveren emrinde ücret mukabili çalışanlar (bağımlı çalışanlar), kendi nam ve hesabına çalışanlar (bağımsız çalışanlar) ile bir işveren yanında meslek eğitimi gören yabancılar bu kanun hükümlerine tabi tutulmuşlardır. Buna mukabil kanun bazı yabancıları kapsamı dışında bırakmıştır. YÇİHK’nun uygulama alanı dışında bıraktığı kişiler arasında Türk vatandaşlığından çıkanlar⁴³, mevkutelerde (sürelî yayınlarda) çalıştırılacak muhabirler ile 231 Sayılı Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname kapsamına girenler, bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşlarınca kanunla verilen yetkiye dayanarak çalışma izni verilenler veya istihdam edilenler ve çalışma izninden muaf tutulanlar bulunmaktadır (m. 2). Anılan kanun, karşılıklılık ilkesi, uluslararası hukuk ve Avrupa Birliği hukuku esasları dikkate alınarak bazı yabancılar için “çalışma izninden muafiyet” tanınmasını kabul etmiştir⁴⁴.

Çalışma izni verilirken yetkili makamın dikkate aldığı hususlardan ikincisi, *yasal sınırlamalar*dır. Sözü edilen sınırlamalar genel olarak YÇİHK’nda yer almaktadır (m. 11)⁴⁵. YÇİHK m. 11’e göre⁴⁶, “Türkiye’nin

⁴³ Türk Vatandaşlığı Kanununa göre asli Türk vatandaşı olup vatandaşlıktan çıkan kişiler (mavi kartlılar), kanunda belirtilen haller saklı kalmak üzere çalışma dahil bir çok haktan Türk vatandaşları gibi aynen yararlanmaya devam ederler (TVK m. 28).

⁴⁴ YÇİHKUYön, bu esaslar çerçevesinde kimlerin çalışma izninden muaf olduklarını ayrıca düzenlemiştir (Yön. m. 55). Yönetmeliğe göre, özel kanunlarda belirlenen hükümler saklı kalmak ve yabancı ile işverenin diğer kanunlardan doğan yükümlülüklerini yerine getirmeleri kaydıyla listesini verdiği kişilerin çalışma izni almalarına gerek bulunmamaktadır. Çalışma izninden muaf olan yabancılara, istekleri halinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından “Çalışma Muafiyet Teyit Belgesi” verilecektir (YÇİHK m. 10, Yön. m. 56).

⁴⁵ YÇİHK m. 11’e göre “*Türkiye’nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı sözleşmelerle sağlanan haklar saklı kalmak kaydıyla ve karşılıklılık ilkesi çerçevesinde çalışma izinleri, iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmeler, istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür koşullarının gerekli kıldığı hallerde, belirli bir süre için, tarım, sanayi veya hizmet sektörleri, belirli bir meslek, işkolu veya mülki ve coğrafi alan itibarıyla sınırlandırılabilir.*”

⁴⁶ Diğer yandan YÇİHK içerisinde yer alan muhtelif hükümler yasal sınırlamalara genel olarak işaret etmektedir. Örneğin, “ilgili mercilerden görüş alınması” başlıklı 13. maddenin

taraf olduğu ikili veya çok taraflı sözleşmelerle sağlanan haklar saklı kalmak kaydıyla” sınırlama getirilmesi mümkündür⁴⁷. Taraf olunan milletlerarası sözleşmeler bir yana bırakıldığında sınırlamaların hareket noktasını “karşılıklılık esasının” belirlediği görülmektedir. İdare karşılıklılık ilkesi çerçevesinde kanunda belirtilen esaslara göre yabancıların çalışma izinlerine sınırlama getirebilmektedir. Bu konuda idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, sınırlandırmayı gelişmelere ve taleplere bağlı olarak re’sen yapabilir. Sınırlama uygulamasına kanunda belirtilen hallerde (sebeb)⁴⁸, belirli bir süre için (süre) belirli alanlarda (konu)⁴⁹ yer bakımından başvurulabilmektedir.

Yabancılar çalışma izni verilmesinde dikkate alınması gereken bir diğer hüküm ise 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda (YUKK) yer almaktadır. YUKK’nun 27. maddesine göre, “(2) Çalışma izni verilebilmesi veya iznin uzatılabilmesi için yabancının 7 nci madde kapsamına girmemesi şartı aranır. YUKK’nun 7. maddesi ise “Türkiye’ye girişlerine izin verilmeyecek yabancıları” düzenlemektedir. Dolayısıyla ülkeye girmesi yasak olan kişilere çalışma izni verilmesi de mümkün değildir. Yasal sınırlamaların diğer kısmı da özel olarak her bir çalışma alanına veya işe-mesleğe göre mevzuatın çeşitli hükümleri içerisinde karşımıza çıkmaktadır⁵⁰.

B. Çalışma İzni Türleri

YÇİHK’da çalışma izninin türleri 5-8. maddeler arasında yer almaktadır. Anılan maddeler “sürelili çalışma izni”(m.5), “süresiz çalışma

2. fıkrasında diğer kanunlarda yer alan, yabancıların çalışmayacağı iş ve mesleklere dair hükümler saklı tutulmuştur. Bu halde ilgili mercilerden görüş almaya gerek bulunmamaktadır. YÇİHK’nun “izin isteminin reddi” başlıklı 14. maddesinin (e) bendine göre çalışma izni talebi, yabancının çalışması milli güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlâk ve genel sağlık için tehdit oluşturması halinde reddedilir.

⁴⁷ Bu husus kanunda ve ilgili hükümdede tekrar yer almasa dahi, bu sonuç zaten Anayasanın milletlerarası sözleşmelere ilişkin hükmü (m. 90) çerçevesinde çıkarılabilecektir.

⁴⁸ Kanuna göre iki halde “sebepten” ötürü sınırlama yoluna başvurulabilir: bunlardan birisi “iş piyasasındaki durum ve çalışma hayatındaki gelişmelerdir”. Diğer sınırlama sebebi ise “istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür koşullarıdır”. Eğer istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür koşulları gerekli kılıyorsa sınırlama getirilebilir.

⁴⁹ Yabancıların çalışmalarına iki “konuda” sınırlama getirilebilir: bunlardan birisi tarım, sanayi veya hizmet sektörleridir; diğeri de belirli bir meslek, işkolu bakımındandır. İdare yabancıların çalışmasını mülkî ve coğrafi alan itibarıyla sınırlandırılabilir.

⁵⁰ Bu konuda bkz. **Aybay**, R.: Yabancılar Hukuku, (yabancılar 2010), 3.B., İstanbul 2010, s. 152 vd; **Çelikel**, A./**Gelgel**, G. (Öztek): Yabancılar Hukuku, (yabancılar 2012), 18.B., İstanbul 2012, s. 143 vd; **Eksi**, N.: Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 4.B., İstanbul 2012, s. 107 vd; **Çiçekli**, B.: Yabancılar Hukuku, (yabancılar 2013), 4.B., Ankara 2013, s. 145 vd.

izni”(m.6), “bağımsız çalışma izni”(m.7) ve “istisnai haller”(m.8) başlıklarını taşımaktadır. Bu dört maddenin ifadesinden ilk iki çalışma izninin(m.5-6) bağımlı çalışanlar için olduğu sonucu çıkmaktadır. “İstisnai Haller”de ise ilk üç türden farklı, bu maddelerde getirilen süre şartlarının aranmadığı başka bir tür çalışma izni düzenlenmektedir.

Sürelî çalışma izni, kanunda öngörülen şartlar çerçevesinde yabancıya belli bir süre için Türkiye’de kanuni çalışma imkânı verir (YÇİHK m. 5; YÇİHK Uygulama Yönetmeliği m. 25). Sürelî çalışma izninin verilebilmesi başlıca iki şartın varlığına bağlıdır: Yabancı belirli bir işyeri veya işletmede çalışmak üzere çalışma izni talep etmelidir ve yabancı belirli bir meslekte çalışmalıdır. İzin başvurusunu alan yetkili makam, izin talebini, YÇİHK’ün 5. maddesinde belirtilen hususlar bakımından incelemelidir. Buna göre, çalışma izninin iş piyasasındaki durum, çalışma hayatındaki gelişmeler, istihdama ilişkin sektörel ve ekonomik konjonktür değişiklikleri dikkate alınarak verilmesi gerekmektedir⁵¹. YÇİHK, sürelî çalışma izninin en çok bir yıl için verilebileceğini hükme bağlamıştır (m. 5/1). Yabancı kendisine verilen (en fazla) bir yıllık sürenin sonunda Türkiye’de çalışmaya devam etmek isteyebilir. Bu takdirde izin süresinin uzatılması gerekir. YÇİHK, bu durumda iznin iki yıl daha uzatılabilmesi mümkündür (m.5/II). Yabancı aldığı üç yıla kadar olan çalışma izninin sonunda Türkiye’de çalışmaya devam edecekse kendisine bir imkân daha tanınmıştır. Yabancı yetkili mercie başvurarak süresinin ikinci kez uzatılmasını isteyebilir. Bu takdirde kendisine üç yıla kadar daha Türkiye’de çalışma izni verilebilir(m.5/III).

Süresiz çalışma izni: YÇİHK, Türkiye’de belli bir süre oturan veya çalışan yabancılara “süresiz çalışma izni” verilebileceğini öngörmektedir (m. 6). YÇİHK’nun 6552 sayılı Kanunla⁵² değişik 6. maddesine göre süresiz çalışma izni alabilecek yabancılar şunlardır: YUKK uyarınca uzun dönem ikamet iznine sahip olanlar, Türkiye’de kesintisiz en az sekiz yıl ikamet izni ile kalmış olanlar ile en az sekiz yıl kanuni çalışması olanlar⁵³.

⁵¹ Görüldüğü üzere sürelî çalışma izninde iznin verilmesinde dikkate alınan hususlar, YÇİHK’un genel sınırlama hükmü ile paralellik arz etmektedir.

⁵² RG 11.9.2014-29116.

⁵³ Sürelî çalışma izni için genel sınırlama hükmü vurgulanmamıştır. Aksine bu tür sınırlamalar olmaksızın süresiz çalışma izninin verilebilmesi hükme bağlanmıştır (m. 6). YÇİHK’nun 6552 sayılı Kanunla değişik 6. maddesinin metni şöyledir:

“MADDE 6– Türkiye’nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe ve 11/4/2014 tarihinden önce süresiz çalışma izni verilmiş olan yabancıların hakları saklı kalmak kaydıyla; 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu uyarınca uzun dönem ikamet iznine sahip olanlar veya Türkiye’de kesintisiz en az sekiz yıl

Bağımsız çalışma izni: Türkiye’de kendi nam ve hesabına çalışmak isteyen yabancılar için “bağımsız çalışma izni” alma imkânı getirilmiştir. Bağımsız çalışma izni, yabancının “Türkiye’de en az beş yıl süreyle kanuni ve kesintisiz olarak ikamet etmiş olması” kaydıyla verilebilir. Kanunun iznin verilmesi bakımından idareye tanıdığı takdir yetkisinin hangi sınırlar içinde kullanılacağı yönetmelikte gösterilmiştir. Yönetmelik hükümleri uyarınca, Bakanlık, bağımsız çalışma izni başvurularını değerlendirirken yabancından faaliyetlerinin ulusal ekonomiye sağlayacağı katkı ve yabancının icra edeceği faaliyet için yeterli gelire sahip olduğunu kanıtlayan belgeleri isteyebilir (YÇİHK Uyg. Yön. m. 40).

İstisnai çalışma izni: YÇİHK, sekiz bent halinde saydığı bazı kişilere önceki çalışma izinlerinde söz konusu olan ikamet ve çalışma sürelerine tabi olmadan çalışma izninin verilebilmesini mümkün kılmıştır (m. 8). Bu çalışma izninin alınmasında Kanunun sekizinci maddesinde getirdiği tek şart, Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin hükümleri saklı kalmak kaydıyla, maddede sayılan gruba dâhil olmaktır. Söz konusu maddede sayılan kişiler, statüleri, Türkiye ile irtibatları ve faaliyet konuları itibarıyla ayrıcalıklı sayılmaktalar ve kendilerine bu iznin verilebilmesi sağlanmaktadır.

İstisnai çalışma izni verilebilecek kişiler arasında bir Türk vatandaşı ile evliliği sona ermiş kişilerin Türk vatandaşı eşinden olan çocukları da sayılmıştır (m.8/a). Başka bir ifade ile Anayasa ve Türk Vatandaşlığı Kanununun hükümleri ile nüfus kayıt sistemi hiç dikkate alınmaksızın Türk vatandaşına çalışma izni şartı getirilmektedir. Üstelik maddenin ifadesinden bu düzenlemenin sanki bir lütuf olarak tanıdığı şeklinde bir kanaat uyanmaktadır: “Türk vatandaşı eşinden ayrılmış ve Türkiye’de yerleşmiş olan yabancı eşe çalışmada sağlanan kolaylık genişletilerek bir de onun Türk vatandaşı eski eşinden olan çocuğuna bile verilmektedir (!)”. YÇİHK m. 8/a’da tanınan lütuf (!) aslında, bir Türk vatandaşının sadece ebeveyninden birisi yabancı olduğu için cezalandırılmasından başka bir şey değildir. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, Türkiye’de yerleşmiş olan Türk vatandaşı ile yabancı eşinin evlilikleri esnasında dünyaya gelen çocukları

ikamet izni ile kalmış olan veya en az sekiz yıl kanuni çalışması olan yabancılara, süresiz çalışma izni verilebilir.

Süresiz çalışma izni verilen yabancılar; 6458 sayılı Kanunun 44 üncü maddesinde belirtilen uzun dönem ikamet izninin sağladığı haklardan yararlanırlar.

Süresiz çalışma izni yabancının veya işverenin talebiyle ya da 6458 sayılı Kanunun 45 inci maddesinde sayılan uzun dönem ikamet izninin iptalini gerektiren hâllerde iptal edilir.

Çalışma izni verilen yabancıların Türkiye’ye girişleri, Türkiye’de kalışları ve Türkiye’den çıkışlarına ilişkin kayıtlar İçişleri Bakanlığı tarafından Bakanlığa bildirilir.”

herhalde Türk vatandaşının nüfusuna kaydedilmekte ve vatandaş olarak işlem görmektedir. YÇİHK’da bununla da yetinilmeyerek, Türk vatandaşı olan eşten çocukların bu izinden yararlanması, ayrıca Türkiye’de yerleşik olmaları şartına bağlanmıştır⁵⁴. O halde bu kadar bariz olan bir gerçeğe rağmen neden YÇİHK’da böylesi bir hükme yer verilmiştir? Kanun koyucunun iradesine anlamsızlık yüklenmemesi, kuralın buna göre yorumlanması gerektiğini, hukuk fakültesine bir yıl dahi devam eden herkes bilir. Bu noktada sözü edilen hükmün nasıl YÇİHK’na konulduğunun araştırılması ve doktrinde bu hükmün nasıl değerlendirildiğinin tespiti yerinde olacaktır.

VI. YÇİHK’UN KANUNLAŞMA SÜRECİ ve DEĞİŞİKLİKLER

A. Kanunun Kabulüne Kadar Geçen Dönem

4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun (YÇİHK) 2003 yılında kabul edildiğinde akademik çevrelerde genel olarak olumlu karşılanmıştır. YÇİHK, 2003 yılına kadar mevzuatımızda dağınık halde düzenlenmeye çalışılan çalışma şartlarını büyük ölçüde toparlamayı başarmış, çalışma izni konusundaki tereddütleri gidermiş ve yabancıların çalışmaları konusunda merkezi bir yapı getirmiştir⁵⁵. Ayrıca kanun bu yapıyla yabancı istihdamını denetim altına almayı, kaçak istihdamı önlemeyi hedeflemiştir. YÇİHK Tasarısı, 2001 yılında Bakanlar Kurulu tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmuştur. TBMM’nde YÇİHK Tasarısı hakkında iki komisyon rapor hazırlamıştır. Bunlardan birisi İçişleri Komisyonu olup, anılan komisyonun 27.12.2002 tarihli raporu genel mahiyettedir ve tasarının tümünün benimsendiği yönünde görüş bildirimini ihtiva etmektedir. Tasarı hakkında rapor veren bir diğer komisyon ise Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonudur. Anılan komisyon tasarının maddelerini ayrı ayrı incelemiş, bazı değişiklikler yapmış ve raporunu da 24.1.2003 tarihinde vermiştir. YÇİHK Tasarısı, komisyonların incelemesinden sonra TBMM’de 27.3.2003 tarihinde kabul edilmiştir.

YÇİHK’un TBMM’ne sunulan tasarı metninde diğer çalışma izni türlerinden farklı olarak ikamet ve belli bir süre kanuni çalışma şartı

⁵⁴ YÇİHKUYön.’nin “Yerleşmiş Sayılan Yabancıların Çocukları” başlıklı hükmü aynen şöyledir: “Madde 46 - Bir Türk vatandaşı ile olan evlilik birliği en az üç yıl sürdükten sonra sona ermiş olmakla birlikte, Türkiye’de yerleşmiş olan yabancıların Türk vatandaşı eşinden olan çocuklarının çalışma izinleri de, Türkiye’de kanuni olarak bulunmaları kaydıyla istisnai olarak verilebilir”.

⁵⁵ Kanunun hazırlanış nedenleri ve genel gerekçesi için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss38m.htm> (erişim 28.10.2014).

aranmaksızın çalışma izni verilmesini sağlayan haller, yani “istisnai çalışma izni” olarak adlandırılan izin türü de yer alıyordu. YÇİHK Tasarısının “İstisnai Hallerde Çalışma İzninin Verilmesi” başlıklı 8. maddesinin ilk bendi şu ifadeyi içermekteydi:

“MADDE 8. - Türkiye’nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe;

a) Bir Türk vatandaşı ile evli olan ve eşiyle Türkiye’de evlilik birliği içinde yaşayan veya evlilik birliği en az üç yıl sürdükten sonra sona ermiş olmakla birlikte Türkiye’de yerleşmiş olan yabancılar ile bunların çocuklarına, ...

Bu Kanunda öngörülen sürelerle tâbi olmaksızın çalışma izni verilebilir.”

Görüldüğü üzere Tasarının 8. maddesinin ifadesi, YÇİHK’un şu andaki metninden açıkça farklıdır. Tasarıda Türk vatandaşı ile evli olanlar ve evliliği sona ermiş bile olsa Türkiye’ye yerleşmiş olan yabancılar ile “**bunların çocuklarına**” kanunda aranan sürelerle tabi olmaksızın çalışma izni verilmesi öngörülmektedir. Burada sözü edilen *çocuklar* ile çalışma izni talep eden yabancıların Türk vatandaşı ile olan evliliği (veya sona eren evliliği) arasında herhangi bir bağlantı kurulmamıştır. O halde Tasarıda istisnai çalışma izni alma imkânı verilmesi uygun görülen çocuklar kimlerdir? Tasarıda sözü edilen çocukların kimler olabileceğini, o tarihte yürürlükte bulunan 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu hükümlerini inceleyerek tespit etmek mümkündür. 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu, Türk vatandaşı ile evlenen yabancıların (yabancı kadının) bu evlilikten önce sahip olduğu küçük çocukların bazı şartlar altında kanun yoluyla Türk vatandaşlığını kazanmalarını ve daha sonra da seçme hakkını kullanarak vatandaşlıktan ayrılmalarını öngören hükümlere sahipti⁵⁶. Bu bağlamda tasarıda sözü edilen çocukların yabancı eşin Türk

⁵⁶ Bkz. m. 5, 14, 27 veya 37, 32; ayrıca bkz. m.5, 28, 37, 32. Konuya ilişkin hükümler incelendiğinde evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan ebeveyne bağlı olarak vatandaşlık kazanımı (ve sonra vatandaşlıktan ayrılma) sadece ana bakımından mümkün olduğu görülmektedir. 403 sayılı TVK’nda yapılan değişikliklerin kanunun yapısına etkisi konusunda bkz. **Tarıncı**, F.B.: Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Hazırlanma Nedenleri Üzerine, TBBD, S.72(2007), s. 43-44.

5901 sayılı TVK’nda evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması, yetkili makam kararıyla vatandaşlığın sonradan kazanılması yollarından birisi olarak düzenlenmiştir. Türk vatandaşı ile evlenen yabancıların evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazandığında bu evlilikten önce sahip olduğu çocukları (hala ergin değilse), velayetin Türk vatandaşlığını kazanan ebeveynde olması veya çocuğun evlilik dışı olması olasılıklardan birinin mevcudiyeti halinde Türk vatandaşlığını kazanabilirler (m. 20). Görüldüğü üzere 5901 sayılı Kanun, 403 sayılı Kanundan farklı olarak, ebeveynler arasında ayırım yapmamış, çocuğun evlenme

vatandaşı ile evliliğinden önce sahip olduğu çocuklar olduğu sonucuna varılabilir. Bu sonuç, hem maddenin diğer hükümleri hem hukuk düzenimizde yer alan diğer hükümler dikkate alındığında hukuka, mantığa uygun, kabul edilebilir bir sonuçtur.

TBMM Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonunun YÇİHK Tasarısında değişiklik yaptığı hükümler arasında 8. madde de bulunmaktadır:

- Komisyonun 8. madde ile ilgili yaptığı değişikliklerden birisi, madde başlığını değiştirmektir. Buna göre “İstisnaî hallerde çalışma izninin verilmesi” başlıklı 8 inci madde başlığı, “istisnaî haller” olarak değiştirilmiştir⁵⁷.

- Tasarının 8. maddesinde yapılan diğer değişiklikler ise “*idare tarafından çalışma izinlerinin daha esnek verilmesi gereken durumlar dikkate alınarak, maddeye “b” bendine Türk Vatandaşlığı Kanununun 19, 27 ve 28 inci maddeleri çerçevesinde Türk Vatandaşlığını kaybedenlerin de kapsama alınmasının eklenmesi ile “h” bendinin de yeniden düzenlenmesi suretiyle*” kabulü yönündedir.

Görüldüğü üzere ilgili komisyonun raporunda doğrudan (a) bendine dair herhangi bir ifade/değişiklik bulunmamaktadır. Ancak komisyonun kabul ettiği tasarı metni, komisyonun raporundan farklıdır; raporda belirtilmeyen kelimeler tasarı metnine eklenmiştir. Komisyonun kabul ettiği metin, Genel Kurulda da aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır. Tasarıda bulunan “... **bunların çocuklarına**” ifadesi, Komisyon raporunda ve kanun metninde “... **bunların Türk vatandaşı eşinden olan çocuklarına**” ifadesine çevrilmiştir. Başka bir ifade ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonunun raporu ile Komisyonun Genel Kurula gönderdiği YÇİHK Tasarı metni birbirini tutmamaktadır⁵⁸. Tutarsızlığın hangi sebeple ortaya çıktığı veya tutarsızlığın kasıtlı olup olmadığı hususunda elde yeterli veri bulunmadığı için bu konuda bir değerlendirme yapılması mümkün değildir. Ancak elde olan ve yasa metninde geçen hüküm, tartışmaya yer vermeyecek bir şekilde Türk vatandaşı ile yabancıyla evliliğinden dünyaya gelenlere çalışma izni alma yükümlülüğü getirmektedir.

yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan ana veya babasına bağlı olarak (belli şartlar altında) Türk vatandaşlığını kazanabilmesi yolunu açmıştır.

⁵⁷ Bkz. Gerekçe.

⁵⁸ TBMM’nde ihtisas komisyonları kendilerine gönderilen kanun tasarıları hakkında görüşlerini ve tasarı ile ilgili değişiklik önerilerini ihtiva eden bir raporla birlikte raporda yer alan değişiklik önerilerinin işlendiği kanun tasarısı metnini yetkili makama göndermekle görevlidir.

B. Kanunun Kabulünden Günümüze Kadar Olan Dönem

YÇİHK, yürürlüğe girdikten sonra günümüze kadar “m. 8/a” hükmünün düzeltilmesini sağlayacak muhtelif fırsatlar ortaya çıkmıştır. Bu dönem içerisinde YÇİHK ile ilgili dört değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişiklikler daha çok çalışma izni verilmesi ve usulüne dairdir. Nitekim 2008 yılında 5728 sayılı kanunla 21. maddesinde (cezai hükümler), 2010 yılında 5951 sayılı kanunla 12. maddesinde (izinlerin verilmesi veya uzatılması), 2011 yılında 6111 sayılı kanunla 20. maddesinde (denetleme yetkisi) ve 2014 yılında 6552 sayılı kanunla 6. maddesinde değişiklik yapılmıştır. Ancak 8. maddenin (a) bendine yönelik herhangi bir değişiklik gündeme gelmemiştir.

Sözü edilen değişikliklerin dışında en son Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, YÇİHK hükümlerinin bazılarını doğrudan bazılarını da kendi hükümleri ile değiştirmiştir. YUKK’nun 123. maddesinin 5. fıkrası ile YÇİHK’nun 5, 8, 12, 14 ve 16. maddelerinde doğrudan değişiklik yapılmaktadır. YÇİHK’un 8. maddesindeki değişiklik (a) bendine değil, maddeye yeni bir fıkra (ı) eklenmesine dairdir. YUKK’nun giriş, ikamet ve sınır dışı etme ile ilgili hükümleri içerisinde yabancıların çalışmalarına dair bazı hükümler de bulunmaktadır. Bununla beraber ana veya babası yabancı olan Türk vatandaşına çalışma izni getiren hükümde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

VII. ANA VEYA BABASI YABANCI OLAN TÜRK VATANDAŞINA ÇALIŞMA İZİNİ GETİREN HÜKME İLİŞKİN MUHTELİF GÖRÜŞLER

Akademik çalışmalarda YÇİHK yürürlüğe girdikten sonra bu kanunla ilgili olarak değerlendirmelere yer vermeye başlanmıştır. Yabancıların çalışması konusu, artan içe göç nedeniyle önem kazandığı için monografik çalışmalarda da ele alınmıştır. Bunların belli başlıları incelendiğinde akademisyenlerin YÇİHK’un 8/a hükmü için değişik yorumlarda buldukları gözlenmektedir. YÇİHK m. 8/a ile ilgili yorumları başlıca iki grupta toplamak mümkündür. Söz konusu gruplar, “hükmü olduğu gibi kabul edenler” ve “hükmün vatandaşlık hukukumuzla bağdaşmadığını ileri sürenler” olarak adlandırılabilir.

Hükmü olduğu gibi kabul eden bir görüş, bu çocukların Türk vatandaşı eşten olup da evlilik birliği sona erdiğinde Türk vatandaşlığına sahip olmayan çocuklar olduğunu ileri sürmektedir⁵⁹. Aynı görüşe göre çocuğun Türk

⁵⁹ Bu görüş için bkz. Çiçekli, B.: Yabancıların Çalışma İzinleri, (Çalışma), Ankara 2004, s. 48.

vatandaşlığını kaybetmesine yol açan hallere de bazı örnekler verilebilir. “Örneğin, kadına Türk vatandaşlığını kazandıran evlenmeden olan küçük çocukları, a) babanın ölmüş bulunması, b) babanın belli olmaması, c) babanın yabancı olması, d) velayetin anada bulunması hallerinde, seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılan analarına (TVK, m. 28) bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybederler (TVK m. 37/2’nin TVK m. 32/2’ye yaptığı atıf gereği).⁶⁰ YÇİHK’un kabul edildiği tarihte yürürlükte olan kanun, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunudur⁶¹. Ancak verilen örnek, istisnai bir duruma işaret etmektedir⁶² ve YÇİHK’nun 8/a hükmünün ifadesi ile paralellik göstermemektedir. Anılan hükümde Türk vatandaşı eş ile evlilik birliği içinde yaşayan “yabancı eş” ile evlilik birliği sona erse bile Türkiye’de yaşayan “eski yabancı eşten” söz edilmektedir. Hükümde sözü edilen eş Türk vatandaşlığını kazanmamıştır. Dolayısıyla YÇİHK m. 8/a için verilen örnek tartışılabilir. Nitekim daha sonra bu görüş değiştirilmiş önce sadece “yerleşik sayılan yabancılar ve çocukları”⁶³, sonra da “... Türkiye’de yerleşmiş olan yabancıların Türk vatandaşı eşinden olan çocuklarının çalışma izinleri”⁶⁴ ifadesi kullanılmıştır.

⁶⁰ Çiçekli, çalışma, s. 48, dn. 85.

⁶¹ 403 sayılı kanun, Türk vatandaşı ile evlenerek Türk vatandaşlığını kazanan (m. 5) yabancı kadına bu evliliğin sona ermesini takiben üç yıl içinde evlenmeden önce sahip olduğu vatandaşlığı muhafaza ettiği takdirde seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılma imkânı vermiştir (m. 28). Seçme hakkı ile vatandaşlıktan ayrılma imkânı, sadece Türk vatandaşı erkeklerle evlenerek Türk vatandaşlığı kazanan kadına tanınmıştır. 4866 sayılı kanunla (RG 12.6.2003-25136) Türk vatandaşı kadımla evlenen erkeklere de bu imkân tanınmışsa da seçme hakkını düzenleyen hükümde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılan kadının Türk vatandaşı ile evliliğinden olan çocukları 403 sayılı TVK’nun 37. maddesinin 32. maddeye yaptığı atıf nedeniyle bazı hallerde Türk vatandaşlıklarını kaybedebiliyorlardı.

⁶² 403 sayılı TVK m. 32/2’ye göre annenin vatandaşlıktan ayrıldığında Türk vatandaşı babanın ölmüş olması veya babanın Türk vatandaşlığının sona erdiği için yabancı olması yahut çocuğun velayetinin anada olması gerekir ki “küçük” çocuk anaya bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybedsin. Ancak sayılan olasılıkların her somut olayda ayrı ayrı değerlendirildiğinde YÇİHK kapsamına giren çocukların sayısı giderek azalmaktadır. Örneğin babanın yabancı olması ihtimalinde babanın hangi yolla Türk vatandaşlığını kaybettiği önem taşır. Eğer baba vatandaşlıktan çıkma yoluyla Türk vatandaşlığını kaybetmişse hem kendi hem çocukları farklı hükümlere tabi olurlar. Eğer baba seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığını kaybetmişse yine YÇİHK kapsamında çalışma izni alabilecek çocuklardan söz edilemeyecektir. Anılan hükümdeki diğer olasılığın, babanın belli olmaması halinin ise evlilik içinde doğan çocuk için, kural olarak, uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır.

⁶³ Bkz. Çiçekli, B.: Yabancılar Hukuku, (yabancılar 2007), Ankara 2007, s. 121. Aynı ifade için ayrıca bkz. Çiçekli, yabancılar 2013, s. 135.

⁶⁴ Çiçekli, B.: Yabancılar ve Mülteci Hukuku, (yabancılar 2014), 5. B., Ankara 2014, s. 122.

Bu konuda benzer bir başka görüşe göre, evlilik birliğinin sona ermesi nedeniyle ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybeden çocuklar istisnai çalışma izni alacaklardır. Belirtilen grubun dışında kalanlar TVK’na göre ana babalarına bağlı olarak vatandaşlık kazandıkları için yabancı statüsünde bulunmayacaklardır⁶⁵. Ancak 403 sayılı TVK 37 ve 32. maddelerinde, evliliğin sona ermesi halinde (sadece kadın yönünden) istisnai hallerde küçük çocukların Türk vatandaşlığının sona ermesini kabul etmiştir. Dolayısıyla bu hükmün zaten YÇİHK bakımından uygulanma kabiliyetinin çok sınırlı olduğu düşünülmektedir. Nitekim bu görüş 5901 sayılı TVK’nun kabulünden sonra, “Türkiye’de yerleşmiş yabancıların Türk vatandaşı eşinden olanların çalışma izinleri” şeklini almıştır⁶⁶.

YÇİHK m. 8/a’da yer alan hükümle ilgili olarak ileri sürülen ikinci görüşe göre bu hüküm vatandaşlık hukukumuzla bağdaşmamaktadır. Bu görüşe göre anılan hüküm büyük bir özensizlik örneği olup, Anayasanın 66. maddesinin ikinci fıkrası ve 403 sayılı TVK’nun 1. maddesinden habersiz olduğunu düşündüren bir anlatım içermektedir⁶⁷. Yine bu görüşe göre, hükmün anlatımı karşısında Türk vatandaşı olan kişiye çalışma hakkı bakımından yabancı muamelesi yapılması gibi “*garip ve kabul edilemez bir durum söz konusu olmaktadır.*”⁶⁸ Bu görüş son derece isabetle hükmün herhangi bir şekilde Türk vatandaşlığını kaybedenlere kolaylık sağlamaya yönelik olmadığını YÇİHKUYön m. 46 hükmünden de anlaşıldığını belirtmektedir⁶⁹. Anılan görüşe benzer bir başka görüşe göre, YÇİHK m. 8/a’da sözü edilen çocuklar, 5901 sayılı TVK anlamında Türk vatandaşdırlar. Bu nedenle çalışma izni almalarına gerek yoktur⁷⁰.

VIII. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Çalışma boyunca adım adım anayasadan vatandaşlık kanununa ve nüfus mevzuatına, oradan yabancıların çalışma mevzuatına geçilerek YÇİHK m. 8/a hükmünün uygulanma kabiliyetinin mevcudiyeti araştırılmıştır. Her bir

⁶⁵ Bkz. Çelikel, A./Gelgel, G. Ö.: Yabancılar Hukuku, (yabancılar 2007), 13.B., İstanbul 2007, 135.

⁶⁶ Çelikel/Gelgel, yabancılar 2012, s. 138.

⁶⁷ Bkz. Aybay, R.: Yabancılar Hukuku, (yabancılar 2005), İstanbul 2005, s.163. Aynı ifadeler için bkz. Aybay, yabancılar 2010, s. 149.

⁶⁸ Aybay, yabancılar 2005, s. 163; Aybay, yabancılar 2010, s. 150.

⁶⁹ Aybay, yabancılar 2005, s. 163, dn 27; Aybay, yabancılar 2010, s. 150, dn 28. Yazara göre, Türk vatandaşlığını kaybedenlere çalışmada sağlanacak kolaylığın daha düzgün bir ifade ile sağlanabilmesi mümkündür.

⁷⁰ Bkz. Ekşi, s. 100.

adımında, m. 8/a hükmünün aksini öngören anayasal ve yasal düzenlemelerin mevcudiyeti tespit edilmiştir. Hatta son aşamada, kanunlaşma sürecinde m. 8/a hükmünün ifadesinin bir şekilde değiştirilmiş olması hususuna da değinilmiştir. Bütün yapılan açıklamaların ışığında YÇİHK m. 8/a hükmünün değerlendirilmesinde bir ayırım yapılması veya iki olasılıktan söz edilmesi mümkündür:

Bunlardan birisi, YÇİHK m. 8/a kapsamına giren çocuk, Türk vatandaşı ile yabancı evliliğinden dünyaya gelmiş ve soybağı yoluyla Türk vatandaşlığını kazanmıştır. Bu çocuk nüfusa tescil edilmiş (veya edilmemiş olabilir yahut sonradan tescil edilmiş olabilir) bir Türk vatandaşıdır. Bu olasılıkta YÇİHK m. 8/a hükmünün anayasaya aykırı olduğunu, vatandaşlık, nüfus ve çalışma mevzuatımızla bağdaşmadığı açıktır. Bu itibarla aksi yönde belirtilen görüşlere katılmak mümkün değildir⁷¹.

Diğer olasılık ise Türk vatandaşı ile yabancı evliliğinden dünyaya gelmiş ve soybağı yoluyla Türk vatandaşlığını kazanmış olan kişinin daha sonra Türk vatandaşlığını kaybetmiş olmasıdır. Bu durumda “çocuk”, Türk vatandaşı olmamakla birlikte eski Türk vatandaşı olarak istisnai çalışma izninden yararlandırılıyor sonucuna varılabilir. Ancak bu noktada da birkaç itirazı ileri sürmek mümkündür. Bunlardan birisi, gerek maddenin gerek yönetmeliğin açık ifadesi karşısında bu sonuca varmanın mümkün olmadığı yönündedir. Gerçekten bu amaca yönelik bir ifade ile ilgili hükümlerin kaleme alınması mümkün iken yapılmamıştır. Diğer itiraz ise, Türk vatandaşlığının kayıp yolları ve sonuçları bakımındandır. Türk vatandaşlığının kayıp halleri ve kaybın çocuklara etkisi açısından yapılacak bir inceleme neticesinde Türk vatandaşından dünyaya gelen kişilerle ilgili muhtelif olasılıkların tespit edilmesi mümkündür. Ancak açıkça, hiçbir tartışmaya mahal vermeden YÇİHK kapsamına girebilecek olan olasılık sayısı ikidir:

İlki, soybağı esasıyla aynı anda (veya sonradan) Türk ve yabancı devlet vatandaşlığını kazananlara tanınan seçme hakkıyla Türk vatandaşlığından ayrılma imkânıdır (TVK m. 34). Belirtilen olasılık, YÇİHK'nun 8. maddesinin (a) değil, (b) bendi kapsamına girer. YÇİHK m. 8/b, 403 sayılı TVK'nun 19, 27 ve 28. madde hükümlerine dayanmaktadır. Anılan kanun yürürlükten kalkmıştır⁷² ve bu bentte sayılan 19 ve 28. maddelerin karşılığı 5901 sayılı

⁷¹ Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının yabancıların çalışma izinlerine dair web sahifesinde izin türleri içerisinde YÇİHKUYön'nin ifadesini kullanması da kabul edilebilir bir bilgilendirme veya uygulama değildir.

⁷² Bkz. 5901 TVK m. 47/2.

TVK’nda bulunmamaktadır. 403 sayılı TVK m. 27 ise 5901 sayılı TVK’nda 34. maddeye tekabül etmektedir. Dolayısıyla bu yol YÇİHK m. 8/a bakımından kabili tatbik değildir⁷³.

İkinci durum ise, yine seçme hakkı ile vatandaşlığın kaybı yönündendir ve seçme hakkını kullanan kişinin çocuğu bakımından sonuçlarına ilişkindir. 5901 sayılı TVK’nun 35. maddesinin 27. maddeye yaptığı atıf ile gündeme gelebilecek muhtelif durumlardan birisi bakımından kesin olarak YÇİHK m. 8/a uygulanır denebilir. Bu durum ise, ana veya babadan biri yabancı ise, ergin olmayan çocuğun seçme hakkını kullanan baba veya anasına bağlı olarak vatandaşlığını kaybetmesi halidir.

Nihayet (!) YÇİHK m. 8/a için uygulanma olasılığı bulunduğunu tespit ettiğimiz olasılığı örnek üzerinde gösterelim. TVK m. 34’de sayılan kişilerden biri, örneğin Türk vatandaşı bay (A) ile yabancı devlet vatandaşı bayan (B)’nin evliliğinden dünyaya gelen (C), doğum anında hem Türk hem yabancı devlet vatandaşlığını kazanmıştır. (C), 18 yaşını doldurduktan sonra üç yıl içerisinde seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılabilir. Yani (C), 21 yaşına kadar seçme hakkını kullanabilir. (C), sürenin dolmasından kısa bir süre önce seçme hakkını kullanıp, Türk vatandaşlığından ayrılır. YÇİHK’nu kaleme alanlar, bu arada (C)’nin evlendiğini ve çocuk sahibi olduğunu varsaymaktadırlar. (C), yabancı bir devlet vatandaşı ile evlenmiş ve Türkiye’ye yerleşmişler, (C)’nin çocuğu (D) dünyaya gelmiştir. (C)’nin seçme hakkı ile vatandaşlıktan ayrılması nedeniyle (D) de soybağı ile kazandığı Türk vatandaşlığını kaybeder. Türk hukukunda evlenme yaşının 17, seçme hakkının en son kullanma yaşının 21 olduğu göz önüne alındığında yukarıdaki olayın gerçekleşme ihtimalinin ne olduğu gerçekten merak edilmektedir. Gerçekleşme ihtimali oldukça düşük olan bir durum için özel kanun hükmü getirildiğini söylemek de güçtür. Zira YÇİHK’un kanunlaşma sürecinde, Komisyonlardan birinde nasıl ve neden yapıldığı belli olmayan bir müdahale nedeniyle, maddenin bu hale getirildiği unutulmamalıdır⁷⁴.

Hangi olasılık söz konusu olursa olsun, bu hükmün kabul edilemez nitelikte olduğu ortadır, keyfî uygulamalara zemin hazırlayabilir. Ülkenin

⁷³ Bununla beraber, iyimser bakış açısıyla, 403 sayılı TVK yürürlükten kalkmış olmakla beraber bu kanun hükümlerine göre vatandaşlığını kaybetmiş kişilerin YÇİHK’na göre istisnai çalışma izni verilmesini talep etmeleri mümkündür, onlar hakkında anılan maddelerin uygulanma ihtimalinin bulunduğu da ileri sürülebilir.

⁷⁴ Bir kanun tasarısının ilgili komisyonda kabul edilen metni ile raporu arasındaki tutarsızlık, birilerinin tasarı maddesine rastgele müdahale ederek bir hukuk düzeninin anayasası, vatandaşlık, nüfus ve çalışma mevzuatını hiçe sayması ise vahim bir durumdur.

gündemi her ne olursa olsun, YÇİHK'un böylesi bir hükmünün on yılı aşkın bir süredir yürürlükte bırakılması hiç kabul edilebilir bir sonuç değildir. Bu nedenle önerimiz, vatandaşlar arasında açıkça ayırım yapan bu ifade şeklinin kanundan gecikmeksizin çıkarılması yönündedir. Bu arada YÇİHK'un 8. maddesinin en azından bazı bentlerinin gözden geçirilerek yeniden kaleme alınması mümkündür. YÇİHK m. 8 ilk bent şu şekilde düzenlenebilir: “*a) Bir Türk vatandaşı ile evli olan ve eşiyile Türkiye’de evlilik birliği içinde yaşayan veya evlilik birliği haklı sebepler dışında⁷⁵, en az üç yıl sürdükten sonra sona ermiş olmakla birlikte Türkiye’de yerleşmiş olan yabancılar,...*”. Böylece çocuklarla ilgili tereddüdün önüne geçilmiş olur.

Öte yandan YÇİHK m. 8/b bendinde 5901 sayılı TVK’na paralel bir düzenleme getirilmesi mümkündür. Buna göre bent, “*b) 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 34 üncü maddesi çerçevesinde seçme hakkı ile Türk vatandaşlığını kaybedenler ve bunların furuuna, ...*” olarak düzenlenip seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılan yabancılara istisnai çalışma izni verilebilir. Aynı şekilde anılan maddenin (d) bendinin de yürürlükten kalkan İskân Kanunu yerine, yeni kanun ve bu kanun kapsamındaki kişiler dikkate alınarak kaleme alınması mümkündür: “*d) 5543 sayılı İskân Kanununa göre göçmen veya göçebe olarak kabul edilen yabancılara,*”. Böylece 6458 sayılı YUKK’nun maddeye eklediği (1) bendi ile bütünlük sağlanmış olacaktır.

BİBLİYOGRAFYA

- Aybay, R.:** Yabancılar Hukuku, (yabancılar 2005), İstanbul 2005.
- Aybay, R.:** Yabancılar Hukuku, (yabancılar 2010), 3.B., İstanbul 2010.
- Çelikel, A./Erdem, B.:** Milletlerarası Özel Hukuk, 12.B., İstanbul 2012.
- Çelikel, A./Gelgel, G. (Öztekin):** Yabancılar Hukuku, (yabancılar 2012), 18.B., İstanbul 2012.

⁷⁵ Bu konuda örnek olay ve ayrıntılı bilgi bkz. **Öztürk, N.:** Yabancıların Çalışma Özgürlüğü ve Türk Vatandaşı ile Evli Yabancı Eşin Durumu, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Ankara 2012, s. 901-917.

- Çelikel, A./Gelgel, G. Ö.:** Yabancılar Hukuku, (yabancılar 2007), 13.B., İstanbul 2007.
- Çiçekli, B.:** Yabancılar Hukuku, (yabancılar 2007), Ankara 2007.
- Çiçekli, B.:** Yabancılar Hukuku, (yabancılar 2013), 4.B., Ankara 2013.
- Çiçekli, B.:** Yabancılar ve Mülteci Hukuku, (yabancılar 2014), 5.B., Ankara 2014.
- Çiçekli, B.:** Yabancıların Çalışma İzinleri, (Çalışma), Ankara 2004.
- Doğan, V.:** Türk Vatandaşlık Hukuku, (vatandaşlık), 11. B., Ankara 2012.
- Doğan, V.:** Milletlerarası Özel Hukuk, (MÖH), 2.B., Ankara 2013.
- Ekşi, N.:** Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, 4.B., İstanbul 2012.
- Erdem, B.:** Türk Vatandaşlık Hukuku, 3.B., İstanbul 2013.
- Güngör, G.:** Tâbiyet Hukuku, 2.B., Ankara 2012.
- Hodgkin, R./Newell, P.:** Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama Elkitabı, (tercüme. Ş.Akipek), 2.B., 2003.
- Nomer, E.:** Türk Vatandaşlık Hukuku, (vatandaşlık), 19.B., İstanbul 2012.
- Nomer, E.:** Devletler Hususî Hukuku, (DHH), 20.B., İstanbul 2013.
- Özkan, H./Ataç, K.İ.:** Yeni 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Yasasına Göre Düzenlenen Açıklamalı-İçtihatlı Nüfus Davaları ve Nüfus İşlemleri, 2.B., Ankara 2009.
- Öztürk, N.:** Yabancıların Çalışma Özgürlüğü ve Türk Vatandaşı ile Evli Yabancı Eşin Durumu, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Ankara 2012, s. 901-917.
- Şanlı, C./Esen, E./Figanmeşe, İ.A.:** Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2013.
- Tanrıbilir, F.B.:** Türk Vatandaşlığı Kanunu Tasarısının Hazırlanma Nedenleri Üzerine, TBBD, S.72(2007), s. 37-54.
- Tekinalp, G./Çavuşoğlu, A.U.:** Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11.B., İstanbul 2011.
- Turhan, T./Tanrıbilir, F.B.:** Vatandaşlık Hukuku, 3.B., Ankara 2012.

MİRAS HAKKINDAN İVAZSIZ FERAGAT HALİNDE FERAGAT EDEN MİRASÇININ ALACAKLILARININ FERAGATİN İPTALİNİ İSTEME SORUNU

Mustafa Fadıl YILDIRIM*

ÖZET

Ölüme bağlı tasarruflar bağlamında miras hukukuna ilişkin kurallar birçok yönüyle sağlar arası işlemlerden farklılık göstermektedir. Kanun koyucu özellikle iki tarafa tam borç yükleyen sözleşmelere nazaran bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki bağlılığı zayıflatmıştır. Bu tutum miras hukukunda özellikle ivazsız ölüme bağlı tasarruflarda kendisini iyiden iyiye hissettirmektedir. Bu kapsamda miras hakkından ivazsız feragat eden mirasçının alacaklılarının feragatin iptalini isteyip istemeyecekleri, isteyebileceklerse bunun sınırları araştırılması gereken bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Sorun, İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararı ile tartışılmış ve güncellik kazanmıştır (BGE 138 III 497 vd.). İş bu çalışma sorunu çeşitli açılardan ve özellikle de Federal Mahkemenin bakış açısını irdelemek amacıyla yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Mirastan Feragat, Feragat Eden Mirasçının Alacaklıları, Feragatin İptali

THE PROBLEM OF CLAIMING CANCELLATION OF THE RELINQUISHING HEIR'S CREDITORS IN CASE OF GRATUITOUS RELINQUISHMENT OF INHERITANCE RIGHTS

ABSTRACT

In terms of testamentary dispositions, the rules of inheritance law differ from the rules concerning legal transactions inter vivos in several ways. The legislator has especially weakened the fidelity of unilateral contracts compared to bilateral contracts. This approach considerably makes itself evident in gratuitous testamentary dispositions in the field of inheritance law. In this context, the issues of whether or not the relinquishing heir's creditors has the right to claim the cancellation of the relinquishment, and what are the limits of this right need to be researched. The issues in question were discussed in a decision of the Federal Supreme Court of Switzerland (BGE 138 III 497), and thus gained currency. This article aims to analyze these issues and especially the Federal Court's viewpoint from various aspects.

Keywords : Relinquishment of Inheritance Rights, Creditors of the Relinquishing Heir, Cancellation of Relinquishment

* Prof. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesidir.

GİRİŞ

Miras hukuku kendisine has bir takım özellikleri ve ilkeleri bulunan bir hukuk alanı olarak karşımıza çıkar. Gerçekten de bu hukuk alanı, medeni hukukun çatısıdır; özel hukukun tüm alanları ile yakından ilişkili kurumları kendisine özgü ilkeler çerçevesinde bünyesinde barındırmaktadır. Örneğin, borç-alacak konuları esas itibarıyla Borçlar Hukukuna dâhil olmakla birlikte miras hukukunda alacaklılar ve alacaklıların korunması özel düzenlemelere konu edilmiştir. Bu çalışmada mirasçının akdettiği ivazsız mirastan feragat sözleşmesine yönelik, feragat eden mirasçının alacaklılarının söz konusu işlemin iptalini isteyip istemeyecekleri incelenmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, sorun Türk hukukunda fark edilmemiş ve bu sebeple de herhangi bir ilgi görmemiştir¹.

I. GENEL OLARAK TÜRK MİRAS HUKUKUNDA ALACAKLILARIN KORUNMASINA DAİR HÜKÜMLER

Miras hukukunda alacaklı denildiğinde mirasbırakan ve mirasçıların alacaklıları ile tereke ve intikal alacaklıları anlaşılmaktadır². Miras hukukunda alacaklıların korunması denildiğinde ise, daha ziyade miras bırakanın alacaklıları ile mirasçının alacaklıların korunması akla gelmektedir.

Bilindiği üzere Türk miras hukukuna hâkim ilkelerden biri “külli intikal” ilkesidir. Bu ilke uyarınca mirasbırakana ait devir ve intikale elverişli hak ve borçlar, ölüm olayı ile birlikte başkaca bir işleme gerek olmaksızın kanuni mirasçılara intikal eder. Külli intikal ilkesinin yarattığı birçok olumsuzluklar bulunmaktadır. Bu kabul, mirasçıları zarara uğratabileceği gibi miras hukuku alacaklılarını da olumsuz yönde etkileyebilir. Mirasçılar ilke olarak, mirasbırakanın borçlarından şahsi malvarlıklarıyla sınırsız bir biçimde sorumludurlar. Borcun nakli için alacaklının muvafakatini arayan kanun koyucu, miras sebebiyle borcun naklini bir başka ifadeyle borcun külli mirasçılara intikalini zorunlu olarak kabul etmekle birlikte

¹ Benzer sorunların ele alındığı iki monografik çalışmada soruna hiçbir biçimde temas edilmediği görülmektedir. Çalışmalar için bkz., Baygın, C., Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Ankara 2005; Özdemir, H., Mirasçıların Mirasın Borçlarından Dolayı Sorumluluğu, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, S. 1-2 (2012), s. 191 vd.; Albaş, H., Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı 2007, s. 535 vd.; Antalya, G., Mirastan Feragat Sözleşmesi, İstanbul 1999, s. 197 vd.. Yazar mirastan ivazlı feragat halinde mirasbırakanın alacaklılarının korunmasına ve mahfuz hisseli mirasçıların tenkis talebine yer vermiş, burada incelenen soruna temas etmemiştir.

² Ayrıntılı bilgi için bkz., Baygın, s. 25 vd.

alacaklıların bundan zarar görmemesi için de bazı tedbirleri almıştır. Söz konusu tedbirler acze düşen mirasbırakanın mirasçısının mirası ret işlemine karşı, alacaklıların reddin iptalini isteme (TMK. m.618); mirası reddeden mirasçılardan alacaklılarının reddin iptalini isteme (TMK. m. 617); mirasçının alacaklılarına tenkis davası açma hakkının tanınması (TMK. m. 562/I); mirasçılıktan çıkarılan mirasçının alacaklılarına iptal veya tenkis davası açmasına imkan verme (TMK. m. 562/II); paylaşmaya katılma (TMK m. 648) resmi tasfiyeyi talep (TMK. m.633); ivaz almak suretiyle feragat eden mirasçının tereke alacaklılarına karşı sorumlu tutulması imkânın sağlanması (TMK. m. 530) ile terekeye ilişkin koruma önlemlerinin alınmasını isteme haklarının (TMK. m. 589) sağlanmasıdır. Mirastan ivazsız olarak feragat eden muhtemel mirasçının alacaklılarının bu işleme karşı korunması konusunda bir hüküm serdedilmemiştir. Sorun, İsviçre Federal Mahkemesinin önüne gelen bir dava sebebiyle incelenmiş ve karara bağlanmıştır.

II. MİRASTAN İVAZSIZ FERAGAT EDEN MİRASÇININ ALACAKLILARININ KORUNMASI BAĞLAMINDA İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN KARARI (BGE 138 III 497 VD..)

A. KARARA KONU OLAY

İsviçre Federal Mahkemesince karara konu edilen olayda bankadan temin edilen bir kredinin geri ödenmemesi üzerine, krediyi çeken kişinin, bu işlemten önceki bir tarihte annesiyle akdettiği mirastan ivazsız feragat sözleşmesinin alacaklı banka tarafından iptalinin istenip istenemeyeceği tartışılmıştır³.

Olayda davacı X A.Ş. bankası bir nolu davalıya ki bu davalı, YA ve YB'nin babasıdır, 1 Ocak 1991'de 1.300.000 Frank bir kredi kullanmış ve kredinin geri ödemesinin 1994 yılı sonuna kadar gerçekleşmesi öngörülmüştür. 7 Şubat 2001'de borçlu davalıya karşı takibe girilmiş 13 Şubat 2007 tarihinde takip, kesin aciz belgesinin alınması ile sonuçlanmıştır. Bu arada aciz belgesi ile yetinmek durumunda bulunan alacaklı, borçlunun 18 Aralık 2002 tarihinde annesi ile bir mirastan feragat sözleşmesi akdettiğini ve annesinin 2 Aralık 2007'de öldüğünü öğrenmiştir.

³ İsviçre'de kararın bazı yazarlarca ele alındığı ve değerlendirildiği görülmektedir: E. Aebi-Müller, R., Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012, ZBJV 149/2013, S. 415 vd., 432; Hürlimann-Kaup, B., Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungstitel des ZGB in den Jahren 2010-2013, ZBJV 150/2014, S. 555 vd., 585; Hrubesch-Millauer, S./Boshardt, M., Übersicht über die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2012 im Bereich Erbrecht, AJP 2013, S. 1085 vd., 1094.

Bunun üzerine davacı, davalının 2002 yılında annesi ile akdettiği ve çocukları lehine feragatte bulunduğu mirastan feragat sözleşmesine yönelmiş ve bu sözleşmenin alacak hakkına kavuşamaması sonucunu doğurduğunu ve alacaklılardan mal kaçırma kastıyla davalının hareket ettiğini ileri sürerek ivazsız feragat sözleşmesinin iptalini, reddin iptaline kıyasen istemiştir. 6 Ağustos 2008’de açılan dava, Zürih Kanton Mahkemesinin 12 Ocak 2010 tarihli kararıyla ve Zürih Kanton Yüksek Mahkemesinin 5 Aralık 2011 tarihli kararıyla reddedilmiş ve böylece Federal Mahkeme huzuruna gelmiştir.

Sorun, mirasın reddinde iptal davası açabilecek alacaklıların kıyasen ivazsız feragatin de iptalini isteyip isteyemeyeceğidir.

Gerçekten de miras hukukunda alacaklıların korunmasına hizmet eden hükümlere ve kurumlara bakıldığında somut olayda gerçekleşen türden bir sorunun ne şekilde çözümleneceği konusunda açıkça bir hüküm bulunmadığı görülmektedir. Burada kanun koyucunun kasten susup susmadığının veya hâkim tarafından doldurulması gereken bir boşluğun bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir.

B. FEDERAL MAHKEMENİN KARARI

Federal Mahkeme öncelikle reddin iptaline ilişkin hükmün, ivazsız feragatte feragatin iptaline de kıyasen uygulanması yönündeki davacı tarafın iddialarını almış ve irdelemiştir. Mahkemeye göre söz konusu hükmün ivazsız feragatte kıyasen uygulanması mümkün değildir; dolayısıyla bu kapsamda feragatin iptalini sağlamak mümkün değildir (Erw. 3.4). Yine feragatte bulunan mirasçının alacaklıları ZGB Art. 524 uyarınca tenkis davası açma hakkına da sahip değildirler. İvazsız feragat eden mirasçının kendisi de esasen tenkis davası açamaz; zira mirasçılık sıfatını bu kişi kaybetmektedir. Bununla birlikte Federal Mahkemenin İcra-İflas Kanununda öngörülen tasarrufun iptali davası yoluyla (Art. 288 SchKG) iptalin önünü açtığı⁴ ve hatta ispat yükünden alacaklıları somut olay bakımından kurtardığı; ispat yükünü karşı tarafa yüklediği görülmektedir (Erw. 7.3)⁵.

⁴ Ayrıca bkz., Hrubesch-Millauer, S., Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht-Art. 457-640 ZGB, Art. 497, N. 1.

⁵ Bkz., Wyss, C., Kollektive Beteiligungsrechte der Gläubiger im Konkurs und Nachlassverfahren unter Berücksichtigung der Revision im Sanierungsrecht, Zürih 2013, S.169. Yazar, İsviçre İcra-İflas Kanununda yapılan değişiklikten önce Federal Mahkemenin ispat yükünün yer değiştirilmesi suretiyle alacaklılara zarar verme niyetinin ispatında kolaylık sağlandığını belirtmekte ve bu sebeple anılan konuda bir yasal değişikliğe gidilmesine gerek olmadığını da eklemektedir.

III. SORUNUN DEĞERLENDİRİLECEĞİ HUKUKİ ÇERÇEVE

Sorun yukarıda da işaret edildiği üzere gerçek anlamda bir boşluğun bulunup bulunmadığını tespit etmektir. Bu sebeple öncelikle hukukta boşluk kavramı ve boşluğun bulunup bulunmadığına yönelik tespitin yapılması gerekmektedir.

A. HUKUKTA BOŞLUK KAVRAMI VE BOŞLUĞUN TESPİTİ

Hukuki anlamda boşluk kavramı ile olaya uygulanabilir bir kuralın olmaması anlatılmak istenir. Olaya uygulanabilir bir kural, yazılı hukuk kuralları arasında bulunmuyorsa “kanun boşluğu⁶”; örf ve adet hukuku da dâhil olmak üzere hukukun asli kaynakları arasında olaya uygulanabilir bir hukuk kuralı bulunmuyorsa “hukuk boşluğu”ndan bahsedilir. Kanun boşluğunun bulunması halinde hâkim öncelikle örf ve adette olaya uygulanabilir bir kuralın bulunup bulunmadığını araştırır. Örf ve adet kuralının da bulunmadığı sonucuna varırsa, kanun koyucu direktifi uyarınca “kendisi kanun koyucu” gibi davranacak ve benzer olaylara da uygulanabilecek bir kuralı somut olay bakımından yaratıp, uygulayacaktır.

Kanunda bir boşluğun bulunup bulunmadığını tespit etmek oldukça zahmetli bir yorum faaliyetini gerektirir. Zira hukuk dışı alanlarda ve kanun koyucunun kasıtlı olarak sustuğu hallerde boşluktan söz edilemez⁷. Söz konusu yorum faaliyetinde bir olayın pozitif bir düzenlemede yer almasının gerekip gerekmediği ve dolayısıyla bunun eksikliğin planı aykırılık oluşturup oluşturmadığı araştırılır.

⁶ Medeni Kanununun 1. Maddesinde yer verilen “Kanun” sözcüğü dar anlamda yasama organınca “Kanun” adı altına yapılan işlemleri değil, genel olarak “yazılı hukuk kuralı” anlamında, yasama organı ve onun yetkilendirdiği mercilerce çıkarılacak her türlü yazılı hukuk kuralını kapsamaktadır. Canaris’in de kanun boşluğu kavramını tanımlarken, pozitif hukuk düzenini bir bütün olarak ele aldığı ve hukuk düzeninin pozitif bir kuralın varlığını gerektirmesine rağmen böyle bir kuralın eksikliği; pozitif hukukun plana aykırı eksikliği olarak değerlendirdiği görülmektedir, Canaris, C.W., Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., Berlin 1983, s. 39. Yazarın tüm eserlerini üç ciltte topladığı ve 2012 yılında yeniden yayınlandığı ve yukarıda anılan kısmın bu eserin ilk cildinde yer aldığı görülmektedir. Bkz., Canaris, C.W., Gesammelte Schriften, I. Bd., Berlin 2012, S. 3 vd., 11-12. (Hrsg. Hans Grigoleit ve diğerleri).

⁷ Kırca, Ç., Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), AÜHF Dergisi, Yıl 2001, C. 50, S.1, s.91 vd.; Öztan, B./Öztan, F., İlga, Boşluk, Birlikte Yürürlükte Olma Kavramları Açısından Medeni Kanunun 24/a-III’ncü Maddesi Karşısında Medeni Kanunun 85/II’nci Maddesinin Durumu, Jale G. Akipek’e Armağan, Konya 1991, s. 245 vd..

Mirastan ivazsız olarak feragat eden mirasçının alacaklılarının feragatin iptalini isteyip isteyemeyecekleri hakkında açıkça bir düzenlemenin bulunmadığı görülmektedir. Söz konusu düzenleme eksikliğin doğrudan doğruya “açık boşluk” anlamına gelmeyeceği⁸, bu noktada söz konusu düzenleme eksikliğin gerçekten bir boşluğa mı vücut verdiği yoksa kanun koyucunun kasıtlı susması mı olduğu incelenmelidir.

B. FERAGATİN İPTALİNİN İSTENMESİNDE KASITLI SUSMANIN VARLIĞI

Mirastan feragati düzenleyen hükümler içerisinde feragatin iptalinin, feragatten zarar gören alacaklılarca istenebilmesini sağlayan bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Doğrudan bir hüküm bulunmamakla birlikte kıyasen uygulamaya ve dolayısıyla feragatin iptaline imkân veren bir düzenleme bulunmakta mıdır?

Mirastan feragat sözleşmesinin bir ölüme bağlı tasarruf olduğu göz önünde bulundurulduğunda ölüme bağlı tasarrufun iptaline vücut veren sebepler söz konusu olduğunda tabiidir ki feragatin iptali istenebilmektedir. Yine bu sebeplere bakıldığında ölüme bağlı tasarruf sebebiyle tasarrufta bulunanın alacaklıların zarara uğraması şeklinde bir iptal sebebi öngörülmediği tespit edilmektedir.

Yukarıda sorulan sorunun cevabının, öncelikle reddin iptaline imkân veren düzenleme kapsamında araştırılması gereği vardır. Zira kanun koyucunun feragatin iptalinin istenip istenmeyeceği konusundaki tutumu hakkındaki temel düşüncenin, mirasın reddi halinde reddin iptalinin istenmesini mümkün kılan düzenlemede olduğu kanaatindeyiz. Zira bu düzenleme mirasçının alacaklılarının korunması konusundaki temel düzenlemedir.

Söz konusu hükmün lafzi, tarihsel ve amaca uygun yorumundan, ivazsız feragat eden mirasçının alacaklılarının feragatin iptalini isteme hakkı konusunda bir ipucu elde edilebilir mi?

Reddin iptali ile ilgili hüküm şu şekildedir:

“VII. Mirasçılarının alacaklılarının korunması

Madde 617:

Malvarlığı borcuna yetmeyen mirasçı, alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddederse; alacaklıları veya iflas idaresi, kendilerine yeterli

⁸ Açık boşluk, kanunun belli bir soruna planı aykırı olarak çözüm getirmemesi halinde ortaya çıkmaktadır (Kırca, 94).

bir güvence verilmediği takdirde, ret tarihinden başlayarak altı ay içinde reddin iptali hakkında dava açabilirler.

Reddin iptaline karar verilirse, miras resmen tasfiye edilir.

Bu suretle tasfiye edilen mirastan reddeden mirasçının payına bir şey düşerse bundan, önce itiraz eden alacaklıların, daha sonra diğer alacaklıların alacakları ödenir. Arta kalan değerler ise, ret geçerli olsa idi bundan yararlanacak olan mirasçılara verilir.”

Söz konusu hükmün lafzından malvarlığı borcuna yetmeyen mirasçının, alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirastan feragat etmesi halinde de feragatin iptalini isteyebilme yönünde bir sonuç elde edilememektedir. Zira madde metninde ne feragati çağrıştıracak bir ifadeye yer verilmiştir ne de rette benzer şekilde alacaklıları zarara uğratacak davranışlara kapı aralanmıştır.

Hükmün amacından da böyle bir sonuç çıkmamaktadır. Feragat, mirasbırakanın ölümünden önce gerçekleşen bir hukuki işlemdir; ret, mirasbırakanın ölümünden sonra gerçekleşir. Mirastan feragatte beklemeye bir haktan (Anwartschaftsrecht) vazgeçme söz konusu iken⁹; rette, somut, güncel bir haktan vazgeçme söz konusudur. Bir haktan doğumundan önce vazgeçilemeyeceğine ilişkin genel adalet ilkesi, kanun koyucu tarafından üstün kişisel yararlar göz önünde tutularak feragat kurumuyla delinmiştir. Bu sebeple de feragatin etkileri oldukça dar tutulmuş; ivazsız feragatin, feragat edenin furuunu etkilemeyeceği benimsenmiştir¹⁰.

Tarihsel yorum yönteminden de benzer bir sonuç elde edilmektedir. Bir diğer ifade ile reddin iptaline benzer bir şekilde feragatin iptalini alacaklıların isteyebileceğine dair bir irade kanunlaştırma safhasında da ortaya konmamıştır¹¹.

Feragatin iptalinin alacaklılarca istenebilmesine yönelik doğrudan doğruya ve dolaylı olarak uygulanabilecek bir hükmün bulunmaması sebebiyle geriye bir ihtimal kalmaktadır: Kanun koyucu kasten mi susmuş; olumsuz

⁹ Albaş, 535. Bununla birlikte buradaki beklemeye hakkın gerçek anlamda bir beklemeye hak yaratmadığını belirtmek gerekir. Bkz., Serozan, R./Engin, B. İ., Miras Hukuku, 3. Bası, Ankara 2012, s. 57 vd. (Kn. 50-51).

¹⁰ İsviçre hukukunda feragat, ister ivazlı ister ivazsız olsun sözleşmede aksi belirtilmedikçe feragat edenin furuunu da etkiler (Art. 495/III). Aksi halde feragat kurumundan beklenen yararın gerçekleşmeyeceği kabul edilir. Bkz., Albaş, 539, dipn. 13.

¹¹ İsviçre Federal Mahkemesi, anılan kararın gerekçeleri bağlamında yer verdiği 3. bölümde söz konusu yorum yöntemleri açısından sorunu irdelemekte ve mirasın reddinde, reddin iptaline ilişkin hükmün kıyasen feragate de uygulanması yönünde bir sonucun elde edilemeyeceğini belirtmektedir. (Erwaegung 3.4, Seite 502-503).

bir çözüm tarzını, yani alacaklıların iptal davası açamayacaklarını mı kabul etmiştir?

Kanaatimizce de kanun koyucu burada susmuş ve olumsuz bir çözüm tarzını benimsemiştir. Ret sebebiyle zarara uğramaları muhtemel alacaklıları koruyan kanun koyucu, rette alacaklıların zarara uğrama tehlikesini yakın görmüş; feragatte ise uzak ve dolayısıyla feragat eden mirasçı ile sözleşme ilişkisine giren kişiler açısından mirasçılık konumunun sözleşme kurma iradesinin dışında bir olgu olarak değerlendirmiştir.

Gerçekten de toplumsal hayat gözlemlendiğinde, kendisine yüklü bir miras kalan kişinin çevresindeki kişiler onunla borç ilişkisine girmekten, özellikle kredi vermekten çekinmezler; vadeli işlemlere girmekten kaçınmazlar. Kendisine yüklü bir mirasın kaldığı inancı ile alacaklarına kavuşma konusunda bir endişe taşımazlar. İşte alış-veriş hayatındaki bu güven duygusunun boşa çıkartılması, mirası reddederek alacaklılarının elinin bir anlamda boş çevrilmesi, kanun koyucunun arzu ettiği bir sonuç olmamıştır; dolayısıyla yapılan ret işlemine karşı “reddin iptalini istemeyi” alacaklılara tanımıştır.

Buna karşın mirastan feragatte, kişinin beklenen bir haktan feragat ettiği, mirasçının ölümü anında sağ olup olmayacağı, dolayısıyla mirasçılık sıfatını kazanıp kazanamayacağı; mirasçı olabile dahi, miras hissesine düşen mirasın parasal değerinin ne olacağı belirli değildir. Bu sebeple alış-veriş hayatında kişinin mirasçılık konumu sözleşmelere genel olarak temel alınmaz. Böyle bir tutum aynı zamanda ahlak dışıdır da. Bir kişinin daha doğrusu muhtemel mirasçının miras hakkını göz önünde bulundurarak akdedilen bir sözleşme vardır ki, o da içerdiği ahlaka aykırı sayılan düşünceler sebebiyle akdedilmesi oldukça zorlaştırılan “beklenen miras hakkının devri sözleşmesi”dir¹². Buna rağmen feragat eden mirasçının alacaklılarının, mirasçılık konumunu yaptıkları herhangi bir sözleşmenin temeli haline getirildiğini ve mirasçı olunamamasının sözleşmenin temelini çökerttiğini, işlem temelini çöktüğünü ileri sürebilmesi mümkündür. Ancak bunun için yapılan sözleşmede temel alınan bu hususun yeterince anlaşılabilmesi gerekir.

Dikkat edilirse çöken işlem sebebiyle sözleşmenin bağlayıcı etkisinden

¹² Beklenen miras hakkının devri sözleşmesine dair daha önce yayınlanmış iki çalışmamız bulunmaktadır: Bkz., Yıldırım, M. F., Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri Sözleşmesi (I), Yargıtay Dergisi, Yıl 1995, S. 1-2, s. 109 vd.; (II), Yıl 1995, S. 3, s. 278 vd.; Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesi Konusunda İki Gelişme, AÜHF Dergisi, C. 53, Yıl 2004, S. 1, s. 117 vd..

kurtulma söz konusudur. Yoksa feragat sözleşmesinin iptalini isteme söz konusu değildir.

IV. FEDERAL MAHKEMENİN KARARDA DEĞERLENDİRDİĞİ BAŞKACA HUSUSLAR

Federal Mahkemenin kararında değerlendirme konusu yaptığı hususlar yalnızca reddin iptaline ilişkin hükmün kıyasen feragate de uygulanıp uygulanmayacağı ile sınırlı kalmamıştır. Federal Mahkeme özellikle, aynı zamanda tenkis talebinde bulunan davacının bu talebini de geri çevirmiştir. Gerekçesi ise, feragat eden mirasçının mirasçılık sıfatını saklı paylı olsa dahi kaybetmekte olduğudur.

Davacının bir diğer iddiası ise, davalı mirasçının mirastan feragat kurumunu kötüye kullandığı ve dürüstlük kuralına aykırı davrandığıdır. Federal Mahkeme burada da mirastan feragatin alt soyu etkilemeyeceğinin kararlaştırılabildiğini hatırlatarak, kanunun böyle bir tasarrufa izin vermesinin somut olaydaki davranışın hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesini engelleyeceğini vurgulamaktadır.

Federal Mahkemenin sorunu değerlendirdiği bir başka mecra, İcra ve İflas Kanunu'nun 286'ncı maddesidir. Mirastan feragat sözleşmesi ile feragat edilen malvarlığı değeri söz konusu kanun hükmü (Art. 286/I SchKG) kapsamında tasarrufun iptali davasına konu olabilecek ve dolayısıyla geçersiz sayılabilecek midir?

Federal Mahkeme bu noktada, feragat sözleşmesinin iki çocuğu lehine yapılmasının İcra ve İflas Kanunu m. 286 anlamında bir bağışlama olup olmadığını tartışmıştır. Zira söz konusu hüküm anlamında iptale konu tasarruflar ancak sağlar arası bağışlamalardır. Mahkeme, bağışlamanın malvarlığından yapılması gerektiğini, feragat halinde ise ORArt. 239 anlamında kendi malvarlığından yapılan bir bağışlamanın bulunmadığını belirtmektedir. Mahkemeye göre kişi, bir hakkı iktisap etmeden önce feragat ederse ya da mirası reddederse Art. 239/II uyarınca bağışlama yapmamaktadır. Davacının “davalı feragat sözleşmesi değil de, mirasçıları lehine ölüme bağlı tasarrufta bulunduğu da aynı sonuçları sağlayabilirdi” iddiasını da mahkeme yerinde görmemiş; mirastan ivazsız feragati, İcra ve İflas Kanunu anlamında ivazsız tasarruf olarak gören bir görüşe de itibar etmemiştir (Erw. 6.3).

Mahkemenin araştırdığı bir diğer husus yine İcra ve İflas Kanunu'nun 288. maddesinde öngörülen “alacaklılara zarar verme amacını taşıyan bir

tasarruf'un, mirastan feragatte söz konusu olup olmadığıdır¹³. Davalılar burada lehine feragatte bulunulan kişiler olarak bu işlemde yani feragatten haberdar olmadıklarını ve dolayısıyla feragat sebebiyle zarara uğratılma olgusunun lehtarlar tarafından bilinebilir olması şartının da gerçekleşmediğini iddia etmişlerdir. Davacı ise lehtarların feragatte bulunanın çocukları olduğunu, bu işlemde haberlerinin bulunmamasının gayri kabil olduğunu, yakın aile üyelerinin ailenin malvarlığının durumundan haberdar olduğu hususunun hatta Alman hukukunda kanun hükmü icabı karene olarak kabul edildiğini ileri sürerek bu iddiayı reddetmiştir. Mahkeme eşlerin ve yakın akrabaların birbirlerinin ekonomik durumu konusunda bilgilerinin olabileceğine dair bir varsayımdan hareket edilebileceğini kabul etmiştir. Bunu destekleyen emareler ve diğer delillerin de bulunması halinde alacaklılara zarar verme kastının bulunduğu kabul edilebileceğine ve dolayısıyla söz konusu hüküm kapsamında alacaklılara zarar veren işlemin iptalinin istenebileceğine karar vermiştir. Özetlemek gerekirse İcra ve İflas Kanununun 288. maddesi kapsamında zarar verme niyetinin tespiti ve diğer şartların da gerçekleşmesi halinde Mahkemeye göre feragat sözleşmesinin iptali istenebilecektir.

SONUÇ

İsviçre Federal Mahkemesinin mirasın reddinin iptaline ilişkin hükmün kıyas yolu ile mirastan feragatte de uygulanması yönündeki tartışmada, kıyas yolu ile uygulamanın mümkün olmadığı yönünde karar vermiş olması isabetli olmuştur. Kanundaki düzenleme eksikliği bir ihmalin sonucu olmayıp; bilinçli bir tercihin ürünüdür. Kanun koyucu bilinçli olarak susmuş ve olumsuz bir çözüm tarzını benimsemiş; bir diğer ifade ile reddin iptaline ilişkin hükmün, kıyas yolu ile ivazsız feragatin iptaline uygulanmamasını istemiştir. Buna karşın hukuk düzenince öngörülen diğer imkânlarının kullanılmasının önünü kapatmamıştır. Mahkemeye göre alacaklılar bu imkânlardan olan İcra ve İflas Kanununda düzenlenen tasarrufun iptali davasını açılacaklardır.

¹³ Söz konusu düzenleme hukukumuzda İcra ve İflas Kanunu'nun 280. maddesi olarak intikal ettirilmiştir. Maddede malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun alacaklılarını zarara uğratma amacıyla yaptığı tasarrufların iptali düzenlenmiştir. Türk hukuku bakımından ayrıntılı bir inceleme için bkz., Börü, L., İcra ve İflas Hukukunda Zarar Verme Kastından Dolayı İptal Davası, AÜHF Dergisi, C. 58, S. 3, s. 481 vd..

6552 SAYILI KANUNLA ALT İŞVEREN KURUMUNDA YAPILAN YENİ DÜZENLEMELER VE DEĞİŞİKLİKLER

İbrahim AYDINLI*

ÖZET

Bugüne kadar 4857 Sayılı İş Kanununda asıl işveren- alt işverenlik ilişkisine yönelik pek çok kanuni değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerin sonuncusu 2014 yılında 6552 sayılı Kanunla getirilmiştir. 6552 sayılı kanunun getirdiği değişikliklerden ilki alt işverenlikle ilgili müfettiş raporlarına karşı itiraza ilişkindir. Bir diğer değişiklik asıl işverenlerin alt işveren işçilerinin ödenmeyen ücretleri için hakedişlerinden kesme yetkilerinin genişletilmesi ile ilgilidir. Alt işveren işçilerinin yıllık ücretli izin hakkı ve kamu işyerlerindeki alt işveren işçilerinin kıdem tazminatının ödenmesi hususlarında da değişiklik yapılmıştır. Kamu idarelerinin hizmet alımlarında alt işverenlik sözleşmelerinin süresinin en az 3 yıl olması, kamu idarelerinde muvazaalı alt işveren ilişkisi kuran kişilere doğrudan parasal yaptırım uygulanması ve sendikal örgütlenmenin önünü açan yeni bir toplu iş sözleşmesi şekli konularında da düzenlemeler yapılmıştır.

***Anahtar Kelimeler:** Alt işveren, asıl işveren, kamu idareleri, muvazaa, iş hukuku.*

THE NEW REGULATIONS AND CHANGES IN SUBCONTRACTOR CONSTRUCTED BY CODE 6552

ABSTRACT

So far so many legislative changes have been made in the Labour Code 4857 about the principal employer- subcontractor relationship. The last of these changes have been introduced by the Code 6552 in 2014. The first of the changes introduced by the Code 6552 is about objection against the inspection reports which is about subcontractor relationship. Another change is about the expansion of the power of principal employer's cutting progress payment for the subcontractors' employees' unpaid fees. The right to paid annual leave of subcontractor's employees and the payment of severance pay of subcontractor's employees in public establishments have been changed. There also some amendments about the duration of the subcontractor contracts in public administrations' service procurement now it has to be at least 3 years, and it implements monetary sanctions directly for the person who set up collusive subcontractor relationship in public administration and a new form of collective bargaining agreement which paved the way for the unionization.

***Keywords:** Subcontractor, principal employer, public administrations, collusion, labour law.*

* Doç. Dr., Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

I- Genel olarak

2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı Kanunda, Türk çalışma hayatında önceki İş Kanunları olan 3008, 931 ve 1475 sayılı Kanunlardan farklı olarak ilk defa, alt işveren ilişkisinin tanımı ve unsurları ortaya konmuş, müteselsil sorumluluğun muhtevası belirlenmiş ve bu ilişkiye aykırılık hallerinde ne gibi hukuki sonuçların doğacağı düzenlenmiştir. Ancak 4857 sayılı Kanuna alt işverenlik ilişkisine yönelik olarak bugüne kadar pek çok kanuni müdahalenin yapılmış olması, sorunun temel anlamda halen çözülmediğini göstermektedir.

Söz konusu alt işveren düzenlemesine **ilk kanuni müdahale**, 4857 sayılı Kanunun 2. maddesine 1/7/2006 tarihli 5538 sayılı kanunun 18. maddesiyle 8 ve 9. ek fıkralar eklenerek yapılmıştır. Bu düzenlemelerin amacı, kamu kurumlarının kanun sisteminin dışına çıkarılması çabasıdır. Ancak kanun koyucunun bu çabası maalesef doktrin ve yargı tarafından eşitlik ilkesine aykırı kabul edilmiş ve bu düzenlemeler uygulama alanı bulamamıştır¹. Böylece ek fıkra düzenlemeleri, 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin 7. fıkrası ile çelişki içinde olduğundan uygulanması yargı içtihatlarında ve doktrinde kabul görmemiştir².

İkinci kanuni müdahale; 4857 sayılı İş Kanunu'nun "işyerini bildirme" başlığıyla düzenlenen 3. maddesinin 2. fıkrasının 15/5/2008 tarihli 5763 sayılı kanunun 1. maddesiyle değiştirilmesi ve aynı maddeye 3. ek fıkra getirilmesi ile yapılmıştır. Söz konusu kanuni müdahalenin temel amacı, kayıt dışı istihdamın önlenmesi olup, il çalışma müdürlüklerine bildirilmek zorunda olan alt işveren ilişkilerinin teftiş marifetiyle incelenmesini sağlamaktır. Daha açık bir söyleyişle bu düzenlemenin amacı, 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 7. fıkrasında yer alan muvazaalı alt işveren ilişkilerinin tespitinin iş müfettişlerince incelenme imkânı verilmesi ve ortaya konan rapora yönelik işveren itirazlarının ilk derece mahkemesinde kesin sonuca kavuşturulmasıdır. Aynı zamanda 3. maddeye eklenen ek 3. fıkra ile alt işverenlik yönetmeliği çıkarılarak müfettişlere, özellikle teftiş sırasında, yön gösteren muvazaa ölçütleri düzenlenmiştir³.

Kanun koyucunun bu düzenlemesi, sadece muvazaalı alt işveren ilişkilerine idari para cezasının uygulanmasını sağlayan bir düzenleme

¹ EKMEKÇİ, s.1176-1177.; GEREK, s.83.; YENİSEY DOĞAN, s.29.; EKONOMİ, s.24.; SUBAŞI, s.177.; AYDINLI, s.358-361.; AKTAY/ ARICI/ SENYEN KAPLAN, s.37.

² Geniş bilgi için bkz.; GÖKTAŞ, s.104.; AYKAÇ, s.111.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s.203.; BAŞBUĞ, s. 44.; YENİSEY DOĞAN, s.30.

³ Alt İşverenlik Yönetmeliği için bkz.; 27/09/2008 tarih, 27010 sayılı R.G.

olmaktan çıkmış (İşK. m.98/1) ve bunun ötesinde teftiş incelemesi sonucuna yönelik üst yargı yolu imkânı olmaksızın elde edilen ilk derece mahkemelerinin kesinleşmiş muvazaalı alt işveren ilişkisini tespit eden kararlarının işçi alacaklarına ilişkin açılan davalarda kesin hüküm ya da kesin delil teşkil etmesiyle⁴ özellikle çalışma dünyasında ciddi tepkilerin doğmasına neden olmuştur.

İncelememizin konusunu oluşturan en **geniş üçüncü kanuni müdahale** 16/9/2014 tarihli 6552 sayılı Kanunla yapılmıştır. 6552 sayılı Kanunla getirilen yeni düzenlemelerin ilk dikkat çekici yönü, özellikle alt işveren ilişkisi ile ilgili değişikliklerin kamu işverenleri üzerinde yoğunlaşmasıdır. 6552 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinin bir başka dikkat çekici tarafı ise sadece İş Kanunu'nda değil 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda da değişikliklere gidilmesidir.

Olası dördüncü kanuni müdahalenin, bu incelememiz yayınlandığında yürürlüğe girmesi ihtimali bulunmaktadır. Tam olarak mahiyetini bilmemekle birlikte müdahalenin, kamu kurumlarında çalışmış ya da çalışıyor olan alt işveren işçilerinin, muvazaalı alt işveren ilişkisinin mahkeme kararıyla tespiti dolayısıyla asıl işveren işçisi sayıldıkları için, asıl işveren olan kamu idarelerinin kadrosuna alınmasına yönelik olması beklenmektedir.

II- Alt İşveren İlişkisinde Müfettiş Raporuna İtiraza İlişkin Yapılan Değişiklik Düzenlemesi

6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce 4857 sayılı Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrası *“Bu Kanunun 2 nci maddesinin altıncı fıkrasına göre iş alan alt işveren; kendi işyerinin tescili için asıl işverenden aldığı yazılı alt işverenlik sözleşmesi ve gerekli belgelerle birlikte, birinci fıkra hükmüne göre bildirim yapmakla yükümlüdür. Bölge müdürlüğünce tescili yapılan bu işyerine ait belgeler gerektiğinde iş müfettişlerince incelenir. İnceleme sonucunda muvazaalı işlemin tespiti halinde, bu tespite ilişkin gerekçeli müfettiş raporu işverenlere tebliğ edilir. Bu rapora karşı tebliğ tarihinden itibaren altı işgünü içinde işverenlerce yetkili iş mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. Rapora altı iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi*

⁴ Söz konusu ilk derece mahkemesi kararların kesin delil ya da kesin hüküm olmayıp takdiri delil olacağı yönünde bkz.: YILMAZ, s.21.; Aksi yönde olan görüşe göre muvazaa itirazının yerinde görüldüğü mahkeme kararlarının ileride aynı nedenle açılması halinde kesin hüküm niteliğinde olduğunu savunulmaktadır. Detaylı bilgi için bkz.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s.197.; BAŞBUĞ, s.92.

iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.” şeklinde idi.

6552 sayılı kanunun 1. maddesiyle “22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı *İş Kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “altı iş günü” ibareleri “otuz iş günü” şeklinde, aynı fıkranın beşinci cümlesinde ise, “İtiraz üzerine görülecek olan dava basit yargılama usulüne göre dört ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi hâlinde Yargıtay altı ay içinde kesin olarak karar verir. Kamu idarelerince bu raporlara karşı yetkili iş mahkemelerine itiraz edilmesi ve mahkeme kararlarına karşı diğer kanun yollarına başvurulması zorunludur.” şeklinde değişikliğe gidilmiştir.*

Değişiklikten önceki düzenlemeye göre; alt işveren sözleşmesinin ilgili makam olan Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü’ne bildirim üzerine ilgili makam alt işveren işyerini tescil yaptıktan sonra bu işyerine ait belgeleri gerektiğinde iş müfettişlerince inceletmektedir. İnceleme bu şekilde resen olabileceği gibi, uygulamada işçi sendikasının ya da alt işveren işçilerinin şikâyeti üzerine de tescil edilen alt işveren ilişkisi incelemeye alınabilmektedir. İnceleme neticesinde ortaya çıkan müfettiş raporunda alt işveren ilişkisinin muvazaalı olduğu sonucuna varılmış ise hem asıl hem alt işverenlere tebliğ edilen söz konusu rapora karşı işverenler 6 iş günü içinde yetkili iş mahkemesine itiraz etme hakları bulunmaktadır. Şayet işverenler itiraz süresini kaçırmış ya da itirazları reddedilmiş ise bunun üzerine verilen mahkeme kararı kesin olduğu için Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünde yapılan alt işveren tescil iptal edilmektedir. Bu iptal işlemin sonucunu kanun koyucu “...alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.” şeklinde hükme bağlamıştır.

Değişiklikten önceki maddenin bu şekilde düzenlenmesinin nedenleri; genel gerekçe ve madde gerekçesinde alt işveren ilişkilerinin doğurduğu kayıt dışılığın önlenmesi, alt işveren ilişkisinin yazılı olarak yapılması ve muvazaalı olup olmadığının denetlenmesi olarak sayılmıştır.

Doktrinde alt işveren ilişkisinin hukuka aykırı olup olmadığının iş müfettişlerince denetlenmesi, denetime karşı 6 iş günü gibi kısa süre içinde itiraz hakkı tanınması ve sadece alt derece mahkemesi kararı ile uyuşmazlığı çözmeye çalışmak meseleyi idari para cezası olarak değerlendirmek anlamına geldiği yönünde birçok eleştiri getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeye getirilen eleştiriler özetle; muvazaa gibi hukuki bir geçersizliğin müfettiş raporu ile tespitinin yanlışlığı, rapora karşı itiraz süresinin kısıtlılığı ve üst yargı yolunun

kapalı olması olarak sayılabilir. Gerçekten de alt işveren ilişkisinin hukuka aykırı bulunması halinde öngörülen yaptırım başta ferdi iş ilişkisi, toplu iş ilişkisi ve sosyal sigortalar gibi daha birçok konuyu ilgilendirmektedir. Bu nedenle alt işverenle ilgili uyumsuzlukların, konuyla ilgili içtihatların yerleşmiş olduğu üst yargı mercii olan Yargıtay'a taşınmamasının büyük bir boşluk doğuracağı öne sürülmüştür⁵.

Doktrindeki bu eleştirilerden dolayı kanun koyucu kısmen de olsa söz konusu kanun fıkrasında değişikliğe giderek getirilen eleştirileri karşılamaya çalışmıştır. Buna göre, 4857 sayılı Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “altı iş günü” ibaresi “otuz iş günü” şeklinde, aynı fıkranın 5. cümlesi ise “İtiraz üzerine görülecek olan dava basit yargılama usulüne göre dört ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi hâlinde Yargıtay altı ay içinde kesin olarak karar verir... Raporu otuz iş günü içinde itiraz edilmemiş veya mahkeme muvazaalı işlemin tespitini onamış ise tescil işlemi iptal edilir ve alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri sayılır.” şeklinde değiştirilmiştir.

Kanuni değişiklik sonucu, muvazaayı tespit eden müfettiş raporuna itiraz süresi 6 iş gününden 30 iş gününe çıkarılmıştır. İlk derece mahkemesinin kararlarına karşı temyiz yolu açık tutularak alt işveren ilişkisinde muvazaanın olup olmadığı ya da alt işveren ilişkisinin hukuka uygun olup olmadığı sorununun Yargıtay incelemesinden geçirilme imkânı yaratılmıştır. Bununla birlikte doktrinin müfettiş raporu ile muvazaanın tespitine yönelik eleştirisi kanun değişikliğinde karşılık bulmamıştır.

Kanaatimizce itiraz süresinin 6 iş gününden 30 iş gününe çıkarılmış olması sonucu itibariyle tarafları birçok yönden etkileyecek olan müfettiş raporuna itirazın kaçırılması ihtimaline karşı yerinde bir düzenleme olmuştur. Ayrıca itirazın üst derece mahkemesine temyiz yolu ile taşınması da son derece önemlidir. Çünkü ülkemizde özellikle 4857 sayılı Kanun öncesinde alt işveren ilişkilerine yönelik birçok sorun Yargıtay içtihatları ile çözüme kavuşturulmuştur. Öte yandan iş mahkemelerinin veya iş mahkemesinin olmadığı yerde genel yetkili mahkeme olan asliye hukuk mahkemelerinde iş mahkemesi sıfatıyla verebileceği yanlış mahkeme kararlarının da önüne

⁵ AYDINLI, s.327.; Doktrinde AKYİĞİT, yasanın vermediği yetkinin yönetmelikle verilmesi ve müfettiş raporlarına itiraz edilmemesi halinde ya da sadece ilk mahkemece doğru bulunması halinde yanlış sonuçların doğacağını haklı olarak savunmaktadır. (AKYİĞİT, s.108-110.); İdari makamlara muvazaa tespitinin bırakılmasının isabetli olmayacağı yönünde bkz.; SÜZEK, s.165.; BAŞBUĞ, s.92.; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT, s.48.

geçilmiş olur. Böylece temyiz yoluyla mahkeme kararlarının bozma ya da onama şeklinde denetlenmesi de sağlanmış olmaktadır.

6552 sayılı Kanunla 4857 sayılı Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrasına sonuna bir cümle eklenmiştir. Buna göre, “*Kamu idarelerince bu raporlara karşı yetkili iş mahkemelerine itiraz edilmesi ve mahkeme kararlarına karşı diğer kanun yollarına başvurulması zorunludur.*” Bu düzenleme, asıl işveren olarak alt işverenlere iş gördüren kamu kurumlarının muvazaa tespiti içeren müfettiş raporlarına karşı iş mahkemesine itiraz etmesini ve aleyhe karar çıkması halinde Yargıtay’a temyiz başvurusunda bulunmasını zorunlu kılmaktadır.

Kamu kurumu yöneticilerine kanuni yükümlülük getiren böyle bir düzenlemenin özel hukuk ilişkisinin hükme bağlandığı İş Kanunu içinde yer alması kanaatimizce uygun değildir. Bu düzenleme bize 1/7/2006 tarihli 5538 sayılı Kanunun 18. maddesiyle **İş Kanununun 2. maddesine eklenmemesi gereken** 8. ve 9. fıkralarını hatırlatmaktadır⁶. Bu düzenlemelerin yeri herhalde İş Kanunu olmasa gerekir. Çünkü ileri kısımlarda incelendiği gibi söz konusu zorunluluğa uymayan kamu görevlisi için **6552 sayılı Kanununun 11. maddesi ile** 4734 sayılı Kanuna eklenen 8. maddenin 2. fıkrasında kamu görevlisinin aylığı baz alınarak iki katı aylık cezasının getirilmiştir⁷.

Son olarak, 6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, müfettiş raporlarına karşı itiraz sürecinde yargılama için ilk derece mahkemesinde en çok 4 ay, Yargıtay’da ise en çok 6 ay şeklinde karar verme süresinin belirtilmesi usul hukuku açısından zorunlu süreler olmayıp, işin aciliyetini belirtme anlamında bir hatırlatmadan ibaret olduğunu söyleyebiliriz.

III-Asıl İşverenlerin Alt İşveren İşçilerinin Ödenmeyen Ücretleri İçin Hakedişlerden Kesme Yetkilerinin Genişletilmesine İlişkin Değişiklik

4857 sayılı İş Kanununun 36. maddesinde kanun koyucu, “*Kamu makamlarının ve asıl işverenlerin hakedişlerinden ücreti kesme yükümlülüğü*” başlığıyla *ilk iki fıkrada* sadece kamu işverenlerine, belli işleri gördürdükleri alt işverenlerin hakedişlerinden alt işveren işçilerinin ödenmeyen ücretlerinin belli bir kısmını kesme yetkisi tanımıştır. Buna göre, “**Genel ve katma bütçeli**

⁶ Aynı görüşte; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s.202.

⁷ “4857 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen itiraz veya diğer kanun yollarına başvurmayan kişilere ise her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dâhil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarında idari para cezası uygulanır.” (4734 ek m. 8/2)

dairelerle mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar; asıl işverenler müteahhide verdikleri her türlü bina, köprü, hat ve yol inşaatı gibi yapım ve onarım işlerinde çalışan işçilerden müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığının kontrolü, ya da ücreti ödenmeyen işçinin başvurusu üzerine, ücretleri ödenmeyen varsa müteahhitten veya taşeronlardan istenecek bordrolara göre bu ücretleri bunların hakedişlerinden öderler.

Bunun için hakediş ödeneceği ilgili idare tarafından işyerinde şantiye şefliği işyeri ilân tahtası veya işçilerin toplu bulunduğu yerler gibi işçilerin görebileceği yerlere yazılı ilân asılmak suretiyle duyurulur. Ücret alacağı olan işçilerin her hakediş dönemi için olan ücret alacaklarının üç aylık tutarından fazlası hakkında adı geçen idarelere herhangi bir sorumluluk düşmez.” şeklinde düzenleme yapmıştır.

Aynı maddenin 5. fıkrasında ise “Bu maddede kamu tüzel kişilerine ve bazı teşekküllere verilen yetkileri 2 nci maddenin altıncı fıkrası gereğince sorumluluk taşıyan bütün işverenler de kullanmaya yetkilidir.” hükmü ile özel sektör işverenlerinin de asıl işveren olmaları halinde 36. maddenin 1. ve 2. fıkrasında belirtilen sınırlı şartlar(belli işlerde ve en fazla 3 aylık ücret olmak üzere) altında hakedişten kesme yetkisi tanınmıştı.

6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle İş Kanunu’nun 36. maddesinin sadece son fıkrası değiştirilmiştir. 6552 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 36. maddenin 1. ve 2. fıkrasında kamu tüzel kişilerinince alt işverenlere gördürülen iş ve hak edişten kesilen ücret miktarı bakımından tanınan sınırlı yetki yerine özel ya da kamu ayırımı yapmaksızın tüm asıl işverenler için daha geniş bir yetkinin tanındığını görmekteyiz. Buna göre, “İşverenler, alt işverene iş vermeleri hâlinde, bunların işçilerinin ücretlerinin ödenip ödenmediğini işçinin başvurusu üzerine veya aylık olarak resen kontrol etmekle ve varsa ödenmeyen ücretleri hak edişlerinden keserek işçilerin banka hesabına yatırmakla yükümlüdür.”

Yapılan yeni düzenleme ile hem kamu sektörü hem de özel sektör işverenlerine, alt işveren işçilerinin ücret alacağını işçilerce başvuru üzerine ya da resen aylık bordroları kontrol etme yetkisi tanınarak, gerektiğinde kesinti yapma yükümlülüğü ve/veya yetkisi getirilmektedir. Böylece, eski düzenlemede kamu sektörü ve özel sektör arasındaki mevcut ayırım kaldırılmıştır.

Bu değişiklikle asıl işverenlere aylık kontrol ve resen ödeme yapma imkânı getirilerek alt işveren işçilerinin ücretlerin tam ve düzenli ödenmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca asıl işverence verilen asıl ya da yardımcı işin konusu bakımından önceki düzenlemede yer alan sınırlamalar kaldırılmıştır. Değişiklikle sağlanan bir başka önemli farklılık, eski düzenlemede olduğu gibi hakediş dönemi içindeki 3 aylık ücret değil, ödenmeyen ücretlerin tamamı kapsama alınmıştır. Böylece asıl işverene alt işveren işçisinin ücret alacağını kontrol etme ve ödenmeyen ne kadar ücret var ise hakedişten kesinti yapma yükümlülüğü ve yetkisi getirilmiştir.

Sonuç itibarıyla yapılan değişiklik alt işveren işçilerinin ücretlerini koruduğu gibi, alt işveren tarafından ödenmeyen işçi ücretlerine ilişkin asıl işverenin kanundan doğan müteselsil sorumluluğundan dolayı açılan alacak davalarının ortaya çıkardığı maliyetleri de önlemektedir.

IV-6552 Sayılı Kanunla Yıllık Ücretli İzne Hak Kazanma ve Uygulanmasına İlişkin Alt İşveren İşçilerine Getirilen İstisnai Düzenleme

İş Kanunu'nda yıllık izne hak kazanmak için işçinin en az 1 yıl aynı işveren yanında olmak şartıyla aynı işyerinde ya da aynı işverenin farklı işyerlerinde çalışmış olması gerekir⁸. Aksi bir ifadeyle bir işçinin farklı işverenler yanındaki çalışma sürelerinin toplanması kanuni düzenlemeye aykırıdır. Nitekim bu husus İşK m.54/1'de, "*Yıllık ücretli izine hak kazanmak için gerekli sürenin hesabında işçilerin, aynı işverenin bir veya çeşitli işyerlerinde çalıştıkları süreler birleştirilerek göz önüne alınır.*" şeklinde ifade edilmiştir.

6552 sayılı Kanununun 6. maddesiyle 4857 sayılı Kanununun 56. maddesine "*Alt işveren işçilerinden, alt işvereni değiştirdiği hâlde aynı işyerinde çalışmaya devam edenlerin yıllık ücretli izin süresi, aynı işyerinde çalıştıkları süreler dikkate alınarak hesaplanır...*" hükmü eklenmiştir. Bu düzenlemenin ifadesinde lafzi yorum yaparak, farklı alt işverenler yanındaki çalışmaların toplanması sadece İşK m.53/4'teki yıllık izin süresinin hesaplanması için getirildiği şeklinde bir sonuca varmak kanun koyucunun amacına aykırı olacaktır. Çünkü kanun gerekçesinde bu düzenlemenin öncelikle alt işveren yanında çalışan işçilerin 1 yıllık süreyi tamamlayamamaları nedeniyle ortaya

⁸ AKTAY/ ARICI/ SENYEN KAPLAN, s. 267-268.; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI, s. 1151-1152.

çıkan mahrumiyetlerini gidermek için çıkarıldığı açıkça belirtilmiştir. Bundan dolayı getirilen yeni düzenleme ile farklı alt işverenler yanındaki çalışmaların kanunda aranan şartlar dâhilinde toplanarak hesaplanmasının hem yıllık izin hakkının doğumu hem de izin süresinin hesaplanmasında geçerli olması gerekir. Hemen belirtelim ki getirilen bu düzenleme sadece alt işveren değiştiği halde aynı işyerinde çalışmaya devam eden alt işveren işçileri için geçerli olmaktadır.

Bir örnekle açıklayacak olursak; A alt işveren firması, 11 ay süreyle temizlik işini asıl işverenden almış olsun. Söz konusu ihale süresi bittikten sonra A alt işvereni yeni ihaleyi alamamış ve yeni ihaleyi alan B alt işveren firması, A alt işverenin işçileri ile çalışmaya devam etmiş olsun. Böyle bir durumda 1 ay sonra alt işveren işçileri eski işverenleri yanındaki çalışma süreleri 11 ay olduğu için yıllık izin hakkının doğumu için gereken 1 yıllık süreyi doldurmaktadırlar. Böyle bir durumda yeni alt işveren söz konusu işçilere takip eden yıl içinde yıllık izinleri kullandırmak zorundadır. Yine önceki alt işveren yanında 5 yıl çalışmış olan alt işveren işçisinin 6. yılını aynı asıl işverenin işyerinde fakat farklı bir alt işveren ile çalışmış olsun. Böyle bir durumda kanaatimizce işverenler değişse bile, aynı işyerinde çalışma şartı gerçekleştiği için, yeni alt işveren bu işçiye İşK m.53/4 gereği 20 gün izin vermek zorundadır. Başka bir deyişle söz konusu işçilerin aynı işyerinde kaç yıldan beri çalışıyor olmalarına göre yıllık izin süreleri belirlenmelidir.

Böylece sonuç olarak; alt işveren yanında çalışan işçilerin yıllık ücretli izne hak kazanması açısından alt işverenler değişse bile aynı asıl işveren işyerinde çalışma süresi dikkate alınmakta olup, aynı işyerinde çalışmaya devam etmesi halinde alt işveren değişse dahi bu hakları korunmaktadır. Böylece, alt işverenin ayrıldığı fakat işçilerin aynı işyerinde çalışmaya devam ettiği durumlarda işçilerin yıllık izin açısından hak kazanma ve izin süresi kayıpları önlenmektedir.

V- 6552 Sayılı Kanunla Getirilen Kamu İşyerlerinde Alt İşveren İşçilerinin Kıdem Tazminatlarının Ödenmesine İlişkin Yeni Düzenleme

1- Genel olarak

6552 sayılı Kanununun 8. maddesi ile İş Kanunu'nun 112. maddesine 5 ayrı fıkra eklenerek, kamu idarelerinde değişik çalışma şekilleri içinde olan alt işveren işçilerine ait kıdem tazminatlarının ne şekilde ve kimin tarafından ödeneceğine dair lokal çözümler getirilmektedir. Düzenlemenin sadece kamu işyerlerinde gerçekleşen alt işveren ilişkileri ve kıdem tazminatı ile

sınırlandırılması dikkat çekmektedir. Ancak alt işveren işçilerinin çalışma şekillerine göre kıdem tazminatlarının nasıl hesap edileceği ve kimin tarafından ödeneceğini incelemeden önce tüm fıkralar için geçerli olan aşağıdaki soruyu cevaplandırmak gerekmektedir.

2- Kamu Kurumlarınca Kıdem Tazminatı Ödenmesi Gereken Alt İşveren İlişkilerinin Kapsamı

Hangi alt işveren işçilerinin bu kapsamda olduğu sorusuna, 1. fıkranın ilk cümlesi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi kapsamında alt işverenler tarafından çalıştırılan işçiler olarak cevap vermektedir. O halde getirilen bu düzenlemeden alt işveren işçilerinin yararlanabilmesi için alt işveren ilişkisinin söz konusu düzenleme kapsamında olması gerekmektedir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi, *“İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde, bu Kanunda belirtilen hizmetler için ihaleye çıkılabilir. Ancak danışmanlık hizmet alım ihalelerinde, istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmaz.”* şeklinde iken, 6552 sayılı Kanun ile ciddi bir değişikliğe uğramıştır.

6522 sayılı Kanunun 10 maddesiyle 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi; *“İdarelerin bu Kanunda tanımlanan hizmetlerden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında aşağıda belirtilen hususlara uyması zorunludur:1) İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilir. Bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini; idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. 3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 67 nci maddesi ile diğer kanunların hizmet alımına ilişkin özel hükümleri saklıdır. 2) İdarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınmak suretiyle, idareye ait bir işyerinde yürütülen asıl işin*

bir bölümünde idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde hizmet alımı ihalesine çıkılabilir. 3) Danışmanlık hizmet alım ihalelerinde istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmaz.” şeklinde değiştirilmiştir.

Böylece daha önceki kanunda asıl işin bir bölümü ya da yardımcı işlerin verilmesinde aranan istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı, yeni düzenlemede sadece yardımcı işlerde aranmaktadır. Aynı bentte hangi işlerin yardımcı iş kapsamında olduğunu belirlemede; *“Bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini; idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkili”* olduğu hüküm altına alınmıştır.

Ancak kanun koyucunun getirdiği, *“3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 67 nci maddesi ile diğer kanunların hizmet alımına ilişkin özel hükümleri⁹ saklıdır.”* hükmünden başta Belediye Kanunu olmak üzere, diğer kamu idarelerine ait kanunlarda hangi tür hizmetlerin ya da işlerin üçüncü şahıslara gördürüleceği belirlenmiş ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde getirilen ölçütlerin aranmayacağı anlamı çıkmaktadır. Örneğin belediyenin yardımcı işlerinin alt işverene verilmesinde istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmayacaktır¹⁰.

Kamu işyerlerinde asıl işin bir bölümünün verilmesinde ise kanunun deyimiyle *“İdarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınmak suretiyle, idareye ait bir işyerinde yürütülen asıl işin bir bölümünde idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren”* işlerden olması aranmaktadır. (4734 sayılı Kamu İhale Kan. 62/I,e-2)

⁹ Tespit edildiği kadarıyla hangi kamu idarelerinin mevzuatlarında hizmet alım yetkisi olduğuna ilişkin bilgi için bkz.; AYDINLI, s.429-441.

¹⁰ 24/12/2004 tarihinde yürürlüğe konulan mülga 5272 sayılı Belediyeler Kanunu döneminde Yargıtay’ın belediyelerin alt işverenlere gördürdükleri işler bakımından muvazaa kararları olumlu iken, 2005 tarihli ve halen yürürlükte olan 5393 sayılı Belediyeler Kanununun 67. maddesinde değişiklik nedeniyle Yargıtay’ın muvazaa tespitine olumsuz bakan kararları için bkz.; AYDINLI, s.199-200, dn. 135-137.

Son olarak e bendinin 3. bendi önceki haliyle aynen muhafaza edilerek 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi kamu idarelerinin “*Danışmanlık hizmet alım ihalelerinde istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmaz.*” şeklinde düzenlenmiştir.

Kanaatimizce özellikle belediyeler, diğer kamu idareleri ve danışmanlık hizmetleri için getirilen söz konusu istisna hükümlerinin Yargıtay ve doktrin tarafından nasıl değerlendirileceği konusunda bazı tereddütlerin oluşabileceğini şimdiden belirtmek gerekir. Çünkü 4857 sayılı Kanunun 2. maddesine kamu kurumları için eklenen 8. ve 9. fıkralar doktrin ve Yargıtay tarafından olumsuz karşılanmış olup, ölü kanuni düzenlemeler olarak halen durmaktadır.

3- Kamu İdarelerinde Farklı Alt İşveren İlişkileri

İlk fıkradaki düzenlemede, *4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilerin kıdem tazminatları, iki farklı çalışma şekline göre belirlenerek düzenlenmiştir.*

A- Farklı ya da Aynı Alt İşverenlerin İşçisi Olsalar da Aynı Kamu İdaresinde Sürekli Olarak Çalışan Alt İşveren İşçilerinin Kıdem Tazminatlarının Ödenmesi

Kanun koyucu, alt işverenlerin değişip değişmediğine bakılmaksızın aynı kamu idaresinde sürekli çalışan alt işveren işçilerinin iş sözleşmelerinin kıdem tazminatı ödenecek şekilde sona ermesi halinde, kamu kurumunda geçirdiği tüm sürenin hesaplanarak kıdem tazminatının ilgili kamu kurumunca ödeneceğini hükme bağlamıştır. Buna göre, “*Alt işverenlerin değişip değişmediğine bakılmaksızın aralıksız olarak aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde çalışmış olanların bu şekilde çalışmış oldukları sürelerle ilişkin kıdem tazminatına esas hizmet süreleri, aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde geçen toplam çalışma süreleri esas alınarak tespit olunur. Bunlardan son alt işverenleri ile yapmış olan iş sözleşmeleri 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanların kıdem tazminatları ilgili kamu kurum veya kuruluşları tarafından işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenir.*”

B- Aynı Alt İşverenle Aynı İş Sözleşmesi ile Farklı Kamu İdarelerinde Çalışan Alt İşveren İşçilerinin Kıdem Tazminatlarının Ödenmesi

Kanun koyucu, aynı alt işveren emri altında fakat farklı kamu kurum veya kuruluşlarına ait işyerlerinde çalışmış olup, iş sözleşmesi kıdem

tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olan işçilerin kıdem tazminatının, söz konusu kamu kurum veya kuruluşlarında geçen tüm hizmet sürelerinin toplanarak son kamu idaresince ödeneceğini hüküm altına almıştır. Buna göre, “*Aynı alt işveren tarafından ve aynı iş sözleşmesi çerçevesinde farklı kamu kurum veya kuruluşlarında çalıştırılmış olan işçilerden iş sözleşmeleri 1475 sayılı İş Kanununun 14 üncü maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanlara, 4734 sayılı Kanunun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında farklı kamu kurum ve kuruluşuna ait işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin toplamı esas alınarak çalıştırıldığı son kamu kurum veya kuruluşu tarafından işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenir.*”

C- Kamu İdaresinden İş Alan Alt İşverenin İşçisi Statüsü Devam Etmek Şartıyla 4734 Sayılı Kanun Kapsamında Bulunan İdarelere Ait İşyerleri Dışında Çalışan İşçilerin Kıdem Tazminatlarının Ödenmesi

6552 sayılı Kanunla İş Kanununun 112. maddesine **eklenen 2. fıkra düzenlemesinde**, “*Alt işveren ile yapmış olduğu iş sözleşmesi sona ermediği gibi, alt işveren tarafından 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunan idarelere ait işyerleri dışında bir işyerinde çalıştırmaya devam olunan ve bu şekilde çalıştırıldığı sırada iş sözleşmesi kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona eren işçinin kıdem tazminatı, işçinin yazılı talebi halinde, kıdem tazminatının söz konusu kamu kurum veya kuruluşlarına ait işyerlerinde geçen süreye ilişkin kısmı, kamu kurum veya kuruluşlarına ait çalıştığı son işyerindeki ücretinin yılları itibarıyla asgari ücret artış oranları dikkate alınarak güncellenmiş miktarı üzerinden hesaplanmak suretiyle son kamu kurum veya kuruluşu tarafından işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenir.*” **şeklinde düzenleme getirerek başka bir duruma çözüm üretilmektedir.**

Burada alt işveren işçisinin 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunan idarelere ait işyerinde çalıştırdıktan sonra alt işveren tarafından, iş sözleşmesi devam ederken, bu işyerleri dışında başka bir işyerinde çalıştırmaya başlanması ve bu şekilde çalıştırıldığı sırada iş sözleşmesi kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona erdiği durumlar düzenlenmektedir. Böyle bir durumda alt işveren işçisinin yazılı talebi halinde, kıdem tazminatının söz konusu kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde geçen süreye ilişkin kısmı kamu kurum veya kuruluşuna ait çalıştığı son işyerindeki ücretinin yılları itibarıyla asgari ücret oranları dikkate alınarak güncellenmiş

miktarı üzerinden hesaplanmak suretiyle son çalıştığı kamu kurum veya kuruluşu tarafından işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödeneceği düzenlenmiştir. Ayrıca “*Bu şekilde hesaplanarak ödenen kıdem tazminatı tutarının, iş sözleşmesinin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden aynı süreler dikkate alınarak hesaplanacak kıdem tazminatı tutarından düşük olması halinde, işçinin aradaki farkı alt işveren talep hakkı saklıdır.*” denilerek işçinin hak kayıplarının da önüne geçilmiştir.

4- Kıdem Tazminatını Ödeyen Kamu İdarelerinin Durumu

Kanun koyucu bu sorunu 3. ve 4. fıkralarda düzenlemiştir. Buna göre, “*İkinci fıkranın (b) bendi veya üçüncü fıkra uyarınca farklı kamu kurum veya kuruluşlarına ait işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden kıdem tazminatı ödenmesi hâlinde, kıdem tazminatı ödemesini gerçekleştiren son kamu kurum veya kuruluşu, ödenen kıdem tazminatı tutarının diğer kamu kurum veya kuruluşlarında geçen hizmet süresine ilişkin kısmını ilgili kamu kurum veya kuruluşundan tahsil eder. Ancak, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri arasında bu fıkra hükümlerine göre bir tahsil işlemi yapılamaz.*”

“*Kıdem tazminatı tutarı, 4734 sayılı Kanununun ek 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında belirtilen işyerlerinde kıdem tazminatı ile ilgili açılacak bütçe tertibinden, (b) bendi kapsamında belirtilen işyerlerinde ise hizmet alımı gider kaleminden, ödeneğin yetip yetmediğine bakılmaksızın ödenir.*”

5- Genel Değerlendirme

6552 sayılı kanunun 8. maddesine ilişkin bazı genel değerlendirmeler yapılacak olursa; öncelikle çalışma hayatındaki temel sorunların başında alt işveren işçilerinin kıdem tazminatına hak kazanamaması veya hak kazandıkları kıdem tazminatı işverenlerinden alamaması gelmektedir. Bu durumun birçok nedeni bulunmaktadır.

İlk olarak, alt işverenlerin her yıl değişmesi 1475 sayılı İş Kanunu m.14’te düzenlenen kıdem tazminatından aranan temel şart açısından alt işveren işçilerinin bir yıllık çalışma şartını sağlamalarını zorlaştırmaktadır. Aynı şekilde işçiler kıdem şartını yerine getirirse dahi, kıdem tazminatları alt işverenler tarafından genellikle ödenmemekte, herhangi bir uyuşmazlık durumunda alt işverene ulaşılamamakta, birlikte sorumluluk esas alınarak ödemenin tümü asıl işverene bırakılmaktadır. Hatta son dönemde işçilerin alt işverene hiç başvurmadan doğrudan asıl işverene dava açma yoluna başvurduğu da görülmektedir.

İş alan alt işverenlerin ihale konusu işin maliyetini hesaplarken kıdem tazminatını bu hesaplama dâhil edemediği, “sözleşme gideri veya genel giderler” için ayrılan tutarın ise ihale bedelinin yüzde üçü-beşi ile sınırlandığı, dolayısıyla kıdem tazminatını ödemek isteyen alt işverenlerin dahi bu ödemeyi yapamadığı bilinmektedir. İşçilerin dava yoluna başvurmaları halinde ise işçilerin kıdem tazminatlarının faizi ile birlikte asıl işveren tarafından ödenmesine karar verildiği görülmektedir. Bu durum asıl işverenler için ciddi mali külfet doğurmaktadır.

Tüm bu sorunlar özel ve kamu sektöründe aşağı yukarı ortak olmasına rağmen, 6552 sayılı Kanun kıdem tazminatı konusunda özel sektörde çalışan alt işveren işçileri için hiçbir değişiklik getirmemiştir. Sadece kamu sektöründe çalışan alt işveren işçileri söz konusu değişiklikten yararlanabilecektir.

Sonuç itibarıyla söz konusu madde hükümleri ile sadece kamu kuruluşlarında çalışan alt işveren işçilerinin kıdem tazminatı sorunu çözümü yoluna gidilmiştir. Özel sektör işverenlerinin işyerlerinde çalışan alt işveren işçilerinin kıdem tazminatı sorunu ise mevcut haliyle devam etmektedir.

VI- Kamu İdarelerinde Hizmet Satın Alma Süresinin En Az 3 Yıl Olmasına İlişkin Değişiklik

İş Kanunu’nda kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin hakkı gibi iki temel işçi hakkının en az 1 yıllık süreye bağlanmış olması, özellikle kamu sektöründe çalışan alt işveren işçileri bakımından birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Sorunun temelinde, kamudan alınan işlerin ihale süresinin bir yıl ya da daha az olup, her yıl yenilenmesi yatmaktadır. Bu durum karşısında işçiler 1 yıl dolmadan başka bir işveren yanında çalışmaya başladıklarından söz konusu iki temel işçi hakkında mahrum kalmaktadır.

Kanun koyucu söz konusu mahrumiyeti önlemek için 6522 sayılı Kanunun 14. maddesiyle 5018 sayılı Kanunun 28. maddesine “*Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamında olan işlerden sürekli nitelikte olanlara ilişkin hizmet alımlarında, yüklenme süresi üç yıl olup, işin niteliğinden veya süresinden kaynaklanan zorunlu hâllerde bu süre gerekçesi gösterilmek şartıyla üst yöneticinin onayıyla kısaltılabilir.*” fıkrası ekleyerek ihale sözleşmelerinin süresini kural olarak en az 3 yıla çıkarmıştır.

Daha önce incelediğimiz değişikliklerde kamuda alt işveren işçilerinin kıdem tazminatı ile kamu ya da özel sektörde yıllık izne hak kazanma

bakımından temel süre sorununu çözmüş bulunmaktadır. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi kıdem tazminatının sadece kamu kurumu olan asıl işverence ödenmesinin özel sektör işverenleri için geçerli olmaması nedeniyle bu alandaki alt işveren işçilerinin kıdem tazminatı ve kullandırılmayan yıllık izin ücretlerinin ödenmemesi sorunu aynen devam etmektedir.

Kanaatimizce İşK m.3'e alt işveren ilişkilerinin özel ya da kamu sektöründe olmak üzere 2 ya da 3 yıllık yapılmak zorundadır gibi bir hüküm getirilseydi, tüm alt işveren ilişkileri için süre bakımından temel sorun kanuni olarak çözülmüş olurdu. Bu hakların ödenmesi açısından da kamu kurumlarında olduğu gibi özel sektördeki alt işveren ilişkileri içinde benzer değişik düzenlemelerin getirilmesi gereklidir.

VII. Kamu İdarelerinde Muvazaalı Alt İşveren İlişisine Neden Olan İşlem ve Davranışların Yasaklanması ve Buna İlişkin Hukuki ve Cezai Yaptırımlar

6552 sayılı kanununun 11. maddesi ile 4734 sayılı Kanuna “*Uygun görüş alınması ve görevlilerin sorumlulukları*” başlığı altında ek 8. madde getirilmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasında, Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin e bendi kapsamında kamu idarelerine, hizmet alım yoluna gitmeden önce, Maliye Bakanlığı ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığından görüş alma zorunluluğu getirilmekte ve görüş alınmadan ihaleye çıkılmayacağı kuralı kurumun yetkili amirlerine bir kamu görevi olarak yüklenmektedir.

İncelememizi asıl ilgilendiren düzenleme ise ek 8. maddenin 2. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre; “*62 nci maddenin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca yapılan personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihaleleri çerçevesinde çalıştırılan personel, ihale ve sözleşme konusu iş dışında başka bir işte çalıştırılmaz ve görevlendirilemez. Bu kapsamda, personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımı ihalesine çıkılmaması gerektiği hâlde ihaleye çıkılması, uygun görüş alınması gereken hâllerde alınmadan ihaleye çıkılması, ihale kapsamında çalıştırılan personelin sözleşme konusu işler dışında çalıştırılması, 4857 sayılı Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası hükmüne aykırılık teşkil edecek şekilde işlem ve eylemler yapılması nedeniyle idare aleyhine zarar ortaya çıkması hâlinde, oluşan bu zararlar; bu zarara neden olduğu tespit edilenlere rücu edilmek suretiyle tahsil edilir. Ayrıca, bu kişiler hakkında uygulanacak ceza ve disiplin hükümleri saklı kalmak üzere, bu kişilere her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dâhil yapılan bir aylık net ödemelerin beş katı tutarında idari para cezası uygulanır. 4857 sayılı Kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen itiraz veya*

diğer kanun yollarına başvurmeyan kişilere ise her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dâhil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarında idari para cezası uygulanır.”

Düzenleme incelendiğinde “*ihale kapsamında çalıştırılan personelin sözleşme konusu işler dışında çalıştırılması, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası hükmüne aykırılık teşkil edecek şekilde işlem ve eylemler...*” muvazaalı alt işveren ilişkisine neden olan ölçütlerdir¹¹. Uygulamaya bakıldığında kamu idarelerinde muvazaalı alt işveren ilişkilerinde en çok rastlanan davranış; temizlik elemanı ya da veri hazırlama ve kontrol işi için alınan işçilerin kendi alındıkları işler yerine kurumların asli işinde çalıştırılmasıdır.

Kanun koyucunun muvazaalı işlem yapan ve bu nedenle idareyi zarara sokan kamu görevlileri hakkında ortaya çıkan zararın rücu edilerek ödenmesi şeklinde bir hizmet kusurunu yaptırma bağladığı görülmektedir. Kanuni düzenlemede kamu zararı suçuna ilişkin Ceza Kanunu hükümleri¹² ile disiplin hukuku hükümlerinin¹³ uygulanması dışında doğrudan bu kişilere “*...her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dâhil yapılan bir aylık net ödemelerin beş katı tutarında idari para*” cezasının uygulanması gerektiği hükme bağlamıştır.

Ayrıca önceki kısımlarda incelediğimiz muvazaalı alt işveren ilişkisini tespit eden müfettiş raporuna karşı itiraz sürecine ilişkin olarak yetkili kamu görevlisine süresinde ilk derece mahkemesine ve üst yargı yoluna gitme mecburiyeti getiren kuralının ihlaline ek 8. maddenin 2. fıkrasının son cümlesinde; “*4857 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen itiraz veya diğer kanun yollarına başvurmeyan kişilere ise her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dâhil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarında idari para cezası uygulanır.*” şeklinde yaptırım getirilmiştir.

Son olarak 3. fıkra, “*Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından yürürlüğe konulan yönetmelikle düzenlenir.*” hükmü getirilerek konunun detaylarına ilişkin düzenlemeler yönetmeliğe bırakılmıştır.

¹¹ Muvazaa ölçütlerine ilişkin geniş bilgi için bkz.; AYDINLI, s.288 vd.

¹² TCK m.257’de düzenlenen “görevi kötüye kullanma” suçu gibi.

¹³ Kamu görevlilerinin disiplin davranışları ve cezaları genel olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125. maddesinde düzenlenmiştir.

VIII. Kamuda Alt İşveren İşçilerinin Sendikal Örgütlenmesini ve TİS Hakkından Yararlanmasını Sağlamak Amaçlı Getirilen Kanun Değişikliği

1- Genel Olarak Soruna Yaklaşım

Ülkemiz çalışma hayatında, alt işveren işçilerinin bir sendikaya üye olmasının yasak ve TİS hükümlerinden yararlanmalarının imkânsızlığı gibi yanlış ve bir o kadar da maalesef yaygın bir kanaatin olduğu bilinmektedir. Hâlbuki bu konuda yasal düzenlemeler incelendiğinde, böyle bir yasağın olmadığı ve yeterli üye sayısının mevcut olması halinde alt işveren işçilerinin bulunduğu işyerinde TİS'in yapılmasını engelleyen bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir.

Hukuki gerçeklik böyle olmasına rağmen, yukarıdaki söz konusu yanlış kanaatin yaygın olmasının bir takım temel nedenlerinin olduğunun belirtilmesi gerekir. Bu nedenlerin kaynağını, ülkemizde alt işveren ilişkilerinin kurulma şekilleri oluşturmaktadır. Bu şekil özelliklerinden ilki, alt işveren ilişkisinin genelde 1 yıl ve daha az süreli kuruluyor olmasıdır¹⁴. İkinci özellik, alt işveren işçilerinin değişik işyerlerinde farklı zamanlardaki çalışmalarıdır. Bu değişken yapı sabit işyerine göre sendikal örgütlenmeyi ciddi anlamda engellemektedir. Bir başka olumsuz özellik ise alt işveren işçilerinin, işverenlerinin ayrı ve işyerlerinin de hukuken farklı olması nedeniyle, çalıştıkları asıl işveren işyerlerinin girdikleri işkoluna dâhil edilmemeleridir.

Tüm bu yapısal ve hukuki özellikler dolayısıyla ülkemizde alt işveren işyerlerinde, sendikal örgütlenmenin minimum düzeyde olmasına bağlı olarak, TİS'ten yararlanma da neredeyse yok denecek kadar azdır. Bununla birlikte İşK m.2/7'ye göre muvazaa hükümleri ile alt işveren işçisinin asıl işveren işçisi sayılma sonucunda, asıl işverenin imzaladığı TİS kapsamına girebilmesi hukuken imkân dâhilindedir. Ancak bu sonuç açılacak olan bir dava sonucunda verilen yargı kararı ile gerçekleşmektedir.

2- Getirilen Kanuni Çözüm

Yukarıda ortaya koyduğumuz yapısal sorunları kaldırmak amacıyla, kanun koyucu aşağıda ele alınan kanuni düzenlemede kamu sektörü ile sınırlı olmak üzere alt işveren işçilerinin ilgili sendikalara üye olmalarının önünü açmaya ve bu işçileri TİS hükümlerinden yararlandırmaya çalışmıştır.

¹⁴ 6552 sayılı Kanunla bunun önüne geçilerek kamu sektöründe istisnai durumlar hariç bu süre 3 yıla çıkarılmıştır. (6552 sayılı Kanun m.14 ile 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu m.28)

Kanun koyucu 6552 sayılı kanunun 13. maddesi ile 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8 inci maddesine, “4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinde tanımlanan asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde alt işveren tarafından münhasıran bu Kanun kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde çalıştırılan işçileri kapsayacak olan toplu iş sözleşmeleri; alt işverenin yetkilendirmesi kaydıyla merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu kamu işveren sendikalarından birisi tarafından 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre yürütülür ve sonuçlandırılır.” şeklinde bir ek fıkra getirmiştir.

Getirilen yeni düzenlemenin ilk cümlesi incelenecek olursa; öncelikle kanun koyucu bu cümle ile değişikliğin uygulama alanını 4734 sayılı Kanunun 62. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerle sınırlandırmıştır. Böylece özel sektörde gerçekleşen veya kamu sektöründe olup da ilgili bent kapsamına girmeyen kamu idarelerindeki alt işveren ilişkileri, düzenleme dışında bırakılmıştır. İkinci önemli husus, düzenlemenin, kanun metninden tam olarak anlaşılmasa da, kamu idarelerindeki asıl işin bir bölümü ya da yardımcı iş ayrımı yapılmaksızın tüm alt işveren ilişkilerinde geçerli olmasıdır. Bir başka önemli husus, TİS kapsamında olan ya da TİS’ten yararlanan işçilerin, münhasıran ilgili kamu idaresinde çalışan alt işveren işçileri olduğudur. Dolayısıyla alt işveren adına yapılan TİS’ten, alt işverenin TİS kapsamında olan kamu idaresi dışındaki kamu idareleri veya özel sektörde çalışan işçilerinin, taraf sendikaya üye olsalar dahi, yararlanamayacaklarıdır.

Düzenlemenin ilk cümlesinin son kısmı ise toplu iş ilişkileri bakımından orijinallik taşımaktadır. Bilindiği gibi 6356 sayılı Kanun gereğince, toplu iş hukukunda TİS’in taraflarını işçi sendikası ile işveren sendikası ya da işverenin sendika üyeliği yoksa kendisi oluşturur. Herhangi bir işçinin veya işverenin üye olmadığı bir sendikanın TİS görüşmesine katılması mümkün değildir. Ancak söz konusu hükümde, “...alt işverenin yetkilendirmesi kaydıyla merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu kamu işveren sendikalarından birisi tarafından 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre yürütülür ve sonuçlandırılır.” şeklinde bir düzenleme getirilerek, TİS’in taraf oluşumuna ilişkin genel-geçer kuralın dışına çıkmıştır. Başka bir anlatımla, kanunda belirtilen kamu idarelerinde iş alan alt işveren işçileri arasında örgütlenen işçi sendikası, imzalanacak olan TİS’in işçi tarafını oluştururken, TİS’in işveren

tarafı olarak TİS'in kapsamında olan işçilerin işvereni olan alt işverenin kendisi tek başına taraf olarak yer alamamaktadır.

Getirilen düzenlemenin toplu iş hukukunun genel yapısına uygun düşüp düşmediği tartışmasını bir kenara bırakacak olursak, yapılan düzenleme kendi içinde hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Buna göre, bu alanda yapılacak toplu iş sözleşmelerinde, işçi sendikasının yetki alması yeterli değildir. Çünkü TİS'in işveren tarafının oluşumu için alt işverenin bu konuda merkezi idarelerde örgütlü işveren sendikalarından (şu anda Kamu-İş ya da TÜHİS) birisine TİS'in yapılması için yetki vermesi gerekmektedir. Aksi bir söyleyişle yetkili işçi sendikası toplu iş görüşmelerine ilişkin işlemleri hiçbir zaman alt işverenin kendisine karşı yapamayacağı gibi şayet yetki vermemişse kamu işveren sendikalarına karşı da yürütemez.

Şayet alt işveren kamu işveren sendikalarından birine işveren olarak kendi adına ve hesabına TİS görüşmelerinin ve TİS'in imzalanması için yetki vermemiş ise bu kanun anlamında kamu işverenlerince TİS imzalanması ya da alt işverenin TİS görüşmelerini yapması ve imzalamasının hukuki sonucu işveren tarafının ehliyetsizliği olarak neticelenecektir. Bu sonuç ise TİS'in butlanını ya da geçersizliğini doğurur düşüncesindeyiz.

Kanun koyucunun bu konuda ekonomik sonuçlu bir yaptırım getirdiğine görmekteyiz. Buna göre, “...*Toplu iş sözleşmesinin kamu işveren sendikası tarafından bu fıkraya göre sonuçlandırılması hâlinde, belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar idarece fiyat farkı ödenir. Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemez, 4857 sayılı Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez.*”

Bu hüküm gereğince, TİS kanunda belirtildiği gibi kamu işveren sendikasıyla yapılır ve TİS'te hükme bağlanan ücret ve sosyal haklardan dolayı alt işverene ödenecek ihale bedeli artarsa, bu artışın fiyat farkı olarak alt işverene ödenecektir. Bu durum bir bakıma TİS'in için kanunda öngörülen şekli zorunlu kılmaktadır. Bu şekilde uyulmadığı yani TİS kamu işverenince yapılmayıp, alt işverenin kendisi ya da kanunda belirtilen kamu işveren sendikası dışında üye olduğu bir işveren sendikası tarafından yapıldığı takdirde, söz konusu TİS'ten doğan ücret ve sosyal haklardan doğan artış alt işverene ihale mevzuatı gereği fiyat artışı olarak ödenmeyecektir. Hatta fıkranın devamında, “...*4857 sayılı Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası*

esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez.” hükmüyle asıl işveren hakkında alt işverenin taraf olduğu TİS'ten kaynaklanan işçilik haklarından kaynaklanan talepler için İş Kanunu'nda düzenlenen müteselsil sorumluluğun geçerli olmayacağı belirlenmiştir.

3- Değerlendirme

Sonuç itibariyle yukarıdaki düzenlemeler, toplu iş hukukunun öngördüğü TİS sistemine yeni bir TİS türü daha getirmekte olup, işveren tarafını tek bir şekilde belirlemekte ve buna aykırı yapılan TİS'lerin doğurduğu hüküm ve sonuçların ifasını ise zorlaştırmaktadır.

Her ne kadar kanun koyucu, bu düzenleme ile kamuda alt işveren işçilerinin örgütlenmesi ve TİS kapsamına alınması açısından belli durumlara ilişkin hak mağduriyetlerine çözüm getirmiş olsa da, toplu sözleşmede, sözleşme hukukuna nazaran zaten sınırlı olan taraf özgürlüğü iyiden iyiye daraltılmaktadır. Ayrıca kanuna uygun olarak yapılmayan TİS hükümlerinden asıl işverenin sorumluluğunu ortadan kaldırması, İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenen müteselsil sorumluluk ile çatışmaktadır. Böyle bir çatışma halinde sorunun çözümünün ortaya çıkacak uyuşmazlıkların seyrine göre farklılık göstereceğini düşünüyoruz.

Son olarak kanun koyucu söz konusu TİS'in uygulanmasına ilişkin esas ve usullerin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığınca belirleneceğini düzenleyerek bir alt düzenlemenin çıkarılacağına işaret etmektedir.

IX- Sonuç

2000 yılı sonrası kamudaki istihdam şeklinde değişiklik getiren politik düşünce ve siyasal yapı, kamuda daimi işçi çalıştırma yerine, alt işveren ilişkisini kullanarak hizmet satın alma yolu ile işçi çalıştırmayı tercih etmiştir. Kamunun bu tercihi, kısa vadede istihdam maliyetlerinin azalması sonucunu doğurmasına rağmen, yıllar sonra, uzun vadede ertelenen birçok hukuki sorunun ortaya çıkmasına, tabiri caiz ise patlamasına neden olmuştur. Özellikle, açılan ve on binleri bulan muvazaa davaları ile emsal işçi üzerinden yapılan fark ücret hesaplamalarının miktarı, tasarruf yapıldığı zannedilen miktarları kat be kat aşmış bulunmaktadır.

Ayrıca alt işverenlik ilişkisi ile kamuda sendikal örgütlenmenin de ciddi anlamda kırılması, birçok iş kolundaki işçi sendikasının kan kaybetmesine

neden olmuştur. Sosyo-politik sorunları da beraberinde getiren söz konusu istihdam yapısı, her geçen gün kanun koyucuya kendini hissettirmiş olup, incelememizde de belirttiğimiz gibi değişik tarihlerde, kanuni müdahaleler neden olmuştur.

6552 sayılı Kanunla alt işveren ilişkisine yönelik değişiklikleri genel ve özel olarak ikiye ayırabiliriz:

-Alt işveren ilişkisinde muvazaanın tespitine ilişkin itiraz ve üst yargı yoluna taşınmasına ilişkin kanun değişikliği, hem kamu hem de özel sektördeki tüm alt işveren ilişkileri için geçerlidir. Bu değişikliğin itiraz süresini uzatması ve üst yargı yolunu açması yerinde bir düzenleme iken, hukuki bir sorun olan muvazaanın tespitini, idari denetimde bırakmış olması uygun değildir.

-Kamu ve özel sektör ayrımı yapılmadan, yıllık izin hakkı ve izin süresine hak kazanılması ile hak edişten kesme yetkisine ilişkin değişiklikler, alt işveren işçilerinin mağduriyetlerini önlemek bakımından önemli ve yerinde düzenlemelerdir.

Bunun dışındaki kıdem tazminatının ödenmesine ilişkin kanun değişikliği ile alt işveren sözleşmelerinin en az 3 yıl olması, muvazaalı alt işveren ilişkisini yapan kişilere doğrudan parasal yaptırım uygulanması ve sendikal örgütlenmenin önünü açan yeni bir TİS şeklinin öngörülmesine ilişkin kanun değişiklikleri ise sadece kamu idareleri için getirilmiştir. Sadece kamu idareleri için getirilen bu değişiklikler için genel olarak söylenebilecek temel özellik; kamudaki alt işveren ilişkilerinden ortaya çıkan sorunlara palyatif(lokal) çözümler getirmiş olmasıdır. Kanuni düzenlemelerdeki kamu idareleri için getirilen söz konusu kazuistik yaklaşımın, sorunun az da olsa şekil değiştirmesi halinde kanun boşluklarına neden olacağı kaçınılmaz gözükmektedir.

KAYNAKLAR

- AKTAY, Nizamettin/ ARICI, Kadir/ SENYEN KAPLAN, Tuncay E. *İş Hukuku*. Ankara: 2013.
- AKYİĞİT, Ercan. *Alt İşverenlik*. Ankara: 2011.
- AYDINLI, İbrahim. *Alt İşveren İlişkisi (Taşeron) ve Muvazaa Sorunu*. b.3. Ankara: 2013.
- AYKAÇ, Bahar Hande. Kamu Kurum ve Kuruluşlarında İş Hukukunun Uygulanmasına İlişkin Bazı sorunlar. *LEGAL İHSGHD*, S. 25, Y. 2010, s.101-134
- BAŞBUĞ, Aydın. *Alt İş İlişkileri ve Güncel Sorunları*. Ankara: 2010.
- ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat. *İş Hukuku Dersleri*. b.27. İstanbul: 2014.
- EKMEKÇİ, Ömer. Kamu İşverenin Özel Sektör İşvereni Karşısında Kayrılması ve Anayasanın Eşitlik İlkesinin Açık İhlali. *Legal İHSGHD*, S. 12, Y. 2006, s.1173-1180.
- EKONOMİ, Münir. Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkinin Kurulması ve Sona Ermesi. *Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları II, Nuri Çelik'e Saygı*. İstanbul: 2008, s.21-52.
- GEREK, Nüvit. Kamu Kuruluşlarında Hizmet Alım İhaleleri Kapsamında Çalıştırılan Alt İşveren İşçileri ile İlgili Sorunlar. *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Y. 2007, C. 15, S. 4, s.81-90.
- GÖKTAŞ, Seracettin. Alt İşverenlik Uygulamasının Bazı Önemli Sorunları. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y. 3, S.12, Aralık 2008. s. 97-105.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhuttin. *İş Hukuku*. Ankara: 2011.
- SUBAŞI, İbrahim. İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi. *Prof. Dr. Sarper SÜZEK'e Armağan- C.I*. İstanbul: 2011, s.125-186.
- SÜZEK, Sarper. *İş Hukuku*. b.10. İstanbul: 2014.
- YENİSEY DOĞAN, Kübra. Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Bu İlişkiden Kaynaklanan Hukuki Sorunlar. *Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi ve Uygulamadaki Sorunlar, Panel ve Görüşmeler*. Antalya: 2009, s.19-51.
- YILMAZ, Ejder. Alt İşverenlik İlişkinin Muvazaalı Olduğunu Tespit Eden İş Müfettişi Raporuna Karşı İtiraz Davası. *Çimento İşveren Dergisi*, Ocak 2009, s.4-21.

TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ İLE YAPILAN YENİ YEVMİYE DÜZENLEMESİNİN “İŞÇİ LEHİNE ŞART İLKESİ”NE AYKIRI OLDUĞUNA İLİŞKİN YARGITAY KARARI DEĞERLENDİRİLMESİ

İbrahim AYDINLI*

ÖZET

İş hukukunun başlıca temel prensiplerinden biri işçiyi koruma ilkesidir. Bu ilke işveren karşısında işçinin sosyal ve ekonomik olarak zayıflığından kaynaklanmaktadır. Öte yandan işverenin de işçiler arasında eşit davranma borcuna aykırı olmamak kaydıyla yönetim hakkına sahip olduğu hukuki bir gerçekliktir.

Toplu iş sözleşmesinin en önemli işlevi, işyerinde belli bir süre barış ve düzenin sağlanmasıdır. Bu durum her iki taraf içinde hukuki ve ekonomik güvenceyi getirmektedir. Bu anlamda işverenin toplu iş sözleşmesine dahil olan işçilerin yevmiyelerini (günlük ücret) bir düzen içinde belirlemek istemesi gayet doğaldır.

Bir başka anlatımla TİS'in uygulanması neticesinde işçilerin ferdi iş sözleşmesi dönemindeki çıplak yevmiye ücreti rakamsal olarak düşürülmüş olabilir. Burada önemli olan sosyal haklarla beraber işçiye ödenen ücretin aylık toplam miktarıdır. Sonuç itibarıyla söz konusu durumu değerlendirmeden günlük yevmiyenin düşürüldüğüne karar veren Yargıtay kararına katılmak mümkün değildir.

***Anahtar Kelimeler:** İş hukuku, işçiyi koruma ilkesi, toplu iş sözleşmesi, yevmiye, ücret*

ASSESSMENT OF THE SUPREME COURT'S DECISION ABOUT CONTRADICTION OF THE NEW PER DIEM REGULATION MAKING WITH COLLECTIVE BARGAINING TO “PRINCIPLE OF CONDITION IN EMPLOYEE'S FAVOUR”

ABSTRACT

One of the main principle of the labour law is the principle of protecting employee. This principle stems from the social and economic weakness of the employee against the employer. On the other hand it is a legal reality that employer has the right of govern provided that equal treatment execution between employee.

* Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

The most important function of the collective bargaining is to provide peace and order in the workplace in a certain period. This situation brings the legal and economic security to the both sides. In this sense, the employer demand which is about the designate the per diem (per day wage) of employees who are inclusive of collective bargaining in a order is quite natural.

In other words, employees' per diem which determinated in individual employment contract can be reduced numerically with the implementation of collective bargaining. The important thing at this place is the total amount of the wage which paid the employee monthly. As a result, it is impossible to share the Supreme Court's decision which is decided that the reducing of per diem without assesment of the situation being talked about.

Keywords: *Labour law, principle of protecting employee, collective bargaining, per diem, wage*

I- Yargıtay Kararı

TC. YARGITAY

9. Hukuk Dairesi

Esas No :2013/10617

Karar No :2014/25520

DAVA : Davacı, ücret farkı, ilave tediye ücreti farkı, ikramiye farkı, iş gücü tazminatı farkı, bakım tazminatı farkı, fazla mesai ücreti farkı alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteğin reddine karar vermiştir. Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili dava dilekçesinden özetle; müvekkilinin davalıya ait işyerinde teknisyen olarak çalıştığını, 15.06.2004 tarihine kadar 31 TL/gün ücret üzerinden çalışmakta iken oluru alınmaksızın İş Yasası'nın 62, 22. Md'si, TİSGLK. Nun 6/2 md'sine aykırı olarak 24,44 TL'sına düşürüldüğünü, sonraki TİS zamlarının eksik ücret üzerinden uygulanan, dolayısıyla ücret ve

ücrete bağlı ilave tediye, ikramiye, iş güçlüğü tazminatı, bakım tazminatı ve fazla çalışma ücretlerinin eksik ödendiğini iddia ederek ücret farkı, ilave tediye ücreti farkı, ikramiye farkı, iş güçlüğü tazminatı farkı, bakım tazminatı farkı, fazla mesai ücreti farkı alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili cevap dilekçesinde özetle; İçlerinde davacının da bulunduğu bir grup işçinin sınavla kayıp kaçak taramaları, kaçak ihbarlarının değerlendirilmesi, abone bilgi kütüklerinin incelemesi endeks okuma, açma, sayaç sökme – takma işlerini üstlenen yüklenicilerin denetlenmesi işinde geçici işçi kadrosu ile işe alındığını, TEDAŞ Genel Müdürlüğü’nün 28.08.2007 tarihli yazıları uyarınca sürekli işçi kadrolarına geçirildiğini, davacının Tes-İş Sendikası üyesi olduğunu, TEDAŞ Genel Müdürlüğü ile üyesi Tes-İş Sendikası arasında 31.05.2004 tarihli protokol yapıldığını, bu protokol uyarınca davacının ücretinin sözleşmede öngörülen görev tanımının karşılığı 31 TL’den 24,44 TL’ye çekildiğini ve TİS’ne uygun olarak ücret ve ücrete bağlı alacaklarının ödendiğini, muvafakati alınmaksızın ve TİS’ne aykırı olarak ücretinin düşürülmesinin söz konusu olmadığını, zira TİS gereği temel ücret dışında öngörülen sosyal yardım ve ek ödemelerin ilavesi ile davacının giydirilmiş ücretlerinde herhangi bir düşme olmadığını, davanın reddi gerektiğini, kaldı ki bir kısım talep ve dava konusu yapılan alacakların zamanaşımına uğradığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davanın reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı yasal süresi içerisinde temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Davacı işçi davalı işverenlik nezdinde hizmet ilişkisi çerçevesinde çalışmaya başladığını. Daha sonra sendikaya üye olduğunu, TİS’nden yararlanmaya başlaması ile birlikte iş sözleşmesinde kararlaştırılan ücret miktarının düşürüldüğünü iddia ederek ücret farkından kaynaklı işçilik alacaklarını taleplerinde bulunmaktadır.

Dava tarihinde yürürlükte bulunan 2822 sayılı TİSGLK ‘un 6. Maddesinde, “Toplu İş sözleşmesine aykırı olamaz. Hizmet akitlerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler

alır. Hizmet akdinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesindeki hükümler uygulanır. Toplu iş sözleşmesinde hizmet akitlerine aykırı hükümlerin bulunması halinde hizmet akdinin işçi lehindeki hükümleri geçerlidir...” düzenlemesi yer almaktadır.

Yukarıdaki hüküm “işçi lehine şart ilkesi” olarak adlandırılan kuralın Türk İş Hukukundaki pozitif yansımaları oluşturmaktadır. Söz konusu hüküm gereğince normlar hiyerarşisinde iş sözleşmesine nazaran daha üstte bulunan toplu iş sözleşmeleri hükümleri yerine iş sözleşmeleri hükümleri ancak işçi lehine olmak koşuluyla uygulanma kabiliyetine sahiptir. Bir başka ifadeyle iş sözleşmesi ile toplu iş sözleşmesinde farklı düzenlemeler yer aldığında iş sözleşmesi hükmü daha işçi lehine olmak koşuluyla somut olaya tatbik edilebilir.

Somut olaya dönüldüğünde davacının iş sözleşmesi ile karşılaştırılan temel ücretinin düşürüldüğü anlaşılmaktadır. Bu ücretin düşürülmesi işlemi 4857 sayılı İş Kanunu’nun 22. maddesine göre değil toplu iş sözleşmesi ile yapılmıştır. Nitekim İş Kanunu’nun 22. maddesindeki prosedüre uyulup işçinin yazılı rızasının alındığı da iddia ve ispat edilmiş değildir. Öte taraftan TİS’lerle belirlenen ücretlerin ödendiği savunulmuş ise de öncelikle dosyada yer alan TİS’lerde davacının ücretine ilişkin doğrudan bir düzenleme ve cetvele rastlanılmamıştır. Sadece TİS’in 72. Maddesinde sözleşme anlamında asgari ücret tanımlanmış ve sözleşmenin eki niteliğindeki cetvellere göre belirleneceği ifade edilmiştir.

İşveren tarafından toplu iş sözleşmelerinin uygulanması neticesinde iş sözleşmesinde kararlaştırılan ücretin davacının sendikaya üyeliği ve TİS’nden yararlanmaya başlanması üzerine düşürülmesi 2822 sayılı TİSGLK’nın 6. Maddesi uyarınca işçi lehine şart ilkesinin nazara alınarak hesap dönemine ilişkin tüm ücret bordroları dosyaya getirilmek suretiyle gerekirse bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle davacının ücret farkından kaynaklı taleplerine ilişkin yeniden bir karar verilmelidir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 08.09.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

III-DAVA KONUSU OLAYIN ESASI;

Davacı işçi, davalı işletmede 31 TL yevmiye ücreti ile 1.10.2003 tarihinde teknisyen olarak ferdi iş sözleşmesi ile geçici işçi olarak çalışırken,

31.05.2004 tarihli TEDAŞ Genel Müdürlüğü ile TES-İş Sendikası arasında yapılan TİS ek protokol gereği davacı gibi olan işçilerin sürekli işçi kadrolarına geçirilmesi öngörülmüş ve davacı 30.04.2004 tarihinde sendika üyesi bulunduğu işletmede yürürlükte olan TİS'ten yararlanması nedeniyle görev tanımına uygun olarak 15.6.2004 itibaren TİS'e ekli ücret cetvelinde yevmiye ücreti 24.44 TL üzerinden ödenmeye başlanmıştır.

Davacı taraf, İş Kanunu'nun 62, 22. md'si, TİSGLK'nun 6/2 md'sine aykırı olarak yevmiyenin 24,44 TL'ye düşürüldüğünü, dolayısıyla ücret ve ücrete bağlı ilave tediye, ikramiye, iş güçlüğü tazminatı, bakım tazminatı ve fazla çalışma ücretlerinin eksik ücret üzerinden ödendiğini bundan kaynaklanan ücret farkı, ilave tediye ücreti farkı, ikramiye farkı, iş güçlüğü tazminatı farkı, bakım tazminatı farkı, fazla mesai ücreti farkı alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmektedir.

Davalı taraf ise davacının da bulunduğu bir grup işçinin işletmeye geçici işçi kadrosu ile işe alındığını, TEDAŞ Genel Müdürlüğü'nün ek protokolü gereği davacı işçinin sürekli işçi kadrolarına geçirildiğini, davacının sendika üyesi olduğunu, davacının ücretinin TİS'te düzenlenen ücret cetvelinde öngörülen görev tanımının karşılığı 31 TL'den 24,44 TL'ye çekildiğini ve TİS'ne uygun olarak ücret ve ücrete bağlı alacaklarının ödendiğini, muvafakati alınmaksızın ve TİS' ne aykırı olarak ücretinin düşürülmesinin söz konusu olmadığını, zira TİS gereği temel ücret dışında öngörülen sosyal yardım ve ek ödemelerin ilavesi ile davacının giydirilmiş ücretlerinde herhangi bir düşme olmadığını, davanın reddi gerektiğini, kaldı ki bir kısım talep ve dava konusu yapılan alacakların zamanaşımına uğradığını savunarak davanın reddini talep etmiştir.

Yerel mahkeme davacının iddiasını usulden kısmen, esastan ise tamamen haksız bularak davayı reddetmiştir. Yerel mahkeme özetle; öncelikle ücrete ilişkin hak taleplerinin 16.1.2012 tarihli dava tarihi itibariyle geriye doğru 5 yıldan fazla süre geçen kısmın, yani 16.1.2007 tarihinden önceki ücret taleplerinin zamanaşımına uğradığını karara bağlamıştır.

Yerel mahkeme davanın esasına ilişkin olarak ise davacı işçinin 30.06.2004 tarihinden dava açılıncaya kadar geçen 7 yıllık süre zarfında işverene karşı yevmiye düşüklüğü şeklinde ihtirazı kayıt dahil herhangi bir talepte bulunmadığını, sendika üyesi olması ve TİS'ten yararlanmasının tamamen kendi iradesiyle gerçekleştiğini, sendika ile işveren arasında protokol gereği kararlaştırılan ve TİS'e eklenen ücret tablosunun davacı,

henüz TİS'ten yararlanmadan önce karşılaştırıldığı için davacıdan ayrıca buna ilişkin bir muvafakatin alınmasına gerek olmadığı, öte yandan davacının TİS'ten yararlanma süresi içinde eline geçen toplam aylık ücretin önceki ücreti ile aralarında bir fark olmadığını belirtmiş, tüm bunlardan dolayı davacının taleplerinin reddi gerektiğine karar vermiştir.

Yüksek mahkeme ise dava tarihinde yürürlükte bulunan 2822 sayılı TİSGLK 'un 6. Maddesinde, "Toplu İş sözleşmesine aykırı olamaz. Hizmet akitlerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır. Hizmet akidinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesindeki hükümler uygulanır. Toplu iş sözleşmesinde hizmet akitlerine aykırı hükümlerin bulunması halinde hizmet akidinin işçi lehindeki hükümleri geçerlidir..." hükmü gereği "işçi lehine şart ilkesi" gözönüne alınarak davacının ferdi iş sözleşmesindeki ücretinin düşürülemeyeceğinden davacı işçinin hesap dönemine ilişkin tüm ücret bordroları dosyaya getirilmek suretiyle gerekirse bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle davacının ücret farkından kaynaklı taleplerine ilişkin yeniden bir karar verilmelidir. Şeklinde görüş beyan ederek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

IV- Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi

Uyuşmazlığın zamanaşımına ilişkin kısmı bir kenara bırakılacak olursa; Yargıtay kararının esasının değerlendirilebilmesi için aşağıda vardığımız kanaatlerimizi açıklamaya çalışalım.

A-Öncelikle davacı işçinin Yargıtay kararından anlaşıldığı kadarıyla; TİS'ten yararlanmak isteme hakkı neticesinde ücretinde meydana gelen değişiklik ve/veya düzenleme İşKm.62'nin kapsamına girmez kanaatindeyiz.

Şöyle ki;

İşKm.62'ye göre: "Her türlü işte uygulanmakta olan çalışma sürelerinin yasal olarak daha aşağı sınırlara indirilmesi veya işverene düşen yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesi nedeniyle ya da bu Kanun hükümlerinden herhangi birinin uygulanması sonucuna dayanılarak işçi ücretlerinden her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılamaz." Kanun hükmüne bakıldığında işverenin işçiye verdiği ücreti tek taraflı olarak çalışma sürelerini düşürdüğü ya da kanuni bir yükümlülüğü (örneğin iş sağlığı ve güvenliği hükümlerini yerine getirdiği ya da işçilere dinlenme haklarını kullandırması gibi) yerine getirdiği için düşüremeyeceği amir hüküm şeklinde düzenlenmiştir.

Somut uyuşmazlık incelendiğinde; işverenin kanun metninde bahsedilen bir yükümlülüğü yerine getirdiği için değil tam tersine işçilerin kendi istekleri ile toplu iş sözleşmesi tarafı olan sendika üyesi olup yürürlükteki TİS hükümlerinden yararlanmak istedikleri için TİS düzeninde öngörülen ücret skalasına uygun olarak TİS’te öngörülen ek ücretler dahil toplam aylık ücretlerinde bir değişiklik olmazken şeklen günlük/yevmiye’de rakamsal bir düşüş gerçekleşmiştir.

Gerçekleşen tüm bu işlemler uyuşmazlığa konu olayın vukuunda meri mevzuat olan 2822 sayılı TSGLK’nun 9. maddesinde düzenlenen TİS’ten yararlanma hakkına dayanılarak yapılmış olup işçilerin toplu iş hukukundan kaynaklanan en tabi hak taleplerinin karşılanmasından başka bir durum değildir. O halde uyuşmazlık konusu olayın çözümünde davacı tarafın İşKm.62’yi hukuki dayanak olarak göstermek mümkün değildir. Çünkü taraflar iş sözleşmesi ile ya da TİS ile ücrette değişiklik yapabilirler¹.

B-Davacı işçilerin kendi iradeleri ile TİS’ten yararlanma istekleri ve iş sözleşmelerinde düzenlenen hüküm gereği TİS düzenine iradi biçimde tabi olmaları sonucunda toplam ücret miktarını negatif olarak etkilemeyen günlük yevmiye miktarındaki şekli düşüş esaslı bir değişiklik değildir. Bundan dolayı TİS’ten yararlanma hakkı sonucunda toplam ücrette meydana gelen değişikliğin İşKm22’ye göre değerlendirilmesi mümkün değildir.

Her ne kadar somut uyuşmazlıktaki değişikliğin İşKm.22 ile açıklanamayacağını Yüksek mahkeme haklı olarak kararında belirtmiş olsa da konuya ilişkin kısa da olsa açıklama yapmanın yararlı olduğu kanısındayız.

İşKm.22’de *“İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda*

¹ Benzer görüş için bkz: ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 27. Bası. İstanbul, 2012, s.197,198, AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/ KAPLAN, SENYEN E.Tuncay; İş Hukuku, Yenilenmiş 6. Bası, Ankara, 2013, s.118

17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir. Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz.” hükmünün iyi anlaşılabilmesi için kanun maddesinin tamamının sistematik olarak bir bütün şeklinde değerlendirilmesi gerekir.

Söz konusu kanun metninin uygulanabilmesi için öncelikle yapılan değişikliğin esaslı bir değişiklik olması ve bu esaslı değişikliğin işveren tarafından işçinin rızası olmadan yapılması gerekir. Ancak bu şartlardaki değişiklik işçiyi bağlamayacağından işçi buna dayanarak haklı nedenle fesih hakkını kullanabilir (İşKm.24/II-e). Ancak işveren yapılan bu esaslı değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını ispat ederek esaslı değişikliğe işçinin uymasını isteme hakkı olduğu ve işçi buna uymadığında işçinin iş sözleşmesini en azından işyeri ve işletme gereği geçerli nedenle feshedebilecektir (İşKm.22/1).

Tüm bunların yanında işçi ile işveren her zaman çalışma koşullarını aralarında anlaşarak değiştirebilirler. Bu anlaşma birebir olabileceği gibi işçinin işverence yapılan değişikliğe karşın hiçbir itirazda bulunmayarak yapılan değişikliğe göre uzunca bir süre çalışması ya da böyle değişikliklere karşın önceden rıza göstermiş olması şeklinde de olabilir ki; personel yönetmeliklerinde ya da iş sözleşmelerine konulan saklı kayıtlar buna en iyi örnektir².

Somut uyuşmazlığa ilişkin Yargıtay kararına konu olan dava dosyasındaki bilgi ve belgeler incelendiğinde; ilk anda bakıldığında davacı işçilerin çalışırken günlük yevmiye ücretlerinde düşüklük olduğu bu yüzden de toplam ücretlerinde de düşüklük olduğu zannedilebilir. Ancak işçilerin eline geçen ücretin tümüne bakıldığında örneğin günlük yevmiyesi yüksek olduğu dönemde 930 TL civarında alan davacı işçi TİS sistemine dahil olduktan sonra ücretinin asıl ücrete eklenen ücret ekleri ile düşme değil artışların olduğu ortaya çıkmaktadır. Özellikle giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanan kıdem ve ihbar tazminatı için bu durum tamamen işçilerin lehine bir durum yaratmaktadır.

Kanaatimizce yevmiye ücretinde değişikliğin nedeni ve dayandığı gerçek hukuki olay; işçilerin kendi iradeleri ile işletmede yürürlükte olan TİS'ten yararlanmak için taraf sendikaya üye olmaları ve TİS'ten yararlanma talepleridir. *Bir başka anlatımla yevmiye ücretinde değişiklik işçilerin rızası*

² Geniş bilgi için bkz; ALP, Mustafa; İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2005, s.243vd., ŞEN, Murat; İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara, 2005,s.97.

olmadan değil tam tersine kendi istekleri ile sendika üyeliği ve TİS'ten yararlanma isteklerine dayanmaktadır.

Öte yandan davacı işçinin TİS sistemine dahil olduğunda TİS'te belirlenen ücret skalasına göre ücretlerinin belirlenmesine rıza gösterdiklerini ilk işe girerken imzaladıkları **2003 tarihli belirli süreli iş sözleşmesinin 4. maddesi ile işletmeyi devralan işverenle yaptığı 2011 tarihli belirsiz süreli iş sözleşmesinin 7. maddesinde** açıkça görmek mümkündür. Her iki sözleşmede de işçinin sendika üyesi olup TİS'ten yararlanmaya başladığında ücretinin TİS'e göre belirleneceği düzenlenmiştir. Buna göre davacı işçinin 2003 tarihli sözleşmesinde de olduğu gibi benzer bir düzenleme 2011 tarihli iş sözleşmesinin 7. maddesinde de aynen “ *işçi sendikaya üye olduğu tarihten itibaren işyerinde meri toplu iş sözleşmeleri ile öngörülen şartlar ve esaslar dahilinde diğer işçilere tanınan hak ve menfaatlerden istifade edecektir.*” şeklinde ifade edilmiştir.

Görüldüğü gibi davacı işçi işe girerken imzaladıkları iş sözleşmesinin ilgili hükmü gereği kendi istekleri ile taraf sendikaya üye oldukları ve mevcut TİS'ten yararlanma talebinde bulduklarında, TİS'te hükme bağlanan ücret skalasından ve ilgili ücret eklerinden yararlanmayı kabul etmiş sayılmaktadır. Hatta bu durum TİS düzenine tabi olmada esas anlamda yani ücretlerin toplamında bir düşüklük meydana getirmiş olsa dahi (ki somut olayda tam tersine artış göstermiştir.) işçiye sonradan bir dava hakkı vermez kanısındayız. Çünkü davacı işçiler kendi özgür iradeleri ile söz konusu iş sözleşmesi ile ve buna dayalı olarak TİS'in uygulanması sonucuna rıza göstermişlerdir³.

Hemen şunu da belirtmeliyiz ki; öncelikle TİS'te yer alan yevmiye ücretindeki rakamsal düşüklük işçiye TİS gereği ödenen ücret üzerinde eskiye oranla gerçek anlamda bir düşüklük değildir. Ayrıca davacı işçilerin kendi iradeleri ile sendikaya üye olmaları ve TİS'ten yararlanma talepleri ile daha önce imzaladıkları ferdi iş sözleşmelerinde de yer alan 4 ve 7. madde hükmündeki düzenleme işçinin rızası olmadan işçi ücretlerinde düşüklük yapıldığı iddiasını tamamen boşa çıkarmakta ve davacı tarafın iddiasını hukuken mesnetsiz olduğunu ortaya koymaktadır.

C- TİS hükümlerinin ferdi iş sözleşmeleri üzerinde emredici etkisi ve TİS ile sağlanmak istenen çalışma barışı ve düzen ilkesi işçi lehine olan ferdi iş sözleşmelerinin hükümlerinin uygulanmasını gerçek anlamda engellemez.

³ Farklı görüş için bkz; AKTAY/ARICI/KAPLAN, s.530.

Somut olay döneminde mer'î mevzuat olan 2822 sayılı Kanunun 6. maddesinde aynen “*Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe hizmet akitleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. Hizmet akitlerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır. Hizmet akdinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesindeki hükümler uygulanır. Toplu iş sözleşmesinde hizmet akitlerine aykırı hükümlerin bulunması halinde hizmet akdinin işçi lehindeki hükümleri geçerlidir.*” ifadeleri yer almaktadır.

Şu anda yürürlükte olan 6356 sayılı STİSK’in 36. maddesinde de aynen “*Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. İş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır. Toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmelerine aykırı hükümlerin bulunması hâlinde ise iş sözleşmesinin işçi yararına olan hükümleri geçerlidir.*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Hem eski hem de yeni toplu iş sözleşmesi mevzuatında TİS’in ferdi iş sözleşmelerinin üzerinde emredici etkisi olduğu, ferdi iş sözleşmesinde olmayan hükümler yerine toplu iş sözleşmesi hükümlerinin geçerli olacağı, ancak ferdi iş sözleşmelerinde TİS’e göre daha lehe bir hüküm varsa buna göre işverenin ferdi iş sözleşmesi hükmünü uygulaması gerektiği kabul edilmiştir⁴.

Böylece Türk toplu iş hukuku siteminde yüksek mahkemenin de haklı olarak belirttiği gibi işçi lehine şart ilkesi gereği⁵ TİS’in ferdi iş sözleşmeleri üzerindeki emredicilik ve boşluk doldurma veya tamamlayıcı etkisi ilke olarak benimsenmiştir.

Somut uyuşmazlıkta meseleye sadece yevmiye ücreti üzerinden bakıldığında iş sözleşmesindeki hükmün işçi lehine olarak aynen uygulanmaya devam edilmesi gerektiği akla gelebilir. Ancak davacı işçinin 2003 ve 2011 tarihli ferdi iş sözleşmelerinin 4. ve 7. maddelerine bakıldığında işçilerin kendi iradeleri ile TİS düzenine geçmeleri halinde artık TİS ile belirlenen ücret sistemine göre ücretlerini almayı kabul ettikleri gayet açıktır. Böyle bir maddenin iş sözleşmelerine konulmasının ana nedeni ise TİS ile amaçlanan **çalışma barışı ve düzen ilkesinin** işyeri ya da işletme düzeyinde oluşturulmak istenmesidir. Şayet toplu iş sözleşmesine rağmen TİS düzenine yeni katılan işçilerin ücretlerindeki farklılık korunur ya da farklılık getirilirse böyle bir durum TİS ile ulaşılmak istenen düzen ve barış ilkesini tamamen ortadan

⁴ BAŞBUĞ, Aydın; Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Ankara, 2012, s.160.

⁵ AKTAY/ARICI/KAPLAN, s.530.

kaldırır⁶. Bu aynı zamanda işverenin işçilere karşı eşit davranma borcunun ihlalini de beraberinde getirir⁷.

Somut uyuşmazlıkta davacı işçilere ait iş sözleşmesinin bariz ve yoruma tabi olmayan söz konusu 8. maddesinin hükmünü sözde işçi lehine yorumlamak hem işçi lehine yorum ilkesinin içeriğini boşaltmak anlamına gelir hem de TİS ile kararlaştırılan ücret sistematüğünü tamamen işlevsiz bırakır. Bu sonuca varmamızın temel nedenlerinden biri işçi lehine yorum ilkesine sadece yorum gerektiren belirsiz hallerde başvurulması gerektiğinin tüm yargı ve doktrince kabul edilmesidir⁸. İkincisi ise TİS ile düzenlenen ücret skalasının amacı işçi ücretlerinin belirli bir düzen içinde eşit işe-eşit ücret ilkesi çerçevesinde taban yevmiye ücret miktarının oluşturularak giydirilmiş ücreti oluşturan kalemlerin ise tüm işçilere aynen uygulanmasıdır.

D- Davacı işçinin yıllar sonra konuya ilişkin bir alacak talebinde bulunmaları dava hakkının kötüye kullanımını gösterir kanısındayız.

Uygulamada işçilerin çalışırken işverene karşı dava açmaları hukuken mümkün iken işten çıkarılma korkusu nedeniyle çalışırken dava açmalarının zorluğu malum bir durumdur. Ancak özellikle TİS olan bir işyerinde sendika üyesi olan işçilerin iddia edildiği gibi ücretlerinin tek taraflı işverence düşürülmesine öncelikle sendikanın sendikal gücünü göstererek buna kesinlikle rıza göstermeyeceği aşikardır.

İlk derece mahkemesinin kararında da belirtildiği gibi TİS’in uygulandığı 2004 yılından davanın açıldığı 2012 yılına kadar tam 7 yıllık süre zarfında ne işçilerin ferdi olarak ne de sendikanın işçiler adına açtığı aynı konuda bir dava bulunmamaktadır. Zaten böyle bir davanın açılması mümkün değildir. Çünkü işçiler bu durumu ferdi iş sözleşmelerinde kabul etmiş olup TİS’le öngörülen ücret eklerinin verilmesi ile işçilik ücretlerinin değişmediği hatta arttığı görülmektedir.

Tüm bunların neticesinde davacı işçinin ya da sendikanın işçi adına ücretinde düşüklük olduğuna dayanarak 7 yıl boyunca hiçbir itirazı kayıt koymadan çalıştıkları dönemde çalışma şartları ve ücretlerden dolayı bir hak talepleri yokken ya da işçi herhangi bir fesih hakkı kullanmazken ve bu şartlar altında 7 yıl gibi bir süre çalıştıktan sonra konuyu sadece toplam ücretin tabanını oluşturan gün yevmiye üzerinde şekli ya da rakamsal yönüyle ele alıp

⁶ TUNCAY, Can; Toplu İş Hukuku, 2. Bası. İstanbul, 2010, s.136,137.

⁷ CAN Tuncay; İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, 1982.

⁸ SÜZEK Sarper; İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2013, s.22,28

dava açma haklarını kullanmaları dava açma hakkının yerinde kullanılmadığını hatta kötüye kullanıldığını göstermektedir.

E- Aynı konuda Yargıtay'ın 7. Hukuk Dairesi ilk derece mahkemesinin davanın reddine ilişkin kararını haklı olarak aynen onamıştır.

Yargıtay 7.HD'si 6.5.2013 tarihli 2013/15393E, 2013/ 8156K sayılı kararı ile Samsun 3. İş mahkemesinin 22.3.2013 tarihli 2012/242E, 2013/162K sayılı kararını aynen onamıştır. İlk derece mahkemesi; davacı işçinin kendi iradesi ile sendikaya üye olup TİS'ten yararlandığı için şekli olarak TİS'ten öngörülen yevmiyenin uygulanmasının işverenin tek taraflı ücreti düşürme davranışı olmadığını tespit etmiştir. İlk derece mahkemesi ayrıca işçilerin yıllarca bu şekilde çalıştıktan sonra böyle bir talepte bulunmalarının hukuka uygun olmadığı ve ücretlerin sadece yevmiye ücretinden değil aynı zaman TİS'te düzenlenen ek ücretlerden de oluştuğunu belirterek haklı olarak davayı reddetmiştir.

F- Yargıtay'ın 22. Hukuk Dairesi aynı konuda ilk derece mahkemesinin davayı kabul üzerine verdiği verdiği kararı işveren lehine bozmuştur.

İlk derece mahkemesi olan İzmir 9. İş Mahkemesi 13.9.2012 tarihli 2012/32E., 2012/483K sayılı kararıyla davayı zamanaşımı dışında kalan kısmı ile kabul etmiştir. Kararın temyiz talebi üzerine Yarg. 22. HD 10.10.2013 tarihli 2012/26219E, 2013/21368K sayılı kararıyla davacının günlük yevmiyesinin TİS düzeni içinde şeklen düşmüş olsa bile işveren ile sendikanın yaptığı protokol gereği TİS imza tarihinden sonra işyerinde sendikaya üye olan tüm işçiler için görev ünvanlarına tekabül eden ücret cetveli belirlendiğini tespit etmiştir. 22. Daire kararında yapılan işlemin sadece davacı için olmadığını, davacı gibi olan tüm işçilerin kendi iradeleri ile sendikaya üye olduklarını, ayrıca TİS'ten kaynaklanan giyim, gıda, yemek, ikramiye ve ilave tediye gibi ödemelerle davacının aylık ücretinin önceki ücretine göre birkaç kat artması gibi hususların gözden kaçırıldığını belirterek, ilk derece mahkemesinin kararını haklı olarak bozmuştur.

V-SONUÇ

- 1- Somut uyuşmazlık İşKm.62 anlamında işverenin çalışma sürelerini indirme ya da kanun metninde bahsedilen bir yükümlülüğü yerine getirdiği için ortaya çıkan bir uyuşmazlık değildir.

- 2- Davacının iddia ettiği gibi ferdi iş sözleşmesindeki tek kalem ücretin çalışılan günlere bölünerek bulunan yevmiye gün hesabı ile TİS’te belirlenen ücret skalasındaki sadece yevmiye ücreti esas alarak karşılaştırmak, sağlaması doğru olmayan bir matematiksel kıyaslamadır. Esas olan ferdi iş sözleşmesi ile işçinin eline geçen aylık ücret ile daha sonraki aylarda TİS ‘e göre ödenen aylık ücretin karşılaştırılmasıdır. Netice olarak; işçinin yararına olanın buna göre belirlenmesidir. Bu anlamda meydana gelen değişiklik esaslı bir değişiklik değildir.
- 3- TİS döneminde davacı işçinin ücretlerinde bireysel sözleşme dönemindeki şekli olarak yevmiyelerindeki esasa etkili olmayan rakamsal düşüş; işverenin tek taraflı yaptığı bir işlem olmayıp tam tersine; mevcut TİS’ten yararlanarak daha yüksek ücret almak için işçilerin sendikaya kendi iradeleri ile üye olmaları ve TİS’ten yararlanma talepleri üzerine gerçekleşmiştir.
- 4- Davacının iddia ettiği gibi ücretlerdeki değişikliği bir an esaslı değişiklik olarak kabul etsek dahi davacı işçilerin iş sözleşmelerinin 4. ve 8. maddesindeki “ *işçi sendikaya üye olduğu tarihten itibaren işyerinde meri toplu iş sözleşmeleri ile öngörülen şartlar ve esaslar dahilinde diğer işçilere tanınan hak ve menfaatlerden istifade edecektir.*” hükmü gereği işçilerin böyle bir duruma iş sözleşmesi ile saklı kayıt olarak açıkça rıza gösterdikleri tartışmasızdır.
- 5- Somut uyuşmazlıkta dosyaya sunulmuş olan davacı işçilere ait iş sözleşmesinin bariz ve yoruma tabi olmayan söz konusu 4. ve 8. maddesinin hükmünü sözde işçi lehine yorumlamak, işçi lehine yorum ilkesinin içini boşaltmak anlamına geleceği gibi hem de TİS ile kararlaştırılan ücret sistematığını bilerek ters yüz etmektir.
- 6- Son olarak şunu belirtmeliyiz ki İş Hukukunun işçiyi koruyucu ilkeleri sadece işçiler için getirilmiş olup işçiler adına hak iddia eden dava vekillerini korumak için değildir. Bu nedenle ilk derece mahkemesinin vardığı karar sonucuna katılmakla beraber Yargıtay’ın kararına katılmamaktayız.

KAYNAKLAR

AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/ KAPLAN, SENYEN E.Tuncay; İş Hukuku, Yenilenmiş 6. Bası, Ankara, 2013.

ALP, Mustafa; İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara-2005.

BAŞBUĞ, Aydın; Toplu İş İlişkileri ve Hukuk, Ankara, 2012, s.160.

CAN Tuncay; İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul, 1982.

ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 27. Bası. İstanbul, 2012.

SÜZEK Sarper; İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 2013.

ŞEN Murat; İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara, 2005.

TUNCAY, Can; Toplu İş Hukuku, 2. Bası. İstanbul, 2010.

ANONİM ŞİRKETLERDE EŞİTLİK İLKESİ

Necla AKDAĞ GÜNEY*

ÖZET

Anonim şirketler hukukundaki eşitlik ilkesi, şirketler hukukunun temel esaslarından birisidir. 13.01.2011 tarihinde kabul edilen ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanunu'nda açıkça düzenlenmeden önce eşitlik ilkesi yazılı olmayan bir hukuk kuralı olarak kabul ediliyordu. Eşitlik ilkesine uygun davranma yükümlülüğü bugün artık doğrudan doğruya kanundan kaynaklanmaktadır. Türk anonim şirketler hukukunda genel bir biçimde formüle edilen eşitlik ilkesi, organlara özgü spesifik konumdan ayrılmıştır. Eşitlik ilkesi, sermaye şirketleri hukukunda hakim olan çoğunluk prensibine karşı çıkar dengesi sağlamayı amaçlamaktadır. Eşitlik ilkesine uygun davranılmayı talep etmeye yetkili olanlar pay sahipleri, ilkeye uymakla yükümlü olanlar ise yönetim gücü sınırlandırılmak istenen yönetim kurulu ile çoğunluk gücü sınırlandırılmak istenen genel kuruldur. İlke pay sahibini sınırlandırmaz. Anonim şirketlerde eşitlik ilkesi mutlak eşitliği değil bilinçli bir şekilde bir çok alanda nisbi eşitliği öngörür. İzin verilen ve verilmeyen eşitsizlik arasındaki sınır tarafların çıkarları dikkate alınarak hakim tarafından belirlenir.

Anahtar Kelimeler: Eşitlik, Eşitlik ilkesi, Sermaye Şirketleri, Anonim Şirketler Hukuku, Yönetim Kurulu, Genel Kurul, Mutlak Eşitlik, Nisbi Eşitlik

DAS AKTIENRECHTLICHE GLEICHBEHANDLUNGSPRINZIP

ABSTRACT

Das aktienrechtliche Gleichbehandlungsprinzip gilt als fundamentaler Grundsatz des gesamten Gesellschaftsrechts. Vor der ausdrücklichen Regelung im Türkischen Handelsgesetzbuch (Türk Ticaret Kanunu/TTK) von 13.02.2011, welches seit 01.07.2012 gilt, beruhte die Anerkennung der Gleichbehandlung auf einem Satz des ungeschriebenen Rechts. Die Pflicht zur Gleichbehandlung geht heute nunmehr de lege lata aus dem Gesetz selber. Im türkischen Aktienrecht ist das Gleichbehandlungsprinzip in allgemeiner Weise formuliert und aus dem Kontext der spezifischen Organvorschriften herausgelöst. Der Grundsatz der Gleichbehandlung soll im Kapitalgesellschaftsrecht gegenüber dem Mehrheitsprinzip einen Interessenausgleich verschaffen. Berechtigte beim Gleichbehandlungsprinzip sind die Aktionäre, als Verpflichtete stehen ihnen gegenüber der Verwaltungsrat, dessen Verwaltungsmacht relativiert werden soll, sowie die Generalversammlung, deren Mehrheitsmacht in die Schranken zu weisen ist. Das Prinzip der Gleichbehandlung beschränkt nicht den einzelnen Aktionär. Der aktienrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz will keine absolute Gleichbehandlung.

* Doç. Dr. Lehrbeauftragte der Universität Heidelberg

Das Aktienrecht sieht bewusst für die meisten Bereiche nur den Grundsatz der relativen Gleichbehandlung vor. Die Grenzziehung zwischen einer erlaubten und nicht erlaubten Ungleichbehandlung wird im Rahmen einer Interessenabwägung durch den Richter vorgenommen.

Keywords: *Gleichbehandlung, Gleichbehandlungsprinzip, Kapitalgesellschaften, Aktienrecht, Verwaltungsrat, Generalversammlung, Absolute Gleichbehandlung, Relative Gleichbehandlung*

A. Genel Olarak

Anonim şirketlerde pay sahipleri çıkarlarını sınırlı ve farklı çerçevelerde koruyabildiklerinden, kendinden organ ve oy birliği prensibi yerine, kendisini meydana getiren ortaklardan bağımsız ve dışardan organ tarafından idare ve temsil edilen bir yapısal düzenlemeye ihtiyaç vardır. Kanun koyucu pay sahipliğine ilişkin esas alanı ve anonim şirketin temel yapısını bireylerin üzerinde ve onlardan bağımsız olacak şekilde düzenlemiştir. Böylece uzun süreli öngörülmüş bu organizasyonda anonim şirketin temel yapısının ve ortakların temel haklarının çoğunluğu veya idareyi elinde bulunduranlardan bağımsız olarak korunması amaçlanmıştır. Bununla birlikte çoğunluk ilkesinin geçerli olduğu anonim şirketlerde sermaye ve oy çoğunluğunu ele geçiren kişi veya grupların, ortaklığa her yönden hâkim olması, çoğunluk pay sahiplerinin azlığın menfaatlerini dikkate almadan sadece kendi menfaatleri doğrultusunda hareket etmesi mümkündür. İşte eşitlik ilkesi çoğunluk ilkesinin bu zayıf tarafını yani tüm pay sahiplerinin uzlaşması ile değil çoğunluk veya dışardan organ tarafından alınan ve azlığın menfaatlerini zedeleyen kararları dengelemek açısından son derece önemli bir işleve sahiptir.

Anonim şirketler hukuku alanında eşitlik ilkesinin gelişip kabul edilmesinde özellikle Alman ve İsviçre hukukları etkili olmuş gerek doktrin gerekse Federal Mahkemelerin kararlarında genel kurul kararlarının hukuka uygunluk denetiminde eşitlik ilkesinin anonim şirketlerdeki anlamı ve uygulanacak kıstaslar geliştirilmiştir. Avrupa Birliği mevzuatının da etkisiyle eşitlik ilkesi Alman ve İsviçre hukuklarında pozitif norm olarak yerini almıştır. 6102 s. TTK md. 357, pay sahiplerinin eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulacağını hükme bağlayarak Yargıtay'ın yerleşik kararlarında ve doktrinde uzun zamandır kabul gören, AET'nin ticaret şirketlerine ilişkin, EWG/77/91

sayılı İkinci Yönergesinin 42. maddesinde¹ düzenlenen eşit işlem ilkesini (*Gleichbehandlungsgebot*) kanuni bir üst kural haline getirmiştir. Böylece şirketler alanında eşitlik ilkesine kanuni bir dayanak sağlanmış bu noktada çıkabilecek tartışmaların önüne geçilmiştir. TTK'da yer alan eşitlik ilkesi Alman Aktiengesetz (AktG) § 53a örnek alınarak formüle edilmiştir².

Alman hukukunda kooperasyon hukukunun temel ilkelerinden biri olarak uzun zamandır kabul edilen eşitlik ilkesi, AB yönergelerinin iç hukuka uyarlanması doğrultusunda ilk defa 1978 yılında AktG'de pozitif norma dönüştürülmüştür. Eşitlik ilkesinin uygulaması İsviçre doktrininde ve yargı kararlarında³ da uzun bir geçmişe sahip olup, OR Art. 706 Abs. 2 S. 3'te genel kurul ve OR Art. 717 Abs. 2'de yönetim kurulu bakımından iki ayrı maddede düzenlenmiştir⁴. TTK eşitlik prensibini normatif olarak düzenlemek suretiyle bu ilkeyi anonim şirketler hukukunda son derece önemli bir noktaya taşımış ve azlığın eline çok etkin bir araç vermiştir.

B. Eşitlik İlkesinin Hukuki Dayanağı ve TMK md. 2 ile İlişkisi

Alman hukukunda eşitlik ilkesi AktG'de 1978 yılında yapılan değişiklik ile normatif bir düzenlemeye kavuşana kadar bu ilkenin hukuki dayanağı (*Rechtsgrundlage*) konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür⁵. Eşitlik ilkesinin AktG § 53a ile pozitif norma dönüşmesi, ilkenin neden gerektiği hususundaki tartışmaları değil, ama hukuki dayanağı konusunda yapılan tartışmaları sona erdirmiştir⁶. Böylece şirketler hukukuna özgü eşitlik ilkesinin varlığı ön plana çıkarılmış, şirketlerin eşit davranma yükümlülüğüyle uyumlu

¹ Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten.

² AktG § 53a lautet: Aktionäre sind unter gleichen Voraussetzungen gleich zu behandeln.

³ Eşitlik prensibi, Federal Mahkeme tarafından ilk defa 1943 yılında genel kurul kararının iptali çerçevesinde anonim şirketler hukukunun yazılı olmayan temel prensibi olarak kabul edilmiştir (BGE 69 II 246). Tarihi gelişim için bkz. **Homburger, Eric**, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 5. Teil, Zürich 1997, Art. 717 Rn. 1099 f.

⁴ **Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter**, Schweizerisches Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 1996, § 39 Rn. 20 vd.; **Böckli, Peter**, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich Basel Genf 2009, § 13 Rn. 681.

⁵ **Henze, Hartwig/Notz, Richard L.**, Aktiengesetz Grosskommentar, Hrsg., von Hopt/Wiedeman, 4. Aufl., Berlin 2008, § 53a Rn. 16.

⁶ **Henze/Notz**, AktG Grosskomm., § 53a Rn. 5, 18; **Bungeroth, Erhard**, in; Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (MüKoAktG) 3. Aufl., 2008 § 53a Rn. 2.

pay sahiplerinin eşit davranılma hakkı istikrara kavuşturulmuş ve eşitlik hakkının önemi vurgulanmıştır⁷.

Türk hukukunda kanun koyucu, eşitlik ilkesini TTK md. 357’de açıkça düzenlemekle, ilkeyi yazılı olmayan genel kabul gören bir kural olmaktan çıkarmış anonim şirketler bakımından genel nitelikte bir hüküm olarak somutlaştırmıştır. Hüküm bu yönü itibarıyla açıklayıcı karaktere sahiptir. Aslında var olan bir hak bu hükümle kanuni norm haline gelmiştir⁸.

Maddenin gerekçesinde hükmün *lex specialis* olup olmadığının tartışmaya açık bırakıldığı belirtilmiştir. Bu hükmün özel hüküm olup olmadığının tartışmaya açılması ile kastedilen TTK md. 357’nin TMK md. 2’de yer alan dürüstlük kuralı karşısında özel hüküm olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bir başka anlatımla, eşitlik düzenlemesinin dürüstlük kuralı karşısında özel bir kural olduğunun kabulü halinde, özel hüküm genel hükmü bertaraf edeceğinden eşit işlem ilkesine aykırı olmayan kararlar bakımından TMK md. 2’ye istinaden başkaca bir değerlendirme yapılamayacaktır. Buna karşın TMK 2’ye nazaran özel hüküm niteliğinde kabul edilmezse, alınan karar eşitlik ilkesine aykırı değilse dahi, TMK md. 2 devreye girecek ve dürüstlük kuralına uygunluk bakımından bir denetim yapılacaktır. Ancak İsviçre hukukunda daha 1992 tarihinde eşitlik ilkesine ilişkin OR’de açık yasal düzenleme yapılmadan aşılmış bir problemi gerekçe ile tartışmaya açmanın hem bir anlamı yoktur, hem de aslında Türk hukuku bakımından böyle bir tartışmanın yeri yoktur.

Şöyle ki, İsviçre Federal Mahkemesi (Bundesgerichtshof/BGH) eşitlik ilkesini, *Spieß*’in⁹ tezinden de etkilenerak, başlangıçta anonim şirketlere özgü bir temel ilke ve ZGB Art. 2’ye nazaran *lex specialis* olarak yorumlamış ve eşitliğin korunduğu durumlarda, dürüstlük kuralına aykırılık bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılamayacağı yönünde kararlar vermiş¹⁰ ancak

⁷ Henze/Notz, AktG Grosskomm., § 53a Rn.18.

⁸ Henze/Notz, AktG Grosskomm., § 53a Rn. 5; Henn, Günter, Die Gleichbehandlung der Aktionäre in Theorie und Praxis, AG 1985, 240, 242; Koch, Jens, in: Hüffer Aktiengesetz 11. Aufl., München 2014, § 53a Rn. 1.

⁹ Spiess, Arnold, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung der Aktionäre unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und französischen Rechts, Zürich 1941, 129.

¹⁰ BGE 95 II 163 9 “(...)Dieser aktienrechtliche Grundsatz stellt sich gegenüber dem Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 ZGB) als *lex specialis* dar; weshalb sich jeweils eine besondere Prüfung nach Art. 2 ZGB erübrigt (BGE 69 II 249/50; a.M. WEISS, Einleitung zum Aktienrecht, N. 195, der eine anfechtbare Ungleichbehandlung unter dem Gesichtspunkt von Art. 2 ZGB geprüft wissen will).”

doktrinadaki¹¹ eleştirileri de dikkate alarak lex specialis görüşünden dönmüş ve bu ilkenin ZGB Art. 2'yi somutlaştırdığını, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeden de hakkın kötüye kullanımının mümkün olduğunu, eşitlik ilkesinin ZGB Art 2'ye nazaran özel bir hüküm olamayacağını kabul etmiştir^{12,13}. Federal Mahkeme 2003 tarihli kararında¹⁴ ise ZGB Art. 2 Abs. 2'de yer alan hakkın kötüye kullanımı yasağının, eşitlik ilkesi gibi azlığın korunması amacına

¹¹ **Meier-Hayoz, Arthur/Zweifel, Martin**, Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag, Karlsruhe 1974, 383, 387; **Wehrli, Ulrich**, Gleichmäßige Behandlung der Aktionäre SAG (SZW) 1943/44, 188, 197 ff.; **Weiss, Gottfried**, zum schweizerischen Aktienrecht, Bern 1968, Einl., Rn. 195; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 39 Rn. 103.

¹² BGE 102 II 265 „2. Gemäss früherer Rechtsprechung wären die angefochtenen Generalversammlungsbeschlüsse nicht mehr nach Art. 2 ZGB zu überprüfen, da sie das Gleichbehandlungsgebot nicht verletzen (BGE 69 II 249f., BGE 95 II 163). Zuletzt hat das Bundesgericht diese Frage aber offen gelassen (BGE 99 II 62 f.). Die Beklagten berufen sich auf die frühere Bundesgerichtspraxis. Die Klägerin ist gegenteiliger Ansicht und beruft sich auf den Aufsatz von MEIER-HAYOZ/ZWEIFEL, Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht (Festschrift für Harry Westermann, S. 387 f.).

Zu Recht macht die Klägerin geltend, dass Tatbestände von Rechtsmissbrauch denkbar sind, die das Gebot der Gleichbehandlung aller Aktionäre nicht verletzen. Damit kann der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht lex specialis zu Art. 2 ZGB im Aktienrecht sein. Er konkretisiert lediglich Art. 2 ZGB im Aktienrecht, vermag aber die Berufung auf das Rechtsmissbrauchsverbot nicht vollständig zu decken.“

¹³ Hükmün İsviçre'deki tarihi gelişimi ile ilgili olarak bkz. **Huguenin Jacobs, Claire**, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994, 7 ff.

¹⁴ BGE Urteil vom 5. März 2003 4C.242/2001 /bmt: 3.1

„(...)Erweist sich dabei eine bloss formelle Gleichbehandlung für den Schutz von Minderheitsaktionären als ungenügend, sind auch die weiteren Beschränkungen zu berücksichtigen, welche sich aus dem Gebot der schonenden Rechtsausübung und dem Sachlichkeitsgebot sowie aus dem Rechtsmissbrauchsverbot ergeben (vgl. hinten E. 4 und 5).

(...)

5.1 Das Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 Abs. 2 ZGB) gilt für die ganze Rechtsordnung und damit auch für die Ausübung der Mehrheitsmacht in der Aktiengesellschaft (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 39 N. 103 ff.; Rüttimann, a.a.O., S. 56 f.). Wie der Gleichbehandlungsgrundsatz dient es dem Schutz der Minderheit, hat aber neben diesem selbständige Bedeutung. Auch wenn ein Beschluss der Generalversammlung oder ein Akt des Verwaltungsrates das Gebot der Gleichbehandlung aller Aktionäre nicht verletzt, kann er doch in offensichtlichem Missbrauch des Rechts ergangen sein (BGE 102 II 265 E. 2 S. 268; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 39 N. 105 ff.; Rüttimann, a.a.O., S. 110; Botschaft, BBl 1983 II 885).“

Federal Mahkeme daha sonraki kararlarında eşitlik prensibinin lex specialis olmadığını açıklıkla vurgulamıştır. Bkz. 4C.419/2006 ve 4A_205/2008 E. 3.2 Bu son kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. **Büchler, Franziska / von der Crone, Hans Caspar**, Überprüfung von Generalversammlungsbeschlüssen, SZW/RSDA 4/2009, 310, 311.

hizmet ettiğini ama onun yanı sıra ve ondan bağımsız bir anlamı olduğuna vurgu yapmıştır. Daha sonraki tarihli Federal Mahkeme kararlarında da eşitlik prensibinin ZGB Art. 2 Abs. 2 karşısında özel bir düzenleme olmadığı, eşitlik ilkesine aykırı olmayan kararların hakkın kötüye kullanımı yasağı kapsamında incelenebileceği açıkça vurgulanmıştır.

Bu bağlamda iki hukuk sistemi arasında önemli bir farkı, yani genel kurul kararlarının iptaline ilişkin OR Art. 706'da, dürüstlük kuralına aykırılığın ayrıca iptal sebepleri arasında sayılmadığını belirtmek gerekir. Oysa TTK md. 445 hükmü genel kurul kararlarının kanuna ve esas sözleşmeye aykırılığın dışında, dürüstlük kuralına aykırılık dolayısıyla da iptal edilebileceği düzenlemektedir. Gerçi genel bir düzenleme niteliğindeki TMK md. 2'nin TTK md. 445 hükmünde yeniden iptal sebepleri arasında verilmesi gereksiz görünebilirse de, maddi hukuk bakımından bu düzenleme farklılığı aslında TTK md. 357'nin TMK md. 2'ye nazaran *lex specialis* olmadığını bir göstergesi sayılır. Zira eşitlik ilkesi TTK md. 357'de normatif düzenleme olarak ele alınmakla hukuki dayanağı TMK md. 2'den bağımsız hale gelmiştir¹⁵. Bu durum eşitlik ilkesinin arkasında dürüstlük kuralının varlığının kabul edilmesi halinde de sonucu değiştirmeyecek, onu TMK md. 2 karşısında özel bir hüküm kılmayacaktır. Başka bir ifade ile Türk hukuku bakımından eşitlik ilkesine ilişkin düzenlemenin özel nitelikte olduğu ve genel nitelikteki TMK md. 2 hükmünün uygulanamayacağı savı, hem ilkenin anonim şirketler bakımından bağımsız ve genel bir kural olarak düzenlenmiş olması hem de TTK md. 445'in dürüstlük kurallarına aykırı kararların iptal edilebileceğini öngören düzenlemesi karşısında dayanaksız kalmaktadır¹⁶.

Sonuç olarak Türk hukuku bakımından TTK md. 357'de öngörülen eşitlik ilkesi, TMK md. 2'de yer alan dürüstlük kuralına nazaran özel bir kural niteliğinde olmadığından, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmeyen kararların, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediği bakımından incelenmesinin önünde yasal bir engel değil tam aksine bunu açıkça destekleyen TTK md. 445 düzenlemesi vardır¹⁷.

¹⁵ İsviçre doktrininde konuyu derinelemesine inceleyen yazarlardan Huguenin Jacobs da İsviçre kanun koyucusunun, anonim şirketler alanında eşitlik prensibini ayrıca düzenlemek suretiyle ZGB Art. 2'den bağımsız hale getirdiğini ileri sürmektedir (**Huguenin Jacobs**, 30).

¹⁶ Doktrinde Yıldız, aradaki bu farka ilke yasalasmadan çok önce değinmiştir. **Yıldız, Şükrü**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşitlik İlkesi, Ankara 2003, 45 dn. 91.

¹⁷ Farklı gerekçelerle benzer yönde bkz. **Erdem, Ercüment**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Eşit İşlem İlkesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri, İstanbul 2009, 393, 407; Kırca, İsmail/**Şehirali Çelik, Fey-**

C. Eşitlik İlkesinin Hukuki Niteliği

İlkenin hukuki niteliği (*Rechtsnatur*) bakımından ise Alman doktrininde hâkim fikir AktG § 53a'nın, pay sahibine malvarlıksal ve yönetsel hakların yanı sıra ve pay sahipliğinden bağımsız bireysel bir talep hakkı tanımadığı yönündedir. O nedenle pay sahibi, pay sahipliği haklarından bağımsız olarak eşitlik ilkesine dayanamaz. Genel bir hüküm olan eşitlik ilkesi, anonim şirketin pay sahipleri ile olan ilişkilerinde dikkate alması gereken bir kıstastır. Pay sahipliğinin içerisinde barındırdığı eşit davranılmayı talep hakkı, onun ayrılmaz bir parçasıdır¹⁸.

Türk hukuku bakımından da durum farklı değildir. TTK md. 357'de yer alan eşitlik ilkesi pay sahipliğinden bağımsız talep hakkı veren bireysel bir hak değildir. Eşitlik ilkesi pay sahipliğine bağlı olarak anonim şirkete ve organlarına tüm pay sahiplerine eşit davranma yükümlülüğü getirir.

Eşitlik ilkesi ne genel olarak ne de belirli pay sahipleri veya paylar bakımından esas sözleşme ile kaldırılabilir; o nedenle ilke emredicidir. Koruma normu niteliğindeki eşitlik ilkesinden, esas sözleşmeye bağlı ve bazı durumlara özgü olarak vazgeçilebilir. Pay sahibi esas sözleşme ile veya genel kurul kararını onaylamak suretiyle kendisine eşit davranılmamasına onay verebilir¹⁹. Bu bağlamda kuruluş esnasında yaratılan eşitsizlik ile esas sözleşme değişikliği yoluyla yaratılan eşitsizlik arasında ikincisinin TTK md. 445'e istinaden iptal edilebilirliği noktasında bir fark olduğunu belirtmek gerekir.

D. Eşitlik İlkesinin Amacı ve İçeriği

Pay sahiplerini eşit şartlarda eşit işleme tabi tutmayı öngören ilke pay sahipliğinin korunmasında onlara müdahale ve kontrol imkânı veren bir enstrüman olarak hizmet etmektedir²⁰. Eşitlik ilkesi, çoğunluğun azınlık üzerinde bizzat veya yönetim kurulu aracılığıyla tahakküm kurmasının önüne geçilmesine olanak sağlayan yönü dolayısıyla uygulamada azlığın korunması noktasında etkin bir araç olarak kullanılabilir. Şirketin organlarını hedef

zan/Manavgat, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku C. I, Ankara 2013, 134.

¹⁸ **Lutter/Zöllner**, in: Kölner Kommentar, § 53a Rn. 7; **Bungeroth**, MüKoAktG, § 53a Rn. 4; **Lange, Werner Knut**, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Auflage München 2014, § 53a Rn. 3; **Henze/Notz**, AktG Grosskomm., § 53a Rn. 19 ff.

¹⁹ **Lutter, Marcus/Zöllner, Wolfgang**, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. I, 2. Aufl., Köln Berlin Bonn München 1988 § 53a Rn. 28 ff.; **Lange**, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 53a Rn. 3; **Henze/Notz**, AktG Großkomm., § 53a Rn. 20.

²⁰ **Koch**, Hüffer AktG, § 53a Rn. 4; **Henze/Notz**, AktG Großkomm., § 53a Rn. 26.

alan ve onlara ön tedbir niteliğinde eşit davranma yükümlülüğü getiren eşitlik ilkesi, sadece malvarlıksal hakları değil, yönetsel ve aydınlatıcı hakları da kapsar²¹.

Pay sahiplerine eşit şartlarda eşit davranılması emri, pay sahiplerinin haklı bir gerekçe olmaksızın keyfi olarak farklı muameleye tâbi tutulması yasağı anlamına gelir²². Norm, kaleme alınış şekli dikkate alındığında içerik olarak her türlü eşitsizliği değil, keyfi eşitsizliği yasaklamaktadır. Her türlü eşitsizlik yasaklanacak olsaydı anonim şirketlerin hareket etmeleri ve varlıklarını sürdürmeleri mümkün olmazdı. Pay sahiplerinin eşit işleme tâbi tutulmamaları ancak objektif kriterlere dayanıyorsa, haklı bir gerekçe varsa ve keyfi değilse kabul edilebilir. Hangi sebeplerin eşitsizliği haklı kıldığını veya ona izin verdiğini bir formül içinde sunmak zordur; ancak buradaki temel kriter şirketin menfaatleridir²³. Eşitsizliğe yol açan sebep anonim şirketin menfaatine olmalıdır; üçüncü kişilerin veya belirli pay sahiplerinin çıkarları dikkate alınarak eşitsizlik yaratılamaz. İsviçre hukukunda farklı işlem yapılabilmesi OR Art. 706 Abs. 2. S. 3’de şirket amacının haklı kılmadığı eşit olmayan veya haksız uygulamalar (*eine durch den Gesellschaftszweck nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung oder Benachteiligung der Aktionäre*) şeklindeki ifadeden hareketle mümkün görülmekte, doktrinde “şirketin amacı” kavramı “şirketin çıkarları” şeklinde yorumlanmaktadır²⁴. Alman hukukunda ise bu yönde bir düzenleme olmamakla birlikte şirketin çıkarları gerektirdiği takdirde farklı uygulamaların eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağı kabul edilmektedir²⁵. Bununla birlikte tek başına şirketin çıkarının bulunması pay sahipleri arasında eşitsizlik yaratılması için yeterli olmayıp ölçülülük (*Verhältnismäßigkeit*) prensibinde kullanılan kriterler burada da uygulanır. Eşitsizlik, şirketin çıkar sağlayabilmesi için uygun (*Geignet*), gerekli (*Erforderlich*) ve makul (*angemessen*)²⁶ olmalıdır²⁷. Örneğin bir grup pay sahibi bakımından eşitsizlik

²¹ Bkz. Yıldız, 99 vd.

²² Lange, § 53a Rn. 2; Koch, Hüffer AktG, § 53a Rn. 4; Yıldız, 87 vd.

²³ Lutter/Zöllner, Kölner Komm., § 53a Rn. 14; Bungereoth, MüKoAktG, § 53a Rn.15.

²⁴ Böckli, § 16 Rn. 115; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 39 Rn. 64, § 25 Rn. 27; Dubs, Dieter/Truffer, Roland, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel Genf München 2012, Art. 706 Rn. 14; Huguenin Jacobs, 39 Fn. 62.

²⁵ Lutter/Zöllner, Kölner Komm., § 53a Rn. 14; Koch, Hüffer AktG, § 53a Rn.10; Lange, Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 53a Rn. 6.

²⁶ Dar anlamda ölçülülük (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*).

²⁷ Lutter/Zöllner, Kölner Komm., § 53a Rn. 15; Henze/Notz, AktG Grosskomm., § 53a Rn. 70 ff.; Bungereoth, MüKoAktG, § 53a Rn.15; Koch, Hüffer AktG, § 53a Rn.10; Lange, in:

yaratan karar, şirketin çıkarlarına hizmet ediyorsa ve keyfilik içermiyorsa eşitlik ilkesine aykırılık argümanı etkisiz kalır²⁸.

Eşitlik ilkesi bütün pay sahiplerinin eşit haklara sahip olduğu anlamına gelmez²⁹. Pay sahipleri arasındaki eşitlik esas sözleşmeyle (örneğin oyda imtiyaz, kâr payında imtiyaz gibi (TTK md. 478)) bozulabileceği gibi ölçülülük prensibi (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) içerisinde büyük ve küçük hissedarların farklı muameleye tâbi tutulması halinde de ortadan kalkabilir³⁰. İşte pay sahipleri arasında eşitliğin bu şekilde bozulduğu durumlarda ilkenin uygulama alanı daralır; ancak tamamen ortadan kalkmaz.

Eşitlik ilkesi anonim şirketlerde “mutlak” ve “nisbi” eşitlik olarak karşımıza çıkar³¹. Mutlak eşitlik özellikle koruyucu hakların varlığında devreye girer. Emredici hükümlerle koruma altına alınan bu haklar (örn. iptal davası açma, genel kurula katılma, bilgi alma, özel denetçi talebi, sorumluluk davası açma) nispi eşitlik ilkesinin aksine hiç bir biçimde ortadan kaldırılamaz, bunlara aykırı düzenleme yapılamaz. TTK md. 357’de eşit şartlarda eşit muameleden bahsedilmek suretiyle her türlü eşitsizlik değil, eşitler arasında eşitsizlik yasaklanmıştır. Nispi eşitlik olarak ifade edilen bu durum şartlara ve duruma uygun eşitliğin varlığını gerektirir.

Eşitliğin ölçüsü her bir pay sahipliği hakkı için kanunda veya esas sözleşmede öngörülen farklılık kriterlerine göre belirlenir. Kanun bu hakları ortak olmaya bağlamış ve çevresini mutlak ya da nispi olarak yani ya pay sahipliğine ya da pay sahipliğinin oranına göre belirlemiştir³².

Eşitlik ilkesi esas itibarıyla pay sahibin şirket ile ortaklıksal ilişkileri bakımından söz konusu olur ve pay sahiplerinin kendi aralarındaki hukuki ilişkilerde uygulama bulmaz. Pay sahibi bu sıfatı dolayısıyla diğer pay sahiplerine eşit davranma yükümlülüğü altında değildir. Pay sahibi şirket

Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 53a Rn. 6; **Watter/Roth Pellanda**, BSK-OR-II, Art. 717 Rn. 23; **Huguenin Jacobs**, 40 f.

²⁸ **Lutter/Zöllner**, in: Kölner Kommentar, § 53a Rn. 13 f.

²⁹ **Hefermehl, Wolfgang/Bungeroth, Erhard**, in: Aktiengesetz, Bd. I, München 1984, § 53a Rn. 11.

³⁰ **Watter, Rolf/Roth Pellanda, Katja**, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II (Hrsg. v. Honsell/Vogt/Peter), 4. Aufl., Basel 2012, Art. 717 Rn. 23; **Böckli**, § 13 Rn. 680.

³¹ Bu ayrım ve detayları için bkz. **Huguenin Jacobs**, 37 ff.

³² **Huguenin Jacobs**, 32; **Lutter/Zöllner**, in: Kölner Kommentar, § 53a Rn. 22; **Hefermehl/Bungeroth**, in: Aktiengesetz, § 53a Rn. 8; **Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter**, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007, Rn. 146 f.

ile sözleşmesel bir borç ilişkisine girdiğinde örneğin satım veya hizmet sözleşmesi söz konusu olduğunda, bu ilişki bakımından diğer pay sahipleri gibi davranılmayı talep hakkı yoktur³³. Ancak şirket sözleşmesinin karşı tarafı olarak pay sahibi olması nedeniyle bir başka ortağı seçmişse bu noktada eşitlik ilkesinin uygulanmasının kapısını da açmış olur³⁴.

TTK'nın 357. maddesinin gerekçesinde hükmün pay sahiplerine özgülendiği belirtilmiş ve bir anlamda İsviçre doktrindeki kabulün aksine intifa senedi sahipleri uygulama alanının dışında bırakılmıştır. İsviçre doktrininde özellikle malvarlıksal haklar bakımından katılma intifa senedi sahiplerinin de eşitlik ilkesinden yararlanabilecekleri genel kurul kararlarının iptalini talep edebilecekleri kabul edilmektedir³⁵. İntifa senedi sahipleri ise ancak esas sözleşmede kendilerine açıkça iptal davası açma hakkı tanınmışsa bu haktan ve dolayısıyla eşitlik ilkesinden yararlanabilirler³⁶.

E. Eşitlik İlkesinin Muhatabı

Anonim şirketlere ilişkin düzenlemeler arasında “Temel İlkeler” başlığı altında yer alan eşitlik ilkesinin muhatabı anonim şirket ve organlarıdır. Genel kurulun serbestçe karar almasını engelleyen ve yönetim kurulunun hareket alanını daraltan bu ilke, her iki organı da doğrudan hedef alır. Pay sahipleri ise fiili organ olmadıkları sürece eşitlik ilkesinin uygulama alanına girmezler. Şirketin iflası halinde tasfiye memurları bu ilke ile bağlıdır. Eşitlik ilkesi pay sahiplerini, şirket ve şirket organlarının müdahalesinden korur dolayısıyla pay sahipleri şirket ve şirket organlarından eşitlik prensibine uyulmasını talep edebilirler, yoksa diğer pay sahiplerine böyle bir talep yönelmezler³⁷. Şirketin tasfiyeye girmesi halinde ise bu ilkenin muhatabı tasfiye memurlarıdır.

1. Genel Kurul

Pay sahiplerinin eşit şartlarda eşit işleme tâbi tutulacağını hükme bağlayan TTK md. 357, genel kurulun karar alırken ortaklar arasında keyfi eşitsizlik yaratmasının önüne geçmeyi böylece çoğunluğu elinde bulunduran

³³ **Lange**, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 53a Rn. 2. **Koch**, Hüffer AktG, § 53a Rn. 4; **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 39 Rn. 48.

³⁴ **Hefermehl/Bungeroth**, in: Aktiengesetz, § 53a Rn. 19 f.

³⁵ **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 25 Rn. 42; **Dubs/Truffer**, BSK-OR-II, Art. 706 Rn. 4; **Böckli**, § 16 Rn.101.

³⁶ **Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel**, § 47 Rn. 33; **Dubs/Truffer**, BSK-OR-II, Art. 706 Rn. 4. Karşı görüşte **Böckli**, § 16 Rn.106.

³⁷ **Koch**, Hüffer AktG, § 53a Rn. 4; **Laubert, Thomas**, in: Hölters, Aktiengesetz, 2. Aufl., München 2014, § 53a Rn. 5; **Lutter/Zöllner**, in: Kölner Kommentar, § 53a Rn. 17 ff.; **Hefermehl/Bungeroth**, in: Aktiengesetz, § 53a Rn. 5.

pay sahibi ya da sahiplerinin azlığa keyfi ve haksız işlemlerle tahakküm etmesini önlemeyi amaçlamaktadır. Eşitlik prensibinin genel kurul açısından en önemli sonucu onun karar özgürlüğüne getirdiği kısıtlamadır. Eşitlik ilkesi, pay sahipliği hakkının içeriğinde bir değişiklik yapıp yapmadığından bağımsız olarak bütün genel kurul kararları bakımından geçerlidir³⁸.

2. Yönetim Kurulu

Eşitlik ilkesi, hükmün diğer muhatabı olan yönetim kurulu bakımından sadece pay sahipleri arasında eşit davranmanın ötesinde bir takım yükümlülükler içermektedir³⁹. Eşit işlem ilkesi yönetim kurulu üyelerine aynı durumlarda sadece şirketin çıkarları gerektiriyorsa farklı davranma olanağı sağlar. Bunun dışında yönetim organları takdir haklarını kullanırken ne bazı pay sahiplerine menfaat sağlayacak ne de onların çıkarlarını ön planda tutacak bir tavır sergileyebilirler. Yönetim organının görevi pay sahipleri arasında çıkar dengesi gözetmek değil, şirketin çıkarlarını gözetmektir.

³⁸ **Huguenin Jacobs**, 47.

³⁹ BGE Urteil vom 5. März 2003 4C.242/2001 /bmt „3.3 Das in Art. 717 Abs. 2 OR verankerte Gleichbehandlungsgebot verpflichtet den Verwaltungsrat nicht nur dazu, gleiche Sachverhalte gleich zu behandeln, soweit nicht das Gesellschaftsinteresse eine unterschiedliche Behandlung erheischt. Die Verwaltungsorgane haben zudem ihr Ermessen in der Weise auszuüben, dass sie weder einzelnen Aktionären Sondervorteile verschaffen noch deren Partikularinteressen fördern (Huguenin Jacobs, a.a.O., S. 210). Das Gesetz stellt in Art. 717 OR das Gleichbehandlungsgebot für den Verwaltungsrat auf die gleiche Ebene wie die Sorgfaltspflicht und die Treuepflicht. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet dem Verwaltungsrat also auch, bei seinen Entscheiden den persönlichen Interessen einzelner Aktionäre ein anderes Gewicht beizumessen als den persönlichen Interessen der auf der Gegenseite betroffenen anderen Aktionäre, soweit eine solche unterschiedliche Gewichtung nicht durch das Gesellschaftsinteresse geboten ist. Art. 717 Abs. 1 OR verpflichtet den Verwaltungsrat einzig auf die Wahrung der Interessen der Gesellschaft und erklärt diese zur Richtschnur seines Handelns. Darin unterscheidet sich der Gehalt des Gleichbehandlungsgebots für den Verwaltungsrat von jenem, welches für die Beschlüsse der Generalversammlung gilt. Dass der einzelne Aktionär bei der Stimmabgabe in der Generalversammlung seine eigenen Interessen verfolgt, ist legitim. Die Mitglieder des Verwaltungsrates sind indessen Vertrauenspersonen aller Aktionäre und nicht nur von deren Mehrheit. Sie haben nicht die Interessen von Mehrheit und Minderheit gegeneinander abzuwägen, sondern diese beidseitigen Interessen am Gesellschaftsinteresse zu messen (Homburger, a.a.O., N. 1106 f. zu Art. 717 OR; Huguenin Jacobs, a.a.O., S. 24). Auch ihre eigenen Interessen haben die Mitglieder des Verwaltungsrates aufgrund der Treuepflicht hintan zu stellen, wenn diese mit dem Gesellschaftsinteresse kollidieren (Watter, Basler Kommentar, N. 15 zu Art. 717 OR; Homburger, a.a.O., N. 894 ff. zu Art. 717 OR; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, a.a.O., § 28 N. 26 f.; Böckli, a.a.O., Rz 1627 ff.). Unter dem Gesichtspunkt der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit werden deshalb strenge Massstäbe angelegt, wenn ein Verwaltungsrat nicht im Interesse der Gesellschaft, sondern im eigenen Interesse oder im Interesse von einzelnen anderen Aktionären oder Drittpersonen handelt (BGE 113 II 52 E. 3a S. 57).“

İşte bu noktada genel kurul ile yönetim kurulunun eşitlik ilkesine uymaları arasında bir fark vardır. Genel kurulda pay sahiplerinin kendi çıkarları doğrultusunda karar almaları yasaldir, ancak yönetim organı bütün pay sahiplerinin temsilcisi olduğundan ve azlık ile çoğunluk arasındaki menfaat dengesini gözetmek veya kendi menfaatlerini düşünmek suretiyle değil şirketin çıkarlarını düşünmek suretiyle karar alır⁴⁰.

3. Tasfiye Memurları

Şirketin tasfiyeye girmesi durumunda bu işlemleri yapmakla görevli tasfiye memurları pay sahiplerine karşı eşitlik ilkesine uygun davranmakla yükümlüdürler. Özellikle pay bedellerinin tahsili veya tasfiye bakiyesinin dağıtımı hususlarında bu ilkeye uygun davranılması gerekir. Aksi halde tasfiye memurlarının sorumluluğuna gidilebilir.

F. Eşitlik İlkesine Aykırılığın Hukuki Sonuçları

Bu ilkeye aykırılığın sonucuna ilişkin olarak 357. maddenin gerekçesinde, *eşit işlem ilkesine aykırılığın hukukî sonucu, somut olayın şartlarına bağlı olmak şartı ile iptaldir; iptal söz konusu tek sonuç değildir*⁴¹ açıklamasına yer verilmiş, TTK md. 391 (1) a’da ise yönetim kurulunun eşit işlem ilkesine aykırı kararlarının butlana tâbi olduğu hükme bağlanmıştır. Bu durum doktrinde farklı değerlendirmeleri de beraberinde getirmiştir. *Kendigelen*⁴¹ TTK md. 391 (1) a ile TTK md. 357 hükmünün ilkeye aykırılığın müeyyidesi bakımından öngördüğü farklılığa dikkat çekmekte, yönetim kurulunun eşitlik ilkesine aykırı kararlarının kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi tutulmasının yerinde olup olmadığının sorgulanması gerektiğini belirtmekte buna karşın *Moroğlu*⁴², ilkeye aykırılığın müeyyidesinin genel kurul kararları bakımından iptal edilebilirlik yönetim kurulu kararları bakımından ise butlana tâbi tutularak arada fark yaratılmasının haklı bir sebebi olmadığını ileri sürmektedir. Yazar İsviçre Federal Mahkemesi’nin eşitlik ilkesini dürüstlük kuralının bir görünüm biçimi olarak kabul ettiğinden hareketle, eşitlik ilkesine aykırılığın dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğini, dürüstlük kuralına aykırılığın müeyyidesinin ise TTK md. 445’de açıkça iptal edilebilirlik olduğunu o nedenle TTK md. 445’in TTK md. 391 a hükmü ile çeliştiğini belirtmektedir. Doktrinde *Tekinalp*, Ortaklıklar Hukuku I adlı eserin bir önceki basısında

⁴⁰ Böckli, § 13 Rn. 681;

⁴¹ *Kendigelen, Abuzer*, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012, 242, 279.

⁴² *Moroğlu, Erdoğan*, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 7. Bası, İstanbul 2014, 214, 228.

eşitlik ilkesine aykırılığın sonucunun baskın görüşe göre iptal edilebilirlik olduğunu belirtmiş⁴³, son basıda ise görüşünü butlan müeyyidesinden yana koymuştur. Yazara göre eşitlik ilkesine aykırı gerek yönetim kurulu kararları gerekse TTK md. 447’de açıkça ifade edilmese dahi genel kurul kararları batıldır ancak bu durum genelleştirilmemelidir. Somut olayın özellikleri butlanı haklı göstermeyebilir. Ayrıca eşit şartlarda ibaresinin somut olaya uygulanışı da iptali daha uygun bir sonuç haline getirebilir⁴⁴.

Genel kurul ve yönetim kurulu arasında ilişki, hiyerarşik bir ilişki değil eşitlik olmasına rağmen aldıkları kararlar ve bunların etkileri bakımından aralarında bir ayniyet bulunmamaktadır. Yine eşitlik ilkesine uyulması noktasında yönetim kurulu ve genel kurul arasında bir fark vardır. Dolayısıyla yasağa aykırı davranmaları halinde uygulanacak müeyyidenin her iki organ açısından farklılık göstermesi de son derece doğaldır. O nedenle konunun genel kurul ve yönetim kurulu kararları bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Nitekim eşitlik ilkesine aykırı kararlar Alman hukukunda genel kurul veya yönetim kurulu kararı olmasına bakılarak bir ayrıma tâbi tutulmakta eşitlik ilkesine aykırı genel kurul kararlarının müeyyidesi kural olarak iptal edilebilirlik (*Anfechtbar*), istisnai durumlarda ise butlan (*Nichtigkeit*) olarak kabul edilmektedir⁴⁵. Yönetim kurulu kararları bakımından ise genel olarak butlan müeyyidesinden değil, duruma göre çeşitli olasılıklardan bahsedilmektedir.

1. Eşitlik İlkesine Aykırı Genel Kurul Kararları

İsabetli bulduğumuz bu ayrımın Türk hukuku bakımından uygulanmasına da bir engel yoktur. Kural olarak genel kurulun eşitlik ilkesine aykırı kararların TTK md. 445’e istinaden iptali talep edilmelidir. Eşitlik ilkesi TTK md. 557’de açıkça pozitif norm olarak düzenlendiğinden TTK md.

⁴³ Poroy, Reha/**Tekinalp, Ünal**/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku Hukuku 12. Bası, İstanbul 2012, Nr. 892.

⁴⁴ Poroy, Reha/**Tekinalp, Ünal**/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul 2014, Nr. 887, 892.; **Tekinalp, Ünal**, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 2013, Nr.14-32.

⁴⁵ **Lutter/Zöllner**, in: Kölner Kommentar, § 53a Rn. 32; **Hefermehl/Bungeroth**, in: Aktiengesetz, § 53a Rn. 22; **Henze/Notz**, AktG Grosskomm., § 53a Rn. 110; **Cahn, Andreas/Spannenberg, Michael Alexander Schild von**, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Auflage 2010 München, § 53a Rn. 32; **Hueck**, 310 ff.; **Koch**, Hüffer Aktiengesetz, 11. Aufl., München 2014, § 53a Rn. 21. Alman hukukunda küçük bir azlık tarafından eşitlik ilkesini ihlal eden genel kurul kararının askıda geçersiz (schwebend Unwirksam) olduğu ileri sürülmektedir (**Wiedemann, Herbert**, in: Aktiengesetz Grosskommentar, Hrsg., von Hopt/Eiedemann, 3. Aufl., § 179 Rn. 8).

445’de yer alan iptal sebeplerinden kanuna aykırılığa dayanılabilir⁴⁶. Eşitlik ilkesine aykırı genel kurul kararlarının esas itibarıyla iptal müeyyidesine tâbi olmasını destekleyen diğer bir sebep ise bu kararların kural olarak butlana tâbi tutulması halinde ortaya çıkacak hukuki sonuçtur. Zira aleyhine eşitsizlik yaratılan pay sahiplerinin karara onay vermeleri veya sonradan kanunen öngörülen bu haktan vazgeçmeleri halinde butlan sebebi ortadan kalkacaktır. O nedenle de genel kurulun eşitlik ilkesini ihlal eden kararlarının kural olarak butlanından bahsedilemez⁴⁷.

Bununla birlikte bazı istisnai durumlarda genel kurul kararlarının butlanını düzenleyen TTK md. 447’de yer alan, “özellikle” kelimesinden hareketle eşitlik ilkesine aykırı kararlar da butlan müeyyidesine tâbi tutulabilir. Örneğin Alman doktrininde ileri sürüldüğü gibi eşitlik ilkesini belirli bir pay grubu bakımından genel olarak kaldırmaya yönelik bir genel kurul kararı anonim şirketlerin temel prensipleriyle bağdaşmayacağı için batıl sayılır; hatta bu kararın tüm pay sahiplerince onaylanmış olması da sonucu değiştirmez. Yine sermayenin iadesi yasağına aykırı şekilde bazı pay sahiplerine yapılan ödemelerde alacaklıların haklarını ihlal edeceğinden anonim şirketlerin esaslarıyla bağdaşmayan bu yöndeki kararlar da butlan müeyyidesine tâbidir⁴⁸.

Doktrinde eşitlik ilkesine aykırı kararlar bakımından butlan ile iptal edilebilirlik arasındaki sınırın çizilmesinde eşitlik ilkesine sürekli aykırılık kriterinin kullanıldığı görülmektedir⁴⁹. Buna göre eşitlik ilkesine sürekli aykırılık sonucu doğuran genel kurul kararları butlan, ilkeye belli pay sahipleri bazında bir defalık (geçici) aykırılık olması halinde ise iptal yaptırımı uygulanmalıdır. Oysa bu kriter her durumda sağlıklı bir sonuca varılmasına olanak sağlamamaktadır. Zira yukarıda verilen örnekte olduğu üzere sermayenin iadesi ilkesine aykırı olarak bir defaya mahsus da olsa sadece bazı pay sahiplerine ödeme yapılması halinde bunu geçici aykırılık sayıp iptal müeyyidesine tâbi tutmak mümkün değildir. Sermayenin iadesi anlamına gelen bir karar, tekrarlanması veya uzun süreli olmasından bağımsız olarak butlana tâbidir, zira anonim şirketin temel ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.

⁴⁶ Aksi görüşte olan Moroğlu’na göre eşitlik ilkesine aykırılık dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur. **Moroğlu**, 214. Oysa TTK md. 357’de açıkça düzenlenmekle eşitlik ilkesi bağımsız bir kanun hükmüne dönüşmüştür.

⁴⁷ **Henze/Notz**, AktG Grosskomm., § 53a Rn. 110; **Bungeroth**, MüKoAktG, § 53a Rn.28.

⁴⁸ **Cahn/v. Spannenberg**, Spindler/Stilz, Aktiengesetz, § 53a Rn. 32; **Lange**, Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 53a Rn. 12; **Hefermehl/Bungeroth**, Aktiengesetz, § 53a Rn. 23.

⁴⁹ **Moroğlu**, 228 vd.; Kırca/**Şehirli Çelik**/Manavgat, 151 vd.

Son olarak genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü bakımından butlanın ikincilliği prensibi göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmek isteriz.

2. Eşit İşlem İlkesine Aykırı Yönetim Kurulu Kararları

TTK md. 391 (1) a'ya göre eşitlik ilkesine aykırı yönetim kurulu kararları batıldır. Yönetim kurulu kararlarının butlanını düzenleyen hükmün gerekçesinde de en çok rastlanılan bâtil kararların örneklerle (sayım yoluyla) gösterildiği belirtilip ilk sırada en çok rastlanan geçersiz yönetim kurulu kararları arasında eşitlik ilkesine aykırı olanlar gösterilmiştir⁵⁰. Bu noktada benzer bir düzenlemenin ne Alman ne de İsviçre hukukunda yer aldığını belirtmek isteriz. Alman hukukunda genel kurul kararlarından farklı olarak yönetim kurulunun eşitliğe aykırı kararları bakımından butlan kabul edilmiş olmakla birlikte, bir genelleme yapılmamış, hatta eşitlik ilkesine aykırı kararlar bakımından tek bir yaptırımdan bahsetmenin mümkün olmadığı belirtilmiş, butlanın dışındaki yaptırımlara değinilmiştir⁵¹. İsviçre hukukunda da bir genelleme yapmaksızın eşit işlem ilkesine aykırı yönetim kurulu kararları karşısında başvurulabilecek hukuki araçlar (sorumluluk davası, OR Art. 714 ve 706b'ye istinaden butlan, hakkın kötüye kullanıldığı defî, haksız ve kötü niyetli ödemelerin iadesi davası) sayılmıştır⁵².

Eşitlik ilkesine aykırı yönetim kurulu kararları bakımından tek müeyyidenin butlan olduğu kanısı yaratan Kanunun bu yaklaşımı doğru değildir. Kaldı ki, TTK md. 391 (1) hükmünün öngördüğü butlan müeyyidesi 6362 s. SPK md. 18 (6)'nın aynı konuya ilişkin olarak öngördüğü iptal müeyyidesi ile çelişki içerisindedir. Şöyle ki, yönetim kurulu kararlarının belli hallerde iptalini⁵³ öngören SPK md. 18 (6) istisnai nitelikte bir hüküm olup maddede sayılan hallerden birisi de yeni pay alma yetkisini kısıtlarken eşitlik ilkesine aykırı davranılmasıdır. Bu durumda SPK mevzuatına tabi bir şirketin yönetim kurulu tarafından yeni pay alma yetkisi kısıtlanan pay

⁵⁰ Doktrinde Erdem'e göre eşitlik ilkesine aykırılık yönetim kurulu kararıyla oluşmuşsa, TTK'da açıkça düzenlenmese dahi yönetim kurulu kararlarının da iptalinin talep edilebileceğini ileri sürmektedir, **Erdem**, 404.

⁵¹ **Lutter/Zöllner**, Kölner Kommentar, § 53a Rn. 34 ff; **Henze/Notz**, AktG Grosskomm., § 53a Rn. 115 ff; **Cahn/v. Spannenberg**, Spindler/Stilz, Aktiengesetz, § 53a Rn. 33.

⁵² **Bauen, Marc/Venturi, Silvio**, Der Verwaltungsrat, Zürich Basel Genf 2007, Rn. 220 ff.; **Böckli**, § 13 Rn. 683 ff.; **Huguenin Jacobs**, 53.

⁵³ TTK md. 391'in gerekçesinde her ne kadar „*1. En çok rastlanan geçersiz yönetim kurulu kararları, eşitlik ilkesine aykırı olanlardır. SerPK m. 12 bu tür kararların zaten geçersizliğine cevaz vermekte, Yargıtay kararları da bu sebep bağlamında gelişmiş bulunmaktadır*” şeklinde bir tespitte yer verilmişse de aslen madde butlana değil belirli koşullarda iptale olanak sağlamaktadır.

sahipleri iptal davası açabilecekken kayıtlı sermaye sistemini kabul eden ama SPK mevzuatına tâbi olmayan anonim şirketlerde aynı yöndeki bir yönetim kurulu kararının iptali değil butlanı talep edilebilecektir⁵⁴.

Eşitlik ilkesine aykırı yönetim kurulu kararları bakımından butlan ve iptal dışında da yaptırımlar söz konusu olabilir. Esasen yönetim kurulunun eşitlik ilkesine aykırı hukuki işlemleri içerisinde barındırdığı hukuka aykırılık dolayısıyla ya zaten geçersizdir ya da geçerli olmakla birlikte hukuki sonuçları pay sahipleri tarafından önlenebilir/reddedilebilir. Ayrıca yönetim kurulunun eşitlik ilkesine aykırı işleminin geçerliliğini sürdürmesi, ancak eşitlik ilkesine aykırılık dolayısıyla yönetim kurulunun yeni bir işlem yaparak eşitsizliği giderme yükümlülüğü altına sokulması da mümkündür⁵⁵. Örneğin şirketin eşitlik ilkesinin gerektirdiği esaslı sebepler olmaksızın sadece bazı pay sahiplerine bir takım avantajlar sağlaması halinde, bundan mahrum bırakılan pay sahipleri yapılan işlemin kanuna aykırı olmaması koşuluyla kendilerine de aynı hakların sağlanmasını talep edebilirler. Yine bağlı nama yazılı pay senetlerinin devri halinde bazı pay sahipleri bakımından devri kabul eden diğer bazı pay sahipleri içinse keyfi olarak onay vermeyen yönetim kurulundan devre onay vermesini isteyebilirler. Pay sahiplerinin şirkete karşı aktif eşit davranılma talebi (*Anspruch des Aktionärs gegen die Gesellschaft auf aktive Gleichbehandlung*) olarak adlandırılan bu hak yerine getirilebilir olması ve kanuna aykırılık içermemesi halinde pay sahipleri tarafından şirkete karşı ileri sürülebilir⁵⁶.

Pay sahiplerinin, eşitlik ilkesini ihlal eden yönetim kurulu kararları karşısında, edimin ifasından kaçınmaları (*Leistungsverweigerungsrecht*)⁵⁷ da mümkündür. Bu duruma daha çok nakit sermayenin kalan kısmının çağrı yoluyla ödenmesi talebi halinde rastlanır. Yönetim kurulu, nakit sermayenin kalanının çağrı yapılarak toplanmasında eşitlik ilkesine aykırı davranmayı gerektirecek haklı bir sebep olmaksızın sadece bazı pay sahiplerini bu çağrıya muhatap etmişse, bunlar edimin ifasından eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı gerekçesiyle kaçınabilirler.

⁵⁴ SPK md. 18 (6) hükmünün eşit işlem ilkesiyle sınırlı olarak kıyasen kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş kapalı şirketlere de uygulanabileceği ve yönünde bkz. **Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat**, 517.

⁵⁵ **Henze/Notz**, AktG Grosskomm., § 53a Rn. 115.

⁵⁶ **Bungeroth**, MüKoAktG, § 53a Rn. 32; **Henze/Notz**, AktG Grosskomm., § 53a Rn.115, 128; **Koch**, Hüffer AktG, § 53a Rn. 12; **Lutter/Zöllner**, Kölner Kommentar, § 53a Rn. 35.

⁵⁷ **Henze/Notz**, AktG Grosskomm., § 53a Rn.151; **Koch**, Hüffer AktG, § 53a Rn. 12; **Lutter/Zöllner**, Kölner Kommentar, § 53a Rn. 37; **Gehrlein, Marcus**, Aktiengesetz Grosskommentar, Hrsg., von Hopt/Wiedeman, 4. Aufl., Berlin 2008, § 63 Rn. 28.

Yönetim kurulunun eşitlik ilkesine aykırılık içeren kararları bir yükümlülük ihlali teşkil edeceğinden⁵⁸ burada şirket zarar görmeden ortakların doğrudan zarara uğraması veya şirketin zararı nedeniyle dolayısıyla zarara uğramaları söz konusu olabilir ki bu durumda TTK md. 553 vd. hükümleri gereği yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebilir⁵⁹.

3. Şirketin Haklı Sebep Feshi

Eşitlik ilkesine aykırılık halinde uygulanabilecek son derece önemli ve TTK'da düzenlemesi yeni olan bir diğer yaptırım ise anonim şirketin haklı sebeple feshidir. Bir azlık hakkı olarak kabul edilen eşit işlem ilkesinin ihlali ortaklar bakımından aynı zamanda şirketin feshini talep etmek açısından haklı bir sebep teşkil eder. 6102 s. TTK md. 531'de açıkça düzenlenen haklı sebeple anonim şirketin feshini talep etme hakkının, eşitlik ilkesinin etkisini artıracığı şüphesizdir. Eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eden ihlalin gideril(e)memesi halinde hâkim haklı sebeple şirketin feshine karar verebileceği gibi maddede öngörülen duruma uygun başka bir çözüme de hükmedebilir. İşte bu dava ile karşı karşıya kalmak istemeyen anonim şirket eşitlik ilkesini uygularken daha dikkatli davranmak zorunda kalacaktır.

G. Şirketler Topluluğunda Eşitlik İlkesine Aykırılık

Eşitlik ilkesi ve şirketler topluluğu karşılıklı bir etkileşim içerisindedir. Kural olarak eşitlik ilkesi şirketler topluluğuna dâhil tüm şirketler bakımından geçerlidir. Ana şirket olmak üzere toplulukta yer alan hiç bir şirket, topluluğu gerekçe göstererek eşitlik ilkesinin uygulamasından kendisini muaf tutamaz. Bununla birlikte şirketler topluluğu bazı durumlarda aynı zamanda topluluğun ana şirketi olan bir ortak lehine eşitlik ilkesine aykırı davranılmasına olanak sağlamaktadır⁶⁰. Bu durum kanuni bir düzenleme ile öngörülmüş olabileceği gibi (örneğin tüm bağlı şirketleri ana şirkete sunmak üzere faaliyet raporu hazırlaması (TTK md. 199), bağlı şirkete talimat verilmesi (TTK md. 203)) eşitlik ilkesine aykırı davranmanın haklı gerekçesi (Örneğin bağlı şirketin çıkarımının ana şirketin çıkarlarına hizmet etme noktasında değişmesi) olarak da karşımıza çıkabilir. Ancak bu ikinci halde haklı sebebin her olayda ayrıca değerlendirilmesi gerekir, zira bir şirketler topluluğunda yer almak tek başına

⁵⁸ **Lange, Werner Knut**, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Auflage München 2014, § 53a Rn. 12;

⁵⁹ İsviçre hukukunda aynı yönde, **Watter/Roth Pellanda**, Art. 717 Rn. 36; **Bauen/Venturi**, Rn. 224; **Huguenin Jacobs**, 53.

⁶⁰ **Bungeroth**, MüKoAktG, § 53a Rn. 25; **Henze/Notz**, AktG Grosskomm., § 53a Rn.158, 128; **Lutter/Zöllner**, Kölner Kommentar, § 53a Rn. 44 ff.

hâkim ortağa ayrıcalık tanınması bakımında yeterli bir gerekçe oluşturmaz. İşte bu etkileşimin sonucu bağımsız bir şirkette eşitlik ilkesine aykırılık olarak kabul edilebilecek bir davranış şirketler topluluğunda TTK md. 357'ye aykırılık teşkil etmeyebilir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Hukuki dayanağı tartışmalı, yazılı olmasa da uygulaması genel kabul gören eşitlik ilkesinin 6102 s. Kanun ile pozitif norma dönüştürülmesi son derece isabetli olmuştur. Eşitlik ilkesi çoğunluk ilkesinin zayıf tarafını yani tüm pay sahiplerinin uzlaşması ile değil çoğunluk veya dışardan organ tarafından alınan ve azlığın menfaatlerini zedeleyen kararları dengelemek açısından son derece önemli bir işleve sahiptir.

Türk hukuku bakımından TTK md. 357'de öngörülen eşitlik ilkesi, TMK md. 2'de yer alan dürüstlük kuralına nazaran özel bir kural niteliğinde olmadığından, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayan kararların, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmediği bakımından incelenmesinin önünde yasal bir engel bulunmamaktadır.

Pay sahiplerine eşit şartlarda eşit davranılmasını emreden, pay sahiplerinin haklı bir gerekçe olmaksızın keyfi olarak farklı muameleye tâbi tutulmasını yasaklayan bu hüküm içerik olarak her türlü eşitsizliği değil, keyfi eşitsizliği yasaklamaktadır. Eşitlik ilkesi bütün pay sahiplerinin eşit haklara sahip olduğu anlamına gelmez. Pay sahipleri arasındaki eşitlik esas sözleşmeyle (örneğin oyda imtiyaz, kâr payında imtiyaz gibi (TTK md. 478)) bozulabileceği gibi ölçülülük prensibi içerisinde büyük ve küçük hissedarlara farklı davranılması halinde de ortadan kalkabilir. Eşitliğin bu şekilde bozulduğu durumlarda ilkenin uygulama alanı daralır ancak tamamen ortadan kalkmaz.

TTK md. 357'de eşit şartlarda eşit muameleden bahsedilmek suretiyle her türlü eşitsizlik değil, eşitler arasında eşitsizlik yasaklanmıştır. Nisbi eşitlik olarak ifade edilen bu durum şartlara ve duruma uygun eşitliğin varlığını gerektirir. Mutlak eşitlik özellikle koruyucu hakların varlığında devreye girer. Emredici hükümlerle koruma altına alınan bu haklar (örn. iptal davası açma, genel kurula katılma, bilgi alma, özel denetçi talebi, sorumluluk davası açma) nisbi eşitlik ilkesinin aksine hiç bir biçimde ortadan kaldırılamaz, bunlara aykırı düzenleme yapılamaz.

Anonim şirketlere ilişkin düzenlemeler arasında “Temel İlkeler” başlığı altında yer alan eşitlik ilkesinin muhatabı anonim şirket ve organlarıdır. Genel

kurulun serbestçe karar almasını engelleyen ve yönetim kurulunun hareket alanını daraltan bu ilke her iki organı da doğrudan hedef alır. Tasfiye halinde ise tasfiye kurulu eşitlik ilkesine uymakla yükümlüdür.

Eşitlik ilkesine aykırılığın yaptırımını ise ihlalin türüne ve ihlal eden organa bağlı olarak farklılık gösterir.

KAYNAKÇA

- Bächler, Franziska / von der Crone, Hans Caspar**, Überprüfung von Generalversammlungsbeschlüssen, SZW/RSDA 4/2009, 310-316.
- Bauen, Marc/Venturi, Silvio**, Der Verwaltungsrat, Zürich Basel Genf 2007.
- Böckli, Peter**, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich Basel Genf 2009.
- Bungeroth, Erhard**, in; Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (MüKoAktG) 3. Aufl., 2008.
- Cahn, Andreas/Spannenberg, Michael Alexander Schild von**, in: Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Auflage München 2010,
- Dubs, Dieter/Truffer, Roland**, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 4. Aufl., Basel Genf München 2012.
- Erdem, Ercüment**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Eşit İşlem İlkesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri, İstanbul 2009, 393, 407;
- Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter**, Schweizerisches Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 1996.
- Gehrlein, Marcus**, Aktiengesetz Grosskommentar, Hrsg., von Hopt/Wiedeman, 4. Aufl., Berlin 2008.
- Hefermehl, Wolfgang/Bungeroth, Erhard**, in: Aktiengesetz, Bd. I, München 1984.
- Henn, Günter**, Die Gleichbehandlung der Aktionäre in Theorie und Praxis,

AG 1985, 240-248.

Henze, Hartwig/Notz, Richard L., Aktiengesetz Grosskommentar, Hrsg., von Hopt/Wiedeman, 4. Aufl., Berlin 2008.

Homburger, Eric, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 5. Tiel, Zürich 1997.

Hueck, Götz, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München Berlin 1958.

Huguenin Jacobs, Claire, Das Gleichbehandlungsprinzip im Aktienrecht, Zürich 1994.

Kendigelen, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012.

Koch, Jens, in: Hüffer Aktiengesetz 11. Aufl., München 2014.

Lange, Werner Knut, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2. Auflage München 2014.

Laubert, Thomas, in: Hölters, Aktiengesetz, 2. Aufl., München 2014.

Lutter, Marcus/Zöllner, Wolfgang, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. I, 2. Aufl., Köln Berlin Bonn München 1988.

Meier-Hayoz, Arthur/Zweifel, Martin, Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht, in: Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag, Karlsruhe 1974, 383-397.

Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Bern 2007.

Moroğlu, Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 7. Bası, İstanbul 2014.

Spiess, Arnold, Der Grundsatz der gleichmässigen Behandlung der Aktionäre unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und französischen Rechts, Zürich 1941.

Kırca, İsmail/Şehirli Çelik, Feyzan/Manavgat, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku C. I, Ankara 2013.

Tekinalp, Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 3. Bası, İstanbul

2013, Nr.14-32.

- Poroy, Reha/**Tekinalp, Ünal**/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku Hukuku 12. Bası, İstanbul 2012.
- Poroy, Reha/**Tekinalp, Ünal**/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, Yeniden Yazılmış 13. Bası, İstanbul 2014.
- Watter, Rolf/Roth Pellanda, Katja**, in: Basler Kommentar Obligationenrecht II (Hrsg. v. Honsell/Vogt/Peter), 4. Aufl., Basel 2012,
- Wehrli, Ulrich**, Gleichmässige Behandlung der Aktionäre SAG (SZW) 1943/44, 188, 197.
- Weiss, Gottfried**, zum schweizerischen Aktienrecht, Bern 1968.
- Yıldız, Şükrü**, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşitlik İlkesi, Ankara 2003.

6552 SAYILI KANUN İLE TTK'DA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER ÇERÇEVESİNDE ANONİM ŞİRKETİN TEMSİLİ

Mehmet ÖZDAMAR*

ÖZET

Tüzel kişiliğe sahip olduğu kabul edilen anonim şirketlerde yönetim kurulunun, ticari hayatta esas olan itimat, emniyet ve sürat müesseselerine uyum sağlamak amacıyla idare ve temsil yetkisini devretmek istemesi ve bunu imza sirkülerlerini amacına aykırı kullanmak suretiyle gerçekleştirmek istemesi, uygulamaları, sicil temelli bazı çıkmazlara sürüklemiştir. Kanun koyucu 10.09.2014 tarihinde 6552 sayılı (Torba) Kanun¹ ile TTK'da bazı değişiklikler yapmak suretiyle bu çıkmazdan kurtulmaya çalışmıştır. Adı geçen Kanununun 131 ve 132'nci maddeleri ile anonim ve limited şirketlerde temsile ilişkin mehz Kanunda bulunmayan, Türk ticaret hayatına özgü bazı yenilikler getirilmiştir. Her ne kadar mezkur değişikliğin Kanunun sistematigi açısından doğru yerde yapılmadığı kabul olursa da bu düzenleme ile anonim şirket yönetim kurulunun, kanun koyucunun cevaz verdiği sınırlamalar dışında temsil yetkisine miktar ve konu itibarıyla sınırlamalar getirmek suretiyle tacir yardımcılarını tayin etmesine ve bu konuda sicilin olumlu etkisini göstermesine imkan tanınmıştır. Ayrıca eleştiriye açık olmakla birlikte anonim şirkete atanan ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarının şirkete verdikleri tüm zararlardan yönetim kurulunun müteselsilen sorumlu tutulmaları esası getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, yönetim kurulu, temsil yetkisi, ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarını, tescil ve ilân, müteselsil sorumluluk

THE REPRESENTATION OF THE JOINT STOCK COMPANY WITHIN THE FRAMEWORK OF THE CHANGES MADE IN TURKISH TRADE LAW WITH LAW NO. 6552

ABSTRACT

The practitioners have experienced some dilemma on record basis because of the request to transfer the authority of representation and administration to provide compliance to the trust, safety and speed institutions which are basis of the trade, of the board of directors in the joint stock companies having accepted legal entity, and because of request to perform this by acting contrary to the aim of the signature circular. Law makers have made some changes in the Turkish Trade Law with the Omnibus Bill² with date 10.09.2014 and number 6552, and have tried to save from

* Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Kürsüsü Öğretim Üyesi.

¹ RG. 11.09.2014 T., 29116 S. (Mükerrer).

² RG. 11.09.2014 T., 29116 S. (Reiterated).

this dilemma. Some innovations have been brought with the articles 131 and 132 of the aforesaid law absence in said law for representation in joint stock and limited companies, specific to the Turkish trade life. Even we accept that said change is not made on correct place in terms of the systematic of the Law, this arrangement allows authority of joint stock company management board to represent beyond the limitations as required by the law makers and makes limitations for amount and subject, appoint trader assistants and shows positive effect of the record in this regard. In addition, there is basis to jointly and severally hold responsible for all damages given to the company by the trade deputy and other trader assistants appointed to the joint stock company open to the criticism.

Keywords: *Joint stock company, management board, representing authority, trade deputy and other trader assistants, registration and publication, joint and several liability*

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK), yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden bu yana başta ticaret şirketleri olmak üzere ticari hayatımızın birçok alanında önemli değişiklikler meydana getirmiştir. Ticaret Kanunu Tasarısı, 13.01.2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından kabul edilerek kanunlaşmasına karşın tasarının Genel Kurulda beklediği dört yıllık sürede yapılması teklif edilen/düşünülen değişiklikler, Kanunun kabulünden sonrasına bırakılmıştır. Hatta bunun için Kanunun yürürlüğü onsekiz ay ertelenerek tasarıda gerekli güncelleme ve değişikliklerin yapılabilmesi için imkân sağlanmıştır. Bunun ardından uzun süre 6102 sayılı TTK hakkında bilimsel tetkik ve eleştirilerin ötesinde önemli bir çalışma yapılmamıştır. Ancak Kanunun yürürlüğe girmesinden hemen önce 6335 sayılı Kanun ve yürürlüğe girmesinden sonra 6455 sayılı Kanun ile de benzer düzenlemelere şahit olunmuştur. Bir takım dar kapsamlı değişiklikler ile de 6102 sayılı TTK'nın ilk kabul edildiği hali ile mevcut durumu arasında ciddi farklılıklar meydana getirilmiştir.

Kanunun hazırlanmasında temel alınan metnin, Bilim Komisyonunun değerli üyeleri tarafından sert tartışmalar ve uzun süren çalışmalar sonucunda hazırlandığı bilinmektedir. Komisyonun hazırladığı metnin bünyesinde de bir takım eksiklikler bulunmasına karşın, Kanunun kabulünden sonra art arda yapılan değişiklikler ile Kanunun zaten eksiklikler içeren insicamı iyice bozulmuştur. Gerçekten Kanunun kabulünden sonra yapılan ve sadece bir kısmını esas alan değişiklikler, başka bölümlerde sorunlara sebebiyet vermiş;

bu durum maalesef değişikliklerden sonra fark edildiğinden, Kanun hükümleri sorunlara çözüm bulunamadan uygulanmaya çalışılmıştır.

Makale konusu yaptığımız son gelişmeler de, uygulamada yaşanan ciddi sıkıntıların sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu gelişmeler, anonim şirket yönetim kurulunun idare ve temsil yetkisini devretmek istemesi esnasında yaşanan sıkıntılardan kaynaklanmıştır. Özellikle çok sayıda şube ve satış mağazası bulunan şirketlerin çıkardıkları imza sirküleri ile sınırlı yetkili temsilciler tayin etmeleri uygulamada olağan hale gelmişti. 2014 yılında bazı ticaret sicili müdürlüklerinin, TTK'daki hükümlere ilişkin yorum farklılığına düşmesi sonucunda bahse konu şirketlerin sınırlı temsil yetkisi içeren imza sirkülerlerini tescil etmekten kaçınması sonucunda söz konusu mesele gündeme gelmiştir. Sorunun çözümü için Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığı (GTB) bünyesinde çalışmalar yapılmış ve sadece ilgili meselenin halli için kanun değişikliği seçeneği öne çıkmıştır. Bunun üzerine, 10.09.2014 tarihli 6552 sayılı (Torba) Kanun³ ile TTK'da yapılan değişiklikler sonucunda sorun çözülmeye çalışılmıştır. Söz konusu Kanununun 131 ve 132'nci maddeleri ile anonim ve limited şirketlerin temsiline ilişkin yenilikler getirilmiştir. Aynı Kanununun 133 ve 134'üncü maddeleri ile yapılan eklemeye, konumuzla ilgisi olmadığı ve TTK'da bazı usuli değişiklikler yaptıkları için yer verilmemiştir.

I. Anonim Şirketlerde Temsil Yetkisi ve Kullanılması

Anonim şirkette temsil yetkisinin kullanılması, kapsamı ve ortaya çıkan hukuki sonuçlar oldukça geniş bir özellik arz etmektedir. Bununla birlikte aşağıda gerekli olan kısımlara değinilerek asıl konunun açıklanmasına mesnet teşkil edilmeye çalışılmıştır.

A. Genel Olarak

Dünyada olduğu gibi ülkemizde de ekonominin lokomotifi olan ticari faaliyetlerin yürütüldüğü anonim şirketler, günümüzde de önemini korumaktadır. Tüzel kişiliğe sahip olduğu kabul edilen anonim şirketlerin içeride idaresi ve üçüncü kişilere karşı temsil edilmesi, organları aracılığı ile gerçekleşmektedir (TMK m. 49-50). 6102 sayılı TTK'nın 365'inci maddesi uyarınca anonim şirketler, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil edilir. Görüldüğü üzere şirketin içerideki işleyişinin yönetilmesi ile şirket tüzel kişiliğinin iradesinin ortaya çıkması ve dış dünyaya yansıtılması yönetim kurulu eliyle yapılmaktadır.

³ RG. 11.09.2014 T., 29116 S. (Mükerrer).

Yönetim kurulu, yürürlükten kalkan 6762 sayılı TTK (eTTK) düzenlemesinde en az üç kişiden müteşekkildi (m. 312). Bundan dolayı anonim şirketlerde yönetim organı kurul olarak nitelendirilmişti. Bununla birlikte yeni Ticaret Kanununun şirketler hukukuna ilişkin getirdiği önemli yeniliklerden birisi, tek ortaklı anonim ve limited şirket kurulabilmesidir. Kanun koyucu, anonim şirketin ortak sayısının asgari sınırını tek kişi olarak belirlemesine paralel olarak, yönetim kurulunun da tek kişiden oluşabileceğini hükme bağlamıştır (TTK m. 359/1). Yeni Kanunun hazırlanması esnasında eleştirilmesine karşın, mevcut dönemde de anonim şirketin yönetim organının adı, yönetim kurulu olarak muhafaza edilmiştir. Bu durumda uygulamada anonim şirketlerde tek üyeli yönetim kurulu meydana gelebilmektedir.

6102 sayılı TTK ile anonim şirket yönetim kurulu üyeliği hakkında getirilen önemli değişikliklerden bir diğeri ise, üyeliğe tüzel kişilerin seçilebilmesidir (m. 359/2). Önceki düzenleme çerçevesinde tüzel kişilerin doğrudan yönetim kurulu üyesi olması mümkün değilken, yeni düzenleme ile gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişilerin de üye olarak tayin edilme imkânı ortaya çıkmıştır. Ancak tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin atanması tek başına yeterli olmamakta; bunun yanı sıra tüzel kişi adına hareket edecek olan bir gerçek kişinin de belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu gerçek kişinin de temsilci sıfatıyla ticaret siciline tescil ve ilân edilmesi ve şirketin internet sitesinde hemen açıklanması gerekmektedir. Tüzel kişi yönetim kurulu üyesi adına sadece ticaret siciline kaydedilmiş olan gerçek kişi toplantılara katılım oy kullanabilir (TTK m. 359/2).

Anonim şirketler, yönetim kurulu tarafından idare ve temsil edilir (TTK m. 365). 6102 sayılı TTK, evvelki düzenlemeden farklı olarak yönetim kurulunun idare ve temsil yetkilerini ayrı ayrı incelemiştir⁴. Gerçekten 6762 sayılı TTK'nın 319'uncu maddesinde, idare ve temsil işleri birlikte ele alınmış ve bu yetkilerin kısmen veya tamamen devredilmesi düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle önceki Kanunda idare ve temsil yetkisinin birbirinden ayrılması düşünülmemiştir. Buna karşılık TTK m. 367 hükmünde, yönetim kurulunun şirketi ne şekilde idare edeceği özel olarak belirlenmiş olup, şirketin idare yetkisinin esas itibarıyla tüm yönetim kurulu üyelerine ait olduğu belirtilmiştir. Ancak esas sözleşmeye konulacak bir hüküm ile yönetim kurulu, düzenleyeceği iç yönerge çerçevesinde⁵, idare yetkisini kısmen veya tamamen bir veya birkaç

⁴ Konuya ilişkin her iki kanun arasındaki farklar için bkz. **Tekinalp, Ü.:** Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2013, N. 12-49.

⁵ İç yönergenin içeriği ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Doğan, B.F.:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanu-

yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir (TTK m. 367/1). Böylece yönetim kurulu esas sözleşmede yetkilendirilmiş olmak kaydıyla, usulüne uygun şekilde alacağı bir karar doğrultusunda, idare yetkisini devredebilecektir⁶.

TTK'nın 367'nci maddesinin lafzından, iç yönerge ile yapılacak devrin sadece idare yetkisini kapsadığı, buna karşılık temsil yetkisini kapsamadığı anlaşılmaktadır. Yönetim kurulu ayrıca TTK m. 370/2 uyarınca temsil yetkisinin devrine ilişkin tasarrufta da bulunabilecektir. Buna karşılık temsil yetkisine ilişkin ayrı bir yetki devri yapılmamışsa, iç yönerge ile yapılan yönetimin devri ile temsil yetkisi de devredilmiş olmayacaktır⁷. Dolayısıyla her iki yetkinin birlikte devredilmek istenmesi halinde, bir taraftan iç yönerge ile idare yetkisinin devrine ilişkin düzenleme yapılması, diğer taraftan yine esas sözleşmede hüküm olması kaydıyla temsil yetkisinin nasıl kullanılacağına ilişkin bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

Görüldüğü üzere TTK düzenlemesinde, yönetim kurulunun idare ve temsil yetkileri ayrı ayrı ele alınmış; her iki yetkinin devredilmesine ilişkin özel hükümler getirilmiştir. Gerçi anonim şirketler bakımından doğal ve pratik olan yönetim ve temsil yetkisinin aynı şekilde devredilmesi ve kullanılmasıdır. Ancak bu durumun yetkileri elinde toplayan kimseler bakımından aşırı bir güç kullanımına, güç yoğunlaşmasına sebebiyet vereceğinden de endişe edilmektedir⁸.

Kanun koyucu TTK'nın ilk halinde, iç yönergenin ticaret siciline tescil ve ilânına ilişkin herhangi bir hüküm ihtiva etmiyordu⁹. Aslında iç yönergenin kendisinden beklenen faydayı sağlamayacağı düşünülmesine ve bu gerekçeyle eleştirilmesine karşın, TTK'da daha önce yapılan değişikliklerde (6635 sayılı, 6455 sayılı kanunlar) söz konusu husus dikkate alınmamıştır. Kanunda sadece

nuna Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, İstanbul 2011, s. 160 vd.

⁶ Bkz. **Akdağ Güney, N.:** 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul 2012, s. 57 vd.

⁷ **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku, C.1, Ankara 2013, s. 593-594; **Tekinalp, N.** 12-51.

⁸ **Tekinalp, N.** 12-51.

⁹ İsviçre Hukuku'nda da iç yönerge hakkında sadece pay sahipleri ve alacaklılara gerektiğinde yazılı bilgilendirme yapılacağı ve iç yönergenin tescil ve ilanının gerekmediği kabul edilmektedir. Bununla birlikte İsviçre'de azınlıkta da olsa küçük bir grup iç yönergenin tescil ve ilan edilmesi gerektiğini savunmaktadır, (Bkz. **Böckli, P.:** Schweizer Aktienrecht, Zürich 2009, §13, N. 332 vd.).

iç yönerge ile ilgili pay sahiplerinin ve korunmaya değer menfaatlerini ikna edici şekilde ortaya koyan alacaklıların, iç yönerge hakkında yazılı olarak bilgilendirileceğine ilişkin bir düzenleme yapılmıştır (TTK m. 367/1)¹⁰.

Yönetim kurulu iç yönergesinin ilânına müsaade edilmemesine karşın, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikte¹¹ asgari unsurları belirlenen matbu forma uygun şekilde kabul edilen genel kurul toplantılarına ilişkin yönergenin ticaret siciline tescil ve ilânı zorunlu kılınmıştır (TTK. 419). Buna karşılık daha fazla sayıda menfaat grubunu ilgilendiren yönetim kuruluna ilişkin iç yönergenin sicile tesciline imkân verilmemesi bir çelişki meydana getirmiştir. Aşağıda ayrıntılı bir şekilde inceleneceği üzere, son değişiklikle yönetim kurulu iç yönergesinin de ticaret siciline tescil ve Ticaret Sicil Gazetesinde (TSG) ilânına müsaade edilmiştir.

B. Temsil Yetkisinin Kapsamı

Anonim şirket yönetim kurulunun temsil yetkisinin sınırlarını TTK m. 371 hükmü ile çizmek mümkündür. Söz konusu hükmün ilk fıkrasında, “*Temsile yetkili olanlar şirketin amacına ve işletme konusuna giren her türlü işleri ve hukuki işlemleri, şirket adına yapabilir ve bunun için şirket unvanını kullanabilirler...*” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, sadece yönetim kurulu üyelerinin değil şirketi temsile yetkili diğer yöneticilerin yetkilerinin sınırı, *şirketin amacı ve her türlü işletme konusu* olarak çizilmiştir. Bunun yanı sıra ticaret şirketleri bakımından genel hüküm niteliğindeki TTK m. 125/2 düzenlemesini de dikkate almak gerekir. 6762 sayılı TTK’da yer alan ve şirketlerin amaç ve işletme konuları dışında hukuki işlemler yapamayacaklarına işaret eden diğer bir ifadeyle şirketlerin hak ve fiil ehliyetini, esas sözleşmede yazılı konular ile belirleyen “*ultra vires*” kuralının kaldırıldığı Kanunun gerekçesinde ifade edilmiştir¹².

Ticaret şirketlerinin hak ve fiil ehliyetlerini sınırlandıran kuralın kaldırıldığı belirtilmesine karşın, şirketlerin işleme konusunun tespit edilmesi önemini korumaktadır. Gerçekten TTK m. 371/2’ye göre, “*Temsile yetkili*

¹⁰ Konuya ilişkin açıklamalar için bkz. **Kırca**, (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 607-608.

¹¹ Bkz. Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik, (RG. T. 28.11.2012, S. 28481).

¹² **Yıldız, B.**: “Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukuki Niteliği, Batider 2011, C. XXVII, S. 3, s. 111 vd.; **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 639; **Pulaşlı, H.**: Şirketler Hukuku Şerhi, C. 1, Ankara 2014, s. 1098-1099.

olanların, üçüncü kişilerle, işletme konusu dışında yaptığı işlemler de şirketi bağlar; meğerki üçüncü kişinin, işlemin işletme konusu dışında bulunduğunu bildiği veya durumun gereğinden, bilebilecek durumda bulunduğu ispat edilsin. Şirket esas sözleşmesinin ilan edilmiş olması, bu hususun ispatı açısından tek başına yeterli değildir". Esasen istisnai bir düzenleme olan mezkûr hüküm, TTK m. 125/2 hükmü ile birlikte okunduğunda, şirketi temsil etme yetkisine sahip olan kimseler, şirketle olan iç ilişki bakımından sadece işletme konusuna dâhil işlemleri yapabilirken, üçüncü kişilere karşı işletme konusu dışında kalan işlemleri yapma ve şirketi sorumluluk altına sokma imkânına sahiptir. Kanun koyucu ayrıca, üçüncü kişinin, yapılan işlemin şirketin işletme konusuna girmediğini bildiği veya bilebileceği istisnai halleri ayırmıştır. Şirketin durumu ispat edebilmesi halinde, işletme konusu dışında kalan işlemlerin şirketi bağlamayacağı belirtilmiştir¹³. Ayrıca şirket esas sözleşmesinin ilân edilmiş olmasından neşet eden "sicilin olumlu etkisi"nin tesir etmeyeceği, ilânın üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmayacağı da özel olarak belirtilmiştir¹⁴. Son olarak işletme konusu dışında hukuki işlem yaparak şirketi sorumluluk altına sokan yöneticiye karşı şirketin uğradığı zararlardan dolayı rücu hakkının saklı olduğunu belirtmek gerekir¹⁵.

C. Temsil Yetkisinin Kullanılması

Anonim şirketlerde temsil yetkisinin kullanılmasına ilişkin kurallar esasen hem eski hem de mevcut TTK'da birbirine paralel şekilde kaleme alınmıştır. Şirketi temsil yetkisi kural olarak yönetim kuruluna ait olmakla birlikte, esas sözleşmede hüküm bulunması ve yönetim kurulunun karar alması ile dağıtılabilmektedir. Temsil yetkisinin aynı anda çok sayıda yönetim kurulu üyesine ait olması yerine, yetkinin sürekli görev yapan üyeler ve üye olmayan yönetici/yöneticilerde toplanması ticari hayatın gereklerine daha uygun düşmektedir.

1) Temsil Yetkisinin Sınırlandırılması

Anonim şirket yönetim kurulu, kural olarak kurul halinde hareket eder (TTK m. 365). Bundan dolayı yönetim kurulu üyelerinin tamamı

¹³ İşletme konusu kavramının yeni TTK döneminde de geniş yorumlanması ve için kişiler bakımından işlem güvenliğinin tesis edilmesine katkı sağlanması gerektiği ile ilgili bkz. **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 640.

¹⁴ **Pulaşlı**, s. 1101-1102.

¹⁵ Şirkete tanınan bu hakkın teknik anlamda bir rücu hakkı olmadığı, genel sorumluluk hükmünün yanında (m.553), söz konusu düzenlemeye gerek olmadığına ilişkin bkz. **Kendigelen, A.:** Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 262.

şirket işlerini görmek, şirketi idare ve temsil etmek yetkisine sahiptir. Ancak yönetim kurulunun birden fazla üyeden müteşekkil olması halinde, şirket işlerinin tamamının birlikte yürütülmesi, ticari hayatta işlerin yavaşlamasına sebep olabilmektedir. Bunun için bilhassa şirketin temsili noktasında, Kanunda tamamlayıcı nitelikte bir hükme yer verilmiştir. Gerçekten TTK m. 370'e göre, esas sözleşmede aksi öngörülmemiş veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir. Buna karşılık şirket esas sözleşmesinde temsil yetkisinin nasıl kullanılacağı farklı şekillerde kararlaştırılabilir (TTK m. 370/2). Böylece esas sözleşme hükmü doğrultusunda, yetkililerden en az birisi yönetim kurulu üyesi olmak kaydıyla anonim şirketin temsil yetkisi, bir veya birden fazla murahhas üyeye veya müdür sıfatıyla üçüncü kişilere devredilebilir¹⁶. Bu şekilde yapılan temsil yetkisinin dağıtılmasına ilişkin yönetim kurulu kararı ticaret siciline tescil ve ilân edilir (TTK m. 373/1).

6762 sayılı TTK'da murahhas üye ve murahhas müdürlerin, şirketi tek imza ile temsil edebilme yetkisine sahip oldukları hükme bağlanmıştır (m. 319). Buna göre şirket esas sözleşmesinde öngörülmek kaydıyla temsil yetkisinin devredilip devredilemeyeceğinin tespit edilmesi ve bu arada en az bir yönetim kurulu üyesine temsil yetkisi verilmesi zorunlu kılınmıştır. Temsil yetkisinin dağıtılmasına ilişkin yetki, esas sözleşme ile genel kurula veya yönetim kuruluna bırakılabilirdi (eTTK m. 319/2).

2) Temsil Yetkisinin Kullanılması İçin Gerekli Olan İşlemler ve İmza Sirküleri

Anonim şirketin yönetim kuruluna seçilen kişiler, görev süreleriyle birlikte ticaret siciline tescil ve ilân edilir. Bunun yanı sıra, imza yetkisinin kendisine bırakıldığı üye ya da üyelerin ve bunların temsil yetkisini ne şekilde kullanacaklarına ilişkin alınan yönetim kurulu kararının noterce onaylanmış suretinin tescil ve ilân edilmek üzere ticaret siciline gönderilmesi gerekmektedir. (TTK m. 373; 40/1). Anonim şirketi temsil edecek olan yöneticilerin imza örneklerinin noterde onaylanarak ticaret sicili müdürlüğüne verilmesi gerekmektedir (TTK m. 40/2). Uygulamada imza sirküleri adı altında ortaya çıkan belge¹⁷, şirket adına imza atabilecek olan yetkilileri ve onların imza örneklerini noter onaylı bir şekilde göstermektedir. Ayrıca imza

¹⁶ Tekinalp, N. 12-73 vd.; Pulaşlı, s. 1104 vd.

¹⁷ İmza sirkülerinin içeriği ve anlamına dair ayrıntılı bilgi için bkz., Kırcı, İ.: "Bankacılık İşlemleri-Ticaret Şirketlerinde Temsil Yetkisinin Kapsamı ve Sınırlandırılması", Banka Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 08.06.2007, s. 284-285, (Bankacılık İşlemleri).

sirküleri sayesinde, şirket adına kimlerin imza atabileceği, üçüncü kişiler nezdinde daha kolay ortaya konulabilmektedir¹⁸. Ancak aşağıda açıklandığı üzere, bir süre sonra imza sirküleri, şirket adına imza atmaya yetkili kişilerin imza örneklerinin gösterildiği belge olmaktan çıkarak, şirket yöneticilerinin temsil yetkisinin sınırlarını içeren bir içeriğe dönüşmüştür¹⁹.

Bununla birlikte, imza sirkülerinin içeriğinin değiştirilerek, muhtemelen uygulamanın ihtiyacının karşılanabilmesi için yöneticilerin temsil yetkisinin çeşitli ihtimaller dikkate alınarak sınırlandırıldığı görülmektedir. Özellikle imza sirkülerine temel teşkil eden yönetim kurulu kararlarında, şirketin temsil edilmesine ilişkin yetkinin özellikle miktar ve konu itibarıyla sınırlandırıldığı, belirli konularda tek başına imza atma yetkisine sahip olan kişilerin belirli konularda ancak çift imza ile şirketi temsil edebilecekleri kararlaştırılmaktadır. Böylece özellikle orta ve büyük ölçekli şirketlerde, birinci, ikinci ve üçüncü sınıf imza kategorileri oluşturulmakta; her iki kategoriye dâhil kişilerin hangi konularda tek başlarına hangi konularda birlikte imza atabilecekleri belirlenmekteydi.

Mesela; Beyaz Güvenlik Hizmetleri AŞ.'de birinci sınıf imza yetkisine sahip olan kişi/kişiler: Şirketi bankalar nezdinde temsil etmek, kredi çekmek, kefil olmak, gayrimenkul almak ve satmak, şirket adına sözleşmeler yapmak, şirketi borç altına sokmak, toplu iş sözleşmesi imzalamak, hizmet sözleşmesi yapmak veya var olan sözleşmeleri feshetmek, kambiyo senedi düzenlemek şeklinde sıralanan konularda bir tane ikinci sınıf imza yetkilisi ile birlikte karar alıp bu işlemleri çift imza ile yerine getirebilir. Birinci sınıf imza yetkisine sahip olan kişiler toplam 50.000TL tutarındaki işlemleri tek başlarına gerçekleştirebilirler.

İkinci sınıf imza yetkisine sahip kişi/kişiler: Şirketin elektrik, su, telefon, internet, televizyon aboneliklerini yapmak, değiştirmek veya feshetmek, şirkete karşı gönderilen ihtar ve ihbarları kabul etmek, şirketin göndereceği ihtar ve ihbarları keşide etmek, kamu kurum ve kuruluşları nezdinde (Vergi Dairesi, SGK, Tapu Dairesi vb.) her türlü iş ve işlemleri yapmak, resmi yazışmaları yürütmek, banka hesaplarından para çekmek ve para yatırmak,

¹⁸ **Kayar, İ.:** "Anonim ve Limited Şirketlerin Temsili ve İmza Sirküleri", Türkiye Noterler Birliği Dergisi, Ağustos 2005, Sayı 127, s. 110 vd.

¹⁹ **Kırca,** Bankacılık İşlemleri, s. 286. *Kayar* ise imza sirkülerinin şirketi temsile yetkili kişi veya kişilerin imza örnekleri ile imza sahibinin yetkilerinin kapsamını ve sınırlarını gösterdiğini, noterin sadece imzayı değil yetki ve sıfatı da onayladığını belirterek imza sirkülerine uygulamada yüklenen anlama uygun bir yorum yapmıştır, (s. 115).

şeklinde sayılan konularda en az iki adet ikinci sınıf imza yetkilisinin birlikte karar verip imza atmak suretiyle şirketi temsil edebileceği kararlaştırılabilir.

Yukarıda misal olarak belirtilen yönetim kurulu kararı doğrultusunda şirket adına imza atabileceklerin belirlenmesi amacıyla noterde imza sirküleri çıkarılmakta ve ilgililerin imzası onaylanarak ticaret siciline verilmekteydi. Burada dikkati çeken nokta, söz konusu kararların ticaret siciline tescil ve ilân edilmesidir. Bilindiği üzere ticaret siciline kaydedilebilecek olan hususlar kanunda ve tüzükte (yeni dönemde yönetmelikte) sayılmış olmak zorundadır. Ticaret sicili müdürleri de, tescili istenen hususun kanuni şartları taşıyıp taşımadığını incelemekle yükümlüdür (TTK m. 32/1). Oysa yukarıdaki misalde de zikredildiği üzere temsil yetkisi, hem birlikte temsil hem de miktar ve konu itibarıyla sınırlandırılarak ticaret siciline tescil ve ilân edilmekte; ayrıca imza sirküleri çıkarılarak bu şekilde uygulanmaktadır. Aslında Kanunun öngördüğü sisteme aykırı bu uygulama uzun yıllar boyunca ülkemizde uygulanmış, şirket yönetiminin işini büyük ölçüde kolaylaştırdığı için hukuki bir sorun çıkmadığı sürece mesele edilmemiştir. Bununla birlikte yukarıda örneklendirilen uygulamanın, TTK hükümleri çerçevesinde hukuki bir temeli bulunmamaktadır. Ancak imza sirkülerinin ekine konulan bu metin ile şirket adına imza atma yetkisine sahip olan kişilerin yetkisinin sınırlı olduğu ileri sürülebilmekte; şirketin muhatabı olan üçüncü kişilerin bu durumdan haberdar olmaları imkânı sağlanabilmektedir. Kendisiyle işlem yapılan her bir üçüncü kişinin imza sirküleri ile birlikte durumdan haberdar olması sağlanmış olmakla birlikte, Kanuna aykırı bu tescilin sicilin olumlu etkisi (*müspet vukuf*) çerçevesinde herkes hakkında hüküm doğurması beklenmemelidir²⁰.

Ayrıca bu noktada önemle belirtmek gerekir ki anonim şirket temsilcilerinin bu tür bir sınırlamanın varlığına rağmen bunu aşip üçüncü kişiyle sözleşme yapması halinde, sözleşmenin sonuçlarının her iki tarafın menfaatine uygun olması halinde, sadece böyle bir sınırlamaya dayanarak yapılan işleme itiraz edilmesi hakkın kötüye kullanılması anlamı taşıyacaktır²¹.

Öğretide *Kayar*, konuya ilişkin yazdığı makalesinde, öz, yer, miktar vs. yönden yapılan sınırlandırmaların tescil ve ilân edilemeyeceğini, edilse

²⁰ Konuya ilişkin Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarından birisinde, “*Birlikte temsil ve yetkilerin şubelere hasrı dışında kalan temsil yetkisine, miktar bakımından yapılan sınırlamalar tescil ve ilan edilse dahi iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileriye sürülemez*”, (11. HD. 29.06.1982, 2638/3181), (Kazancı İçtihat Programı).

²¹ **Kırca, İ.:** “Ticaret Şirketlerinde Temsil Yetkisine Getirilen ve Caiz Olmayan Sınırlamaların Üçüncü Kişilere Etkisi”, *Batider*, Haziran 1994, C. XVII, S. 3, s. 154, (Temsil Yetkisi).

bile tescilin olumlu etkisinden yararlanamayacağını, yani iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğinin açık olduğunu, buna rağmen öz yönünden sınırlamalar içeren görev taksimi ve imza yetkisi kararlarıyla bu yola başvurulması halinde, bunların noter tarafından tasdik edilmesi gerektiğini, TTK m. 321/2 gereğince bu sınırlamaların iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez ise de bunları bilen kimselere karşı ileri sürülebileceğini, buna karşılık ticaret sicil müdürünün bu tür sınırlamaları içeren imza sirkülerlerini tescil ve ilân etmemesi gerektiğini, zira ticaret siciline tescili istenen hususun kanunen tescili gereken hususlardan olup olmadığı sicil müdürü tarafından re'sen araştırılması gerektiğini belirtmiştir²².

Yazarın belirttiği şekilde ticaret siciline tescil ve ilân edilmemesi gereken imza sirkülerlerine dayanak yönetim kurulu kararları yıllarca ülkemizde tescil edilmiştir. Aslında öğreti ve Yargıtay söz konusu tescillerin hukuken bir anlam taşımadığı, hukuki sonuç doğurmayacağı konusunda hem fikir olsa da²³, uygulama Kanuna aykırı bir şekilde devam etmiştir. Bu sayede, özellikle çok sayıda şirkete sahip olan kimselerin yönetim kurulunda aldıkları kararlar ile sınırlı yetkiye sahip profesyoneller ile çalışmalarını mümkün hale gelmiştir. Tabi ki söz konusu sınırlama bağlamında sicilin olumlu etkisinden yararlanılamamasına karşın, gerek resmi dairelerde gerek banka ve finans kuruluşlarında işlemlerin mutlaka imza sirküleri ile yapılması sayesinde üçüncü kişilerin iyiniyeti ortadan kaldırılabilmekteydi. Zira şirket adına işlem yapılmak istendiğinde kurumsal muhataplar (resmi daireler, bankalar, finans kuruluşları, halka açık şirketler vb.) imza sirküleri görmek hatta bir örneğini almak istemektedir. Dolayısıyla sınırlı yetkinin olduğunu gösteren imza sirkülerini alan muhatabın, sirküleri okumadığını iddia etmesi ve iyiniyetinden bahsedilmesi mümkün olmamalıdır.

Öğretide *Kırca*, temsil yetkisinin caiz olmayan bir şekilde sınırlandırılmasının ticaret siciline tescil ve ilân edilmesinin üçüncü kişiler üzerinde hiçbir etki doğurmayacağını belirttikten sonra, söz konusu tescile dayanarak hazırlanan imza sirkülerinin ekinde yer alan sicil gazetesi nüshasının üçüncü kişiye, özellikle de bankaya sunulmuş olması halinde bunun, tek başına iyiniyeti kaldırmayacağını ileri sürmüştür. Bu noktada TTK'nın 371/2'de yer alan iyiniyet kavramının TMK m. 3 hükmündekine nazaran daha dar yorumlanmasını ve *bilmeyi gerekme*yi değil sadece *bilmeyi* kapsamaması gerektiğini savunmuştur. Bankanın kendisiyle işlem yapmak

²² Kayar, s. 120.

²³ Kayar, s. 120-121; Kırca, Bankacılık İşlemleri, s. 277-279.

isteyen anonim şirket yetkilisinin sunduğu imza sirkülerini ve ekini incelemek zorunda olmadığını, ekteki hukuka aykırı ticaret sicili kaydının tek başına bankanın temsil yetkisindeki sınırlamayı bildiğini göstermeyeceğini, bunun için bankaya dikkati çekecek özel açıklama veya beyanda bulunulması gerektiğini belirtmiştir²⁴. Hatta sicil kayıtlarının elektronik ortamda tutulması ve banka yetkililerinin her işlemde önce sicil kayıtlarına girerek saniyeler içinde temsil yetkisinin nasıl kullanılacağını görebilecek olmasına karşın, yine de bankanın bu konuda iyiniyetli olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yazar, ileri sürdüğü fikrin Kanuna uygunluğu bakımından tescile izin verilen birlikte temsil ve şube işleriyle temsil dışında kalan sınırlamaların, iyiniyet-kötüniyet ayrımı yapılmaksızın hiçbir şekilde üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğinin belirtilmesi gerektiğini söylemiştir²⁵.

Anonim şirket yöneticilerinin temsil yetkisinde hukuka aykırı şekilde yapılan sınırlamaların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için, bu durumun üçüncü kişiler tarafından *bilinmesi* gerektiği konusunda tartışma bulunmamaktadır²⁶. Ancak özel yetki (imtiyaz) olarak faaliyet gösteren banka, sigorta şirketi, finans kuruluşları gibi şirketlerin, tedbirli yönetici gibi davranmanın yanı sıra, kendileriyle işlem yapan üçüncü kişilerin yetkili olup olmadıklarını daha da dikkatli bir şekilde incelemeleri gerekir. Söz konusu kuruluşların, kendilerine sunulan imza sirkülerinde yazılı olan hususları incelerken, temsil yetkisine ilişkin hukuka uygun sınırlamaları görüp hukuka aykırı sınırlamaları görmediklerini veya anlamadıklarını ileri sürmeleri hakkın kötüye kullanılması niteliği taşır. Zira kendisine sunulan imza sirkülerini inceleyen kişi/şirket, muhatabının yetkili olup olmadığını mezkûr belge sayesinde sorgulayıp anlayabilecektir. Her somut olayın özelliğine göre meselenin özel olarak incelenmesi gerekmekte birlikte, imza sirkülerinin her hâlükârda incelenecek olması gerçeği karşısında, muhatabın temsil yetkisinin şekli ve sınırları hakkında ister kanuna uygun ister kanuna aykırı olsun, bu hususta bilgi sahibi olunacağı kabul edilmelidir (TMK m. 2). Dolayısıyla temsil yetkisine ilişkin miktar, konu veya başka şekilde Kanunda öngörülme sınırlamaların ticaret siciline tescil ve ilân edilmesinin tek başına üçüncü kişiler bakımından etkili olmayacağı açık olmakla birlikte, imza sirkülerine konulmuş ve hukuki işlem yapılmadan önce muhataba sunulmuş

²⁴ **Kırca**, Bankacılık İşlemleri, s. 289-291.

²⁵ Yazar ayrıca, konuyu düzenleyen 68/151 sayılı Avrupa Birliği Yönergesinin 9/1 hükmünün (bunun yerine çıkarılan 2009/101 sayılı Yönergenin 10'uncu maddesi) buna müsaade ettiğini belirtmektedir, (Bankacılık İşlemleri, s. 289-290).

²⁶ **Kırca**, Bankacılık İşlemleri, s. 289-290; **Kayar**, s. 120.

belgede yer alan sınırlamaların, muhatap tarafından hele de banka gibi daha dikkatli ve özenli olması gereken kuruluşlar tarafından kural olarak bilindiği kabul edilmelidir. Bununla birlikte imza sirkülerinde yer alan bilgilerin gerçek olmaması, sicil kayıtlarıyla uyuşmaması, anlaşılabilir bir şekilde kaleme alınmış olması gibi hallerde, muhatabın sınırlamayı bilmediğini kabul etmek gerekecektir.

3) Anonim Şirkete Ticari Temsilci²⁷ ve Ticari Vekil Atanması

Kanun koyucu 6762 sayılı eTTK'da açık bir hüküm bulunmadığı için bazı tartışmalara sebebiyet vermiş olsa da²⁸, TTK m. 368'deki “*Yönetim kurulu, ticari mümessil ve ticari vekiller atayabilir*” şeklindeki yeni hüküm ile söz konusu tartışmayı sona erdirmiştir. Hükümden de anlaşıldığı üzere, ticari temsilci ve ticari vekil atayabilmek için esas sözleşmede hüküm olmasına gerek yoktur. Böylece anonim şirket yönetim kurulu, kendisine ait olan şirketi temsil yetkisinin bir kısmını yönetim kurulu üyesi olmayan ticari temsilcilere veya daha sınırlı yetkiye sahip olan ticari vekillere devredebilecektir. Ticari temsilci atandığı takdirde TBK m. 547/2 hükmü gereğince ticaret siciline tescil ettirilmek zorundadır. Bununla birlikte ticari temsilcinin sicile tescili kurucu nitelikte olmayıp, bildirici niteliktedir. Ticari temsilciye temsil yetkisi açık ya da örtülü bir şekilde verilebilir²⁹. Buna karşılık kanunda açık hüküm bulunmadığından (mezkûr değişikliğe kadar) ticari vekil, sicile tescil ve ilân edilemiyordu³⁰.

Yönetim kurulunun ticari temsilci ve ticari vekil atamasına ilişkin yetkisinin münhasır olup olmadığı hususunda öğretide bir tartışma bulunmaktadır³¹. Aslında TTK m. 368'deki açık hüküm ve yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerini sıralayan 375'inci maddenin 1'(d) bendindeki “*Müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler*

²⁷ TTK'da hala *ticari mümessil* tabiri kullanılmasına karşın daha sonra kabul edilen TBK'da (m. 547) *ticari temsilci* tabiri kullanılmıştır.

²⁸ Konuya ilişkin bkz. **Türk, A.:** “Müdürlerin Temsil ve Yönetim Yetkileri Bakımından Hukuki Durumu ve Anonim Ortaklığa Ticari Mümessil Atanıp Atanamayacağı Sorunu”, *Batıder* 2000, C. XX, S. 4, s. 77 vd.; **Teoman, Ö.:** “Anonim Ortaklığın Temsili”, *Hukuki Mütalaa, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I, Hukuki Mütalaaalar, Kitap 7, 1995-1996, İstanbul 1997, s. 76* vd.

²⁹ **Ayhan, R./Özdamar, M./Çağlar, H.:** *Ticari İşletme Hukuku, 7. Bası, Ankara 2014, s. 360.*

³⁰ **Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 371.**

³¹ **Kırca** (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 630-631; **Yanlı, V.:** “Anonim Şirketlerde İmza Yetkilileri Sadece Yönetim Kurulu Tarafından mı Atanabilir”, Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan, *İÜHFİM 2013, C. LXXI, S. 2, s. 439* vd.; **Doğan, s. 190 vd.; **Akdağ Güney, s. 102-104.****

ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları” ile gerekçede yer alan “Yönetim kurulunun ticari mümessil ve ticari vekil tayin etme yetkisi devredilemez niteliktedir. Bu nitelik 368’inci ve 375’inci maddenin (d) bendi hükmünden anlaşılmaktadır. Yönetimin 367’nci maddeye göre devredilmiş olması, yönetim kurulunun söz konusu yetkisini ortadan kaldırmaz” şeklindeki ifadeden, anonim şirkete ticari temsilci ve ticari vekil atama yetkisinin münhasıran yönetim kuruluna ait olduğu ve devredilemeyeceği anlaşılmaktadır. İsviçre Hukuku’nda da, OR Art. 716a/4 hükmü çerçevesinde benzer tartışmalar uzun süreden beri devam etmektedir. Söz konusu tartışmalarda baskın görüş, ticari temsilci ve ticari vekil seçiminin özellikle büyük şirketlerde ciddi sorunlara sebebiyet vereceği dikkate alınarak, söz konusu yetkinin murahhaslara veya şirket müdürlerine devredilebileceği kabul edilmektedir³².

Aynı şekilde Türk Hukuku’nda *Kırca* ve *Yanlı*, İsviçre Hukuku’nda savunulan benzer gerekçelerden yola çıkarak ticari temsilci ve ticari vekil atama yetkisinin devredilebilmesi gerektiğini savunmaktadırlar³³. Özellikle bankalar gibi çok sayıda şubeye sahip olan şirketlerde, her bir şubeye görevlendirilecek olan ticari temsilci ve daha çok sayıdaki ticari vekilin atanması ve azledilmesi için yönetim kurulu kararına ihtiyaç duyulması halinde, bu durumun iş yükünü ciddi şekilde artıracaklığı belirtilmekte; TTK m. 375/1 (d) hükmünün dar yorumlanarak sadece murahhas üye ve müdür tayini ile sınırlı tutulması gerektiği savunulmaktadır³⁴. Buna karşılık öğretilerde diğer bir görüş ise, TTK’da yer alan düzenlemenin açıklığı karşısında ticari temsilci ve ticari vekil atanmasının yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez yetkileri arasında yer aldığını, madde metnindeki ifadenin de dar yorumlanarak sadece murahhaslarla sınırlandırılmasının mümkün olmadığını savunmaktadır³⁵. Kanaatimizce Kanunun lafzına rağmen, yönetim kurulunun ticari mümessil ve ticari vekil tayin etme yetkisini devredebilmesi mümkün sayılmalıdır. Hatta bu yönde yapılan yorum yeni düzenleme çerçevesinde tayin edilecek olan ticari vekiller bakımından da büyük kolaylık sağlayacaktır.

³² Böckli, s. 1689.

³³ *Kırca* (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 630-631; *Yanlı*, s. 445-448.

³⁴ *Tekinalp* ise, maddede zikredilen müdürlerin genel ve geniş yetkilere sahip olduğunu ve şube müdürleri ile karıştırılmamasının gerekli olduğunu, imza yetkisine sahip kişiler ibaresinin de dar yorumlanarak iç ilişkide kalan imzalar ile elektrik, su, doğalgaz aboneliğine ilişkin belgeleri imzalamaya yetkili kişilerin kapsam dışında tutulmasının gerekli olduğunu belirtmiştir, (N. 12-45). Ancak gerekçede açıkça yer alan ifadeler karşısında bu yorumun yapılmasının güçlüğü ortadadır.

³⁵ *Doğan*, s. 190-191; *Akdağ Güney*, s. 103-104.

Ticari temsilci, TBK hükümleri doğrultusunda, kambiyo taahhüdünde bulunmak, müvekkili mahkemelerde temsil etmek gibi olağanüstü konularla birlikte, işletmenin amacına dâhil her türlü işlemi yapabilme ehliyetine sahiptir (TBK m. 548/2). Buna karşılık ticari vekil, sadece işletmenin günlük, olağan işlerini yapabilme hususunda yetkilendirilen kimsedir (TBK m. 551/1). Görüldüğü üzere, ticari temsilci daha geniş yetkilere sahip olup, işletmede tacirden sonraki yetkilidir. Ticari vekil ise, işletme bünyesinde faaliyet gösterip, sadece o çerçevede işlem yapabilen ve sınırlı temsil yetkisine sahip olan tacir yardımcısıdır³⁶.

II. 6552 Sayılı Kanun ile TTK'da Yapılan Değişiklikler

Türk hukukunda uzun süreden beri devam eden ve kanun koyma usulüne uygun olmayan “*belirli kanunlarda değişiklik yapan kanun*”, diğer adıyla “*torba kanun*” uygulamasının son örneği 6552 sayılı Kanun’dur. TBMM’ye sevk edilen bir kanun tasarısının arkasına komisyon aşamasında eklenen onlarca farklı madde ile ortaya çok sayıda kanun ve kanun hükmünde kararnamede değişiklik yapan kanunlar çıkmaktadır. Ülkemizde yaşanan maden kazalarının en büyüğü ve en çok cana mal olan Soma kazasının ardından, maden sektöründe bir takım değişiklikler ve düzenlemeler yapılması amacıyla TBMM’ye sevk edilen “*İş Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun Tasarısı*”na komisyon aşamasında eklenen 131, 132, 133 ve 134’üncü maddeler ile 6102 sayılı TTK’da değişiklikler yapılmıştır. Buna göre, TTK’nın 371 ve 629’uncu maddelerine birer fıkra eklenmiş; geçici 7’nci maddede değişiklik yapılmış ve son olarak geçici 10’uncu madde eklenmiştir.

Öncelikli olarak önemli bir tespit yapmak gerekir ki, yapılan değişikliklerin komisyon aşamasında milletvekillerinin önergeleri ile eklenmesi sonucunda, kanun koyucunun ve değişiklik önergelerinin sahibi olan Bakanlığın aslında ne düşündüğünü tam olarak bilme imkânımız bulunmamaktadır. Ayrıca mehzada da benzer düzenlemenin bulunmaması sebebiyle, maddelerin yeni halinin kendi içimizde yorumlanması ve uygulanması gerekecektir. Bu arada gerek TOBB gerek bazı ticaret odaları, uygulamaya yönelik görüşlerini serdetmişler ve kendi açılarından meseleye ışık tutmaya çalışmışlardır. Yapılan değişiklikler ile soruna kısmen çözüm bulunmaya çalışılırken, diğer taraftan yeni sorunların ortaya çıkmasına yol açılmıştır.

³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ayhan/Özdamar/Çağlar**, s. 371-372.

6552 sayılı Kanun ile 6102 sayılı TTK'nın 371'nci maddesine eklenen 7'nci fıkra şu şekildedir: “(7) Yönetim kurulu, yukarıda belirtilen temsilciler dışında, temsile yetkili olmayan yönetim kurulu üyelerini veya şirkete hizmet akdi ile bağlı olanları sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya diğer tacir yardımcılarını olarak atayabilir. Bu şekilde atanacak olanların görev ve yetkileri, 367'nci maddeye göre hazırlanacak iç yönergede açıkça belirlenir. Bu durumda iç yönergenin tescil ve ilanı zorunludur. İç yönerge ile ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarını atanamaz. Bu fıkra uyarınca yetkilendirilen ticari vekil veya diğer tacir yardımcılarını da ticaret siciline tescil ve ilan edilir. Bu kişilerin, şirkete ve üçüncü kişilere verecekleri her tür zarardan dolayı yönetim kurulu müteselsilen sorumludur”.

Aynı şekilde 6102 sayılı TTK'nın 629'uncu maddesine eklenen fıkra, “(3) Müdürler tarafından şirkete hizmet akdi ile bağlı olanların sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya diğer tacir yardımcılarını olarak atanması hususunda 367 nci madde ile 371 inci maddenin yedinci fıkrası kıyasen limited şirketlere de uygulanır”, şeklindedir.

TTK m. 371'e eklenen 7'nci fıkranın ilk beş cümlesinin TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunun Alt Komisyonunda, fıkranın 6'ncı ve son cümlesinin ise Plan ve Bütçe Komisyonunda eklendiği anlaşılmaktadır³⁷. Daha önce ifade edildiği üzere, “torba kanun” uygulamasında komisyonda verilen önergeler ile kanun maddeleri kaleme alınmakta ve maalesef üzerinde yeterince tartışılmadan çoğunluğun oyları ile kabul edilerek Genel Kurula indirilmektedir. Genel Kurulda da esaslı bir tartışma yaşanmadan kabul edilen kanun maddeleri diğer düzenlemelerle uyumsuzluklara sebebiyet verebilmektedir.

6102 sayılı TTK'da yapılan değişikliklere ilişkin başlıklar şu şekilde sıralanabilir:

- Yönetim kurulunun, yetkilerini istediği gibi sınırlandırabildiği yardımcılar ataması mümkün hale gelmiştir.
- İç yönergenin belirli hallerde ticaret siciline tescil ve ilanına müsaade edilmiştir.
- Eski Kanun ve mevcut Kanunun ilk halinde ticaret siciline kaydedilemeyen ticari vekilin sicile tesciline imkân tanınmıştır.

³⁷ Bkz. TBMM Tutanak Dergisi, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 639, s. 382, 490.

- Yönetim kurulu tarafından atanan kişilerin şirkete ve üçüncü kişilere verdikleri zararlardan dolayı yönetim kurulunun müteselsil sorumluluğu yeniden ihdas edilmiştir.
- Anonim şirketlerde olduğu gibi, sınırlı yetkiye sahip yardımcılarının limited şirketlerde de atanabileceği öngörülmüştür.

III. Değişiklikler Sonrasında Ortaya Çıkan Yeni Durum

Öncelikle belirtmek gerekir ki, değişiklik esnasında anonim şirketi idare ve temsil yetkisinin yönetim kuruluna ait olduğuna ilişkin temel kural ile bu yetkinin belirli koşullar altında murahhalara devredilebileceği; temsil yetkisinin sadece birlikte temsil ve şube işleriyle sınırlanabileceği şeklindeki usuller muhafaza edilmiştir. İdare ve temsile ilişkin temel kurallar muhafaza edilmekle birlikte, mehaz İsviçre Hukuku'nda da bulunmayan bir takım yeni müesseselerle mevcut sorunlara çözüm aranmıştır³⁸.

6552 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sonrasında ortaya çıkacak durumu iki ana başlıkta ele almakta fayda mülhaza etmekteyiz. Bir taraftan anonim şirketlerin temsiline ilişkin değişiklikler ve sınırlı yetkiye sahip kişilerin atanmasına imkân tanınması, diğer taraftan yönetim kurulunun sorumluluğunun düzenlenmesidir.

Kanun koyucu yukarıdaki değişiklik ile anonim şirket yönetim kurulunun temsil yetkisini, izin verilen usuller dışında miktar ve konu itibariyle sınırlayabileceği kişilere aktarabilmesine ve bunu üçüncü kişiler nezdinde duyurabilmesine imkân sağlayan tescil ve ilân mekanizması çerçevesinde farklı bir sistem oluşturmayı amaçlamaktadır. Ancak yapılan değişikliğin, yukarıda izah edilmeye çalışılan bazı sorunların çözümüne hizmet etmekle birlikte beraberinde yeni sorunlar getireceği, bankaların veya büyük perakende şirketlerinin şube ve satış mağazalarındaki ilgililerin sınırlı yetkiye sahip olduğunu bilmeyen ama bilmesi gereken yeni bir mağdurlar grubunun meydana geleceğini şimdiden söyleyebiliriz.

Kanun koyucunun bahse konu eklemeyi TTK'nın 371'nci maddesi yerine 368'inci maddeye yapması daha uygun olurdu. Esasen anonim şirkete

³⁸ Öğretide *Kırca*, TTK'daki yeni düzenlemeye yer verilmeseydi Türk Hukuku'na daha çok hizmet edilmiş olacağını belirtmektedir, (**Kırca, İ.:** TTK m. 371/7 Hakkında Bir İnceleme: AB'ye Üyelik Yolunda Geri Adım, Batider, Eylül 2014, C.XXX, S. 3, s. 21 vd.(TTK m. 371/7)).

ticari vekil atanmasına dayalı olan düzenlemenin yine aynı konu hakkında hüküm getiren 368'inci maddeye konulması gerekirdi. Bundan dolayı öncelikle değişikliğin yerinin uygun olmadığı söylenmelidir.

A. Değişiklikler Sonrası Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsil Yetkisinin Devri

Anonim şirket yönetim kurulunda kural olarak, üyelerin tamamının değil, bir veya bir kaçının temsil yetkisine sahip olduğu önceden belirlenerek ticaret siciline tescil ve ilân edilir. Aynı şekilde yönetim kurulu üyesi olmayan müdürlere de temsil yetkisi verilerek, bu yetkinin tescil ve ilân edilmesi mümkündür (TTK m. 370/2). Murahhas üye veya murahhas müdür olarak anılan söz konusu temsilcilerin temsil yetkileri de sadece birlikte temsil ve şube işleriyle sınırlanabilmektedir. Kanun koyucu yapılan değişiklik sonrasında, ticaret sicilinde temsil yetkisine sahip olarak tescil edilmiş olan üyeler dışında kalan yönetim kurulu üyeleri ile şirkete hizmet akdiyle bağlı olan kişilere sınırlı temsil yetkisi verilebilmesinin önünü açmıştır. Buna göre yönetim kurulu, söz konusu iki grup yöneticiyi, ticari vekil olarak atayarak, ticaret siciline tescil ve ilân edebilecektir.

1) Devir Usulü

Kanun koyucu devir usulünde temel prensip olarak *iç yönergeyi* esas almıştır. Yukarıda izah edildiği üzere, mehz İsviçre Hukuku'nda da tescil edilmeyen iç yönerge, Kanunun ilk halinde ticaret siciline tescil ve ilân edilmemekteydi. Aslında tescilinin mümkün olması halinde ciddi kolaylık sağlayacak olan iç yönergeye ilişkin kanun koyucunun ilk düşüncesi, onun sadece şirketin bünyesinde muhafaza edilmesiydi. Değişiklikten sonraki yeni dönemde, anonim şirketin yönetimine ilişkin idari bir tablo/şema (yönetim şeması) yapılması ve bunun anlaşılabilir şekilde iç yönergede gösterilmesi gerekecektir.

Yönetim şemasında yer alan her bir pozisyona ait yetki ve görevlerin de açık bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Aslında değişiklikten önceki durumda da, şirketin iç organizasyonunda yetkili olan kişilerin aynı zamanda temsil yetkisine sahip olmaları halinde, bunların da iç yönergede gösterilmesi gerekmekteydi (TTK m. 367/1, 368). Bu bağlamda murahhas üye ve murahhas müdürlerin yetki ve görevleri iç yönergede ortaya konulmak zorundadır. Söz konusu düzenlemenin varlığına rağmen TTK m. 371/7'nin ikinci cümlesindeki "*Bu şekilde atanacak olanların görev ve yetkileri, 367'nci maddeye göre hazırlanacak iç yönergede açıkça belirlenir*" şeklindeki düzenleme de

aynı yöndeki bir hükümdür³⁹. Burada bahsedilen, atanacak kişilere ismen tanınacak yetki ve görevler değil, o kişilerin atanacağı makamlara verilecek yetki ve görevlerdir. Özellikle çok sayıda şubeye sahip bankalar ve çok sayıda satış mağazası bulunan büyük perakende şirketlerinde belirlenmiş olan, genel müdür, genel müdür yardımcılığı, şube müdürü[□], müdür yardımcısı, perakende satış mağazası müdürü veya yardımcısı gibi makamların yetki ve görevleri iç yönergede açık bir şekilde gösterilecektir.

Kanunun aradığı usule uygun şekilde alınmış olan yönetim kurulu kararı ile düzenlenen iç yönerge ticaret siciline tescil ve ilân edilecektir⁴⁰. Bu noktada ticaret sicil müdürünün yapılmak istenen tescilin kanuna uygun olup olmadığını incelemesi gerekir (TTK m. 32/1). İç yönerge taslağında, miktar ve konu itibarıyla yetkileri sınırlandırılmış makamlar ile karşılaşılması muhtemeldir. Bunların ticari vekil olup olmadığını incelemek veya buna karar vermek ticaret sicil müdürleri için oldukça sıkıntılıdır.

Ticaret sicili müdürlüğünün incelemesinin ardından tescil ve ilân edilen iç yönergede belirlenen makamlara kimlerin atanacağı konusunda alınan yönetim kurulu kararının da ticaret siciline tescil ve ilân edilmesi gerekir (TTK m. 371/7). Uygulamada kolaylık olması bakımından iç yönergenin tescili aşamasında ilgili kişilerin de tescilinin yapılmasında herhangi bir sakınca olmamalıdır⁴¹. Bununla birlikte iç yönergenin tescilinden sonra belirli makamlara atanmış olan kişilerin değiştirilmesi gerektiğinde ayrıca yönetim kurulu kararı alınarak, belirlenen yeni temsilcinin de sicile tescil ve ilân edilmesi gerekir.

TTK m. 371/7'de yer alan hükme göre, icra yetkisi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile şirkete hizmet akdi ile bağlı olan kişilerin *ticari vekil* veya *diğer tacir yardımcıları*⁴² olarak atanmaları mümkün kılınmıştır. Ticari vekil yukarıda izah edildiği üzere, bağlı tacir yardımcılarından olup, ticari

³⁹ Aynı yönde bkz. **Kırca**, TTK m. 371/7, s. 29.

⁴⁰ TTK'da yeni düzenlemenin en önemli özelliklerinden birisi de iç yönergenin artık tescil ve ilân edilebilmesidir, (**Kırca**, TTK m. 371/1, s. 29).

⁴¹ *Kırca* bu konuda, aynı yönetim kurulu toplantısında, önce genel ve soyut iç yönergenin kabul edilmesi ve bunu takiben (belki farklı numaralı bir kararla) bu iç yönergeye atf yapılarak sınırlı yetkili ticari mümessil veya vekilin atanabileceğini hatta 7. fıkranın sözüne rağmen, amacından hareketle, bu iki hususun aynı numaralı kararla gerçekleştirilmesinde, tek bir kararın parçaları olmasında da hukuken bir sakınca olmaması gerektiğini ifade etmektedir, (s. 28).

⁴² TTK m. 551'de ticari vekil, 552'de ise diğer tacir yardımcıları izah edilmiştir.

temsilciden sonra gelen ve daha dar yetkiye sahip olan tacir yardımcısıdır⁴³. Diğer tacir yardımcıları ise, daha ziyade işletme bünyesinde çalışan, işletmenin olağan satış işlemlerini yapan ve bunlarla ilgili fatura düzenleyen kişilerdir⁴⁴.

Yapılan açıklamalar doğrultusunda, kanaatimizce *ticari vekil ve diğer tacir yardımcıları* tabirine dâhil olan tacir yardımcılarının genleri ile oynanarak TBK’da yer alan düzenlemenin özellikle temsil yetkisinin sınırlandırılmasına iki şekilde müsaade edilmesi hususu genişletilerek, bunların daha dar yetkili bir hale evrilmesinin önü açılacaktır. Ancak kanun koyucunun bu kadar kapalı ifade yerine ticari vekilin veya temsilcinin yetkilerinin miktar ve konu itibariyle de sınırlanabileceğini belirtmesi belki daha uygun olacaktır⁴⁵. Gelinen bu durumda, anonim şirketlerde iç yönergede sayılan ve yetkileri sınırlandırılmış olan ile iç yönergeden bağımsız atanan ve yetkileri sınırlandırılmamış olmak üzere aynı isimli fakat farklı yetkili iki tür tacir yardımcısı ortaya çıkmıştır⁴⁶. TTK m. 371/7 hükmü ile yapılan düzenlemeden sonra, insan kaynakları direktörü, finans müdürü, bölge ve şube müdürü gibi makamların idare ve temsil yetkileri ayrıca belirleneceği için, bu makamların bazıları iç yönergede yetkisi miktar ile sınırlandırılmış ticari temsilci gibi yetkilere sahip hale gelebilir. Dolayısıyla bu tür ticari vekillerin TBK’da düzenlenenden daha geniş yetkilere sahip olabilecekleri hatırdan çıkarılmamalıdır.

TTK m. 371/7’de atama usulüne ilişkin olarak belirtilen iki husus daha bulunmaktadır: Bunlardan ilki, fıkranın 4’üncü cümlesinde yer alan “*İç yönerge ile ticari vekil ve diğer tacir yardımcıları atanamaz*” ifadesidir. Ticaret siciline tescil ve ilân edilen iç yönerge ile isimlerin belirlenmemesine yönelik olarak getirilen söz konusu düzenleme ile ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarının yönetim kurulu kararı ile atanması öngörülmüştür. Gerçi iç yönergenin de yönetim kurulu kararı ile meydana getirildiği düşünüldüğünde, iç yönerge ile ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarının neden atanmadığı hususunda sağlıklı bir yorum pek mümkün değildir. Bu noktada sadece

⁴³ Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 370 vd.

⁴⁴ Konuyla ilgili bkz. Ayhan/Özdamar/Çağlar, s. 382-383.

⁴⁵ Açıkçası bu yöndeki bir tercih, mevcut durumdan daha az tartışmalı bir duruma yol açardı. Mehzav ve Avrupa Birliğinin ilgili Yönergesine aykırılık oluştursa da en azından kendi içinde tutarlı bir düzenleme ortaya çıkardı. Şimdi ise aşağıda ayrıntılı şekilde değerlendirileceği gibi, düalist bir yapı ortaya çıkacak, şahıs işletmesi niteliğindeki bir ticari işletme için atanacak olan ticari temsilcinin temsil yetkisi TBK düzenlemesine tabi olmasına karşın, anonim veya limited şirketler için atanacak olan ticari temsilcinin temsil yetkisi ise yeni ve özel düzenleme olan TTK m. 371/7’ye tâbi tutulacaktır.

⁴⁶ Kırca, TTK m. 371/7, s. 26.

iç yönergenin isimlerden arındırılmış bir şema olarak kalması, şemadaki makamlarda görev yapacakların ayrı bir yönetim kurulu kararı ile atanmasının daha doğru olacağı düşünülebilir⁴⁷.

Atama usulüne ilişkin olarak son zikredilmesi gereken hüküm TTK m. 371/7'nin 5'inci cümlesidir. Söz konusu düzenlemeye göre, “*Bu fıkra uyarınca yetkilendirilen ticari vekil veya diğer tacir yardımcılarını da ticaret siciline tescil ve ilan edilir*”. Görüldüğü üzere sadece anonim şirketin idare ve temsiline ilişkin şemadan müteşekkil iç yönergenin ticaret siciline tescilinin yanında, ayrıca tayin edilen ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarının da sicile tescil ve ilân edilmeleri zorunlu tutulmuştur. Böylece ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarının sicile tescil ve ilân edilerek, sahip oldukları sınırlı temsil yetkisinin sicilin olumlu (müspet) etkisinden yararlanmasının önu açılmıştır. Ayrıca yukarıda değerlendirilen “*İç yönerge ile ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarını atanamaz*” hükmünün de daha anlamlı olması sağlanmıştır. Böylece yönetim kurulunun ayrı bir kararıyla tayin edilen sınırlı yetkili temsilciler, iç yönergeden bağımsız bir şekilde sicile tescil ve ilân edilebilir hale gelmiştir.

2) Temsil Yetkisinin Devredileceği Kişiler

Kanun koyucunun, TTK m. 371'de yaptığı düzenleme iki grubu ön plana çıkarmıştır: Bunlar, şirketin temsili konusunda yetkili olmayan yönetim kurulu üyeleri ile şirkete hizmet akdi ile bağlı olanlardır. Bununla birlikte bu sıfatı taşımayan üçüncü kişilerin de bahse konu şekilde tayin edilmeleri mümkün sayılmalıdır.

a) Temsil Yetkisi Bulunmayan Yönetim Kurulu Üyeleri

Anonim şirket yönetim kurulunun şirketi temsile yetkili olduğu, aksine esas sözleşmede bir düzenleme bulunmadığı takdirde en az iki üyenin imzası ile şirketin temsil edilebileceği yukarıda ifade edilmişti. Esas sözleşmede hüküm bulunması kaydıyla yönetim kurulundan bazı üyelerin imzaya yetkili yani temsil yetkisine sahip olduklarına ilişkin bir karar alınabilir. Bu durumda kalan yönetim kurulu üyeleri, şirketin iç ilişkide idaresi ve şirket işlerinin yürütülmesi esnasındaki gözetim görevini yerine getirebilirler. TTK m. 371/7 düzenlemesinin ardından, söz konusu yönetim kurulu üyelerinin sınırlı yetkiye

⁴⁷ Öğretide *Kırca*, TTK m. 367'de yer alan hüküm karşısında bu hükmün anlamının olmadığını, ancak mevcut düzenleme karşısında önce genel ve soyut iç yönergenin belirlenmesi ve bunun ardından iç yönergeye atıf yapılarak sınırlı yetkili bir ticari vekil veya diğer tacir yardımcısı atanması yönteminin benimsenmesi halinde, fıkranın 4. cümlesinin daha anlamlı hale geleceğini ifade etmiştir, (s. 27-28).

sahip olan ticari vekil olarak atanmaları mümkün hale gelmiştir⁴⁸. İlgililerin sicile tescil edilmeleri esnasında, sicil müdürü tarafından temsil yetkilerinin olup olmadığına ilişkin kararların kontrol edilmesinde ve bu yönde karar yoksa talebin reddedilmesinde yarar bulunmaktadır. Kanaatimizce de temsil yetkisi bulunmayan yönetim kurulu üyelerini özellikle yetkileri belirlenmiş ticari vekil olarak tayin edebilmenin hala mantıklı bir izahı olmasa da Kanunun sınırlı yetkiye müsaade eden yeni düzenlemesi karşısında bu durum daha uygulanabilir hale gelmiştir.

Yönetim kurulu üyelerinin ticari vekil olarak tayin edilmeleri halinde, sadece işletmenin günlük, olağan işleri ile iştigal edebilecekleri ve olağanüstü iş ve işlemler yapabilmek için ilave yetkiye ihtiyaç duyacakları açıktır (TBK m. 551/1). İcracı olmayan yönetim kurulu üyesi, iç yönergede tarif edilen makama atanması ve ticari vekil sıfatını kazanması halinde şirket adına imza atmaya yetkili hale gelecektir. Ancak söz konusu yetki, sadece işletme bünyesinde, mal ve hizmet satışı ve alışı, fatura imzalama, para tahsilatı yapma gibi günlük işlemlerdir. Bunun yanı sıra iç yönerge ile birlikte, bazı ticari vekillere işletme bünyesinde ayrı görev ve buna bağlı olarak yetki de verilebilmektedir.

b) Şirkete Hizmet Akdi İle Bağlı Olan Diğer Kişiler

TTK m. 371/7 hükmünde yer alan anlaşılması oldukça güç olan diğer bir ifade ise *şirkete hizmet akdi ile bağlı olanlardır*. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda, *akit* yerine eş anlamlı ifade olan *sözleşme* kullanılmaktadır. Aynı şekilde 6762 sayılı TTK'da da *sözleşme* ifadesi kullanılmaktadır. Hal böyle olmakla birlikte eski Borçlar Kanununda kullanılan *akit* tabirinin yeniden TTK'ya alınması, madde metninin hazırlanmasında özensiz bir çalışma olduğunu göstermektedir.

Hizmet akdi, TBK'da düzenlenmiş ve iş görme edimi içeren sözleşmeler içerisinde önemli bir yere sahiptir. TBK m. 393/1 hükmü "*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*", şeklindedir. Buna göre, hizmet akdi, işverene sözleşme ile bağlı olan işçinin bu şekilde iş görmeyi taahhüt ettiği ve bunun karşılığında ücrete

⁴⁸ Konu öğretide tartışmalı olmakla birlikte TTK'da yapılan değişiklikte en azından Türk Hukuku bakımından temsil yetkisi olmayan yönetim kurulu üyelerinin atanabilmesi bakımından tartışmanın hukuki bir sebebi kalmamıştır. Konuyla ilgili İsviçre Federal Mahkemesi'nin emsal kararı ve hukuki tartışmaların ayrıntısı için bkz. **Kırca, İ.**: Ticari Mümessillik, Ankara 1996, s. 76 vd., (Ticari Mümessillik).

hak kazandığı sözleşmedir. Anonim şirketlerde yönetim kurulu dışında kalan ve şirketin işlerini görmeyi taahhüt etmiş olan çalışanlardan gerekli şartları taşıyanlar, şirkete hizmet akdi ile bağlı sayılacaktır. Bu bağlamda şirketin müdürleri, birim yöneticileri, koordinatörleri, direktörleri gibi sıfatlar taşıyan yöneticilerin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür. Madde metninde sayılan unsurları taşıyan, özellikle iş görme edimini taahhüt eden tüm çalışanların şirket ile aralarındaki ilişkinin hizmet akdinden kaynaklandığı söylenebilir.

Yapılan düzenleme ile anonim şirketlerde yönetim kurulunun yanı sıra, şirkette çalışan her kademedeki ilgiliyi sınırlı yetkili temsilci olarak atayabilmenin önü açılmış olmaktadır. Bu bağlamda çok sayıda şubeye ve satış mağazasına sahip olan anonim şirketlerde, adı geçen birimlerde çalışanlardan uygun görülen kişiler, müdür, müdür yardımcısı, satış memuru gibi sıfatlar ile yetkilendirilebilecektir. Yukarıda bahsedildiği şekilde, ticaret siciline tescil edilen iç yönerge ile belirlenen söz konusu makamlara arzu edilen şirket çalışanlarının tayin edilmelerinin ve bunların ayrıca sicile tescil ve ilân edilmeleri ile sınırlı temsil yetkilerinin üçüncü kişiler tarafından da bilindiği varsayımının önü açılmıştır.

B. Sınırlı Yetkiye Sahip Temsilci Atayan Yönetim Kurulunun Müteselsil Sorumluluğu

TTK m. 371'e eklenen son fıkra ile yapılan enteresan düzenlemelerden birisi de yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkindir. Kanunun 371'inci maddesinde sorumluluğa ilişkin herhangi bir husus olmamasına rağmen, burada zikredilen söz konusu hüküm ile yine TTK'nın öngördüğü bazı müesseselerin temelden sarsılması sonucu ortaya çıkacaktır.

1) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğuna Kısa Bakış

Anonim şirket yönetim kurulunun, kural olarak birlikte hareket ederek şirketi idare ve temsil ettiği yukarıda izah edilmişti. Yönetim kurulunun, yaptığı faaliyetler sonucunda şirket tüzel kişiliğine, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına zarar vermeleri muhtemeldir. Eski TTK'da yönetim kuruluna ilişkin hükümlerin arasında yer alan sorumluluk düzenlemesi⁴⁹ yeni TTK'da ayrı bir bölüme alınmış; burada yönetim kurulu üyelerinin, denetçilerin, tasfiye

⁴⁹ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için birçokları yerine bkz. **Çamoğlu, E.:** Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 3. Bası, İstanbul 2010, s. 45 vd.

memurlarının ve kurucuların sorumluluğu ortak hükümlerle düzenlenmiştir⁵⁰. TTK'nın 11'inci bölümünde hukuki sorumluluk başlığı altında söz konusu düzenleme yapılmış ve 553'üncü maddede yönetim kuruluna ilişkin özel bir hüküm yer almıştır. Kurucular, tasfiye memurları ile birlikte yönetim kurulu için de getirilen söz konusu düzenlemede göze çarpan en önemli özellik, kusur noktasında kendini göstermektedir. Buna göre, kanun veya esas sözleşmeden kaynaklanan görevlerin kusurlu bir şekilde ihlal edilmesi ve zararlı sonucun doğması halinde sorumluluk meydana gelecektir⁵¹.

Ayrıca TTK m. 553/3'de, “Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz” hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere ilgililerin kontrolü dışında kalan konularda, üzerlerine düşen asgari özeni göstermiş olmaları halinde kendilerine sorumluluk yüklenemeyecektir. Kanun koyucu yönetim kurulu üyelerine sorumluluktan kurtulma imkânı vererek, gerekli önlemleri almış olan yöneticilerin sorumlu tutulamayacaklarını öngörmüştür⁵².

Yine TTK'nın 557'nci maddesinde eskiden beri süregelen sistem değiştirilerek *tam teselsül* yerine *farklılaştırılmış teselsül* kabul edilmiştir⁵³. Buna göre, sorumluluk süjesi olan kişiler, zararlı sonucun doğmasına sebep olan diğer kişilerle birlikte, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendilerine yükletilebildiği ölçüde sorumlu tutulacaklardır. Söz konusu düzenlemenin, birlikte sorumluluk haline yeni bir bakış açısı getirdiği, bu düzenleme ile sorumluluk süjelerinin birbirine eşit şekilde sorumlu tutulmalarının önüne geçileceği hesaplanmaktadır⁵⁴. Kendi içerisinde sorumluluktan kurtulmaya imkân veren ve bir kimsenin yalnızca sebep olduğu kadar zarardan sorumlu olmasını amaç edinen düzenleme ile zarar gören alacaklının, sorumluların zararın meydana gelmesinde ne kadar katkıları olduğunu ortaya koyması gerekmektedir. Böylece her bir sorumluluk süjesinin, meydana gelen zararın ne kadarından sorumlu tutulacakları ortaya çıkacaktır.

⁵⁰ Bkz. Akdağ Güney, s. 165 vd.; Tekinalp, N. 16-01 vd.

⁵¹ Akdağ Güney, s. 200 vd.

⁵² Akdağ Güney, s. 208-209.

⁵³ Tekinalp, N. 16-124; Göktürk, K.: Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2013, s. 223 vd.

⁵⁴ Bkz. TTK m. 557'nin gerekçesi.

2) Ticari Vekil veya Diğer Tacir Yardımcılarının Fiillerinden Sorumluluk

TTK m. 371/7'nin son cümlesi, “*Bu kişilerin, şirkete ve üçüncü kişilere verecekleri her tür zarardan dolayı yönetim kurulu müteselsilen sorumludur*” şeklindedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, söz konusu hükmün m. 371 yerine 553'üncü maddeye eklenmesi, usule ve kanunun insicamına daha uygun düşerdi. Ancak diğer hususlarda olduğu gibi sorumluluk bakımından da madde düzenlemesinde uygun olmayan bir yer tercih edilmiştir.

Anonim şirkete atanan ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarının şirkete verdikleri tüm zararlardan yönetim kurulunun müteselsilen sorumlu tutulmaları esası getirilmiştir. Sorumluluğun niteliğinin, farklılaştırılmış teselsül mü yoksa eskiden olduğu gibi tam teselsül mü olduğu madde metninden anlaşılammaktadır. Söz konusu düzenlemenin, yönetim kurulunun tüm sorumluluk hallerine uygulanmayacağı, sadece iç yönerge doğrultusunda tayin edilmiş olan kişilerin şirkete verdikleri zararlardan dolayı sorumluluk durumunda uygulama alanı bulacağını öncelikle belirtmek gerekir.

Kanun koyucunun madde metninde kullandığı ifade tarzına rağmen, bu konuda *tam teselsül* hali yerine TTK'nın asıl sistemine uygun şekilde farklılaştırılmış teselsülün kastedildiği kabul edilmelidir. Her ne kadar TTK m. 557'de “*durumun gereklerine göre zararın şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde*” ibaresi kullanılmış olsa da, yönetim kurulu üyelerinin kusurları oranında atanan kişilerin şirkete verdikleri zarardan dolayı birlikte sorumlu oldukları kabul edilmelidir. Atama kararına muhalif kalan veya mazereti sebebiyle toplantıya katılamayan üyeler zaten sorumluluk süjesi olarak kabul edilmemelidir.

Madde metninde, ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarının şirkete verdikleri *her türlü zarardan* bahsedilmektedir. Zararın doğrudan veya dolaylı olması bu aşamada fark etmemekte ve hepsi bakımından bir sorumluluk hali kabul edilmektedir⁵⁵. Buna karşılık ilgililerin kusursuz bir şekilde şirkete verdikleri zararlardan dolayı yönetim kurulu üyelerinin sorumlu tutulmaları düşünülmemelidir; bahse konu ifade bu şekilde anlaşılmmalıdır. *Kusursuz* bir şekilde verilen zarardan dolayı ilgilinin kendisi sorumlu tutulmazken, kendisini atayan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu doğurması mümkün olmamalıdır. Dolayısıyla her türlü zarar tabirinin içerisine şirkete

⁵⁵ Yönetim kurulu üyelerinin sorumlu oldukları zarar türleri bakımından bkz. **Tekinalp**, N. 16-103 vd.

kusurlu olarak verilen doğrudan veya dolaylı zararların girdiği varsayılmalıdır. Buradaki kusurun derecesi bakımından *kasıtlı* davranışların da kural olarak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu doğurmadığı kabul edilmelidir. Aksi halde bir banka şube müdürünün zimmetine geçirdiği paradan dolayı banka yönetim kurulu üyelerinin müteselsilen sorumlu olmaları gibi hukuk güvenliğini ortadan kaldıran bir durum ortaya çıkacaktır.

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

6762 sayılı TTK'nın yürürlükte bulunduğu yaklaşık 55 yıl boyunca, anonim şirket adına imza atmaya yetkili olan kişilerin, Kanunun istediği şekilde ticaret siciline tescil ve ilân edilmeleri ve imzalarını gösterir belge düzenlenmesi uygulaması süregelmiştir. İmza sirküleri olarak isimlendirilen noter onaylı söz konusu belge ile şirket adına imza atmaya yetkili olan murahhas üye veya müdürlerin kim olduğu ve imza şekilleri tespit edilmekteydi. Ancak söz konusu uygulama bir süre sonra, şirket adına imza atmaya yetkili olan kişilerin temsil yetkilerinin kanun koyucunun müsaade etmediği şekilde sınırlanmasına ve bunun sicile tescil edilmesine dönüşmüş bulunmaktadır. Gerek yönetim kurulu üyesi gerek üye olmayan müdürlerin miktar ve konu itibariyle sınırlı yetkilerinin zikredildiği yönetim kurulu kararları sicile tescil edilmekte; buna dayanarak oluşturulan imza sirküleri de noterde onaylanarak uygulamada kullanılmaktaydı. Gerçi söz konusu düzenlemenin sicilin olumlu etkisinden yararlanmadığı, mevcut durumu üçüncü kişilerin bilmediği kabul edilmekle birlikte, bu uygulama ile şirket ortaklarının manevi olarak rahat etmeleri sağlanmakta, imza sirküleri sayesinde de muhatapların bireysel olarak iyiniyetlerinin ortadan kaldırılması mümkün hale gelmektedir.

6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesi ile ülkemizdeki bazı ticaret sicili müdürlükleri söz konusu uygulamanın Kanuna aykırı olduğunu belirterek ilgili yönetim kurulu kararlarını tescil ve ilândan kaçınmışlardır. Bunun üzerine süresi biten imza sirkülerlerinin yenilenememesi sebebiyle büyük şirketlerde sıkıntı baş göstermiş ve GTB'nin desteğiyle mezkûr düzenlemenin konulması sağlanmıştır. Düzenleme esas itibariyle anonim şirketler hakkında yapılmış olmakla birlikte, maddedeki yollama sebebiyle limited şirketler bakımından da konunun uygulanması mümkün hale gelmiştir.

TTK m. 371'e eklenen 7'nci fıkra ile yukarıda belirtilen sorunların aşılması, büyük perakendeciler ile çok sayıda şubesi bulunan banka gibi şirketlerin yönetim kurulları tarafından sınırlı yetkili temsilciler atanması ve bunların sicile tescil ve ilân edilerek sicilin olumlu etkisinden yararlanılması amacı güdülmüştür. Kanun koyucu uygulamadaki bazı sıkıntıları aşabilmek,

sayıları birkaç yüzü bulan büyük şirketlerin sorununu çözebilmek için yaptığı söz konusu düzenleme ile ticaret hukukunda çeşitli kanunlar döneminde yeknesaklaşmış çok sayıda müessesenin temeli ile oynamıştır. Ayrıca ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarının yer aldığı TBK hükümleri göz ardı edilmiştir. Oysa düzenlemede söz konusu hükümler de dikkate alınmalıydı. Bu nedenle önümüzdeki dönemde iki tür ticari vekilden bahsedilecektir.

Maddede yapılan düzenleme çerçevesinde, öncelikle şirketin idaresine ilişkin olan iç yönergesinin aynı zamanda temsil yetkisini de kapsayacak şekilde düşünülmesi, yönergede şirketin tüm temsilcilerini içeren şematik bir yapılaşmanın kaleme alınması gerekmektedir. Böylece şirkette gerekli olduğu ölçüde, merkez, şubeler, satış mağazaları ve üretim tesisleri ile buralarda çalışacak kişilerin idare ve temsil yetkileri belirlenerek, iç yönergenin sicile tescil ve ilânı yapılacaktır. İç yönerge sayesinde şirketin tüm üretim ve pazarlama ağı ile burada etkili olan makamların neler olduğu, bu makamlara sağlanan temsil yetkilerinin sınırları sicile tescil ve ilân edilmiş olacaktır. Bu sayede ilgililerin sicil olumlu etkisinden yararlanmaları mümkün hale gelmiştir.

Yönetim kurulunun iç yönergede belirlediği makamlara, yönetim kurulunda yer alan ve temsil yetkisi bulunmayan üyeler ile şirkete hizmet akdi ile bağlı olan çalışanların ayrı bir karar ile atanması ve bunların da sicile tescil ve ilân edilmesi gerekmektedir. Söz konusu kişiler, ticari vekil ve diğer tacir yardımcılardır. Bahse konu tacir yardımcılarının TBK'da yer alan genel hüküm niteliğindeki düzenlemelerin yanı sıra, anonim şirketler için atanmaları halinde iç yönergede belirtilen sınırlı temsil yetkisine sahip olmaları mümkün hale getirilmiştir. Daha önce sicile tescil edilemeyen ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarının tescil ve ilânı mümkün hale gelmiş; böylece sicil olumlu etkisinden yararlanmaları sağlanmıştır. Şirketin bünyesinde gerekli görülen yerlerde yetkileri iç yönerge ile belirlenmiş ve TBK'daki düzenlemeden farklı olarak dar veya geniş yetkiler ile donatılmış yeni ticari vekiller ve diğer tacir yardımcılarını ihdas edilmiştir. Bunun dışında anonim ve limited şirketlerde bundan sonra ticari temsilci tayin edilmesi imkânı zayıflamıştır. Ayrıca, ticari temsilci oldukları konusunda öğreti ve yargı kararlarında mutabakat olan banka şube müdürlerinin önümüzdeki dönemde sınırlı yetkiye sahip ticari vekil olarak tayin edilmeleri ihtimali ortaya çıkmıştır. Çünkü artık banka şube müdürlerinin temsil yetkileri birlikte temsil ve şube işlerinin dışında miktar olarak sınırlı ticari vekil olarak tayin edilmeleri daha muteberdir.

Yapılan değişlikle başarısız bir şekilde kaleme alınan son husus ise, ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarının atanmasında yetkili ve görevli olan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkindir. 6102 sayılı TTK'da farklılaştırılmış teselsül hükümleri çerçevesinde sorumlu olan yönetim kurulu üyelerinin, iç yönergeye uygun şekilde atadıkları ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarının şirkete verdikleri her türlü zarardan dolayı müteselsilen sorumlu olmaları ihtimali ortaya çıkmıştır. Ancak maddedeki ifade zafiyetine rağmen, ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarının şirkete ihmal ile verdikleri doğrudan ve dolaylı zararlardan dolayı yönetim kurulu üyelerinin farklılaştırılmış teselsül esasına göre sorumlu tutulmaları gerekecektir. Buna karşılık madde metninden anlaşılacakla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarının atanmaları esnasında, gerekli her türlü tedbiri aldıklarını, gerekli özeni gösterdiklerini ispatlamaları halinde sorumluluktan kurtulabilmeleri mümkün sayılmalıdır. Aksi halde TTK'da öngörülmeyen bir şekilde yönetim kurulu üyeleri için oldukça ağır bir sorumluluk, içeriği anlaşılamayan bir düzenleme ile ihdas edilmiş olacaktır. Bu konudaki soruların cevabını, Yargıtay'ın konuyla ilgili uyuşmazlıklarda vereceği içtihadî nitelikteki kararlarda bulabileceğimiz kanaatindeyim.

Kanaatimizce yapılan düzenleme, yeterince tartışılmadığından ve acele bir şekilde çıkmakta olan bir torba kanuna eklendiğinden birçok eksiklik ihtiva etmektedir. Maddedeki ifade zaafı, artık kanun metinlerinde kullanılmayan tabirlere başvurulması, düzenlemelerin yanlış yerde yapılması gibi usuli sıkıntıların yanında, değişlik içeren hükümler esasa yönelik oldukça önemli eleştirilere de maruz tutulabilmektedir. Uygulamada sayıları birkaç yüzü belki de birkaç bini bulan büyük şirketlerin ihtiyacını gidermek için yapılan bu düzenleme, hem bahse konu ihtiyacı tam olarak karşılamayacak hem de ticaret ve borçlar hukukunun yerleşmiş birçok müessesesinin anonim ve limited şirketler uygulaması bakımından tamamen farklılaştırılması sonucunu doğuracaktır. Bu uygulamanın sonucunda, TBK hükümlerinin de dikkate alınmaması sonucunda, anonim ve limited şirketler için ayrı diğer işletmeler için ayrı ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarını türü meydana gelmiştir.

BAĞLI TACİR YARDIMCILARININ REKABET YASAĞI

Sema AYDIN*

Hasan Ali KAPLAN**

ÖZET

Ticari ve ekonomik alanda rekabetin varlığı kaçınılmazdır. Hukukumuzda sadece haksız ya da hukuka aykırı rekabet oluşturan eylemlere ilişkin düzenlemelerle yetinilmemiş, bazı kişiler için başlı başına rekabet etme eylemi yasaklanmıştır. Bu düzenlemelerde rekabet eylemi belirli kimseler için kanunda öngörülen koşullarla yasaklanmakta ve “rekabet yasağı” söz konusu olmaktadır. Rekabet yasağı, rekabet edilen kişi ile belirli bir hukuki ilişki içinde bulunan kimseler için öngörülmektedir. Rekabetin yasaklanması, bazen kanun hükmü ile olurken bazen de sözleşme ile gerçekleştirilebilir. Ticari işlerin yürütülmesinde tacire bağımlı olarak yardımcı olan kişilerin tacirle rekabet etme eylemi, kanun tarafından özel bir hükümle yasaklanmıştır. Konumuz kapsamında; bağımlı tacir yardımcıları için öngörülen bu yasağın kapsamı, korunan kişi, yasağın süresi, yasağa aykırılığın sonuçları incelenerek, bağımlı tacir yardımcısı sıfatının sona ermesinin ardından taraflar arasında sözleşme ile öngörülebilecek olan rekabet yasağı sözleşmeleri irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Rekabet, Tacir, Bağlı Tacir Yardımcısı, Kanuni Rekabet Yasağı, Rekabet Yasağı Sözleşmesi

PROHIBITION of COMPETITION of DEPENDENT COMMERCIAL ASSISTANTS

ABSTRACT

Competition is an indispensable part of commercial and economic activities. Commercial Law prohibits not only unfair or illegal competitive practices, but also it bans competition among certain economic actors entirely. The regulations in the Law mandate that competition is prohibited for persons within specific circumstances and therefore impose a “prohibition of competition”. This prohibition of competition is foreseen for persons that are involved in a certain jural relations with the competitive persons. The prohibition of competition can be either imposed by law or by contracts. More specifically, Commercial Law prohibits the competition of dependent commercial assistants with the Merchant in the management of commercial affairs. In this paper, we

* Yrd. Doç. Dr., YTÜ İİBF İşletme Bölümü

** Arş. Gör. Dr.,

are going to examine the scope of the prohibition foreseen for dependent commercial assistants, protected person, the duration of the prohibition, and the consequences of violation. In addition, we are going to analyze possible noncompetition contracts following the termination of dependent commercial assistant title.

Keywords: *Competition, Merchant, Dependent Commercial Assistant, Prohibition of Competition, Noncompetition Contract*

I. GİRİŞ

Bireysel ve sosyal yaşamda olduğu kadar ticari ve ekonomik alanda da rekabetin varlığı kaçınılmazdır. Temelinde yarış halinde olunan rakipten daha iyi olma arzusu bulunan rekabet, ticari hayatta kaliteyi ve verimi artırma, alternatifleri çoğaltma ve fiyatları düşürme gibi önemli bir takım olumlu etkiler yaratmaktadır. Rekabetin bu olumlu etkilerinin ortaya çıkabilmesi için kötüye kullanılması engellenmelidir. Bu amaçla, hukuka aykırı rekabet eylemlerine karşı önlem almak ve böylece kişileri (rakip firmalar, müşteriler) korumak, rekabeti bozan ya da ortadan kaldırmayı amaçlayan sınırlamalara karşı mevcut rekabet durumunu, rekabet özgürlüğünü¹ ve piyasayı korumak amacıyla çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır (TBK² m. 57; TTK³ m. 54 vd.; RKHK⁴ m. 4, 6, 7, FSEK⁵ m. 83, 84). Burada rekabet, haksız ya da hukuka aykırı yollar kullanılarak gerçekleştiğinden hukuki düzenlemelere konu edilmektedir.

Hukukumuzda sadece haksız ya da hukuka aykırı rekabet oluşturan eylemlere ilişkin düzenlemelerle yetinilmemiş, bazı kişiler için başlı başına rekabet etme eylemi yasaklanmıştır. Bu düzenlemelerde rekabet eylemi belirli kimseler için kanunda öngörülen koşullarla yasaklanmakta ve “rekabet yasağı” söz konusu olmaktadır. Rekabet yasağı, rekabet edilen kişi ile belirli bir hukuki ilişki içinde bulunan kimseler için öngörülmektedir. Aralarında böyle

¹ Nurkut İNAN, “Rekabet Kanun Tasarısı” Türk Rekabet Kanun Tasarısının Birinci Bölümü, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı, Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, s. 47; Sabih ARKAN, Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 8.

² 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (RG, 4.2.2011, 27836).

³ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG, 14.2.2011, 27846).

⁴ 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RG, 13.12.1994, 22140).

⁵ 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (RG, 13.12.1951, 7981).

bir hukuki ilişki bulunmayan kişiler için ise esasen rekabet eylemi, hukuka aykırı olmayan, meşru sayılan ve teşvik edilen eylemler niteliğindedir. Bu anlamda, kanuni rekabet yasağı, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin devamı ile sınırlı olup, ilişkinin sona ermesi ile kendiliğinden ortadan kalkmaktadır⁶.

Kanuni rekabet yasağına ilişkin düzenlemelere, TBK ve TTK hükümleri içinde rastlamaktayız. Bu hükümlere bakıldığında; adi şirket ortakları (TBK m. 626)⁷, kolektif şirket ortakları (TTK m. 230 ve 231)⁸, komandit şirketlerde komandite ortak (TTK m. 308, m. 311 ve 572)⁹, anonim şirketlerde yönetim

⁶ Ozan CAN, Rekabet Yasağı ve Rekabet Sınırlandırmaları Hukuku İlişkisi, Rekabet Dergisi, S. 32, Ekim-Kasım-Aralık 2007, s. 15; Turgut KALPSÜZ, “Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirkete Rekabet Teşkil Eden Davranışları”, H. Cahit Oğuzoğlu Armağanı, Ankara 1972, s. 347 vd.; Nisim FRANKO, “Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti”, BATİDER, 1985, C. 13, S. 1, s. 26.

⁷ TBK m. 626’da adi şirket ortaklarının, kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine olarak, ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işleri yapamayacakları belirtilmektedir.

⁸ TTK m. 230’a göre; kolektif şirket ortakları, ortağı olduğu şirketin yaptığı ticari işler türünden bir işi, diğer ortakların izni olmaksızın kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak olarak da giremez. Aynı hükümde, yeni kurulan bir şirkete giren ortağın, daha önce kurulmuş diğer bir şirketin sorumluluğu sınırlandırılmamış ortağı olduğunu diğer ortaklar bilmelerine karşın önceki şirketteki ortaklık ilişkisinin kesilmesini açıkça kararlaştırmamışlarsa, bu durumu kabullenmiş sayılacakları öngörülmektedir. Rekabet yasağına aykırılık durumunda uygulanacak yaptırım TTK m. 231’de yer almaktadır. Buna göre; bir ortak rekabet yasağına aykırı bir davranışta bulunduğunda, şirket bu ortaktan tazminat isteme, tazminat yerine bu ortağın kendi adına yaptığı işleri şirket adına yapılmış sayma veya üçüncü kişilerin hesabına yapmış olduğu işlerden doğan menfaatlerin şirkete bırakılmasını isteme hakkına sahiptir. Bu seçeneklerden hangisinin talep edileceğine diğer ortaklar çoğunlukla karar verebilir. Bu hak, bir işlemin yapıldığının veya ortağın diğer bir şirkete girdiğinin öğrenildiği tarihten başlayarak üç ay ve her durumda işlemin yapıldığı tarihten itibaren bir yıllık zamanasını süresine tabidir. Bu hükümler hakları ihlal edilen ortakların şirketin feshini isteme haklarını etkilemeyecektir.

⁹ TTK m. 308’e göre; komandit şirkette ortakların birbirleriyle olan ilişkileri şirket sözleşmesi ile düzenlenir. Şirket sözleşmesinde hüküm bulunmuyorsa kolektif şirketlere ilişkin m. 217-231 uygulanır. Bu nedenle komandit şirket ortakları da kolektif şirket ortakları gibi TTK m. 230-231’deki rekabet yasağına tabidir. Ancak, TTK m. 311 gereğince, TTK m. 230’daki rekabet yasağı komanditer ortaklar hakkında uygulanmaz. Bu nedenle komandit ortaklıklarda yalnızca komandite ortaklar TTK m. 230’da öngörülen rekabet yasağına tabidir. Komanditer ortaklar rekabet yasağına tabi olmamakla birlikte, şirketin işletme konusunun kapsamına giren işlerle uğraşacak bir ticari işletme açar veya böyle bir işletme açan bir kişiyle ortak olur ya da bu nitelikte bir şirkete girerse, komandit şirketin belgelerini ve defterlerini incelemek hakkını kaybeder. Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde rekabet yasağı TTK m. 572’de düzenlenmiştir: Buna göre; komandite ortak diğer komanditelerin ve genel kurulun izni olmaksızın şirketin işletme konusuna giren bir iş yapamayacağı gibi bu tür ticaretle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırlandırılmamış ortak sıfatıyla da katılamaz. Bu yasağa aykırı hareket eden komandite ortak hakkında kolektif şirkete ilişkin hükümler uygulanır.

kurulu üyeleri (TTK m. 396)¹⁰, limited şirket müdürleri (TTK m. 626)¹¹, acente (TTK m. 104)¹² ve ticari mümessil, ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarını (TBK m. 553) için rekabet yasağı düzenlemelerine yer verildiğini görmekteyiz.

Ortak veya yöneticiler için getirilen rekabet yasağı düzenlemeleri ile ortaklığın menfaatlerinin korunması amaçlanmaktadır. Başka bir anlatımla, rekabet yasağına tabi ortak veya yöneticilerin ortaklık dışında yürüttükleri faaliyetlerin ortaklığın menfaatlerine zarar verme ihtimali nedeniyle kanuni bir rekabet yasağı öngörülmüştür¹³. Ticari mümessil, ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarını için düzenlenen kanuni rekabet yasağında ise, yasağına tabi kişilerin bağlı oldukları işletmede belirli bir ölçüde yönetim/temsil yetkisine sahip¹⁴ ve konumları itibarıyla hukuki ilişki içinde buldukları kişinin iş ya da müşteri çevresine belirli bir ölçüde hakim oldukları görülmektedir. Bu kişiler için rekabet yasağı öngörülerek işletme sahibi ile rekabet teşkil eden iş ve işlemlerde bulunmaları yasaklanmaktadır.

Rekabet yasağı bir sözleşme ile de öngörülebilir. Nitekim, mevzuatımızda da; belirli kişiler için sözleşme ile rekabet yasağı öngörülebilmesine olanak tanınmaktadır. İş sözleşmesinin sona ermesinin ardından işçiler için rekabet yasağı öngören sözleşme hükümleri (TBK m. 444-447) ve acente ilişkisinin bitiminden sonra acente için öngörülebilecek rekabet yasağına ilişkin

¹⁰ TTK m. 396'ya göre; yönetim kurulu üyelerinin genel kurulun iznini almaksızın, şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapması, aynı tür ticari işlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız ortak sıfatıyla girmesi yasaktır. Yasağına aykırılık durumunda şirket tazminat isteme, tazminat yerine yapılan işlemi şirket adına yapılmış sayma veya üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatlerin şirkete ait olduğunu iddia etme hakkına sahiptir. Bu talep hakları, söz konusu ticari işlemlerin yapıldığını veya yönetim kurulu üyesinin diğer bir şirkete girdiğini diğer üyelerin öğrendikleri tarihten itibaren üç ay ve her durumda bunların gerçekleşmesinden itibaren bir yıllık zaman aşımını süresine tabidir.

¹¹ TTK m. 626'ya göre; müdürler ve yönetimle görevli kişiler, görevlerini özenli bir şekilde yerine getirmek ve şirket menfaatlerini dürüstlük kuralı çerçevesinde gözetmekle yükümlüdür. Şirket sözleşmesinde aksi öngörülmemiş veya diğer tüm ortaklar yazılı olarak izin vermemişse, müdürler şirketle rekabet oluşturan bir faaliyette bulunamazlar. Şirket sözleşmesi ortakların onayı yerine ortaklar genel kurulunun onay kararını öngörebilir. Müdürler de ortaklar için öngörülmüş bulunan bağlılık borcuna tabidir.

¹² TTK m. 104'e göre; yazılı olarak aksi kararlaştırılmadıkça, acente aynı yer veya bölgede bir birleriyle rekabette bulunan birden çok ticari işletme hesabına acentelik yapamaz.

¹³ CAN, s. 8.

¹⁴ Bazı durumlarda, ilişkinin niteliğinden ve ekonomik menfaatlerin zarar görebileceği varsayımından hareketle ve bu olasılığı azaltmak amacıyla Kanunda önlem niteliğinde hükümlere yer verildiği belirtilmektedir. Bkz. Şebnem BAŞOĞLU, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1980, C.1, S. 1, s. 221.

düzenleme (TTK m. 123) buna örnek olarak gösterilebilir. Bu hükümlerdeki özellik, aralarındaki hukuki ilişkinin devamı sırasında kanuni rekabet yasağına tabi olan kişilerin, hukuki ilişkinin sona ermesinin ardından da rekabet yasağı öngören bir sözleşme ile rekabet oluşturabilecek davranışlarda bulunmalarının yasaklanmasına olanak sağlamasıdır. Başka bir anlatımla, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin sona ermesinden ötürü, artık kanuni rekabet yasağının kapsamında olmayan bu kişilerin rekabet oluşturabilecek eylemlerde bulunma özgürlüğü, bu kez doğrudan kanun tarafından değil tarafların ortak iradesiyle kabul edilen sözleşme hükmüyle sınırlanmaktadır¹⁵. Rekabet yasağı sözleşmelerinin uygulama alanı yalnızca yukarıda sayılan örneklerle sınırlı yorumlanmamalıdır. Tarafların, sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebileceğini açıkça ifade eden TBK m. 26 hükmü gereğince, kanuni sınırlar içinde olmak kaydıyla rekabet yasağı öngören sözleşmelerin yapılması her zaman olanaklıdır. Nitekim, limited şirket ortakları için şirket sözleşmesi ile rekabet yasağı öngörülebileceğini belirten düzenlemeler (TTK m. 577, m. 613/2) buna örnek olarak gösterilebilir.

Hukukumuzda genel çerçevesi bu şekilde çizilebilecek rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler arasında konumuzu “Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı” ile sınırlı tutmaktayız. Bu kişilerin tabi oldukları kanuni rekabet yasağı düzenlemesi (TBK m. 553), bu yasağın kapsamı, içeriği ve yasağa aykırılık durumunda uygulanacak yaptırımlar ile bu kişilere yönelik olarak sözleşme ile rekabet yasağı öngörülmesi ve bu sözleşmelerin sınırları konumuz kapsamında incelenecektir.

II. BAĞLI TACİR YARDIMCILARININ KANUNDAN DOĞAN REKABET YASAĞI

A. BAĞLI-BAĞLI OLMAYAN TACİR YARDIMCISI AYRIMI

Tacirler (gerçek veya tüzel kişi), ticari işletmesini ilgilendiren işlerin yürütülmesinde çoğu kez başkalarının yardımına ihtiyaç duymaktadırlar. Ticari işletmeyi ilgilendiren işler, niteliği gereği çeşitlilik arz etmekte ve çoğu kez belli bir uzmanlığı gerektirmektedir. Bu nedenle tacirler, iş hacminin yoğunluğu ve faaliyet alanının genişliği ölçüsünde ticari işlerini başkalarının yardımıyla yerine getirmektedirler. İşletmede tacire yardımcı olan bu kişiler, ya açık bir kanun hükmü ya da tacirin iradesine bağlı olarak bu faaliyetleri

¹⁵ CAN, s. 15; M. Polat SOYER, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m.348-352), Ankara, 1994, s. 8

yerine getirmektedir¹⁶. Örneğin, tacir küçük ya da kısıtlı ise veli ya da vasisi aracılığıyla, tüzel kişi ise organlarını oluşturan kişiler aracılığıyla ticari faaliyetlerini icra eder. Bu kişilerin ticari faaliyetleri tacir adına yapmaları kanundan kaynaklandığından, teknik anlamda tacir yardımcısı olarak nitelendirilemezler.

Gerçek anlamda ticari işlerin yürütülmesinde tacire yardımcı olan kişiler, tacirin isteği ve iradesi ile belirlediği kişilerdir ve bir sözleşmeye dayalı olarak bu faaliyetleri yerine getirirler. Ticari işlerin yürütülmesinde tacire yardımcı olan kişilerin bir kısmı, tacire bağımlı olarak yani tacirin emir ve talimatları/denetimi ve gözetimi altında emek ve mesaisini tacire sarf ederler¹⁷. Ticari işlerin görülmesinde tacire bağımlı olarak yardımcı olan bu kişilerin bazıları yönetim ya da temsil yetkisine sahip olmayan normal çalışan düzeyinde kişilerdir. Bağlı tacir yardımcılarında bir kısmı ise işletmede belli bir düzeyde yönetim ya da taciri belli bir düzeyde temsil etme yetkisine sahiptirler.

Tacir yardımcılarının diğer bir kısmı ise faaliyetlerini bağımsız olarak yerine getirirler. Bağımsız tacir yardımcılarını gördükleri iş bakımından tacirin emir ve talimatlarıyla bağlı olmakla birlikte, tacirin işletmesinden ayrı ve bağımsız bir ticari faaliyet yürüttükleri için bağımsızdırlar, gördükleri iş çerçevesinde tacirden ücret almaktadırlar¹⁸.

Türk hukukunda tacir yardımcılarını, bağlı ve bağlı olmayan tacir yardımcılarını bakımından bir üst kavram¹⁹ olarak kullanılan bir terim iken, ilk kez TBK'da "Ticari Temsilciler, Ticari Vekiller ve Diğer Tacir Yardımcıları" şeklinde bir üst başlık olarak kullanılmaya başlanmıştır. TBK'da yer alan bu ibareye dayanarak, tacir yardımcılarını sadece ticari mümessil (TBK m. 547), ticari vekil (TBK m. 551) ve diğer tacir yardımcılarının düzenlendiği TBK m. 552'den ibaret görmemek gerekmektedir. Türk hukukunda tacir

¹⁶ Fatih BİLGİLİ/Ertan DEMİRKAPI, *Ticari İşletme Hukuku*, 4. Baskı, Bursa, 2013, s. 107.

¹⁷ Sabih ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 16. Baskı, Ankara, 2012, s. 165; Mehmet BAHTİYAR, *Ticari İşletme Hukuku*, 15. Baskı, İstanbul, 2014, s. 177; Rıza AYHAN/Mehmet ÖZDAMAR/Hayrettin ÇAĞLAR, *Ticari İşletme Hukuku*, 7. Baskı, Ankara, 2014, s. 356; Hüseyin ÜLGEN/Ömer TEOMAN/Mehmet HELVACI/Abuzer KENDİGELEN/Arslan KAYA/N.Fusun NOMER ERTAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, 2009, s. 558.

¹⁸ ARKAN, s. 165; BAHTİYAR, s. 177-178.

¹⁹ Sami KARAHAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 25. Baskı 2013, s. 317; N. Feyzi FEYZİOĞLU, "Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller", H. Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 438; İsmail KIRCA, *Ticari Mümessillik*, Ankara 1996, s. 171; ARKAN, s. 164-165; BAHTİYAR, s. 177-178; AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR, s. 355-356.

yardımcıları esas itibariyle bir bütün olarak TTK ve TBK’da düzenlenmiştir. TTK’da düzenlenen tacir yardımcıları; acente (TTK m.109-123) ve taşıma işleri komisyoncusu (TTK m. 917-930) iken, TBK’da düzenlenen tacir yardımcıları; ticari temsilci (TBK m. 547-550), ticari vekil (TBK m. 551-552), diğer tacir yardımcıları (TBK m. 552), pazarlamacı (TBK m. 448-460), simsar (TBK m. 520-525) ve komiyoncudur (TBK m. 532-546). Bunlardan; acente, komisyoncu ve simsar bağımsız tacir yardımcısı olarak kabul edilirken; ticari temsilci, ticari vekil, diğer tacir yardımcıları ve pazarlamacı bağlı tacir yardımcılarıdır²⁰.

B. KANUNDAN DOĞAN REKABET YASAĞININ KAPSAMI

TBK m. 553’e göre; bir işletmenin bütün işlerini yöneten veya işletme sahibinin hizmetinde bulunan ticari temsilciler, ticari vekiller veya diğer tacir yardımcıları, işletme sahibinin izni olmaksızın, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kendilerinin ya da üçüncü bir kişinin hesabına işletmenin yaptığı türden bir iş yapamayacakları gibi, kendi hesaplarına bu tür işlemleri üçüncü kişilere de yaptıramayacaklardır. TBK m. 553 gereğince kanuni rekabet yasağının kapsamına bir işletmenin bütün işlerini yöneten veya işletme sahibinin hizmetinde bulunan ticari temsilciler, ticari vekiller veya diğer tacir yardımcıları girmektedir. Bu kişiler ile işletme sahibi arasındaki hukuki ilişki genellikle bir iş sözleşmesine dayanmaktadır. Ancak TBK m. 554 gereğince; bu ilişkinin vekalet, ortaklık ya da benzeri bir sözleşmeye dayanması da olanaklıdır. Vekalet sözleşmesi ile bağlı tacir yardımcısı sıfatı yasal olarak söz konusu olabilir²¹ ise de, vekalet sözleşmesinin vekile sağladığı bağımsızlık niteliği ile bağlı tacir yardımcılarının bağımlı olma niteliğinin birbiriyle pek uyumlu olduğu söylenemez²². Ortaklık sözleşmesi ile ortaklardan bir ya da bir kaçının bağlı tacir yardımcısı olması da olanaklıdır (TBK m. 625²³,

²⁰ KARAHAN, s. 318.

²¹ ARKAN, s. 167; İsmail KAYAR, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2008, s. 327.

²² Ertan DEMİRKAPI, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Ticari Temsilciye İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel Sayı (Prof. Dr. Burhan Ceylan’a Armağan), 2010, s. 807.

²³ Adi ortaklığa ilişkin TBK m. 625’te; ortaklığın yönetiminin sözleşme veya kararla yalnızca bir veya birden çok ortağa ya da üçüncü bir kişiye bırakılmış olmadıkça bütün ortakların ortaklığı yönetme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.

TTK m. 218²⁴, 318²⁵, 631²⁶). Hukukumuzda gerek iş, gerek vekalet gerekse ortaklık sözleşmesi sırasıyla işçi (TBK m.396²⁷), vekil (TBK m. 505 ve 506²⁸) ya da ortağa (TBK m. 626 ve 628²⁹) sadakat ve özen yükümlülüğü ve hatta rekabet etme yasağı yüklemektedir. Dolayısıyla, sözü edilen hukuki ilişkiler uyarınca; bağlı tacir yardımcısı olarak belirlenen kişilerin, rekabet yasağına ilişkin özel bir düzenleme bulunmasaydı da hukuki ilişkinin devamı boyunca rekabet yasağına tabi oldukları kolaylıkla söylenebilecektir. Ancak, hukuki ilişkinin niteliğinden kaynaklanan bu genel hükümlerin yanında bağlı tacir yardımcısı olarak yetkilendirilen kişiler için özel bir düzenleme ile rekabet

²⁴ Kollektif ortaklığa ilişkin TTK m. 218'e göre; ortaklardan her biri, ayrı ayrı şirketi yönetme hak ve görevine sahiptir. Ancak, şirket sözleşmesiyle veya ortakların çoğunluğunun kararıyla yönetim işleri ortaklardan birine, birkaçına veya tümüne verilebilir.

²⁵ Komandit ortaklığa ilişkin TTK m. 318'e göre; ortaklık kural olarak komandite ortaklar tarafından temsil edilir. Ancak, kollektif ortaklığın temsil yetkisinin kapsamı ve sınırlandırılmasına ilişkin hükümler komandit ortaklıklar hakkında da uygulanır. Aynı hükümde komanditer ortakların, ortak sıfatıyla şirketi temsile yetkili olmadıkları; ancak şirket sözleşmesinde aksine hüküm bulunmamak koşuluyla, komanditer ortakların ticari mümessil, ticari vekil veya seyyar tacir memuru olarak atanabileceği belirtilmektedir.

²⁶ Limited ortaklığa ilişkin TTK m. 631'de; şirket sözleşmesinde başka şekilde düzenlenmediği takdirde, ticari mümessil ve ticari vekillerin ancak genel kurul kararı ile atanabilecekleri; yetkilerinin de genel kurul tarafından sınırlandırılabilmesi belirtilmektedir. İlgili hüküm uyarınca şirket sözleşmesi ile ticari mümessil ve ticari vekil atanabilmektedir.

²⁷ TBK m. 396 gereğince; işçi, yüklediği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece sadakat yükümlülüğüne aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunmamak ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişmemekle yükümlüdür. Benzer şekilde, işçinin iş gördüğü sırada öğrendiği özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanması veya başkalarına açıklaması yasaklanmıştır. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür.

²⁸ Vekaletle ilişkin TBK m. 505'e göre; vekil vekâlet verenin açık talimatına uymakla yükümlüdür. Ancak, vekâlet verenden izin alma olanağı bulunmadığında durumu bilseydi onun da izin vereceği açık olan hâllerde vekil talimattan ayrılabilir. Bunun dışındaki durumlarda vekil, talimattan ayrılırsa, bundan doğan zararı karşılamadıkça işi görmüş olsa bile, vekâlet borcunu ifa etmiş olmaz. TBK m. 506'da ise, vekilin üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlü olduğu belirtilmektedir.

²⁹ TBK m. 626'ya göre; ortaklar, kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine olarak ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işleri yapamazlar. TBK m. 628'de de, her bir ortağın ortaklık işlerinde kendi işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özen göstermekle yükümlü olduğu belirtilmektedir.

yasağı öngörölmesi, kanun koyucunun bu kişilerin sahip olduğu yönetim ve temsil yetkilerini dikkate alarak işletme sahibini özel olarak koruma isteğinden kaynaklanmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, TBK m. 553 ile bir işletmenin bütün işlerini yöneten veya işletme sahibinin hizmetinde bulunan ticari temsilciler, ticari vekiller veya diğer tacir yardımcıları için kanuni rekabet yasağı öngörülmektedir. Bu konudaki bir görüŖe göre³⁰; TBK m. 553'te rekabet yasağına tabi kişilerin sadece "tacir yardımcısı" olarak belirtilmesi daha uygun olup, hükümde yer alan bir işletmenin bütün işlerini yönetmek veya işletme sahibinin hizmetinde bulunmak ifadeleri gereksizdir; zira ticari temsilci bu kapsamda idare yetkisine sahiptir. Kanımızca, bu eleŖtiri, ticari temsilci açısından doğrudur. Ancak, tacir yardımcılarının tümünün idare yetkisi bulunmamaktadır. İdare yetkisine sahip olmayan dolayısıyla tacirin iş sırlarını öğrenme olanağı bulunmayan tacir yardımcılarının tümünün madde kapsamına alınması isabetli değildir. Kanun koyucunun bağımlı tacir yardımcıları için rekabet yasağı öngörmesinin temel nedeni, bu kişilerin tacirle ilişkilerinin güven ilkesi temelinde çok sıkı olmasıdır. Bu ilişkinin sıkı olması; tacirin ticari sırları ve işletmesine ilişkin özel bilgilerinin sahip olduğu görev ve yetkiler çerçevesinde tacir yardımcısı tarafından kolayca elde edilebilmesine olanak sağlamaktadır³¹.

1. YASAĞA TABİ KİŖİLER YÖNÜNDEN

a. Ticari Temsilci

TBK m. 547'nin birinci fıkrasında ticari temsilci, "...işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişi" olarak tanımlanmaktadır. Uygulamada genel müdür, Ŗube müdürü gibi adlarla anılan ticari temsilci³², bir işletmede en geniş yetkilere sahip tacir yardımcısıdır. Tacir, ticari temsilcilik yetkisi verildiğini ticaret siciline tescil ettirmek zorundadır (TBK m. 547). Ticari temsilci, işletme sahibi adına kambiyo taahhüdünde bulunmaya ve onun adına işletmenin

³⁰ DEMİRKAPI, s. 848.

³¹ CAN, s. 13; Fatih AYDOĞAN, Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, İstanbul, 2005, s. 29.

³² Ticari temsilci, 818 sayılı EBK m. 449'da yer alan "ticari mümessil" kavramı yerine kullanılan yeni bir terimdir. 6098 sayılı TBK'da kullanılmaya başlanan ticari temsilci terimine, aynı dönemde yürürlüğe giren TTK'da yer verilmeyerek ticari mümessil kavramının kullanılmasına devam edilmesiyle, aynı anda deđiŖtirilen iki temel yasanın kullandığı kavramlarda farklılık ortaya çıkmıŖtır.

amacına giren her türlü işlemi yapmaya yetkilidir (TBK m. 548). Ticari temsilcinin temsil yetkisi birlikte imza veya şube işleriyle sınırlandırılabilir, bu sınırlamalar ticaret siciline tescil edilmedikçe iyi niyetli üçüncü kişilere karşı hüküm doğurmaz. Temsil yetkisine ilişkin diğer sınırlamalar ticaret siciline tescil edilmiş olsalar bile, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı etki yapmaz (TBK m. 549).

Görüldüğü gibi, TBK’da yer alan düzenlemeler daha ziyade ticari temsilci ile üçüncü kişiler arasındaki dış ilişkiye ilişkindir. Tacir ve ticari temsilcinin iç ilişkisine dair hükümler, rekabet yasağına ilişkin TBK m. 553, tacir yardımcılarının yetkisinin sona ermesine ilişkin TBK m. 554 ve ticari temsilcinin temsil yetkisinin sona ermesine ilişkin TBK m. 550’den ibarettir. Bu hükümler dışında taraflar arasındaki iç ilişkiye dair başkaca bir düzenleme yapılmamıştır. Tacir ile ticari temsilci arasındaki hukuki ilişkinin bir iş sözleşmesi, ortaklık sözleşmesi veya vekalet sözleşmesi ya da benzeri bir sözleşme olması olanaklıdır (TBK m. 554). TBK m. 553’te yer alan rekabet yasağına ilişkin düzenlemeye bakıldığında; “*bir işletmenin bütün işlerini yöneten veya işletme sahibinin hizmetinde bulunan ticari temsilciler*” ifadesinden; maddede yer alan rekabet yasağının, ticari temsilci olmaya bağlı bir sonuç olduğu dolayısıyla taraflar arasındaki ilişkinin ortaklık, vekalet, iş sözleşmesi ya da benzeri bir sözleşme olmasının sonucu değiştirmeyeceği anlamı çıkmaktadır. Bu anlamda, ticari temsilcinin temsil yetkisinin, birlikte temsil ya da şube işleriyle sınırlandırılmış olması da kanuni rekabet yasağını ortadan kaldırmayacaktır³³. Nitekim bu düzenlemenin varlık nedeni, ticari temsilcinin geniş yetkilerle donatılması ve tacirin iş sırlarına kolayca sahip olabilmesidir³⁴.

TBK m. 553’teki “*işletmenin bütün işlerini yöneten*” ibaresi, ticari mümessillerin kanuni rekabet yasağına tabi olduğunu ifade etmekte yeterlidir, işletme sahibinin hizmetinde bulunan yani tacir ile aralarında iş sözleşmesi bulunan ticari mümessillerin ayrıca belirtilmesi kanımızca gereksiz olmuştur. Ticari temsilci, hangi iç ilişki ile yetkilendirilmiş olursa olsun zaten işletmenin bütününe yönetme konusunda yetkilidir ve kanunen rekabet yasağına tabi olacaktır. Burada bir işletmenin bütün işlerini yöneten veya işletme sahibinin hizmetinde bulunan ticari temsilciler ayrımı gereksiz bir tekrar olmuştur³⁵.

³³ BAŞOĞLU, s. 225

³⁴ AYHAN/ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 365-366; DEMİRKAPI, s. 846.

³⁵ DEMİRKAPI, s.848.

b. Ticari Vekil

TBK m. 551’de ticari vekiller, bir ticari işletme sahibinin kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişi olarak tanımlanmaktadır. Ticari temsilcilerden farklı olarak ticari vekillerin tümü, işletmenin bütününi yönetmek konusunda yetkili değildir. Nitekim bu husus, ticari vekillerin tanımının yapıldığı TBK m. 551’den de açıkça anlaşılmaktadır. Tacir, ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin işletmesini yönetmek üzere ticari vekil (genel yetkili ticari vekil) tayin edebileceği gibi işletmesinin bazı işlerini yürütmek için de ticari vekil (özel yetkili ticari vekil) tayin edebilir. Genel yetkili ticari vekil, işletmenin tümü ile ilgili olağan işlemleri, ticari temsilci sıfatı olmaksızın yürütmeye yetkili olan kişidir. Ancak genel yetkili ticari vekiller, ticari temsilcinin yaptığı her işlemleri yapamazlar. Genel yetkili ticari vekilin yetkisinin sınırını, işletmenin olağan işlemleri çizmekte ancak bazı işlemleri yapabilmeleri için de açıkça yetkilendirilmeleri gerekmektedir. Nitekim TBK m. 551’e göre, ticari vekiller açıkça yetkilendirilmedikçe ödünç olarak para veya benzerlerini alamaz, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, dava açamaz ve açılmış davayı takip edemezler. Görüldüğü gibi, genel yetkili ticari vekiller, ticari temsilcilerin yaptıkları bazı işlemleri ancak özel olarak yetkilendirilmişlerse yapabilirler. Ticari temsilcinin yapamayacağı işlemleri (olağanüstü işlemler, işletmenin amacı dışındaki işlemler, işletmenin devrine ya da son bulmasına neden olan işlemleri) ise zaten yapamazlar. Özel yetkili ticari vekiller ise ancak bazı işlemleri yapmak üzere yetkilendirilirler ve özel olarak yetkilendirilmemişlerse TBK m. 551’de belirtilen işlemleri yapamazlar.

TBK m. 554’den tacir ile ticari vekil arasındaki sözleşmenin hizmet, vekalet, ortaklık ya da benzeri bir sözleşme olabileceği anlaşılmaktadır. Rekabet yasağının düzenlendiği TBK m. 553 incelendiğinde; bir işletmenin bütününi yöneten veya işletme sahibinin hizmetinde bulunan ticari vekillerin, rekabet yasağına tabi olduğu görülmektedir. Ticari temsilcilerden farklı olarak ticari vekillerin tümü, işletmenin bütününi yönetmek konusunda yetkili değildir. O halde işletmeyi yönetmek üzere yetkilendirilen ticari vekillerin (genel yetkili ticari vekiller) hangi iç ilişi ile yetkilendirilmiş olursa olsun (iş sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, ortaklık sözleşmesi veya benzeri başka bir sözleşme) kanunen rekabet yasağına tabi olduğu, ancak işletmenin bazı işlerini yürütmek üzere yetkilendirilen ticari vekillerin ise bir iş sözleşmesine bağlı olması durumunda kanuni rekabet yasağına tabi

olacakları söylenebilecektir³⁶. Bu nedenle, işletmenin bazı işlerini yürütmek üzere yetkilendirilen ticari vekiller (özel yetkili ticari vekiller) vekalet, ortaklık ya da benzeri bir sözleşmeye bağlı olarak yetkilendirilmişse kanuni rekabet yasağının kapsamı dışında olacaktır³⁷. Burada TBK m. 553’de yer alan “*işletme sahibinin hizmetinde bulunan*” ifadesinin ne şekilde yorumlanacağı önem taşımaktadır. Bu ibarenin “hizmet sözleşmesi”ne atfı yaptığı kabul edilecek olursa rekabet yasağı yalnızca işletme sahibine hizmet (iş) sözleşmesi ile bağlı ticari vekiller için söz konusu olacaktır. Kanaatimizce “işletme sahibinin hizmetinde bulunan” ibaresi işletme sahibine hizmet (iş) sözleşmesi ile bağlı ticari vekilleri ifade etmektedir. Ancak ifadenin yalnızca hizmet (iş) sözleşmesi ile bağlı olanları değil, vekalet ve ortaklık veya diğer bir sözleşme ile bağlı kişileri kapsadığının da iddia edilmesi olanaklıdır. Nitekim, TBK m. 396’da işçinin, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamayacağı ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemeyeceği belirtilmektedir. Öğretide, hükümde geçen “*üçüncü kişiye hizmette bulunma*” ibaresi yalnızca hizmet (iş) sözleşmesine dayalı bir çalışma olarak yorumlanmamakta ve hizmette bulunmanın eser, vekalet gibi herhangi bir işgörme sözleşmesine de dayanabileceği, bu anlamda bağımsız bir çalışmanın da sürekli veya geçici olmasına bakılmaksızın rekabet yasağının konusunu oluşturabileceği ileri sürülmektedir³⁸. Ancak bu konudaki duraksamayı ortadan kaldırmak için TBK m. 553’te rekabet yasağının kapsamına kimlerin girdiği konusunda açık ve kesin bir düzenleme yapılması zorunludur. Bu konudaki belirsizlik hükmün özenli bir şekilde kaleme alınmadığının açık bir göstergesidir.

c. Diğer Tacir Yardımcıları

TBK m. 552’de diğer tacir yardımcıları başlığı altında satış mağazası hizmetlileri ya da görevlileri düzenlenmiştir. Bu yardımcıları, toptan, yarı toptan ya da perakende satışlarla uğraşan ticari işletmelerde müşterilerin kolaylıkla görebilecekleri bir yerde ve kolayca okuyabilecekleri bir şekilde aksine bir

³⁶ Bu konuda BAŞOĞLU, s.226’da; Yaşar KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku Dersleri, I Giriş-Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara,1968, s. 286, dn. 2’ye atf yaparak, rekabet yasağına ilişkin olarak TBK’da yer alan bu hükmün, İsviçre Borçlar Kanunu m. 464’e uygun olarak çevrilmemesini, hükmün aslının ise şu şekilde olması gerektiğini belirtmektedir: “Ticari mümessil, işletmenin tamamını yönetmek üzere tayin olunan ticari vekiller veya işletmeye bir hizmet sözleşmesi ile bağlı olan ticari vekiller kanundan doğan rekabet yasağına tabidirler.”

³⁷ BAŞOĞLU, s. 226.

³⁸ Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU/Muhittin ASTARLI, İş Hukuku, 5. Bası, Ankara 2012, s. 546; Gülsevil ALPAGUT, İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler, Sicil, Yıl: 7, S. 25, Mart 2012, s. 25-26.

duyuru yapılmış olmadıkça, alışılmış bütün satış işlemlerini yapmak, yetkili oldukları işlemler hakkında faturaları imzalamak, ticari işletmenin alışılmış işlemlerinden doğan borçların ifa edilmesine veya bunların hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesine ilişkin ihtar veya diğer açıklamaları işletme sahibi adına yapmak; bu nitelikteki ihtar veya diğer açıklamaları özellikle alışılmış işlem dolayısıyla teslim edilmiş mallara ilişkin ayıp bildirimlerini ticari işletme adına kabul etmek konusunda yetkili kişilerdir.

Diğer tacir yardımcıları genellikle işletmede iş sözleşmesine dayalı olarak çalışan kişilerdir. Nitekim, TBK m. 554'den tacir ile diğer tacir yardımcıları arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi yanında vekalet, ortaklık ya da benzeri bir sözleşmeden kaynaklanabileceği belirtilmektedir. Rekabet yasağının düzenlendiği TBK m. 553 incelendiğinde; bir işletmenin bütününü yöneten veya işletme sahibinin hizmetinde bulunan diğer tacir yardımcıların da rekabet yasağına tabi olduğu görülmektedir. Diğer tacir yardımcılarının tanımından işletmenin bütününü yönetme yetkisinin olmadığı açıkça anlaşıldığından; ancak tacirle arasında iş sözleşmesi ilişkisi bulunan diğer tacir yardımcıları kanuni rekabet yasağına tabi olacaktır. Vekalet, ortaklık ya da benzeri bir sözleşmeye bağlı olarak yetkilendirilmiş olan diğer tacir yardımcıları ise kanuni rekabet yasağının kapsamı dışında kalacaktır. TBK m. 553'te yer alan "*işletme sahibinin hizmetinde bulunan*" ibaresinin ne şekilde yorumlanacağına ilişkin olarak ticari vekiller ile ilgili bölümde açıklama yapıldığından oraya atıf yapmakla yetiniyoruz.

d. Pazarlamacılık Sözleşmesi ve Pazarlamacıların Durumu

Bağlı tacir yardımcıları arasında bulunan pazarlamacılar, TBK'da özel hükümlerle ayrı olarak düzenlenmiştir. TBK gerekesinde³⁹, pazarlamacılık sözleşmesinin hizmet sözleşmesinin özel bir türü olduğu belirtilmektedir. Nitekim, pazarlamacılık sözleşmesi TBK'da "Hizmet Sözleşmeleri" başlıklı altıncı bölümde ikinci ayırım olarak (m. 448-460) dzenlenmiřtir⁴⁰. Pazarlamacılık sözleşmesi, iş sözleşmesinin unsurlarını içeren, ancak diğer iş sözleşmelerinden farklı olarak taahhüt edilen işin doğası gereği işyeri dışında ifasının olanaklı olduğu bir iş sözleşmesi türüdür; pazarlamacının

³⁹ Gerekçe için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0499.pdf> (Erişim: 15.4.2014).

⁴⁰ Pazarlamacılık sözleşmesinin iş sözleşmesinin türleri arasında sayılmayacağı yönünde bkz. Nuri ÇELİK, *İş Hukuku Dersleri*, 26. Bası, İstanbul 2013, s. 117. ÇELİK, TBK m. 448-460'ta düzenlenen pazarlamacılık sözleşmesinin öğretide tartışıldığını ve bu sözleşmenin bazı yazarlarca iş sözleşmesinin türleri arasında değerlendirildiğini, ancak bu görüşe katılmadığını belirtmekle birlikte görüşünün gerekçesini açıklamamaktadır.

pazarlamacılık yapmak üzere kendine mahsus bir işyerinin bulunması durumunda TBK m. 448 vd. anlamında hizmet sözleşmesinin özel bir türünü oluşturan bir pazarlamacılık sözleşmesinden söz edilemez⁴¹.

Pazarlamacılık sözleşmesi, pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği bir sözleşmedir (TBK m. 448). Uygulamada özellikle ilaç, kozmetik, gıda gibi işkollarında pazarlamacı olarak pek çok çalışan bulunmakta, bu kişiler genelde iş sözleşmesi ile bağlı olduğu⁴² işveren hesabına her türlü işlemin yapılmasına, işletmede üretilen ürün veya hizmetlerin merkez dışındaki yerlerde müşterilere tanıtımı, pazarlanması ve satılmasına aracılık etmektedirler⁴³.

Pazarlamacıların, İş Kanunu (İK)⁴⁴ hükümlerine tabi olup olmayacakları hususunda, öğretide görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre; pazarlamacılık sözleşmesinin TBK’da ayrıca düzenlenmiş olması bu kişilere İK’nun uygulanmayacağı anlamına gelmemekte, iş sözleşmesi ile çalışan pazarlamacılar da İK’ya tabi olup, İK’da boşluk bulunan durumlarda pazarlamacılara TBK m. 448-460’ta yer alan hükümler uygulanmalı, burada da hüküm bulunmaması durumunda ise TBK’nın genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmalıdır⁴⁵. Diğer bir görüşe göre ise, pazarlamacılık sözleşmesine İK hükümleri uygulanamayacak, TBK m. 469 gereği pazarlamacılık sözleşmesine ve evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan durumlarda TBK’nun hizmet sözleşmesine ilişkin

⁴¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 427.

⁴² TBK’nun bu çalışma türünü hizmet akdi bölümü içine alarak adeta pazarlamacıların hizmet akdinden başka akit tipleriyle çalışmayacaklarına dair bir izlenim yarattığı, ancak bunun hatalı olduğu yönünde bkz. Can TUNCAY, Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri, Çimento İşveren, C. 26, S. 2, Mart 2012, s. 6.

⁴³ TUNCAY, s. 5; Sarper SÜZEK, İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2013, s. 276-277.

⁴⁴ RG, 10.6.2003, 25134.

⁴⁵ SÜZEK, s. 277 (SÜZEK, İK hükümleri ile TBK’da yer alan pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümler arasında bir çelişkinin bulunması durumunda ise TBK’da yer alan hükümler sonraki kanun içinde yer aldıklarından ve genel kanun içinde özel hüküm niteliği taşıdıklarından İK’ya göre öncelikle uygulama alanı bulacağını eklemektedir); TUNCAY, s. 16-17. Ancak TUNCAY, genel kanun-özel kanun, genel hüküm-özel hüküm ve önceki kanun-sonraki kanun ilişkileri düşünülerek TBK ile İK’da aynı konuyu düzenleyen fakat çelişen hükümler bulunması durumunda (işçinin lehine hükümler bulunması koşuluyla) TBK’nun İK’ya üstün tutulması gerektiğini belirtmektedir.

genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁴⁶. Kanaatimizce, pazarlamacılık sözleşmesinin TBK’da ayrıca düzenlenmiş olması bu tür bir sözleşme ile çalışanlara İK hükümlerinin uygulanamayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira, pazarlamacılık sözleşmesi ile çalışanların İK’nın kapsamı dışında kaldığını iddia etmek son derece güçtür ve İK’da bu iddiayı destekleyecek herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. TBK’da yer alan hizmet sözleşmesinin genel hükümlerinde olduğu gibi, pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerde İK’nın kapsamında yer alan işçilere ancak İK’da boşluk bulunması durumunda uygulanmalıdır. Bu nedenle, pazarlamacılık sözleşmesi ile çalışmakta olan kişilere öncelikle İK uygulanmalı ve boşluk bulunması durumunda da sırasıyla TBK’da yer alan pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümler ile hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanmalıdır.

TBK m. 448’de bir işletme veya işyerinden değil de açıkça bir ticari işletme sahibi işveren hesabına işlemler yapılmasına aracılık edilmesinden söz edildiğinden, bu niteliği taşımayan işletmeler için TBK’da yer alan pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmayacaktır⁴⁷. Ancak bu durum, esnaf işletmelerinin pazarlamacı çalıştıramayacağı değil çalıştırdıkları taktirde bunlara TBK m. 448-460 hükümlerinin uygulanmayacağı anlamına gelmektedir⁴⁸.

TBK m. 452’ye göre; pazarlamacı aksine yazılı anlaşma olmadıkça yalnızca işlemlere aracılık etmeye yetkilidir, pazarlamacı işlem yapmaya yetkili kılınmışsa yetkisi bu işlerin icrası için gereken bütün olağan hukuki işlem ve fiilleri kapsar; özel yetki verilmedikçe müşterilerden tahsilat yapamaz ve ödeme günlerini değiştiremez. Pazarlamacı, talimata uymamasını zorunlu kılan haklı bir sebep olmadıkça, kendisine verilen talimata uygun olarak müşterileri ziyaret etmekle yükümlüdür; *işverenin izni olmadıkça kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapamaz, aracılık edemez* (TBK m. 450/1). Pazarlamacı, işlem yapmaya yetkiliyse, talimatta öngörülen fiyatlara ve diğer işlem koşullarına uymak zorundadır; işveren razı olmadıkça, bunlarda değişiklik yapamaz (TBK m. 450/2).

⁴⁶ MOLLAMAHMUTOğLU/ASTARLI, s. 429.

⁴⁷ SÜZEK, s. 277-278.

⁴⁸ SÜZEK, s. 278. Aksi görüşte bkz. TUNCAY, s. 9. TUNCAY, ticari olmayan işletmeler ile esnaf işletmelerinin pazarlamacı çalıştıramayacaklarını, kanun koyucunun ticari hacmi belirli bir yüksekliğe ulaşmamış işletmelerin pazarlamacı çalıştırmasını uygun görmemiş olabileceğini belirtmektedir.

TBK m. 450/1’de yer alan pazarlamacının *işverenin izni olmadıkça kendisi veya üçüncü kişiler hesabına işlem yapma, aracılık etme yasağı* pazarlamacının sözleşme süresince rekabet yasağı bulunduğu anlamına gelmektedir. Öğretide de, bu hükmün pazarlamacıya işini yaparken işverene sadakatle bağlı olarak çalışması, sır saklaması ve onunla rekabete girişmemesi yükümlülüğü yüklediği belirtilmektedir⁴⁹. Ancak, TBK m. 457/1’de pazarlamacının, aynı zamanda birden fazla işveren hesabına faaliyette bulunması durumunda, aksi yazılı şekilde kararlaştırılmadıkça her işverenin pazarlamacının harcamalarına eşit olarak katılma yükümlülüğüne yer verilmektedir⁵⁰. Bu hüküm, pazarlamacının birden fazla işverenin hesabına faaliyette bulunabileceği anlamı taşımaktadır. Ancak, iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, pazarlamacının sözleşme süresince başka bir işveren hesabına faaliyette bulunabilmesi için işverenin iznini alması gerektiği, TBK m. 457/1’de yer alan hükmün de pazarlamacının işvereninden izin alarak yaptığı faaliyetleri kapsadığı sonucuna ulaşılmalıdır.

2. KORUNAN KİŞİ YÖNÜNDEN

TBK m. 553 ile bağlı tacir yardımcılarının, “işletme sahibinin” izni olmaksızın rekabet oluşturan işleri yapmaları yasaklanmıştır. Madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere, rekabet yasağı düzenlemesi ile korunan kişi, işletme sahibidir. TBK m. 553’ün gerekçesinde⁵¹; ticari işletme olsun veya olmasın, bütün işletmelerin göz önünde tutulduğu belirtildiğinden, rekabet yasağının ticari işletmeler yanında ticari işletme niteliği taşımayan esnaf işletmeleri için de geçerli olacağı izlenimi doğmaktadır. Bu konuda bir görüşe göre⁵², gerekçede rekabet yasağının tüm işletmeler için geçerli olacağına ilişkin açıklama, Borçlar Kanunu’nun gerek eski gerek yeni düzenlemeleri karşısında sorun yaratmaktadır. Bu görüşe göre; esnaf işletmelerine ticari vekil atanması olanağı bulunmadığı gibi, eski düzenlemede yer alan esnaf işletmesine ticari temsilci atanması olanağına da yeni düzenlemede yer verilmediğinden, TBK m. 553 ile korunan kişi tacirdir, hüküm esnaf işletmelerini kapsamamaktadır. Yazarın belirttiği gibi esnaf işletmeleri bakımından ticari vekil atanması hem mevcut hem de eski düzenlemeler ışığında mümkün değildir. Ticari vekillere

⁴⁹ TUNCA, s. 13.

⁵⁰ Pazarlamacı aynı anda birden fazla işveren hesabına faaliyet gösteriyorsa, hangi giderin hangi işverene ait olduğunun hesabı güçlük yaratabileceğinden işverenlerin aksi kararlaştırılmadıkça bu giderlere eşit oranda katılmaları öngörülmüştür. Bkz. TUNCA, s. 14.

⁵¹ Gerekçe için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0499.pdf> (Erişim: 12.4.2014).

⁵² DEMİRKAPI, s. 849.

ilişkin TBK m. 551, EBK m. 453'ün düzeltilmiş ve sadeleştirilmiş halidir. TBK m. 551'de ticari vekil, açıkça “*bir ticari işletme sahibinin*” yetkilendirdiği kişi olarak tanımlanmıştır. TBK m. 552'de düzenlenen diğer tacir yardımcıları “*ticari işletmelerde*” görevli ya da hizmetli kişiler olduğundan, bu hüküm esnaf işletmelerine uygulanamayacak niteliktedir.

Ticari temsilciyi düzenleyen TBK m. 547'nin gerekçesinde, hükme karşılık gelen EBK m. 449⁵³'un metninde şekli düzeltme ve arılaştırma dışında esaslı bir değişiklik yapılmadığı belirtilmiş ise de; ticari temsilci atanmasına ilişkin EBK m. 449'da yer alan “diğer nevi müesseselerde ve işlerde ticaret siciline kayıttan başka suretle ticari mümessil tayin olunamaz” fıkrasının TBK m. 547'ye alınmadığı; ancak TBK m. 547/2'de “*işletme sahibi*, ticari temsilcilik yetkisi verildiğini ticaret siciline tescil ettirmek zorundadır” ifadesinin yer aldığı görölmektedir. Bu hükümden, sadece ticari işletme değil, esnaf işletmelerinin de ticari temsilci atayabileceği ve ticari temsilcinin ticaret siciline tescil edilmesinin zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, TBK m. 547'de yer alan “işletme sahibi” ifadesi, ilk bakışta esnaf işletmeleri için de ticaret siciline tescil edilmek suretiyle ticari temsilci atanmasına olanak tanımaktadır. Ancak, ticaret siciline sadece ticari işletmelerin kaydının yapılabileceği, sicilde kaydı bile olmayan esnaf işletmelerinin ticari temsilcilerini sicile nasıl kaydettirebileceği de bir çelişki olarak görölmektedir. Bu sebeple kanun koyucu bu tereddütleri ortadan kaldıracak biçimde işletme sahibi ifadesi yerine ticari işletme sahibi ifadesini kullanmalıydı.

3. YASAKLANAN FAALİYET YÖNÜNDEN

TBK m. 553'e göre; bir işletmenin bütün işlerini yöneten veya işletme sahibinin hizmetinde bulunan ticari temsilciler, ticari vekiller veya diğer tacir yardımcıları işletme sahibinin izni olmaksızın, doğrudan veya dolaylı olarak, kendilerinin ya da üçüncü bir kişinin hesabına işletmenin yaptığı türden bir işi yapamayacakları gibi bu işlemleri kendi hesaplarına üçüncü kişilere de yaptıramazlar.

TBK m. 553'te yasak kapsamındaki bağlı tacir yardımcıların, “işletmenin yaptığı türden bir işi” yapamayacakları belirtilmektedir. Bu

⁵³ EBK m. 449 şu şekildedir: “Ticari mümessil, bir ticarethane veya fabrika veya ticari şekilde işletilen diğer bir müessese sahibi tarafından işlerini idare ve müessesenin imzasını kullanarak bilvekele imza vazetmek üzere sarıh veya zımnî kendisine mezuniyet verilen kimse-dir. Müessese sahibi, vekaletnameyi ticaret siciline kaydetdirmeğe mecburdur. Ancak kayıttan evvel dahi mümessilinin muameleleri ile mülzemdir. *Diğer nevi müesseselerde ve işlerde ticaret siciline kayıttan başka suretle ticari mümessil tayin olunamaz.*”

konuda bir görüşe göre⁵⁴; kaynak kanundan (İsviçre Borçlar Kanunu m. 464) farklı olarak “iş” ibaresine yer verilmiş olmasına karşın, bu ibare aslına uygun olarak “işlem”lerle sınırlı olarak anlaşılmalıdır. Çünkü ticari işler, işlem, eylem ve olayları da kapsayan geniş bir anlam taşımakta olup, işlem kavramı dar anlamda ticari işi ifade etmektedir. Başka bir görüşe göre⁵⁵ ise; iş kavramının kullanılması daha doğrudur, zira bu kavram hukuki işlemi de kapsayan bir üst kavram niteliğindedir ve rekabet yasağına ilişkin fiiller sadece hukuki işlemler olarak ortaya çıkmaz. Ayrıca, aksine bir yorum şeklinin kabulü durumunda, örneğin bir işletme açarak sadece tanıtım faaliyetinde bulunmanın üçüncü kişilerle işlem gerçekleştirilmediği gerekçesi ile rekabet yasağı kapsamında sayılmayacağı haklı olarak belirtilmektedir.

Kanuni rekabet yasağını düzenleyen hükümlerde (TTK m. 230, m. 311, m. 396, m. 572, m. 626, TBK m. 553) bazen “ticari iş” veya “iş” kavramı, bazen “ticari işlem” ya da “işlem” kavramının kullanıldığı, bazen ise her iki kavramın birlikte kullanıldığı görülmektedir. Bu durum; aynı amaç doğrultusunda kabul edilmiş olan rekabet yasağı düzenlemelerinde ifade birliğinin sağlanamadığının ve hükümlerin çok da doğru bir teknikte kaleme alınmadığının göstergesidir. TBK m. 553’te, yasağı tabi bağlı tacir yardımcılarının, kendisi ya da üçüncü bir kişi hesabına şirketin uğraştığı “işler”le uğraşamayacağı ve kendi hesaplarına bu tür “işlemleri” üçüncü kişilere yaptırılmayacağı belirtilmiş; ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında yasağı aykırılık durumunda “tacir yardımcısının kendi hesabına yaptığı veya üçüncü kişilere yaptırdığı işler” ifadesi kullanılarak ilk fıkrada yapılan iş/işlem ayırımına yer verilmemiştir. Aslında içerik olarak farklı olan bu kavramların kanun koyucu tarafından pek de özenli kullanıldığı söylenemeyeceği gibi biraz önce belirttiğimiz gibi birbiri yerine kullanıldığı da görülmektedir. Bu sebeple; iş ya da işlem kavramının içeriğinin incelenmesinden çok, yasağın amacı dikkate alınarak bir yorum yapılmalı ve işletme ile rekabet oluşturacak nitelikte olan, işletmenin faaliyet konusuna giren, kar elde etmek, kazanç ya da herhangi başka bir menfaat sağlamak üzere, ticari amaçlarla yapılan ya da yaptırılan her tür iş ve işlemi ifade eden bir kavram olarak değerlendirmeliyiz.

TBK m. 553’te yer alan “işletmenin yaptığı türden bir iş” kavramı, haklı olarak belirtildiği üzere hatalıdır⁵⁶ ve işletmenin faaliyet sahasına giren

⁵⁴ BAŞOĞLU, s. 229

⁵⁵ DEMİRKAPI, s. 850.

⁵⁶ DEMİRKAPI, s. 851’de; “işletmenin yaptığı türden bir iş” ibaresinin, işletmeyi kişiselleştiren bir anlam taşıdığı, bu işleri gerçekleştiren kişinin işletme değil, tacir olduğunu

işler olarak düzeltilmesi daha uygun olacaktır. Faaliyet sahasına giren işlerin işletmenin fiilen yaptığı işler ile sınırlı yorumlanması kanımızca doğru bir yaklaşım olacaktır⁵⁷. Ülkemizde şirketlerin, ticaret siciline kayıt sırasında faaliyet alanlarını geniş tutması nedeniyle rekabet yasağının bütün alanlarda geçerli olacak şekilde uygulanmasının olanaklı olmadığını belirten Yargıtay kararına⁵⁸ paralel olarak işletmenin faaliyet sahasına girmekle birlikte fiilen yapılmayan işlerin, rekabet yasağı kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği kanısındayız. Buna göre; rekabet yasağına tabi tacir yardımcılarının, işletmenin faaliyet sahasına girmeyen ya da işletmenin fiilen uğraşmadığı işleri yapmaları, TBK m. 553 kapsamında rekabet yasağına aykırılık olarak değerlendirilmeyecektir.

Rekabet yasağına tabi kişilerin, yasak kapsamındaki işleri kendi hesabına yapamayacakları açıkça belirtildiğinden yasağa tabi kişiler bu işleri öncelikle ve zaten kendi adlarına yapamayacaktır. Dolayısıyla, rekabet yasağına tabi kişiler, işletmenin faaliyet konusuna giren işleri, kendi adına ve kendi hesabına yapamazlar. TBK m. 553'e göre; rekabet yasağına tabi kişiler kendi hesabına yapamayacakları işlemleri, üçüncü kişilere de yaptırılmazlar. Şayet bu durum yasak kapsamına alınmasaydı; yasağa tabi kişiler, kendi adına ve hesabına yapamadıkları bu işlemleri, doğrudan temsil yoluyla başkasına yaptırabilir veya kendi hesabına yapması yasak olan bu işlemleri dolaylı temsil yoluyla başkasına yaptırabilirdi. Bu durum; yasağa tabi kişilerin, görevi gereği sahip olabileceği işletme sırlarını, bilgi ve tecrübesini, işletme aleyhine ya da kendi lehine kullanarak çıkar sağlamasına engel olmak amacıyla düzenlenen rekabet yasağının amacına aykırı olurdu.

Kanuni rekabet yasağının bir diğer görünümü, işletmenin faaliyet konusuna giren işlerin "başkası hesabına" yapılmasının da yasak kapsamında olmasıdır. Bu sebeple, yasağa tabi kişiler, söz konusu işleri başkası adına ve hesabına (örneğin ticari temsilci, ticari vekil ya da acente sıfatıyla) yapamayacağı gibi, kendi adına ve başkası hesabına da (örneğin komisyoncu sıfatıyla) yapamayacaktır. Bu konuda bir görüşe göre⁵⁹; rakip işletme (başkası) hesabına hiçbir hukuki işlem yapılmaksızın yalnızca onun defterlerinin tutulmasına yardımcı olunması gibi işler rekabet yasağına aykırılık

ifade etmektedir. KARAYALÇIN, s. 486, dn. 2'de bu ibare, işletmenin faaliyet sahasına giren işlemler olarak belirtilmektedir.

⁵⁷ KALPSÜZ, s. 373

⁵⁸ Yargıtay 7. HD., 8.4.2013, 2013/2542 E., 2013/5823 K. (www.corpus.com.tr).

⁵⁹ BAŞOĞLU, s. 229.

oluşturmaz. Oysa daha önce ifade ettiğimiz gibi, rekabet oluşturan eylemler, yalnızca hukuki işlemlerle sınırlı yorumlanmamalı; yasak kapsamındaki kişilerin işletmenin faaliyet konusu içinde olmak koşuluyla başkası ya da kendi hesabına yaptığı ya da yaptırdığı bütün iş ve işlemleri içerecek şekilde yorumlanmalıdır. Dolayısıyla, işletmenin faaliyet konusu, defter tutmak ya da muhasebecilik ise bu işlerin, yasağa tabi kişiler tarafından doğrudan ya da dolaylı bir şekilde yapılması rekabet yasağını ihlal eder. İşletmenin faaliyet konusuna girmeyen işlerin ya da işlemlerin yapılması zaten kanuni rekabet yasağının kapsamında değildir.

Ticaret ortaklıklarında kanuni rekabet yasağını düzenleyen çeşitli hükümlerde; işletme (şirket) konusu kapsamında bir ticari işletme açmak (TTK m. 311), bu kapsamda bir iş yapmak (TTK m. 230, TTK m. 396, TTK m. 572), aynı tür işlerle uğraşan bir şirkete sınırsız sorumlu ortak olarak katılmak (TTK m. 230, TTK m. 396, TTK m. 572) gibi konular açıkça yasaklanmış ve rekabet yasağını ihlal eden fiiller olarak düzenlenmiştir. Özellikle sınırsız sorumluluk gerektiren şirketlere ortaklık ve sermaye şirketlerinde yöneticilik hallerinin rekabet yasağına ilişkin hüküm içinde düzenlenmemesi öğretide eleştirilmektedir⁶⁰. Bu durumlar, TBK m. 553’de açıkça yasak kapsamına alınmamış olsa da; işletmenin faaliyet konusuna giren işlerden olmak koşuluyla, bu işlerin rekabet yasağına tabi kişilerce “kendisi ya da başkası hesabına” yapılması ya da yaptırılması durumunda rekabet yasağının ihlal edildiği söylenebilir⁶¹.

TBK m. 553’de ile rekabet yasağına tabi kişilerin, “*işletme sahibinin izni olmaksızın*”, rekabet oluşturan iş ve işlemleri yapmaları yasaklanmıştır. O halde işletme sahibi, rekabet yasağı kapsamına giren iş ya da işlemlerin yapılmasına açık veya örtülü olarak izin verebilecektir⁶². Kanımızca, işletme sahibi bu izni, rekabet oluşturan iş ya da işlemin yapılmasından önce verebileceği gibi, rekabet yasağı kapsamına giren iş ya da işlemin gerçekleşmesinden sonra da verebilir. Kanuni rekabet yasağını ihlal eden iş ya

⁶⁰ Ömer TEOMAN, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2009, s. 579, N. 1746.

⁶¹ BAŞOĞLU, s. 230’da; ticari temsilci veya vekilin aynı konuda kendi hesabına işletme kurması veya böyle bir ortaklığa sınırsız sorumlu ortak olarak katılmasını rekabet yasağına aykırı bir davranış olarak kabul etmektedir. Ancak, aynı konuda faaliyet gösteren bir anonim ortaklığın pay senetlerinden satın alınmasının başlı başına rekabet yasağına aykırılık oluşturacağını kabul etmenin rekabet yasağı ile korunmak istenen menfaat göz önünde tutulursa yanlış olacağını, aksine, satın alınan pay senetlerinin genel kurulda etkili olabilecek bir miktarda olması durumunda rekabet yasağına aykırılıktan söz edilebileceğini belirtmektedir.

⁶² KARAHAN, s. 329.

da işlem gerçekleşmeden önce işletme sahibi tarafından verilecek izin, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir nedendir. İşletme sahibinin izni ile bu tür iş ve işlemler yapılmışsa, artık kanuni rekabet yasağının ihlalden söz edilemez. İş ya da işlem gerçekleştikten sonra işletme sahibinin verdiği izin (icazet), ortada bir zarar var ise tazminat hakkından vazgeçme anlamına gelecektir. İşletme sahibinin, rekabet teşkil eden işleme uzun bir süre sessiz kalması, süresi içinde hiçbir hukuki girişimde bulunmaması işleme izin verdiği anlamına gelebilir.

Rekabet yasağına tabi kişiler ile işletme sahibi arasında yapılacak rekabet yasağı sözleşmesi ile kanuni rekabet yasağının kapsamının genişletilmesi ya da daraltılmasının olanaklı olup olmadığı da tartışılması gereken bir konudur. Görüldüğü gibi TBK m. 553 emredici bir hüküm değildir. Yasak kapsamındaki iş ya da işlemler, işletme sahibinin izni olmaksızın gerçekleştiğinde rekabet yasağı ihlal edilmiş olacaktır. O halde taraflar, kanuni rekabet yasağını tamamen veya kısmen ortadan kaldıran (daraltan) sözleşmeler yapabilecektir. Asıl sorun, kanuni rekabet yasağına tabi iş ve işlemlerin kapsamının, taraflar arasında yapılacak bir sözleşme ile genişletilmesinin olanaklı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz üzere kanuni rekabet yasağının kapsamı, işletmenin fiilen faaliyet sahasına giren işlemlerle sınırlıdır. İşletmenin fiilen faaliyet sahasına girmeyen iş ve işlemlerin, taraflar arasında yapılacak bir rekabet sözleşmesine konu olabilmesi için kanımızca işletme sahibinin korunmaya değer önemli bir menfaatinin bulunması koşulu aranmalıdır. İşletme sahibinin müşteri çevresine, iş ve üretim sırlarına ait bilgiler kullanarak işletme sahibine ekonomik olarak önemli bir zarar verebilme olasılığının bulunduğu hallerde bu şekilde bir rekabet yasağı sözleşmesi geçerli olarak kurulabilir. İşletme sahibinin fiilen faaliyet sahasına girmeyen iş ve işlemlerin yapılması, işletme sahibine zarar verebilecek nitelikte değilse, başka bir deyişle işletme sahibinin bu konuda korunması gereken önemli bir menfaati bulunmuyorsa, kanuni rekabet yasağını yapılan işin kapsamı açısından genişleten sözleşmeler geçersiz kabul edilmelidir.

4. SÜRE YÖNÜNDEN

TBK m. 553'te öngörülen kanuni rekabet yasağının, yasağına tabi kişiler için hangi süreyle uygulanacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak rekabet yasağı, bu kişilerin hukuki statüsüne bağlı olduğundan, yasak bu sıfatın doğumuyla başlar ve bu sıfatın herhangi bir nedenle sona ermesine kadar devam eder⁶³. Bu sıfatın sona ermesinden sonra bir süre daha rekabet

⁶³ CAN, s. 16; FRANKO, s. 26; İsmail KAYAR/İlyas ÇELİKTAŞ: "Limited Şirkette Müdür-Ortakların Rekabet Yasağı", Fahiman Tekil'e Armağan, İstanbul 2003, s. 313.

yasağının devam ettirilmesi isteniyorsa, bu konuda taraflar arasında ayrıca rekabet yasağı sözleşmesi yapılmalıdır.

5. HİZMET (İŞ) SÖZLEŞMESİ İLE ÇALIŞAN TACİR YARDIMCILARI AÇICINDAN İŞÇİ SIFATINA BAĞLI REKABET YASAĞI

İK'da işçinin iş sözleşmesi devam ederken işvereni ile rekabet yasağı öngören açık bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Ancak, iş sözleşmesi devam ederken işçinin işvereni ile rekabet oluşturacak faaliyetlerde bulunması sadakat yükümlülüğüne aykırılık oluşturabilir. Nitekim, İK m. 25'te işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunmasının iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle ve derhal feshine neden olabileceği belirtilmektedir⁶⁴. Öğretide de, yaptığı yan iş sadakat yükümlülüğünü ihlal ediyorsa⁶⁵, işçinin iş sözleşmesi devam ederken üçüncü kişilere hizmette bulunamayacağı, işvereni ile rekabet oluşturacak bir işi kendi adına yapamayacağı, işverene rakip bir kuruluşa ortak olamayacağı veya başka bir sıfatla böyle bir kuruluşla ilişki kuramayacağı ifade edilmektedir⁶⁶.

İş sözleşmesi devam ederken işçinin rekabette bulunma yasağı İK'da açıkça düzenlenmemişken, TBK'da ise bu konuda bir düzenleme yer almaktadır. TBK m. 396'ya göre; işçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak⁶⁷ bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette

⁶⁴ İşçi tarafından sadakat borcunun ihlali, işverenin zararının tazminine (TBK m. 112 vd.), işçiye disiplin cezası uygulanmasına veya iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine yol açabilir. Bkz. SÜZEK, s. 350; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 548.

⁶⁵ Örneğin, işverenin rakibi olmayan bir firmada kısmi süreli olarak çalışan işçinin bu çalışmasının sadakat yükümlülüğünü ihlal etmeyeceği belirtilmektedir. Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 546.

⁶⁶ SÜZEK, s. 348; Ünal NARMANLIOĞLU, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 4. Baskı, İstanbul 2012, s. 276; Savaş TAŞKENT/Mahmut KABAKCI, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Sicil, Yıl: 4, S. 16, Aralık 2009, s. 22; ALPAGUT, s. 26; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 545-547. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, bu yükümlülükler aykırı davranış yanında, işverene, işe ve işyerine ilişkin saklanması gereken bilgileri işçinin kendisi için kullanmasının da rekabet yasağına aykırılık oluşturduğunu belirtmektedir.

⁶⁷ İşçinin ikinci bir işte çalışması kural olarak serbest bırakılırken, sadakat borcuna aykırılık ve bunun somut görünümünden biri olan rekabet oluşturacak faaliyetler bakımından sınırlama getirilmiştir. Bkz. ALPAGUT, s. 25.

bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete⁶⁸ girişemez⁶⁹. Bu hüküm genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler arasında yer aldığından, TBK m. 469'un yaptığı atıf uyarınca pazarlamacılık sözleşmesi ile işgörmekte olan kişiler yanında hizmet (iş) sözleşmesi ile bağlı tacir yardımcılara da uygulanacaktır. Bu nedenle yukarıda değinilen pazarlamacılar da, sözleşmenin devamı süresince sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamayacak ve kendi işvereni ile rekabet oluşturacak faaliyetleri yapamayacaktır.

İşçi kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışıyorsa acaba TBK m. 396'da yer alan rekabet yasağına tabi olacak mıdır? Zira, işçiyi kısmi süreli iş sözleşmesi ile işe alan işveren işçisinin kısmi süreli olarak rakip işyerlerinde çalışabileceğini de hesaba katmalıdır denilerek kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin rekabet yasağına tabi olmadıkları ileri sürülebilir mi? Kanaatimizce, TBK m. 396'da iş sözleşmesinin türüne göre bir ayırım yapılmadığından kısmi süreli iş sözleşmeleri ile çalışmakta olan işçiler de rekabet yasağına tabi olacaktır. Ayrıca bu işçiler işvereni mevcut iş ilişkileri hakkında sözleşmenin kurulması aşamasında bilgilendirmelidir⁷⁰. Ancak, duraksamaları ortadan kaldırmak için kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerle yapılan iş sözleşmesine rekabet teşkil edecek bir faaliyette bulunma yasağı konulmalıdır⁷¹.

İşletme sahibi ile aralarındaki ilişki hizmet (iş) sözleşmesi olan tacir yardımcılarını için hem TBK m. 396'da yer alan hem de TBK m. 553'te yer alan rekabet yasağı söz konusu olmaktadır. Ancak TBK m. 396'da yer alan ve işçi sıfatına bağlı olan rekabet yasağının söz konusu olabilmesi için yukarıda da belirtildiği üzere, işçinin yaptığı işin sadakat yükümlülüğüne aykırılık oluşturması gerekmektedir. Oysa TBK m. 553'ye yer alan ve tacir

⁶⁸ Aynı müşteri ihtiyaçlarına yönelik, aynı veya benzer müşteri çevresine hitap eden, aynı tür edimlerin ifasında rekabet söz konusudur. Bkz. ALPAGUT, s. 26. Rekabet ilişkisinin kabulü için, her iki işletmenin faaliyetlerinde kısmi bir kesişmenin dahi yeterli olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. TAŞKENT/KABAKCI, s. 23.

⁶⁹ Bu hükümde "üçüncü kişiye hizmette bulunma"dan bahsedildiğinden, hizmetin bir iş sözleşmesine dayalı bağımlı bir çalışma olması gerekmez, hizmette bulunma eser, vekalet gibi herhangi bir işgörme sözleşmesine dayanabilir; bu anlamda bağımsız bir çalışma da sürekli veya geçici olmasına bakılmaksızın rekabet yasağının konusu olabilir, rekabete konu hizmet ücret karşılığı olabileceği gibi ücretsiz bir çalışma şeklinde de olabilir, ancak kamusal bir ödevin ifası istisna tutulmaktadır. Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 546; ALPAGUT, s. 25-26. ALPAGUT, ücretin salt para şeklinde anlaşılması ve bir karşılık oluşturacak her türlü yararın madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

⁷⁰ ALPAGUT, s. 27.

⁷¹ Bu tür bir sözleşme hükmünün ve bu yasağın cezai şarta bağlanması geçeri olacağı yönünde bkz. ALPAGUT, s. 27.

yardımcıları için söz konusu olan rekabet yasağında ise bu şekilde bir koşul yer almamaktadır. Ayrıca TBK m. 396'da rekabet yasağına aykırı davranan işçiye karşı işverenin hangi talepleri ileri sürebileceği konusunda açık bir düzenleme yer almamakta iken, TBK m. 553'te işletme sahibinin sahip olduğu talep hakları açık bir şekilde düzenlenmiştir.

III. KANUNİ REKABET YASAĞINA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

Rekabet yasağına tabi kişiler, bu yasağı aykırı davranırlarsa; işletme sahibi, aralarındaki hukuki ilişkiden doğan hakları saklı kalmak kaydıyla, uğradığı zararın giderilmesini isteyebileceği gibi, bunun yerine, ticari temsilcinin, ticari vekilin veya diğer tacir yardımcısının kendi hesabına yaptığı veya üçüncü kişilere yaptırdığı işlerin kendi hesabına yapılmış sayılmasını ve bu işler dolayısıyla aldıkları ücretin verilmesini veya aynı işlerden doğan alacağın devredilmesini isteyebilir (TBK m. 553).

Görüldüğü gibi rekabet yasağına aykırı davranıldığında, işletme sahibi, uğradığı zararın giderilmesini ya da bunun yerine yapılan işlerin kendi hesabına yapılmış sayılmasını ve bu işler dolayısıyla sağlanan menfaatlerin kendisine devredilmesini isteyebilecektir. TBK m. 553'e göre; işletme sahibi, hem uğradığı zararın giderilmesini hem de diğer talep haklarını birlikte ileri süremeyecektir. Bu konuda işletme sahibinin seçimlik bir hakkı bulunmaktadır⁷². Nitekim madde metninde ifade edilen "bunun yerine" ifadesinden bu durum açıklıkla anlaşılmaktadır. TBK m. 553 gereğince, taraflar arasındaki hukuki ilişkiden doğan haklar da saklıdır. Taraflar arasında iş, vekalet ya da ortaklık veya benzeri ilişkiler söz konusu olabilir. Eğer taraflar arasında iş sözleşmesi varsa rekabet yasağına aykırılık, iş sözleşmenin feshine (İK. m. 25/2-e), vekaletin sona ermesine (TBK m. 512), tacir yardımcısı sıfatının sona ermesine (TBK m. 554) neden olabilir. Rekabet teşkil eden işlem aynı zamanda haksız rekabet niteliğinde ise TTK m. 56'da öngörülen talepler söz konusu olabilir.

A. ZARARIN GİDERİLMESİNİ İSTEME HAKKI

Yasağı tabi kişilerin, rekabet yasağı kapsamına giren işleri nedeniyle işletme sahibi bir zarar görmüş ise uğradığı zararın giderilmesini isteyebilecektir. İşletme sahibinin uğradığı zarar, maddi ya da manevi bir zarar olabilir. Maddi zarar, işletme sahibinin malvarlığının mevcut durumu ile

⁷² DEMİRKAPI, s. 856; BAŞOĞLU, s. 233.

rekabet teşkil eden davranış olmasaydı göstereceği durum arasındaki farktır. Maddi zarar, işletme sahibinin malvarlığında meydana gelen fiili zarar ya da yoksun kalınan kar şeklinde görülür. İşletme sahibinin uğrayacağı zarar, işletmenin malvarlığında doğrudan fiili bir azalmadan çok rekabet yasağı teşkil eden işlemin işletme hesabına yapılmamış olmasından dolayı işletme bünyesinde meydana gelen bir kar mahrumiyeti şeklinde oluşur. Yoksun kalınan kar, rekabet yasağına aykırı davranış olmasaydı işletme sahibinin malvarlığında meydana gelecek muhtemel bir artışın engellenmiş ya da önlenmiş olmasından kaynaklanan zarardır. Yasağa tabi şahışların, işletmenin faaliyet alanına giren konularda rakip bir işletme açması sonucunda işletme sahibinin müşteri çevresi ya da iş hacminin düşmesi yoksun kalınan kar şeklinde bir zarar olarak grlecektir⁷³. Rekabet yasağı oluşturan iş ve işlemler sonucunda işletme sahibinin elde edemediği muhtemel kar, kazanç ya da menfaatler bu kapsamda değerlendirilebilir.

İşletme sahibi, uğradığı zararın giderilmesini talep edebilmek için fiilin hukuka aykırılığını yani rekabet yasağı kapsamında işlerin yapıldığını, uğradığı zararı ve fiil ile zarar arasındaki illiyet bağını ispatlamalıdır. Yapılan işlerin rekabet yasağı kapsamında olduğu ispatlandığında ayrıca kusurun ispatı gerekmez. Burada kusursuzluğunu ispat etme yükümlülüğü yasağa tabi kişilere aittir. Bağlı tacir yardımcısı, yapılan işin rekabet yasağı kapsamına girmediğini, örneğin bu işlerle işletme sahibinin fiilen uğraşmadığını ispat ederse tazminat ödenmez.

İşletme sahibinin uğradığı zararı ispat etmesi güçtür. Zira belirttiğimiz gibi işletme sahibinin uğradığı zarar, kar mahrumiyeti şeklinde görülen farazi bir zarardır. Bu sebeple başlangıçta bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılması ve cezai şart ngrlmesi isabetli olur. İşletme sahibi, uğradığı zararı ispat edemez ya da bu iş neticesinde bir zarar etmemiş olursa tazminat ödenmez.

B. YAPILAN İŞLERİN KENDİ HESABINA YAPILMIŞ SAYILMASINI YA DA ELDE EDİLEN MENFAATLERİN DEVREDİLMESİNİ İŐTEME HAKKI

TBK m. 553'te işletme sahibinin uğradığı zararın giderilmesini istemek yerine yapılan işlerin kendi hesabına yapılmış sayılmasını ve bu işler dolayısıyla elde edilen menfaatlerin kendisine devredilmesini isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. İşletme sahibinin, yapılan işin kendi hesabına sayılmasını isteyebilmesi için öncelikle işin, bağlı tacir yardımcısının hesabına

⁷³ BAŞOĞLU, s. 233'de fiili zarar olarak belirtmiştir.

yapılmış olması gerekir. Bağlı tacir yardımcısı, rekabet yasağı kapsamına giren bir işi kendi adına ve kendi hesabına yapabileceği gibi başkası adına ve kendi hesabına da yapabilir. Bu durumda, TBK m. 553 gereğince işletme sahibi, yapılan iş sonucunda elde edilen menfaatlerin kendisine devredilmesini isteme hakkına sahip olur. Bu menfaatler, bağlı tacir yardımcısının aldığı kar payı, kazanç, ücret, prim, komisyon ya da alacak hakkı olabilir.

Daha önce belirttiğimiz gibi; rekabet yasağı kapsamına giren iş yapıldığında işletme sahibi uğradığı zararın tazminini talep edebilmek için zararı ve illiyet bağıını ispatla yükümlüdür. Zararın ispatı güç olmakla birlikte, ispatı gerçekleştiğinde işletme sahibi zararının tümünü tazmin edebilme olanağına sahip olur. Ancak, yapılan işin işletme sahibi hesabına yapılmış sayılması ya da elde edilen menfaatlerin devri seçeneğinin kullanılması durumunda uğranılan zararın tamamen karşılanamama ihtimali bulunduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Çünkü bağlı tacir yardımcısı bu iş neticesinde işletme sahibinin zararından daha az bir menfaat elde etmiş olabilir. Aynı zamanda bağlı tacir yardımcısının elde ettiği gerçek menfaatin tespiti de her zaman kolay olmayabilir. Buna karşılık işletme sahibinin bir zarara uğramadığı veya zararın ispat edilemediği durumlarda tazminat yerine bu seçeneğin tercih edilmesi işletme sahibinin menfaatine olabilir.

IV. BAĞLI TACİR YARDIMCILARININ SÖZLEŞMEDEN DOĞAN REKABET YASAĞI

Bağlı tacir yardımcılarının işletme sahibi ile aralarındaki hukuki ilişkinin sona ermesinin ardından rekabet yasağına tabi olup olmayacağı da önemli bir konudur. Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin sona ermesiyle birlikte kanuni rekabet yasağı da kendiliğinden sona erecektir.

Sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra iş sözleşmesine dayalı olarak çalışmakta olan tacir yardımcısı ile işletme sahibi arasında rekabet yasağı sözleşmesi yapılabiliyor yapılamayacağı konusunda İK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak TBK m. 444-447'de bu konu düzenlenmektedir. Bu düzenlemeler de genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler arasında yer aldığından pazarlamacılık sözleşmesi ile çalışmakta olan kişiler ile iş sözleşmesine dayalı olarak çalışmakta olan tacir yardımcılarında uygulanabilecek niteliktedir.

TBK m. 444-447'de yer alan rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin düzenlemeler, yalnızca iş sözleşmesi ile çalışmakta olan tacir yardımcılarını işletme sahibi arasındaki ilişkiye uygulanabilecek niteliktedir. İşletme sahibi

ile arasındaki ilişki vekalet sözleşmesi, ortaklık sözleşmesi veya başka bir sözleşme olan tacir yardımcıları TBK m. 444-447'ye tabi değildir. Ancak, bu durum bu kişiler ile işletme sahibi arasında rekabet yasağı sözleşmesi yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Aksine bu kişiler arasında da (hukuki ilişkinin sona ermesinden sonrası için) rekabet yasağı sözleşmesi yapılması olanaklıdır ve yasağa aykırılık durumu için cezai şart da kararlaştırılabilir. Ancak, böyle bir sözleşmenin koşulları ve sonuçları TBK m. 444-447'ye değil, genel hükümlere tabi olacaktır.

A. KOŞULLARI VE SÖZLEŞMENİN KAPSAMININ SINIRLANMASI

TBK m. 444'e göre; fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan⁷⁴ veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir (f. 1). Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme olanağı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir (f. 2).

Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra işçiye rekabette bulunma yasağı öngören bir hüküm, iş sözleşmesi yapılırken sözleşmeye konulabileceği gibi, sözleşme ilişkisi devam ederken veya sözleşme ilişkisinin sona ermesi

⁷⁴ Yargıtay 9. HD'nin 2.12.2010 tarih ve 2008/41875 E., 2010/35558 K. sayılı kararıyla onaylanan bir yerel mahkeme kararında, işçinin işverenin müşteri portföyünde bulunan bir şirketin rakibi olan başka bir şirkette çalışmasının da rekabet yasağını ihlal edeceği belirtilmektedir. Karar metni ve incelemesi için bkz. M. Fatih UŞAN, Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme, Sicil, Yıl:6, S. 21, Mart 2011, s. 116-128. Rekabet yasağının koruma kapsamının işvereni aşacak şekilde genişletilmesinin yalnızca şirket topluluklarında grup şirketlerden biri ile işçi arasındaki rekabet yasağı sözleşmelerinde söz konusu olabileceği; örneğin, işçinin kendi işvereni ile olan iş ilişkisinin gereği olarak ana şirketin ya da grup üyesi diğer şirketlerin müşteri çevresine veya iş sırlarına hakim olduğu durumlarda koruma kapsamının genişletilebileceği belirtilmektedir. Bkz. TAŞKENT/KABAKCI, s. 26.

esnasında⁷⁵ ayrı bir sözleşme olarak da kararlaştırılabilir⁷⁶.

Rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı yapılması geçerlilik koşulu olduğu gibi, sözleşme yapılırken işçinin fiil ehliyetine sahip olmaması da sözleşmeyi geçersiz duruma getirir, kanuni temsilci tarafından veya onun onayıyla rekabet yasağı sözleşmesi yapılamaz⁷⁷.

Kural olarak rekabet yasağı sözleşmesi işçiye yükümlülük yüklediğinden, sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulması için yalnızca yazılı sözleşmeyi işçinin imzalaması yeterlidir. Ancak, rekabet yasağı sözleşmesinin karşı edimli olarak yapılması, yani işverene de yükümlülük yüklenmesi durumunda sözleşmeyi işverenin de imzalaması gerekmektedir. Rekabet yasağı sözleşmesinin karşılıklı edimler içermesi durumunda, sırf işverenin sözleşmeyi imzalamamasının sözleşmeyi her zaman geçersiz hale getirmeyeceği, örneğin karşı edim olarak işçiye yüksek bir miktarda ödeme yapılmasının kararlaştırılması durumunda işçi için ekonomik açıdan tehlike yaratan bir durum bulunmadığından, sözleşmeyi işverenin imzalamamasının geçersizlik sonucu yaratmayacağı ileri sürülmekle⁷⁸ birlikte, bu görüşe katılmamız olanaklı değildir. Zira, yazılı şekil koşulu her iki tarafın dikkatli bir şekilde hareket etmelerini sağlamaya yöneliktir ve Kanunda açık bir hüküm bulunmadıkça yazılı şekil koşuluna uyulmaması sözleşmeyi geçersiz hale getirecektir. Bu görüşe göre; tarafların rekabet yasağını sözlü olarak kararlaştırmaları ve işverenin de işçiye her ay belli bir miktar para ödemeyi üstlenmesi durumunda, işçinin şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi ve rekabet yasağına aykırı davranması hakkın kötüye kullanılması sayılmalıdır⁷⁹. Ancak, burada bir ayırım yapılmalıdır. Şöyle ki, işverenin de karşı edim yükümlülüğü altına girdiği, ancak yazılı

⁷⁵ Bir iş sözleşmesi sona erdikten sonra yapılacak rekabet yasağı sözleşmesi, TBK'da yer alan rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin hükümlere tabi olmayıp, bu tür bir sözleşmenin geçerliliği genel hükümlere göre (TMK m. 23; TBK m. 26 vd.) değerlendirilmelidir. Bkz. Fevzi ŞAHLANAN, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartları, Hükümleri ve Sonuçları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 11. Yıl Toplantısı, 8-9 Haziran 2007, İstanbul Barosu, 2008, s. 73.

⁷⁶ SÜZEK, s. 350; NARMANLIOĞLU, s. 276-277; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 548. Ancak henüz iş sözleşmesi kurulmadan veya iş sözleşmesi sona erdikten sonra yapılan rekabet yasağı sözleşmesi TBK m. 444 (EBK m. 348) vd. hükümlerine değil, MK m. 2, 23 ve TBK m 26 (EBK m. 19) vd. hükümlerine tabi olacaktır. Bkz. TAŞKENT/KABAKCI, s. 34.

⁷⁷ SÜZEK, s. 351; ŞAHLANAN, s. 74.

⁷⁸ A. Eda MANAV, İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları, TBB Dergisi, S. 87, 2010, s. 359.

⁷⁹ MANAV, s. 360.

şekle uyulmayan sözleşmeyi tarafların ifaya başlayıp başlamadıkları tespit edilmelidir. Eğer taraflar sözleşmenin ifasına henüz başlamamışlarsa, sözleşmenin geçersizliği ileri sürülebilecektir. Sözleşmenin ifasına başlanmış ve işveren sözleşmede üstlendiği ödemeleri işçiye yapıyor ise, ancak bu durumda işçinin geçersizlik iddiasının hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmesi olanaklıdır.

Müşteri çevresi, üretim sırları ve işverenin yaptığı işler ile ilgili bilgiler ticari ve teknik olabileceği gibi personel veya müşterilere ilişkin de olabilir⁸⁰. İşçinin bu bilgileri fiilen öğrenmesi önem taşımamakta, objektif koşullarda öğrenebilecek bir konumda olması yeterli sayılmaktadır⁸¹. Rekabet yasağı sözleşmesine konu olacak müşteri çevresi, üretim sırları ve işle ilgili diğer bilgilerin mahrem bilgi ve sır niteliğinde⁸² olması gereklidir, bunun doğal sonucu olarak genellikle vasıfsız ve alt kademede çalışan işçilerle yapılan rekabet yasağı sözleşmeleri geçersiz sayılmaktadır⁸³. Örneğin, bir Yargıtay kararında, hastanede hemşire olarak çalışan bir işçinin, işverenin müşterilerini tanımak veya işlerinin esrarına nüfuz etmek hususlarında uygun bir iş sözleşmesine taraf olmadığı, bu nedenle belirli bir süre rakip bir işletmede çalışamayacağını öngören koşulun geçersiz olduğu sonucuna varılmaktadır⁸⁴.

TBK m. 444/2 uyarınca işçi işverenin üretim sırları, müşteri çevresi veya işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme olanağına sahip olsa bile, bu bilgilerin kullanılması işverene önemli bir zarar verecek nitelikte değilse, yapılan rekabet yasağı sözleşmesi geçersiz olacaktır⁸⁵. Nitekim, Yargıtay HGK'nun bir kararında, "Somut olayda, davacı bankada müfettiş yardımcısı olarak görev yapan davalının, ne tür bir ticari sırda vakıf olduğu ve bu bilgilerin kullanılmasının işverene önemli bir zarar verip vermediği hususunun açıklığa kavuşturulması için araştırma yapılması" gerektiği vurgulanmaktadır⁸⁶. Ancak

⁸⁰ SÜZEK, s. 352.

⁸¹ SÜZEK, s. 352-353; TAŞKENT/KABAKCI, s. 25; Ş. Esra BAŞKAN, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2012, s. 119.

⁸² İşçinin işyerinde çalıştığı süre içinde işverenin müşteri çevresini tanıması ve bu durumu iş sözleşmesi sona erdikten sonra işverene zarar verecek şekilde kullanabilecek olması durumunda, müşteri çevresi sır niteliği taşımasa dahi, rekabet yasağının geçerli olacağı ileri sürülmektedir. Bkz. MANAV, s. 337.

⁸³ SÜZEK, s. 353; TAŞKENT/KABAKCI, s. 25; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 550; UŞAN, s. 122; ŞAHLANAN, s. 72 ve 76; BAŞKAN, s. 119.

⁸⁴ Yargıtay 9. HD, 10.3.2008, 2007/11865 E., 2008/3993 K. (www.corpus.com.tr).

⁸⁵ SÜZEK, s. 353-354; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 550.

⁸⁶ Yargıtay HGK, 22.9.2008, 2008/9-517 E., 2008/566 K. (www.corpus.com.tr).

rekabet yasağının geçerli olabilmesi için zararın fiilen ortaya çıkması zorunlu olmayıp, önemli bir zarar verme tehlikesinin varlığı yeterlidir⁸⁷. İşverene ait bilgilerin kullanılmasının, gelirlere veya siparişlerde önemli bir düşüşe yol açması, piyasada rekabet gücünde azalma yaratması, iş yapma olanaklarını önemli ölçüde düşürmesi, zararın kolaylıkla telafi edilemeyecek olduğu durumlarda önemli bir zararın varlığından söz edilebilir⁸⁸.

TBK m. 445'e göre; rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz. Ayrıca hakim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir. Bu durumda hakim, somut olayın özelliğini ve rekabet yasağını kabul etmesi karşısında işçiye bir bedel yani karşı edim ödenip ödenmediğini⁸⁹ dikkate alarak rekabet yasağını hakkaniyete uygun sınırlar içine çekebilir, özellikle rekabet yasağının süresini kısaltabilir veya çalışma konusu (işin türü) açısından çok geniş tutulan yasağı daha dar bir çalışma alanı ile sınırlayabilir⁹⁰.

TBK m. 445'e göre, rekabet yasağının işçinin ekonomik geleceğini ölçüsüz ve hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye girmesini önleyecek şekilde süre, yer⁹¹ ve konu (işin türü) bakımından uygun sınırlar içinde⁹² kararlaştırılmış

⁸⁷ SÜZEK, s. 354; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 550; TAŞKENT/KABAKCI, s. 27.

⁸⁸ SÜZEK, s. 354; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 551.

⁸⁹ İşverenin bir karşı edim üstlenmiş olması rekabet yasağının geçerlilik koşulu değildir. Bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 553; TAŞKENT/KABAKCI, s. 36-37. TAŞKENT/KABAKCI, Kanunda rekabet yasağı karşılığında işverenin karşı ediminin bir geçerlilik koşulu olarak düzenlenmemesini isabetsiz bulmaktadır.

⁹⁰ SÜZEK, s. 356-357.

⁹¹ Yargıtay 9. HD'nin 3.2.2011 tarih ve 2009/3417 E., 2011/2307 K. sayılı kararı şu şekildedir: "Taraflar arasında 07.06.1993 tarihinde imzalanan rekabet yasağı sözleşmesi yer bakımından bir sınırlandırılma içermemekte ise de davalının ortaklarından olduğu Erciyes Çelik Halat Tel San. ve Tic. A.Ş nin, davacı şirketle aynı yerde faaliyet gösterdiği anlaşıldığından bu nedenle sözleşmenin geçersiz sayılmasına imkan bulunmamaktadır" (www.corpus.com.tr). Yargıtay 9. HD'nin 2.12.2010 tarih ve 2008/41875 E., 2010/35558 K. sayılı kararında, rekabet yasağına yer bakımından sınırlama getirilmesi gerekmemekte ise de, GSM hizmetinin niteliği, tüm ülke çapına yayılmış olması, hitap ettiği müşteri kitlesinin tüm Türkiye'ye yayılmış olması karşısında yer bakımından sınırlandırılmasının anlamlı olmayacağı belirtilmektedir (Karar metni ve incelemesi için bkz. UŞAN, s. 116-128).

⁹² Kural olarak bu üç koşulun birlikte var olmasının gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. UŞAN, s. 125. Rekabet yasağının bu tek tek sınırlarının birbirinden bağımsız olarak görülmemesi,

olması gerekir, aksi taktirde rekabet yasağı öngören hüküm geçersiz olur⁹³. Rekabet yasağının yer bakımından sınırlanması bir coğrafi bölge veya şehir şeklinde olabileceği gibi, işverenin faaliyet alanına atıfta bulunmak yoluyla da gerçekleştirilebilir; ancak rekabet yasağının yer bakımından kapsamı işverenin fiilen yürüttüğü faaliyet alanının sınırlarını aşamaz, çünkü bu alanın dışında işverenin rekabet yasağı ile korunmaya değer haklı bir menfaatinden söz edilemez⁹⁴. İşverenin fiilen faaliyette bulunduğu alanı aşacak şekilde bir rekabet yasağının ancak yüksek düzeyde bir uzmanlaşmanın olduğu durumlarda savunulabileceği ileri sürülmektedir⁹⁵.

birbirleriyle bağlantılı olarak değerlendirilmesi gerektiği, örneğin yer itibariyle çok küçük bir bölgeyi kapsayan bir rekabet yasağının uzun bir süre için düzenlenmesinin hukuka aykırı bir yönünün olmadığı belirtilmektedir. Bkz. TAŞKENT/KABAKCI, s. 29.

⁹³ SÜZEK, s. 354; UŞAN, s. 123; ŞAHLANAN, s. 73 ve 78. Aksi görüşte bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 551. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, yer, süre ve konu bakımından uygun bir şekilde sınırlandırılmış rekabet yasağı hükmünün kendiliğinden geçersiz olmayacağını, işçiye hakimin sözleşmeye müdahale etmesini, kapsam ve süre bakımından rekabet yasağının sınırlandırılmasını talep etme hakkı tanıdığını belirtmektedir. Aynı yönde bkz. TAŞKENT/KABAKCI, s. 29-30 ve 33-34.

Yargıtay 9. HD'nin 15.4.2010 tarih ve 2008/24493 E., 2010/10480 K. sayılı kararında bu hususlar şu şekilde vurgulanmaktadır: "Borçlar Kanununun 349 uncu maddesinde ise, rekabet yasağının işçinin iktisadi geleceğini tehlikeye düşürmemesi için süre, yer ve işin türü bakımından duruma göre sınırlandırılması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre süre, yer ve işin türü bakımından sınırlandırılmış olmadıkça rekabet yasağı geçerli olmayacaktır. Sınırlamaların işin ve hatta işçinin niteliğine göre belirlenmesi gerekir. Dairemizce, Türkiye sınırları içinde rekabet etmeme yönünden öngörülen düzenlemelere geçerlilik tanınmamıştır. Ancak yabancı uyruklu olup çalışma hayatının çoğunu Türkiye dışında geçirmiş bir işçi bakımından rekabet yasağının ülke sınırlarıyla belirlenmesi mümkün olabilecektir. Yine, il sınırları ya da belli bir bölgeyle sınırlandırma işin niteliğine göre yerinde görülebilir. Süre konusunda da en fazla bir ya da birkaç yılı aşmayacak şekilde rekabet yasağı öngörülebilir. Aksi durum işçinin ekonomik anlamda yıkımına neden olabilecektir. Rekabet yasağının işverene ait işlerden hangisi ya da hangileriyle sınırlandırıldığı net biçimde belirlenmelidir. Özellikle şirketlerin ticaret siciline kayıt sırasında faaliyet alanlarının geniş tutulduğu ülkemizde işçinin bütün alanlarda çalışmasının sınırlandırılması mümkün olmaz. İşçinin işverene ait işyerinde yapmakta olduğu işle doğrudan ilgili ve işverenin asıl faaliyet alanına giren işler bakımından böyle bir sınırlama getirilmelidir" (www.corpus.com.tr).

⁹⁴ SÜZEK, s. 355; ŞAHLANAN, s. 80; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 552. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, işverenin faaliyet konusunun tüm Türkiye'ye yaygın bir faaliyet olması ve işçinin işyerindeki konumu bakımından işverenin korunmaya değer haklı menfaatlerinin bulunması durumunda rekabet yasağının tüm Türkiye'yi kapsayacak şekilde belirlenebileceğini ancak bu durumda yasağın süre ve işin türü bakımından (diğer sözleşmelere oranla daha sınırlı olarak) işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmeyecek şekilde belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir (Aynı yönde bkz. BAŞKAN, s. 120-121). Tüm Türkiye'yi kapsayan rekabet yasağı yanında, çok istisnai de olsa ülkeyi aşan bir biçimde kararlaştırılan rekabet yasağı sözleşmelerinin de geçerli olacağı görüşü için bkz. UŞAN, s. 123.

⁹⁵ Bkz. TAŞKENT/KABAKCI, s. 31.

B. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

Rekabet yasağı sözleşmesine aykırı davranışın sonuçları TBK m. 446'da ele alınmıştır. Buna göre; rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür. Yasağı aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı da gidermekle yükümlüdür. Ayrıca işveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağı aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir.

Sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat sorumluluğunun esasları burada da geçerli olacaktır, bu nedenle işçinin sorumluluktan kurtulabilmesi için TBK m. 112 gereğince kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir⁹⁶. Burada söz konusu olan zarar, işverenin fiili zararı ve kazanç kaybı şeklinde ortaya çıkabilir, işverenin zarara uğramasına yol açan ihlal aynı zamanda işçinin yanında çalıştığı yeni işverence yapılmış bir haksız rekabet oluşturuyorsa meydana gelen zarardan yeni işverenin birlikte sorumluluğu da söz konusu olabilir⁹⁷.

Rekabet yasağının ihlali durumunda, işverenin bu nedenle zarara uğradığını ispatlaması gerekmekte, bu durumu ispatlaması ise her zaman kolay olmamaktadır⁹⁸. TBK m. 180/1'de, "Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir" hükmü yer aldığından, sözleşmede cezai şart öngörülmüş ise; işveren herhangi bir zarara uğradığını ispatlama yükümlülüğü bulunmaksızın kararlaştırılan cezai şartın ödenmesini talep edebilir. Bu durumda işverenin cezai şartın ödenmesini talep edebilmesi için, rekabet yasağının ihlal edildiğini ispatlaması yeterlidir⁹⁹. Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşılırsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez (TBK m. 180/2). TBK m. 182'ye göre; taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler; hakim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirmekle yükümlüdür. Cezai şartın indirilmesinde işçinin ücreti, işverenin uğradığı zararın boyutu, cezai

⁹⁶ SÜZEK, s. 357; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 554; ŞAHLANAN, s. 85; TAŞ-KENT/KABAKCI, s. 38.

⁹⁷ SÜZEK, s. 357.

⁹⁸ SÜZEK, s. 357.

⁹⁹ SÜZEK, s. 358.

şartın işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmesi gibi hususlar dikkate alınmalı ve yasak süresi içerisinde ihlâlin yapıldığı tarih ile bakiye süreye göre bir oranlama dâhilinde indirim yapılmalıdır¹⁰⁰.

TBK m. 446/3'e göre; işveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir. Bu hükme göre; rekabet yasağının ihlali nedeniyle işverenin önemli bir zararının bulunması ve işçinin ihlale yönelik ağır bir davranışının söz konusu olduğu durumlarda, işveren işçinin rekabet yasağına aykırılık oluşturan davranışının sona erdirilmesini isteyebilir¹⁰¹. Rekabet yasağını ihlal eden davranışın sonlandırılması bakımından, üçüncü kişileri zorlayıcı bir hüküm tesis edilmesi olanaklı değildir, örneğin rakip işletmede çalışan işçinin iş sözleşmesi yargı kararıyla sona erdirilemez; ancak dürüstlük kurallarını ağır bir şekilde ihlal eden ve işverene önemli bir zarar veren işçinin bağımsız bir şekilde sürdürdüğu faaliyet (örneğin işyeri kapatılarak) mahkemece durdurulabilir¹⁰².

C. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermesi TBK m. 447'de düzenlenmiştir. Buna göre; rekabet yasağı, işverenin bu yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararının kalmamasıyla veya sözleşme haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından¹⁰³ feshedilirse sona erer. Burada işveren tarafından haklı bir sebep olmaksızın sona erdirilen veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilen sözleşme taraflar arasındaki iş sözleşmesidir. Rekabet yasağı ile korunan bilgilerin sır olmaktan çıkması, tamamen değişik bir müşteri çevresine hitap edecek şekilde işyerinin farklı bir bölgeye taşınması, işyerinin faaliyet alanının değişmesi gibi durumlar işverenin rekabet yasağının devamında önemli bir yararının kalmadığına örnek teşkil etmektedir¹⁰⁴.

¹⁰⁰ ŞAHLANAN, s. 86.

¹⁰¹ SÜZEK, s. 359; ŞAHLANAN, s. 87.

¹⁰² SÜZEK, s. 360.

¹⁰³ İK m. 24 uyarınca derhal feshi gerektirecek ağırlıkta olmamakla birlikte, işverene yüklenebilecek makul bir nedenle iş sözleşmesinin işçi tarafından bildirimli fesihle sona erdirilmesi, örneğin işverenin davranışlarıyla işyerindeki huzuru bozması, işçinin yükseltilmesi (terfisi) vb. vaadlerini yerine getirmemesi durumunda rekabet yasağı sözleşmesinin sona ereceği ileri sürülmektedir. SÜZEK, s. 362; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 555. İşçinin İK m. 24/1 ve 3'te yer alan haklı nedenlerle feshinde işverenin bir kusuru olmadığından rekabet yasağı devam edecektir. Bkz. ŞAHLANAN, s. 89.

¹⁰⁴ SÜZEK, s. 361; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 554; ŞAHLANAN, s. 87.

Öğretide, iş sözleşmesinin işveren tarafından İK m. 18’de yer alan ve işçinin yetersizliği veya davranışlarına ilişkin geçerli bir nedenle feshedilmesi durumunda da rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğini koruyacağı ileri sürülmektedir¹⁰⁵. Bu görüşlere karşın, Kanunda açıkça “haklı sebep”ten söz edilmesinden ötürü kanun koyucunun haklı sebep ifadesini teknik anlamda kullandığının kabul edilmesi gerektiği, işverenin iş sözleşmesini İK m. 25 veya TBK m. 435’e dayalı olarak sona erdirmeyeceği tüm durumlarda rekabet yasağının sona ereceği görüşü ileri sürülmektedir¹⁰⁶. Ancak, bu görüşü kabul etmek olanaklı değildir. Zira, bu görüş TBK m. 435 karşısında dahi tutarlı bir sonuç yaratmamaktadır. Şöyle ki; TBK m. 435/2’ye göre; “sözleşmeyi fesheden taraftan, *dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen* bütün durum ve koşullar” fesih için haklı sebep olarak kabul edilmektedir. Rekabet yasağı sözleşmesi TBK’da düzenlendiğinden, haklı sebep kavramı da TBK hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. TBK iş sözleşmesinin feshinde haklı neden ve geçerli neden şeklinde bir ayrıma yer vermemiştir. Bu şekilde bir ayırım İK’da yer almaktadır. TBK m. 435, *dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisinin sürdürülemeyeceği* tüm durumları fesih için haklı neden olarak kabul ettiğinden, İK m. 18’de yer alan ve işçinin davranış ya da yeterliliğinden kaynaklanan geçerli nedenle fesihte, bu geçerli nedenin TBK m. 435 kapsamında *dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisinin sürdürülemeyeceği* bir neden oluşturup oluşturmadığı saptanmalıdır. Davranışlarıyla işyerinde olumsuzluklara yol açan veya verimliliğinde önemli ölçüde düşüş gerçekleşen bir işçinin iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi acaba *dürüstlük kurallarına göre* TBK m. 435 karşısında haksız bir fesih midir? Kanaatimizce, burada TBK m. 435’in amacına ve ruhuna aykırı bir fesih olduğunu ileri sürmek güçtür. Bu nedenle, işçinin davranışlarına veya yeterliliğine dayanan geçerli nedenle fesihlerde de rekabet yasağı sözleşmesi geçerliliğini korumalıdır.

Rekabet yasağı sözleşmesi, sözleşmede yer alan sürenin dolması, işçinin ölümü veya tarafların karşılıklı anlaşması ile de sona erebilir¹⁰⁷.

İşyeri iş sözleşmesi devam ederken devredilmişse, devralan işverenin rekabet yasağı ile korunan iş sırlarını ve müşteri çevresini kullanan bir

¹⁰⁵ SÜZEK, s. 361; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 555; TAŞKENT/KABAKCI, s. 40-41; ŞAHLANAN, s. 89. ŞAHLANAN, işçinin kusuruna dayanmayan İK m. 25/1 ve 3 ile İK m. 17 ve 29’daki işyeri ve işletme gerekleri ile işveren tarafından geçerli nedenle yapılan fesihlerde rekabet yasağının sona ereceğini eklemektedir.

¹⁰⁶ BAŞKAN, s. 123.

¹⁰⁷ SÜZEK, s. 360; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 554; ŞAHLANAN, s. 87.

faaliyeti sürdürmesi koşuluyla rekabet yasağı sözleşmesi varlığını sürdürür¹⁰⁸. İşyerinin iş sözleşmesi sona erdikten sonra ancak rekabet yasağının sürdürüğü dönemde devredilmesi durumunda da, rekabet yasağı sözleşmesinin devralan işverenle varlığını sürdüreceği, ancak rekabet yasağının kapsamının işçinin iş sözleşmesinin sona erdiği tarihte devreden işverenin faaliyet alanı ile sınırlı kalacağı, devralan işverenin faaliyet alanını değiştirmesi veya genişletmesi durumunda işçinin rekabet yasağı ile bağlı kalmayacağı kabul edilmektedir¹⁰⁹.

SONUÇ:

Rekabet yasağı, rekabet edilen kişi ile belirli bir hukuki ilişki içinde bulunan kimseler için öngörülmektedir. Aralarında böyle bir hukuki ilişki bulunmayan kişiler için ise esasen rekabet eylemi, hukuka aykırı olmayan, meşru sayılan ve teşvik edilen eylemler niteliğindedir. Bu anlamda, kanuni rekabet yasağı, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin devamı ile sınırlı olup, ilişkinin sona ermesi ile kendiliğinden ortadan kalkmaktadır.

Kanuni rekabet yasağına ilişkin düzenlemelere, TBK ve TTK hükümleri içinde rastlamaktayız. Ticari mümessil, ticari vekil ve diğer tacir yardımcıları için düzenlenen kanuni rekabet yasağında yasağa tabi kişilerin bağlı oldukları işletmede belirli bir ölçüde yönetim/temsil yetkisine sahip ve konumları itibariyle hukuki ilişki içinde buldukları kişinin iş ya da müşteri çevresine belirli bir ölçüde hakim oldukları görülmektedir. Bu kişiler için rekabet yasağı öngörülerek işletme sahibi ile rekabet teşkil eden iş ve işlemlerde bulunmaları yasaklanmaktadır. Rekabet yasağı bir sözleşme ile de öngörülebilir. Nitekim, mevzuatımızda da; belirli kişiler için sözleşme ile rekabet yasağı öngörülebilmesine olanak tanınmaktadır.

TBK m. 553 ile bir işletmenin bütün işlerini yöneten veya işletme sahibinin hizmetinde bulunan ticari temsilciler, ticari vekiller veya diğer tacir yardımcıları için kanuni rekabet yasağı öngörülmektedir. Rekabet yasağına ilişkin düzenlemeye bakıldığında; “bir işletmenin bütün işlerini yöneten veya işletme sahibinin hizmetinde bulunan ticari temsilciler” ifadesinden; maddede yer alan rekabet yasağının, ticari temsilci olmaya bağlı bir sonuç olduğu dolayısıyla taraflar arasındaki ilişkinin ortaklık, vekalet, iş sözleşmesi ya da

¹⁰⁸ SÜZEK, s. 362; MOLLAMAHMUTOğLU/ASTARLI, s. 555; şAHLANAN, s. 87-88.

¹⁰⁹ SÜZEK, s. 362-363; MOLLAMAHMUTOğLU/ASTARLI, s. 555; şAHLANAN, s. 88. Yargıtay 9. HD, 24.12.2009 tarih ve 2009/26954 E., 2009/36971 K. sayılı kararında, işçi ve işveren arasında rekabet yasağını öngören düzenlemenin, işyeri devrinde de kural olarak geçerliliğini sürdüreceği, devralan işverenin faaliyet alanını değiştirmesi durumunda ise rekabet yasağının sona ereceği belirtilmektedir (www.corpus.com.tr).

benzeri bir sözleşme olmasının sonucu değiştirmeyeceği anlamı çıkmaktadır. Ticari temsilcilerden farklı olarak ticari vekillerin tümü, işletmenin bütününi yönetmek konusunda yetkili değildir. O halde işletmeyi yönetmek üzere yetkilendirilen ticari vekillerin (genel yetkili ticari vekiller) hangi iç ilişki ile yetkilendirilmiş olursa olsun (iş sözleşmesi, vekalet sözleşmesi, ortaklık sözleşmesi veya benzeri başka bir sözleşme) kanunen rekabet yasağına tabi olduğu, ancak işletmenin bazı işlerini yürütmek üzere yetkilendirilen ticari vekillerin ise bir iş sözleşmesine bağlı olması durumunda kanuni rekabet yasağına tabi olacakları söylenebilecektir. Bu nedenle, işletmenin bazı işlerini yürütmek üzere yetkilendirilen ticari vekiller (özel yetkili ticari vekiller) vekalet, ortaklık ya da benzeri bir sözleşmeye bağlı olarak yetkilendirilmişse kanuni rekabet yasağının kapsamı dışında olacaktır. Benzer şekilde diğer tacir yardımcıları da aralarındaki hukuki ilişki iş sözleşmesine dayanıyorsa kanuni rekabet yasağına tabi olacaktır.

TBK m. 553'ün gerekçesinde; ticari işletme olsun veya olmasın, bütün işletmelerin göz önünde tutulduğu belirtildiğinden, rekabet yasağının ticari işletmeler yanında ticari işletme niteliği taşımayan esnaf işletmeleri için de geçerli olacağı izlenimi doğmaktadır. Ancak bu yanıltıcıdır, esnaf işletmeleri için ticari vekil atanması, esnaf işletmelerinin ticari temsilcilerini ticaret siciline kaydettirmeleri hukuken olanaklı değildir.

Kanuni rekabet yasağını düzenleyen hükümlerde (TTK m. 230, m. 311, m. 396, m. 572, m. 626, TBK m. 553) bazen “ticari iş” veya “iş” kavramı, bazen “ticari işlem” ya da “işlem” kavramının kullanıldığı, bazen ise her iki kavramın birlikte kullanıldığı görülmektedir. Bu durum; aynı amaç doğrultusunda kabul edilmiş olan rekabet yasağı düzenlemelerinde ifade birliğinin sağlanamadığının ve hükümlerin çok da doğru bir teknikle kaleme alınmadığının göstergesidir.

İşletme sahibi ile aralarındaki ilişki hizmet (iş) sözleşmesi olan tacir yardımcıları için hem TBK m. 396'da yer alan hem de TBK m. 553'te yer alan rekabet yasağı söz konusu olmaktadır. Ancak, TBK m. 396'da yer alan ve işçi sıfatına bağlı olan rekabet yasağının söz konusu olabilmesi için, işçinin yaptığı işin sadakat yükümlülüğüne aykırılık oluşturması gerekmektedir. Oysa TBK m. 553'ye yer alan ve tacir yardımcıları için söz konusu olan rekabet yasağında ise bu şekilde bir koşul yer almamaktadır. Ayrıca TBK m. 396'da rekabet yasağına aykırı davranan işçiye karşı işvereninin hangi talepleri ileri sürebileceği konusunda açık bir düzenleme yer almamakta iken,

TBK m. 553'te işletme sahibinin sahip olduğu talep hakları açık bir şekilde düzenlenmiştir.

Rekabet yasağına tabi kişiler, bu yasağa aykırı davranırlarsa; işletme sahibi, aralarındaki hukuki ilişkiden doğan hakları saklı kalmak kaydıyla, uğradığı zararın giderilmesini isteyebileceği gibi, bunun yerine, ticari temsilcinin, ticari vekilin veya diğer tacir yardımcısının kendi hesabına yaptığı veya üçüncü kişilere yaptırdığı işlerin kendi hesabına yapılmış sayılmasını ve bu işler dolayısıyla aldıkları ücretin verilmesini veya aynı işlerden doğan alacağın devredilmesini isteyebilir (TBK m. 553). İşletme sahibinin uğradığı zararı ispat etmesi güçtür. Bu sebeple başlangıçta bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılması ve cezai şart öngörülmesi isabetli olur.

TBK m. 444-447'de yer alan rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin düzenlemeler, yalnızca iş sözleşmesi ile çalışmakta olan tacir yardımcıları ile işletme sahibi arasındaki ilişkiye uygulanabilecek niteliktedir. İşletme sahibi ile arasındaki ilişki vekalet sözleşmesi, ortaklık sözleşmesi veya başka bir sözleşme olan tacir yardımcıları TBK m. 444-447'ye tabi değildir. Ancak, bu durum bu kişiler ile işletme sahibi arasında rekabet yasağı sözleşmesi yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Aksine bu kişiler arasında da (hukuki ilişkinin sona ermesinden sonrası için) rekabet yasağı sözleşmesi yapılması olanaklıdır ve yasağa aykırılık durumu için cezai şart da kararlaştırılabilir. Ancak, böyle bir sözleşmenin koşulları ve sonuçları TBK m. 444-447'ye değil, genel hükümlere tabi olacaktır.

KAYNAKÇA

ALPAGUT, Gülsevil, İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler, Sicil, Yıl: 7, S. 25, Mart 2012, s. 23-32.

ARKAN, Sabih, Haksız Rekabet ve Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Hükümleri Arasındaki İlişki, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 3-12.

ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 16. Baskı, Ankara, 2012

AYDOĞAN, Fatih, Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, İstanbul, 2005.

AYHAN, Rıza/ÖZDAMAR, Mehmet/ÇAĞLAR, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku Genel Esasları, 7. Baskı, Ankara, 2014

- BAŞKAN, Ş. Esra, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2012, s. 116-125.
- BAHTİYAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 15. Baskı, İstanbul, 2014
- BAŞOĞLU, Şebnem, Bağlı Tacir Yardımcılarının Kanundan Doğan Rekabet Yasağı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1980, C.1, S. 1, s. 221-237.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, Bursa, 2013.
- CAN, Ozan, Rekabet Yasağı ve Rekabet Sınırlandırmaları Hukuku İlişkisi, Rekabet Dergisi, S. 32, Ekim-Kasım-Aralık 2007, s. 3-42.
- ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 26. Bası, İstanbul 2013.
- DEMİRKAPI, Ertan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Ticari Temsilciye İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel Sayı (Prof. Dr. Burhan Ceylan'a Armağan), 2010, s. 795-872.
- FEYZİOĞLU, N. Feyzi, Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller, H. Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978. s.407-443.
- FRANKO, Nisim, "Ticaret Şirketlerinde Rekabet Memnuiyeti", BATİDER, 1985, C. 13, S. 1, s. 13-64.
- İNAN, Nurkut, "Rekabet Kanun Tasarısı" Türk Rekabet Kanun Tasarısının Birinci Bölümü, Avrupa Topluluğu Rekabet Politikaları Hukuk Düzeni ve Türk Rekabet Kanun Tasarısı, Uluslararası Sempozyum, İstanbul 1993, s.46 vd.
- KALPSÜZ, Turgut, "Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Üyelerinin Şirkete Rekabet Teşkil Eden Davranışları", H. Cahit Oğuzoğlu Armağanı, Ankara 1972, s. 347 vd.
- KARAHAN, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 25. Baskı, 2013.
- KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku Dersleri, I Giriş-Ticari İşletme, 3. Bası, Ankara, 1968.
- KAYAR, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2008.
- KAYAR, İsmail/ÇELİKTAŞ, İlyas, "Limited Şirkette Müdür-Ortakların

- Rekabet Yasağı”, Fahiman Tekil’e Armağan, İstanbul 2003, s. 309 vd.
- KIRCA, İsmail, Ticari Mümessillik, Ankara 1996.
- MANAV, A. Eda, İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları, TBB Dergisi, S. 87, 2010, s. 322-363.
- MOLLAMAHMUTOğLU Hamdi/ASTARLI, Muhittin, İş Hukuku, 5. Bası, Ankara 2012.
- NARMANLIOğLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 4. Baskı, İstanbul 2012.
- SOYER, M. Polat, Rekabet Yasağı Sözleşmesi (BK m.348-352), Ankara, 1994.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2013.
- ŞAHLANAN, Fevzi, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Kurulması, Geçerlilik Şartları, Hükümleri ve Sonuçları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 11. Yıl Toplantısı, 8-9 Haziran 2007, İstanbul Barosu, 2008, s. 71-89.
- TAŞKENT, Savaş/KABAKCI, Mahmut, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Sicil, Yıl: 4, S. 16, Aralık 2009, s. 21-46.
- TEOMAN, Ömer, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2009.
- TUNCAY, Can, Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri, Çimento İşveren, C. 26, S. 2, Mart 2012, s. 4-17.
- UŞAN, M. Fatih, Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşınması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme, Sicil, Yıl:6, S. 21, Mart 2011, s. 116-128.
- ÜLGEN Hüseyin/TEOMAN Ömer /HELVACI Mehmet/KENDİGELEN Abuzer/KAYA Arslan/ NOMER ERTAN N.Fusun, Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 2009.

AVRUPA BİRLİĞİNDEN ÇEKİLME HAKKI: SONUN BAŞLANGICI MI? *

A. Aslı BİLGİN**

ÖZET

Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesiyle kurucu antlaşmalara dahil olan çekilme hakkı, Birlik üyesi her devlete herhangi bir önkoşul getirmeksizin Birlikten çekilme hakkı tanımaktadır. Çekilme hakkını gerek uluslararası hukuk gerek Birlik hukuku kapsamında ele aldığımız çalışmamızda “Avrupa halkları arasında daha sıkı bir Birlik kurmak” hedefi ile yola çıkılan Avrupa Birliğinde çekilme hakkına ilişkin düzenleme yapılmasına neden ihtiyaç duyulduğu ve söz konusu düzenlemenin Birliğin geleceğini nasıl etkileyeceği başlıca araştırma konuları arasındadır. Yapılan düzenlemeyle çekilme hakkı hukuki bir zemine kavuşturularak belirsizlik giderilirken, üye devletlerin egemenlik yetkilerinin devamına vurgu yapılmıştır. Üye devletlere Birlikten çekilme hakkı tanınması her ne kadar entegrasyon amacına ters gibi görünse de daha ileri düzeyde entegrasyonu desteklemeyen üye devletleri Birlik içerisinde tutmak da entegrasyonun geleceğine zarar verecektir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği, Çekilme, Entegrasyon, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, Öncelik İlkesi

THE RIGHT TO WITHDRAW FROM THE EUROPEAN UNION: IS IT THE BEGINNING OF THE END?

ABSTRACT

Concomitant with the entry into force of Lisbon Treaty, a withdrawal clause is included in founding treaties which enables unconditional withdrawal option to every member state from the Union. The need for that clause in the Union and its possible effect(s) on the future of the European integration, whose aim is to establish an ever closer union among European citizens, are discussed in light of international and European Union Law. While the withdrawal clause clarifies ambiguity on the right of withdrawal from the Union, it also emphasizes the sovereign rights of the member states. Even though it may seem like a controversy to the integration aim of the Union,

* Bu makaleye ilişkin araştırma YÖK Bursu ile gidilen Roma II Üniversitesinde gerçekleştirilmiş olup, çalışmaya katkılarından dolayı Prof. Dr. Luigi Daniele’ye teşekkür ederim. (I would like to thank Prof. Luigi Daniele for not only giving me the opportunity to do research at University of Rome II-Tor Vergata but also his contribution.)

** Yrd. Doç. Dr. Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Genel Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

not to recognize a right of withdrawal to member states who are opposed to advanced integration would also jeopardize the future of European integration.

Keywords: *European Union, Withdrawal, Integration, Vienna Convention on the Law of Treaties, Supremacy principle*

Giriş

Kuruluşundan itibaren üye devletler arasında giderek daha sıkı hale gelen bir işbirliğinin temellerini atmayı hedefleyen Avrupa Birliğinin** kurucu antlaşmalarında üyelikten çekilmeye ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durum bazı yazarlarca “dügün gününde boşanmaktan söz etmek¹” benzetmesi ile değerlendirilmekte, sıkı bir entegrasyon öngören Birliğin ilk günden çekilmekten bahsetmemesinin bilinçli bir seçim olduğu düşünülmektedir. Her ne kadar Birlik kurucu antlaşmalarında açık bir hüküm yer almasa da çekilme konusu üye devletler tarafından birçok kez dile getirilmiş ancak bugüne kadar hayata geçirilmemiştir².

Üye devletlere Birlikten çekilme hakkı öngören ilk düzenleme “Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma” Taslağında yer almış, söz konusu antlaşmanın yürürlüğe girememesi sonucu aynı hüküm Lizbon Antlaşması ile değişik Avrupa Birliği Antlaşması m. 50’de muhafaza edilmiştir. Bugün itibariyle Birlikten çekilme hakkı tüm üye devletlere tanınmış olup, çekilmeye ilişkin prosedür ucu açık da olsa ilgili maddede hüküm altına alınmıştır. İlginç olan gerek yürürlüğe giremeyen Anayasal Antlaşma Taslağında gerekse Lizbon Antlaşmasında neredeyse her hüküm üzerinde yoğun tartışmalar gerçekleştirilirken Birlikten çekilme konusu üzerinde yeterince durulmaması diğer bir deyişle diğer maddeler kadar ilgi çekmemesidir. Oysa Lizbon Antlaşmasına kadar geçen süreçte gerçekleştirilen bir çok antlaşma değişikliğinde gündeme gelmeyen bu konu neden ve nasıl antlaşma metinlerine dahil olmuştur? Lizbon Antlaşması bilindiği üzere 2009 yılında yürürlüğe girmiş olup, antlaşmalarda o tarihe kadar çekilme hakkına ilişkin herhangi bir

***Çalışmamızda, Lizbon Antlaşmasınının 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmiş olması nedeniyle ve metin içerisinde terim birliği sağlamak adına Avrupa Birliği ifadesi kullanılmış olup, Avrupa Topluluğu veya Topluluk ifadesine sadece Divan içtihadına sadık kalmak amacıyla, Divan kararlarına yapılan atıflarda yer verilmiştir.

¹ WEILER, s. 282.

² 1981 yılında Grönland Birlikten ayrılmış olup, Grönland’ın Birliğe üye bir devlet olmaması nedeniyle farklı bir durumdur.

düzenleme yer almamaktadır. Bu kapsamda yanıtlanması gereken bir diğer soru Lizbon Antlaşması öncesinde Birlikten çekilmenin hukuki dayanağının olup olmadığı ve uluslararası hukuk kapsamında Birlikten çekilmenin mümkün olup olmadığıdır.

Çalışmamızın temel amacı Avrupa Birliği Antlaşması m. 50’de yer alan çekilmeye ilişkin düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığının tespitidir. Diğer bir deyişle söz konusu düzenlemeye neden gereksinim duyulduğunu ve mevcut düzenlemenin Birliğin geleceğini ne şekilde etkileyebileceği olasılıklarını değerlendirmektir. Bu nedenle çalışmamızın ilk bölümünde uluslararası hukuk kapsamında çok taraflı bir uluslararası antlaşmaya taraf olan üye devletlerin söz konusu antlaşmalardan çekilme hakkının mevcudiyeti, bu hakkın ne şekilde düzenlendiği ve bu düzenlemelerin Birlik için geçerliliği değerlendirilecektir. Çekilmeye ilişkin yasal düzenleme yeni de olsa çekilme konusu bir çok kez üye devletlerce gündeme getirildiğinden Lizbon Antlaşması öncesi ve sonrası olmak üzere Birlik hukukunun çekilme hakkına yaklaşımı ikinci bölümde ele alınacak konu başlığını oluşturmaktadır. Son bölümde ise çalışmamızın temel amacı olan m. 50’ye ihtiyaç olup olmadığı, bunun nedenleri ve entegrasyon üzerindeki olası etkileri üzerinde durulmaktadır.

I. Uluslararası Hukuk Kapsamında Antlaşmalardan Çekilme Hakkı

Uluslararası antlaşmalar, uluslararası hukukun yetkili kıldığı kişiler arasında bir hukuki sonucun doğması için uluslararası hukuka uygun olarak karşılıklı yapılan irade beyanı olarak tanımlanabilir³. Uluslararası hukukun asli kaynaklarından biri olan antlaşmalar, uluslararası hukukun süjelerinden biri olan devletlerin bilinçli olarak uluslararası hukuk yaratmalarına imkan veren tek yöntemdir⁴. Devletler arasında kurulan bir antlaşma ilişkisi neticesinde antlaşma tarafları antlaşma hükümleri ile bağlı olup, antlaşma hükümlerine uygun hareket etme yükümlülüğü altındadırlar. Dolayısıyla kurulan bir antlaşma ilişkisinin ne şekilde sona erdirilebileceğine de taraflar karar verebilir. Antlaşmada, antlaşmanın sona ermesine ilişkin bir düzenlemenin yer alması halinde taraflar buna uygun hareket etme yükümlülüğü altındadırlar.

Uluslararası hukukun bir diğer önemli asli kaynağı ise uluslararası örf ve adet hukukudur. Belirtmek gerekir ki, antlaşmalar ve örf ve adet hukuku arasında herhangi bir hiyerarşi olmadığı gibi birbirlerini tamamlayıcı niteliği haizdirler. Diğer bir deyişle, uluslararası antlaşma hükümlerinin uluslararası

³ PAZARCI, s. 43.

⁴ DIXON, s. 26.

örf ve adet hukukuna uygun olması halinde herhangi bir sorun söz konusu olmayıp aksine antlaşma hükümlerinde yer almayan durumlar uluslararası örf ve adet hukuku uygulanarak tamamlanabilmektedir.

Uluslararası hukuk kapsamında devletler arasında yapılan yazılı anlaşmaların yapılışı ve uygulanışına dair kuralları düzenlemek amacıyla 1969 yılında Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (VAHS) kabul edilmiş ve antlaşmalar hukuku alanında geçerli olan uluslararası örf ve adet kurallarının büyük bir kısmı bu Sözleşme ile kodifiye edilmiştir⁵. 1969 yılında kabul edilip, 1980 yılında 34 devletin⁶ onayıyla yürürlüğe giren Sözleşmenin kendisi bir uluslararası hukuk sözleşmesi olup, kural olarak Sözleşme taraflarını bağlamakta ve sadece devletler arasında yazılı olarak yapılan antlaşmalara uygulanmaktadır⁷. Her ne kadar 1969 yılında kabul edilse de, sözleşmenin geriye yürümezliği ilkesi benimsenmiş ve Sözleşmenin sadece devletler tarafından bu sözleşmenin kendileri için yürürlüğe girmesinden sonra akdedilen antlaşmalara uygulanacağı hüküm altına alınmıştır⁸. Ancak, Uluslararası Adalet Divanı içtihadından anlaşıldığı üzere, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin aynı zamanda antlaşmalar hukuku kapsamında geçerli olan bazı uluslararası örf ve adet hukuku kurallarını kodifiye etmiş olması uluslararası örf ve adet kurallarının 1980 tarihi öncesinde akdedilen veya Sözleşmeye taraf olmayan devletlere uygulanmasına engel teşkil etmemektedir⁹. Nitekim, konumuzla bağlantılı olarak Uluslararası Adalet Divanı uluslararası antlaşmalardan çekilmeye ilişkin Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinde yer alan düzenlemelerin mevcut uluslararası örf ve adet kurallarının kodifiyesi olarak kabul edilebileceğini bir çok kararında dile getirmiştir¹⁰.

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 26'da hukukun genel ilkelerinden biri ve aynı zamanda antlaşmalar hukukunun vazgeçilmezi

⁵ Bkz. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Giriş Kısmı, (http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, erişim 11 Eylül 2013).

⁶ Bugün itibarıyla Sözleşmeye taraf 113 devlet bulunmaktadır. Bkz. (http://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en, erişim 11 Eylül 2013).

⁷ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 1-2/a.

⁸ Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 4.

⁹ Case Concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia) ICJ 13 December 1999; Danube Dam Case (Hungary v. Slovakia) ICJ 25 September 1997; Case Concerning Sovereignty over Pedra Branca (Malaysia v. Singapore) ICJ 23 May 2008.

¹⁰ Case Concerning The Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) ICJ 27 June 1986; Fisheries Jurisdiction case (UK v. Iceland) ICJ 2 February 1973; ZBIRAL, s. 301.

olan ahde vefa ilkesi hüküm altına alınmış olup, yürürlükteki bir uluslararası antlaşmanın tarafı olan devletlerin antlaşma ile bağlı oldukları ve yükümlülüklerini iyi niyetle yerine getirmeleri gerektiği belirtilmiştir¹¹. Diğer bir deyişle ahde vefa ilkesi nedeniyle tarafların istedikleri zaman taraf oldukları antlaşmalardan doğan yükümlülüklerinden kaçamayacakları aksi durumun uluslararası hukuk kapsamında bir güvensizlik meydana getireceği anlaşılmaktadır¹². Öte yandan yine aynı maddede yürürlükteki her antlaşmanın tarafları bağladığı ifadesi, antlaşmayı sona erdirmeye veya çekilmeye ilişkin bir hüküm ihtiva etmeyen süresiz bir antlaşmaya taraf olan bir devletin hiçbir şekilde antlaşmadan doğan yükümlülüklerini sona erdiremeyeceği anlamında yorumlanırsa katı bir hukuki uygulama ile karşı karşıya kalınacaktır¹³. Bu nedenle VAHS’de uluslararası antlaşmalar açısından önem arz eden güvensizlik ve katı uygulama arasında denge kurmak amacıyla bir antlaşmanın sona erdirilmesi, feshedilmesi veya taraflardan birinin antlaşmadan çekilmesinin ancak antlaşma veya VAHS hükümlerinin uygulanması sonucunda mümkün olacağı kabul edilmiştir¹⁴.

Uluslararası hukuk kapsamında devletler arasında imzalanan antlaşmaların ne şekilde sona ereceği veya fesih/çekilmenin¹⁵ hangi durumlarda mümkün olduğu antlaşma taraflarınca antlaşmada bu konuda yapılacak bir düzenleme ile belirlenebilir. Bunun yanı sıra antlaşmada bu konuya ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olması halinde ise belli durumların varlığı antlaşmadan çekilmek veya fesih bildiriminde bulunmak için yeterli kabul edilmektedir. Bu konu Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi beşinci bölüm kesim üçte “Antlaşmaların Sona Erdirilmesi ve Yürürlüğünün Askıya Alınması” başlığı altında antlaşmada çekilmeye veya sona erdirmeye ilişkin düzenleme olup olmamasına göre farklı alternatifler ışığında düzenlenmiştir¹⁶. Bu kapsamda VAHS m.54 uyarınca, bir antlaşmanın taraflarından birinin antlaşmadan çekilmesi¹⁷

¹¹ DOĞAN, s.106-108.

¹² MALANCZUK, s. 141.

¹³ MALANCZUK, s. 141.

¹⁴ VAHS m. 42/2.

¹⁵ İki taraflı bir antlaşmanın taraflarından birinin irade beyanıyla söz konusu antlaşmayı geçersiz kılma işlemine fesih adı verilirken, çok taraflı antlaşmanın taraflarından birinin tek taraflı irade beyanıyla antlaşmayı kendisi için sona erdirmeye işlemine çekilme adı verilmektedir. Bkz. PAZARCI, s. 97; VILLINGER, s. 700.

¹⁶ Çalışmamızda çekilme konusu ele alındığı için mevcut düzenlemeler bu başlık altında değerlendirilecektir.

¹⁷ GÜNDÜZ, s. 198.

- antlaşma hükümlerine göre
- herhangi bir zamanda diğer taraf devletlerle istişare ettikten sonra bütün tarafların rızası ile mümkün olabilmektedir.

Söz konusu maddeden yola çıkılarak antlaşmada, çekilmeye ilişkin hüküm olması halinde buna göre hareket edilebileceği veya antlaşmada çekilmeye ilişkin herhangi bir hüküm olmasa dahi tarafların tamamının rızası ile antlaşmadan çekilmenin her zaman için mümkün olduğu söylenebilir. Dolayısıyla asıl mesele antlaşmada çekilmeye ilişkin herhangi bir hükmün bulunmaması halinde çekilmenin mümkün olup olmadığının tespittir. Nitekim, VAHS m. 56 Antlaşmanın sona ermesine ve çekilmeye ilişkin hiçbir hüküm ihtiva etmeyen antlaşmalardan çekilmenin hangi durumlarda mümkün olduğunu düzenlemiştir. Buna göre,

- tarafların çekilme ihtimalini kabul etme niyetlerinin tespit edilmesi veya
- çekilme hakkının antlaşmanın niteliğinden zımnen çıkarılması halinde çekilmenin mümkün olduğu öngörülmüştür.

VAHS m. 56'nın yorumundan antlaşmalarda sona ermeye ve çekilmeye ilişkin herhangi bir düzenleme yer almaması halinde tarafların tamamının çekilmeye rıza göstermesi durumu hariç olmak üzere çekilmenin mümkün olmayacağı, ancak maddede belirtilen iki istisnai durumdan herhangi birinin varlığı halinde çekilmenin gündeme gelebileceği belirtilmektedir. Maddede dikkati çeken nokta m.56'ya başvurabilmek için antlaşmada hem sona ermeye hem de çekilmeye ilişkin düzenleme bulunmaması koşulunun öngörülmüş olmasıdır¹⁸. Maddenin aksi ile yorumundan antlaşmada sona ermeye ve çekilmeye ilişkin bir düzenleme bulunması halinde m. 56'ya başvurulamayacağı, ilgili hükmün m. 54 olduğu anlaşılmaktadır. Tarafların antlaşmanın sona ermesine ilişkin bir düzenlemeye yer verip, çekilmeye ilişkin bir hüküm öngörmemesi taraflara çekilme hakkı tanınmak istenmediği şeklinde yorumlanmakta ve taraflardan birinin çekilmek istemesi halinde m. 54/b uyarınca bütün tarafların rızası aranmaktadır¹⁹. Nitekim antlaşmada çekilmeye ilişkin düzenlemenin bulunması halinde ise zaten m. 54/a uyarınca çekilme mevcut düzenlemeye dayanılarak gerçekleştirilebilecektir. Sonuç olarak, VAHS m.56'ya dayanabilmek için hem sona ermeye hem de çekilmeye ilişkin herhangi bir düzenlemenin antlaşmada bulunmaması gerekmektedir.

¹⁸ VILLIGER, s. 701.

¹⁹ DÖRR / SCHMALENBACH, s. 975; VILLIGER, s. 700.

Öte yandan maddede öngörülen her iki durumun da oldukça muğlak ifade edilmiş olması, tarafların kabul etme niyetlerinin veya antlaşmanın niteliğine bakılarak çekilme hakkının varlığının nasıl tespit edileceği sorusunu gündeme getirmektedir. Her ne kadar yapılan düzenleme ile çekilme hakkının varlığını tespitite “tarafların çekilme ihtimalini kabul etme niyetleri” veya “antlaşmanın niteliği”ne bakılması gerektiği düzenlenerek iki ayrı bağımsız koşul yaratılmış olsa da tarafların kabul etme niyetlerinin varlığının ortaya koyulabilmesi antlaşmanın niteliğinin de gözönüne alınmasını gerektirmektedir²⁰. Dolayısıyla maddede yer verilen bu iki ayrı koşulun aslında çekilme hakkının varlığını tespitite birlikte yorumlanması gerektiği söylenebilir. “Tarafların çekilme ihtimalini kabul etme niyetleri” nin tespiti mevcut antlaşmanın yorumlanması suretiyle ortaya çıkarılacaktır²¹. Nitekim VAHS m. 31 uyarınca antlaşmanın yorumlanmasında esas alınacak metinler düzenlenmiş olup buna göre, başta anlaşmanın giriş ve ekleri de dahil olmak üzere bütünü ile eğer varsa antlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı olarak bütün taraflar arasında yapılmış olan antlaşmayla ilgili herhangi bir anlaşma ve bir veya daha fazla tarafça yapılan ve diğer taraflarca antlaşmayla ilgili bir belge olarak kabul edilen herhangi bir belge yorum kapsamında değerlendirilmektedir. Bunların yanı sıra antlaşmanın bütünü ile birlikte²²:

- Taraflar arasında andlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması ile ilgili olarak yapılan sonraki (tarihli) herhangi bir anlaşma,
- Tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması.
- Taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı da gözönüne alınmaktadır.

Tarafların antlaşmada yer alan bir terime özel bir mana vermek istedikleri anlaşıldığı taktirde söz konusu terimin taraflarca verilmek istenen manada yorumlanması gerekmektedir.

VAHS m. 31 genel yorum kuralı olarak kabul edilmekte olup, bu madde aracılığıyla yapılan yorumun teyid edilmesi veya yapılan yoruma rağmen ifadenin muğlak olduğu düşünülüyorsa tamamlayıcı yorum araçlarına

²⁰ DÖRR / SCHMALENBACH, s. 977-978.

²¹ VILLIGER, s.701.

²² GÜNDÜZ, s. 193.

başvurulabileceği VAHS m. 32’de düzenlemiştir. Bu kapsamda antlaşmanın hazırlık çalışmaları en önemli tamamlayıcı kaynak olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla m. 31 uyarınca yapılan yorumun yerindeliği veya yapılan yoruma rağmen ifadenin halen anlaşılmaz olduğu durumlarda gerçek niyetin tespit edilebilmesi için antlaşmanın hazırlık çalışmalarının da dikkate alınması gerekmektedir.

VAHS’de öngörülen bir diğer çekilme hali ise m. 61’de “sonraki imkansızlık” başlığı altında yer almaktadır. İmkansızlığın antlaşmanın ifası için kaçınılmaz olan bir nesnenin daimi olarak ortadan kalkması veya tahrip olmasından ileri gelmesi halinde tarafların antlaşmadan çekilmesinin mümkün olduğu düzenlenmiştir.

VAHS’de çekilme konusunda yer verilen son düzenleme VAHS m.62’de yer verilen ve hukukun genel ilkelerinden biri olan “*rebus sic stantibus*” ilkesidir. Buna göre, bir antlaşmanın akdedilmesi sırasında tarafların antlaşmaya taraf olma isteklerinin temelini teşkil eden şartlarda taraflarca öngörülmeyen esaslı bir değişikliğin meydana gelmesi hali ile meydana gelen değişikliğin tarafların yükümlülüklerinde köklü değişiklik yaratması durumlarında antlaşmadan çekilme hatta antlaşmanın sona ermesi dahi söz konusu olabilir. Nitekim meydana gelen değişiklik neticesinde tarafların yükümlülüklerinde dengesizlik meydana gelmesi aynı zamanda antlaşmanın hedef ve amacını yitirmesine neden olabilir²³. VAHS m. 62’de yer alan bu düzenlemenin de m. 56 gibi yoruma açık olduğu dolayısıyla ne tür değişikliklerin esaslı ve köklü kabul edilip çekilme hakkına başvurmaya imkan yaratacağı net değildir. Maddenin uluslararası hukukun en temel prensiplerinden biri olan ahde vefa ilkesine bir istisna teşkil ettiği açık olup²⁴, bu nedenle taraf olunan bir antlaşmadan kaynaklanan yükümlülükleri sona erdirebilmek imkanı katı yorumlanarak, maddenin kötü niyetli kullanımının önüne geçilmelidir. Aksi durum ahde vefa ilkesi ile şartlarda sonradan meydana gelen bir değişiklik neticesinde taraflardan birinin yükümlülüklerinde negatif bir etki yaratması eşitlik ve adalet ilkesini karşı karşıya getirecektir²⁵. Nitekim, antlaşmanın temelini teşkil eden şartlarda esaslı değişiklik ifadesinden tarafların antlaşmayı imzalamasına neden olan koşullarda meydana gelecek değişikliğin kastedildiğini; yükümlülüklerde köklü değişiklik ifadesinden ise meydana gelen değişikliklerin tarafların yükümlülüklerinin kapsamını

²³ VILLIGER, s. 769.

²⁴ DÖRR/SCHMALENBACH, s. 1069.

²⁵ DÖRR/SCHMALENBACH, s. 1068.

etkilemesi anlaşılmaktadır denilebilir²⁶. Bu nedenle ahde vefa ile eşitlik ve adalet ilkesinin dengede tutulması, tarafların fayda - maliyet dengesi doğrultusunda imzalamış oldukları bir antlaşmanın şartlarında ve tarafların yükümlülüklerinde önceden öngörülemez bir değişiklik nedeniyle mağdur duruma düşmeleri engellenmek istenmiştir. Ahde vefa ile eşitlik ve adalet ilkelerinin yanı sıra, VAHS m.62'de yer verilen bu durum antlaşmaların güvenliği ve uluslararası ilişkilerde istikrarın sağlanması açısından da önemi haizdir²⁷. Taraflar akdetmiş oldukları bir antlaşmanın meydana gelen her değişiklik neticesinde yerine getirilmemesi endişesi ile antlaşma imzalamaya yanaşmayacaklar gibi mevcut bir antlaşmanın meydana gelen bir değişiklik nedeniyle sona erme veya çekilme ihtimalini gündeme getirmesi uluslararası ilişkilerde istikrarsızlığı da beraberinde getirecektir²⁸. “*Rebus sic stantibus*” ilkesi ile hangi durumlarda antlaşmanın sona ermesi veya çekilmenin mümkün olduğu ortaya konularak, bu tarz endişelerin giderilmesine de hizmet etmek amaçlanmıştır.

Madde metninin bütününe bakıldığında şartların esaslı şekilde değiştiği gerekçesine dayanılarak antlaşmadan çekilme veya antlaşmanın sona ermesini talep edebilmek için temel üç koşulun öngörüldüğü ve ancak bu üç koşulun bir arada mevcudiyeti halinde m. 62'ye dayanılabileceği anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki, mevcut şartlarda meydana gelen değişikliğin taraflarca öngörülmemiş olması olup, değişiklik siyasi, hukuki, ekonomik veya sosyal nedenlerden kaynaklanıyor olabilir. İkinci koşul, VAHS m. 62/1-a'da belirtildiği üzere meydana gelen değişikliğin tarafların antlaşma yapma niyetlerini etkileyecek nitelikte olmasıdır. Diğer bir deyişle meydana gelen değişiklik antlaşmanın akdedilmesi sırasında mevcut olsaydı tarafların bu antlaşmaya hiç taraf olmayacağı veya antlaşmanın farklı bir şekilde yapılmasına neden olacak nitelikte olmalıdır²⁹. VAHS m.62/1-b'de düzenlenen son koşul ise, meydana gelen değişikliğin tarafların yükümlülüklerinin kapsamını etkilemesi halidir. Bu ifade, Uluslararası Adalet Divanı tarafından *Fisheries* kararında yorumlanmıştır³⁰. Buna göre, “antlaşmada öngörülen sorumluluktan esaslı şekilde farklı bir performans gösterilmesine neden

²⁶ BERGLUND, s. 152.

²⁷ DÖRR/SCHMALENBACH, s. 1077.

²⁸ BERGLUND, s. 151.

²⁹ VILLIGER, s. 774.

³⁰ Fisheries Jurisdiction case (UK v. Iceland) ICJ 2 February 1973.

olacak boyutta antlaşmadan doğan sorumluluklarda artış meydana gelmesi"³¹ diğer iki koşulun da varlığı halinde çekilme hakkına dayanabilmek için yeterli kabul edilmiştir. Hatta sorumluluklarda meydana gelen artış nedeniyle, ilgili tarafın bundan böyle antlaşmadan doğan sorumluluklarını yerine getirmesi beklenemez hale gelmiş olması koşulun sağlandığı anlamına gelmektedir³².

VAHS m.62/2'de ise bahsedilen üç koşulun varlığına rağmen söz konusu antlaşmanın sınır tesisine ilişkin olması veya esaslı değişikliğin buna başvuran tarafın antlaşmadan doğan veya herhangi bir uluslararası yükümlülüğünün ihlali sonucunda meydana gelmesi halinde *rebus sic stantibus* ilkesinin ileri sürülemeyeceğini düzenleyerek, maddeye başvuru imkanını sınırlandırmıştır.

İlgili maddenin son fıkrasında ise birinci fıkrada öngörülen koşulların varlığı halinde sona erme veya çekilme talebinin dışında antlaşmanın askıya alınması talebinde de bulunulabileceği öngörülmüştür.

Sonuç olarak, uluslararası hukuk kapsamında antlaşmalardan çekilme, antlaşmada bu konunun düzenlenmesi halinde ilgili hükme göre veya tarafların tamamının çekilmeye rıza göstermesi halinde (VAHS m. 54); antlaşmada çekilmeye ilişkin herhangi bir düzenlemenin yer almaması durumunda VAHS m. 56'da yer verilen koşulların tespiti halinde; antlaşmanın konusuna ilişkin imkansızlık halinin varlığı durumunda (VAHS m.61) ve son olarak şartlarda esaslı değişiklik meydana geldiği durumlarda VAHS m. 62'de yer verilen koşulların mevcut olması halinde mümkündür.

II. Avrupa Birliği Hukuku Kapsamında Çekilme Hakkı

2009 yılında yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile Birlikten çekilme kurucu antlaşmalara dahil olmuş olsa da çekilme konusu bu tarihten önce bir çok üye devlet tarafından Birlik gündemine getirilmiş ancak hiç bir zaman fiilen hayata geçirilmemiştir. Bu nedenle Avrupa Birliğinden çekilme hakkını Lizbon Antlaşması öncesi ve sonrası olmak üzere iki ayrı başlık altında ele almak çekilmeye ilişkin herhangi bir düzenleme olmadan da çekilmenin mümkün olup olmadığını tespit etmek açısından önemi haizdir.

³¹ Fisheries Jurisdiction case (UK v. Iceland) ICJ 2 February 1973, para 43.

³² DÖRR/SCHMALENBACH, s. 1089.

A. Lizbon Antlaşması Öncesinde Avrupa Birliğinden Çekilme

1951 tarihli Paris³³ ve 1957 tarihli Roma³⁴ Antlaşmalarıyla temelleri atılan Birlikte kurucu antlaşmalarda çekilmeye ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Anayasal Antlaşma taslağı hariç olmak üzere Lizbon³⁵ Antlaşmasına kadar geçen süreçte yapılan tadil antlaşmalarında da çekilme hakkına ilişkin düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak her ne kadar çekilme hakkına ilişkin bir düzenleme olmasa da 1951 yılında imzalanıp 1952 yılında yürürlüğe giren Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğunu Kuran Paris Antlaşmasında antlaşmanın süresi 50 yıl olarak tayin edilmiş ve Antlaşma 23 Temmuz 2002 yılında sona ermiştir. Paris Antlaşmasının aksine Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Roma Antlaşması m. 240'da ise Antlaşmanın sona ermesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığı gibi Antlaşmanın süresiz olduğu düzenlenmiş³⁶, benzer şekilde çekilme hakkına yer verilmemiştir. Söz konusu Antlaşmaların hazırlık çalışmalarının da yayınlanmamış olması nedeniyle kurucu antlaşmalarda çekilme hakkına değinilmeme nedeni tam olarak bilinmemekle beraber bu durum üç farklı olasılığı gündeme getirmektedir³⁷. Bunlardan ilki kurucuların bilinçli olarak bu hükme yer vermemiş olması ve bu suretle tarafların çekilme olasılığını engellemek istemeleridir. Bu olasılığın, 28 Şubat 1957 tarihinde gerçekleştirilen Roma Antlaşması görüşmelerinde Alman delegasyon lideri Carl Friedrich Ophuls'un Almanya'nın birleşmesi halinde Alman Federal Hükümetinin Antlaşmayı tekrar gözden geçireceğini³⁸ belirtmiş olması nedeniyle kabulü pek mümkün değildir. Nitekim Alman delegasyon başkanının bu ifadesi Alman hükümetinin birleşme halinde Antlaşmaya taraf olma durumunu gözden geçireceği hatta Antlaşmadan çekilebileceği anlamına gelmektedir. İkinci olasılık, kurucuların çekilme hakkına ilişkin düzenlemeyi akıllarına getirmemiş olmaları diğer bir deyişle gözden kaçırmış olmalarıdır. Oysa, Fransa çekilme hakkına Antlaşmada yer verilmesi önerisinde bulunmuş

³³ Paris Antlaşması için bkz. (<http://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties-founding.html>, erişim 21 Temmuz 2014).

³⁴ Roma Antlaşması için bkz. (<http://eur-lex.europa.eu/collection/eu-law/treaties-founding.html>, erişim 21 Temmuz 2014).

³⁵ Lizbon Antlaşması için bkz. (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12007L/TXT>, erişim 21 Temmuz 2014).

³⁶ Avrupa Birliği Antlaşması m. 53.

³⁷ HILL, s. 338.

³⁸ HOLZNER /HOLZNER, s. 297.

ve bu önerisi reddedilmiştir³⁹. Dolayısıyla bu konunun gözden kaçırıldığını söylemek de pek mümkün görünmemektedir. Bu durumda Hill'in de belirttiği gibi çekilme hakkına ilişkin bir düzenlemeye Antlaşmalarda yer verilmemek suretiyle taraf devletleri bu fikirden uzaklaştırma amacı güdüldüğü en güçlü olasılık olarak değerlendirilebilir⁴⁰. Antlaşmanın süresiz olması, Birliğin amaçlarından birinin Avrupa halkları arasında giderek daha sıkı hale gelen bir Birlik oluşturmak olduğunun belirtilmesi ve çekilme hakkına değinilmemesi bu olasılığı güçlendirmektedir. Kurucu Antlaşmalar da öngörülmemiş olan bu hakka yer veren 1984 tarihli Spinelli Anayasal Antlaşma Taslağı ve 1993 tarihli Avrupa Anayasası Taslağı, 1996 tarihli hükümetlerarası konferans öncesinde bir sonraki antlaşma değişikliğinde çekilme hakkının öngörülmesi teklifi de reddedilmiştir⁴¹. Bütün bu gelişmeler çekilme hakkının basit bir gözden kaçmanın ötesinde gündeme getirilmek istenmediği fikrini doğrular niteliktedir.

Çekilme hakkı Lizbon Antlaşmasına kadar antlaşma metinlerine dahil olmasa da üye devletlerce çekilme konusu bir kaç kez gündeme getirilmiş ancak fiilen uygulamaya geçirilmemiştir⁴². 1965 yılında Birlikte yaşanan ve "boş sandalye krizi" olarak adlandırılan olay her ne kadar bir çekilme talebi olarak gündeme gelmemiş olsa da krizin çözülememiş olması halinde bu yolda atılmış ilk adım olarak değerlendirilebilir⁴³.

Boş sandalye krizinin ardından 1974 yılında İngiltere'de yapılan genel seçimler sonucu iktidara gelen İşçi Partisi ekonomik nedenlerle Birlik üyelik koşullarının gözden geçirilmesi amacıyla Birlik üyeliğinin devamı konusunu referanduma sunmuştur. Referandumdan çıkan sonucun Birlik üyeliğinin devamı yönünde olması nedeniyle çekilme konusu kapanmış ve 1981 yılına kadar tekrar gündeme gelmemiştir. 1981 yılında yine İşçi Partisi, gelecek seçimlerde galip gelmeleri durumunda referanduma dahi başvurmaksızın İngiltere'nin bazı ekonomik gerekçelerle⁴⁴ Birlik üyeliğinden çekilebileceğini dile getirmiştir⁴⁵.

³⁹ HILL, s. 338; HARBO, s.140.

⁴⁰ HILL, s. 338.

⁴¹ HARBO, s.140.

⁴² Grönland'in üye devlet statüsüne sahip olmaması nedeniyle Birlikten ayrılması farklı bir statüde değerlendirilmektedir.

⁴³ Bkz. s. 229.

⁴⁴ Bahsedilen ekonomik gerekçeler İngiltere'nin Topluluk bütçesine katkısının yüksek oranda olması, Kuzey Denizi yağının değerinin artması, Birlik üyeliğinin ardından İngiltere endüstrisinin düşüşe geçmiş olması gibi gerekçelerdir. Bkz. HILL, s.336-337; HARBO, s.140.

⁴⁵ FRIEL, Fordham International Law, s. 591,597; HILL, s. 336.

1981 yılında İşçi Partisinin İngiltere'nin üyeliği konusunda yapmış olduğu bu açıklamanın yanı sıra benzer bir açıklama Yunanistan'da yapılacak seçimler öncesi PASOK Partisi tarafından dile getirilmiştir. Yapılan açıklamaya göre Partinin seçimleri kazanması halinde Yunanistan'ın tam üyeliğinin referanduma sunulacağı belirtilmiş ancak Partinin seçimleri kazanmasına rağmen referanduma başvurulmamıştır. Bunun en büyük sebebi o dönemde Yunanistan Cumhurbaşkanı olan Constantine Caramanlis'in Yunanistan'ın Birlik üyeliğini destekliyor olmasıdır⁴⁶.

Entegrasyon sürecini tehdit eden ancak hiç bir şekilde hayata geçirilmeyen bu girişimlerin yanı sıra Birliğin oluşumundan bugüne ilk ve tek çekilme 1985 yılında gerçekleşmiştir. 1973 yılında Birliğe katılan Danimarka'nın o dönemde kolonisi olan Grönland katılım öncesinde yapılan referandumda Birlik üyeliğine karşı çıkmış olsa da Danimarka'nın Birlik üyesi olmasıyla Roma Antlaşması m. 227 uyarınca Danimarka'nın bir parçası olarak Birliğe katılmıştır⁴⁷. Dolayısıyla Birlik ve Grönland arasında doğrudan bir üyelik ilişkisinden bahsedilemeyeceği gibi 1985 yılında gerçekleşen çekilme işleminin Birlik üyesi bir devletin çekilmesinden farklı olduğunu belirtmek gerekir⁴⁸. Danimarka'nın Birlik üyeliğine ilk günden karşı çıkan Grönland 1953 yılında anayasada yapılan bir değişiklikle önce eyalet statüsüne ve 1979'da özerk yönetime kavuşmuştur. 1982 yılında yapılan referandum sonucunda Birlikten ayrılma yönünde oy kullananların %52 gibi bir orana sahip olması neticesinde Birliğin ekonomik anlamda birçok getirisi bulunmasına rağmen resmen çekilme talebinde bulunmuştur⁴⁹. Grönland'ın Birlik üyeliğine karşı çıkışının altında yatan temel neden Birlik balıkçılık politikası nedeniyle getirilen kısıtlamalar olmakla beraber Brüksel bürokrasisinin uzak ve karmaşık olması, kendi iradesi dışında Danimarka'nın üyeliği nedeniyle Birliğin bir parçası olmak zorunda kalmış olmak gibi nedenler de etkili olmuştur⁵⁰. Grönland'ın talebi üzerine yapılan görüşmeler neticesinde Grönland'e Roma Antlaşması m. 131-136'da yer verilen "deniz aşırı toprak ve ülke statüsü" tanınması kararlaştırılmıştır⁵¹. Henüz Birlikten çekilmeye ilişkin herhangi bir hükmün Birlik antlaşmalarında yer almadığı

⁴⁶ HILL, s. 336.

⁴⁷ FRIEL, s. 409-411.

⁴⁸ VAUBEL, s., BLAGOEV, s. 196; WEISS, s. 173; ZBIRAL, s. 299.

⁴⁹ MASON, s.; HARBO, s. 140.

⁵⁰ HARBO, s. 140.

⁵¹ HOLBERG, s. 15.

1985 yılında çekilme bütün üye devletlerin Grönland'ın bu talebine onay vermesi üzerine gerçekleştirilmiştir⁵².

2012 yılının sonları ve 2013 yılının başlarında ise İngiltere'nin Birlikten tamamen çekilebileceği bir kez daha gündeme gelmiştir. Tekrar bu konunun gündeme gelme nedeni ise İngiltere'nin Birliğin birçok uygulamasının dışında kalmasına rağmen, entegrasyonun ekonomik birliğin yanı sıra siyasi birliğe yönelmesi ile Birliğe devredilen yetkilerden duyulan rahatsızlık denilebilir⁵³. İngiltere'nin Birlik üyeliğinin devam edip etmeyeceği konusu 2015 yılında yapılacak seçimler sonucunda Cameron'ın galibiyeti halinde yapılacak referandumla belirlenecektir.

Bugüne kadar bir üye devletin Birlikten ayrılması birçok kez dile getirilmiş, ileri sürülmüş olmasına rağmen uygulamaya geçirilmemiştir. Ancak bu durum çekilme konusunun aslında yeni bir durum olmadığını Birliğin kuruluşundan itibaren dolaylı şekilde de olsa gündeme getirilmesine rağmen bu konuya ilişkin bir hükmün antlaşmalara aktarılmadığını doğrulamaktadır. Bu noktada cevaplanması gereken soru antlaşmalardaki bu boşluğa rağmen “Birlikten çekilmek mümkün müdür ve nasıl?” olmalıdır. Her ne kadar Birliğin uluslararası hukuktan farklı olarak kendine özgü bir hukuku olduğu Divan tarafından bir çok kez dile getirilmiş olsa da kurucu Antlaşmaların birer uluslararası antlaşma olduğu gözönüne alındığında bu sorunun hem uluslararası hukuk açısından hem de Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın yaklaşımı göz önüne alınarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

1. Uluslararası Hukuk Kapsamında AB'den Çekilme Hakkı

Birlikte yaşanan Grönland deneyimi, Grönland'ın farklı statüsüne rağmen antlaşmalarda çekilme konusuna ilişkin bir düzenleme bulunmasa da üye devletlerin onayı ile bunun her zaman mümkün olduğunu gözler önüne sermektedir. Bu olasılığın uluslararası hukuk kapsamında VAHS m.54'de yer verilen düzenleme ile de uyumlu olduğu antlaşmada herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olması halinde herhangi bir zamanda bütün tarafların rızası ile Birlikten çekilmenin de mümkün olduğu açıktır. Bu olasılığın yanı sıra VAHS'de antlaşmada sona erme veya çekilme hususunda düzenleme bulunmadığı durumlarla ilgili hükümlerin (VAHS m. 56 ve m. 62) Birlik kapsamında uygulanabilirliği konusu gündeme gelmektedir. Birliğin kendine özgü bir hukuk düzenine sahip olduğu Birlik Avrupa Birliği Adalet

⁵² MALATHOUNI, s. 118.

⁵³ ÖZDEMİR, s. 1.

Divanı gerek *Van Gend en Loos*⁵⁴ gerekse *Costa/Enel*⁵⁵ kararlarında Birlik kurucu antlaşmalarının uluslararası hukuktan farklı, uluslararası hukukta yeni bir hukuk düzeni oluşturduğunu ve sıradan uluslararası antlaşmalardan farklı olarak kendine özgü bir hukuk düzeni kurduğunu belirtmiştir. Ancak bu durum Birliğin temelini oluşturan kurucu antlaşmaların birer uluslararası antlaşma olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Nitekim, Adalet Divanı, Avrupa Ekonomik Alanına ilişkin vermiş olduğu 1/91 sayılı görüşte, Avrupa Ekonomik Alanı'nın uluslararası antlaşma temelinde kurulduğunu aynı zamanda bu antlaşmaların hukukun üstünlüğüne dayalı Topluluğun anayasal şartını oluşturduğunu belirtmektedir⁵⁶. Divan bu ifadeyle Birlik kurucu antlaşmalarının gerek hukuki gerek şekilsel nitelikleri itibariyle uluslararası antlaşmalar olduğunu kabul ederken, içerikleri itibariyle anayasal metinler olduklarını vurgulamıştır⁵⁷.

Bu kapsamda, VAHS m. 56 - 62'de yer verilen düzenlemeler açısından Birlikten çekilme konusunu ele alacak olursak, VAHS m. 56 uyarınca çekilme hakkına ilişkin düzenleme yer almayan antlaşmalarda tarafların çekilme olasılığını kabul etme niyetlerinin tespit edilebilmesi veya çekilme hakkının zımnen antlaşmalarda var olması halinde antlaşmadan çekilme mümkün kabul edilmiştir. Bilindiği üzere Lizbon Antlaşmasına kadar Birlik kurucu antlaşmalarında çekilmeye ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda mevcut antlaşmalarda tarafların çekilme olasılığını kabul ettikleri şeklinde yorumlanabilecek veya zımnen çekilme hakkının varlığını ortaya koyan bir hükme yer verilip verilmediğine bakmak amacıyla antlaşmaların yorumlanması gerekmektedir. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 31'de belirtildiği üzere Antlaşmaların yorumlanmasında Antlaşmanın bütünü ile birlikte giriş ve eklerini de içine alan metin ve antlaşmanın akdedilmesi ile bağlantılı bütün taraflarca yapılan antlaşma ve buna ilişkin belgeler de göz önüne alınmaktadır. Kurucu Antlaşmalara bakıldığında gerek başlangıç gerekse hükümleri arasında yer alan "Avrupa halkları arasında giderek daha sıkı hale gelen bir birlik yaratma süreci"⁵⁸, "Avrupa halkları arasında,

⁵⁴ C-26/62 NV. Almegene Transporten Expeditie Onderneming Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen [1963] ECR 1.

⁵⁵ C-6/64 Costa v. ENEL [1964] ECR 585.

⁵⁶ Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 14.12.1991 tarih ve 1/91 sayılı görüşü için bkz. (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61991CV0001:EN:PDF>, erişim 3 Ekim 2013), para. 20-21.

⁵⁷ BAYKAL, s. 11.

⁵⁸ Avrupa Birliğini Kuran Antlaşma Başlangıç kısmı paragraf 13 ve m. ½, (<http://eur-lex.eu>

giderek daha sıkı hale gelen bir birliğin temellerini atmaya⁵⁹ ifadeleri dikkati çekmektedir⁶⁰. Söz konusu ifadeler tarafların çekilme olasılığını kabul etme niyetlerinin aksine “daha sıkı hale gelen bir birlik” denilmek suretiyle Avrupa bütünleşme sürecinin daha ileriye taşınması hedefini destekler nitelikte değerlendirilebileceği gibi arzu edilen bütünleşmenin tersine çevrilemez nitelikte olduğu da doktrinde kabul edilmektedir⁶¹. Nitekim, Birliğin ve dolayısıyla bütünleşme sürecinin geçirdiği evreler göz önüne alındığında ekonomik amaçla yola çıkılan Birlikte siyasi bütünleşmenin de Birlik gündemine alındığı inkar edilemez bir gerçektir. Anayasal Antlaşma sürecinde yaşanan başarısızlığın her ne kadar bu hedefi sekteye uğrattığı ileri sürülebilirse de Lizbon Antlaşması ile getirilen yenilik ve değişiklikler bu hedeften tamamen uzaklaşıldığını doğrulamakta yetersiz kalmaktadır. Bunun yanı sıra Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğunu Kuran Antlaşma (Paris Antlaşması) dışında gerek Avrupa Birliği Antlaşması⁶² gerekse Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmada⁶³ (ABİHA) antlaşmaların süresiz olarak akdedildiği belirtilmektedir. Hedefi “daha sıkı hale gelen bir birlik” meydana getirmek olan Antlaşmaların süresiz olarak öngörülmesinin bilinçli bir tercih olduğunu söylemek herhalde yanlış olmaz. Öte yandan üzerinde durulması gereken bir diğer husus antlaşmalarda çekilmeye ilişkin bir hükme yer verilmemesinin bilinçli bir tercih mi yoksa tamamen gözden kaçırılmış bir düzenleme olup olmadığıdır. Her ne kadar Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşmanın tarafların niyetini ortaya koymak adına faydalı olabilecek hazırlık çalışmaları yayınlanmamış olsa da çekilme konusunun kuruluş aşamasında gündeme geldiği ve Hill’in de belirttiği gibi süresiz ve ileriye dönük olarak daha sıkı hale gelen bir Birlik hedefi ile yola çıkılmış bütünleşme sürecinde çekilme hakkında ilişkin bir düzenlemeye antlaşmalarda yer verilmemek suretiyle üyeler üzerinde çekilme hususunda caydırıcı bir etki yaratılmaya çalışıldığı düşünülmektedir⁶⁴. Gerek Antlaşmaların süresiz öngörülmesi gerekse hedefin daha sıkı hale gelen bir Birlik yaratma olması hukukun

ropa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012M/TXT, erişim 21 Temmuz 2014).

⁵⁹ Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma Başlangıç kısmı paragraf 1, (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>, erişim 21 Temmuz 2014).

⁶⁰ HILL, s. 335.

⁶¹ HILL, s. 338; MALATHOUNI, s. 118.

⁶² Avrupa Birliği Antlaşması için bkz. (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012M/TXT>, erişim 21 Temmuz 2014).

⁶³ Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma için bkz. (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>, erişim 21 Temmuz 2014).

⁶⁴ HILL, s. 338.

genel ilkelerinden biri olan “sözleşmeye bağlılık ilkesi”ni de destekler niteliktedir. Dolayısıyla sözleşmeye bağlılık ilkesine vurgu yapılmak suretiyle tarafların ayrılma olasılığının da önünün kapatılmak istendiği ve antlaşmada çekilmeye ilişkin bir hükme yer vermeyerek tarafların aslında bu konuda anlaşmış olduğu söylenebilir⁶⁵. Bütün bunlar göz önüne alındığında VAHS m.56’nın uygulanabilmesi için gerekli olan çekilme niyetinin varlığının Birlik kurucu antlaşmalarında bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır⁶⁶.

Uluslararası Adalet Divanı 1997 tarihli *Gabcikovo-Nagymaros Project* davasında 1977 yılında Macaristan ve Çekoslovakya arasında imzalanan ve çekilmeye ilişkin bir hükmün yer almadığı antlaşmada tarafların çekilme niyetinin var olmadığını antlaşmanın taraflar arasında süreklilik arz eden bir sistem yaratma karakterine de vurgu yaparak belirtmiştir⁶⁷. Bunun yanı sıra böyle bir durumda antlaşmanın sadece VAHS’de sayılan sınırlı sebeplere dayandırılmak ve ilgili hükümler dar yorumlanmak suretiyle sona erdirilebileceği hüküm altına almıştır.

Kararda bahsedilen sınırlı sebepler VAHS m. 60, 61 ve 62 olup sırasıyla bu hükümlerin Birlik antlaşmalarında uygulanabilirliğini ele almak gerekmektedir. VAHS m. 60 uyarınca taraflardan birisinin antlaşmayı esaslı bir şekilde ihlal etmesi halinde antlaşmanın ihlal eden devlet açısından sona erdirilebileceği, m. 61 uyarınca da antlaşmanın ifası için kaçınılmaz olan bir nesnenin daimi olarak ortadan kalkması veya tahrip olması halinde antlaşmanın sona erdirilmesi veya çekilmenin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Birlik hukukuna baktığımızda Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın 344. maddesinde Antlaşmalar’ın yorumu veya uygulanması ile ilgili bir uyuşmazlık gündeme geldiğinde Antlaşmalarda öngörülen çözüm yöntemleri dışında bir yöntemin benimsenemeyeceği düzenlenmiş olup, üyelerden birinin Antlaşmalar gereğince üzerine düşen bir yükümlülüğü yerine getirmemesi halinde konunun Avrupa Birliği Adalet Divanı’na taşınması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Wyrozumska’nın da belirttiği gibi söz konusu hükümlerin varlığı ve Birliğin yargısal koruma sistemine sahip olduğu göz önüne alındığında VAHS m. 60’ın Birlik açısından uygulanması pek de mümkün görünmemektedir⁶⁸. Benzer bir durum VAHS m.61 için de geçerlidir. Nitekim

⁶⁵ De WAELE, s. 169.

⁶⁶ HARHOFF, s. 29-30; WEILER, s. 286; ATHANASSIOU, s. 13; BERGLUND, s. 151.

⁶⁷ Case Concerning Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia) ICJ 25 September 1997, para. 100.

⁶⁸ WYROZUMSKA, s. 348; ZBRIAL, s. 290-328.

m.61'in Birlik açısından uygulanabilmesi için meydana gelen imkansızlığın Antlaşmalarca oluşturulan ve bir çok alanda bütünleşmeyi öngören sistemi bütünüyle ortadan kaldıracak nitelikte olması gerekmektedir. Oysa, taraflar arasında yapılan görüşmeler, uzlaşma arayışları ve reform antlaşmalarıyla Antlaşmaların işleyişinin sağlanması mümkün olup, Birlik bir çok kez bunu başarmıştır⁶⁹.

VAHS m. 62'de ise antlaşmanın akdedilmesi sırasında mevcut olan şartlarda meydana gelen ve taraflarca öngörülmeyen esaslı bir değişikliğin vuku bulması halinde tarafların antlaşmayı sona erdirmesi veya antlaşmadan çekilmelerinin mümkün olduğu düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca tarafların çekilme veya sona erdirmeye talebinde bulunabilmeleri için meydana gelen değişikliğin tarafların antlaşma ile bağlanma rızalarının esasını teşkil etmesi ve antlaşmaya göre yerine getirilebilecek yükümlülüklerin kapsamını köklü bir şekilde değiştirmesi gerekmektedir. İlgili hükmün taraflarca ileri sürülebilmesi meydana gelen değişikliklerin öğrenildiği anda kabul edilmemesine bağlıdır. Bu konudaki düzenleme yine VAHS m. 45'de yer almakta olup, antlaşmada yapılan değişikliklerin açıkça veya zımnen kabul edilmesi halinde VAHS m.62'ye başvurulamayacağı hüküm altına alınmıştır. VAHS m.62 oldukça sınırlı bir kullanım alanına sahip olup, istisnai durumlarda uygulanan bir düzenlemedir⁷⁰. Bu çerçevede Birliğe üye devletlerin VAHS m. 62'ye başvurmak suretiyle Birlikten ayrılma talebinde bulunmalarının mümkün olup olmadığına bakacak olursak, Birlik kurucu antlaşmalarında Birliğin oluşturulduğu günden bu yana birçok değişiklik yapıldığı ve bu değişikliklerin birçoğunun köklü ve esaslı değişiklikler olduğu bilinmektedir. Nitekim oluşturulduğu dönemde sadece ekonomik entegrasyon hedefi ile yola çıkılan Birlikte bugün ulaşılan entegrasyon seviyesi ileri düzeyde olup, ekonomik birliğin yanı sıra belirlenen ortak politikalar yaşanan değişimi gözler önüne sermektedir. Avrupa Birliği Antlaşması m. 48'de düzenlenen Antlaşma değişikliklerinde uyulması gereken prosedür uyarınca yapılacak tüm değişiklikler üye devletlerin oybirliği ile yürürlüğe girebildiğinden bugüne kadar ki süreçte Birlik kurucu antlaşmalarında yapılan her değişiklik ekonomik ve siyasi bütünleşme anlamında bir öncekinden daha ileri düzeyde işbirliğini öngörmesine rağmen tüm üye devletlerin yapılan değişikliklere rıza gösterdiği anlaşılmaktadır. Aksi halde yapılmak istenilen değişikliklerin hayata geçirilebilme olasılığı bulunmamaktadır. Dolayısıyla Birlikten

⁶⁹ WYROZUMSKA, s. 349.

⁷⁰ BLAGOEV, s. 232; BERGLUND, s. 151.

ayrılmak isteyen bir üye devletin VAHS m. 62'ye başvurmak suretiyle bu talebini gerçekleştirmesi pek mümkün görünmemektedir⁷¹.

Sonuç olarak, antlaşmalarda çekilmeye ilişkin herhangi bir hüküm bulunmayan durumlarda uluslararası hukuk kapsamında bu konuda VAHS'de yer verilen düzenlemelerin Birlikten ayrılmak isteyen bir üye devlet tarafından ileri sürülebilmesi açıkladığımız gerekçeler nedeniyle yerinde olmayacaktır. Birlikten ayrılmak isteyen üye devlet ancak VAHS m. 54/b'de de belirtildiği gibi diğer üye devletlerin rızasını almak suretiyle bu talebini gerçekleştirebilecektir⁷².

2. Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Kapsamında AB'den Çekilme Hakkı

Birliğin ve dolayısıyla entegrasyon sürecinin itici gücü olarak nitelendirebileceğimiz Divan, vermiş olduğu kararlarla ortaya koyduğu ilkeler sonucunda Birlik hukukunun yeknesak şekilde tüm üye devletlerce uygulanmasını sağlamanın yanı sıra kimi zaman Birliğin geleceğine dahi yön vermektedir. Birlik Antlaşmalarını yorumlama tekeli elinde bulunduran Divan, ilk olarak *Van Gend en Loos*⁷³ kararında Birlik hukukunun uluslararası hukukta yeni bir hukuki düzen oluşturduğunu, ardından *Costa v. Enel*⁷⁴ kararında Antlaşmaların olağan uluslararası antlaşmalardan farklı olduğunu, sınırsız bir süre için öngörüldüğünü ve üye devletlerin egemen yetkilerinin bir kısmını sınırlandırıp Topluluğa devrettiklerini⁷⁵; *Simmenthal*⁷⁶ kararında ise üye devletlerin Antlaşmalardan doğan yükümlülükleri koşulsuz ve geriye dönüşü olmayacak biçimde kabul ettiklerini belirterek Birlik hukuku ile uluslararası hukuk arasında bir fark olduğunu ortaya koymaya çalışmıştır. Adı geçen kararların ardından *Les Verts*⁷⁷ kararı ile Birlik antlaşmalarının anayasal karaktere sahip olduğu vurgusunda bulunan Divan, 1/91 sayılı Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması (European Economic Area Agreement) (EEA)Görüşü⁷⁸ ile de "her ne kadar antlaşmalar uluslararası antlaşma şeklinde

⁷¹ HARBO, s. 141; HOFMEISTER, s. 591; de WAELE, s. 177; ZBIRAL, s. 302.

⁷² WYROZUMSKA, s. 349; de WAELE, s. 178.

⁷³ C-26/62 NV. Almegene Transporten Expeditie Onderneming Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen [1963] ECR I.

⁷⁴ C-6/64 Costa v. ENEL [1964] ECR 585

⁷⁵ C-6/64 Costa v. ENEL [1964] ECR 585, para.

⁷⁶ C-106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal [1978] ECR 629.

⁷⁷ C-294/83 Parti écologiste "Les Verts" v European Parliament [1986] ECR 1339.

⁷⁸ Opinion 1/91 Draft agreement between the Community, on the one hand, and the countries

yapılsa da yine de hukukun üstünlüğü temeline dayalı Topluluğun anayasal şartını oluştururlar. Divanın da sürekli belirttiği üzere Topluluk antlaşmaları sadece üye devletleri değil onların vatandaşlarını da kapsayacak şekilde egemenliklerini devreden devletlerin yararına yeni bir hukuk düzeni kurmuştur” diyerek antlaşmaları uluslararası hukuktan farklı bir statüye yerleştirdiğini bir kez daha vurgulamıştır. Her ne kadar bugüne kadar Birlikten çekilme hakkında herhangi bir uyuşmazlık Divan önüne gelmemişse de, Divan’ın bu görüşü ile bir üye devletin Birlikten ayrılmak istemesi halinde uluslararası hukuk kapsamında Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin yukarıda ele aldığımız ilgili hükümlerini Birlikten çekilme için başvurulabilecek kaynaklar olarak görmediği anlaşılmaktadır⁷⁹.

Divan’ın antlaşmalara ilişkin gerek ilgili kararlarda gerekse görüşlerinde yapmış olduğu bu yorumlardan Birliğin anayasal şartı olarak kabul ettiği antlaşmalarda Birlikten çıkmaya ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemesi ve antlaşmaların sınırsız süreli öngörülerek, sıkı bir entegrasyon amacına sahip olması, öncelik ilkesi ve Birliğin uluslarüstü bir yapıya sahip olduğu gibi gerekçelerle Birlikten çekilmenin mümkün olmadığı görüşünü savunduğu söylenebilir⁸⁰. Nitekim Harbo’nun da belirttiği üzere, Birliğin kendine ait bir hukuk düzeni mevcut olup, uluslararası hukuk ve devletlerin iç hukukundan ayrılmaktadır. Bunun yanı sıra bir üye devletin Birlikten çekilmek istemesi ulusal hukuk karşısında uygulanma önceliğine sahip olan Birlik hukuku ile çelişmektedir⁸¹. Dolayısıyla her ne kadar Birlik antlaşmaları uluslararası antlaşma temelinde oluşturulmuşlarsa da, antlaşmalarda açıkça düzenlenmeyen çekilme hakkının özellikle öncelik ilkesi nedeniyle Birlik kapsamında ileri sürülmesi teorik olarak mümkün görünmemektedir⁸². Bu kapsamda Birlikten çekilmek ancak üye devletlerin tamamının onay vermesi halinde söz konusu olabilir ki zaten antlaşma değişiklikleri için de öngörülen karar yeter sayısı budur⁸³.

B. Lizbon Antlaşması Sonrasında AB’den Çekilme Hakkı

İlk olarak Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma Taslağı’nın I-60. maddesinde yer verilen çekilme hakkı Anayasal Antlaşma taslağının hayata

of the European Free Trade Association, on the other, relating to the creation of the European Economic Area[1991] ECR I-6079 para. 21.

⁷⁹ ATHANASSIOU, s. 15-18.

⁸⁰ HILL, s. 339-341; ATHANASSIOU, s. 15-18.

⁸¹ HARBO, s. 141; MALATHOUNI, s. 119.

⁸² FRIEL, s. 412-413.

⁸³ WYROZUMSKA, s. 353.

geçirilememesi nedeniyle madde üzerinde hiçbir değişiklik yapılmaksızın 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile değişik AB Antlaşması m. 50’de aynen muhafaza edilmiştir.

Söz konusu düzenleme, Avrupa’nın Geleceğine İlişkin Konvansiyon çalışmaları sırasında hazırlanmış olup, özel bir çalışma grubu veya tartışma grubu oluşturulmaksızın Başkanlık Divanına sunulan öneriler kapsamında ortaya çıkan taslaklar üzerinden son şekline kavuşturulmuştur. Konvansiyon çalışmaları sırasında başta Komisyon olmak üzere bir çok üye devlet tarafından çekilme hakkına ilişkin bir düzenlemenin antlaşmalarda yer almasına ilişkin sakıncalar dile getirilirken; böyle bir düzenlemenin gerekliliğini savunan görüşler de ileri sürülmüştür⁸⁴. Örneğin, Komisyon söz konusu düzenleme ile çekilme hakkının üye devletler tarafından bir şantaj unsuru olarak kullanılabileceğini dile getirirken; İrlanda ve Danimarka, AB karşıtlarının bu hükme dayanarak Birlikten çekilmeyi gündeme getirmelerinden endişe duymakta, bir kısım da çekilme hakkının “...daha sıkı bir Birlik..” amacını zayıflatacağını ileri sürmektedir⁸⁵. Öte yandan çekilme hakkına ilişkin düzenlemenin Birliğin isteğe bağlı bir oluşum olduğu ve her daim istenildiği takdirde Birlikten ayrılmanın mümkün olduğunu vurgulayarak, AB karşıtlarının elinin zayıflatacağı da dile getirilen görüşler arasındadır⁸⁶. Yapılan düzenlemeye ilişkin getirilen en büyük eleştirilerden bir diğeri ise çekilme anlaşması için nitelikli oy çokluğunun yeterli kabul edilmesi ve çekilme anlaşmasının iki yıl içinde gerçekleşmemesi halinde dahi çekilmenin mümkün kılınmasıdır. Dile getirilen görüşler arasında çekilmeye ilişkin bir düzenlemeye hiç ihtiyaç olmadığı zira uluslararası hukuk kapsamında VAHS hükümleri çerçevesinde bu konunun zaten düzenlendiği de yer almaktadır.

Yapılan çalışmalar sırasında ifade edilen tüm bu görüşler çerçevesinde bugün halen yürürlükte olan Lizbon Antlaşması ile değişik AB Antlaşması m. 50 uyarınca, Birliğe üye her devlete kendi anayasal kurallarına uygun olarak Birlikten çekilme hakkı tanınmış olup, zorunlu olmamakla birlikte çekilen üye devlet ve Birlik arasındaki ilişkinin geleceğini belirlemek üzere çekilme anlaşması yapılması öngörülmüştür.

1.Çekilme Prosedürü

Birlikten çekilmek isteyen üye devletin tek yapması gereken kendi anayasal kurallarına uygun olarak bu niyetini Avrupa Birliği Zirvesi’ne

⁸⁴ Çekilme hakkına ilişkin hükmün oluşum aşamasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. ZBIRAL, s. 304-315.

⁸⁵ BERGLUND, s. 153; ZBIRAL, s. 312-313.

⁸⁶ ZBIRAL, s. 313.

bildirmek olup, Zirve'nin bu bildirim karşısında ilgili üye devletle Birlik arasında çekilme sonrasında kurulacak ilişkileri de göz önüne alarak bir çekilme anlaşması müzakere etmesi ve imzalaması öngörülmüştür. Taraflar arasında böyle bir anlaşmanın imzalanması halinde bu anlaşmanın yürürlüğe girdiği tarih itibariyle çekilme gerçekleşmiş kabul edilecektir. Anlaşmanın gerçekleşmemesi halinde veya Zirve'nin oybirliğiyle hareket etmek suretiyle ve çekilmek isteyen üye devletin onayını da alarak süreyi uzatmadığı takdirde ise çekilme niyetinin Zirve'ye bildirildiği tarihten başlamak üzere iki yıl geçmesiyle çekilme otomatikman gerçekleşmiş kabul edilecek ve Birlik Antlaşmaları ilgili üye devlete uygulanmayacaktır. Dolayısıyla süre uzatımı olmadığı takdirde bir çekilme anlaşması imzalanmamış olsa dahi, çekilmek isteyen üye devletin bu niyetini Zirve'ye bildirdikten sonra en geç iki yıl içerisinde Birlikten çekilmesi mümkündür. Düzenlemede çekilmeye ilişkin getirilen tek şart çekilmek isteyen üye devletin kendi anayasal kurallarına uygun olarak bu niyetini bildirmesi gerektiği ifadesidir. Bunun dışında ilgili üye devlete herhangi bir ön koşul getirilmemiş olup, bir görüşe göre “anayasal kurallar” ifadesi ile antlaşmaların efendilerinin üye devletler olduğu ve kendi anayasal kuralları uyarınca her zaman çekilme talebinde bulunabilecekleri vurgusunun yapılmak istenmesidir⁸⁷.

2.Çekilme Anlaşması

ABA m. 50/2 de yer verilen çekilme anlaşması ile Avrupa Birliği'nin bugün ulaştığı entegrasyon seviyesi göz önüne alındığında gerek çekilmek isteyen devlet gerekse Birlik açısından hukuki, siyasi ve ekonomik anlamda birçok konunun ele alınması ve ayrılma neticesinde her iki tarafın da olası bir zarara uğramadan, gelecekteki ilişkilerinin düzeyinin belirlenmesi hedeflenmektedir. Çekilme anlaşmasının imzalanmasının çekilme için bir ön koşul olmadığı, anlaşmanın imzalanamaması halinde dahi çekilmenin mümkün olmasından anlaşılmaktadır. Birliğe üye kabul edilirken öngörülen prosedürden⁸⁸ farklı olarak çekilme anlaşmasının tarafları sadece çekilmek isteyen üye devlet ve Birlik olup, Birlik adına AB Bakanlar Konseyi'nin Avrupa Parlamentosu'nun onayını aldıktan sonra nitelikli çoğunlukla anlaşmayı imzalayabileceği düzenlenmiştir.

Her ne kadar söz konusu düzenleme ile Birlikten çekilme hakkı hukuki zemine kavuşturulmuş olsa da, düzenlemenin çok kapsamlı olmaması yeni

⁸⁷ HOFMEISTER, s. 592.

⁸⁸ Avrupa Birliği Antlaşması m. 49.

birtakım soruları gündeme getirmektedir. Örneğin çekilmek isteyen devletin çekilme gerçekleşene kadar ki süreçte Birlik içerisindeki yeri ve konumu ne olacaktır? ABA m. 50/4 uyarınca “2 ve 3. paragrafların amaçları doğrultusunda, çekilen üye devletin Avrupa Birliği Zirvesi’ndeki veya Konsey’deki temsilcisi, Avrupa Birliği Zirvesi veya Konsey’de kendisini ilgilendiren görüşmelere ve kararlara katılamaz” denilerek çekilen üye devletin sadece çekilme ile ilgili görüşme ve kararlarda söz sahibi olamayacağı, bu kapsamda çekilme anlaşmasına ilişkin olarak Konseyde gerçekleştirilecek oylamada ve süre uzatımı gündeme gelirse Avrupa Birliği Zirvesinde yapılacak oylamaya katılamayacağı belirtilmiştir. Bunun aksi ile yorumundan çekilme gerçekleşene kadar ilgili üye devletin çekilme talebinde bulunmamış gibi sahip olduğu hak ve yetkileri kullanabileceği sonucuna ulaşılmaktadır⁸⁹. Ancak, çekilmek isteyen bir devletin, çekilmenin sonuçlanmasıyla birlikte kendisini bağlamayacak birçok konuda söz sahibi olması ne kadar doğru olacaktır? Nitekim bu durumda çekileceği kesin olan bir devlet, dilerse karar alımını bloke edebileceği gibi, çıkmaza da sürükleyebilir. Bunun yanı sıra çekilme gerçekleştikten sonra Avrupa vatandaşlığı ve serbest dolaşım kapsamında çekilen üye devlete yerleşen kişilerin hukuki durumu ve çekilen devletin de taraf olduğu Divan önündeki bir davanın mevcudiyeti halinde bunun akıbetinin ne olacağı akla gelen ilk sorular arasındadır⁹⁰. Aslında ABA m.50/2’de yer verilen çekilme anlaşması ile akla gelen bu tarz soruların taraflarca müzakere edilerek, çözüme kavuşturulmasının amaçlandığı söylenebilir. Nitekim ilgili fıkrada “...bu devletin Birlik ile gelecekteki ilişkisinin çerçevesini dikkate alarak, çekilmeye ilişkin kuralları belirleyen bir anlaşmayı...” denilmek suretiyle yoruma açık bir ifade tarzı tercih edilmiştir. Böylece Birlik maddede açıkça belirtmekten kaçınarak, antlaşmanın içeriği konusunda kendisine geniş bir alan tanımıştır. Çekilmek isteyen devletin ekonomik birliğe veya Schengen alanına dahil olup olmaması gibi bir çok konu çekilmeye ilişkin kuralların belirlenmesinde önemi haiz olduğu gibi çekilmek isteyen devletin Birlik ile arasındaki entegrasyonun boyutuna göre antlaşmanın akdedilmesi gerekecektir. Bir diğer deyişle, maddede yer verilen bu ifade ile çekilme anlaşmalarının içeriği çekilmek isteyen devlete göre değişiklik gösterebilecektir.

Sonuç olarak, Lizbon Antlaşmasıyla kurucu antlaşmalara dahil olan çekilme hakkındaki düzenleme Birlikten çekilmenin mümkün olup olmadığı konusundaki tartışmalara son vermekle birlikte, çekilmeye ilişkin kurallar

⁸⁹ WYROZUMSKA, s. 361-362.

⁹⁰ HOFMEISTER s. 594 vd; HERBST, s. 1757; MALATHOUNI, s. 121.

açısından bir kesinlik ihtiva etmemektedir. Bir üye devletin olası bir çekilme talebiyle Birliğe başvurması halinde ancak bahsettiğimiz sorulara ilişkin net cevaplara ulaşılabacağı düşünülmektedir.

III. Çekilme Hükümüne İhtiyaç Duyulma Nedenleri

Birlikten çekilme konusuna Anayasal Antlaşmanın gündeme geldiği tarihe kadar kurucu antlaşmalarda yer verilmezken, Divan'ın yapmış olduğu yorumlardan da anlaşıldığı üzere üye devletlerin tek taraflı çekilme hakkına sahip olmadıklarının kabul edildiği anlaşılmaktadır. Öte yandan, uluslararası hukuk kapsamında Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinde çekilme konusunda yer verilen düzenlemelerin Birlik hukukuna uygulanması yukarıda açıkladığımız nedenlerle pek de olası görünmemektedir.

Dolayısıyla ABA m. 50 öncesinde Birlikten tek taraflı çekilme hakkı hukuki dayanaktan yoksun iken, tarafların rızası ile çekilmenin her zaman için mümkün olduğu söylenebilir. Öte yandan gerek antlaşma maddeleri gerekse Divan içtihadında süresiz kurulan Birliğin geriye dönülmez bir entegrasyon oluşturduğu ifadelerinden yola çıkılarak Birlikten tek taraflı çekilmenin mümkün olamayacağı dile getirilirken, “tek taraflı çekilme hakkına” olanak tanıyan ABA m. 50 nasıl ve neden kurucu antlaşmalara dahil olmuştur?

Avrupanın Geleceğine İlişkin Konvansiyon çalışmalarında Konvansiyon Başkanı Giscard d'Estaing tarafından çekilme hakkına ilişkin düzenlemenin Anayasal Antlaşmanın süresiz öngörülmesi nedeniyle gerekli olduğu belirtilmişse de gerek AB Antlaşması gerek Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşmanın süresiz olduğu düşünüldüğünde bu açıklama yetersiz kalmaktadır⁹¹. Çekilme hakkına ilişkin düzenlemenin aslında AB karşıtlarının Anayasal Antlaşma çalışmalarının hayata geçirilmesini sekteye uğratmamaları amacıyla öngörüldüğü de ileri sürülmekte olup⁹², çekilme hakkını Birlik hukuku kapsamında bir zemine oturtmak ve Birliğin demokratik yönünü güçlendirmek de öne çıkan diğer gerekçelerdir⁹³.

A. Çekilme Hakkını Hukuki Zemine Kavuşturmak

Çekilme hakkına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmeyen Birlik kurucu antlaşmalarında bu konuda açık bir düzenlemeye yer verilmesi başta belirsizliği gidermekle beraber, kendisini uluslararası hukuktan ve

⁹¹ ZBIRAL, s. 312.

⁹² ZBIRAL, s. 312.

⁹³ MALATHOUNI, s. 117-120.

diğer uluslararası örgütlerden farklı bir yere koyan Birliğin kendi hukuku çerçevesinde bu ihtiyacı karşılamasına neden olmuştur. Bunun yanı sıra çekilmeye ilişkin düzenleme ile Birlikten tek taraflı çekilmek isteyen bir devletin entegrasyon sürecini sekteye uğratmak, Birliğin işlerliğini bloke etmek gibi Birlik için çekilmeden daha ağır sonuçlar meydana getirebilecek farklı alternatiflere başvurma olasılığının da azaltılmış olduğu söylenebilir. Nitekim çekilme hakkı klasik doğal haklardan olup, Birlikten ayrılmak isteyen bir devletin bu isteğinin diğer üye devletlerce kabul edilmemesi nedeniyle üyelik sıfatının devam etmesi halinde çekilmenin alternatifi olarak başvurabileceği bir takım yollar mevcuttur⁹⁴. Her ne kadar mevcut Birlik düzenlemeleri ile bu alternatiflere başvurulmasının önüne geçilmeye çalışılmış olsa da, bu yollara başvurulması halinde ayrılmak isteyen devletin Birliği işlevsiz kılması mümkün görünmektedir.

Weiler'in detaylı bir şekilde ele aldığı bu alternatiflerin başında "pasif üyelik" adı verilen yöntem gelmektedir⁹⁵. Bu durumu en iyi açıklayan örnek, "boş sandalye krizi" olarak bilinen ve 1965 yılında Fransa'nın yedi ay süre ile Topluluk kurumlarında yer almayı reddederek karar alımını engellediği süreçtir⁹⁶. Krizin çıkış noktası, ortak tarım politikasının finansmanıdır. Ancak bu tek sebep olmayıp, Bakanlar Konseyinde kararların oybirliği yerine oy çokluğu yöntemi ile alınması da Fransa'yı rahatsız eden diğer bir konudur. Yaşanan anlaşmazlık neticesinde Fransa Temmuz 1965'den Aralık 1965 tarihine kadar Bakanlar Konseyi ve Zirve toplantılarına katılmayarak Birliği belli bir süre işlevsiz kılmayı başarmıştır. Sorun, Lüksemburg Uzlaşısı⁹⁷ olarak bilinen ve üye devletlerin "hayati ulusal çıkar" olarak gördükleri kararları veto etmelerine olanak tanıyan bir uzlaşıyla giderilmiştir. Her ne kadar Fransa'nın bu tutumu karşısında Komisyon veya diğer bir üye devlet tarafından konunun Divan'a taşınması mümkünse de, uzlaşi ile sorunun çözülmesi nedeniyle mevcut bu imkan kullanılmamıştır. Weiler, Fransa'nın bu tutumuyla üyelikten çekilmek yerine "pasif üyelik" yöntemiyle üyelikten doğan faydalardan yararlanırken, diğer üye devletlerin davranışları üzerinde etkili olmaya da devam ettiğini belirtmiştir⁹⁸. Weiler bu durumun çekilmekten

⁹⁴ HERBST, s. 1759-1760; ZBIRAL, s. 318.

⁹⁵ WEILER, s. 288-295.

⁹⁶ Lüksemburg Uzlaşısı hakkında detaylı bilgi için bkz. CHALMERS et al., s. 13 vd; LENAERTS / VAN NUFFEL, s. 494-496.

⁹⁷ Lüksemburg Uzlaşısı hakkında detaylı bilgi için bkz. CHALMERS et al., s. 13 vd; LENAERTS / VAN NUFFEL, s. 494-496.

⁹⁸ WEILER, s. 283.

daha sakıncalı olduğunu, üye devletlerin bu tarz yaklaşımlarla üyelikten doğan sorumluluklardan kaçmak suretiyle Birliğin ulaşmak istediği hedeflere ulaşmasını engel olabilecekleri gibi ilerlemesini de sekteye uğratabileceklerini belirtmektedir⁹⁹. Birliğin işleyişine engel olmak yerine Birlikten çekilmeleri istenmeyen bir sonuç olsa da Birliğin devamı için çok daha tercih edilir bir tutumdur.

Dile getirilen bir diğer yöntem ise pasif üyeliğin tam tersi olarak nitelendirilebileceğimiz “aşırı aktif üyelik”tir. Bu durumda ise üye devlet pasif kalmak yerine Birliği pasif kılacak nitelikte aktif davranarak tek taraflı düzenlemeler yapmaktadır. 1982 yılında İngiltere’nin ortak balıkçılık politikası konusundaki tutumu ve bu alanda yaptığı düzenlemeler “aşırı aktif üyelik” konusuna verilebilecek en iyi örnektir.¹⁰⁰ İngiltere, Katılım Antlaşmasının 102. maddesinde Birliğe katılım tarihinden itibaren en geç 6 yıl içerisinde Konsey’in denizlerdeki biyolojik kaynakların muhafazası ve balıkçılık kaynaklarının korunması amacıyla Komisyon önerisi üzerine harekete geçerek, balıkçılık koşullarını belirleyeceği düzenlenmiştir. Komisyonun önerisini sunmasına rağmen Konsey’de İngiltere’nin karar alma prosedürünü bloke etmesi nedeniyle uzlaşma sağlanamadığı için bir düzenleme yapılamamıştır. İngiltere, Konsey’de gerekli kararın alınmaması ve 102. maddede belirtilen sürenin dolması nedeniyle Komisyonu da bilgilendirmek suretiyle kendi balıkçılık kaynaklarını korumak üzere tek taraflı önlemler almış ve yürürlüğe koymuştur. Bunun üzerine Komisyon İngiltere aleyhine Divan’a başvurmuş ve dava İngiltere aleyhine sonuçlanmıştır. Weiler tarafından ele alınan son alternatif, “seçmeli üyelik”dir. Bu durumda ise üye devletin beğendiği düzenlemelere uyup diğerlerini göz ardı etmesi hali söz konusudur. Belirtmek gerekir ki diğer alternatifler gibi seçmeli üyeliğinde Birlik kapsamında uygulanması pek de kolay değildir. Beğenmediği düzenlemeleri göz ardı eden üye devlet aleyhine ABİHA m. 258 ve 259 uyarınca gerek Komisyon gerekse diğer bir üye devlet tarafından antlaşmadan doğan yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle yargısal denetime başvurulabilir. Her ne kadar politik endişelerle bu prosedür kimi zaman uygulamaya konulmasa da, özellikle ön karar adı verilen prosedür ile de üye devlet vatandaşları aracılığıyla üye devlet tasarruflarının Birlik hukukuna uygunluğunun denetimi yorum yoluyla olsa dahi gerçekleştirilebilmektedir. Ayrıca nihai kararı veren mahkemenin ulusal

⁹⁹ WEILER, s. 298.

¹⁰⁰C-804/79 Commission v. United Kingdom [1981] ECR 1045. Geniş bilgi için bkz. WEILER, s. 290-292.

mahkeme olması kararın icrasını kolaylaştırmaktadır. Nitekim 258 ve 259. maddeler kapsamında Divan'a başvurulması halinde üye devletin Divan kararına uymaması halinde öngörülebilecek tek yaptırım tazminat iken, ön karar prosedürü kapsamında hukukun üstünlüğünün kabul edildiği üye devletlerde ulusal mahkeme kararına uyulmaması gibi bir durum söz konusu olmayacaktır¹⁰¹.

Sonuç olarak kurucu antlaşmalar kapsamında tek taraflı çekilmeye ilişkin herhangi bir hükmün bulunmaması halinde çekilmek isteyen üye devletin bu üç alternatif yola başvurma olasılığı yüksek olup, Birliğin işleyişinin sekteye uğratılması mümkün görünmektedir. Bu nedenle Birlikten çekilmek isteyen üye devlete bu imkanın açıkça antlaşmalarda yer verilerek tanınmış olması üye devletlerin bu bahsedilen dolaylı yollara başvurmalarını engelleyerek, en azından Birlikte kalmak ve yola devam etmek isteyen üye devletler arasında entegrasyonun muhafazasına hizmet edecektir.

B. Antlaşmaların Efendileri Üye Devletler

Özellikle 90'lı yılların başından itibaren Birlik yetkilerinin genişlemesi ile birlikte Kompetenz-Kompetenz sorunu olarak bilinen AB hukuku ve ulusal hukuk ilişkileri açısından yetkinin kime ait olduğu problemi gündeme gelmeye başlamıştır¹⁰². Başta Almanya olmak üzere bir çok üye devlet yüksek mahkemelerince ele alınmış olan bu konu hakkında en dikkat çekici karar Alman Anayasa Mahkemesince ilk olarak Maastricht¹⁰³ kararında dile getirilen "Antlaşmaların Efendisinin Üye Devletler Olduğu" ifadesidir. Divan'ın ulusal mahkemelerin yetkisine müdahale eder tarzda kararlar verdiğinin düşünülmesi Alman Anayasa Mahkemesini harekete geçirmiş, Antlaşmaların Efendilerinin üye devletler olduğu belirtilmek suretiyle üye devletlerin egemenlik yetkilerinden feragat etmedikleri sadece kullanılmak üzere bir kısmını devrettikleri;bu nedenle aslında entegrasyonun açık ve maddi sınırlarının üye devletlerce belirlenebileceği ve onların görüşünün aksine hareket edilemeyeceği ifade edilmiştir¹⁰⁴. Alman Anayasa Mahkemesi'nin benzer görüşleri muhafaza ettiği 2009 tarihli Lizbon¹⁰⁵ kararından da anlaşılmaktadır.

¹⁰¹ WEILER, s. 296-298.

¹⁰² SOYKAN, s. 66.

¹⁰³ Brunner v. The European Union Treaty, Bundesverfassungsgericht, 12 Ekim 1993 [1994] I CMLRep. 57.

¹⁰⁴ ARSAVA, s. 78.

¹⁰⁵ Lizbon Kararı, Bundesverfassungsgericht, 2 BvE 2/08, 30 June 2009, (http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20090630_2bve000208en.html, erişim 28 Eylül 2013).

Anayasa Mahkemesi bu kararda da Avrupa entegrasyonuna yön verenlerin ve antlaşmalar üzerinde nihai kontrolün üye devletlere ait olduğunu belirtmek suretiyle “Antlaşmaların Efendileri” vurgusunu yinelemiştir¹⁰⁶.

Her ne kadar Divan aksi görüşü savunsa da bu kararlar kapsamında üye devlet üst derece mahkemelerinin Birliğe devredilen yetkilerin geri alınmasının mümkün olduğunu ve üye devletlerin diledikleri zaman Birlikten de ayrılmak hakkına sahip olduklarını kabul ettikleri sonucuna varılmaktadır.

Bunun yanısıra yapılan her tadil antlaşmasıyla Birlik kapsamında oybirliği ile karara bağlanacak konuların sayısının azaltılarak, nitelikli çoğunluk sisteminin ağırlıklı olarak kabul edilmesi, üye devletlerin önceden sahip oldukları veto yetkisini ortadan kaldırarak, kesinlikle karşı oldukları bir konu hakkında etkisiz olmalarına neden olmuştur. İşte bu noktada çekilme hakkının antlaşma metinlerine dahil edilmesi suretiyle üye devletlerin eşitlik, egemenlik ve self-determinasyon haklarına sahip olduğu vurgusu yapılarak, üye devletlerin Antlaşmaların Efendileri olarak muhafaza edildiği söylenebileceği gibi¹⁰⁷, alınan kararı beğenmemeleri halinde veto etme yetkisinin yerine çekilme hakkını kullanabileceklerdir¹⁰⁸. Nitekim ABA m. 50 kapsamında Birlikten çekilmek isteyen her üye devlete herhangi bir önkoşul getirilmeksizin bu hak tanınmış olup, bu konuda en hassas kararlara imza atan Alman Anayasa Mahkemesi, çekilme hakkına ilişkin düzenlemenin antlaşmalara dahil olmasından duyduğu memnuniyeti yine Lizbon kararında dile getirmiştir¹⁰⁹.

C. Demokrasi

Konvansiyon Başkanlık Divanı tarafından dile getirildiği üzere çekilme hakkına ilişkin düzenlemenin Birliğin, dahil olduktan sonra çıkılması mümkün olmayan katı bir yapı olduğu eleştirisine yönelik siyasi bir yanıt olarak öngörüldüğü belirtilmiştir¹¹⁰. Bilindiği üzere Birlik, AB karşıtları tarafından çekilme hakkına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle sıkça ulusların hapisanesi olmakla itham edilmekte ve bu durum kimi zaman iç politika aracı olarak da kullanılmaktadır¹¹¹. Getirilen düzenlemenin Birliğin

¹⁰⁶ DOUKAS, s. 871; MİNDEK, s.6-7.

¹⁰⁷ HOFFMEISTER, s. 592

¹⁰⁸ HOFFMEISTER, s. 16.

¹⁰⁹ BLAGOEV, s. 234.

¹¹⁰ MALATHOUNI, s. 117.

¹¹¹ BERGLUND, s.153-154.

güvenilirliğinin yanı sıra daha demokratik olmasına da katkı sağlayacağı ve Birliğin üye devletlerle olan ilişkilerinde daha az hegemonyacı, daha çok liberal bir görünüme kavuşmasına hizmet edeceği ileri sürülmektedir¹¹².

Çekilme hakkına ilişkin düzenlemeyle bir yandan Birliğin demokratik yüzü güçlendirilirken diğer taraftan “ulusların hapishanesi” gibi yıpratıcı olumsuz eleştirilerden etkilenmemesi amaçlanmıştır.

IV. Çekilme Hakkının Avrupa Birliğine Olası Etkileri

Çekilme hakkının Birlik kurucu antlaşmalarına dahil edilmesi yukarıda ele aldığımız ihtiyaçları gidermek amacıyla öngörülmüş olsa da bu düzenlemenin ilk anda, Birliğin temel amaçlarından biri olan Avrupa halkları arasında giderek daha sıkı hale gelen bir Birlik oluşturmak hedefine giden yolda bir takım sakıncaları da beraberinde getireceği olasılığı devam etmektedir. Nitekim, çekilme hakkının üye devletlerce bir pazarlık aracı olarak kullanılmasının önüne geçilmesi ve çekilme hakkının “a la carte” üyeliğe yol açacak şekilde kullanımına izin verilmemesi Birliğin geleceği açısından önem taşımaktadır.

A. Pazarlık Aracı Olarak

Anayasal Antlaşmanın hazırlık aşamasında Komisyon, antlaşmalarda çekilme hakkına ilişkin bir düzenleme yapılması halinde ulusal çıkar, iç siyaset gibi nedenlerle üye devletlerin her fırsatta bu maddeye dayanarak hoşnut olmadıkları Birlik düzenlemeleri karşısında Birliği çekilmek ile tehdit edebileceklerini ve bu suretle yapılacak düzenleme üzerinde istedikleri değişikliklerin yapılmasını sağlamaya çalışabileceklerini ileri sürmüştür. Komisyon’un bu görüşünde pek de haksız olmadığı son yıllarda İngiltere’nin Birlikten çekilme konusunu tekrar gündeme getirmesiyle doğrulanmıştır.

İngiltere, Birliğe katıldığı ilk günden itibaren entegrasyonun her alana yayılmasına karşı çıkmış ve mümkün olduğunca bundan uzak durmuştur. Nitekim, Schengen alanına dahil olmadığı gibi, halen kendi para birimini muhafaza etmektedir. Ancak Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesiyle birlikte ortak politika alanlarının genişlemesi özellikle sosyal politika konusunda Birliğin yaptığı düzenlemelerden rahatsızlık duyması, yaşanan Euro krizi neticesinde her ne kadar kendisi euro alanına dahil olmasa da 25 üye devlet tarafından imzalanan ve kendisinin imzalamayı reddettiği “Bütçe Pakti” İngiltere için bardağı taşıran son damla olmuştur. Bütçe açığı

¹¹² MALATHOUNI, s. 117.

ve kamu borcuna sınırlar getiren ve ülke bazında yaptırımları olan “Bütçe Paktı” uyarınca, üye devletlerin bankaları belli kurallara göre Avrupa Birliği Merkez Bankasınca denetlenebilecek, hatta gerekirse kapatılabilecektir¹¹³. İngiltere açısından Euro alanına katılmaktan bile daha kabul edilemez olan bu düzenlemenin yanı sıra iç siyasette yaşanan gelişmeler sonucu Başbakan Cameron, 2015 yılında yapılacak seçimler neticesinde Birlik üyeliğine devam edip etmeme konusunu referanduma sunacağını beyan etmiştir.

İngiltere’nin Birlikle olan asıl meselesi Birliğe devrettiği yetkilerin bir kısmını geri istemesidir. Bu amaçla Birlikle olan üyelik ilişkisinin yeniden gözden geçirilmesini talep etmekte ve yapılacak bu görüşmenin neticesinde çekilme konusunun referanduma götürüleceği anlaşılmaktadır¹¹⁴. Diğer bir deyişle İngiltere taleplerinin Birlik tarafından kabul edilmesi halinde referanduma başvurmayabilecektir.

Kurucu Antlaşmalarda çekilme hakkına ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı dönemlerde dahi Birliğin çekilme tehdidi ile karşı karşıya kaldığı bilinmektedir. Zira, İngiltere’nin Birliği çekilmek ile tehdit ettiği ilk olay bu olmayıp 1974 yılında da İngiltere’nin Birliğe katılım şartlarının yeniden görüşülmesi amacıyla çekilme pazarlık aracı olarak kullanılmış ve bu tehdit işe yaramıştır. Benzer bir tehdit “boş sandalye krizi” olarak bilinen ve Fransa’nın Birlikte karar alımını engellediği girişimdir¹¹⁵. Nitekim bu krizin ardından Fransa’nın talep ettiği koşulları içeren Lüksemburg Uzlaşısı imzalanmıştır.

Ancak 1978 ve 1984 yıllarında Avrupa Parasal Sistemi ve Avrupa Tek Senedi görüşmelerinde İngiltere’nin yine çekilme olasılığını dile getirmesi aynı etkiyi yaratmamış, bu sefer girişim başarısızlıkla sonuçlanmıştır. İngiltere’nin çekilme tehdidinin sonraki iki olayda etkili olmamasının nedeni olarak entegrasyonun derinleşmesi ve her üye devletin Birlikten çekilmeleri halinde katlanacakları maliyetin ne olacağı konusundaki farkındalıklarının artmış olması gösterilmektedir¹¹⁶.

Diğer bir deyişle çekilme tehdidi ile karşılaşıldığında tarafların davranışını belirleyecek olan çekilmenin taraflara getireceği maliyet ve

¹¹³ ÖZEL, s. 1.

¹¹⁴ CORBETT, s. 1; de SCHOUTHEETE, s. 3.

¹¹⁵ SCHNEIDER/CEDERMAN, s. 638-639.

¹¹⁶ SHORTEN, s. 7.

tehdidin inandırıcılığıdır¹¹⁷. Dolayısıyla, fayda ve zarar denklemi çekilmek isteyen devletin kararını belirleyecek olup, aynı zamanda diğer devletlerin çekilmek isteyen devleti gözden çıkarıp çıkaramayacaklarını belirlemede de en önemli veridir¹¹⁸. Çekilme halinde Birliğin bu ayrılıktan zarar göreceği kesin olan durumlarda çekilme tehdidi etkili bir pazarlık aracı olabileceği gibi, tersi durumda bu tehdit dikkate bile alınmayabilir. Her durumda kesin olan tek şey ise pazarlık aracı olarak çekilme hakkının kullanılacağı ileri sürülmesinin üye devletler arasındaki dayanışma ilkesini zedeleyeceği ve güvensizlik yaratacağıdır¹¹⁹. Birlik antlaşmalarında çekilme hakkına ilişkin düzenleme olmadığı dönemlerde dahi üye devletlerce pazarlık aracı olarak ileri sürülen bu durumun Antlaşmalar kapsamında hukuki zemine kavuşturulmuş olması İngiltere örneğinden de anlaşılacağı gibi üye devletlerce daha sık tehdit aracı olarak kullanılabilmesi şüphesini kuvvetlendirmekte ise de gelen entegrasyon düzeyinde çekilme hakkı üye devletlerce Birlik ile ters düştikleri her durumda başvurabilecekleri bir alternatif gibi görünmemektedir.

B. AB Entegrasyonunun Geleceği

Gerek AB gerek ABİHA antlaşmalarının başlangıç kısımlarında ayrıca AB Antlaşmasının 1. maddesinde belirtildiği üzere Avrupa Birliği'nin temel amaçlarından birisi "Avrupa halkları arasında giderek daha sıkı hale gelen bir birlik" oluşturmaktır. Kuruluşundan bugüne Birlikte yaşanan gelişmeler gözönüne alındığında Birliğin yetki ve faaliyet alanının ve buna bağlı olarak kurumsal yapı içinde meydana gelen değişikliklerin yürürlüğe giren her tadil antlaşmasıyla arttırıldığı gözönüne alındığında "daha sıkı hale gelen bir birlik" ifadesinin Birlik üzerindeki etkisi daha net anlaşılmaktadır. İmzalanan her tadil antlaşmasıyla artan Birlik yetkisi, üye devletlerin hakimiyet alanlarına bir tehdit olarak algılanıp itirazlar yükselse de Anayasal Antlaşma dışında ki tüm antlaşmalar bir şekilde yürürlüğe girmiştir. Zira Anayasal Antlaşma hayata geçirilememiş olsa da yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması Anayasal Antlaşmada yer verilen düzenlemelerin neredeyse tamamını aynı şekilde muhafaza etmektedir. Dolayısıyla yapılan her reform antlaşmasıyla Antlaşmalarda belirtilen daha sıkı bir birlik hedefine bir adım daha yaklaşıldığı ve bu hedeften vazgeçilmediği sonucuna varmak mümkündür.

¹¹⁷ ZBIRAL, s. 317-319; BERGLUND, s. 162; MALATHOUNI, s.122.

¹¹⁸ LECHNER / OHR, s. 359-362.

¹¹⁹ SHORTEN, s.15.

Lizbon Antlaşmasıyla getirilen düzenlemelerle Birlik yetkilerinde meydana gelen artış, üye devletlerin Birlikle paylaştıkları hakimiyet alanlarında da genişlemeye neden olmuş ve bir çok yeni alanda da hakimiyet yetkilerini Birlikle paylaşmak durumunda kalmışlardır. Artan entegrasyon düzeyinin doğal bir sonucu olan bu durumun özellikle entegrasyon yanlısı olmayan üye devletleri rahatsız ettiği de bilinen bir gerçektir. Çekilme hakkına ilişkin düzenlemenin Antlaşmaya dahil edilmesi ile artan yetkilerden rahatsız olan üye devletlerin bu hükme başvurusunun önünü açmış olup, üye devletler ilgili hükme başvurmak suretiyle kolaylıkla Birlikten ayrılabilirlerdir. “Daha sıkı bir Birlik” hedefine zıt bir hüküm olarak nitelendirilebilecek olan AB m. 50’nin, çekilme hakkına başvuracak üye sayısının çok olması halinde entegrasyonun dağılma riskini beraberinde getireceği düşünülebilir¹²⁰. Ancak çekilme hakkına başvuruda belirleyici olan faktörün fayda ve zarar dengesi olduğu gözönüne alındığında Birlik ile yapılacak çekilme anlaşmasının önemi artmaktadır. Çekilmek isteyen devlet ile Birlik arasındaki ilişkilerin geleceğini belirleyecek olan çekilme anlaşmasının içeriğine ilişkin düzenleme oldukça muğlak olup, bu durumun özellikle tercih edildiği çekilmek isteyen devletin Birlikle olan entegrasyon düzeyine göre anlaşmanın içeriğinin oluşturulacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla yapılacak anlaşmada taraflar arasında belli oranda işbirliğinin muhafaza edilmesi söz konusu olup, bunun düzeyi önem arz etmektedir. Diğer bir deyişle yapılacak anlaşma ile çekilmek isteyen devlete Birlik bütünleşme konuları “a la carte”¹²¹ menü olarak sunulup, dilediği konularda işbirliğine izin verilmesi diğer üye devletler üzerinde de özendirici bir etki yaratabileceği gibi “daha sıkı bir Birlik” amacına da ters düşecektir¹²². Zira AB m. 50’nin getirilme amacının bu olmadığı düşünülmekle beraber, çekilme nedeniyle her iki tarafın da zarara uğrayacakları konular üzerinde işbirliği alternatiflerini değerlendirecekleri akla yatkın gelmektedir. Aksi durum çekilmek isteyen devletin bir nev’i ödüllendirilmesi sonucunu doğuracağı için diğer üye devletleri de bu yolu tercih etme konusunda cesaretlendirebilir.

Her ne kadar “daha sıkı bir Birlik” amacına ters gibi görünse de çekilme hakkına Antlaşmalarda yer verilmiş olmasının entegrasyonun daha ileri bir seviyeye ulaşmasına da hizmet edebileceği düşünülebilir. Nitekim entegrasyonun ulaştığı düzeyden rahatsız olan üye devletlerin Birlikten

¹²⁰ HOFMEISTER, s. 599.

¹²¹ Geniş bilgi için bkz. MAJONE, s. 228 vd.; von ONDORZA, s. 7-9.

¹²² HOFMEISTER, s. 599.

çekilmeleri halinde Birlik içerisinde kalan üye devletlerin üzerinde uzlaşma sağladıkları her konuda entegrasyon düzeylerini arttırmaları önünde herhangi bir engel kalmamış olacaktır. Dolayısıyla çekilme hakkının entegrasyonun geleceği konusunda olumlu ve olumsuz etki yaratması mümkün olup, hangi etkinin geçerli olacağını belirleyecek olan çekilen devletin Birlik ile kuracağı işbirliği ilişkisidir.

SONUÇ

Anayasal Antlaşma Taslağına kadar Antlaşmalarda yer almayan çekilme hakkına ilişkin düzenleme Lizbon Antlaşmasıyla yürürlüğe girmiş ve hiç bir kısıtlama olmaksızın tüm üye devletlerin bu hükme başvurusu mümkün kılınmıştır. Birliğin oluşumundan tam 52 yıl sonra yürürlüğe girmiş olsa da çekilme hakkının ilk günden üzerinde tartışılan bir konu olduğu ancak Antlaşmalara bilinçli olarak dahil edilmediği söylenebilir. Nitekim Avrupa halkları arasında daha sıkı bir Birlik kurmak hedefiyle yola çıkılan entegrasyon sürecinde ilk andan çekilmeden bahsedilmesi Birliğin ulaşmak istediği entegrasyon hedefiyle bağdaşmamaktaydı. Lizbon Antlaşmasına kadar geçen süreçte her ne kadar Antlaşmalarda çekilme hakkı tanınmamış olsa da, bütün üye devletlerin rıza göstermesi halinde çekilmenin mümkün olduğu bunun dışında Viyana Antlaşmalar hukuku Sözleşmesinin ilgili hükümlerine başvurmak suretiyle çekilme talebinde bulunulsa da ilgili maddelerin Birlik Antlaşmalarına uygulanamayacağı düşünülmektedir. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın farklı kararlarda yapmış olduğu yorumlar da bu fikri doğrular niteliktedir.

Birliğin bugün ulaştığı entegrasyon düzeyine bakıldığında bu düzeye çok da kolay ulaşılmadığı çoğu zaman bu süreçte Birliğin de bazı tavizlerde bulunduğu bilinmektedir¹²³. Nitekim Maastricht Antlaşmasıyla gelen üç sütunlu yapı, ortak politika alanlarının artırılması, Divan tarafından ortaya konulan öncelik ilkesi gibi kavramların üye devletlerce kabul edilmesinde sıkıntı yaşanılması “katmanlı yetki ilkesi”¹²⁴ adı verilen düzenlemenin de Antlaşmaya dahil olmasını sağlamıştır¹²⁵. Görüldüğü üzere entegrasyon sürecinin daha ileriye götürülmesi kimi zaman üye devletler lehine farklı düzenlemelerin de gündeme gelmesine neden olabilmekte bu suretle Birlik ve üye devletler arasında denge sağlanmaya çalışılmaktadır. Benzer bir durum

¹²³ DAMMANN, s. 143-144.

¹²⁴ Katmanlı yetki ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. De NORIEGA, s. 113; HARTLEY, s. 122; CRAIG/DE BURCA, s. 94.

¹²⁵ DAMMANN, s. 143-144.

Divan'ın malların serbest dolaşımına ilişkin meydana getirdiği *Dassonville*¹²⁶ formülünde de yaşanmış olup, oldukça geniş bir yorum yöntemiyle nerdeyse üye devletlerin her düzenlemesini eş etkili tedbirler kapsamında değerlendiren Divan, *Keck*¹²⁷ kararı ile bu duruma üye devletler lehine bir sınırlama getirmiştir¹²⁸. Aslında çekilme hakkına ilişkin düzenlemeye de bu pencereden bakmak yerinde olabilir. Anayasal Antlaşma Taslağı başta ismi olmak üzere sembolik de olsa bir çok federatif unsurlar taşıyan bir Antlaşmadır. Her ne kadar içerisinde çekilme hakkına yer verilmiş olsa da özellikle taşıdığı federatif unsurlar nedeniyle üye devletlerin çok fazla tepkisini çekmiş ve sonuçta yürürlüğe girememiştir. Lizbon Antlaşmasına bakıldığında dikkati çeken Anayasal Antlaşmada yer verilen düzenlemelerin bir çoğunun muhafaza edilmesine rağmen Antlaşmanın yürürlüğe girmiş olmasıdır. Bunun en önemli nedenlerinden biri olarak bahsedilen federatif unsurların antlaşmadan çıkarılmış olması ve çekilme hakkının muhafaza edilmiş olması gösterilebilir. Nitekim, Lizbon Antlaşmasında yer verilen düzenlemeler ile entegrasyon çok daha ileri bir düzeye ulaştırılırken, üye devletlere tanınan çekilme hakkı ile bu durumdan rahatsız olabilecek üye devletlere de çıkış imkanı tanınmıştır. Diğer bir deyişle üye devletlere egemenlik yetkilerinin bir kısmını Birliğe devretmiş olsalar da halen Antlaşmaların Efendileri olduklarının garantisini verilirken, Birliğin isteğe bağlı bir örgüt olduğu vurgusu da yapılmıştır.

Çekilme hakkına Antlaşmalarda yer verilmesi bu konudaki belirsizliği gidermekle beraber çekilme konusunu hukuki bir zemine kavuşturmuş olsa da, üye devletlerin tanınan bu hakka başvurmasında etkili olacak şey Birlik üyeliğinden elde edilen fayda-zarar analizidir. Dolayısıyla Birlikten ayrılmanın maliyeti getireceği faydadan daha fazla olduğu durumlarda hiç bir üye devletin Birlikten çekilmek istemeyeceği açıktır. Bugün ulaşılan entegrasyon düzeyi düşünüldüğünde üye devletlerin çekilmeleri halinde hatırı sayılır menfaat kaybına uğrayacakları da aşıkardır. Aynı risk Birlik açısından da geçerli olup, özellikle büyük devletlerin çekilmek istemesi halinde belli politika alanlarında güç kaybedilmesi ve kapsamlı bir Antlaşma değişikliğine gidilmesi muhtemeldir¹²⁹. ABA m.50'de yer verilen çekilme anlaşmasıyla bu tür olumsuzlukların da mümkün olan en hafif şekilde atlatılması hedeflenmiştir.

¹²⁶ Case 8/74, Procureur du Roi v. Benoît & Gustave Dassonville, [1974] E.C.R. 837; Dassonville formülü hakkında geniş bilgi için bkz. WOLF, s. 96; BARNARD, s. 74.

¹²⁷ Cases 367-268/91, Keck & Mithouard Cases, [1993] ECR I-6097.

¹²⁸ DAMMANN, s. 143-144.

¹²⁹ EMMANOULIDIS, s. 14 vd.

Sonuç olarak, Birliğin ulaşmak istediği amaca ters bir kavram olarak görünse de Antlaşmalarda yer verilen çekilme hakkı ile daha sıkı bir Birlik olma yolunda devam etmek istemeyen üye devletlerin Weiler’ın da belirttiği gibi farklı alternatiflere başvurmak suretiyle entegrasyonu sekteye uğratmaları yerine ABA m. 50’ye dayanarak Birlikten çekilmelerine imkan sağlanmış olup, çekilme hakkı konusundaki belirsizlik giderilerek Birliğin demokratik yönünün güçlendirildiği düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- ARSAVA, Fusun, “Üye Devletlerin Anayasa Tasarısı Işığında Statüsü ve Etki Olanakları”, Uluslar arası Hukuk ve Politika, C. 2, S. 1, 2006, s. 77-90.
- ATHANASSIOU, Phoebus, “Withdrawal and Expulsion from the EU and EMU, Some Reflections, European Central Bank Legal Working Paper Series, No.10, 2009, s. 1-48.
- BARNARD, Catherine, The Substantive Law of the EU: Four Freedoms, Oxford University Press, Oxford, 2013
- BAYKAL, Sanem, “Avrupa Birliği Hukuku”, (<http://v2.etcf.org.tr/TR/Genel/BelgeGoster.aspx?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B2EF34A6A1C05169DACA>, erişim 15 Nisan 2014).
- BERGLUND, Sara, “Prison or Voluntary Cooperation? The Possibility of Withdrawal from the European Union”, Scandinavian Political Studies, C. 29, Sa. 2, 2006, s. 147-167.
- BLAGOEV, Boyko, “Expulsion of a Member State from the EU after Lisbon: Political Threat or Legal Reality?”, Tilburg Law Review, C. 16, 2011, s. 191-237.
- CHALMERS, Damian / HADJIEMMANUIL, Christos / MONTI, Giorgio / TOMKINS, Adam, European Union Law, Cambridge University Press, 2007.

- CORBETT, Richard, “Cameron’s double blackmail”, (<http://www.richardcorbett.org.uk/camerons-double-blackmail/>, erişim 11 Nisan 2014).
- CRAIG, Paul / De BURCA, Grainne, EU Law: Texts, Cases and Materials, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- DAMMANN, Jens C., “The Right to Leave the Eurozone “, Texas International Law Journal, C. 1, Sa. 2, 2013, s. 125-155.
- De NORIEGA, Antonio Estella, The EU Principle of Subsidiarity and Its Critique, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- De SCHOUTHEETE, Philippe, “Institutional Reform in the EU”, European Policy Brief, No.19, 2014, s. 1-8 (<http://www.egmontinstitute.be/wp-content/uploads/2014/03/EPB19.pdf>, erişim 11 Nisan 2014).
- De WAELE, Henri, “The European Union on the Road to a New Legal Order-The Changing Legality of Member State Withdrawal”, Tilburg Foreign Law Review, C. 12, 2005, s. 169-178.
- DIXON, Martin, Textbook on International Law, b. 6, Oxford 2007.
- DOĞAN, İlyas, Devletler Hukuku, b. 2, Ankara 2013.
- DOUKAS, Dimitrios, “The Verdict Of the German Federal Constitutional Court on the Lisbon Treaty: Not guilty, but don’t do it again!”, European Law Review, C. 34, 2009, s. 866-888.
- DÖRR, Oliver / SCHMALENBACH, Kirsten, Vienna Convention on Law of Treaties, A Commentary, Springer, Heidelberg, 2012.
- EMMANOUILIDIS, Janis A., “Institutional Consequences of Differentiated Integration”, Bertelsmann Foundation and the Center for Applied Policy Research (C·A·P) Discussion Papers, 2007, s. 1-17.
- FRIEL, Raymond, “Secession from the European Union: Checking out of the Proverbial Cockroach Motel”, Fordham International Law, C. 27, Sa. 2, 2003, s. 590-641.
- FRIEL, Raymond, “Providing a Constitutional Framework for Withdrawal from the EU: Article 59 of the Draft European Constitution”, International and Comparative Law Quarterly, C. 32, Sa. 2, 2004, s. 407-428.

- GÜNDÜZ, Aslan, Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler, Örnek Kararlar, b. 5, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.
- HARBO, Florentina, “Secession Right – an Anti-Federal principle? Comparative Study of Federal States and the EU”, *Journal of Politics and Law*, C. 1, Sa. 3, 2008, s.133-148.
- HARHOFF, Frederik, “Greenland’s Withdrawal from the European Communities”, *Common Market Law Review*, C. 20, Sa. 1, 1983, s. 13-33.
- HARTLEY, Trevor, *The Foundations of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- HILL, John, “The European Economic Community: The Right of Memberstate Withdrawal”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, C. 12, 1982, s. 335-357.
- HOLZNER, Burkart / HOLZNER, Leslie, *Transparency in Global Change*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 2006.
- LENAERTS, Koen / VAN NUFFEL, Piet, *European Union Law*, Sweet&Maxwell, b. 3, 2010.
- LECHNER, Susanne / OHR, Renate, “The Right of Withdrawal in the Treaty of Lisbon: a game theoretic reflection on different decision processes in the EU”, *European Journal of Law and Economics*, C. 32, Sa. 3, 2011, s. 357-375.
- MAJONE, Giandomenico, *Rethinking the Union of Europe Post-Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge 2014.
- MALANCZUK, Peter, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, Routledge, New York, 1997.
- MALATHOUNI, Eliza, “Should I Stay or Should I Go?: The Sunset Clause As Self Confidence or Suicide”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, C. 15, 2008, s. 115-124.
- MASON, Kevin, “European Communities Commission-Greenland-EC Commission Draft Approves Withdrawal of Greenland from the European Community and Proposes Terms for Economic Reassociation”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*,

C. 13, Sa. 3, 1983, s. 865.

- MİNDEK, Can, “Federal Almanya Anayasa Mahkemesi’nin Lizbon Antlaşması Kararı Üzerine Bir Değerlendirme”, İktisadi Kalkınma Vakfı, (http://www.ikv.org.tr/images/upload/data/files/1-federal_almanya_anayasa_mahkemesi-can_mindek-temmuz_09.pdf, erişim 28 Temmuz 2011).
- ÖZDEMİR Haluk, “İngilizler ve Avrupa Bütünleşmesi”, Ankara Strateji Enstitüsü, (<http://www.ankarastrateji.org/yazar/doc-dr-haluk-ozdemir/ingilizler-ve-avrupa-butunlesmesi/>, erişim 11 Nisan 2014).
- ÖZEL, Saruhan, “İngiltere Sonunda Yol Ayrımına Geldi”, (http://www.zaman.com.tr/saruhan-ozel/ingiltere-sonunda-yol-ayrimina-geldi_2044109.html, erişim 15 Nisan 2014).
- PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, b. 11, Ankara 2012.
- SCHNEIDER, Gerald / CEDERMAN, Lars-Erik, “The Change of Tide in Political Cooperation: A Limited Information Model of European Integration”, International Organization, C. 48, Sa. 4, 1994, s. 633-662.
- SHORTEN, Andrew, “Constitutional Secession Rights, Blackmail threats and multinational democracy”, 2010, s. 1-16 (http://eis.bris.ac.uk/~plcdib/territory/papers/shorten_blackmail.pdf, erişim 15 Kasım 2013).
- SOYKAN, Hacer, Avrupa Topluluğu Hukukunun Üye Ülkelerde Uygulanmasında Ulusal Mahkemeler ve Avrupa Toplulukları Adalet Divanı İlişkisi, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2005.
- VAUBEL, Roland, “Secession in the European Union”, Economic Affairs, C. 33, sa. 3, 2013, s.288-302.
- VILLIGER, E. Mark, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.
- Von ONDORZA, Nicolai, “Strengthening the Core or Splitting Europe? Prospects and Pitfalls of a Strategy of Differentiated Integration”, SWP Research Paper, 2013, s. 1-34 (http://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/research_papers/2013_RP02_orz.pdf, erişim 11 Nisan 2014).
- WEISS, Friedl, “Greenland’s withdrawal from the European

Communities”, *European Law Review*, C. 10, 1985, s. 173-185.

- WEILER, Joseph, H. H., “Alternatives to Withdrawal from an International Organization: The Case of the European Community”, *Israel Law Review*, C. 20, 1985, s. 282-298.
- WOLF, Susan, *Briefcase on European Community Law*, Cavendish Publishing, London, 1999.
- WYROZUMSKA, Anna, “Withdrawal from the Union”, BLANKE, Herman-Joseph / MANGIAMELI, Stelio, (eds.) *The European Union After Lisbon*, Springer, Almanya 2012.
- ZBRIAL, Robert, “Searching for an optimal Withdrawal Clause for the European Union”, NIEDOBIEK, Matthias / ZEMANEK, (eds.) Jiří, *The Constitutional Treaty-A Critical Appraisal*, Berlin: Duncker & Humblot, 2007, s. 298-328 (<http://ssrn.com/abstract=2081662>, erişim 11 Ekim 2013).

TÜRK TİCARET KANUNU UYGULAMALARINDA GEMİ ALACAKLISI HAKKININ BİR UNSURU OLARAK HAKKIN SAHİBİ

Nil Kula DEĞİRMENCİ*

ÖZET

Gemi alacaklısı hakkı, denizyolu taşımacılığında kanuni rehin hakkı tesis eden haklardan biridir. Gemi alacaklısı hakkını diğer haklardan ayıran en önemli özellikleri; önceliği, takip edilebilirliği ve devredilebilirliğidir. Gemi alacaklısı hakkının unsurlarını ise, mülga ve hâlihazırda yürürlükte olan Türk Ticaret Kanunu'nun ve taraf olunan milletlerarası sözleşmelerin ilgili hükümleri uyarınca belirleneceği üzere, hakkın; konusu, kapsamı, borçluları ve sahipleri teşkil etmektedir. Çalışmada gemi alacaklısı hakkının hukuki niteliği, özelliği ve unsurları ilgili normlar çerçevesinde incelenmekte ve hakkın özelliklerinden biri olan devredilebilirliği, unsurlarından biri olan sahiplerinin belirlenmesi noktasında özellikle eski ve yeni Türk Ticaret Kanunu uygulamaları ile Borçlar Kanunu genel hükümleri çerçevesinde değerlendirilmektedir. Gemi alacaklısı hakkının sahiplerinin belirlenmesinde asıl önemli sorun, bu alacakların sahiplerine bir üçüncü kişi tarafından ödenmesi durumunda, ödemedede bulunan bu üçüncü kişinin gemi alacaklısı hakkının sahibi sıfatını haiz olup olmayacağıdır. Çalışmada bu sorun yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 1325. maddesi ile getirilen açık hüküm kapsamında değerlendirilmiş ve hükmün soruna çözüm getirip getirmediği tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Gemi Alacaklısı Hakkı, Türk Ticaret Kanunu, Kanuni Rehin, Milletlerarası Sözleşme.

THE OWNER OF THE MARITIME LIEN AS ITS COMPONENT IN TERMS OF TURKISH COMMERCIAL CODE APPLICATIONS

ABSTRACT

Maritime lien is one of the legal liens used in maritime transportation. Most important qualifications of the lien that differs it from other rights are, its; priority, pursuance and assignment. Related articles of obsolete and effective Turkish Commercial Code and international agreements determine the components of the maritime lien as its; subject, concept, debtors and owners. In the study legal aspects, qualifications and components of maritime lien will be examined within the related norms and the assignment of the lien will be evaluated in terms of oldest and newest

* Yrd. Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi, Denizcilik Fakültesi, Lojistik Yönetimi Bölümü, Öğretim Üyesi.

Turkish Commercial Code applications and general articles of Law of Obligations, in order to determine its owners. The problem in the identification of the owners of the vessel lien is gaining the “owner of the vessel lien” title for the third people who made the payment. This problem has been evaluated through article 1325 of the new Turkish Commercial Code and it has been discussed whether the article has dissolved the problem or not.

Keywords: *Maritime Lien, Turkish Commercial Code, Legal Lien, International Agreement.*

GİRİŞ

Denizyolu taşımacılığının yükselen önemi ve denizyolu ile taşınan yüklerin hacim ve değerlerinin her geçen gün artması, bu taşımacılıkta karşılaşılabilecek risklere karşı tarafların korunabilmesi amacıyla devletlerin birtakım düzenleyici işlemlerde bulunmalarını gerektirmiştir. Nitekim küreselleşen dünyada en çok tercih edilen uluslararası taşıma sistemi olan denizyolu taşıma sistemi taraflarının genelde birbirine uzak mesafelerde bulunması, bu tarafların haklarının korunabilmesini ve özellikle alacaklarını ileri sürebilmelerini kolaylaştırıcı bir takım tedbirler alınması gereğini doğurmuştur.

Milletlerarası sözleşmelere uygun olarak Türk hukukunda gemi alacaklısı hakkının tanınması, hakkın sahiplerine, borçlularına karşı ileri sürebilecekleri birtakım üstün haklar tanımaktadır. Bu şekilde hakkın sahipleri; alacaklarını ‘gemi’ üzerinden takip edebilme, haklarını diğer haklara göre öncelikli olarak ileri sürebilme ve bu hakkı devredebilme imkânını haizdirler. Bu hakların üstünlüğü, gemi alacaklısı hakkının kanuni rehin hakkı bahşeden haklardan olmasından ileri gelmektedir. Nitekim gemi alacaklısı hakkı 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) 1235., 6102 sayılı TTK’nın ise 1320. maddesinde yer alan alacakların oluşması ile ve bunlarla sınırlı olmak üzere doğmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde bu nedenle; rehin hakkı ile hakkın bahsettiği üstünlükler, hakkın denizyolu taşımacılığındaki yeri ve özellikle gemi alacaklısı hakkı işaret edilmek suretiyle değerlendirilmektedir.

Gemi alacaklısı hakkının ilgili normlarda yer alan hükümler doğrultusunda unsurları; hakkın konusu, hakkın kapsamı, hakkın borçluları ve hakkın sahibi olarak tespit edilmektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde de gemi alacaklısı hakkı kavramı ve hukuki niteliği, ilgili ulusal ve milletlerarası normlar uyarınca tespit edilen unsurları ile birlikte incelenmektedir.

Çalışmanın son bölümünde ise gemi alacaklısı hakkının son unsurunu teşkil eden hakkın sahibi, hakkın özelliklerinden biri olan devredilebilirliği çerçevesinde 6762 sayılı TTK uygulaması ile 6102 sayılı TTK lafzı uyarınca açıklanmaktadır. Gemi alacaklısı hakkının sahibinin, gemi alacağını doğuran ve kanunda belirtilen hallerle sınırlı olan hizmetleri sunan kişi olduğu tespit edilse de, bu çalışmada amaç; bu kişiye gemi için ödemede bulunan üçüncü kişinin de hakkın sahibi konumuna gelip gelmediğini incelemektir. Nitekim 6762 sayılı TTK döneminde, gemi alacaklısı hakkının devredilebilirliğine ilişkin açık hüküm de bulunmadığından, hakka neden olan alacağın bir üçüncü kişi tarafından ödenmesi durumunda bu üçüncü kişinin hakkın sahibi olması, alacağın kanuni temlikine ve bunun bir görünüş biçimi olan halefiyete ilişkin Borçlar Kanunu (BK) hükümleri dolayısıyla mümkün hale gelebilmekteydi. Ancak 6102 sayılı TTK, bu konuda ortaya çıkan tereddütleri ortadan kaldırmak amacıyla 1325. maddesinde sevk ettiği açık hüküm ile BK genel hükümlerine atıfta bulunulmasına gerek olmaksızın, gemi alacaklısı hakkı konusuna dahil olan bir alacağın üçüncü kişi tarafından ödenmesi durumunda bu kişinin hakkın sahibi sıfatı kazanabilmesine imkan tanımış ve bu şekilde alacağın kanuni temlik örneklerine bir yenisinin daha eklenmesini sağlamıştır.

1. REHİN HAKKI VE DENİZYOLU TAŞIMACILIĞINDAKİ YERİ

Rehin; alacaklıya yapılacak edayı muayyen bir şey üzerinde temine yarayan bir akitir¹. Rehin hakkının denizyolu taşımacılığında da önemli yeri bulunmakta ve bu durum rehin hakkı sahiplerine diğer alacaklılara göre daha üstün olan bir takım haklar bahşetmektedir.

Gemi alacaklısı hakkı denizyolu taşımacılığında kullanılan bu rehin haklarından bir tanesidir. Bu nedenle, gemi alacaklısı hakkının ve bunun da bir adım ötesinde gemi alacaklısı hakkının bir unsuru olarak bu ‘hakkın sahibinin’ incelenmesine geçilmeden önce, rehin hakkı ve hakkın denizyolu taşımacılığındaki yeri genel olarak incelenmelidir.

I. Rehin Hakkı

Rehin hakkı sahibine, teminatını oluşturduğu alacak vadesinde ödenmediği takdirde; bunu elde etmek için hakkın konusu olan malın değerine el atmak yetkisi veren sınırlı bir ayni haktır². Hak sahibine, borcun

¹ **Doğrucu, Muhittin:** *Deniz Taşımacılığında Kanuni Rehin Hakkı*, İstanbul 1997, s. 1; **Kalpsüz, Turgut:** *Gemi Rehni*, Ankara 2001, s.1.

² **Akipek, Jale:** *Türk Eşya Hukuku – Ayni Haklar*, Ankara 1974, s. 157; **Ertaş, Şeref:** *Eşya*

ödenmemesi durumunda rehin konusu olan şeyi paraya çevirerek, alacağını, borçlunun başka alacaklıları bulunması halinde bunlardan *önce* alma yetkisi vermektedir³. Dolayısıyla rehin hakkı, alacaklılar arasındaki eşitliği ortadan kaldırmaktadır⁴.

Rehin hakkının temeli Roma Hukuku'na dayanmaktadır. O dönemlerde bir alacağa aynı güvence sağlamak için *res mancipi* niteliğindeki malların mülkiyeti teminat amacıyla alacaklıya bırakılmakta; buna karşılık *res nec mancipi* niteliğindeki mallar ise zilyetliğinin şekilsiz devri suretiyle rehin olarak (*pignus datum*) alacaklıda kalmaktaydı⁵. Bu noktada, Roma Hukuku'nun ilk devirlerinde, bir alacağa aynı güvence sağlamak için başlıca iki yola başvurulduğu ve bunların ilkinin mülkiyetin alacaklıya inançlı devri niteliğindeki *fiducia (cum creditore contracta)* olup, ikincisinin zilyetliğin devri yoluyla taşınımın da alacaklıya rehin olarak bırakılması (*pignus*)⁶ olduğu belirtilmelidir. Kaynaklara ilişkin bu bilgiler çerçevesinde, 200'lü yılların ilk çeyreğinde Roma Hukuku'nda tümüyle yerleşmiş olduğu anlaşılan ayırıma göre, rehin konusu şeyin zilyetliğinin alacaklıya nakledilmesi durumunda *pignus*, zilyetliğin borçluda kalması ve rehlin yalnızca sözleşme ile kurulması durumunda *hypotheca* var olduğu sonucuna varılmaktadır⁷.

Rehin hakkının tanımının ve ortaya çıkışının kısaca belirtilmesinden sonra, hakkın nitelik ve sınıflandırılmasının incelenmesi gerekmektedir. Nitekim rehin hakkı, *fer'i nitelikteki* aynı haklardandır: Bir rehin hakkının var olabilmesi, mevcudiyetini sürdürebilmesi için bir alacak hakkının varlığı gereklidir⁸. Rehnedilen eşyanın maliki ise borç ödenmediği takdirde rehin konusu olan malın değerine alacaklının el atmasına katlanmak zorundadır⁹.

Hukuku, Ankara 1989, s. 415. Ayrıca 11. HD., 23.01.2007, E. 2007/93, K. 2007/633 sayılı; 11 HD., 04.12.2006, E. 2006/32632, K. 2006/31785 ve 11. HD., 29.03.2002, E. 2001/9311, K. 2002/2860 kararlarında: “Rehin hakkı alacaklıya, takipte bulunarak alacağını rehin olunandan cebren almak hakkını vermektedir. Rehin hakkının bahsettiği talep hakkı aynı bir talep hakkıdır” denilmekle, hakkın özellikleri vurgulanmaktadır.

³ Gürsoy, Kemal.; Eren, Fikret ve Cansel, Erol: *Türk Eşya Hukuku*, Ankara 1984, s. 949; Doğrucu, s.2; Oğuzman, Kemal ve Selici, Özer: *Eşya Hukuku*, İstanbul 1975, s. 770.

⁴ Akipek, s. 156.

⁵ Ağsakal, İbrahim: *Yük Alacaklısı Hakkı*, İstanbul 2011, s. 7.

⁶ Atamer, Kerim: *Gemi ve Uçak İpoteğinin Hukuksal Temelleri*, İstanbul 2012, s. 8.

⁷ Atamer (*Gemi ve Uçak İpoteği*), s. 11.

⁸ Akipek, s. 158; Ağsakal, s. 8; Oğuzman ve Selici, s. 763; Ertaş, s. 415.

⁹ Akipek, s. 159.

Rehin hakkı konusu olan eşyaya göre; menkul, gayrimenkul ve haklar üzerindeki rehin hakkı olmak üzere üçe ayrılır¹⁰. Gayrimenkul rehni, 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Medeni Kanun'un (MK) 850. ve 880. maddeleri arasında düzenlenirken, menkul (taşınır) rehni MK'nın 939. ve 953. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bunun yanısıra, başka bir sınıflandırma da hakkın dayanağı olan hukuki sebebin kanundan ya da tarafların iradesinden kaynaklanmasına göre şekillenebilmektedir. Kanundan doğan rehin hakkı iki şekilde olur¹¹; tescilli veya tescilsiz. Tescilsiz rehin hakları, rehin hakkının tescili gerekmeksizin doğması durumunda söz konusu olur ve 'doğrudan doğruya kanundan doğan rehin hakkı' olarak adlandırılırken, tescilli rehin hakları, hak tescil edilmedikçe doğamamakta ve 'dolayısıyla kanundan doğan rehin hakkı' olarak adlandırılmaktadırlar.

Çalışma konusu olan gemi alacaklısı hakkı doğrudan doğruya kanundan doğan bir rehin hakkı tesis etmektedir. Nitekim gemi alacaklısı hakkı, kanunda sayım yolu ile belirlenmiş ve sınırlanmış hallere (*numerus clausus*) ilişkin olarak sadece kanundan doğmaktadır¹². İşbu hakkın doğumu ve mevcudiyetini devam ettirmesi, ne teslimine ne tescile ihtiyacı göstermektedir¹³.

II. Denizyolu Taşımacılığında Kanuni Rehni Hakkı

Donatanın ve yük ilgililerinin hem birbirine karşı hem de üçüncü şahıslara karşı haklarını düzenlemek ve korumak üzere milletlerarası sözleşmelerde ve diğer ülke kanunlarında yer aldığı gibi TTK'da da bazı düzenlemeler ve kurallar yer almaktadır¹⁴.

Gemiler üzerinde tesis edilebilecek kanuni rehin hakları, şu şekilde sınıflandırılabilir¹⁵:

- Yapım ve onarım alacakları için kanuni ipotek: 6102 sayılı TTK'nın 1013. maddesi uyarınca¹⁶,

¹⁰ **Akipek**, s. 159. 4721 sayılı MK kabul edilene kadar haklar üzerinde rehin hakkının bulunup bulunmadığı tartışmalı idi. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Köprülü, Bülent ve Kaneti, Selim**: *Sınırlı Ayni Haklar*, İstanbul 1973, s. 181. Nitekim doktrinde rehin hakkını konusuna göre taşınmaz rehni ve taşınır rehni olmak üzere ikiye ayıranlar ve haklar üzerindeki rehin hakkını benimsemeyenler de bulunmaktadır. Bkz. **Gürsoy, Eren ve Cansel**, s. 950. Ancak 4721 sayılı MK'nın yürürlüğe girişi ile 'alacaklar ve diğer haklar üzerinde rehin'in 954. ve 961. maddeler arasında düzenlenerek kabul edilmiş olduğu açıktır.

¹¹ **Akipek**, s. 161; **Kalpsüz (Gemi Rehni)**, s. 1.

¹² **Tekil, Fahiman**: *Deniz Hukuku*, İstanbul 2001, s. 475.

¹³ **Kalpsüz (Gemi Rehni)**, s. 12.

¹⁴ **Doğrucu**, s. 17.

¹⁵ **Atamer (Gemi ve Uçak İpoteği)**, s. 129-131.

¹⁶ 6102 sayılı TTK'nın 1013. maddesi uyarınca: "Tersane sahibi, geminin yapımı ve onarımından doğan alacakları için, o yapı veya gemi üzerinde, bir ipoteginin tescilini isteme

- Hapis hakkı¹⁷: 1993 tarihli Gemi Alacaklısı Haklarına ve Gemi İpoteklerine İlişkin Milletlerarası Sözleşme (1993 Rehin MS) yürürlüğe girmesi durumunda kanuni ipotek hakkının yerini hapis hakkı alacaktır,

- Gemi alacaklılarının kanuni rehin hakkı.

Deniz Ticareti Hukuku'nda bazı alacaklara diğer rehinli alacaklara göre öncelik tanınmıştır¹⁸. Bunun sebebi bu istemlerin diğer tüm alacaklıların da menfaatine olmasıdır¹⁹. Bunlardan biri de gemi alacaklısı haklarıdır.

Atamer, gemi alacaklısı hakkının temelinde ve kendisine öncelik tanınmasında şu görüş olduğunu belirtmektedir: Eğer bir alacaklı, gemi için harcadığı para sayesinde, geminin muhafazasını veya korunmasını sağlamışsa, yalnızca malikin mülkiyet hakkını değil, aynı zamanda bütün rehinli ve adi alacaklıların o gemiyi sattırıp bedelinden alacaklarına kavuşma olanaklarını da korumuş olmaktadır²⁰.

6762 sayılı TTK'nın 1235. maddesinde 10 bent hâlinde sayılan alacakları²¹ temin eden gemi alacaklısı hakkı, alacağın doğumuna sebep olan

hakkına sahiptir. Bu haktan önceden feragat geçerli değildir.

(2) Bu ipoteğin kurulması hakkında Türk Medenî Kanununun 895 ilâ 897 nci maddeleri uygulanır.

(3) *Gemi ipoteğinin kurulmasına yönelik istem hakkını teminat altına almak için, gemi veya yapı siciline şerh verilebilir. Geminin yapımı veya onarımı henüz tamamlanmamışsa, bedelin, tamamlanan işi karşılayan bir kısmı ve bedelin kapsamında olmayan giderler için bir teminat ipoteğinin kurulması istenebilir*" denilmektedir.

¹⁷ Nitekim 6102 sayılı TTK'nın 1393. maddesi uyarınca tersane sahibinin geminin yapımından ve onarımından kaynaklanan istemleri için MK 950. maddesi uyarınca gemi üzerinde hapis hakkı kullanabileceği düzenlenmiştir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Süzel, Cüneyt: Gemi Alacaklısı Hakkı ve Gemi İpoteği Hakkında 1993 Cenevre Sözleşmesi ve Yeni TTK**, İstanbul 2012, s. 142. 1993 Rehin MS'nin 7. ve 12. maddeleri uyarınca her akit devlete; gemiyi inşa veya tamir eden tersane sahibine, zilyetliğinde bulunan gemi üzerinde inşaat veya tamirattan doğan alacakları için bir hapis hakkı tanımak ve ona istinaden alacağını gemi alacaklısından sonra ve fakat gemi ipoteklerinden önce tahsil edebilmek imkânı tanınmıştır.

¹⁸ **Süzel**, s. 103

¹⁹ **Süzel**, s. 153.

²⁰ **Atamer (Gemi ve Uçak İpoteği)**, s. 18.

²¹ Bu alacaklar 6762 sayılı TTK'nın 1235. maddesinde şu şekilde sıralanmıştır:

1. *Gemi cebri icra yolu ile satıldığı takdirde, geminin son limana girmesinden itibaren yapılan ve cebri icra masraflarından sayılmıyan gemi ile teferruatının bekçilik ve muhafaza masrafları;*

2. *Gemi seyrüsefer ve liman resimleri ve hususiyile şamandıra, fener, karantina ve liman paraları;*

3. *Gemi adamlarının hizmet ve iş mukavelelerinden doğan alacakları;*

4. *Kılavuz ücretleriyle kurtarma yardım, fide ve itiraz ücret ve masrafları;*

5. *Geminin müşterek avarya garame borçları;*

gemi; geminin işletilmesinden elde edilen navlun ve bu değerlerin yerine geçen ikâme değerler (surrogatlar) üzerinde alacaklı lehine rehin hakkı bahşetmekte iken²², 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK ise 1320. maddesinde yer verdiği alacaklar²³ için sahibine gemi ve eklentileri üzerinde

6. Deniz ödünçüne karşı kendilerine gemi rehnedilmiş olan deniz ödünçü alacaklılarının alacakları ve geminin tamamına veya bir kısmına sahip olsa bile kaptanın bu sıfatla ve gemi bağlama limanı dışında bulunduğu sırada zaruret hallerinde 988 ve 1001 inci maddeler hükümleri gereğince yaptığı diğer kredi muamelelerinden doğan alacaklar. Bağlama limanı dışında bulunduğu sırada zaruret hallerinde ve ihtiyaçla mahdud olarak geminin bakımı veya yolculuğunun başarılması için bir kredi açmaksızın, kaptana bu sıfatla verilmiş levazımdan veya yapılmış hizmetlerden doğan alacaklar da bu hükümdedir;

7. Taşıyan aynı zamanda donatan olmasa bile, yük ile 1128 inci maddenin 2 nci fıkrasında yazılı bagajın teslim edilmemesinden veya hasara uğramasından doğan alacaklar ile yolcu veya mal taşıma akitlerinin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemiş olmasından doğan peşin ödenmiş navlunun geri alınması dahil diğer bütün alacaklar;

8. Kaptanın hususi bir vekaletle değil sırf kaptan sıfatıyla haiz bulunduğu kanuni salahiyetine (Madde 948, fıkra 1, bent 1) dayanarak yaptığı hukuki muamelelerden ve donatan tarafından aktedilmiş olup ifası kaptana düşen bir mukavelenin yerine getirilmemesinden yahut noksan veya fena ifasından doğan (Madde 948, fıkra 1, bent 2) ve yukarki bentlere girmeyen alacaklar;

9. Geminin tamamına veya bir kısmına sahip olsa bile gemi adamlarından birinin kusurundan doğan (Madde 947, 948, fıkra 1, bent 3) alacaklar;

10. İşçi Sigortaları Kurumunun iş hayatına ait sigorta kanunları hükmünce donatanlardan isteyebileceği bütün alacaklar. Şu kadar ki; sigorta veya iş kanunları gereğince donatanların Sigorta Kurumuna karşı şahsan mesul tutulmasına ait hükümler mahfuzdur”

²² **Türkel, Doğuş Taylan.:** *Gemi Alacaklısı Hakkının Paraya Çevrilmesi*, İzmir 2007, s. 4.

²³ Bu alacaklar 6102 sayılı TTK'nın 1320. maddesinde şu şekilde sıralanmıştır:

“(1) Geminin malikine, kiracısına, yöneticisine veya işletenine karşı doğmuş olan aşağıdaki alacaklar sahiplerine “gemi alacaklısı hakkı” verir:

a) Ülkelerine getirilme giderleri ve onlar adına ödemesi gereken sosyal sigorta katılma payları da içinde olmak üzere, gemi adamlarına, gemide çalıştırılmakta olmaları dolayısıyla ödenecek ücretlere ve diğer tutarlara ilişkin istem hakları.

b) Geminin işletilmesi ile doğrudan doğruya ilgili olarak karada veya suda meydana gelen can kaybı veya diğer bedensel zararlardan doğan alacaklar.

c) Kurtarma ücreti.

d) Liman, kanal, diğer su yolları, karantina ve kılavuzluk için ödenecek resimler.

e) Gemide taşınan eşya, konteynerler ve yolcuların eşyalarına gelecek olan ziya veya hasar dışında, geminin işletilmesinin sebep olduğu maddi ziya veya hasardan doğan ve haksız fiile dayanan alacaklar.

f) Müşterek avarya garame payı alacakları.

(2) Birinci fıkranın (b) ve (e) bentlerinde yazılı alacaklar;

a) Deniz yolu ile petrol veya diğer tehlikeli ya da zararlı maddelerin taşınması ile bağlantılı olarak ortaya çıkıp da milletlerarası sözleşmelere yahut millî mevzuata göre kusursuz sorumluluk ve zorunlu sigorta ile ya da diğer yollardan teminat altına alınması öngörülen zararların,

b) Radyoaktif maddelerden veya radyoaktif maddelerin zehirli ya da patlayıcı maddeler veya nükleer yakıt yahut radyoaktif ürünler ya da atıklardan oluşan diğer tehlikeli maddeler ile bileşiminden kaynaklanan zararların, sonucunu oluşturdıkları veya bu zararlardan doğdukları takdirde, sahiplerine gemi alacaklısı hakkı vermezler:

kanuni alacak hakkı temin etmektedir. Çalışmanın bir sonraki bölümünde bu hak, kendisine işbu kanunlar ve milletlerarası hukuk tarafından bahşedilen unsurlar dâhilinde incelenmektedir.

2. BİR KANUNİ REHİN HAKKI OLARAK GEMİ ALACAKLISI HAKKI

6102 sayılı TTK'nın 1320. maddesinde yer alan alacakların gemi alacaklısı hakkı tesis etmelerinin arkasında önemli nedenler bulunmaktadır. Doktrinde²⁴ bu nedenler; (i) kanunun sınırlı aynı mesuliyet sistemi sonucu olarak alacaklı aleyhine bozulmuş dengenin yeniden sağlanması, (ii) donatanın kara servetine başvurabilmenin bazen çok zor ve hatta fiilen imkânsız olması, (iii) denizcilik işletmeliğinde, özellikle yolculukta kredi ihtiyacının karşılanması, (iv) geminin kurtarılması, tehlike ve ziyadan korunması gibi hizmetlerde bulunmak deniz servetinin bütün alacaklılar lehine korunmasının sağlanması ve (v) hazinenin ve gemi adamlarının yararı olarak işaret edilmektedir.

Gemi alacaklısı hakkı kapsamında sıralandırılan kalemlerin ortak yanı geminin denizde kullanılmasından ötürü ve bu riskin karşılanması düşüncesinden meydana gelmeleridir²⁵. Hakka atfedilen temel özellikler; sahibine *öncelik hakkı* vermesi ve geminin üçüncü şahıslara geçmesi halinde dahi hak sahibine, hakkını, gemiye karşı ileri sürme hakkı (*takip hakkı*) vermesidir²⁶.

(3) Türkiye 'de yargı yoluyla ileri sürülen bir alacağın gemi alacaklısı hakkı verip vermediği, Türk hukuku uyarınca belirlenir.

²⁴ **Atamer, Kerim:** *Gemi ve Yük Alacaklısının Haklarının Kullanılmasından Yargılama Usulü ve İcra, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, XIV, Ankara 4–5 Nisan, 1997, s. 220; **Barlas, Nuray:** *Gemi Alacaklısı Hakkı Veren Alacaklar ve Gemi Alacaklısı Hakkının Hukuki Niteliği*, İstanbul 2000, s. 6; **Çağa, Tahir ve Kender, Rayegan:** *Deniz Ticareti Hukuku, c.III, Gemi ve Yük Alacaklısı Hakları, Zamanaşımı, Deniz Hukukunda Cebri İcra*, İstanbul 2005, s. 2; **Kender, Rayegan ve Çetingil, Ergon:** *Deniz Ticareti Hukuku (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları ile Birlikte) Temel Bilgiler*, İstanbul 2010, s. 211; **Çetingil, Ergon:** “Finansal Kiralama Konusu Gemiler Üzerinde Gemi Alacaklısı Hakkının Doğması ile İlgili Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar” (Deniz Hukuku Dergisi. 1999, S. 4 (1–2), s. 10); **Yavaş, Aksoy:** “Türk Ticaret Kanununun Gemi Alacaklısı Hakkı Veren 1235. Maddesinin 1–6. Bentlerinin, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Anglo-Sakson Hukukla Mukayeseli Olarak Değerlendirilmesi” (Deniz Hukuku Dergisi. 2005, S. 10 (1–4), s. 128–129); **Türkel**, s.3.

²⁵ **Ülgener, Fehmi:** “Gemi Üzerindeki Rehin Hakkı ‘Gemi Alacaklısı Hakkı’”, (Deniz Hukuku Dergisi. 1997, S. 2 (4), s. 3); **Kender ve Çetingil**, s. 211; **Çetingil (Finansal Kiralama)**, s. 9.

²⁶ **Çetingil (Finansal Kiralama)**, s.10; **Kender ve Çetingil**, s. 212–213; **Kalpsüz, Turgut:** *Gemi Alacaklısı Hakkının Hukuki Mahiyeti*, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 302; **Ülgener, Fehmi:** *Deniz Hukuku*, İstanbul 2001, s. 470; **Tekil**, s. 475; **Günay, Barış:** *Türk ve Anglo Amerikan Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkı*, Ankara 2009, s.

Kanuni rehin hakkının, hak sahibine, borcun ödenmemesi durumunda borçlunun başka alacaklıları bulunması halinde bunlardan ‘önce’ alma yetkisi vereceği yukarıda ifade edilmişti. Bir kanuni rehin hakkı olan gemi alacaklısı hakkı kapsamına giren alacaklar için de bu öncelik, 6102 sayılı TTK’nın 1323. maddesi uyarınca bu “1320 nci maddenin birinci fıkrasının (a) ilâ (e) bentlerinde yazılı gemi alacaklılarının sahip olduğu kanuni rehin hakkı, gemi üzerinde tescil edilmiş veya edilmemiş olan bütün kanuni ve akdî rehin haklarıyla aynı yükümlülüklerden önce gelir” denilmekle vurgulanmıştır. Bu öncelik mutlak olup, ipotek hakkının kanundan, sözleşmeden veya hakim hükmünden neşet etmesi, daha önceki veya daha sonraki bir tarihte doğması herhangi bir farklılık yaratmamaktadır²⁷.

Gemi alacaklısı hakkı 6102 sayılı TTK’nın 1320 ila 1327. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanun gerekçesinde yer alan bu maddelere ilişkin genel açıklamalarda da ifade edildiği gibi, gemi alacaklıları hakkındaki hükümlerin yeniden düzenlenmesinde 06/05/1993 tarihinde Cenevre’de kabul edilen “*International Convention on Maritime Liens and Mortgages*” (Gemiler Üzerindeki İmtiyazlar ve İpotekler Hakkında Milletlerarası Sözleşme = 1993 Rehin MS) esas alınmıştır²⁸. Ancak Türkiye hâlihazırda bu sözleşmeye taraf değildir. Türkiye aslında 1926 tarihli “*International Convention for the Unification of Certain Rules of Laws Relating to the Maritime Liens and Mortgages*” (Deniz Vasıtalarının Rehni ve İmtiyazı ile Alakalı Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Sözleşme = 1926 Rehin MS)’ye taraftır ve 6762 sayılı TTK’nın hazırlanmasında göz önünde bulundurulmuş milletlerarası sözleşme de bu nedenle 1926 Rehin MS olmuştur. Ancak 6102 sayılı TTK’nın 1993 Rehin MS’ye göre hazırlanmış olması, Türkiye’nin 1993 Rehin MS’ye taraf olması durumunda, 1926 Rehin MS’den ayrılmasını gerektirmektedir²⁹.

Gemi alacaklısı hakkının hukuki temelleri ve özellikleri akabinde, hakkın hukuki niteliği ve unsurlarının da incelenmesi, hakkın bir unsuru olan ‘sahibinin’ irdelenmesi açısından önem taşımaktadır.

23. Bu imtiyazları zikreden Yargıtay kararları için bkz. 19. HD. 02.07.1996, E. 1996/4837, K. 1996/6950 ve 11. HD. 21.11.2008, E. 2007/4046, K. 2008/13192. 11.HD. 04.07.2000, E. 2000/8572, K. 2000/11340 kararında bu imtiyazları zikretmenin yanısıra; “*geminin bayrak veya isim değiştirmesi gemiyi ‘borçtan’ kanuni rehin hakkından kurtarmaz*” demekle, bu imtiyazların kalıcılığına da vurguda bulunmaktadır.

²⁷ Kalpsüz (Gemi Rehni), s. 13.

²⁸ Atamer (Gemi ve Uçak İpotegi), s. 108; Atamer, Kerim: *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Deniz Hukukunda Cebri İcra*, İstanbul 2006, s. 176.

²⁹ Atamer (Gemi ve Uçak İpotegi), s. 111; Atamer (Cebri İcra), s. 176; Süzel, s. 11.

I. Gemi Alacaklısı Hakkının Hukuki Niteliği

Gemi alacaklısı hakkı, yukarıda belirtildiği üzere, kanunda belirtilen alacaklardan birinin doğmasıyla birlikte tescil ve teslime gerek olmaksızın kendiliğinden meydana gelen kanuni rehin hakkını ifade eder³⁰. Dolayısıyla ‘gemi alacaklısının hakkı’ yani ona tanınan hak, kanundan doğan (kanuni) bir rehin hakkıdır³¹. Nitekim 6102 sayılı TTK’nın 1321. maddesinde açıkça “*gemi alacağı, sahibine, gemi ve eklentisi üzerinde kanuni rehin hakkı verir*” denilmekle, gemi alacaklısı hakkının ‘sahibi’ için bir kanuni rehin hakkı tesis ettiği vurgulanmıştır. Bu durumda gemi alacaklısı hakkının hukuki niteliği; aynı borçtan farklı olarak, borç ve sorumluluk kavramına dayanan kanuni rehin hakkı ile teminat altına alınmış bir alacak hakkı şeklinde açıklanmaktadır³².

Gemi alacaklısı hakkının bir şahsi hak, bağımsız bir ayni hak ya da bir karma hak olduğu yönünde görüşler mevcuttur. Alacağın varlığını kabul etmekle birlikte rehin hakkı olmadığını ileri süren *şahsi hak görüşü* daha ziyade Alman hukuk çevresine mensup olmayan yazarlar tarafından ortaya atılmış ancak günümüzde hemen hemen terk edilmiş³³, alacak-borç ilişkisinin varlığını inkâr etmekle, gayrimenkul mükellefiyetinde olduğu gibi, gemide mündemiç değerleri elde etmek hususunda bağımsız bir ayni hakkın varlığını ileri süren *ayni hak görüşü*³⁴ ise gemi alacaklısı hakkının içinde rehin hakkı ile temin edilmiş alacakların varlığını kabul eden ve bu hakkın karma nitelikli bir hak olduğunu ileri süren *kanuni rehin hakkı görüşü*³⁵ kadar yoğun benimsenmemiştir.

Yukarıda belirtilmiş olduğu gibi gemi alacaklısı hakkı doğrudan doğruya kanundan doğan bir rehin hakkıdır³⁶. Hakkın kurulması için tescile

³⁰ Çetingil (Finansal Kiralama), s. 9.

³¹ Atamer, s. 175.

³² Çetingil (Finansal Kiralama), s. 10.

³³ Bu görüşe ilişkin bilgi için bkz. Barlas, s. 83; Kalpsüz (Gemi Alacaklısı Hakkı), s. 304.

³⁴ Bu görüşü benimseyen yazılar için bkz. Atamer (Yargılama Usulü ve İcra), s. 221; Barlas, s. 125; Kalpsüz (Gemi Alacaklısı Hakkı), s. 311; Çağa ve Kender, s. 4; Kalpsüz (Gemi Rehni), s. 14; Süzel, s. 156.

³⁵ Atamer (Cebri İcra), s. 199.

³⁶ 11. HD., 12.07.2002, E. 2002/13000, K. 2002/15480 ve yine 11 HD., 02.07.1996, E. 1996/4837, K. 1996/6950 kararlarında; “*gemi alacaklısı hakkı kanundan doğduğundan tescilsiz kazanılır ve rehin veya ipotekle temin edilmiş veya edilmemiş bulunan diğer tüm alacaklara tekaddüm eder*” denilmekle, gemi alacaklısı hakkının bu niteliklerine vurguda bulunulmaktadır. Aynı doğrultuda başka bir Yargıtay kararı için bkz. 11. HD., 15.06.2000, E. 2000/3372, K. 2000/4689.

gerek duyulmaması, doğrudan doğruya kanundan doğmasının gereğidir³⁷. Nitekim gemi alacaklısı hakkının doğması ve devamı, gemi üzerindeki zilyetliğe ve gemi siciline tescile bağlı olmamakta, bu hakkın gemi siciline tesciline hukuken de imkân bulunmamakta ve dolayısıyla hak her türlü aleniyetten yoksun kalmaktadır³⁸. Bu durumda bir gemi satın alan şahıs gemi üzerinde bir gemi alacaklısı hakkı bulunup bulunmadığını, alacağın miktarını bilememektedir³⁹.

Gemi alacaklısı hakkının diğer haklara göre ayrıcalıkları; hakkın gemi üzerinde tescil edilmiş veya edilmemiş olan bütün diğer rehin haklarından ve aynı yükümlülüklerden önce gelmesini sağlayan *öncelik hakkı*⁴⁰, geminin el değiştirmesinden etkilenmeksizin, her malike ve zilyede karşı ileri sürülebilmesini sağlayan *takip hakkı*⁴¹ ve aşağıda ayrıntısı ile inceleneceği üzere hakkın devri ile kanuni rehin hakkının da *devir edilebilirliği* olarak sıralanabilecektir.

II. Gemi Alacaklısı Hakkının Üç Unsuru: Hakkın Konusu, Hakkın Kapsamı ve Hakkın Borçluları

Gemi alacaklısı hakkının unsurlarını; *hakkın konusu*, *hakkın kapsamı*, *hakkın borçluları* ve *hakkın sahipleri* olarak dört kalemde inceleyebilmek mümkündür. Tüm bu unsurlar ise aslında bu hakkı düzenleyen hukuk

³⁷ Barlas, s. 9; Kalpsüz (*Gemi Alacaklısı Hakkı*), s. 303; Çağa ve Kender, s. 5; Atamer (*Cebri İcra*), s. 200.

³⁸ Arseven, Haydar: *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Gemi Alacaklısı Hakkının Doğurduğu Bazı Problemler*, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (10–18 Mayıs 1961), Ankara 1962, s. 552.

³⁹ Gemi alacaklısı rehin hakkının sicile kayıtlı rehinlerden, ipoteklerden ve yükümlülüklerden önce geleceği bu alanda düzenlenen üç milletlerarası sözleşmede (1926 Rehin MS, 1967 tarihli Gemi Alacaklısı Haklarına ve Gemi İpoteklerine Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Milletlerarası Sözleşme ve 1993 Rehin MS) öngörülmüş ancak müşterek avarya garame payı alacaklılarına bu öncelik hakkı tanınmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzel, s. 282–285.

⁴⁰ Takip hakkı 11. HD., 23.02.2004, E. 2003/6823, K. 2004/1646 ve yine 11 HD., 04.06.1999, E. 1998/8202, K. 1999/4832 kararlarında şu şekilde zikredilmektedir: “*Gemi alacaklısı hakkı, hakkın hukuki niteliği itibarıyla, borç-sorumluluk ayırımına dayanan bir haktır. Bu hakkın borçlusunu gemi donatanıdır. Gemi maliki ise, alacak dolayısıyla kişisel olarak sorumlu olmayıp, gemisi ile aynı sorumluluk taşır. Burada bir alacak hakkı, bir aynı hak ile birleşmektedir. Bu hak gemiyi takip eder.*”

⁴¹ Çalışmanın hazırlandığı dönemde gemi alacaklısı hakkına ilişkin olarak hükmedilen tüm Yargıtay kararları taranmış ve konu ile ilgili olarak hâlihazırda 6102 sayılı TTK uyarınca hükmedilen bir Yargıtay kararı bulunmadığı saptanmıştır. Bu nedenle 6762 sayılı TTK uyarınca hükmedilen Yargıtay kararlarına, 6102 sayılı TTK uygulaması ile paralellik taşıdığı ölçüde yer verilmektedir.

normlarına göre değişmektedir. Konuya ilişkin olarak Türk hukuku için referans gösterebileceğimiz ve bu nedenle gemi alacaklısı hakkının unsurlarının irdelenmesinde göz önünde tutulabilecek normları; 6762 sayılı TTK, 6102 sayılı TTK ve 6102 sayılı TTK'nın ilgili hükümlerinin hazırlanmasında göz önünde bulundurulmuş 1993 Rehin MS teşkil etmektedir. Aslında 6762 sayılı TTK mülga bir kanundur, ancak; bu kanun, bu kanun döneminde gemi alacaklısı hakkına ilişkin olarak hükmedilen Yargıtay kararları⁴² ve bu kanunun ilgili hükümlerinin hazırlanmasında göz önünde bulundurulmuş 1926 Rehin MS çalışmada, gemi alacaklısı hakkına ilişkin olarak 6102 sayılı TTK ile getirilen değişiklikleri işaret edebilmek amacıyla ayrıca yer almaktadır.

Gemi alacaklısı hakkının ilk üç unsuru çalışmanın bu bölümünün alt başlıkları dâhilinde incelenmekte, ancak hakkın sahiplerine ilişkin son unsur, çalışmanın esas konusunu teşkil ettiğinden, çalışmanın son bölümünde daha ayrıntılı olarak değerlendirilmektedir.

1. Gemi Alacaklısı Hakkının Konusu

Gemi alacaklısı hakkının konusunu muhtelif normlar uyarınca gemi alacaklısı hakkı tanınan alacaklar teşkil etmektedir. Bu nedenle bu bölümde 6762 sayılı TTK'nın 1235. maddesi, 6102 sayılı TTK'nın 1320. maddesi ve 1993 Rehin MS'nin 4. maddesi uyarınca belirlenen ve gemi alacaklısı hakkının konusunu teşkil eden alacaklar kısaca belirtilmektedir.

6762 sayılı TTK'nın 1235. maddesi uyarınca; gemi ile teferruatının bekçilik ve muhafaza masraflarından⁴³, gemi seyrüsefer ve liman resimlerinden, şamandıra, fener⁴⁴, liman ve karantina paralarından, kılavuz ücretlerinden⁴⁵,

⁴² 11. HD., 28.06.2000, E. 2000/2870, K. 2000/6109 kararında; “*rıhtım ücretinin (6762 sayılı) TTK'nın 1235/1. maddesinde belirtilen bekçilik ve muhafaza masrafı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını*” belirtmiştir. Bunun yanı sıra, aynı daire 21.04.1998, E. 1997/10467, K. 1998/2633 kararında; “*geminin çıkan uyumsuzluk sonucu tersanede bekletildiği ve donatana usulünce teslim edilmediğinden rıhtım ücreti talep edilemeyeceği, geminin bakım ve onarım için davacı tersanesine bırakıldığı, (6762 sayılı) TTK'nın 1235/1. maddesinde belirtilen bekçilik ve muhafaza ücreti söz konusu olmadığı*” hükmetmekle, bir alacağın bu bent kapsamına dâhil edilemeyeceği durumlardan birini vurgulamıştır.

⁴³ 11. HD., 12.06.2000, E. 2000/4375, K. 2000/5421 kararında; “*fener alacağının gemi alacaklısı hakkı verdiği, tahsiliye / can kurtarma alacağının ise gemi alacaklısı hakkı vermediği*” zikredilmiştir. Fener ücretinin gemi alacaklısı hakkı kapsamında zikredildiği bir başka karar için bkz. 11. HD., 22.10.1998, E. 1998/3182, K. 1998/6962.

⁴⁴ Kılavuzluk ücretinden doğan alacağın gemi alacaklısı hakkı kapsamında değerlendirildiği uyumsuzluğa ilişkin Yargıtay kararları için bkz. 11. HD., 15.02.1993, E. 1991/7121, K. 1993/943 ve yine 11 HD., 18.02.1991, E. 1989/9089, K. 1991/997.

⁴⁵ 11. HD., 15.04.1999, E. 1999/8000, K. 1999/2830 kararında; “*geminin hiçbir hasar ya da*

kurtarma - yardım⁴⁶, fidye ve itiraz ücret ve masraflarından, gemi adamlarının hizmet ve iş sözleşmelerinden⁴⁷, müşterek avarya garame borçlarından, deniz ödücü alacaklarından ve diğer kredi sözleşmelerinden⁴⁸, bagajın teslim edilmemesinden veya hasara uğramasından doğan alacaklardan, yolcu veya mal taşıma akitlerinin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemiş olmasından⁴⁹,

kayba uğramadan çabuk ve başarılı bir kurtarma ile faydalı netice elde edilerek kurtarılması nedeniyle ... davacı yararına kanuni rehin hakkı tanınmasına karar verilmiştir” demekle, yararlı sonuç ortaya çıkaran kurtarma işlemine ilişkin ücretin gemi alacaklısı hakkı kapsamına dahil olduğu zikredilmiştir.

⁴⁶ 11. HD., 25.03.2002, E. 2001/10170, K. 2002/2603; 11. HD., 15.06.2000, E. 2000/3372, K. 2000/4689; 11. HD. 25.05.2000, E. 2000/1031, K. 2000/4603; 11. HD. 26.04.1999, E. 1999/7103, K. 1999/7700; 11. HD., 17.02.1997, E. 1996/7789, K. 1997/675 ve 11. HD. 07.06.1971, E. 1971/12562, K. 1971/13460 kararlarında gemiadamı alacaklarının bu bent kapsamında gemi alacaklısı hakkını doğurduğu zikredilmiştir.

⁴⁷ 11. HD., 18.04.2002, E. 2002/281, K. 2002/3642; 11. HD., 07.05.2002, E. 2002/712, K. 2002/4489; 11. HD., 16.09.1999, E. 1999/1894, K. 1999/6816; 11.HD., 24.04.1998, E. 1997/10442, K. 1998/2671; 11.HD., 20.04.1998, E. 1997/10374, K. 1998/2719; 11. HD., 24.04.1997, E. 1997/10373, K. 1998/2670; 11.HD., 24.03.1997, E. 1996/9106, K. 1997/1953 ve 11. HD., 27.01.1997, E. 1996/9115, K. 1997/292 kararlarında; “*gemiye satılan yakıt bedeli gemi alacağı veren alacaklardandır*” denilmekle, bu bent kapsamına giren gemi alacaklarına yakıt bedeli de dâhil edilmiştir. Ancak bağlama limanı dışında ve seferin tamamlanmasını teminen, gemi boyası ve türevi ikmali nedeniyle doğan alacakların gemi alacaklısı hakkı kapsamında olup olmadığı 11. HD., 03.06.2003, E. 2003/619, K. 2003/5897; 11.HD., 18.06.1999, 1999/4522, K. 1999/5478; 11. HD., 22.03.1999, E. 1999/7775, K. 1999/2512 ve 11. HD., 11.05.1998, E. 1998/1324, K. 1998/3285 kararları uyarınca tartışılmıştır. Yine bu bent kapsamı içerisinde sayılabilecek alacaklara ‘sac satışı nedeni ile doğan alacaklar’ 11. HD., 27.01.2004, E. 2003/6710, K. 2004/753 kararında: “*sac satışı nedeni ile doğduğu belirtilen alacağın, gemi alacağı niteliği taşıyabilmesi için zaruret halinde ve ihtiyaç ile sınırlı olarak ve geminin bağlama limanı dışında bulunduğu sırada kaptan tarafından temin edilen levazımla ilgili bulunması gerektiği*” denilmekle, sınırlı durumlar çerçevesinde kabul edilmiştir. Son olarak 11.HD., 29.03.2002, E. 2001/9311, K. 2002/2860 kararında; “*sigara alımından kaynaklanan alacağın, kumanya temin cümlesinden nitelenmesine karşı çıkılmamış ve bu husus temyiz edilmemiş olması karşısında, alacağın (6762 sayılı) TTK’nın 1235/6. maddesi kapsamında gemi alacağı olduğu yolunda bir uyumsuzluk bulunmamaktadır*” denilmekle, kumanya alımı nedeni ile doğan alacaklar da bu bent kapsamında gemi alacaklısı hakkı kapsamında sayılmışlardır.

⁴⁸ 11. HD., 14.02.2008, E. 2007/11928, K. 2008/1587 kararında; “*davacı, taşıyanın malları zarara uğratması nedeniyle kar mahrumiyetine uğradığını, mahrum kalınan kar için de kanuni rehin hakkı tesisini istediğine göre, (6762 sayılı) TTK’nın 1235/7. maddesi kapsamında giren bu alacak kaleminin de değerlendirilmesi gerekir...*” denilmekle ‘mahrum kalınan kar’ı da bu bent kapsamında yer alan gemi alacakları kapsamında kabul edilmiştir. Bunun yanısıra 11. HD., 11.12.2003, E. 2003/5632, K. 2003/11746 kararında: “*iç savaş nedeni ile yükün zayi olduğu, (6762 sayılı) TTK’nın 1235/7. maddesi hükmü uyarınca gemi alacaklısı hakkı doğduğu*” hükmedilmekle ve 11.HD., 09.10.1998, E. 1998/4642, K. 1998/6418 kararında; “*...yükte taşıma sırasında meydana gelen noksanlık ... mahiyeti itibarıyla (6762 sayılı) TTK’nın 1235/7. maddesindeki gemi alacağı niteliğindedir*” denilmekle, ‘yükün zayi olması / eksilmesi nedeniyle doğan alacaklar’ da bu bent kapsamında yorumlanmıştır.

⁴⁹ 11. HD., 14.02.2008, E. 2007/11928, K. 2008/1587 kararında; “*davacı, taşıyanın malları*

kaptanın sadece kaptan olma sıfatından kaynaklanan yetkiyle gerçekleştirdiği hukuki işlemlerden, donatan tarafından akdedilmiş olup ifası kaptana düşen bir sözleşmenin hiç / noksan / fena bir şekilde yerine getirilmesinden, gemi adamlarından birinin kusurundan doğan, İş Sigortaları Kurumu'nun donatana yöneltebileceği tüm istemlerden kaynaklanan alacaklar 6762 sayılı TTK uyarınca gemi alacaklısı hakkının konusunu teşkil etmektedir.

6102 sayılı TTK'nın 1320. maddesi uyarınca ise; gemi adamlarına ödenecek ücret veya diğer tutarlardan, geminin işletilmesi nedeni ile karada veya suda meydana gelen can kaybı veya diğer bedensel zararlardan, kurtarma ücretinden, liman, kanal, diğer su yolları, karantina ve kılavuzluk için ödenecek resimlerden, geminin işletilmesinin sebep olduğu maddi ziya veya hasardan doğan ve haksız fiile dayanan taleplerden ve müşterek avarya garama payından kaynaklanan alacaklar 6102 sayılı TTK uyarınca gemi alacaklısı hakkının konusunu teşkil etmektedir.

1993 Rehin MS, gemi alacaklısı hakkı listesinin birlik içinde olmasının önemli olduğu bilinci ile yabancı bir ülkede yabancı bayraklı bir gemiye karşı taleplerin kabul ve icra edilebilirliğini sağlamak amacıyla kabul edilmiştir⁵⁰. Sözleşmenin 1. maddesi incelendiğinde, Sözleşme'nin uygulama alanına gerek sözleşme gerekse mahkeme kararı ile kurulan veya kanundan doğan rehinlerin, ipoteklerin girdiği anlaşılmaktadır⁵¹. 1993 Rehin MS'nin 4. maddesi gemi alacaklısı haklarını sıralamaktadır⁵². Bu madde uyarınca gemi alacaklısı

zarara uğratması nedeniyle kar mahrumiyetine uğradığını, mahrum kalınan kar için de kanuni rehin hakkı tesisini istediğine göre, (6762 sayılı) TTK'nın 1235/7. maddesi kapsamına giren bu alacak kaleminin de değerlendirilmesi gerekir..." denilmekle 'mahrum kalınan kar'ı da bu bent kapsamında yer alan gemi alacakları kapsamında kabul edilmiştir. Bunun yanı sıra 11. HD., 11.12.2003, E. 2003/5632, K. 2003/11746 kararında: "iç savaş nedeni ile yükün zayi olduğu, (6762 sayılı) TTK'nın 1235/7. maddesi hükmü uyarınca gemi alacaklısı hakkı doğduğu" hükmedilmekle ve 11.HD., 09.10.1998, E. 1998/4642, K. 1998/6418 kararında; "...yükte taşıma sırasında meydana gelen noksanlık ... mahiyeti itibarıyla (6762 sayılı) TTK'nın 1235/7. maddesindeki gemi alacağı niteliğindedir" denilmekle, 'yükün zayi olması / eksilmesi nedeniyle doğan alacaklar' da bu bent kapsamında yorumlanmıştır.

⁵⁰ Barlas, s. 77.

⁵¹ Süzel, s. 103.

⁵² Bu alacaklar 1993 Rehin MS'nin 4. maddesinde şu şekilde sıralanmıştır:

"Geminin malikine, kiracısına, yöneticisine veya işletenine karşı doğmuş olan aşağıdaki istemlerden her biri, gemi üzerinde bir gemi alacaklısı hakkı ile teminat altına alınmıştır:

1. Ülkelerine geri getirilme giderleri ve onlar adına ödenmesi gereken sosyal sigorta katılma payları da içinde olmak üzere, kaptan, zabıtlar ve gemide çalıştırılan diğer kişilere, gemide çalıştırılmakta olmaları dolayısıyla ödenecek ücretlere ve diğer tutarlara ilişkin istemler;

2. Geminin işletilmesi ile doğrudan doğruya ilgili olarak, karada veya suda meydana gelen can kaybı veya bedensel zararlardan doğan istemler;

teşkil ettiği hükmedilen alacakların, 6102 sayılı TTK'nın ilgili düzenlemesine (müşterek avarya garame payından kaynaklanan alacakların gemi alacaklısı hakkı bahşettiğine ilişkin hükmü hariç) paralel olduğu görülmektedir. Bunun nedeni, 6102 sayılı TTK'nın hazırlanmasında 1993 Rehin MS'nin esas alınmış olmasıdır.

6762 sayılı TTK'nın 1235. maddesinde yer alan ve gemi alacaklısı hakkı tesis eden alacaklar ile 6102 sayılı TTK'nın 1320. maddesinde yer alan ve gemi alacaklısı hakkı tesis eden alacaklar karşılaştırıldığında bu alacakların 1993 Rehin MS'ye uygun olarak azaltılmış olduğu tespit edilmektedir. Yeni Türk hukukunda kabul edilen gemi alacaklarının az olması, Türkiye'de gerçekleşecek olan yabancı gemilerin satışında ipotekli alacaklıların menfaatine olacaktır⁵³. Bu noktada öncelik hakkı tanıyan bu istemlerin sınırlı sayıda olduğu ve kıyas yoluyla başkaca gemi alacağı kabul edilemeyeceğinin belirtilmesi gerekmektedir⁵⁴.

6102 sayılı TTK ile 1993 Rehin MS karşılaştırıldığında, ilgili düzenlemelerin gemi alacaklısı hakkının konusuna ilişkin olarak uyumlu olmadıkları tek nokta; 6102 sayılı TTK ile müşterek avaryadan kaynaklanan garame paylarına ilişkin alacağın, gemi alacaklısı hakkına dahil edilmesidir. Nitekim 1993 Rehin MS'de yer almasa da 6762 sayılı Kanunun 1235. maddesinin altıncı bendine göre gemi alacaklısı hakkı bahşolunan müşterek avarya garame payı alacaklılarının, 6102 sayılı TTK uygulamasında bu haktan istifadeye devam etmeleri, hakkaniyet ilkesine ve denizcilik uygulamasına uygun görülmüştür⁵⁵.

6102 sayılı TTK'da yer alan ve müşterek avarya garame payından kaynaklanan alacakların gemi alacaklısı hakkı bahşetmesine ilişkin olan hükmün, 1993 Rehin MS'ye aykırı bir durum yaratmadığı düşünülmektedir. Nitekim 6102 sayılı TTK 1320/1b (f) bendi uyarınca, müşterek avarya garame payı alacakları için kabul edilen gemi alacağının, aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, Türkiye'de yargı yoluna intikal eden tüm uyuşmazlıklarda, geminin

3. Kurtarma ücretine ilişkin istemler;

4. Liman, kanal ve diğer suyolları için ödenecek resimler ve kılavuzluk ücretlerine ilişkin istemler;

5. Gemide taşınan eşyanın, konteynerlerin ve yolcuların eşyalarının uğradığı ziya veya hasardan doğan ve haksız fille dayanan istemler."

⁵³ **Süzel**, s. 173.

⁵⁴ **Süzel**, s. 281.

⁵⁵ TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı:2, S. Sayısı:96, s. 393, (1320. madde gerekçesi).

bayrağına ve siciline bakılmaksızın Türk hukukuna tabi kılınmış olması, aynı sözleşmenin 6. maddesinde öngörülen hakka uygun olarak kullanılmaktadır⁵⁶. Nitekim müşterek avaryaya garame payı alacaklılarının sahip olduğu kanuni rehin hakkı, gemi üzerinde tescil edilmiş veya edilmemiş bütün kanuni ve akdi rehin haklarıyla, akdi yükümlülüklerden sonra gelmektedir⁵⁷. Kaldı ki bu alacaklar, hem kısa süreli hemde sözleşmenin 4. maddesinde belirtilen gemi alacaklarından ve gemi ipoteklerinden sonra geldikleri için zayıf niteliklidir⁵⁸.

Karşılaştırmalı hukukta gemi alacaklısı hakkının konusu incelendiğinde, Türk hukukunda yer alan düzenlemelere benzer hükümlere yer verildiği görülmektedir. Nitekim İngiliz hukukunda gemi alacaklısı hakkı veren alacaklar; kurtarma ücreti, geminin verdiği zararlardan doğan alacaklar, gemi adamlarının ve kaptanın ücret alacakları, kaptanın yaptığı kredi muamelelerinden kaptan lehine doğan alacaklar ve deniz ödücünden doğan alacaklar olarak kabul edilirken, Amerikan hukukunda; imtiyazlı gemi ipoteginden önce kanunun (*US Act*) 31321. maddesi altına kaydedilmiş alacaklar, denizde haksız fiilden doğan alacaklar, kanunun 31341. maddesinde belirtilen kişiler tarafından doğrudan istihdam edilmiş istifçilerin ücretlerinden doğan alacaklar, müşterek avaryadan doğan alacaklar, sözleşme ile yapılmış kurtarma operasyonları da dâhil olmak üzere kurtarmadan doğan alacaklar gemi alacaklısı hakkının konusuna dâhil edilmektedir⁵⁹.

2. Gemi Alacaklısı Hakkının Kapsamı

6102 sayılı TTK, gemi alacaklısı hakkının kapsamını 1321/1. maddesi uyarınca; “*gemi alacağı, sahibine, gemi ve eklentisi üzerinde kanunî rehin hakkı verir*” demekle belirlemiştir. 6102 sayılı TTK ile gemi alacaklısı hakkına ilişkin olarak belirlenen bu kapsam, 6762 sayılı TTK ile kıyaslandığında önemli iki farklılık taşımaktadır. İlk olarak 6762 sayılı TTK’nın 1236. maddesi uyarınca geminin teferruatının da gemi alacaklısı hakkının kapsamına dâhil edildiği⁶⁰, ancak 6102 sayılı TTK’nın 1321/2. maddesi uyarınca gemi malikinin mülkiyetinde bulunmayan eklentilerin rehin kapsamına girmeyeceğinin açıkça belirtildiği görülmektedir⁶¹. Bu noktada gemi ve eklentisinin bir bütün olarak

⁵⁶ **Atamer** (*Gemi ve Uçak İpotegi*), s. 110; **Atamer** (*Cebri İcra*), s. 195; **Süzel**, s. 207.

⁵⁷ **Kender ve Çetingil**, s. 218; **Atamer** (*Cebri İcra*), s. 177.

⁵⁸ **Günay**, s. 163.

⁵⁹ **Yavaş**, s. 161; Anglo-Amerikan hukukunda gemi alacaklısı hakkının konusu için bkz. **Günay**, s. 29–31.

⁶⁰ **Doğrucu**, s. 30.

⁶¹ **Yavaş**, s. 137; **Atamer** (*Cebri İcra*), s. 200.

alacağın tamamı için rehinli olacağını ve dolayısıyla rehinin, alacak ile orantılı olarak geminin belli bir kısmı veya payı üzerinde doğmayacağını belirtmek gerekmektedir⁶².

6762 sayılı TTK ile 6102 sayılı TTK'nın ilgili hükümlerine ilişkin ikinci farklılığın ise; 6762 sayılı TTK uygulamasında kanuni rehin hakkının deniz serveti yani gemi ve navlun üzerindeki gemi alacaklısı hakları ile yük üzerindeki yük alacaklısı haklarını ifade etmesi⁶³, ancak 6102 sayılı TTK uyarınca deniz serveti ile sınırlı sorumluluğun terk edilmiş olması nedeni ile rehin hakkının artık navluna şamil tutulmaması⁶⁴ olduğu değerlendirilmektedir. Bu sebeple 6762 sayılı TTK'da bulunan m. 1237-1239, m. 1251-1253 ve m. 1256/2 6102 sayılı TTK'ya alınmamıştır⁶⁵. 6102 sayılı TTK'nın gerekçesinde bu değişikliğin 1993 Rehin MS'ye uyum sağlanmak amacıyla gerçekleştirilmiş olduğu belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, 6102 sayılı TTK uyarınca gemi alacaklısının rehin hakkının, işletilmesi nedeniyle gemi alacaklısı olarak sayılan istemlerin doğmasına sebebiyet veren gemi üzerinde ileri sürülmesi gerekmektedir⁶⁶.

6102 sayılı TTK'da gemi alacaklısı hakkının kapsamına ilişkin olarak gerçekleştirilen sadeleştirme çabaları, 1993 Rehin MS'nin 4. maddesi uyarınca "*geminin malikine, kiracısına, yöneticisine veya işletenine karşı doğmuş olan istemlerden her biri, 'gemi üzerinde' bir gemi alacaklısı hakkı ile teminat altına alınmıştır*" denilmekle, gemi alacaklısı hakkını gemi ile sınırlı tutan yaklaşıma paralellik sağlama amacını düşündürmektedir.

6102 sayılı TTK'nın 1321/2. maddesinin devamı uyarınca bu hakkın kapsamına, bir sigorta sözleşmesine göre donatana ödenecek sigorta tazminatı dahil edilmemiştir. Bu hüküm de 1993 Rehin MS'ye paraleldir. Nitekim 1993 Rehin MS'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında bir sigorta sözleşmesi uyarınca gemi malikine ödenecek sigorta tazminatının, gemi alacaklılarının rehin hakkının kapsamı dışında olduğu düzenlenmiştir⁶⁷. Burada kastedilen

⁶² **Atamer** (Cebri İcra), s. 201.

⁶³ **Çetingil, Ergon**: "*Deniz Hukuku Derneği Tarafından 25 Ekim 1997 Tarihinde Düzenlenen 'Deniz Hukukunda Rehin Haklarına Dair Paneli' Açış Konuşması*" (Deniz Hukuku Dergisi. 1997, S. 2 (4), s. 3).

⁶⁴ TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı:2, S. Sayısı:96, s. 393, (1320 ilâ 1327 nci Maddelere İlişkin Genel Açıklamalar).

⁶⁵ **Atamer** (Cebri İcra), s. 177.

⁶⁶ **Süzel**, s. 192.

⁶⁷ **Süzel**, s. 197.

sözleşme, malikin gemi üzerindeki menfaatini sigorta ettirmek için yapılmış olan tekne sigorta sözleşmesidir⁶⁸.

İngiliz hukukunda gemi alacaklısı hakkı ilgili alacağa göre farklılık gösterip, gemi, geminin teferruatı, yük, navlun ve diğer eşyayı kapsayabilirken, Amerikan hukukunda gemi alacaklısı hakkının konusu gemi (ve teferruatı), yük ve navlundur⁶⁹.

3. Gemi Alacaklısı Hakkının Borçluları

6762 sayılı TTK ile 6102 sayılı TTK'nın gemi alacaklısı hakkına ilişkin hükümleri karşılaştırıldığında; gemi alacaklısı hakkının borçlularına ilişkin olarak da 6102 sayılı TTK ile önemli değişiklikler getirildiği tespit edilmektedir. Nitekim 6762 sayılı TTK'da gemi alacaklısı hakkının borçluları açıkça belirtilmemişken, 6102 sayılı TTK'da bu hakkın borçluları açıkça geminin maliki, kiracısı, yöneticisi veya işleteni olarak belirtilmiştir.

6762 sayılı TTK'da gemi alacaklısı hakkının borçlularının belirtilmemesi yönünde kabul edilen yaklaşımın kaynağının 1926 Rehin MS olduğu düşünülmektedir⁷⁰. Nitekim 1926 Rehin MS'de de gemi alacaklısının borçlularına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Sözleşme'nin 2. ve 13. hükümleri birlikte değerlendirildiğinde gemiye zilyet olan malike, kiracıya, işletene ve ayrıca yolculuk ve sefer çartererlerine yöneltilen istemlerin sahiplerine gemi alacaklısı hakkı verdiği söylenebilecektir⁷¹. 6762 sayılı TTK uygulamasında ise gemi alacaklısı hakkı ile ilgili olarak dava veya takibin donatana karşı yapılacağı benimsenmiştir⁷². Hakkın takip edilebilirlik özelliğine de uygun olarak, gemi el değiştirdikçe hakkın ileri sürülebileceği kişilerin de değişebileceği ve bu kişilere karşı da dava ve takip yöneltme imkanı bulunduğu belirtilmelidir.

6102 sayılı TTK'nın 1320. maddesi ile belirlenen borçluların, 1993 Rehin MS'nin "*alacak donatan (owner), gemi işletme müteahhidi (bareboat charterer), gemiyi yönetme (manager) ya da bunu işletme (operator) yetkisine sahip olan bir şahsa yönelikse ve ihtiyati haciz talep edilmiş olan ülkenin iç*

⁶⁸ **Atamer** (*Cebri İcra*), s. 200.

⁶⁹ Anglo-Amerikan hukukunda gemi alacaklısı hakkının kapsamı için bkz. **Günay**, s. 50–53.

⁷⁰ 1926 Rehin MS, Türkiye açısından 04.07.1955 tarihinde yürürlük kazanmıştır ve yukarıda da belirtildiği üzere 09.07.1956 yürürlük tarihli 6762 sayılı TTK'nın gemi alacaklısı hakkına ilişkin hükümlerinin hazırlanmasında 1926 Rehin MS göz önünde bulundurulmuştur.

⁷¹ **Süzel**, s. 175.

⁷² **Çetingil** (*Finansal Kiralama*), s. 11.

hukuku bu konuda bir gemi alacaklısı hakkı veriyor ise de geminin ihtiyaten haczi mümkündür” şeklinde olan 3/1-e maddesine ve aynı kişileri zikrederek gemi alacaklısı hakkının bu kişilere karşı doğmuş olması gereğinden bahseden 4/1. maddesine paralel olduğu değerlendirilmektedir. Bu tanıma göre, bir alacağın ‘gemi alacağı’ statüsünü kazanabilmesi için, temeldeki borç ilişkisi uyarınca şu kişilerden birisinin borçlu sıfatını taşıması gerekmektedir: (1) malik, (2) kiracı, (3) yönetici veya (4) işleten⁷³. Bunun yanı sıra, gemi alacaklısı hakkının asıl borçlu (gemi alacağının borçlusu) dışında üçüncü bir kişinin malvarlığı değeri (gemi) üzerinde doğması durumunda bu kişiler de borçlu tarafta yer alacaktır⁷⁴.

3. GEMİ ALACAKLISI HAKKININ SAHİBİ

Gemi alacaklısı hakkı, muhtelif açılardan⁷⁵ uzun zaman boyunca tartışılmış ve konuya ilişkin olarak ortaya çıkan değerli doktrinsel görüşler ve Yargıtay uygulamaları ile şekillenmiştir. Ancak bu hakkın, unsurlarından biri olan ve 6102 sayılı TTK lafzında belirtildiği üzere ‘sahibi’ olan kişinin kim olduğu konusunun özellikle 6762 sayılı TTK uygulaması ile 6102 sayılı TTK’nın açık hükümleri karşılaştırılmak suretiyle ve hakkın devredilebilirliği de dikkate alınarak ortaya konulması gerekmektedir.

Gemi alacaklısı, gemi alacağı olarak anılan ve esas itibariyle, sözleşmeden veya kanundan doğan bir para alacağının sahibidir⁷⁶. Aslında gemi alacaklısını, 6762 sayılı TTK’da on bent (m.1235) ve 6102 sayılı TTK’da

⁷³ **Atamer** (*Cebri İcra*), s. 182.

⁷⁴ **Türkel**, s. 72.

⁷⁵ Gemi alacaklısının talebi üzerine duruşma yapılmadan rehin hakkının tanınması uygulamasının isabetsiz olduğu yönündeki görüşü için bkz. **Çetingil, Ergon**: “*Deniz Hukuku Derneği Tarafından 1 Haziran 1996 Tarihinde Düzenlenen ‘Deniz Hukukuna İlişkin Yargıtay Kararları Sempozyumunda Verilen Tebliğlerin Özetleri: I. Tebliğ: Deniz Hukukunda Kanuni Rehin Hakkına Dayanan Takiplerle İlgili Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar*” (Deniz Hukuku Dergisi. 1996, S. 1 (3-4), s. 48). Gemi malikinin gemiye karşı icra takibini önlemek için gemi alacaklısına alacağını ödemesi halinde, BK 109/2. Maddesi uyarınca alacağın sona ermeyip teminatları ile birlikte gemi malikine geçeceği yönündeki görüşü için bkz. **Çağa ve Kender**, s. 73-76. Ayrıca finansal kiralama konusu gemiler üzerinde de gemi alacaklısı hakkının doğduğu ve malikin, gemi alacaklısının gemiyi takibini önlemek hakkına sahip bulunmadığını kabul yönündeki görüşü için bkz. **Çetingil** (*Finansal Kiralama*), s. 23. Finansal kiralayanın gemi işletmesini menfaat karşılığı kiralayıp gemiyi kiraya vermesi nedeni ile gemi üzerinde gemi alacağı doğacağı riskini göze alması gereğini bildiren Yargıtay kararları için bkz. 11. HD., 28.11.2005, E. 2005/9584, K. 2005/37258; 11.HD., 28.11.2005, E. 2005/9585, K. 2005/37259; 11.HD., 23.02.2004, E. 2003/6823, K. 2004/1646; 11.HD., 19.03.2002, E. 2002/578, K. 2002/2518; 11.HD., 24.11.2000, E. 2000/9328, K. 2000/9264 ve 11.HD., 04.06.1999, E. 1998/8202, K. 1999/4832.

⁷⁶ **Türkel**, s. 73.

ise (m.1320) altı bent olarak sayılan gemi alacağı sahipleri teşkil etmektedir⁷⁷.

Gemi alacakları için verilen liste dikkate alındığında bunların sözleşmesel ilişkinin veya haksız fiil normlarının ihlaline dayanan tazminat alacakları ya da çeşitli (hatta kamusal) kaynaklardan doğan ücret alacakları olduğu görülmektedir⁷⁸. Bu noktada aslında ilk bakışta 6102 sayılı TTK'nın 1320. maddesinde yer alan alacakların bu hakkın sahiplerini de yansıttığı düşünülebilir. Şöyle ki, 6102 sayılı TTK'nın 1320. maddesinin:

- Birinci bendinde yer alan *gemi adamı alacaklarının* sahipleri *gemi adamları*,
- İkinci bendinde yer alan *kişi zararlarının* sahipleri *geminin işletilmesi ile doğrudan doğruya ilgili olarak kişisel zarara uğrayan gemide bulunmayan kişiler*⁷⁹,
- Üçüncü bendinde yer alan *kurtarma ücreti alacaklarının* sahipleri *kurtaranlar*⁸⁰,
- Dördüncü bentte yer alan *seyrüsefer resimlerinin* sahipleri *kamusal nitelikteki istemde bulunabilecekler*⁸¹,
- Beşinci bendinde yer alan *haksız fiile dayanan eşya zararı dolayısıyla doğacak alacakların* sahipleri *çatma sebebiyle karşı gemideki eşyası zarara uğrayan yük ilgilisi, yolcu, eşyanın maliki kanal, dok, fener, rıhtım, su altı kablosu, kıyı tesislerine geminin işletilmesi dolayısıyla verilen zararlar uyarınca istem hakkına sahip olan kişiler*⁸² ve
- Altıncı bendinde yer alan *müşterek avarya garame payı alacaklarının* sahipleri ise *müşterek avarya garame payı alacaklıları*, gemi alacaklısı hakkının sahibi sıfatını haiz olacaktır.

Gemi alacaklılarının belirlenmesindeki asıl sorun, bu alacakların sahiplerine bir üçüncü kişi tarafından ödenmesi durumunda, ödemede bulunan bu üçüncü kişinin gemi alacaklısı hakkının sahibi sıfatını haiz olup olmayacağı noktasında gündeme gelmektedir. Günay, bu konuyu bir soru

⁷⁷ **Türkel**, s. 72. Türkel, devamla bu kişilerin; gemi adamları, haksız fiil mağdurları, kurtarma faaliyetinde bulunanlar ve müşterek avarya garame alacaklıları olduğunu belirtmiştir

⁷⁸ **Türkel**, s. 72.

⁷⁹ **Süzel**, s. 225.

⁸⁰ TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı:2, S. Sayısı:96, s. 386, (1298 ilâ 1319 nci Maddelere İlişkin Genel Açıklamalar).

⁸¹ **Süzel**, s. 239.

⁸² **Süzel**, s. 245.

ile ortaya koyarak: “*Gemi alacaklısı hakkına sahip olan alacağın üçüncü bir kişi tarafından ödenmesi durumunda bu alacağı üçüncü kişiye geçer mi? Örneğin bir gemi kaptanının gemi adamlarının ücret alacağını ödemesi durumunda, kaptanın gemi alacağının asıl sahibi yerine geçmesi mümkün müdür?*” demek suretiyle işaret etmiştir⁸³. Bu sorunun cevabı Atamer, Süzel ve Günay tarafından hem 6762 sayılı TTK uygulamasında BK’nın kanuni halefiyeti düzenleyen 818 sayılı mülga BK’nın 109. / 6098 sayılı BK’nın ise 127. maddesi atıfları, hem de 6102 sayılı TTK’da yer alan açık 1325. madde hükmü işaret edilmek suretiyle verilmiştir⁸⁴.

Uygulama açısından gemi alacaklarının devir ve temlik edilir olmasının yararlı sonuçlar doğuracağı, örneğin denizde kurtarma işleriyle uğraşan bir şirketin satılması durumunda, şirketin sahip olduğu gemi alacaklarını da şirketle beraber devretmesinin alıcının yararına ve satıcı açısından da satışı kolaylaştırıcı bir unsur olacağı değerlendirilmektedir⁸⁵.

Gemi alacaklısı hakkının sahibine ilişkin olarak, hakkın devredilebilirliği ile bağlantılı bir şekilde; kurtarma şirketinin yeni sahipleri ve gemi adamı ücretlerini ödemesi durumunda kaptan için verilen örneklerin, uygulamada sıklıkla rastlanıldığı gibi⁸⁶ gemi acenteleri için de verilebilmesi mümkündür. Nitekim Atamer, konuya ilişkin olarak verdiği örnekte; 6102 sayılı TTK’nın 1320/1. maddesinin (d) bendinde öngörülen resimlerin, donatan adına geminin acentesi tarafından ödenmesi durumunu ele almış ve acentenin bu alacakların takibinde kanuni rehin hakkına dayanabileceğini belirtmiştir⁸⁷. Süzel de gemi alacaklısının kanuni rehin hakkının devredilmesinin en çok sigorta şirketlerinin zarar gören gemi alacaklılarına ve acentelerin geminin maliki adına yaptığı ödemelerde önem taşıdığını belirtmekte ve bu durumda gemi alacaklısının rehin hakkına bağlanan tüm sonuçların halefiyet yoluyla sigorta şirketine intikal edeceğini ifade etmektedir⁸⁸.

⁸³ Günay, s. 95.

⁸⁴ Atamer (*Cebri İcra*), s. 202; Günay, s. 95–107; Süzel, s. 291–293.

⁸⁵ Günay, s. 99.

⁸⁶ Uygulamada acentelerin gemi alacaklısı hakkını ileri sürmelerini konu alan uyuşmazlıklara ilişkin Yargıtay kararları için bkz. 11. HD., 11.10.2005, E. 2004/10073, K. 2005/9577; 11. HD., 04.04.2005, E. 2004/6503, K. 2005/3219; 11. HD., 05.04.2004, E. 2003/9099, K. 2004/3548; 11. HD., 30.03.2004, E. 2003/8610, K. 2004/3323; 11.HD., 10.06.2003, E. 2003/313, K. 2003/6151 ve 11. HD., 02.03.2004, E. 2003/7560, K. 2004/1980. Bu kararlara konu yargulamaların ortak noktasında; acentelerin gemi alacağını ödemekle gemi alacaklısı hakkının sahibi konumuna gelebilmeleri için, dava konusu geminin acenteliğini yaptıklarını da ispatlayabilmelerinin gerekli görülmesi bulunmaktadır.

⁸⁷ Atamer (*Cebri İcra*), s. 203.

⁸⁸ Süzel, s. 292. Bunun yanısıra sigorta şirketlerinin halefiyete dayanarak gemi alacaklısı hak-

1.6762 Sayılı TTK Uyarınca Gemi Alacaklısı Hakkının Sahibi ve Halefiyete İlişkin BK Genel Hükümleri

6762 sayılı TTK uygulamasında, gemi alacaklısı hakkının konusunu teşkil eden alacağın üçüncü kişi tarafından ödenmesi durumunda, hakkın sahibinin tespitine yönelik açık bir düzenleme bulunmamakta ve sorun BK genel hükümlere göre çözülmekteydi. Çözüm için kendisine atfedilen norm; (i) 01.11.2011 tarihine kadar, hâlihazırda mülga olan 818 sayılı BK, (ii) 01.11.2011 tarihinden 6762 sayılı TTK'nın mülga olduğu 01.07.2012 tarihine kadar ise 6098 sayılı BK olmuştur. Her iki BK'da da göz önünde bulundurulması gereken hükümler ise 'halefiyeti' ve 'alacağın kanuni temlikini'⁸⁹ düzenleyen hükümlerdir.

Alacağın temliki mevcut bir alacağın alacaklısının değişmesi işlemidir⁹⁰. Alacağın kanuni temliki ise bir alacağın kanundan ötürü bir alacaklıdan üçüncü bir kişiye geçmesidir ve ancak kanunda öngörülen hallerde doğar⁹¹. Halefiyet kişilerin bir hukuksal ilişkide birbirlerinin yerini alma halleri için kullanılan genel bir kavramdır⁹² ve kanuni temlikte genel olarak eski alacaklı ile yeni alacaklı arasında bir halefiyet ilişkisi söz konusu olmaktadır⁹³. İşte bu noktada halefiyetin de kanuni temlikin en sık rastlanan tezahür biçimi olduğu söylenebilecektir⁹⁴. Nitekim Reisoğlu, alacağın bir yasa hükmü veya mahkeme kararı uyarınca, özel bir şekle ve alacaklının rızasına ihtiyaç olmaksızın başkasına geçmesine imkân tanıyan kanuni temlikin en önemli örneğini 6098

kını ileri sürdüğü uyuşmazlıklara ilişkin Yargıtay kararları için bkz. 11. HD., 22.12.2010, E. 2010/7285, K. 2010/13119; 11.HD., 21.11.2008, E. 2007/4046, K. 2008/13192 ve 11.HD., 23.11.2004, E. 2004/363, K. 2004/11379.

⁸⁹ Alacağın kanuni temliki dışında başka yollarla da temliki durumu söz konusudur. Nitekim alacak ya devredenele devralanın karşılıklı ve birbirine uygun istek açığa vurmaları – irade beyanları- ile geçirilir (iradi temlik), ya alacak kanun uyarınca bir kişinin varlığından çıkıp diğerininkine geçer (kanuni temlik) ya da mahkemenin bir kararı ile başkasına geçirilir (mahkeme kararınca alacağın geçirilmesi). Alacağın temlikinin çeşitlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Baştuğ, İrfan:** *Borçlar Hukuku – Genel Hükümler*, İzmir 1973, s. 181; **Eren, Fikret:** *Borçlar Hukuku – Genel Hükümler*, İstanbul 2001, s. 1214–1216; **Edgü, Ekrem:** *Borçlar Hukuku – Umumi Hükümler*, İstanbul 1978, s. 157.

⁹⁰ **Eren**, s. 1212.

⁹¹ **Eren**, s. 1214; **Kılıçoğlu, Ahmet:** *Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet*, Ankara 1979, s.20.

⁹² **Kılıçoğlu**, s.3.

⁹³ **Eren**, s. 1214.

⁹⁴ Halefiyet bir kanuni temliktir ancak kanuni temlikin yegâne şekli değildir. Nitekim alacak haklarının mirasçılara intikal etmesi de dar ve gerçek anlamda halefiyet niteliğinde olmayan bir kanuni temliktir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kılıçoğlu**, s. 20.

sayılı BK'nın 127. maddesindeki halefiyetin teşkil ettiğini belirtmiştir⁹⁵.

818 sayılı mülga BK'nın halefiyeti düzenleyen 109. maddesi ile 6098 sayılı BK'nın halefiyeti düzenleyen 127. maddesi birbirine paraleldir. 6098 sayılı BK'nın 127. maddesi şu şekildedir: “*Alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişi, aşağıdaki hâllerde ifası ölçüsünde alacaklının haklarına halef olur:*

1. *Başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtardığı ve bu şey üzerinde mülkiyet veya başka bir aynı hakkı bulunduğu takdirde.*

2. *Alacaklıya ifada bulunan üçüncü kişinin ona halef olacağı, borçlu tarafından ifadan önce alacaklıya bildirildiği takdirde.*

Diğer halefiyet hâllerine ilişkin kanun hükümleri saklıdır.”

818 sayılı mülga BK'nın alacağın kanuni temlikini düzenleyen 164. maddesi ile 6098 sayılı BK'nın alacağın kanuni temlikini düzenleyen 185. maddesi de birbirine paraleldir. 6098 sayılı BK'nın 185. maddesi uyarınca: “*Alacağın devri kanun veya mahkeme kararı gereğince gerçekleşmişse, bu devir özel bir şekle ve önceki alacaklının rızasını açıklamasına gerek olmaksızın, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir*” denilmektedir.

6098 sayılı BK'nın 127. maddesi ile aynı kanunun alacağın temlikini düzenleyen 185. maddesinin birlikte ele alınması ile 6762 sayılı TTK uygulamasında, gemi alacaklısı hakkının konusunu teşkil eden alacakların üçüncü kişi tarafından ödenmesi durumunda, bu kişilerin hakkın sahibi oluşlarının kanuni mesnedi belirlenebilecektir. Bu şekilde, gemi üzerinde kanuni rehin hakkı tesis edilmesine yol açan bir gemi alacağının, üçüncü kişi konumunda olan bir sigorta şirketi, gemi adamı, acente vb. tarafından ödemesi durumunda, bu kişinin 6098 sayılı BK'nın 127/1. maddesi uyarınca gemi alacaklısı hakkının sahibinin haklarına halef olduğu ve bu hakları aynı kanunun 185. maddesi uyarınca üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği sonucuna varılmaktadır.

Aslında gemi alacaklısı hakkı uygulamalarında kanuni rehin hakkına halefiyet hükümlerinin uygulanması konusunu sadece sigorta şirketleri, acenteler ve hatta gemi adamı alacaklarını ödeyen kaptan gibi üçüncü kişilerle sınırlı düşünmemek gerekmektedir. Nitekim Kender ve Çetingil⁹⁶, gemi malikinin kendi gemisi üzerinde gemi alacaklısı hakkına sahip olabilmesine imkân veren hallerden bir tanesi olarak; borçlunun gemi malikinden başka bir kimse olması halinde malikin, gemi alacaklısına borcunu ödemesi durumunda

⁹⁵ Reisoglu, Safa: *Borçlar Hukuku – Genel Hükümler*, İstanbul 2011, s. 460.

⁹⁶ Kender ve Çetingil, s. 216.

818 sayılı mülga BK'nın 109/1. maddesine⁹⁷ göre alacaklının haklarına halef olacağından, gemi alacaklısı hakkının kendisine geçeceği örneğini vermektedir. Dolayısıyla Türk hukukunda bir gemi alacağından kişisel olarak sorumlu bulunmayan gemi malikinin alacağı ödemekle, gemi alacaklısının haklarına halef olacağı kabul edilmiştir⁹⁸. Hatta Çetingil, gemi malikinin, gemiye karşı icra takibini önlemek için, gemi alacaklısına alacağını ödemesi halinde, finansal kiralama şirketinin gemisi üzerinde 818 sayılı mülga BK'nın 109/2. maddesi hükmü uyarınca kanuni halefiyet hükümleri dairesinde hareket edebileceğini ifade etmektedir⁹⁹.

6762 sayılı TTK uygulamasına ilişkin olarak kabul edilen bu genel hükümler atfının temelinde; rehin hakkının feri nitelikli bir hak olması, alacağa sıkı sıkıya bağlı olması ve gemi alacaklısı hakkının da bir kanuni rehin hakkı olduğu bulunmakla¹⁰⁰, asıl alacağın temlik edilmesi durumunda bu alacağa bağlı ve ferisi niteliğindeki kanuni rehin hakkının da BK'nın alacağın temlikine ilişkin genel hükümlere göre devredileceği düşüncesi yatmaktadır. Nitekim 6098 sayılı BK'nın 189. maddesinde “*alacağın devri ile birlikte devreden kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana geçer*” denilmekle, bu duruma imkân tanınmaktadır. Böylece alacak temlik edildiğinde, alacağı garanti eden, kefalet, menkul ve gayrimenkul rehni ile hapis hakkı gibi yan haklar da kendiliğinden alacağı devralana geçmektedir¹⁰¹.

BK'nın konuya ilişkin genel hükümlerinin, nev'i şahsına münhasır bir hukuk dalın olan Deniz Ticareti Hukuku'ndan kaynaklanan kanuni rehin hakkına halefiyete uygulanması noktasında bir takım sorunlar da ortaya çıkabilmekteydi. Nitekim Günay, bir gemi alacağını ödeyen üçüncü şahısların 818 sayılı mülga BK'nın 109/2. maddesi uyarınca gemi alacaklılarının hakkına kanunen halef olabileceklerini, ancak gemi alacaklısının bu yeni

⁹⁷ 818 sayılı mülga BK'nın 109. maddesi uyarınca: “*Alacaklıya tediyede bulunan üçüncü şahıs aşağıdaki hallerde tediyeye eylediği miktar nispetinde alacaklının haklarına kanunen halef olur:*

1 - Başkasının borcu için rehneden bir şeyi rehinden kurtardığı ve bu şey üzerinde mülkiyet hakkı veya sair diğer bir aynı hakkı haiz bulunduğu takdirde.

2 - Alacaklıya tediyede bulunan üçüncü şahsın ona halef olacağı borçlu tarafından alacaklıya haber verildiği takdirde” denilmektedir.

⁹⁸ Günay, s. 101.

⁹⁹ Çetingil, Finansal Kiralama, s. 14.

¹⁰⁰ Atamer (Cebri İcra), s. 199.

¹⁰¹ Reisoğlu, s. 467; Baştuğ, s. 184; Aybay, Aybay: *Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul 1981, s. 170-173; Eren, s. 1226-1227; Edgü, s. 162.

sahibinin “borçluya ifadan önce ya da ifa anında ihtar vermesi gerektiği¹⁰²” görüşünde olsa da, gemi alacaklısı hakkının aynı bir hak olması dolayısıyla, borçlusunun gemi mülkiyet değiştirdikçe değişebilir olmasının alacaklı için öngörülen bu ihtar yükümlülüğünü yerine getirmesini imkânsızlaştırabileceği düşünülmektedir. Nitekim genel hükümler atfında kullanılan kanuni temlikin geçerliliği kural olarak, borçlunun rızasına bağlı olmadığı gibi, borçluya ihtar edilmesi de zorunlu ve geçerlik şartı değildir¹⁰³. İşte bu nedenle 6762 sayılı TTK uygulamasında, BK genel hükümler dolayısıyla gerçekleştirilen kanuni halefiyet mekanizmasının, gemi alacaklısı hakkının *sui generis* niteliği dolayısıyla bu hak ile tam olarak örtüşmediği ve bu nedenle 6102 sayılı TTK’ya getirilen açık hükmün tüm uyumsuzlukları ortadan kaldıracığı düşünülmektedir.

II. 6102 Sayılı TTK Uyarınca Gemi Alacaklısı Hakkının Sahibi ve Kanun’un 1325. Maddesi

6102 sayılı TTK’nın 1325. maddesinde “*gemi alacağının devri veya intikali ile bu alacağın verdiği kanuni rehin hakkı da devredilmiş veya intikal etmiş olur*” denilmektedir. Fer’i nitelik taşıyan rehin hakkının kendisi için tesis edildiği alacak hakkına bağlılığı ilkesini kabul eden MK’nın esaslarıyla da uyum içerisinde olan bu hüküm, 1993 Rehin MS’nin 10. maddesinin birinci fıkrasından alınmıştır¹⁰⁴. Atamer, işbu hükmün 6102 sayılı TTK’ya alınmasının, bu konuda yaşanan duraksamalar sebebiyle uygun bulunduğunu belirtmiştir ki böylece kanuni halefiyetin öngörülmediği başka alanlarda da gemi alacağına bağlı olan kanuni rehin hakkı da devredilebilecektir¹⁰⁵.

6102 sayılı TTK’ya sevk edilen bu açık hüküm ile artık gemi alacaklısı hakkının konusunu teşkil eden alacaklardan birini ödeyen sigorta şirketi, acente, kaptan ya da üçüncü herhangi bir kişinin BK genel hükümlerinde yer alan halefiyete ilişkin hükümlere atıfta bulunulmasına gerek kalmaksızın, doğrudan TTK’dan kaynaklanan bir hükümle gemi alacaklısı hakkının sahibinin haklarını haiz olacağı değerlendirilmektedir. Bu şekilde 6762 sayılı TTK uygulamasında BK’nın halefiyete ilişkin genel hükümlerine dayanılarak çalıştırılan alacağın kanuni temlik mekanizması, 6102 sayılı TTK uyarınca artık bu kanunun kendi lafzı içerisinde yer alan bir hükme dayanılarak

¹⁰² Günay, s. 101.

¹⁰³ Kostakoğlu, Cengiz: *Gerekçeli ve Açıklamalı Türk Borçlar Kanunu*, İstanbul 2011, s. 259; Baştuğ, s. 186; Aybay, 174; Eren, s. 1231.

¹⁰⁴ TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı:2, S. Sayısı:96, s. 394, (1325. madde gerekçesi).

¹⁰⁵ Atamer (*Cebri İcra*), s. 203.

çalıştırılacaktır. Dolayısıyla burada 6102 sayılı TTK'nın 1235. maddesi hükmü ile alacağın kanuni temlik örneklerine yeni bir tane kazandırılmış olduğu düşünülmekte ve bunun uygulama için son derece yararlı olacağı öngörülmektedir.

SONUÇ

Kanuni rehin hakkı bahşeden gemi alacaklısı hakkının denizyolu taşımacılığında haiz olduğu önem oldukça büyüktür. Nitekim hakkın, kanuni rehin hakkı bahşetmesi dolayısıyla sahip olduğu öncelik, takip ve devredilebilirlik üstünlükleri, sahibine alacak hakkını; hakkın borçlusuna ve diğer üçüncü kişilere karşı gemi üzerinden ileri sürebilme imkânı tanımakta ve sahibinin gemi alacaklısı hakkının konusuna giren alacakları tahsil etmesini kolaylaştırmaktadır.

Milletlerarası sözleşmeler ve ulusal hukuk uyarınca kendisine yüksek önem atfedilen ve hem 6762 sayılı hem de 6102 sayılı TTK'lar lafzında yer bulan gemi alacaklısı hakkının, sahibinin tam olarak kim olduğunu tespit edebilmek için öncelikle unsurlarının genel olarak irdelenmesi gerekmektedir. Kendisini düzenleyen normlar uyarınca gemi alacaklısı hakkının unsurları; hakkın konusu, kapsamı, borçluları ve sahibi olarak tespit edilmektedir. Gemi alacağını ortaya çıkaran haller zaten gemi alacaklısı hakkını düzenleyen normlarda sınırlı sayıda düzenlenmekte ve hakkın konusunu teşkil etmekte iken, hakkın kapsamını hakkın üzerinde ileri sürülebildiği malvarlığı değerleri oluşturmaktadır. Gemi alacaklısı hakkının borçluları, hakkın kendisine karşı ileri sürülebildiği ve gemi el değiştirdikçe değişen kişiler iken, hakkın sahipleri gemi alacaklısı hakkının konusunu teşkil eden hizmetleri sunan kişilerdir. Ancak hakkın sahiplerini bu kişilerle sınırlı tutmamak ve bu hizmetleri sunan kişilerin alacaklarını ödeyen üçüncü kişilere de alacağın kanuni temlik hükümlerine binaen hakkın sahibi statüsünü tanımak gerekmektedir.

6762 sayılı TTK, gemi alacaklısı hakkının konusunu teşkil eden alacakları ödeyen üçüncü kişilerin, BK'nın 109. maddesinde yer alan halefiyete ilişkin hükümler atfıyla gemi alacaklısı hakkını ve bu haktan kaynaklanan kanuni rehin hakkını ileri sürmelerine imkân tanırken, 6102 sayılı TTK sevk etmiş olduğu açık 1325. madde hükmü ile alacağın kanuni temlikine ilişkin örneklere bir yenisini daha eklemiş ve BK hükümlerine atıfta bulunulmasına gerek kalmaksızın, kendi içerisinde yer verdiği bu hüküm ile gemi alacağını ödeyen üçüncü kişilerin bu hakkı, gemi alacaklısı hakkının borçlularına karşı ileri sürebilmelerine imkân tanımıştır. Bu şekilde Deniz Ticaret Hukuku'nun

kendisine özgü niteliğinden kaynaklanan ve özellikli bir hak olan gemi alacaklısı hakkının, BK genel hükümleri ile birlikte uygulanmasından doğabilecek sakıncalar ve tereddütler giderilmiş olmakta ve hakka özel bir alacağın kanuni temlikî çeşidi uygulamaya dahil edilmektedir.

Yararlanılan Kaynaklar

- Ağsakal, İbrahim:** *Yük Alacaklısı Hakkı*, İstanbul 2011.
- Akipek, Jale:** *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar)*, Ankara 1974.
- Arseven, Haydar:** *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Gemi Alacaklısı Hakkının Doğurduğu Bazı Problemler*, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (10–18 Mayıs 1961), Ankara 1962, s. 545-558.
- Atamer, Kerim:** *Gemi ve Uçak İpoteğinin Hukuksal Temelleri*, İstanbul 2012. (Anılış: Gemi ve Uçak İpoteği).
- Atamer, Kerim:** *Gemi ve Yük Alacaklısının Haklarının Kullanılmasından Yargılama Usulü ve İcra*, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XIV, Ankara 4-5 Nisan, 1997. (Anılış: Yargılama Usulü ve İcra).
- Atamer, Kerim:** *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Deniz Hukukunda Cebri İcra*, İstanbul 2006. (Anılış: Cebri İcra).
- Aybay, Aydın:** *Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul 1981
- Barlas, Nuray:** *Gemi Alacaklısı Hakkı Veren Alacaklar ve Gemi Alacaklısı Hakkının Hukukî Niteliği*, İstanbul 2000.
- Baştuğ, İrfan:** *Borçlar Hukuku – Genel Hükümler*, İzmir 1973.
- Çağa, Tahir ve Kender, Rayegan:** *Deniz Ticareti Hukuku, c.III, Gemi ve Yük Alacaklısı Hakları, Zamanaşımı, Deniz Hukukunda Cebri İcra*, İstanbul 2005.
- Çetingil, Ergon:** “*Finansal Kiralama Konusu Gemiler Üzerinde Gemi Alacaklısı Hakkının Doğması ile İlgili Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar*” (Deniz Hukuku Dergisi 1999, S. 4 (1–2), s. 7–24). (Anılış: Finansal Kiralama).
- Çetingil, Ergon:** “*Deniz Hukuku Derneği Tarafından 25 Ekim 1997 Tarihinde Düzenlenen ‘Deniz Hukukunda Rehin Haklarına Dair Paneli’ Açış*

Konuşması” (Deniz Hukuku Dergisi 1997, S. 2 (4), s. 3–5).

Çetingil, Ergon: “*Deniz Hukuku Derneği Tarafından 1 Haziran 1996 Tarihinde Düzenlenen ‘Deniz Hukukuna İlişkin Yargıtay Kararları Sempozyumunda Verilen Tebliğlerin Özetleri: I. Tebliğ: Deniz Hukukunda Kanuni Rehin Hakkına Dayanan Takiplerle İlgili Olarak Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar*” (Deniz Hukuku Dergisi 1996, S. 1 (3–4), s. 47–49).

Doğrucu, Muhittin: *Deniz Taşımacılığında Kanuni Rehin Hakkı*, İstanbul 1997.

Edgü, Ekrem: *Borçlar Hukuku – Umumi Hükümler*, İstanbul 1978.

Eren, Fikret: *Borçlar Hukuku – Genel Hükümler*, İstanbul 2001

Ertaş, Şeref: *Eşya Hukuku*, Ankara 1989.

Günay, Barış: *Türk ve Anglo Amerikan Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkı*, Ankara 2009

Gürsoy, Kemal; Eren, Fikret ve Cansel, Erol: *Türk Eşya Hukuku*, Ankara 1984.

Kalpsüz, Turgut: *Gemi Rehni*, Ankara 2001. (Anılış: Gemi Rehni).

Kalpsüz, Turgut: *Gemi Alacaklısı Hakkının Hukuki Mahiyeti*, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 301-317. (Anılış: Gemi Alacaklısı Hakkı).

Kender, Rayegan ve Çetingil, Ergon: *Deniz Ticareti Hukuku (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları ile Birlikte) Temel Bilgiler*, İstanbul 2010.

Kılıçoğlu, Ahmet: *Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet*, Ankara 1979.

Kostakoğlu, Cengiz: *Gerekçeli ve Açıklamalı Türk Borçlar Kanunu*, İstanbul 2011.

Köprülü, Bülent ve Kaneti, Selim: *Sınırlı Ayni Haklar*, İstanbul 1973.

Oğuzman, Kemal ve Seliçi, Özer: *Eşya Hukuku*, İstanbul 1975.

Reisoğlu, Safa: *Borçlar Hukuku – Genel Hükümler*, İstanbul 2011

Süzel, Cüneyt: *Gemi Alacaklısı Hakkı ve Gemi İpoteği Hakkında 1993 Cenevre Sözleşmesi ve Yeni TTK*, İstanbul 2012.

TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı:2, S. Sayısı:96, s. 393, (1320. madde

gerekçesi).

TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı:2, S. Sayısı:96, s. 393, (1320 ilâ 1327 nci Maddelere İlişkin Genel Açıklamalar).

TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı:2, S. Sayısı:96, s. 386, (1298 ilâ 1319 nci Maddelere İlişkin Genel Açıklamalar).

TBMM Dönem: 23, Yasama Yılı:2, S. Sayısı:96, s. 394, (1325. madde gerekçesi).

Tekil, Fahiman: *Deniz Hukuku*, İstanbul 2001.

Türkel, Doğuş Taylan.: *Gemi Alacaklısı Hakkının Paraya Çevrilmesi*, İzmir 2007.

Ülgener, Fehmi: „*Gemi Üzerindeki Rehin Hakkı ‘Gemi Alacaklısı Hakkı’*“ (Deniz Hukuku Dergisi 1997, S. 2 (4), s. 5-9).

Ülgener, Fehmi: *Deniz Hukuku*, İstanbul 2001.

Yavaş, Aksoy: “Türk Ticaret Kanununun Gemi Alacaklısı Hakkı Veren 1235. Maddesinin 1–6. Bentlerinin, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Anglo-Sakson Hukukla Mukayeseli Olarak Değerlendirilmesi” (*Deniz Hukuku Dergisi 2005, S. 10 (1–4), s. 127–179*).

Yargıtay Kararları

11. HD., 04.07.2000, E. 2000/8572, K. 2000/11340.

11. HD., 21.11.2008, E. 2007/4046, K. 2008/13192.

11. HD., 23.01.2007, E. 2007/93, K. 2007/633.

11. HD., 04.12.2006, E. 2006/32632, K. 2006/31785.

11. HD., 29.03.2002, E. 2001/9311, K. 2002/2860.

19. HD., 02.07.1996, E. 1996/4837, K. 1996/6950.

11. HD., 12.07.2002, E. 2002/13000, K. 2002/15480.

11. HD., 02.07.1996, E. 1996/4837, K. 1996/6950.

11. HD., 15.06.2000, E. 2000/3372, K. 2000/4689.

11. HD., 23.02.2004, E. 2003/6823, K. 2004/1646.

11. HD., 04.06.1999, E. 1998/8202, K. 1999/4832.
11. HD., 28.06.2000, E. 2000/2870, K. 2000/6109.
11. HD., 21.04.1998, E. 1997/10467, K. 1998/2633.
11. HD., 12.06.2000, E. 2000/4375, K. 2000/5421.
11. HD., 22.10.1998, E. 1998/3182, K. 1998/6962.
11. HD., 15.02.1993, E. 1991/7121, K. 1993/943.
11. HD., 18.02.1991, E. 1989/9089, K. 1991/997.
11. HD., 15.04.1999, E. 1999/8000, K. 1999/2830.
11. HD., 25.03.2002, E. 2001/10170, K. 2002/2603.
11. HD., 15.06.2000, E. 2000/3372, K. 2000/4689.
11. HD., 25.05.2000, E. 2000/1031, K. 2000/4603.
11. HD., 26.04.1999, E. 1999/7103, K. 1999/7700.
11. HD., 17.02.1997, E. 1996/7789, K. 1997/675.
11. HD., 07.06.1971, E. 1971/12562, K. 1971/13460.
11. HD., 18.04.2002, E. 2002/281, K. 2002/3642.
11. HD., 07.05.2002, E. 2002/712, K. 2002/4489.
11. HD., 16.09.1999, E. 1999/1894, K. 1999/6816.
11. HD., 24.04.1998, E. 1997/10442, K. 1998/2671.
11. HD., 20.04.1998, E. 1997/10374, K. 1998/2719.
11. HD., 24.04.1997, E. 1997/10373, K. 1998/2670.
11. HD., 24.03.1997, E. 1996/9106, K. 1997/1953.
11. HD., 27.01.1997, E. 1996/9115, K. 1997/292.
11. HD., 03.06.2003, E. 2003/619, K. 2003/5897.
11. HD., 18.06.1999, 1999/4522, K. 1999/5478.
11. HD., 22.03.1999, 19998/7775, K. 1999/2512.
11. HD., 11.05.1998, E. 1998/1324, K. 1998/3285.
11. HD., 27.01.2004, E. 2003/6710, K. 2004/753.

11. HD., 29.03.2002, E. 2001/9311, K. 2002/2860.
11. HD., 14.02.2008, E. 2007/11928, K. 2008/1587.
11. HD., 11.12.2003, E. 2003/5632, K. 2003/11746.
11. HD. 09.10.1998, E. 1998/4642, K. 1998/6418.
11. HD., 28.11.2005, E. 2005/9584, K. 2005/37258.
11. HD., 28.11.2005, E. 2005/9585, K. 2005/37259.
11. HD., 23.02.2004, E. 2003/6823, K. 2004/1646.
11. HD., 19.03.2002, E. 2002/578, K. 2002/2518.
11. HD., 24.11.2000, E. 2000/9328, K. 2000/9264.
11. HD., 04.06.1999, E. 1998/8202, K. 1999/4832.
11. HD., 11.10.2005, E. 2004/10073, K. 2005/9577.
11. HD., 04.04.2005, E. 2004/6503, K. 2005/3219.
11. HD., 05.04.2004, E. 2003/9099, K. 2004/3548.
11. HD., 30.03.2004, E. 2003/8610, K. 2004/3323.
11. HD., 10.06.2003, E. 2003/313, K. 2003/6151.
11. HD., 02.03.2004, E. 2003/7560, K. 2004/1980.
11. HD., 22.12.2010, E. 2010/7285, K. 2010/13119.
11. HD., 21.11.2008, E. 2007/4046, K. 2008/13192.
11. HD., 23.11.2004, E. 2004/363, K. 2004/11379.

ANONİM ORTAKLIKLARDA TÜZEL KİŞİLERİN YÖNETİM KURULU ÜYESİ SEÇİLMESİ VE KAMU TÜZEL KİŞİLERİNİN YÖNETİM KURULUNA TEMSİLCİ ATAMASI

Cafer EMİNOĞLU*

Fatma Betül ÇAKIR**

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile anonim ortaklıkların yönetim kurullarına ilişkin önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden biri de tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi seçilebilmesine olanak tanınmasıdır. Bu çalışmada öncelikle Türk Ticaret Kanunu'nun 359'uncu maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan, tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olması ve bu husustaki tartışmalara değinilmektedir. Daha sonra aynı maddenin beşinci fıkrasında hükme bağlanmış olan pay sahibi kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulu üyesi seçilmesine ilişkin düzenlemenin yol açtığı tartışmalara değinilmekte ve bu kapsamda çeşitli değerlendirmelerimize yer verilmektedir. Son olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 334'üncü maddesinde düzenlenmiş olan, kamu tüzel kişilerinin işletme konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim kurullarında temsilci bulundurması ve bu düzenlemelerin beraberinde getirdiği sorunlar, öğretilerdeki farklı görüşler de dikkate alınarak, incelenmeye çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, yönetim kurulu, tüzel kişi yönetim kurulu üyesi, kamu tüzel kişisinin yönetim kuruluna temsilci bulundurması.

ELECTION OF LEGAL PERSONS AS MEMBERS OF THE BOARD OF DIRECTORS IN THE JOINT-STOCK COMPANIES AND REPRESENTATIVE - ASSIGNMENT IN THE BOARD OF DIRECTORS BY THE PUBLIC LEGAL PERSONS

ABSTRACT

With the Turkish Commercial Code numbered 6102, important amendments have been made regarding the subject of "Board of Directors". One of these amendments includes the opportunity of election of legal persons as members of the board of directors. This article firstly examines the membership of legal persons in the board of directors, in pursuance with the 2nd paragraph of Article 359 of the Turkish Commercial Code. After that, the discussions of the provision which is

* Yrd. Doç. Dr., Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. E-Posta: cafereminoglu@hotmail.com

** Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. E-Posta: betulcakir67@gmail.com

about the election of public legal persons as Members of the Board of directors and regulated in the 5th paragraph of the same Article, will be analyzed. In this regard, various evaluations will be included. Lastly it tries to underline the appointment of representatives of public corporate bodies in board of directors of joint-stock companies with “public serves company subject” in compliance with Article 334 and some issues arising from these regulations.

Keywords: *Joint-stock company, board of directors, board membership of a legal person, appointment of a legal person as a representative member to the board of directors.*

GİRİŞ

6012 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK)¹ ile birlikte tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olmasının yolu açılmıştır. Bu durum 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde ortaya çıkan bir takım sorunları ve hakkaniyete aykırı durumları ortadan kaldırmaya elverişli olmakla birlikte yeni bazı sorunları da beraberinde getirmektedir.

Öte taraftan 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nun, kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsil edilmesi hususunu düzenleyen 275. maddesi, bir takım sistem değişiklikleri dışında, olduğu gibi 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 334. maddesine aktarılmıştır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olmasına izin verilmesine rağmen, kamu tüzel kişilerinin anonim ortaklık yönetim kuruluna katılmasını düzenleyen TTK m.334'te yönetim kuruluna temsilci gönderme ifadesinin değiştirilmeden kullanılması isabetli olmamış, doktrinde yönetim kurulu üyeliği ile ilgili tartışmaları sona erdirememiştir.

Çalışmamızda ilk olarak tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeliği konusu ve bu konuda ortaya çıkan sorunlar incelenecek, devamında kamu tüzel kişilerinin yönetim kuruluna temsilci göndermesi, bu alandaki tartışmalar ve konuya ilişkin değerlendirmelerimize yer verilecektir.

¹ Çalışmanın bundan sonraki kısımlarında kullanılmış olan “TTK” kısaltması ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu anlaşılmalıdır.

I. TÜZEL KİŞİLERİN YÖNETİM KURULU ÜYELİĞİ

A. Genel Olarak

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi seçilmesine izin verilmemiş, bunların yerine temsilcileri olan gerçek kişilerin yönetim kurulu üyesi seçilebilecekleri öngörülmüştü (TK m.312/2). 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ise tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabileceği kabul edilmiştir (m.359/2)². Tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabilmelerine olanak tanınarak, bir taraftan limited şirket müdürlerinin tüzel kişi olmasına izin vermiş olan TTK m.623/2'ye uyum sağlanmış, diğer taraftan tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olarak sorumlu tutulmasının yolu açılarak şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara güvence verilmiştir³. Aynı şekilde bu düzenleme ile birlikte, şirketin idaresinde söz sahibi olan tüzel kişinin kendi çıkarlarını koruma açısından daha avantajlı bir konumda olacağı açıktır⁴.

TTK m.359/2 ile tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi seçilmesine imkân tanınması sebebiyle, 6762 sayılı Kanun'da öngörülmüş olan 'temsilci gerçek kişinin' yönetim kurulu üyesi seçilmesi sistemi sona ermiştir. Bu sistemi sürdürmek, başka bir deyişle tüzel kişiyi temsilen bir gerçek kişiyi yönetim kurulu üyesi seçmek artık mümkün olmayacaktır⁵. TTK m. 359/2 ile tüzel kişiler için bir sınırlama öngörülmediği için, hükmün özel hukuk tüzel kişileri gibi kamu tüzel kişileri için de uygulanması mümkündür⁶. Aynı şekilde TTK m.359/2 hükmü, özel kanunlara tabi anonim şirketlere de uygulanacaktır. Zira tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olup olamayacaklarına ilişkin sorun, özel kanunların değil temel kanun olan Türk Ticaret Kanunu'nun sorunudur⁷. Ancak kanaatimizce özel kanunlarda, bu kanunlara tabi ortaklıklar açısından, tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olamayacağına ilişkin ihdas edilecek hükümler TTK'daki genel hükmün önüne geçecek ve uygulanacaktır.

Belirtmek gerekir ki, öğretide esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, yönetim kurulu üyelerinin gerçek kişi olması şartı getirilebileceği gibi

² Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu gibi Fransız Ticaret Kanunu da tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabileceğini kabul etmiştir. Buna karşılık Alman, İsviçre ve İtalyan hukuklarında yalnızca tam ehliyetli gerçek kişilerin yönetim kurulu üyeliğine izin verilmiştir. Bkz: ÇOŞTAN, s.119.

³ GEREKÇE, m.359

⁴ Aynı yönde: AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s.25.

⁵ KIRCA, s.52; ÇOŞTAN, s.120.

⁶ ÇOŞTAN, s.120-121.

⁷ KIRCA, s.52.

yönetim kurulu üyesi olabilecek tüzel kişilerin hukuki tipleri konusunda⁸ da bazı sınırlamalar yapılabileceği yönünde görüşler mevcuttur⁹. Kanaatimizce esas sözleşmeye bu ve benzeri kayıtların konulup konulamayacağına ilişkin sorunun cevabı, TTK'nın emredici hükümler ilkesine ilişkin 340. maddesinin ne tür bir yoruma tabi tutulması gerektiğine göre farklılık arz edecektir. İlgili hükümde kanun koyucu esas sözleşmenin, TTK'da "açıkça izin verilmişse" (ancak) TTK'nın anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden sapabileceğini hükme bağlamaktadır. Burada ilgili tartışmanın temel noktasını "bir hükmün aksinin esas sözleşmede düzenlenmesine emredici hükümler ilkesi çerçevesinde izin verilip verilmeyeceği tespit edilirken ilgili hükmün lafzına mı yoksa amacına mı bakılması gerektiği" sorusu teşkil etmektedir¹⁰. Kanaatimizce TTK'nın açık hükmüne rağmen, esas sözleşmede "lafız itibari ile", diğer bir deyişle "açıkça" izin verilmediği halde "sapabilmeye" imkân tanımak hukuka uygunluk ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Kaldı ki emredici veya düzenleyici niteliği madde metninden anlaşılan hükümler TTK'nın 340. maddesinden bağımsız olarak da uygulama alanı bulmaktadır. Dolayısıyla belirtilen hüküm mevcut olmasaydı da düzenleyici ya da emredici niteliği açık olan hükümler belirtilen niteliklere uygun olarak uygulanacaktı¹¹. Sonuç olarak kanaatimizce, TTK'da açıkça izin verilmemiş olması sebebiyle, esas sözleşmeye, yönetim kurulu üyelerinin gerçek kişi olması şartı ya da yönetim kurulu üyesi olabilecek tüzel kişilerin hukuki tipleri konusunda bir sınırlama kaydı konulamayacaktır¹².

B. Tüzel Kişi Adına Yönetim Kuruluna Katılacak Gerçek Kişi

Bir tüzel kişi yönetim kuruluna üye seçildiği takdirde, tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, sadece bir gerçek kişi de tescil ve ilan olunur; ayrıca, tescil ve ilanın yapılmış olduğu, şirketin internet sitesinde¹³ hemen açıklanır (TTK m.359/2). Bu hüküm uyarınca,

⁸ Bu görüşe göre, esas sözleşmeye, yönetim kurulu üyesi olabilecek tüzel kişilerin sadece anonim ortaklık, vakıf, dernek gibi tüzel kişiler olabileceği yönünde çeşitli kayıtlar konulabilmelidir. Bkz: KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT), s.403.

⁹ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT), s.403; KIRCA, s.53.

¹⁰ Bu konuya ilişkin tartışmalar için bkz: EMİNOĞLU, s136-138.

¹¹ Bkz: KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT), s. 160,- 161.

¹² Burada belirtilen görüş ve varılan sonuç elbette TTK'nın 340. maddesinin yerindeliği ile ilgili değildir. Hatta "aşırı korumacı" bir anlayışla ihdas edilen bu hükmün genel itibariyle hem küçük hem de büyük pay sahiplerinin iradelerini ortaklığa yansıtma haklarını engellediği söylenebilir.

¹³ İlgili hükmün, internet sitesinde açıklama yapılmasına ilişkin bu kısmı elbette TTK'nın 1524. maddesi çerçevesinde internet sitesi açmakla yükümlü olan şirketler açısından bağla-

bir tüzel kişi yönetim kurulu üyeliğine seçildiği takdirde, tüzel kişinin adeta kişiliğinde somutlaştığı, ancak onu temsil etmeyen başka bir anlatımla onun temsilcisi olmayan bir gerçek kişi, seçilen tüzel kişi ile birlikte tescil ve ilan olunacaktır¹⁴. Gerçek kişinin tüzel kişi ile tescil ve ilan edileceği ifadesinden, tüzel kişi adına hareket edecek gerçek kişinin tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olarak seçileceği genel kurul kararıyla tescil edilmesi mecburiyeti çıkarılamaz¹⁵. Başka bir ifadeyle, tüzel kişi ile gerçek kişinin birlikte tescil edilmesinden söz ediliyor olması, gerçek kişinin sonradan belirlenerek tescil ve ilan edilmesini engellemeyecektir¹⁶. Zira bu hükümlerle amaçlanan husus, gerçek kişi ve tüzel kişinin aynı anda tescil edilmesi değil, tüzel kişi adına yönetim kuruluna katılacak olan gerçek kişinin tescil yoluyla açıklanmasını sağlamaktır. Belirtmek gerekir ki, TTK m.359/2 hükmü sadece bir gerçek kişinin tescil ve ilanını emrettiğinden, ne yedek kişi tayinine ne birlikte hareket şartıyla birden fazla kişi, yani birlikte temsil tayinine imkân verir¹⁷.

Tescil, bizim de katıldığımız görüşe göre, tüzel kişinin üyeliğini söz konusu gerçek kişide somutlaştırıp belirgin konuma getirmekte ve bu nedenle kurucu etkiye sahip bulunmaktadır¹⁸. Doktrindeki bir görüşe göre, maddenin düzenleniş şekline tescilin kurucu etkiye sahip olduğu sonucunu çıkarmak mümkün değildir. Buna göre tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişinin tesciline kurucu etki bağlanabilmesi için bu hususun madde metninde açıkça vurgulanması gerekirdi. Bu nedenle temsilcinin tescil edilmesinin zorunlu olması ve gerekçede tescilin kurucu olduğunun belirtilmiş bulunması tek başına bu işleme kurucu etki bahşedemez¹⁹.

Tüzel kişi adına sadece bu tescil edilmiş olan kişi toplantılara katılıp oy kullanabilir (TTK m.359/2). Bu düzenlemenin amacı, tüzel kişinin kurula her toplantıda farklı kişileri göndererek kurulun çalışmasını ve istikrarını bozmasına engel olmaktır. Tüzel kişi, yönetim kurulu üyeliğine genel kurula uygun olarak, genel kurul tarafından seçilir. Ancak tüzel kişi adına tescil

yıcılık teşkil edecektir.

¹⁴ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, s.196. Yazar tüzel kişi ile gerçek kişinin yönetim kurulu üyeliği bakımından ayrı kişiler olduğunun kabul edilemeyeceğini, bu nedenle aralarındaki ilişkinin temsil ilişkisi olmadığını ifade etmiştir.

¹⁵ KIRCA, s.55.

¹⁶ ÇOŞTAN, s.121.

¹⁷ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT), s.404.

¹⁸ GEREKÇE, m.359; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT), s.403; KIRCA, s.51-53; PULAŞLI, Şerh, s.896.

¹⁹ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s.15

ve ilan edilecek kişi yine tüzel kişi tarafından belirlenir. Genel kurul artık bu kişinin seçimine müdahale edemez. Diğer bir ifade ile gerçek kişiyi belirlemek ve değiştirmek hakkı sadece tüzel kişiye aittir²⁰. Emredici hükümler ilkesine ilişkin olarak yukarıda ele aldığımız açıklamalar paralelinde, esas sözleşmede, bu gerçek kişinin genel kurul tarafından seçilmesi veya tüzel kişi tarafından seçilen gerçek kişinin genel kurulun onayına tabi tutulması öngörülemeyecektir²¹. Tüzel kişi bu gerçek kişiyi istediği an değiştirebilir²². Fakat şirket, haklı sebeplerin varlığı halinde, örneğin gerçek kişinin yönetim kurulu için aranan şartlara sahip bulunmaması durumunda, tüzel kişiden tescil edilen gerçek kişinin değiştirilmesini talep edebilecektir.

Tüzel kişi ile onun adına hareket edecek gerçek kişi arasındaki hukuki ilişkinin niteliği konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden biri, gerçek kişinin, tüzel kişinin organı olduğu görüşüdür²³. TEKİNALP, 6762 sayılı TTK döneminde, gerçek kişinin o dönemki hükümler gereği tüzel kişinin temsilcisi konumunda olması sebebiyle bu ilişkinin organ ilişkisi olduğunu öne sürmüştür²⁴. Ancak, yazar, gerçek kişi ile tüzel kişi arasında bir temsil ilişkisinin öngörülmemiş, diğer bir ifade ile gerçek kişiye tüzel kişinin temsilcisi sıfatı verilmemiş olması sebebiyle, ilgili hususu 6102 Sayılı TTK bakımından farklı değerlendirmektedir. Yazara göre gerçek kişi ile tüzel kişi arasındaki ilişki iç ve dış ilişkide ayrı ayrı ele alınmalıdır. Buna göre tüzel kişinin sorumluluğunun kanundan doğması ve üçüncü kişinin gerçek kişiye başvurmasının hiçbir şekilde mümkün olmaması sebebiyle dış ilişkinin üçüncü bir kişi için pratik bir yararı yoktur. Yazar gerçek kişi ile tüzel kişi arasındaki iç ilişkide ise sadece bir hizmet ilişkisi olduğunu belirtmektedir²⁵.

Doktrindeki başka bir görüşe göre ise yönetim kurulu üyesi tüzel kişi ile onun adına tescil edilen gerçek kişi arasında farklı hukuki ilişkiler söz konusu olabilir. Buna göre gerçek kişi tüzel kişinin organı veya organ üyesi olabileceği gibi aradaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olması da mümkündür²⁶. Ancak aynı görüşe göre tescil edilen gerçek kişinin anonim şirket karşısındaki

²⁰ Bkz.: GEREKÇE, m.359

²¹ ÇOŞTAN, s.121-122

²² TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, s.196

²³ TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s.32 vd.; AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s.28.

²⁴ “TK m.312/2 tüzel kişiler bakımından bir hak ehliyetsizliğini düzenlemediğine göre, maddedeki temsilcinin, kabul edilen sistem icabı organ olduğu sonucuna varılacaktır”, TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s.33.

²⁵ TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, s.196-197

²⁶ ÇOŞTAN, s.123.

statüsünün, adına tescil edildiği tüzel kişinin organı olduğunun kabul edilmesi gerekir²⁷.

Belirlenmesi gereken hususlardan biri de, yönetim kurulu üyeliği için aranan şartların tüzel kişi adına hareket edecek gerçek kişide bulunmasının gerekip gerekmediğidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki yönetim kurulu üyesi olacak gerçek veya tüzel kişinin tam ehliyetli olması ve seçilme engelinin bulunmaması gerekir²⁸. Bunlara ek olarak, TTK'da açıkça izin verilmiş olması şartıyla, esas sözleşme ile de yönetim kurulu üyeliği belirli şartlara bağlanabilir. Yönetim kurulu üyesi seçilmek için aranan bu şartların tüzel kişi için tescil edilecek gerçek kişide bulunması gerekip gerekmediği konusunda TTK m.359'da bir açıklık bulunmamaktadır.

TTK m.359/3'e göre, yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olmaları şarttır. Bu hükümden hareketle, doktrinde, tüzel kişi adına hareket edecek gerçek kişinin tam ehliyetli olma dışında kalan şartları yerine getirip getirmediğinin önem taşımadığı yönünde görüşler mevcuttur. Başka bir anlatımla, bu hükümle tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişiler bakımından özel bir kural getirilmiş olduğu, bu nedenle bu kişiler için yalnızca tam ehliyetli olmanın yeterli olacağı ileri sürülmektedir²⁹. Ancak isabetli olduğunu düşündüğümüz diğer bir görüşe göre, yönetim kurulu üyeliği için aranan şartları tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişide aramamak, kanunun ve eğer yönetim kurulu üyeliği için özel şartlar öngörmüşse, esas sözleşmenin dolanılmasının yolunu açar³⁰. Bu nedenle TTK m.359/3'ün amacının ehliyete vurgu yapmak olduğunun kabul edilmesi kanaatimizce de daha isabetli olacaktır³¹. Dolayısıyla bu görüş çerçevesinde, tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olduğu durumlarda onun adına hareket

²⁷ ÇOŞTAN, s.124. Yazara göre, tüzel kişinin doğrudan yönetim kurulu üyeliğinin kabul edilmiş olması, kendisi adına tescil edilmiş olunan gerçek kişinin organı sıfatının kanun koyucu tarafından kabul edildiğini göstermektedir. Zira tüzel kişi sadece organlarının davranışlarından dolayı doğrudan doğruya sorumlu olacaktır.

²⁸ TTK m.359/4'e göre, üyeliği sona erdiren sebepler seçilmeye de engeldir. Aynı maddenin gerekçesinde bu fıkranın 362. maddenin birinci fıkrasının son cümlesi ile 363. maddenin ikinci fıkrası başta olmak üzere ilgili hükümlerle birlikte yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir. TTK m.362'ye göre esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliğine yeniden seçilmeyi engelleyen bir hükmün bulunması durumunda eski yönetim kurulu üyesi için seçilmeye engel bir durum söz konusu olacaktır. Aynı şekilde, TTK m.363/2'ye göre iflasına karar verilen, ehliyeti kısıtlanan veya üyelik için gerekli kanuni şartlara ya da esas sözleşmede öngörülen niteliklere sahip olmayan kişi için de seçilme engeli söz konusu olacaktır.

²⁹ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s.20.

³⁰ ÇOŞTAN, s.122; KIRCA, s.55; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT), s.406.

³¹ Aynı yönde: KIRCA, s.55; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT), s.406.

edecek gerçek kişinin de kanunlarda ve esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aranan şartları taşıması gerekecektir.

C. Tüzel Kişinin Yönetim Kurulu Üyeliğinden Doğan Hakları Kullanması ve Yasaklara Tabi Olması

Tüzel kişi, yönetim kurulu üyeliğinden kaynaklanan tüm görev ve yetkileri gerçek kişi vasıtasıyla yerine getirir. TTK m.359/2’de her ne kadar sadece toplantılara katılıp oy kullanmaktan söz edilmişse de gerçek kişi üyeliğin icrasıyla ilgili olan bilgi alma ve inceleme hakkı, öneride bulunmak gibi yetkileri de kullanabilecektir. Yönetim kurulu üyeliğinin icrasıyla ilgili olarak gerçek kişi ile adına hareket ettiği tüzel kişi arasındaki anlaşmalar ve talimatlar yine onlar arasındaki iç ilişkiyle ilgilidir. Gerçek kişinin iç ilişkide geçerli olan bu talimat ve anlaşmalara aykırı davranması ortaklık ve ortaklık yönetimine ilişkin olarak gerçekleştirilen işlemin geçersizliğine yol açmaz³².

Konuya ilişkin olarak ele alınması gereken diğer hususlardan biri de mali haklardan faydalanma durumudur. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi yönetim kurulunun esas üyesi tüzel kişi adına tescil ettirilen gerçek kişi değil bizatihi tüzel kişinin kendisidir. Dolayısıyla bu çerçevede yönetim kuruluna tanınan mali haklardan onun adına hareket eden gerçek kişi değil, tüzel kişi yararlanacaktır³³.

Yönetim kurulu üyesi olması sebebiyle müzakereye katılma yasağı, şirketle işlem yapma ve borçlanma yasağı ile rekabet yasağının tüzel kişi içinde uygulama alanı bulacağı açıktır. Tüzel kişi adına hareket eden kişinin de sahip olduğu konum ve yetkileri kötüye kullanarak şirketi zarara uğratma tehlikesi bulunduğu için bu yasakların tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişi içinde geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekir³⁴. Kanaatimizce aynı şekilde, tüzel kişi ile birlikte onun adına hareket eden gerçek kişi de sır saklama ve sadakat yükümlülüğüne uygun davranmalıdır.

D. Pay Sahibi Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi

Devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin pay sahibi olduğu şirketlerde, sayılan tüzel kişiler veya bunların gerçek kişi temsilcileri yönetim kuruluna seçilebilir. Yönetim kurulu üye sayısı ikiden

³² ÇOŞTAN, s.124; KIRCA, s.56.

³³ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT), s.407; KIRCA, s.57; ÇOŞTAN, s.126.

³⁴ KIRCA, s.57; ÇOŞTAN, s.126

fazla olan şirketlerde üyelerin tamamının aynı kamu tüzel kişinin temsilcisi olmaması şartıyla kamu tüzel kişisini temsilen birden fazla gerçek kişi yönetim kuruluna seçilebilir (TTK m.359/5)³⁵.

Burada belirlemek gerekir ki TTK m.359/5 ile “kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsili” başlığını taşıyan TTK m.334’ün uygulama alanları aynı değildir. TTK m.359/5’te kamu tüzel kişilerinin veya bunların temsilcilerinin genel kurul tarafından yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesi düzenlenmektedir.

TTK m. 359/2’de özel hukuk-kamu hukuku ayrımı yapılmadan tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabileceklerinin düzenlenmesinden sonra TTK’nın 359. maddesine beşinci fıkra eklenerek, kamu tüzel kişilerinin de genel kurul tarafından seçilerek yönetim kurulu üyesi olabileceğini belirten böyle bir hüküm konulması çeşitli sorunları ve tartışmaları beraberinde getirmiştir. Hükmün beşinci fıkrasının ilk cümlesinin, tüzel kişiler açısından kamu – özel hukuk ayrımı yapmayan aynı hükmün ikinci fıkrasının tekrarı niteliğinde olduğu söylenebilir³⁶. Öte taraftan kamu tüzel kişinin yerine temsilcisinin yönetim kurulu üyesi seçilebileceğinin belirtilmesi nedeniyle TTK m.359/5 ile 6762 sayılı Kanun dönemine dönüş yapılmış olduğu ifade edilebilir³⁷.

TTK m.359/5’te devamlı yönetim kurulu üye sayısı ikiden fazla olan şirketlerde üyelerin tamamının aynı kamu tüzel kişinin temsilcisi olmaması şartıyla kamu tüzel kişisini temsilen birden fazla gerçek kişinin yönetim kuruluna seçilebileceği hükme bağlanmıştır. Bu hüküm birçok soru ve sorunu beraberinde getirmektedir. Buradaki temel sorunların başında yönetim kurulu üyesi olan kamu tüzel kişinin birden fazla gerçek kişi tarafından temsil edilebileceğinin düzenlenmiş olması gelmektedir. Bu hususu kabul ettiğimizde cevaplanması gereken şu sorular ortaya çıkmaktadır: Yönetim kurulu üyeleri arasında geçerli olan eşitlik ilkesi gereği her üye bir oya sahip değil midir? Birden fazla temsilci atandığı zaman birlikte temsil mi söz konusu olacaktır? Yoksa her temsilcinin ayrı bir oy hakkı mı olacaktır? Eğer kanun koyucu kamu tüzel kişinin değil temsilcinin yönetim kurulu üyesi olacağını kabul ediyorsa bu konuyu neden TTK m.359’da düzenlemiştir? Ya da neden açıkça

³⁵ Bu fıkra Türk Ticaret Kanunu’na 28.03.2013 tarih ve 6455 sayılı “Gümrük Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 79. maddesi ile eklenmiştir.

³⁶ Ayrıca bkz: KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT), s.408.

³⁷ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT), s.409.

temsilcinin yönetim kurulu üyesi olacağını düzenlememiştir? Yahut kanun koyucu özel hukuk tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olabileceğini kabul ederken kamu tüzel kişi için neden bu ayrıma gitmektedir? Bu sorular dikkate alındığında, TTK m.359/5 ile, temsilcilerinin fillerinden ötürü pay sahibi tüzel kişinin sorumlu tutulup tutulamayacağı başta olmak üzere 6762 sayılı TTK m.312/2 bağlamında yapılan diğer tartışmaların varlığını sürdüreceği açıktır³⁸.

Kanaatimizce burada kanun koyucu açık bir şekilde kamu tüzel kişinin değil temsilcilerinin yönetim kurulu üyeliğini öngörmektedir. Aksi takdirde birden fazla kişinin tek bir yönetim kurulu üyesini temsil ettiğini kabul etmek gerekecek ki bu da ortaklık yönetimi açısından içinden çıkılmaz sorunlara yol açacaktır. Dolayısıyla aynı kamu tüzel kişinin birden fazla temsilcinin her birinin ayrı birer yönetim kurulu üyesi olduğunu, diğer yönetim kurulu üyeleri ile aynı hak ve yükümlülükler sahip olduğunu ve bu temsilcilerle kamu tüzel kişisi arasındaki, örneğin temsilden kapsamından kaynaklanabilecek sorunların kendileri arasındaki iç ilişkiyle ilgili olduğunu ve bunun ortaklığı ilgilendirmedeğini kabul etmek gerekir.

E. Yönetim Kurulu Üyesi Tüzel Kişinin Sorumluluğu

TTK'da tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olarak seçilebileceğinin kabul edilmesiyle birlikte, doktrinde son derece tartışmalı olan tüzel kişiyi temsilen yönetim kurulu üyeliğine seçilen kimsenin sorumluluğu ve tüzel kişinin sorumlu tutulamaması meseleleri ortadan kaldırılmıştır³⁹. Tüzel kişinin bizzat yönetim kurulu üyesi olması sebebiyle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin muhatabı da doğrudan tüzel kişi olacaktır⁴⁰. Bunun sorumluluk hukukuna ve menfaatler dengesine daha uygun olduğu açıktır. Artık kişilerin temsilcilerinden oluşan zayıf malvarlıklı üyelerin sorumluluklarının kabulü ile hukuki gerçeklere göz yumulmayacaktır⁴¹.

Yönetim kurulu üyesi tüzel kişi, adına hareket eden gerçek kişinin bu sıfatla yerine getirdiği eylem ve işlemlerden dolayı, şirkete, pay sahiplerine ve şirketin alacaklılarına karşı TTK m.553. vd. hükümlerine göre sorumlu olacaktır. Tüzel kişi adına yönetim kurulunda bulunan gerçek kişiye karşı ise TTK m.557'ye göre dava açma imkânı bulunmamaktadır⁴². Ancak yönetim

³⁸ Daha ayrıntılı tartışmalar için bakınız, AKDAĞ GÜNEY, Hukuki Sorumluluk, s.163-171.

³⁹ Doktrindeki tartışmalar için lütfen bkz, AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s.165-171.

⁴⁰ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s.281.

⁴¹ GEREKÇE, m.359.

⁴² AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s.282; TEKİNALP, Sermaye Ortaklıkları, s.197.

kurulu üyesi tüzel kişi genel hükümlere ve aralarındaki iç ilişkiye göre gerçek kişiye rücu edebilecektir. Doktrindeki bir görüşe göre ise tüzel kişi adına tescil edilen gerçek kişiye de sorumluluk davası açılabilirdir⁴³.

II. KAMU TÜZEL KİŞİLERİNİN YÖNETİM KURULUNDA TEMSİLİ

A. Genel Olarak

Anonim ortaklıkların işletme konularının kamu hizmeti olması durumunda kamu hizmetinin mahiyetine uygun düşmeyen sonuçlar doğabilir ve bundan kamu yani toplum zarar görebilir. Bu nedenle 1936 tarihinde İsviçre Borçlar Kanunu'na giren 926 ve 762. maddelere paralel olarak, kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsili, 1957 tarihli 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'muza 275. madde olarak dahil olmuştur⁴⁴. Daha sonra bu düzenleme sistem değişikliği sebebiyle denetçiler ve pay senedi tevdi yükümlülüğünden muafiyete ilişkin kısımları dışında 6102 sayılı Kanunun 334. maddesine aktarılmıştır⁴⁵.

TTK m.334 hükmüne göre, devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişilerinden birine, ortaklık esas sözleşmesine konacak bir kayıtla, işletme konusu kamu hizmeti olan anonim ortaklık yönetim kurullarında temsilci bulundurmak hakkı verilebilir. Bu maddeyi önemli kılan husus, pay sahibi olan veya olmayan kamu tüzel kişilerine, belli koşulların varlığında yönetim kuruluna doğrudan temsilci gönderme hak ve yetkisini tanınmasıdır⁴⁶. Söz konusu madde, ilk yönetim kurulu üyelerinin esas sözleşmeyle atanacağına ilişkin TTK m.339/3 ile yönetim kurulu üyelerinin genel kurul tarafından seçileceğini öngören TTK m.408/2-b'ye istisna oluşturmaktadır.

Pay sahibi olmayan kamu tüzel kişilerinin yanında pay sahibi olan kamu tüzel kişilerine de 334. maddeye göre yönetim kuruluna temsilci gönderme imkânının tanınmasının sebebi kamu menfaatini korumaktır. Zira pay sahibi kamu tüzel kişileri genel kurulda oy çoğunluğuna sahip olmadıkları takdirde yönetim kurulu üyeliği seçimlerinde kendilerini ve kamunun çıkarlarını temsil edemezler⁴⁷. Bu nedenle pay sahibi olmayan kamu tüzel kişilerinin yanında

⁴³ KARAHAN/ KOŞUT, s.792; ÇOŞTAN, s.128

⁴⁴ TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s.36-37.

⁴⁵ KENDİGELEN, s.190-191

⁴⁶ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT), s.416.

⁴⁷ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT), s.418.

pay sahibi kamu tüzel kişilerinin de madde kapsamına alınmasının isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Yukarıda da değinildiği gibi 6102 sayılı TTK ile tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabileceği kabul edilmiştir. Buna rağmen kamu tüzel kişilerin yönetim kurulunda temsilini düzenleyen 6762 sayılı Kanunun 275. maddesi sistem değişiklikleri dışında aynen 6102 sayılı Kanunun 334. maddesine aktarılmıştır. Başka bir deyişle 6762 sayılı Kanunun 275. maddesinde yer alan temsilci ifadesi 6102 sayılı Kanunda da aynen korunmuştur. Bu tercih, kamu tüzel kişinin mi yoksa temsilcinin mi yönetim kurulu üyesi olacağı tartışmalarını sona erdirecek nitelikte değildir.

Bir görüşe göre, TTK m.334, kamu tüzel kişilerinin bizzat yönetim kurulu üyeliğini düzenlemektedir⁴⁸. Bu görüşe göre, temsilcinin tayin, azil yetkileri sebebiyle kamu tüzel kişisine ve genel kurulun seçtiği yönetim kurulu üyelerinden farklı olarak kamu menfaatlerine bağlılığı karşısında yönetim kurulu üyesi olduğu kabul edilemez. Maddenin düzenlenme amacı ve sorumluluğun kamu tüzel kişisinde olması da bu sonucu desteklemektedir⁴⁹. Aynı şekilde, ilgili görüş çerçevesinde, TTK’da tüzel kişilerin yönetim kurulu üyeliğine izin verilmiş ve tüzel kişi adına hareket eden gerçek kişinin yönetim kurulu üyeliğinin ön görülmemiş olması da kamu tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olduğunu gösterdiği belirtilmektedir⁵⁰.

Bizim de katıldığımız doktrindeki diğer görüşe göre ise kamu tüzel kişisi değil, 334. maddeye göre yönetim kuruluna gönderilen temsilci yönetim kurulu üyesi olacaktır⁵¹. Kanaatimizce tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olmasına imkân tanıyan TTK’nın 359. maddesinin ilgili hükmü ile kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsilini düzenleyen TTK m. 334 hükmü arasında bir genel hüküm – özel hüküm ilişkisi vardır. TTK’nın 359. maddesi kamu ya da özel hukuk tüzel kişisi ayırımı yapmaksızın tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabileceğini hükme bağlamaktadır. Ancak TTK m. 334 hükmü işletme konusu kamu hizmeti olan anonim şirketler

⁴⁸ ÇOŞTAN, s.130; TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s.55-61.

⁴⁹ TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s.60.

⁵⁰ ÇOŞTAN, s.130.

⁵¹ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s.9; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT), s.418. KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT)’ a göre, yapay bir durum yaratsa da kamu tüzel kişisini değil onun temsilcisini yönetim kurulu üyesi kabul etmek, hukuk tekniğine daha uygun düşmektedir. Böylece, esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, kamu tüzel kişisine birden fazla temsilciyi yönetim kuruluna göndermek imkânı tanınabilmelidir.

açısından özel bir düzenleme getirmektedir. İlgili hükümde, TTK m. 359'un aksine, kamu tüzel kişinin yönetim kurulu üyeliğinden bahsedilmemekte, açık bir şekilde sadece bunların yönetim kurulunda temsilci bulundurabileceğini hükme bağlamaktadır. Yine bu doğrultuda ilgili kamu tüzel kişilerinin değil, bu kişilerin yönetim kurulundaki temsilcilerinin genel kurul tarafından seçilen üyelerin hak ve görevlerini haiz oldukları belirtilmiştir. Kamu tüzel kişilerinin şirket yönetim kurulundaki temsilcilerinin bu sıfatla işledikleri fiillerden ve yaptıkları işlemlerden dolayı şirkete ve onun alacaklılarıyla pay sahiplerine karşı sorumlu olduğu yönündeki hüküm de esasen temsilcilerin yönetim kurulu üyesi olduğuna ilişkin tezi güçlendirmektedir. Çünkü eğer kanun koyucu tüzel kişinin yönetim kurulu üyeliğini öngörmüş olsaydı bu yönde ayrı sorumluluk hükmüne gerek duyulmayacaktı. Yine TTK m.334, kamu tüzel kişiyi temsilen atanacak gerçek kişinin, TTK m.359/2'de olduğu gibi tescil ve ilanını düzenlememiştir. Bütün bunlar değerlendirildiğinde kanaatimizce TTK m. 334 hükmünün TTK m. 359 karşısında "lex specialis" olduğu ve kamu tüzel kişinin temsilcinin yönetim kurulu üyesi olduğunun kabulü gerekmektedir. Kamu tüzel kişinin temsilcisini atayabilme ve istediği zaman görevden alabilme hakkına sahip olması ise aralarında var olan temsil ilişkisinin gereğidir.

Burada ifade edilen görüş elbette ilgili hükmün yerindeliliğinin kabulü anlamına gelmemektedir. Kaldı ki kanaatimizce, yukarıda da ifade edilen görüşler çerçevesinde, bizatihi kamu tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olarak düzenlenmiş olması özellikle sorumluluk hukuku ve kurumsal yönetim yaklaşımı çerçevesinde daha adil olurdu. Bunun yanında 6762 sayılı Kanun döneminde de var olan bu tür tartışmalar da son bulmuş olurdu. Ne var ki temennilerimiz kanunilik ilkesinin önüne geçemez.

Doktrinde tartışmalı olan bir diğer husus da kamu tüzel kişisi tarafından atanacak olan temsilci sayısına ilişkindir. Zira kamu tüzel kişileri tarafından atanacak yönetim kurulu üyelerinin sayısı hakkında TTK m.334'te bir hüküm bulunmamaktadır. Bir görüşe göre kamu tüzel kişisi birden çok temsilci ile yönetime katılamaz. Belirtmek gerekir ki bu görüşü savunanlar esas olarak yönetim kurulu üyesi olarak kamu tüzel kişisini kabul edenlerdir. Buna göre yönetim kurulu üyesi kamu tüzel kişisi olduğuna göre yönetim kurulundaki tek oy kamu tüzel kişisine ait olacaktır⁵². Bizim de katıldığımız doktrindeki bir diğer görüşe göre ise esas sözleşmede sayı hakkında hüküm bulunmak kaydıyla

⁵² TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s.80-82; ÇOŞTAN, s.134; PULAŞLI, Şirketler Hukuku, s.404.

kamu tüzel kişisi yönetim kuruluna birden çok temsilci gönderebilecektir⁵³. Bu durumda kanaatimizce bir kamu tüzel kişisini temsil eden birden çok temsilcinin her biri ayrı ayrı genel kurul tarafından seçilen üyelerin hak ve görevlerini haiz olacaktır.

Belirlenmesi gereken hususlardan bir diğeri de esas sözleşmeyle birden fazla kamu tüzel kişisine, yönetim kuruluna temsilci gönderme hakkının tanınıp tanınmayacağıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, anonim ortaklığın işletme konusu ile ilgili birden fazla kamu tüzel kişisi söz konusu olsa bile bunlardan sadece bir tanesi, en çok ilgili olanı temsilci gönderme hakkını haiz olmalıdır⁵⁴. İsbetli olduğunu düşündüğümüz diğer görüşe göre ise kamu hizmetinin niteliği gerektirdiği takdirde, esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, birden fazla kamu tüzel kişisine, yönetim kuruluna ayrı ayrı temsilci gönderme hakkı tanınabilmelidir⁵⁵.

TTK m.334'ün amacı kamu tüzel kişilerine şirketin işlerini yakından takip edip, denetleme imkânı vermek olduğundan, bunlar tarafından gönderilecek temsilcilerin sayısının genel kurul tarafından seçilen üyelerin etkinliğini ortadan kaldıracak oranda olmaması gerekmektedir⁵⁶.

TTK m.334 hükmü her ne kadar da devletin gözetimi başlığı altında düzenlenmiş olsa da, gerek hükmün lafzı gerekse de bu maddeye aykırılığın herhangi bir yaptırıma bağlanmamış olması sebebiyle, bu düzenlemenin emredici hüküm niteliğinde olmadığı söylenebilir⁵⁷.

F. TTK m.334'ün Uygulanma Koşulları

TTK m.334'ün uygulanabilmesi için öncelikle ilgili ortaklığın işletme konusu kamu hizmeti olmalıdır. Bununla birlikte temsilci gönderme hakkı esas sözleşmeye konulan bir hükümlerle tanınmış olmalıdır. Son olarak bu hak bir kamu tüzel kişisine tanınmış olmalıdır.

⁵³ TANDOĞAN, s.7; İMREGÜN, s.192; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT), s.418.

⁵⁴ TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s.82.

⁵⁵ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT), s.419; İMREGÜN, s.192; PULAŞLI, Şerh, s.916; ÇOŞTAN, s.134.

⁵⁶ İMREGÜN, s.192-193, PULAŞLI, Şerh, s.917; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT), s.419.

⁵⁷ ÇOŞTAN, s.135; ERİŞ, s.2379. Aksi fikirde, TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s.67. Yazara göre, 6762 sayılı Kanununun 275. maddesi işletme konusu kamu hizmeti ile ilgili olan anonim ortaklıkların, ana sözleşmelerine, bu yolda bir hüküm koymalarını emreden bir özellikte kabul edilmelidir. Kamu hizmetinin söz konusu olduğu hallerde, serbestiden bahse imkân yoktur.

1. Anonim Şirketin İşletme Konusunun Kamu Hizmeti Olması

TTK m.334 ile kamu tüzel kişilerine tanınan temsilci atama hakkı, anonim ortaklığın işletme konusunun kamu hizmeti olması şartına bağlanmıştır. Dolayısıyla bu nitelikte olmayan bir anonim ortaklığın esas sözleşmesinde kamu tüzel kişilerinin yönetim kuruluna temsilci göndermesini düzenleyen hükmün bulunması geçersiz olacaktır⁵⁸.

Burada kamu hizmeti kavramının kısaca açıklanması faydalı olacaktır. Kamu hizmeti, bir kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altında bir özel hukuk kişisi tarafından yürütülen kamu yararı amacına yönelik faaliyetlerdir⁵⁹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere kamu hizmetinin iki unsuru vardır. Bunların ilki kamu hizmetinin bir kamu tüzel kişisi veya onun denetimi altında bir özel hukuk kişisi tarafından yürütülmesidir. Diğeri ise kamu hizmetinin kamu yararına yönelik bir faaliyet olmasıdır. Yapılan tanım çerçevesinde ulusal savunma, kolluk, eğitim, sağlık, nüfus kayıtlarının tutulması gibi faaliyetlerinin birer kamu hizmeti olduğu söylenebilir⁶⁰.

2. Hakkın Esas Sözleşmeye Konulan Bir Hükümle Tanınması

Bir kamu tüzel kişisinin TTK m.334 uyarınca yönetim kuruluna temsilci gönderebilmesi için anonim ortaklığın esas sözleşmesinde buna ilişkin bir hükmün bulunması gerekmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, TTK m.334 hükmünden pay sahibi olan ve olmayan kamu tüzel kişileri yararlanabilecektir. Her iki durumda da kamu tüzel kişisinin TTK m.334'teki imkândan yararlanabilmesi için ortaklık esas sözleşmesinde buna ilişkin bir düzenlemenin bulunması gerekir. Hakkın ilk esas sözleşmede veya sonradan yapılacak esas sözleşme değişikliği ile tanınması mümkündür⁶¹. Burada esas sözleşme değişikliğinde uyulması gereken toplantı ve karar nisabının tespit edilmesi gerekir. Bu durum TTK m.421/2 ve 3'te sayılan hususlar arasında bulunmadığı için TTK m.421/1'deki toplantı ve karar nisaplarının uygulanacağı düşünülebilir. Ancak doktrinde isabetli olarak TTK m.334'te kamu tüzel kişilerine tanınan bu hakkın, imtiyazın bir türü olarak belli grupların yönetim kurulunda temsilini düzenleyen TTK m.360'ın üzerinde bir hak bahsettiği, bu nedenle de imtiyazlı pay oluşturulmasında aranan nisabın (TTK m.421/3) aranması gerektiği ifade edilmektedir⁶².

⁵⁸ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT), s.417.

⁵⁹ GÖZLER, s.528.

⁶⁰ GÖZLER, s.45, dn.112.

⁶¹ ÇOŞTAN, s.132; KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT), s.417.

⁶² KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT), s.417-418.

3. TTK m.334 Uyarınca Yönetim Kuruluna Temsilci Gönderme Yetkisinin Yalnızca Kamu Tüzel Kişilerine Tanınabilmesi

Anonim şirketler hukukunda kural olarak ilk yönetim kurulu üyeleri esas sözleşmeyle, daha sonraki yönetim kurulu üyeleri ise genel kurul tarafından seçilir. TTK m.334 ile bu genel kurala bir istisna getirilmiş, esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle kamu tüzel kişilerine yönetim kuruluna temsilci atama hakkı tanınmıştır. Buna göre, TTK m.334'ün uygulanabilmesi veya esas sözleşmeye bu yönde konulan kaydın geçerli olabilmesi için yönetim kuruluna temsilci gönderme yetkisinin bir kamu tüzel kişisine tanınmış olması gerekmektedir. Her ne kadar TTK m.334'te açıkça belirtilmese de her veya herhangi bir tüzel kişinin değil, sadece anonim şirketin işletme konusu kamu hizmeti ile ilgili kamu tüzel kişisinin bu hakkı kullanması gerekir. Başka bir deyişle, devlet, il özel idaresi, belediye gibi kamu tüzel kişilerinden hangisi ortaklığın takip ettiği işletme konusu ile ilgili ise TTK m.334'teki hak ona tanınmalıdır⁶³. Bu yöndeki bir kabul TTK m.334 hükmünün denetim ve yol gösterme fonksiyonlarının yerine getirilmesi yönündeki amacına da uygundur. Nitekim kamu hizmeti ile ilgili olan kamu tüzel kişisi, yönetim kurulunun aldığı kararlarda kamu menfaatinin zarara uğrayıp uğramadığını diğer kamu tüzel kişilerine göre daha kolay saptayabilecektir. Aynı şekilde söz konusu kamu tüzel kişisi kamu hizmetinin yerine getirilmesinde, hükmün amacına uygun olarak diğer kamu tüzel kişilerine oranla daha çok katkı sağlayabilecektir.

G. Kamu Tüzel Kişisini Temsil Edecek Gerçek Kişi

Kamu tüzel kişisini temsil edecek gerçek kişinin hangi özelliklere sahip olması gerektiği TTK m.334'te belirtilmemiştir. Kamu tüzel kişisinin değil de ilgili temsilcinin yönetim kurulu üyesi olduğu kabulünden yola çıktığımızda, TTK'da bir yönetim kurulu üyesi için aranan bütün şartların ilgili temsilci tarafından da taşınması gerektiği sonucuna varmak gerekecektir.

Temsilcinin aksini kamu tüzel kişisinin yönetim kurulu üyesi olduğunun kabulü halinde ise TTK m. 359/3'ün kıyasen uygulanması gerekecektir. Buna göre yukarıda ayrıntılarıyla belirttiğimiz gibi kamu tüzel kişisini temsil eden gerçek kişi tam ehliyetli olmalı ve yönetim kurulu üyeliğinin kaybına yol açan sebepleri şahsında taşımamalıdır⁶⁴. Aynı şekilde kamu menfaati

⁶³ TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s.81. Aksi yönde, ÇOŞTAN, s.131. Yazara göre, TTK m.334'de yönetim kurulu üyeliğinin (yönetim kuruluna temsilci gönderme yetkisinin), anonim şirketin işletme konusu ile ilgili tüzel kişiye tanınması koşulu öngörülmemiştir.

⁶⁴ ÇOŞTAN, s.134.

gerektirmedikçe TTK m.334 esas sözleşme hükümlerine uygun hareket etme yükümlülüğünden kamu tüzel kişilerini kurtarmamaktadır. Başka bir ifade ile kamu tüzel kişinin anonim ortaklığın genel kurulunun seçmeyeceği bir kimseyi, kamu tüzel kişinin temsilcisi seçerek hakkını kötüye kullanmaması gerekir⁶⁵. Kamu tüzel kişinin yönetim kurulu üyeliğinin kabulü halinde yine TTK m.359/2 hükmünün kıyasen uygulanması ve bu suretle kamu tüzel kişisini temsil edecek gerçek kişinin tescili ve ilanının sağlanması gerekecektir⁶⁶.

Kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcileri, genel kurul tarafından seçilen üyelerin hak ve görevlerini haizdir (TTK m.334/3). Örneğin yönetim kurulu üyesi olarak seçilen kamu tüzel kişisi ve temsilcisi de diğer yönetim kurulu üyeleri gibi sadakat yükümlülüğüne tabidir⁶⁷. Temsilci yönetim kurulu üyesi aynı şekilde, diğer yönetim kurulu üyeleri gibi, yönetim kurulu üyeliği ile bağlı olan haklardan faydalanacaktır.

Kamu tüzel kişisi tarafından atanan temsilcinin görevden alınması konusunda, TTK m.334/2’de pay sahibi olan kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulundaki temsilcilerinin ancak bunlar tarafından görevden alınabileceği belirtilmektedir. Burada her ne kadar pay sahibi olan kamu tüzel kişilerinden bahsedilmiş olsa da, anonim ortaklıkta pay sahibi olmayan kamu tüzel kişileri tarafından atanmış olan temsilcilerin de ancak kamu tüzel kişileri tarafından görevden alınabilecekleri kabul edilmelidir⁶⁸.

H. Kamu Tüzel Kişisinin Sorumluluğu

TTK m.334’e göre, kamu tüzel kişileri, şirket yönetim kurulundaki temsilcilerinin bu sıfatla işledikleri fiillerden ve yaptıkları işlemlerden dolayı şirkete ve onun alacaklılarıyla pay sahiplerine karşı sorumludur. Tüzel kişinin rücu hakkı saklıdır.

Kamu tüzel kişisi ile birlikte yönetim kurulunda onu temsil eden gerçek kişiye karşı da sorumluluk davası açılıp açılmayacağı doktrinde tartışmalıdır. 6762 sayılı Kanun döneminde bazı yazarlar m.275’e göre kamu tüzel kişinin yanında temsilciye de sorumluluk davası açılabileceğini görüşünü savunmuşlardır⁶⁹.

⁶⁵ TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s.81.

⁶⁶ ÇOŞTAN, s.134.

⁶⁷ AYAN, s.86.

⁶⁸ ÇOŞTAN, s.134, dn.69; YASAMAN, s.196-206.

⁶⁹ TANDOĞAN, s.17; TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s.135; ÇAMOĞLU, s.208.

TANDOĞAN'a göre, kamu tüzel kişilerinin sorumlu olması temsilcilerin şahsi sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Kamu tüzel kişileri ile temsilci arasında bir nevi eksik teselsül vardır⁷⁰.

TEKİNALP ise yönetim kurulu üyesinin kamu tüzel kişisi olması gerektiğini açıklarken, tayin yetkisinin, azil hakkının ve sorumluluğun kamu tüzel kişisine ait olması karşısında temsilcinin ortaklıkla hiçbir ilişkisinin bulunmadığının dahi ileri sürülebileceğini belirttikten sonra⁷¹, çalışmasının ilerleyen kısımlarında yönetimden doğan sorumluluk hallerinden birinin gerçekleşmesi halinde ortaklık, ortaklık alacaklıları ve pay sahiplerinin temsiliye karşı da sorumluluk davası açabileceklerini ifade etmiştir⁷².

ÇAMOĞLU'na göre ise, 6762 sayılı Kanununun 275. maddesinin temsilcilerin “umumi heyet tarafından seçilen azaların hak ve vazifelerini haiz olacaklarını” söyleyen hükmü, bizi bu kişiler hakkında yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasına götürebilir⁷³. Başka bir deyişle, yazara göre temsilcilerin genel kurul tarafından seçilen üyelerin hak ve görevlerine sahip olduğunun belirtilmiş olması, bizi bu kişilerin aynı zamanda genel kurul tarafından seçilmiş olan yönetim kurulu üyeleri gibi sorumlu olacakları sonucuna götürebilecektir.

Kanaatimizce 6102 sayılı Kanun m.275'te temsilcinin eylem ve işlemlerinden dolayı kamu tüzel kişisinin sorumlu olacağı hükmünün açıkça düzenlenmesinin sebebi, kanun koyucunun kamu tüzel kişisinin memuru niteliğinde bulunan temsilcinin sorumlu tutulmasını engellemek istemesindedir. Ne var ki kanun koyucu temsilci yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunu ortadan kaldıracak bir hüküm de ihdas etmemiştir. Böylelikle şirket, pay sahipleri ve şirket alacaklıları hem temsiliye hem de kamu tüzel kişisine yönelebileceklerdir. Tüzel kişinin rücu hakkı saklıdır. Rücuun şartları ve kapsamı, kamu tüzel kişisi ile temsilci arasındaki hukuki ilişkiye göre belirlenecektir⁷⁴.

SONUÇ

TTK m.359/2 ile tüzel kişilerinde yönetim kurulu üyesi olabileceği kabul edilmiştir. Buna göre bir tüzel kişi yönetim kurulu üyesi seçildiği

⁷⁰ TANDOĞAN, s.17.

⁷¹ TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s.59.

⁷² TEKİNALP, Tüzel Kişiler, s.135.

⁷³ ÇAMOĞLU, s.207-208.

⁷⁴ KIRCA (ŞEHİRALİ ÇELİK/ MANAVGAT), s.420.

takdirde, tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, sadece bir gerçek kişi de tescil ve ilan edilmelidir. Tüzel kişi ile birlikte tescil ve ilan edilecek bu gerçek kişi de yönetim kurulu üyeliği için kanunda ve esas sözleşmede aranan şartları taşımalıdır. Yönetim kurulu üyesi tüzel kişi olduğu için ortaklığa, pay sahiplerine ve alacaklılarına karşı sorumlu olacak olan kişi de odur. Bu nedenle tüzel kişi adına yönetim kurulunda bulunan, onun talimatlarına göre hareket eden ve tüzel kişi tarafından belirlenip azledilen gerçek kişiye karşı sorumluluk davası açılmayacağı kabul edilmelidir.

TTK m.334'e göre, kamu tüzel kişilerine, esas sözleşmede öngörülecek bir hükümle, pay sahibi olmasalar da, işletme konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim kurullarında temsilci bulundurmamak hakkı verilebilir. Mülga 6762 sayılı Kanunun 275. maddesi sistem değişiklikleri dışında aynen TTK m.334'e aktarılmıştır. Başka bir deyişle 6762 sayılı Kanunun 275. maddesinde yer alan "temsili" ifadesi 6102 sayılı Kanunda da aynen korunmuştur. Bu tercih, doktrindeki temsilcinin mi, kamu tüzel kişisinin mi yönetim kurulu üyesi olacağı tartışmalarına son vermekten uzaktır. Ancak Kanundaki bu açık ifade nedeniyle, düzenlemenin yerindeliği ile ilgili tartışmalara girilmeksizin, kamu tüzel kişisinin değil, temsilcinin yönetim kurulu üyesi olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Kanaatimizce tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olmasına imkân tanıyan TTK'nın 359. maddesinin ilgili hükmü ile kamu tüzel kişilerinin yönetim kurulunda temsilini düzenleyen TTK m. 334 hükmü arasında bir genel hüküm – özel hüküm ilişkisi vardır. Zira TTK m.359/2 kamu hukuku-özel hukuk tüzel kişisi ayrımı yapmaksızın tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olabileceğini düzenlerken, TTK m.334 yalnızca kamu hukuku tüzel kişilerinin işletme konusu kamu hizmeti olan anonim şirketlerin yönetim kuruluna temsilci göndermesi ile ilgili özel bir düzenleme getirmektedir. İlgili hükümde, TK m. 359'un aksine, kamu tüzel kişinin yönetim kurulu üyeliğinden bahsedilmemekte, açık bir şekilde sadece bunların yönetim kurulunda temsilci bulundurabileceğini hükme bağlamaktadır. Bu nedenlerle de kanaatimizce TK m. 334 hükmünün TK m. 359 karşısında "*lex specialis*" olduğu ve kamu tüzel kişisinin temsilcinin yönetim kurulu üyesi olduğunun kabulü gerekmektedir.

Kamu tüzel kişisinin temsilcisini atayabilme ve istediği zaman görevden alabilme hakkına sahip olması ise aralarında var olan temsil ilişkisinin gereğidir. Bu nedenle temsilcinin kamu tüzel kişisi tarafından atanıp görevden

alınabilmesi bizi kamu tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olduğu sonucuna götürmez.

Kamu tüzel kişisini temsil edecek gerçek kişinin hangi özelliklere sahip olması gerektiği TTK m.334'te belirtilmemiştir. Söz konusu hükümde, kamu tüzel kişisini temsil eden gerçek kişinin yönetim kurulu üyesi olacağı kabul edildiği için, yönetim kurulu üyelerinin taşınması gereken tüm özelliklere sahip olmalıdır. Buna göre, temsilci gerçek kişi, tam ehliyetli olmalı ve yönetim kurulu üyeliğinin kaybına yol açan sebepleri şahsında taşımamalıdır.

TTK m.334'e göre, kamu tüzel kişileri, şirket yönetim kurulundaki temsilcilerinin bu sıfatla işledikleri fiillerden ve yaptıkları işlemlerden dolayı şirkete ve onun alacaklılarıyla pay sahiplerine karşı sorumludur. Ancak bu hüküm kanaatimizce kamu tüzel kişisi ile birlikte temsilciye karşı da sorumluluk davası açılmasına engel değildir. Zira kanun koyucu her ne kadar temsilcinin eylem ve işlemlerinden dolayı kamu tüzel kişinin sorumlu olacağı hükmünü düzenleyerek, kamu tüzel kişinin memuru niteliğinde bulunan temsilcinin sorumlu tutulmasını engellemek istemişse de temsilci yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunu ortadan kaldıracak bir hüküm de ihdas etmemiştir.

KAYNAKLAR

AKDAĞ GÜNEY, Necla, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu, İstanbul, 2012 (Yönetim Kurulu).

AKDAĞ GÜNEY, Necla, Türk Hukukunda Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008 (Hukuki Sorumluluk).

AYAN, Özge, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara, 2013.

ÇAMOĞLU, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, İstanbul, 2007.

ÇOŞTAN, Hülya, Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kurulu Üyeliği, BATİDER, C.29, Sa.1, s.117- 137.

- EMİNOĞLU, Cafer, Türk Ticaret Kanunu'nda Kurumsal Yönetim, Ankara, 2014.
- ERİŞ, Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler, 2013.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, 8. Baskı, 2009.
- İMREGÜN, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989.
- KARAHAN, Sami(Edit), Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Konya 2013.
- KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul, 2011.
- KIRCA, İsmail, Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyeliği, BATİDER, C.28, Sa.2, s.51-59.
- KIRCA, İsmail/ ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/ MANAVGAT, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, C.1, 2013.
- PULAŞLI, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara, 2011, C.1 (Şerh).
- PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2. Baskı, 2013 (Şirketler Hukuku).
- TANDOĞAN, Haluk, Hükmi Şahısların Anonim Şirket idare Meclisinde Temsili, BATİDER, C.1, Sa.1, s.3-35.
- TEKİNALP, Ünal, Anonim Ortaklıkların Yönetim Kurullarında Tüzel Kişilerin Temsili Ankara, 1965 (Tüzel Kişiler).
- TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2013 (Sermaye Ortaklıkları).
- YASAMAN, Hamdi, Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku İle İlgili Makaleler, Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, İstanbul, 2006.

ULUSLARARASI TAHKİMDE ÇOK TARAFLILIK

Pelin AKIN*

ÖZET

Tahkim, sağladığı kimi avantajlar sayesinde uluslararası ticari uyuşmazlıklarda giderek daha çok başvurulan bir yoldur. Tahkimin gördüğü bu talep, tahkim merkezlerini kendi kurallarını yeniden gözden geçirmek ve tahkime en kompleks uyuşmazlıkları dahi çözebilecek bir yapı kazandırmak yönünde motive etmektedir. Bu noktada tahkimin, uyuşmazlıkla ilintili herkesin taleplerine aynı yargılama içerisinde cevap verebilen bir model halini alması özel bir önem kazanmakta ve çok taraflılığı gündeme getirmektedir. Çok taraflılığı işleyen düzenlemelerde çıkış noktasının usul hukukunun temel mekanizmaları olduğu hemen fark edilse de bunların tahkimin kendine özgü yapısı içerisinde değerlendirilmeye çalışılması son derece önemli bir ayrıntıdır. Makale, tahkim ve usul hukukunun kesiştiği bu noktaya temas ederek her iki alanın temel ilke ve kuralları üzerinden tahkimde çok taraflılığın karşılaşılabileceği zorluklara değinmektedir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, çok taraflı tahkim, davaların birleştirilmesi, davaya müdahale, dava arkadaşlığı, grup davaları.

MULTIPARTY DISPUTES IN INTERNATIONAL ARBITRATION

ABSTRACT

Arbitration is a procedure that is widely sought in international commercial disputes because of its various advantages. This strong demand motivates arbitration centers to revise their rules and to establish a structure for resolving even the most complicated disputes. Thus, as a model able to respond to the claims of all the parties of a dispute, it has a particular importance and brings up the issue of multiparty system. Even if it is observed that arbitration rules including multiparty system find their starting point in principal mechanisms of procedural law, their analysis within the very structure of arbitration is of utmost importance. This article deals with the intersection of arbitration and procedural law and examines the complexities that multiparty arbitration may incur on the basis of these two fields of law .

Keywords: Arbitration, multiparty arbitration, consolidation, intervention, joinder, class arbitration.

* Av. İstanbul Bilgi Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Öğr.

GİRİŞ

Geleneksel olarak tahkim, iki taraf arasında ortaya çıkan bir uyuşmazlığın, kanunun izin verdiği konular kapsamında ise devlet yargısı yerine hakem denilen özel kişiler aracılığıyla çözüme kavuşturulmasının kararlaştırıldığı ve gerek yargılamaya, gerekse uygulanacak maddi hukuka ilişkin her tür detaya tarafların karar verdiği bir yargılama usulüdür.

Yurt içi ve yurt dışı ticari ilişkilerin sürekli hacim kazanmasıyla ortaya çıkan kompleks ilişkiler, hızlılığı, pratikliği, gizliliği, esnekliği ve tarafsızlığı ile¹ tercih sebebi olan tahkime rağbeti arttırmış² ve iki taraflı geleneksel tahkim şemasının daha fazla kişinin sorunlarını çözebilecek bir mekanizma halini alabilmesi için kendisini geliştirmesini zorunlu kılmıştır. Özellikle aynı işle bağlantılı sözleşmelerden doğan hukuki sorunların ve hakem önünde görülen davalarla ilişkili üçüncü kişilerin söz konusu hakem yargılamasından faydalanabilme taleplerinin artarak gündeme geldiği görülmüştür. Tüm bu talepler karşısında tahkim, iç hukuk sistemlerinde mevcut olan ve davada taraf çokluğuna izin veren kurumlardan esinlenmeye ve bunları tahkimin ilke ve esasları çerçevesinde uygulanabilir kılmaya çalışmıştır.

Tahkimin iki taraflılıktan çok taraflılığa³ yöneldiği bu süreçte, bazen birden çok taraf tek bir sözleşme etrafında, bazense birden çok taraf birbirleriyle ilişkili birden çok sözleşme etrafında toplanarak çok sayıda hukuki soruya tek bir tahkim yargılaması içinde çözüm arayabilir hale gelmiştir. Dolayısıyla çok taraflı tahkim ekonomik ilişkilerde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda önemli bir çözüm aracı olmaya başlamış ve özellikle işveren – müteahhit - alt müteahhit arasındaki sözleşmeler ile konsorsiyum sözleşmeleri, denizcilik charter sözleşmeleri, garanti, zincirleme satış ve müteselsil sorumluluk sözleşmeleri gibi kompleks sözleşme ilişkilerinde⁴ etkinlik kazanmıştır.

¹ Tahkim yolunun olumlu ve olumsuz yönleri hakkında usuli değerlendirmeler için bkz. **DEREN YILDIRIM Nevhis**, «Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri», Ankara Barosu Dergisi, S.2002-4, s.37-44; **FRASER E.Scott**, «International Arbitration of Multi-Party Contract Disputes: The Need For Change», Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, 1983, S.6-427, s.427.

² **JARVIN Sigvard**, «Multi-Party Arbitration: Identifying The Issues», New York Law School Journal of International and Comparative Law, 1986-1987, s.317; **FRICK Joachim G.**, Arbitration and Complex International Contracts, International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, the Hague, 2001, s.229.

³ Çalışmada yer alan “çok taraflılık”, “çok taraflı tahkim” vb. ifadelerden yargılamada davacı ve davalı dışında bir üçüncü taraf olabileceği gibi yanıltıcı bir algı edinilmemelidir. Burada “çok taraflılık” kastedilen yargılamanın dayandığı ikili klasik yapıda tarafların birden fazla kişiden meydana gelebileceğidir.

⁴ **JARVIN**, s.317; **KESER BERBER Leyla**, Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı

Birden çok kişinin menfaatini işaret eden tüm bu örneklerde çok taraflı tahkim, bağlantılı davaların bir arada görülmesi suretiyle usul ekonomisi sağlaması, aynı konu hakkında verilmiş birbiri ile çelişik kararların önüne geçilebilmesi, zaman ve giderlerden tasarruf edilirken hukuki hatalardan da olabildiğince kaçınılması anlamında oldukça faydalı gözükmektedir⁵. Ayrıca uyuşmazlıkların emanet edileceği hakemlerin ilgili konu hakkında tarafsız uzmanlardan oluşması, farklı milletlerden bir araya gelen bir çok tarafın yetkili mahkemeyi ve uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku en başından kendi rızalarıyla belirleyebilmeleri ve verilecek hakem kararının tanınma ve tenfizinin geniş ölçüde garantiye alınmış olması tahkimin çok taraflılıkta da devlet yargısına yeğlenmesinin temellerini oluşturmaktadır.⁶

Sağladığı tüm bu kolaylık ve esnekliklere rağmen, birden çok tarafın bir araya geldiği tahkim yargılamalarında, tahkimin esasını oluşturan “ tarafların serbest iradesi”, “eşit muamele görme”, “silahlarda eşitlik” gibi ilkelerin tüm taraflar açısından aynı oranda uygulanması ve herkesin oluşumuna adil olarak iştirak ettiği bir hakem heyetinin oluşturulması, dava çokluğu arttıkça yükü de artan hakem yargılamasına belirli zorluklar da katmaktadır⁷.

Çalışma çok taraflı tahkimi, önce taraflarda yer alabilecek kişileri belirleyerek davaların birleştirilmesi, üçüncü kişilerin tahkim yargılamasına müdahalesi, dava arkadaşlığı ve grup davalarını işaret eden tüm dava birliktelikleri kapsamında inceleyecek, bunların her birinde karşılaşılan temel hukuki sorunlara ve bunlarla ilgili öğretilerde yer alan tartışmalara da değinerek etkinliklerini artıracak çözümler önermeye çalışacaktır.

I. ÖN SORUN: TAHKİM YARGILAMASINDA TARAFLARIN BELİRLENMESİ

Tahkimde birden çok tarafın yer almasıyla ortaya çıkabilecek durumlar herşeyden önce söz konusu davada taraf teşkil edebilecek kişilerin belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Bu sebeple çalışma öncelikle tahkimde davalı ve davacı taraflarda yer alabilecek kişileri belirlemeye odaklanacak;

Tahkim Sorunu, Alfa Yayınları, 1.Baskı, İstanbul 1999, s.9-16; **FRICK**, s.229.

⁵ **AKINCI Ziya**, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, Güncellenmiş 3.Bası, İstanbul 2013 (kısaca “Tahkim”), s.7-9; **KESER BERBER**, s.4; **WAINCYMER Jeff**, Procedure and Evidence in International Arbitration, Kluwer Law International, the Hague 2012, s.545; **BORN Gary B.**, International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague, 2014, s.2566.

⁶ **AKINCI**, Tahkim, s.248; **KESER BERBER**, s.6.

⁷ **BORN**, s.2567-2568.

tahkim anlaşmasının etkisini onu imzalayanlar ve onlar dışında kapsam alanına girebilen üçüncü kişiler bakımından değerlendirecektir.

Bilindiği üzere tahkimde taraflar, mevcut veya ileride doğabilecek uyuşmazlıklarını tahkim yolu ile çözebilmek için aralarında bir tahkim anlaşması akdederek. Bu anlaşmanın geçerli olabilmesi öncelikle tarafların hangi tür uyuşmazlıklarını hangi hukuki ilişki çerçevesinde tahkime taşımak istediklerini tereddüte yer vermeyecek şekilde belirtmelerine bağlıdır⁸. Bu özelliği haiz bir anlaşma sağlandığı takdirde, taraflar artık uyuşmazlıklarının çözümü için tahkime gitme hak ve borcu altına girerler⁹. Ve nasıl ki bir borç ilişkisi temelde yalnızca onu akdeden taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurursa tahkim anlaşması da temelinde sadece kendi tarafları bakımından etki doğurur¹⁰. Dolayısıyla tahkim anlaşması da her borç ilişkisi gibi kendi tarafları arasında nisbi bir etki yaratacağından ondan faydalanabilmek için prensipte tahkim sözleşmesinde taraf olarak yer almak gerekir¹¹. Nitekim tahkim anlaşmasının, kişilerin kendi doğal hakimlerinden vazgeçtikleri istisnai bir yol olması sebebiyle etkisi bakımından taraflarına sıkı sıkıya bağlı ve belirli şartlar bir araya gelmedikçe hiçbir esneklik göstermeyen bir yapıya

⁸ **AKINCI**, Tahkim, s.100; **ŞANLI Cemal**, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta Yayınları, 5.Bası, İstanbul 2013 (kısaca “Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”), s.349; **KAZUTAKE Okuma**, «Party Autonomy in International Commercial Arbitration: Consolidation of Multiparty and Classwide Arbitration», Annual Survey of International & Comparative Law, Vol.9:1, s.212; **KÖŞGEROĞLU Banu**, «Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi», Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Yıl 2011, S.3, s.3.

⁹ **ESEN Emre**, Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, Beta Yayınları, 1.Baskı, İstanbul 2008, s.12; **TROFAIER Maria Theresa**, «Multi-Party Arbitration: The Organisation of Multi-Party Proceedings – The Problems Faced by Parties and Arbitrators», Belgrade Law Review, LVII, 2009, S.3, s.66.

¹⁰ **JARVIN**, s.318-319; **AKINCI**, Tahkim, s.96-97; **ŞANLI**, Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s.351; **ÇELİKEL Aysel/ ERDEM Bahadır**, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, Yenilenmiş 12.Bası, İstanbul 2012, s.670; **TWEEDDALE Andrew/ TWEEDDALE Keren**, Arbitration of Commercial Disputes, Oxford University Press 2010, s.154; **BORN**, s.1405.

¹¹ Bkz Yargıtay’ın **11.HD E.1990/2931 K.1991/6828 T.07.11.1989** tarihli kararı, **ŞANLI Cemal**, «Konşimentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konşimentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu», Ergin Nomer’e Armağan, 2002, s.773-789 (kısaca “Tahkim Şartının Geçerliliği”), s.346-347. Kararda Bremen Pamuk Borsası Hakem Mahkemesi’nin vermiş olduğu bir kararın tenfizi talebi, davacının tahkim şartını “Osman Akça Tarım Ürünleri İhracat san. Ve Tic. A.Ş.” ile müzakere ettiği halde, “Osman Akça Tarım Ürünleri İhracat San. Ve Tic. Ltd. Şti” ile imza etmiş olması nedeniyle redde uğramıştır. Davacının Osman Akça Ltd.Şti’nin Osman Akça A.Ş.’yi temsil ve ilzam yetkisi olup olmadığını araştırmaması, tenfiz aşamasında bir engel olarak karşısında çıkmıştır. Aynı karara ilişkin olarak bkz. ayrıca **KÖŞGEROĞLU**, s.4-5.

sahip olması da doğal ve tutarlıdır. Tahkim yargılamasında kural olarak sadece anlaşmanın taraflarının yer alabilmesi ve verilen hakem kararının da sadece bu kişileri bağlayıcı nitelikte olması tahkim anlaşmasının söz konusu nisbi yapısının en birincil sonuçlarındandır¹².

Bununla beraber sözleşmenin nisbiliği prensibi sözleşmenin üçüncü kişiler açısından hiçbir etki doğurmayacağı anlamına da gelmemektedir. Tahkim anlaşmasının üçüncü kişilere teşmili olarak ifade edilen bu halde tahkim anlaşmasının etki alanında anlaşmaya taraf olmayan üçüncü kişileri de kapsayacak türde bir genişleme ortaya çıkmakta ve üçüncü kişilerin de yargılamaya davalı veya davacı veyahut onların yardımcısı sıfatıyla katılabildiği, verilen hükümden de etkilenebildikleri görülmektedir¹³. Tahkim şartının onu akdedenler dışında üçüncü kişilere teşmil edilip edilemeyeceği meselesi¹⁴ genel olarak temsil, ortaklık içi ilişkiler, şirketler topluluğu, halefiyet, garanti sorumluluğu, üçüncü kişi yararına sözleşme gibi mekanizmalar ile devlet kuruluşu veya şirketlerinin akdettiği tahkim şartı içeren sözleşmeler hipotezlerinde gündeme gelmekte ve etkisi tartışılmaktadır¹⁵. Bu hususta hemen ifade etmek gerekir ki anılan hallerin çoğu hakemlerin ve mahkemelerin son derece temkinli yaklaştığı konular olup henüz teşmilin genel olarak kabul edildiği gerçeğinden uzaktır¹⁶. Tahkim anlaşmasının

¹² ÇELİKEL/ERDEM, s.671; AKINCI, Tahkim, s.96-97. Bkz. ayrıca 19.HD, 2654/2603 T.11.3.2004 tarihli kararı: «[...] Tahkim şartı bir sözleşmenin taraflarının bu sözleşmeden kaynaklanabilecek uyuşmazlıklarının çözümünü hakeme bırakmak hususunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim şartını içeren sözleşme davacı şirket ile davalı M...Enerji Tic.Aş. arasında imzalanmıştır. Bu nedenle tahkim şartının sözleşmenin tarafı olmayan M...Corp. 'a teşmili düşünülemez. Çünkü uyuşmazlıkların mahkemelerde görülmesi esastır. Tahkim sözleşmesi istisnai nitelikte olup sözleşmenin taraflarını bağlar» (Legalbank).

¹³ ESEN, s.12; ÇELİKEL/ERDEM, s.671-673; TWEEDDALE/TWEEDDALE, s.154; BORN, s.1405.

¹⁴ Teşmil mekanizmasının harekete geçirilmesinin ardında çoğu zaman anlaşmaya taraf davalı yanında ekonomik durumu ödemeye daha elverişli bir diğer taraf elde etme düşüncesi yatmaktadır. Örneğin, yavru şirketin, takip konusu yapılabilecek malvarlığının bulunmaması nedeniyle tahkim yargılamasına üçüncü kişi konumundaki ana şirketin de davalı sıfatıyla dahil edilmesi davacı açısından hakem kararının tenfizi suretiyle daha yüksek tahsilat olanağını ortaya çıkarmaktadır. KÖŞGEROĞLU, s.2 ve 5.

¹⁵ Konuyla ilgili detaylı açıklamalar ve içtihatlar için bkz. ESEN, s.14-16; KÖŞGEROĞLU, s.6; ŞANLI, Tahkim Şartının Geçerliliği, s.773-789; EKŞİ Nuray, «Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Etkisine İlişkin Yargıtay Kararları», İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007 Ocak Sayısı, s.91-115; TARMAN Zeynep Derya, «Tahkim Klotunun Üçüncü Kişilere Teşmili Konusundaki İsviçre Federal Mahkemesi Kararı», Terazi Hukuk Dergisi, S.40, Aralık 2009, s.121-125; TROFAIER, s.66 vd; WAINCYMER, s.513-531; BORN, s.1418-1483.

¹⁶ KÖŞGEROĞLU, s.7.

üçüncü kişilere teşmili yargı kadar doktrini de çokça meşgul eden bir konu olmakla birlikte çalışma dahilinde detaylıca işlenemeyecek kadar geniş bir kapsama da işaret etmektedir. Bu sebeple çalışma açısından kayda alınacak nokta tahkim yargılamasında “taraf” olabilecek kişilerin tahkim anlaşmasının nisbiliği gereği öncelikle onu akdedenler olması ve fakat anlaşmanın teşmil edebileceği hallerin de taraflarda doğrudan bir kişi değişimi veya mevcut kişi sayısında bir artış meydana getirebileceğidir.

II. İŞLEYİŞ: ÇOK TARAFLI YARGILAMAYI GÜNDEME GETİREN USUL MEKANİZMALARI

A) Davaların Birleştirilmesi ve Tahkim

Bilindiği üzere, devlet yargısında birbiriyle bağlantılı davaların birleştirilerek bir arada görülmesi mümkündür. Hukuk sistemimizde de HMK¹⁷, 166. maddesinde bu hususu ele alarak, aralarında bağlantı bulunan davaların belirli koşulları sağladıkları taktirde birleştirilebileceklerini öngörmektedir. Anılan maddeye göre, ister aynı mahkemede ister farklı mahkemelerde açılmış olsun davalar arasında bağlantı bulunuyorsa talep üzerine veya kendiliğinden davaların birleştirilmesi mümkündür¹⁸.

Bu kurum tahkime taşındığında, öncelikle irdelenmesi gereken soru birbiriyle ilişkili tahkim süreçlerinin birleştirilmesinin tahkimin ihtiyari yapısıyla ne ölçüde örtüştüğü ve birleştirmeye izin verildiği taktirde bunun hangi şartlarla mümkün olabileceğidir. Davaların birleştirilmesi, her ne kadar çelişik kararların önüne geçilmesini sağlıyor, fazladan masrafları kayda değer ölçüde azaltıyorsa da¹⁹ tarafların birleştirmeyi kabul edip etmeyecekleri, hakemlerin nasıl tayin edileceği, tarafların eşitliği ve gizliliğin korunması gibi bazı temel ilkelere de ne denli uyulabileceği yönünde çeşitli soru işaretlerini beraberinde getirmektedir. Bu sebeple çalışma çok taraflılığa olanak veren usul mekanizmalarından biri olan davaların birleştirilmesini birleştirme için gerekli koşulların oluşması ve birleştirmenin gerçekleşmediği hallerde ortaya çıkabilecek paralel yargılamalar sorunsalı açısından incelemeye çalışacaktır.

¹⁷ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kabul Tarihi: 12.01.2011, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 04.02.2011 - Sayı: 27836.

¹⁸ PEKCANITEZ Hakan/ ATALAY Oğuz/ ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Bası, Ankara 2013, s.635.

¹⁹ POUURET Jean-François/ BESSON Sébastien, Comparative Law of International Arbitration, Sweet&Maxwell, 2007, s.196.

1) Davaların Birleştirilmesi İçin Gerekli Koşullar

Davaların birleştirilmesi hukuk sistemimiz dışında pek çok ülke mevzuatında öngörülen bir müessese olup bir çok kurumsal tahkim merci tarafından da özel olarak kural altına alınmıştır. Bu alanda en yakın ve en kapsamlı düzenleme şüphesiz Milletlerarası Ticaret Odası'nın (*International Chamber of Commerce*, kısaca «ICC») 2012 yılında yürürlüğe giren yeni kurallarıdır²⁰. Tüm bu kurallar uyarınca, tahkim yargılamasında davaların birleştirilmesi hususunda genel olarak aranan şartlar, davalar arasında yeterli bir bağlantının bulunması ve tarafların birleştirmeye rızası göstermesi olarak incelenebilecek olup mevzuatta bu konuya ilişkin farklılıklar mukayese edilerek aktarılmalı çalışılacaktır.

a) Davalar Arasında “Yeterli Bağlantı”²¹

Ayrı ayrı açılmış iki davanın birleştirilebilirliği öncelikle ilgili davalar arasında belli bir bağlantının mevcudiyetine bağlıdır. Burada bahsedilen “bağlantı” HMK anlamında davaların “*aynı sebepten doğması*” veya “*biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte*” bulunmasıyla (m.166/4)²² tahkim yargılamalarında neyi ifade ettiği araştırılıp ortaya konulmalıdır. Tahkimde birleştirmeyi kabul eden çeşitli tahkim kurallarından örnekler vermek gerekirse İsviçre Medeni Usul Kanunu tahkimde birleştirmeyi öngördüğü 376/2 sayılı maddesinde “*aynı taraflar arasında bağlantılı talepler içeren davaların, birbirleriyle uyumlu tahkim şartlarından*

²⁰ Bkz. <http://icc.tobb.org.tr/icc-tahkimkullari.php>, (çevrimiçi: 12.12.2014).

²¹ **POUDRET/BESSON**, s.199.

²² **KURU Baki/ ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 24.Bası, Ankara 2013, s.491; **MUŞUL Timuçin**, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, 3.Baskı, Ankara 2012, s.139; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s.635; **AKINCI Ziya**, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:73, 1.Baskı, İzmir 1996 (kısaca “İnşaat Sözleşmeleri”), s.197. Yargıtay'ın bu kuralı uyguladığı kararlara örnek olarak bkz. **15. HD. E.2012/2319, 15.HD. E.2012/821, K.2012/3110, T.04.05.2012**: “*Bu durumda davalının tevilli beyanı ve sunulan taahhütname kapsamına göre davaya konu senedin eser sözleşmesi ilişkisi sebebiyle teminat olarak verildiği anlaşıldığı ve aynı ilişkiden dolayı taraflar arasında derdest alacak davası bulunduğu iş sahibi ve yüklenici olarak taraflarla davaların dayanağı olan akdi ilişki aynı olup, bir davada verilecek hüküm diğer davanın sonucunu doğrudan etkileyecek nitelikte olması sebebiyle davalar arasında irtibat bulunduğundan mahkemeye 6100 Sayılı H.M.K.nın 166 ve devamı maddeleri gereğince ilk davanın açıldığı dosya üzerinde birleştirme kararı verilip, toplanacak deliller değerlendirilmek suretiyle davanın sonuçlandırılması yerine eksik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu davanın reddi uygun olmaması, kararın bozulması uygun görülmüştür*”. Bkz ayrıca **15. HD. E.2012/2319, K.2012/5170, T.05.07.2012; 15.HD. E.2012/1775, K.2012/3935, T.28.05.2012; 15.HD. E.2012/1190, K.2012/2082, T.28.03.2012** (Hukuk Türk Bilgi Bankası).

ileri geldikleri sürece” tek bir dava çatısı altında birleştirilebileceklerini belirtmektedir.²³ Burada birleştirme için gerekli görülen bağlantının tarafların aynılığı, ileri sürülen taleplerin birbirlerini etkileyebilecek nitelikte olması ve ilgili tahkim şartlarının aynı olmasa dahi en azından uyumlu olması koşulları ile şekillendiği görülmektedir. ICC Tahkim Kuralları’nın 10.b ve 10.c sayılı maddeleri ise birleştirmenin dayanağı olan bağlantıyı davalardaki taleplerin hepsinin “*aynı tahkim sözleşmesine dayanması*” veya aynı taraflar arasındaki birden fazla tahkim sözleşmesinden kaynaklanan davalarda “*tahkim davasına konu uyumsuzluğun aynı hukuki ilişkiden doğması*” olarak tanımlamıştır²⁴. Gene birleştirmeyi mümkün gören, buna ilişkin düzenlemesi bulunan Belçika Arbuluculuk ve Tahkim Merkezi’nin (*Belgian Center for Arbitration and Mediation*, kısaca «CEPANI») kuralları da 13. maddesinde bu bağlantıyı ayrı ayrı görülmekte olan davalardaki “*taleplerin aynı tahkim şartından*

²³ Bkz. <https://app.zpo-cpc.ch/articles/376> (çevrimiçi: 12.12.2014).

²⁴ **ICC Tahkim Kuralları, m.10:** «(1)*Bir tarafın isteği üzerine Divan, devam eden iki veya daha fazla tahkim davasını aşağıdaki hallerde birleştirebilir:*

a) *Tarafların birleştirmeyi kabul etmesi; veya*

b) *Tahkim davalarındaki taleplerin hepsinin aynı tahkim sözleşmesi uyarınca yapılması; veya*

c) *Tahkim davalarında yapılan taleplerin birden fazla tahkim sözleşmesine dayanması durumunda, aynı taraflar arasındaki tahkim davalarında, tahkim davalarına konu olan uyumsuzlukların aynı hukuki ilişkiden doğması ve Divan’ın tahkim sözleşmelerini birleştirmeye uyumlu bulması.*

(2)*Divan birleştirme kararını verirken bir veya daha fazla hakemin birden fazla tahkim davası için atanmış veya onaylanmış olmasını, eğer atama veya onaylanma işlemi yapıldıysa, aynı kişi için yapılmış yapılmadığı da dahil olmak üzere ilgili bulduğu her durumu dikkate alır. Tahkim davalarının birleştirilmesine karar verildiğinde, taraflar aksini kararlaştırmadıkça birleştirme başlayan ilk tahkim davası üzerinde yapılır. »*

Davaların birleştirilmesi, ICC kurallarının 1998 tarihli bir önceki versiyonunda da mevcut bir olanak olmakla birlikte 2012 yılında yürürlüğe giren yeni kurallar bu olanağı önemli oranda genişletmiştir. Öncelikle dava tarafları birleştirmeyi kabul ettikleri takdirde birleştirme herhalükarda gerçekleştirilebilir. Bunun dışında tahkim davalarındaki tüm talepler temelini aynı tahkim şartında buluyorsa veya farklı fakat uyumlu tahkim anlaşmalarını müteakip taraflar aynı hukuki ilişkiye dayanan taleplerde bulunuyorlarsa birleştirme gene mümkün görülmüştür. **MEIER Andrea**, *Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide*, Kluwer Law International, 2013, s.712-713. Son olarak, m.10/1c’de yer alan “aynı hukuki ilişkiye dayanma” ve Divan’ın takdirinde bulunan “farklı tahkim anlaşmalarının birleştirmeye uyumlu olması” koşullarından ne anlaşılması gerektiği konusundaki tereddütleri gidermesi bakımından ICC Divanı’nın, “aynı ekonomik işlemde doğan” aynı ekonomik işlemde doğan” uyumsuzluklara tanıdığı ve farklı hakem sayısı, farklı hakem heyeti atama metodları ve farklı hakemlik kriterleri içeren, farklı yargılama dilleri ve/veya farklı uygulanacak hukuk seçimlerini vb. öngören tahkim anlaşmalarını birbiriyle uyumsuz bulduğunu belirtmek gerekir. **MEIER**, s.713; **PAIR Lara/ FRANKESTEIN Paul**, «The New ICC Rule on Consolidation: Progress or Change?», *Emory International Law Review*, No.25, s.1073-1075 (Heinonline).

doğması” veya “aynı tarafların aynı hukuki ilişkiyle ilgili akdettikleri ayrı ve fakat birbirleriyle uyumlu tahkim anlaşmalarından ileri gelmesi” üzerine kurmuştur²⁵. Fransız-Alman Sanayi ve Ticaret Odası (*Chambre Franco-Allemande de Commerce et de l’Industrie*, kısaca «CFACI») da Tahkim Kuralları’nın 9.maddesinde davaların birleştirilmesiyle ilgili olarak, aynı taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların aralarında bağlantı bulunması halinde ikinci olarak açılan tahkim davasında taraflardan birinin bu yöndeki talebi sunması üzerine birleştirilebileceğini ifade etmektedir²⁶. CFACI’nin içtihatlarında davaların birleştirilmesine olanak sağlayan bu bağlantı “ortak hukuki ve maddi sebepler” üzerinden değerlendirilmekle beraber, birleştirme kararının verilmesinde “birleştirmenin her iki tarafın menfaatleri ve uyuşmazlığın adil ve etkin şekilde çözümü için gerekli olması” koşulunun da arandığı görülmektedir²⁷. Gene bu sisteme paralel olarak Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması’nın (*The North American Free Trade Agreement*, kısaca «NAFTA») 1126.2 sayılı maddesi de bağlantıyı “ortak maddi ve hukuki sorunların bulunması” olarak tanımlamış ve bu bağlantının sağlanması halinde hakem heyetinin tarafları dinledikten sonra uyuşmazlıkların adil ve etkili bir şekilde çözümlenmesi için davaları birleştirmeye karar verebileceğini

²⁵ Bkz. http://www.cepani.be/sites/default/files/files/hayez_reglement_arbitrage_cepani_en_2013.pdf (çevrimiçi: 12.12.2014)

²⁶ Bkz. http://www.francoallemand.com/fileadmin/ahk_frankreich/Dokumente/recht/arbitrage.pdf (çevrimiçi: 12.12.2014)

²⁷ **EKŞİ Nuray**, «Milletlerarası Tahkimde Paralel Yargılamalar (Parallel Litigation)», *Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi*, Yıl 2013, C.2, S.2, s.15-51 (kısaca “Paralel Yargılamalar”), s.39-40.

öngörmüştür^{28 29}.

Son olarak, tahkimde davaların birleştirilmesi noktasında davalar arasında yeterli bir bağlantının kurulabilmesi ve bu bağlantıyı saptamaya yarayacak unsurların neler olduğu, birleştirme mekanizmasının tahkimin önemli tercih sebeplerinden biri olan gizliliğin bir tür ihlali olabileceği yönündeki eleştirileri de bertaraf etmesi açısından önemlidir. Zira bu bağlantı sayesinde taraflar ve uyuşmazlıkları artık birbirlerine yabancı olmaktan uzaktır. Dahası, birleştirilen davalardaki taraflar birebir aynı olmadıkları halde dahi aynı yargılama çerçevesinde aynı gizlilik kurallarına tabi olacaklarından bu tür bir endişeye mahal yoktur³⁰.

b) Tarafların Rızası

HMK m.166/1, aynı yargı çevresinde « ... açılmış davalar, aralarında bağlantı bulunması durumunda, davanın her aşamasında, talep üzerine veya kendiliğinden ilk davanın açıldığı mahkemede birleştirilebilir» demek suretiyle bağlantılı davaların gerek tarafların isteğiyle, gerekse mahkemenin bu hususta kullanacağı bir insiyatifle birleştirilebileceğini ve birleştirilen bu davaların da ilk açılan davaya bakan mahkeme önünde sürdürüleceğini kurala bağlamıştır. Maddenin devamında aralarında gene bağlantı olması kaydıyla

²⁸ NAFTA'nın 1126.maddesinin taraf menfaatleri ve uyuşmazlıkların çözümü açısından birleştirmenin adil ve etkin bir çözüm yolu olması gerektiği kuralının içtihat uygulamalarına örnek olarak şu davalar verilebilir: **Corn Products International, Archer Daniels Midland Co ve Tat&Lyle Ingredients Americas Inc.** davasında (bkz. <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC524&caseId=C29>, çevrimiçi: 12.12.2014) davacı şirketler Meksika'nın çeşitli alkolsüz içecek gruplarına, bunların dağıtım ve pazarlamasında %20 oranında vergi uygulaması karşısında böyle bir uygulamanın NAFTA'yı ihlal ettiği gerekçesiyle tahkime başvurmuşlardır. Hakem heyeti davalar arasındaki bağlantının ortak maddi, hukuki vakıalar açısından kurulmuş olduğunu var saysa da davacı şirketlerin ilgili pazarda birbirleri ile rekabet halinde olduklarını ve bu durumun her tür bilginin aynı yargılama ortamında paylaşılması ve davaların birlikte görülmesi açısından elverişli olmadığını belirterek birleştirmenin uyuşmazlık ve taraf menfaatleri açısından en etkili ve adil yol olmadığını kanaat getirmiş ve birleştirmeyi reddetmiştir. 2005 yılında görülen **Canfor Corp. Terminal Forest Products Ltd. ve Tembec Inc.v. ABD** davasında ise (bkz. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0115.pdf>, s.46-47, çevrimiçi: 12.12.2014) davacıların yumuşak keresteye uygulanan anti dumping uygulaması sebebiyle uğradıkları zarar için Amerika'ya tahkim davası açılmış, Amerika da davaların birleştirilmesini talep etmiştir. Hakem heyeti burada, yargılamanın ilk safhalarında olunması, tek yargılamanın masraflardan tasarruf sağlayacağı, çelişik kararların önlenileceği ve kararlarda yeknesaklığın sağlanabileceği gerekçeleri ile birleştirmenin tarafların ve uyuşmazlığın çözümünde etkin ve adil bir yol olacağına karar vermiş, ilgili davaları tek bir çerçevede birleştirmiştir. **EKŞİ**, Paralel Yargılamalar, s.40-41.

²⁹ Bkz. <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-112.asp> (çevrimiçi:12.12.2014).

³⁰ **PAIR/FRANKESTEIN**, s.168-170.

farklı mahkemelerde açılan davaların da ikinci davanın açıldığı mahkemede talep edilerek birleştirilebileceği ifade edilmektedir (HMK, m.166.2). Davaların birleştirilmesi üzerine, ortak bir tahkikat aşamasından sonra her bir davadaki talepler ayrı ayrı değerlendirilecek ve ayrı kararlar verilecektir³¹.

Görüldüğü üzere HMK'nın lafzı, davaların olası birleştirilme halini her koşulda sadece ve sadece tarafların bu yöndeki irade beyanına bağlamamış, bazı durumlarda hakimin dahi buna re'sen hükmedebileceğini belirtmiştir³². Ancak devlet yargısında yer alan bu kuralın tahkime taşınması halinde tamamen iradi bir yol olan tahkimin tarafları acaba buna rıza göstermedikleri halde salt davalar bağlantılı oldukları için birleştirmeye tabi kılınmalı mıdır? Aynı tarafların bir hukuki ilişkiden doğan farklı uyuşmazlıklarının birleştirilmesi nispeten daha olağan karşılanabilirken acaba birleştirilecek davaların tarafları birebir aynı değilse veya her iki davanın dayandığı tahkim şartı birbirinden farklıysa durum ne olmalıdır?

Öncelikle tahkimin iradi karakterinin getirdiği bir açılım olarak tarafların, başlangıçta akdettikleri tahkim şartı ne olursa olsun ileride yeniden tahkimin koşulları üzerinde anlaşabileceklerini, dolayısıyla birleştirmeyi önceden öngörmemiş olsalar da bu eksiklerini sonradan tamamlayabileceklerini söylemek gerekir. Başka bir deyişle, taraflar tahkim anlaşmasını ilk akdettikleri anda birleştirmeye rıza verebilecekleri gibi bunu daha sonradan da yapabilecektir.

Konunun zorlaşmaya ve gerçek anlamda çok taraflılığı çağrıştırmaya başladığı nokta şüphesiz birleştirilecek davalar ile ilgili tahkim anlaşmalarının taraflarının birebir aynı olmadığı hallerdir. Bir de bu olasılıklara tarafların akdettikleri tahkim anlaşmalarının aynı veya uyumlu olmayabileceği hipotezleri de eklendiğinde davaların birleştirilmesinde tahkimin iradi karakterinin nasıl yaşatılabileceği çok daha büyük önem kazanmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, davaların belirli koşulları sağladığı halde birleştirilmeleri paralel yargılamaların, birbiriyle çelişik yargı kararlarının önlenmesi ve usul ekonomisi sağlanması anlamında istenen bir durum olmakla birlikte, birbiriyle bağlantılı olan ancak aynı tahkim şartına tabi olmayan uyuşmazlıkların farklı hakemlerce veya bir kısmının mahkemede bir kısmının hakem önünde görülmesi (bir başka deyişle bağlantılı davaların birleştirilmemesi) her zaman mümkündür. Uyuşmazlığın konu olduğu davalar

³¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.638; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.493.

³² KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.492-493.

farklı mercilerce değerlendirilebilir ve bu merciler farklı yönde kararlara hükmedebilirler. Salt bu ihtimal, geçerli bir tahkim şartını 1958 tarihli New York Sözleşmesi³³ m.II/3 anlamında³⁴ tesirsiz veya tatbikatı imkansız kılmaya yetmeyecektir³⁵.

Aralarında bağlantı olmasına rağmen tarafları aynı, tahkim şartları aynı olmayan çoklu sözleşmesel ilişkilerden ileri gelen uyuşmazlıklar farklı kararlara konu olmuş ve yukarıda açıklandığı üzere ilgili tahkim şartları geçerlilik ve etkinliklerini sürdürmeye devam etmiş, ilgili davalar hakkında tarafların ortak rızaları sağlanmadığı için birleştirilme kararı verilmemiştir.

Bu noktaya örnek olarak verilebilecek **Abu Dhabi Doğal Gaz davasında**³⁶ bir Amerikan inşaat şirketi Abu Dhabi Doğal Sıvı Gaz Şirketi ile bir sözleşme akdederek bir doğal gaz santralini inşaatını üstlenmiştir. Ancak sözleşmenin ifasında, söz konusu gazın muhafaza edileceği depo ayıplı çıkmış ve taraflar arasında buna dayanan bir uyuşmazlık baş göstermiştir. Müteahhit firma Amerikan şirketine karşı Londra'da tahkime gitmişse de Amerikalı firma ayıplı mal iddialarını reddetmiş, bu iddiaların gerçek olması halinde dahi bunun altmüteahhidin kusurundan ileri geldiğini öne sürmüştür. Daha sonra kendisi de müteahhitle altmüteahhit arasındaki anlaşmaya dayanarak Londra'da tahkim yoluna gitmiş ve davaların birleştirilmesini talep etmiştir. Abu Dhabi Şirketi birleştirmenin tahkim sürecini uzatacağı ve olayı karmaşıklaştıracağı gerekçesiyle birleştirmeye rıza göstermemiştir. Japon altmüteahhit de öncelikle ilk tahkim yargılamasının sonucunu görmek istediği için birleştirmeyi kabul etmemiştir. Böylelikle tek bir olay çevresinde farklı sözleşmeler ve farklı taraflardan ileri gelen bir uyuşmazlık farklı yargılamalar üzerinden yürütülmüştür. Konuyla ilgili olarak İngiliz İstinaf Mahkemesi tahkim yargılamasında tarafların davaların birleştirilmesine rıza göstermedikleri müddetçe mahkemenin kendiliğinden birleştirme kararı veremeyeceğini, buna yetkisi olmadığını ifade etmiştir³⁷. Nitekim tahkimde

³³ 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında New York Sözleşmesi, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 25.09.1991 - Sayı:21002.

³⁴ **New York Sözleşmesi m.II/3:** “*Bir âkit devlet mahkemesi, tarafların işbu maddenin anladığı mânâda anlaşma aktetlikleri bir meseleye taallük eden ihtilâfına vaziyet ettiği takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları birinin talebi üzerine, hakemliğe sevkeder.*”

³⁵ **AKINCI**, İnşaat Sözleşmeleri, s.198.

³⁶ Abu Dhabi Gas Liquefaction Co Ltd v. Eastern Bechtel Corp., 2 [1982] Lloyds Law Reports s.425.

³⁷ **AKINCI**, İnşaat Sözleşmeleri, s.200; **KESER BERBER**, s.163-164. Aynı yönde karar

hakemlerin yetkilerini tarafların belirledikleri düşünüldüğünde, onların öngörmedikleri bir husus hakkında, hele ki onların muvafakatleri hilafına hakem mahkemesinin bir karar vermesi bizce de yerinde olamazdı. Ancak hemen belirtmekte fayda var ki, hakem yargılamalarının birleştirilmesinde taraf serbestisinin hakimiyetine önem veren bu görüş daha çok Kara Avrupası sisteminde benimsenmekte ve Amerika, Hong Kong, Hollanda gibi kimi ülkelerin hukuk sistemlerinde hakem mahkemeleri bağlantılı davaları cebren de birleştirebilmektedir³⁸. Kanımızca bu şekilde birleştirilen bir tahkim yargılamasında verilen bir kararın tanınma ve tenfiz aşamasında çeşitli sorunlarla karşılaşması olasıdır. Kararın tenfiz edileceği ülkede tahkimin taraf iradelerinin göz ardı edilmesi suretiyle gerçekleştirilmesi karar açısından bir sakatlık sebebi olarak değerlendirilebilecektir³⁹.

Tahkimde davaların birleştirilebilmesi için mevzuat ve içtihat her ne kadar iki kriter (*yeterli bağlantı* ve *taraf rızası*) ileri sürmüştü de bunlardan tarafların rızası özel ve kilit bir öneme sahiptir⁴⁰. Nitekim bu yüzden kimi tahkim kurallarında bu koşulun tek başına dahi birleştirme için yeterli olabildiği görülmektedir⁴¹.

2) Davaların Birleştirilememesi ve Paralel Yargılamalar Sorunu

Tarafları, konusu, sebebi aynı olan uyumsuzluklarla ilgili davalar devlet yargısında da görülse, tahkimde de görülse, birbiriyle çelişik kararların ortaya çıkmaması, başta taraflara olmak üzere topluma mali yük getirmemesi amacıyla birleştirilmeye çalışılmaktadır⁴². Ancak gerek birleştirmeyi

örnekleri için bkz. ayrıca **TWEEDDALE/TWEEDDALE**, s.157.

³⁸ **KESER BERBER**, s.227. s.8-9; **POUDRET/BESSON**, s.205; **TWEEDDALE/TWEEDDALE**, s.158-159.

³⁹ **POUDRET/BESSON**, s.209.

⁴⁰ **POUDRET/BESSON**, s.199.

⁴¹ Örn. olarak ICC m.10/1a verilebilir (maddenin içeriği için bkz dipnot 24). Bu maddede tarafların birleştirmeyi kabul etmesi, davaların birleştirilebileceği üç alternatif halden biri olarak sayılmış, bir başka deyişle, söz konusu rızanın tek başına birleştirme için yeterli olacağı düzenleme altına alınmıştır. **MEIER**, s.712.

⁴² Çelişik kararların alabileceği boyutla ilgili fikir vermesi açısından **Deutsche Schachtbau und Tiefbohrgesellschaft GmbH v. Ras Al Khaimah National Oil Co** tahkim davası örnek verilebilir. Bkz. 2 [1987] Lloyd's Law Reports s.246-258. Olayda Alman DST ile Birleşik Arap Emirlikleri ulusal şirketi Rakoil arasında ICC tahkim klozu içeren bir petrol çıkarma sözleşmesi imzalanmış ve DST, ortaya çıkan bir uyumsuzluk üzerine Cenevre'de tahkime başvurmuştur. Rakoil de yerel mahkemelere başvurarak sözleşmenin yetkisiz temsilci ile yapıldığını ileri sürmüş, anlaşmanın iptalini ve kendisine tazminat ödenmesini talep etmiştir. Her iki yargılama da geçerli olarak yürütülüp diğer taraf aleyhine sonuçlanmıştır. ICC tahkim davası Rakoil için 4.635.664 Dolar tazminata hükmederken, Resü'l-Hayme Mahkemesi de

haklı kılacak ölçüde esaslı/yeterli bir bağlantının kurulamaması, gerekse tarafların bu yönde rıza sahibi olmamaları davaların özellikle tahkim yolunda birleştirilebilmelerinin önünde engel oluşturmaktadır. Biri hakem heyetinde, biri mahkemede veya hepsi farklı hakem heyetlerinde görülen davaların bir sebeple birleştirilememesi, başta “paralel yargılama” sorunu olmak üzere yargılama adına çeşitli sakıncalı durumlar yaratma potansiyeline sahiptir. Bu potansiyel, çok sayıda taşeronla farklı içeriklere sahip anlaşmalar üzerinden gerçekleştirilen inşaat projelerinde, yabancı yatırımcıların devletle akdettikleri yatırım anlaşmalarından doğan uyuşmazlıklarda daha da özel görünüm alabilmektedir⁴³. İşverenle müteahhitin yanı sıra çok sayıda alt müteahhit ve onların herbirinin farklı tedarikçilerle imzaladıkları farklı sözleşmelerden oluşan kompleks sözleşmesel ağ ilişkilerinin farklı davalarda görülmesi gibi devletlerin ikili yatırım anlaşmalarını ihlallerinin bir davaya konu olması, yatırımcı ve devlet (veya devlet kurumu) arasındaki sözleşmeye aykırılıkların da başka bir davaya konu olması en tipik paralel dava örneklerini oluşturmaktadır⁴⁴. Davaların birleştirilmesi mekanizması, gerek adli yargıda, gerekse milletlerarası tahkimde paralel yargılamalar sorununun önlenmesi açısından önem arz etse de bu, söz konusu yöntemlerden sadece bir tanesidir. Davaların birleştirilmesi dışında usul hukukunun temel araçlarından derdestlik (*lis pendis*) ve kesin hüküm (*res judicata*) itirazları, anglo-saxon hukukuna özgü müesseselerden forum non-convenience, yargı yetkisinin tek elde toplanabilmesini sağlamak için başvurulmuş münhasır yetki anlaşmaları, dava açılmasını veya davaya devam edilmesini önleyici tedbir kararı niteliğindeki *anti-suit injunction*'ler, yolun çatallaşması klotu (*fork in the road clause*), milletlerarası kamu düzeni vb. daha pek çok araç da bu hususta seferber edilmiştir⁴⁵. Paralellik içeren davaların birleştirilememesi halinde tüm bu mekanizmalar dışında başvurulabilecek bir diğer etkin yol da bağlantılı tahkim

DST'nin 110.687.839.62 Dirhem tazminat ödemesine karar vermiştir. DST hakem kararını tenfiz ettirmek istese de bunun zor olacağını anlayarak kararı New York Sözleşmesi'ne taraf ülkelerden birinde tenfiz ettirmeye çalışmıştır. Rakoil'in Shell International'la anlaşmış olduğunu öğrenen DST, İngiltere'nin New York Sözleşmesi'ne taraf olmasından da yola çıkarak kararın tenfizi ve Rakoil'in Shell'den olan alacağını İngiltere dışına çıkarılmaması yönünde bir talepte bulunup her iki talebi de İngiliz Mahkemelerince kabul edilmiştir. Rakoil bu karara karşı temyiz yoluna başvurduysa da İngiliz Temyiz Mahkemesi kararının gerekçesinde İngiltere ve İsviçre'nin New York Sözleşmesi'ne taraf olduğunu belirtmiş ve Resü'l-Hayme mahkemelerinde dava açılmasının tahkim anlaşmasının ihlali olduğunu da ifade ederek mahkeme kararının tenfizi talebini reddetmiştir. **EKŞİ**, Paralel Yargılamalar, s.24-25.

⁴³ **EKŞİ**, Paralel Yargılamalar, s.19-20.

⁴⁴ **EKŞİ**, Paralel Yargılamalar, s.20-21.

⁴⁵ **EKŞİ**, Paralel Yargılamalar, s.25-41.

davalarına aynı hakem heyetinin atanmasıdır⁴⁶. Tüm bu çözüm arayışlarından da anlaşılabilir olduğu üzere paralel yargılamalar zorlu bir konu olup özellikle çok taraflı tahkimde tek çözüm yolu da davaların birleştirilmesi değildir. Tahkimde bağlantılı davalar her zaman birleştirilemeyebilir ve paralel yargılamalar sonucunda farklı kararlara varılması bu anlamda muhtemeldir⁴⁷. Bu

⁴⁶ **JARVIN**, s.319. Örnek olarak bkz. ICSID tahkiminde yürütülen **Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Fas** (bkz. www.italaw.com/cases/958, çevrimiçi: 09.12.2014) ve **Consortium RFCC v. Fas** (bkz. www.italaw.com/cases/documents/327, çevrimiçi: 09.12.2014) davaları. Her iki dava da İtalya ile Fas arasındaki iki taraflı yatırım anlaşmasına dayandığı, benzer maddi ve hukuki dayanaklara sahip oldukları için ICSID Genel Sekreterliği her iki tahkim yargılaması için aynı hakem heyetini atamış ve bu heyet birbiriyle uyumlu kararlar vermiştir. **EKŞİ**, Paralel Yargılamalar, s.41. Aynı şekilde, yukarıda açıklanan **Abu Dhabi** davasında da aynı proje çerçevesinde müteahhit ile işveren arasındaki yargılamaya paralel olarak yürütülmek istenen müteahhit ile alt müteahhitler arasındaki yargılamalar tarafların rızası sağlanmadığı için birleştirilememişse de bundan doğabilecek olumsuz sonuçlar, İngiliz Temyiz Mahkemesi'nin ikinci tahkim yargılamasına da aynı hakem heyetini ataması ile önlenilmeye çalışılmıştır. **AKINCI**, İnşaat Sözleşmeleri, s.200; **POUDRET/BESSON**, s.206; **EKŞİ**, Paralel Yargılamalar, s.41.

⁴⁷ Milletlerarası tahkimde paralel dava örnekleri mevcuttur. Bunlardan en tipik örnekler arasında tarafları farklı olmakla birlikte aynı uyumsuzluğa ilişkin olan **Ronald S. Lauder v. Çek Cumhuriyeti** (bkz. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf> çevrimiçi: 12.12.2014) ile **CME Czech Republic BV v. Çek Cumhuriyeti** (bkz. http://arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/CME%20v%20Czech%20Republic%20-%20Final%20Award.pdf, çevrimiçi:12.12.2014) davaları gelmektedir. Anılan davalara konu uyumsuzlukta, ABD vatandaşı Ronald S.Lauder'in çoğunluk hissesine sahip olduğu ve Hollandalı Şirket CME Czech Republic'in kontrolü altında bulunan Cet21, sahip olduğu lisans haklarına istinaden televizyon yayınlarında bulunurken Çek Cumhuriyeti bu haklara müdahalede bulunmuştur. Bu müdahale üzerine Ronald S. Lauder Çek Cumhuriyeti ile ABD arasındaki ikili yatırım anlaşmasına dayanarak Londra'da tahkim başlatmış, bir süre sonra da Hollandalı şirket Hollanda-Çek Cumhuriyeti arasındaki ikili yatırım anlaşmasına dayanarak Stockholm'de tahkime gitmiştir. Londra'daki hakem heyeti ilgili yatırım anlaşmasının ihlal edilmediğini ileri sürerek tazminat taleplerini reddederken Stockholm'deki hakem heyeti Çek Cumhuriyeti'ni 270 milyon Dolar + %10 faiz ile tazminata mahkum etmiştir. İlk davanın açılmasından sonra Çek Cumhuriyeti Stockholm'deki davada res judicata sebebiyle davanın reddini istemişse de heyet her iki yargılamada tarafların ve dayanak gösterilen anlaşmaların farklı olması sebebiyle bu itirazları reddetmiştir. Çek Cumhuriyeti daha sonra kararın iptali için dava açmış fakat dava taraflarının farklı olması nedeniyle *lis pendis* ve *res judicata* itirazları dinlenmemiş, davacının talebi reddedilmiştir.

Benzer bir diğer örnek de **CMS Gas Transition Company v. Arjantin** (bkz. https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC504_En&caseId=C4, çevrimiçi:12.12.2014) davasıdır. Bu davada da Arjantin, Arjantin Yüksek Mahkemesi'nde görülmekte olan diğer bir dava sebebiyle derdestlik itirazında bulunmuştur. Ancak hakem heyeti Arjantin Mahkemelerinde görülen davanın diğer tarafının doğrudan CMS değil, onun %25 hissesini elinde bulundurduğu TGN Arjantin Şirketi olduğunu tespit ederek mahkeme ile ICSID tahkiminin taraflarının farklı olması sebebiyle *lis pendis* itirazının dikkate alınmaması gerektiğine hükmetmiştir.

Gene Arjantin'in taraf olduğu bir diğer paralel dava örneği de **Enron Corporation and Ponderosa Assets v. Republic of Arjantina**'dır. (bkz. https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC502_En&caseId=C3,

olumsuzluğu bertaraf etmek adına tarafların rızası hilafına veya cebren verilen birleştirme kararlarının daha sonra tenfiz aşamasında New York Sözleşmesi m.V(1)d uyarınca⁴⁸, yargılamada uygulanan hakemlik prosedürünün tarafların anlaşmalarına aykırı gerçekleştirildiği yönünde itiraza uğraması ve verilen hakem kararının da bu suretle işlevsiz kalması ihtimali doğacaktır.

B) Davaya Müdahale ve Tahkim

Türk usul hukuku, 3.kişilerin mevcut bir davaya müdahale edebilmelerine olanak tanımaktadır. Ancak HMK, her ne kadar bu müdahaleye ilişkin kurumlar öngörmekte ise de anılan kurumların tahkime uygulanıp uygulanamayacağı yönünde açık bir düzenlemeye yer vermemiştir. Kanun koyucunun gerek HMK gerekse MTK'daki⁴⁹ bu sessizliği, davada taraf çokluğuna olanak veren bu hükümlerin uluslararası tahkimin nitelikleriyle örtüşebildikleri oranda tahkime de uygulanabilecekleri kanaatini doğurmaktadır⁵⁰. Bu sebeple, usul hukukumuzda yer alan müdahale ve davanın ihbarı mekanizmalarının tahkimi yöneten temel ilkelerle ne denli kesişebildiği ve bu mekanizmaların tahkim yargılamasına hangi şartlar ile taşınabileceği irdelenmelidir.

Bilindiği üzere usul hukukumuzda davaya müdahale “fer’i” ve “asli müdahale” ve etkisi bakımından onlara benzeyen “ihbar” mekanizması olmak üzere üç şekilde gerçekleştirilebilir. Bir dava sonucunda verilen hüküm kural olarak sadece taraflar için bağlayıcıdır ancak bazen bu hüküm üçüncü bir kişinin durumu üzerinde de etki doğurabilmektedir. Öyleyse verilen hükümden

çevrimiçi: 12.12.2014). Olayda, Arjantin'deki özelleştirmeler kapsamında bir Arjantin gaz şirketi olan TGS'nin hisseleri Enron Corporation ve Ponderosa Assets adındaki iki Amerikan şirketi tarafından alınmıştır. Arjantin'de baş gösteren ekonomik krizin bir uzantısı olarak 2002 yılında yürürlüğe giren bir kanunla Dolar üzerinden fiyat belirlemesine son verilmiş ve devalüasyon kararı alınmıştır. Bunun üzerine Amerikalı şirketler Amerika ile Arjantin arasındaki ikili yatırım anlaşmasının ihlal edildiğini öne sürerek ICSID tahkimini başlatmışlardır. Arjantin, konuyla ilgili zaten yerel mahkemelerde görülmekte olan bir dava olduğunu belirterek hakem heyetinin yetkisine itiraz etmiştir. Heyet, mahkemede görülen davanın tarafının TGS olduğunu ve her iki davanın farklı olduğunu ileri sürerek itirazı reddetmiştir. **EKŞİ**, Paralel Yargılamalar, s.22-24.

⁴⁸ **New York Sözleşmesi m.V/1.d:** “*Aleyhine hakem kararı dermeyan edilen tarafın talebi sebketmez ve mumaileyh, kararın tanınması ve icrası istenen memleketin selâhiyetli makamı huzurunda aşağıdaki hususları ispat etmez ise, hakem kararının tanınması ve icrası talebi reddolunamaz: [...] d) Hakem mahkemesinin teşkili veya hakemlik prosedürü tarafların mukavelesine ve mukavelede sarahat olmayan hallerde hakemliğin cereyan ettiği mahal kanunu hükümlerine uygun değilse.*”

⁴⁹ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, Kabul Tarihi: 21.06.2001, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 05.07.2001 - Sayı: 24453.

⁵⁰ **KESER BERBER**, s.197-198.

bu şekilde dolaylı olarak etkilenebilecek üçüncü bir kişinin davaya, bir taraf gibi olmasa da katılması, bir başka deyişle mevcut taraflardan birinin yanında yer alarak ona yardımcı olması, mantıklı ve gerekli olacaktır. Nitekim bu sebeplerle kanun koyucu, benzer durumdaki 3.kişiye davaya müdahalede bulunmayı HMK'nın 61 ila 70. maddeleri ile mümkün kılmış ve bu müesseseyi "davanın ihbarı ve davaya müdahale" başlığı altında düzenlemiştir.

1) Fer'i Müdahale

Öncelikle belirtmek gerekir ki fer'i müdahale ancak ve ancak iki taraf arasında *derdest bir dava*⁵¹ ve üçüncü bir kişinin bu davaya müdahale etmekte *hukuki bir yararı*⁵² mevcutken mümkündür. Kanunun kendisine tanıdığı müdahale hakkını kullanan üçüncü kişi bu yolla, dava sonunda verilecek kararın sonucunda durumunun iyileşmesini sağlayacak, bunu da ilgili hükmün kendisini olumsuz yönde etkileyebilecek yönlerinin önüne geçmeye çalışarak yapacaktır. Fer'i müdahil, derdest davayı menfaati doğrultusunda değerlendirdikten sonra davaya hangi taraf yanında katılacağına karar verir ancak müdahalesi sonucunda «taraf» veya «taraf temsilcisi» niteliği de kazanmaz⁵³. Yargılama devam ettiği sürece rolü sadece lehine müdahalede bulunduğu tarafın yardımcısı olmak (HMK, m.66) ve onunla birlikte hareket etmekle sınırlı kalacaktır (HMK, m.68/1). Bunun doğal bir sonucu olarak fer'i müdahil, lehine müdahale ettiği tarafın iradesine uygun olarak belirli usul işlemlerini yapabilecek ancak dava konusu üzerinde davadan feragat, davayı kabul, sulh olma, müdebbihi başkasına temlik gibi herhangi bir tasarruf hakkına sahip olamayacaktır⁵⁴.

⁵¹ Müdahale, davanın açılmasından tahkikat sona erinceye kadar yapılır. **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s.494-495; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s.334; **MUŞUL**, s.151-152.

⁵² Söz konusu "hukuki yarar", "hakkı veya borcu bir davanın neticesine bağlı olan" şeklinde algılanmaktadır. Fer'i müdahilin lehine müdahale etmek istediği tarafın davayı kazanması halinde durumu iyileşecek, kaybetmesi halinde durumu kötüleşecekse "hukuki yararının mevcut olduğu" söylenebilir. **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s.495. **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s.334; **MUŞUL**, s.152; **AKINCI**, İnşaat Sözleşmeleri, s.206. Örneğin bir anonim ortaklık genel kurul kararının iptali dava açmayan pay sahiplerini de etkileyeceğinden bu kişiler, davada kazanmasında yararları bulunan taraf yanında müdahalede bulunabilirler. Aynı şekilde, alacaklının müteselsil kefile karşı açtığı davaya asıl borçlunun fer'i müdahil olarak katılmakta da hukuki yararı mevcuttur. **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s.335.

⁵³ HMK'nın 66.maddeye ilişkin gerekçesinde, maddenin lafzının bilhassa fer'i müdahilin taraf mı, taraf yardımcısı mı veya taraf benzeri bir konuma sahip olduğu yönündeki tartışmaların önüne geçecek şekilde oluşturulmak istendiği ve fer'i müdahilin açıkça "taraf yardımcısı" olduğu ifade edilmektedir. Nitekim **AKINCI** da fer'i müdahilin durumunu üçüncü kişinin durumuna benzetmektedir. **AKINCI**, İnşaat Sözleşmeleri, s.207.

⁵⁴ **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s.496; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s.334; **MUŞUL**, s.155.

Usul hukukunda fer'i müdahaleye sıkça verilen örneklerden biri, kollektif şirkete açılan bir davada kollektif şirketin davayı kaybetmesi halinde şirket alacaklılarının TTK m.238 uyarınca⁵⁵ şirket ortaklarına müracaat hakkına sahip olmaları ve bu hakka dayanarak davaya müdahil olmayı isteyebilmeleridir. Gerek TTK m.238'deki gibi kanunun açıkça öngördüğü hallerde, gerekse yukarıda değindiğimiz inşaat sözleşmeleri, konsorsiyum sözleşmeleri, garanti sözleşmeleri, zincirleme satım sözleşmeleri vb. çok taraflı tahkime sebebiyet veren kompleks sözleşme ilişkilerinde, hakem yargılamasına müdahale etmek isteyecek kişilerin, iki taraf arasındaki uyuşmazlığın sonuçlanmasında doğrudan veya dolaylı olarak bir menfaat taşıdıkları açıktır. Dahası, görülmekte olan davada verilecek karar, fer'i müdahil açısından (doğrudan taraf sıfatı kazanmadığı için) kesin hüküm etkisi yaratmayacaksa da ileride lehine müdahalede bulunduğu tarafla ilişkisinde belli etkiler doğurabilecek, örneğin verilmiş olan hükmün yanlış olduğunu, o davada yer alan iddia ve hususların doğru olmadığını ileri süremeyecektir⁵⁶.

Dolayısıyla ilk bakışta, yargılamanın taraflarıyla bağlantısı çok uzak olmayan bir üçüncü kişinin tahkime müdahalesi, müdahalenin konusu olmayan tarafın beklentileriyle çok da çelişik gözükmemektedir. Ancak burada düğüm, söz konusu müdahalenin tahkimin en temel prensiplerinden "tarafların serbest iradesi" uyarınca değerlendirilmesi sırasında ortaya çıkmaktadır: Hiç kimsenin, iradesi hilafına bir hakem yargılamasına katılmaya ve/veya kendi iştiraki olmaksızın oluşturulmuş bir hakem mahkemesini kabule zorlanamayacağı bir sistemde, tahkimin akdedildiği anda öngörülmemiş bir tarafın veya taraf yardımcısının daha sonradan "menfaati nedeniyle" tahkimin diğer tarafına dayatılabilmesi tahkimin doğasıyla örtüşebilir bir durum mudur, üzerinde düşünülmalıdır.

Bu soruyu irdeleyen Türk doktrinindeki ağırlıklı görüş, fer'i müdahalenin tarafların tahkimden beklentilerine her zaman ters düşmeyeceği, ancak taraf serbestisi gereği kimsenin de iradesi hilafına bir hakem yargılamasına katılmaya zorlanamayacağı yönündedir⁵⁷. Doktrinindeki genel görüş, hakem

⁵⁵ **TTK m.238:** "(1) *Yalnız şirket aleyhine alınmış olan mahkeme kararı, şirket hakkındaki takip semeresiz kalmadıkça veya şirket herhangi bir sebeple sona ermiş olmadıkça ortaklar hakkında icra edilemez.*
(2) *İcra emrinin şirkete tebliğine rağmen borç ödenmediği takdirde, alacaklı, şirketle birlikte ortakların veya bazılarının da doğrudan iflasını isteyebilir.*"

⁵⁶ **AKINCI,** İnşaat Sözleşmeleri, s.209.

⁵⁷ Konuyu irdeleyen Rasih Yeğengil, tahkim sözleşmesinin sadece kendi taraflarını bağlayacağını, üçüncü kişinin, lehine müdahalede bulunduğu tarafla arasındaki rücu

yargılamasında fer'i müdahalenin kabulü için tahkim sözleşmesi taraflarının mutlaka bu müdahaleye muvafakatlerinin olması gerektiğidir. Bizim de katıldığımız bu görüş, fer'i müdahilin belirli şartlar sağlanmadan davaya kabulünün tarafların tahkimi tercih etme nedenlerinden olan gizlilik gibi bazı özel beklentilerine ters düşebileceğini ve ayrıca fer'i müdahilin davanın bir tarafına yardım ediyor olmasının silahların eşitliği ilkesini zedeleyebileceğini düşündürmektedir⁵⁸. Bir diğer açıdan bakıldığında da medeni usul hukukundaki

davasını hakem heyetinin göz önünde bulundurmak zorunda kalışının tahkimin tercih edilme sebeplerinden olan öznellik ve pratikliğe sekte vuracağını, dolayısıyla da böyle bir müdahalenin tahkimin nitelikleriyle bağdaşmayan sonuçlar doğuracağını ifade etmektedir. **YEĞENGİL Rasih**, Tahkim, İstanbul 1974, s.296-297. Necip Bilge ise, HUMK'ta tanınan tüm kurumların tahkimin nitelikleriyle bağdaşamayabileceğinden yola çıkarak tüm HUMK mekanizmalarının doğrudan tahkime taşınamayacağını ancak tarafların bu yönde bir anlaşma yaparak bunu mümkün kılabileceğini ileri sürmektedir. **BİLGE Necip**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, IV.Tahkim Haftası, Ankara 1965, s.83 vd. Üçüncü kişinin müdahalesinin tahkim anlaşmasına konu olması gerektiğini savunan Saim Üstündağ, söz konusu üçüncü kişinin tahkim sözleşmesine taraf olmaması halinde hakem yargılamasına müdahalesinin kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. **ÜSTÜNDAĞ Saim**, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, Yaylacık Matbaası, İstanbul 1997, s.964-965. Hakan Pekcanitez'e göre ise, HMK m.66 ila 70'in (eski HUMK m.53 ila 57) bir tahkim yargılamasına uygulanabilirliği ancak söz konusu tahkimin taraflarının tahkim yargılamasına Türk usul hukukunun tatbikini kararlaştırdıkları durumlarda gündeme gelebilir. Kanun'un anılan hükümlerinin ise emredici nitelikte olmadığı dikkate alınırsa tarafların bunları bertaraf edebileceklerinin veya bu kurumu diledikleri başka şartlarla düzenleyebileceklerinin de kabulü gerekecektir. Ancak müdahale, taraflar bu yönde açıkça bir anlaşma yapmazlar ise tahkim sözleşmesinin sadece taraflarını bağlayacak olması ve üçüncü kişilerin müdahalesinin buna rıza göstermeyen bir tarafa dayatılmayacağı sebepleriyle mümkün olmayacaktır. **PEKCANITEZ Hakan**, Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara 1992, s.202 vd. Ziya Akıncı, davanın asıl taraflarının muvafakatleri olmadan böyle bir müdahaleye izin vermenin tarafların tahkimi seçme amaçları ile çelişeceğini vurgulamıştır. Bu durumun savunma ve iddia hakkı ilkerlerini ihlal edeceğini, bu müdahaleyi kabul ederek uyuşmazlığı hüküme bağlayan hakem mahkemesinin ise kendisine tanınan yetkileri aşarak vereceği kararının geçerlilik ve tenfiz kabiliyetinin risk altına girebileceğini belirtmiştir. Bu durumda, taraflar rıza göstermedikçe üçüncü bir kişinin davaya fer'i müdahalesi kabul edilemeyecektir. **AKINCI**, İnşaat Sözleşmeleri, s.208 vd. Zira, Erol Ertekin ve İzzet Karataş'ın da belirttiği üzere, tahkim sözleşmesi yalnızca taraflarını bağlar ve davaya müdahale etmek isteyen üçüncü kişi bu sözleşmeye yabancıdır. **ERTEKİN Erol/ KARATAŞ İzzet**, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s.236.

⁵⁸ Silahların eşitliği ilkesi, kendini savunma hakkının temel bir güvencesidir. Bu ilke, uyuşmazlığın taraflarının birbirleriyle eşit bir şekilde davasını hazırlama ve sunmada makul fırsatlara sahip olmasının güvence altına almaktadır. Taraf eşitliğinin bir diğer yüzü olan bu ilke herşeyden önce yargılama sırasında, savunma ve iddiaya karşı kendi savlarını hazırlama, eşit fırsatlara sahip olma hakkını ifade eder. **ÇELİK Adem**, «Hakkaniyete Uygun Yargılama Hakkı ve Silahların Eşitliği İlkesi», Adalet Dergisi, 2008, S.31, s.302-315, http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/31.sayi/09_47_42.htm (çevrimiçi: 12.12.2014). Bir tarafın davasını azami başarı ile neticelendirebilmek için dışarıdan yardım alması bu anlamda silahların eşitliğinin bir ihlali olarak görülebilecektir. Bkz. benzer bir hassasiyete işaret eden **AKINCI**, İnşaat Sözleşmeleri, s.209.

tüm müesseselerin tahkime doğrudan taşınamayacağı açıkça görülmektedir. Zira, tahkim için esnetilemez bir koşul olarak öngördüğümüz tarafların fer'i müdahilin davaya katılmasına verecekleri rıza, HMK kapsamında aranmamaktadır. Fer'i müdahilin, kanuni koşulları sağlamak kaydıyla davaya müdahil olması tarafların buna rıza göstermesine bağlı değildir⁵⁹.

Hukuk sistemimize yakınlık gösteren diğer ülkelere bakıldığında, Alman hukuku tahkim prosedürlerinde hakem heyetinin sadece tarafların istemleriyle hareket etmesi gerektiğini ve bu sebeple ancak taraflar rıza gösterirlerse fer'i müdahale talebinin kabul edilebileceğini, söz konusu taleple ilgili olarak ayrıca hakem mahkemesinin onayına gerek olmadığını kurala bağlamıştır⁶⁰. Kuralın dayanağı, tahkimin iradi olarak başvuru ve tamamen taraflarca şekillendirilen bir yol olmasıdır. İsviçre hukuku her ne kadar Alman hukukundan esinlenmiş olsa da Alman hukuk sistemindeki çözümü tam olarak benimsememiş ve fer'i müdahalenin, tahkim sözleşmesinin tarafları dışında hakem heyetinin de onayına bağlı olmasını istemiştir⁶¹.

Bu bilgiler ışığında fer'i müdahale ile ilgili ortaya çıkabilecek hipotezler ve bunlara uygulanacak kurallar kanımızca şu şekilde özetlenebilecektir:

(i) Taraflar, sözleşmelerinde çok taraflı tahkim klotuna yer vermişlerse ileride doğacak bir uyuşmazlıkta ilgili üçüncü kişi, uyuşmazlık taraflarının yanında hakem heyeti muvafakatine ihtiyaç duyulmaksızın fer'i müdahil olarak kabul edilebilecektir.

(ii) Belirtildiği gibi çok taraflı bir tahkim klotunun var olmaması halinde, üçüncü kişinin müdahalesi taraflardan ve/veya hakem heyetinden bir itiraz görmediği sürece gene mümkün olacaktır.

(iii) Çok taraflı bir tahkim klotu olmamakla birlikte, taraflar kendi aralarında üçüncü kişinin fer'i müdahalesini öngören bir anlaşmaya varırlar ise, tahkimin kendi taraflarının iradesiyle şekillenen bir yol olması sebebiyle bu katılımın gene koşulsuz olarak kabul edilmesi gerekecektir. Zira burada esas aranması gereken rıza tahkim yargılamasının taraflarına aittir ve onlar, tahkimin bu yönde ilerlemesini istiyorlarsa buna saygı duymak gerekir.

⁵⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.495-496.

⁶⁰ HANEFELD Inka, Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, Edit. Frank-Bernd Weigand, Oxford University Press, 2009, s.484; KESER BERBER, s.57, 203 vd.

⁶¹ Bkz. İsviçre Medeni Usul Kanunu m.376/3, <https://app.zpo-cpc.ch/articles/376> (çevrimiçi: 12.12.2014).

Dahası dava taraflarından birinin yanında yer alacak fer'i müdahilin herhangi bir taraf sıfatı olmadan sadece yardımcı olarak varlığı, dava taraflarının arasındaki hukuki ilişki şemasında hiçbir değişiklik meydana getirmeyecek, karşı taraf söz konusu katılım sonucunda yeni bir hasım kazanmayacaktır. Eğer buna rağmen karşı tarafın açık rızasına ihtiyaç duyuluyorsa bu onu, iradi niteliği için devlet yargısına yeğlediği tahkimin maddi sonuç ve avantajlarından yoksun bırakmamak içindir. Ayrıca unutmamak gerekir ki tarafların tahkime yönelmelerinin bir diğer sebebi de yargılamanın gizliliğidir. Bir başka deyişle taraflar, kendileriyle dolaylı veya direkt olarak ilişkili fer'i müdahilin uyuşmazlıklarının içine nüfuz etmesini haklılıkla tercih etmeyebilirler. İşte tüm bunlar bize tarafların rızasının neden bu kadar önemli olduğunu açıklamaktadır.

(iv) Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinin üzerinde durduğu “hakem heyetinin fer'i müdahaleye rızasına” gelince, bu rızanın sadece ve sadece tahkim sözleşmesinde tarafların olası bir müdahale talebi karşısında hakemlerin nasıl hareket edeceğini öngördüğü hallerde veya tarafların bu konuya ilişkin herhangi bir tespit yapmaksızın uyuşmazlığı genel olarak hakemlere havale ettikleri hallerde gündeme gelebileceği kanaatindeyiz. Hakem ilk hipotezde tarafların çizdiği yolda ilerleyecek, ikinci hipotezde ise en uygun çözümü bulabilmek için taraflar yerine, tarafların boşluğunu, gene onların bu yöndeki örtülü rızası üzerine gidermeye çalışacaktır.

2) Asli Müdahale

Asli müdahale, derdest bir davada, üçüncü bir kişinin dava konusu şey veya hak üzerinde kısmen veya tamamen hak sahibi olduğunu iddia ederek davanın taraflarına karşı bir başka dava açmasıdır. Almanya, Avusturya, İsviçre gibi ülkelerin aksine uzun bir süre HUMK'ta düzenlenmemiş olan bu kurum, fer'i müdahaledeki “müdahale” anlayışından farklı olup üçüncü kişiye, açılmış bir davada kendi yararına bir hakkın saptanmasını ve bu hakkın korunmasını talep edebileceği bir karşı dava açma hakkını getirmektedir⁶².

Hukuk sistemimizde asli müdahale ilk kez HMK'da (m.65) düzenlenmiş olsa da öğretilerde ve yargısal uygulamalarda varlığı çoktandır benimsenmiş bir kurumu teşkil etmektedir. Nitekim asli müdahale ile açılacak davalara, HMK öncesindeki dönemde de başka kanunlarda (örn.MK m.713'te değinilen tescile itiraz davası, Kadastro Kanunu'nun 24.maddesi vb.⁶³) rastlanmaktaydı.

⁶² KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.499; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.345; MUŞUL, s.157.

⁶³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.346; MUŞUL, s.158.

Asli müdahalede müdahil, fer'i müdahaleden farklı olarak davasında bir taraf sıfatı edinir. İlk davanın davacı ve davalısı ise asli müdahil karşısında (birlikte hareket etme zorunlulukları olmasa da) bir tür mecburi dava arkadaşlığı sürerler⁶⁴. Asli müdahilin buradaki taraf sıfatı, verilecek olan hakem kararının, ilk davanın davacı ve davalısının yanısıra kendisi için de kesin hüküm ifade edeceği noktasında önemlidir⁶⁵.

Mahkeme, ilk dava ile asli müdahale davasını birlikte incelese bile⁶⁶, her iki davanın birbirinden bağımsız olduğunu ve verilecek kararların, sadece ilgili taraflar açısından kesin hüküm teşkil edeceğini hatırlamak gerekir. Zira ilk davanın tarafları “davalı” ve “davacı” iken, müdahalenin tarafları, davacı sıfatıyla “üçüncü kişi” ve davalı sıfatıyla “ilk hakem yargılamasındaki davalı ve davacı” olacaktır.

Asli müdahale tahkime taşındığında öncelikle incelenmesi gereken soru, asıl tahkim yargılamasının taraflarının üçüncü kişi müdahalesine rızalarının olup olmadığıdır. Çünkü hakem yargılamasında hakem, devlet yargısından farklı olarak tarafların onu yetkilendirmesiyle uyumsuzluğu çözmeye başlar. Taraflar, hakeme verdikleri yetkinin sınırlarını kendi iradeleri ile çizerler. Tahkim yargılamasına asli müdahil olmak isteyen bir üçüncü kişinin talebini kabul veya red de bu sebeplerle hakeme ait olamayacaktır. Görevi münhasıran kendisini bu konuda yetkilendiren tarafların uyuşmazlığını çözmek olan bir hakemin tarafların rızası dışında bir uyuşmazlıkla ilgilenmesi veya buna kendi başına karar verebilmesi düşünülemez. Zira, üçüncü kişinin asli müdahalesi kabul edildiğinde, aynı hakem mahkemesinde ikinci bir davanın açılması ve hakem mahkemesinin artık bir değil iki uyuşmazlığı çözüme bağlaması söz konusu olacaktır. Bu, ilk davanın tarafları açısından yargılamanın yükünün artması ve bekledikleri uyuşmazlık çözümünün gecikebileceği anlamını taşır ki bu da tarafların söz konusu müdahaleye rıza göstermelerindeki gerekliliğin ispatı için yeterlidir⁶⁷.

⁶⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.500; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.348.

⁶⁵ AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s.207.

⁶⁶ Mahkeme her iki davayı birlikte inceleyip karar verebileceği gibi gerekli gördüğü takdirde önce birisini ardından diğerini karara bağlama hakkına da sahiptir. Mahkeme davalardan birini bekletici sorun olarak da sayabilir. Çoğunlukla uygun olan asli müdahale davasının önden görülüp asıl dava için daha sonra karar verilmesidir çünkü müdahale davasının sonucunda ilk dava konusuz da kalabilecektir. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.349.

⁶⁷ KESER BERBER, s.218.

3) **Davanın İhbarı**

Bilindiği üzere davanın ihbarı, görülmekte olan bir davada, dava taraflarından birinin kendisine yardım etmesi için üçüncü bir kişiye söz konusu davayı duyurmasından ibarettir⁶⁸. HMK m.63 ve 64 birlikte okunduğunda, ihbarın usul hukuku bakımından amacının ihbarı alan üçüncü kişinin davaya fer'i müdahil olarak veya ihbar eden tarafı temsilen katılmasını sağlamak olduğu görülür. Aynı kurumun maddi hukuk bakımından amacı ise, davanın ihbarından sonra taraf olduğu davayı kaybeden kişinin ileride, davet ettiği üçüncü kişiye karşı açabileceği bir rücu davasında veya söz konusu üçüncü kişinin kendisinden dava yoluyla herhangi bir hak talep edebileceği durumlarda⁶⁹, kendi haklarını daha güvenli bir biçimde ileri sürebilmesine olanak vermektedir⁷⁰.

Davanın ihbarı tahkime taşındığında, çıkış noktası yukarıda incelediğimiz müdahale mekanizmalarından farklı olarak hakem yargılamasına yabancı bir üçüncü kişide değil, yargılamanın taraflarındadır. Başka bir deyişle ifade etmek gerekirse, üçüncü kişinin davaya katılması yönündeki talep üçüncü kişiden değil, onu yanında davaya katılmaya davet eden dava tarafından gelir.

İhbarı yapan tarafın buradaki isteği, ihbarı ile bir müdahale etkisi⁷¹ doğurmaktır. Böyle bir durumda doğacak müdahale etkisi için tarafların ve/veya hakemlerin muvafakatinin ne denli gerekeceği hususunda ise varılabilecek sonuçlar kanımızca şunlar olacaktır:

⁶⁸ **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s.501; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s.340; **MUŞUL**, s.160.

⁶⁹ Örneğin, TBK m.167, 214-215, 309, 568'deki haller. Daha detaylı açıklama için bkz. **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s.502.

⁷⁰ **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s.501.

⁷¹ Bu etki olsa olsa fer'i müdahilin doğuracağı etki olarak algılanmalıdır. Ancak Yargıtay'ın farklı yönde verdiği bir kararı olup bu karar Akıncı tarafından eleştirilmiştir. **AKINCI**, İnşaat Sözleşmesi, s.210. Nitekim HMK'nın "İhbarın Etkisi" başlıklı 64.maddesi doğrudan ve açıkça "Fer'i Müdahalenin Etkisi" başlıklı 69.maddenin 2.fıkrasına göndermede bulunmuş ve bu hükmün ihbarın etkisine kıyasen uygulanacağını ifade etmiştir. **HMK m.69/2**'ye göre de « Fer'i müdahilin, tarafla rücu ilişkisinde, asıl davadaki uyumsuzluk hakkında yanlış karar verildiği iddiası dinlenilmez.

Ancak, müdahil, zamanında ihbar yapılmadığı için davaya geç katıldığı veya yanında katıldığı tarafın iddia ve savunma imkânlarını kullanmasını engellediğini ya da kendisince bilinmeyen iddia ve savunma imkânlarının, tarafın ağır kusuru sebebiyle kullanılmadığını belirterek, yanında katıldığı tarafın yargılamayı hatalı yürüttüğünü ileri sürebilir.»

(i) İhbar, usul hukukumuzda tek taraflı bir işlem olarak kabul edilmekte, hakimin veya karşı tarafın iznine tabi tutulmamaktadır⁷². Ancak tahkimin tarafların serbest iradesi ve eşit ağırlığı üzerine kurulu yapısı, alınan her kararda taraflara kabul/red anlamında bir söz hakkı doğurmaktadır.

(ii) Davanın ihbarı hipotezinde, üçüncü kişinin davaya dahil oluşu dava taraflarından birinin bu yöndeki kararına dayandığına göre, tahkimde üçüncü kişinin davaya katılması hususunda ihbar eden tarafın rızası tartışmalı değildir; rıza göstermesi gereken kişiler “ihbarı alan” ve “davanın diğer tarafı” olacaktır.

(iii) İhbarı alan üçüncü kişi, hakem yargılamasına katılıp katılmama yönünde bir seçim hakkını haizdir ve bu anlamda, tutumunun ne olacağı önemlidir: Üçüncü kişi davaya fer’i müdahil olarak katılma talebinde bulunabilir (ancak bu halde yukarıda değindiğimiz fer’i müdahale koşullarının da gerçekleşmesi aranacaktır), ihbarda bulunan kişinin yerine geçerek onu temsilen davayı takip edebilir ya da ihbara rağmen tamamen hareketsiz kalabilir⁷³.

Kanımızca burada irdelenebilecek bir diğer husus da, ihbarda bulunmayan taraftan birinci hipotezde beklenen muvafakatin (fer’i müdahaleyi kabul), ikinci hipotezde kendisinden beklenen muvafakatten (üçüncü kişinin ihbar eden tarafın yerine geçmesi), içerik ve asıl taraflar arasındaki ilişkinin yapısında yarattığı değişiklikler anlamında farklı oluşudur. Başka bir ifadeyle, davanın ihbarının yaratacağı müdahale etkisi her iki durumda aynı paralelliği göstermemektedir. İlk hipotezde rıza gösterecek taraf, ihbar eden tarafın yanında sadece yardımcı sıfatıyla bulunacak bir üçüncü kişinin varlığını kabul ederken (burada katılım, rıza veren dava tarafına karşı bir başka hasım kazandırmaz), ikinci hipotezde muhatap olunan (davalı/davacı sıfatını taşıyan karşı taraf) kişi ile ilgili esaslı bir değişiklik söz konusu olacaktır.

Türk öğretisi, üçüncü kişinin davanın ihbarı üzerine davaya katılması hakkında farklı görüşler sergilemektedir. Hakan Pekcanitez, üçüncü kişi tahkim sözleşmesine taraf olmadığı sürece kendisine yapılacak bir ihbarın müdahale etkisi doğuramayacağı düşüncesindedir⁷⁴.

Saim Üstündağ, tahkim sözleşmesinin sadece onu akdeden tarafları bağlayacağından yola çıkarak hakem yargılamasında davanın ihbarının kabulü

⁷² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.342.

⁷³ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.503-504; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.342-343.

⁷⁴ PEKCANITEZ, s.205.

halinde tahkim sözleşmesine taraf olmayan, hakem heyetinin oluşumuna katılmayan yeni bir taraf yaratılacağını ve müdahale etkisinin, iradesini gösterememiş bu tarafın doğal hakiminden mahrum bırakılması anlamına geleceğini ileri sürmüştür⁷⁵.

Erol Ertekin ve İzzet Karataş, hakem yargılamasında davanın ihbarına izin verilirse bunun, tahkim sözleşmesindeki tarafların serbest iradelerine bir müdahale olabileceğini belirterek hiç kimsenin istemediği bir üçüncü kişiyi sözleşmesine taraf olarak kabule zorlanamayacağını, ihbar edilenin ve hasım tarafın muvafakatlerine mutlaka ihtiyaç olduğunu ifade etmiştir⁷⁶.

Baki Kuru ise, HMK’da davanın ihbarına ilişkin hükümlerin hakemlerce yürütülen bir yargılamada pekalâ uygulanabileceğini ileri sürmüştür⁷⁷.

Bizim konuyla ilgili görüşümüz, ihbar edilenin ve ihbar edenin hasımının bu yönde açıkça rıza göstermeleri kaydıyla davanın ihbarının mümkün olacağı yönündedir. Zira pek çok yazarın değindiği “tahkim sözleşmesine taraf olmak/ olmamak” ayrımı, sözleşme serbestisi üzerine kurulu bir sistemde, tarafların bu yönde gösterecekleri ortak bir irade ile aşılabilecek bir engeldir. Tahkim sözleşmesini şekillendiren ve kuralları somutlaştıran taraflar olduğuna göre, bu tarafların söz konusu kurallar üzerinde istedikleri değişiklikleri yapabilmek için ortak iradelerini ifade etmekten daha fazlasına ihtiyaçları bulunmamaktadır⁷⁸. İhbarın müdahale etkisi gerek hakem yargılaması taraflarının, gerekse ihbar edilenin rızasına bağlı olduğu sürece etkisinin kabulü gerekmektedir.

C) Dava Arkadaşlığı ve Tahkim

Dava arkadaşlığı, ya da diğer adıyla sübjektif dava birleşmesi, davacı veya davalı yanda birden fazla kişinin yer alması durumudur. Dolayısıyla dava arkadaşlığında birden fazla kişinin dava açması (*aktif dava arkadaşlığı*) veya birden fazla kişiye karşı dava açılması (*pasif dava arkadaşlığı*) gündeme gelmektedir⁷⁹. Söz konusu mekanizma, ihtiyari dava arkadaşlığında aslında dava arkadaşı kadar davanın var olması ve buna rağmen bunların hepsinin bir arada görülebilmesi suretiyle zamandan, emek ve masraftan tasarruf

⁷⁵ ÜSTÜNDAĞ, s.964-965.

⁷⁶ ERTEKİN/ KARATAŞ, s.236.

⁷⁷ KURU, Şerh, C.IV, s.4062.

⁷⁸ WAINCYMER, s.546.

⁷⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.473; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.324; KE-SER BERBER, s.218.

edilebilmesi anlamında usul ekonomisine son derece uygundur⁸⁰. Bir önceki ifademizden de anlaşılabilceği gibi, dava arkadaşlığı “*mecburi dava arkadaşlığı*” ve “*ihtiyari dava arkadaşlığı*” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Her iki usul müessesesinin tahkime bulacağı karşılık aşağıda incelenecektir.

1) **Mecburi Dava Arkadaşlığı**

Maddi hukukta bir hakkın birden fazla kişi tarafından birlikte kullanılmasının veya birden fazla kişiye karşı birlikte ileri sürülmesinin gerektiği hallerde davalı veya davacı yanlarda bulunan bu kişiler arasında mecburi dava arkadaşlığı bulunmaktadır (HMK m.59.1)⁸¹. Mecburi dava arkadaşlığının var olduğu hallerde⁸² dava arkadaşlarından birisi tek başına dava açamaz veya herhangi bir hak, sadece bir dava arkadaşına karşı ileri sürülemez⁸³. Dava, dava arkadaşlarından yalnız biri veya birkaçı tarafından açılmışsa mahkeme diğer mecburi dava arkadaşlarının da davaya katılması için kesin bir süre verir, bu süre sonunda ilgililerin davaya katılımı veya muvafakatleri sağanamazsa dava sıfat yokluğu nedeniyle reddedilecektir⁸⁴. Mecburi dava arkadaşları davayı birlikte yürütürler ve mahkeme genellikle davayı tek bir hüküm ile sonuçlandırır⁸⁵.

⁸⁰ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.474; KESER BERBER, s.219.

⁸¹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.474; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.327; MUŞUL, s.142.

⁸² Bu tür dava arkadaşlığının söz konusu olduğu hallere örnek olarak elbirliği mülkiyetinin konusu olan bir mal veya hakka ilişkin davalar, birden fazla kiracı veya kiralayanın bulunduğu kira sözleşmelerine istinaden açılacak tahliye davaları ve anne ve çocuğa karşı birlikte açılması gereken soybağının reddi davaları verilebilir. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.474-477. Elbirliği mülkiyeti örneğinde kişilerin borç veya hak üzerinde birlikte hareket etme zorunluluğu, tahliye davası örneğinde söz konusu hak veya borcun bölünemeyen yapısı, soybağının reddi örneğinde de taraflar arasındaki ilişkinin en doğru şekilde karara bağlanmasının sağlanması gibi maddi veya usulü bir sebepler mecburi dava arkadaşlığının dayanak noktalarını oluşturmaktadır. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.328-330.

⁸³ Mecburi dava arkadaşlarının hepsinin tahkim anlaşmasına taraf olmamaları nedeniyle, tahkim şartının taraf olan dava arkadaşı bakımından da uygulanamayacağına ve tahkim yoluna gidilemeyeceğine ilişkin olarak bkz 19.HD, E.2011/2295, K.2011/6187, T.5.5.2011: « [...] *Asıl borçlu ile ipotek veren ipotek borçlusunu farklı kişiler ise, ipotekli takibe hem ipotek borçlusunu hem de asıl borçlu hakkında geçilmesi gerekir. Başka bir anlatımla bu kişiler arasında mecburi dava arkadaşlığı vardır. Bu kişilerden biri hakkında tahkim şartı uygulanamaz ise diğeri hakkında da tahkim şartı uygulanamayacağından somut olayda, asıl borçlu davalı şirket hakkında da tahkim yoluna gidilemeyeceğinin kabulü gerekir.*» EKŞİ, Nuray, «Yarıştay 19. Hukuk Dairesi'nin 2011-2012 Yıllarında Verdiği Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Bazı Kararlar», Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Yıl 2013, C.2, S.2, s.223-236 (kısaca “19.HD Kararları”), s.225-227.

⁸⁴ AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s.204.

⁸⁵ Ancak hükmün içeriği mecburi dava arkadaşlığının çeşitlerine göre farklılık gösterebilir.

Sistem tahkime taşındığında, gene tarafların serbest iradeleri ile tahkimi devlet yargısına tercih etmiş olmaları gerektiğinden, dava arkadaşlarının hepsinin tahkim anlaşmasını/şartını kabul etmiş olmaları⁸⁶ veya gerektiğinde tümünün tahkim itirazında bulunmuş olmaları aranacaktır⁸⁷. Davanın tahkim anlaşmasını imzalamış dava arkadaşlarından biri veya bir kısmı tarafından açılması halinde hakem heyeti diğer mecburi dava arkadaşlarının katılımını sağlamak için belirli bir süre tanyacak, bu süre içerisinde katılım sağlanamazsa davayı reddetmek zorunda kalacaktır⁸⁸ ⁸⁹. Buna karşılık, mecburi dava arkadaşlarının tümü tahkim şartına taraf değillerse, davalı rıza göstermedikçe henüz taraf olmayan mecburi dava arkadaşı tahkime dahil olamayacağı için davanın tüm mecburi dava arkadaşları tarafından açılması şartı gerçekleşemeyecek ve diğerlerinin imzalamış olduğu tahkim şartı da New York Sözleşmesi m.II/3 uyarınca⁹⁰ etkisiz hale gelecektir⁹¹. Anılan duruma örnek olarak, hukuki niteliği adi ortaklık olan bir joint venture'a karşı uyuşmazlığın giderilmesi için tahkim yoluna başvurulmak istendiğinde tahkim sadece joint venture'daki tüm ortaklara karşı açılacak bir dava ile mümkün olacakken tahkim anlaşmasının bu ortaklardan sadece bazılarıyla akdedilmiş olması, tahkim şartını etkisizliğe mahkum edebilecektir⁹².

Eğer maddi bakımdan bir mecburi dava arkadaşlığı varsa mahkeme tüm dava arkadaşları için aynı kararı verir. Eğer şekli bakımdan bir dava arkadaşlığı varsa mahkeme bütün dava arkadaşları için aynı şekilde karar vermek zorunda değildir. Her biri hakkında başka şekilde karar verebilir, örneğin birisine karşı açılan davayı kabul ederken diğerininkini reddedebilir. **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s.479.

⁸⁶ **AKINCI**, İnşaat Sözleşmeleri, s.204.

⁸⁷ **15.HD, E.2006/2404, K.2006/4411, T.13.06.2006**: «[...] *davada hem sözleşme kapsamındaki işler nedeniyle bedel talep edilmiş, teminat mektubuna vaki murazanın giderilmesi, süre uzatımı verilmesi istenmiş, hem de sözleşme dışı işler yapıldığı, bu işlerin konsorsiyumun diğer ortağı olan davalının kusurlu hareketlerinden kaynaklandığı açıklanmıştır. Hal böyle olunca Tüpraş aleyhine açılan davada konsorsiyum ortaklarının yer alması ve davanın bu ortakların tamamının huzuruyla devam ettirilip karara bağlanması zorunludur. Davalı Tüpraş tahkim itirazında bulunmadığından hakkında açılan dava ile ilgili olarak mahkemenin görevi kesinleşmiştir. Bu durumda davanın bir bölümünün mahkemede ve bir kısmının tahkimde görülmesi yargılamanın hızlı bir şekilde yapılıp bitirilmesini engelleyeceği gibi birbirine aykırı kararların verilmesine de neden olabilecektir.» **AKINCI**, Tahkim, s.99, dipnot 182.*

⁸⁸ **AKINCI**, İnşaat Sözleşmeleri, s.204.

⁸⁹ Mecburi dava arkadaşlığı hallerinde eksik gösterilen tarafla ilgili olarak mevcut mecburi dava arkadaşlarına süre tanıma yoluna alternatif olarak ıslah yoluna başvuruşmayı öneren bir diğer görüş için bkz ayrıca **KESER BERBER**, s.223.

⁹⁰ Bkz. Dipnot 30.

⁹¹ **AKINCI**, İnşaat Sözleşmeleri, s.205.

⁹² **AKINCI**, İnşaat Sözleşmeleri, s.205, dipnot 567.

Pratikte özellikle adi ortaklıklarda tüm ortakların dava açmak konusunda aynı istekte bulunmadıkları görülmüş ve bu da bazen diğer ortakların dava açma özgürlüğünü kullanmasında haksız kısıtlamalara yol açmıştır. Bu sebeple Yargıtay davaya katılmayan ortağa yargılamaya iştirak etmesi için kesin bir süre tanınması dışında, onun dava açan diğer ortaklara muvafakat vermesine veya haklarını onlara doğrudan temlik etmesine de olanak tanımıştır⁹³ ve hatta dava açmak istemeyen dava arkadaşının dava açma hakkından feragat edebilmesini ve bunun sonuçlarını tartışmıştır⁹⁴.

2) İhtiyari Dava Arkadaşlığı

HMK m.57'ye göre ihtiyari dava arkadaşlığı (i) hak veya borcun elbirliği mülkiyeti dışındaki bir sebeple ortak olduğu⁹⁵ veya (ii) ortak bir işlem ile dava arkadaşlarının hepsi yararına bir hak veya borç doğmuş olabileceği⁹⁶ veya (iii) davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki

⁹³ **15. HD, E.2009/4791, K.2010/6856, T.13.12.2010:** «Davacının akdi ilişkinin dayanağı olarak ibraz ettiği 25.04.2003 tarihli sözleşme davalı iş sahibi ile dava dışı ... A.Ş. ve davacı şirket imzalamıştır. Sözleşme kapsamına göre dava dışı ... A.Ş. yüklenici, davacı alt yüklenicidir ve dava dışı şirket ile davacı davalıya karşı sözleşme konusu işi birlikte yapmayı üstlenmişlerdir. Her ne kadar sözleşmede açıkça belirtilmemiş ise de işi yapmayı birlikte yüklediklerinden dava konusu işle ilgili olarak davacı ile dava dışı şirket arasındaki ilişki adi ortaklık ilişkisidir. Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığından taraf ehliyetleri de bulunmamaktadır. (BK. madde 533. 534) Bu halde adi ortaklık şeklinde eser yapımı üstlenilen sözleşmelerle ilgili davanın görülebilmesi için ortaklığı oluşturan tüm gerçek ya da tüzel kişiler tarafından birlikte açılması veya dava açmayan diğer ortaklığın sözleşmeden doğan haklarını dava açan ortağa temlik etmesi ya da davaya muvafakatının sağlanması gerekir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 08.10.2003 gün 2003/12-574 Esas, 2003/564 Karar 17.01.1990 gün 1989/13-547 Esas, 1990/2 Karar sayılı ilamları ile Dairemizin 23.06.2005 gün 2004/3211 Esas, 2005/3782 Karar, 11.02.2004 gün 2003/1721 Esas, 2004/647 Karar sayılı ilamları) Dava adi ortaklardan sadece Ltd. Şti tarafından açılmıştır. Taraf teşkili ve husumetehliyeti kamu düzenine ilişkin olduğundan taraflarca yargılamanın her aşamasında ileri sürülmesi mümkün olduğu gibi mahkemeler ve Yargıtay'ca da görevleri gereği re'sen dikkate alınır. Bu durumda davacıya sözleşmeyi yüklenici olarak birlikte imzaladığı dava dışı ... A.Ş.nin davaya muvafakatlarını sağlamak veya bu şirketten sözleşmeden doğan haklarını temellük ettiğine dair temlik belgesini ibraz etmek, bunlar mümkün olmadığı takdirde o şirket hakkında bu dava ile birleştirilmek üzere dava açmak için süre verilip bu şekilde taraf teşkili tamamlandıktan sonra işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken mahkemece kendiliğinden gözetilmesi gereken davacının tek başına aktif husumet ehliyetinin bulunmadığı gözden kaçırılarak davanın esası hakkında hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.» (Legalbank).

⁹⁴ **15. HD, E.2003/2092, K.2003/2550, T.13.05.2003** (Legalbank).

⁹⁵ Örneğin müteselsil borçluluk veya alacaklılıkta hak veya borç gene ortak olacak ve dava arkadaşlığı gündeme gelecektir. **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s.325.

⁹⁶ Örneğin birden fazla kişinin ortak bir işlemle yükümlülük altına girdikleri borcun bölünebilir bir borç olması halinde hepsine karşı dava açılması ihtiyari olacaktır. **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, s.481.

sebeplerin aynı veya birbirine benzer olduğu⁹⁷ hallerde gündeme gelir. İhtiyari dava arkadaşlığında dava arkadaşı kadar dava vardır. Tahkikat ortak olmasına rağmen davalar birbirinden bağımsızdır; dava şartları, ilk itirazlar, işleyen süreler vs. kural olarak dava arkadaşlarının herbiri hakkında ayrı ayrı incelenir ve değerlendirilir. Sistemin getirdiği en büyük avantaj bir işlemin iki ayrı mahkemede iki kez yapılmasının önlenmesidir⁹⁸. Davanın sonunda mahkeme ihtiyari dava arkadaşlarının her biri için tek bir hüküm verir fakat bu hüküm her dava arkadaşı açısından farklı içerik ve yönde olabilir⁹⁹.

İhtiyari dava arkadaşlığı tahkim yargılaması içerisinde düşünüldüğünde, yukarıda incelenen diğer hipotezlerde olduğu gibi, aralarında dava arkadaşlığı olabilecek kişilerin tahkim yolunu açan anlaşma veya şarta taraf olmaları önem kazanmaktadır. Bu koşul sağlandığı taktirde ayrı ayrı görülecek davalar birlikte görülecektir. Buna rağmen devlet yargısında olduğu gibi, dava arkadaşlarının birlikte hareket etmeleri aranmayacak, her biri kendi özel savunma ve iddialarını kullanabileceği gibi süreler ve itirazlar sadece ilgili dava arkadaşı açısından sonuç doğuracaktır. Gene bu bağımsız yaklaşımın bir uzantısı olarak her bir dava arkadaşı dilediği taktirde davasından feragat edebilecek veya sulh olmayı seçebilecektir. Kısacası tüm dava arkadaşları, yargılamanın her safhasındaki işlemlerde birbirlerinden bağımsız olarak hareket edebileceklerdir¹⁰⁰.

D) Grup (Topluluk) Davaları ve Tahkim¹⁰¹

Topluluk davası, bir grubun, sınıfın veya topluluğun menfaatini korumak amacıyla o topluluğu temsil ya da o topluluk adına hareket edebilecek olanların dava açmaları, açılan bu davanın sonucundan da temsil edilen grup ya da topluluğun yararlanmasının sağlandığı bir dava türüdür¹⁰². Daha önce HUMK'ta açıkça yer almasa da TTK (örn. m.58/2), Sendikalar Kanunu (m.32), Çevre Kanunu (m.3) gibi bazı özel kanunlarda bu davayı uygulamaya

⁹⁷ Örneğin bir trafik kazası sebebiyle sözleşme ve haksız fiil zemininde sorumlu tutulabilecek kişilere karşı birlikte dava açılabilir. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.482.

⁹⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.326-327; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.483-485; MUŞUL, s.141-142.

⁹⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.483-486.

¹⁰⁰ AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s.206.

¹⁰¹ Mukayeseli hukukta anılan dava türü “*class action*” (sınıf davası), “*group action*” (grup davası) vb. şekillerde ifade edilmekle birlikte HMK “*topluluk davası*” ifadesini benimsemiştir. Bkz. HMK Gerekeşi.

¹⁰² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.494.

kazandıracak düzenlemeler bulunmaktaydı¹⁰³. HMK ise tüm dava türlerini kendi bünyesinde teker teker hükme bağlarken bu ve benzeri düzenlemeleri de göz önüne alarak topluluk davasını Türk hukuk sisteminde mevcut bir dava türü olarak tanımlamıştır (HMK, m.113). Doktrinde *grup davası* ya da *sınıf davası* olarak da adlandırılan topluluk davası ile ilgililerin haklarının tespiti ile bu hakların ihlalinin önlenmesi ve hukuka aykırı durumun giderilmesi talep edilebilmektedir.

Topluluk davaları daha çok anglo sakson hukuk sistemlerinde gelişme imkanı bulmuş bir dava türü olmakla birlikte aralarında artık Türk hukuk sisteminin de yer aldığı bazı ülke mevzuatlarında düzenlenmeye başlanmış; özellikle İsveç, Japonya, Kanada, İsrail ve Avustralya gibi ülkelerde lehinde görüşler ve uygulamalar giderek çoğalmıştır¹⁰⁴. Mahkemenin, benzer bir hukuki sebeple tek bir kişiye karşı dava açacak olan çok sayıda insanı, gerek zayıf tarafın adalete daha kolay erişebilmesi gerekse usul ekonomisinin sağlanması amacıyla bir grup ilan etmesi üzerinden yürütülen bu davalar, söz konusu sistemlerde de hem uyumsuzluğun halli hem de ihtiyati tedbir içerikli olabilmektedir¹⁰⁵. Yargılama safhasında mahkeme, kişileri önce “grup” ilan etmekte, zararın belirlenmesi için her ilgiliye ilişkin delilleri ayrı ayrı incelerken bunun dışında yürüttüğü ortak bir yargılamanın sonuçları kural olarak bütün grubu bağlamaktadır¹⁰⁶.

Tahkimde topluluk davası nispeten yeni bir kavramdır ve özellikle yurtdışında tüketici veya iş sözleşmelerinde yer alan açık tahkim hükümleri üzerinden giderek daha sık başvurulanan bir yol oluşturmaktadır¹⁰⁷. Topluluk davalarında davacı bir temsilci gibi hareket etmekte ve davayı yalnızca kendi adına değil benzer durumdaki diğer tüm kişiler adına yürütmektedir; böylece yargılamanın tüm zorluk ve külfetlerine rağmen birkez daha çok taraflı yargılama sayesinde hedeflenen usul ekonomisi önemli ölçüde sağlanmaktadır¹⁰⁸.

¹⁰³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.494; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.274.

¹⁰⁴ HANOTIAU Bernard, Complex Arbitrations – Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Action, Kluwer Law International, the Hague, 2005 (kısaca “Complex Arbitrations”), p. 558-559.

¹⁰⁵ HANOTIAU, Complex Arbitration, p. 557.

¹⁰⁶ HANOTIAU, Complex Arbitration, p. 564.

¹⁰⁷ BAKER, W. H, Class Action Arbitration, Cardozo J. of Conflict Resolution, Vol.10:335, s.335; STRONG S.I., «Does Class Arbitration Change the Nature of Arbitration? Stolt-Nielsen, AT&T, and a Return to First Principles», Harvard Negotiation Law Review, Spring 2012, Vol.17:201, s.201-271 (kısaca “Class Arbitration”), s.209.

¹⁰⁸ HANOTIAU, Complex Arbitration, p.560.

Tahkimde bir topluluk davasının nasıl yürütülebileceğine ilişkin belki ilk ve en geniş düzenleme Amerikan Tahkim Birliği'nin (AAA) topluluk davalarını tahkime taşıyan ilke ve ek kurallarıdır¹⁰⁹. Anılan mevzuat, çok taraflı bir tahkim davasının topluluk davası olarak kabulünü belirli ölçütlere cevap verebilirliği üzerinden kurgulamış ve aslında topluluk davasını diğer çok taraflı tahkim mekanizmalarından ayırt etmeye yarayan özellikleri de bu yöntemle ortaya çıkarmıştır. AAA Kuralları'na göre bir grup, davayı içinden çıkılamayacak kadar karmaşıklaştıracak sayıda kişinin bir araya gelmesiyle meydana gelen usuli bir topluluktur (*kişi ölçütü*)¹¹⁰. Bu kişilerin ortak bir sorunları olmalı (*ortak sorun ölçütü*), benzer tahkim şartlarına taraf oldukları için hepsi aynı yargılama etrafında toplanabilmeli (*tahkim anlaşmalarının benzerliği ölçütü*) ve tümünün talep, iddia ve savunmaları birbirleriyle ve grup temsilcilerininle örtüşmelidir (*taleplerin uygunluğu ölçütü*). Ayrıca grubun, grupla menfaat çatışması bulunmayan uygun, adil bir temsilci ve talep konseyi ile temsil edilebilmesi (*grup temsilcisi ve talep konseyinin uygunluğu ölçütü*) ve en nihayetinde grup tahkiminin uyuşmazlığın halli için de en uygun çözüm yolu olması gerekmektedir (*üstünlük ölçütü*)¹¹¹.

AAA her ne kadar grup davasını anılan ölçütler üzerinden tanımlamayı hedeflemişse de kullanılan tahkim şartları, grup davasına olanak verip vermeyecekleri konusunda sıklıkla tereddütler doğurabilmektedir. Benzer durumlar karşısında AAA, Ek Kurallar'da yer alan m.3 ile yeteri kadar açık olmayan tahkim anlaşmalarının grup davasına uygun olup olmadıklarına ilişkin takdiri hakemlere sevk etmiştir. **Green Tree v. Bazzle** kararı¹¹² öncesinde konuyla ilgili genel eğilim, tahkimde grup davasını tüm tarafların bu yönde açıkça anlaşması olmadığı sürece mümkün kılmamak yönündeyken¹¹³, Green

¹⁰⁹ Bkz. "Policy on Class Arbitrations" (https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG_003840, çevrimiçi: 12.12.2014) ve "Supplementary Rules for Class Arbitrations" (https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?url=/cs/groups/commercial/documents/document/dgdf/mda0/~edis/adrstg_004129.pdf, çevrimiçi: 12.12.2014).

¹¹⁰ **STRONG**, s.212. Bu kapsamda AAA on sekiz kişiden binlerce kişiye kadar değişen toplulukları grup olarak kabul etmiştir. **BAKER**, s.354.

¹¹¹ Söz konusu ölçütlerle ilgili daha detaylı bilgi için bkz. **BAKER**, s.354-357.

¹¹² **Green Tree v. Bazzle**, 539 U.S. 444 (2003), kararın tam metni için bkz. <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/444/> (çevrimiçi: 12.12.2014). Bu karar, iki önemli hususu aydınlatması bakımından dikkat çekicidir: Bunlardan ilki, somut olaylarda tahkim anlaşmasının grup tahkimine olanak verecek şekilde düzenlenip düzenlenmediğine hakimin değil hakemin karar vermesi gerektiği, bir diğeri ise, tahkim anlaşmasının açıkça grup davasını olanaklı kılmadığı, konuyla ilgili sessiz kaldığı hallerde, grup davası açılabilir. **ROZEN/SHRIMP**, s.176-177.

¹¹³ **BAKER**, s.346; **ROZEN Joel D./ SHRIMP James B.**, « Yes to Arbitration, But Did I Also

Tree kararı sonrasında özellikle AAA bünyesinde verilen kararların büyük çoğunluğunda¹¹⁴ grup davasının açıkça mümkün kılınmaması halinde tahkim şartının bu yolu yasakladığı şeklinde değil, buna olanak tanıdığı şeklindeki yorum benimsenmiştir¹¹⁵. ABD’deki bu eğilimin ardında şüphesiz, topluluk davalarının çoğunlukla işçi, tüketici, sigortalı gibi sözleşmede daha çok korunmaya muhtaç taraflar tarafından kullanılması yer almaktadır. Ayrıca grup davalarının eskiye oranla çok daha fazla tercih edilmeye başlanmasıyla kimi tarafların daha en başından sözleşmelerine grup tahkimini yasaklayıcı hükümler koyduğu ve bu hükümlerin de doğrudan geçerli sayılması halinde, zayıf tarafın adalete erişebilirliğinin önemli ölçüde zedelendiği fark edilmiştir¹¹⁶. Bu sebeple Amerika’da, yakın tarihli Federal Mahkeme kararlarında grup tahkimini yasaklayan tahkim anlaşmalarının kamu düzenine aykırılık taşıdığı kabul edilmeye başlanmıştır¹¹⁷. Dolayısıyla tahkimle grup davalarını bağdaştıran ülkelerde güncel olarak geçerli olan görüş, tahkim anlaşmasının grup tahkimi hakkında sessiz kalmasının kendi başına bu yolu yasaklayacak, bertaraf edecek bir husus olmadığı yönündedir¹¹⁸.

Grup tahkimi diğer çok taraflı tahkim mekanizmaları ile karşılaştırıldığı taktirde aradaki farklılıklardan ilki taraf olmak isteyen kişi sayısı ve davadaki

Agree to Class Action and Consolidated Arbitration?», Franchise Law Journal, 175 2010-2011, s.175-180 (Heinonline), s.176.

¹¹⁴ Aksi yönde bkz. **Stolt-Nielsen S.A v. Animalfeeds International Corp. davası**, U.S. Court of Appeal 2nd Circuit, No:08-1198, 27.04.2010, bkz. <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1198.pdf> (çevrimiçi: 12.12.2014). Olayda tahkim şartı, taraflar arasında imza edilen bir uluslararası denizcilik sözleşmesinde yer almaktadır. Taraflar, ilgili tahkim şartında özel olarak grup davası olasılığını öngörmemiş olmakla birlikte davada işçi/tüketici gibi zayıf tarafın korunmasını gerektirecek bir durum da bulunmamaktadır. Dosyayı inceleyen mahkeme, tahkimin tarafların iradesi üzerine kurulu bir yol olduğunu vurgulayarak tahkimin, tarafların önceden belirledikleri çerçeveler içerisinde ve ortak iradelerine uygun olarak gerçekleştirilmesi gerektiğini, grup tahkimi üzerinde anlaşmamış kişileri uyumsuzluklarının çözümü için grup tahkimine zorlamanın her koşulda kabul edilemeyeceğini, aksi bir tutumun Federal Tahkim Kanun’a aykırılık teşkil edeceğini ifade etmiştir.

¹¹⁵ **BAKER**, s.348.

¹¹⁶ Zayıf tarafın korunmasında tahkimin önemi ve bu kişilerin tahkime erişebilirliğinin sağlanması hususlarına vurgu yapan kararlar için bkz. **Fiser v. Dell Computer Corp.**, 188 P.3d 1215, 1219 (2008), <https://www.courtlistener.com/nm/eb1C/fiser-v-dell-computer-corporation/> (çevrimiçi: 12.12.2014) ve **Tillman v. Commercial Credit Loans, Inc.** 655 S.E.2nd 362, 373 (2008), <http://www.aoc.state.nc.us/www/public/sc/opinions/2008/360-06-1.htm> (çevrimiçi: 12.12.2014). **BAKER**, s.360 vd.

¹¹⁷ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. **BAKER**, s.361 vd., **HANOTIAU**, Complex Arbitration, s.578 vd.

¹¹⁸ Bkz. **Blue Cross ve Southland Corp. v. Keating** davaları. **KAZUTAKE**, s.215-220.

talebin değeridir¹¹⁹. İkinci farklılık, grup tahkiminde grup üyelerinin taleplerinin temsilci yoluyla ifade edilişi karşısında, birleştirme, dava arkadaşlığı vb. mekanizmalarda yargılamaya katılanların doğrudan taraf sıfatını alarak kendi talep ve menfaatlerini kendilerinin ileri sürmeleridir¹²⁰. Bu noktalar dışında, ilgilileri grup ilan edecek merci hakem heyeti olduğuna göre, hakem heyetinin grup üyeleri daha henüz netleşmeden/ilan edilmeden oluşturulmuş olması gerekmektedir, ki bu nokta da nasıl ve kim tarafından atanacakları sorusunu gündeme getirmiştir. Gene aynı şekilde davalı tarafın tahkimin başladığı anda kaç kişiden oluşan bir gruba karşı taraf olduğunu/olacağını net olarak bilememesi de aslında tahkimin iradi yapısı ile çok bağdaşır gözükmemektedir¹²¹.

III. ETKİNLİK: ÇOK TARAFLI TAHKİMİN BERABERİNDE GETİRDİĞİ ZORLUKLAR ve VERİLEN HAKEM KARARININ GEÇERLİLİĞİ

Birden fazla tarafın uyuşmazlığın parçası olduğu hallerde çok taraflı tahkim tarafların menfaatlerinin usul ekonomisi çerçevesinde en doğru, adil, tutarlı ve etkin şekilde değerlendirilmesi açısından önem taşımaktadır. Ancak tahkimde çok taraflılığa gidebilmek için tarafların bu yönde rıza göstermesi ve mümkünse bunu henüz uyuşmazlık ortaya çıkmadan, ilişkiler henüz bloke olmadan göstermeleri tavsiye edilmelidir. Dolayısıyla tarafların daha tahkim anlaşmasını/şartını akdederlerken çok taraflı tahkim yolunu ve hatta bu yola başvurma ihtiyacı hasıl olduğunda sistemin nasıl işleyeceğine ilişkin kimi detayları düşünüp öngörmeleri ileride doğabilecek sorunları azaltacaktır¹²². Bu sebeple çalışmanın bundan sonraki bölümünde çok taraflı tahkimin başlangıç, işleyiş ve karar aşamalarında karşılaşılabilecek kimi sorunlara özel olarak değinilecek ve bunların tahkim anlaşması/şartının düzenlenişi esnasında ne kadar engellenebilecekleri değerlendirilecektir.

A) Tahkim Şartının Düzenlenmesi

Yukarıda da incelendiği üzere, birden çok tarafın tahkim yargılamasında bir arada bulunabilmesi için bu hususa rıza göstermeleri gerekir. Zira tahkimin temelinde taraf iradesi bulunmaktadır ve bu irade ile nasıl bir tahkim modeli öngördükleri uyuşmazlığın baş göstermesiyle önem kazanacaktır.

¹¹⁹ STRONG, s.212.

¹²⁰ STRONG, s.213.

¹²¹ STRONG, s.233-235.

¹²² WAINCYMER, s.546.

Çok taraflılığı sağlayacak tahkim anlaşması/şartı ile ilgili özellikle üzerinde durulması gereken hususlardan biri tahkim anlaşmasının yapıldığı andır. Teoride taraflar bu anlaşmayı diledikleri zaman yapabilecek, diledikleri zaman tadil edebileceklerse de, pratikte uzlaşmaların uyumsuzluk doğduktan sonra güçleşebildiği görülmektedir¹²³. Bu sebeple yapılacak ilk tespit, tahkim şartının sağlıklı bir şekilde doğması ve en etkin şekilde işleyebilmesi için tarafların bunu daha en başta sözleşmelerin akdedildiği esnada yapmaları yönündeki ihtiyacıdır¹²⁴.

Tahkim şartının içeriğine gelince, bu içerik elbette her şeyden önce tarafların tahkim iradelerini açık ve net olarak yansıtmakla birlikte¹²⁵ eğer çok taraflılık tek bir sözleşmenin etrafında gerçekleşiyorsa (örneğin, bir tarafta bir gerçek/tüzel kişi, diğer tarafta da adi bir ortaklığın üyeleri bulunuyorsa) tüm bu kişileri bağlayacak tek bir tahkim anlaşması/şartı düzenlenmesini, eğer çok taraflılık birden çok sözleşme ilişkisinden ileri geliyorsa da bu sözleşmeler arasında tahkim hususunda mutlaka bir bağlantı kurulmasını gerektirmektedir¹²⁶. Bu noktada da çok taraflılığı mümkün kılan, sözleşmelerin uyumlu şekilde ifasını sağlayan, aynı veya en azından birbirleri ile uyumlu klovlar düşünülmelidir¹²⁷. Bu hususta, ICC, NAFTA, CFACI, CEPANI, UNCITRAL vb. çok taraflı tahkime imkan veren¹²⁸ kurallara atıfta bulunmak

¹²³ AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s.214-215.

¹²⁴ Gene aynı şekilde tahkim sırasında davaların birleştirilmesi, grup davaları gibi mekanizmaların gündeme gelmesi istenmiyorsa bu yönde de açık irade beyanında bulunmak ileri için faydalı olabilecektir. ROZEN/SHRIMP, s.179.

¹²⁵ Tahkim anlaşmasında tahkim iradesinin tereddüte yer vermeyecek şekilde açık ve net olmasına ilişkin Yargıtay kararlarına örnek olarak bkz. 15.HD, T.13.04.2009, E.2009/1438, K.2009/2153; 15.HD, T.18.06.2007, E.2007/2680, 2007/4137. AKINCI, Tahkim, s.100-101, dipnot 184 ve 186.

¹²⁶ AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s.216. WAINCYMER, s.546.

¹²⁷ Bu hususa detaylıca değinen AKINCI, örnek olarak bir asıl müteahhit ile altmüteahhit arasında akdedilecek sözleşmede «*altmüteahhit, esas sözleşmeden kaynaklanan bir uyumsuzluk için tahkim yoluna başvurulduğunda, uyumsuzluk konusunun alt sözleşmenin kapsamına giren işlerle ilgili olması halinde, taraflardan birinin veya hakemlerin talebi üzerine söz konusu tahkimde taraf olarak er almayı ve hakemlerin vereceği kararın kendisi üzerinde bağlayıcı olmasını kabul eder*» şeklinde bir klov düzenlenebileceğini ifade etmiştir. AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s.215-217; AKINCI, Tahkim, s.107 vd. Bkz ayrıca çok taraflı tahkim klovlarına örnekler için KESER BERBER, s.234-236.

¹²⁸ Sayılan tahkim kuralları dışındaki tahkim kurallarında çok taraflılığın açıkça düzenlenmemiş olmaması tahkimin bu kurallar seçildiğinde çok taraflı yürütülemeyeceği şeklinde yorumlanmamalı ancak gerek yargılama gerekse hakem kararının geçerlilik ve tenfizi aşamalarında sorunlar yaşanmaması için bazı ek hususlar (ilgili kişilerin tahkime dahil edilme imkanı, hakemleri tayin edecek merci, hakem sayısı vs.) öngörülerek kullanılmalarında fayda olacaktır. Nitekim Paris İstinaf Mahkemesi'nin 5.6.1989 tarihli Dutco kararında, bir konsorsiyumun üyeleri olan Dutco, BKMI ve Siemens kendi aralarında imzaladıkları

veya doğrudan onlarca önerilen tahkim klozlarını kullanmak mümkündür.

Tüm bunların yanı sıra, birden çok tarafın bir araya gelmesiyle sorgulanabilecek tahkim yeri, yargılama dili, tebligatlara ilişkin usul gibi konular da önceden taraflarca öngörülebildikleri ölçüde yargılama safhasını rahatlatacaklardır.

B) Hakem Heyetinin Oluşumu

Çok taraflı tahkimde karşılaşılan önemli sorunlardan bir diğeri de hakem heyetinin oluşumudur. Hakem heyeti, tahkimin iradi bir yol olduğunun ve taraflar arasında gözetilmesi gereken eşitliğin vücut bulduğu en temel göstergelerinden biri olması sebebiyle, tahkimde çok taraflılığın gerçekleştiği durumlarda her bir tarafın bir hakem ataması gerektiği kural kabul edilmiştir¹²⁹.

Daha önce de açıklandığı üzere, çok taraflı tahkimle kastedilen davanın davalı ve davacı olmak üzere iki taraf üzerinden yürütülüşünden vazgeçilmesi değil, bu iki tarafta birden fazla ilgilinin olmasıdır. Bu durumda akla gelebilecek ilk soru, taraf çokluğu yaşanan yandaki kişilerin kendi aralarında ortaklaşa bir kişi mi seçecekleri yoksa herkesin aynı haklardan eşit olarak yararlanabilmesi adına doğrudan bir hakem mi seçeceği sorusudur. İlk hipotezde davacı tarafta bir kişi, davalı tarafta ise örneğin üç kişi olduğu farz edilirse bu durumda davacı doğrudan kendi hakemini belirleyebilecekken davalıların hepsi bu hakka aynı oranda sahip olamayacak ve belki farklı bir hakemin atanması hususuna uzlaşmak zorunda kalacaktır. Aynı örnek üzerinden kurulabilecek bir diğer hipotezde davacıyla davalıların hepsine bir hakem atama hakkı verildiğinde, az önce çekince duyulan hususlarda bir oranda ilerlenme sağlanabilse de dörtlü, beşli ve daha fazla kişiden oluşan

anlaşmada uyumsuzlukların halli için ICC tahkim şartını kullanarak ICC kurallarının uygulanacağını kararlaştırmışlardır. Orataya çıkan bir uyumsuzluk üzerine Dutco konsorsiyumun diğer üyelerine karşı tahkim başlatmış, davalılar ise sözleşmede kullanılan klasik ICC tahkim şartının ve genel olarak ICC tahkim kurallarının çok taraflı tahkime olanak tanımadığını ileri sürmüş, hakem kararının iptalini talep etmişlerdir. Paris İstinaf Mahkemesi ICC'nin o dönemde yürürlükte olan kurallarını inceleyerek, kurallarda çok taraflı yargılamayı engelleyen bir hüküm bulunmadığı ve kararı veren hakem heyetinin oluşturulmasında da herhangi bir usulsüzlük bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir (**BKMI Industrieanlagen GmbH, Siemens AG v. DUTCO Construction Co. (Private) Limited, Paris İstinaf Mahkemesi, 05.05.1989**, Kluwer Arbitration; kararın değerlendirmesi için bkz ayrıca **AKINCI**, İnşaat Sözleşmeleri, s.217-218; **KESER BERBER**, s.137-150; **TROFAIER**, s.72-73; **KAZUTAKE**, s.196-200; **UGARTE Ricardo/ BEVILACQUA Thomas**, «Ensuring Party Equality in the Process of Designating Arbitrators in Multiparty Arbitration: An Update on the Governing Provisions», Journal of International Arbitration, 27(1), s.10-13, 2010, Kluwer Arbitration).

¹²⁹ **AKINCI**, İnşaat Sözleşmeleri, s.218.

hakem heyetlerinin ortaya çıkabildiği görülecektir. Bu durumda taraf sayısı ile hakem sayısı arasındaki paralelliğin nereye kadar tolere edilebileceği düşündürücüdür. Tüm bu hususların yanısıra, hakem heyetinde davacının tek bir hakemle temsil edilirken davalının üç veya daha fazla hakemle temsil edilmesi de söz konusu olabilecektir ki bu, her ne kadar hakemler bağımsız ve tarafsız olsalar da davanın tarafları ve ortak psikolojisi üzerinde olumlu/olumsuz sonuçlar doğurabilecek, kaybedenin tek kişi olduğu veya diğer tarafa göre daha az kişiden oluştuğu şemalarda ister istemez akıllarda tereddütlere yer açacaktır¹³⁰.

Konuyla ilgili ICC, içtihatlarında ve ona istinaden geliştirdiği tahkim kurallarında pek çok mülahazada bulunmuş ve çok taraflı yargılamalar için taraflara ortaklaşa tek hakem atayabilme (m.12.3) veya üç hakem atayabilme (m.12.6 ve 12.7) imkanlarını sunmuştur¹³¹. Ayrıca tarafların hakem heyetini oluşturamamaları halinde, heyeti taraflar adına Divan da oluşturabilecektir (m.12.8). ICC tahkim kurallarında oluşturulmuş bu sistem, CEPANI (m.15)¹³², CFACI (m.3.2, 3.3)¹³³, İsviçre Uluslararası Tahkim Kuralları (m.8)¹³⁴, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (*World Intellectual Property Organization*, kısaca «WIPO») Tahkim Kuralları (m.18)¹³⁵ vb. diğer tahkim kuralları ile de paralellik göstermektedir. LCIA (m.5)¹³⁶, AAA¹³⁷ ise az önce sayılan modellerden biraz farklı olarak hakem heyeti seçimini doğrudan ve tamamen tahkim merkezinin görev ve yetkisi içerisinde görmekte, taraflara bu konuda aktif bir rol tanımamaktadır.

¹³⁰ Nitekim Stockholm Ticaret Odası benzer bir endişeye mahal vermek istememiş olacak ki Tahkim Kuralları içerisinde hakem heyetinin oluşumuna ilişkin 14.maddenin 4.fikrasında özel olarak birden fazla davacı veya davalı birlikte hakem atamak durumunda kalsa dahi davalı ve davacı tarafların mutlaka eşit sayısında hakem atayacaklarını kurala bağlamıştır. Bkz. http://www.sccinstitute.com/filearchive/3/35894/K4_Skiljedomsregler%20eng%20ARB%20TRYCK_1_100927.pdf (çevrimiçi: 12.12.2014).

¹³¹ Bkz. http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/#article_12 (çevrimiçi: 12.12.2014).

¹³² Bkz. http://www.cepani.be/sites/default/files/files/hayez_reglement_arbitrage_cepani_en_2013.pdf (çevrimiçi: 12.12.2014).

¹³³ Bkz. http://www.francoallemmand.com/fileadmin/ahk_frankreich/Dokumente/recht/arbitrage.pdf (çevrimiçi: 12.12.2014).

¹³⁴ Bkz.

https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA_french_2012.pdf (çevrimiçi: 12.12.2014).

¹³⁵ Bkz. <http://www.wipo.int/amc/en/arbitration/rules/#comp2> (çevrimiçi: 12.12.2014). Sisteme ilişkin bkz. ayrıca **TWEEDDALE/TWEEDDALE** s.156.

¹³⁶ Bkz. http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx#article5 (çevrimiçi: 12.12.2014).

¹³⁷ Bkz. dipnot 93.

Hakem heyetinin oluşumuyla ilgili yukarıda ifade edilen sorular ICC'de görülen **Dutco davası** çerçevesinde¹³⁸ Fransız mahkemelerinde de tartışılmış ve Fransız yargısı ilgili kararında, taraflara hakemlerini belirleme hak ve yetkisi veren ICC kurallarının her tarafın mutlaka kendi hakemini belirlemesine izin verecek şekilde yorumlanamayacağını ifade etmiştir¹³⁹. Olayda davacı Dutco kendi hakemini belirlemiş, BKMI ve Siemens şirketleri de davalı sıfatıyla ortaklaşa hakem seçmek durumunda kalmıştır. Davalılar, her bir davalının kendi hakemini seçme hakkı olduğunu ve bu haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerse de Paris İstinaf Mahkemesi davalıların bu itirazlarını reddetmiş, davalıların ortak hakem seçmelerinin veya bu hususta anlaşamamaları durumunda hakem seçiminin Divan tarafından yapılmasının davanın tarafları arasındaki eşitliği bozmayacağına hükmetmiştir¹⁴⁰.

Şu halde, çok taraflı tahkimde hakem heyeti oluşumunun ileride herhangi bir sorunla karşılaşmayacağı şekilde gerçekleştirilmesi hakkında şu sonuçlara varmak mümkündür:

(i) Taraflar tahkim anlaşması/şartı hazırlanırken hakemlerin atanması konusunda sessiz kalmak yerine bunu aralarında tartışır, ilgili kuralları üzerinde mutabık kalarak belirleyebilirlerse tahkimin sıhhati çok daha fazla olacaktır¹⁴¹.

(ii) Çok taraflı tahkimde davalı ve davacı anlamında tarafların eşit hakem seçme hakkına sahip olmaları önemlidir¹⁴². Davanın bir tarafında sayıca çokluk olması halinde, ilgili taraftaki kişiler ortaklaşa bir hakem seçmeli ancak bunu da oy çokluğu ile değil oy birliği ile yapmalıdır. Zira, bir tarafın iradesi hilafına hakem atanması, tahkimin iradi karakterini zedeleyecek, kararın o taraf açısından bağlayıcılığı üzerinde olumsuz etki yaratabilecektir¹⁴³.

(iii) Taraflar hakemlerin kendi seçtikleri bir tahkim kurumu veya üçüncü kişi tarafından atanmasına da karar verebilirler¹⁴⁴.

¹³⁸ **BKMI Industrienanlagen GmbH, Siemens AG v. DUTCO Construction Co. (Private) Limited**, Paris İstinaf Mahkemesi, 05.05.1989 (Kluwer Arbitration).

¹³⁹ **AKINCI**, İnşaat Sözleşmeleri, s.218-219; **KAZUTAKE**, s.213.

¹⁴⁰ **AKINCI**, İnşaat Sözleşmeleri, s.219; **FRICK**, s.232-233.

¹⁴¹ **FRICK**, s.233.

¹⁴² **AKINCI**, Tahkim, s.146.

¹⁴³ New York Sözleşmesi, m.V.1.d. Bu yönde açıklamalar için bkz ayrıca **AKINCI**, İnşaat Sözleşmeleri, s.220; **WAINCYMER**, s.508.

¹⁴⁴ **AKINCI**, İnşaat Sözleşmeleri, s.220; **AKINCI**, Tahkim, s.148-150; **STRONG**, s.232. Bu hiptozde tarafların eşitliği hiçbirinin hakem atamıyor oluşu ile sağlanmaktadır. **JARVIN**, s.323; **WAINCYMER**, s.511.

(iv) Taraflar hakemlerini seçerlerken söz konusu hakemin bağımsızlığı önemlidir. Daha önce taraflarla/tarafların uyuşmazlığıyla bağlantılı geçmiş olan bir hakem, söz konusu bağlantılarını beyan etmekle yükümlüdür¹⁴⁵.

(v) Tarafların hakem seçebilme konusunda eşit haklara sahip olmaları ve bu suretle bir hakem heyetinin oluşturulmasının tahkimin doğru işleyişi açısından önemi, kurumsal tahkim kurallarının çoğunda çok taraflı tahkim mekanizmalarının yargılamanın sadece belirli bir aşamasına dek harekete geçirilebileceği yönündeki düzenlemelerle pekiştirilmiştir¹⁴⁶.

C) Hakem Kararının Geçerliliği ve Tenfizi

Çok taraflı tahkimde değinilmesi gereken son bir husus da tahkimin baştan sona usullere uygun olarak yürütülmesi ve sonunda geçerli ve tenfizi mümkün bir hakem kararı elde edilmesidir. Kararın iptal edilmemesi¹⁴⁷ ve tenfiz aşamasından geçebilmesi için herşeyden önce taraflar arasında geçerli, çok taraflılığa olanak tanıyan bir tahkim anlaşması/şartı bulunmalıdır¹⁴⁸. Aynı şekilde hakem heyetinin oluşması ve tahkimin genel işleyişinde tarafların iradelerine ve öngördükleri kurallara hiçbir aykırılığın olmaması da son derece önemlidir¹⁴⁹. Taraflara eşit davranılmaması, iddia ve savunma haklarının eşit fırsatlarla tanınmaması, usulünce tebligat yapılmaması vb. savunma haklarının ihlali olarak değerlendirilebilecek tüm haller hakem kararının tenfizi talebinin red ile sonuçlanmasına sebep olabilecektir¹⁵⁰.

SONUÇ

Son yıllarda ulusal ve uluslararası ekonomik ilişkilerde yaşanan canlılığın bir sonucu olarak ortaya çıkan çok taraflı ilişki ve sözleşmeler, beraberlerinde kaçınılmaz olarak zorlu hukuki uyuşmazlıkları da getirmekte ve bunların ivedilikle çözüme kavuşturulmasını zorunlu kılmaktadır.

¹⁴⁵ Bkz. Uluslararası Barolar Birliği'nin Hakemler Hakkındaki Kuralları m.4.2. file:///C:/Users/Guler/Downloads/publications_Ethics_arbitrators.pdf (çevrimiçi: 12.12.2014).

¹⁴⁶ **STRONG**, s.232. Örn. ICC m.7/1: "...Herhangi bir hakemin atanması veya onaylanmasından sonra, taraflar ve davaya dahil edilen taraf aksini kararlaştırmamışlarsa, başka bir taraf dahil edilmez". İlgili madde hakkında bkz. **ÖZSUNAY**, s.117. Benzer düzenlemeler için bkz. örnek olarak CFACI m.9/2, CEPANI m.11/2.

¹⁴⁷ Bkz. Hakem kararının iptali hallerini düzenleyen HMK m.439 ve MTK m.15/A.

¹⁴⁸ **New York Sözleşmesi m.V(1)a** ve **MÖHUK m.54.ç'**ye göre geçerli bir tahkim anlaşması/şartının bulunmaması tenfize engel teşkil edebilecektir. **AKINCI**, İnşaat Sözleşmeleri, s.226.

¹⁴⁹ **AKINCI**, İnşaat Sözleşmeleri, s.224, 226-227.

¹⁵⁰ **AKINCI**, İnşaat Sözleşmeleri, s.227.

Çok taraflı tahkime ilişkin çalışmalar 1980'li yıllardan bu yana pek çok tahkim kurumu bünyesinde özel çalışma gruplarının konusu olmuş, gösterilen tüm eforlar, giderek kompleksleşen ekonomik ilişkilerde ortaya çıkan anlaşmazlıkların tercihen tahkim yoluyla, ilgili üçüncü kişileri de kapsayacak şekilde çözüme bağlanmasındaki istek ve faydayı dışarı vurmuştur. Konuyla ilgili somuta dökülen düzenlemelerde çok taraflılık ve çok sözleşmeli ilişkiler genel olarak davaya katılma ve davaların birleştirilmesi başlıkları altında kurallara bağlanmıştır.

Tahkimde davalar, aralarında belirli bir bağlantı bulunmak kaydıyla usul ekonomisi açısından birleştirilebilirler. Davanın taraflarında çokluk, dava arkadaşlıkları ile gündeme gelebileceği gibi, üçüncü kişilerin kendi insiyatifleri veya tahkim anlaşmasının taraflarının bu yöndeki talepleri ile de mümkündür. Söz konusu davaya katılım üçüncü kişi açısından taraf sıfatıyla cereyan edebileceği gibi, taraf yardımcısı sıfatıyla gerçekleştirilebilir.

Tüm bu mekanizmalar birbiriyle ilişkili davalarda çelişkili kararların, daha fazla emek, zaman ve masrafın önüne geçebilse de bazen taraflardan biri adına tahkimi çekici kılan noktalardan bir uzaklaşma anlamına da gelebilmektedir. Zira eşitlik, gizlilik, hızlilik, irade serbestisi gibi tüm bu özelliklerin çok taraflılıkta aynı paydada buluşturulması zorlayıcı olabilmektedir.

Gene de temas edilen her hipotezde en temel düğüm noktası hep taraf eşitliği ve irade serbestisidir. Bu iki husus, tahkimin kendi tarafları dışında ilgili üçüncü kişilere doğru geçerli bir genişleme gösterebilirliğinin doğrudan koşullarını oluşturmaktadır. Özellikle tahkimin iradi yapısı, kendi isteğiyle devlet yargısını berataraf eden tarafların, elde etmeyi umdukları avantajlardan mahrum kalmamaları için, yargılamaya ilişkin her konuda tercihlerinin tecellesini şart koşmaktadır.

Tahkimde çok taraflılık sebebiyle karşılaşılabilecek sorunların büyük bir kısmı, tarafların tahkim yolunu müzakere ettikleri sırada gerektiği ölçüde çok taraflılığı da öngörmeleri ve ona ilişkin detayları düzenlemeleri ile halledilebilecektir. Bu tedbirli yaklaşım ileride olası bir uyuşmazlıkta yargılamanın yükünü hafifletebileceği gibi kararın geçerliliği ve tenfizini etkileyebilecek riskler açısından da önleyicidir.

KAYNAKÇA

- AKINCI Ziya**, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, Güncellenmiş 3.Bası, İstanbul 2013 (kısaca “Tahkim).
- AKINCI Ziya**, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:73, 1.Baskı, İzmir 1996 (kısaca “İnşaat Sözleşmeleri”).
- BAKER, W. H**, Class Action Arbitration, Cardozo J. of Conflict Resolution, Vol.10:335, 2009, s.335-367.
- BORN Gary B.**, International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague, 2014.
- BİLGE Necip**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, IV.Tahkim Haftası, Ankara 1965.
- ÇELİK Adem**, «Hakkaniyete Uygun Yargılama Hakkı ve Silahların Eşitliği İlkesi», Adalet Dergisi, 2008, S.31, s.302-315, http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/31.sayi/09_47_42.htm (çevrimiçi: 12.12.2014)
- ÇELİKEL Aysel/ ERDEM Bahadır**, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, Yenilenmiş 12. Bası, İstanbul 2012.
- DEREN YILDIRIM Nevhis**, «Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri», Ankara Barosu Dergisi, S.2002-4, s.37-44.
- EKŞİ Nuray**, «Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 2011-2012 Yıllarında Verdiği Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Bazı Kararlar», Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Yıl 2013, C.2, S.2, s.223-236 (kısaca “19.HD Kararları”).
- EKŞİ Nuray**, «Milletlerarası Tahkimde Paralel Yargılamalar (Parallel Litigation)», Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Yıl 2013, C.2, S.2, s.15-51 (kısaca “Paralel Yargılamalar”).
- EKŞİ Nuray**, «Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Etkisine İlişkin Yargıtay Kararları», İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007 Ocak Sayısı, s.91-115 (kısaca “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Etkisi”).
- ERTEKİN Erol/ KARATAŞ İzzet**, Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.
- ESEN Emre**, Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili, Beta Yayınları, 1.Baskı, İstanbul 2008.
- FRASER E.Scott**, «International Arbitration of Multi-Party Contract Disputes: The Need for Change», Loyola of Los Angeles International and

Comparative Law Review, 1983, S.6-427, s.427-460.

FRICK Joachim G., Arbitration and Complex International Contracts, International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, The Hague, 2001.

HANEFELD Inka, Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration, editör: Frank-Bernd Weigand, Oxford University Press, 2009.

HONATIAU Bernard, Complex Arbitrations – Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Action, Kluwer Law International, The Hague, 2005 (kısaca “Complex Arbitrations”).

JARVIN Sigvard, «Multi-Party Arbitration: Identifying The Issues», New York Law School Journal of International and Comparative Law, 1986-1987, s.317-325 (Heinonline).

KAZUTAKE Okuma, «Party Autonomy in International Commercial Arbitration: Consolidation of Multiparty and Classwide Arbitration», Annual Survey of International & Comparative Law, Vol.9:1, s.189-226 (Heinonline).

KESER BERBER Leyla, Uluslararası Ekonomik Tahkimde Çok Taraflı Tahkim Sorunu, Alfa Yayınları, 1.Baskı, İstanbul 1999.

KÖŞGEROĞLU Banu, «Yabancı Hakem Kararlarının Üçüncü Kişilere Karşı Tenfizi», Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Yıl 2011, S.3, s.1-30.

KURU Baki/ ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 24.Bası, Ankara 2013.

MEIER Andrea, Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, Kluwer Law International, 2013.

MUŞUL Timuçin, Medeni Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, 3.Baskı, Ankara 2012.

PAIR Lara Michaela, «Consolidation in International Commercial Arbitration – The ICC and Swiss Rules», Dissertation No:3923, University of St. Gallen, School of Management, Economics, Law, Social Sciences and International Affairs, 2011 (bkz.[http://verdi.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/3923/\\$FILE/dis3923.pdf](http://verdi.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/3923/$FILE/dis3923.pdf), çevrimiçi: 12.12.2014).

PAIR Lara/ FRANKESTEIN Paul, «The New ICC Rule on Consolidation: Progress or Change?», Emory International Law Review, No.25, s.1061-1085 (Heinonline).

PEKCANITEZ Hakan, Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara

1992.

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

POUDRET Jean-François/ BESSON Sébastien, Comparative Law of International Arbitration, Sweet&Maxwell, 2007.

ROSEN Joel D./ SHRIMP James B., « Yes to Arbitration, But Did I Also Agree to Class Action and Consolidated Arbitration?», Franchise Law Journal, 175 2010-2011, s.175-180 (Heinonline).

STRONG S.I., «Does Class Arbitration Change the Nature of Arbitration? Stolt-Nielsen, AT&T, and a Return to First Principles», Harvard Negotiation Law Review, Spring 2012, Vol.17:201, s.201-271 (kısaca “Class Arbitration”).

ŞANLI Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta Yayınları, 5.Bası, İstanbul 2013 (kısaca “Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları”).

ŞANLI Cemal, «Konşimentonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konşimentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu», Ergin Nomer’e Armağan, 2002, s.773-789 (kısaca “Tahkim Şartının Geçerliliği”).

TARMAN Zeynep Derya, «Tahkim Klozunun Üçüncü Kişilere Teşmili Konusundaki İsviçre Federal Mahkemesi Kararı», Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:4, Sayı:40, Aralık 2009, s.121-125.

TROFAIER Maria Theresa, «Multi-Party Arbitration: The Organisation of Multi-Party Proceedings – The Problems Faced by Parties and Arbitrators», Belgrade Law Review, LVII, 2009, S.3, s.64-82.

TWEEDDALE Andrew/ TWEEDDALE Keren, Arbitration of Commercial Disputes, Oxford University Press 2010.

UGARTE Ricardo/ BEVILACQUA Thomas, «Ensuring Party Equality in the Process of Designating Arbitrators in Multiparty Arbitration: An Update on the Governing Provisions», Journal of International Arbitration, 27(1): 1-49, 2010, Kluwer.

ÜSTÜNDAĞ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, Yaylacık Matbaası, İstanbul 1997.

WAINCYMER Jeff, Procedure and Evidence in International Arbitration, Kluwer Law International, The Hague 2012.

YEĞENGİL Rasih, Tahkim, İstanbul 1974.

GEÇMİŞE ETKİLİ SİGORTA

M. Sadık ÇAPA*

ÖZET

Sigorta koruması veya sigortacının sorumluluğu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu gereği kural olarak, primin veya ilk taksidinin ödenmesiyle başlar. Yani sigorta sözleşmesinin etkisi kural olarak ileriye yöneliktir. Kural böyle olmak birlikte, sigorta sözleşmesinin tarafları bunun aksini kararlaştırabilirler. Nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1458. maddesi gereği, sigorta sözleşmesi, sigorta korumasının sözleşmenin yapılması anından önce başlayacağını öngörebilir. Ancak, rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalkmış olduğu, sözleşmenin yapılması sırasında, sigortacı ile sigorta ettiren ve sigortadan haberi olmak şartıyla sigortalı tarafından biliniyorsa sözleşme geçersizdir. Rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalktığından sigorta ettiren veya sigortalı tarafından bilinip, sigortacı tarafından bilinmediği durumlarda, sigortacı sözleşme ile bağlı olmamakla birlikte, ödenmesi gereken primin tamamına hak kazanır.

Anahtar Kelimeler: Sigorta koruması, prim, sigorta sözleşmesinin başlangıcı, geçmişe etkili sigorta, sigortacının sorumluluğu.

RÜCKWÄRTSVERSICHERUNG

ABSTRACT

Gemäß dem türkischen Handelsgesetzbuch mit Nummer 6102 beginnt der Versicherungsschutz oder die Haftung des Versicherers mit der Zahlung der einmaligen Prämie oder der ersten Prämie, das heißt, die Wirkung des Versicherungsvertrags ist grundsätzlich vorwärts. Jedoch können die Parteien den Vertrag wider diese Regel abschließen. Denn gemäß Artikel 1458. des türkischen Handelsgesetzbuches mit Nummer 6102 kann der Versicherungsvertrag vorsehen, dass der Versicherungsschutz vor dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses beginnt. Falls jedoch der Versicherer und der Versicherungsnehmer und der Versicherte, unter der Bedingung dass der Letzterer über den Versicherungsvertrag informiert ist, davon Kenntnis haben, dass der Eintritt des Versicherungsfalles ausgeschlossen ist oder der Versicherungsfall nicht eintreten können wird, dann ist der Vertrag unwirksam. In den Fällen, in denen der Versicherungsnehmer oder der Versicherte davon Kenntnis haben, aber der Versicherer keine Kenntnis hat, dass der Eintritt des Versicherungsfalles ausgeschlossen ist oder der Versicherungsfall nicht eintreten können wird, ist der Versicherer nicht zur Leistung verpflichtet und es steht ihm ein Anspruch auf die sämtliche Prämie, die gezahlt werden müsste, zu.

Schlüsselwörter: Versicherungsschutz, Prämie, Beginn des Versicherungsvertrags, Rückwärtsversicherung, Haftung des Versicherers.

* Arş. Gör., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, mehmetasadikcapa@anadolu.edu.tr

GİRİŞ

Sigorta sözleşmesi, sigortacının prim karşılığında kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan rizikonun meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir. Sigorta sözleşmesinin başlangıç zamanı; sözleşmenin kuruluşu, sigorta korumasının başlaması ve primin ödenmesi gereken an gibi değişik faktörlere göre farklılık arz etmektedir. Sigorta koruması veya sigortacının sorumluluğu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TK) gereği kural olarak, primin veya ilk taksidinin ödenmesiyle başlar. Yani sigorta sözleşmesinin etkisi kural olarak ileriye yöneliktir. Kural böyle olmakla birlikte, sigorta sözleşmesinin tarafları, TK m. 1458’de öngörüldüğü şekilde geçmişe etkili bir sigorta sözleşmesi yapma amacıyla da olabilirler. Bu sigorta sözleşmesiyle taraflar, sigortacının sorumluluğunun veya sigorta korumasının, primin veya ilk taksidinin ödenmesinden daha önceki bir tarihten itibaren başlamasını planlamaktadırlar. Bu çalışmada, biraz evvel belirtilen ve TK m. 1458’de yer bulan ‘geçmişe etkili sigorta’ konusu incelenecektir.

I. SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN BAŞLANGIÇ ZAMANI

A. Şekli Başlangıç Zamanı

Sigorta sözleşmesi BK’da yer alan kurallar çerçevesinde kurulur. Buna göre, sigorta ettiren veya sigortacı tarafından öneride (icapta) bulunulması¹ ve sözleşmenin karşı tarafının bu öneriyi kabul etmesiyle² sigorta sözleşmesi kurulur (BK m. 3 vd.). Sigorta sözleşmesinin kurulma anı, sigortanın şekli başlangıç zamanını (*formeller VersBeginn*) da tayin eder³. Sigorta sözleşmesinin sona ermesi ise, sigortacı ve sigorta ettirenin sözleşmeden doğan tüm borçlarını ifa etmesiyle gerçekleşir⁴.

¹ Sigorta sözleşmesinin kuruluşu için gerekli olan öneri, genellikle sigorta ettiren tarafından yapılmakla birlikte, bu, mutlak bir kural değildir. Mesela, sigortacının sigortalamak istediği büyük rizikolarda öneri sigortacı tarafından yapılabilmektedir (KENDER, Rayegân, Sigorta Mukavelesinin Akdedilmesi ve Şartları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1984, s. 42).

² Sigorta ettirenin, geçerli bir önerisinden sonra, sigortacı tarafından herhangi bir irade beyanında bulunulmaksızın sigorta ettirene poliçe düzenlenip verilmesi de kabul beyanı anlamına gelir (KENDER, Sigorta Mukavelesi, s. 45).

³ KENDER, Rayegân, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, b. 12, İstanbul 2013, s. 227; MUSCHNER, Jens (LANGHEID, Theo/WANDT, Manfred), Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, §§ 1-99 Band 1, VVG § 2 N. 3.

⁴ KENDER, Rayegân, Sigorta Sözleşmesinin Süresine İlişkin Bazı Sorunlar, İkinci Sigorta

B. Maddi Başlangıç Zamanı

Sigortacının rizikoyu taşıma anının başlangıcı, sigorta sözleşmesinin maddi başlangıç zamanını (*materiller VersBeginn*) göstermektedir ve bu anın başlangıcıyla birlikte, sigorta koruması başlamaktadır⁵. Bir başka deyişle, sigortanın maddi başlangıcı sigortacının sorumluluğunun başlangıcıdır⁶. TK m. 1421 gereği, aksine sözleşme yoksa, sigortacının sorumluluğu primin veya ilk taksidinin ödenmesiyle başlar⁷. Ancak kara ve denizde eşya taşıma işlerine ilişkin sigortalarda, sigortacı, sözleşmenin yapılmasıyla sorumlu olur (TK m. 1421). TK m. 1411'e göre, prim daha kısa zaman dilimlerine göre hesaplanmamış ise TK gereği sigorta dönemi bir yıldır.

Sigorta sözleşmesinin kuruluş tarihini mutlak anlamda belirleme zorluğu, sigortacının sorumluluğunun primin veya ilk taksidinin ödenmesi tarihinden itibaren başlayacağını ayrıca belirtilmesini gerekli kılmıştır⁸.

C. Teknik Başlangıç Zamanı

Sigorta sözleşmesinin teknik başlangıç zamanı (*technischer VersBeginn*), primin veya ilk taksidinin ödenmesi gereken anı ifade etmektedir⁹. Bu kapsamda TK m. 1431 gereği, sigorta priminin tamamının, taksitle ödenmesi kararlaştırılmışsa ilk taksidin, sözleşme yapılı yapılmaz ve poliçenin teslimi karşılığında ödenmesi gerekir. Karada ve denizde eşya taşıma işlerine ilişkin sigortalarda sigorta primi, poliçe henüz düzenlenmemiş olsa bile, sözleşme yapıldığı anda ödenir. İzleyen taksitlerin ödeme zamanı, miktarı ve primin

Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu – Sigorta Hukuku Dergisi (1998), Sa. 1, s. 40.

⁵ KENDER, Hususi Sigorta, s. 227.

⁶ PRÖLSS, Jürgen (PRÖLSS, Jürgen/MARTIN, Anton), Versicherungsvertragsgesetz, 28. Auflage, München 2010, s. 101 N. 2; BRÖMMELMEYER, Christoph (RÜFFER, Wilfried/HALBACH, Dirk/SCHIMIKOWSKI, Peter): Versicherungsvertragsgesetz Handkommentar, 2. Auflage, München 2011, VVG § 2 N. 4; MUSCHNER (LANGHEID/WANDT), VVG § 2 N. 4; KENDER, Bazı Sorunlar, s. 40.

⁷ Sigortacının sorumluluğunun primin veya ilk taksidinin ödenmesiyle başlayacağını öngören TK m. 1421 hükmünün, sigorta sözleşmesinin kendine özgü (*sui generis*) iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliği taşıdığını savunan görüşün yansımaları olduğu ifade edilmektedir (ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, Adana 2014, s. 58-59).

⁸ BOZER, Ali, Mal Sigortasında Akdin Yürürlük Tarihini ve Sigortacının Mes'uliyetinin Başlangıcını Tayin Eden Sigorta Mukavelesi Hükümleri, BATİDER (1961), C. 1 Sa. 1, s. 215.

⁹ BOZKURT, Tamer, Sigorta Hukuku, b. 7, İstanbul 2013, s. 50; BRÖMMELMEYER (RÜFFER/HALBACH/SCHIMILKOWSKI), VVG § 2 N. 4; MUSCHNER (LANGHEID/WANDT), VVG § 2 N. 4. Sigorta sözleşmesinin teknik süresi ise, prim ödeme borcunun devam ettiği süreyi ifade etmektedir (KENDER, Hususi Sigorta, s. 228).

vadesinde ödenmemesinin sonuçları, poliçe ile birlikte yazılı olarak sigorta ettirene bildirilir veya bu şartlar poliçe üzerine yazılır.

TK m. 1431 hükmünden çıkarılabilecek sonuç, prim ödeme borcunun muaccel olabilmesi için poliçenin teslim edilmesi gerektiğidir. Ancak bu durum sigorta ettiren açısından mağduriyetlere yol açabilir¹⁰. Kanun koyucu bu tehlikeyi önlemek için TK m. 1424 hükmünü öngörmüştür. Bu hükme göre, sigortacı; sigorta sözleşmesi kendisi veya acentesi tarafından yapılmışsa, sözleşmenin yapılmasından itibaren yirmidört saat, diğer hâllerde onbeş gün içinde, yetkililerce imzalanmış bir poliçeyi sigorta ettirene vermekle yükümlüdür. Sigortacı poliçenin geç verilmesinden doğan zararlardan sorumludur.

II. GEÇMİŞE ETKİLİ SİGORTA KAVRAMI VE BU SİGORTANIN AMACI

A. Kavram

Sigortacının sigorta sözleşmesinden doğan en temel yükümlülüğü sözleşmede öngörülen rizikoyu taşımaktır (bkz. TK m. 1421). Sigorta sözleşmesinde düzenlenen poliçe üzerinde sigorta süresi hanesinde bir tarih belirtilir ve bu tarih, sigorta sözleşmesinden doğan edimlerin başlangıç anını ve devamı süresini gösterir¹¹. Sigortacının rizikoyu taşıma yükümlülüğünün başlangıcı, yukarıda da belirtildiği üzere, TK m. 1421 ile belirlenmiştir. Bu madde gereği, aksine sözleşme yoksa, sigortacının sorumluluğu primin veya ilk taksidinin ödenmesi ile başlar; kara ve denizde eşya taşıma işlerine ilişkin sigortalarda, sigortacı, sözleşmenin yapılmasıyla sorumlu olur. Ancak bazen, sigorta sözleşmesinin yapılmasından önce meydana gelmiş olabilecek olayların (rizikoların) sigorta korumasından yararlandırılmak istenmesi gündeme gelebilmektedir. Böyle bir isteğin gerçekleştirilmesi, TK m. 1421 ve TK m. 1458 hükümleri anlamında mümkündür. Zira TK m. 1421, ‘aksine sözleşme yoksa’ ibaresiyle başlamaktadır. Dolayısıyla taraflar, primin veya ilk taksidinin ödenmesinden önceki ya da sigorta sözleşmesinin yapılmasından önceki bir tarihi sigortacının sorumluluğunun başlangıcı olarak belirleyebileceklerdir¹². Eğer taraflar, sigorta sözleşmesinin yapılmasından önceki bir tarihi sigortacının sorumluluğunun ve dolayısıyla

¹⁰ BOZKURT, s. 50.

¹¹ KENDER, Bazı Sorunlar, s. 41.

¹² TK m. 1421, koruyucu hükümler arasındadır ve sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine değiştirilemez; değiştirilirse TK m. 1421 uygulanır (TK m. 1452/3).

sigorta korumasının başlangıcı olarak kararlaştırmışlarsa, bu tür durumlarda ‘geçmişe etkili sigorta (*Rückwärtsversicherung*)’ söz konusu olacaktır. Yani, geçmişe etkili sigorta, sigorta sözleşmesinin maddi başlangıç zamanının, şekli başlangıç zamanından önceki bir tarihten itibaren başlayacak şekilde akdedilmesidir¹³. Geçmişe etkili sigorta, sigorta korumasının geçmişe etkili olmasına yönelik sigortacı ile sigorta ettiren tarafından sözleşilmesi anında kurulur ve böylece taraflar bu sözleşmeyle sağlanacak sigorta korumasının sözleşmenin kurulmasından önceki bir tarihe teşmil edilmesini, yani geçmişe yönelik (*ex tunc*) etki doğurmasını mümkün kılmaktadırlar¹⁴. Bu açıdan TK m. 1458 hükmü, sigortanın maddi başlangıç zamanını değiştirmesi sebebiyle TK m. 1421’de öngörülen kurala istisna teşkil etmektedir¹⁵.

Geçmişe etkili sigorta, TK’nın “Zarar Sigortaları”na ilişkin bölümünde, “Mal Sigortaları” başlığı altında 1458. maddede düzenlenmiştir¹⁶. Bu madde gereği¹⁷, “*Sigorta, sigorta koruması sözleşmenin yapılmasından önceki bir tarihten itibaren sağlanacak şekilde yapılabilir. Ancak, rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalkmış olduğu, sözleşmenin yapılması sırasında, sigortacı ile sigorta ettiren ve sigortadan haberi olmak şartıyla,*

¹³ ŞENOCAK, Kemal, Geçici Sigorta Himayesi (Geçici Güvence), BATİDER (2003), C. XXII Sa. 1, s. 60; PRÖLSS (PRÖLSS/MARTİN), s. 101 N. 2; BRÖMMELMEYER (RÜFFER/HALBACH/SCHIMILKOWSKI), VVG § 2 N. 4. Geçmişe etkili sigorta kavramıyla kastedilen ‘gerçek anlamda geçmişe etkili sigorta (*die echte Rückwärtsversicherung*)’dır (ŞENOCAK, s. 61; MUSCHNER (LANGHEID/WANDT), VVG § 2 N. 5). Gerçek olmayan geçmişe etkili sigortada sigorta koruması, sigorta ettirenin sigorta sözleşmesine ilişkin talepte bulunduğu tarih ile sigortanın şekli başlangıç zamanı arasında sağlanır [ŞENOCAK, s. 61; MUSCHNER (LANGHEID/WANDT), VVG § 2 N. 5].

¹⁴ ŞENOCAK, s. 62.

¹⁵ ŞENOCAK, s. 60.

¹⁶ 6762 sayılı TK’da geçmişe etkili sigorta, ‘Rizikonun Gerçekleşmiş Olması’ başlığı altında, 1279. maddede ‘Mukavelenin Yapıldığı Sırada’ adlı madde başlığıyla düzenlenmişti. Bu madde gereği, “*Mukavelenin yapıldığı sırada sigorta ettiren veya sigortadan faydalanan kimse, rizikonun gerçekleşmiş olduğunu yahut sigortacı rizikonun gerçekleşmesi imkanı kalmadığını bilmekte iseler sigorta mukavelesi hükümsüzdür; şu kadar ki; birinci halde sigortacı sigorta primini isteyebilir*”. Doktrinde bu maddenin mefumu muhalifinden, geçmişe etkili sigortanın, maddedeki sınırlamalar çerçevesinde, mümkün olduğu ifade edilmekteydi (BÖZER, Ali, Sigorta Hukuku Genel Hükümler – Bazı Sigorta Türleri, b. 2, Ankara 2007, s. 36). Geçmişe etkili sigorta, Almanya’da Sigorta Sözleşmesi Kanunu – *Versicherungsvertrags-gesetz* (VVG) § 2’de ‘Geriye (etkili) sigorta – *Rückwärtsversicherung*’ madde başlığıyla düzenlenmiştir. VVG § 2 ve TK m. 1458 paralellik arz etmektedir. İsviçre Sigorta Sözleşmesi Kanunu’nda geçmişe etkili sigortaya ilişkin herhangi bir madde bulunmamaktadır.

¹⁷ 6762 sayılı TK’da, tersten gelen bir yaklaşımla hangi hallerde geçmişe dönük sigorta yapılamayacağı belirtildiğinden, TK m. 1458’de öncelikle sigortacının sorumluluğunun sözleşmenin yapıldığı tarihten önceki bir zamanda da başlayabileceği açıklanmıştır (TK m. 1458 Gerçekçe).

sigortalı tarafından biliniyorsa sözleşme geçersizdir. Rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalktığına sigorta ettiren veya sigortalı tarafından bilinip sigortacı tarafından bilinmediği durumlarda, sigortacı sözleşme ile bağlı olmamakla birlikte, ödenmesi gereken primin tamamına hak kazanır.”

Bu başlık altında ayrıca geçici sigorta korumasına (geçici güvence) değinmek gerekir. Geçici sigorta koruması, sigorta ettirene belli bir zaman dilimine ilişkin geçici bir koruma sağlar. Geçici sigorta koruması, TK’da yer almamaktadır¹⁸. Ancak geçici sigorta koruması, ekonomik, sigorta ve riziko politikasına ilişkin ihtiyaçlardan doğmaktadır¹⁹. Geçici sigorta korumasında, sigortanın maddi başlangıcı ile şekli başlangıcı aynı zamana denk gelmektedir²⁰. Bir başka deyişle, sigorta koruması, sözleşmenin kuruluş anından itibaren başlayacak şekilde yapılmaktadır. Dolayısıyla ‘geçmişe etkili sigorta’ ile ‘geçici sigorta koruması’ birbirinden farklı kurumlardır²¹.

B. Amaç

Geçmişe etkili sigorta, sigorta korumasını geçmişe teşmil ederek, daha çok sigorta ettiren lehine bir durum oluşturmayı amaçlamaktadır. Bir başka deyişle, geçmişe etkili sigortada sigorta koruması, sözleşmenin kurulmasından önceki bir anı da kapsayarak, sözleşme konusu menfaatin zarara uğramış olabilme ihtimaline karşı güvence sağlamaktadır. Ancak bu amaç, gerçekleşip gerçekleşmediği objektif anlamda belirsiz olan rizikonun aslında gerçekleştiği sigorta ettiren ile sigortalı tarafından biliniyorsa ortadan kalkar. Nitekim TK m. 1458 bu esastan hareket etmiştir.

Ayrıca, geçmişe etkili sigortanın asıl işlevinin, sigorta sözleşmesinin yapılmasına yönelik talep ile sözleşmenin yapılması arasındaki süreyi sigortalamak olduğu da ifade edilmektedir²².

¹⁸ Geçici sigorta koruması (*vorläufige Deckung*) Alman hukukunda VVG § 49 vd. da düzenlenmiştir.

¹⁹ ŞENOCAK, s. 51.

²⁰ ŞENOCAK, s. 61.

²¹ ‘Geçmişe etkili sigorta (*Rückwärtsversicherung*)’ ile ‘geçici sigorta koruması (*die vorläufige Deckungszusage*)’ kurumları arasındaki farklara, tekrardan kaçınmak amacıyla ayrıca değinilmeyecektir. Bu farklar ve geçici sigorta koruması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENOCAK, s. 61 vd.; MUSCHNER (LANGHEID/WANDT), VVG § 2 N. 7.

²² BRÖMMELMEYER (RÜFFER/HALBACH/SCHIMILKOWSKI), VVG § 2 N. 13; MUSCHNER (LANGHEID/WANDT), VVG § 2 N. 1.

TK m. 1421'in aksinin kararlaştırılabilme olanağı karşısında (TK m. 1452/3 gereği sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar aleyhine olmamak üzere), TK m. 1458 ile ayrıca geçmişe etkili sigortanın belirtilmesine ihtiyaç olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Zira sigorta ettiren ile sigortacı, TK m. 1421 anlamı ve lafzı çerçevesinde sigorta korumasını sigorta sözleşmesinin yapılmasından önceki bir tarihi kapsayacak şekilde kararlaştırabilirler. Böyle bir durum çoğunlukla sigorta ettiren lehine -prim borcuna rağmen- bir sonuç doğurabilecektir. Ayrıca TK m. 1458'de geçmişe etkili sigortanın geçersiz olacağı ihtimaller gösterilmiştir. Ancak bu ihtimaller aslında bir sigorta sözleşmesi için gerekli unsurlar arasındadır. Örneğin, söz konusu hükümde, rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme imkânının ortadan kalktığı bilgisi, sigorta sözleşmesinin taraflarınca bilinmesi durumunda sigorta sözleşmesinin geçersizliğinden bahsedilmiştir. Oysaki bu durum, yani rizikonun objektif anlamda belirsizliği, sigorta sözleşmesinin en önemli unsurları arasındadır²³. Dolayısıyla rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalktığı, sigorta sözleşmesi taraflarınca biliniyorsa, rizikonun gerçekleştiğinin bilinmezliğinden bahsedilemeyeceğinden²⁴ sigorta sözleşmesi geçerli bir şekilde kurulamayacaktır. Aynı yönde TK m. 1458'in son cümlesi, "*Rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalktığına sigorta ettiren veya sigortalı tarafından bilinip sigortacı tarafından bilinmediği durumlarda, sigortacı sözleşme ile bağlı olmamakla birlikte, ödenmesi gereken primin tamamına hak kazanır*" şeklindedir. Ancak belirtilen hüküm hiç olmasaydı dahi, maddedeki yaptırımla giderilmesi amaçlanan sigortacı mağduriyeti, sigorta ettirenin beyan yükümlülüğü ile bilgi verme yükümlülüğü kapsamında (TK m. 1435 vd.) giderilebilecek niteliktedir.

Tüm bu açıklamalara rağmen, kanun koyucu, hukuki belirsizlik, tereddüt ve kanuna karşı hile gibi hususların önüne geçebilmek adına TK m. 1458 hükmünü öngörmüştür.

²³ SCHNEIDER, Christian (LOOSCHELDERS, Dirk/POHLMANN, Petra), *Versicherung-vertragsgesetz Kommentar*, 2. Auflage, Köln 2011, VVG § 2 N. 1; BOZER, Ali, *Sigorta Hukuku*, Ankara 1965, s. 101 vd.; ÖÇAL, Akar, *Sigortacılık ve Sigorta Hukuku Hakkında Genel Bilgiler*, Ankara 1971, s. 9; KUBİLAY, Huriye, *Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku*, b. 2, İzmir 2003, s. 47; ULAŞ, Işıl, *Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku*, b. 8, Ankara 2012, s. 46; CEBE, Mehmet Sinan, *Açıklamalı ve İçtihatlı Mal Sigortaları Hukuku*, Ankara 2010, s. 120; ÇEKER, s. 67. Riziko hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KUBİLAY, s. 47 vd.; CAN, Mertol, *Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı)*, b. 3, Ankara 2009, s. 7 vd..

Geçmişe etkili sigortada, kararlaştırılan rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediği sözleşmenin kurulması anında taraflarca bilinmediği, yani sübjektif bir belirsizlik olduğu doktrinde ifade edilmektedir [bkz. ŞENOCAK, s. 62; SCHNEIDER (LOOSCHELDERS/POHLMANN), VVG § 2 N. 1].

²⁴ Bir başka deyişle bu durumda, ne objektif ne de sübjektif belirsizlik mevcuttur.

III. GEÇMİŞE ETKİLİ SİGORTANIN, KAPSAMI, ŞARTLARI VE SONUÇLARI

A. Kapsamı

1. Genel Olarak

TK m. 1458 hükmünde, geçmişe etkili sigorta sözleşmesi yapılmasının mümkün olduğu, ancak bu imkânın maddede belirtilen şartlara bağlı olduğu, şartların gerçekleşmemesi durumunda bu tür bir sigorta sözleşmesinin geçersiz olacağı ve geçersizliğin sonuçları gibi hususlar düzenlenmiştir.

TK m. 1458, mal sigortaları başlığı altında düzenlenmişse de, TK m. 1485'in yollamasıyla sorumluluk sigortalarına da uygulanabilecektir. Sorumluluk sigortaları açısından TK m. 1473 ile emredici olmayan bir düzenleme öngörülmüştür. Bu madde gereğince, sigortacı sorumluluk sigortası ile, sözleşmede aksine hüküm yoksa, sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, *sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu* nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder. Madde gerekçesinde, getirilen düzenlemede rizikoya esas teşkil eden olayın, sözleşme süresi içinde gerçekleşmesinin esas alındığı belirtilmiştir. Geçmişte meydana gelen bir olay nedeniyle sigortacının kendi döneminde ortaya çıkan zararlardan sorumlu olması ilkesi benimsenmiş olsaydı pratikte bu tür sigortaların uygulanabilirliğinin büyük ölçüde azalacağı düşünülmüştür. Zira sigortacı sözleşme yaparken, sigortalının geçmişteki tüm iş ve işlemlerini bilmek isteyecek ve bunların ne şekilde yapıldığını kontrol etmek isteyecektir. Aksi takdirde çok büyük risklerle karşılaşabilme tehlikesi söz konusu olabilecektir. Ayrıca, bu şekildeki bir düzenleme kötüniyetli uygulamaların da önünü açacaktır. Şöyle ki, yapmış olduğu bir hata nedeniyle tazminat talebi ile karşılaşabileceğini düşünen kişiler hemen sigorta sözleşmesi yapmak yoluna gideceklerdir. Açıklanan nedenlerden dolayı sigortacının sorumluluğu kural olarak, sözleşme süresi içinde sigortalısının sorumluluğunu gerektirecek olaylara bağlanmıştır²⁵. Ancak, madde emredici nitelikte olmadığından tarafların, sorumluluk sigortası türlerine göre rizikonun kapsamını farklı şekillerde (ve bu arada TK m. 1458 hükmü sebebiyle geçmişe etkili olarak da) belirleyebilmeleri mümkündür.

²⁵ TK m. 1473 Gerekçe. Maddeye yönelik eleştiri için bkz. CAN, Mertol, "Gözden Geçirilmeye Muhtaç Hükümler Var mı?" Sorusu Çerçevesinde 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukukî Esaslar, Ankara 2012, s. 53.

Can sigortaları açısından ise, ne can sigortalarına ilişkin hükümlerde doğrudan bir düzenleme ne de TK m. 1458'e yollamada bulunan bir hüküm mevcuttur²⁶. Madde gerekçesinde ise, geçmişe etkili sigortanın daha çok nakliyat sigortalarında rastlanıldığını ve bu sigortanın maddede belirtilen hallerde *diğer sigortalar* için de uygulanabilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir²⁷. Diğer sigortalar ile, can sigortaları kastediliyor olsa gerek; zira mal ve sorumluluk sigortaları açısından TK'da açık hüküm vardır. Ancak can sigortalarının niteliği, geçmişe etkili sigortaya bazen imkân vermeyebilir²⁸. Örneğin, 'hayat sigortası' açısından konu ele alınacak olursa; TK m. 1487 gereği, hayat sigortasının konusu sigorta ettirenin veya sigortalının ölümü veya hayatta kalmasıdır. 'Ölüm' olayı bilinen bir husus teşkil edeceği için (örneğin, yaş, cinsiyet, TC Kimlik Numarası gibi hususların bildirim ve sistemde görülmesi) geçmişe etkili bir sigorta sözleşmesinin yapılması da söz konusu olamayacaktır²⁹ (bkz. TK m. 1458).

2. Kanuna Karşı Hile

Riziko, gerçekleşip gerçekleşmediği objektif anlamda bilinmeyen olaylardır. Sigorta sözleşmesi, rizikonun gerçekleştiği sigorta ettiren ve sigortacı tarafından bilinmesine rağmen yapılmak istenebilir. Bu durum genellikle sigorta ettirenin sigorta korumasından yararlandırılmak ve böylece sigorta ettirene tazminat ödenmek istenmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla esasında sigortacı aleyhine, fakat sigorta ettiren lehine bir

²⁶ Alman hukukunda geçmişe etkili sigorta, 'Genel Hükümler – *Allgemeiner Teil*' kısmında 'Bütün Sigorta Dallarına İlişkin Hükümler - *Vorschriften für alle Versicherungswege*' başlığı altında ele alınmıştır. Dolayısıyla ayırım gözetmeksizin tüm sigorta türlerine geçmişe etkili sigorta hükümleri uygulanabilecektir [BRÖMMELMEYER (RÜFFER/HALBACH/SCHIMILKOWSKI), VVG § 2 N. 15].

²⁷ Bkz. TK m. 1458 Gerekçe. Doktrinde *Can*, TK m. 1458'in genel hükümler kısmında yer almaması dolayısıyla, ya can sigortaları bakımında uygulanmasının istenmediğini ya da uygulanması gerektiği hususunun gözden kaçırıldığını belirtmektedir (CAN, Hukukî Esaslar, s. 51).

²⁸ Dolayısıyla TK Gerekçesi'nde yer verilen 'diğer sigortalar için de uygulanabilir' ibaresini, 'diğer sigortaların niteliği uygun düştüğü ölçüde uygulanır' şeklinde anlamak gerekir. Alman hukukunda hastalık sigortası (Hastalık Sigortası Genel Şartları -MB/KK- m. 2) açısından geçmişe etkili sigortanın yapılamayacağı belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. PRÖLSS (PRÖLSS/MARTIN), s. 102 N. 5; MUSCHNER (LANGHEID/WANDT), VVG § 2 N. 9 vd..

²⁹ Şenocak da, sigorta ettirenin kendi ölümüne karşı sigortada geçmişe etkili sigortadan söz edilemeyeceğini belirtmektedir (ŞENOCAK, s. 63). Aynı yönde bkz. BRÖMMELMEYER (RÜFFER/HALBACH/SCHIMILKOWSKI), VVG § 2 N. 16; MUSCHNER (LANGHEID/WANDT), VVG § 2 N. 20; BGH 21.3.1990, IV ZR 39/89 (NJW 1990, s. 1916). *Kanaatimizce* bu durumu sadece sigorta ettirenin kendi ölümüne hasretmemek gerekir.

durum ortaya çıkmaktadır. Sigorta şirketlerinin, acenteler aracılığıyla sigorta sözleşmesini akdettiği göz önünde tutulduğunda, sigortacının neden böyle bir işlem içinde bulunduğu hususu anlaşılacaktır. Uygulamada belirtilen türde sigorta sözleşmesine kasko sigortalarında sıklıkla rastlanılmaktadır³⁰.

Bu kapsamda sigorta sözleşmesinin taraflarının, rizikonun gerçekleşmiş olduğunu bilmelerine rağmen sigorta sözleşmesinin yapıldığı tarihten önceki rizikoları kapsayacak şekilde sigorta sözleşmesi yapmaları kanuna karşı hile teşkil etmektedir. Bu tür bir anlaşma hem TK m. 1458 hem de MK m. 2 hükümlerine aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla böyle bir sözleşme geçersizdir.

B. Şartları

1. Sigorta Ettiren ile Sigortacı Arasında Anlaşma

Sigorta ettiren ile sigortacı, sigorta korumasını sözleşmenin yapılmasından daha önceki bir tarihten itibaren başlatmak istiyorlarsa bu konuda anlaşmak zorundadırlar. Anlaşmaya yönelik talep sigorta ettiren veya sigortacı tarafından sunulabilecektir. Böyle bir anlaşma duruma göre sigorta sözleşmesinin her iki tarafı için de avantaj sağlayabilecektir. Mesela, sigortacı açısından fayda, primde; sigorta ettiren açısından fayda ise, gerçekleşip gerçekleşmediği bilinmeyen rizikonun, eğer gerçekleşmişse sigortacı tarafından tazmin edilmesinde vücut bulur.

Geçmiş etkili sigorta sözleşmesinin sağladığı korumaya yönelik sigorta ettiren tarafından sözleşmenin başlangıç zamanına yönelik bir talep söz konusu ise, bu başlangıç zamanını maddi başlangıç şeklinde anlamak gerekir³¹. Sigortacı, bu başlangıç anını kabul etmekle, aşağıda değinilecek şartın da varlığıyla, sigorta koruması talep edilen/kararlaştırılan tarihten itibaren başlayacaktır.

2. Rizikoya İlişkin Bilgi

Riziko, kural olarak, *ileride* gerçekleşme ihtimali bulunan bir olaydır³². TK m. 1458 ile bu duruma bir istisna getirilmiş ve sigorta sözleşmesi yapıldığı sırada sigorta ettiren veya sigortalı rizikonun gerçekleşmiş olduğunu bilmiyorlarsa (sübjektif bilinmezlik), sigorta korumasının sigorta

³⁰ Nitekim bkz. Yarg. 11. HD, 18.9.2003, E. 1800, K. 7945; Yarg. 11. HD, 26.11.2001, E. 6511 K. 9246; Yarg. 11. HD, E. 2004/11987, K. 2005/9707 (ÇELİK, Salih/LALE, Muktedir, Özetli - İctihath - Uygulamalı Sigorta Hukuku, 1. Cilt, Ankara 2007, s. 102 vd.).

³¹ BRÖMMELMEYER (RÜFFER/HALBACH/SCHIMILKOWSKI), VVG § 2 N. 6.

³² ÖÇAL, s. 10; KUBİLAY, s. 48.

sözleşmesinin yapılmasından önceki tarihe teşmil edebileceği hükme bağlanmıştır. Ancak 'rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalktığı, sözleşmenin yapılması sırasında, sigortacı ile sigorta ettiren ve sigortadan haberi olmak şartıyla, sigortalı tarafından biliniyorsa'³³ geçmişe etkili sigorta sözleşmesi yapılamayacak, bu sözleşme geçersiz olacaktır³⁴. Bu geçersizlik durumunda, sigorta ettirenin ve sigortacının durumu bilmelerine rağmen geçmişe etkili sigorta yapmaya yönelik rızalarının önemi yoktur; 'rizikoya ilişkin bilgi' durumunda sözleşme her halde geçersiz olacaktır³⁵. Sigorta ettiren ve sigortacı rizikonun gerçekleştiğini bilmelerine rağmen, sigorta sözleşmesi yapıp sigortacıya yükümlülük yüklemeleri durumunda da sigorta sözleşmesi geçersiz kabul edilecektir³⁶.

TK'nın rizikoya ilişkin bilginin sigorta ettiren veya sigortacı tarafından bilinmesi durumunda geçersizlik kabul etmesi sigorta sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Sigorta sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sözleşmeyle sigorta ettiren prim ödeme borcunu üstlenirken, sigortacı rizikonun gerçekleşmesine yönelik sigorta koruması sağlamaktadır. Ancak sigortacı veya sigorta ettiren rizikoya ilişkin bilgiye sahipse bu durumda sigorta sözleşmesinden kaynaklanan borçları söz konusu olamayacaktır³⁷.

Bu açıdan rizikoya ilişkin bilgi durumu, sigorta sözleşmesinin yapıldığı anda söz konusu olmalıdır³⁸. Sigorta sözleşmesinin yapılmasından sonra,

³³ Maddede belirtilen bu şart kısaca 'rizikoya ilişkin bilgi' olarak ifade edilecektir.

³⁴ Yarg. 11. HD, 25.11.2004, E. 2003/12282, K. 2004/11519; Yarg. 11. HD, 6.12.2004, E. 2837, K. 11872; Yarg. 11. HD, 2.12.2004, E. 2592, K. 11872; Yarg. 11. HD, 24.10.2005, E. 2004/12859, K. 2005/10231; Yarg. 11. HD, 25.4.2006, E. 1036, K. 4617; Yarg. 11. HD, 29.5.2006, E. 2005/6319, K. 2006/6421; Yarg. 11. HD, 15.6.2006, E. 2005/1882, K. 2006/6998 (ÇELİK/LALE, s. 106 vd.). Bu durumda ödenmiş primlerin iadesi, BK m. 78 ve BK m. 81 hükümleri çerçevesinde çözüme kavuşturulacaktır (CAN, Sigorta Hukuku, s. 45).

³⁵ Alman hukukunda, hem sigortacının hem de sigorta ettirenin rizikonun gerçekleştiğinden haberi olması durumunda sigorta sözleşmesinin geçmişe etkisinin olmayacağı, sadece ileriye yönelik bir etkiyi haiz olacağı; böyle bir ihtimalin ise BGB m. 139 (kısmi butlan) hükmü açısından incelenmesi gerektiği ifade edilmektedir [MUSCHNER (LANGHEID/WANDT), VVG § 2 N. 45]. Ayrıca bu tür bir sigorta sözleşmesinin ahlaka aykırılık sebebiyle BGB m. 138 kapsamında butlan (kesin hükümsüzlük) açısından da incelenmesi gerektiği yönünde bkz. SCHNEIDER (LOOSCHELDERS/POHLMANN), VVG § 2 N. 47-48.

³⁶ MUSCHNER (LANGHEID/WANDT), VVG § 2 N. 46.

³⁷ MUSCHNER (LANGHEID/WANDT), VVG § 2 N. 34.

³⁸ Sigorta sözleşmesinin yapılması anında sözleşmenin taraflarından biri rizikonun gerçekleşmiş olduğunu bildiği takdirde, artık rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda subjektif belirsizlik ortadan kalktığından geçmişe etkili sigorta koruması da ortaya çıkmaz (ŞENOCAK, s. 62).

sigorta ettirenin veya sigortalının böyle bir bilgisi, geçmişe etkili sigorta sözleşmesinin geçerliliğine TK m. 1458 anlamında etkide bulunmaz. Bu durum sigorta ettirenin rizikoyu bildirme yükümlülüğü kapsamında ele alınacaktır (TK m. 1446).

Başkası hesabına sigorta (TK m. 1454) yapılmışsa, rizikonun gerçekleştiğinin sigorta ettiren veya *sigortadan haberi olan* sigortalı tarafından bilinmesi yeterlidir. Yani, sigorta ettiren söz konusu durumu biliyor, ancak sigortalı bu durumu bilmiyorsa sigorta sözleşmesi yine geçersiz kabul edilecektir. Yoksa, hem sigorta ettirenin hem de sigortalının rizikonun gerçekleşmesinden haberdar olması şartını aramak, kanuna karşı hilelere yol açabilecektir. Ancak sigortalının bilgisi ile sözleşmenin geçersiz kılınması, sigortalının, sözleşmenin varlığından haberdar olması şartına bağlanmıştır.

Rizikonun gerçekleştiği sigortacı tarafından bilinmeyip, sigorta ettiren veya sigortalı tarafından biliniyorsa; sigortacı, sözleşmeyle bağlı olmayacak ve söz konusu sözleşme kapsamında ödenmesi gereken primlerin tamamına hak kazanacaktır. Maddede yer verilen sonuç, iyiniyetli olmayan sigorta ettiren veya sigortalı fiilinin yaptırımı tabi tutulmasına ve sözleşmenin karşı tarafında bulunan sigortacının, kanuna ve hakkaniyete aykırı olan durum karşısında korunmasına yöneliktir³⁹. Başkası hesabına yapılan sigortada, sigorta ettiren rizikonun gerçekleştiğini bilmemekle beraber, sigortalı bilebilir. Bu durumda sigortalı, kendisi hesabına yapılmakta olan bir sigorta sözleşmesini bilmediği sürece sigorta sözleşmesinin geçersizliğinden ve sigortacının prime hak kazanmasından söz edilemeyecektir. Zira sigortalı sözleşmenin tarafı olmadığından, gerçekleşmiş bir rizikoyu kapsayan sözleşme yapılmakta olup olmadığını bilemeyebilir. Dolayısıyla, rizikonun gerçekleştiğinden haberdar olan sigortalı sözleşmeden haberdar değilse, sadece onun bilgisi nedeniyle sözleşmenin geçersizliği ve sigortacının prime hak kazanması gündeme gelmez⁴⁰. Rizikoya ilişkin bilginin sigorta ettiren veya sigortalı tarafından bilindiği ve buna rağmen geçmişe etkili sigorta sözleşmesinin yapıldığını ispat yükü sigortacı üzerindedir⁴¹ (MK m. 6).

³⁹ Benzer yönde bkz. CAN, Sigorta Hukuku, s. 44-45. Madde ayrıca, sigorta ettirenin sigortacı üzerinde manipülasyona girişmesini de önlemektedir [BRÖMMELMEYER (RÜFFER/HALBACH/SCHMILKOWSKI), VVG § 2 N. 39; MUSCHNER (LANGHEID/WANDT), VVG § 2 N. 36].

⁴⁰ TK m. 1458 Gerekeçe.

⁴¹ Nitekim bkz. "Dava, kasko sigorta poliçesinden kaynaklanan tazminat isteğine ilişkindir - Davaya konu kasko sigorta poliçesi 12.08. 2001 tarihinde düzenlenmiş olup, taraflar arasındaki uyuşmazlık aynı tarihte saat 13.30'da meydana gelen kaza da oluşan hasarın te-

Rizikonun gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalktığı sigortacı tarafından bilinip, sigorta ettiren veya sigortalı tarafından bilinmemesi durumunda yapılan sözleşmenin akıbetine ilişkin TK'da belirlemede bulunulmamıştır. Ancak doktrinde bu tür bir sigorta sözleşmesinin de geçersiz olduğu, sigortacının prime hak kazanamayacağı ve eğer ödenmiş primler varsa, bunların iadesinin BK m. 77 vd. hükümleri çerçevesinde talep edilebileceğinin mümkün olduğu ifade edilmektedir⁴². Alman hukukunda VVG § 2/2'de, sigortacının rizikonun gerçekleşmesinin imkânsız olduğunu bilmesi durumunda prime hak kazanamayacağı açıkça belirtilmiştir⁴³. Rizikonun gerçekleşme ihtimali kısmen ortadan kalkmakla birlikte, kısmen varlığını sürdürüyorsa prim miktarının indirilmesi söz konusu olacaktır⁴⁴.

Son olarak, geçmişe etkili sigorta sözleşmesinin acente aracılığıyla yapılması durumunda (ki uygulamada çoğunlukla böyledir) TK m. 1458'in uygulanabilirliğine değinmek gerekir. TK m. 1458'de bu tarz bir sigorta ilişkisinin kurulması durumuna ilişkin belirlemede bulunulmamıştır. TK m. 1412'de ise sigortacıya değil ama sigorta ettirene yönelik genel bir hüküm öngörülmüştür. Buna göre, Kanunda sigorta ettirenin bilgisine ve davranışına hukuki sonuç bağlanan durumlarda, sigortadan haberi olması şartıyla sigortalının, temsilci söz konusu ise temsilcinin, can sigortalarında da lehtarın bilgisi ve davranışı da dikkate alınır. Dolayısıyla TK m. 1458 açısından sigorta ettirenin yanında, temsilcinin de rizikoya ilişkinin bilgisinin dikkate alınacağı sonucu ortaya çıkar. Ancak belirtildiği gibi, TK m. 1412'de

minat içerisinde kalıp kalmadığı noktasında toplanmaktadır – Davacı vekili, müvekkilinin 11.08.2001 tarihinde davalı acente yetkilileri ile görüşüp, poliçenin düzenlenmesi için gerekli evrakın verildiğini ve ertesi gün aracın yola çıktığında kazanın meydana geldiğini ileri sürmüştür – Davalı her ne kadar poliçenin kazadan sonra düzenlenip, prim makbuzunun da gerçek bir ödemeye dayanmadığını savunmuş ise de, bu savunmasını usulüne uygun ve yeterli delillerle ispatlayabilmiş değildir – Davaya konu sigorta poliçesinin geçerli ve prim peşinatının ödenmiş olması nedeniyle teminat sağladığının kabulü ile işin esasına girilmesi gerekir.” [Yarg. 11. HD, 13.3.2006, E. 2005/2645, K. 2006/2508 (ÇELİK/LALE, s. 113-114)]; “(...) mahkemece, TTK'nun 1279'uncu maddesine dayalı savunması davalı sigortanın kanıtlayamadığının kabulü ile uyuşmazlığın tazminat miktarı bakımından esasına geçilmesi, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.” [Yarg. 11. HD, 25.9.2006, E. 2005/8552, K. 2006/9211 (ÇELİK/LALE, s. 119-120)]. Aynı yönde Alman hukuku açısından bkz. SCHNEIDER (LOOSCHELDERS/POHLMANN), VVG § 2 N. 55.

⁴² CAN, Hukukî Esaslar, s. 52. Primlerin iadesine ilişkin zamanaşımı, TK m. 1420 hükmü çerçevesinde tayin edilecektir.

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. MUSCHNER (LANGHEID/WANDT), VVG § 2 N. 34 vd..

⁴⁴ BRÖMMELMEYER (RÜFFER/HALBACH/SCHIMILKOWSKI), VVG § 2 N. 26; MUSCHNER (LANGHEID/WANDT), VVG § 2 N. 35.

sigortacının temsilcisine veya acenteye ilişkin belirlemede bulunulmamıştır. Uygulamada Yargıtay, sigorta sözleşmesinin acente aracılığıyla kurulması durumunda, sözleşmenin geçersiz sayılabilmesi için sadece acentenin rizikonun gerçekleştiğini bilmesini yeterli kabul etmiş, ayrıca sigortacının rizikonun gerçekleştiğini bilmesi gerektiğini tartışma konusu yapmamıştır⁴⁵. Alman hukukunda VVG § 2/3'te geçmişe etkili sigorta sözleşmesinin temsilci aracılığıyla yapılmasına ilişkin açık bir düzenleme söz konusudur. Bu madde gereğince, sigorta sözleşmesi temsilci aracılığıyla yapılıyorsa, hem temsilcinin hem de temsil edilenin rizikoya ilişkin bilgisi dikkate alınır⁴⁶. *Kanaatimizce* bu şekilde bir hüküm kanuna karşı hilelere kapı aralamaktadır. Şöyle ki; sigorta ettiren, sigorta menfaati üzerinde rizikonun gerçekleştiğini biliyor, ancak sigorta sözleşmesini temsilci aracılığıyla gerçekleştirip rizikonun gerçekleştiğini temsilciye bildirmeyebilir ve böylece geçmişe etkili sigorta sözleşmesinin geçerli şekilde yapılmasını amaçlayabilir. Nitekim TK, benzer bir durum olan yetkisiz temsilde belirttiğimiz görüşe benzer bir düzenleme getirmiştir. Yetkisiz temsile ilişkin olarak kanun koyucu TK m. 1406/2'de açık bir hüküm öngörmüştür. Bu fıkra gereğince, adına sigorta sözleşmesi yapılan kişi, rizikonun gerçekleşmesinden önce veya *1458 inci madde hükmü saklı kalmak üzere*, riziko gerçekleşince de sözleşmeye sonradan icazet verebilir⁴⁷. Dolayısıyla sigorta ettiren (X) isimli şahıs, sigorta edilecek menfaat üzerinde rizikonun gerçekleştiğini biliyorsa, ancak temsil yetkisi vermediği (Y) isimli şahsın kendi adına sigorta sözleşmesi imzaladığını, kendisinin de bu işleme onay verdiğini ileri sürüp geçmişe etkili sigorta sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulmasını sağlayamayacaktır.

C. Sonuçları

Geçmişe etkili sigorta sözleşmesinin yapılmasıyla sigorta sözleşmesinin etkisi sözleşmenin yapılması anından önceki bir tarihe teşmil edilecek ve

⁴⁵ Yarg. 11. HD, 26.5.2003, E. 2002/13163, K. 2003/5528; Yarg. 11. HD, 10.6.2003, E. 321, K. 6222; Yarg. 11. HD, 22.6.2006, 2005/7462, K. 2006/7363 (www.kazanci.com).

⁴⁶ Fıkranın Almanca metni şöyledir: “*Wird der Vertrag von einem Vertreter geschlossen, ist in den Fällen des Absatzes 2 sowohl die Kenntnis des Vertreters als auch die Kenntnis des Vertretenen zu berücksichtigen.*” Ayrıntılı bilgi için bkz. MUSCHNER (LANGHEID/WANDT), VVG § 2 N. 61 vd..

⁴⁷ “*(...) gerek Kanunun kendi içinde bir bütünlük sağlayabilmesini gerekse sigorta ettirenin haksız kazanç sağlamasının önüne geçilebilmesini teminen, temsil olunanın rizikonun gerçekleşmesinden sonra sözleşmeye icazet vermesini ancak, rizikonun gerçekleştiği konusunda bilgi sahibi olmamasına bağlı olduğunu ifade edecek şekilde 1458'inci madde hükmünün saklı olduğu fıkraya eklenmiştir.*” (TK m. 1406 Gereğe). Ayrıca TK m. 1406 hükmüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. CAN, Hukukî Esaslar, s. 21 vd..

böylece sigorta koruması zaman bakımından geriye yürüyecektir. Böylece sigortacının sözleşme kapsamındaki koruma yükümlülüğü, sözleşmenin maddi başlangıç anıyla sınırlı olmayacak, şekli başlangıç zamanından önceki bir tarihe kadar genişleyecektir. Bu tarihi sigortacı ile sigorta ettiren kural olarak serbestçe kararlaştırabilirler. İstisnai olarak, bu tarihin belirlenmesine yönelik irade kısıtlanabilir. Bu istisnaya aşağıda ‘Sorumluluk Sigortaları’ başlığı altında ayrıca değinilecektir.

Geçerli bir geçmişe etkili sigorta sözleşmesi kurulduktan sonra, geçmişte rizikonun gerçekleşmiş olduğu sigorta ettiren tarafından öğrenildiğinde rizikonun gerçekleşmiş olduğu gecikmeksizin sigortacıya bildirilecektir⁴⁸ (TK m. 1446/1). Bu durumda sigortacının tazminat ödeme borcu, rizikonun gerçekleşmesini müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve her hâlde TK m. 1446 gereği yapılacak ihbardan kırkbeş gün sonra muaccel olur⁴⁹ (TK m. 1427/2). Borç muaccel olunca, sigortacı ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşer (TK m. 1427/4). Sigortacının temerrüt faizi ödeme borcundan kurtulmasını öngören sözleşme hükümleri geçersizdir (TK m. 1427/5).

Bilindiği üzere, sigortacının sorumluluğu, aksine sözleşme yoksa, primin veya ilk taksidinin ödenmesiyle başlar (TK m. 1421/1). Geçmişe etkili sigortada ise, prim veya ilk taksit ödenmemiş olsa bile, sözleşmenin kurulmasıyla sigortacının sorumluluğu başlayacaktır⁵⁰. Zira TK m. 1458, TK m. 1421’e istisna teşkil etmektedir⁵¹. Dolayısıyla, prim veya ilk taksit

⁴⁸ Rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirim yapılması veya geç yapılması, ödenecek tazminatta veya bedelde artışa neden olmuşsa, kusurun ağırlığına göre, tazminattan veya bedelden indirim yoluna gidilir. Ancak sigortacı rizikonun gerçekleştiğini daha önce fiilen öğrenmişse tazminatta veya bedelde indirim yoluna gidilmez (TK m. 1446).

⁴⁹ Sigortacının araştırmaları, TK m. 1446 gereği yapılacak ihbardan başlayarak üç ay içinde tamamlanamamışsa; sigortacı, tazminattan veya bedelden mahsup edilmek üzere, tarafların mutabakatı veya anlaşmazlık hâlinde mahkemece yaptırılacak ön ekspertiz sonucuna göre süratle tespit edilecek hasar miktarının veya bedelin en az yüzde ellisini avans olarak öder (TK m. 1427/3).

⁵⁰ SCHNEIDER (LOOSCHELDERS/POHLMANN), VVG § 2 N. 53; MUSCHNER (LANGHEID/WANDT), VVG § 2 N. 30.

⁵¹ ŞENOCAK, s. 60. Ayrıca, zaten taraflar geçmişe etkili sigorta hususunda sözleştiklerinden, TK m. 1421’de belirtilen ‘aksine sözleşme’ şartı gerçekleşmiş olmaktadır.

Alman hukukunda doktrindeki baskın görüş ve bu yöndeki yargı kararları sonucu, bu durum VVG § 2/4’te açıkça belirtilmiştir. Buna göre, primin veya ilk taksidinin ödenmesiyle sigortacının sorumluluğunun başlayacağına ilişkin hükmün (VVG § 37/2), geçmişe etkili sigortada uygulanamayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. PROLSS (PROLSS/MARTIN), s. 107-108 N. 21-24.

henüz ödenmemişken, sözleşme kapsamındaki riziko gerçekleşirse sigortacı sorumluluğunun başlamadığını iddia edemeyecektir. Aksinin kabulü, geçmişe etkili sigortanın niteliğine aykırılık teşkil eder⁵².

Sigorta ettirenin veya sigortacının ya da hem sigorta ettirenin hem sigortacının rizikonun gerçekleştiğini bilmeleri durumunda TK m. 1458'de yer verilen yaptırımlar uygulanacaktır. Bu açıdan TK m. 1458 emredici bir hükümdür, taraflar aksini kararlaştıramazlar.

IV. KONUNUN FARKLI SİGORTA TÜRLERİ AÇISINDAN İNCELENMESİ

A. Genel Olarak

TK m. 1458 hükmünün hemen her sigorta açısından uygulanabileceğine yukarıda değinildi. Bu başlık altında ise, geçmişe etkili sigortaya uygulamada sıklıkla başvuru yapılan sigorta türleri ile genel şartlarında geçmişe etkili sigortaya özel olarak yer verilen sigorta türleri ele alınacaktır.

B. Zorunlu Trafik ve Kasko Sigortaları

Karayolları motorlu araçlar zorunlu mali sorumluluk sigortası (zorunlu trafik sigortası)⁵³, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK) gereği yapılması zorunlu sigorta türlerindedir⁵⁴. Sigortanın yapılmasına ilişkin zorunluluk KTK m. 91'de düzenlenmiştir. Kasko sigortası ise, motorlu araç sahiplerinin kendilerini daha fazla güvence altına almak amacıyla yaptıkları ihtiyari sigorta türüdür⁵⁵.

Yukarıda anılan iki sigorta türünün çalışma konusu olan geçmişe etkili sigorta kapsamında gerçekleştirilme durumunun incelenmesi gerekir. Zira uygulamada, her iki sigorta türünün de rizikonun gerçekleşmesinden sonra yapıldığı konusu yargı kararlarında sık rastlanılan durumdur⁵⁶.

⁵² SCHNEIDER (LOOSCHELDERS/POHLMANN), VVG § 2 N. 53; BRÖMMELMEYER (RÜFFER/HALBACH/SCHIMILKOWSKI), VVG § 2 N. 49; MUSCHNER (LANGHEID/WANDT), VVG § 2 N. 30; OLG Hamm, 19.9.1986, 20 U 114/86 (NJW-RR 1987, s. 153 vd.).

⁵³ Bu sigorta türü sorumluluk sigortası olmasına rağmen, aşağıda 'Sorumluluk Sigortaları' başlığı altında ele alınmıştır. Bu iki sigorta türü motorlu taşıtlarda çoğunlukla birlikte söz konusu olması dolayısıyla, kasko sigortaları ile aynı ve ayrı başlık altında incelenmiştir.

⁵⁴ Taşımacılar için ayrıca bkz. 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu m. 18.

⁵⁵ ÇEKER, s. 213. Kasko sigortası ile zorunlu trafik sigortaları arasındaki farklar için bkz. TAŞ-YÜREK, Hayri, Kasko Sigortası, Ankara 2001, s. 51 vd..

⁵⁶ Ancak rizikonun gerçekleşmesinden sonra yapılacak her sigorta sözleşmesi geçmişe etkili sigorta kapsamına girmez. Geçmişe etkili sigortadan bahsedilebilmesi için sigorta ettiren ile sigortacı arasında sigorta korumasının geriye yürütülmesine ilişkin bir anlaşmanın varlığına

Zorunlu trafik sigortasının yapılması rizikonun gerçekleşmesinden önce olmalıdır. Bu sigorta türünün yapılması zorunlu olduğundan geçmişe etkili olarak yapılamaması gerekir. Aksi takdirde, geçmişe etkili zorunlu trafik sigortasının yapılması, aslında geçmişe teşmil edilen süre açısından zorunlu trafik sigortasının yapılmadığının ilanı olduğundan motorlu araç sahibinin KTK m. 91’de öngörülen yaptırımla cezalandırılması gündeme gelir. Ancak yine de, TK m. 1458’de yer verilen şartları haiz olmak kaydıyla zorunlu trafik sigortasının yapılabilmesi, ancak KTK m. 91’de yer verilen yaptırımın da uygulanması gerekir. Durum böyle olmakla birlikte, geçmişe etkili zorunlu trafik sigortası sözleşmesinde TK m. 1458’deki rizikoya ilişkin bilgi şartının çoğu zaman gerçekleşmeyeceğinin kabulü gerekir⁵⁷. Zira motorlu araç sahipleri genellikle sigorta ettiren olduklarından motorlu araca yönelik rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediğini bilebilecek konumdadır⁵⁸. Bu açıdan tüzel kişilerin durumunu incelemek gereklidir. Tüzel kişiler malvarlıklarında bulunan araçları zorunlu trafik sigortası kapsamında sigortalatacaklardır. Böylece sigorta ettiren konumundaki tüzel kişiler adına sigorta sözleşmesi, yetkili organları (veya temsilcileri) aracılığıyla yapılacaktır. Bu durumda rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşmesinin imkânsız hale geldiğinin bu yetkili organlar (veya temsilciler) tarafından bilinmemesi söz konusu olabilir. Bahsedilen ihtimalde, eğer gerçekten bu yetkili organların (veya temsilcilerin) rizikoya ilişkin bilgiye sahip olmadıkları veya olabilecek durumda olmadıkları söz konusuysa, geçmişe etkili sigortanın geçerli kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. İyiniyetin varlığı asıl olduğundan (MK m. 3), aksini ispat yükü iddia eden üzerindedir (MK m. 6).

İhtiyaç duyulur. Uygulamada, şu şekilde örneklerle karşılaşmak mümkündür: Araç sahibi sigorta ettiren, rizikonun gerçekleştiğini bilmekte, ancak sigortacı bunu bilmemektedir. Sigorta ettiren normal bir sigorta sözleşmesi yapılmasını talep etmekte ve sözleşme yapıldıktan çok kısa bir süre sonra ise, rizikonun gerçekleştiğini sigortacıya bildirmektedir.

⁵⁷ Nitekim bkz. “(...) *Dava konusu olayın meydana geldiği saatte henüz polişe düzenlenmediği ve primin ödenmediği anlaşılmaktadır. Sigorta akdi kurulduğu sırada rizikonun gerçekleştiği, sigorta ettiren tarafından bilindiğinden TTK’nun 1279. maddesi hükmü uyarınca sigorta akdi geçersizdir.*” [Yarg. 11. HD, 28.4.2006, E. 2005/4281, K. 2006/4820 (ÇELİK/LALE, s. 117)]. Ayrıca bkz. Yarg. 11. HD, 11.2.2002, E. 2001/9327, K. 2002/1051; Yarg. 11. HD, 25.2.2008, E. 2007/465, K. 2008/2071; Yarg. 11. HD, 17.3.2008, E. 2007/1336, K. 2008/3337 (LALE, Muktedir/AKGÜL, İhsan, Sigorta Hukuku Örnekli – İçtihatlı – Uygulama, 1. Cilt, b. 2, Ankara 2011, s. 91 vd.).

⁵⁸ Ancak bu durumun iki istisnası söz konusu olabilir. İlk istisna, aracın zilyetliği sigorta ettirende olmaması ve rizikonun gerçekleşmiş olması. Diğer istisna, sigorta ettirenin araç sahibi olmaması, sadece sigorta ettiren sıfatıyla sigorta sözleşmesini imzalaması. Bu son istisnada, sigortalının sigortadan haberi varsa ve riziko gerçekleşmişse TK m. 1458 gereği, sigorta sözleşmesi yine geçersiz kabul edilecektir.

Kasko sigortalarında sigortacının sorumluluğu, poliçenin düzenlenmesinden sonra ortaya çıkan rizikolardır. Uygulamada, kaskosu olmayan bir araçla kaza yapan kişiler acentelerle anlaşarak riziko gerçekleştikten sonra sigorta sözleşmesi yapmakta ve çok kısa bir süre sonra rizikonun gerçekleştiğini sigortacıya bildirip tazminat almaya çalışmaktadırlar⁵⁹. Belirtilen hal TK m. 1458 anlamında geçmişe etkili sigorta sözleşmesi gibi görünse de aslında öyle değildir. Zira bu tür durumlarda, sigorta koruması geçmişe yürütülmemekte, rizikonun gerçekleşme tarihi sigorta sözleşmesinin yapıldığı tarihten sonraki bir tarihmış gibi beyan edilmektedir. Ancak rizikonun gerçekleşmesine ve gerçekleştiği taraflarca bilinmesine rağmen taraflar geçmişe etkili sigorta sözleşmesi yapmak isteyebileceklerdir. Böyle bir durumun ispatı halinde TK m. 1458 hükmü karşısında sigorta sözleşmesi geçersiz kabul edilecektir⁶⁰. Belirtilenler dışında, yukarıda zorunlu trafik sigortası açısından yapılan açıklamalar niteliğine uygun düştüğü ölçüde kasko sigortaları için de geçerli olacaktır.

C. Sorumluluk Sigortaları

Geçmişe etkili sigortaya ilişkin TK m. 1458 hükmünün, sorumluluk sigortaları açısından da uygulanabileceğine yukarıda değinildi (TK m. 1485). Bu başlık altında ise, farklı sorumluluk sigortalarının genel şartlarında yer alan geçmişe etkili sigorta hükümleri ele alınacaktır. Belirtmek gerekir ki, sorumluluk sigortalarına ilişkin genel şartlarda geçmişe etkili sigortaya ilişkin hükümlerin bulunması, TK m. 1458'in göz ardı edileceği anlamına gelmez, TK m. 1458'de yer verilen şartlar aranmaya devam edilecektir.

İlk olarak mesleki sorumluluk sigortasını ele alalım. Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (MSSGŞ)⁶¹ m. A.1/b gereği, *sözleşme yapılmadan önce* veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen olay nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı ileri sürülebilecek taleplere karşı, sözleşmede belirtilen miktara kadar isteme ilişkin makul giderleri de içerecek şekilde teminat verilir. Dolayısıyla sözleşme yapılmadan önce gerçekleşmiş rizikoların sözleşme süresi içinde talep edilmesi durumu mesleki sorumluluk sigortası sözleşmesinin taraflarınca kararlaştırılabilecektir. MSSGŞ m. B.1 gereği ise, m. A.1/b'de belirtilen şekilde sigorta sözleşmesinin yapılması durumunda bir yıldan az olmamak şartıyla sözleşmenin yapılmasından önce

⁵⁹ ÇEKER, s. 80.

⁶⁰ Yarg. 11. HD, 7.11.2005, E. 2004/13256, K. 2005/10561; Yarg. 11. HD, 13.3.2006, E. 2005/2645, K. 2006/2508 (ÇELİK/LALE, s. 112 vd.).

⁶¹ 26.5.2013 RG S. 28658.

meydana gelen rizikolar⁶² da sigorta koruması kapsamında ele alınabilecektir. Yani geçmişe etkili olan bu sigortanın süresi bir yıldan az olamayacaktır. Böylece, mesleki sorumluluk sigortası olmayan dönemde mesleğini icra eden sigortalıların, sigortalı sıfatını taşımaya başlamadan önce meydana gelen rizikolardan kaynaklı tazminat talepleriyle karşılaşma endişesi varsa sigorta sözleşmesini geçmişe etkili olacak şekilde düzenleyebileceklerdir⁶³.

İkinci olarak, MSSGS’de yer verilen maddeye benzer bir madde Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları⁶⁴ m. A.1’de yer almaktadır. Bu madde gereği, *sözleşme tarihinden önceki on yıllık dönemdeki* veya sözleşme süresi içinde mesleki faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı olarak sözleşme süresi içinde kendisine yapılan tazminat taleplerine ve bu taleple bağlantılı yargılama giderleri ile hükmolunacak faize ve sigortalı aleyhine ileri sürülen tazminat talebine ilişkin makul giderlere karşı poliçede belirlenen limitler dâhilinde teminat sağlar. Dolayısıyla sigorta sözleşmesinin tarafları, sigorta korumasını sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren on yıl geriye götürebilecek şekilde, geçmişe etkili sigorta yapabileceklerdir.

SONUÇ

Sigorta sözleşmesinin tarafları, sözleşmenin yapılmasından önceki bir tarihi sigortacının sorumluluğunun ve dolayısıyla sigorta korumasının başlangıcı olarak kararlaştırmaları durumunda ‘geçmişe etkili sigorta’nın mevcudiyetinden söz edilir. TK gereği geçmişe etkili sigorta sözleşmesi yapılabilmesi için sigorta ettiren ve sigortacının bu konu üzerinde anlaşmış olmaları gereklidir. Ancak tek başına anlaşma, geçmişe etkili sigorta sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için yeterli değildir. Kanun ayrıca, sigorta ettirenin ve sigortacının sigortalanacak menfaat üzerinde rizikonun gerçekleştiğini veya gerçekleşmesinin imkânsız olduğunu bilmemeleri gerektiği şartını aramaktadır. Eğer sigorta ettiren

⁶² Burada kullanılan ‘riziko’ ibaresini ‘olaylar’ şeklinde anlamak gerekir. Zira sorumluluk sigortasında riziko, üçüncü kişinin zarara uğraması değil, bu zarara bağlı olarak tazminat talebinde bulunulmasıdır (bkz. TK m. 1475 Gereğe).

⁶³ CAN, Mertol, «Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları»na Genel Bir Bakış!, Ankara 2007, s. 18. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu düzenleme doktrinde *Can* tarafından, asgari bir yıllık sürenin öngörülmesi sigortacıları riziko hesabı yapmakta bazı sıkıntılarla karşı karşıya bırakabileceği; birçok sigortacının bir yıl gibi uzun bir süre için geçmişe etkili olarak koruma bahşeden poliçeler dolayısıyla kendilerine reasürör bulmakta zorlanacakları gerekçesiyle eleştirilmektedir (bkz. CAN, Mesleki Sorumluluk Sigortası, s. 19).

⁶⁴ 21.7.2010, RG 27648.

ve sigortacı, rizikonun gerçekleştiğini veya gerçekleşmesinin imkânsız olduğunu biliyorlarsa sigorta sözleşmesi geçersiz olacaktır. Bu şartın aksini kararlaştırmak mümkün değildir. Uygulamada geçmişe etkili sigortaya özellikle zorunlu mali mesuliyet trafik sigortası, kasko sigortası ve nakliyat sigortasında rastlanılmaktadır.

Sigortacı rizikonun gerçekleştiğini bilmemekle beraber, sigorta ettiren biliyorsa; sigortacı, sözleşmeyle bağlı olmayacak ve söz konusu sözleşme kapsamında ödenmesi gereken primlerin tamamına da hak kazanacaktır. Böylece kanun koyucu, iyiniyetli olmayan sigorta ettiren veya sigortalı fiilinin yaptırımı tabi tutulmasını ve sözleşmenin karşı tarafında bulunan sigortacının, kanuna ve hakkaniyete aykırı olan durum karşısında korunmasını amaçlamıştır. Bu ihtimalde sigortacı, rizikonun gerçekleştiğini sigorta ettiren tarafından bilindiğini iddia ediyorsa bunu ispatlamakla yükümlüdür (MK m. 6).

Yukarıdaki paragrafta belirtilen durumun aksi olursa, yani, sigortacı rizikonun gerçekleşmesinin imkânsız olduğunu biliyorsa ve buna rağmen geçmişe etkili bir sigorta sözleşmesi yapıyorsa, yapılan sözleşme geçersiz olacak, sigortacı prime hak kazanamayacak ve eğer ödenmiş primler varsa, bunların iadesi BK m. 77 vd. hükümleri çerçevesinde talep edilebilecektir.

Son olarak, geçmişe etkili sigorta sözleşmesinin yapılmasıyla sigorta sözleşmesinin etkisi sözleşmenin yapılması anından önceki bir tarihe teşmil edilmiş olacak ve böylece sigorta koruması zaman bakımından genişlemiş olacaktır.

KAYNAKÇA

BOZER, Ali, Mal Sigortasında Akdin Yürürlük Tarihini ve Sigortacının Mes'uliyetinin Başlangıcını Tayin Eden Sigorta Mukavelesi Hükümleri, BATİDER (1961), C. 1 Sa. 1, s. 215 vd.

BOZER, Ali, Sigorta Hukuku, Ankara 1965.

BOZER, Ali, Sigorta Hukuku Genel Hükümler – Bazı Sigorta Türleri, b. 2, Ankara 2007.

- BOZKURT, Tamer, Sigorta Hukuku, b. 7, İstanbul 2013.
- CAN, Mertol, «Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları»na Genel Bir Bakış!, Ankara 2007 (Mesleki Sorumluluk Sigortası).
- CAN, Mertol, Türk Özel Sigorta Hukuku (Ders Kitabı), b. 3, Ankara 2009 (Sigorta Hukuku).
- CAN, Mertol, “Gözden Geçirilmeye Muhtaç Hükümler Var mı?” Sorusu Çerçevesinde 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukukî Esaslar, Ankara 2012 (Hukukî Esaslar).
- CEBE, Mehmet Sinan, Açıklamalı ve İçtihatlı Mal Sigortaları Hukuku, Ankara 2010.
- ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, Adana 2014.
- ÇELİK, Salih/LALE, Muktedir, Özetli - İçtihatlı – Uygulamalı Sigorta Hukuku, 1. Cilt, Ankara 2007.
- KENDER, Rayegân, Sigorta Mukavelesinin Akdedilmesi ve Şartları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1984 (Sigorta Mukavelesi).
- KENDER, Rayegân, Sigorta Sözleşmesinin Süresine İlişkin Bazı Sorunlar, İkinci Sigorta Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu – Sigorta Hukuku Dergisi (1998), Sa. 1, s. 40 vd. (Bazı Sorunlar).
- KENDER, Rayegân, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, b. 12, İstanbul 2013 (Hususi Sigorta).
- KUBİLAY, Huriye, Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, b. 2, İzmir 2003.
- LALE, Muktedir/AKGÜL, İhsan, Sigorta Hukuku Örnekli – İçtihatlı – Uygulamalı, 1. Cilt, b. 2, Ankara 2011.
- LANGHEID, Theo/WANDT, Manfred, Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, §§ 1-99 Band 1.
- LOOSCHELDERS, Dirk/POHLMANN, Petra, Versicherungsvertragsgesetz Kommentar, 2. Auflage, Köln 2011.
- ÖÇAL, Akar, Sigortacılık ve Sigorta Hukuku Hakkında Genel Bilgiler, Ankara 1971.

PRÖLSS, Jürgen/MARTIN, Anton, Versicherungsvertragsgesetz, 28. Auflage, München 2010.

RÜFFER, Wilfried/HALBACH, Dirk/SCHIMIKOWSKI, Peter, Versicherungsvertragsgesetz Handkommentar, 2. Auflage, München 2011.

ŞENOCAK, Kemal, Geçici Sigorta Himayesi (Geçici Güvence), BATİDER (2003), C. XXII Sa. 1, s. 59 vd.

TAŞYÜREK, Hayri, Kasko Sigortası, Ankara 2001.

ULAŞ, Işıl, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, b. 8, Ankara 2012.

www.kazanci.com

CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNİN KESİLMESİ

Özgür GÜVENÇ*

ÖZET

Sözleşme görüşmelerinin kesilmesinden doğan sorumluluk, Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinde, kanunen düzenlenmemiş bir culpa in contrahendo sorumluluğu türü olarak kabul edilmektedir. Bu sorumluluk, esas itibariyle, karşı tarafta sözleşmenin kurulacağına ilişkin haklı bir beklenti uyandıran ve daha sonra sözleşme görüşmelerini kesen tarafın, bu nedenle karşı taraf nezdinde ortaya çıkan zararları tazmin yükümlülüğünü ifade eder. Sözleşme görüşmelerini kesmek aynı zamanda sözleşme özgürlüğu ilkesinin görüşmecilere tanıdığı bir yetki olduğundan, bu sorumluluğun sınırlarının mümkün olduğunca daraltılması gerekir. Bu doğrultuda, görüşmecilerin sözleşme kurma niyeti bulunmaksızın sözleşme görüşmelerine girmeleri ya da sözleşme kurma niyetleri ortadan kalmış olmasına rağmen bunu karşı tarafa derhâl bildirmeyerek görüşmeleri sürdürmeleri, culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açan hâlleri oluşturmaktadır. Bu hâllerde sorumluluğun temel dayanağı, aydınlatma ve ciddi görüşme yükümlülüklerinin ihlâlidir.

Anahtar Kelimeler: *Culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşme görüşmeleri, sözleşme görüşmelerinin kesilmesi, sözleşme özgürlüğu, aydınlatma yükümlülüğu.*

ABBRUCH VON VERTRAGSVERHANDLUNGEN IM RAHMEN DER HAFTUNG AUS CULPA IN CONTRAHENDO

ZUSAMMENFASSUNG

Der Abbruch von Vertragsverhandlungen wird in den türkischen und schweizerischen Rechtsordnungen als eine gesetzlich nicht geregelte Erscheinungsform der culpa in contrahendo anerkannt. Die Haftung für den Abbruch von Vertragsverhandlungen ist grundsätzlich die Schadensersatzverpflichtung des Verhandlungspartners, der die unzutreffende Erwartung des anderen Teils auf das Zustandekommen des Vertrages erweckt und danach die Verhandlungen abbricht. Weil jeder Verhandlungspartner dank des Prinzips der Vertragsfreiheit berechtigt ist, die Vertragsverhandlungen abzubrechen, soll der Umfang dieser Haftung so weit wie möglich begrenzt werden. Aus diesem Grund liegt die Haftung für den Abbruch von Vertragsverhandlungen nur dann vor, wenn die abbrechende Partei

Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı.

bereits zu Beginn der Verhandlungen nicht zum Vertragsabschluss bereit ist oder trotz fehlenden Abschlusswillens die Verhandlungen fortführt. In diesen Fällen ist die Rechtsgrundlage der Haftung die Verletzung der Aufklärungspflicht und der Pflicht zum ernsthaften Verhandeln.

Schlüsselwörter: *Haftung aus culpa in contrahendo, Vertragsverhandlungen, Abbruch von Vertragsverhandlungen, Vertragsfreiheit, Aufklärungspflicht.*

GİRİŞ

Culpa in contrahendo sorumluluğu, Türk/İsviçre sorumluluk hukukunun sözleşme sorumluluğu ve haksız fiil sorumluluğundan oluşan ikili yapısının, tüm sorumluluk hâllerini kapsayabilecek yeterliliğe sahip olmaması dolayısıyla ortaya çıkmıştır. Söz konusu sorumluluk türü, taraflar arasında sözleşme ilişkisi boyutuna varmayan bir özel bağlantının bulunduğu hâlleri, zarar gören bakımından elverişsiz hükümler içeren haksız fiil sahasından çıkararak, söz konusu hâllere sözleşme hükümlerinin kıyasen uygulanmasını mümkün kılan bir hukukî çareyi ifade eder.

Sözleşme görüşmelerinin tek taraflı olarak kesilmesinin de culpa in contrahendo sorumluluğu hâllerinden birini oluşturduğu, doktrin ve uygulama tarafından kabul edilmektedir. Böyle bir sorumluluk düşüncesinin temelinde yatan sebep, sözleşmenin kurulacağı hususunda haklı bir güven duyan kişinin bu güveninin korunmasıdır. Bununla birlikte sözleşme görüşmelerinin sebep belirtilmeksizin, tek taraflı olarak kesilmesi, aynı zamanda Türk/İsviçre borçlar hukukunun temelini teşkil eden irade özerkliği ilkesinin taraflara tanıdığı önemli bir yetkidir. Bu durum, sözleşme görüşmelerinin kesilmesinden doğan sorumluluğun, diğer culpa in contrahendo sorumluluğu hâllerine göre daha dikkatli bir şekilde ele alınmasını gerektirir. Zira haklı güveni korumak uğruna irade özerkliğinin ciddi derecede zarara uğratılması, Türk/İsviçre borçlar hukukunun temel yapısı ve ilkeleriyle bağdaşmaz.

Sözleşme görüşmelerinin kesilmesi hâllerini culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde incelemeyi amaçlayan bu çalışmada, önce culpa in contrahendo sorumluluğu ana hatlarıyla ele alınacak; ardından görüşmelerin kesilmesinden doğan sorumluluk, culpa in contrahendo sorumluluğunun şartları çerçevesinde, detaylı bir incelemeye tâbi tutulacaktır.

I. GENEL OLARAK CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU

A. Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Teorisinin Doğuşu ve Gelişimi

Latince bir terim olan culpa in contrahendo, kelime anlamı itibariyle bir sorumluluk türüne değil, sözleşmenin kurulması öncesinde ortaya çıkan kusurlu bir davranışa işaret etmektedir. Gerçekten “culpa” kelimesinin Türkçe karşılığı “kusur”, kökeni “contraho” olan “contrahendo” kelimesinin Türkçe karşılığı ise “bir anlaşmayı sonuçlandırmak, tamamlamak”tır¹. Dolayısıyla culpa in contrahendo, sözleşmenin kurulması aşamasındaki kusuru ifade eder. Sözleşmenin kurulması aşaması ile kastedilmek istenen de, taraflar arasında sözleşme görüşmeleri, sözleşme hazırlıkları ya da benzer iş ilişkilerinin mevcut bulunduğu, ancak sözleşmenin henüz kurulmadığı dönemdir. Dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğu kavramı, ana hatlarıyla, bu dönemde gerçekleştirilen kusurlu davranıştan doğan sorumluluk anlamını taşımaktadır².

¹ Lewis, Charlton T./Short, Charles; **A Latin Dictionary**, Oxford, Clarendon Press, 1879, (Erişim) <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.04.0059>, 09.07.2014.

² Doktrinde, culpa in contrahendo teriminin Türkçeye ve Almancaya çok çeşitli şekillerde çevrildiği görülmektedir. Bu çevirilerden özellikle “sözleşme görüşmelerinde kusur (*Verschulden bei Vertragsverhandlungen*)” ifadesine sıklıkla başvurulduğu dikkat çekmektedir. Bu yönde bkz. Demircioğlu, Huriye Reyhan; **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 43; Larenz, Karl/Wolf, Manfred; **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 9. Aufl., München, 2004, § 31, N. 3; Medicus, Dieter; **Allgemeiner Teil des BGB**, 9. Aufl., München, C. F. Müller Verlag, 2006, § 30. Bu çevirinin tercih edilmesine gerekçe olarak, “sözleşme öncesi” ya da “sözleşmenin kurulması” ifadelerinin, culpa in contrahendo sorumluluğunun doğabileceği zaman aralığını yeterince somutlaştıramaması gösterilmektedir (Demircioğlu, s. 43). Hâlbuki böyle bir yola başvurulduğunda, culpa in contrahendo terimi bakımından kavram kargaşasının giderildiğinden söz edilebilirse de, bu sefer sözleşme görüşmeleri kavramına ilişkin bir karışıklığın baş gösterdiği gözden kaçırılmamalıdır. Gerçekten, çalışmamızın da konusunu oluşturan sözleşme görüşmelerinin kesilmesinden doğan sorumluluk bakımından sözleşme görüşmeleri kavramı, culpa in contrahendo sorumluluğunun doğabileceği aşamadan daha sonraki bir zamanı, sosyal temasın ötesinde bir ilişkiyi ifade etmektedir. Sözleşme görüşmeleri, öneriye çağırma, öneri ve kabul kavramlarından tamamen bağımsız olarak, sosyal temas kavramını karşılayacak şekilde kullanıldığında, söz konusu kavrama, culpa in contrahendo sorumluluğu alanında tamamen yeni ve farklı bir anlam yüklenmiş olmaktadır. Bu şekilde, culpa in contrahendo gibi özel bir kavramı somutlaştırmak adına, daha genel bir anlama sahip bulunan sözleşme görüşmeleri kavramının somutluğunu kaybetmesine neden olmak, kanaatimizce isabetli bir çözüm yolu olmaktan uzaktır. Zira böyle bir yolun izlenmesi, sözleşme görüşmelerinin esas anlamını karşılayabilmek amacıyla, “fiilî sözleşme görüşmeleri” ya da “sözleşme görüşmelerinin fiilen başlaması” gibi zorlama kelime gruplarına başvurulması zorunluluğunu doğurmuştur ki, bu da konuya ilişkin kavram karışıklığını

Culpa in contrahendo kavramı, Alman hukukçu Rudolf von Jhering'in 1861 tarihli makalesi³ ile doktrine kazandırılmıştır⁴. Dolayısıyla genel bir sorumluluk türü olarak culpa in contrahendo sorumluluğunun fikir babasının Jhering olduğu kabul edilmektedir⁵. Jhering'i culpa in contrahendo teorisini oluşturmaya ve şekillendirmeye iten, bir sözleşmenin kurulması sırasında kusurlu olarak esaslı yanlışlığa (*wesentlicher Irrtum*) düşen ve sözleşmenin bu nedenle geçersizliğine yol açan tarafın, karşı tarafın zararlarını karşılaması gerektiği düşüncesi olmuştur⁶. Öncelikle yazar, mevcut sorumluluk türleri çerçevesinde bu tür bir tazminin mümkün olmadığını tespit etmiştir⁷. Kusurun sözleşme ilişkisiyle taşıdığı bağlantı, yazarı, söz konusu zararın sözleşme sorumluluğu esasları çerçevesinde talep edilebileceği sonucuna yönlendirmiştir⁸. Böylece culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşmenin herhangi bir sebeple geçersiz olduğu ihtimallerde, kusuruyla geçersizliğe sebebiyet veren kişinin sözleşmesel esaslara dayanan tazminat sorumluluğunu ifade eden bir sorumluluk türü olarak varlık kazanmıştır.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulama alanının genişlemesinde ve böylece bu sorumluluk türünün sorumluluk hukuku alanında kendisine önemli bir yer edinmesinde Alman İmparatorluk Mahkemesi (*Reichsgericht*)

daha da artırmıştır. Bunların yanında, görece yakın zamanda gerçekleştirilen BGB § 311/II düzenlemesinde de, “sözleşme görüşmeleri”, “sözleşme hazırlıkları” ve “benzer iş ilişkileri” kavramlarını ayrı ayrı kullanılmak suretiyle, “sözleşme görüşmeleri” ifadesine bunların hepsini kapsayacak bir anlam yüklemekten uzak durulduğu göze çarpmaktadır. Kanaatimizce bu hususta başvurulabilecek en etkili çözüm yolu, Alman ve İsviçre hukuk düzenlerinde olduğu gibi, Türk hukukunda da oldukça yaygın bir şekilde benimsenmiş bulunan “culpa in contrahendo sorumluluğu” kavramının kullanılmasıdır. Çalışmamızda da, anılan doğrultuda, söz konusu kavram tercih edilmiştir.

³ von Jhering, Rudolf; **Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen** (mit einem Nachwort von Eike Schmidt), Bad Homburg, Verlag Gehlen, 1969, s. 7 vd..

⁴ Bununla birlikte doktrinde, Roma hukukunda dolaylı dahi olsa culpa in contrahendo sorumluluğunun izlerinin görüldüğü öne sürülmektedir. Söz konusu sorumluluğun Roma hukukundaki görünümü hakkında bilgi için bkz. Frick, Joachim; **Culpa in contrahendo - Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Studie**, Zürich, Schweizer Studien zum Internationalen Recht, 1992, s. 105-108.

⁵ Demircioğlu, s. 54; Gonzenbach, Rainer; **Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht**, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1987, s. 3.

⁶ Jhering, s. 7.

⁷ Zira anılan ihtimalde, sözleşme geçersiz olduğu için sözleşme sorumluluğu hükümlerine, bir saf malvarlığı zararı söz konusu olması dolayısıyla haksız fiilin şartları gerçekleşmediği için de haksız fiil hükümlerine (actio doli ve actio legis Aquiliae davalarına) başvurulamamaktadır. Detaylı açıklamalar için bkz. Jhering, s. 8, 23, 24.

⁸ Jhering, s. 25.

de önemli rol oynamıştır. Mahkeme, 17.12.1911 tarihinde bu hususta ilk adımı atmış ve *Linoleumteppich* kararı ile⁹ culpa in contrahendo sorumluluğunu saf malvarlığı zararlarının yanında, bütünlük menfaatlerinin ihlâlinden doğan zararlar bakımından da kabul etmiştir. Mahkeme, taraflar arasında kurulmuş bir sözleşmenin bulunmadığı olayda, yardımcı kişinin kusurlu davranışıyla ortaya çıkan zararın sözleşme hükümlerine göre (BGB¹⁰ § 278) tazmin edileceği sonucuna varmıştır. Mahkemenin daha sonraki kararlarında, culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulama alanının, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu ihtimalleri de kapsamına alacak şekilde genişlediği görülmektedir¹¹.

01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesine İlişkin Kanun¹² ile Alman Medenî Kanunu'na eklenen BGB §§ 311/II ve 241/II hükümleri de¹³, culpa in contrahendo sorumluluğunun gelişimi bakımından oldukça önemlidir¹⁴. Zira BGB § 311/II hükmü, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla, sözleşme görüşmeleri başlamamış olmakla birlikte tarafların birbirlerinin hukukî değer ve menfaatlerini etkileme olanağına kavuşmalarıyla ve benzer işlemsel temaslarla bir borç ilişkisinin

⁹ RGZ 78, 239 vd., (Erişim) http://ruessmann.jura.uni-sb.de/bvr2006/Entscheidungen/RGZ_VI_240_11.htm, 09.07.2014.

¹⁰ Bürgerliches Gesetzbuch, (Erişim) <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>, 09.07.2014. Anılan karara ve benzer kararlara ilişkin açıklama ve değerlendirme için ayrıca bkz. Larenz, Karl; "Bemerkungen zur Haftung für culpa in contrahendo", **Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht: Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag**, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, s. 400-403.

¹¹ Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin culpa in contrahendo sorumluluğu teorisinin gelişimine katkı sağlayan çeşitli kararları hakkında bkz. Kırca, Çiğdem; **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyi Karşı Sorumluluk**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2004, s. 163-165. Hatta Alman İmparatorluk Mahkemesi, 05.04.1922 tarihli kararında, culpa in contrahendo sorumluluğunun genellikle bir sözleşmenin meydana geldiği ihtimallerde kabul edildiğini belirtmiştir (RGZ 104, 265-267 [Demircioğlu, s. 67, dn. 158'den naklen]).

¹² Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, (Erişim) Beck-Online, <http://rsw.beck.de/rsw/downloads/bgb-synopse-neu.pdf>, 09.07.2014.

¹³ Anılan hüküm yürürlüğe girmeden önce de, Alman Medenî Kanunu'nun bazı münferit hükümlerinde culpa in contrahendo sorumluluğunun varlığı kabul edilmekteydi. Bu hükümler şu şekilde sıralanabilir: Yanılgı dolayısıyla sözleşmeyi iptal edenin tazminat yükümlüğü (§ 122), geç ulaşan kabul beyanı (§ 149), yetkisiz temsilcinin sorumluluğu (§ 179), sözleşmenin kurulması sırasındaki ifa engeli (§ 311a) ve vekâlet sözleşmesinde işin reddedildiğini ihbar yükümü (§ 663). Konuya ilişkin bkz. Medicus, § 30, N. 444.

¹⁴ Hükümlere ilişkin detaylı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. Emmerich, Volker; **Münchener Kommentar zum BGB**, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, 6. Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2012, § 311, N. 35 vd.; Gezder, Ümit; **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009, s. 30 vd.; Larenz/Wolf, § 31, N. 7-15.

doğduğunu açıkça düzenlemiştir. Hükme göre söz konusu borç ilişkisi, BGB § 241/II anlamında, sadece koruma yükümlerinden ibarettir ve bu bakımdan edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi niteliği taşımaktadır. Görüldüğü üzere kanun koyucu, culpa in contrahendo sorumluluğunu zararın türü ve sözleşmenin kurulup kurulmadığı gibi ölçütlerle sınırlandırma yoluna gitmemiştir. Aksine, söz konusu sorumluluk, potansiyel müşterilik durumunu dahi içine alan geniş bir kapsama¹⁵ kavuşturulmuştur. Böylece culpa in contrahendo sorumluluğu teorisi, temellerinin atıldığı Alman hukukunda, doğrudan kanuna dayanan¹⁶ genel bir sorumluluk türü hâline getirilmiştir.

B. Türk ve İsviçre Hukuk Düzenlerinde Culpa in Contrahendo Sorumluluğu

Alman hukukunun aksine, Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinde, culpa in contrahendo sorumluluğunu düzenleyen genel bir kanun hükmü mevcut değildir. Bununla birlikte Türk ve İsviçre hukuklarının culpa in contrahendo kurumuna tamamen yabancı olduğu da söylenemez. Anılan hukuk düzenlerinde, çeşitli hususları düzenleyen münferit birtakım hükümlerin temelinde culpa in contrahendo düşüncesinin yattığı genel olarak kabul edilmektedir. Bu hususta özellikle kendi kusuruyla yanılığa düşenin tazminat sorumluluğunu düzenleyen TBK¹⁷ md. 35 ve OR¹⁸ Art. 26; aldatma ve korkutma dolayısıyla tazminat taleplerine ilişkin TBK md. 39/II ve OR Art. 31/III; temsil belgesinin geri alınmamasından doğan sorumluluğu hüküm altına alan TBK md. 44/II ve OR Art. 36/II; yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu öngören TBK md. 47 ve OR Art. 39 ile fiil ehliyetine sahip olduğu hususunda karşı tarafı yanıltan vesayet altındaki kişinin sorumluluğunu düzenleyen TMK¹⁹ md. 452/II ile ZGB²⁰

¹⁵ Emmerich, § 311, N. 43; Gezder, s. 35. Hükümün kapsamına ilişkin ayrıca bkz. Oğuztürk, Burcu; **Güven Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 146 vd..

¹⁶ Emmerich, § 311, N. 39.

¹⁷ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, **RG**, 04.02.2011, S. 27836.

¹⁸ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30 März 1911, SR 220, (Erişim) <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19110009/index.html>, 10.07.2014.

¹⁹ Türk Medeni Kanunu, **RG**, 08.12.2001, S. 24607.

²⁰ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210, (Erişim) <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html>, 10.07.2014.

Art. 452/III²¹ hükümleri²² öne çıkmaktadır²³. Doktrin, culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin kanun boşluğunu doldurmak amacıyla hukukî kıyasa (ilke kıyası, *Rechtsanalogie*, *Gesamtanalogie*)²⁴ başvurmakta, sorumluluğun genel ilkelerini anılan düzenlemelerden yola çıkarak belirlemektedir²⁵.

²¹ Anılan hüküm, 19 Aralık 2008 tarihinde kabul edilen ve 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren yetişkinlerin korunması, kişiler hukuku ve çocuk hukuku alanlarındaki İsviçre Medenî Kanunu değişikliğinden önce Art. 411/II'de yer almaktaydı.

²² Doktrinde, bu hükümlerin dışında, TBK md. 3 (OR Art. 3), md. 5 (OR Art. 5), özellikle de kabul beyanının geç ulaşması ihtimalinde önerene, öneriyle bağlı olmak istemediğini bildirme yükümü öngören md. 5/III (OR Art. 5/III) düzenlemelerinin culpa in contrahendo sorumluluğuyla ilişkili olduğunu kabul eden yazarlar da mevcuttur. Bu yönde bkz. Bühler-Reimann, Theodor; "Zum Problem der culpa in contrahendo", **SJZ**, 1979, s. 358; Eren, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 1133; von Tuhr, Andreas/Peter, Hans; **Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts**, Bd. I, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1979, s. 192 vd.. Ancak bu düşüncenin, eski İsviçre Borçlar Kanunu'nun Art. 5/II hükmünün bu yükümün ihlâline sözleşmenin kurulması değil, olumsuz zararın tazmini sonucu bağlanmış olmasından kaynaklandığı söylenebilir. Günümüzde, gerek Türk gerekse İsviçre Borçlar Kanunu, anılan durumda sözleşmenin kurulduğunu kabul etmektedir. Esas varlık amacı, taraflar arasında, sözleşme boyutuna varmayan özel bir bağlantının bulunduğu ihtimalleri haksız fiil alanından çıkararak sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanabileceği bir alana dâhil etmek olan culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşme sorumluluğuyla yarışması anlamsızdır. Dolayısıyla sözleşmenin kurulmuş olduğu bu gibi hâllerde, artık sözleşmeye dayanarak ifa menfaatinin karşılanacağı, dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğuna yer olmadığı sonucuna varılmalıdır. Aynı sonuç, satıcının, başışlayanın ve saklatanın sorumluluğunu düzenleyen TBK md. 217/II, md. 229/II, md. 243/II ve md. 562/II hükümleri bakımından da geçerlidir. Aynı yönde görüş için bkz. Gonzenbach, s. 9-13; Yılmaz, Hamdi; "Sözleşme Görüşmelerinde Kusur 'Culpa In Contrahendo' ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler", **Yargıtay Dergisi**, C. XI, S. 3, Ankara, Temmuz 1985, s. 240-241.

²³ Eren, s. 1133-1135; Gonzenbach, s. 13, 14; Kılıçoğlu, Ahmet M.; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s. 86, 87; Kramer, Ernst A./Schmidlin, Bruno; **Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, Bd. VI/1/1, Das Obligationenrecht: Allgemeine Bestimmungen (Art 1-18 OR), Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1986, Einl., N. 135; Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 12. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 489; Tekinay, Selâhattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altıp, Atillâ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 977, 978.

²⁴ Basit kıyastan (*Gesetzesanalogie*) farklı olan bu kıyas türünde, kanun boşluğunun birden fazla kanun hükmü bakımından ortak olan temel bir ilkeyle doldurulması söz konusudur. Hukukî kıyas kavramı hakkında bilgi için bkz. Serozan, Rona; **Medenî Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, § 5, N. 36.

²⁵ Bühler-Reimann, s. 358; Gonzenbach, s. 8; Koller, Alfred; **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2009, § 28, N. 34; Kramer/Schmidlin, Einl., N. 135; Serozan, Rona; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, C. III, 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, § 19, N. 2; Yalman, Süleyman; **Türk - İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 38.

Culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin açık bir kanun hükmünün bulunmasından kaynaklanan şekli farklılık bir kenara bırakıldığında, Alman hukuku ile Türk ve İsviçre hukuk düzenleri arasında, culpa in contrahendo sorumluluğunun kaynağı ve temel ilkeleri bakımından önemli bir farklılık bulunmamaktadır. Zira Türk ve İsviçre hukuklarında da, söz konusu sorumluluğun kaynağını edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi oluşturmaktadır²⁶. Tek fark, Alman hukukunda açıkça düzenlenen (BGB § 241/II) bu borç ilişkisinin varlığı sonucuna, Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinde dürüstlük kuralını düzenleyen TMK md. 2/I hükmünden yola çıkılarak varılmasıdır. Gerçekten, sosyal temasla birlikte birbirlerinin hak ve menfaatlerine etki etme olanağına kavuşan taraflar arasında edim yükümlerinden bağımsız, koruma yükümlerinden ibaret bir borç ilişkisi kurulur. TMK md. 2/I gereğince kurulan bu ilişki dolayısıyla taraflar, birbirlerinin bu hak ve menfaatlerini koruma yükümü altına girmektedir. Böylece dürüstlük kuralı, taraflara, kendi hak ve menfaatlerinin karşı tarafça zarara uğratılmayacağına dair haklı bir güven sağlamaktadır. Söz konusu koruma yükümlerinin ihlali ve dolayısıyla bu güvenin boşa çıkarılması, culpa in contrahendo sorumluluğunun doğmasına yol açmaktadır²⁷.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun anılan şekilde genel bir sorumluluk türü olarak benimsenmesi, kanunlarda düzenlenmeyen birtakım hâllerde de bu sorumluluğa başvurulmasının yolunu açmıştır. Bu hususta, geçerlilik şekline uyulmadığını, hukuka veya ahlâka aykırılığı ya da başlangıçtaki imkânsızlığı bilen yahut bilmesi gereken kişinin, karşı taraf nezdinde geçerli bir sözleşme kurulduğuna ilişkin güven uyandırması hâllerinde culpa in contrahendo sorumluluğunun varlığı, doktrin ve uygulama tarafından kabul edilmektedir. Aynı şekilde, açıklama ve özenli bilgi verme yükümlülüklerinin ihlali ile sözleşme görüşmelerinin haklı bir sebebe dayanmaksızın yarıda kesilmesi, söz konusu sorumluluk türünün diğer uygulama alanları olarak görülmektedir²⁸.

²⁶ Demircioğlu, s. 142, 143; Kramer/Schmidlin, Einl., N. 139; Schöenberger, Wilhelm/Jäggi, Peter; **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Bd. VIa/2: Das Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1973, Art. 1, N. 592; Serozan, Rona; "Culpa In Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi", **MHAD**, Yıl 2, S. 3, İstanbul, 1968, s. 111; Yalman, s. 82. Doktrinde, söz konusu ilişkinin "sözleşme benzeri güven ilişkisi" şeklinde adlandırıldığı da görülmektedir. Bu yönde bkz. Eren, s. 1128.

²⁷ Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi kavramı ve culpa in contrahendo ile ilişkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Demircioğlu, s. 120 vd.; Eren, s. 42 vd.; Gezder, s. 43-46; Larenz, Karl; **Lehrbuch des Schuldrechts Allgemeiner Teil**, Bd. I, 14. Aufl., München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987, s. 104 vd.; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 117 vd..

²⁸ Doktrinde culpa in contrahendo sorumluluğu ile ilişkilendirilen söz konusu hâller hakkında detaylı bilgi için bkz. Demircioğlu, s. 191 vd.; Eren, s. 1135-1137; Gonzenbach, s. 92 vd.;

II. SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNİN KESİLMESİ VE CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Alman Medenî Kanunu'nun olduğu gibi²⁹ İsviçre Borçlar Kanunu'nun da oluşumu, sözleşme kavramına atfedilen anlamın köklü bir farklılaşma sürecine girdiği geç liberalizm (*Spätliberalismus*) dönemine denk gelmiştir. Bu durum, İsviçre borçlar hukuku ve dolayısıyla Türk borçlar hukuku tarafından irade özerkliğinin (*Privatautonomie*) temel ilke olarak benimsenmesi ve bu ilkeye oldukça büyük bir değer yüklenmesi sonucunu doğurmuştur. Bireyin kişisel ilişkilerini herhangi bir sınırlamaya bağlı kalmaksızın, özgürce düzenleyebilmesi anlamını taşıyan bu ilkenin³⁰ borçlar hukuku alanındaki en önemli görünümü, sözleşme özgürlüğüdür (TBK md. 26, AY md. 48/I). Sözleşme özgürlüğü sayesinde taraflar, kişisel bir bağlılık altına girip girmeme hususunda serbestçe karar verme yetkisine sahip kılınmaktadır. Böylece taraflar, sözleşmeler alanındaki hukukî ilişkilerini diledikleri gibi düzenleyebilme olanağını elde etmektedir. Bu doğrultuda, bir sözleşme akdetmek amacıyla görüşmelere başlamak gibi, görüşmeleri sözleşmeyi akdetmeksizin, tek taraflı olarak kesmek de taraflara tanınmış bir özgürlüktür³¹. Dolayısıyla Türk ve İsviçre hukuklarında, irade özerkliği dolayısıyla, sözleşme görüşmelerinin tek taraflı olarak kesilmesi kural olarak herhangi bir sorumluluğa yol açmaz.

Bununla birlikte, irade özerkliği ilkesinin mutlak ve sınırsız bir nitelik taşımadığı gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle hukukî güvenliğin ve hakkaniyetin korunması gibi gereksinimler, irade özerkliğinin sınırlarını çizme gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Hukukî işlemler alanında bu sınırların belirlenmesinde en önemli rol, dürüstlük kuralına ve yine kaynağını dürüstlük kuralından alan haklı güvenin korunması ilkesine aittir. Haklı güvenin korunması ilkesi, en genel ifadesiyle, bir kimsenin, bir başkası

Koller, § 28, N. 6-17; Kramer, Ernst A.; **Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, Bd. VI/1/2/1a, Das Obligationenrecht: Inhalt des Vertrages (Art 19-22 OR), Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1991, Art. 22, N. 12 vd., (Erişim) Swisslex, <https://www.swisslex.ch/>, 10.07.2014.

²⁹ Küpper, Wolfgang; **Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo**, Berlin, Duncker & Humblot, 1988, s. 151.

³⁰ İrade özerkliği ve özellikle sözleşme özgürlüğü hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, s. 15-18; Kocayusufpaşaoğlu, Necip; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme**, 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014, § 40 vd..

³¹ BGE 105 II 75, 79 vd., (Erişim) Swisslex, <https://www.swisslex.ch/>, 10.07.2014; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 991; Gezder, s. 51, 52, 163; Gonzenbach, s. 15; Larenz/Wolf, § 31, N. 25.

nezdinde oluşturduğu haklı güvenin boşa çıkması dolayısıyla sorumlu olması anlamını taşır. Bu ilke, birtakım şartların gerçekleşmesi hâlinde, sözleşme görüşmelerini sona erdirmeye özgürlüğünün kısıtlanması düşüncesine varlık kazandırmıştır. Anılan düşünce, doktrini ve uygulamayı, görüşmelerin tek taraflı olarak kesilmesini yaptırıma bağlayabilecek ve böylece haklı güvenin korunmasına hizmet edecek bir sorumluluk arayışına itmiştir. Sözleşme sorumluluğu hükümleri, görüşmeleri aşamasında kurulmuş bir sözleşmenin bulunmaması nedeniyle; haksız fiil hükümleri ise, saf malvarlığı zararlarını kural olarak kapsamına almaması ve zarar görenin korunması hususunda daha elverişsiz düzenlemeleri bünyesinde barındırması dolayısıyla bu arayışı tatmin etmekte yetersiz kalmıştır. Söz konusu yetersizlik, culpa in contrahendo sorumluluğunun bu hususta bir çözüm yolu olarak görülmesi sonucunu doğurmuştur.

Görüldüğü üzere sözleşme görüşmelerinin tek taraflı olarak kesilmesinden bir sorumluluk doğup doğmayacağı sorunu, esasen irade özerkliği ilkesi ile haklı güvenin korunması ilkesinin üstünlük mücadelesinden ibarettir. İrade özerkliğini temel ilke olarak kabul eden bir hukuk düzeninde, sözleşme görüşmelerinin kesilmesinin bir sorumluluğa yol açacağı sonucuna varılırken daha ihtiyatlı davranmak gerekir. Gerçekten, culpa in contrahendo kurumunun bu hususta tek çözüm yolu olarak görülmesi dolayısıyla, öncelikle culpa in contrahendo sorumluluğunun doğduğu yargısına varılıp sonradan gerekçelendirme faaliyetine gidilirse, hem istisna kural hâline getirilmiş olur hem de hukuk düzeninin temellerinden kopması gibi ciddi bir tehlike ortaya çıkar. Bu tehlikenin önüne geçilebilmesi için, culpa in contrahendo sorumluluğunun şartları açıkça ortaya konmalı ve sözleşme görüşmelerinin kesilmesi hâlleri bu şartlar çerçevesinde detaylı bir değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır. Sadece, somut olayda sorumluluğun tüm şartlarının bulunduğu sonucuna varılabiliyorsa culpa in contrahendo sorumluluğundan söz edilmeli, aksi ihtimallerde irade özerkliği ilkesine müdahaleden kaçınılmalıdır.

C. Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesinin Culpa in Contrahendo Sorumluluğunun Şartları Çerçevesinde Ele Alınması

1. Sözleşme Boyutuna Varmayan Özel Bağlantı

a. Özel Bağlantının Kurulması

Culpa in contrahendo sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için aranması gereken ilk şart, zarar verici davranış gerçekleştirildiği sırada taraflar arasında bir özel bağlantının (*Sonderverbindung*) bulunmasıdır. Özel bağlantı,

bireyin duyduğu güvenin hukukî anlamda dikkate alınmasını ve korunmasını mümkün kılmaktadır³². Gerçekten bir başkasıyla sözleşme görüşmelerine girişilmesi, hukukî değer ve menfaatlerin bu kişilerin etkisine açılması anlamına gelir. Bu durum, görüşmecinin, değer ve menfaatlerinin karşı görüşmeci tarafından zarara uğratılmayacağına dair, normalin üzerinde bir güven duyduğunu ortaya koymaktadır. Toplumdaki tüm bireylere karşı genel olarak duyulan güvenin korunmasına hizmet eden haksız fiil hükümlerinin sunduğu koruma, belirli bir kişiye karşı duyulan bu özel güvenin³³ korunmasında yetersiz kalır. Böylece anılan hukukî değer ve menfaatlerin zarar görmesi hâlinde, sorumluluğun sözleşme sorumluluğu hükümlerine yakınlaştırılması gerekliliği doğar ki, bu da esasen culpa in contrahendo sorumluluğunun doğuş ve varlık amacıdır. Bu yönüyle özel bağlantı, sorumluluğun en önemli şartlarından birini oluşturmaktadır.

Özel bağlantı kavramı, borç ilişkisi kavramıyla büyük ölçüde örtüşmektedir. Gerçekten her borç ilişkisi, belirli kişiler arasında kurulur ve biri alacaklı, diğeri borçlu olan en az iki kişinin varlığını gerektirir. Borç ilişkileriyle, herkese karşı ileri sürülebilen kişilik hakları ve mülkiyet hakkı gibi haklar arasındaki temel farklılık da esasen bu noktada ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla özel bağlantı nitelendirmesi, esasen, yalnızca belirli kişiler arasında kurulan ve sadece taraflarını bağlayan hukukî ilişkileri ifade eder³⁴.

Culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından özel bağlantıyı, sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada taraflar arasındaki koruma yükümlülüklerinin kaynağını oluşturan ve TMK md. 2/I'e dayanan edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi sağlamaktadır. Bu borç ilişkisi, hukukî işlem amacına yönelmiş bir sosyal temasla³⁵, yani sözleşme hazırlıklarıyla

³² Doktrinde bu durum, güvenin normatif anlamda korunmaya değer olması şeklinde nitelendirilmektedir. Bu yönde nitelendirme için bkz. Demircioğlu, s. 181.

³³ Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 122 vd..

³⁴ Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts**, s. 6.

³⁵ Hukukî işlem kurma amacına yönelmiş sosyal temas (*rechtsgeschäftlicher Kontakt*) kavramı, temasın, en azından bir hukukî işlemin kurulması ihtimalini bünyesinde barındırması anlamını taşımaktadır. Konuya ilişkin bkz. Larenz, Karl, "Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und sozialer Kontakt", **Monatsschrift für deutsches Recht**, 9/1954, s. 517, 518. Bununla birlikte doktrinde bir görüş, söz konusu temasın hukukî işlem alanına ilişkin olmasını gerekli görmemekte, hukukî bir amaca yönelmesini yeterli kabul etmektedir. Söz konusu görüşü savunan yazarlar, bu sonuca, koruma yükümlerinin edim yükümlerinden bağımsız niteliği gerekçe gösterilerek varmaktadır. Anılan görüşe göre bu bağımsızlık, koruma yükümlerinin doğması için edim ilişkisi kurma amacının varlığının aranmasına engel teşkil eder. Bu yönde bkz. Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 123; Ulsan, İhsan; "Culpa In Contrahendo Üstüne", **Prof. Dr. Ümit Yaşar**

ya da benzer iş ilişkileriyle başlar, sözleşmenin varlığı süresince ve kimi zaman sözleşme sona erdikten sonra dahi devam eder. Ancak sözleşmenin kurulması anından itibaren söz konusu koruma yükümlülüklerinin ihlâli culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açmaz. Zira sözleşmenin varlığıyla özel bağlantı ve bu bağlantı dolayısıyla duyulan güven en üst düzeye ulaşmıştır. Bu aşamadan sonra sözleşmenin müspet ihlâli kurumu çerçevesinde, doğrudan sözleşme sorumluluğu gündeme gelir³⁶. Sözleşme sonrasında varlığını sürdüren koruma yükümlülüklerinin ihlâli hâlinde de sözleşme sorumluluğu esaslarına başvurulacağı, doktrinde genel olarak kabul edilmektedir³⁷. Dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğuna kaynaklık eden özel bağlantı, hukukî işleme yönelen bir sosyal temasın bulunduğu, ancak sözleşmenin henüz kurulmadığı aşamayı ifade eder.

Sözleşme görüşmelerinin tek taraflı olarak kesilmesinin söz konusu olduğu tüm hâllerde özel bağlantı şartının gerçekleştiği kabul edilmelidir. Zira sözleşme görüşmeleri, taraflar arasındaki sosyal temas anının daha ötesinde bir aşamayı ifade eder. Hukukî işlem amacına yönelmiş sosyal temasın kurulduğu andaki zayıf güven ilişkisi, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla birlikte güçlenmektedir. Dolayısıyla anılan zayıf güven ilişkisini bile özel bağlantı kapsamında korumaya değer gören bir hukuk düzeni, sözleşme görüşmeleri aşamasındaki yoğun güven ilişkisini evleviyetle korumalıdır.

Hemen belirtmek gerekir ki hukukî işlem yapma amacına yönelmiş her sosyal temasın tek taraflı olarak kesilmesi sorumluluğa yol açmaz. Sorumluluğun doğması için, özel bağlantı sözleşme görüşmesi olarak adlandırılabilir

Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1982, s. 316. Söz konusu görüş, "hukukî amaç" kavramının, culpa in contrahendo sorumluluğunun doğması için sosyal temasın ne derece yoğun olması gerektiğini somut bir şekilde ortaya koyamaması ve bu nedenle sorumluluğun kapsamını önü alınmaz biçimde genişletmesi dolayısıyla, bizce de haklı olarak eleştirilmektedir. Görüşün eleştirisi için bkz. Demircioğlu, s. 129 vd.; Kırca, s. 171; Kutlu Sungurbey, Ayfer; **Yetkisiz Temsil: Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar**, İstanbul, Yasa Yayınları, 1988, s. 109 vd..

³⁶ Alman hukuku kökenli bir kurum olan sözleşmenin müspet ihlâli kurumu hakkında bilgi ve TBK md. 112 hükmünün söz konusu kurumun Türk hukukunda uygulanmasını engelleyip engellemeyeceğine ilişkin tartışmalar için bkz. Aral, Fahrettin; **Kötü İfa**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 76 vd.; Demircioğlu, s. 147 vd.; Eren, s. 1043 vd.; Kutlu Sungurbey, s. 106 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, § 18.

³⁷ Demircioğlu, s. 155; Serozan, **İfa Engelleri**, § 18, N. 5. Vekilin sır saklama yükümü ve işçinin rekabet etmeme yükümü, sözleşme sonrası koruma yükümlülüklerinin en tipik örneklerini oluşturur. Konuya ilişkin bkz. Akyol, Şener; **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1995, s. 53, 54; Eren, s. 41, 42.

boyuta ulaşmalı ve kesilme de bu aşamada gerçekleşmelidir. Sosyal temasla başlayan ilişkinin hangi aşamadan itibaren sözleşme görüşmeleri ilişkisi olarak nitelendirilebileceği hususunun açıklığa kavuşturulması, bu bakımdan ciddi bir gereklilik arz eder. Culpa in contrahendo sorumluluğu bağlamında sözleşme görüşmelerinin başladığının kabul edilebilmesi için, taraflar arasında sözleşme kurma amacına yönelik bir ilişki kurulması gerekir³⁸. İlişkinin sözleşme kurma amacına yöneldiğinden bahsedilebilmesi için, tarafların ileride kurulması istenen sözleşmeyle bağlanmaya yönelik bir irade taşımaları ve bu iradelerini bir şekilde açığa vurmaları yeterlidir³⁹. Bu açığa vurma öneriye çağırma veya öneri şeklinde bir irade beyanıyla gerçekleştirilebileceği gibi; irade beyanı niteliği taşımayan sözlü, yazılı ya da örtülü bir davranışla da gerçekleştirilebilir⁴⁰. Bununla birlikte her irade beyanı ya da davranışın sözleşme görüşmeleri ilişkisinin başlaması için yeterli olduğu söylenemez. Anılan ilişki, iradenin ancak belirli bir kişiye yönelik olarak açığa vurulduğu ihtimallerde varlık kazanır. Zira sözleşme görüşmelerinin kesilmesi dolayısıyla bir sorumluluktan bahsedilebilmesi için, görüşmeleri yapılan sözleşmenin kurulacağına dair ciddi bir güven duyulmalıdır. Bu güven, ancak öngörülebilir bir tarihte kurulabilecek, somut bir sözleşmeye ilişkin görüşme ilişkisinde doğabileceğinden⁴¹, ilişkinin taraflarının da belirlilik arz etmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle sözleşme kurma amacına yönelik açıklamaların belirli bir kişiye ya da kişilere yöneltilmiş olması, sözleşme görüşmesi kavramının kullanılabilmesinin ön şartıdır. Bu çerçevede, belirsiz kişilere yöneltilmiş olan katalog, tarife, broşür, televizyon ya da radyo reklamları gibi tek taraflı açıklama ve bilgilendirmeler (*einseitige Anpreisung*), tek başına sözleşme görüşmelerinin başlaması sonucunu doğurmaz⁴². Bu gibi durumlarda, ancak söz konusu beyana muhatap olan kişinin, bu beyan doğrultusunda karşı taraf ile iletişime geçmesiyle sözleşme görüşmelerinin başladığından söz edilebilir⁴³.

Özetle, sözleşme görüşmelerinin kesilmesi gerekçesine dayanan culpa in contrahendo sorumluluğu, ancak her iki tarafın da ciddi bir sözleşme kurma bilinciyle dâhil olduğu bir sözleşme görüşmesi ilişkisi çerçevesinde gündeme gelebilir. Zira ancak bu durumda, bir hukukî işlemin ortaya çıkması basit ve

³⁸ Larenz/Wolf, § 31, N. 9.

³⁹ Aynı yönde bkz. Gezder, s. 38; BGE 116 II 695, 698, (Erişim) Swisslex, <https://www.swiss-lex.ch/>, 11.07.2014.

⁴⁰ Emmerich, § 311, N. 46; Gezder, s. 38; Larenz/Wolf, § 31, N. 9.

⁴¹ Larenz/Wolf, § 31, N. 9.

⁴² Emmerich, § 311, N. 46; Gezder, s. 39; Larenz/Wolf, § 31, N. 9.

⁴³ Gezder, s. 39; Larenz/Wolf, § 31, N. 9.

varsayımsal bir ihtimalden öteye geçmekte, tarafların artık basit bir ihtimalden ibaret olmayan bu olguya ilişkin duyabilecekleri güven, hukuken korunmaya değer bir hâl almaktadır. Gerçekten böyle bir ilişki içinde bulunan taraflar, her şeyden önce beyanlarının uyuşması hâlinde sözleşmenin kurulacağını bilincindedir. Bu bilinci taşıyan görüşmeci, aksi yönde bilgilendirilmedikçe, görüşmelere devam eden karşı tarafın da aynı bilinçle hareket ettiğine dair haklı bir güven duyar. Dolayısıyla yukarıda ifade edilen esaslar, sözleşme görüşmelerinin kesilmesi dolayısıyla bir sorumluluğun doğabileceği anın başlangıcının tespitinde belirleyici rol oynamaktadır.

b. Sorumluluğun Sözleşme Sorumluluğu Esaslarına Dayandırılmaması

Sorumluluğun sözleşme sorumluluğu esaslarına dayandırılabilmesi hâllerde artık culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedilemeyeceği şüphesizdir⁴⁴. Zira culpa in contrahendo sorumluluğunun varlık sebebi ve temel işlevi, taraflar arasında özel bağlantının bulunduğu hâlleri, zarar görenin korunması bakımından elverişsiz hükümler içeren haksız fiil alanından çıkararak sözleşme sorumluluğuna yaklaştırmaktır. Dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğunun sözleşme sorumluluğu ile yarışması düşünülemez⁴⁵. Daha önce de ifade edildiği üzere, sözleşmenin kurulması anından itibaren, güven ilişkisinin yoğunluğu dolayısıyla koruma yükümlülüklerinin ihlâline dahi sözleşme hükümlerinin uygulanması, anılan sorumluluk türlerinin birbiriyle yarışamayacağını açıkça ortaya koymaktadır. Dolayısıyla sözleşme sorumluluğu esaslarının olaya uygulanabilir nitelik taşıması, culpa in contrahendo sorumluluğunun bir diğer şartını oluşturmaktadır.

Sorumluluğun sözleşme sorumluluğu esaslarına dayandırılıp dayandırılmayacağını tespitinde öncelikle sözleşmenin kurulup kurulmadığı hususu ele alınmalıdır. Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinde sözleşmenin kurulması, düzenlemesini TBK md. 2/I ve OR Art. 2/I hükümlerinde bulunmaktadır. Söz konusu hükümler, tarafların sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmaları ihtimalinde, yan noktalarda bir uyuşma söz konusu olmasa dahi sözleşmenin kurulacağını ifade etmektedir. Bu çerçevede, taraflar esaslı noktalar (essentialia negotii) üzerinde anlaşmışlarsa, doğal noktalar (naturalia negotii) ve yan noktalar gibi diğer hususlar üzerinde anlaşmaya varılmamış

⁴⁴ Gezder, s. 101; Koller, § 28, N. 40.

⁴⁵ Demircioğlu, s. 282.

olsa dahi sözleşmenin kurulduğu sonucuna varılır⁴⁶. Doktrinde aksi görüş de savunulmakla birlikte⁴⁷, TBK md. 2/I ve OR Art. 2/I hükümlerindeki karinenin bir anlam ifade edilebilmesi için, hükümdeki “sözleşmenin esaslı noktaları” ibaresinin, sadece objektif esaslı unsurları kapsadığı kabul edilmelidir⁴⁸. Bununla birlikte hüküm adi karine niteliği taşıdığından, taraflar, bir konunun görüşmeler sırasında ele alınıp görüşüldüğünü; konunun, sözleşmenin kurulması bakımından kendileri için onusuz olmaz şart (conditio sine qua non) teşkil ettiğini ve konunun bu derece önem taşıdığına karşı tarafça bilindiği ya da bilinebilecek durumda olduğunu ispat etmek suretiyle karineyi çürütebilirler⁴⁹.

Karşılıklı irade beyanlarının birbiriyle uyuşup uyuşmadığı, yani sözleşmenin TBK md. 1/I hükmü çerçevesinde kurulup kurulmadığı sorununun çözümlenmesinde güven ilkesine (*Vertrauensprinzip*) başvurulmaktadır. Güven ilkesi, beyan sahibi ile beyan muhatabının beyana farklı anlamlar yüklediği ihtimallerde, hangi anlamın esas alınacağını belirlemek amacıyla geliştirilmiştir. Haklı güvenin korunması ilkesinin hukuk düzenindeki bir diğer görünümünü teşkil eden güven ilkesi gereğince, muhatabın, bildiği ya da bilmesi gereken tüm şartları, TMK md. 2/I’de düzenlenen dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirerek beyana vereceği anlam esas alınır⁵⁰. Muhatap, kendisine yöneltilen irade beyanını, dürüstlük kuralınca haklı görülebilecek şekilde anlamlandırmışsa, onun bu husustaki haklı güveni hukuk düzenince korunur. Burada güvenin korunması, sözleşmenin, irade beyanının bu anlamı

⁴⁶ Eren, s. 233, 234; Kocayusufpaşaoğlu, § 17, N. 4-6; von Tuhr/Peter, s. 155.

⁴⁷ Söz konusu görüşü savunan yazarlar, sözleşme özgürlüğü gereğince, tarafların tüm yan noktaları sübjektif esaslı nokta hâline getirebileceklerini öne sürmektedir. Dolayısıyla sübjektif esaslı noktalar üzerinde uyuşma sağlanamadığı ihtimallerde sözleşme kurulmamış sayılmalıdır. Bu yönde bkz. Eren, s. 236, 237; Oğuzman/Öz, s. 74.

⁴⁸ Aynı görüşte bkz. Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan; **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Bd. I, 9. Aufl., Zürich, Schultess Verlag, 2008, N. 995; Kocayusufpaşaoğlu, § 17, N. 7; Kramer/Schmidlin, Art. 2, N. 10; Schönenberger/Jäggi, Art. 2, N. 32 vd.. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir. Bkz. BGE 103 II 93, (Erişim) Swisslex, <https://www.swisslex.ch/>, 14.07.2014.

⁴⁹ Kocayusufpaşaoğlu, § 17, N. 9; Kramer/Schmidlin, Art. 2, N. 11.

⁵⁰ Güven ilkesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Eren, s. 231-233; Kocayusufpaşaoğlu, § 13; Kramer/Schmidlin, Art. 1, N. 102 vd.; Oğuzman/Öz, s. 70-73; Schönenberger/Jäggi, Art. 1, N. 188; von Tuhr/Peter, s. 287; BGE 94 II 101; BGE 105 II 16, (Erişim) Swisslex, <https://www.swisslex.ch/>, 15.07.2014; Yarg. HGK, 22.01.1958, E. 1958/1, K. 1958/7 (Oğuzman/Öz, s. 70, dn. 92’den naklen); Yarg. 4. HD, 08.11.1984, E. 1984/7125, K. 1984/8253, (Erişim) Hukuktürk Hukuk Bilgi Bankası, <http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/home.jsp>, 15.07.2014.

çerçevesinde kurulmuş kabul edilmesi⁵¹ ve bu doğrultuda haklı güveni korunan kişinin ifa menfaatini talep yetkisine sahip kılınması şeklinde gerçekleşir.

Sözleşme kurulmamış olmasına rağmen, sözleşmenin kurulmasına ilişkin kanun hükümlerinin, haklı güvenin doğmasına ve böylece culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedilmesine engel olması mümkündür. Böyle bir durum, öneri muhatabının kabul beyanında bulunmakta yavaş davranmak suretiyle, öneride bulunanın, önerisinin belli bir zamanda kabul edileceğine dair beklentisinin boşa çıkarılması ihtimalinde söz konusudur. Doktrinde bu duruma örnek olarak, sigorta sözleşmelerinde, sigorta şirketinin kabul beyanını geciktirmesi dolayısıyla öneride bulunanın zararının karşılanamaması gösterilmektedir⁵². Bu hususta dikkat edilmesi gerekir ki, Türk Borçlar Kanunu'nun, önerinin süreli olarak yapılabileceği (md. 3); süresiz önerilerin hazırlar arasında hemen, hazır olmayanlar arasında ise zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir kabul beyanının beklenebileceği ana kadar yanıtlanması gerektiği (md. 4/I, md. 5/I) yönündeki hükümleri, anılan ihtimalde etkili bir çözüm sunabilecek yeterlidir. Kanun koyucunun bu hükümlerle sağladığı imkânın yanında ayrıca culpa in contrahendo sorumluluğu yoluna başvurma olanağının tanınması, bir yandan öneride bulunanın gereğinden fazla bir korumaya kavuşturulması, diğer yandan ise culpa in contrahendo sorumluluğunun alanının ihtiyaç olmaksızın genişletilmesi anlamını taşır⁵³.

Bazı durumlarda ise, sözleşme kurulmamış olsa dahi, taraflar arasında bulunan bir başka bağlayıcı anlaşma, sözleşme görüşmelerinin kesilmesinden doğan culpa in contrahendo sorumluluğunun varlık kazanmasının önünde engel teşkil eder. Bu hususta verilebilecek ilk örnek, sözleşme yapma vaadi, yani ön sözleşmedir. Ön sözleşme, “*Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir.*” şeklindeki TBK md. 29/I hükmüyle düzenlenmiştir. Bir borç sözleşmesi olan ve bu nedenle tarafları bağlayıcı nitelik taşıyan ön sözleşme çerçevesinde bir kimse, bir başkasına, ileride o kişiyle ya da bir üçüncü kişiyle belirli bir sözleşmeyi yapmayı taahhüt etmektedir⁵⁴. Böyle

⁵¹ Burada, beyan sahibinin gerçek iradesine uymayan beyanı, sanki gerçek iradesine uygunmuş gibi hüküm doğurmaktadır. Bu şekilde meydana gelen uyuşma, doktrinde normatif (farazî, varsayımsal, hukukî) uyuşma şeklinde adlandırılmaktadır. Bu nitelendirme için bkz. Eren, s. 231; Kocayusufpaşaoğlu, § 13, N. 3; Kramer/Schmidlin, Art. 1, N. 126.

⁵² Gonzenbach, s. 101.

⁵³ Aynı yönde bkz. Gonzenbach, s. 101, 102.

⁵⁴ Ön sözleşme kavramına ilişkin bkz. Ayrancı, Hasan; **Ön Sözleşme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 31 vd.; Eren, s. 307 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, § 11, N. 14 vd.; Oğuzman/Öz, s. 194 vd..

bir taahhütte bulunulmasından itibaren artık asıl sözleşmeyi yapmaktan kaçınılması, ön sözleşmenin ihlali sonucunu doğurur ve sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanmasını gerekli kılar. Dolayısıyla ön sözleşmenin varlığı, asıl sözleşmeye ilişkin görüşmelerin kesilmesi nedeniyle culpa in contrahendo sorumluluğunun doğması ihtimalini yok etmektedir⁵⁵.

Sözleşme görüşmeleri ilişkisi kural olarak bağlayıcı olmamakla birlikte, bazı ihtimallerde taraflar arasında bir görüşme sözleşmesinin (*Verhandlungsvertrag*) akdedildiği sonucuna varılabilir. Gerçekten, taraflar, bir sözleşmenin kurulması ya da değiştirilmesi hususunda görüşmelerde bulunma taahhüdünü içeren, bağlayıcı bir ön anlaşma (*Vorfeldvereinbarung*) yapma yolunu seçebilirler. Bu tür bir anlaşma, sözleşme görüşmelerinin gerçekleştirilmesini sözleşmeden doğan bir borç hâline getirdiğinden, görüşmelerin hiç gerçekleştirilmemesi ya da -olumlu ya da olumsuz şekilde- sonuçlandırılmadan kesilmesi artık culpa in contrahendo sorumluluğuna değil, sözleşme sorumluluğuna yol açar⁵⁶.

Konuya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus da, taraflar arasında geciktirici koşula bağlı bir sözleşme kurulduktan sonra, taraflardan birinin koşulun gerçekleşmesine engel olmak suretiyle sözleşme ilişkisini sona erdirmesi ihtimalidir. Anılan ihtimalde, sözleşme her ne kadar kurulmuş olsa da, taraflardan birinin dürüstlük kuralına aykırı davranışı nedeniyle hüküm ve sonuçlarını meydana getirememektedir. Söz konusu durumda kanun koyucu, konuyu açık bir hükümle düzenlemek suretiyle culpa in contrahendo sorumluluğunu devre dışı bırakmıştır. TBK md. 175/I hükmü, geciktirici koşula bağlı sözleşmelerde taraflardan birinin dürüstlük kuralına aykırı şekilde koşulun gerçekleşmesini engellemesi ihtimaline koşulun gerçekleşmiş sayılması sonucunu bağlamıştır. Bu hüküm karşısında, anılan ihtimalde culpa in contrahendo sorumluluğuna başvurmaya gerek kalmadığı açıkça görülmektedir⁵⁷.

⁵⁵ Konuya ilişkin bkz. Küpper, s. 154, 158-160. Bu durum şüphesiz ki ön sözleşmede yapılması taahhüt edilen asıl sözleşme bakımından söz konusudur. Ön sözleşme de esasen bir borç sözleşmesi niteliği taşıdığından, bir ön sözleşme yapmak adına sürdürülen görüşmelerin tek taraflı olarak kesilmesi, diğer şartları da mevcutsa culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açabilir. Aynı yönde bkz. Demircioğlu, s. 53.

⁵⁶ Görüşme sözleşmesi kavramı hakkında bilgi için bkz. Gezder, s. 47 vd.; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenger, N. 983-988; Kramer, Art. 22, N. 60 vd.; Merz, N. 118, dn. 2; Schönenberger/Jäggi, Art. 1, N. 574.

⁵⁷ Alman hukukuna ilişkin olarak aynı yönde değerlendirme için bkz. Küpper, s. 156.

Sözleşmenin henüz kurulmadığı aşamada görüşmelerin kesilmesinin sorumluluğa yol açması, kanun tarafından da engellenmiş olabilir. Bu durumun en tipik örneği, kanundan -çoğunlukla TMK md. 2/I hükmünden-doğan sözleşme yapma zorunluluğudur (*Kontrahierungszwang*). Zira sözleşme yapma zorunluluğunun ihlâli hâlinde, ihlâl edene karşı aynen ifa talebiyle dava açılması mümkün kabul edildiğinden, culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedilemez⁵⁸.

Görüldüğü üzere gerek esaslı noktalarda uyuşulması hâlinde sözleşmenin meydana geleceği şeklindeki kural gerekse güven ilkesi, sözleşme görüşmelerinin kesilmesinden doğan culpa in contrahendo sorumluluğunun sınırlarını açık bir şekilde çizmektedir. Taraflar sözleşmenin objektif esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa ve TBK md. 2/I hükmündeki karineyi çürütebilecek bir sübjektif esaslı noktanın varlığı ispat edilemiyorsa, artık sözleşme görüşmelerinin sona erdiği sonucuna varılmalıdır. Dolayısıyla bu andan sonraki aşama, culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulama alanı dışında kalır. Aynı şekilde, tarafların gerçek iradeleri arasında açık bir uyuşma bulunmasa dahi, beyanın güven ilkesi çerçevesinde anlamlandırılması sonucunda bir sözleşmenin kurulduğunun kabulü, culpa in contrahendo sorumluluğunu devre dışı bırakmaktadır. Zira bu ihtimalde, ifa menfaatinin karşılanması talep edilebildiğinden, muhatabın güveni zaten korunmuş olmaktadır⁵⁹. Böylece culpa in contrahendo sorumluluğuna başvurulmasına duyulan gereklilik de ortadan kalkar.

Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinin, sözleşme görüşmelerinin kesilmesi dolayısıyla bir tarafı sorumlu tutmak yerine, sözleşmenin kurulduğunu kabul etmeye daha istekli olmasının sebebini, iradeye ve irade özerkliğine verilen önemde aramak gerekir. Gerçekten, gerek esaslı noktalar üzerinde uyuşmanın sözleşmenin kurulmasında yeterli görülmesi gerekse güven ilkesi, tarafların güvenini irade özerkliğini ihlâl etmeden korumak hususunda daha başarılıdır. Zira sözleşmenin kurulduğu ihtimallerde, açık bir irade uyuşması söz konusu olmasa dahi, en azından objektif esaslar çerçevesinde, varsayımsal

⁵⁸ Eren, s. 302, 303; Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, s. 42; Oğuzman/Öz, s. 192. Aslında burada tam anlamıyla bir sözleşme görüşmesi ilişkisi bulunmamaktadır. Zira tarafların geniş bir hareket alanına sahip olmadığı durumlarda ciddi bir görüşmenin varlığından söz edilemez. Aynı yönde bkz. Küpper, s. 147, 152, 153.

⁵⁹ Canaris, güvenenin ifa menfaatini talep olanağına kavuşturulduğu bu gibi hâlleri güvenin pozitif korunması (*positiver Vertrauensschutz*) olarak adlandırmaktadır. Yazara göre burada, güvenen kişinin güvenini bire bir karşılayan bir hak elde etmesi söz konusudur. Konuya ilişkin bkz. Canaris, Claus-Wilhelm; *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 1971, s. 5.

bir irade uyuşması söz konusudur. Yani irade, dürüstlük kuralı çerçevesinde farklı şekilde anlamlandırılrsa dahi, bir şekilde vardır ve sözleşmenin temel unsurunu oluşturmaya devam eder. Sözleşme görüşmelerinin kesilmesi dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğu ise, anayasal koruma altında olan sözleşme özgürlüğü ilkesinin ve bunun temelinde yatan irade özerkliğinin taraflara sunduğu bir imkânı adeta kullanılamaz hâle getirmekte, tarafları sözleşme kurmaktan vazgeçmeleri dolayısıyla sorumlu tutmaktadır. Liberal düşünceler üzerine kurulu olan bir hukuk düzeninin, böyle bir sorumluluğun kapsamını mümkün olduğunca daraltmaya çalışması son derece anlaşılabilir bir durumdur.

Yine liberal temeller üzerinde şekillenen Alman Medenî Kanunu'nda da, sözleşme görüşmelerinin kesilmesinden doğan sorumluluğun kapsamını mümkün olduğunca daraltma eğilimi göze çarpmaktadır. Ancak Alman hukukunda, bu amaca ulaşırken, Türk ve İsviçre hukuk düzenlerine göre farklı bir yol tercih edilmiştir. Alman Medenî Kanunu'nun bu hususta başvurduğu yol, Türk ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi sözleşmenin kurulmasını kolaylaştırmak değil, güvenin doğmasını mümkün olduğunca önlemeye çalışmaktadır. Şöyle ki, sözleşmenin kurulmasında açık uyuşma eksikliğini düzenleyen BGB § 154/I hükmü, taraflardan birinin bile, sözleşmenin kurulabilmesi için herhangi bir hususta uyuşma sağlanması gerektiğini, ancak bu uyuşmanın mevcut olmadığını ileri sürmesi ihtimalinde, sözleşmenin kurulmayacağını öngörmektedir. Şüphe kuralı (*Zweifelsregel*)⁶⁰ olarak adlandırılan ve şüphe hâlinde sözleşmenin geçersizliğini esas alan bu kuralın güven temeli üzerine kurulmadığını söylemek yanlış olmaz. Zira bu hüküm dolayısıyla görüşmeciler, tüm noktalar üzerinde açık ve kesin bir anlaşmaya varmadıkları sürece sözleşmenin kurulmayacağını bilincinde olmak zorundadır. Dolayısıyla hüküm, sözleşme görüşmeleri sırasında sözleşmenin kurulacağına dair karşı tarafta haklı bir güvenin oluşmasını büyük ölçüde engelleyecek niteliktedir. Anılan hüküm nedeniyle, sözleşmenin kurulacağına dair “açık ve kesin” bir irade beyanıyla karşı tarafta güven oluşturulmadığı sürece, görüşmelerin kesilmesi herhangi bir sorumluluğa yol açmaz⁶¹.

⁶⁰ Lukas, Meinhard; “Abbruch von Vertragsverhandlungen - 2. Teil”, **Juristische Blätter**, Volume 132, Issue 1, Linz, 2010, s. 23, (Erişim) Springerlink, <http://link.springer.com/journal/503/132/1/page/1>, 15.07.2014.

⁶¹ Küpper, s. 239 vd.; Larenz/Wolf, § 31, N. 25; Lukas, s. 24.

2. Haklı Güvenin İhlâli

a. Haklı Güven Kavramı

Culpa in contrahendo sorumluluğunun temelinde, bir başkası nezdinde uyandırılan güvenin ihlâli yatar. Dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğunun doğabilmesi için, karşı taraf nezdinde güven uyandırmaya elverişli bir davranışın varlığı gereklidir. Güven, söz ve yazıyla, yani olumlu bir davranışla uyandırılabilceği gibi, açıklanması gereken bir hususun açıklanmaması şeklinde, olumsuz bir davranışla da ortaya çıkarılabilir⁶².

Culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından güven konusu (*Vertrauenstatbestand*), bazı ihtimallerde sadece bir durumdan ibarettir. Sosyal temas ile kurulan ilişki çerçevesinde kişi ve mal varlığı değerlerinin karşı tarafça zarara uğratılmayacağına dair güven, bu ihtimallere örnek olarak gösterilebilir. Anılan ihtimaller bakımından güven uyandırıcı durum, taraflar arasında, culpa in contrahendo sorumluluğunun bir diğer şartını teşkil eden özel bağlantının kurulması ile ortaya çıkar ve bu bağlantı devam ettikçe varlığını sürdürür. Diğer bir ifadeyle, anılan ihtimaller bakımından özel bağlantı içinde bulunulması, başlı başına bir güven uyandırıcı durum niteliği taşır. Dolayısıyla bu tür bir ilişki içinde bulunmak, güven uyandırıcı davranış şartının gerçekleştiği anlamına gelmektedir⁶³.

Güvenin boşa çıkarılması sebebiyle culpa in contrahendo sorumluluğunun doğabilmesi için, güven konusunun objektif bakımdan güven uyandırmaya elverişli olması gerekir. Yani güven konusu, ortalama, makul ve dürüst bir kişide güven uyandıracak nitelikteyse, hukuk düzeni bu güveni, haklı güven olarak değerlendirir ve koruma altına alır⁶⁴.

Güvenin hukuk düzeni tarafından korunmaya değer olarak nitelendirilmesi için, güven duyan kişinin TMK md. 3 çerçevesinde iyiniyetli olması şarttır⁶⁵. Zira güvenen kişi güven uyandırmaya elverişli davranışın gerçeği yansıtmadığını biliyorsa ya da bilebilecek durumdaysa, böyle bir davranışa güvenmemesi gerektiğinin de bilincinde olmalıdır. Dolayısıyla

⁶² Demircioğlu, s. 179.

⁶³ Culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından güven konusu hakkında detaylı bilgi için bkz. Canaris, s. 491 vd.; Demircioğlu, s. 178-181.

⁶⁴ Demircioğlu, s. 6; Oğuztürk, s. 10.

⁶⁵ Canaris, s. 504; Demircioğlu, s. 188. İyiniyetin sadece kanunen düzenlenen belirli culpa in contrahendo sorumluluğu hâllerinde (TBK md. 44/II ve TBK md. 47 gibi) aranması, culpa in contrahendo sorumluluğunun genel bir şartı olarak değerlendirilmemesi gerektiği şeklinde görüş için bkz. Gonzenbach, s. 148, 149.

iyiniyetin yokluğu, güveni haklı olmaktan çıkarır ve culpa in contrahendo sorumluluğunun doğmasına engel olur.

c. Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi Bakımından Haklı Güvenin İhlâli

(1) Genel Olarak

Sözleşme görüşmelerinin tek taraflı olarak kesilmesi hâllerinde, sözleşme görüşmeleri ilişkisine dâhil olunması, tek başına güven uyandırıcı davranış şartını yerine getirmez. Diğer bir ifadeyle sözleşme görüşmelerinin kesilmesi dolayısıyla haklı güvenin ihlâlinden bahsedilebilmesi için güven konusu, bir durum değil, bir davranış olmalıdır. Zira görüşmelerin kesilmesinden doğan sorumluluk, diğer culpa in contrahendo hâllerinde karşılaşılmayan ciddi bir engelle, irade özerkliğiyle karşı karşıyadır. Daha önce de belirtildiği üzere, haklı güvenin korunması ilkesinin irade özerkliği karşısındaki istisnaî niteliğini koruyabilmek için, sözleşme görüşmelerinin tek taraflı olarak kesilmesi hâlleri bakımından sorumluluk alanının mümkün olduğunca daraltılması gerekir⁶⁶. Buradan kolaylıkla çıkarılabilecek sonuç, güven uyandırmaya elverişli ayrı bir davranışın, yani uyandırılan “özel” bir güvenin varlığı söz konusu olmadıkça⁶⁷, sözleşme görüşmelerinin kesilmesinin culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açmayacağı şeklindedir. Gerçekten, sözleşme özgürlüğü ilkesi dolayısıyla görüşmeciler sözleşmenin kurulmama ihtimalini hesaba katmak durumunda olduğundan⁶⁸, taraflarca sözleşmenin kurulacağına dair özel bir güven duyulmasına neden olacak davranışlarda bulunulmadıkça, tarafların iyiniyetli olduğundan söz edilemez⁶⁹. Yine, sözleşme görüşmelerini kesen tarafın, en azından karşı görüşmecinin yaptığı harcamalardan haberdar olabileceği yeterlikte bir süre geçmediği, yani güven zaman bakımından belli bir yoğunluğa ulaşarak “özel” niteliğe bürünmediği sürece, culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde bir tazmin yükümlülüğü ortaya çıkmaz⁷⁰.

⁶⁶ Aynı yönde bkz. Demircioğlu, s. 195; Schmitz, Erich; **Dritthaftung aus culpa in contrahendo**, Berlin, Duncker & Humblot, 1980, s. 161.

⁶⁷ Demircioğlu, s. 195; Gonzenbach, s. 96.

⁶⁸ Ergüne, Mehmet Serkan; **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2008, s. 222.

⁶⁹ Doktrinde, böyle bir durumda duyulan güvenin “belki anlaşılabilir olduğu, ancak korunmaya değer nitelik taşımadığı” ifade edilmektedir. Bu nitelendirme için bkz. Bodewig, Theo; “Rechtsfolgen vorvertraglichen Verschuldens bei Abbruch von Vertragsverhandlungen”, **JURA Juristische Ausbildung**, 23. Jahrgang, Heft 1, 2001, s. 3.

⁷⁰ Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 222, dn. 258; Gonzenbach, s. 96.

Sözleşme görüşmelerinin kesilmesi dolayısıyla bir tazminat yükümlülüğünün ortaya çıkabilmesi için, bu görüşmeler çerçevesinde yapılan masraflar, sözleşmenin kurulacağına duyulan haklı güvene dayanmalıdır. Sözleşme görüşmeleri, şartlara göre seyahat, posta ve/veya proje masrafları gibi çeşitli masrafların yapılmasını gerektirebilir. Bu masraflar, karşı tarafın neden olduğu özel bir güvene dayanmadıkça, görüşme hangi görüşmeci tarafından kesilirse kesilsin, masrafı yapan kişi tarafından karşılanır⁷¹. Bu noktada, ortaya çıkan zararın hangi andan itibaren haklı güvene dayandırılabilceği ve böylece görüşmeleri kesen tarafa yansıtılabileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Anılan hususta, sözleşme görüşmelerinin süresinin belli bir uzunluğa ulaşmış bulunması ve karşı tarafın masraflar hakkında bilgi sahibi olması gibi ölçütler belirleyici rol oynayabilir. Bu tür ölçütlerin kullanılması, özellikle, görüşmecilerin, görüşmenin hemen başında belirli masraflar yaparak birbirlerini tazminat ya da sözleşme kurma yükümlülüğü altına sokmak suretiyle haklarını kötüye kullanmaları ihtimalinin önüne geçilmesi bakımından gereklidir⁷². Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bu ölçütlerden birinin ya da birkaçının bulunması tek başına söz konusu masrafların tazmini yükümlülüğünü doğurmaz⁷³. Burada önemli olan husus, sözleşme kurma niyeti hiç bulunmayan ya da sonradan ortadan kalkan görüşmecinin, karşı tarafın duyduğu özel güvenin ve bu doğrultuda yapacağı masrafların bilincinde olmasına rağmen, dürüstlük kuralı uyarınca karşı tarafı bilgilendirmekten kaçınıp kaçınmadığının tespitidir. Bu tespit, yukarıdaki ölçütlerle birlikte somut olayın şartları da dikkate alınarak, her olayda ayrı ayrı yapılmalıdır.

⁷¹ Hemen belirtmek gerekir ki taraflardan biri sözleşme görüşmelerinin kesilmesi dolayısıyla ortaya çıkacak zararı üstleneceğini taahhüt etmişse, zarar o kişiye yükletilir. Ancak burada doğan tazminat borcunun nedeni culpa in contrahendo sorumluluğu değil, taahhüt çerçevesinde kurulan sözleşmedir. Bu yönde bkz. Demircioğlu, s. 197, 198. Doktrinde, bu tür bir üstlenme taahhüdünün, sözleşme görüşmelerinin yarıda kesilmesinin sorumluluğa yol açıp açmayacağı hususunda ölçüt teşkil edebileceğini savunan bir görüş de mevcuttur. Bu yönde bkz. Grünewald, Barbara; “Das Scheitern von Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund”, *SJZ*, 1984, s. 710, 711.

⁷² Bu yönde bkz. Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 222, dn. 258.

⁷³ Bu yönde bkz. Gonzenbach, s. 96; Schmidt, s. 145. Aynı yönde ayrıca bkz. BGE 4C.152/2001, (Erişim) Swisslex, <https://www.swisslex.ch/>, 16.07.2014. Karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 222, dn. 258; Hartmann, Stephan; “Der Abbruch der Vertragsverhandlungen als Enttäuschung von Vertrauen: Bemerkungen im Anschluss an das Bundesgerichtsurteil 4C.152/2001 vom 29. Oktober 2001”, **ZBJV**, C. CXXXIX, Heft 8/2003, s. 516 vd..

Sözleşme görüşmelerinin kesilmesi, sorumluluğun ortaya çıkmasına yol açsa dahi, sorumluluğun temel nedenini oluşturmaz. Görüşmelerin kesilmesinin bu husustaki rolü, haklı güvenin ihlâlinin dış dünyaya yansımaları ve hukuk düzenince dikkate alınmasını sağlamaktır. Diğer bir ifadeyle kesilme, sorumluluğun ortaya çıkış anını belirlemektedir. Sorumluluğun esas nedeni olan haklı güvenin ihlâli ise, daha önceki bir aşamada gerçekleşmektedir. Gerçekten, sözleşme görüşmeleri ilişkisinde, ancak iki ihtimalde, sözleşmenin kurulacağına dair oluşturulan haklı güvenin ihlâlinden söz edilebilir. Bunlardan ilki sözleşme kurma iradesi bulunmamasına rağmen sözleşme görüşmelerine girilmesi, ikincisi ise görüşmelere başlarken mevcut olan sözleşme kurma düşüncesinden vazgeçilmesine rağmen bu durumun karşı tarafa derhâl bildirilmemesi ve görüşmelerin sürdürülmesidir⁷⁴. Her iki hâl de irade özerkliğinin kötüye kullanılması anlamını taşır ve kişiyi bu ilkenin koruması kapsamında çıkarır. Dolayısıyla, ancak bu iki hâlde, haklı güvenin korunması ilkesinin irade özerkliğiyle çatışmadığı sonucuna varılabilir. Böylece karşı tarafın duyduğu güvenin üstün tutulması gerekliliği doğar. Özetle, yukarıda ifade edilen iki durum sözleşme görüşmelerinin kesilmesinden doğan sorumluluğun nedenini oluştururken, sözleşme görüşmelerinin kesilmesi, culpa in contrahendo sorumluluğunun dış dünyada varlık kazanmasını sağlayan olaydan başka bir şey değildir.

Bununla birlikte, sorumluluğun yine de sözleşme görüşmelerinin kesilmesinden doğan sorumluluk olarak nitelendirilmesi isabetli olur. Zira sözleşme görüşmelerinin kesilmesi tek başına haklı güveni ihlâl eden davranış niteliği taşımamakla birlikte, kesilme söz konusu olmadıkça bir sorumluluk doğmayacağı da açıktır. Öyle ki, sözleşme kurma iradesi olmaksızın görüşmelere girişen tarafın sonradan sözleşmeyi kurmak istemesi ve görüşmeleri ciddiyle sürdürmesi durumunda, görüşmeler bu kişi tarafından kesilse dahi culpa in contrahendo sorumluluğundan bahsedilemez. Böyle bir durumda artık gerçeğe uygun bir irade söz konusu olduğundan, görüşmelerin kesilmesi ve sözleşmenin kurulmaması herhangi bir sorumluluğa yol açmaz.

⁷⁴ Bodewig, s. 3, 4; Eisenhardt, Ulrich; “Die Rechtsfolgen bei Abbruch von Vertragsverhandlungen und Abschluß eines nicht erwartungsgerechten Vertrages”, **Brücken für die Rechtsvergleichung: Festschrift für Hans G. Leser zum 70. Geburtstag**, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, s. 157; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 223; Gezder, s. 166-169; Kramer, Art. 22, N. 12; Lauer, Jürgen; **Vorvertragliche Informationspflichten (insbesondere gegenüber Verbrauchern) nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 1983, s. 312, 313; Merz, Hans; **Vertrag und Vertragsschluss**, 2. Aufl., Freiburg Schweiz, Universitätsverlag, 1992, N. 132; Schmidt, Susanne; **Der Abbruch von Vertragsverhandlungen im deutsch-schweizerischen Handels- und Wirtschaftsverkehr**, Konstanz, Hartung Gorre Verlag, 1994, s. 141, 142; Schönenberger/Jäggi, Art. 1, N. 585.

(2) Haklı Güvenin İhlâli Anlamını Taşıyan Hâller

i. Sözleşme Kurma İradesi Bulunmamasına Rağmen Sözleşme Görüşmelerine Girişilmesi

Sözleşme kurma iradesi bulunmamasına rağmen sözleşme görüşmelerine girişilmesi ihtimalinde, sözleşme görüşmelerini kesen taraf, sözleşme görüşmelerine girişme hususunda ciddi bir iradeye sahip değildir. Söz konusu taraf, görüşmelere başlandığı ilk andan itibaren, sözleşmenin kurulmasını hiçbir şekilde istememekle birlikte, karşı taraf nezdinde sözleşmenin kurulacağına dair özel bir güven oluşturmaktadır⁷⁵. Doktrinde bu duruma örnek olarak, satıcının daha önce satmış olduğu bir şey üzerinde bir başkasıyla sözleşme görüşmeleri yapması ya da işverenin dolu bir pozisyon için başkalarıyla sözleşme görüşmelerinde bulunması gösterilmektedir⁷⁶. Hem ciddi bir sözleşme kurma iradesinin bulunmaması hem de karşı tarafta böyle bir iradenin varlığına ilişkin güven uyandırılması, bu durumda karşı tarafı aldatmaya yönelik bir tutumun varlığına gösterge teşkil eder. Hukuk düzeninin böyle bir tutum sergileyen kişiyi değil, bu görünüşe güvenerek çeşitli tasarruflarda bulunan iyiniyetli karşı tarafı koruması gerektiği şüphesizdir. Gerçekten, bu şekilde bir tavır, her şeyden önce düzenlemesini TMK md. 2/I hükmünde bulan dürüstlük kuralını ihlâl edici nitelik taşır⁷⁷ ve bu doğrultuda culpa in contrahendo sorumluluğunun doğmasına neden olur.

Doktrinde anılan durumun açıklığı kavuşturulması amacıyla zihnî kayıt kurumunun örnek gösterildiği görülmektedir. Şöyle ki, bilerek ve isteyerek gerçek iradeye uymayan bir irade beyanında bulunulmasını ifade eden zihnî kayıta, bu beyan güven ilkesi çerçevesinde sonuç doğurmakta ve beyan sahibini bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Böyle bir durumda güven hukuk düzenince korunuyorsa, gerçekte var olmayan bir iradeye dayanarak sözleşme kurma görüşmelerine giren kişinin karşı taraf nezdinde uyandırdığı güven de korunmalıdır. Ancak bu hâlde koruma, güven ilkesiyle değil, culpa in contrahendo sorumluluğuyla gerçekleştirilir⁷⁸.

Hemen belirtmek gerekir ki görüşmeleri kesen kişinin görüşmelere başlarken sözleşme kurma iradesine sahip olmadığına ispatı, çoğu hâlde

⁷⁵ Gauch/Schluemp/Schmid/Emmenegger, N. 951; Schmidt, s. 142.

⁷⁶ Bucher, Eugen; *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Aufl., Zürich, 1988, s. 282.

⁷⁷ Schmidt, s. 142, 143.

⁷⁸ Gonzenbach, s. 94.

neredeyse imkânsızdır. Gerçekten, sözleşme görüşmelerinde bulunan kişinin sözleşme kurma isteğini haiz olduğu, karine olarak kabul edilir⁷⁹. Karine çürütülmedikçe, uğranılan zararın, karşı tarafta sözleşme kurma iradesinin bulunmaması sebebine dayanarak tazmini mümkün değildir. Bu noktada iradenin yeterince ciddi olmadığıının ispatı da yeterli olmaz. Zira sözleşme görüşmelerine girişen kişilerin iradelerinin tam anlamıyla ciddi ve kesin olduğundan bahsedilemez. Sözleşme görüşmeleri, sözleşmenin olumlu ve olumsuz yönlerinin değerlendirilerek bir karara varılması aşamasıdır. Tarafların bu aşamada kesin olmayan bir irade taşımaları son derece doğaldır⁸⁰.

ii. Sözleşme Kurma İradesinin Ortadan Kalkmasına Rağmen Görüşmelerin Sürdürülmesi

Sözleşme kurma niyetiyle birlikte sözleşme görüşmelerine başlayan kişi, bu niyetinin değiştiğini karşı tarafa derhâl bildirme yükümlülüğü altındadır⁸¹. Görüşme tarafı bu yükümlülüğünü yerine getirmez ve görüşmeleri sürdürürse, bu kişinin, karşı tarafta korunmaya değer bir güven oluşturduğundan söz edilebilir. Gerçekten bu durumda, karşı tarafın güveninin gerçeğe aykırı bir irade beyanıyla güçlendirilmesi ya da en azından güvenin yok edilmesi için gereken adımların atılmaması söz konusudur. Daha sonra sözleşme görüşmelerinin kesilerek bu güvenin ihlâl edilmesi⁸², karşı tarafın, bu

⁷⁹ Merz, N. 132; Schmidt, s. 143.

⁸⁰ Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 224; Gonzenbach, s. 95; Schmidt, s. 143.

⁸¹ Bodewig, s. 5; Frick, s. 39; Grünewald, s. 709.

⁸² Yargıtay, sözleşme görüşmelerinin kesilmesine ilişkin verdiği bir kararda, görüşmeleri kesen tarafı, görüşmeci konumunun gerektirdiği özeni göstermediği gerekçesiyle culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde tazminata mahkûm etmiştir (Yarg. 19. HD, 01.12.2005, E. 2005/2865, K. 2005/11959, [Erişim] Hukuktürk Hukuk Bilgi Bankası, <http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/home.jsp>, 16.07.2014). Yargıtay'a göre, "Taraflar arasındaki uyumsuzluk, bayilik sözleşmesi imzalanacağı inanç ve düşüncesi ile yapılan harcamalara ilişkin tazminat isteminden kaynaklanmaktadır. Başka bir anlatımla talebin dayanağı "akit görüşmelerinden doğan sorumluluk" (CULPA IN CONTRAHENDO) kuralıdır. Akit bir süreçtir. Taraflar akit kurulmadan önce akdin içeriği, şartları içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yapar. Bu görüşmelerin başlaması ile taraflar arasında hukukî ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir ve (MK.2/1) de düzenlenen dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre taraflar görüşmeler esnasında akdin içeriği ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi gerekir. Taraflar bu yükümlülüklerine kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlaması ile aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlâl ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar." Görüldüğü üzere Yargıtay, sözleşme görüşmelerinin kesilmesini, oldukça genel bir özen yükümlülüğüne dayandırmış, haklı güvenin ihlâlinin nedenini açıkça belirtmemiştir. Sözleşme görüşmelerinin kesilmesinin hemen hemen her durumda, tek başına culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açacağı anlamını taşıyan bu tür bir yaklaşım,

güven çerçevesinde, sözleşmenin kurulacağı inancıyla yaptığı harcamaların tazminini gerektirir⁸³.

iii. Şekle Bağlı Sözleşmelerin Özel Durumu

Culpa in contrahendo sorumluluğu, geçerliliği kanunen ya da taraflarca şekil şartına bağlı tutulan sözleşmeler bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Zira bu tür sözleşmelerde haklı güvenin ihlâli, sözleşmenin tüm esaslı noktalarında uyuşma sağlanmış olmasına rağmen, bir tarafın şekil şartını yerine getirmekten kaçınması şeklinde de gerçekleşebilir. Böyle bir durumda sözleşme şekil şartına uyulmaması dolayısıyla geçersiz olacağından⁸⁴, ifa menfaatinin karşılanması talep edilemez⁸⁵. Dolayısıyla haklı güveni ihlâl edilen taraf, zararlarını ancak culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde tazmin edebilir. Bununla birlikte, şekil kurallarının esas amacının tarafları düşünmeye itmek olduğu dikkate alınarak, bu sorumluluğun kapsamının çok geniş tutulmaması gerekir⁸⁶. Bu çerçevede, sadece, şekil şartlarını yerine getirip sözleşmeyi kurmak istemediğinin bilincinde olmasına rağmen, görüşmeleri şekil şartının gereklerinin yerine getirileceği son aşamaya kadar sürdüren kişinin culpa in contrahendo dolayısıyla sorumlu olacağı sonucuna varılmalıdır⁸⁷.

irade özerkliği ilkesine çok ciddi bir müdahale sonucunu doğurur ve bu bakımdan oldukça isabetsizdir. Kanaatimizce, olaydan sözleşme kurmaya ilişkin iradenin ortadan kalkmasına rağmen sözleşme görüşmelerin sürdüğü sonucu çıkarılamıyorsa, culpa in contrahendo sorumluluğu reddedilmelidir.

⁸³ Bucher, s. 281, 282; Bodewig, s. 4; Gonzenbach, s. 96; Schmidt, s. 143, 144.

⁸⁴ Şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması anlamını taşıdığı hâllerde, sözleşme geçerli kabul edildiği için, culpa in contrahendo sorumluluğuna başvurma gerekliliği de ortadan kalkar. Bu doğrultuda, her iki tarafın da şekle uymayan sözleşmeden doğan borçlarını tamamen ya da büyük kısmı itibariyle ifa etmiş olmaları ve şekil eksikliğine hükümsüzlüğü ileri süren tarafın kasten sebep olmuş bulunması gibi durumlarda, culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olmaz. İsviçre Federal Mahkemesi, şeklin ileri sürülmesinin bu şekilde hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği (BGE 68 II 229, 236, 237) ihtimallerin yanında, sözleşmenin şeklen geçersizliğinin karşı tarafça göze alındığı (BGE 98 II 23, 28) hâllerde de, sözleşme görüşmelerinin kesilmesinin culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açmayacağına hükmetmiştir (Schmidt, s. 140, dn. 545'ten naklen).

⁸⁵ Schmidt, s. 147.

⁸⁶ Gonzenbach, s. 98, dn. 72; Schmidt, s. 139; BGE 4C.152/2001, (Erişim) Swisslex, <https://www.swisslex.ch/>, 16.07.2014.

⁸⁷ Aynı yönde bkz. Eren, s. 1136, 1137; Emmerich, § 311, N. 177; Gauch/Schluop/Schmid/Emmenegger, N. 953; Gonzenbach, s. 98, 99; Kramer, Art. 22, N. 16; Merz, N. 133; Schmidt, s. 147. Gonzenbach, bu gibi ihtimallerde sorumluluğun, -vekâlet sözleşmesinin tek tarafı olarak sona erdirilmesine ilişkin OR Art. 404 (TBK md. 512) hükmünden yola çıkılarak-sözleşme görüşmelerinin uygun olmayan zamanda kesilmesine de dayandırılabilirliği düşüncesindedir (s. 99).

Hemen belirtmek gerekir ki şekle bağlı sözleşmelerde şekil şartının yerine getirilmemesi, esasen yukarıda anılan diğer iki ihlâl hâminden bağımsız düşünülemez. Zira bu tür sözleşmelerde şekil şartına uymamak suretiyle görüşmelerin kesilmesi, ya sözleşme kurma niyeti olmaksızın sözleşme görüşmelerine başlanması ve görüşmelerin sürdürülmesi ya da sözleşme kurma niyeti ortadan kalkmış olmasına rağmen sözleşme görüşmelerine devam edilmesi şeklinde ortaya çıkar. Şekle bağlı sözleşmelerin bu husustaki özelliği, sözleşme görüşmelerinin şekil şartı yerine getirilmemek suretiyle kesilmesinden kaynaklanmaktadır.

Konuya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir husus da iradî şekil şartına bağlanmış sözleşmelerdir. Somut olayda tarafların iradî şekil kuralına bağladıkları bir sözleşme söz konusuysa, bu şekil şartı gerçekleştirilene kadar tarafların sözleşmeyle bağlı olmak istemediği yönünde bir adi karinenin varlığından bahsetmek mümkündür. Bu karine tarafların sözleşmenin kurulacağına dair bir haklı güven duymasını engeller. Ancak, şekil şartına uyulmamış olmasına rağmen edimlerin taraflarca çekincesiz olarak yerine getirildiği ve kabul edildiği ispatlanarak bu karine çürütülebilir⁸⁸.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin sözleşme görüşmelerinin kesilmesine ilişkin en önemli kararlarından biri de⁸⁹, tarafların geçerliliğini OR Art. 16/I (TBK md. 17/I) çerçevesinde iradî şekil şartına bağladığı bir sözleşmeye ilişkindir. 06.02.1979 tarihli karara konu olan olayda, birtakım elektronik aletlerin başkalarına kiralanması faaliyetiyle uğraşmak üzere bir şirket kurulur. Davacı şirket, bünyesinde yapılacak işlemleri finanse etmesi için davalı bankaya başvurur. Davacı ile davalı arasında, farklı finanse etme şekilleri üzerine çeşitli görüşmeler yapılır. Tarafların sözleşme kurma hususunda uyuşamaması üzerine banka, davacıya, bir kira sözleşmesi örneği ve bir çerçeve anlaşma taslağı sunar. Davacı, birkaç gün içinde bu taslağa dayanarak seksen adet kira sözleşmesi akdeder, seksen dört sözleşmeyi de geri çevirir. Yaklaşık iki ay sonra, banka, kira sözleşmesinin ve çerçeve anlaşmasının son metnini davacıya gönderir ve davacının bu metni kabul ettiğinin bir göstergesi olarak (*zum Zeichen ihres Einverständnisses*), metni imzalayıp geri göndermesini talep eder. Bir aya yakın bir zaman geçtikten sonra davacı, metni imzalayarak bankaya gönderir ve ifa talep eder. Ancak bankanın genel merkezi, yüksek

⁸⁸ Gonzenbach, s. 100, 101.

⁸⁹ BGE 105 II 75, (Erişim) Swisslex, <https://www.swisslex.ch/>, 16.07.2014. Karara ilişkin bilgi için ayrıca bkz. Schmidt, s. 130-132. Şekle bağlı sözleşmelerde sözleşme görüşmelerinin kesilmesini konu alan yayımlanmamış Yargıtay kararı (Yarg. 19. HD, 01.05.2000, E. 1999/8290, K. 2000/3358) hakkında bilgi için bkz. Kılıçoğlu, s. 83, 84.

risk dolayısıyla kira sözleşmelerini finanse etmekten vazgeçtiğini açıklar⁹⁰.

Davalının anlaşmanın ifa edilmemesi dolayısıyla açtığı tazminat davasında mahkeme, öncelikle, taraflar arasında iradî şekil şartına uyulmadığı için sözleşmenin kurulmadığını tespit etmiştir⁹¹. Ardından mahkeme, olayda bankanın objektif özen yükümlülüğünü ihlâl ettiği ve bu nedenle tazminat ödemekle yükümlü olduğu sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre, banka şubesinin, kendi iç yetkisine dayanarak özensizce sözleşme görüşmelerini sürdürmesi ve bu nedenle, anlaşmanın son metni sunulmuşken, sözleşmenin genel merkez tarafından reddedilmesine neden olması, bankanın culpa in contrahendo dolayısıyla sorumluluğuna yol açmıştır. Görüldüğü üzere İsviçre Federal Mahkemesi, genel merkezin sözleşme kurmayı reddedebileceğini -ve şekil şartına uygun bir sözleşme akdetmekten kaçınabileceğini- öngörmesi gereken bankanın, buna rağmen görüşmeleri sürdürmesini, haklı güvenin ihmâlî davranışla ihlâl edilmesi olarak değerlendirmiştir⁹².

(3) Haklı Güvenin İhlâlinin Hukukî Dayanağı

Sözleşme kurma iradesinin bulunmamasına rağmen sözleşme görüşmelerine başlanması ya da sözleşme görüşmelerinin sürdürülmesi ihtimalinde culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açan sebebin ne olduğu, diğer bir ifadeyle sözleşme görüşmelerinin kesilmesi durumunda culpa in contrahendo sorumluluğunun hangi sebebe dayandığı hususu oldukça tartışmalıdır. Bir görüş⁹³, sözleşme görüşmelerin kesilmesinin kural olarak mümkün olduğunu, ancak görüşmelerin uygun olmayan bir zamanda kesilmesinin (*Abbruchs zur Unzeit*) sorumluluğa yol açtığını kabul etmektedir. Diğer bir deyişle, bu görüşe göre culpa in contrahendo sorumluluğunun sebebi, sözleşme görüşmelerinin uygun olmayan zamanda kesilmesidir. Bu hususta, sözleşmenin kurulacağına ilişkin olarak duyduğu güven çerçevesinde, görüşmeler kesilmeden önce, görüşme yerine gitmek üzere yola çıkan karşı tarafın yolculuk masraflarının karşılanması gerektiği örnek gösterilmektedir.

Yukarıda anılan görüş, yine bahsi geçen örnek çerçevesinde, irade özerkliği ilkesinin kendisine tanıdığı özgürlüğe dayanarak sözleşme görüşmelerini kesmek isteyen tarafın sorumluluktan kurtulmasının hiçbir hâlde

⁹⁰ BGE 105 II 75, 76, 77.

⁹¹ BGE 105 II 75, 77.

⁹² BGE 105 II 75, 79-81.

⁹³ Bu yönde bkz. Schöenberger/Jäggi, Art. 1, N. 587.

mümkün olmayacağı eleştirisine maruz kalmıştır⁹⁴. Gerçekten, anılan görüş benimsenirse, yüz yüze görüşmenin hemen öncesinde sözleşme kurmaktan vazgeçen tarafın, sorumluluktan kurtulabilmek adına sözleşme görüşmelerine devam etmek zorunda kalması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır.

Alman Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarında savunulan ve bu doğrultuda Alman doktrininde de hâkim duruma gelen görüş ise⁹⁵, sözleşme kurma iradesi mevcut olmamasına rağmen görüşmeleri sürdüren tarafın sorumluluğunun temeli olarak, sözleşmenin kurulacağı hususunda karşı tarafta normalin üzerinde bir güven oluşturulmasını ve ardından görüşmelerin haklı sebep olmaksızın (*ohne triftigen Grund*) kesilmesini göstermektedir. Söz konusu görüşü savunan yazarlara göre, bir görüşmecinin karşı tarafta sözleşmenin kesin olarak kurulacağına ya da sözleşmenin henüz kurulmadığı aşamada kendisinin belirli kayıtlarla bağlı olduğuna dair güven oluşturulmasına rağmen sözleşme görüşmelerini kesmesi, karşı tarafın olumsuz zararını tazmin borcu doğurur. Bu borcu ortadan kaldıracabilecek tek şey, görüşmelerin kesilmesinin haklı bir sebebe dayanmasıdır. Haklı sebep olmaksızın sözleşme görüşmelerinin kesilmesi, görüşmeleri kesen tarafın görüşmelerin başından itibaren sözleşme kurma iradesinin eksikliğine karine teşkil eder⁹⁶. Doktrinde, bu haklı sebep kavramının açıklanması amacıyla, “dikkate alınmaya değer (*anerkanntenswert*) sebep” nitelendirmesine de başvurulduğu görülmektedir⁹⁷. Özetle anılan görüş, culpa in contrahendo sorumluluğunu, sözleşme kurma iradesinin eksikliğinden ziyade, haklı sebebin bulunmaması gerekçesi üzerine inşa etmektedir.

Alman hukukunda ve Alman doktrininin etkisiyle Türk hukukunda bazı yazarlarca savunulan ve yukarıda anılan görüşün uzantısı niteliği taşıyan bir düşünceye göre, sözleşme görüşmelerinin kesilmesi, “önceki davranış ile çelişkili davranış yasağı”nın (*venire contra factum proprium*) ihlâli anlamını taşıması dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğuna sebebiyet vermektedir⁹⁸. Bu düşüncedeki yazarlara göre, karşı tarafta

⁹⁴ Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 223; Schmidt, s. 146.

⁹⁵ Bu yönde bkz. Küpper, s. 239 vd.; Larenz/Wolf, § 31, N. 25; BGH NJW 1975, 1774; BGH NJW 1996, 1885. Aynı yönde kararlar için ayrıca bkz. Demircioğlu, s. 196, 197; Grünwald, s. 709, 710; Larenz/Wolf, § 31, dn. 46.

⁹⁶ Küpper, s. 203.

⁹⁷ Larenz/Wolf, § 31, N. 25. Haklı sebep kavramına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Küpper, s. 240 vd..

⁹⁸ Bu yönde bkz. Demircioğlu, s. 196; Eisenhardt, s. 157; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 223; Küpper, s. 239.

sözleşmenin kurulacağına dair haklı bir güven uyandıran görüşmecinin daha sonra sözleşme görüşmelerini kesmesi, çelişkili davranış niteliği taşır ve bu bakımdan dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Zira çelişkili davranış yasağı, görüşmecilere, sözleşme görüşmelerini sürdürme ve görüşmelerin bir sözleşme kurularak tamamlanması hususunda çabalama yükümlülüğü yüklemektedir⁹⁹. Görüşmeleri kesme şeklindeki davranış, haklı bir sebebe dayanmadıkça, bu yükümlülüğün ihlâli anlamına gelir ve culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açar¹⁰⁰. Görüldüğü üzere bu düşünce, esasen, sorumluluğu haklı sebebin bulunmamasına bağlayan görüşü “çelişkili davranış yasağına aykırılık” ile gerekçelendirmekte ve anılan görüşle aynı sonuca varmaktadır. Bununla birlikte, hemen belirtelim ki, doktrinde, sözleşme görüşmelerinin kesilmesi ihtimalinde culpa in contrahendo sorumluluğu ile çelişkili davranış yasağından doğan sorumluluğun yarıştığı, zarar görenin bu sebeplerden birine dayanmak suretiyle zararlarını tazmin edebileceği düşüncesini taşıyan yazarlar da mevcuttur¹⁰¹.

Sorumluluğun kaynağını çelişkili davranış yasağında ve haklı sebebe dayanmaksızın sözleşme görüşmelerinin kesilmesinde arayan söz konusu düşünce tarzı, doktrinde, haklı sebep kavramının belirsizliği dolayısıyla, kanaatimizce de isabetli olarak eleştirilmektedir¹⁰². Gerçekten böyle bir ölçüt, sebebin haklılığının nasıl tespit edileceği gibi çok ciddi bir sorunu beraberinde getirmektedir. Ayrıca anılan görüş, irade özerkliği çerçevesinde, tarafların sebep belirtmeksizin, istedikleri zaman sözleşme görüşmelerini sona erdirebileceği şeklindeki temel kuralı ikinci plana atması bakımından da isabetsizdir. Zira söz konusu sorumluluk doğrudan ve sadece sözleşme görüşmelerinin haklı sebep olmaksızın kesilmesine dayandırıldığında, sözleşme kurma iradesi ortadan kalkan tarafın, sorumluluktan kurtulabilmek için, haklı bir sebep bulana kadar sözleşme görüşmelerini sürdürmek zorunda kalması gibi enteresan bir durum ortaya çıkmaktadır¹⁰³. Sözleşme kurma iradesinin ortadan kalkmasına rağmen sözleşme görüşmelerinin sürdürülmesi, başlı başına culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açan bir davranıştır. Dolayısıyla, sözleşme görüşmelerinin kesilmesine yukarıdaki gibi bir yaptırım bağlanması, esasen tarafları dürüstlük kuralına aykırı davranmaya

⁹⁹ Küpper, s. 219, 220.

¹⁰⁰ Küpper, s. 219.

¹⁰¹ Bu yönde bkz. Akyol, Şener; **Medenî Hukukta Çelişki Yasağı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 52, 53; Larenz/Wolf, § 16, N. 31.

¹⁰² Görüşün eleştirisi için bkz. Gonzenbach, s. 96, 97; Schmitz, s. 162, 163.

¹⁰³ Aynı yönde bkz. Schmidt, s. 167.

sevk etmektedir. Bunun yanında söz konusu yaklaşım, görüşmeleri kesmek isteyen tarafın, kendi sorumluluğunu bertaraf edebilmek amacıyla, karşı tarafı görüşmelerden çekilmeye zorlaması gibi, dürüstlük kuralını daha ciddi şekilde ihlâl edebilecek davranışlar sergilemesine neden olabilir¹⁰⁴. Yine haklı sebebin bulunmaması dolayısıyla tarafların görüşmeleri kesmemesi ve böylece bir sözleşmenin akdedilmesi ihtimalinde, sözleşme kurma niyeti ortadan kalkan taraf, karşı tarafın ifa menfaatini tazmin yükümlülüğü altına girer. Bu da dolaylı yoldan bir sözleşme kurma zorunluluğunun ortaya çıkması ve böylece sözleşme özgürlüğünün istisna hâline gelmesi sonucunu doğurur¹⁰⁵. Görüldüğü üzere sözleşme görüşmelerinin kesilmesinden doğan sorumluluğu haklı sebebin yokluğu ve çelişkili davranış gerekçeleri üzerine inşa etmek, ciddi sakıncaları beraberinde getirmektedir.

Oysaki sözleşme görüşmelerinin kesilmesi, tek başına sözleşme görüşmelerine girişme davranışıyla çelişki oluşturmadığı gibi, doğrudan hukuka aykırı nitelik de taşımaz. Bu esas, kişinin, gerçek iradesine uygun şekilde, karşı tarafta sözleşmenin kurulacağı yönünde oldukça güçlü bir tasavvur oluşturması ihtimalinde dahi geçerlidir¹⁰⁶. Özünde hukuka aykırı olmayan bir davranışın haklı bir sebebe dayanması gerekmez. Ayrıca, sözleşme görüşmelerinin kesilmesi durumunda dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden ve bu doğrultuda hukuk düzeniyle çelişen davranış, görüşmelerin haklı sebep olmaksızın kesilmesi değil, karşı tarafın gerçeğe aykırı şekilde yönlendirilerek yanıltılmasıdır. Karşı taraf nezdinde sözleşme kurma niyetine ilişkin olarak gerçeğe aykırı bir izlenim uyandırmayan görüşmeci, haklı sebebi olmasa dahi, sözleşme özgürlüğünün kendisine tanıdığı yetki çerçevesinde sözleşme görüşmelerini kesebilir. Bu durumda dürüstlük kuralına aykırılık söz konusu olmayacağı için, herhangi bir sorumluluk da ortaya çıkmaz. Sözleşme kurmaya ilişkin niyetini karşı tarafa gerçeğe aykırı şekilde yansıtan görüşmeci ise, sözleşme özgürlüğünün koruması kapsamında çıkar ve her ihtimalde dürüstlük kuralına aykırı davranmış olur. Tüm bunlar ışığında, sözleşme görüşmelerinin kesilmesi dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluğun dayanağını haklı sebebin yokluğu ve çelişkili davranış yasağının ihlâli olarak gören düşüncelerin reddi gerekir.

İsviçre doktrininde savunulan, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da benimsenen ve kanaatimizce de isabet taşıyan diğer bir görüş ise, sözleşme

¹⁰⁴ Aynı yönde bkz. Schmidt, s. 168.

¹⁰⁵ Aynı yönde bkz. Schmidt, s. 168.

¹⁰⁶ Aynı yönde bkz. Schmidt, s. 169.

görüşmelerinin kesilmesinden doğan sorumluluğun kaynağını, dürüstlük kuralından doğan aydınlatma yükümlülüğünün ihlali olarak görmektedir¹⁰⁷. Aydınlatma (açıklama) yükümlülüğü, en genel ifadesiyle, karşı tarafın, bilmediği ve öğrenme yükümlülüğü altında olmadığı, ancak sözleşme kurma niyeti ve/veya sözleşme şartları üzerinde etkili olabilecek önemli hususlar hakkında bilgilendirilmesine ilişkin yükümlülüktür¹⁰⁸. Bu doğrultuda anılan yükümlülük, sadece sözleşmenin konusu ve içeriği gibi hususlar bakımından değil, tarafların sözleşmeye ilişkin bilgileri ve niyetleri bakımından da söz konusudur¹⁰⁹. Bir görüşmeci, sözleşme görüşmeleri sürecinde sözleşme kurmaya yönelik iradesinin ortadan kalkması durumunda, bunu derhâl karşı tarafa bildirmekle yükümlüdür. Dürüstlük kuralı, daha önceki davranışları dolayısıyla karşı görüşmeci nezdinde bir güven oluşturduğunun bilincinde olan görüşmeciyi, azalan sözleşme kurma niyeti hususunda karşı tarafı bilgilendirme yükümlülüğü altına sokar. Aksi hâlde görüşmeci, gerçek iradesine aykırı olarak, yani karşı tarafı yanıltarak, onda bir sözleşme kurma umudu oluşturmuş ya da bu umudu güçlendirmiş olur. Karşı görüşmeci nezdinde böyle bir “yanıltıcı umut (*trügerische Hoffnung*)” oluşturulması¹¹⁰, bu görünüşe yol açan kişinin irade özerkliğinin koruyucu alanından çıkarılmasını gerekli kılar. Gerçekten, iradesini doğru olarak dış dünyaya yansıtmayan kişinin irade özerkliğinden yararlandırılması düşünülemez. İşte culpa in contrahendo sorumluluğu bu noktada devreye girer. Aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyen ve böylece dürüstlük kuralına aykırı davranışlarıyla karşı tarafın duyduğu güveni boşa çıkaran görüşmeci, karşı tarafın bu nedenle uğradığı zararları tazmin etmek zorunda kalır.

İsviçre doktrininde ve uygulamasında, sözleşme görüşmelerinin kesilmesinden doğan sorumluluğun, “ciddi şekilde görüşme yükümlülüğü” nün (*die Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln*) ihlâline dayandırıldığı da görülmektedir¹¹¹. Bu yöndeki görüşe göre sözleşme kurma iradesi mevcut

¹⁰⁷ Bu yönde bkz. Frick, s. 39; Grünwald, s. 709; BGE 105 II 75, 80; BGE 4C.320/2002, (Erişim) Swisslex, <https://www.swisslex.ch/>, 16.07.2014.

¹⁰⁸ Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 957; Gezder, s. 176, 177; Gonzenbach, s. 103; Schönenberger/Jäggi, Art. 1, N. 576; BGE 125 III 86, 89; BGE 105 II 75, 80; BGE 102 II 81, 84; BGE 4C.320/2002, (Erişim) Swisslex, <https://www.swisslex.ch/>, 16.07.2014.

¹⁰⁹ Demircioğlu, s. 223; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 958; Gonzenbach, s. 103; BGE 105 II 75, 80; BGE 4C.320/2002, (Erişim) Swisslex, <https://www.swisslex.ch/>, 16.07.2014.

¹¹⁰ Kavram için bkz. Frick, s. 39; Merz, N. 132.

¹¹¹ Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 950-954; Gezder, s. 165 vd.; Gonzenbach, s. 93 vd.; BGE 4C.152/2001; BGE 4C.320/2002, (Erişim) Swisslex, <https://www.swisslex.ch/>, 16.07.2014.

olmamasına rağmen sözleşme görüşmelerine girişen ya da bu iradesi ortadan kalkmasına rağmen sözleşme görüşmelerini sürdüren kişi, ciddi şekilde görüşme yükümlülüğüne aykırı davrandığı için culpa in contrahendo sorumluluğu ile karşılaşır.

Hemen belirtmek gerekir ki kişinin sözleşme kurma niyeti olmaksızın sözleşme görüşmelerine girişmesi veya görüşmeleri sürdürmesi, şüphesiz ki o kişinin sözleşme görüşmelerini ciddi şekilde gerçekleştirmediği anlamını taşımaktadır. Bu doğrultuda, kanaatimizce, sözleşme görüşmelerinin kesilmesi bakımından, ciddi şekilde görüşme yükümlülüğünün ihlali ile aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, birbiriyle çelişen sebepler olarak değerlendirilmemelidir. Esasen bunlar arasındaki ayrım, doktrindeki tasnif farklılığından kaynaklanmaktadır. Gerçekten sözleşme kurma niyetinin bulunmamasına ya da sonradan ortadan kalkmasına rağmen görüşmelerin sürdürülmesi, bir yandan karşı tarafın bu husustan haberdar edilmemesi dolayısıyla aydınlatma yükümlülüğüne aykırı nitelik taşırken, diğer yandan görüşmelerin ciddiyetiyle bağdaşmadığından görüşmelerin ciddi şekilde sürdürülmesi gerekliliğinin ihlali anlamına gelir. Dolayısıyla bu sebepler, birbirini tamamlar şekilde culpa in contrahendo sorumluluğunun dayanağını oluşturmaktadır.

Yukarıda anılan görüş çerçevesinde, sorumluluğa yol açanın tek başına sözleşme görüşmelerinin kesilmesi değil, eksik ya da yetersiz sözleşme kurma iradesine rağmen karşı tarafın bu durumdan haberdar edilmemesi ve görüşmelerin aynı şekilde sürdürülmesi olduğu¹¹², tekrar ve önemle vurgulanmalıdır. Gerçekten bu düşünce tarzı, her şeyden önce söz konusu sorumluluğun sınırlarını daraltması ve irade özerkliğine olan müdahaleyi önemli ölçüde sınırlandırması bakımından son derece faydalıdır. Bu doğrultuda, kesin bir şekilde sözleşme kurma niyetine sahip olan kişinin bu düşüncesinin sonradan ortadan kalkması hâlinde, bunu karşı tarafa derhâl bildirip görüşmeleri keserek sorumluluğun doğmasına engel olabileceği kabul edilmelidir¹¹³. Zira kişi, iradesini dış dünyaya gerçeğe uygun şekilde yansıttığı sürece, irade özerkliği ilkesinin sunduğu korumadan yararlanma hakkına sahiptir.

¹¹²Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 951; Gonzenbach, s. 96; Grünwald, s. 708; Schmidt, s. 144; Yalman, s. 90.

¹¹³ Aynı yönde bkz. Bodewig, s. 5; Schmidt, s. 164.

3. Kusur

Tüm sorumluluk türlerinde, tazminat yükümlülüğünden bahsedilebilmesi için, kanunda aksi öngörülmedikçe kusurun varlığı şarttır. Bu esasın culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından da kabulü gerekir. Bu doğrultuda, sözleşme görüşmelerinin kesilmesi dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğunun doğması için, görüşmeleri kesmek suretiyle karşı tarafın haklı güvenini ihlâl eden kişi kusurlu olmalıdır¹¹⁴. Kanaatimizce de isabetli olan, culpa in contrahendo sorumluluğu hâllerinde sözleşme sorumluluğu hükümlerinin kıyasen uygulanmasını savunan görüş gereğince¹¹⁵, görüşmeleri kesen kişi, aksini ispat etmedikçe, karine olarak kusurlu kabul edilir (TBK md. 112 kıyasen). Dolayısıyla somut olayda karşı tarafın haklı güveninin ihlâl edildiği sonucuna varılıyorsa, güveni ihlâl eden kişinin kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir.

Sözleşme görüşmelerinin kesilmesi dolayısıyla culpa in contrahendo sorumluluğunun doğması için, haklı güvene yol açan davranışın en azından ihmâlle gerçekleştirilmiş olması gerekir¹¹⁶. Bu durumda ihlâl yol açan davranışların, görüşmecinin sözleşme kurma niyeti olmaksızın sözleşme görüşmelerine girişmesi ya da sözleşme kurma niyeti ortadan kalkmasına rağmen sözleşme görüşmelerini sürdürmesi olduğu dikkate alındığında, her ihtimalde basit bir ihmâlin ötesinde bir kusurdan, yani ağır ihmâlden ya da kasttan bahsedileceği şüphesizdir¹¹⁷. Özellikle sözleşme kurma niyeti olmaksızın görüşmelere girişen kişinin sorumluluğu, çoğu zaman kast şeklinde gerçekleşir. Sözleşme kurma niyetinin sonradan ortadan kalktığı ihtimallerde

¹¹⁴ Demircioğlu, s. 250; Gezder, s. 130; Gonzenbach, s. 144; Kılıçoğlu, s. 88; Larenz/Wolf, § 31, N. 3; Yalman, s. 103. Alman hukukunda, yanılma nedeniyle sözleşmeyi iptal etme hakkının düzenlendiği BGB § 122 hükmünü kıyasen uygulamak suretiyle, sözleşme görüşmelerinin kesilmesinden doğan sorumluluğun kusur şartına bağlı olmadığını kabul eden yazarlar da mevcuttur. Bu yönde bkz. Grünwald, s. 710; Larenz, **Haftung für culpa in contrahendo**, s. 417. Alman Federal Mahkemesi'nin ise konuya ilişkin kararlarında farklı sonuçlara vardığı göze çarpmaktadır. Mahkeme, bir kararında görüşmeleri kesen tarafın kusursuz olsa dahi sorumlu olacağına hükmederken (BGH WM 1974, 508), diğer bir kararında kast şeklindeki kusuru sorumluluk için şart koşmuştur (BGH NJW 1996, 1884). Alman Federal Mahkemesi'nin konuya ilişkin farklı kararları hakkında bilgi için bkz. Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 223-224, dn. 264; Küpper, s. 205 vd.

¹¹⁵ Aynı yönde bkz. Demircioğlu, s. 278-280; Gonzenbach, s. 155; Kocayusufpaşaoğlu, § 2, N. 8; Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**, s. 111; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 979; Ulusan, s. 311; Yalman, s. 83; Yılmaz, s. 251.

¹¹⁶ Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 968; Gezder, s. 132; Gonzenbach, s. 96; Schmidt, s. 144, 145. Ayrıca bkz. BGE 105 II 75, 80, (Erişim) Swisslex, <https://www.swisslex.ch/>, 17.07.2014.

¹¹⁷ Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 223, dn. 264.

bu durumu derhâl karşı tarafa bildirme yükümlülüğü ise, kast ya da ihmâlle ihlâl edilebilir.

4. Zarar

Culpa in contrahendo sorumluluğu, esas itibariyle bir tazminat sorumluluğudur. Dolayısıyla bir zarar söz konusu olmadıkça, culpa in contrahendo sorumluluğundan da söz edilemez. Bu doğrultuda, sözleşme görüşmelerinin kesilmesi hâlinde sorumluluğun doğabilmesi için, görüşmeleri kesen kişinin sözleşmenin kurulacağına dair karşı taraf nezdinde uyandırdığı haklı güven, karşı tarafın zarara uğramasına yol açmış olmalıdır.

Sözleşme görüşmelerinin kesilmesinden doğan zarar, esasen karşı tarafın sözleşmenin kurulacağına güvenerek yaptığı birtakım masraflardan ibarettir. Dolayısıyla söz konusu ihtimalde zarar, malvarlığında bir eksilme ya da meydana gelebilecek bir artışın engellenmesi şeklinde ortaya çıkar¹¹⁸ ve maddî zarar niteliği taşır.

Culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde tazmini gereken zarar, esas itibariyle olumsuz zarardır¹¹⁹. Zira burada zarar ifa menfaatinin karşılanmamasından değil, bir tarafın kurulacağına dair haklı bir güven duyduğu sözleşmenin kurulmamasından kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle bu durumda karşılanan menfaat, sözleşme görüşmelerinin hiç başlamamasına veya sözleşmenin kurulacağına dair güvenin hiç duyulmamasına ilişkindir¹²⁰. Bununla birlikte, hakkaniyet gerektiriyorsa, TBK md. 26/II ve md. 47/II hükümlerinden kıyasen yararlanmak suretiyle, üst sınır ifa menfaati olmak üzere, olumsuz zararı aşan zararın tazmini de talep edilebilir¹²¹.

¹¹⁸ Gezder, s. 119, 120; Yalman, s. 86.

¹¹⁹ Bodewig, s. 4; Demircioğlu, s. 264; Eren, s. 1136; Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 222 vd.; Gonzenbach, s. 204; Jhering, s. 18; Kılıçoğlu, s. 89; Schmidt, s. 148, 149; Yalman, s. 48; BGE 105 II 75, 81, (Erişim) Swisslex, <https://www.swisslex.ch/>, 18.07.2014; Yarg. 19. HD, 01.12.2005, E. 2005/2865, K. 2005/11959, (Erişim) Hukuktürk Hukuk Bilgi Bankası, <http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/home.jsp>, 18.07.2014.

¹²⁰ Demircioğlu, s. 264. Zararın kapsamına ilişkin bilgi için bkz. Bühler-Reimann, s. 365, 366. Olumsuz zarar hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Ergüne, **Olumsuz Zarar**, s. 47 vd..

¹²¹ Anılan hükümlerin kıyasen diğer culpa in contrahendo sorumluluğu hâllerine de uygulanabileceği yönünde bkz. Ergüne, Mehmet Serkan; "Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, C. I, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2010, s. 919, 920.

5. İlliyet Bağı

İlliyet bağı, culpa in contrahendo sorumluluğunun şartlarından bir diğerini oluşturur. Gerçekten culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde tazmin edilmesi gereken zararlar, güven uyandırıcı davranışla uygun illiyet bağı içinde bulunan zararlardır¹²². Dolayısıyla sözleşme görüşmelerinin tek tarafı olarak kesilmesinden doğan zararlar, ancak hayatın olağan akışı ve genel hayat tecrübelerine göre, sözleşmenin kurulacağına dair karşı tarafta oluşturulan güvenin doğal bir sonucuysa, culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde tazmin edilebilir.

SONUÇ

İrade özerkliğinin borçlar hukuku alanındaki görünümünden birini oluşturan sözleşme özgürlüğü, taraflara, hukukî ilişkilerini diledikleri gibi düzenleyebilme olanağını sunmaktadır. Bu doğrultuda, bir sözleşme akdetmek amacıyla görüşmelere başlamak gibi, görüşmeleri sözleşmeyi akdetmeksizin, tek tarafı olarak kesmenin de taraflara tanınmış hak olduğunun kabulü gerekir. Dolayısıyla Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinde, irade özerkliği uyarınca, sözleşme görüşmelerinin tek tarafı olarak kesilmesinin kural olarak herhangi bir sorumluluğa yol açmayacağı sonucuna varılmalıdır.

Bununla birlikte, görüşmeler çerçevesinde gerçekleştirilen ve sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılması anlamını taşıyan bazı davranışlar, sözleşme görüşmelerini tek tarafı olarak kesen kişinin culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde tazminata mahkûm edilmesine sebep olur. Bu davranışlar, sözleşme kurma niyeti olmayan kişinin sözleşme görüşmelerine girişmesi ve görüşmeler sırasında sözleşme kurma niyeti ortadan kalkan görüşmecinin bu durumu karşı tarafa derhâl bildirmeyerek görüşmelere devam etmesi şeklinde ifade edilebilir. İrade özerkliğine müdahaleden mümkün olduğunca kaçınılması gerektiğinden, sözleşme görüşmelerinin kesilmesinden doğan sorumluluk çerçevesinde haklı bir güvenden bahsedilmesi, ancak bu ihtimallerden birinin gerçekleşmesi hâlinde mümkündür. Kanunen ya da taraflarca bir geçerlilik şartına bağlanan sözleşmelerde ise, şekil şartlarını yerine getirip sözleşmeyi kurmak şeklinde bir niyeti olmayan görüşme tarafının, buna rağmen görüşmeleri sürdürüp son aşamaya getirmesi, ancak şekil şartını gerçekleştirmekten kaçınması, culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açar.

¹²² Demircioğlu, s. 138; Gezder, s. 126, 127; Gonzenbach, s. 138; Yalman, s. 99, 100.

KAYNAKÇA

- AKYOL, Şener ; **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1995 (Akyol, **Dürüstlük Kuralı**).
- _____ ; **Medenî Hukukta Çelişki Yasağı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007 (Akyol, **Çelişki Yasağı**).
- ARAL, Fahrettin ; **Kötü İfa**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- AYRANCI, Hasan ; **Ön Sözleşme**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.
- BODEWIG, Theo ; “Rechtsfolgen vorvertraglichen Verschuldens bei Abbruch von Vertragsverhandlungen”, **JURA Juristische Ausbildung**, 23. Jahrgang, Heft 1, 2001, s. 1-8.
- BUCHER, Eugen ; **Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. Aufl., Schultess Verlag, Zürich, 1988.
- BÜHLER-REIMANN, Theodor; “Zum Problem der culpa in contrahendo”, **SJZ**, 1979, s. 357-366.
- CANARIS, Claus-Wilhelm ; **Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht**, München, Verlag C. H. Beck, 1971.
- DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan ; **Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- EISENHARDT, Ulrich ; “Die Rechtsfolgen bei Abbruch von Vertragsverhandlungen und Abschluß eines nicht erwartungsgerechten Vertrages”, **Brücken für die Rechtsvergleichung: Festschrift für Hans G. Leser zum 70. Geburtstag**, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, s. 144-163.
- EMMERICH, Volker ; **Münchener Kommentar zum BGB**, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, 6. Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2012.
- EREN, Fikret ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

- ERGÜNE, Mehmet Serkan ; “Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, C. I, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2010, s. 909-926 (Ergüne, **Olumlu Zarar**).
- ERGÜNE, Mehmet Serkan; **Olumsuz Zarar**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2008 (Ergüne, **Olumsuz Zarar**).
- FRICK, Joachim ; **Culpa in contrahendo - Eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Studie**, Zürich, Schweizer Studien zum Internationalen Recht, 1992.
- GAUCH, Peter/
- SCHLUEP, Walter R./
- SCHMID, Jörg/
- EMMENEGGER, Susan; **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Bd. I, 9. Aufl., Zürich, Schulthess Verlag, 2008.
- GEZDER, Ümit ; **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2009.
- GONZENBACH, Rainer; **Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht**, Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1987.
- GRÜNEWALD, Barbara; “Das Scheitern von Vertragsverhandlungen ohne triftigen Grund”, **SJZ**, 1984, s. 708-711.
- HARTMANN, Stephan; “Der Abbruch der Vertragsverhandlungen als Enttäuschung von Vertrauen: Bemerkungen im Anschluss an das Bundesgerichtsurteil 4C.152/2001 vom 29. Oktober 2001”, **ZBJV**, C. CXXXIX, Heft 8/2003, s. 516-537.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.
- KIRCA, Çiğdem ; **Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyi Karşı Sorumluluk**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2004.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme**, 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014.

KOLLER, Alfred ; **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 3. Aufl., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2009.

KRAMER, Ernst A.; **Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, Bd. VI/1/2/1a, Das Obligationenrecht: Inhalt des Vertrages (Art 19-22 OR), Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1991, (Erişim) Swisslex, <https://www.swisslex.ch/>, 10.07.2014.

KRAMER, Ernst A./

SCHMIDLIN, Bruno; **Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, Bd. VI/1/1, Das Obligationenrecht: Allgemeine Bestimmungen (Art 1-18 OR), Bern, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1986.

KUTLU SUNGURBEY, Ayfer; **Yetkisiz Temsil: Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar**, İstanbul, Yasa Yayınları, 1988.

KÜPPER, Wolfgang; **Das Scheitern von Vertragsverhandlungen als Fallgruppe der culpa in contrahendo**, Berlin, Duncker & Humblot, 1988.

LARENZ, Karl ; “Bemerkungen zur Haftung für culpa in contrahendo”, **Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht: Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag**, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, s. 397-419 (Larenz, **Haftung für culpa in contrahendo**).

_____ ; “Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und sozialer Kontakt”, **Monatsschrift für deutsches Recht**, 9/1954, s. 515-518 (Larenz, **Sozialer Kontakt**).

_____ ; **Lehrbuch des Schuldrechts Allgemeiner Teil**, Bd. I, 14. Aufl., München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987 (Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts**).

LAUER, Jürgen ; **Vorvertragliche Informationspflichten (insbesondere gegenüber Verbrauchern) nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht**, Bern, Stämpfli Verlag AG, 1983.

LEWIS, Charlton T./

- SHORT, Charles ; **A Latin Dictionary**, Oxford, Clarendon Press, 1879, (Erişim) <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.04.0059>, 09.07.2014.
- LARENZ, Karl/
- WOLF, Manfred ; **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, 9. Aufl., München, 2004.
- LUKAS, Meinhard; “Abbruch von Vertragsverhandlungen - 2. Teil”, **Juristische Blätter**, Volume 132, Issue 1, Linz, 2010, s. 23-37, (Erişim) Springerlink, <http://link.springer.com/journal/503/132/1/page/1>, 15.07.2014.
- MEDICUS, Dieter ; **Allgemeiner Teil des BGB**, 9. Aufl., München, C. F. Müller Verlag, 2006.
- MERZ, Hans ; **Vertrag und Vertragsschluss**, 2. Aufl., Freiburg Schweiz, Universitätsverlag, 1992.
- OĞUZMAN, M. Kemal/
- ÖZ, Turgut ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 12. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- OĞUZTÜRK, Burcu; **Güven Sorumluluğu**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- SCHMIDT, Susanne; **Der Abbruch von Vertragsverhandlungen im deutsch-schweizerischen Handels- und Wirtschaftsverkehr**, Konstanz, Hartung Gorre Verlag, 1994.
- SCHMITZ, Erich ; **Dritthaftung aus culpa in contrahendo**, Berlin, Duncker & Humblot, 1980.
- SCHÖNENBERGER, Wilhelm/
- JÄGGI, Peter ; **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Bd. VIa/2: Das Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1973.
- SEROZAN, Rona ; “Culpa In Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, **MHAD**, Yıl 2, S. 3, İstanbul, 1968, s. 108-129 (Serozan, **Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi**).

_____ ; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, C. III, 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2014 (Serozan, **İfa Engelleri**).

_____ ; **Medenî Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013 (Serozan, **Medenî Hukuk**).

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/

AKMAN, Sermet/

BURCUOĞLU, Halûk/

ALTOP, Atillâ ; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

ULUSAN, İhsan ; “Culpa In Contrahendo Üstüne”, **Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Yayınları, 1982, s. 275-319.

von JHERING, Rudolf; **Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen** (mit einem Nachwort von Eike Schmidt), Bad Homburg, Verlag Gehlen, 1969.

von TUHR, Andreas/

PETER, Hans ; **Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts**, Bd. I, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1979.

YALMAN, Süleyman; **Türk - İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.

YILMAZ, Hamdi ; “Sözleşme Görüşmelerinde Kusur ‘Culpa In Contrahendo’ ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler”, **Yargıtay Dergisi**, C. XI, S. 3, Ankara, Temmuz 1985, s. 234-252.

İnternet Kaynakları

<http://www.admin.ch/>.

Beck-Online, (Erişim) <http://beck-online.beck.de/default.aspx?>.

<http://www.gesetze-im-internet.de/>.

Hukuktürk Hukuk Bilgi Bankası, (Erişim) <http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/home.jsp>.

Resmî Gazete, (Erişim) <http://www.resmigazete.gov.tr/default.aspx>.

<http://ruessmann.jura.uni-sb.de/>.

Springerlink, (Erişim) <http://link.springer.com/>.

Swisslex, (Erişim) <https://www.swisslex.ch/>.

KISALTMALAR

Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
AY	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
Bd.	: Band
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Bundesgerichtsentscheidungen
BGH	: Bundesgerichtshof
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt

dn.	: dipnot
E.	: Esas Numarası
Einl.	: Einleitung
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
http	: hypertext transfer protocol
https	: secure hypertext transfer protocol
K.	: Karar Numarası
md.	: madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Nummer
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
OR	: Schweizerisches Obligationenrecht
RG	: Resmî Gazete
RGZ	: Entscheidungen des (deutschen) Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
vd.	: ve devamı
WM	: Wertpapier-Mitteilungen
www.	: world wide web
Yarg.	: Yargıtay
ZBJV	: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

VERGİDE ÖZGÜRLÜK İLKESİ

Elif PÜRSÜNLERLİ ÇAKAR*
Fatih SARAÇOĞLU**

ÖZET

Vergide özgürlük ilkesi; mükelleflerin ödemeleri gereken vergiyi, hukuka ve ekonomik gerçeklere uygun olarak en aza indirmeleri veya vergi yükünün dışında kalmaları yönündeki davranışlarındaki özgürlüklerinin kapsam ve sınırını ortaya koyan bir ilkedir.

Hukuka aykırılık ve hayatın olağan akışına aykırılık, vergide özgürlük ilkesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitinde kullanılan kriterlerdir. Vergide özgürlük ilkesinin ihlal edilip edilmediği, her iki kriter birarada değerlendirilerek tespit edilecektir.

Vergide özgürlük ilkesi; bireysel ve agresif vergi planlaması, vergiden kaçınma ve vergi kaçakçılığı müesseseleri ile yakın bir ilişki içinde bulunmaktadır.

Bu çalışmada, vergide özgürlük ilkesinin bireysel hak ve özgürlükler ile ticaret ve sanayi özgürlüğü açısından kaynakları ile vergide özgürlük ilkesinin tespitinde kullanılan kriterler Fransa ve Türkiye açısından incelenmiştir.

Türkiye ve Fransa'da vergide özgürlük ilkesinin kaynağını anayasa, uluslararası anlaşmalar, içtihatlar, bildirgeler ve özel kanunlar oluşturmaktadır. Her iki ülkede de vergide özgürlük ilkesinin kapsamını, sınırlarını, mükellef hakları ve özgürlükleri ilişkisini ortaya koyan bir yasanın bulunmaması; mükellef, vergi idaresi ve vergi yargısı açısından belirsizlik yaratmaktadır.

Anahtar Kelimeler: özgürlük, mükellef hakkı, vergi yükü, vergi idaresi.

PRINCIPLE OF FREEDOM IN TAXATION

ABSTRACT

Principle of freedom in taxation is a principle where taxpayers minimize the tax they are supposed to pay in compliance with law and economic realities or it sets forth the scope and borders of the freedom in their behaviors to be excluded from any tax burden.

Incompliance with law and incompliance with natural flow of life are criteria that are used to determine whether principle of freedom in taxation is violated or not.

* Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk ABD Öğretim Üyesi.

** Doç. Dr., Gazi Üniversitesi, İİBF, Maliye Bölümü, Öğretim üyesi.

Whether principle of freedom in taxation is violated or not will be determined by use of both criteria.

Principle of freedom in taxation is closely related with individual and aggressive tax planning, avoiding taxation and tax evasion.

In this study, the sources of principle of freedom in taxation in terms of individual rights and freedoms and commercial and industrial freedom, and the criteria that are used for determination of the principle of freedom in taxation in terms of France and Turkey are examined.

In Turkey and France, the source of principle of freedom in taxation derives from constitution, international relations, legal precedents, declarations and special laws. In both countries, non-existence of a law that covers the scope and borders of the principle of freedom in taxation, the relation of taxpayers' rights and freedoms creates ambiguity for taxpayers, tax administration and tax jurisdiction.

Keywords: *freedom, taxpayers' rights, tax burden, tax administration.*

GİRİŞ

Vergide özgürlük kavramı; mükelleflerin ödemeleri gereken vergiyi, hukuka ve ekonomik gerçeklere uygun olarak en aza indirmeleri ve/veya vergi yükünün dışında kalmaları konusundaki özgürlüklerini ifade etmektedir. Vergide özgürlük ilkesi ise; mükelleflerin, sahip oldukları haklar çerçevesinde, ödemeleri gereken vergiyi en aza indirmek veya vergi yükünün dışında kalmak amacıyla gerçekleştirdikleri işlem, eylem ve davranışlarındaki özgürlüklerini ortaya koymakta, tanımlamakta ve sınırlarını çizmektedir.

Vergide özgürlük ilkesinde üç kavram ön plana çıkmakta olup; bunlardan birincisi hak, ikincisi özgürlük, üçüncüsü ise vergi ile ilgili olarak mükelleflerin gerçekleştirmeleri gereken ödevlerdir.

Mükelleflerin, vergi ödevlerini yerine getirirken, vergi yükünün kısmen veya tamamen dışında kalmak için hangi sınırlar içinde hareket ederlerse, vergide özgürlük ilkesini ihlal etmemiş sayılacakları konusunda iki kriter ortaya çıkmaktadır. Bunlardan birincisi “hukuka uygunluk, ikincisi ise, ekonomik yaklaşım çerçevesinde “hayatın olağan akışına”, yani “ekonomik gerçeklere, ekonomik ve ticari icaplara uygunluk”tur.

Mükelleflerin ödeyecekleri vergiyi -hukuka ve ekonomik icaplara- “uygun” bir biçimde en aza indirme veya vergi yükünün dışında kalma

konusundaki özgürlüklerinin sınırını bu iki kriter doğrultusunda belirlemek gerekmektedir. Nitekim, vergide özgürlük ilkesinin gözetildiğinden bahsedebilmek için, her iki kriterin de bir arada yerine getirilmiş olması gerekmektedir.

Bu çalışmada, vergide özgürlük kavramı ve ilkesi ortaya konulduktan sonra vergide özgürlük ilkesinin kriterleri, hukuka aykırılık ve hayatın olağan akışına (ekonomik, ticari ve teknik icaplara) aykırılık açıklanacaktır. Yine bu çerçevede vergide özgürlük ilkesinin vergi planlaması, vergiden kaçınma ve vergi kaçakçılığı müesseseleri ile farklılıkları ve ilişkisi incelenecektir.

Daha sonra, Fransa'da vergide özgürlük ilkesinin kaynakları; bireysel hak ve özgürlükler ile sanayi ve ticaret özgürlüğü açısından incelenerek, Fransa'da vergide özgürlük ilkesininin tespitinde kullanılan kriterler (hukuka aykırılık ve normal olmayan yönetsel eylemler) ortaya konulacaktır.

Çalışmanın izleyen kısmında ise, Türkiye'de vergide özgürlük ilkesinin kaynakları; bireysel hak ve özgürlükler ile sanayi ve ticaret özgürlüğü açısından incelenecek ve Türkiye'de vergide özgürlük ilkesinin tespitinde kullanılan kriterler ortaya konulacaktır.

I. VERGİDE ÖZGÜRLÜK KAVRAMI

Vergide özgürlük ilkesi'ni açıklamadan önce; vergide özgürlük kavramını açıklamak gerekmektedir. Bu ise öncelikler, hak, özgürlük ve ödev kavramlarının açık olarak ortaya konulması ile mümkün olabilecektir.

Hak, teoride üç şekilde tanımlanmaktadır. İrade teorisine göre hak, hukuk düzeni tarafından kişilere tanınan irade gücüdür. Menfaat teorisine göre hak, hukuk düzeni tarafından korunan menfaat, çıkardır. Karma teoriye göre ise hak; hukuken korunan ve faydalanılması sahibinin iradesine bağlı bulunan çıkarlardır²

Özgürlük bir haktır, fakat bütün özgürlükler hak niteliğinde değildir. Özgür olmak, aynı zamanda başkalarına karşı öne sürülebilen haklara sahip olmayı ifade etmektedir. Farklı bir deyişle “hak” biçimi sağlamakta, “özgürlük” ise hakla ifade bulmaktadır. Yani özgürlük, sahip olunan hakkın gerçekleşme biçimi olarak da ifade edilebilmektedir³.

¹ Fransızca'da “Le principe de liberté” olarak adlandırılmaktadır.

² BOZKURT, s. 102.

³ ALTUNTAŞ, s.26.

1982 tarihli T.C. Anayasası'nın "Kişinin Hak ve Ödevleri" başlıklı ikinci bölümünde haberleşme özgürlüğü, yerleşme ve seyahat özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, düşünce ve kanaat özgürlüğü, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü, basın özgürlüğüne yer verilmiştir.

T.C Anayasa'sının temel hak ve hürriyetleri düzenleyen ikinci kısmının "Genel Hükümler" başlıklı birinci bölümünün 12. maddesinde ise; "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını ihtiva eder" ifadesi yer almaktadır. T.C Anayasa'sında, hak ve hürriyet kavramının kişilerin ödevlerini de kapsadığı ifade edilmektedir. Yani T.C. Anayasası'nın "kişinin hak ve ödevleri" başlığı altında, kişinin hürriyetlerinin (özgürlüklerinin) düzenlendiği görülmektedir. Bu bağlamda; özgürlük kavramının haklar tanımı altında, ödevleri de kapsadığını ifade etmek mümkündür.

T.C. Anayasa'sının temel hak ve hürriyetleri düzenleyen ikinci kısmının "Siyasi Hak ve Ödevler" başlıklı dördüncü bölümünde ise 73. maddede "Vergi Ödevi" düzenlenmiştir. Bu maddede ise, "Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür" ifadesi yer almaktadır. Vergi ödemek anayasal bir ödevdir. T.C. Anayasa'sının bu maddesinde, vergi yasalarında yer alan ve vergiyi doğuran olayla ilişki kuran herkes için, vergi ödemenin bir ödev olduğu belirtilmiştir. Burada yer alan "herkes" ibaresiyle; bir ülkenin tüm vatandaşları veya ülkede yaşayanları değil, vergi kanunlarında yer alan ve vergiyi doğuran olayla ilişki içine giren herkes ifade edilmektedir⁴.

Ülkemizde mükelleflerin vergilendirme ile ilgili olarak gerçekleştirmesi gereken ödevler, Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) düzenlenmiştir.

Hukuk devleri perspektifinden bakıldığında ise; devlerin hak sahibi olarak vergilendirme yetkisini kullanması durumunda, vergi mükellefi için vergi ödevi doğmaktadır⁵.

Vergi mükellefinin ödevleri, yukarıda belirtildiği üzere, VUK İkinci Kitap'ta "Mükellefin Ödevleri" başlığı altında, 153-167. maddelerde belirtilmiştir. Anayasa ve kanunlarda "mükelleflerin hakları" ile ilgili yasal düzenlemeler bulunmamaktadır. Mükelleflerin hakları ile ilgili tek düzenleme ise, Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından ortaya konulmuş olan "Mükellef Hakları Bildirgesi"dir.

⁴ ŞENYÜZ, GERÇEK ve YÜCE, Vergi Hukuku, s. 16.

⁵ Nihal Saban, Vergi Hukuku, Beta Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2009, s. 15.

Özgürlük, sahip olunan hakkın gerçekleşme biçimi olarak değerlendirildiğinde, vergide özgürlük, “mükelleflerin, vergi ile ilgili haklara ulaşabilmeleri için, bu davranışlarını gerçekleştirme biçimlerindeki özgürlükleri” olarak tanımlanabilir. Buradan hareketle, özgürlük ilkesinin vergi hukukunda da ortaya konulması gereği ortaya çıkmaktadır. Mükelleflerin haklarının tanımlanmadığı bir hukuk sisteminde, mükelleflerin özgürlüklerinin tanımlanmasındaki güçlük, vergide özgürlük ilkesinin önemini ortaya koymaktadır⁶.

Vergisel anlamda “özgürlük ilkesi”, sadece kişisel özgürlüğü değil, aynı zamanda ticaret ve sanayi özgürlüğünü de ifade etmektedir. Bu ilke temelde, vergi ile ilgili yöntem ve uygulamaların, bireysel özgürlüğü ve işletmelerin yönetim şekillerini seçmedeki özgürlüklerini sınırlayan en önemli faktör olduğu görüşüne dayanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, vergide özgürlük ilkesi, mükelleflerin ödemeleri gereken vergiyi kısmen veya tamamen ödememelerine bir sınırlama getireceğinden dolayı, aynı zamanda vergilemenin mali amacına hizmet etmektedir⁷.

Vergi bir taraftan, kendi tanımından ve tarihsel süreçte gerçekleştirmiş olduğu zorlayıcılıktan ve ağırlığından hareketle, aksi inkâr edilemez bir biçimde zorlayıcı bir kurum olarak görülmekte; diğer taraftan özüne, sosyolojisine ve doğal yapısı sonucunda ortaya çıkan ağırlığına rağmen, yine bütün bunlara bağlı olarak, aynı zamanda özgürlüğü temin edici bir kurumdur⁸. Diğer bir ifadeyle vergi, örgütlenmiş toplumların işleyişini sağlayan bir unsurdur⁹.

Vergi, el koyucu, aykırı ve caydırıcı olup; bu eleştiriler, vergi olarak tanımlanan cebri ödemeye yüzyıllardır getirilen eleştirilerdendir¹⁰. Daha da ötesinde vergiyi, yağmalamaya karşı bir mücadele; cebir veya otoriter nitelikteki diğer tüm zorunlu ödemelere karşı bir arınma, dolayısıyla da bir özgürleşme olarak algılamak mümkündür. Bu açıdan bakıldığında vergi; “kendilerine azami bir özgürlük bırakılması koşuluyla, mükelleflerin toplumun ve kendilerini yönetenlerin ihtiyaçlarına iştirak etmelerini sağlayan bir araç” olduğunda, “özgürlüğü teminat altına alan bir teknik” olarak görülecektir¹¹.

⁶ Mükellef Hakları Bildirgesi, <http://www.gib.gov.tr/index.php?id=476>.

⁷ Bkz. PETELLIER, s. 163-235.

⁸ BOUVIER, s. 49.

⁹ BOUVIER, s. 49.

¹⁰ VALLÉE, s. 13.

¹¹ BOUVIER, s. 49.

“Daha az Devlet daha az vergi”, “fazla vergi vergiyi öldürür” formülleri, yıllardan beri ülkelerde vergi reformu tartışmalarına temel teşkil eden sloganlar olarak ortaya konulmaktadır¹².

Kuşkusuz, vergi ödemeleri asırlar boyunca bir baskı olarak algılanmıştır. Değişim ekonomisinin yeterince gelişmemiş olması, parasal kaynakların yetersiz oluşu, bu anlamda özgürleşmenin yeterince sağlanamamasına ve vergi idaresinin “ürün, gelir/kazanç ve serveti “çabuk” ve “yaklaşık” bir şekilde değerlendirmeye yönelmesine yol açmıştır¹³.

Gabriel Ardant, “verginin üstünlüğü” kavramının altını çizmiş ve kavramı, “verginin bireyi dilediği işi yapması ve borçlarını kapatmak için gerekli olan parayı dilediği şekilde bulması konusunda özgür bırakılması” olarak tanımlamıştır¹⁴. Ancak, bu kavram tam anlamıyla sadece, vergi baskısının katlanılabilir düzeyde olduğu ve kanun ve idare tarafından gerçekleştirilebilecek muhtemel cebri işlemlere karşı bireysel hakların garanti altına alındığı ve korunduğu durumda ortaya çıkacaktır¹⁵.

II. VERGİDE ÖZGÜRLÜK İLKESİNİN KRİTERLERİ

Mükelleflerin, vergi yükünün dışında kalırken veya vergi yüklerini en aza indirirken göstermiş oldukları davranışlarda vergide özgürlük ilkesini ihlal edip etmedikleri iki kriter ile ortaya konulmaktadır. Bu kriterlerden ilki, “hukuka aykırılık” iken, ikincisi “hayatın olağan akışına aykırılık”tır.

A. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık; işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan bir fiilin hukuk düzeni ile çelişkili ve çatışma halinde bulunmasıdır¹⁶. Bir fiil, (suç olarak tanımlanan) tipe uygun olmakla birlikte, hukuka aykırı olmayabilir. Bunun sebebi, hukuka uygunluk sebeplerinden birinin somut olayda varlığıdır¹⁷.

Ceza hukuku veya başka bir hukuk dalının veya kanunun suç (ihlal) saydığı bir fiilin işlenmesine diğer bir kural izin veriyorsa, o fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklanmadığı, yani suç olmadığı sonucuna varılmakta

¹² VALLÉE, s. 22.

¹³ BOUVIER, s. 49.

¹⁴ ARDANT, s. 48-49.

¹⁵ BOUVIER, s. 49.

¹⁶ Hukuka Aykırılık Unsuru, http://www.marmaraceza.org/dosyalar/icerikresimleri/ceza_hukuku_genel_ksm_3_1.pdf. (Erişim tarihi: 21.06.2014).

¹⁷ Hukuka Aykırılık Unsuru, http://www.marmaraceza.org/dosyalar/icerikresimleri/ceza_hukuku_genel_ksm_3_1.pdf. (Erişim tarihi: 21.06.2014).

olup, bu şekilde ceza normunun yasakladığı bir fiilin işlenmesine izin vererek, onun hukuka aykırı olmasını önleyen kurala “hukuka uygunluk sebebi” denilmektedir¹⁸.

B. Hayatın Olağan Akışına (Ekonomik İcaplara) Aykırılık

Mükelleflerin vergide özgürlük ilkesi çerçevesinde hareket edip etmediklerinin tespitinde ikinci kriter; mükelleflerin vergi yükünü en aza indirmek veya dışında kalmak amacıyla gerçekleştirdikleri davranışlarının “hayatın olağan akışına aykırı” olup olmadığı, ekonomik gerçekler ile ticari icaplara uygun olup olmadığıdır.

Mükelleflerin bu yöndeki davranışları hukuka uygun bile olsa, hayatın olağan akışına, (ekonomik ve/veya ticari icaplara) aykırı ise; vergide özgürlük ilkesinin ihlal edildiği anlamına gelmektedir¹⁹.

III. VERGİDE ÖZGÜRLÜK İLKESİNİN VERGİ PLANLAMASI, VERGİDEN KAÇINMA VE VERGİ KAÇAKÇILIĞI MÜESSESELERİ İLE İLİŞKİSİ

Vergide özgürlük ilkesi; vergi yükünün kısmen veya tamamen dışında kalınması amacına hizmet ettiğinden dolayı, vergi hukukundaki çeşitli kavramlarla benzerlik göstermektedir.

Vergide özgürlük ilkesi; mükelleflerin vergi ödevlerini yerine getirirken, vergi yüklerini en aza indirmek amacıyla gerçekleştirdikleri davranışlarında, Devlet tarafından kendilerine tanınan hak ve özgürlüklerin niteliksel ve niceliksel boyutlarını konu almaktadır. Diğer kavramların ortak özelliği ise; amaçlarının vergi yükünün en aza indirilmesi veya vergi yükünün dışında kalınması olup, bu amaca hizmet etmek için kullanılan yöntemler birbirlerinden farklılık göstermektedir.

Vergide özgürlük ilkesi ile vergi hukukunda yer alan diğer kavramlar arasındaki ilişki aşağıda ortaya konulmaya çalışılmıştır.

A. Vergide Özgürlük İlkesi ve Bireysel/Agresif Vergi Planlaması

Vergi planlaması, bireysel (mikro/kişisel) ve makro vergi planlaması olarak ikiye ayrılmakta olup²⁰, bunlardan mikro vergi planlaması vergide özgürlük ilkesi ile ilişkili olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁸ Hukuka Aykırılık Unsuru, http://www.marmaraceza.org/dosyalar/icerikresimleri/ceza_hukuku_genel_ksm_3_1.pdf. (Erişim tarihi: 21.06.2014).

¹⁹ BOUVIER, s. 51.

²⁰ AKDOĞAN, s. 190.

Bireysel (mikro/kişisel) vergi planlaması; mükellef ve sorumluların, iktisadi ve mali imkanlarıyla ödemeleri gereken vergi arasındaki ilişkiyi belirlemeleri, yasalara aykırı olmayan girişim ve uygulamalarıyla, ödemeleri gereken vergiyi asgariye indirme çabalarını ifade etmektedir²¹.

Birey ya da firmanın vergi yükünü hafifletmeye yönelik olarak, vergi istisnası ve muafıklarının tespit etmek suretiyle faaliyet alanını seçmeleri veya vergi boşluklarını tespit edip, bu boşluk alanlarında faaliyette bulunması yahut da vergiyi doğuran olayla ilişki kurmamak suretiyle vergi yükünün dışında kalması, bireysel vergi planlaması kapsamına girmektedir²². Bireysel vergi planlaması; mükelleflerin yasaya uygun olarak, vergi yükünü en aza indirme çabaları, gayretleri ve davranışlarını ifade etmekte olup; bireysel vergi planlamasında “vergi yükü”, “vergi yükünün yasalara uygun olarak en aza indirilmesi önem taşımazdır.

Mükelleflerin vergi planlaması yoluyla vergi yüklerini yasalara uygun olarak en aza indirmeleri, hukuka, hayatın olağan akışına, ekonomik ve ticari icaplara aykırılık yaratmamakta ve bireysel vergi planlaması yoluyla vergide özgürlük ilkesi ihlâl edilmemektedir.

Anlaşılabacağı üzere, bireysel vergi planlamasında vergi yükünün dışında kalmak amaçlanmakta, yöntem olarak yasalardaki boşluklardan yararlanılmaktadır.

Agresif vergi planlaması ise; herhangi bir vergi sisteminden veya iki ya da daha fazla vergi sistemi arasındaki uyumsuzluktan ustaca yararlanmak suretiyle, ödenmesi gereken vergiyi azaltmak olarak tanımlanmaktadır. Bu uygulamanın sonuçları arasında, çifte indirim (örneğin, aynı zararın hem kaynak devlette hem de mukim devlette indirilmesi) ve çifte vergilendirmeme (örneğin, kaynak devlette vergilendirilmemiş olan gelirin, mukim devlette vergiden istisna olması)²³.

B. Vergide Özgürlük İlkesi ve Vergiden Kaçınma

Vergi mükellefinin vergi kanunlarını ihlal etmeden vergi yüklerini en aza indirmeleri veya vergi yükünün dışında kalmaları durumunda vergiden kaçınma söz konusu olmaktadır.

²¹ AKDOĞAN, s. 190.

²² AKGÜL YILMAZ, s. 164.

²³ Commission Européenne (Avrupa Komisyonu), Recommandation de la Commission Relative a la Planification Fiscale Agressive (06. 12. 2012).

Vergiden kaçınma çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Şöyle ki; vergiden kaçınma kanunla düzenlenmiş olabilir, vergiden kaçınma kanuni boşluklara dayanabilir ya da vergiyi doğuran olayın gerçekleştirilmemesi suretiyle vergiden kaçınma ortaya çıkabilir²⁴. Vergiden kaçınma kavramında temel olan; vergiyi doğuran olaya neden olunmaması suretiyle, vergi yükünün dışında kalınma çabalarıdır²⁵. Vergiden kaçınma kavramında hedeflenen “vergiyi doğuran olaya neden olunmaması”dır. Yasalara uygun olarak gerçekleştirilen davranışlarla; mükellefler, “vergiyi doğuran olaya neden olmayacaklar” ve dolayısıyla vergi yükünün dışında kalacaklardır. Burada altı çizilen husus, vergi yükünün tamamen veya kısmen dışında kalınmasına neden olan yöntemin yasalara aykırı olmamasıdır.

Mükelleflerin vergiden kaçınma sonucu vergi yüklerini en aza indirmeleri veya vergi yükünün dışında kalmaları durumunda, hukuka aykırılık bulunmamakta ve vergide özgürlük ilkesi ihlâl edilmemektedir.

C. Vergide Özgürlük İlkesi ve Vergi Kaçakçılığı

Vergi kaçakçılığı, vergi kanunlarının ihlal edilerek verginin tamamen veya kısmen, suç sayılan fiillerle hazineye ödenmemesine yönelik fiillerden oluşmaktadır²⁶.

Vergi kaçakçılığında temel unsur, vergi yasalarının ihlal edilmesidir. Vergide özgürlük ilkesi açısından değerlendirildiğinde; herhangi bir vergi yasasının ihlal edilmesi, eğer bir başka kanun veya kanun maddesi ile bu fiilin işlenmesine izin veriliyorsa, hukuka aykırılık sebebi sayılmayabilmektedir. Vergi hukukunda mücbir sebep hallerinin varlığı yukarıda açıklandığı üzere, vergi kaçakçılığı suçunda hukuka uygunluk sebebi sayılmaktadır. Bu durumda vergi kaçakçılığında, vergide özgürlük ilkesinin ihlal edilip edilmediğinin tespiti için, hukuka aykırılık kriterinin dikkate alınması gerekmektedir.

IV. FRANSA'DA VERGİDE ÖZGÜRLÜK İLKESİNİN KAYNAKLARI

Vergide özgürlük ilkesinin dayanağını 1789 İnsan Hakları Bildirgesi'nin 1, 2, 4, 5, 7, 12, 13 ve 14. maddeleri oluşturmaktadır²⁷. İşletmeler açısından

²⁴ ÇOMAKLI ve DOĞRUYOL, s. 134-135.

²⁵ AKDOĞAN, s. 171.

²⁶ ÇOMAKLI ve DOĞRUYOL, s. 132.

²⁷ Söz konusu maddeler aşağıdaki gibidir:

Madde 1: İnsanlar, haklar bakımından özgür ve eşit doğar ve yaşarlar. Sosyal farklılıklar ancak ortak faydaya dayanabilir.

ise, çağdaş liberal toplumların temelini oluşturan 1791 Chapelier Kanunu²⁸ ile bu ilkenin temeli atılmıştır. Bu ilke anayasal yargının temelini oluşturmakta, idari yargı ve adli yargı için de hukukun genel ilkeleri arasında yer almaktadır.

Ayrıca, 1987 yılında yayımlanan “Mükellef Bildirgesi”²⁹ Fransa’da hem vergi ile ilgili olarak bireysel ve sanayi ve ticaret özgürlüğünün kaynağını oluşturmaktadır³⁰.

A. Bireysel Hak ve Özgürlükler Açısından Kaynakları

Fransız Anayasa’sının 66. maddesinin 2. fıkrası; “bireysel özgürlüklerin koruyucusu olan yargı erki, yasada öngörülen koşullara uygun olarak bu ilkeye riayet edilmesini temin eder” hükmünü taşımaktadır. Anayasa’da yer alan bu hükümle, bireysel hak ve özgürlüklerin yargı tarafından koruma altına alınacağı ifade edilmiştir.

Vergide özgürlük ilkesi ve bu ilkenin kişisel hak ve özgürlüklere dayanak oluşturması, vergi ile ilgili olarak, Fransa’da 1984 yılı Bütçe Kanunu’nun

Madde 2: Her bir politik birleşmenin amacı; doğal ve dokunulamaz insan haklarını korumaktır. Bunlar; özgürlük hakkı, mülkiyet hakkı, güvenlik hakkı ve baskıya karşı direnme hakkıdır.

Madde 4: Özgürlük başkalarına zarar vermeden istediğini yapabilmektir: Her bir insanın doğal haklarını kullanması da toplumun diğer üyelerinin de aynı hakları kullanmasını garanti altına alacak sınırlar içindedir. Bu sınırlar da sadece yasalarla belirlenebilir.

Madde 5: Yasa sadece topluma zarar verebilecek eylemleri yasalar. Yasaların yasaklamadığı hiçbir şey engellenemez ve kimse yasanın emretmediği bir şeyi yapmaya da zorlanamaz.

Madde 7: Yasanın belirlediği haller veya yasanın öngördüğü biçimin dışında başka bir yoldan hiç kimse suçlanamaz, yakalanamaz ve tutuklanamaz. Keyfi düzenlemeler yapılmasını isteyen, keyfi emirler veren, bunları uygulayan veya uygulanmasına izin verenler cezalandırılmalıdır. Ancak yasaya uymaya davet edilen veya yasalarca yakalanan her yurttaş yasalara itaat etmelidir. Yasalara karşı gelmek onu suçlu kılar.

Madde 12: İnsan ve yurttaş haklarının garanti altına alınması resmi bir gücü gerektirmektedir. Bu güç herkesin yararı için oluşturulmuştur. Bu gücü kendilerine emanet edilenlerin özel çıkarları için oluşturulmamıştır.

Madde 13: Bu kamusal gücün ve yönetim görevlerinin devamlılığını sağlamak için genel bir vergi zorunludur. Bu vergilendirme bütün yurttaşların olanaklarına göre eşit ölçüde bölünmelidir.

Madde 14: Bütün yurttaşlar bizzat veya temsilcileri aracılığıyla verginin gerekliliğini belirleme, bunu serbestçe kabul etme, bu vergilerin kullanımını gözlemleme ve verginin miktarını, matrahını, tahsil şekli ve süresini belirleme hakkına sahiptir.

²⁸ Her türlü mesleki örgütlenmeyi yasaklayan Chapelier Kanunu şirketlerde çalışanların hakları ile ilgili düzenlemeler getirmiştir. Bu kanun, 1884 tarihli Waldeck – Rousseau Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır.

²⁹ Fransızca’da “La Charte du contribuable” olarak ifade edilmektedir. 8 Temmuz 1987 yılında çıkan yasanın öngördüğü “Mükellef Bildirgesi” 1987 yılında yayımlanmıştır.

³⁰ Fransa’da vergi idaresinin gelişimi ile ilgili olarak Bkz. EYÜPGİLLER, Vergi İdaresinin Yapılandırılması: Global Eğilimler ve Türkiye için Öneriler hlsbaygin.com.tr/Mevzuat1_1.htm.

89. maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmesi sırasında açıkça ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nce incelenen düzenlemelerin amacı; bazı şartların mevcudiyeti durumunda, vergi görevlilerine evde arama ve el koyma yetkilerinin verilmesidir. Bu düzenlemede arama ve el koyma hakkı ile ilgili “bazı şartların mevcudiyeti” ile ilgili koşullar Anayasa Mahkemesi'nce bireysel hak ve özgürlüklerin korunması açısından yetersiz ve Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Gerekçeli kararda bu düzenlemenin hangi unsurları taşıması gerektiği belirtilmiş ve 1985 Bütçe Kanunu'nda bu düzenleme Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda düzeltilmiştir. Fransız Anayasa Mahkemesi'nin 29 Ekim 2005 tarihli bir diğer kararına³¹ göre ise; “*Mükelleflerin, kendilerine sunulan imkânlar dahilinde vergilerini düzenlemeleri ve yasa koyucunun belirlediği sınırlar içinde vergisel işlemleri gerçekleştirmeleri, 1789 İnsan Hakları Bildirgesi'nin 4. maddesinde garanti altına alınan hak ve özgürlükler kapsamındadır. Bu işlemlerin hak ve özgürlükler kapsamında değerlendirilmesi, kanunda belirtilmiş olması koşuluyla sınırlandırılmıştır...*”³².

Daha yakın bir zamanda ise; mükelleflerin en az vergi ödemelerini sağlayan yöntemi seçebilme özgürlükleri Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın KDV ile ilgili bir kararında yer almaktadır. Bu karara göre; “*mükellefin vergisel iki işlem arasında seçim yapabilme imkânının bulunduğu bir durumda, 6. nolu direktif, en yüksek KDV oranının uygulanacağı yöntemin seçilmesini empoze etmemektedir, tam tersine, mükellefin, vergi borcunu sınırlandırmasına olanak sağlayacak olan işlem türünü seçme hakkı bulunmaktadır...*”³³.

Fransa'da, Danıştay'ın bir kararında da; vergi ödevi ile vergide özgürlük ilkesi arasındaki çatışma ortaya konulmuştur. “*...Vergi hakimi, çıkarlarını ve yükümlülüklerinin içindeki haklarını giderek daha kuvvetli savunan davacıların karşısında, vergi idaresi ile mükellefler arasında, sürekli olarak bir hukuk ve muhasebe hakemliğini ustaca yapmak zorunda olduğu ve uyumsuzlukları bu şekilde çözmeye çalıştığı duygusuna kapılmaktadır*”³⁴.

B. Sanayi ve Ticaret Özgürlüğü Açısından Kaynakları

Vergi hukukunun, işletmelerin yönetsel özgürlüğünü engelleyici bir etkide bulunmaması gerekmektedir. Fransa'da bu ilke hem vergi idaresi hem de mükellefler için bağlayıcı düzenlemelerle ortaya konulmuştur.

³¹ 2006 yılı Bütçe Kanunu bu karar doğrultusunda hazırlanmıştır.

³² Gilles DEDEURWAERDER, s. 198.

³³ Commission de Justice de l'Union Européenne, (Avrupa Birliği Adalet Divanı), 21 Şubat 2006 tarihli kararı.

³⁴ DEDEURWAERDER, s. 198.

Vergi idaresi açısından; “işletme sahipleri, yönetimlerinde ve faaliyetlerinin devamı için gerekli olan giderleri, indirilebilir giderler kapsamında vergi matrahlarından indirmekte özgürdürler. Bu hüküm Fransa Maliye Bakanlığı’nın bir özelgesinde belirtilmiştir (Doc. Adm. 4 C III). Fransız Danıştay’ının da, 7 Temmuz 1958 tarihli kararında “*mükellefler, faaliyetlerini gerçekleştirirken, koşulların izin verdiği maksimum faydayı sağlamaktan mahrum bırakılmazlar*” ifadesi yer almaktadır³⁵.

Bununla birlikte; çok usta bir vergi planlamasının unsurları ile vergi kaçakçılığının unsurları arasındaki sınırı belirlemek zor olabilmektedir. L. M. Cozian’a göre; “vergileendirme genellikle, incelikli seçimler olarak sunulmaktadır. Bu seçimler aslında, hangisinin mükellef açısından daha az maliyetli olacağını kendisinin de bilmediği kanun koyucu tarafından belirlenmektedir³⁶. Eğer mükellef, belirli sınırlar dahilinde kalmak suretiyle kendisi için en elverişli tercihi yaptığı için suçlanamazsa, vergide özgürlük ilkesinin ihlalinin söz etmek ancak, eylemlerinin tartışılır olması (hukuka aykırı olması) durumunda veya mükellefin işletmesinin menfaati ile ilişkisi olmayan işlem veya eylemlerde bulunması durumunda mümkün olacaktır³⁷.

V. FRANSA’DA VERGİDE ÖZGÜRLÜK İLKESİNİNİN TESPİTİNDE KULLANILAN KRİTERLER

Fransa’da özgürlük ilkesinin ihlalinin tespitinde kullanılan kriterler, sırasıyla; “hukuka aykırılık” ve “normal olmayan yönetsel eylemler”dir.

A. Hukuka Aykırılık

Fransız Vergi Usul Kanunu’nun³⁸ 64. maddesine göre hukuka aykırılık; ödenmesi gereken verginin kısmen veya tamamen ödenmemesi amacıyla mevcut yasal düzenlemelerin kullanılması sonucunda ortaya çıkmaktadır (satışları bağış adı altında göstermek gibi).

Vergi idaresi, bu yasal düzenlemelerin uygulandığını tespit etmek ve durumun hukuka aykırılığını ispat etmek durumundadır. Diğer bir ifadeyle, ispat yükü vergi idaresindedir. Fransa’da, hukuka aykırılığın tespitini gerçekleştirmek üzere “Hukuka Aykırılık Değerlendirme Kurulu (HADK)³⁹” adı altında bir bir kurul oluşturulmuştur.

³⁵ Conseil d’Etat, <http://www.conseil-etat.fr/Tribunaux-Cours/La-jurisdiction-administrative>.

³⁶ L. M. COZIAN: Les Grands Principes de le Fiscalité des Entreprises, 4. Edition, Litec, 1999.

³⁷ BOUVIER, s. 51 vd.

³⁸ LPF (Livre des Procédures Fiscales).

³⁹ Comité Consultatif des Abus de Droit.

HADK; bir devlet bakanı (başkan), Yargıtay'dan bir temsilci, hukuk fakültesi mensubu bir profesör ve vergi idaresinin üst yöneticisinden oluşmaktadır. Bu kurulun, vergilendirme işlemi hakkındaki görüşü mükellefin aleyhine çıkarsa, ispat yükü tersine dönmekte ve mükellefe geçmektedir.

Gerek vergi idaresi gerekse mükellef, bu kuruldan vergilendirme ile ilgili gerçekleştirilmiş olan işlemlerin hukuka uygun olup olmadığı konusunda görüş isteme hakkına sahiptir.

B. Normal Olmayan Yönetmel Eylemler

Vergide özgürlük ilkesinin ihlâl edildiğinin ikinci göstergesi; normal olmayan yönetmel eylemler⁴⁰dir. Bu ölçüt kaynağını Fransız Danıştay'ının 5 Ocak 1985 tarihli kararından almaktadır.

“İşletme hesaplarında yer alan bir zarar veya gider ile işletmenin gelirini azaltan her fiil, işletmenin faaliyeti ile ilgili olduğu doğrulanmadığı sürece...” özgürlük ilkesine aykırı addedilecek, “normal yönetmel eylemlere” aykırı bir durumun varolduğu varsayımıyla, yöneticiler/işletme sahiplerine çıkar sağlayan faaliyetler olarak sınıflandırılacaklardır. Örneğin; işletmeye ait bir malın gerçek fiyatının altında elden çıkarılması, işletmedeki üçüncü kişilere yapılan haksız kazanç dağıtımı, işletmenin bir kârdan/kazançtan vazgeçmesi (faizsiz verilen borç) bu kapsamda değerlendirilecektir. Burada amaç, vergi matrahında meydana gelecek bir kaybın engellenmesi ve normal yönetmel eylemlere aykırı hareket eden kişilerin vergiye tabi tutulmasıdır⁴¹.

İçtihatlar aynı zamanda, ödenmesi gereken vergiyi azaltmak amacıyla yapıldığında, kanuna aykırı bir nitelik taşıyabilecek olan, “normal olmayan yönetmel davranışlar” ile “yönetmel kararlar” arasındaki ayrımı da yapmıştır.

İdari yargı kararları, aynı zamanda “kanuna aykırı yönetmel kararlar” ile istemeden yapılan “muhasabe hataları” (örneğin, bir giderin veya bir gelirin muhasabeleştirilmesinin unutulması) arasındaki ayrımı da yapmıştır. Muhasabe kayıtlarıda tahrifat yapmak kanuna aykırıdır. Ancak, hesap ve muhasabe işlemlerine ilişkin vergi hataları nasıl ki vergi idaresince düzeltilebiliyorsa, aynı imkânın mükelleflere de tanınması gerekmektedir. Böylelikle mükelleflere, yapmış oldukları hesap ve muhasabe hatalarının sonradan düzeltilmiş olduğunu ileri sürme ve ispat etme imkânını sağlanmaktadır⁴².

⁴⁰ Fransızca'da “L'acte anormal de gestion” ifadesi kullanılmaktadır.

⁴¹ BOUVIER, s. 51.

⁴² BOUVIER, s. 52.

Görüldüğü üzere Fransa'da özgürlük ilkesinin kapsamını ve mükellef hakları – özgürlük ilkesi ilişkisini ortaya koyan bir yasanın bulunmaması, vergi yargılamasında uygulanacak olan kurallar konusunda mahkemeyi belirsizlik içinde bırakmakta ve bu kararların sorgulanması sonucunu yaratmaktadır. Diğer bir ifadeyle, Fransa'da vergide özgürlük ilkesinin temel kaynağını içtihatlar oluşturmaktadır.

VI. TÜRKİYE'DE VERGİDE ÖZGÜRLÜK İLKESİNİN KAYNAKLARI

Türkiye'de özgürlük ilkesinin kaynakları aşağıda belirtilmiştir. Bunlar; Anayasa, kanunlar, uluslararası anlaşmalar, bildirgeler, yargı kararları, özelge – sirkülerdir.

A. Bireysel Hak ve Özgürlükler Açısından Kaynakları

1982 tarihli T.C. Anayasası'nın "Vergi Ödevi" başlıklı 73. maddesinde "Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür" ifadesi yer almakta ve vergide genellik ilkesinin kaynağını oluşturmaktadır. Burada "herkes" tabiriyle, vergiyi doğuran olayla ilişki kuran herkes ifade edilmiştir⁴³.

Anayasa'nın 10. maddesinde ise "eşitlik" ilkesine yer verilmiş; yasa önünde eşitlik ve vergide eşitlik (mali güce göre eşitlik) ilkeleri ortaya konulmuştur⁴⁴.

Vergi ödevi, bir anayasal yükümlülüktür. Genellik ve mali güce göre eşitlik ilkeleri doğrultusunda mükelleflerin vergi ödevini yerine getirmeleri gerektiği Anayasa'da hüküm altına alınmıştır.

1982 tarihli T.C. Anayasası'nın 73. maddesinde ve diğer genel hükümlerinde, mükellef haklarının dayanakları yer almaktadır. Özellikle 73. maddede ifadesini bulan yasallık ilkesi, belirlilik ve öngörülebilirlik boyutlarının temelini oluşturmaktadır. Buna göre vergi alanındaki düzenlemelerin yasa aracılığıyla yapılması zorunluluğunun yanında, yapılan bu yasal düzenlemelerde vergiyi kurucu temel öğelere mutlak surette yer verilmesi zorunluluğu bulunmaktadır⁴⁵.

⁴³ KIZILOĞLU, ŞENYÜZ, TAŞ ve DÖNMEZ, s. 38.

⁴⁴ Bkz. SABAN, s. 51-58.

⁴⁵ ÇETİN GERGER, s. 31.

Türkiye’de özgürlük ilkesini tanımlayan bir genel kanun bulunmamaktadır. Ancak, özgürlük ilkesinin uygulama alanı ve sınırları ile ilgili düzenlemelere özel kanunlarda rastlanmaktadır.

Uluslararası Anlaşmalar açısından; özgürlük ilkesini tanımlayan ve kapsamını belirleyen 1789 İnsan Hakları Bildirgesidir. Türkiye açısından, vergilendirme yetkisinin kullanılması konusunda; Ankara Anlaşması, Gümrük Birliği Anlaşması, OECD ve Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi Anlaşmaları, GATT Anlaşması, NATO ve Avrupa Birliği üyeliği hakkında taahhütlerimiz gibi, vergilendirme ile ilgili doğrudan ya da dolaylı bağlantısı olan uluslararası sözleşmeler bulunmaktadır⁴⁶.

Bildirgeler açısından; Türkiye’de düzenlemeler genellikle mükellef hakları ile sınırlı kalmaktadır. Mükellef hakları ile ilgili olarak da, bu hakların kapsamını ve uygulama şeklini belirleyen bir genel kanun bulunmamaktadır. Türkiye’de, mükellef hakları ile ilgili olarak sadece, Gelir İdaresi Başkanlığı’nca 2006 yılında yayımlanan “Mükellef Hakları Bildirgesi” bulunmaktadır.

Yargı kararları açısından; Türkiye’de Anayasa Mahkemesi kararları, Danıştay ve Yargıtay kararlarında özgürlük ilkesine ilişkin çeşitli hükümler yer almaktadır. Bu yönüyle yargı kararları, Türkiye’de özgürlük ilkesinin kaynağını oluşturmaktadır.

B. Sanayi ve Ticaret Özgürlüğü Açısından Kaynakları

Türkiye’de “vergilede özgürlük ilkesi”ne, Türk Vergi Sistemindeki özel kanunların ve Vergi Usul Kanunu’nun dayanak oluşturduğu görülmektedir. Aşağıda bunların bazıları ifade edilmektedir. Türk Vergi Sistemini oluşturan çeşitli kanunlarda vergide özgürlük ilkesinin kaynağını oluşturan kanuni düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. Aşağıda örnek oluşturması bakımından bu düzenlemelerden bazıları belirtilmiştir.

1. Gelir Vergisi Kanunu’nda Yer Alan Bazı Düzenlemeler

Gelir Vergisi Kanunu’nun (GVK) 41/1-1. maddesinde, ticari kazancın elde edilmesi ve idame ettirilmesi için yapılan genel giderlerin indirim konusu yapılabileceği ifadesi yer almaktadır. Ancak, bu hüküm, söz konusu giderlerin vergi matrahının tespitinde indirilebilmeleri için yeterli değildir. Genel giderlerin indirilebilmesi için, öncelikle gider ile, gelirin elde edilmesi ve idame ettirilmesi arasında bir “illiyet ilişkisinin” bulunması gerekmektedir⁴⁷.

⁴⁶ ÇETİN GERGER, s. 31-32.

⁴⁷ Hasan YALÇIN, s. 68.

Bu yaklaşım biçimine dayanarak, lafzın doğru bir biçimde yorumlanması gerekmektedir. Bir genel giderin indirim konusu yapılabilmesi için, kazancın elde edilmesi veya onun idamesi ile ilgili olan illiyet bağının direkt (doğrudan) ve etkisinin görülebilir olması gerekmektedir⁴⁸. GVK’da yer alan indirilecek giderler, Kurumlar Vergisi Kanunu’nun (KVK) 6/2. maddesinde yapılan yollama nedeniyle kurumlar vergisi mükellefleri için de geçerli olacaktır⁴⁹. Aynı düzenleme KVK’nın 6/2. maddesi açısından da geçerli olduğundan dolayı, bu “illiyet ilişkisi”nin tanımlanması sorunu kurumlar vergisi mükellefleri için de geçerlilik taşımaktadır.

Benzer bir düzenleme, GVK’nın 40/1-4. maddesinde yer alan “seyahat ve konaklama giderleri” açısından da geçerli olmaktadır. İlgili maddede yer alan ve gider yazılacak seyahat ve konaklama ödemesinin; seyahatin, işin ehemmiyeti ve genişliği ile orantılı olması gerektiği ifadesi subjektif değerlendirmeye açık bulunmaktadır⁵⁰.

Örnekler çoğaltılabilecek olmkala birlikte, aşağıda bunlardan bazılarını başlıklar itibariyle yer verilmiştir. GVK’nın 88. maddesinde zarar mahsubu ve 89. maddesinde de mükelleflerin, yıllık beyanname ile beyan ettikleri gelirden yapabilecekleri diğer indirimler sayılmıştır.

GVK’nın 40. maddesinde ticari kazançlar açısından olduğu gibi, diğer gelir unsurlarından elde edilen gelirlerin vergilendirilmesinde indirilecek giderler de çeşitli maddelerde belirtilmiştir. GVK’nın 57. maddesinde zirai kazançların gerçek usulde tespitinde hasıllattan yapılacak indirimler, 68. maddesinde gerçek usulde serbest meslek kazançlarının vergilendirilmesinde safi kazancın tespitinde gayrisafi hasıllattan indirilecek giderler sayılmıştır.

Yine GVK’nın 71. maddesine göre, gayrimenkul sermaye iratlarında safi irat; gayrisafi hasıllattan, iradın sağlanması ve idamesi için yapılan giderler arasındaki müspet farktır. Bu açıdan indirilmesi kanunen kabul edilen giderler ise GVK’nın 74. maddesinde sayılmıştır. Menkul sermaye iratlarında, safi iradın tespit edilebilmesi için menkul sermaye iradından indirilecek giderler GVK’nın 78. maddesinde sayılmıştır. Yedinci gelir unsure olan diğer kazanç ve iratlardan değer artış kazançlarında, safi tutarın tespiti ve hasıllattan indirilecek giderler ile ilgili düzenleme GVK’nın mükerrer 81. maddesinde, arızı kazançlar ile ilgili düzenleme ise GVK’nın 82. GVK’nın 74. maddesinde (safı kazancın tespitinde indirilecek giderler) yer almaktadır.

⁴⁸ YALÇIN, s. 68.

⁴⁹ ŞENYÜZ, YÜCE ve GERÇEK: Türk Vergi Sistemi, s. 153.

⁵⁰ YALÇIN, s. 363.

2. Kurumlar Vergisi Kanunu'nda Yer Alan Bazı Düzenlemeler

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun (KVK) 8. maddesinde vergilendirilecek gelirin tespitinde indirilecek giderler, 9. ve 10. maddelerinde ise zarar mahsubu ve diğer indirimler yer almaktadır. GVK'da yer alan ticari kazanç ile ilgili giderlerin yanısıra, kurum ile ilgili bazı giderlerin indirilmesine izin verilmiştir. Aynı Kanununun 22. maddesinde ise, dar mükellef kurumların kazancının tespitinde indirilemeyecek giderler belirtilmiştir.

3. Katma Değer Vergisi Kanunu'nda Yer Alan Bazı Düzenlemeler

Katma Değer Vergisi Kanunu'nun (KDVK) 25. maddesinde belirtilen matraha dahil olmayan unsurlar (teslim ve hizmet işlemlerinde fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen, ticari teamüllere uygun miktarda iskontolar ve hesaplanan KDV) ile 30/1-b maddesinde yer alan işletmelere ait binek otomobillerin alış vesikalarında gösterilen KDV'nin indirilemeyeceğine dair hüküm ve 30/1-c maddesinde belirtilen deprem, sel felaketi ve Maliye Bakanlığı'nın yangın sebebiyle mücbir sebep ilân ettiği yerlerdeki yangın sonucu zayı olanlar hariç olmak üzere, zayı olan mallara ait KDV'nin hesaplanan katma değer vergisinden indirilemeyeceğine dair hüküm örnek olarak gösterilebilir.

Ayrıca, GVK ve KVK'ya göre, kazancın tespitinde indirimi kabul edilmeyen giderler dolayısıyla ödenen KDV'nin de indirilemeyeceğine ilişkin düzenleme (KDVK Md. 30/1-d) "özgürlük ilkesinin" KDVK'daki sınırını ortaya koymakta ve kaynağını oluşturmaktadır.

VII. TÜRKİYE'DE VERGİDE ÖZGÜRLÜK İLKESİNİN TESPİTİNDE KULLANILAN KRİTERLER

A. Hukuka Aykırılık

Vergi hukukunda mükelleflerin davranışlarında hukuka aykırılık olması, özgürlük ilkesinin ihlâl edildiğinin bir göstergesidir. Bu davranışlar, kanunlara uygun olmakla birlikte, hukuka aykırı olduğu için, özgürlük ilkesi ihlâl edilmiş sayılacaktır.

Mükelleflerin ödemeleri gereken vergiyi en aza indirmek için gerçekleştirdikleri davranışlarda özgürlük ilkesi çerçevesinde hareket edip etmediklerinde, bu davranışların hukuka uygun olup olmadıkları belirleyici olmaktadır.

B. Hayatın Olağan Akışına, Ekonomik, Ticari ve Teknik İcaplara Aykırılık: Ekonomik Yaklaşım

Vergi ile ilgili bir işlemin özgürlük ilkesi çerçevesinde gerçekleştirilebilmesi için, bu işlemin ekonomik gerçekleri yansıtması gerekmektedir. Yapılan işlemin ekonomik gerçeklere, hayatın olağan akışına ve ekonomik ve ticari icaplara uygunluğun tespiti ise ekonomik yaklaşım çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.

Vergilendirmede, vergiyi doğuran olayın ve vergilendirme ile ilgili işlemlerin gerçek mahiyetinin ortaya konulması amaçlanmakta olup; devlet, kamu giderlerini finanse etmek amacıyla, vergi toplarken, mükelleflerin ödedikleri vergilerin ekonomik gerçekleri yansıtmasını amaçlamakta ve yasaları bu çerçevede düzenlemektedir. Dolayısıyla, ekonomik gerçekleri yansıtmayan vergilendirme işlemleri vergide özgürlük ilkesi ile bağdaşmayacaktır.

VUK'un 3/B maddesinde düzenlenmiş bulunan olaylara ekonomik yaklaşım ilkesinden hareketle hukuk veya ahlaka aykırı işlemler de vergi kapsamına girmektedir. Gerçekten, olay ve işlemler iktisadi içeriği açısından vergilendirmeyi gerektiriyorsa, bunların hukuka ya da genel ahlaka aykırı olması, vergilendirme dışında kalmalarının dayanağı olamaz⁵¹.

Vergide özgürlük ilkesi, ekonomik yaklaşım çerçevesinde, VUK'un ispatı düzenleyen 3/B maddesinin 1. fıkrasında kendini göstermektedir. Bu maddeye göre; "... vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır". Vergi kanunlarının yorumlanmasında esas olan, kanunun konuluşundaki amacın ortaya konulmasıdır. Vergi kanunlarının konuluşundaki genel amaç; Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen kamu giderlerine katkıda bulunmaktır. Vergi hukukuna egemen olan "ekonomik yaklaşım" ilkesi bu esastan kaynaklanmakta, amaçsal yorumun vergi hukukundaki yansımaları oluşturmaktadır⁵².

VUK'un 3/A-2 maddesine göre; "Vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde, vergi kanunlarının hükümleri, konuluşundaki maksat, hükmün kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı gözönünde tutularak uygulanır".

Vergiyi doğuran olay ya da işlemin gerçek niteliği ortaya konulurken, nasıl görüldüğü değil, gerçek ekonomik içeriği ve ekonomik özünün gözönüne alınması gerekmektedir⁵³.

⁵¹ Selim KANETİ, s. 23-30.

⁵² KANETİ, s. 172.

⁵³ KARAKOÇ, s. 173.

Ekonomik yaklaşım, vergi hukukuna özgü bir yorum yöntemi olup, gerek maddi olayın saptanması gerekse hukuk kuralının yorumunu içerdiğinden, bir üst kavram olarak kullanılmaktadır⁵⁴. “Ekonomik irdeleme; vergiyi doğuran olayın ekonomik niteliği işlerliğine göre göre saptanması ve değerlendirilmesi iken; “ekonomik yorum”, vergiyi doğuran olaya uygulanacak hukuk kuralının, ekonomik gerçekler dikkate alınarak belirlenmesidir⁵⁵.

İddia sahibinin iddiasını ispatlamakla yükümlü olduğu genel olarak kabul edilmekte olup, Medeni Kanun’un 6. maddesine göre, “kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür”⁵⁶.

VUK’un 3/B-3 maddesinde ise “İktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde, ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm, Fransa’da özgürlük ilkesinin kaynağını oluşturan “normal olmayan yönetsel eylemler” kriteriyle benzerlik göstermektedir. Diğer bir ifadeyle; VUK’da yer alan bu hüküm, vergilendirme ile ilgili işlemlerde iktisadi, ticari ve teknik icaplara uyulmaması durumunda “özgürlük ilkesi”nin ihlali ile ilgili bir karine oluşturmaktadır.

Bunlar aşağıda belirtilmiştir;

1. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı

KVK’nın 13/1. maddesine göre kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılmaktadır.

KVK’nın 13/3. maddesinde “emsallere uygunluk ilkesi” tanımlanmıştır. Buna göre, “Emsallere uygunluk ilkesi, ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasını ifade eder”. Bu hüküm ile vergide özgürlük ilkesinin diğer bir kriteri ortaya konulmuştur.

Diğer bir ifadeyle, bu maddede “normal olmayan bir ekonomik eylem”in tanımı yapılmak suretiyle, özgürlük ilkesinin sınırı ortaya konulmuştur.

⁵⁴ ÖNCEL, KUMRULU ve ÇAĞAN,, s. 24-25.

⁵⁵ ÖNCEL, KUMRULU ve ÇAĞAN s. 25; OKTAR, s. 55.

⁵⁶ OKTAR, s. 395.

KVK’da ifade edilen bu karine, vergi yükünü azaltmaya yönelik olarak gerçekleştirilen bu davranışın ekonomik yaklaşım çerçevesinde vergide özgürlük ilkesinin gözetilip gözetilemediğinin bir göstergesi olmaktadır.

2. Örtülü Sermaye

Aynı şekilde KVK’nın 12. maddesine göre; “Kurumların ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı, ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye sayılır”. Bu durumda, söz konusu kişilerden alınana borçların, kurumun öz sermayesinin üç katını aşması durumunda, aşan kısmı örtülü sermaye olarak kabul edilmekte ve bunun üzerinden ödenecek ya da ödendiği iddia edilen faizlerin gider olarak düşülmesine izin verilmemektedir.

Örtülü sermaye uygulaması da, ekonomik yaklaşım çerçevesinde değerlendirildiğinde, yasadaki hükümler karine teşkil edecek ve ekonomik yaklaşım çerçevesinde vergide özgürlük ilkesinin ihlal edilip edilmediği ortaya konulacaktır.

3. Peçeleme ve Muvazaa

Vergilendirme ile ilgili olaylarda peçeleme işleminin gerçekleşmesi belli kriterlere bağlıdır.

Peçeleme işlemleri, vergi mükellefi veya sorumlularının vergi kaçırma veya vergiden kaçınma amacıyla, özel hukuk biçimlerini ve/veya kurumlarını olağan kullanımları dışında yaptıkları işlemlerdir⁵⁷. Anlaşılabacağı üzere, peçeleme işlemlerinde mükelleflerin, özel hukuku biçimlerinden yararlanma imkânını kötüye kullanmış olması gerekmektedir.

“Peçeleme işleminden sözedebilmek için vergi kanununun vergiyi doğuran olayı özel hukukta benimsenen hukuki işlem biçimlerine dayalı olarak tanımlamış olması; vergi kanununun, özel hukukta benimsenen hukuki işlem biçimlerine, onlardan kaynaklanan ekonomik sonuçlar nedeniyle başvurmuş olması; vergi kanununun vergilendirme yönünden amaçladığı ekonomik sonucun, kanunun ifade ettiği hukuki kalıp ve biçimler çerçevesinde tamamen kapsamamış olması ve vergi mükellefinin vergi kanununu dolanmak amacıyla özel hukuk biçimlerinden yararlanma imkanını kötüye kullanmış olması gerekmektedir”⁵⁸.

⁵⁷ KARAKOÇ, s. 175.

⁵⁸ KANETİ, s. 49-50; KARAKOÇ, s. 177-178.

Peçelemede amaç, vergi yükünü azaltmak veya vergi yükünün dışında kalmaktır. Mükellef, özel hukuk düzenlemelerini bu amaç için kullanmaktadır. Peçeleme işleminin varlığı da, VUK'un 3/B-I. maddesinde yer alan "vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır" hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Vergi mükelleflerinin peçeleme işlemlerine başvurmaları, kanuna karşı hilenin özel bir türü olarak da ifade edilebilmektedir⁵⁹.

Kanuna karşı hile; bir emredici hukuk kuralına aykırı bir fiile veya hukuki işleme uygulanacak yaptırımı bertaraf etmek amacıyla, hukuken caiz olan başka yollara başvurarak aynı hukuki sonuca ulaşmak ya da hukukça yasaklanan amaca dolambaçlı yollardan ulaşmak olarak tanımlanabilir⁶⁰. Kanuna karşı hilede taraflar, hukuk düzeninin yasakladığı hukuki veya ekonomik bir sonucu elde etmek için, yapılması hukuken caiz başka bir işlem yapmaktadır⁶¹.

Dolayısıyla, peçeleme işlemlerine başvurulması durumunda, vergileme ile ilgili gerçek durum, özel hukuk düzenlemeleri yoluyla ortaya konulmamış sayılacak ve hayatın doğal akışına ve ekonomik icaplara aykırı olacaktır. Bu nedenle peçeleme durumunda özgürlük ilkesi ihlâl edilmiş olacaktır.

Muvazaada ise gerçek işlem ve gizli işlem olmak üzere iki işlem bulunmaktadır. Sözleşmenin taraflarının gerçek iradeleriyle açıkladıkları irade arasında kasıtlı bir farklılık bulunmaktadır. Görünüşteki işlem hükümsüz, gizlenen işlem ise geçerli sayılmaktadır⁶².

Muvazalı işlemlerde mükelleflerin amacı, vergi yüklerini azaltmak veya vergi yükünün dışında kalmaktır. VUK'un 3/B-I maddesine göre; "vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır". Muvazaalı işlemler yoluyla, vergiyi doğuran olaya ve vergileme ile ilgili işlemlere ilişkin olarak gerçek durumun, kasıtlı olarak ortaya konulmaması, ekonomik yaklaşım çerçevesinde değerlendirildiğinde, vergide özgürlük ilkesi ile çelişmektedir.

⁵⁹ KARAKOÇ, s. 178.

⁶⁰ YILDIRIM, Kanuna Karşı Hile Müessesesi, <http://www.vergidunyasi.com.tr/dergiler.php?id=4463>.

⁶¹ YILDIRIM, Kanuna Karşı Hile Müessesesi, <http://www.vergidunyasi.com.tr/dergiler.php?id=4463>.

⁶² KARAKOÇ, s. 179-180.

SONUÇ

Vergide özgürlük ilkesi; mükelleflerin, vergi ödevlerini yerine getirirken, sahip oldukları haklar çerçevesinde, ödemeleri gereken vergiyi en aza indirme veya vergi yükü dışında kalmak amacıyla gerçekleştirdikleri davranışlarındaki özgürlüklerini tanımlamakta ve sınırını çizmektedir.

Mükelleflerin vergi ile ilgili davranışlarında vergide özgürlük ilkesini ihlal edip etmediklerinin tespitinde, “hukuka aykırılık” ve “hayatın olağan akışına aykırılık” kriterlerinin ikisinin de birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Vergide özgürlük ilkesi; bireysel ve agresif vergi planlaması, vergiden kaçınma ve vergi kaçakçılığı kavramları ile yakın ilişki içindedir.

Mükelleflerin bireysel vergi planlamasında bulunmaları durumunda vergide özgürlük ilkesini ihlal edilmemektedir.

Agresif vergi planlaması ise, mükelleflerin vergi sistemleri arasındaki uyumsuzluktan yararlanmak suretiyle kısmen veya tamamen vergi yükünün dışında kalmalarını ifade etmektedir. Bu yönüyle hukuka ve ekonomik icaplara aykırılık yarattığından, agresif vergi planlaması, vergide özgürlük ilkesinin bir ihlali olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mükelleflerin vergiden kaçınma yoluyla vergi yüklerini en aza indirmeleri veya vergi yükünün dışında kalmaları durumunda, vergide özgürlük ilkesi ihlal edilmiş sayılmamaktadır.

Vergi kaçakçılığı suçunda vergide özgürlük ilkesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitinde ise, hukuka aykırılık kriterinin dikkate alınması gerekmektedir.

Fransa’da vergide özgürlük ilkesinin tespitinde kullanılan kriterler, hukuka aykırılık ve normal olmayan yönetsel eylemler iken; Türkiye’de bu kriterler; hukuka aykırılık ve hayatın olağan akışına, ekonomik, ticari ve teknik icaplara aykırılık olarak ifade edilebilmektedir.

Vergide özgürlük ilkesinin ilk kaynağı 1789 İnsan Hakları Bildirgesi’dir.

Fransa’da vergide özgürlük ilkesinin kaynakları incelendiğinde; Anayasa ve doktrin yanısıra, çeşitli kanunlar, Anayasa Mahkemesi kararları, Mükellef Bildirgesi, Avrupa Birliği Adalet Divanı ve Danıştay kararları ile özelgelerin kaynak oluşturduğu görülmektedir.

Türkiye’de de, Anayasa ve doktrinin yanısıra, uluslararası anlaşmalar, Anayasa Mahkemesi kararları, Danıştay ve Yargıtay içtihatları ile 2006 tarihli Mükellef Hakları Bildirgesi ve Türk vergi sisteminde yer alan özel kanunların vergide özgürlük ilkesinin kaynağını oluşturduğu görülmektedir. Bu açıdan vergide özgürlük ilkesinin kaynakları Türkiye ve Fransa’da benzerlik göstermektedir.

Türkiye’de vergide özgürlük ilkesinin kaynağını oluşturan özel kanunlarda yer alan düzenlemelere örnek olarak ise; Gelir Vergisi Kanunu, Kurumlar Vergisi Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanunu ve Vergi Usul Kanunu gösterilebilmektedir. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı, örtülü sermaye, peçeleme ve muvazaa, ekonomik, ticari ve teknik icaplara aykırılık kriterinin tespitinde dikkate alınan vergi hukuku müesseseleridir.

Fransa’da özgürlük ilkesinin kapsamını, sınırlarını, mükellef hakları ve özgürlükleri ilişkisini ortaya koyan bir yasanın bulunmaması, vergide özgürlük ilkesinin kaynağını büyük ölçüde içtihatlarla dayandırmakta ve bu durum, mükellef, vergi idaresi ve vergi yargısı açısından belirsizlik yaratmaktadır.

Türkiye’de de, vergide özgürlük ilkesinin kaynağını büyük ölçüde içtihatlar ve vergi ile ilgili özel kanunlardaki düzenlemeler oluşturmaktadır. Vergide özgürlük ilkesinin kapsamı ve sınırlarını ortaya koyan bir yasanın bulunmaması, mükellef hak ve özgürlüklerinin tespitinde mükellefler, vergi idaresi ve vergi yargısı açısından olumsuzluk yaratmaktadır.

KAYNAKÇA

- AKDOĞAN, Abdurrahman, *Kamu Maliyesi*, Gazi Kitabevi, Ankara 2011.
- ALTUNTAŞ, Mehmet, *Türk Anayasalarında İnsan Hakları*, Uzmanlık Tezi, T.C.Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, Ankara Kasım 2002.
- ARDANT, Gabriel, *Histoire de l’Impôt*, Fayard 1972.
- BOUVIER, Michel, *Introduction au Droit Fiscal Général et a la Théorie de l’Impôt*, L.G.D.J. Edition (5. Edition), Paris 2003.
- BOZKURT, Enver, *Hukukun Temel Kavramları*, 7. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010.

- COMMISSION EUROPÉENNE (Avrupa Komisyonu), *Recommandation de la Commission Relative a la Planification Fiscale Agressive*, Bruxelles, (06.12. 2012).
- COMMISSION DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE (Avrupa Birliği Adalet Divanı), http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_en.htm. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın, 21 Şubat 2006 tarihli kararı. (Erişim tarihi: 25.09.2014).
- CONSEIL D'ETAT, <http://www.conseil-etat.fr/Tribunaux-Cours/La-jurisdiction-administrative>. (Erişim tarihi: 28.09.2014).
- COZIAN, L. M., *Les Grands Principes de le Fiscalité des Entreprises*, 4. Edition, Litec, 1999.
- ÇOMAKLI, Şafak E. – DOĞRUYOL, Cengizhan, *Kamu Maliyesi*, Savaş Yayınevi, Ankara 2013.
- DEDEURWAERDER, Gilles, *Théorie de l'Interprétation et Droit Fiscal*, Dalloz, Paris 2010.
- EROL, Ahmet, "Mükellef Hakkı Olarak Mücbir Sebepler ve Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 103, Kasım-Aralık 2012, S.200.
- EYÜPGİLLER, Saygın, Vergi İdaresinin Yapılandırılması: Global Eğilimler ve Türkiye için Öneriler hlbsaygin.com.tr/Mevzuat1_1.htm. (Erişim tarihi: 20.06.2014).
- GERGER ÇETİN, Güneş, *Mükellef Hakları ve Vergiye Gönüllü Uyum*, Legal Yayınevi, İstanbul 2011, 2.31-32.
- GÜRİZ, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, AÜHFY, No: 480, Ankara 1980.
- HUKUKA AYKIRILIK UNSURU, http://www.marmaraceza.org/dosyalar/icerikresimleri/ceza_hukuku_genel_ksm_3_1.pdf. (Erişim tarihi: 21.06.2014).
- KANETİ, Selim, *Vergi Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989.
- KARAKOÇ, Yusuf, *Genel Vergi Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- KIZILOT, Şükrü – ŞENYÜZ, Doğan – TAŞ, Metin – DÖNMEZ, Recai, *Vergi Hukuku*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2006.
- MÜKELLEF HAKLARI BİLDİRGESİ, <http://www.gib.gov.tr/index.php?id=476>. (Erişim tarihi: 23.06.2014).

- OKTAR, Ateş, *Vergi Hukuku*, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2010.
- ÖNCEL, Mualla – KUMRULU, Ahmet – ÇAĞAN, Nami, *Vergi Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.
- PETELLIER, Marc, *Les Normes du Droit Fiscal*, Dalloz, Paris 2008.
- SABAN Nihal, *Vergi Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2009.
- ŞENYÜZ, Doğan – GERÇEK, Adnan – YÜCE, Mehmet, *Vergi Hukuku*, Ekin Yayınevi, 3. Baskı, Bursa 2012.
- ŞENYÜZ, Doğan – YÜCE, Mehmet – GERÇEK, Adnan, *Türk Vergi Sistemi*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2013.
- TUNCER, Selahattin, “Vergi Hukukunda Muvazaa III”, *Yaklaşım Dergisi*, S. 82, Ekim 1999.
- VALLÉE, Annie, *Pourquoi L’Impôt?*, Publi-Union, Paris 1997.
- YALÇIN, Hasan, *Ticari Kazanç ve Kurum Kazancının Tespitinde Giderler*, Maliye ve Hesap Uzmanları Derneği Yayını, Ankara 2006.
- YILDIRIM, Mehmet, “Kanuna Karşı Hile Müessesesi”, *Vergi Dünyası Dergisi*, S. 302, Ekim 2006, <http://www.vergidunyasi.com.tr/dergiler.php?id=4463> (Erişim Tarihi 26.06.2014).
- YILMAZ AKGÜL, Gülay, *Kamu Maliyesi*, Arıkan Yayınları, İstanbul 2007.

CUMHURBAŞKANININ BAKANLAR KURULUNA BAŞKANLIK ETMESİ TARTIŞMALARI VE SİSTEM ARAYIŞI

Bülent YAVUZ*
M. Savaş BAYINDIR**

ÖZET

2014 yılında Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesiyle birlikte, Cumhurbaşkanının Anayasada belirtilen ve klasik parlamenter hükümet sistemi açısından son derece fazla olan yetkilerini daha rahat bir şekilde kullanması mümkün olacaktır. Bu da zaman zaman Cumhurbaşkanı-hükümet, Cumhurbaşkanı-Meclis çatışmasına yol açabilecektir. 2007 yılındaki değişiklikle sadece Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi yönünde bir değişiklik yapılmıştır. Başka bir ifadeyle, Cumhurbaşkanının konumu, sorumluluğu, tarafsızlığı, görev ve yetkilerine ilişkin bir değişiklik yapılmamıştır. Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi usulünün getirilmesiyle birlikte anayasada buna uygun düzenlemeler yapılması gerekirdi. Ancak bu yönde bir düzenleme yapılmamıştır. Şu halde, 1982 Anayasası'nda değişiklik yapılarak söz konusu eksikliklerin giderilmesi gerekmektedir. Cumhurbaşkanının konumu, sorumluluğu, tarafsızlığı, görev ve yetkilerine ilişkin yapılacak değişikliklerde tercih edilebilecek iki seçenek vardır: Birinci seçenek, Fransa'da olduğu şekliyle yarı-başkanlık sistemine geçilmesidir. İkinci seçenek ise Cumhurbaşkanının parlamenter hükümet sisteminde olduğu gibi sembolik yetkilere sahip, sadece devlet başkanlığı sıfatıyla fonksiyon üstlenebileceği "başkanlı parlamenter sistem"e geçilmesidir. Fransa tipi yarı-başkanlık sistemine geçilmesi durumunda, Cumhurbaşkanı-hükümet ya da Cumhurbaşkanı-Meclis çatışması çıkması ve tikanıklıkların yaşanması ihtimali son derece yüksektir. Bu durumda, 1876 Kanun-ı Esasi ile uygulamasına adım attığımız parlamenter hükümet sistemini, halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı ile bağdaştıracak sistem olan başkanlı parlamenter sisteme geçmek en uygun tercih olarak görünmektedir.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu, Yarı Başkanlık Sistemi, Başkanlı Parlamenter Sistem, Başkanlık Sistemi

* Doç.Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilimdalı Öğretim Üyesi

** Yrd.Doç.Dr., Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi

**CHAIRING THE CABINET MEETINGS BY PRESIDENT AND SEARCH FOR
GOVERNMENT SYSTEM**

ABSTRACT

With presidential elections held with popular vote for the first time in 2014, it will be possible that President will more comfortably exercise his powers which indicated in Constitution and is already too much for a pure parliamentary government. This could easily cause conflicts between President and Cabinet as well as President and Assembly. With 2007 Amendment of Constitution change that had been made only aims at electing president with popular vote. With another expression no other amendment had been made regarding the status, liability, impartiality and tasks and powers of President. However proper constitutional amendments should have been made in compliance with implementation of President elected by popular vote. Yet no regulation had been made in this direction. Under these circumstances it is necessary to overcome the deficiencies by amending the Constitution of 1982. There are two alterably options in respect of amendments that could be made regarding the President's status, liability, impartiality and tasks and powers. First option is to adopt Semi Presidential Government as it is applied in France. Second option is to adopt parliamentary with president system in which President will only have symbolic powers as he or she has in parliamentary government and functions only with the title of "head of state". In the state of adopting French type semi-presidential government it is highly probable that President-Cabinet or President-Assembly conflicts and deadlocks will emerge. Therefore adopting the parliamentary with president system which could reconcile popularly elected President with parliamentary government that we practise since the Constitution of 1876 seems the most convenient preference

Keywords: *President, Cabinet, Semi Presidential Government, Parliamentary with President, Presidential System*

Giriş

10 Ağustos 2014 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı ilk defa doğrudan halk tarafından seçilmiştir. Bu seçimlerde Cumhurbaşkanı seçilen Recep Tayyip Erdoğan, daha seçilmeden önce, kendinden önceki Cumhurbaşkanları gibi olmayacağını, devlet ve hükümet işlerine müdahil olacağını sinyallerini vermiştir. 19 Ocak 2015 tarihli Bakanlar Kurulu toplantısının Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanması, hem Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu'na başkanlık edip edemeyeceği hem de hükümet sistemi tartışmalarını yeniden alevlendirmiştir.

Hükümet sistemi tartışmalarında üzerinde durulan hususlar, yürürlükteki anayasanın hangi hükümet sistemini getirdiği, anayasa hükümlerinin söz konusu hükümet sisteminin klasik unsurları ve özelliklerini tam olarak taşıyıp taşımadığı, eksiklikler ve problemliler olarak görülen yönler varsa, tespit ve çözüm yollarının bulunması üzerine yoğunlaşmaktadır.

1982 Anayasası, 104. maddesinde Cumhurbaşkanının “*Gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya Bakanlar Kuruluna başkanlığı altında toplantıya çağırmak,*” yetkisine sahip olduğunu belirtmektedir. Acaba Anayasa’nın bu hükmü ile kastettiği nedir? Cumhurbaşkanı her istediğinde Bakanlar Kurulu’na başkanlık edebilir mi? Bu yetkinin kullanılması tamamen Cumhurbaşkanının takdirine mi bağlıdır? Yoksa Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu’na başkanlık etmesi belli şartlara mı bağlanmıştır? Bütün bu soruların cevabı Anayasa’nın konuya ilişkin hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda cevap bulabilecektir. Cumhurbaşkanının sahip olduğu yetkileri de değerlendirerek Anayasa’da değişiklik yapılması gerekip gerekmediği; gerekli ise ne yönde, hangi değişikliklerin yapılması gerektiğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Bu makale ile yukarıda sıralanmış soruların cevapları bulunmaya, tartışmalara ilişkin olarak -mümkün olduğunca- katkı sağlanmaya çalışılacaktır. Bunun için de önce 1982 Anayasası’nın hangi hükümet sistemini getirdiği, ardından Anayasa hükümlerinin Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu’na hangi durumlarda başkanlık edeceği, son olarak da Anayasa’da değişiklik yapılması gerekip gerekmediği; değişiklik yapılması gerektiği kanaatine ulaşıldığında da nasıl değişiklikler yapılması gerektiği üzerinde durulacaktır.

I. 1982 Anayasasının Kabul Ettiği Hükümet Sistemi¹

Ülkemizdeki tarihî gelişime baktığımız zaman, anayasalı dönemde 1876 Anayasa’sının kısa uygulaması ile 1921 Anayasası dönemi haricinde esas itibarıyla parlamenter hükümet sistemi eksenli bir hükümet sisteminin tercih edildiği söylenebilir². Siyasi tarihimiz açısından parlamenter hükümet

¹ Bülent YAVUZ, “2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları”, **GÜHFD.**, Haziran-Aralık 2008, C.XII, S.1-2., **Prof.Dr. Attila ÖZER’e Armağan**, Ankara, 2010, s. 1189-1193.; Bülent YAVUZ, Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesinin Hükümet Sistemine Etkisi, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.III, S. 2., Aralık 2008, Kayseri.

² Mehmet TURHAN, “Parliamentarism or Presidentialism? Constitutional Choice For Turkey”, **AÜSBFD.**, C. 47., S. 1-4., Ankara 1992., s. 158.; Süheyl BATUM, “Siyasal Rejim Türleri ve Türkiye’de Siyasal Sistemin Geleceği”, **Türkiye’de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu**, Ankara, 2000, s. 67.

sistemine geçişin 1876 Anayasası'nda 1909 yılında yapılan değişiklikle olduğu³ ittifakla kabul edilmektedir. 1982 Anayasası'nın da ilk haliyle, her ne kadar otoriteye ağırlık veren, yürütmeyi güçlendiren, parlamenter hükûmet sisteminin mantığını zorlayacak şekilde Cumhurbaşkanının yetkilerini genişleten⁴ bir Anayasa olsa da hükûmet sistemi olarak parlamenter hükûmet sistemini benimsediğini kabul etmek gerekir. Zaten Anayasa'nın "Yürütme Yetkisi ve Görevi" başlığını taşıyan 8. maddesinin gerekçesinde parlamenter hükûmet sisteminin uygulamaya konduğu⁵ açıkça belirtilmiştir.

1982 Anayasasının ilk haliyle de Cumhurbaşkanını son derece geniş yetkilerle donatması karşısında, kurduğu hükûmet sisteminin bir yarı başkanlık sistemi getirdiği⁶ de ileri sürülmüştür. Yarı başkanlık hükûmeti sistemi, esasında teorik açıdan parlamenter hükûmet sisteminden çok farklı unsurlara sahip değildir. Sadece uygulama açısından ayrılan yönleriyle ön plana çıkmaktadır. Bu hükûmet sistemi, V. Cumhuriyet Anayasası döneminde Fransa'da uygulanan hükûmet sistemi nazara alınarak izah edilmiştir. Dolayısıyla özünde parlamenter hükûmet sisteminin unsurlarını taşımakla beraber, klasik parlamenter hükûmet sisteminden sapma olarak nitelendirilebilecek uygulaması sebebiyle farklı bir şekilde ortaya çıkmış bir hükûmet sisteminden bahsedilebilir.

Yarı başkanlık hükûmeti sistemini Beşinci Cumhuriyet Fransası'nı nazara alarak açıklayıp 1970'lerde bilim hayatıyla tanıştıran yazar Maurice Duverger'dir. Ona göre yarı başkanlık hükûmet sisteminin üç karakteristik özelliği vardır: Öncelikle genel oyla seçilmiş bir başkan olacak, bu başkan hatırı sayılır yetkilerle donatılmış olacak ve bu başkanın yanı sıra yürütmeorganı

³ Attila ÖZER, **Türklerde Devlet Anlayışı ve Demokratik Rejim**, Ankara, 2002, s.36; Tahsin Bekir BALTA, **Türkiye'de Yürütme Kudreti**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960, s. 13; Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa: Ekin Kitabevi, 2000, s. 40-41; Attila ÖZER, **Başkanlık Hükûmeti Sistemi ve Bu sistemin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği**, Ankara, 1998, s. 87; Servet ARMAĞAN, **1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1978, s. 7; Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998; s.114; Mustafa ERDOĞAN, **Anayasacılık Parlamentarizm Silahlı Kuvvetler**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1993, s. 30; BATUM, s. 352.

⁴ Şeref GÖZÜBÜYÜK - Turgut TAN, **İdare Hukuku**, C.I., Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s. 167-168.

⁵ Attila ÖZER, **Gereççeli ve 1961 Anayasası ile Mukayeseli 1982 Anayasası**, Ankara, 1996, s. 55-56.

⁶ Zafer ÜSKÜL, **Türkiye'nin Anayasa Sorunu**, İstanbul, 1991, s. 46.; Bülent TANÖR, **İki Anayasa**, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1986, s.124.; Burhan KUZU, "Neden Başkanlık Hükûmeti", in *Türkiye'de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu*, Ankara, 2000., s. 53.

içinde yasama organına karşı sorumlu, Başbakan ve bakanlardan oluşan bir kurul olacak⁷.

1958 Fransız Anayasa'sı uygulamasının klasik parlamenter hükümet sistemi uygulamasından ayrılan belli başlı yönleri olarak şunlar sayılmaktadır: (a) Cumhurbaşkanının karşı imza kuralına tabi olmaksızın tek başına yapabileceği bazı işlemlerin olması ve olağanüstü dönemlerde kullanabileceği geniş yetkilerin bulunması; bundan dolayı devlet başkanının parlamenter hükümet sisteminde olması gerektiğinden çok daha güçlü bir konuma sahip olması; (b) 1958 Fransız Anayasa'sı uygulamasına bakıldığında, neredeyse devlet başkanı-hükümet başkanı ayrımı yoktur. Cumhurbaşkanı âdeta devlet başkanı ve hükümet başkanı fonksiyonlarının ikisini de şahsında toplamıştır. (c) 1958 Fransız Anayasa'sı uygulamasında 1962 değişikliği ile birlikte Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçileceği bir sistem benimsenmiştir. Doğrudan halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı, hukuki açıdan sahip olduğu yetkileri kullanırken edindiği demokratik meşruluk gücünden de destek alarak çok daha rahat bir hareket kabiliyetine sahip olacaktır.

1958 Fransız Anayasa'sının parlamenter hükümet sisteminden ayrılan yönleri açısından 1982 Anayasasının ilk uygulamasıyla önemli benzerliklerinin olduğunu kabul etmek gerekir. Öncelikle 1982 Anayasası, tıpkı 1958 Fransız Anayasa'sı gibi Cumhurbaşkanının tek başına kullanabileceği önemli yetkileri düzenlemiştir. Böylece Cumhurbaşkanı hükümet üzerinde son derece etkin hâle gelmiştir. Özellikle Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği atamalar ve diğer icrai işlemler ile kararnameleri imzalama yetkisinde inisiyatif kullanması bu etkinliğini arttırmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki 1982 Anayasası, 1958 Fransız Anayasası'na nazaran devlet başkanı-hükümet başkanı ayrımına daha bariz yer vermiştir. Çünkü Fransız Anayasası'nda Cumhurbaşkanı olağan olarak Bakanlar Kuruluna başkanlık yaparken, 1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanının sadece "gerekli gördüğü hallerde" Bakanlar Kuruluna

⁷ Matthew Soberg SHUGART, **Presidents and Assemblies**, Cambridge University Press, 1992, s.23.;Robert ELGIE, "The Classification of Democratic Regime Types: Conceptual Ambiguity and Contestable Assumptions", **European Journal of Political Research**, Vol. 33, 1998, s. 229.; Alan SIAROFF, "Comparative Presidencies: The Inadequacy of the Presidential, Semi-Presidential and Parliamentary Distinction", **European Journal of Political Research**, Vol. 42, Issue 3, Mayıs 2003, s. 290.; Mehmet TURHAN, **Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası**, Diyarbakır 1989, s. 78.; Erdal ONAR, "Türkiye'nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmesi midir?", in **Başkanlık Sistemi**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2005., s. 75.; Nur ULUŞAHİN, **İki Başlı Yürütme Yapılanması**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 25-26.

başkanlık edeceği belirtilmiştir. Uygulama da bu yöndedir. Yine olağanüstü hâllerde kullanılabilecek yetkiler açısından, Fransız Cumhurbaşkanı tek başına hareket edebilirken, 1982 Anayasası'na göre Cumhurbaşkanı ancak Bakanlar Kurulu ile birlikte karar verebilir. 1982 Anayasasının ilk şekli ile 1958 Fransız Anayasası arasındaki hükûmet sistemi açısından en bariz fark Cumhurbaşkanının göreve geliş şeklinde görülmektedir. 1962 değişikliği ile birlikte Fransa'da Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi yönünde bir uygulama benimsenmiştir. Oysa bilindiği gibi 1982 Anayasası Cumhurbaşkanının TBMM tarafından seçilmesini hükme bağlamış ve 2014 yılına kadar da Cumhurbaşkanları TBMM tarafından seçilmiştir. Bu farklılık Fransız hükûmet sistemi ile Türk hükûmet sistemi arasındaki en bariz fark⁸ olarak kabul edilmektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, gerek 1982 Anayasası'nın hazırlık aşamasında gerekse 5678 sayılı Yasa ile Anayasa değiştirilmeden önce kabul edilecek veya kabul edilmiş hükûmet sisteminin hangisi olduğu noktasında tartışmalar yaşanmıştır. Ancak, söz konusu Anayasa değişikliğine kadar 1982 Anayasası'nın parlamenter hükûmet sistemini getirdiği yönündeki görüş ağırlığını hep korumuştur. 5678 sayılı Yasa ile Anayasa'da yapılan değişikliğe kadar, (a) Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmemesi; (b) Devlet Başkanı ve hükûmet başkanı sıfatlarının aynı anda Cumhurbaşkanında toplanmaması; (c) Çok fazla yetkiyle donatılmasına rağmen Cumhurbaşkanının Fransa'da olduğu şekliyle olağanüstü hâllerde tek başına geniş inisiyatif kullanma imkânına sahip olmaması gibi farklar dolayısıyla 1982 Anayasasının bir yarı-başkanlık hükûmeti sistemi getirmediğini ve parlamenter hükûmet sistemini benimsediğini kabul etmek gerekir.

1982 Anayasası'nı 1958 Fransız Anayasası'ndan ayıran farklardan en önemlisi olan Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmemesi farkı, 2007 yılında 5678 sayılı yasa ile yapılan Anayasa değişikliği ile ortadan kalkmıştır⁹. 10 Ağustos 2014 tarihinde, 12. Cumhurbaşkanı, doğrudan halkoyu

⁸ Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 306.

⁹ Aslında bu değişiklik ile ne başkanlık ne de yarı-başkanlık sistemine geçiş yönünde bir planlama göz önünde bulundurulmuştur. Söz konusu değişiklik tamamen o dönemde "367 Krizi" olarak da adlandırılan Cumhurbaşkanı seçememe krizine bir çözüm bulma çabasının bir ürünüdür. Dolayısıyla bu değişikliğin planlı bir hükûmet sistemi değişikliğini getirdiğini söylemek güçtür. Aynı yönde görüş için bkz. Levent GÖNENÇ, Türkiye'de Hükûmet Sistemi Tartışmalarına Kısa Bir Bakış ve Mevcut Hükûmet Sisteminin Niteliği, **TEPAV, Nisan 2011 Politika Notu**, s.2. http://www.tepav.org.tr/upload/files/1303138962-5.Turkiyede_Hukumet_Sistemi_Tartismalarına_Kisa_Bir_Bakis_ve_Mevcut_Hukumet_Sisteminin_Niteligi.pdf (E.T.: 06.02.2015)

ile seçilmiştir. Bu Anayasa değişikliği sadece Cumhurbaşkanının göreve geliş şekline ilişkinmiş gibi görünse de aslında sistemin uygulaması açısından büyük bir farkı beraberinde getirecektir. Artık 1982 Anayasası'nın hükümet sistemi açısından Fransız uygulamasından ayrılan (a) Devlet Başkanı ve hükümet başkanı sıfatlarının aynı anda Cumhurbaşkanında toplanmaması; (b) Cumhurbaşkanının Fransa'da olduğu şekliyle olağanüstü hâllerde tek başına geniş inisiyatif kullanma imkânına sahip olmaması gibi sadece iki yönünün kaldığı söylenebilir. Belirtmek gerekir ki, bu iki fark 1982 Anayasasının bir yarı başkanlık hükümeti sistemi getirmediğini ispatlamak için yeterli değildir. Ayrıca, Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi, uygulama açısından Cumhurbaşkanını hükümet işlerinde daha fazla müdahil olma yönünde teşvik edecektir. Artık yürütme içinde Cumhurbaşkanı Başbakanı nazaran baskın bir konuma yükselecektir. Dolayısıyla Fransız uygulamasından ayrılan yönlerin de gittikçe zayıflaması gibi bir durumun ortaya çıkması beklenebilir. Bu durumda, 5678 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonrasında Fransız uygulamasıyla bire bir aynı olmasa bile 1982 Anayasası'nın yarı-başkanlık hükümeti sisteminin temel unsurlarına yer vermiş olması sebebiyle, teorik olarak bu hükümet sistemini getirdiğini kabul edebiliriz.

Yürürlükteki haliyle 1982 Anayasası'nın teorik olarak yarı-başkanlık sistemini getirdiğini kabul etsek bile, Fransa'daki uygulamaya benzer etkilerin tam anlamda gerçekleşmesini sağlayacak hükümlerden yoksun olduğunu ifade etmek gerekir. Çünkü Fransa'daki yarı başkanlık sistemi uygulamasında, Anayasada Cumhurbaşkanının tarafsızlığına ilişkin bir hüküm bulunmadığı gibi, 9. maddesinde “*Cumhurbaşkanının Bakanlar Kuruluna başkanlık ede*”ceği 21. maddesinde de Başbakanın; “*İstisnai hallerde Cumhurbaşkanının açıkça verdiği yetkiye dayanarak ve belirli bir gündem için Bakanlar Kuruluna, Cumhurbaşkanına vekaleten başkanlık edebil*”eceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla Fransa yarı başkanlık sisteminde bakanlar kuruluna devamlı başkanlık eden Cumhurbaşkanının hükümet politikalarının belirlenmesi ve yürütülmesine Anayasa gereği katıldığını söyleyebiliriz¹⁰. Ayrıca Fransız Anayasasında, Cumhurbaşkanının partisi ile ilişkisinin kesileceğine ilişkin anayasada herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır.

¹⁰ Abdurrahman EREN, “Cumhurbaşkanı Bakanlar Kuruluna Başkanlık Edebilir mi?”, <http://kanuniesasi.com/index.php/kose-yazilari/17-cumhurbaskani-bakanlar-kuruluna-baskanlik-edebilir-mi>, (E.T.: 20.01.2014.)

II. 1982 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu Toplantısına Katılmasına İlişkin Düzenlemesi

1958 V. Cumhuriyet Anayasası'nın kabul ettiği hükümet sisteminde yetkilerin Cumhurbaşkanı ile Başbakan arasında paylaştırıldığı¹¹ kabul edilmektedir. Bir paylaşımdan bahsedilse bile Cumhurbaşkanının yetkilerinin birincil, Başbakanın yetkilerinin ise ikincil bir konuma sahip olduğunu söylemek mümkündür. Dış politika, savunma, üst düzey görevlilerin atanması, olağanüstü durumlara ilişkin önemli yetkileri kullanmak gibi yetkiler Cumhurbaşkanına verildiği¹² gibi Anayasa tarafından Bakanlar Kurulu'na başkanlık etme yetkisi açıkça verilmiş ve yalnızca devlet başkanı olarak değil aynı zamanda hükümet başkanı olduğu da ortaya konulmuştur. Bir anlamda Cumhurbaşkanının Başbakan üzerinde anayasal bir otoritesinin olduğu söylenebilir¹³. Anayasanın 9. maddesinde Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulunun başkanı olarak düzenlenmesi sebebiyle, Cumhurbaşkanına artık devlet başkanlığı yanında hükümet başkanlığının da verildiğini¹⁴ söyleyebiliriz. Hem Cumhurbaşkanı hem de Başbakan hükümetin başında yer almaktadır¹⁵. Ancak, belirtmek gerekir ki bu iki başlılık içinde Cumhurbaşkanı hâkim unsur olarak düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanının doğrudan halkoyu ile seçilmesi, Anayasa tarafından verilmiş geniş yetkilerinin olması, iktidar partisinin genel başkanı olması, medyada geniş yer işgal etmesi Cumhurbaşkanını bu konuma getirmiştir¹⁶.

Doğrudan halkoyu ile seçilmiş Cumhurbaşkanının Fransa'da olduğu gibi devlet başkanlığının yanında hükümet başkanlığı konumuna da sahip olabilmesi, hükümetin genel siyasetini belirlemesi ve hükümete yani

¹¹ David HOWARTH-Georgias VAROUXAKIS, **Contemporary France: An Introduction to French Politics and Society**, Oxford University Press, London, 2003.s.39; Bülent YAVUZ, **Parlamentar Hükümet Sisteminde ve 1982 Anayasası'nda Başbakan**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2008, s.73.

¹² Muammer OYTAN, "Fransa'da Yürütme Organının Yetkileri ve Güçlü Olma Nedenleri", **AİD**, C.15., S.1., Mart 1982., s.87.

¹³ N. Ezra SULEIMAN, "Presidentialism and Political Stability in France", LINZ, Juan J-VALENZUELA, Arturoeds., in: **The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives, Vol.1**, The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994. s.144.

¹⁴ Arend LIJPHART, "Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations.", **The Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective, Vol.1.** ,Juan J. Linz-ArturoValenzuela ed., The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994., s.100.; Esat ÇAM, **Devlet Sistemleri**, İstanbul, 1993, s.165.

¹⁵ ÖZER, (1998), s.82-83.; OYTAN, s.87.

¹⁶ HOWARTH-VAROUXAKIS, s.41-42.; SULEIMAN, s.144.

Bakanlar Kurulu'na başkanlık etmesi halinde mümkün olacaktır. Acaba 1982 Anayasası buna imkân tanıyacak düzenlemeye yer vermiş midir? Bu sorunun cevabı, konuya ilişkin Anayasa hükümleri birlikte değerlendirildiği zaman verilebilir. Konuya ilişkin Anayasa hükümleri ise 104.,109., 112., 119, 120 ve 122. maddeleridir. Anayasa'nın bu hükümlerini, Fransız Anayasası ile karşılaştırdığımızda benzer ya da farklı yanların neler olduğu daha belirgin bir şekilde ortaya çıkacaktır.

A. Cumhurbaşkanı Bakanlar Kurulu'na Başkanlık Edebilir

Anayasanın 104. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanının “*Yürütme alanına ilişkin olan*” yetkileri arasında “*Gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırmak,*” da sayılmıştır. Şu halde, Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu'na başkanlık etmesinin anayasal bir dayanağının olduğu açıktır. Bununla birlikte, Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu'na başkanlık etme yetkisini hangi durumlarda kullanabileceği, Anayasanın ilgili maddeleri birlikte değerlendirilerek belirlenmelidir¹⁷.

B. Bakanlar Kurulu'nun Olağan Başkanı Başbakanıdır

Anayasa'nın 109. maddesi, “*Bakanlar Kurulu, Başbakan ve bakanlardan kurulur*”, 112. maddesi “*Başbakan, Bakanlar Kurulunun başkanı olarak, Bakanlıklar arasında işbirliğini sağlar ve hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetir. Bakanlar Kurulu, bu siyasetin yürütülmesinden birlikte sorumludur*” hükümlerine yer vermiştir. Bu hükümleriyle Anayasa, açıkça Bakanlar Kurulunun Başbakan ve bakanlardan müteşekkil olduğunu ortaya koymuştur. Diğer bir ifade ile kural olarak Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu'nun üyesi olmadığı söylenebilir. Anayasa'nın 112. maddesi de bu anlamı destekler bir hükme yer vermiştir. Bakanlar Kurulu'nun başkanı Başbakan olarak belirtildiği gibi, Başbakana hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetmek, bakanlıklar arasında işbirliğini sağlamak gibi görev ve yetkiler de ona yüklenmiştir. Anayasanın bu iki hükmünden, Bakanlar Kurulunun olağan başkanının Başbakan olduğu; 104. maddesi hesaba katıldığında da Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu'na başkanlık etme yetkisine sahip olduğu; ama bu yetkisinin periyodik olarak, bütün toplantılara başkanlık etmek şeklinde olmayıp, istisnaen kullanılabilir bir yetki olduğu sonucu

¹⁷ EREN, Abdurrahman, “Cumhurbaşkanı Bakanlar Kuruluna Başkanlık Edebilir mi?”, <http://kanuniesasi.com/index.php/kose-yazilari/17-cumhurbaskani-bakanlar-kuruluna-baskanlik-edebilir-mi>, (E.T.: 20.01.2014.)

çıkılmaktadır. Anayasanın açık hükmüne göre, Bakanlar Kurulunun başkanı Başbakan'dır. Cumhurbaşkanı gerekli hallerde ve istisnai olarak Bakanlar Kuruluna başkanlık eder. Cumhurbaşkanı Bakanlar Kurulunun bir üyesi olmadığı gibi uygulamada da kurula başkanlık etmesi gibi bir durum nadiren görülür¹⁸. Anayasa, 119. 120. ve 122. maddelerinde Bakanlar Kurulunun Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanacağını düzenlemiştir. Anayasanın bu maddelerinde olağanüstü dönemlerle ilgili yetkilerin kullanılması söz konusudur. Anayasanın Bakanlar Kurulunun sadece olağanüstü dönemlere ilişkin olarak Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanmasından bahsetmesinden, Bakanlar Kurulunun olağan başkanının Cumhurbaşkanı olmayıp, Başbakan olduğu sonucunu çıkarabiliriz¹⁹. Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu'na başkanlık etme ve Bakanlar Kurulu'nu başkanlığı altında toplama yetkisini ancak istisnai durumlarda kullanabileceğini tespit ettikten sonra, bu istisnai durumların neler olabileceğini belirlemek gerekir.

Yarı-başkanlık sisteminin klasik örneği olarak görülen Fransa'da ise kabinenin Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanmış hali Bakanlar Kurulu olarak adlandırılmaktadır²⁰. Bakanlar Kurulu, Cumhurbaşkanı başkanlığında²¹, Başbakan, Devlet Bakanları, Bakanlar ve Özel Görevli Bakanlardan oluşmaktadır²². Bakanlar Kurulu esas itibarıyla Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanır. Zira Anayasa'nın 9. maddesi, "*Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu'na başkanlık eder*"²³ hükmüne yer vermiştir. Maddede başkaca bir ifadeye de yer verilmemiştir. Bazı istisnai durumlarda Başbakan da Bakanlar Kuruluna başkanlık edebilir. Anayasa'nın Başbakanın görev ve yetkilerini düzenleyen 21. Maddesinin son fıkrası da "*İstisnai hallerde Cumhurbaşkanının açıkça verdiği yetkiye dayanarak ve belirli bir gündem için bakanlar kuruluna, Cumhurbaşkanı vekâleten başkanlık eder.*"²⁴ hükmü ile buna işaret etmiştir.

¹⁸ GÖZÜBÜYÜK, s.241.; ARMAĞAN, s.22.

¹⁹ YAVUZ, (2008), s.182.

²⁰ OYTAN, s.94.

²¹ Andras SAJO, **Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism**, Central European University Press, 1999., s.183.; LIJPHART, s.100, ÇAM, S. 165.

²² Cem EROĞUL, **Çağdaş Devlet Düzenleri**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2001., s.176-177.

²³ Anayasa metninin İngilizcesi için bkz. <http://www2.assemblee-nationale.fr/langues/welcome-to-the-english-website-of-the-french-national-assembly#Title2> (E.T.: 02.02.2015); çevirisi için bkz. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/07-FRANSA%20169-208.pdf> (E.T.: 02.02.2015)

²⁴ Anayasa metninin İngilizcesi için bkz. <http://www2.assemblee-nationale.fr/langues/welcome-to-the-english-website-of-the-french-national-assembly#Title2> (E.T.: 02.02.2015); çevirisi için bkz. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/07-FRANSA%20169-208.pdf> (E.T.: 02.02.2015)

Başbakanın Cumhurbaşkanı yerine Bakanlar Kuruluna başkanlık edebilmesi için iki şart aranmıştır; birincisi, Cumhurbaşkanının Başbakana açıkça bir yetki devrinde bulunmuş olması, ikincisi ise, Başbakan tarafından toplanan Bakanlar Kurulunun sadece Cumhurbaşkanı tarafından belirlenmiş gündemi görüşebilmesidir²⁵. Buradan da anlaşılmaktadır ki Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kuruluna başkanlık etmese dahi, en azından gündemini belirlemektedir. Anayasanın 13. maddesine göre, Bakanlar Kurulunun aldığı kararlar ayrıca Cumhurbaşkanının imzasına tabidir²⁶. Anayasa, Kanunların 15 gün içinde yayımlanmak zorunda olduğunu düzenlediği halde, Bakanlar Kurulu kararları ve Kanun hükmünde kararnameler hakkında sadece Cumhurbaşkanının imza yetkisinin olduğunu belirtmiştir. Bu hükümden, Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu kararlarını ve kararnameleri veto edebileceği anlamı çıkarılmıştır. Bu yorum uygulamaya da aksetmiş, özellikle De Gaulle'den sonra Cumhurbaşkanları bu yetkiyi kullanarak adeta yürütmede tek söz sahibi haline gelmişlerdir²⁷.

C. Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu'na “Devlet Başkanı” Sıfatının Gerektirdiği Hallerde ve İstisnaen Başkanlık Edebilir

Anayasanın 119, 120 ve 122.maddelerinde olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanına karar verecek olan organın “*Cumhurbaşkanının başkanlığında*” toplanan Bakanlar Kurulu olduğu belirtilmiştir. 121 ve 122.maddelerde ise olağanüstü hal ve sıkıyönetim ile ilgili konularda kanun hükmünde kararname çıkarmanın “*Cumhurbaşkanının başkanlığında*” toplanan Bakanlar Kurulunun yetkisinde olduğu ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere söz konusu kararları almak için Bakanlar Kuruluna Cumhurbaşkanının başkanlık etmesi, Cumhurbaşkanının “*gerekli gördüğü haller*” şartına bağliolarak değil, Anayasal bir zorunluluk olarak gerçekleşecektir. Cumhurbaşkanı olmadan ilgili kararların alınması hukuken mümkün değildir. Bu sebeple Anayasanın 104.maddesinde yer alan “*gerekli gördüğü hallerde*” ifadesinin münhasıran olağanüstü hal veya sıkıyönetim hallerinde Cumhurbaşkanının Bakanlar Kuruluna başkanlık etmesi durumuna hasredilmiş olduğunu söylemek mümkün değildir. Şu halde, Cumhurbaşkanının olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilan edilmesi ile bu dönemlerde çıkarılacak kanun hükmünde kararnameler için Bakanlar Kurulu'na başkanlık etmenin yanında, istisnai olmak kaydıyla²⁸,

²⁵ OYTAN, s.87.; ÖZER, (1998), s.80-81.

²⁶ OYTAN, s.88.

²⁷ ÇAM,s.165.; OYTAN, s.88.

²⁸ Aynı yönde görüş için bkz. EREN, <http://kanuniesasi.com/index.php/kose-yazilari/17-cumhurbaskani-bakanlar-kuruluna-baskanlik-edebilir-mi>, (E.T.: 20.01.2014.)

zaman zaman Bakanlar Kurulu'na başkanlık etmesinin Anayasa tarafından mümkün kılındığı anlaşılmaktadır. Peki, söz konusu istisnai durumlar hangileridir? Cumhurbaşkanı, periyodik olarak yapılan toplantıların hepsi için “*gerekli gördüğü haller*” kriterini subjektif değerlendirmeleriyle devreye sokup başkanlık etme yönünde iradesini ortaya koyabilir mi?

Cumhurbaşkanı, sık sık Bakanlar Kurulu toplantılarına katıldığı takdirde, Bakanlar Kurulu toplantılarına katılma yetkisini istisnai durumlar için öngörmüş olan Anayasaya aykırı hareket edilmiş olur. Burada aklaseyrek de olsa, Bakanlar Kurulu'na başkanlık etme yetkisinin hangi durumlarda kullanılması halinde, Anayasa ile uyumlu olacağı sorusu gelmektedir. Soruya verilecek cevap, Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'na (a) (devlet başkanı), (b) (hükümet başkanı), (c) (devlet başkanı + hükümet başkanı) sıfatlarından hangisini yüklediğine göre şekillenecektir.

Anayasa'nın düzenlemesinden hükümet başkanı sıfatının açık bir şekilde Başbakan'a yüklendiği, dolayısıyla Cumhurbaşkanı'na hükümet başkanlığı sıfatının yüklenmediği görülmektedir. Anayasa'nın 104. Maddesinin “*Cumhurbaşkanı Devletin başıdır.*” hükmüne yer vermesi, Cumhurbaşkanının sahip olduğu sıfatın “devlet başkanlığı” olduğunu ortaya koymaktadır. Ayrıca, Anayasa'nın 101. maddesinin “*Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer*” hükmü ile Cumhurbaşkanının tarafsız olması gerektiği, dolayısıyla Cumhurbaşkanının “*hükümet başkanı*” değil “*devlet başkanı*” sıfatına sahip olduğunu ortaya koyduğunu söyleyebiliriz. Son olarak, Anayasa'nın 105. maddesinin Cumhurbaşkanını siyasi sorumluluğu bulunmayan bir makama oturtması da “*hükümet başkanı*” olmayıp “*devlet başkanı*” sıfatını haiz olduğunu göstermektedir.

Cumhurbaşkanının Anayasa tarafından “*hükümet başkanı*” değil de “*devlet başkanı*” olarak konumlandırılması karşısında, Bakanlar Kurulu'na başkanlık etme yetkisini “*devlet başkanı*” sıfatına bağlı olarak, bu sıfatının gerektirdiği istisnai durumlarda kullanabileceği sonucunu çıkarabiliriz. Bir başka ifadeyle, Cumhurbaşkanı, hükümetin genel siyasetine ilişkin toplantılara değil, Anayasa'nın 104/1 hükmündeki “*devletin başı*” olma ve “*Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil edip*” “*Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetme*” fonksiyonuyla ilişkili toplantılarına katılabilir²⁹. Zaten aynı maddenin ikinci

²⁹ EREN, <http://kanuniesasi.com/index.php/kose-yazilari/17-cumhurbaskani-bakanlar-kuruluna-baskanlik-edebilir-mi>, (E.T.: 20.01.2014.)

fıkrası da söze “*Bu amaçlarla... yapacağı görev ve kullanacağı yetkiler şunlardır*” şeklinde başlayarak Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini sıralamıştır.

Sonuç olarak Anayasanın 104.maddesinde düzenlenen “*Gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırmak,*” yetkisi, Cumhurbaşkanının olağan dönemlerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmesine imkân tanımaktadır. Nitekim daha önceki Cumhurbaşkanlarından Cemal Gürsel, Fahri Korutürk, Kenan Evren, Turgut Özal ve Süleyman Demirel de bu yetkiyi kullanmış ve Bakanlar Kurulu’na başkanlık etmişlerdir. Bununla birlikte, yukarıda izah ettiğimiz sebeplerle, Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulunu düzenli olarak başka bir ifadeyle periyodik aralıklarla toplantıya çağırması mevcut anayasal hükümler açısından anayasal sistemimizle bağdaşmaz.

III. Sonuç ve Öneriler

Yukarıda izah edildiği üzere, Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi, uygulama açısından Cumhurbaşkanını hükümet işlerinde daha fazla müdahil olma yönünde teşvik edecektir. Artık yürütme içinde Cumhurbaşkanı Başbakanı nazaran baskın bir konuma yükselecektir. Dolayısıyla Fransız uygulamasından ayrılan yönlerin de gittikçe zayıflaması gibi bir durumun ortaya çıkması beklenebilir. Bu durumda artık 1982 Anayasası’nın öngördüğü hükümet sistemi ile 1958 Fransız Anayasası’nın öngördüğü hükümet sistemi arasında belirleyici denilebilecek bir farkın kalmadığını söyleyebiliriz. Artık denilebilir ki 5678 sayılı Yasa ile yapılan Anayasa değişikliği, Türkiye’de yarı başkanlık hükümeti sistemini getirmiştir. Ancak, yürürlükteki haliyle 1982 Anayasası’nın teorik olarak yarı-başkanlık sistemini getirdiğini kabul etsek bile, Fransa’daki uygulamaya benzer etkilerin tam anlamda gerçekleşmesini sağlayacak hükümlerden yoksun olduğunu da ifade etmek gerekir. Fransa’da uygulaması olan Cumhurbaşkanının devlet başkanlığının yanında hükümet başkanlığı sıfatına da sahip olması, Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu’nun olağan başkanı olması, buna karşın Başbakanın başkanlığının istisnai olması ve Cumhurbaşkanının partisiyle ilişkisinin devam etmesinin mümkün olmasının 1982 Anayasası tarafından açık bir şekilde reddedilmesi, bu kanaati doğuran temel sebeplerdir.

2014 yılında Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesiyle birlikte, Cumhurbaşkanının Anayasada belirtilen ve klasik parlamenter hükümet sistemi açısından son derece fazla olan yetkilerini daha rahat bir şekilde

kullanması mümkün olacaktır. Bu da zaman zaman Cumhurbaşkanı-hükümet, Cumhurbaşkanı-Meclis çatışmasına yol açabilecektir. 2007 yılındaki değişiklikle sadece Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi yönünde bir değişiklik yapılmıştır. Başka bir ifadeyle, Cumhurbaşkanının konumu, sorumluluğu, tarafsızlığı, görev ve yetkilerine ilişkin bir değişiklik yapılmamıştır. Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi usulünün getirilmesiyle birlikte anayasada buna uygun düzenlemeler yapılması gerekirdi. Ancak bu yönde bir düzenleme yapılmamıştır. Şu halde, 1982 Anayasası'nda değişiklik yapılarak söz konusu eksikliklerin giderilmesi gerekmektedir. Çözüm bulma adına, Anayasa'da Cumhurbaşkanının Meclis tarafından seçilmesi sistemine dönülmesi yönünde bir değişiklik yapılması akla gelebilir. Ancak halka verilmiş Cumhurbaşkanı seçme yetkisinin elinden alınması yönünde bir değişikliğin halk nezdinde hoş karşılanmayacağı hesaba katıldığında, bu yönde değişiklik yapılması çok zor görünmektedir. Cumhurbaşkanının seçilme usulünü koruyarak, konumu, sorumluluğu, tarafsızlığı, görev ve yetkilerine ilişkin yapılacak değişikliklerde tercih edilebilecek iki seçenek vardır³⁰: Birinci seçenek, Fransa'da olduğu şekliyle yarı-başkanlık sistemine geçilmesidir. İkinci seçenek ise Cumhurbaşkanının parlamenter hükümet sisteminde olduğu gibi sembolik yetkilere sahip, sadece devlet başkanlığı sıfatıyla fonksiyon üstlenebileceği "başkanlı parlamenter sistem"e geçilmesidir.

A. Birinci Seçenek: Fransa Tipi Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmek

Fransa'da uygulanan şekliyle yarı-başkanlık sistemine geçebilmek için, genel olarak Cumhurbaşkanının partisi ile ilişkisinin kesileceğine ilişkin anayasal hükmün kaldırılması, Cumhurbaşkanının sadece istisnai toplantılara değil, Bakanlar Kurulu'nun olağan ve periyodik toplantılarına katılabilmesini mümkün kılacak, Cumhurbaşkanının devlet başkanlığının yanında hükümet başkanı da olduğunu belirtecek hükümlere yer verilmesi gerekmektedir. Şu halde, Fransa tipi bir yarı-başkanlık sistemi uygulamasını mümkün kılmak için Anayasa'nın 101.,104. ve 109. maddelerinde değişiklik yapılması gerekmektedir.

³⁰ Aslında seçenekler arasında ABD'de uygulanan başkanlık sistemi de sayılabilir. Ancak, 1982 Anayasası'nda Başkanlık hükümeti sistemine geçmek için çok köklü ve kapsamlı bir değişiklik yapılması, yasama, yürütme ve yargı organlarının yani devlet organizasyonunun dizaynının baştan ele alınması ve yenilenmesi gerekeceği için, bu çalışmada sınırlı bir anayasa değişikliği ile ulaşılabilecek seçenekler üzerinde durulmuştur.

Anayasa'nın 101. maddesinin “*nitelikleri ve tarafsızlığı*” başlığının ve Cumhurbaşkanının tarafsızlığına yönelik olarak getirdiği “*Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer*” şeklindeki son fıkrasının hükmünün Fransa'daki uygulanan şekliyle yarı-başkanlık sistemine geçmeye engel olduğu görülmektedir. Tarafsız Cumhurbaşkanının hükümet başkanı olarak fonksiyon icra etmesi düşünülemez. Kaldı ki hükümet başkanı fonksiyonunu üstlenmek, iktidar partisi ile organik bağın da devamına bağlıdır. Cumhurbaşkanının partisi ile ilişkisinin devam etmesi, hükümet başkanlığını üstlenmesi için gerekli olsa da milletvekili olup olmamasının çok da önem arz etmediğini söyleyebiliriz. Bu durumda madde başlığındaki “*tarafsızlığı*” kelimesi ile maddenin son fıkrasındaki “*varsa partisi ile ilişkisi kesilir*” ifadesinin metinden çıkarılması uygun olacaktır.

Anayasanın 104. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanının “*Yürütme alanına ilişkin olan*” yetkileri arasında “*Gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırmak,*” sayılmıştır. Yukarıda da ifade edildiği gibi, Anayasa metninin konuya ilişkin diğer hükümleri de göz önünde bulundurulduğunda, Cumhurbaşkanının bu yetkisinin istisnai olarak ve devlet başkanlığı statüsünün bir gereği olarak kullanılabilceği anlaşılmaktadır. Bu durumda, Anayasa'nın 104. maddesinde sayılan, Cumhurbaşkanının “*Yürütme alanına ilişkin olan*” yetkilerinin en başına “*Bakanlar Kurulu'na başkanlık etmek ve Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırmak*” sayılmalıdır. Bununla bağlantılı olarak “*Gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırmak,*” ifadesi çıkarılmalıdır.

Hükümet başkanlığı fonksiyonunu yükleyebilmek ve Bakanlar Kurulu'nun olağan ve periyodik toplantılarına Cumhurbaşkanının başkanlık edebilmesini sağlayabilmek için, Anayasa'nın 109. maddesindeki, “*Bakanlar Kurulu, Başbakan ve bakanlardan kurulur*”, hükmünün de “*Bakanlar Kurulu, Cumhurbaşkanı başkanlığında Başbakan ve bakanlardan kurulur*” şeklinde değiştirilmesine ihtiyaç vardır.

Yukarıdaki değişikliklerin yapılması halinde, Anayasa hükümleri açısından Fransa uygulamasını sağlayacak bir hükümet sistemine geçmek mümkün olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki bu değişiklikler yapılırsa bile, Fransız yarı-başkanlık hükümeti sisteminin kendi bünyesinde barındırdığı bazı sakıncalar ile karşılaşmak kaçınılmaz olacaktır.

Sistemin iki başlı yapısı en zayıf yönü olarak görülebilir. Çünkü yürütmenin bir kanadı doğrudan seçmene karşı sorumlu olurken, diğer kanadı parlamentoya karşı sorumlu olacaktır. Başbakan ve bakanlar devlet başkanına karşı sorumlu değildir. İkisi arasında çatışma çıktığı zaman bir tikanıklığın meydana gelmesi mümkündür. Böyle bir tehlike Fransa’da 1986 yılına kadar gerçekleşmemiştir. Çünkü bu tarihe kadar devlet başkanı ile parlamento çoğunluğu aynı partiden olmuştur. Cumhurbaşkanı ile Başbakan aynı partiden olduğu için, partinin genel başkanı olan Cumhurbaşkanı, Başbakan üzerinde sahip olduğu otoriteyle bu çatışmanın önüne geçmiştir³¹. 1986 yılına kadar aksi bir durumun olacağı ihtimali akla dahi gelmemiştir. 1986 Seçimlerinde Cumhurbaşkanının partisi parlamentoda sandalyelerin çoğunluğunu elde edememiştir³². Bu durumda “cohabitation” denilen bir arada yaşama durumu ortaya çıkmıştır. Bu dönemde Cumhurbaşkanının ekonomik ve sosyal konulara karışmaması, devletin kurumları, silahlı kuvvetlerin başkomutanlığı ve dış politika gibi konularda hala son sözü söyleyen makam olması yönünde bir uygulama tercih edilmiştir³³.

Fransa’daki uygulama incelendiği zaman şu sonuca varmak mümkündür: 1958 Anayasası’nın kurduğu sistem, özünde parlamenter hükümet sistemi olduğu halde başkanlık hükümeti sistemi gibi çalışmaktadır. Ancak, Cohabitation dönemi yaşandığı takdirde sistemin işleyişi de parlamenter hükümeti sistemine dönüşmektedir³⁴.

Cohabitation döneminde Cumhurbaşkanı ve Başbakanın dengeli bir siyaset izlemeleri, artık problem yaşanmayacağı anlamına gelmez. Yine de Cumhurbaşkanı ile Başbakan veya Cumhurbaşkanı ile yasama organı arasında uyuşmazlığın çıkması ve tikanıklığın yaşanması ihtimali vardır. Zaten Fransız Anayasası’nda 2000 yılında yapılan değişiklik de cohabitation döneminde yaşanabilecek problemler göz önünde bulundurularak gerçekleştirilmiştir. Cumhurbaşkanının görev süresinin yedi yıldan beş yıla indirilmesi ile cohabitation dönemine girilmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Şöyle ki, aynen genel seçimler gibi başkanlık seçimleri de beş yılda bir aynı yıl içinde yapılacağı için, dönemin siyasi eğilimine göre Başkan ile yasama organı

³¹ HOWARTH-VAROUXAKIS, s.39.

³² Burhan KUZU, **Türkiye’de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu**, (Soru Cevap bölümü), s.83.; ONAR, (2005), s.96-97.

³³ HOWARTH-VAROUXAKIS, s.44.; TURHAN, s.81-82.; SULEIMAN, s.150.

³⁴ HOWARTH-VAROUXAKIS, s.40.; SULEIMAN, s.143.

içindeki çoğunluğun aynı partiden olma ihtimali kuvvetlenmektedir³⁵.

Cumhurbaşkanı ile parlamento destekli Başbakan arasında uyum varsa, bir anlamda başkanlık hükümeti sistemine benzer bir uygulama ortaya çıkmakta, ancak, Başkan ile Başbakan arasında uyumsuzluk (bölünmüş çoğunluk sorunu) varsa, bu durumda da parlamenter hükümet sistemine benzer bir uygulama ortaya çıkmaktadır³⁶. Lijphart, bu sebeple Fransa'da uygulanan sistemi başkanlık hükümeti sistemi ile parlamenter hükümet sisteminin unsurlarını bir arada bulunduran karma bir hükümet sistemi olarak değil de, seçim sonuçlarına göre alternatifli bir yönetim biçimini getiren özel bir hükümet sistemi olarak ifade etmenin daha doğru olacağını³⁷ belirtmiştir.

Yukarıda belirtilen çözüm yolu uygulayıcının iradesine bağlı bir çözüm yoludur. Ülkemiz gibi siyasi yapıya sahip ülkelerde uygulayıcının iradesi ne derece sistemin yürümesi yönünde olur? Cumhurbaşkanı bu gibi dönemlerde ne derece geri planda kalmayı tercih eder? Bu sorulara verilecek cevabın müspet olduğunu söylemek güçtür³⁸.

İki başlılığın doğurduğu sakıncalardan birisi de icraatlardan dolayı halka kimin ya da hangi makamın hesap vereceğini kestirmenin zor olmasıdır. Acaba devlet başkanını mı yoksa Başbakan ve Bakanlar Kurulu'nu mu sorumlu tutacağız³⁹? Bu sorunun cevabının belirsizliği de yarı-başkanlık hükümeti sisteminin dezavantajları arasında görülebilir.

Cumhurbaşkanı ile Başbakan arasında çıkabilecek anlaşmazlıklar sadece Cumhurbaşkanı ile Başbakanın farklı partilerden olması durumunda değil, aynı partiden olması durumunda da görülebilir. Hükümet içinde Cumhurbaşkanı ile Başbakan arasında çift başlılıktan dolayı iktidar mücadelesi başlayabilir. Geniş yetkilerle donatılmış Devlet Başkanının hükümet içinde otoritesini kabul ettirmesiyle birlikte Başbakanın pasifize edilmesi, ikinci plana atılması kaçınılmazdır. Bu durumda Başbakanın saf dışı bırakılmayı kaldırması bir

³⁵ ONAR, s.98.; Tuvana GÜLCAN, **1958 Fransız Anayasası'nın Öngördüğü Hükümet Modeli**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003, s.86-87.

³⁶ Ahmet İYİMAYA, **Türkiye'de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu'nda sunduğu tebliğ**, Ankara 2000.,s.246-247.

³⁷ LIJPHART, s.104.

³⁸ Ergun ÖZBUDUN, "Hükümet Sistemleri, Anayasa ve Demokrasi" Konulu Tebliğ, **Türkiye'de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu**, Ankara, 2000, s.112.;Oya ARASLI, "Türkiye'de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu'nda sunduğu tebliğ", **Türkiye'de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu**, Ankara 2000., s.256.

³⁹ ONAR, s.94.

hayli zordur. Sonuçta Cumhurbaşkanı ile Başbakan arasında politik mücadele ve birtakım entrikaların yaşanması gibi bir durumla karşılaşılacaktır⁴⁰. Bu gibi durumlarda Cumhurbaşkanı ile Başbakan, Cumhurbaşkanı ile Meclis arasında çıkacak anlaşmazlıklar, beraberinde tıkanıklıkları, hükümet ve devlet krizlerini de beraberinde getirecektir. 1990'lı yıllarda, parlamenter sistem geçerli olmasına rağmen, ülkemizde yaşanmış olan Cumhurbaşkanı-hükümet çatışmaları, gelecekte de yaşanabileceğini göstermektedir.

Yarı-başkanlık sisteminin zayıf yönlerinden biri de siyasi sorumluluk açısından karşımıza çıkmaktadır. 1958 Anayasasına göre Cumhurbaşkanı vatana ihanet suçu dışında sorumsuzdur. Bu yönüyle parlamenter hükümet sisteminin gereklerine uygundur. Ancak, parlamenter hükümet sistemi ile çelişen husus, sorumsuz olan Cumhurbaşkanının son derece geniş yetkilerle donatılmış olmasıdır⁴¹. Sorumlu olmayan bir makamın son derece geniş yetkilerle donatılması ve çok güçlü bir konuma getirilmesi sistemin zayıf yönleri arasında sayılabilir. Aynı sakıncanın 1982 Anayasası'nın mevcut hükümleriyle dahi ülkemiz açısından geçerli olduğunu, Fransa tipi yarı-başkanlık sistemine geçiş sağlandığında da devam edeceğini belirtmek gerekir.

Yukarıda izah edilen sebeplerle, ülkemiz açısından söz konusu olan tıkanıklığın, kutuplaşmanın, devlet ve hükümet krizlerinin yaşanması ihtimali karşısında, yarı-başkanlık hükümeti sistemi tercihinin Türkiye açısından sakıncalı olduğu söylenebilir. Bu durumda karşımıza Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine karşın, parlamenter hükümet sistemi uygulamasına imkân tanıyan başkanlı parlamenter sistem seçeneği çıkmaktadır.

B. İkinci Seçenek: Başkanlı Parlamenter Hükümet Sistemine Geçmek

Tıpkı yarı-başkanlık hükümeti sisteminde olduğu gibi, başkanlı parlamenter hükümet sisteminde de sistemin isimlendirilmesinde tam bir fikir birliği olmadığı⁴² söylemek mümkündür. Bir bakış açısına göre, devlet başkanının halk tarafından seçildiği parlamenter hükümet sistemleri yarı-başkanlık hükümeti sistemidir. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi, Yarı-başkanlık hükümeti sistemi adıyla bir sistemin var olduğu kabul edildiği takdirde, bu sistem için halk tarafından seçilen devlet başkanının sistem içinde

⁴⁰ Juan J. LINZ, "Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?", **The Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective, Vol.1.**, Juan J. Linz-Arturo Valenzuela ed., The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994., s.55.

⁴¹ GÜLCAN, s.92-93.

⁴² Şule ÖZSOY, **Başkanlı Parlamenter Sistem**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s.87.

hatırı sayılır derecede önemli yetkilerle donatılmasının gerekli olduğu görüşü ağırlıklıdır. Oysa başkanlı parlamenter sistem olarak nitelendirilen sistemde, Cumhurbaşkanının önemli yetkilerinin olmadığı ifade edilir. Başkanlı parlamenter hükümet sistemleri, işleyişi açısından parlamenter hükümet sistemi olarak görülmektedir. Bir başka ifade ile başkanlı parlamenter sistemde halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı, tamamen sembolik bir konumdadır. Bu işleyiş tarzına örnek olarak Avusturya, Bulgaristan, İzlanda, İrlanda, Portekiz, Slovakya ve Slovenya gösterilmektedir. Bu ülkelerde Cumhurbaşkanı halk tarafından seçildiği halde, sistem içinde etkili değildir. Sembolik yetkilere sahiptirler. Duverger gibi kimi yazarlar, bir sistemin yarı-başkanlık olup olmadığını, Cumhurbaşkanının anayasal yetkilerine bakarak tespit etmek gerektiğini ifade ederler.⁴³

Başkanlı parlamenter sistemi ülkemizde işletilebilmek için Anayasa’da değişiklik yapmak gerekmektedir. Bu değişikliğin de Cumhurbaşkanının yetkilerini bütünüyle sembolik seviyeye çekme yönünde olması gerekir. Ancak, bu yönde bir değişiklik yapılsa bile problem çıkmayacağı anlamına gelmeyecektir. Nitekim Bulgaristan örneğinde, 1991 Anayasası, Cumhurbaşkanının yetki alanını ayrıntılı bir şekilde düzenlemesine rağmen Cumhurbaşkanı zaman zaman iktidar muhalefet çekişmelerine müdahil olmuştur⁴⁴. Cumhurbaşkanının iktidar-muhalefet çekişmesine taraflardan birini destekler nitelikte katılımı, Cumhurbaşkanının “*tarafsız devlet başkanı*” niteliğiyle bağdaşmaz. Anayasa tarafından bunu engellemeye yönelik tedbirlerin getirilmesine rağmen, Cumhurbaşkanının çekişmeye müdahil olmasının –en azından- anayasal yetkilerin kullanılmak suretiyle gerçekleşmesine fırsat verilmemelidir. Cumhurbaşkanı siyasi mücadelede kullanabileceği, icrai nitelikli bir anayasal yetki bulamamalıdır.

Halk tarafından seçilmiş olsa bile, Anayasa’da yapılacak değişiklikle Cumhurbaşkanının yetkileri sembolik seviyeye çekildiği takdirde, klasik parlamenter hükümet sistemi uygulaması işletilebilir hale gelecektir. Böylece, başkanlık ve yarı-başkanlık sistemlerinin sahip olduğu tıkanıklıkların yaşanması riskinin önüne geçilmiş, sorumluluğu olan makam ve mercilere yetki verilmiş, sorumsuz olan Cumhurbaşkanının aynı zamanda yetkisiz de olduğu tespit edilmiş, Cumhurbaşkanının tarafsız olma ve hakem vasfı temin edilmiş olacaktır. Bu çözüm yolu aynı zamanda Cumhurbaşkanının itibar ve saygınlığını da arttıracaktır.

⁴³ ÖZSOY, s.88-91.

⁴⁴ Bilgen KÜKNER, Hükümet Sistemi Seçeneklerinden “Başkanlı Parlamenter Sistem Seçeneği” ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/2, s.300.

Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi, parlamenter hükümet sisteminin klasik şekliyle bağdaşmaz. Özellikle tarafsızlık ve çifte demokratik meşruiyet açısından problem teşkil etmektedir⁴⁵. Halk tarafından doğrudan seçilecek Cumhurbaşkanının bir seçim kampanyası yürütmesi gerekecektir. Bu seçim kampanyasında, birtakım vaatlerde bulunması ve propaganda yapması gerekecektir. Ayrıca, günümüz demokrasileri siyasi partiler vasıtasıyla işlemektedir. Bu durumda denilebilir ki halk tarafından gerçekleştirilen seçimler, daha seçilmeden Cumhurbaşkanının tarafsızlığını imkânsız hale getirmektedir. Diğer taraftan, bir yanda halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanının diğer yanda yine halk tarafından ayrı bir seçimle iş başına gelen yasama organı ve bu yasama organına dayanan hükümetin varlığı, çifte meşruiyet sorununu doğuracaktır. Bu durum, -Anayasa tarafından açıkça reddedilse bile- hem Cumhurbaşkanının sisteme müdahil olmasını teşvik edecek, dolayısıyla Cumhurbaşkanının tarafsız kalmasını zorlaştıracak, hem de farklı seçimlere dayanan demokratik meşruiyet kaynakları dolayısıyla çatışma çıkmasına sebep olacaktır. Bütün bu risklere rağmen, ülkemizde Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi usulü gibi bir yola girilmiştir ve bundan dönmek son derece zor görünmektedir. O halde, halk tarafından seçilmiş Cumhurbaşkanı ile klasik parlamenter hükümet sistemi uygulamasını bağdaştırabilen başkanlı parlamenter sistem, en uygun seçenek olarak karşımıza çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

ARASLI, Oya : “Türkiye’de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu’nda sunduğu tebliğ”, **Türkiye’de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu**, Ankara 2000.

ARMAĞAN, Servet: **1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu**, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1978.

BALTA, Tahsin Bekir: **Türkiye’de Yürütme Kudreti**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960.

⁴⁵ Levent GÖNENÇ, Türkiye’de Hükümet Sistemi Tartışmalarına Kısa Bir Bakış ve Mevcut Hükümet Sisteminin Niteliği, **TEPAV, Nisan 2011 Politika Notu**, s.5.

BATUM, Süheyl : “Siyasal Rejim Türleri ve Türkiye’de Siyasal Sistemin Geleceği”, **Türkiye’de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu**, Ankara, 2000.

ÇAM, Esat : **Devlet Sistemleri**, İstanbul, 1993.

ELGIE, Robert: “The Classification of Democratic Regime Types: Conceptual Ambiguity and Contestable Assumptions”, **European Journal of Political Research**, Vol. 33., ,1998.

ERDOĞAN, Mustafa: **Anayasacılık Parlamentarizm Silahlı Kuvvetler**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1993.

EREN, Abdurrahman,: “Cumhurbaşkanı Bakanlar Kuruluna Başkanlık Edebilir mi?”, <http://kanuniesasi.com/index.php/kose-yazilari/17-cumhurbaskani-bakanlar-kuruluna-baskanlik-edebilir-mi>, (E.T.: 20.01.2014.)

EROĞUL, Cem (2001) : **Çağdaş Devlet Düzenleri**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2001.

GÖNENÇ, Levent: Türkiye’de Hükümet Sistemi Tartışmalarına Kısa Bir Bakış ve Mevcut Hükümet Sisteminin Niteliği, **TEPAV, Nisan 2011 Politika Notu**, http://www.tepav.org.tr/upload/files/1303138962-5.Turkiyede_Hukümet_Sistemi_Tartismalarına_Kısa_Bir_Bakis_ve_Mevcut_Hukümet_Sisteminin_Niteliği.pdf (E.T.: 06.02.2015).

GÖZLER, Kemal: **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa: Ekin Kitabevi, 2000.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref –TAN, Turgut: **İdare Hukuku**, C.I., Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref: **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1998.

GÜLCAN, Tuvana: 1958 **Fransız Anayasası’nın Öngördüğü Hükümet Modeli**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003.

HOWARTH, David – VAROUXAKIS, Georgias: **Contemporary France: An Introduction to French Politics and Society**, Oxford University Press, London, 2003.

İYİMAYA, Ahmet : **Türkiye’de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu’nda sunduğu tebliğ**, Ankara 2000.

- KUZU, Burhan: “Neden Başkanlık Hükümeti”, in **Türkiye’de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu**, Ankara: 2000.
- KÜKNER, Bilgen: Hükümet Sistemi Seçeneklerinden “Başkanlı Parlamenter Sistem Seçeneği” ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, **Ankara Barosu Dergisi**, 2012/2.
- LIJPHART, Arend : “Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations.”, **The Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective, Vol.1.**, Juan J. Linz-Arturo Valenzuela ed., The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994.
- LINZ, Juan J : “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?”, **The Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective, Vol.1.** Juan J. Linz-Arturo Valenzuela ed., The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994.
- SAJO, Andras: **Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism**, Central European University Press, 1999.
- SHUGART, Matthew Soberg: **Presidents and Assemblies**, Cambridge University Press, 1992.
- SIAROFF, Alan: “Comparative Presidencies: The Inadequacy of the Presidential, Semi-Presidential and Parliamentary Distinction”, **European Journal of Political Research**, Vol. 42, Issue 3, Mayıs 2003.
- ONAR, Erdal: “Türkiye’nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmeli midir?”, in **Başkanlık Sistemi**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2005.
- OYTAN, Muammer : “Fransa’da Yürütme Organının Yetkileri ve Güçlü Olma Nedenleri”, **AİD**, C.15., S.1., Mart 1982.
- ÖZBUDUN, Ergun (2000) : “Hükümet Sistemleri, Anayasa ve Demokrasi” Konulu Tebliğ, **Türkiye’de Siyasi Yapılanma ve Temel Siyasi Sorunlar Sempozyumu**, Ankara, 2000.
- ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.

- ÖZER, Attila: **Türklerde Devlet Anlayışı ve Demokratik Rejim**, Ankara, 2002.
- ÖZER, Attila: **Başkanlık Hükümeti Sistemi ve Bu sistemin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği**, Ankara, 1998.
- ÖZER, Attila: **Gerekçeli ve 1961 Anayasası ile Mukayeseli 1982 Anayasası**, Ankara, 1996.
- ÖZSOY, Şule: **Başkanlı Parlamenter Sistem**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009.
- SULEIMAN, N. Ezra : “Presidentialism and Political Stability in France”, LINZ, Juan J-VALENZUELA, Arturo eds., in: **The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives, Vol.1**, The John Hopkins University Press, Baltimore and London,1994.
- TURHAN, Mehmet: “Parliamentarism or Presidentialism? Constitutional Choice For Turkey”, **AÜSBFD.**, C. 47., S. 1-4., Ankara 1992.
- TURHAN, Mehmet: **Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasa’sı**, Diyarbakır 1989.
- ULUŞAHİN, Nur: **İki Başlı Yürütme Yapılanması**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- ÜSKÜL, Zafer: **Türkiye’nin Anayasa Sorunu**, İstanbul, 1991, s. 46.; Bülent TANÖR, **İki Anayasa**, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1986
- YAVUZ, Bülent : “2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları”, **GÜHFD.**, Haziran-Aralık 2008, C.XII, S.1-2., **Prof.Dr. Attila ÖZER’e Armağan**, Ankara, 2010, s. 1189-1193.
- YAVUZ, Bülent : “Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesinin Hükümet Sistemine Etkisi”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.III, S. 2., Aralık 2008, Kayseri 2008.

DEVLET MEMURLUĞU VE MEMURLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Adil BUCAKTEPE*

ÖZET

İdarenin kendisine verilen kamu hizmetlerini yerine getirebilmesi için hem taşınır ve taşınmaz mallara hem de gerçek kişilere ihtiyacı vardır. Bunların birincisine maddi unsur ikincisine ise beşeri unsur denilmektedir. Maddi unsur ile beşeri unsur birbirlerinin tamamlayıcısıdır. Birinin eksikliği diğerini anlamsız kılar. İdare, mevzuatın kendisine verdiği yetkileri gerçek kişiler aracılığıyla kullanmaktadır. Bu gerçek kişilere kamu personeli ya da kamu görevlileri denilmektedir. Kamu görevlilerinin ağırlık noktasını memurlar oluşturmaktadır. Memurların hizmet şartları, nitelikleri, atanmaları, yetiştirilmeleri, ilerlemeleri, yükselmelerini, hakları, yükümlülükler, özlük işleri vb. konular Devlet Memurları Kanunu 'nda düzenlenmiştir. 6111 sayılı Kanun 'la Devlet Memurları Kanunu 'nda önemli değişiklikler yapılmıştır. Devlet Memurları Kanunu 'ndaki sicile ilişkin düzenlemeler 6111 sayılı Kanun 'la yürürlükten kaldırılmıştır. Anılan Kanun 'la memurlar hakkında sicil raporu doldurma usulüne son verilmiştir. Bu makalede memurlar ve memurların değerlendirilmesinde uygulanan sistemler ele alınmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İdare, memur, kamu görevlisi, sicil, kamu hizmeti.

IDEAS ON THE EVALUATION OF THE CIVIL SERVICE AND CIVIL SERVANTS

ABSTRACT

The administrative body requires both moveable and immovable properties and real people in order to be able to fulfill public services entrusted to it. The former is called material element and the latter humane element. They are complementary to each other. The absence of either of them renders the other meaningless. The administrative body exercises the power given to it by legislation through real people. These real people are named as public servants or state employees, the majority of whom are civil servants. The conditions, qualifications, appointments, training, advancements promotions, rights and liabilities, personal affairs and similar matters of civil servants have been regulated in Civil Servants Act. Significant amendments have been made in Civil Servants Act in accordance with the Law no. 6111. Civil

* Yrd. Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Servants Act regulations pertaining to the registration have been abolished by Law no. 6111. By operation of the law aforementioned, implementing procedures of filling assessment reports have been ended. In this article, civil servants and systems used in their assessment have been tried to be discussed.

Keywords: *Administration, civil servant, public servant, registration, public service.*

I. DEVLET MEMURLARI KANUNU'NA GÖRE KAMU GÖREVLİLERİ

İdare görev ve sorumluluklarını şüphesiz “kamu görevlileri” yani “insanlar”¹ eliyle yerine getirecektir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun öngördüğü sistemde kamu görevlileri dört ana gruba ayrılmaktadır. Devlet Memurları Kanunu'na tabi kurumların öngörülen dört istihdam şekli dışında personel çalıştırmaları mümkün değildir.

Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülen kamu görevlileri türleri şunlardır: Memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler.

Memurlar: Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesine göre mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini² ifa ile görevlendirilenler memur sayılır. Bu konu bir sonraki başlık altında ele alınacaktır.

Sözleşmeli Personel: Devlet Memurları Kanunu'nun uygulama kapsamı içinde kamuda sözleşmeli personelin de çalışabileceği hüküm altına alınmıştır. İstihdam şekillerinin düzenlendiği Kanun'un 4. maddesine göre sözleşmeli personel kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zorunlu ve istisnai hallere özgü olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve uzmanlığına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, Bakanlar Kurulunca belirlenen esas ve usuller çerçevesinde kurumun teklifi ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca vizelenen statülerde,

¹ “İnsan unsurunun idaredeki yerini uzun boylu izaha hacet yoktur. Yetkileri kullanarak kararları verecek, hukuki ve maddi faaliyetlerde bulunacak, kamu hizmetlerini çeşitli kademelerde değişik katkılarla yürütecek ve kamu yararını gerçekleştirecek olanlar şüphesiz insanlardır.” ÖZYÖRÜK, s. 220.

² Kamu hizmeti konusunda bkz: ROLLAND, s. 7-8; DERBİL, s. 343; ONAR, s. 13 vd.; DURAN, s. 301 vd.; OZANSOY, s. 85 vd.; YILDIRIM, İdare Hukuku Kavramları, s. 317-318; KALABALIK, s. 255 vd.; ÇAĞLAYAN, s. 237 vd.; KARAHANOGULLARI, s. 9 vd.

mali yılla sınırlı olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir. Ancak, yabancı uyruklu kişiler; tarihi belge ve eski harflerle yazılmış arşiv kayıtlarını değerlendirenler mütercimler; tercümanlar; Millî Eğitim Bakanlığında norm kadro sonucu ortaya çıkan öğretmen ihtiyacının kadrolu öğretmen istihdamıyla kapatılamaması hallerinde öğretmenler; dava sayısının az olması nedeniyle kadrolu avukat çalıştırılmasının gerekli olmadığı yerlerde avukatlar, kadrolu istihdamın mümkün olamadığı hallerde doktor veya uzman tabipler; Adli Tıp Müessesesi uzmanları; Devlet Konservatuvarları sanatçı öğretim üyeleri; İstanbul Belediyesi Konservatuvarı sanatçıları; Devlet Memurları Kanunu'na tabi kamu idarelerinde ve dış kuruluşlarda belirli bazı hizmetlerde çalıştırılacak personel de zorunlu hallerde sözleşme ile çalıştırılabilecektir. Sözleşmeli personel seçiminde uygulanacak sınav, ödenecek ücretlerin üst sınırları ile verilecek iş sonu tazminatı miktarı, izinler, pozisyon unvan ve nitelikleri, sözleşme fesih halleri, pozisyonların iptali, istihdamına dair hususlar ile sözleşme esas ve usulleri Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenecektir.

Öğretide sözleşmeli personelin tabi oldukları mevzuat açısından yukarıda değinilen Devlet Memurları Kanunu 4/B'ye ve özel kuruluş kanunlarına göre çalıştırılanlar olmak üzere iki guruba ayrıldığı ifade edilmektedir³.

Geçici Personel: Geçici personel Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesinin C bendinde düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmetlerde sözleşme ile çalıştırılan ve işçi sayılmayan kişilere geçici personel denilir. Hangi görevlerin bir yıldan az süreli veya mevsimlik hizmet olduğu hususu ise Devlet Personel Başkanlığı'nın ve Maliye Bakanlığı'nın görüşleri alındıktan sonra Bakanlar Kurulu tarafından karara bağlanır.

Geçici personel istihdamına daha çok, bedensel çalışma gerektiren kısa süreli işlerde gidilmektedir. Geçici personelin yapacağı görevlerin bir kadroya bağlanmış olması söz konusu değildir⁴.

İşçiler: İşçiler memurlar, sözleşmeli personel ve geçici personel dışında kalan ve ilgili mevzuatı gereğince tahsis edilen sürekli işçi kadrolarında belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılan sürekli işçiler ile mevsimlik veya

³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: ATAY, s. 788/790; GÖZLER/KAPLAN, s. 623/625; ÇAĞLAYAN, s. 303.

⁴ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 572.

kampanya işlerinde ya da orman yangınıyla mücadele hizmetlerinde ilgili mevzuatına göre geçici iş pozisyonlarında altı aydan az olmak üzere belirli süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılan geçici işçilerdir. Bu işçiler hakkında Devlet Memurları Kanunu hükümleri uygulanmaz. İşçiler özel hukuk kurallarına tabiidirler⁵. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2 maddesinde işçi, "bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi" biçiminde tanımlanmaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 1. maddesinde bu Kanun'un kimlere uygulanacağı düzenlenmektedir. Anılan maddeye göre Devlet Memurları Kanunu, "Genel ve Katma Bütçeli Kurumlar, İl Özel İdareleri, Belediyeler, İl Özel İdareleri ve Belediyelerin kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında veya Beden Terbiyesi Bölge Müdürlüklerinde çalışan memurlar hakkında" uygulanacaktır.

II. DEVLET MEMURLUĞUNUN TANIMI

Hukukumuzda her disiplin memuru kendi açısından tanımlamıştır. Burada Anayasa, Devlet Memurları Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'nda yapılan tanımlara kısaca değinmekte fayda vardır. Anılan düzenlemelerden Türk Ceza Kanunu'nda yapılan memur tanımlaması diğerlerine oranla daha geniş kapsamlıdır⁶.

A. Anayasa'ya Göre Memur

Gerek ulusal gerekse evrensel hukuk anlamında genel geçerliliği olan standart bir "memur" tanımı yoktur. Memurun tanımı ülkeden ülkeye değişebilmektedir. Her ülke, memuru kendilerine özgü sosyal, siyasal, ekonomik ve kültürel yapılarının gereklerini dikkate alarak tanımlamaktadır. Bundan dolayı da memurun tanımı ve içeriği konusunda ülkeler arasında farklılıklar ortaya çıkabilmektedir. Ülkelerin iç hukuk sistemleri açısından da durum farklı değildir. Bir başka ifadeyle belli bir ülkenin hukuk sisteminde de memurun tanımı ve içeriğinde hukukun alt branşlarına göre farklılık söz konusu olabilmektedir. Mesela ülkemiz hukuk sisteminde de memurun tanımı ve içeriği Türk Ceza Kanunu, Anayasa ve Devlet Memurları Kanunu'nda birbirinden farklı şekilde düzenlenmiştir⁷.

⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 572; ATAY, s. 790; YILDIRIM, İdare Hukuku Dersleri, s. 164.

⁶ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 861; ÇOLAK, s. 130.

⁷ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, s. 443-445; ATAY, s. 791.

Memurun standart bir tanımının olmamasından olsa gerek, Anayasa’da memurun doğrudan, açık bir tanımına yer verilmemiştir. Anayasa’nın başta 128. ve 129. maddeleri olmak üzere 33, 39, 40, 51, 53, 68, 71, 76, 86, 121 ve 137. maddelerinde memurlarla ilgili düzenlemeler yer almaktadır.

Anayasa’da Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yürütüleceği hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere genel idare esaslarına göre yürütülecek olan kamu hizmetleri “memurlar” ve “diğer kamu görevlileri” tarafından ifa edilecektir. Anayasa’da memur gibi diğer kamu görevlilerinin de tanımı yapılmamıştır. Öğretide, diğer kamu görevlileri kavramıyla kastedilenlerin Devlet Memurları Kanunu’nda sayılan sözleşmeli personel ve geçici personel olduğu ifade edilmektedir⁸. Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin, görevlerini yaparlarken Anayasa ve kanunlara bağlı kalmaları zorunludur. Bu husus Anayasa’nın 129. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Yine anılan maddeye göre memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla, idare aleyhine açılır.

B. Devlet Memurları Kanunu’na Göre Memur

Devlet Memurları Kanunu’nun 4. maddesinde memurun tanımı yapılmıştır. Anılan düzenlemeye göre mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini yerine getirmekle görevlendirilenlere memur denilir ve bunlara Devlet Memurları Kanunu uygulanır.

Ayrıca anılan maddede Devlet’te ve kamu tüzel kişiliğini haiz diğer kurumlarda genel politikayı tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanların da memur sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Devlet Memurları Kanunu’nun 36. maddesine göre “yardımcı hizmetler sınıfı” da memur sayılmaktadır. Öğretide anılan maddedeki düzenlemeyle memur kavramının “gereksiz olarak” genişletildiği ifade edilmiştir⁹.

Devlet Memurları Kanunu’ndaki yukarıda anılan düzenlemeler göz önüne alındığında devlet memurlarının üç ayrı özelliği olduğu anlaşılmaktadır¹⁰:

⁸ GÖZLER/KAPLAN, s. 622/623; ÇAĞLAYAN, s. 303.

⁹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 862; YILDIRIM, İdare Hukuku Dersleri, s. 174.

¹⁰ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 862; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, s. 448; ATAY, s. 792;

1. Memurlar Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişiliklerinde çalışırlar.

2. Memurlar bir üst maddede sayılan yerlerde, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmetlerini ifa ederler.

3. Memurların ifa ettiği görevler asli ve sürekli niteliktedirler.

Bir kişinin memur sayılabilmesi için yukarıda sayılan özelliklerin üçüne birden sahip olması zorunludur. Mesela bir kimsenin Devlet ya da diğer bir kamu tüzel kişisinde çalışması o kişinin memur sayılması için tek başına yeterli değildir. Bunun yanında o kişinin yukarıda sayılan diğer iki şarta da sahip olması gereklidir. Aksi takdirde o kişinin memur sayılması söz konusu olmayacaktır.

C. Türk Ceza Kanunu'na Göre Memur

Memur kavramı İdare Hukukunun ve Ceza Hukukunun ortak konuları arasında yer almaktadır. Bu kavram İdare Hukukuna nazaran Ceza Hukukunda daha karmaşık bir görünüm arz etmektedir¹¹. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrasının c bendinde memurun tanımı yapılmıştır. Anılan maddede “memur” kavramı yerine “kamu görevlisi” deyimini kullanılmaktadır. Bu hükme göre kamu görevlisi deyiminden kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçim yoluyla veya herhangi bir şekilde sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılacaktır. Görüldüğü üzere burada teknik anlamda memurun değil geniş anlamda kamu görevlisinin tanımı yapılmıştır¹². Anılan hükmün gerekçesine göre 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki “memur” tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, tasarı metninden çıkarılmış yerine memur kavramını da kapsayan “kamu görevlisi” tanımına yer verilmiştir. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Kanunun gerekçesinde kamusal faaliyet “Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi” şeklinde tanımlanmıştır. Yine gerekçede kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya diğer bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir öneminin bulunmadığını, bu bakımdan mesela mesleklerinin

YILDIRIM, İdare Hukuku Dersleri, s. 174; GÖZLER/KAPLAN, s. 621; KORKUSUZ, s. 106-108.

¹¹ AKYILDIZ, s. 145-146.

¹² YILDIRIM, İdare Hukuku Dersleri, s. 174; ÇAĞLAYAN, s. 301.

icrası anlamında avukatların veya noterlerin kamu görevlisi olduğu konusunda bir tereddütün bulunmadığı, yine bilirkişilik, tercümanlık ve tanık faaliyetinin icrası kapsamında kişinin bir kamu görevlisi olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca gerekçede askerlik görevini yapan kişilerin de kamu görevlisi olduğu bu bakımdan bir suçta müdahale eden, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren asker kişilerin de kamu görevlisi olduğu belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere Türk Ceza Kanunu'nda oldukça geniş bir "memur" ya da Türk Ceza Kanunu'ndaki ifadesiyle "kamu görevlisi" tanımı yapılmıştır. Yukarıda da ifade edildiği gibi Ceza Hukuku'nda bir kişinin "kamu görevlisi" sayılabilmesi için, o kişinin yaptığı işin bir "kamusal faaliyet" olması gerekli ve yeterlidir. Kamu görevlisinin atanmayla ya da seçimle, sürekli ya da geçici olarak o görevi ifa etmesinin, yürüttüğü görev dolayısıyla kişinin ücret alıp almamasının Ceza Hukuku anlamında o kişinin kamu görevlisi sayılması açısından bir önemi yoktur¹³. Ceza Hukukundaki bu tanımın İdare Hukukunda geçerli olmadığına kuşku yoktur. Zira Devlet Memurları Kanunu'na göre bir kişinin memur sayılabilmesi için Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilmiş olması zorunludur. Ceza Hukuku açısından ise bir kişinin memur sayılması tek şart, hangi şekilde olursa olsun, kamusal faaliyette bulunuyor olmasıdır.

III. MEMURLUK MESLEĞİNİN TEMEL İLKELERİ

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu 23.07.1965 tarihinde, 1961 Anayasası'nın 117. maddesindeki "Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar eliyle görülür. Memurların nitelikleri, atanmaları, ödev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir." hükmü gereğince yürürlüğe girmiştir. Yukarıda anılan 117. maddeye paralel düzenleme 1982 Anayasası'nın 128. maddesinde yer almaktadır. Anayasası'nın 128. maddesinde memurlar ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödeneklerinin ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

Devlet Memurları Kanunu'nda, Anayasa'da belirtilen konuların yanında, Anayasa'da bulunmayan memurların nitelikleri, atanma ve yetiştirilmesi, ilerlemesi, yükselmesi, ödevleri, sorumlulukları, hakları, yasakları, aylıkları,

¹³ ÖZGENÇ, s. 99 vd.

izinleri ve disiplinleri gibi hususlar hüküm altına alınmıştır. Devlet Memurları Kanunu faklı hukuki ve mali statüde görev yapan personeli aynı çatı altında birleştirmeyi, kamu hizmetinde çalışanlar arasında ücret adaletini sağlamayı hedeflemiştir¹⁴.

Ülkemizde memurluk, bilgi ve yetenekle girilebilen ve yükselebilmek hakkı olan bir meslek olarak kabul edilmektedir¹⁵. Memurluğun meslek olarak kabul edilmesinin bazı sonuçları vardır. Bunlardan birincisi, katılımcı demokrasi açısından eleştirilmekle birlikte, siyasi iktidar ile memurlar arasında bir bağ yoktur. Siyasi iktidarın el değiştirmesi memurları etkilemez. Memurlar daha önceden konulmuş kurallara göre mesleklerini sürdürürler. İkinci olarak, memuriyetin meslek olarak kabul edilmesi devlet memurlarının tarafsız olmalarını gerekli kılmaktadır. Nitekim bu konuya ilişkin mevzuatta çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Devlet Memurları Kanunu'nun 7. maddesinde devlet memurlarının siyasi partiye üye olamayacakları hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde Anayasa'nın 68. maddesinde de hakimlerin ve savcılarının, Sayıştay dahil yüksek yargı organları mensuplarının, kamu kurum ve kuruluşlarında memur statüsünde görev yapanların, yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlilerinin, Silahlı Kuvvetler mensuplarının ve yükseköğretim öncesi öğrencileri siyasi partilere üye olamayacakları ifade edilmektedir. Üçüncü olarak, memurluğun meslek olarak kabul edilmesi, devlet memurlarının tabi olacağı hukuk kurallarının önceden objektif olarak belirlenmesini zorunlu kılar. Anayasası'nın 128. maddesinde memurların ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin, aylıklarını ve diğer özlük haklarının kanunla düzenleneceği hükmü bu amaçla getirilmiş bir düzenlemedir¹⁶.

Burada kısaca “memurluk mesleği”nden bahsetmekte fayda vardır. Memurluk mesleğinin temel ilkeleri Devlet Memurları Kanunu'nun 3. maddesinde sayılmıştır. Anılan maddeye göre memurluk mesleğinin temel ilkeleri şunlardır: Sınıflandırma, kariyer ve liyakat.

A. Sınıflandırma

Sınıflandırma ilkesi, hizmetin şartları ve memura verilecek mali hakların belirlenmesi açısından önemlidir. Bu ilke Devlet Memurları Kanunu'nun

¹⁴ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 566.

¹⁵ YILDIRIM, İdare Hukuku Kavramları, s. 386.

¹⁶ GÜNDAY, s. 588/589; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 572/573; ATAY, s. 793; YILDIRIM, İdare Hukuku Dersleri, s. 177/178; GÖZLER/KAPLAN, s. 630.

3. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre sınıflandırma, kamu hizmetleri görevlerini ve bu görevlerde çalışan Devlet memurlarını görevlerin gerektirdiği niteliklere ve mesleklere göre sınıflara ayırmaktır. Bir başka ifadeyle sınıflandırma personel ve görevin esas alınıp kamu hizmet birimlerinin bir grupta toplanmasıdır¹⁷.

Memurların sınıflandırılmasında kadro sınıflandırması ile rütbe veya personel sınıflandırması olmak üzere başlıca iki tür sınıflandırma sistemi uygulanmaktadır. Kadro sınıflandırması, görev esasına dayalı olan bir sistemdir. Kadro, kişinin dışında ve soyut bir statüde olup onun tüm yetki ve yükümlülüklerini gösterir. Kişi, atama ile bu kadroya girerek memur sıfatını kazanır. Kadro sisteminde¹⁸ eşit işe eşit ücret ilkesi kabul edilmiştir. Rütbe sınıflandırması ise memura ağırlık veren bir sistemdir. Bu sistemde memurun kişiliği ve statüsü ön plana çıkar. Rütbe sisteminde kariyer sisteminin kurulması söz konusudur¹⁹. Anılan sistemde memur mevcut niteliklerine uygun bir statüde göreve başlar ve zaman içinde kendi sınıfı içinde yükselir. Memurun rütbesi, öğrenim durumu ve memuriyette geçirdiği süre esas alınarak belirlenir²⁰.

Devlet Memurları Kanunu yukarıda ele alınan sınıflandırma türlerinden herhangi birini kabul edip diğerini kesin olarak reddetmiş değildir. Anılan kanunda rütbe sınıflandırması esas alınmış fakat kadro sınıflandırması da belli ölçüde kabul edilmiştir²¹.

Devlet Memurları Kanunu, memurları on sınıfa ayırmaktadır. Bunlar genel idare hizmetleri sınıfı, teknik hizmetler sınıfı, sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfı, eğitim ve öğretim hizmetleri sınıfı, avukatlık hizmetleri sınıfı, din hizmetleri sınıfı, emniyet hizmetleri sınıfı, yardımcı hizmetler sınıfı, mülki idare amirliği hizmetleri sınıfı, milli istihbarat hizmetleri sınıfıdır. Sınıfların öğrenim durumlarına göre giriş ve yükselebilecekleri derece ve kademeleri Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenmiştir. Devlet memurunun sınıfının dışında ve sınıfının içindeki derecesinin altında bir derecenin görevinde çalıştırılması mümkün değildir.

¹⁷ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 878; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 567.

¹⁸ Amerika Birleşik Devletleri ve Kanada gibi ülkelerde kadro sistemi geçerlidir.

¹⁹ Bu sistem İngiltere'de uygulanmaktadır.

²⁰ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, s. 452; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 568; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 878/879; ATAY, s. 794; YILDIRIM, İdare Hukuku Dersleri, s. 180; GÖZLER/KAPLAN, s. 630.

²¹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.879; ATAY, s. 794; YILDIRIM, İdare Hukuku Dersleri, s. 181.

B. Kariyer

Kariyer, Devlet Memurları Kanunu'nun 3. maddesinin B bendinde tanımlanmıştır. Anılan tanıma göre kariyer, memurlara, yürüttükleri hizmetler için gerekli bilgilere ve yetiştirme şartlarına uygun şekilde, sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme imkanını vermektir.

Kariyer sistemine karşılık olarak “görev sistemi” vardır. Görev sisteminde kişi, bir memuriyete belli bir görevi yapmak için atanmaktadır. Memur sadece bu atandığı görevi yapacaktır. Görev devam ettiği müddetçe memurun istihdamı devam edecektir. Görev bittiğinde ise memurun işine son verilecektir. Bu sistemde memurun uzmanlaştıkça ya da yıllar içinde ilerlemesi söz konusu değildir. Memurun daha üst bir göreve yükselebilmesi için kişinin mevcut görevinden ayrılıp daha üst kademedeki göreve atanmasının yapılması gereklidir²².

Kariyer sistemi yukarıda kısaca ele alınan görev sisteminden farklıdır. Bu sistem memura alt derecelerden en üst derecelere kadar ilerleme imkanı vermektedir. Bir diğer ifadeyle devlet memurluğuna alt kademelerden başlayan bir kişi, öğrenim, yetenek, uzmanlaşma, tecrübe vs. gibi gerekli şartları sağladığı takdirde memuriyeti içinde ilerleyebilecek ve daha üst makamlara gelebilecektir²³.

C. Liyakat

Memurların kamu hizmeti görevine alınmalarında iki sistem vardır. Bunlardan biri “liyakat sistemi” diğeri ise kayırma sistemidir²⁴.

Liyakat, Devlet Memurları Kanunu'nun 3. maddesinin C bendinde düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre liyakat “Devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmaktır”. Ülkemiz kamu personel hukukunda liyakat ilkesi, Devlet Memurları Kanunu ile benimsenmiştir²⁵.

Kayıрма ya da ganimet usulünde kişiler memuriyete siyasi partilerle ilişkileri, yakınlıkları veya o partilere hizmetleri esas alınarak atanmaktadırlar. İktidarı ele geçiren siyasi parti, ekibini kendi taraftarları arasından kurmakta,

²² AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 569; GÖZLER/KAPLAN, s. 630/631; ÇAĞLAYAN, s. 308.

²³ ÖZYÖRÜK, s. 242; YILDIRIM, İdare Hukuku Kavramları, s. 348.

²⁴ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, s. 424.

²⁵ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, s. 427; ÇOLAK, s. 130.

süresi dolduğunda da kurmuş olduğu ekibiyle birlikte yönetimden ayrılmaktadır²⁶.

Liyakat sistemi, kamu hizmetlerinde görev yapacak kişilerin göreve atanma, görevde ilerleme ve yükselme, görevden uzaklaştırılma ve devlet memurluğundan çıkarılmalarında ehliyetlerinin esas alındığı sistemdir²⁷. Liyakat ilkesi sadece kişinin memuriyete atanmasında göz önünde bulundurulacak bir ilke değildir. Bu ilkeye kişinin kamu hizmeti görevini yürüttüğü sürece uyulması esastır.

Liyakat sistemi, idarenin vatandaşlara eşit muamele etmesini, tarafsızlığını ve adil davranmasını zorunlu kılar. Adalet anlayışının geçerli olmadığı bir düzende liyakat sisteminin uygulanmasının başarılı sonuçlar vereceği şüphelidir. Bu anlamda vatandaşlara Devlet kamu hizmeti görevlerine girmede ve memuriyetleri süresince eşit davranmak, herhangi bir gruba, düşünceye, siyasi partiye, zümreye ayrıcalık tanımamak zorunludur²⁸.

EROĞLU'na göre kamu hizmetinin, hem idare hem de idare edilenler açısından, en kaliteli bir biçimde yürütülmesi liyakat sistemini zorunlu kılmaktadır. Yazara göre “liyakat sistemi ile partizanlığa, iltimasa, kayırmaya ve patronaja son verilmek ve devlet memuriyeti bir ganimet olmaktan kurtarılmak istenmiştir. Liyakat sistemi bilgi, zeka, karakter, enerji gibi moral değerlere dayanır ve kamu hizmeti görenleri güven içinde çalıştırır”²⁹.

IV. MEMURLUĞA GİRİŞ

A. Memurluğa Girişte Anayasal İlkeler

Kamu hizmeti görevine girmede hangi ilkelerin geçerli olduğu başta 10, 18, 48 ve 70. maddeler olmak üzere Anayasa'da yer alan düzenlemelere göre belirlenmektedir. Anılan düzenlemelere göre memuriyete girişte üç temel ilke vardır. Bunlar “serbestlik”, “eşitlik” ve “görevin gerektirdiği niteliklere sahip olma” ilkeleridir.

Serbestlik ilkesi, devlet memurluğuna girmenin kişinin özgür iradesine bağlı olmasını ifade eder. Bir başka ifadeyle kişinin kendi isteğiyle memuriyete

²⁶ ÖZYÖRÜK, s. 243; GİRİTLİ/BİLGİN/AKGÜNER, s. 424/426; GÖZLER/KAPLAN, s. 631.

²⁷ EROĞLU, s. 228; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 569/570; ATAY, s. 797/798; GÜNDAĞ, s. 592; YILDIRIM, İdare Hukuku Dersleri, s. 184.

²⁸ EROĞLU, Hamza, s. 228.

²⁹ EROĞLU, Hamza, s. 229.

girebilmesini, bu konuda dışarıdan bir baskıya maruz kalmamasını ifade eder³⁰. Anayasa'nın 18. maddesindeki "Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır." hükmüyle serbestlik ilkesi hüküm altına alınmıştır. Bu hükümle idarenin bir kişiyi, kişinin kendi iradesi dışında, zor kullanarak çalıştırması yasaklanmıştır. Bir kişinin kamu hizmeti görevinde çalışması o kişinin serbest iradesiyle çalışmayı kabul etmesine bağlıdır. Kişinin kendi istek ve iradesi olmaksızın bir memuriyette istihdam edilmesi Anayasa'nın yukarıda anılan hükmüne aykırı olacaktır. Yine anılan ilke ile alakalı olarak Anayasa'nın 48. maddesinde de herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapma hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir.

Memurluğa girişte anayasal ilkelere ikincisi eşitlik ilkesidir. Eşitlik ilkesi Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Bu hükmün devlet memurluğuna girişte de geçerli olduğuna kuşku yoktur. Bundan dolayı devlet memurluğuna girişte dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri konularda ayırım yapılması Anayasa'ya aykırı olacaktır. Eşitlik ilkesi memuriyete girişte geçerli olduğu gibi, memurluk mesleğinin devamında da riayet edilmesi gereken bir ilkedir. Bu anlamda amirlerin maiyetinde görev yapan memurlarına eşit davranmaları esastır.

Memurluğa girişte bazı genel ve özel şartların konulması ya da korunması gereken sosyal grupların lehine düzenlemeler yapılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz³¹. Nitekim Anayasa'nın 10. maddesinde kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu, Devletin, bu eşitliğin gerçekleştirilmesini sağlamakla yükümlü olduğu bu amaçla alınan tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı hüküm altına alınmıştır. Yine maddenin devamında çocuklar, yaşlılar, özürlüler, savaş ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağı ifade edilmektedir. Bu konuya paralel düzenleme Devlet Memurları Kanunu'nun 53. maddesinde de yapılmıştır.

Memurluğa girişte geçerli olan üçüncü ilke görevin gerektirdiği niteliklere sahip olma ilkesidir. Anayasa'nın 70. maddesinde her Türkün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu, hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım aranmayacağı ifade

³⁰ GÜNDAY, s. 593; ÇAĞLAYAN, s. 310.

³¹ ÇAĞLAYAN, s. 310-311.

edilmektedir. Görevin gerektirdiği niteliklere sahip olma ilkesi, eşitlik ilkesini tamamlamaktadır. “Görevin gerektirdiği nitelikler”in neler olması gerektiği soyut, nesnel, objektif ve kişilik dışı kurallarla tespit edilmelidir. Burada bir hususa daha değinmekte fayda vardır. Görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir özelliğin aranmaması, eşitlik ilkesini tamamlamakta olması yanlış anlaşılmalıdır. Yukarıda da ele alındığı gibi eşitlik ilkesi, aynı durumda olanlara aynı şekilde, farklı durumda olanlara ise farklı şekilde davranmayı ifade eder. Mesela lise mezunları ile üniversite mezunlarının farklı uygulamalara tabi tutulması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. İşte burada anlatılan husus da yani “görevin gerektirdiği nitelikler”in saptanmasının da idarenin kamu görevine girecek olan memurlar hakkında bazı özel şartlar araması eşitlik ilkesinden sapma olarak nitelendirilmemelidir. Mesela askerlik, polislik, orman muhafaza memurluğu, gümrük muhafaza memurluğu, infaz koruma memurluğu gibi mesleklerde erkek memur adaylarına, okul öncesi öğretmenliği, çocuk gelişimi, yaşlı bakımı ve hemşirelik gibi mesleklerde ise kadın memur adaylarına öncelik verilmesi eşitlik ilkesine aykırı sayılmamalıdır.

B. Memurluğa Girişte Kanuni Şartlar

Devlet Memurları Kanunu, memurluğa giriş için bazı şartlar öngörmüştür. Bu şartlar “Genel Şartlar” ve “Özel Şartlar” olmak üzere Devlet Memurları Kanunu’nun 48. maddesinde düzenlenmiştir.

1. Genel Şartlar

Devlet memurluğuna alınmada genel şartlar olarak Türk Vatandaşı olmak, Kanun’un 40. maddesindeki yaş ve 41 maddesindeki öğrenim şartlarını taşımak, kamu haklarından mahrum bulunmamak, dolandırıcılık, sahtecilik, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, güveni kötüye kullanma, hileli iflas gibi 48. maddenin A fıkrasının 5. bendinde sayılan suçlardan mahkum suçlarından mahkum olmamak, askerlikle ilgisi bulunmamak, askerlik çağına gelmemiş olmak, askerlik hizmetini yapmış ya da ertelenmiş veya yedek sınıfa geçirilmiş olmak ve 53. madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla görevin yapılmasına engel olabilecek bir akıl hastalığı bulunmamak sayılmıştır. Bu şartlara kısaca değinmekte fayda vardır.

Devlet memuru olabilmek için Türk Vatandaşı olmak şarttır. Türk vatandaşlığı Anayasa’nın 70. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddede Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesin ve Türk babanın veya Türk ananın çocuğunun Türk olduğu ifade edilmektedir. Bu hükme göre, ırkı ne olursa olsun, Türk vatandaşlığına sahip olanlar ile annesi ya da babasından biri Türk olan kişi devlet memuru olabilecektir.

Devlet Memurları Kanunu'nun aradığı ikinci genel şart belirli bir yaşa ulaşmış olmaktır. Anılan Kanun'un 40. maddesine göre memur olabilmek için 18 yaşını tamamlamış olmak gereklidir. Ancak Devlet Memurları Kanunu, bir meslek veya sanat okulunu bitirenlerin en az 15 yaşını doldurmaları ve Türk Medeni Kanununun 12. maddesine göre kazai rüşet kararı almaları şartıyla memuriyete atanmalarına cevaz vermektedir. Yukarıda değinildiği gibi Devlet Memurları Kanunu'nda memuriyete girmede asgari bir yaş sınırı belirlenmiş olmasına karşın azami bir yaş sınırı belirlenmemiştir. Fakat bu konuda bazı özel kanunlarda hükümler olabilmektedir. Bu konuya örnek olarak 2802 sayılı Hakimler Ve Savcılar Kanunu'nun 8. maddesindeki düzenleme gösterilebilir. Anılan hükümle avukatlık mesleğinden hakim adaylığına geçmek isteyenlerin, giriş sınavının yapıldığı tarih itibariyle kırkbeş yaşını doldurmamış olmaları şartı getirilmiştir.

Memurluğuna alınmada üçüncü genel şart belirli bir öğrenim derecesine sahip olmaktır. Kanun'a göre genel olarak ortaokul mezunları memur olabilirler. Fakat zorunlu durumlarda ilkokulu bitirenler de memur olarak atanabileceklerdir. Yine Kanun'a göre bazı görevlere atanabilmek için belirli fakülte, bölüm, meslek yüksekokulu bitirmiş olma veya yabancı dil bilmek gibi şartlar öngörülebilir. Mesela, 2802 sayılı Hakimler Ve Savcılar Kanunu'nun 8. maddesine göre hakim adaylığına atanabilmek için hukuk fakültesini bitirmiş olmak şarttır.

Devlet Memurları Kanunu'na göre memur olmak için gerekli bir diğer şart "kamu haklarından mahrum bulunmamak"tır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "kamu haklarından mahrum bulunmamak" kavramı yer almamaktadır. Anılan Kanun'un 53. maddesinde "belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" kavramına yer verilmiştir. Bu maddeye göre kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak atama veya seçime tabi memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten yoksun bırakılır. Kişinin memurluğa atanabilmesi için Türk Ceza Kanununun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkum olmamak şarttır.

Devlet Memurları Kanunu, memur olabilmek için gerekli genel şartları sayarken vatani hizmetle yani askerlik göreviyle ilgili konularda da düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemelere göre kişinin memur olabileceği ihtimaller üçe ayrılmaktadır. Durumu düzenlenen bu ihtimallerden birine uyan kişi memur olabilecektir. Buna göre askerlikle ilgisi bulunmayanlar, askerlik çağına gelmemiş olanlar ya da askerlik çağına gelmiş olup da muvazzaf askerlik hizmetini yapmış veya askerlik hizmeti ertelenmiş ya da yedek sınıfa geçirilmiş olanlar memur olabileceklerdir.

Devlet Memurları Kanunu'nun aradığı son genel şart sağlıklı olma şartıdır. Anılan düzenlemeye göre Devlet Memurları Kanunu'nun 53. madde hükümleri saklı kalmak üzere, görevini devamlı yapmasına engel olabilecek bir akıl hastalığı olanlar memur olarak atanamazlar. Görüldüğü üzere tüm engellilerin değil sadece görevini yapamayacak kadar ağır durumda olan akıl hastalarının memur olması yasaklanmıştır. Devlet Memurları Kanunu engelli vatandaşları memur olarak istihdam etmeme bir tarafa bilakis onların kamu kurum ve kuruluşlarında asgari bir oranda çalışmalarını hüküm altına almıştır. Nitekim Devlet Memurları Kanunu'nun 53. maddesine göre kurum ve kuruluşlar Devlet Memurları Kanunu'na göre çalıştırdıkları personele ait kadrolarda % 3 oranında engelli çalıştırmak zorundadır. % 3 oranının hesaplanmasında ilgili kurum veya kuruluşların, yurtdışı teşkilatları hariç, toplam dolu kadro sayısı dikkate alınacaktır.

2. Özel Şartlar

Özel şartlar, Devlet memuru olabilmek için gerekli olan genel şartlara ek olarak sahip olunması gereken şartlardır. Özel şartların neler olduğu Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinde belirtilmiştir. Anılan şartlardan birincisi hizmet göreceği sınıf için Devlet Memurları Kanunu'nun 36. ve 41. maddelerinde belirtilen öğretim ve eğitim kurumlarından birinden diploma almış olmak, ikincisi de kurumların özel kanun veya diğer mevzuatında aranan şartları taşımaktır. Mesela Kanun'un 41. maddesine göre kural olarak memur olabilmek için ortaokul mezunu olmak şarttır. Fakat ortaokul mezunu istekli yoksa ilkokulu bitirenler de memur olabileceklerdir. Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinde de sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfının sağlık hizmetlerinde (hayvan sağlığı dahil) mesleki eğitim görekerek yetişmiş olmaları ifade edilmektedir. Yine aynı maddeye göre avukatlık hizmetleri sınıfında istihdam edileceklerin avukatlık ruhsatına sahip olmaları gerektiği, din hizmetleri sınıfının özel kanunlarına göre çeşitli derecelerde

dini eğitim görmüş olmaları gerektiği hüküm altına alınmıştır. Memuriyete atanmada belli bir öğrenim görmüş olma şartının yanında daha başka şartlar da aranabilir. Mesela uzman yardımcılıkları sınavına girebilmek için yabancı dil sınavlarından 70 ve üzeri puan alma şartı konulabilmektedir. Yine Emniyet Teşkilatı Sağlık Şartları Yönetmeliği'ne göre Polis Meslek Yüksekokulu Ön Lisans programına alınacak öğrencilerin boylarının erkeklerde asgari 167 cm, bayanlarda ise 162 cm olması şartı aranmaktadır. Özel kanun ve yönetmeliklerde bu konuda birçok örnek vardır³².

V. MEMURLUĞA ADAYLIK, ATANMA VE GÖREVE BAŞLAMA

Kamu kurum ve kuruluşlarının memur ihtiyacı, hukuki ya da fiili, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Yeni bir kamu hizmetinin sunulmaya başlanmasından dolayı bu hizmeti yürütecek kamu tüzel kişiliğinin kurulması ya da var olan bir kamu hizmetinin kapsamının genişletilmesinden dolayı hizmeti sunan tüzel kişiliğin büyütülmesinden dolayı memur ihtiyacı ortaya çıkabilmektedir. Ayrıca istifa, emeklilik, ölüm, Devlet memurluğundan çıkarma gibi hallerde mevcut kadroda eksilme söz konusu olacağından yine memur ihtiyacı söz konusu olacaktır. Boşalan kadrolar idare içinden doldurulabileceği gibi yeni memur alımıyla da doldurulabilir. Memur ihtiyacının idare içinden karşılanacağı hallerde kamuoyuna bu konuda ilan yapmaya lüzum yoktur. Elbette bu yola gidileceğinde durumun ilgili kurum içinekilere duyurulacağında, şartları taşıyanların başvurabilmelerinin sağlanacağında ve boş kadroların doldurulmasında sınav, uzmanlık, çalışma süresi, geçmiş hizmetler vs. gibi mevzuatta öngörülen usulün uygulanması gerektiğinde kuşku yoktur³³.

Memurluğa alınmanın hangi şekilde yapılacağı Devlet Memurları Kanunu'nun 46. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bakanlıklar ile diğer kamu kurum ve kuruluşları (Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı hariç), personel atamasına gerek duydukları boş kadroların sayısını, sınıf ve derecelerini belirterek Devlet Personel Başkanlığına bildirirler. Devlet Personel Başkanlığı atama yapılacak boş kadroların sınıf ve derecelerini, kadroların buldukları kurum ve yerlerini, kadrolara alınacak personel sayılarını, alınacak personelin genel ve özel şartlarını, en son başvurma tarihini,

³² Bu konuda bkz: 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, m. 14; Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği, m. 25; 6004 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, m. 10; Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmelik m. 13 ve 14.

³³ YILDIRIM, İdare Hukuku Dersleri, s. 187; ATAY, s. 803.

başvurulacak mercileri, sınav yerlerini ve zamanlarını ve gerek görülen diğer bilgileri başvurma süresinin bitiminden en az 15 gün önce Resmi Gazete, radyo, televizyon ve ülke çapında tirajı yüksek gazetelerden asgari biri ve uygun görülecek diğer araçlar ile duyurur. Sınavsız atama yapılacak yerlere kadro adedinden fazla istekli bulunduğu takdirde açılacak sınavın gün ve yeri yukarıdaki şartlara uygun olarak ayrıca duyurulur. Duyurulan kamu hizmet ve görevlerine Devlet memuru olarak girmek isteyenler, belirlenen şartları yerine getirerek başvurularını yaparlar. İsteklilerden ilan edilen şartları taşımayanlar sınavlara katılamazlar ve bu husus başvuru merciler tarafından kendilerine yazılı olarak bildirilir.

Devlet kamu hizmet ve görevlerine Devlet memuru olarak atanacakların memurluk sınavını kazanmaları zorunludur. Devlet memurluğu sınavlarının hangi usul ve esaslara göre yapılacağı Devlet Personel Başkanlığı tarafından hazırlanacak genel bir yönetmelikle düzenlenir. Anılan yönetmelik 03.05.2002 tarih 24744 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmelik’tir. Bu Yönetmeliğin amacı, ilk defa kamu hizmeti ve görevlerine atanacakların seçimi ile kamu kurum ve kuruluşlarında özel yarışma sınavına tabi tutulmak suretiyle girilen mesleklere atanacakların ön elemesi maksadıyla yapılacak sınavların genel ilkeleri ile usul ve esaslarını belirlemektir. Kamu Görevlerine İlk Defa Atanacaklar İçin Yapılacak Sınavlar Hakkında Genel Yönetmeliğin tüm kamu kurum ve kuruluşlarında uygulanması söz konusu değildir.

Adalet Bakanlığı, Milli Savunma Bakanlığı ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı ile İçişleri ve Dışişleri bakanlıklarının Bakanlık Teftiş Kurulları, Jandarma Genel Komutanlığı ve Askeri Adalet Teftiş Kurulları ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 1. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılanlar (Anayasa Mahkemesi üye ve yedek üyeleri ile raportörleri, hakimlik ve savcılık mesleklerinde veya bu mesleklerden sayılan görevlerde bulunanlar, Danıştay ve Sayıştay meslek mensupları ve Sayıştay savcı ve yardımcıları, Üniversitelerin, öğretim üye ve yardımcıları gibi) ile Devlet senfoni orkestraları ve Devlet Klasik Türk Müziği Korosu sanatçıları bu Yönetmeliğin kapsamı dışında kalmaktadır.

Devlet memurluğuna giriş sınavında başarılı olanlar idare tarafından “memur aday” olarak, ilan edilen kadrolara atanırlar³⁴. Aday olarak atanmış devlet memurunun adaylık süresi bir yıldan az, iki yıldan çok olamaz. Bir ya da iki yıllık adaylık süresi içinde memurun yeri değiştirilemez. Bir başka ifadeyle

³⁴ YILDIRIM, İdare Hukuku Dersleri, s. 188; ÇAĞLAYAN, s. 315.

aday memurun adaylık süresi dolmadan başka kurumlara nakli mümkün değildir. Adaylık süresi içinde bir taraftan memurun hal ve hareketleri, göreve devamları, görevinde başarısı vs. kontrol edilir diğer taraftan da yetişmesi sağlanır³⁵.

Aday olarak atanan memurlara öncelikle bütün memurların ortak nitelikleri ile ilgili temel eğitim verilir. Daha sonra sınıfları ile ilgili hazırlayıcı eğitim ve staja tabi tutulurlar. Memur adaylarının atanabilmesi için eğitimde ve stajda başarılı olmaları şarttır. Temel eğitim ile hazırlayıcı eğitim aynı kurum tarafından yapılır. Yapılacak eğitimin usul ve esasları Başbakanlık tarafından yapılacak yönetmelikle düzenlenir.

Adaylık süresi içinde temel ve hazırlayıcı eğitim ve staj dönemlerinin her birinde başarısız olanların, adaylık süresi içindeki hal ve hareketlerinden dolayı memurluğa alınmaları uygun olmayanların ve göreve devamsızlıkları tespit edilenlerin disiplin amirinin teklif ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişkileri kesilir. Memuriyetle ilişkileri kesilenler ilgili kurumlarca hemen Devlet Personel Başkanlığına bildirilir. Aday memurun adaylık süresi içinde bazı disiplin cezalarını almış olması halinde ilişkisi kesilir. Devlet Memurları Kanunu'nun 57. maddesindeki düzenlemeye göre adaylık süresi içinde “aylıktan kesme” ve “kademe ilerlemesinin durdurulması” cezası alanların ilişkisi disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile kesilir. Maddenin eski düzenlemesindeki “olumlu sicil alamama” şartının yerini maddenin yeni halinde “aylıktan kesme” veya “kademe ilerlemesinin durdurulması cezası almış olma” almıştır.

Aday memurluk süresini başarı ile tamamlayanlar asil memur olarak atanırlar. Bir başka ifadeyle adaylık süresi içinde yapılan eğitimde başarılı olan memur adayları disiplin amirinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile asli memurluğa atanırlar. Atama işlemi bir icrai işlemdir. Bu işlemle kişi genel, objektif, soyut ve kişilik dışı bir statüye sokulur³⁶.

Devlet memurluğuna atama emri ilgiliye yazılı olarak tebliğ edilir. Atama işleminin tebliğ eden kişi aynı yerdeki bir göreve atanmışsa atama emrinin kendisine tebliğ gününü izleyen iş günü içinde göreve başlar. Başka bir yerde göreve atanmışsa atama emrinin kendisine tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde o yere hareket ederek belli yol süresini izleyen iş günü içinde işe başlamak zorundadır.

³⁵ GÜNDAĞ, s. 598.

³⁶ ÖZYÖRÜK, s. 241; ATAY, s. 806.

VI. MEMURLARIN YÜKÜMLÜKLERİ VE HAKLARI

Genel olarak memurların yükümlülük ve hakları Devlet Memurları Kanunu'nda "Ödevler ve Sorumluluklar", "Genel Haklar" ve "Yasaklar" başlıkları altında düzenlenmiştir. Anılan düzenlemelere uyulmaması çeşitli derecelerde disiplin cezası verilmesini gerektirmektedir.

Devlet memurunun ödev ve sorumlulukları şunlardır³⁷:

Sadakat: Devlet Memurları Kanunu'nun 6. maddesindeki düzenlemeye göre, Devlet memurları, Anayasa ve kanunlara sadakatle bağlı kalmak ve kanunları sadakatle uygulamak mecburiyetindedirler. Buna ilişkin olarak memurluğa yeni başlayanlar atanmalarından sonra en geç bir ay içinde törenle yemin ederler ve "Yemin Belgesi"ni imzalarlar.

Tarafsızlık ve devlete bağlılık: Devlet memurları siyaset yapamazlar, siyasi partiye üye olamazlar, siyasi işlerle ilgilenemezler. Görevlerini siyasi düşünce, dil, ırk, cinsiyet, felsefi inanç, din ve mezhep gibi farklılıkları gözetmeksizin tarafsız olarak yaparlar. Devlet memuru daima Devletin çıkarlarını korumakla yükümlüdür. Devletin güvenliğine zarar veren hiç bir faaliyette bulunamaz. Bu tarz faaliyette bulunanlara hiç bir şekilde katılamaz, bunlara yardım edemez.

Davranış ve işbirliği: Devlet memuru, resmi sıfatının gerektirdiği itibar ve güvene layık olduğunu gerek hizmet içindeki gerekse hizmet dışındaki davranışlarıyla göstermek zorundadır. Devlet memurlarının işbirliği içinde çalışmaları esastır.

Yurt dışında davranış: Sürekli veya geçici görevle ya da yetiştirme, inceleme ve araştırma için yabancı ülkelerde bulunan Devlet memurları, Devletin itibarına veya görev haysiyetine zarar veren hareket ve davranışlarda bulunamazlar.

Amir durumunda olan devlet memurlarının görev ve sorumlulukları: Amir konumunda olan memurlar, mevzuatla kendilerine verilen görevleri zamanında ve eksiksiz olarak yapmak ve yaptırmakla, emri altında çalışan memurları yetiştirmekle ve onların hal ve hareketlerini takip ve kontrol etmekle görevli ve sorumludur. Amir, memurlarına hakça ve eşitlik içinde muamele eder. Amir yetkilerini kullanırken mevzuatın belirlediği sınırlar içinde kalır.

³⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: ÖZYÖRÜK, s. 245 vd; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 584 vd.; YILDIRIM, İdare Hukuku Dersleri, s. 192 vd; ATAY, s. 813 vd.

Devlet memurlarının görev ve sorumlulukları: Memur, mevzuatın belirlediği esaslara göre görevini yapar. Memur, amirinin verdiği görevleri yapmakla yükümlü olup, bu görevlerin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumludur.

Kişisel sorumluluk ve zarar: Devlet memurları görevlerini dikkat ve özen ile yapmak ve kendilerine teslim edilen Devlet mallarını korumak ve her an hizmete hazır halde tutmak için gerekli tedbirleri almak zorundadır. Memurunun kasıt, kusur, ihmal veya tedbirsizliği sonucu idare zarara uğratılmışsa, bu zarar ilgili memur tarafından rayiç bedel üzerinden karşılanır. Zararların ödettilmesinde genel hükümler uygulanır.

Mal bildirimini: Memurlar, kendilerine, eşlerine ve velayetleri altındaki çocuklarına ait taşınır ve taşınmaz malları, alacak ve borçları hakkında, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu uyarınca mal beyanında bulunurlar.

Basına bilgi veya demeç verme: Devlet memurları, kamu görevleri hakkında basına, radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç veremez. Anılan konularda bilgi veya demeç bakan tarafından yetki verilen görevli, illerde vali veya yetki vereceği bir görevli tarafından verilebilir³⁸.

Resmi belge, araç ve gereçlerin yetki verilen mahaller dışına çıkarılmaması ve iadesi: Devlet memurları görevleri ile ilgili olarak kendilerine teslim edilen resmi belgeleri, araç ve gereçleri, yetki verilen yerler dışına çıkaramazlar. Anılan araç gereç ve belgeleri memur özel işlerinde kullanamaz. Memur bunları görevi sona erdiği zaman iade etmekle yükümlüdür. Bu yükümlük memurun mirasçıları için de geçerlidir.

Devlet memurlarının “Genel Hakları” Devlet Memurları Kanunu’nun birinci kısmının üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre devlet memurlarının genel hakları şunlardır.

Uygulamayı isteme hakkı: Memurlar, Devlet Memurları Kanunu ve Devlet Memurları Kanunu’na dayanılarak yayınlanan tüzük ve yönetmeliklere göre düzenlenip yürürlükte olan hükümlerin kendilerine aynı şekilde uygulanmasını isteme hakkına sahiptirler. Bu hakka “memurluk statüsüne ilişkin kuralların kendilerine uygulanmasını isteme hakkı” denilmektedir³⁹.

³⁸ D.8.D., E.1996/814, K. 1998/1927, Karar Tarihi: 28.05.1998, emsal.danistay.uyap.gov.tr., erişim 10.11. 2014; D.10.D.,E. 1988/1504, K. 1989/519, Karar Tarihi: 08.03.1989, emsal.danistay.uyap.gov.tr., erişim 10.11. 2014.

³⁹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 592.

Güvenlik: Memurun görevini iyi bir şekilde yürütebilmesi için güven içinde olması şarttır. Bundan dolayı kanunlarda yazılı haller dışında Devlet memurunun memurluğuna son verilmez, aylık ve başka hakları elinden alınamaz.

Emeklilik: Devlet memurlarına, özel kanununda belirlenen şartlar dahilinde, emekli olma hakkı verilmiştir.

Çekilme: Anayasa'nın 70. maddesinde öngörüldüğü üzere kamu hizmetine girme nasıl bir haksa kamu hizmetinden istifa etmek de aynı şekilde bir haktır. Bundan dolayı Devlet Memurları Kanunu'nda memurların, memurluktan çekilebilecekleri kabul edilmiş ve bu husus Kanun'un 94 ila 97. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Müracaat, şikayet ve dava açma: Devlet memurları kurumlarıyla ilgili resmi ve şahsi işlerinden dolayı müracaat etme hakkına sahiptirler. Bu müracaatın nasıl yapılacağı Devlet Memurlarının Şikayet ve Müracaatları Hakkında Yönetmelik'le⁴⁰ düzenlenmiştir. Aynı şekilde Devlet memurları, amirleri veya kurumları tarafından kendilerine uygulanan idari eylem ve işlemlerden dolayı şikayet ve dava açma hakkına sahiptirler. Şikayet hakkının usul ve esasları da yukarıda anılan yönetmelikle belirlenmiştir. Müracaat ve şikayetler söz veya yazı ile en yakın amirden başlayarak silsile yolu ile şikayet edilen amirler atlanarak yapılır. Müracaat ve şikayetlerin incelenmesi ve bir karara bağlanarak sahiplerine tebliğ edilmesi ile ilgili bütün işlemlerin en geç şikayet veya müracaat dilekçesinin karar merciine intikal ettiği tarihi izleyen 30 gün içinde tamamlanması zorunludur.

Sendika kurma: Devlet memurları, Anayasa ve özel kanunundaki hükümler çerçevesinde sendika ve üst kuruluşlar kurabilir ve bunlara üye olabilirler.

İzin: Anayasa'nın 50. maddesinde dinlenmek çalışanlara bir hak olarak verilmektedir. Devlet memurları, Devlet Memurları Kanunu'nda belirlenen süre ve şartlarda izin hakkına sahiptir.

Kovuşturma ve yargılama: Memurların görevleri ile ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, kovuşturma ve dava açılması özel hükümlere tabidir.

İsnat ve iftiralara karşı koruma: Memurun gerçek dışı iftira ve suçlamalardan korunması şarttır. Bu husus Devlet Memurları Kanunu'nun

⁴⁰ Resmi Gazete, Tarih: 12.01.1983, Sayı: 17926.

25. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Devlet memurları hakkında yapılan ihbar ve şikayetlerin, yürütülen soruşturma veya yapılan yargılama sonucunda gerçeğe aykırı olduğu anlaşıldığı takdirde, isnatta bulunanlar hakkında, merkezde bu memurun en büyük amiri ve illerde valiler Cumhuriyet Savcılığından kamu davası açılmasını isterler.

Devlet Memurları Kanunu'na göre memurların tabi olduğu “Yasaklar” ise şunlardır:

Toplu eylem ve hareketlerde bulunma yasağı: Devlet memurlarının sundukları kamu hizmetini sekteye uğratabilecek şekilde memurluktan kasıtlı olarak birlikte çekilmeleri veya görevlerine gelmemeleri yasaktır. Yine aynı şekilde Devlet memurlarının görev başında olmalarına rağmen işlerinin yavaşlatılmasına veya aksatılmasına yönelik faaliyette bulunmaları yasaktır.

Grev yasağı: Memurlarının grev yapmaya karar vermeleri, grev tertiplenmeleri, grev ilan etmeleri ve bu konuda propaganda yapmaları yasaktır. Devlet memurlarının, herhangi bir greve veya grev teşebbüsüne katılmaları, grevi desteklemeleri ya da teşvik etmeleri yasaklanmıştır.

Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı: Devlet memurlarının Türk Ticaret Kanunu'na göre tacir veya esnaf sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunmaları, ticaret ve sanayi kuruluşlarında görev almaları, ticari mümessil, ticari vekil veya kollektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olmaları hukuken mümkün değildir. Yine memurlar, mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak için ofis, büro ve muayenehane gibi yerler açamazlar. Memurların özel hukuk tüzel kişilerine, gerçek kişilere, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait iş yerlerinde veya vakıf üniversitelerinde çalışmaları da yasaklanmıştır.

Hediye alma, menfaat sağlama yasağı: Memurlarının doğrudan ya da dolaylı yollarla hediye istemeleri, menfaatlerine yönelik olarak hediye kabul etmeleri, iş sahiplerinden borç para istemeleri ve almaları yasaktır.

Denetimindeki teşebbüsten menfaat sağlama yasağı: Devlet memurunun, denetlemekle yetkili olduğu veya kendi görevi veya kurumu ile ilgisi olan bir teşebbüsten, doğrudan doğruya ya da dolaylı herhangi bir şekilde menfaat yasaktır.

Gizli bilgileri açıklama yasağı: Devlet memurlarının vakıf oldukları kamu hizmetleriyle ilgili gizli bilgileri açıklamaları yasaktır. Anılan bilgilerin açıklanması ancak yetkili bakanın yazılı izniyle mümkün olur.

VII. MEMURLARIN DEğERLENDİRİLMESİ

“Memurların değerlendirilmesi”, memurların faaliyetleri, davranışları, verimlilikleri, yetenekleri ve başarıları gibi hususların idarece takip edilmesi ve ölçülmesi sonucunda bir yargıya varma olarak tanımlanabilir⁴¹. Değerlendirme idare açısından olduğu kadar memur açısından da önem arz eder. Memurlar hakkında alınan bir çok kararda değerlendirme belirleyici konumda bulunmaktadır.

Memurların değerlendirilmesi konusunda 2011 yılında önemli değişiklikler yapılmıştır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun benimsediği sicil verme yöntemine dayalı değerlendirme sistemine 13 Şubat 2011 tarih ve 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile son verilmiştir. Öngörülen yeni sistemi ele almadan önce 6111 sayılı Kanun’dan önceki duruma değinmekte fayda vardır.

A. 6111 sayılı Kanun’dan Önceki Sistem

6111 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önceki sistemde memurların değerlendirilmesi “sicil üstleri” tarafından yapılmaktaydı⁴². Sicillerin nasıl tutulacağı ise Devlet Memurları Kanunu’nun altıncı bölümünde ve Devlet Memurları Sicili Yönetmeliği’nde hüküm altına alınmıştı. Devlet memurunun mesleki ehliyetinin tespiti için sicilinde bulunacak bilgiler, ayrılış sicilinin verileceği haller, sicil raporunun şekli, taşıyacağı sorular, sicil raporlarının düzenlenmesinde uygulanacak not usulü, notların derecelendirilmesi, doldurulma zamanı, uyarılan Devlet memuru tarafından yapılacak olan itirazlar ve bunları inceleyecek merciiler, sicil raporlarının korunması ile görevli makamlara ilişkin esaslar, mülki idari amirlerin hangi memurların sicil amiri oldukları ve hangi memurlar hakkında da ek sicil raporu verecekleri ve diğer hususlar Devlet Memurları Sicil Yönetmeliği’nde düzenlenmişti. Anılan düzenlemelere göre Devlet memurları kurumlarınca tutulacak memur kütüğüne kaydolunmakta, her memura bir numara verilmekte ve bir memur cüzdanı düzenlenmekte ve bir özlük dosyası tutulmaktaydı. Her memurun bir sicil dosyası bulunmakta ve sicil amirleri tarafından düzenlenecek sicil raporları ve diğer denetleme raporları ile memur mal beyannameleri bu sicil dosyasına konulmaktaydı.

⁴¹ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, s. 575; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 917; YILDIRIM, İdare Hukuku Dersleri, s. 203; GÖZLER/KAPLAN, s. 639.

⁴² GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 917.

Devlet memurlarının ehliyetlerinin tespit edilmesinde, kademe ilerlemelerinde, derece yükselmelerinde, emekliye ayırma ve hizmetle ilişkilerinin kesilmesinde özlük ve sicil dosyaları başlıca dayanak oluyordu. Belli zamanlarda düzenlenecek sicil raporlarında, sicil amirleri memurların liyakat derecesini not esasına göre kıymetlendirerek tespit etmekteydiler. Sicil amirleri düzenleyecekleri sicil raporları ile birlikte, yanlarında çalışan memurların genel durum ve davranışları bakımından da olumlu ve olumsuz nitelikleri hakkında düşüncelerini bildirmekteydiler⁴³.

Devlet memurlarının yetersizlikleri halinde sicil raporlarında belirtilen kusur ve eksiklikleri atamaya yetkili sicil amirleri tarafından, uyarılmaları amacıyla, ilgili kamu görevlisine gizli bir yazı ile bildirilirdi. Kusur ve eksiklikleri kendilerine bu şekilde bildirilen Devlet memurlarına tebliğ tarihinden itibaren en çok bir ay içinde aynı amirlerine itiraz edebilme hakkı verilmişti⁴⁴.

Devlet memurları, kendileri hakkında düzenlenen sicil raporlarındaki sicil notu ortalaması 100 üzerinden 60 ve daha yukarı olduğunda “olumlu”, 60’ın altında olduğunda “olumsuz” sicil almış sayılırlardı. İki defa üst üste olumsuz sicil alan memurlar başka bir sicil amirinin emrine atanmakta, burada da olumsuz sicil almaları halinde ise memuriyetle ilişkileri kesilerek haklarında emeklilikle ilgili hükümler uygulanmaktaydı⁴⁵.

B. 6111 sayılı Kanun’un Öngördüğü Sistem

Yukarıda da belirtildiği gibi Devlet memuruna sicil verme usulüne dayalı değerlendirme sistemi 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması

⁴³ emsal.danistay.uyap.gov.tr., erişim 10.11.2014: D.2.D., Karar Tarihi: 13.10.2004, E. 2004/6221, K. 2004/809; D.5.D., Karar Tarihi: 28.10.1992, E.1992/778, K. 1992/2807; D.2.D., Karar Tarihi: 13.06.2007, E. 2007/276, K. 2007/2686; D.2.D., Karar Tarihi: 10.10.2007, E. 2007/1944, K. 2007/3817; D.12.D., Karar Tarihi: 09.05.1997, E. 1995/9014, K. 1997/977; D.2.D. 09.11.2007, E. 2007/2983, K. 2007/4228; İ.D.D.G., Karar Tarihi: 17.10.2008, E. 2005/2483, K. 2008/1783.

⁴⁴ emsal.danistay.uyap.gov.tr., erişim 10.11. 2014: D.2.D., Karar Tarihi: 02.07.2008, E. 2008/226, K. 2008/3153; D.12.D., Karar Tarihi: 18.09.1997, E. 1997/373, K. 1997/1796; D.1.D., Karar Tarihi: 07.07.1996, E. 1996/18, K. 1996/124; D.12.D., Karar Tarihi: 19.02.1997, E. 1996/1869, K. 1997/384; D.2.D., Karar Tarihi: 07.03.2011, E. 2010/3131, K. 2011/948.

⁴⁵ emsal.danistay.uyap.gov.tr., erişim 10.11. 2014: D.2.D., Karar Tarihi: 31.05.2005, E. 2004/6213, K. 2005/329; D.2.D., Karar Tarihi:13.06.2007, E. 2007/276, K. 2007/2686; D.2.D., Karar Tarihi: 10.10.2007, E. 2007/1944, K. 2007/3817; İ.D.D.K., Karar Tarihi: 17.10.2008 E. 2005/2483, K. 2008/1783; D.2.D. 09.11.2007, E. 2007/2983, K. 2007/4228.

Hakkında Kanun'la kaldırılmıştır. Anılan Kanun'la Devlet Memurları Kanunu'nun "Siciller" başlıklı altıncı bölümünün başlığı "Özlük Dosyası" olarak değiştirilmiş, 109. maddeye eklemeler yapılmış ve buna ilaveten sicil dosyası, sicil amirleri, sicil raporlarında belirtilecek hususlar, sicil raporlarının doldurulması, değerlendirme kurulları, memurların uyarılmaları, itiraz hakkı, olumlu ve olumsuz sicil ve sicil yönetmeliği gibi hususları düzenleyen 110 ila 121. maddeler yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıca "Takdirname" başlıklı 122. madde ile "Ödül" başlıklı 123. madde, "Başarı, üstün başarı değerlendirmesi ve ödül" başlığıyla 122. madde olarak yeniden düzenlenmiş ve 123. madde ilga edilmiştir. Görüldüğü üzere 6111 sayılı Kanun'la memur değerlendirme sisteminde önemli değişiklikler yapılmıştır.

Özlük dosyası tutmaya ilişkin esaslar 109. maddede belirtilmektedir. Bu maddeye göre Memurlar, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası esas alınarak kurumlarınca tutulacak personel bilgi sistemine kaydedilirler. Her memur için bir özlük dosyası tutulur. Özlük dosyasında nelerin olacağı da bu maddede yer almaktadır. Buna göre memurun mesleki bilgileri, mal beyannameleri; olduğu takdirde inceleme, soruşturma, denetim raporları, disiplin cezaları ile ödül ve başarı belgesi verilmesine ilişkin bilgi ve belgeler özlük dosyasına, konulacaktır. Maddenin üçüncü fıkrasında memurlar hakkında alınacak kararların ya da bir başka ifadeyle memurların değerlendirilmesinin özlük dosyasına göre yapılacağı ifade edilmektedir. Anılan hükme göre memurların başarı, yeterlik ve ehliyetlerinin belirlenmesinde, kademe ilerlemesi, derece yükselmesi, emekliye ayrılma işlemleri veya hizmetle ilişkilerinin kesilmesi, hizmet gerekleri yanında özlük dosyaları göz önünde bulundurularak yapılacaktır. Maddenin son fıkrasında özlük dosyalarının nasıl tutulacağı ile özlük dosyalarında yer alacak belgelere ilişkin usul ve esasların Devlet Personel Başkanlığınca belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

Devlet Personel Başkanlığı, yukarıda bahsedilen hüküm gereğince 15 Nisan 2011 tarih ve 27906 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Personeli Genel Tebliği ile özlük dosyası tutulmasına ilişkin usul ve esasları belirlemiştir. Anılan Tebliğ'e göre özlük dosyalarının tutulmasında aşağıdaki usul ve esaslara göre işlem yapılacaktır:

1. Devlet memurları, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası esas alınarak kurumlarınca tutulacak personel bilgi sistemine kaydedilirler. Burada memurun adı, soyadı, cinsiyeti, doğum tarihi ve yeri, öğrenim durumu, kadro unvanı, kadro derecesi, memurluk görevine başlama tarihi, memurluktan

ayrılma tarihi ve ayrılma nedeni, sendika üyeliğine ilişkin bilgiler ile gerekli görülecek diğer mesleki bilgilere yer verilir.

2. Her memura, çalıştığı kurum tarafından bir kurum kimlik belgesi verilir. Bu kimlikte memurun çalıştığı kurumun adı ile memurun adı, soyadı, unvanı, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası, fotoğrafı ve gerekli görülen diğer bilgilere yer verilir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/B ve 4/C maddelerine göre çalıştırılanlar, personel bilgi sistemine kaydedilir ve bunlara kurum kimlik belgesi verilir. Anılan personeller için personel bilgi dosyası tutulur.

3. Her memur için bir özlük dosyası tutulur. Bu dosyaların özenle doğru ve tarafsız bir şekilde tutulmasında sorumluluk personel birimleri aittir.

4. Devlet memurlarının başarı, yeterlik ve ehliyetlerinin tespit edilmesinde, kademe ilerlemelerinde, derece yükselmelerinde, emekliye ayrılmalarında veya hizmetle ilişkilerinin kesilmesinde özlük dosyaları göz önünde bulundurulur.

5. Özlük dosyaları sekiz bölümden oluşur: Birinci bölümde; ilk atama, naklen atama ve yeniden atamaya ilişkin belgeler yer alır. İkinci bölümde; öğrenim durumu, yabancı dili ve derecesi, yaptığı lisansüstü eğitim, staj ve incelemeleri ile ilgili belgeler, katıldığı eğitim faaliyetine ilişkin belgeler, yayınları ve eserlerine ilişkin belgelere yer verilir. Üçüncü bölüme memur tarafından kullandığı izinlere ilişkin belgeler konulur. Dördüncü bölüme memur hakkında yürütülen disiplin soruşturmalarına ilişkin evraklar ile verilen disiplin cezaları, yargı organlarınca memur hakkında verilmiş karar örnekleri, görevden uzaklaştırmaya ilişkin belgeler ile olduğu takdirde inceleme, soruşturma ve denetim raporları konulur. Beşinci bölümde; memurun çalıştığı kurum tarafından gerekli görüldüğü takdirde memurun maaş, ücret, harcırah ve diğer parasal haklarına ilişkin belgeler, emeklilik durumuna ilişkin belgeler, bakmakla yükümlü olduğu kişilere ilişkin beyanlar, mal bildirimleri ile sendika üyeliğine ilişkin belgeler yer alır. Altıncı bölüme memurun adaylık ve asli memurluğa atanmasına ilişkin belgeler, derece ve kademe ilerlemeleri, sınıf, yer, unvan, görev değişiklikleri ile ilgili belgeler ve geçici görevlendirilmesine ilişkin belgeler konulur. Yedinci bölümde ödül, başarı ve üstün başarı belgesi verilmesiyle ilgili bilgi ve belgeler yer alır. Sekizinci bölümde ise askerlik durumu, mecburi hizmet yükümlülüğü ve özürllülük durumuna ilişkin belgelere yer verilir. Ayrıca yukarıda ele alınan ilk yedi bölüm kapsamına girmeyen memurun hizmet durumuna ilişkin diğer

mesleki bilgi ve belgeler de bu bölüme konulur.

6. Belgeler özlük dosyasının ilgili bölümüne, eski tarihli olan altta olacak şekilde, kronolojik sıraya göre yerleştirilir.

7. Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşları, özlük dosyasında yer alan bilgilerden istihdam politikalarının tespit edilmesinde ve uygulanmasında gerekli gördüklerini merkezde elektronik ortamda tutarlar.

8. Görevi hangi şekilde sona ererse ersin memurun özlük dosyası kurumu tarafından muhafaza edilir.

9. Özlük dosyalarının tutulmasında ve saklanmasında özel hayatın gizliliği ilkesine uygun davranılması zorunludur. Özlük dosyasının içeriği hakkında ancak soruşturma ve kovuşturma yapmaya yetkili mercilere malumat verilebilir. Bunların dışındakilere herhangi bir açıklama yapılamaz ve bilgi verilemez. Özlük dosyasındaki bilgiler ve kayıtlar esas alınarak kişi hakkında yayında bulunulması memurun rızasına bağlıdır.

10. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4/B ve 4/C maddeleri gereği çalıştırılan personelin, personel bilgi dosyasında; kronolojik sıraya göre sözleşmeler, öğrenim durumunu gösteren belgeler, kurum içi yer ve unvan değişikliklerine ilişkin belgeler, izinler, sendika üyeliğine ilişkin bilgiler, sözleşme feshi ile hizmete ilişkin diğer belgeler bulundurulur.

SONUÇ

Anayasa'nın 5. maddesinde Devletin amaç ve görevlerinin neler olduğu düzenlenmektedir. Anılan amaç ve görevler Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü korumak, ülkenin bölünmezliğini korumak, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin önündeki engelleri kaldırmak ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır. İdare hukuku öğretisinde, değinilen bu hüküm başta olmak üzere Anayasa'daki diğer düzenlemeler de göz önünde bulundurulduğunda milli güvenliğin korunması ile kolluk, kamu hizmetleri, özendirme ve destekleme, içdüzen ve planlama faaliyetlerinin yürütülmesinin idarenin görevi olduğu ifade edilmektedir.

İdarenin, toplumun ortak ihtiyaçlarını karşılamak olan varlık sebebinin gereklerini yerine getirebilmesi için teşkilata ve bu teşkilatta görev yapacak personele ihtiyacı vardır. Anayasa'ya göre Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri

ve diğ er kamu tüz elkiş ileri genel idare esaslarına göre yürü tme kle yük ümlü oldukları kamu hizmetlerini memurlar ve diğ er kamu görevlileri eliyle sunmaktadırlar. Kamu hizmetlerinin gerektirdiğ i asli ve sürekli görevleri ifa edecek olan kamu personelinin belirli kurallara tabi olacağ ı muhakkaktır.

Bir kurumda, o kurumun görevlerini yerine getirmesinden ya da yerine getirmemesinden amir konumda olan memur sorumludur. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 10. maddesinin birinci fıkrasında amir durumda Devlet memurlarının, amiri oldukları kuruluş ve hizmet birimlerinde kanun, tüzük ve yönetmeliklerle belirlenen görevlerin zamanında ve eksiksiz olarak yapmak ve yaptırmakla, maiyetinde çalışan memurları yetiştirmekle, hal ve hareketlerini takip ve kontrol etmekle yük ümlü oldukları ifade edilmektedir. Ayrıca Devlet Memurları Kanunu'nun ikinci bölümünde devlet memurlarının ödev ve sorumlulukları düzenlenmiştir. "Devlet memurlarının görev ve sorumlulukları" başlıklı 11. maddede memurların kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslara uymakla ve üstleri tarafından verilen görevleri yerine getirmekle yük ümlü ve görevlerinin iyi ve doğru yürütülmesinden amirlerine karşı sorumlu oldukları hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde görev ve sorumluluk esas olarak amirlere tevdi edilmiştir. Bir başka ifadeyle amir, mevzuatta verilen görevleri zamanında ve eksiksiz yapmak ve yaptırmaktan, memur da mevzuatta belirtilen esaslara uymaktan ve amirleri tarafından verilen görevleri yerine getirmekten sorumludur. Bu noktada görevinin gereklerini layıkıyla yerine getiren Devlet memurları açısından bir sıkıntı yoktur. Sıkıntı, memurların görevlerini yapmakta gerekli dikkat ve itina yı göstermemeleri halinde ortaya çıkacaktır. Amire görev ve sorumluluğ u iki yönlüdür. Birinci olarak amir, mevzuatta verilen görevlerin doğrudan ya da dolaylı yapılmasını sağlamakla yük ümlüdür. İkinci olarak da amir mevzuatta verilen görevlerin ifa edilmesinde istihdam edilen memurların meslekte yetişmelerini sağlamakla görevli ve sorumlu kılınmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'ndaki sicile ilişkin düzenlemeler 6111 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılmıştır. Bundan dolayı 2011 yılından başlamak üzere Devlet memurları için sicil raporu doldurulması usulüne son verilmiştir. Bir başka ifadeyle Devlet memuruna sicil verme usulüne dayalı değerlendirme sistemi yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak geçmiş yıllara ait sicil raporlarının 01.01.2011 tarihinden itibaren başlamak üzere beşinci yılın sonuna kadar muhafaza edilmesi gerekmektedir.

Devlet memurları hakkında sicil raporu doldurulması uygulamasına son verilmesi bazı olumsuz sonuçlar doğurabilecektir. Yukarıda da belirtildiğ i gibi sicil dosyası, sicil dosyasının önemi, sicil amirleri, sicil raporlarında yer

alacak konular, sicil raporlarının doldurulması, memurların uyarılmaları, itiraz hakkı, olumlu ve olumsuz sicil gibi hususlar 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 110 ila 121. maddeleri ile Devlet Memurları Sicil Yönetmeliği'nde düzenlenmişti. Anılan düzenlemelerde sicil raporlarının doldurulmasına dair usul ve esaslar ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştı. Temel olarak memurlara sicil verme usulünün kaldırılması amir durumunda olan devlet memurlarının görev ve sorumluluklarını yerine getirmesini negatif anlamda etkilemesi ihtimali söz konusu olabilecektir. Bir başka ifadeyle amirin elinin zayıflatılmış olduğu söylenebilir. Burada şöyle bir soru sorulabilir: Görevini yapmada gerekli dikkat ve itınayı göstermeyen memura karşı neler yapılabilir? Ya da bu soru daha doğru olarak şöyle de sorulabilir: Sunulan kamu hizmetlerinin kalitesi daha fazla nasıl artırılabilir? Devlet Personel Başkanlığı'nca yayınlanan Kamu Personeli Genel Tebliği özlük dosyası tutulmasına ilişkin usul ve esasları belirlemiştir. Bu Tebliğ'in "Özlük Dosyası Tutulmasına İlişkin usul ve Esaslar" başlıklı D kısmında sekiz bölümden oluşan özlük dosyasında nelerin yer alması gerektiği belirtilmektedir. Bu belirtilenler arasında da 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 10. maddesinde amire verilen "maiyetindeki memurlarını yetiştirmek, hal ve hareketlerini takip ve kontrol etmek" görev ve sorumluluğunun somutlaşmasına olanak sağlayan bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Konumuzla alakalı olarak sadece, özlük dosyasının yedinci bölümünde "ödül, başarı ve üstün başarı belgesi verilmesiyle ilgili bilgi ve belgeler", sekizinci bölümünde ise "askerlik durumu, mecburi hizmet yükümlülüğü ve özürllük durumuna ilişkin belgeler ile ilk yedi bölüm kapsamına girmeyen devlet memurunun hizmet durumuna ilişkin diğer mesleki bilgi ve belgelerin saklanacağı" ifade edilmekle yetinilmiştir.

6111 sayılı Kanun'la yapılan değişiklerden önce belirli periyotlarda amir, memuruna sicil notu vererek memuru daimi olarak kontrol ve gözetim altında tutuyordu. 6111 sayılı Kanun'un öngördüğü sistemde böyle bir uygulamaya yer verilmediğinden amirin, memurunu takip ve kontrol etme görev ve sorumluluğunu yerine getirmesinde bazı olumsuzluklarla karşılaşılabilir. Bu ifadelerden amirlerin, bundan böyle artık memurlarını takip ve kontrol etmeyecekleri ya da edemeyecekleri anlamları çıkarılmamalıdır. Yukarıda da değinildiği gibi Devlet Memurları Kanunu'nun 10. maddesinin bu konudaki hükmü açıktır. Görevini savsaklayan memur hakkında amirin, memurunu yazılı ya da sözlü ikaz edebileceği akla gelebilir. Bu yöntemin ne derece pratik ve etkili olacağını şüphelidir. Yine görevinde gerekli dikkat ve itınayı göstermeyen memur hakkında soruşturma açılabilir.

düşünülebilir. Fakat bu yöntemin de pratik ve etkili bir çözüm olacağını söylemek zordur. Bir kere soruşturma açılması ve yürütülmesi uzunca bir zamanı gerektirmektedir. İkinci olarak, zaman darlığı, soruşturma yürütme konusunda yeterli hukuk bilgisinin olmaması, kişisel nedenler, iş arkadaşlığı vb. gibi çeşitli sebeplerle, soruşturmayı yapacak görevli bulunması her zaman mümkün olmayabilecektir. Üçüncü olarak da amirlerin çeşitli nedenlerle soruşturma açmaktan imtina etmeleri ya da en azından bu konuda ihmalkar davranmaları ihtimal dahilindedir. Mesela amir çalışanlarıyla ters düşmemek veya “çok soruşturma açan amir” olarak anılmak istemeyeceği ya da vereceği cezaların iptal edilebileceği ihtimalinden çekindiği için soruşturma açma yoluna gitmekte çekimser davranabilecektir. Yine amirlerin siyasi baskılarla karşılaşmamak adına da soruşturma açmakta istekli davranmayacakları ifade edilebilir. Şüphesiz bu örnekler daha da arttırılabilir. Bütün bunların sunulan kamu hizmetini olumsuz manada doğrudan etkileyeceğine kuşku yoktur. Bundan dolayı sunulan kamu hizmetlerinde bir aksama yaşanmaması ve hizmet kalitesinin arttırılması için kamu hizmetlerinin yürütülmesinin esas sorumlusu olan amirlerin, memurları üzerinde takip ve kontrol yetkilerinin azaltılması değil bilakis arttırılması gereklidir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKYILDIZ, Ali, Memur Yargılamasında İdari Süreç, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. V, Sa. 1-2, s. 144-209.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, b. 2, Ankara 2011.
- ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, b. 3, Ankara 2012.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, b. 2, Ankara 2014.
- ÇOLAK, Nusret İlker, Kamu Görevlilerinin Naklen Atanma Kriterleri, *Ankara Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IX, Sa. 1-2, s. 127-165.

- DERBİL, Süheyp, İdare Hukuku, C. I, Ankara 1940.
- DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982.
- EROĞLU, Hamza, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1972.
- GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, b. 2, İstanbul 2006.
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, b. 15, Bursa 2014.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku, b. 3, Ankara 2004.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, b. 10, Ankara 2013.
- KALABALIK, Halil, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul 2004.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, Kamu Hizmeti, b. 2, Ankara 2004.
- KORKUSUZ, M. Refik, Ülkemizde Kamu Görevlilerine Sendika Hakkı ve İçeriği, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sa.12-13-14-15, s. 105-123.
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, İstanbul 1966.
- OZANSOY, Cüneyt, Türkiye’de Kamu Hizmetleri Tartışmaları: Bir Hamaset ve Habaset Alanı, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 46, Sa. 1-4, s. 85-100.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), b. 3, Ankara 2006.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil, İdare Hukuku Ders Notları, Ankara 1982.
- ROLLAND, Louis, Hukuku İdare, Çeviren: İbrahim Ali, İstanbul 1933.
- YILDIRIM, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri I, Konya 2005.
- YILDIRIM, Ramazan, Açıklamalı Kaynakçalı İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü, Konya 2006.

DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KAMU KURUMLARI TARAFINDAN UYUŞMAZLIKLARIN GİDERİLMESİ

Aynur CİDECİGİLLER*

ÖZET

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlıkların yargı yolu ile giderilmesine oranla çeşitli sebeplerle bugün için oldukça tercih edilir yöntemlerdir. Bu yöntemler hem daha kısa sürede, hem de daha kolay bir şekilde uyuşmazlıkları gidermektedirler.

Uyuşmazlıkların yargısız olmayan yollardan giderilmesine imkân tanıyan düzenlemelerden bir kaçı da ilgili olduğu alanda düzenleme ve denetleme yetkisine sahip bulunan Düzenleyici ve Denetleyici Kamu Kurumlarının sahip olduğu uyuşmazlık çözme yetkisidir.

Anahtar Kelimeler: *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Bağımsız İdari Otoriteler*

DISPUTE RESOLUTION BY INDEPENDENT REGULATORY COMMISSIONS.

ABSTRACT

Alternative dispute resolution methods, as compared to jurisdiction, have been a highly preferred method today for various reasons. These methods resolve the disputes both in shorter time and an easier way.

Some of the regulations that allows for resolution disputes in non – judicial ways are Independent Regulatory Commissions' owned dispute resolution authority.

Keywords: *Alternative Dispute Resolutions, Independent Regulatory Commission.*

* Yrd. Doç. Dr. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Yargı organları aracılığı ile uyuşmazlıkların giderilmesi uyuşmazlık tarafları açısından her zaman etkili bir çözüm yöntemi olarak görülmektedir. Ancak yargı organlarının iş yükünün fazla olması ve dolayısı ile yargılamaların uzun sürmesi sebebi ile günümüz itibari ile yargılama faaliyeti bireyler açısından kendisinden beklenen faydayı sağlamaktan uzaktır. Bu sebeple alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri aracılığı ile uyuşmazlıkların taraflar açısından daha tatminkâr bir şekilde giderilmesi hedeflenmektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlık taraflarının uyuşmazlıklarını yargılamaya kıyasla daha kolay, daha basit ve daha az masrafla üstelik daha kısa sürede giderebilmelerine imkân tanımaktadır. Üstelik bu yöntemlerle uyuşmazlıklar giderildiğinde uyuşmazlık tarafları arasında uyuşmazlık doğması ile başlayan olumsuz ilişkinin yeniden onarılması imkânı da her zaman için mevcut bulunmaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri sadece özel hukuk alanında değil idare hukuku alanında da uygulanabilmektedir. İdare hukukunda yer alan uyuşmazlıkların yargı dışı yollardan giderilmesine imkân tanıyan durumlardan biri de Düzenleyici ve Denetleyici Kamu Kurumlarının faaliyet alanlarında doğan uyuşmazlıkların giderilmesi konusunda üstlenmiş oldukları görevlerdir.

Düzenleyici ve Denetleyici Kamu Kurumlarının uyuşmazlık çözme işlevlerini ele aldığımız çalışmamızda öncelikle genel olarak uyuşmazlıkların giderilme yollarına baktıktan sonra bu Kurumların sahip olduğu uyuşmazlık çözme yetkilerinin mahiyetlerini tespit edip genel bir değerlendirmeye varmaya çalışacağız.

I. UYUŞMAZLIKLARIN YARGISAL OLMAYAN YOLLARDAN GİDERİLMESİ – ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ KAVRAMI

Uyuşmazlık kavramı genel olarak bir hakkın varlığı, kapsamı ya da sonuçları bakımından taraflar arasında doğan anlaşmazlık halini ifade etmektedir¹.

Anlaşmazlıkların giderilmesi toplumsal hayatın devamlılığı için bir zorunluluktur². Uyuşmazlıkların taraflar arasında anlaşılarak giderilememesi

¹ MUTLU, Latif, **Hukuk Sözlüğü**, İstanbul Akademi Yayıncılık, 2004, s. 325

² ÖZTÜRK, Osman Metin, “İdari Yargıya İlişkin Bir İyileştirme Denemesi”, **Yeni Türkiye**

durumunda ise uyuşmazlık yargı organları önüne dava yolu ile götürülerek uyuşmazlığın yargısal yollardan giderilmesi sağlanabilecektir. Bu sebeple temel olarak uyuşmazlıkların giderilmesi bakımından yargı yolu ve yargı yolu dışında kalan uyuşmazlık çözüm yöntemleri olmak üzere iki temel uyuşmazlık çözüm yönteminin bulunduğunu söyleyebilmemiz mümkündür.

Uyuşmazlıkların yargı yolu ile giderilmesi, uyuşmazlık hali ortaya çıktığında ilk akla gelen çözüm yöntemi olsa da yargı organlarının iş yükünün fazlalığı ve dolayısı ile yargılamalarının uzun sürmesi sebebi ile günümüz için maalesef tercih edilebilirlikten uzaktır³. Bu açıdan uyuşmazlıkların taraflar arasında karşılıklı uzlaşma hali ile giderilmelerine imkân tanıyan çözüm yöntemleri arayışları ortaya çıkmıştır. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak adlandırabileceğimiz bu çözüm yöntemleri uyuşmazlıkların yargılama ile çözülmesi dışında kalan ve uyuşmazlıkların çözümü amacıyla uygulanan bütün yöntemleri ifade etmektedir⁴.

Anayasa Mahkemesi de uyuşmazlıkların yargısal olmayan yollardan giderilmesinin önemini belirtmiştir:

“Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiştir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir.”⁵

Uyuşmazlıkların yargısal olmayan biçimlerden giderilmesi, hem daha kısa sürede ve daha az masrafla uyuşmazlıkların giderilmesine hem de taraflar arasındaki ilişkilerin olumlu bir şekilde sürdürülmesine hizmet eden yöntemlerdir. Bu açıdan günümüz itibari ile alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri giderek daha fazla tercih edilmeye başlanmıştır.

Uyuşmazlıkların yargı yolu dışındaki uyuşmazlık çözüm yöntemleri giderilmesinin sağladığı temel faydalar şu şekilde sıralanabilecektir⁶:

Dergisi Yargı Reformu Özel Sayısı, Y. 2, S. 10, Temmuz Ağustos 1996, s. 774.

³ KEKEÇ Elif Kısmet, **Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**, Ankara Adalet Yayınevi, 2011, s. 12.

⁴ ÖZBEK Mustafa, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 2. B. Ankara Yetkin Yayınları 2009, s. 128.

⁵ Anayasa Mahkemesinin 03.03.2004 tarih E. 2003/98, K. 2004/31 sayılı kararı. RGT 10.07.2004, RGS 25518.

⁶ ODYAKMAZ, Zehra, “İdarî Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları (Türk Mevzuatı ve Uygulamaları)” **Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu**, Ankara 3 – 5

- İdare zamandan ve yargılama sebebi ile doğan masraflardan tasarruf ederek hızlı bir şekilde uyuşmazlığı giderebilirken diğer yandan bireyler harcadıkları zaman ve masraflardan tasarruf edebilirler.
- İdari davalardaki aleniyetten kaçınmak için bu yöntemler tercih edilebilir. Bu açıdan kamu görevlileri ile ilgili olan davalarda kamu görevlilerinin verimliliğinin düşmesini önlemek amacı ile bu çözüm yöntemlerini kullanabilir.
- Şekil şartlarını en aza indirmek sureti ile kolaylık sağlar.
- Çözüm sürecinde tarafların birbirlerine karşı daha ılımlı davranmasını sağlayarak sürecin dostane bir ortamda işletilmesini sağlar.

İdare hukuku alanında da bu tür uyuşmazlık çözüm yöntemleri kullanılarak uyuşmazlıklar giderilebilmektedir. İdare Hukuku açısından bu yöntemler idari itiraz, müzakere, uzlaştırma, arabuluculuk, müzakereye dayalı anlaşma, tahkim, toplantı, ombudsmanlık gibi yöntemler olarak karşımıza çıkabilmektedir⁷.

II. GENEL OLARAK DÜZENLEYİCİ VE DENETLEYİCİ KAMU KURUMLARI VE BU KURUMLARIN İŞLEVLERİ

Düzenleyici ve Denetleyici Kamu Kurumları ya da diğer bir isimlendirmesi ile bağımsız idari otoriteler “*sermaye piyasası, rekabet, radyo ve televizyon yayıncılığı, bankacılık gibi kamusal yaşamın hassas alanlarında düzenleme ve denetleme görevini yerine getiren, devlet adına icrai karar alma yetkisine sahip bağımsız nitelikli kuruluşlardır.*”⁸

İdare organı içinde özerk ve bağımsız bir yapıda yer alan bu kuruluşlar siyasal organlardan bağımsız, temel hak ve özgürlüklerle ekonomik faaliyetlerin duyarlı olduğu konularda, araştırma, önerme, düzenleme, denetim ve gözetim görevini yerine getirirler⁹.

Nisan 2006, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, s. 69 – 70.

⁷ ODYAKMAZ, Zehra / ÇINARLI, Serkan, **İdari Uyuşmazlıklarda Yargı Öncesi Çözüm Usullerinin Uygulanabilirliği**, Ankara Orion Kitabevi, 2013, s. 30 – 41; ÖZBEK, a.g.e. s. 689.

⁸ GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, C. II, Bursa Ekin Kitabevi, 2009, s. 582.

⁹ GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun, **İdare Hukuku**, Gen. 3. B., İstanbul Der Yayınları., 2008, s. 466.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun tanımlar başlıklı 3. maddesinin c bendine göre Düzenleyici ve Denetleyici Kamu Kurumları kanuna ekli bulunan III sıra numaralı cetvelde bulunan kurumları ifade etmektedir. Bu cetvelde bulunan Düzenleyici ve Denetleyici Kamu Kurumları ise şunlardır:

- 1) Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
- 2) Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
- 3) Sermaye Piyasası Kurulu
- 4) Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
- 5) Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu
- 6) Kamu İhale Kurumu
- 7) Rekabet Kurumu
- 8) Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu
- 9) Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu

Düzenleyici ve denetleyici kamu kurumlarının en temel özellikleri bu kurumların idari açıdan geniş özerkliğe sahip olmalarıdır. Bu kurumlar aynı zamanda ilgili buldukları sektörde regülasyon yani görevli oldukları faaliyete ilişkin kuralları belirleme, kurallara riayetini sağlanarak denetiminin yapılması ve sektörde yönlendirme yetkisine sahip bulunmaktadır¹⁰. Diğer yandan bu kurumlar kanunla öngörülen durumlarda düzenleme ve denetleme yetkisine sahip oldukları sektörde ortaya çıkan uyuşmazlıkları yargı yoluna başvurulmasına gerek bulunmaksızın çözüme yetkilerine de sahiptirler¹¹.

Düzenleyici ve denetleyici kamu kurumlarının faaliyette buldukları alanlar genel olarak teknik ve karmaşık bir yapıya sahip olduğundan ve yargı yolu ile uyuşmazlıkların giderilmesinin zaman alması gibi sebeplerle bu kurullara faaliyet gösterdikleri alanda uyuşmazlıkları çözüme işlevi tanınmıştır ve böylece bu kurumların faaliyet alanlarından biri olarak görevli oldukları alanda çıkan uyuşmazlıkların yargısal olmayan biçimde giderilmesi görevi tanınmıştır¹².

¹⁰ ULUSOY, Ali, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Ankara Turhan Kitabevi, 2003, s. 15 – 20.

¹¹ GÖZÜBÜYÜK, Turgut / TAN, Turgut, **İdare Hukuku Cilt II, İdari Yargılama Hukuku**, Gün. 6. B., Ankara Turhan Kitabevi., 2013, s.11; DÖNMEZ, Eftal, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, **ABD**, Y. 2003, S. 2, s. 74; SOBACI, Zahid, “Türk İdari Teşkilatındaki “Adalar” Bağımsız İdari Otoriteler”, **AÜHFD**, C. 55, S. 2, 2006, s. 170; GİRİTLİ / BİLGEN / AKGÜNER, a.g.e. s. 470.

¹² TAN, Turgut, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, Ankara Turhan Kitabevi, 2010, s. 219;

Düzenleyici ve denetleyici kamu kurumları faaliyette buldukları alanda yargı organlarının çalışma usullerine benzer usullerle görev yapsalar da bu kuruluşlar birer yargı organı değil idari birer organ olup kararları idari karar mahiyetindedir¹³. Bu sebeple bu kurumlar almış oldukları idari kararlarla kendi alanları itibari ile ortaya çıkan uyuşmazlıkları yargı organları önüne götürülmeksizin çözümlenebileceklerdir. Uyuşmazlığı giderme konusundaki karar her ne kadar yargı organlarının kararlarına benzer mahiyette olsa da bu kurumların kararları kurumların birer yargı organı olmamaları sebebi ile yargı kararı değil idari karar mahiyetindedir.

Düzenleyici Ve Denetleyici Kamu Kurumlarının uyuşmazlıkların çözülmesi konusundaki yetkileri sadece kurumun düzenleme ve denetleme yetkisinin bulunduğu alandaki kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklarla ilgilidir. Düzenleyici ve denetleyici kamu kurumlarının uyuşmazlık çözme işlevleri, çoğu kurumun kuruluşuna dair düzenlemelerde yer almaktadır¹⁴. Düzenleyici ve denetleyici kurumların faaliyet alanlarında doğan uyuşmazlıkları gidermeleri konusundaki işlevlerine örnek olarak Sermaye Piyasası Kurulu, Enerji Piyasası Kurulu, Bilgi Teknolojileri Ve İletişim Kurulu ve Kamu İhale Kurumunun uyuşmazlık çözme işlevlerine ilişkin düzenlemeler örnek olarak gösterilecektir.

III. SERMAYE PİYASASI KURULUNUN UYUŞMAZLIK ÇÖZME İŞLEVİ

Sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesini sağlamak üzere Sermaye Piyasası Kanunu¹⁵ çıkarılmıştır (6362 Sayılı Kanun md. 1). Kanuna göre borsaların faaliyet gösterdiği konularda çıkan uyuşmazlıkları çözme görevi ilgili borsanın çıkaracağı yönetmeliklerle belirlenecektir (Sermaye Piyasası Kanununun 122/1-d maddesi). Bu hükme paralel olarak İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliğinin¹⁶ beşinci bölümünde uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Gün. 2. B. Ankara Turhan Kitabevi, 2013, s. 607; TAN, Turgut, “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar”, **AİD**, C. 35, S. 2, Haziran 2002, s. 31.

¹³ GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Gün. 14. B. Bursa Ekin Kitabevi, 2013, s. 246.

¹⁴ TAN, **İdare Hukuku**, s. 607.

¹⁵ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (2012), RGT 30.12.2012 RGS 28513.

¹⁶ İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Yönetmeliği (1996) RGT 19.02.1996, RGS 22559.

Borsa üyelerinin kendi aralarında ya da borsa üyeleri ile müşterileri arasında çıkan uyuşmazlıkları çözme görevi borsa yönetim kurulu ve borsa uyuşmazlık komitesi işbirliği içinde yapılacaktır. Yönetim kurulunun uyuşmazlık konusunda vermiş olduğu karara karşı Sermaye Piyasası Kuruluna başvuruda bulunulabilir. Kurul kararları idari anlamda kesindir ve kararlar idari mahiyette oldukları için bu kararlara karşı idari yargı yollarına gidilebilecektir¹⁷. Borsa üyeleri arasında çıkan uyuşmazlıklar ise borsa tarafından giderilebileceği gibi adli yargı tarafından da giderilebilecektir. Uyuşmazlık konusunun borsaya intikal ettirilmesinden sonra, tarafların her zaman sulh yoluyla anlaşmaları mümkündür. Yönetmelik kapsamında anlaşıldığı üzere esas olan uyuşmazlıkların yargı yoluna başvurmadan evvel idari yoldan giderilebilmesinin sağlanmasıdır.

Sermaye piyasalarının yapısı gereği karışık ve teknik olması sebebi ile bu alanda çıkan uyuşmazlıkların geleneksel yöntem olan yargı yoluna taşınarak mahkemeler aracılığı ile uyuşmazlıkların giderilmek istenmesi yargı sürecinin pahalı ve uzun bir süreç gerektirmesi sebebi ile yatırımcılar tarafından tercih edilen bir yöntem olmamaktadır¹⁸.

Sermaye piyasası alanında çıkan uyuşmazlıkların bu şekilde giderilmesi tercih edilmesi gereken yöntemlerdendir. Zira *“yargı yoluna başvurulmasına kıyasen daha kısa bir süre içinde ve masrafsız olarak uyuşmazlık çözülmekte, hem de icra aşamasında takibe gerek kalmaksızın tahsil imkânı tanındığından, özellikle yatırımcıları koruyucu ve kolaylık sağlayıcı bir usul söz konusudur”*¹⁹.

Ayrıca kurulun üçüncü kişilerle olan alacak, hak ve borçları hakkında her türlü işleme, gerektiğinde sulhe, ibraya ve tahkime karar vermek Sermaye Piyasası Kurulu karar organına aittir (Sermaye Piyasası Kanununun 122/1-d maddesi).

Bu yargı dışı çözüm yolu esasen idarenin taraf olduğu ve idari bir uyuşmazlık olarak nitelendirilebilecek bir çözüm yolu değildir. Ancak idari bir kuruluş, bir düzenleyici ve denetleyici kamu kurumu olan Sermaye

¹⁷ TAN, “Bağımsız İdari Otoriteler”, s. 32; MEMİŞ, Emin, “İdari Yargısal Korunma Alanı ve Sınırları Bağlamında Gözlemler”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl Sempozyumu, 12 Mayıs 2008**, Ankara Danıştay Başkanlığı Yayınları, s. 71 – 73.

¹⁸ ÇETİN, Nusret, “Sermaye Piyasalarında Yatırımcı Uyuşmazlıklarının Çözümüne Yönelik Türk ve İngiliz Modellerinin Karşılaştırılması”, **GÜHFD**, C. XIII, S. 1 – 2, 2009, s. 23.

¹⁹ KONURALP Haluk / KONURALP Aynur, “Borsa Uyuşmazlıkları”, **Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan**, Kasım 1998, Ankara Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1998, s. 608.

Piyasası Kurumunun faaliyet gösterdiği alan itibari ile ortaya çıkan uyuşmazlıklarda yargı yoluna başvurmada evvel uyuşmazlıkların birimin kendi bünyesi içerisinde idari yoldan giderilmesinin sağlanması dolayısı ile yargının iş yükünün azaltılmasına ya da en azından yeni uyuşmazlıkların yargı organlarının önüne getirilmemesi açısından oldukça önemli bir uyuşmazlık çözüm yoludur.

IV. ENERJİ PİYASASI DÜZENLEME KURUMUNUN UYUŞMAZLIK ÇÖZME İŞLEVİ

Enerji piyasası alanında görevli olan düzenleyici ve denetleyici kamu kurumu Enerji Piyasası Düzenleme Kurumudur. Kurum kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali açıdan özerkliğe sahiptir. Kurumun görev alanı içerisinde de uyuşmazlıkların yargısal olmayan yollardan giderilmesine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun²⁰ 5. maddesi ile “Kurumun karar organı olan Enerji Piyasası Düzenleme Kuruluna uyuşmazlıkların giderilmesi konusunda uyuşmazlık tarafları arasında arabuluculuk görevi yapma yetkisi” tanınmıştır.

“Mevcut sözleşmelere ilişkin olarak, Kanun hükümleri uyarınca rekabetçi piyasaya geçişi kolaylaştıracak hususlarda, taraflarca değerlendirilmek üzere değişiklik önerilerinde bulunmak ve mevcut sözleşmelerin ihtilafların halline ilişkin hükümlerini ihlal etmemek kaydıyla, bu sözleşmelere ilişkin herhangi bir resmi ihtilaf halli sürecinin başlatılmasından önce, ihtilafın halli için arabuluculuk yapmak Enerji Piyasası Düzenleme Kurulunun görevindedir.”

Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde enerji piyasası alanında çıkacak uyuşmazlıkların Enerji Piyasası Düzenleme Kurulunca sorunun giderilmesi amacı ile yargısal yoldan giderilmesinden evvel her iki tarafla da görüşerek arabuluculuk faaliyetinde bulunma yetkisine sahip bulunduğunu görmekteyiz. Böylelikle Kurul tarafından yerine getirilecek faaliyet sebebi ile uyuşmazlık yargı organı önüne intikal ettirilmeksizin giderilme imkânına sahip olacak diğer taraftan da yargı organlarının zaten ziyadesi ile fazla olan iş yüklerine bir yenisinin daha eklenmesi önlenmiş olacaktır.

²⁰ 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunu (2001), RGT 3.3.2001, RGS 24335 M. (Kanunun adı Enerji Piyasası Kanunu iken 2013 tarihli 6446 sayılı kanunun 30. maddesi ile Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun olarak değiştirilmiştir.)

V. BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMUNUN UYUŞMAZLIK ÇÖZME İŞLEVİ

Telekomünikasyon sektöründe düzenleme ve denetleme görevini yerine getirmek üzere 2813 Sayılı Telsiz Kanununda²¹ 4502 sayılı Kanunla²² yapılan değişiklik ile önce Telekomünikasyon Kurumu kurulmuş ardından 5809 sayılı Kanunla²³ kurum Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna dönüştürülmüştür. Ayrıca 5809 sayılı Kanun, Telsiz Kanununu ve 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun birçok maddesini yürürlükten kaldırılmıştır.

Elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesi ve elektronik haberleşme alt yapı ve şebekesinin tesisi ve işletilmesi ile her türlü elektronik haberleşme cihaz ve sistemlerinin imali, ithali, satışı, kurulması, işletilmesi, frekans dâhil kıt kaynakların planlaması ve tahsisi ile bu konulara ilişkin düzenleme, yetkilendirme, denetleme ve uzlaştırma faaliyetlerinin yürütülmesi 5809 sayılı Kanun kapsamında yapılacaktır (5809 Sayılı Kanun md. 2/1). Kanun kapsamında kurulan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu telekomünikasyon alanında oldukça geniş regülasyon düzenlemelerine sahip bulunmaktadır²⁴.

Kurumun görevleri 5809 sayılı kanunda ayrıntılı bir şekilde belirtilmiştir. Bu görevlerden biri de Kanunun 6. maddesinde belirtilen “gerektiğinde işletmeciler arasında uzlaştırma prosedürünü işletmek, uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılincaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak”tır (5809 sayılı Kanunun 6/d maddesi).

Kurumun uzlaştırma yetkisine sahip olduğu 5809 sayılı Kanunun 18. maddesinde de belirtilmiştir. Maddeye göre elektronik haberleşme şebekesi, alt yapısı ve/veya hizmetlerinin, diğer işletmecilere sunulmasını sağlayan erişim anlaşmaları taraflar arasında kanundaki düzenlemelere riayet etmek koşulu ile serbestçe görüşülerek imzalanacaktır. Taraflar arasında erişim talebinden itibaren azami iki ay içerisinde anlaşmaya varılamaması

²¹ 2813 Sayılı Telsiz Kanunu (1983), RGT 7.4.1983, RGS 18011.

²² 4502 Sayılı Telgraf Ve Telefon Kanunu, Ulaştırma Bakanlığı'nın Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun, Telsiz Kanunu Ve Posta Telgraf Ve Telefon İdaresinin Biriktirme Ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun İle Genel Kadro Ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (2000), RGT 29.11.2000, RGS 23948.

²³ 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu (2008), RGT 10.11.2008, RGS 27050 (M.)

²⁴ ULUSOY, a.g.e. s. 59.

ya da imzalanan erişim sözleşmelerinde Kanun kapsamında herhangi bir anlaşmazlığın doğması halinde Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından belirlenecek esaslar kapsamında ve taraflardan herhangi birinin başvurusu üzerine, taraflar arasında uzlaştırma prosedürü işletilecektir. Kurum kamu yararı açısından gerekli gördüğü diğer tedbirleri alma veya uzlaştırma talebini reddetme konusunda da yetkilidir.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun telekomünikasyon hizmetlerinde hem kullanıcılar hem de işletmeciler için sahip olduğu uyumsuzlukları çözme yetkisi, yargı yolunun işletilmesinin dışında barışçıl yollardan uyumsuzluğun giderilmesine ve dolayısı ile usul ekonomisine hizmet eden ve uyumsuzluğu kısa sürede ve hızlı bir şekilde gideren bir çözüm yöntemidir²⁵.

Kurumun faaliyet alanında çıkan uyumsuzlukların çözümü için yargı yoluna başvurulmuş olsa idi bu alanın teknik ve karmaşık bir alan olması sebebi ile yargılamanın da uzun ve zahmetli bir çözüm sürecini gerektirmesi sebebi ile birçok sıkıntının doğacağı mutlaklıdır²⁶.

Kanunun ve ilgili mevzuatın geneline bakıldığında da Kurumun uyumsuzluk çözme işlevinin kesin nitelikte olduğu ve uyumsuzluk çözme konusunda vermiş olduğu karara karşı herhangi bir yargı merciine başvurunun yapılamayacağını söylemek mümkündür ki bu husus uyumsuzluğun çözümünü çabuk ve kolay sağlaması dışında aynı zamanda sağlanan uyumsuzluk çözümünün etkin bir şekilde gerçekleşmesine de hizmet etmektedir²⁷.

VI. KAMU İHALE KURUMUNUN UYUŞMAZLIK ÇÖZME İŞLEVİ

Düzenleyici ve denetleyici kamu kurumlarının faaliyet alanlarında ortaya çıkan uyumsuzlukların yargısal olmayan yollardan giderilmesine imkân tanıyan düzenlemelerden biri de ihale sürecinde ortaya çıkan uyumsuzlukların giderilmesi konusunda Kamu İhale Kurumuna yetki veren düzenlemelerdir.

Kamu ihalelerinin yapılmalarından önce ihale aşamasında meydana gelen ya da geldiği iddia edilen uyumsuzlukların yargı yoluna başvurulmadan önce yapılacak idari başvurular yolu ile giderilebilmesi mümkündür. Kamu İhale

²⁵ İSBİR, Begüm, “Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Uzlaştırma Yetkisi”, *GÜHFD*, C. XIV, S. 1, 2010, s. 348.

²⁶ TAN, *Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri*, s. 219.

²⁷ İSBİR, a.g.m s. 364.

Kanunundaki²⁸ düzenlemeler gereğince şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları yolu ile uyuşmazlık yargıya intikal ettirilmeksizin giderilebilecektir.

Kamu İhale Kanununun ihalelere yönelik başvurular başlıklı 54. maddesi gereğince ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, Kanunda belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabileceklerdir. Şikâyet başvuruları idareye, itirazın şikâyet başvuruları Kuruma yapılacaktır.

Şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi gerekli zorunlu idari başvuru yollarıdır. İdarenin ihale süreci içerisinde gerçekleşen hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin yargı yoluna başvurmadan önce bu başvuru yollarını tüketmeleri gerekmektedir. Bir başvurunun zorunlu olması, idare aleyhine dava açmadan evvel idareye başvurup ön karar almak ve alınan bu karardan sonra dava açılabilmesi anlamına gelmektedir²⁹.

Dava açmadan önce yapılacak başvuru üzerine ihaleyi yapan idare veya Kurum tarafından bir inceleme başlatılacak ve sonuç gerekçeli olarak açıklanacaktır. Değerlendirme sonunda

- İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde ihalenin iptaline,
- İdare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, düzeltici işlem belirlenmesine,
- Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikâyete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazın şikâyet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine, karar verilecektir.

Kamu İhale Kanununda öngörülen düzenlemelerle ihale sürecinde doğan bir hukuka aykırılık sebebi ile uyuşmazlığın bir hak kaybına veya

²⁸ 4.1.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, RGT 22.1.2002, RGS 24648.

²⁹ YILDIRIM, Ramazan, **İdari Başvurular**, Konya Mimoza Yayıncılık, 2006, s. 116.

zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler tarafından önce ihaleyi yapan idareye şikâyet başvurusu bu başvurudan sonuç alınmaması halinde ise Kamu İhale Kurumuna itirazın şikâyet başvurusunda bulunulacaktır. Kurumun itirazın şikâyet başvurusu sonucunda verdiği karardan memnun olmayan ilgilinin yargı yoluna başvurma imkânı bulunmaktadır.

Kamu İhale Kanununun kapsamında öngörülen başvuru yolları uyuşmazlıkların yargı organları önüne götürülmeksizin giderilmesine imkân tanıyan düzenlemelerin tipik örneklerindedir. Bu açıdan uyuşmazlık bu şekilde sonlandırıldığında uyuşmazlıklar yargı organları önüne götürülmeyeceği için yargının iş yükünün azaltılmasına da katkı sağlayabilecektir.

SONUÇ

Uyuşmazlıkların yargı organları önünde giderilmesi taraflar açısından tercih edilirliliği yüksek bir yöntem olsa da bugün için maalesef bu yöntemler yargı organlarının önlerinde bulunan dava sayısının fazlalığı sebebi ile kendisinden beklenen faydayı sağlamaktan uzaktır. Yargılamanın mevcut iş yükü sebebi yıllar sürmesi tarafların haklarına geç ulaşmalarına ve bir takım haklarını kaybetmelerine sebep olmaktadır. Geç gelen adalet, adalet olmayacağı için taraflar artık uyuşmazlıklarını yargı organlarının dışında giderme imkânlarını değerlendirmeye başlamışlardır. Bu yollardan biri de düzenleyici ve denetleyici kamu kurumlarının kendi faaliyet alanları içinde ortaya çıkan uyuşmazlıkları gidermelerini sağlayan düzenlemelerdir. Söz konusu kurumlar tarafından idari açıdan alınan kararların taraflar açısından tatmin edici olması durumunda uyuşmazlığın yargı organları önüne gitmesi önlenmiş dolayısı ile yargının iş yükünün artmasının önüne geçilmiş olacaktır. Diğer yandan uyuşmazlık tarafları mevcut uyuşmazlığı daha kısa sürede ve daha adil bir şekilde giderme imkânına da sahip olacaklardır.

KAYNAKÇA

- ÇETİN, Nusret, “Sermaye Piyasalarında Yatırımcı Uyuşmazlıklarının Çözümüne Yönelik Türk ve İngiliz Modellerinin Karşılaştırılması”, **GÜHFD**, C. XIII, S. 1 – 2, 2009, s. 23.
- DÖNMEZ, Eftal, “Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler”, **ABD**, Y. 2003, S. 2, s.55 - 78.
- GİRİTLİ İsmet / BİLGEN Pertev / AKGÜNER Tayfun, **İdare Hukuku**, Gen. 3. B., İstanbul Der Yayınları, 2008.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, C. II, Bursa Ekin Kitabevi, 2009.
- GÖZLER Kemal / KAPLAN, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa Ekin Kitabevi, 2013.
- GÖZÜBÜYÜK Turgut / TAN Turgut, **İdare Hukuku Cilt 2, İdari Yargılama Hukuku**, Gün. 6. B., Ankara Turhan Kitabevi 2013.
- İSBİR, Begüm, “Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Uzlaştırma Yetkisi”, **GÜHFD**, C. XIV, S. 1, 2010, s. 348.
- KEKEÇ Elif Kısmet, **Arbuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**, Ankara Adalet Yayınevi, 2011, s. 12.
- KONURALP Haluk / KONURALP Aynur, “Borsa Uyuşmazlıkları”, **Prof. Dr. Ali Bozer’ e Armağan**, Kasım 1998, Ankara Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 608.
- MEMİŞ, Emin, “İdari Yargısal Korunma Alanı ve Sınırları Bağlamında Gözlemler”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl Sempozyumu, 12 Mayıs 2008**, Ankara Danıştay Başkanlığı Yayınları, 2008, s. 63-121.
- MUTLU, Latif, **Hukuk Sözlüğü**, İstanbul Akademi Yayıncılık, 2004.
- SOBACI, Zahid, “Türk İdari Teşkilatındaki “Adalar” Bağımsız İdari Otoriteler”, **AÜHFD**, C. 55, S. 2, 2006, s. 157 – 180.
- ODYAKMAZ, Zehra / ÇINARLI, Serkan, **İdari Uyuşmazlıklarda Yargı Öncesi Çözüm Usullerinin Uygulanabilirliği**, Ankara Orion Kitabevi, 2013.
- ODYAKMAZ, Zehra, “İdarî Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları (Türk Mevzuatı ve Uygulamaları)” **Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu, Ankara 3 – 5 Nisan 2006**, Türkiye Adalet

Akademisi Yayınları, s. 63 – 83.

ÖZBEK Mustafa, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, 2. B. Ankara Yetkin Yayınları 2009.

ÖZTÜRK, Osman Metin, “İdari Yargıya İlişkin Bir İyileştirme Denemesi”, **Yeni Türkiye Dergisi Yargı Reformu Özel Sayısı**, Y. 2, S. 10, Temmuz Ağustos 1996, s. 774 – 784.

ULUSOY, Ali, **Bağımsız İdari Otoriteler**, Ankara Turhan Kitabevi, 2003.

TAN, Turgut, **Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri**, Ankara Turhan Kitabevi, 2010. (Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri olarak belirtilmiştir.)

TAN Turgut, **İdare Hukuku**, Gün. 2. B. Ankara Turhan Kitabevi, 2013. (İdare Hukuku olarak kısaltılmıştır.)

TAN, Turgut, “Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar”, **AİD**, C. 35, S. 2, Haziran 2002, s. 11 – 37.

YILDIRIM, Ramazan, **İdari Başvurular**, Konya Mimoza Yayıncılık, 2006.

VERGİ HUKUKUNDA İSPAT VE DELİL

Neslihan KARATAŞ DURMUŞ*

ÖZET

Vergi hukukunun belge (yazılılık) esasına dayanması sebebiyle gerçek ve tüzel kişilerin vergilendirme ile ilgili yapmış oldukları işlemlerle alakalı olarak Vergi Usul Kanunu'nun belirlemiş olduğu kural ve esaslar çerçevesinde belge düzenlemeleri veya belge almaları zorunludur. Belge düzenine uymanın en önemli sonucu yapılan işlemlerin ispatlamaları açısından, İspat, bir olayın ya da işlemin varlığı ya da yokluğu üzerine idare nezdinde ya da hakimler nezdinde bir kanaat sağlayabilme faaliyetidir. İspatın konusunu vergiyi doğuran olay oluşturmur.

Bu çalışmamızda vergi hukukunda ispat ve ispatın önemine değindikten sonra ispat yükünün dağılımı ve hangi hallerde ters çevrildiği açıklanacaktır. Daha sonra karinelerin ispat yüküne etkisi konusunda açıklamalar yapılacak ve son olarak da ispat aracı olarak kullanılacak deliller ve bunların özelliklerinden bahsedilecektir.

Anahtar Kelimeler:İspat, ispat yükü, karineler, delil, delil türleri

PROOF AND EVIDENCE IN TAX LAW

ABSTRACT

Both natural and legal persons are have to prepare and take documents for tax purposes because of the rule that tax law is document based law. The primary importance of these document is to verify tax related transactions. Proof is an act to persuade tax administration/judge for existing or nonexisting of any stituation. Taxable event constitutes the main scope of proof.

This study touches on importance of proof in tax law, examines the burden of proof and the effect of presumptions on burden of proof and then clarifies key aspects of evidences as a means of proof.

Keywords: Proof, burden of proof, presumptions, evidence, types of evidence.

Yrd. Doç. Dr. Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk ABD Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi ile başlayan vergilendirme sürecinde mükelleflerin bilerek veya bilmeyerek vergi matrahını azaltmaları vergi idaresi tarafından tespit edildiğinde matrah takdirinin (ikmalen, re'sen veya idarece) yapılması söz konusu olmaktadır. Matrah takdirleri yapılırken de “ vergi hukukunda neredeyse her derde deva haline gelen, ilgili ilgisiz her konuda “VUK’un 3,B,1 inci fıkrasında düzenlenen ekonomik yaklaşım ilkesi”¹ karşımıza çıkmaktadır. Bu ilke ile ilgili olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş olup bunlar çalışmamızın ilerleyen kısımlarında ele alınacaktır.

Vergi hukukunun belge (yazılılık) esasına dayanmasından dolayı gerçek ve tüzel kişilerin vergilendirme ile ilgili yapmış oldukları işlemlerle alakalı olarak belge düzenlemeleri ve belge almaları zorunludur. Vergi Usul Kanunu’nda (VUK)² vergilendirme işlemlerinin belgeye dayanması ile ilgili düzenlemeler yapılarak belge sisteminin yerleşmesi hedeflenmiştir. Bu durum kural olarak Türk vergi sisteminin beyan esasına dayanmasından kaynaklanır. Böylece mükelleflerin yapacak oldukları beyannamelerin temel kaynağını bu belgeler oluşturmaktadır.

Belge düzeninde VUK’un belirlemiş olduğu kural ve esaslar geçerlidir. Kanunun belirlemiş olduğu esaslara uyulmadan hazırlanmış olan belgenin geçerliliği de tartışma götürülen bir durumdur. Hazırlanacak olan belge hem maddi içerik açısından hem de şekil açısından kanun hükümlerine uygun olmalıdır. Çünkü VUK’ta esas olan belge düzenleme olup³, belge düzenine uymama durumu istisnadır⁴.

Belge düzenine uymamanın en önemli sonucu mükelleflerin yapmış oldukları işlemleri ispatlamaları açısından dır. Bu durumda ispat nedir sorusunu

¹ SABAN, Nihal, Vergi Usul Kanunu 3,B,1’in –neliği, Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi, Uluslararası Vergi Hukuku Konferansları Serisi-2, Editör Billur YALTI, B.1, İstanbul Ağustos 2014, s.143.

² 4.1.1961 tarih ve 213 sayılı Kanun. 10.1.1961 tarih ve 10703 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

³ VUK m. 227/2’de belirtildiği gibi defter tutmak zorunda olmayan mükellefler bile belge düzenine uymak zorundadırlar.

⁴ VUK m. 228’e göre örf ve teamüle göre bir belgeye dayandırılması alışılmış olmayan bazı giderler, belge sağlanması imkânsız olan giderler ile vergi kanunlarına göre götürü olarak tespit edilen giderler için belge aranmayacaktır.

cevaplamak gerekmez. “İspat kelime olarak; bir konunun doğruluğunu delillerle ortaya çıkarma, şeklinde tanımlanmış olup, hukuki anlamda ispat ise, ihtilaf mevzuu olan maddi veya hukuki vakianın olduğu veya olmadığı hususunda hakime kanaat verecek delil veya karineleri arz etmek, hakimın kanaatini bu noktaya çekmek, şeklinde tanımlanmıştır.”⁵

Doktrinde ispat “bir olayın varlığı veya yokluğu ile maddi manevi olguların doğruluğu hakkında yargıçta kanaat uyandırmak için girişilen ikna faaliyetidir”⁶ veya “maddi ve manevi olguların doğruluğu hakkında yargıçta kanaat uyandırmak için gerekli delillerin arz edilmesi”⁷ şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlamalarda yargılama aşamasındaki ispattan bahsedilmektedir. Ancak ispat sadece yargılama aşamasında kullanılan bir hukuki müessese değildir. İdare ile yapılan işlemler sırasında da mükelleflerin idare nezdinde kendisini ifade edebilmek, gerekli belgeleri sunmak ve kendini savunmak gibi durumlarda da ispat müessesini kullanması söz konusu olur. Bunun en güzel örneği de vergi incelemeleridir ki bu sırada mükellef matrah tayininde kullanmış olduğu her türlü belge ve bilgiyi idarenin yetkili kıldığı memurlarına ibraz ederek yaptığı işlemlerin gerçekliğini ispatlayabilmelidir. Bu aşamada da idare kendisine verilen bilgi ve belgelerden yola çıkarak olay veya işlemlerle ilgili olarak bir kanaate varır. Mesela, yapılan bir giderin belgesi olmalıdır ki, istisnai durumlar⁸ hariç, ispatlanabilsin. İspat edilemeyen durumlarda vergi idaresi matrahın arttırılmasına karar verebilir. Ancak şunu da unutmamak gerekir ki, idarenin yapmış olduğu işlemlerle alakalı olarak mükelleflerin dava açması halinde haklılıklarını ispatlayabilme hakkı her zaman mevcuttur.

Bu açıklamalardan sonra ispatı “bir olayın varlığı veya yokluğu üzerine kanaat sağlayabilmedir ve de bunun için yasal gerekleri yerine getirebilmedir”⁹ şeklinde tanımlamak da mümkündür. Buradan da şu sonuç çıkarılabilir: ispatı, vergilendirme sürecindeki işlemlerle ilgili olarak karşılaşılan problemlerin çözümünde dava aşamasında ve dava aşamasından önce olmak üzere iki

⁵ YÜKSEL DURMAZ, Zeynep, Vergi Hukukunda İspat ve Delil, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Vergi Hukuku Bilim Dalı, Ankara 2010, s.4.

⁶ ÖZKAN Özgür /GÜL, Yalçın, İspat Vasıtası Olarak Kullanılabilecek Deliller, Mali Çözüm Dergisi, Eylül Ekim 2007, S. 83, s. 149.

⁷ ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ ÇAĞAN, Nami, Vergi Hukuku, B.23, Ankara 2014, s.199.

⁸ VUK m.228’de belirtilen giderlerle alakalı olarak ispat edici belge aranmaz.

⁹ BİYAN, Özgür, Türk Vergi Hukukunda İspat ve Delil, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Maliye Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2009, s. 4.

kısımda değerlendirmek gereklidir.

Türk hukuk sisteminde ispat kaynağını Anayasa'nın Hak Arama Hürriyeti başlıklı 36 ncı maddesinden almaktadır. Buna göre "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." Verginin kanuniliğini düzenleyen Anayasanın 73 üncü maddesi kişileri devlet karşısında hukuki açıdan korurken 36 ncı maddesi ile de kişilerin hak arama ve adil yargılanma haklarını¹⁰ güvence altına almıştır. Yani idarenin yapmış olduğu işlemlere karşı mükelleflerin yargı yoluna başvurma imkanları mevcuttur. Yargılama sürecinde de davanın tarafları olan mükellef ve idarenin haklılıklarını ortaya koyabilmek için savunma yapmaları ve yapmış oldukları savunmalarını hukuka uygun olarak düzenlenmiş belgelerle ispat etmelerinin ayrı bir önemi vardır.

Kanıtlama hakkı, savunma hakkı kadar kutsal bir haktır, kısıtlanmamalıdır ve kamu yararı gerekçe gösterilerek, yok sayılmamalı taraflar arasında eşit ve adaletli bir denge sağlanmalıdır."¹¹ Bu çalışmamızda da ispat ve ispat yükü ile birlikte ispata hakim olan ilkelerden (I) bahsettikten sonra ispat vasıtası olarak kullanılan belgeler yani delil, delil türleri ve bunlara ilişkin usullerden (II) bahsedeceğiz.

I- İSPAT VE İSPAT YÜKÜ

Türk vergi sisteminde Vergi Usul Kanunu'nun 3 üncü maddesinin başlığı "Vergi kanunlarının uygulanması ve ispat" olarak düzenlenmiş olup B fıkrasında bu çalışmamızın da konusunu oluşturan "ispat" müessesesi düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre "Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır.

Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Şu kadar ki, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz.

İktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre

¹⁰ Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi ile de garanti altına alınmıştır. (http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/temelbelge/AIHS_Tr_A6format.pdf erişim 25.10.2014).

¹¹ ÖZEL, Salih, Türk Vergi Sisteminde Kanıtlama (İspat) Yükü ve Yeminli Mali Müşavirlik Mesleği ile Olan İlişkisi, (http://www.lebiblyalkin.com.tr/dergi_icerik.asp?dicerik_id=14 erişim 20.10.2014)

normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir.”

Bu bölümde ilgili maddeden hareketle ispatın kapsamı ve türlerinden bahsettikten sonra ispat yükü kavramından bahsedeceğiz.

A- İspat

Vergi hukuku açısından ispat, bir vergisel işlemin temelindeki maddi olayın (ve suçlarda manevi unsurun) vasıta olarak delillerden yararlanmak suretiyle ortaya konmasıdır.¹² İspat ile mükellefler maddi bir olayı ortaya çıkarmaya çalışırlar.

Vergi hukukunda ispatın konusunu vergiyi doğuran olay oluşturur. VUK 19uncu maddesinde vergiyi doğuran olay şu şekilde tanımlanmıştır: vergi alacağı vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar. Buradan da anlaşılacağı gibi ispatın konusu olan maddi olay, hukuki bir olay veya hukuki bir işlem olabilir. “Bu iki kavramın ispatın konusunu oluşturan vakıalar, tecrübe kuralları ve hukuk kuralları kavramını kapsadığı görülmektedir.”¹³

İspat, hukukun her dalında ve her döneminde önem verilen bir müessese olmuştur ve bunun nasıl olacağı da her hukuk dalında ayrı ayrı hukuk kurallarıyla belirlenmiştir. Ceza Muhakemesi Hukukunda¹⁴, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda¹⁵ ve idari yargılama usulü kanunlarında ayrı ayrı düzenlenmiştir. Vergi hukuku ile ilgili olarak da ispat sadece VUK 3 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin gerekçesinde ispat konusu son derece ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.¹⁶

¹² SEVİĞ, Veysi, Gelişen Vergi Hukukunda Delil ve İspat, Vergi Dünyası Dergisi, Eylül 2004, S.277 (<http://www.vergidunyasi.com.tr/dergiler.php?id=3435> erişim 25.10.2014).

¹³ SABAN, Nihal, Vergi Hukuku, B.4 İstanbul 2006, s.79.

¹⁴ Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (17.12.2004 tarihli ve 25673 sayılı Resmi Gazete) ispat ve delil ile ilgili düzenlemeler mevcuttur. Delil serbestliğinin hakim olduğu bu yargılama sürecinde hakimde suçun işlendiği veya işlenmediği yönünde tam kanaat oluşmasına imkan verecek her şey delil olarak kullanılabilir. Ancak delillerin hukuka uygun olmaları zorunluluk olup (CMK m.266/2-a, 230, 217) , aksi durumdaki delillere göre karar verilmesi halinde bozma sebebidir (CMK m.289/1-i)

¹⁵ HMK 187 ve devamı maddelerde ispat ve delil ile ilgili düzenlemeler mevcuttur. Buna göre “ispatın konusunu tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur”.

¹⁶ Milli Güvenlik konseyi S. Sayısı:84, 4.1.1961 gün ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nda Değişiklik yapılmasına ilişkin kanun tasarısı ve Bütçe –Plan Komisyonu raporu, s. 2 (<http://>

Dava aşamasında gelmiş olan uyuşmazlıklarda, davanın tarafları iddiaları konusunda mahkemeyi ikna etme çabası içerisinde girerek haklılıklarını ortaya çıkarma ve mahkemeden kendi taleplerine uygun şekilde bir karar çıkarma amacındadırlar. Mahkemeler de hem kendilerinin topladıkları delillere hem de tarafların sunmuş oldukları belgelere bakarak, iddiaların gerçek olup olmadığı sonucuna varırlar. Tarafların sunmuş oldukları belgelerle haklılıklarını ispatlayabilmeleri davanın seyrinde çok önemli bir yer işgal eder. “Yargılamada tarafların içinde olduğu ispat faaliyetinin ne zaman başarılı olmuş sayılacağı ispat ölçüsüne göre belirlenir. İspat ölçüsü, tarafların mahkeme önünde iddialarını ispatlamak için ne kadar çaba harcamaları gerektiğini, ne kadar ispat faaliyetinde bulunmaları gerektiğini gösteren, taraflara bu konuda ışık tutan önemli bir usul hukuku kavramıdır.”¹⁷

Vergi hukuku açısından ispatın ölçüsü nedir dediğimizde de VUK 3 üncü maddesi vergilendirme alanında ispat ölçüsünü “gerçek” olarak tespit eder, yani yargıç gerçeği bulduğunda bir olay tespit edilmiş sayılacaktır.¹⁸ Anayasa’nın 138 inci maddesine göre de yargıçlar “vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler”. Yani yargılama aşamasındaki bir olayın ispatlanabilmesi için vergiyi doğuran olayın gerçekliğini ortaya koymak yeterli olmayıp gerçek olduğu iddia edilen olay veya işlemin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda hakimin kanaatinin olması gerekir. Ancak bu durum kesinlikle delil gibi nitelendirilemez, hakimin kanaati tamamen usule ilişkin bir durum olup, gösterilen delillerin değerlendirilmesinden ibarettir.

B- İspat Türleri

1- Asıl İspat- Karşı İspat- Aksini İspat

Bu ayrım, tarafın ispatlama amacına göre yapılan bir ayrımdır. Asıl ispat, hukuk normunun soyut unsurlarını karşılayan olayların, iddiasının doğru olduğunu iddia eden, ispat yükünü taşıyan tarafça yapılan ispattir.¹⁹ Karşı ispat ise, bir taraf ispat yükü altında iken, diğer tarafça ilgili olayların veya işlemlerin doğru olmadığını ortaya koymak amacıyla yapılan faaliyettir. Aksini ispat ise, herhangi bir olay ya da işlemin varlığı karine ile kabul

www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c002/mgk_01002028ss0084.pdf erişim 22.10.2014)

¹⁷ BAYSAL, Eda, Vergi Hukukunda İspat Ölçüsü ve Özellikleri, (<http://www.turkvergi.org/yazlar/90-yazlar/f-eda-baysal/2134-vergi-hukukunda-isbat-olcusu-ve-ozellikleri.html>) erişim, 20.10.2014.)

¹⁸ SABAN, Nihal, Vergi Hukuku, s.79.

¹⁹ ÖZDİLER KÜÇÜK, Eda, Vergi Hukukunda Karineler, Ankara 2011, s.8.

edilmiş ise bu olay ya işlemin gerçekleşmediği konusunda hakimde kanaat oluşturulmak istenmesi faaliyetidir.

2- Tam İspat- Yaklaşık İspat

Hakimde, hukuki olay ya da işlemin gerçekleştiğine dair kanaat oluşturmak amacıyla yapılan ispat tam ispattır. Buna karşılık, bazı durumlarda gerçeğe yakın gösterme ya da yaklaşık ispat olarak adlandırılacak durumlarda da karşılaşılabiliriz. Bu durumda hakim, ispat edilmek istenilen olay ya da işlemi muhtemel, olası olarak görür.

Vergi hukukunda şüpheye veya varsayıma dayalı olarak tarhiyat yapılamayacağı ve yapılan işlemlerde yazılılık (belge) ilkesinin geçerli olmasından dolayı bir olayın idare nezdinde ya da, yargılama aşamasındaki durumlarda, hakim nezdinde ispatlanabilmesi için idarenin ya da hakimnin ilgili olay ya da işlemin doğruluğu hakkında net bir kanaate varması gerekir. Buradaki ispat ölçüsü tam ispat olup, vergilerin kanuniliği ilkesi gereğince delillerin az ikna edici olması gibi bir durum söz konusu olamaz. Karar vericiler vergiyi doğuran olayın varlığı konusunda gerçek ve net şekilde ispat edilmiş durumlarla ilgili kararlarını verirler, kıyasa başvuramaz ya da varsayıma dayanamazlar²⁰. Özellikle ispat yükünün idarede olduğu durumlarda idare iddiasını muhtemel veya belirsiz durumlara dayandırırsa bunun sonuçlarına da katlanmak durumunda kalır. Yani mükellefler idarenin yaklaşık ispat etmesinden dolayı ek bir tarhiyatla yüz yüze getirilemezler.

3- Doğrudan İspat- Dolaylı İspat

İspat, uygulanacak soyut hukuk normunun unsurlarını taşıyorsa, bu doğrudan ispattır.²¹ Buna karşılık, ispat somut bir olay da işleme değil de onu gerçek gösteren ancak esasa dahil olmayan başka bir olay da işlemi konu alıyorsa bu durumda dolaylı ispattan bahsedilir. Buna emare ispatı da

²⁰ Danıştay 4. Dairesinin 05.03.1999 tarih ve E. 1998/2139, K. 1999/833 sayılı kararı. Danıştay 4. Dairesi 22 Şubat 2005 tarih E.2004/1389, K.2005/248 sayılı karar “Defter ve belgelerin ibraz edilmemesi nedeniyle somut bir tespit bulunmadan % 20 kar elde edildiği varsayımıyla yapılan tarhiyatın yerinde olmadığı Hakkında” http://www.tekinymm.com/danistay/danistay_01.htm erişim 28.10.2014. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu 9.12.2005 tarih E.2005/272, K.2005/281 sayılı karar: “ Defter ve belgelerin yanması nedeniyle incelemeye ibraz edemeyen mükelleflerin emtia alımına ilişkin belgelerin varlığını ispat yükümlülüğünün ortadan kalkmadığı ve ibraz edilebilen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen Katma Değer Vergisi'nin indirim konusu yapılabileceği üzerine”

²¹ ÖZDİLER KÜÇÜK, s.9.

denilir. Dolaylı ispat, çalışmamızın ilerleyen kısımlarında anlatacağımız, delil serbestisi ilkesinin bir sonucudur.

C- İspat Yükü

Herhangi bir vergisel işlem veya olayla ilgili olarak ispat edilmesi gereken bir durum ortaya çıktığında öncelikli olarak bunun kimin tarafından ispat edileceğinin bilinmesi gereklidir. Yani “ispat yükü” kimin üzerindedir. İspat yükü, belli bir olay ya da işlemin gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda iddiada bulunan tarafa düşen usuli bir yüküdür (kulfettir). Üzerine ispat yükü düşen için bu durum bir zorunluluk (mükellefiyet) değildir. Eğer kişi üzerinde ispat yükü düşüyor ve ispat etmiyorsa cezalandırılmaz sadece ispat etmemeden doğan hukuki sonuçlara katlanır²².

İspat yükü ile alakalı olarak Medeni Kanun’un 6’ncı maddesi “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” demektedir. Yani aksi öngörülmedikçe herkes iddiasını ispat etmekle yükümlüdür.

Vergi yargılamasında her ne kadar Medeni Kanun’un 6’ncı maddesindeki düzenleme geçerli kabul edilse de vergilendirme ile ilgili olarak VUK’un 3’üncü maddesi konuyu incelemiştir. Buna göre “İktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat kulfeti bunu iddia eden tarafa aittir.” Bu düzenleme ile suçun ispatlanması değil suçsuzluğun ispatlanması sonucu getirilmiştir. Madde gerekçesinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “Genel hukukta esas kaide, taraflardan her birisinin iddiasını ispatlaması şeklinde olmakla beraber, bu kaide pratik bakımdan meseleye bir hal tarzı getirmemekte bundan dolayı, ‘ispat kulfetinin işin esasına göre normal olmayan hususu iddia eden taraf bunu ispatlamak zorundadır’ kaidesi uygulanmaktadır. İspat kulfetine ilişkin son fıkra hükmü genel hukukun ispat kulfeti konusundaki bu kaidesi esas alınmak ve bu prensip vergi tatbikatının icaplarına uydurulmak suretiyle düzenlenmiş bulunmaktadır.”²³ Kanun koyucu bu düzenleme ile iktisadi, ticari ve teknik icaplara uyan ya da olayın özelliğine göre normal ve mutad sayılan olay ve işlemlerin doğru olduğunu kabul etmiştir. Bunun aksini iddia edene de ispat kulfeti yüklemiştir.

²² Mesela dava aşamasında iddiada buluna taraf davacı ise ve bunu ispatlamazsa dava reddedilir.

²³ Milli Güvenlik konseyi S. Sayısı:84, s.3.

İktisadi icap denildiğinde içinde bulunulan ekonomik ortam ve koşullar; ticari icaptan ticari örf ve adetten kaynaklanan kurallar²⁴, teknik icaptan da bir ürünün üretilmesi için zorunlu olan unsurlar ve üründe bulunması gereken özellikler anlaşılır. Ancak bu tanımlama uygulamada kötüye kullanılabilir bir durumdur. Çünkü “normal ve mutad” terimi ile “iktisadi, ticari ve teknik icaplara uyan” terimi soyut ifadelerdir ve idare tarafından kötüye kullanılmaya müsaittir. Bir kişiye göre normal olan diğer bir kişiye göre normal değerlendirilmeyebilir.

İspat yükü her ne kadar taraflardan birinde olsa dahi, hakimlerin re’sen araştırma yetkisi vardır. Ancak hakimlerin re’sen araştırmada bulunması tarafların ispat yüküne etkili değildir. Re’sen araştırma ile hakimler gerçeği bulmaya çalışmaktadır. Tarafların ispat yükünün olması gerçeğe ulaşmada re’sen araştırma ilkesinin tamamlayıcısı konumundadır.

1- İspat Yüküne Karinelerin Etkisi

Karine, bilinen bir olaydan bilinmeyen bir olaya, bir neticeye varmayı ifade etmektedir.²⁵ Vergi hukukunda karine, vergiyi doğuran olay ve buna ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetlerine, önceden bilinen ve varlığı tartışmasız ya da ilgililerce kanıtlanmış bulunan bir başka olayın kanıt olarak alınmasıdır.²⁶ Kaynağına göre karineler fiili ve kanuni olmak üzere ikiye ayrılır. Kanunun belirli bir olaydan belirli olmayan bir durumu çıkarması halinde yasal karineden; hakimlin belirli-bilinen bir olaydan, belli olmayan bir olay için çıkarmış olduğu sonuca da fiili karine denilir. Fiili karinelerin ispat yükü üzerindeki etkisi ile ilgili olarak doktrinde farklı görüşler mevcuttur.²⁷ Vergi hukukumuzda ispat külfeti ile ilgili düzenleme dikkate alındığında, fiili karinelere, hayatın olağan akışına dayanan tarafın ispat külfetinden kurtulduğu söylenebilir. Fiili karineden yararlanan taraf idare olabileceği gibi mükellef de olabilir. Karşı taraf fiili karinenin aksini ispat edebilir.

Kanuni karineler de kesin ve adi olmak üzere iki kısımda incelenmektedir.

²⁴ Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu 9.12.2005 tarih E.2005/272, K.2005/281 sayılı karar “ Defter ve belgelerin yanması nedeniyle incelemeye ibraz edemeyen mükelleflerin emtia alımına ilişkin belgelerin varlığını ispat yükümlülüğünün ortadan kalkmadığı ve ibraz edilebilen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen Katma Değer Vergisi’nin indirim konusu yapılabileceği üzerine”

²⁵ ÖZMEN, Mehmet Akif/ GENÇ, Yıldray, Vergi İhtilafları ve Vergi Yargısı İlke ve Esasları, İstanbul 2011, s.28.

²⁶ CANDAN, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, Ekim 2005, s.788.(nakleden Eda ÖZDİLER KÜÇÜK, s.41)

²⁷ Bkz. ÖZDİLER KÜÇÜK, s.57.

Aksi ispat edilemeyen karineler kesin karine olarak değerlendirilirken; aksi ispatlanana kadar doğru kabul edilen karinelere de adi karine adı verilir. Lehine bir kanuni karine bulunan taraf ispat külfetinde kurtulur.

a) Hayatın Normal Akışı Karinesi

İspat yükünün dağılımı ile ilgili olarak vergi hukukundaki temel ilke, olay ya da işlemlerin hayatın normal akışına uygun olarak gerçekleştiğidir. Olağan akışa uygun olmayan olay ya da durumu ispat yükü, bunu ileri sürene aittir.²⁸

Hayatın normal akışı karinesi genellikle vergi idaresi lehine işleyen bir karinedir.

b) İlk Görünüş Karinesi

İlk görünüş karinesi, mükelleflerin yapmış oldukları beyanlarının doğru kabul edilmesi esasına dayanır. Bu karineye göre mükelleflerin beyanlarının dayanağını teşkil eden defter, kayıt ve belgelerinin doğru olduğu karine olarak kabul edilir. Bunların aksini iddia eden idare bunu ispatlamakla yükümlüdür. Mükelleflerin bu karineden yararlanabilmeleri için defter kayıtları yapılmış olan işlemlerin belgelerinin²⁹, kanunda belirtilen haller dışında³⁰, mevcut olması gerekir. Belgeye dayanmayan kayıt yapılması mümkün değildir.

Bu karinenin dayanağını VUK m.250'nin doğruluk sorumluluğu³¹ kuralı ile vergi hukukunun kaynaklarından Anayasa'nın 38.maddesinde yer alan suçsuzluk karinesinin birlikte okunması oluşturur³².

İlk görünüş karinesi mükellef lehine bir karinedir. İdare hayatın olağan akışı karinesine dayanarak belge düzenine uyan mükelleflerin yararlanmış olduğu ilk görünüş karinesini çürütebilir. Bu durumda ispat yükü yer değiştirerek mükellefe geçer. Yani mükellef yapmış olduğu işlemlerin vergi doğurmadığını veya iktisadi, teknik ve ticari icaplara uygun olduğunu ispatlayabilmelidir.

²⁸ Danıştay 7. Dairesi 17.6.2009 tarih ve E.2008/5507, K.2009/3054 nolu karar.

²⁹ VUK m.227 de sayılan belgeler ispat edici niteliktedir.

³⁰ VUK m.228 de hangi kayıtların belgeye dayanmadan da tutulabileceği belirtilmiştir.

³¹ Vergi karnelerine yazdıkları bilgilerin doğruluğundan mükellefler; işverenler tarafından bu karnelere ilave olunan kayıtlardan da işverenler sorumludur.

³² ÖZDİLER KÜÇÜK, s.143.

2- İspat Yükünün Paylaşımı

“Bir iddianın ispatı onu iddia eden tarafa aittir” genel kuralına karşılık vergi yargılamasında ispat yükünün kime ait olduğunun tespiti her olayda ayrı ayrı incelenmelidir. İspat yükünün paylaşımı çok önemli bir husustur. Eğer ispat yükü altında bulunan kimse bu yükümlülüğü yerine getirmediği takdirde ilgili olay ya da işlem ispat edilmemiş sayılır. Hakim, gerçeğin ne olduğu konusunda bir kanaate varamadığında da dava ispat yükü üzerinde olan kişinin aleyhine sonuçlanabilir.

İspat yükünün kanunla belirlenmesi halinde, ispat yükünün kime düştüğü araştırılmaz ve kanundaki düzenleme ile belirlenen kişi ispat yükü altındadır. Bunun yanında bazı durumlarda kişilere ispat külfeti yüklenilemez. Özellikle resmi sicil ve senetlere dayandırılan iddiaların ispatlanması söz konusu değildir, çünkü bunların doğru oldukları kabul edilir. Mesela, tapuda adına tescilli olan bir gayrimenkulü bulunan taraf bunun kendisine ait olduğunu ayrıca ispatlamasına gerek yoktur. Ancak o gayrimenkulün adına tescil edilen kişi dışında başka birine ait olduğu iddia edilirse, iddia eden taraf bunu ispatlamalıdır.

Dava aşamasında öncelikli olarak üzerine ispat yükü düşen taraf iddiasını ispatlamak zorundadır. İspatlamazsa karşı tarafın iddiasını ispatlamasına gerek kalmaz. Bu durumda karşı tarafın ispat yükü altına girmesi söz konusu değildir. Fakat karşı taraf ispat yükü üzerinde olan tarafın iddiasını ispatlamasını beklemeden o iddianın aksini ispatlayabilme için delil sunabilir. Buna karşı delil denilir.

Bunun yanında her iki taraf da davada delil göstermiş ise hakim, olayla ilgili olarak ispat yükünün kime düştüğünü araştırmak zorunda değildir.

İspat yükü sadece mükellefler için bir zorunluluk olmayıp idarenin de üzerine ispat yükü düştüğü durumlar mevcuttur. İspat yükünün paylaşımına ait örnekleri aşağıda sıralayabiliriz.

a) İspat Yükünün Mükellefte Olduğu Durumlar

- Mücbir sebep olduğunu iddia eden mükellef bunu ispatlamalıdır.
- Yasal karinelerde ispat yükü yükümlüdedir. Peçeleme hallerinde olayın niteliğinin ispatı ile vergi dairesi yükümlüdür. Ancak peçeleme halleri yasalarda özel olarak düzenlenmiş ise yani adi bir karine mevcutsa, ispat yükü

yer değiştirir, mükellefe geçer. Örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı buna örnektir.³³

- Tapu kayıtlarında yer alan satış bedelinin gerçeği yansıtmadığını ispat yükü yükümlüdür.³⁴

- Takdir komisyonu kararına itiraz eden mükellef, kararın aksini iddia ederse bunu ispatlamak zorundadır.

b) İspat Yükünün İdarede Olduğu Durumlar

- Bir olayda ya da işlemde peçeleme olduğunu söyleyen idare bunu ispatlamakla yükümlüdür.

- İşe son verdiğini söyleyen mükellefin faaliyetine devam ettiğini söyleyen idarenin bunu ispatlaması gerekir.³⁵

- Vergi Usul Kanunu'nun 29 ve 30.maddelerinde düzenlenmiş bulunan ikmalen ve re'sen tarhiyat nedenlerinin var olduğunu ispat yükü idarededir.

- Defter ve belgelerini kanunda belirtilen usullerle uygun tutan mükellefler, yukarıdaki bölümlerde açıkladığımız "ilk görünüş karinesi"nden yararlanacağından, defter ve belgelerdeki bilgilerin doğru olmadığını iddia eden vergi idaresi bunu ispatlamak zorundadır.

- Vergi dairesi, tarh işlemini yaparken dayandığı sebep ya da sebepleri göstermek; gösterdiği sebep ya da sebeplerin gerçek ve hukuka uygun olduğunu ispatlamak zorundadır.³⁶

II- DELİL

Delili uyumsuzluk konusu olayın ispatlanmasında kullanılan sözlü ve yazılı vasıtalar şeklinde tanımlamak mümkündür.³⁷ Deliller ispatlama araçları olup olayların doğruluğu konusunda hakimi ikna etmeye yararlar. Delilin konusu maddi olaylardır.

VUK m.3/B'de de açıkça belirtildiği gibi vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas alınması ile gerçek durumu ortaya koyabilecek her türlü delil serbest

³³ ÖNCEL/KUMRULU/ ÇAĞAN, s.203.

³⁴ Danıştay 3. Dairesi 24.09.2003 tarih, E.2001/2306, K.2003/4438.

³⁵ Danıştay 3. Dairesi 15.10.1985 tarih, E.1986/554, K.1986/2000.

³⁶ Danıştay 4. Dairesi 26.03.1998 tarih, E.1997/114,K.1998/1192

³⁷ KARAKOÇ, Yusuf, Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi, b.2, İzmir 1997, s.9.

bırakılmıştır. Yani vergi hukuku uygulamasında kural delil serbestisidir. Taraflar, dava konusu uyuşmazlığın varlığı ya da yokluğunu ispatlarken her türlü delili kullanabilirler. Ancak bu serbestinin kısıtlaması olarak şahit ifadesinin kullanılmayacağı hükmü getirilmiştir.

İspat vasıtası olarak kullanılacak olan delillerin hukuka uygun olması gerekmektedir. Hukuka aykırı bir delile dayanılarak bir işlem yapılması hukuk devleti ile bağdaşmayan bir durumdur. Burada da karşımıza diğer bir soru çıkmaktadır. Delillerin elde ediliş biçimi nasıldır? Yani hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller söz konusu olduğunda ne yapılacak? Bu soru ceza hukuku³⁸ bağlamında çok tartışılmış olmakla birlikte vergi hukukunda fazla üzerinde tartışılmamış bir konudur. Mesela vergi incelemeye yetkili olan kişiler gerekli izin ve bildirimlerde bulunmadan mükellef nezdince inceleme yapar ve bazı belgelere el koyarsa ve bunlar üzerinden de tarhiyat gerçekleşirse ne olacak? Bu durumda da ceza hukukundaki gibi davranılmalı ve yapılan işlemler geçersiz sayılıp, tarhiyat yapılmışsa bu iptal edilmelidir. Ancak uygulamada bazen bunun tersi durumlarla karşılaşabilir.³⁹

Bu bölümde, delillerle ilgili genel açıklamalardan sonra, delil ve ispata ilişkin ilkelerden (A) bahsettikten sonra mükellef ve idare nezdinde oluşan delil türlerinden (B) bahsedeceğiz.

A- Delil ve İspata İlişkin İlkeler

Vergi yargılaması hukukunda maddi olayı ispatlamak ve delillendirmek için uygulanan ilkeler yargılama hukukunun diğer dalları ile benzerlik göstermektedir. Vergi yargısı bağımsız bir yargı kolu olmayıp, idari yargılama içerisinde olduğu için, idari yargılama usulünde öngörülen ilkeler vergi yargılama hukukunda da geçerlidir denilebilir. Ancak vergi yargılamasında kendine özgü bir takım farklı uygulamalarla karşılaşmak da mümkündür.

Aşağıda genel olarak vergi yargılamasına hakim olan temel ilkeleri açıklamaya çalışacağız.

1- Delil Serbestisi İlkesi

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi delil serbestisi ilkesi kaynağını VUK m.3'ten almaktadır. Bu ilkeye göre, bir uyuşmazlığın çözümünde

³⁸ CMK m. 217/2 "...hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delil...", m.230/1 b "...hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin..." ve m.289 "...hükümün hukuka aykırı şekilde elde edilmiş delile dayanması ...".

³⁹ Bkz. DOĞRUSÖZ., Bumin, Hukuka Aykırı Delille Vergi, (http://www.referansgazetesi.com/haber.aspx?YZR_KOD=156&HBR_KOD=95773 erişim 29.10.2014.)

kanunda önceden belirtilmiş delillerle ispat söz konusu değildir. Yani kanunda herhangi bir saptama ya da sınırlama yapılmamıştır. Buna göre uyuşmazlığın özelliğine uygun her türlü delille ispat edilebilmesi mümkündür.

Delil serbestliği ilkesi ile vergi kaçakçılığının önüne geçmek hedeflenmiştir. Çünkü mükelleflerin yapmış oldukları işlemlerin gerçek mahiyetini, mükelleflerin hangi niyet ve nedenle yaptığını idarenin belirleyebilmesi her zaman kolay olmamaktadır. Delil serbestisinin olmaması halinde idarenin kaçakçılıkları belirleyebilmesi de zorlaşır. Bundan dolayı kanun koyucu idarenin elini güçlendirebilmek ve vergi kaçakçılığının önüne geçebilmek için delil serbestisi ilkesini benimsemiştir. Ancak buradan da ‘delil serbestisi idare için öngörülmüştür’ gibi yanlış bir anlam da çıkarılmamalıdır. Çünkü delil serbestisi ilkesi hem mükellefler hem de idare için geçerli bir ilkedir. Mükellefler, haklarında ek tarhiyat yapan idareye karşı, idarenin yapmış olduğu işlemlerin yanlış olduğunu, kendi kayıtlarının doğru olduğunu her türlü delille ispatlayabilir.

Delilerin serbestliği ilkesi Fransız vergi hukukunda geçerlidir. Mükellef herhangi bir belgeye dayanmadan gider indiriminde bulunursa yapılan bu işlem iptal edilir ve indirilen miktar matraha eklenir. Eğer mükellef faturanın tahrip edildiğini veya kaybolduğunu ve yahut da hiç verilmediğini söylese mükellef herhangi başka bir belge ile bu durumu ispat etmelidir. Bu durumunda hakimın temel rolü, delil serbestliği ilkesine göre olayın doğru şekilde tespit edilmesini sağlamaktır⁴⁰.

Kanun koyucu delil serbestisi ilkesine aynı madde ile sınırlama da getirmiştir. Bunlar yemin, tanık beyanı ve belge düzenidir⁴¹.

a) Yemin

Vergi Usul Kanunu 3/B maddesinin delil serbestisine getirmiş olduğu sınırlamalardan ilki yemindir. Yemin, medeni yargılama hukukunda delil olarak değerlendirilirken vergi yargılamasında kabul edilmeyeceği kanunla düzenlenmiştir. Bu yasak yazılı yargılamanın bir gereğidir.

Yemin kişiler üzerinde psikolojik etki ve baskı oluşturmaktadır. “Taraflardan birinin, bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda Tanrı’yı tanık gösterip namusu ile doğrulayarak beyanda bulunması olan

⁴⁰ De La MARDIERE, Christophe « La preuve en droit fiscal » Edition Lexis Nexis LITEC 2009, s.47.

⁴¹ KARAKOÇ, s.82.

yemin⁴² vergi hukukunun kendine özgü yapısı gereğince delil olarak kullanılamaz. Çünkü vergilendirme ilişkisinin bir tarafında mükellef (gerçek veya tüzel kişi) diğer tarafında idare yani devlet vardır. Uyuşmazlık halinde “yemin teklif edildiğinde mükellef açısından hiçbir sorun olamamakla beraber, eşyanın tabiatı gereği kamu idarelerine yemin teklif edilemeyeceği bir gerçektir.”⁴³

b) Tanık Beyanı

Vergi Usul Kanunu 3/B maddesinin ikinci fıkrasında tanık beyanının ispatlama vasıtası yani delil olarak kullanılmasını şarta bağlamıştır. Buna göre vergiyi doğuran olay ile açık ve doğal ilişkisi olan tanık beyanları ispat vasıtası olarak kullanılabilir.

Tanık beyanı yargılama aşamasında kullanılabilmesi gibi vergi incelemeleri sırasında da kullanılabilir. Ancak tek başına bu beyanlara dayanılarak mükellefler hakkında ek tarhiyata ya da cezaya hükmedilmemesi gerekir, çünkü vergi hukukunda esas kural yazılılık esası olup, olaylar belgelerle ispat edilmelidir. “Vergi incelemelerinde sıklıkla başvuru olan ikrar, ifade ve beyanların yerinde değerlendirilmesi ve tek başlarına tarhiyata esas alınmaması gerekir.”⁴⁴ Konu ile alakalı olarak Danıştay 3. Dairesi verdiği bir kararında⁴⁵ “vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin ortaya çıkarılabilmesi bakımından ifadelerin ek maddi delillerle desteklenmesi gerektiği” belirtilmiştir. Danıştay Vergi Dava daireleri Genel Kurulu da somut bir tespit yapılmadan fatura düzenleyicisinin ifadesine dayanılarak yapılan cezalı tarhiyatı kabul etmemiştir.⁴⁶

c. Belge Düzeni

VUK 227-242inci maddeleri arasında hangi işlemlerin belgeye bağlanması ve bunların ayrıntıları açıklanmıştır. Mükellefler yapmış oldukları

⁴² ALTINEL, Seçkin/GÜNER, Nurgül, Vergi Hukukunda İspat ve Delillendirme, Vergi Dünyası Dergisi, Ağustos 2008, sayı 324, (<http://birlikforum.com/forum/index.php?topic=2698.0;wap2> erişim 28.10.2014.)

⁴³ ALKAN GÖRKEM, Neslihan, Türk Vergi Yargı sisteminde Delil, Ankara Barosu Dergisi 2013/1, s. 384.

⁴⁴ ASLAN, Memduh/ŞENTÜRK, Akın Gencer, Vergi Hukukunda Delil sistemi: İfade, İkrar ve Beyanın Delil Niteliği, (<http://www.turkvergi.org/yazlar/59-yazlar/memduh-aslan/57-vergi-hukukunda-delil-sistemi-ifade-ikrar-ve-beyanin-delil-niteligi.html> erişim 29.10.2014.)

⁴⁵ Danıştay 3. Dairesi, 16 Ocak 2001 tarih, E.2000/905, K.2001/16.

⁴⁶ Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu 7 Nisan 2000 tarih, E.1999/424, K.2000/137 sayılı kararı.

işlemlerde bu kurallara uymak zorundadırlar. VUK m.227'ye göre, “belgelerin öngörülen zorunlu bilgileri taşınamaması halinde bu bilgiler vergi kanunları bakımında hiç düzenlenmemiş sayılır” ifadesi belge düzenine ilişkin temel kuralı oluşturmaktadır.

Türk vergi sisteminde, vergiyi doğuran olayın belgelendirilmesi ve bu belgelerin yasada belirlenen usullerde kayıtlarının yapılması zorunludur. Mükellefler usul kurallarına uyma yanında tutmuş oldukları belge ve defterlerde yapmış oldukları işlemlerin gerçek mahiyetini gösterecek şekilde olmasına da dikkat etmelidirler. Mükellefler kanunda belirtilen usul ve esaslara göre belge düzenine uymazlarsa, ilgili belge ve kayıtlar mükellef lehine delil olarak kullanılamaz. Mesela, mükellef kanunun belirlemiş olduğu şekilde faturasını kesmiş ancak faturanın konusunu bilerek farklı yazmış veya fatura konusu malın miktarını eksik yazmış ise bu belge ispat aracı, yani delil, olarak kullanılamaz. Burada karşımıza sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge karşımıza çıkmaktadır. VUK'un 359'uncu maddesi sahte⁴⁷ ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgelerin⁴⁸ tanımı ve bunları kullananlar hakkında uygulanacak olan cezadan bahsetmektedir.

2. Ekonomik Yaklaşım İlkesi

Ekonomik yaklaşım, vergi normları anlamlandırılırken ve vergiyi doğuran olayı saptanıp, nitelenirken biçimlerin ötesine geçilerek özün –iktisadi boyutun-esas alınmasını öngörmektedir.⁴⁹ Vergi hukukuna özgü bir yorum yöntemi olup, vergiyi doğuran olay, işlem ve hukuki durumların sadece dış görünüşleri, hukuki biçim ve isimleri değil, aynı zamanda bunların ekonomik anlam ve mahiyetleri de göz önünde bulundurulur.

Vergi hukukunda gerçek mahiyetin esas alınması gerektiğine ilişkin hüküm bazı kanunlarda açıkça belirtilmiştir⁵⁰. Bunun en güzel örneği de zaten VUK m. 3/B dedir: vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır.

⁴⁷ Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir.

⁴⁸ Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belgedir.

⁴⁹ AKKAYA, Mustafa “Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım”, B.1, Ankara 2002, s.34.

⁵⁰ Damga vergisi kanunu m.4: Bir kağıdın tabi olacağı verginin tayini için o kağıdın mahiyetine bakılır ve buna göre tabloda yazılı vergisi bulunur. VUK m.8/3 : “ Vergi kanunlarıyla kabul edilen haller müstesna olmak üzere, mükellefiyete veya vergi sorumluluğuna müteallik özel mukaveleler vergi dairelerini bağlamaz.

“Ekonomik yaklaşımın vergi hukukundaki asıl işlevi, “mali güce göre vergilendirme” temel ilkesinin özel hukuk işlemleriyle işlemez hale getirilmesini önlemek ve aynı iktisadi güce sahip olanları aynı biçimde vergilendirerek vergilendirmede eşitliği sağlamaktır.”⁵¹

Bu ilke ile ilgili olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Öncel/ Kumrulu/ Çağan⁵² bu ilkeyi “ vergiyi doğurucu olayların saptanmasında ve vergi yasası hükümlerinin yorumlanmasında hukuki biçimlerin ötesine geçilerek gerçek ekonomik nitelik ve içeriklerin esas alınması anlamını taşır” şeklinde tanımlamıştır. Konu ile ilgili olarak Selim Kaneti⁵³ “vergi yasalarının içeriğinin belirlenmesinde ve belli olaylara uygulanmasında, olguların biçimsel yapısından çok maddesel ve ekonomik yapısına ağırlık verilmesi anlamını taşır” demiştir. Osman Pehlivan ise “bu yaklaşıma göre hareket edilmesi ‘ekonomik irdeleme’ olarak de nitelendirilmektedir. Buna göre, vergiyi doğuran olayların ve buna bağlı olarak vergi matrahının tespitinde, olayların gerçek ekonomik nitelikleri dikkate alınır” demiştir.

Bu yorum yöntemi ile gerçek iktisadi ilişkinin çeşitli hukuki kılıflar kullanılarak gizlenmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.⁵⁴

Vergi hukukunda ekonomik yaklaşım ilkesini kullanmak zorunda bırakan diğer bir durum da “peçeleme sözleşmeleri⁵⁵”dir. Özel hukuktaki muvazaanın vergi hukukuna uyarlanmış şekli olan peçeleme, vergi mükellefleri veya sorumlularının, vergisel yükümlülüklerden kaçınmak amacıyla özel hukuk biçimlerini ve kurumlarını kötüye kullanarak, vergi kanunlarını dolanmak üzere, bir işleme değişik bir yapı ve biçim vermeleri anlamına gelir. Buradaki esas amaç vergi kaçırmaktır yani daha az ya da hiç vergi ödememektir. İdare herhangi bir olayda peçeleme sözleşmesinin varlığını tespit ederse bu durumda görünürdeki sözleşme değil, gerçekte yapılmak istenen sözleşmeye göre vergilendirme yapar. İdare ve yargı organları peçelemenin varlığını

⁵¹ AKKAYA, s.35.

⁵² ÖNCEL/KUMRULU/ ÇAĞAN, s.24.

⁵³ KANETİ, Selim, Vergi Hukuku, B. 2, Filiz Kitapevi, İstanbul 1989, s.48.

⁵⁴ KIZILOL , Şükrü / ŞENYÜZ , Doğan / TAŞ , Metin / DÖNMEZ , Recai “Vergi Hukuku”, B. 2, Ankara 2007, s.67.

⁵⁵ Peçeleme sözleşmeleri vergi kanunları ile açıkça düzenlenmemiş olup, doktrin tarafından icat edilmiş bir terimdir. Danıştay bu terimi kullanmaktan uzun süre kaçınmış olmasına rağmen son zamanlarda vermiş olduğu kararlarında bu terimi kullanmıştır (Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu 6 Aralık 1996 tarih, E.1996/320, K.1996/410 sayılı karar.)

ekonomik yaklaşım ilkesinden hareket ederek tespit ederler. Peçeleme sözleşmesinin varlığını iddia eden taraf idare olduğu için ispat külfeti de ona düşer. Fransız vergi hukukunda “abus de droit⁵⁶ (hakkin kötüye kullanılması)” ile eş değer olan peçeleme, Türk vergi hukukunda yeterli bir hukuki zemine oturtulamamıştır. Ekonomik yaklaşım ilkesinden hareketle olay ya da işlemlere çözüm bulma çabası içerisinde giren idare ve hakimler maalesef farklı uygulamalar yapabilmektedirler.

3. Re’sen Araştırma İlkesi

Vergi hukukunda re’sen araştırma ilkesi kaynağını İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 20. Maddesinde almaktadır. Buna göre “Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler.”

Re’sen araştırma yetkisi hakimler için bir yetki olduğu kadar aynı zamanda bir ödevdir. Bu durum da Danıştay’ın kararlarında açıkça benimsenmiştir⁵⁷.

Hakimler önlerine gelen uyuşmazlıkla ilgili kararını vicdani kanaatlerine göre verirler ve kendilerine sunulan delillerle bağlı değiller. Olayla alakalı olarak kendiliğinden her türlü incelemeyi yapabilir, ilgili yerlerden bilgi ve belge talep edebilirler. Taraflar her ne kadar hakimden bazı bilgi ve belgelerin istenilmesi talebinde bulunabilseler de hangi bilgi ve belgelerin taraflardan ya da üçüncü kişilerden isteneceğine hakim karar verir. Bu tamamen hakiminkin takdirine bağlıdır. Bu durum riskli bir durum olup “bir tarafın, karşı taraftan veya ilgili diğer kişilerden bazı belgelerin istenmesi yönündeki talebini hakiminkin kabul etmemesi durumunda, maddi vakıaların tam olarak tespit edilememesi riski ortaya çıkacak ve hatta bu durum, adil bir yargılanmanın

⁵⁶ Fransız vergi usul kanununun L64’üncü (L64 du LPF) maddesinde “abus de droit” ile ilgili detaylı tanımlama yapılmış ve herhangi bir şekilde bu durumla karşılaşıldığında bunun hukuki sonucu, başvurulacak yöntemler belirlenmiştir. Mükelleflerin bu tür işlemlere başvurularındaki esas amaç vergi yükünü azaltmak veya tamamen ortadan kaldırmaktır. Vergi kaçırmayı engellemek çabası içerisinde olan idare bu maddenin kapsamını nasıl değiştirirsek daha etkin hale getiririz çabası içerindedir. 2014 yılı bütçe Kanunu’nda yapılan değişiklik ile bu maddenin kapsamı daha da genişletildi ancak Fransız Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildi.

⁵⁷ Danıştay 2. Dairesi 31.1.2005 tarih E.2004/6213, K.2005/329 sayılı kararı, Danıştay Dergisi sayı 110 s.123, <http://arsiv.sabah.com.tr/2006/05/17/gnd98.html> erişim 31.10.2014.

sağlanmasını bile engelleyebilecektir.”⁵⁸ Bu durum bu yetkini sınırını da ortaya koymaktadır, yani hakimler re’sen araştırma yetkisini kullanırken keyfi davranamazlar.⁵⁹

Her ne kadar hakimnin re’sen araştırma yetkisi olsa da bu yetki sınırsız değildir. Bunun bir başka sınırı İYUK 20 inci maddenin 3. Fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre “istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir.”.

Bu yetkinin bir diğer sınırı da Anayasa 125/4 üncü madde ile İYUK 2 inci maddesinde belirtilen, vergi mahkemelerinin idarenin yapmış olduğu eylem ve işlemleri ile ilgili olarak yerindelik denetiminin yapılamaması kuralı oluşturur. Yargı makamları idarenin yapmış olduğu işlemlerin hukukiliğini denetleyebilir, yerindeliğini denetleyemez.

B. Delil Türleri

Vergi hukukunda ispat aracı olarak kullanılan deliller, vergi ile ilgili iddiaları ve hukuki olayları ispat için gerek mükellef gerekse idare tarafından ortaya konabilmektedir. Delil serbestisi ilkesi gereğince taraflar iddia ve savunmalarını çeşitli delillerden yararlanarak kanıtlayabilirler. Ancak ispatlama aracı olarak kullanılacak olan delillerin, Vergi Usul Kanunu ve diğer kanunlarda belirtilen düzenleme şartlarına uygun olmalıdırlar. Bununla birlikte daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi deliller hukuka aykırı olarak elde edilmemiş olmalıdırlar. “Hukuka uygun olarak elde edilmeyen delillerin vergi idaresince gerçekleştirilen tarhiyat işlemlerine esas teşkil etmeleri mümkün bulunmamaktadır.”⁶⁰

Vergi yargılamasında serbest delil sistemi uygulanmasına rağmen delilleri daha açık bir biçimde belirleyebilmek ve inceleyebilmek için, vergi idaresi ile vergi yargısı nezdinde meydana gelen deliller ve mükellef nezdinde oluşturulan deliller olarak üç grup altında sınıflandırmak mümkündür.

⁵⁸ ERGÜN, Çağdaş Evrim, Vergi Yargılamasında Re’sen Araştırma İlkesi, AÜHFD yıl 2006, C.55 Sa. 2, s.73-74.

⁵⁹ Danıştay 3. Daire. 20.11.2001 tarih E. 2000/5192, K. 2001/4408sayılı kararı.

⁶⁰ PÜRSÜNLERLİ ÇAKAR, Elif/ SARAÇOĞLU Fatih, Vergi İdaresinin Denetim Biçimleri ve Hukuka Aykırı Deliller, Niğde Üniversitesi İİBF Dergisi, 2014, Cilt: 7, Sayı: 1, s.421.

1. Mükellef Nezdinde Oluşan Deliller

VUK 227 inci maddesi “aksine hüküm olmadıkça bu kanuna göre tutulan ve üçüncü şahıslarla olan münasebet ve muamelelere ait olan kayıtların tevsiki mecburidir” demek suretiyle belge düzenleme zorunluluğunu ortaya koymuştur. Düzenlenecek belgeler her gelir unsuruna göre değişmektedir. Mesela ticari kazanç için fatura, serbest meslek kazancı için serbest meslek makbuzu, ücretler için de bordro, vs gibi. Söz konusu belgeler mükellef nezdinde oluşturulan deliller arasında kabul edilmekte olup; herhangi bir uyumsuzluk halinde ispat aracı olarak kullanılırlar. Mükelleflerin tutmak zorunda oldukları defterler, beyannameler, bildirimler ve sair belgeler bunlar arasında sayılabilir.

Türk vergi sisteminin beyan usulüne dayanmasında dolayı gelir elde eden vergi mükellefleri bunları beyan yolu ile vergi idaresine bildiriler. Bu beyan ile mükellef idareye bildirmiş olduğu miktarı kabullenmiş oluyor. Diğer bir deyişle itiraf etmiş oluyor. Bu açıdan beyannameler mükellefler için kesin delil gibi değerlendirilebilir.

Beyannameler dışında mükelleflerin çeşitli durumlara yönelik olarak idareye bildirimde bulunmaları da gerekmektedir. İşe başlama, adres ve iş değişikliği, vs gibi. Bu gibi durumlarda bildirimler kanuni süresi içerisinde ve usulüne uygun olarak yapılmalıdır. Bu şekilde bildirimde bulunan mükellef bildirdiği durumun gerçek olduğunu ispatlama külfetinden kurtulur.

Vergi matrahının doğru olarak hesaplanması amacıyla mükelleflere defter tutmak ve deftere kaydedilen işlemlerin belgelendirilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Vergi Kanunları ve Ticaret Kanunu’nda bu zorunluluk düzenlenmiştir. VUK m.171’de bu mecburiyet hüküm altına alınmıştır. Defterler vergi hukukunda çok önemli bir delil türüdür. Defter ve belgeleri tutan mükellefler daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi ilk görünüş karinesinden yararlanırlar. Bu durumda ispat külfeti vergi idaresine düşer.

2. İdare Nezdinde Oluşan Deliller

Vergi idaresi mükelleflerle ilgili olarak yapmış olduğu bir takım işlemler sonucu düzenlemiş olduğu belgeler delil olarak kullanılır. Yoklama fişi ve tutanağı, inceleme tutanakları, arama tutanakları, bilgi toplama tutanakları, takdir komisyonu raporları, uzlaşma tutanakları bunlardandır. Bu belgelerle alakalı olarak bir hususa dikkat çekmek gerekir ki o da usul kurallarıdır. Vergi idaresi yapmış olduğu işlemlerle alakalı olarak usul kurallarına riayet etmelidir.

Usuldeki bir hata yapılan işlemleri geçersiz kılabilir. Özellikle tebliğ edilmesi gereken belgeler usulüne uygun olarak tebliğ edilmemişse sonraki işlemlerin geçerliliği konusunda sıkıntılar ortaya çıkabilir.

İdarenin düzenlemiş olduğu bu belgeler mükelleflerce de imzalanır. İmzadan çekinme halinde bu durum kayıtlara geçirilir ve polis, jandarma, muhtar veya ihtiyar meclisi üyelerinden birine imzalatılır.

Yoklama VUK m. 127 de tanımlanmıştır. Yoklama sonuçları yoklama fişi tespit edilir ve tutanak hükmündedir. Yoklama fişinde düzenlenen hususların aksini ispat etmek mümkündür

Vergi inceleme tutanakları delil niteliği taşırlar çünkü bunlar mükellefin tutmuş olduğu defter ve kayıtlardaki bilgileri aynen yansıtmaktadır ve bu somut tespitlerin yanında mükellefin itiraz ve açıklamaları da bu raporlarda bulunur. Vergi inceleme tutanakları düzenlenirken defter kayıt ve belgeler yanında her türlü delilden yararlanılır, tanık beyanı vs. gibi. Eğer inceleme elemanları yapılan inceleme sonunda vergi suçu teşkil eden bir durum tespit ederse vergi suçu raporu da yazması gerekir ve bunu da yetkili cumhuriyet savcısına gönderir. Bu rapor mahkemeler için delil niteliğinde olmakla birlikte hakim bu raporla bağlı olmayıp, kendisi araştırma yapabilir.

VUK 142 inci maddesi çerçevesinde arama yapılabilir ve sonunda tutanak düzenlenir. Aramada bulunan ve incelenmesi gereken defter ve belgeler tutanakla tespit edilir ve bunlar delil olarak değerlendirilir.

Bilgi vermekle yükümlü olanlar Maliye Bakanlığı'nın veya vergi incelemeye yetkili olanların talep etmiş oldukları bilgileri vermek zorundadırlar. Verilen bu bilgiler uyuşmazlığın yargı aşamasına gelmesi halinde delil olarak kullanılabilir.

Takdir komisyonu kararları matrah tespitine yönelik olarak alınır ve vergi hakimi için takdiri delil niteliğindedir. İdare bu kararları değiştiremez ancak bunlar aleyhine dava açabilir. Komisyonun kararının aksini ispatlama külfeti mükellefe yüklenmiştir.

Uzlaşma tutanakları VUK m.3 gereğince delil olarak nitelendirilir. Taraflarca imzalanmış olan tutanaklar kesin sonuç olarak dikkate alınır. Uzlaşma sağlanan bir uyuşmazlıkla alakalı olarak mükellef herhangi bir yere itirazda bulunamaz ve dava açamaz. Uzlaşma olumlu sonuçlanmışsa tarafları bağlar ancak olumsuz sonuçlanmışsa herhangi bir bağlayıcılığı söz konusu değildir.

3. Yargı Nezdinde Oluşan Deliller

Vergi yargılaması sırasında uyuşmazlığı çözmek için yapılmış olan bir takım işlemler delil olarak kullanılabilir. Bunlar bilirkişi, keşif, ikrar, tanık beyanı ve inceleme elemanı ile muhasebeci veya mali müşavirin dinlenilmesidir.

Mahkemenin bilirkişi tayin etmesi halinde, bilirkişinin düzenlemiş olduğu rapor delil niteliğindedir ancak hakimi bağlamaz. Raporunda eksiklik veya muğlak kısımlar olduğunu tespit ettiğinde bilirkişiden ek rapor talebinde bulunabilir. Hakim bir bilirkişi raporu aldıktan sonra isterse başka bir bilirkişiden de rapor alırtabilir. Taraflar bilirkişi raporunun tebliğinden itibaren 1 hafta içinde itiraz hakkına sahiptirler.

SONUÇ

Vergi hukukunda da ispat ve delillendirme ile ilgili kurallar ayrı bir öneme sahiptir. Mükelleflerin ve idarenin uyuşmazlıklarla ilgili olarak yargı aşamasına gelinmesi halinde kullanabilecekleri delillerin belirlenmesi ve bunların tespit edilmesinde uygulanacak yöntemler ispat sistemini oluşturur.

Vergilendirme işlemlerinde vergiyi doğuran olaya ilişkin işlemlerin gerçek mahiyetinin tespiti önemli bir konudur. Bunun için de mükelleflere bir takım ciddi yükümlülükler yüklenmiş ve idareye de bunları takip ve tespit edebilmesi için de de yetkiler verilmiştir.

Türk vergi sisteminde delil serbestisi ve bununla iç içe geçmiş olan ve vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetini ortaya çıkarmakta kullanılan bir yöntem olan ekonomik yaklaşım ilkesi uygulanmaktadır. Her ne kadar birçok olayda başvurulmuş bir yöntem olsa da uygulamada yetersiz kalabilmektedir. Çünkü VUK m.3/B nin son fıkrasında kullanılan ifadeler uygulayıcılar (idare ve hakimler) tarafından farklı değerlendirmelere sebep olabilmekte ve uygulamada farklılıklara sebep olabilmektedir. Özellikle peçeleme sözleşmelerinin varlığı halinde VUK m.3 yeterli olamamaktadır. Bundan dolayı ispat ve delil ile ilgili olan bu maddenin daha açık ve net ifadelerle uygulamada farklılıklara sebep olmayacak şekilde ve hem idare hem de mükellef için tatmin edici şekilde yeniden düzenlenmesinde fayda vardır.

KAYNAKÇA

AKKAYA, Mustafa “Vergi Hukukunda ekonomik Yaklaşım”, B.1, Ankara 2002.

ALKAN GÖRKEM, Neslihan, Türk Vergi Yargı sisteminde Delil, Ankara Barosu Dergisi 2013/1.

ALTINEL, Seçkin/GÜNER, Nurgül, Vergi Hukukunda İspat ve Delillendirme, Vergi Dünyası Dergisi, Ağustos 2008, sayı 324, (<http://birlikforum.com/forum/index.php?topic=2698.0;wap2> erişim 28.10.2014.)

ASLAN, Memduh/ ŞENTÜRK, Akın Gencer, Vergi Hukukunda Delil sistemi: İfade, İkrar ve Beyanın Delil Niteliği, (<http://www.turkvergi.org/yazlar/59-yazlar/memduh-aslan/57-vergi-hukukunda-delil-sistemi-ifade-ikrar-ve-beyanin-delil-niteligi.html> erişim 29.10.2014.)

BAYSAL, Eda, Vergi Hukukunda İspat Ölçüsü ve Özellikleri, (<http://www.turkvergi.org/yazlar/90-yazlar/f-eda-baysal/2134-vergi-hukukunda-isbat-olcusu-ve-ozellikleri.html> erişim, 20.10.2014.)

BIYAN, Özgür, Türk Vergi Hukukunda İspat ve Delil, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Maliye Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2009

De La MARDIERE, Christophe « La preuve en droit fiscal » Edition Lexis Nexis LITEC 2009

DOĞRUSÖZ , Bumin, Hukuka Aykırı Delille Vergi, (http://www.referansgazetesi.com/haber.aspx?YZR_KOD=156&HBR_KOD=95773 erişim 29.10.2014.)

ERGÜN, Çağdaş Evrim, Vergi Yargılamasında Re’sen Araştırma İlkesi, AÜHFD yıl 2006, C.55 Sa. 2, [65-89].

KARAKOÇ, Yusuf, Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi, b.2, İzmir 1997

KANETİ, Selim, Vergi Hukuku, B. 2, Filiz Kitapevi, İstanbul 1989

KIZILOT , Şükrü / ŞENYÜZ , Doğan / TAŞ , Metin / DÖNMEZ , Recai “Vergi Hukuku”, b. 2, Ankara 2007

ÖNCEL, Mualla/KUMRULU, Ahmet/ ÇAĞAN, Nami “Vergi hukuku”, B.23, Ankara 2014

ÖZDİLER KÜÇÜK, Eda, Vergi Hukukunda Karineler, Ankara 2011

ÖZEL, Salih, Türk Vergi Sisteminde Kanıtlama (İspat) Yükü ve Yeminli Mali Müşavirlik Mesleği ile Olan İlişkisi, (http://www.lebiblyalkin.com.tr/dergi_icerik.asp?dicerik_id=14 erişim 20.10.2014)

ÖZKAN Özgür /GÜL, Yalçın, İspat Vasıtası Olarak Kullanılabilecek Deliller, Mali Çözüm Dergisi, Eylül Ekim 2007, S. 83

ÖZMEN, Mehmet Akif/ GENÇ, Yıldırım, Vergi İhtilafları ve Vergi Yargısı İlke ve Esasları, İstanbul 2011

PÜRSÜNLERLİ ÇAKAR, Elif/ SARAÇOĞLU Fatih, Vergi İdaresinin Denetim Biçimleri ve Hukuka Aykırı Deliller, Niğde Üniversitesi İİBF Dergisi, 2014, Cilt: 7, Sayı: 1, s.415-423.

SABAN, Nihal, Vergi Hukuku, B.4 İstanbul 2006.

SABAN, Nihal, Vergi Usul Kanunu 3,B,1'in –neliği, Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi, Uluslararası Vergi hukuku Konferansları Serisi-2, Editör Billur YALTI, B.1, İstanbul Ağustos 2014

SEVİĞ, Veysi, Gelişen Vergi Hukukunda Delil ve İspat, Vergi Dünyası Dergisi, Eylül 2004, S.277 <http://www.vergidunyasi.com.tr/dergiler.php?id=3435> erişim 25.10.2014

YÜKSEL DURMAZ, Zeynep, Vergi Hukukunda İspat ve Delil, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Vergi Hukuku Bilim Dalı, Ankara 2010

Milli Güvenlik konseyi S. Sayısı:84, 4.1.1961 gün ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda Değişiklik yapılmasına ilişkin kanun tasarısı ve Bütçe – Plan Komisyonu raporu, s. 2 (http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/d01/c002/mgk_01002028ss0084.pdf erişim 22.10.2014)

DEMOKRASİLERDE SİVİL TOPLUM VE DEVLET-SİVİL TOPLUM İLİŞKİSİNDE KARŞILAŞILABİLECEK SORUNLAR

A.Tarık GÜMÜŞ*

ÖZET

İdeal anlamda sivil toplumun varlığı ve gelişebilmesi açısından devletin tarafsız demokratik bir devlet olması önemli bir zorunluluktur. Tarafsız demokratik bir devletin olmadığı bir yerde gerçek anlamda bir sivil toplumdaki da bahsedilemeyecektir. Devletin tarafsız olmasıyla var olma ve gelişme imkânı elde eden sivil toplumun ise, sistemin demokratik yönde gelişimine önemli katkılar sunduğu önemli bir gerçektir. Demokrasi ile sivil toplum arasında var olan söz konusu sıkı ilişki, her ikisi açısından da devlet iktidarının sınırlanması, devletin tarafsızlığının sağlanması ve devletle toplum arasındaki ilişkinin güçlendirmesi, çoğulculuk, katılım ve özgür ifadeyi sağlama gibi temel bir takım fonksiyonların ortaklığından kaynaklanmaktadır. Bu fonksiyonlar aynı zamanda demokrasinin işleyişinde sivil toplumun üstlendiği temel rolleri de ifade etmektedir. Ancak demokratik ülkelerde sivil toplum, demokrasinin işleyişinde önemli fonksiyonlar üstlense de uygulamada sivil toplum-devlet ilişkisinde önemli sorunlarla karşılaştığı görülmektedir. Özellikle temel unsurları sağlama bakımından demokratik olarak niteleyebileceğimiz ülkelerde, devlet ile sivil toplum arasındaki ilişkide; gerek devlet gerekse sivil toplum tarafından demokrasinin tam anlamıyla içselleştirilememesinden ya da toplumda yerleşik olan siyasal kültürden kaynaklanan çeşitli sorunlar yaşanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: 1-Demokrasi, 2-Sivil Toplum, 3-Devlet-Sivil Toplum İlişkisi, 4-Sivil Toplumun Sorunları, 5-Siyasal Kültür

THE POSSIBLE PROBLEMS IN CIVIL SOCIETY AND RELATIONSHIP BETWEEN STATE AND CIVIL SOCIETY IN DEMOCRACIES

ABSTRACT

For an ideal existence and progress of civil society the existence of an impartial and democratic state is compulsory. Indeed it can not be claimed that there exists a real civil society if there is not a democratic state. It is a reality that civil society can exist in an impartial and democratic state and hence contributes to the development of democracy. This hard relationship between civil society and democracy necessitates the limitation of state for both. This relationship is a result of some functions like pluralism, participation and freedom of expression. These functions are fundamental

* Yrd. Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Öğretim Üyesi

roles of civil society in democracy on the other hand. However although civil society plays an important role in democracies they can face some problems. In countries that we can classify as democratic, especially for providing the fundamental pillars in civil society and state relationship as the democracy is not fully absorbed by both state and the civil society or because of the established political culture within society some problems can exist.

Keywords: 1-Democracy, 2- Civil Society, 3-Relationship Between State And Civil Society, 4- Civil Society's Problems, 5-Political Culture

GİRİŞ

Devlet, toplumu belli bir ideoloji doğrultusunda şekillendirilmeye çalıştığı takdirde, toplum tarafından devlete karşı bir etkinlik alanının oluşturulması oldukça güçtür. Böyle bir sistemde devlet halkına, “yönlendirilmeye muhtaç, yönlendirilmediği takdirde devletin bekasını tehlikeye sokacak varlıklar” gözüyle bakmaktadır. Bu tür bir anlayışın hâkim olduğu devlette, sivil toplumun gelişebilmesi mümkün gözükmemektedir. Böyle bir ortamda sivil toplum gelişmiş olsa bile, devleti etkilemek ya da kısıtlamak yerine devletten etkilenen pasif bir konumda olması söz konusu olur ki, bu demokratik anlamda bir sivil topluma karşılık gelmemektedir.

Dolayısıyla ideal anlamda sivil toplumun varlığı ve gelişebilmesi açısından devletin tarafsız demokratik bir devlet olması önemli bir zorunluluktur. Tarafsız demokratik bir devletin olmadığı bir yerde gerçek anlamda bir sivil toplumdan da bahsedilemeyecektir. Devletin tarafsız olmasıyla var olma ve gelişme imkânı elde eden sivil toplumun ise, sistemin demokratik yönde gelişmesine önemli katkılar sunduğu görülmektedir. Nitekim sivil toplum alanı; bireysel özgürlüğün maksimum düzeyde hedeflendiği, katılımın yaygınlaştığı, bireylerin kendi kaderlerini tayin edebildiği demokratik bir toplum alanıdır¹. Bu alanın en temel özelliği devletten bağımsız olmasıdır². Devletten bağımsız bir sivil toplum alanının varlığı ve bu alanın genişletilmesi, toplumun devletten özerkliğinin sağlanabilmesi ve böylelikle devletin

¹ ÇAHA, Ömer, İslam ve Sivil Toplum, **İslam, Sivil Toplum, Piyasa Ekonomisi**, Liberte Yayınları, Ankara 1999, s. 116.

² KEANE, Jhon, Sivil Toplum ile Devlet Arasındaki Ayrımın Kökenleri ve Gelişimi 1750-1850, **Sivil Toplum ve Devlet –Avrupa’da Yeni Yaklaşımlar**, Der. Jhon Keane, Çev. Erkan Akın, Aksu Bora ve Ahmet Çiğdem vd., Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1993, s. 87; ERDOĞAN TOSUN, Gülgün, Birleştirici Demokrasi Devlet Sivil Toplum İlişkisinin Yeniden Yapılandırılması İçin Bir Analiz Aracı Olabilir mi”, <http://www.siviltoplum.com.tr/?ynt=icerikdetay&id=101>, 05.03.2013.

baskıcı müdahalelerine karşı demokratik sistemin korunmasına büyük katkı sağlayacaktır³. Çünkü kendi kendine oluşmuş ve devlete bağımlılığı olmayan sivil toplum örgütlerinin varlığı,⁴ devletin baskıcı müdahalelerini engelleyerek devlet iktidarının sınırlandırılması noktasında önemli işlevler üstlenmektedir. Dolayısıyla gerçek manada bir sivil toplumun varlığı, demokrasinin korunması ve yaşatılması bakımından son derece önemlidir⁵.

Esasında demokrasi ile sivil toplum arasında var olan bu sıkı ilişki, her ikisi açısından da devlet iktidarının sınırlanması, devletin tarafsızlığının sağlanması ve devletle toplum arasındaki ilişkinin güçlendirmesi, çoğulculuk, katılım ve özgür ifadeyi sağlama gibi temel bir takım fonksiyonların ortaklığından kaynaklanmaktadır. Bu fonksiyonlar aynı zamanda demokrasinin işleyişinde sivil toplumun üstlendiği temel rolleri de ifade etmektedir. Ancak demokratik ülkelerde sivil toplum, demokrasinin işleyişinde önemli fonksiyonlar üstlense de uygulamada sivil toplum-devlet ilişkisinde önemli sorunlarla karşılaştığı görülmektedir⁶. Özellikle temel unsurları sağlama bakımından demokratik olarak niteleyebileceğimiz ülkelerde, devlet ile sivil toplum arasındaki ilişkide; gerek devlet, gerekse sivil toplum tarafından demokrasinin tam anlamıyla içselleştirilememesinden ya da toplumda yerleşik olan siyasal kültürden kaynaklanan çeşitli sorunlar yaşanmaktadır.

I. SİVİL TOPLUM

A. Genel Olarak

Batı dünyasında tarihsel süreç ve şartlar içerisinde farklı anlamlar yüklenen sivil toplum kavramına, bir dönem ülkemizde ‘askerî toplum’un karşıtı bir anlam yüklenmekte ve bu hatalı yaklaşım kavramın özünden uzaklaşmasına yol açmaktaydı⁷. Halbuki sivil toplum kavramındaki sivillik, askerînin değil, medenileşmemiş ya da gayri medeni olmanın karşıtı anlamında

³ ERDOĞAN TOSUN, s. 33.

⁴ COHEN, Jashua, **Deliberation and Democratic Legitimacy**, Der. Alan Hamlin and Philipp Pettit, *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, Bail Blackwell , London 1989, s. 255.

⁵ YETİŞ, Mehmet, Tocqueville, Demokratik Devrim ve Sivil Toplum, **AÜSBF Gelişme ve Toplum Araştırmaları Merkezi Tartışma Metinleri**, No: 87, Ankara 2005, s.22

⁶ ALEMDAR, Zeynep, Sarmal Modeli Yarı Sarmak: Türkiye’de İnsan Hakları Kurumları-Devlet-AB İlişkisi, **Uluslararası İlişkiler**, C. 7, Sy. 28 (Kış 2011), s.125.

⁷ KUZU, Burhan, Demokrasi- Resmi İdeoloji- Sivil Toplum, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Gündüz Ökçün’e Armağan**, C. 47, sy. 1-2, Ankara 1992, s. 358; AKDEMİR, Süleyman, Sivil Toplum ve İslamiyet, **Yeni Türkiye Dergisi**, Kasım-Aralık 1997, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri Yayınları, Ankara 1997, s. 267.

kullanılmaktadır⁸. Edward Shils, sivil toplumu sivillikle tanımlamaktadır. Edward Shils'e göre sivillığın; basit nezaket, incelik, terbiyeyi aşan bir anlamı vardır. Sivillik başkalarının hak ve çıkarlarını kendisinin hak ve çıkarları kadar korumak, tüm insanların benzer hak ve yükümlülüklerle sahip olduğunu kabul etmek, dolayısıyla bireysel ve yerel çıkarları ortak iyi değeri etrafında uzlaştırmaya hazır olmak demektir⁹. Shils'ten sonra pek çok düşünür tarafından da sivil toplum kavramına vurgu yapıldığı, özellikle bu kavramın hürriyetleri anlatmak için kullanıldığı görülmektedir¹⁰.

Günümüze kadar sivil topluma dair çeşitli düşünceler dile getirilmekle beraber, kavramın bu günkü anlamına kavuşmasında Hegel, Marks, Gramsci gibi düşünürlerin fikirlerinin oldukça etkili olduğu görülmektedir. İlk defa devlet-toplum ayrımını yapan Hegel'e göre, bir yanda sosyal ve ekonomik zaruretlerin ve piyasa toplumunun gerektirdiği rekabet; dolayısıyla çatışmanın yer aldığı sivil toplum, diğer yandan da devleti oluşturan devlet kurumlarıyla özdeşleşen ve onunla ayniyet içinde olan siyasal toplum vardır¹¹. Hegel sivil toplumun siyasal toplumun ötesinde bir alan olduğunu söyler. Ancak Hegel, sivil toplum siyasal toplum ayrımını olumlu görmez ve devletin sivil toplum alanını düzenlemesi gerektiğini düşünür. Çünkü sivil toplum alanı egemenlik altına alınamazsa toplumda sefalet, sefalet ve etik bozulma meydana gelir¹².

Marks ise, Hegel'in sivil toplum ve devleti birbirinden ayrı gördüğü için yanıldığını, aslında sivil toplum ve siyasal toplum ayrımının doğru olmadığını ve sivil toplumun ekonomik alana tekabül eden maddi bir anlam kazandığını öne sürmektedir. Marks, sivil toplumu, önceki tüm tarihsel aşamalarda mevcut, üretici güçler tarafından belirlenen sınıf ilişkileri biçimi olarak tanımlar. O'na göre sivil toplum bir alt yapı alanıdır. Marks'ın teorisinde sivil toplum devlete bağımlı olarak düşünülmekten çıkmakta, tersine devletin topluma bağımlı olduğu ve devletin, sivil toplum tarafından belirlendiği varsayılmaktadır¹³.

⁸ BOLAY, Hayri, Sivil Toplum ve Manası, **Yeni Türkiye Dergisi**, Kasım-Aralık 1997, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri Yayınları, Ankara 1997, s. 7.

⁹ SHILS, Edward, The Virtue of Civil Society, **Government and Opposition**, Vol. 26, Issue 1, January 1991, s. 3-5.

¹⁰ ERDOĞAN, Mustafa, Sivil Toplum: Bir Kavramın Anatomisi, **Liberal Düşünce Dergisi**, Bahar-Yaz 1998, c. 3, sy. 10-11 Liberte Yayınları, Ankara 1998, s. 8-9.

¹¹ STILLMAN, Peter G., Hegel's Civil Society: A Locus of Freedom, **Polity**, Vol. 12, No. 4, Summer, 1980, s. 622-631; AZAKLI, Sedat, Devlet Sivil Toplum ve Türkiye, **Yeni Türkiye Dergisi**, Kasım-Aralık 1997, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri Yayınları, Ankara 1997, s. 225-226.

¹² STILLMAN, s. 631; BOSTANCI, Naci, Sivil Toplum Devlet ve Türkiye, **Yeni Türkiye Dergisi**, Kasım-Aralık 1997, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri Yayınları, Ankara 1997, s. 184.

¹³ LEVINE, Norman, **Marx's Discourse with Hegel**, Palgrave Macmillan Publishing, New

Gramsci, Marks'dan farklı bir şekilde sivil toplumun bir üst yapı alanı içinde olduğunu söylemektedir. Gramsci'ye göre, sivil toplum ile alt yapı alanının birbirine karıştırılması sendikalizme; siyasal toplum ile sivil toplumun birbirine karıştırılması da devletin amaç haline gelmesine ve kutsal olarak görülmesine yol açmaktadır. Sivil toplum ve siyasal toplumun uyumlu birliğinde hayat bulan devletlerde ise, siyasal toplum sivil toplum içinde eriyerek düzenlenmiş topluma geçilecektir¹⁴. Gramsci'ye göre, sivil toplum bir sosyal grubun bütün toplum üzerinde yürüttüğü kültürel hegemonyadır. Ona göre hegemonya anahtar kavramdır çünkü kültürel alandaki hegemonya sivil toplumu, siyasal alandaki hegemonya ise devleti temsil eder¹⁵. Gramsci'ye göre, sivil toplum ikna, diyalog ve uzlaşmaya dayanırken, devlet veya siyasi toplum denetim, yaptırım ya da baskı mekanizmalarını harekete geçirerek kendini topluma empoze etmeye dayanır¹⁶. Gramsci, yaptığı kavramlaştırma sonucunda devletin anlamını değiştirmekte, devlete ikna edici bir fonksiyon yüklemekten ziyade devleti emekçilerin burjuva tarafından baskı altında tutulduğu bir araç olarak görmektedir. Gramsci'ye göre, sivil toplum anlayışının kapitalist ve sosyalist dünyayı etkileyecek iki yönü vardır. Sivil toplum Avrupa komünizminin yerine katılımcı sosyalist bir demokrasiye, kapitalist ülkelerde devletin müdahalesinden uzak bir liberalizme yol açacaktır¹⁷.

B. Devlet-Toplum İlişkisi Bağlamında Ele Alınması Gereken Bir Kavram Olarak Sivil Toplum

Sivil toplum kavramından bahsederken, sivil toplumun, devlet-toplum arası ilişkilerin karşılıklı bağımlılıkları açısından değerlendirilmesi gereken bir kavram olduğu göz ardı edilmemelidir. Bu bağlamda devlet açısından

York 2012, s. 195-198; SELIGMAN, Adam, **Idea Of Civil Society**, Simon and Schuster Publishing, New York 1992, s. 51-54; BOSTANCI, s. 184; ERDOĞAN, s.14.

¹⁴ MOOUFFE Chantal, SASSOON Anne S., Gramsci in France and Italy A Review of Literature, **Antonio Gramsci: Intellectual and Political Context, Critical Assessments of Leading Political Philosophers**, Vol. 1, Ed. James Martin, Taylor & Francis Publishing, New York 2002, s. 92-95. BOSTANCI, s. 184.

¹⁵ ÇAHA Ömer, **Sivil Kadın Türkiye'de Sivil Toplum ve Kadın**, Vadi Yayınları, Ankara 1996, s. 33.

¹⁶ LEARS, Jackson, The Concept of Culturel Hegemony, **Antonio Gramsci: Intellectual and Political Context, Critical Assessments of Leading Political Philosophers**, Vol. 1, Ed. James Martin, Taylor & Francis Publishing, New York 2002, s. 324-325.

¹⁷ SCHECTER, Darrow, Two Views of the revolution Gramshi and Sorel, 1916-1920, **Antonio Gramsci: Intellectual and Political Context, Critical Assessments of Leading Political Philosophers**, Vol. 1, Ed. James Martin, Taylor & Francis Publishing, New York 2002, s. 162 vd.; SARIBAY, Ali Yaşar, **Postmodernite, Sivil Toplum ve İslam**, İletişim yayınları, İstanbul1994, s. 126.

bakıldığında devletin özerkliği; toplum açısından ise, karar alma ve ihtilaf çözme anlamında kurumsallaşmış yapıları olan devletten bağımsız bir toplumsal alanın var olmasıdır¹⁸. Ancak sivil toplum ve devlet alanlarının farklı oluşu, deneysel (ampirik) bir farklılıktan ziyade, kavramsal bir farklılıktır¹⁹.

Sivil toplumun devletten bağımsız olmasıyla kastedilen; Devletten kopuk, tamamen kendi halinde bir alan olması değildir. Bu bağlamda sivil toplum, siyaset üzerinde etkili olan, devletin ve siyasal gücün meşruiyetini aldığı, iktidardaki siyasi güç karşısında, karşı siyasi güçleri içinde barındıran ve bu güçlere başvurarak da devlet tasarruflarını etkileyen bir toplumsal alandır²⁰. Dolayısıyla yukarıda dile getirilen düşüncelerden de anlaşılabilceği üzere sivil toplum, devlete karşı oluşturulan etkinlikler alanı olarak ifade edilebilir.

Sivil toplum alanı; bireysel özgürlüğün maksimum düzeyde hedeflendiği, katılımın yaygınlaştığı, bireylerin kendi kaderlerini tayin edebildiği demokratik bir toplum alanıdır²¹. Sayılan nitelikte bir sivil toplum, ancak demokratik devletlerde görülebilir. Devletteki mevcut yapının hem kurumları hem de kuralları itibariyle demokratik olması ideal manada sivil toplum oluşumu için şarttır²².

C.SİVİL TOPLUMUN TEMEL ÖZELLİKLERİ

Günümüzde devlete karşı oluşturulan etkinlikler alanı olarak ifade edilen sivil toplumun temel özellikleri, devlet ve toplum için gereken şartlar olmak üzere ikiye ayırarak incelemek isabetli görünmektedir. İdeal manada

¹⁸ ERDOĞAN, s. 6; Benzer yönde bkz. SUNAY, Reyhan, İnsan Haklarının Korunmasında Sivil Toplumun İmkanları ve Sınırları, **Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, Sy. 1, Konya 2013, s. 110. İngilizce 'Non-Governmental Organizations' (NGO) olarak ifade edilen sivil toplum kavramında yer alan "Governmental" teriminin; hem hükümeti hem de devleti karşılayan bir ifade olduğu düşünüldüğünde, sivil toplumun devletin oluşturduğu bütün bu yapılanma dışındaki örgütlenme faaliyetine karşılık geldiği söylenebilir. TARHANLI, Turgut, STK'lar ve İnsan Hakları, **Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları no 13**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi, Kaset Çözümü: Elif Özgen, 2006, s. 2.

¹⁹ KUKATHAS, Chandran, Islam, Democracy and Civil Society, **Liberal Düşünce Dergisi**, Bahar-Yaz1998, c. 3, sy. 10-11 Liberte Yayınları, Ankara 1998, s. 39

²⁰ DURGUN, Şenol, Türkiye'de Sivil Toplum ve Devlet, **Yeni Türkiye Dergisi**, Kasım-Aralık 1997, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri Yayınları, Ankara 1997, s. 220.

²¹ ÇAHA, İslam ve Sivil Toplum, s. 116.

²² ÇAHA, Ömer, 1980 Sonrası Türkiye'sinde Sivil Toplum Arayışları, **Yeni Türkiye Dergisi**, Kasım-Aralık 1997, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri Yayınları, Ankara 1997, s. 34.

sivil toplum için devlet, hukukla sınırlanmış²³ ve özgürlükçü yapı da olmalıdır. Nitekim bu anlamdaki sivil toplum, ancak faaliyetleri itibariyle sınırlı ve hukuka bağlı devletlerin bulunduğu demokratik rejimlerde gelişebilir²⁴.

İdeal manada sivil topluma ulaşabilmek için toplumun taşıması gereken beş ön koşul vardır. Bunlar, 1-*Toplumsal farklılaşma*: etnik, kültürel, dinsel, ideolojik, siyasi, ekonomik veya cinsiyet bazındaki farklılaşmalar sivil toplumun varlığı için gerekli temel bir husustur²⁵. 2-*Sosyal örgütlenme*, belirtilen örgütlenmenin farklılaşmış alanlarda politika üretebilecek nitelikte olması²⁶ ve toplumun belli bir kesimine değil bütün farklı kesimlerine doğru kapsamı genişletilmiş olması anlamına gelmektedir²⁷. 3-*Örgütlenmenin gönüllü olması* gerekmektedir²⁸. Genel olarak sivil toplum, yurttaşların kamusal alana gönüllü katılımıyla oluşmaktadır. Bu çerçevede bütün bireylerin katılımına açık kuruluşlar, dernekler, sivil oluşumlar gibi örgütlenmeler sivil toplumun söz konusu özelliğine en iyi örneği teşkil ederler²⁹. Örgütlenmenin gönüllü olması bakımından mesleki kuruluşlar ve dini cemaatler, sivil toplum yönünde bir örgütlenme olarak düşünülebilmektedir. Ancak katılımın gönüllülük esasına dayanmadığı aşiret gibi topluluklar ile bir meslek veya sanatı icra edebilmek için üyeliğin zorunlu kılındığı baro ve tabip odası gibi meslek kuruluşları sivil toplum kuruluşu olarak kabul edilmemektedir³⁰. Dolayısıyla sadece örgütlü olmak sivil toplum için yeterli bir husus değildir³¹. 4-Sivil

²³ BARRY, Norman, Klasik Liberalizm ve Sivil Toplum, **Liberal Düşünce Dergisi**, Bahar-Yaz 1998, C. 3, Sy. 10-11 Liberte Yayınları, Ankara 1998, s. 50; ERDOĞAN, s. 8.

²⁴ ÇAHA, Ömer, Türkiye’de Sivil Toplumun Sorunları, **Liberal Düşünce Dergisi**, Bahar-Yaz1998, c. 3, sy. 10-11 Liberte Yayınları, Ankara 1998, s. 23; ÇAHA, Ömer, **Aşkın Devletten Sivil Topluma**, Gendaş Yayınları, İstanbul 2000, s. 58; ERDOĞAN, s. 8; MARANGOZ, Mehmet, Toplumsal Barışın Sağlanmasında STK’ların Rolü, **Dernekler Dergisi**, Sy. 7, http://www.siviltoplunakademisi.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=488:toplumsal-barn-salanmasnda-stklarn-rolue-&catid=49:akademik&Itemid=113

²⁵ ÇAHA, Aşkın Devletten Sivil Topluma, s. 61; SUNAY, s. 112; ERDOĞAN, s. 8.

²⁶ ÇAHA, Sivil Toplum Arayışları, s. 31-32; SUNAY, s. 112.

²⁷ KARAMAN, s. 204.

²⁸ SARIBAY, Ali Yaşar, Türkiye’de Demokrasi ve Sivil Toplum, **Liberal Düşünce Dergisi**, Bahar 1997, C. 2, sy. 6, Liberte Yayınları, Ankara 1997, s. 33; AKDEMİR, s. 269; SUNAY, s. 112, 115.

²⁹ DOĞAN, İlyas, **Özgürlükçü ve Totaliter Düşünce Geleneğinde Sivil Toplum**, Alfa Yayınları, İstanbul 2002, s. 275.

³⁰ ÇAHA, Aşkın Devletten Sivil Topluma, s. 62-63; ATAR, Yavuz, Demokratik Sistemde Sivil Toplumun Fonksiyonları ve Sivil Toplum Devlet Düalizmi, **Yeni Türkiye Dergisi**, Kasım-Aralık 1997, Yeni Türkiye medya Hizmetleri Yayınları, Ankara 1997, s. 98; DOĞAN, s. 238.

³¹ DOĞAN, s. 238.

toplum örgütlerinin³² siyasi faaliyetler aracılığıyla (Protesto, miting, gösteri gibi) *Baskı mekanizması oluşturmaları* gerekmektedir. Baskının şiddetten uzak olması gerekir. Sivil toplum örgütlerinin birer baskı grubu olarak gelişebilmesi için siyasetle meşru bir zeminde uğraşmalarının sağlanması³³ ve hatta tıpkı siyasi partiler gibi siyasal yaşamın vazgeçilmez unsuru olarak kabul edilmeleri gerekmektedir³⁴. 5-Sivil toplum örgütlerinin siyasetle meşru zeminde uğraşmalarının sağlanması *kendi politikalarını rahatça belirlemeleri (otonomileşmeleri) gerekmektedir*. Esasında otonomileşme daha çok sistemin demokratik olup olmamasıyla irtibatlı olan bir durumdur. Sosyal otonomi sağlayamayan ve devlete göbek bağıyla bağlı olan grupların resmi ideolojinin dışına çıkıp, devlet alanını etkilemelerini düşünmek bir hayli güçtür³⁵. Oysa sivil toplum düşüncesinin temelinde sivil örgütlerinin özerkliği yatmaktadır. Bu bağlamda devlet kontrolünde olmamak, devlet denetiminin dışında olmak sivil kuruluşlar için son derece önemlidir³⁶.

Sivil toplum unsurlarının en belirgin özelliği devlet karşısında, devlete bağımlı olmayan ve tamamen gönüllü ilişkilere dayanan bir özellik arz etmesidir. Ancak sivil toplumun devlet karşısında ve bağımsız olması, devletin her tür etkinliği kontrol etmesini engelleyici bir durum meydana getirmekle birlikte³⁷, sivil toplum örgütleriyle ilgili hukuki düzenleme yapılamaması ya da sivil toplum örgütlerinin hukuku ihlal edebileceği anlamına gelmemektedir. Sivil toplum örgütleri de tıpkı bireyler gibi hukuka uygun davranmak zorundadırlar. Fakat devlet, hukuki düzenlemelerle sivil toplum örgütlerinin iç ilişkilerine müdahale etmemeli veya sivil toplum örgütlerini kendi istediği gibi yönlendirmeye kalkışmamalıdır³⁸. Diğer bir deyişle sivil toplum, devlet iktidarına karşı saygılı olmakla birlikte devletten özerk olmalıdır³⁹.

³² Sivil toplumun taşıyıcı unsuru olan örgütlenmeleri ifade etmek üzere ‘sivil toplum kuruluşu’, ‘sivil toplum örgütü’, sivil toplum kurumları’, ‘üçüncü sektör’, ‘gönüllü kuruluşlar’, ‘yönetim/devlet dışı kuruluşlar’ gibi farklı kavramlar kullanılmaktadır. SUNAY, s. 113. Çaha’nın da ifade ettiği gibi sözü edilen kavramlardan sivil toplumun taşıyıcı unsuru olan örgütlenmeleri karşılamak bakımından en isabetli kavram, herhangi bir kurumun çatısı altında bulunmaması ve resmi nitelik taşımaması nedeniyle sivil toplum örgütleridir. ÇAHA, Ömer, **Açık Toplum Yazıları**, Liberte Yayınları, Ankara 2004, s. 181-182.

³³ ÇAHA, Sivil Toplum Arayışları, s. 31-32

³⁴ ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, Siyasal Partiler ve Sivil Toplum Örgütleri, **Anayasa Yargısı**, c. 16, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1999, s. 109.

³⁵ ÇAHA, Sivil Toplum Arayışları, s. 31-32.

³⁶ DOĞAN, s. 275.

³⁷ ATAR, s. 98.

³⁸ ATAR, s. 98.

³⁹ SARIBAY, Türkiye’de Demokrasi ve Sivil Toplum, s. 33.

II. FARKLI DEMOKRASİ ANLAYIŞLARINDA SİVİL TOPLUMUN YERİ

Sözlük anlamı itibariyle halk yönetimi manasına gelen demokraside, iktidar halk iradesinden kaynaklanmaktadır⁴⁰. Bu yönüyle diğer siyasi sistemlerden ayrılan demokratik yönetimler, hiçbir siyasal sistemde olmadığı kadar halka dayandığı iddiasını taşımamaktadır. Bu iddia ise, demokrasilerde halkın seçme ve seçilme hakkına sahip olmasıyla somutlaşmaktadır⁴¹. Halkın iradesine dayanan demokrasilerde, temel belirleyici siyasal kararların halkın çoğunluğunun iradesiyle seçilen temsilciler tarafından alınması günümüzde bir zorunluluk haline gelmiştir⁴². Ancak demokrasi, düzenli aralıklarla yapılan serbest seçimlerle ya da yöneticilerin belirlenmesiyle sınırlı bir rejim değildir.

Bu bağlamda zorunlu şartlarına yer vermeksizin demokrasiyi sadece halkın yönetimine indirgemek isabetli bir yaklaşım değildir. Nitekim demokrasinin tanımlayıcı niteliği halkın yönetimi olmakla beraber, demokrasinin varlığı için zorunlu şartları taşımayan siyasal sistemlerin demokratik olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Bütünüyle mutabakat bulunmamakla birlikte demokratik bir siyasal sistemin varlığı için zorunlu şartlar olarak; özgür ve düzenli seçimler, siyasi çoğulculuk ve çok partili siyasal hayat, temel hak ve hürriyetlerin korunması, seçilmişlerin atanmışlara üstünlüğü ifade edilmekte ve bu şartlara yerel demokrasi, açık toplum, açık yönetim ve sivil toplumun varlığı da ilave edilmektedir⁴³.

⁴⁰ SCHUMPETER, Joseph A., **Capitalism, Socialism and Democracy**, Routledge, London New York, 2012, s. 243; SARTORI, Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, Çev. Tuncer Karamustafaoğlu-Mehmet Turan, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s. 22-35; CHRYSSOC-HOOU, Dimitris, **Democracy in the European Union**, I.B.Tauris, London 2000, s. 27-28; MOONEY Annabelle, EVANS Betsy, **Globalization The Key Concepts**, Taylor & Francis, Oxon 2007, s. 62; ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi Yayınları, Ankara 2004, s. 232; TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s. 92-93. Demokrasiyi sadece halkın yönetimine indirgemek hatalı bir yaklaşımdır. Bu temel özelliğin yanı sıra demokrasinin genel kabul gören başka temel unsurları da bulunmaktadır. Bunlar; özgür ve düzenli seçimler, siyasi çoğulculuk ve çok partili siyasal hayat, temel hak ve hürriyetlerin korunması, seçilmişlerin atanmışlara üstünlüğü olarak sıralanabilir. ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s. 287-312.

⁴¹ GÜLSOY, Tevfik, **Demokrasilerde Siyasal Parti Teşkilatı ve Parti İçi Demokrasi**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Konya 2000, s. 16.

⁴² HEWLETT, Nick, **Democracy in Modern France**, Continuum International Publishing Group, New York 2005, s. 1-8.

⁴³ ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s. 232, 287-312; ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya 2011, s. 66. Dahl ideal demokrasinin varlığı için sekiz şart sıralamaktadır. Bunlar 1-seçme hakkı, 2- seçilme hakkı, 3-Siyasal liderlerin yarışma hakkı, 4- özgür ve adil seçimler 5- örgütlenme özgürlüğü 6-ifade özgürlüğü 7- Alternatif bilgi kaynakla-

Demokrasiyi sözü edilen zorunlu şartlardan bağımsız olarak, sadece seçimlerde çoğunluğu elde edenlerin yönetimi biçiminde ele almak, beraberinde çoğunluk iradesinin mutlaklığına dayanan çoğunlukçu demokrasi anlayışını getirmektedir. Bunun tersini ifade eden çoğulcu demokrasi ise, siyasi çoğulculuk, çok partili siyasal hayat ve sivil toplumun varlığı gibi zorunlu şartlar ekseninde şekillenmektedir⁴⁴.

Geçirdiği tarihsel gelişim sürecinde ilk olarak çoğunlukçu şekilde anlaşılan⁴⁵ ve kökenlerini Rousseau'da bulan çoğunlukçu demokrasi anlayışı, çoğunluğun oyunu almış olan kimselerin mutlak yönetimini öngörmektedir. Esasında demokrasinin mantıklı bir biçimde çoğunluk yönetimini öngörmesini suiistimal eden bu yaklaşım, çoğunluğun makul sınırları aşarak mutlak belirleyiciliğini öngörmektedir⁴⁶. Söz konusu yaklaşıma göre, çoğunluk, sınırsız ve mutlak bir biçimde üstün ve yanılmaz niteliktedir. Çoğunlukçu

rının varlığı 8-Kamusal politikaları seçmenlerin tercihlerine bağlı kılan kurumlardır. DAHL, Polyarchy, s. 3.

⁴⁴ HEWLETT, s. 1-8.

⁴⁵ HEWLETT, s. 1-8.

⁴⁶ Günümüzde genellikle temsili bir şekilde işleyen demokrasilerde; yönetime ilişkin kararlar halkın temsilcileri tarafından alınmakta ve dolaylı da olsa kararlar halk tarafından şekillendirilmektedir. Bu çerçevede kararların alınmasında benimsenebilecek en iyi yöntem, çoğunluğun belirleyiciliğidir. Bunun karşısındaki alternatifler ise, oybirliğinin sağlanması veya azınlığın yönetimidir. Oybirliğinin sağlanması, günümüzde devletlerin sahip olduğu nüfus düşünüldüğünde mümkün değildir. Azınlığın yönetimi ise, mantıksız bir yaklaşımdır. Dolayısıyla geriye tek bir alternatif kalmaktadır ki, o da çoğunluk yönetimidir. Ancak demokrasi açısından önemli olan husus, çoğunluğun yönetiminin ne ölçüde mutlak olacağıdır. LANE Jan-Erik, ERSSON Svante O., **Democracy: a Comparative Approach**, Routledge, New York 2003, s. 7-8; HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 52, Sy. 4, Y. 2003, s. 69-71. Aynı Yönde Bkz. ATAR, Türk Anayasa Hukuku, s. 65; ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s. 304-305. İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk, **Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2010, s. 83-84. Göztepe tarafından; genellikle Rousseau'nun görüşlerine dayandırılan çoğunlukçu demokrasi anlayışının, esasında Rousseau'nun temsili demokrasiyi reddetmesi nedeniyle doğru olmadığı ileri sürülmektedir. Daha ayrıntılı bilgi için Bkz. GÖZTEPE, Ece, Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışına Karşı Çoğulcu Demokrasi Modelleri: Normatif Düzenleme Olanakları ve Bunun Sınırlılığı Üzerine Bazı Düşünceler, **Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2010, s. 130 vd. "Demokrasilerde çoğunluğun yönetme hakkı demokratik karar alma sürecinde bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır." HAKYEMEZ, s. 72. Çoğunluğun yönetme hakkına sahip olmasının tek gerekçesi "daha büyük bir sayının haklılığı"dır. LIPSON, Esle, **Demokratik Uyarılık**, Çev: Haldun Güllalp, Türker Alkan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1984, s. 476. Çoğunluğun yönetme hakkının meşrulaştırılması hususunda daha ayrıntılı bilgi için bkz. HAKYEMEZ, s. 73 vd.

demokrasi anlayışının çoğunluk iradesine yüklediği bu nitelikler; hem insan haklarının ihlal edilmesine yol açmakta, hem de demokrasinin en temel özelliği olan, azınlığın barışçıl olarak çoğunluğa dönüşmesini engellemektedir⁴⁷.

Demokrasilerde mantıki bir sonuç olan çoğunluğun yönetimi, çoğunluğun egemenliğine dönüşerek azınlıkta kalanların zararına işlemesi durumunda çoğunluk despotizmi ortaya çıkmış olur ki, böyle bir tehlike çoğunluğun iktidarının sınırlandırılmasını zorunluluk haline getirmektedir⁴⁸.

Farklı görüşlerin kendini ifade etmesine ve yönetime katılmasına aracılık eden sivil toplumun ise, böyle bir anlayışta kendisine yer bulması pek mümkün görünmemektedir. Çoğunlukçu demokrasinin sözü edilen sakıncalarını gidermek amacıyla benimsenen yaklaşım ise, çoğulcu demokrasidir.

Çoğulcu demokrasi anlayışında, çoğunluğun bilinçli olarak ya da yanılarak insan hakları, hukuk devleti ve demokrasiyle çelişebilecek uygulamalara gidebileceği gerçeğinden yola çıkılarak, çoğunluğun yönetimi karşısında azınlıkta kalan kimselerin hak ve hürriyetlerinin korunması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla çoğulcu demokrasi; çoğunluğun sınırlı egemenliği anlamına gelmektedir. Nitekim çoğulcu demokraside çoğunluğa ait olan yönetme hakkı, azınlık haklarıyla sınırlandırılmış bir anlam taşımaktadır⁴⁹.

Bu anlamda çoğulcu demokrasinin gerçek anlamını kazanabilmesi için belli esaslara dayanması gerekmektedir. Bunlar, temel hak ve hürriyetlerin tanınması ve korunması, anayasanın üstünlüğünün sağlanması, kuvvetler ayrılığı, yönetimin yargısal denetiminin sağlanması siyasi çoğulculuk, çok partili siyasal hayat ve sivil toplumun varlığı gibi evrensel hukuk devleti ve insan haklarının gerekleriyle bağlantılı hususlardır. Bu hususlar demokrasiler açısından en önemli tehlike olan çoğunluğun diktatörlüğünün önüne geçilebilmesi için hem azınlığın haklarının korunmasını, hem de azınlığın barışçıl bir şekilde çoğunluğa dönüşebilmesi temin edecek güvencelerdir⁵⁰.

⁴⁷ ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s. 305-306; ATAR, Türk Anayasa Hukuku, s. 64-65.

⁴⁸ GÖZE, Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 252-253.

⁴⁹ PETAUX, Jean, **Democracy and Human Rights for Europe: the Council of Europe's Contribution**, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2009, s. 9; DİNÇKOL, Bihterin, Yönetilenlerin “Öz” Yönetimi - Kamuoyu, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 5, Sy. 10, Güz 2006/2, s. 59; ATAR, Yavuz, Çağdaş Demokrasinin Siyasal Boyutu: Türkiye’de Demokratikleşme ve Anti-Demokratikleşme Göstergeleri, **Yeni Türkiye**, y. 3, sy. 17, 1997, s. 73; HAKYEMEZ, s. 89-90; BİLİR, s. 340-341; YAVUZ, Türk Anayasa Hukuku, s. 283vd, 292.

⁵⁰ HAKYEMEZ, s. 89-90; YAVUZ, Türk Anayasa Hukuku, s. 292; AYBAY, Rona,

Demokrasilerde yönetme yetkisinin dayandığı halk kendi içersinde çeşitlilik gösteren çoğulcu bir yapı olması nedeniyle, demokratik yönetimlerde bu çoğulcu anlayışa dayanmak zorundadır. Nitekim demokratik bir siyasal sistemde farklı dünya görüşlerine, ideolojilere ve inançlara sahip bireylerin serbestçe örgütlenerek gerek siyasi parti gerekse sivil toplum örgütleri şeklindeki yapılar aracılığıyla faaliyet gösterebilmelerinin engellenmemesi gerekmektedir⁵¹. Nitekim çoğunlukçu demokrasilerde kendisine çoğunlukla örtüştüğü oranda yer bulabilecek olan söz konusu yapılar, çoğulcu demokrasilerde hangi görüşe sahip olursa olsun varlığı demokrasinin zorunlu bir şartı olarak ele alınmaktadır.

Çoğulcu demokrasi açısından bireylere doğuştan sahip olduğu insan haklarının sağlanması, hukuk devletinin gereklerine uyulmasının yanı sıra, hukuki mekanizmalar dışında çoğunluğun denetlenebilmesine ve siyasi iktidarın sınırlandırılmasına imkan sağlayan katılımcı mekanizmalara yer verilmesi gerekir⁵². Nitekim demokratik rejimlerin var olduğu ülkelerde karşılaşılan en önemli sorunlardan biri, devlet iktidarının sivil toplumu ve temel hak ve özgürlükleri baskılayacak biçimde kötüye kullanılmasını önleyecek mekanizmaların kurulmasıdır. Demokratik bir devletin var olabilmesi için yargı denetimi ve kuvvetler ayrılığı gibi hususların yanı sıra çoğulcu, devletten bağımsız bir sivil toplumun varlığı vazgeçilmez bir unsurdur⁵³. Bu tarz bir sivil toplum alanının varlığı ve bu alanın genişletilmesi, toplumun devletten özerkliğinin sağlanabilmesi ve böylelikle devletin baskıcı müdahalelerine karşı demokrasinin korunmasına büyük katkı sağlayacaktır⁵⁴. Çünkü kendi kendine oluşmuş ve devlete bağımlılığı olmayan sivil toplum örgütlerinin varlığı,⁵⁵ devletin baskıcı müdahalelerini engelleyerek devlet iktidarının sınırlandırılmasında önemli bir işlev üstlenecektir. Dolayısıyla gerçek

'Çoğunlukçu' ve 'Çoğulcu' Demokrasi Ayrımı, **Cumhuriyet**, 19.06.2010; BİLİR, s. 340-341; UYGUN, Oktay, Demokrasinin Çoğunlukçu ve Çoğulcu Modelleri İki Bin Beşyüz Yıllık Bir Tartışmanın Analizi, **Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2010, s. 23-36

⁵¹ ERDOĞAN, Anayasal Demokrasi, s. 294.

⁵² SELÇUK, Sami, **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 1999, s. 19.

⁵³ KEANE, Jhon, Sivil Toplum ile Devlet Arasındaki Ayrımın Kökenleri ve Gelişimi 1750-1850, **Sivil Toplum ve Devlet –Avrupa’da Yeni Yaklaşımlar**, Der. Jhon Keane, Çev. Erkan Akın, Aksu Bora ve Ahmet Çiğdem vd., Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1993, s. 87; ERDOĞAN TOSUN, s. 49.

⁵⁴ ERDOĞAN TOSUN, s. 33.

⁵⁵ COHEN, s. 255.

manada bir sivil toplumun varlığı, demokrasinin korunması ve yaşatılması bakımından son derece önemlidir⁵⁶. Ayrıca çoğulcu demokrasi açısından demokratik katılımın önündeki engellerin kaldırılması önemli gerekliliklerdir. Bu bağlamda özellikle çoğulcu demokrasinin, sivil toplumla olan ilişkisi bağlamında siyasi katılımın toplumun bütün kesimlerini kapsayacak ölçüde geniş tutulması son derece önemlidir. Hatta çoğulcu demokrasi yaklaşımı kapsamında, demokrasiye aykırılık teşkil eden görüşlerin dahi hoşgörüsüyle karşılanması ve bu görüşlerin rejim içine çekilerek etkisiz hale getirilmesi savunulmaktadır⁵⁷. Dolayısıyla gerçek anlamda çoğulcu demokrasinin, ancak, halkın değişik yollardan ve mümkün olan en geniş ölçüde siyasal karar alma sürecine katılması ile gerçekleşeceği söylenebilir⁵⁸.

Halkın yönetime katılımının önem arz ettiği çoğulcu demokrasi anlayışında; katılımın sağlanması bakımından siyasi partiler oldukça önemli bir yere sahip olmakla birlikte⁵⁹, katılımı sağlayacak tek araç değildir. Nitekim demokrasi, düzenli aralıklarla yapılan serbest seçimlerle ya da yöneticilerin belirlenmesiyle sınırlı bir rejim değildir. Vatandaşların seçim dışındaki zamanlarda fikirlerini açıklamak ve bunları karşılıklı tartışmak suretiyle yönetimi etkilemek imkânına sahip olmaları, rejimin demokratik niteliğini belirleyen temel unsurlardan biridir⁶⁰. Demokrasiyi seçimlerden ibaret gören elitist anlayışın aksine katılımcı demokrasi, vatandaşların siyasi hayata aktif olarak katılmalarını öngörmektedir. Daha da ileri giden bu anlayış, demokrasilerde vatandaşların kamu işlerini tartışmalarının sadece hak değil, aynı zamanda görev olduğu dahi ileri sürülmektedir. Esasen demokrasinin kurulması kadar korunması ve yaşatılmasının da önemli oluşu, bu görüşe haklılık kazandırmaktadır⁶¹.

⁵⁶ YETİŞ, s.22

⁵⁷ DALTON, Russell J., Citizenship Norms and the Expansion of Political Participation, **Political Studies**, Vol. 56, Issue 1, 2008, s. 84-85.

⁵⁸ YANIK, Murat, **Parti İçi Demokrasi**, Beta Yayınları, İstanbul 2002, s. 74; KÖKER, Levent, Seçim Sistemleri ve Siyasî Çoğulculuk, **Anayasa Yargısı**, c. 23, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006, s. 201

⁵⁹ ÖZBUDUN, Ergun, **Siyasal Partiler**, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, s. 162; KABASAKAL, Mehmet, Factors Influencing Intra-party Democracy and Membership Rights: The Case of Turkey, **Party Politics**, July 2012, s. 2.

⁶⁰ Dahl ideal demokrasinin varlığı için sekiz şart sıralamaktadır. Bunlar 1-seçme hakkı, 2- seçilme hakkı, 3-Siyasal liderlerin yarışma hakkı, 4- özgür ve adil seçimler 5- örgütlenme özgürlüğü 6-ifade özgürlüğü 7- Alternatif bilgi kaynaklarının varlığı 8-Kamusal politikaları seçmenlerine tercihlerine bağılı kılan kurumlardır. DAHL, Polyarchy, s. 3.

⁶¹ SUNAY, Reyhan, **İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001, s. 14-15; TEORELL, Jan, Political Participation and Three Theories of Democ-

Bu noktada halkın yönetime katılımının sağlanması bakımından en önemli araçlardan biri olan sivil toplumun, günümüz demokrasilerinin korunması ve yaşatılması hususunda özgürlük ve eşitlik gibi vazgeçilmez bir niteliğe ulaştığı söylenebilir. Özgürlük ve eşitlik gibi temel demokratik değerlere ilişkin söylemlerin gelişmesine katkıda bulunan sivil toplumun aynı zamanda gerçek bir demokrasi de kişilerin düşüncelerini dile getirmeleri ve ülke yönetimine her düzeyde katılmalarına imkân sağlaması önemli bir husustur⁶². Bu bağlamda günümüzün katılımcı ve çoğulcu demokrasileri, eşitliğin sağlandığı, bireysel özgürlüklerin maksimum düzeyde amaçlandığı ve farklılıkların hoş görüyle karşılanarak yönetime katılabildiği siyasal sistemler olarak şekillenmektedir⁶³.

III. DEMOKRASİNİN İŞLEYİŞİNDE SİVİL TOPLUMUN TEMEL FONKSİYONLARI

Demokrasinin işleyişinde sivil toplum; devlet iktidarının sınırlanması, devletin tarafsızlığının sağlanması ve devletle toplum arasındaki ilişkinin güçlendirmesinin yanı sıra, çoğulculuğu, katılımı ve özgür ifadeyi sağlama gibi temel bir takım fonksiyonlar üstlenmektedir. Demokrasinin işleyişinde sivil toplumun bu rolleri üstlenmesinin temel gerekçesi, demokrasi ile sivil toplum arasında var olan sıkı ilişkiden kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede “devlete karşı oluşturulan etkinlikler alanı” olarak ifade edilen sivil toplum alanı; bireysel özgürlüğün maksimum düzeyde hedeflendiği, katılımın yaygınlaştığı, bireylerin kendi kaderlerini tayin edebildiği demokratik bir toplum alanıdır⁶⁴. Bu özellikleriyle demokrasinin zayıf taraflarına karşı ara yapı işlevi gören⁶⁵ ve demokratikleşmenin itici gücünü oluşturan sivil toplum⁶⁶, demokrasinin bir süreç şeklinde işleminin de bir sonucu olarak; gerek demokrasiye geçişte, gerekse demokrasinin pekişmesinde önemli bir araç işlevi görmektedir⁶⁷.

racy: A Research Inventory and Agenda, *European Journal of Political Research*, Vol. 45, Issue 5, 2006, s. 787-792, 794-795, 805.

⁶² DOĞAN, s. 89-90, 96-99; KEYMAN, s.28.

⁶³ ÇAHA, İslam ve Sivil Toplum, s. 116; ÇAHA, Sivil Toplum Arayışları, s. 34.

⁶⁴ ÇAHA, İslam ve Sivil Toplum, s. 116; SUNAY, Sivil Toplumun İmkânları ve Sınırları, s. 123-127.

⁶⁵ Tocqueville göre, sivil toplum demokrasinin zayıf taraflarına karşı ara yapı işlevi görmektedir. GÖZE, s. 255.

⁶⁶ DİKMEN CANİKLİOĞLU, Meltem, *Sivil Toplum ve Türkiye Demokrasisindeki İzdüşümleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s.94

⁶⁷ GÖNENÇ AKPINAR Aşşenur, *Sivil Toplum: Düşünsel Temelleri ve Türkiye Perspektifi*, Altkitap 2001, s. 47-50.

Bu bağlamda devletteki mevcut yapının hem kurumları hem de kuralları itibariyle çoğulcu demokratik nitelikte olması ve bunu sürdürebilmesi sivil toplumun varlığına bağlı olduğu gibi, demokratik bir sivil toplumun varlığı da çoğulcu demokratik bir devlete bağlıdır. Dolayısıyla gerek demokrasi gerekse sivil toplum varlıklarını sürdürebilmelerini karşılıklı olarak birbirlerine borçludurlar⁶⁸.

Nitekim Batı ve Doğu Avrupa ülkelerinde yaşanan deneyimler, sivil toplumun var olabilmesi için demokrasinin, demokrasinin var olabilmesi için de sivil toplumun zorunlu olduğunu göstermiştir. Genel olarak liberal değerleri referans alan Batı Avrupa ülkelerinde demokrasiyle sivil toplum el ele gelişirken, sosyalist değerleri referans alan Doğu Avrupa ülkelerinde ne sivil toplum, ne de demokrasi gelişmemiştir. Sosyalist rejimlerde yaşayan kitlelerin 1980’li yıllardan itibaren özgürlükçü ve çoğulcu değerleri referans almalarıyla birlikte sivil toplum meydana gelmeye başlamış ve sivil toplumun canlanmasıyla birlikte demokratik süreç başlamıştır⁶⁹.

Türkiye’de de demokratikleşme ile sivil toplum birbirine paralel biçimde gelişmekte, bir yandan sivil toplum Türkiye’nin demokratikleşmesine katkıda bulunurken, öte yandan yaşanan demokratikleşme süreci de sivil toplumun gelişmesine katkıda bulunmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, burada ifade edilen farklılıklara saygılı, çoğulcu, devlet vesayeti altında olmayan demokratik bir sivil toplumun varlığıdır⁷⁰. Aksi takdirde antidemokratik amaç ve yöntemleri içeren bir sivil toplumun demokrasiyle sıkı bağ içerisinde olamayacağı açıktır.

Anlatılanlardan da anlaşılacağı üzere, devletin demokratik olmasıyla sivil toplum gelişmekte, sivil toplum geliştikçe de devletin demokratikliği artmaktadır. Dolayısıyla demokratik bir yapı için sivil toplum anahtar bir rol üstlenmektedir⁷¹. Esasında demokrasi ile sivil toplum arasındaki sözü edilen sıkı ilişki, her ikisi açısından da devlet iktidarının sınırlandırılması,

⁶⁸ ÇAHA, Sivil Toplum Arayışları, s. 34; KEYMAN, E. Fuat, **Türkiye’de Sivil Toplumun Serüveni: İmkânsızlıklar İçinde Bir Vaha**, Sivil Toplum Geliştirme Merkezi Yayını, Ankara 2006, s. 68; GÖNENÇ AKPINAR, s. 50.

⁶⁹ ÇAHA, Ömer, Liberal ve Sosyalist Ülkelerde Sivil Toplum, **Liberal Düşünce Dergisi**, Güz 1999, C. 4, sy. 16 Liberte Yayınları, Ankara 1999, s. 125. Benzer Yönde Bkz. SUNAY, Sivil Toplumun İmkânları ve Sınırları, s. 109.

⁷⁰ KEYMAN, s. 65-68.

⁷¹ KUZU, s. 358; GENÇKAYA, Ömer Faruk, Demokratikleşme ve Sivil Toplum İlişkisi Üzerine Bir Not, **Yeni Türkiye Dergisi**, Kasım-Aralık 1997, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri Yayınları, Ankara 1997, s. 102; KEYMAN, s.68.

devletin tarafsızlığının sağlanması ve devletle toplum arasındaki ilişkinin güçlendirmesi, çoğulculuk, katılım ve özgür ifadeyi sağlama gibi temel bir takım fonksiyonların ortaklığından kaynaklanmaktadır. Bu fonksiyonlar aynı zamanda demokrasinin işleyişinde sivil toplumun üstlendiği temel rolleri ifade etmektedir.

Demokrasinin işleyişinde sivil toplumun üstlendiği en önemli rollerden biri “*devlet iktidarını sınırlandırmadadır.*” Kuvvetler ayrılığı ve düzenli seçimler gibi olgular, devlet gücünün tek elde toplanmasını engelleme açısından önem arz etmekle beraber devlet iktidarını sürekli denetleyecek ilave mekanizmalara ihtiyaç bulunmaktadır. Bu noktada sivil toplum alanı bünyesinde faaliyet gösteren sivil toplum örgütleri, devletin denetlenmesi ve sınırlandırılması açısından etkili bir mekanizma olarak karşımıza çıkmaktadır⁷².

Sivil toplumun devlet iktidarının sınırlandırılması noktasında sunduğu etkili mekanizma, bu yöndeki taleplerin siyasal, ekonomik, kültürel ve ahlaki temellerini oluşturmasından kaynaklanmaktadır. Sivil toplum örgütlerinin sözü edilen etkisi; önemli bir hâkimiyete sahip bulunan devlet merkezli ve toplumu yukarıdan aşağıya şekillendiren anlayışa meydan okumaları, sosyal hayatı devletten bağımsız biçimde etkin hale getirmeleri ile ödev temelli vatandaşlık anlayışı yerine hak ve özgürlükler çerçevesinde şekillenen aktif vatandaşlık anlayışını sağlama yönündeki çabalarından kaynaklanmaktadır⁷³.

Sivil toplum tarafından ortaya konulan bu yöndeki tüm gayretler, siyasal iktidarın toplumu kendi diktası altına alma girişimlerine karşı, iktidarda olmayan azınlık kesimlerinin düşüncelerinin iktidara iletilmesinde ve topluma yaygınlaştırılmasında önemli roller üstlenmesini sağlamaktadır. Ancak bunun için toplumla sıkı iletişim halinde olan, toplumsal hayatı devletten bağımsız olarak etkin kılmaya çalışan ve etkin bir sivil toplum alanının varlığı gerekmektedir. Bahsedilen niteliklerdeki sivil toplumun varlığı, devlet gücünün herhangi bir çoğunluk ya da azınlık bir grup tarafından ele geçirilerek, sınırsızca kullanılmasına karşı en önemli güvenceyi oluşturmaktadır⁷⁴. Kısaca sivil toplumun sunduğu toplum kaynaklı bu sınırlayıcı güç, devlet iktidarının keyfi davranışlarına karşı en önemli engeli oluşturmaktadır. Dolayısıyla demokrasi

⁷² YETİŞ, s.18; GÖNENÇ AKPINAR s. 47-49.

⁷³ KEYMAN, s. 28.

⁷⁴ KARADAĞ, Ahmet, Demokratikleşme ve Sivil toplum: Liberal Düşünce Topluluğu Örneği, **Sivil Toplum ve Demokrasi**, Kaknüs Yayınları, İstanbul 2005, s.69-70; GÖNENÇ AKPINAR, s. 47-49; KEYMAN, s. 65; Benzer Yönde Bkz. YILDIRIM, İbrahim, **Demokrasi Sivil Toplum Kuruluşları ve Yönetişim**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 48.

açısından sivil toplumun gerekliliğinin, devlet iktidarının sınırlandırılması bakımından üstlendiği hayati rolden kaynaklandığı söylenebilir⁷⁵.

Demokrasilerde sivil toplumun, devlet iktidarını sınırlayıcı nitelikte üstlendiği fonksiyonun yanı sıra özerk ve tarafsız bir devleti gerektirdiği ve devleti tarafsızlık yönünde baskıladığı söylenebilir. Esasında demokratik devletlerin özünde farklı din, dil, ırk, siyasi düşünce ve ideolojiler karşısında tarafsız kalmak bulunmakla birlikte, bu durumun hayata geçirilmesi için hukuk devleti gibi mekanizmaların yanında sivil toplumun da varlığı son derece önemlidir. Nitekim devletin özerkliğini ve tarafsızlığını sağlayan husus, hiçbir hakim ideolojinin varlığına bağlı olmaksızın her görüşteki sivil toplum örgütleriyle birlikte çalışarak sosyal bir sinerji oluşturulmasıdır⁷⁶. İşte sivil toplum örgütleri devletleri, bu tarzda bir sinerji yaratılması için baskı altına almaktadırlar.

Demokrasilerde sivil toplumun üstlendiği bir diğer fonksiyon ise, *“devletin toplumla olan ilişkisini güçlendirmesidir.”* Bu çerçevede devletten bağımsız özgür bir sivil toplumun varlığı, özellikle devletin topluma ve bireye baskısını azaltarak devletle toplum/birey arasında bağlar kurulmasına ve karşılıklı iletişim ve ilişkilerin güçlendirilmesini sağlamaktadır⁷⁷. Böylelikle hem devlet yönetiminde uygulanacak politikalar, toplumun talepleri doğrultusunda şekillenerek demokratikleşmeye önemli bir katkı sağlanmış olacak⁷⁸, hem de iktidarın halk nezdinde meşru kabul edilme seviyesi artmış olacaktır⁷⁹. Ayrıca bu durum bireylerin sahip olduğu etkinlik düzeyine önemli bir katkı sağlayarak demokrasinin derinleşmesine imkân tanıyacaktır⁸⁰.

Demokrasilerde en önemli tehlikelerden biri de “çoğunluğun diktası”dır. Tek kişinin diktatörlüğüne göre çok daha tehlikeli olan bu durum, devlet yetkilerinin çeşitli makamlar arasında dağıtılması, kuvvetler ayrılığı, bağımsız yargı ve temel hak ve özgürlüklerin en geniş manada

⁷⁵ DİKMEN-CANİKLİOĞLU, s.94; GÖNENÇ AKPINAR, s. 47-49; SUNAY, Sivil Toplumun İmkânları ve Sınırları, s. 123-127.

⁷⁶ SUNAY, Sivil Toplumun İmkânları ve Sınırları, s. 123-127.

⁷⁷ KEYMAN, s. 29, 69; SUNAY, Sivil Toplumun İmkânları ve Sınırları, s. 131-132.

⁷⁸ DİKMEN-CANİKLİOĞLU, s. 56; KEYMAN/SCHOLTE Jan Aart, **Küreselleşme ve Sivil Toplum**, Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları no 10, Çev. Nur Deriş Ottoman, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi Yayınları, İstanbul 2005, s.22. Demokrasilerde sivil toplum, toplumsal taleplerin ortaya çıkması ve bu taleplere ilişkin kamuoyu oluşturulması bakımından da çok önemli işlevler üstlenmektedir. KEYMAN, s. 66-67.

⁷⁹ KARADAĞ, s.69.

⁸⁰ KEYMAN/SCHOLTE s.22.

tanınmasının yanı sıra sivil toplumun yaygınlaştırılmasıyla önlenebilir. Bireylerin demokratik manada işbirliği yapabileceği kurumlarda yer almaları, özgürlüğün artmasını ve azınlığın çoğunluğun baskılarına karşı koyabilmesini kolaylaştıracaktır. Demokrasilerde sivil toplum aracılığıyla toplumun farklı kesimleri, özdeş çıkarları ekseninde bir araya gelerek çoğunluk karşısında bu çıkarlarını savunabilir. Dolayısıyla sivil toplumun özgürce örgütlenebildiği demokrasilerde bir taraftan çoğunluğun aşırılıkları sınırlandırılabilir, diğer taraftan ise iktidar denetlenebilecektir. Bu nedenle demokrasilerde sivil toplumun çoğulculuğun sağlanmasına önemli katkılar sunduğu görülmektedir⁸¹.

Demokrasilerde sivil toplumun üstlendiği bir diğer önemli fonksiyon da “*katılımı sağlama*”dır. Sivil toplum, devletten, siyasi partilerden ve yerel yönetimlerden ayrı bir örgütlenme alanı sunmak suretiyle demokratik katılıma çok büyük bir katkı sunmaktadır⁸². Bu alanda faaliyetlerini sürdüren sivil toplum örgütleri aracılığıyla bireylerin kamusal meselelere olan ilgisi artmakta ve söz konusu ilgi zamanla katılıma dönüşmektedir⁸³. Bu yönüyle katılımcılığı teşvik eden sivil toplumun varlığı, hem sivil toplumun gelişimi için uygun zeminin oluşmasına,⁸⁴ hem de demokrasinin en önemli sorunlarından biri olan katılım sorununun çözülerek demokrasinin güçlendirilmesine katkı sağlamaktadır⁸⁵.

Demokrasinin işleyişinde sivil toplumun üzerinde durulması gereken bir başka önemli fonksiyonu ise, sivil toplum aracılığıyla “*bireylerin kendilerini özgürce ifade edebilmelerinin sağlanması*”dır. Demokratik çoğulcu bir sistemde sivil toplum örgütleri, toplumda bireylerin kendi düşüncelerini özgürce ifade edebileceği çok sesli bir ortamın oluşmasını kolaylaştırmaktadır⁸⁶. Şüphesiz demokratik sistemlerde, bireylerin her türlü özgürlüğü gibi ifade özgürlüğü de geniş bir koruma alanına sahiptir. Ancak bu noktada sivil toplumun sunduğu katkı, toplumdaki taleplerin siyasal

⁸¹ DOĞAN, s. 91-97.

⁸² GÖZÜBÜYÜK TAMER, Mine, Tarihsel Süreçte Sivil Toplum, **Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi**, C. 27, Sy.1, Haziran 2010, s. 100; KEYMAN, s. 28.

⁸³ DOĞAN, s. 95; GÖNENÇ AKPINAR, s. 49.

⁸⁴ TOCQEVILLE, Alexis De, **Amerika’da Demokrasi**, Çev. İhsan Sezal ve Fatoş Dilber, Yetkin Yayınları, Ankara 1994, s. 177-178

⁸⁵ **Problems of Participation-Reflections on Authority, Democracy, and the Struggle for Common Life**, Eds. Tehseen Noorani, Claire Blencowe and Julian Brigstocke, ARN Press, UK 2013, s. 1-3, 49 vd.

⁸⁶ DİKMEN-CANİKLİOĞLU, s. 28; KEYMAN, s. 28.

yaşam dışında da kendini örgütlü biçimde ifade edilebilmesi şeklinde kendini göstermektedir⁸⁷.

IV. DEVLET-SİVİL TOPLUM İLİŞKİLERİNDE KARŞILAŞILABİLECEK SORUNLAR

Demokratik ülkelerde sivil toplum, demokrasinin işleyişinde önemli fonksiyonlar üstlenmekle birlikte, uygulamada sivil toplum-devlet ilişkisi kâğıt üzerindeki gibi işlememekte ve çeşitli sorunlarla karşılaşmaktadır⁸⁸. Özellikle temel unsurları sağlama bakımından demokratik olarak niteleyebileceğimiz ülkelerde, devlet ile sivil toplum arasındaki ilişkide; gerek devlet gerekse sivil toplum tarafından demokrasinin tam anlamıyla içselleştirilememesinden ya da toplumda yerleşik olan siyasal kültürden kaynaklanan çeşitli sorunlar yaşanmaktadır. Dolayısıyla devlet-sivil toplum ilişkisinde var olan sorunları; “Devletten Kaynaklanan Sorunlar”, “Sivil Toplumdan Kaynaklanan Sorunlar”, “Toplumda Var Olan Siyasal Kültürden Kaynaklanan Sorunlar” olmak üzere üç ana başlıkta incelemek mümkündür.

A-Devletten Kaynaklanan Sorunlar

Devlet-sivil toplum ilişkisinde devletin neden olduğu pek çok sorun bulunmakla beraber söz konusu sorunların en önemlileri; devletin, sivil topluma bakış açısından, sivil toplumu baskı altına almaya ya da yandaştırmaya çalışmasından, kendi yapısından, belli bir ideolojiye sahip olmasından, sahip olduğu hak ve özgürlük anlayışından veya yasal alt yapıdan kaynaklanan sorunlar olarak sıralanabilir.

Devlet-sivil toplum ilişkisinde devlet kaynaklı sorunlardan biri, “*devletin sivil topluma bakış açısı*”dır. Özellikle devletin sivil toplum örgütlerini ulusal çıkarlara zarar verecek unsurlar olarak algılaması ve bu bakış açısıyla çeşitli uygulamalara girişmesi önemli sorunlara neden olmaktadır. Sivil topluma şüpheyle yaklaşan bu bakış açısı zamanla devlet kademelerinde karar verici konumunda bulunan kimselere sirayet etmekte ve beraberinde devlet aygıtının sivil topluma karşı baskıcı ve keyfi uygulamalara girişmesini getirmektedir⁸⁹.

⁸⁷ YILMAZ, Aytekin, Sivil Toplum Demokrasi ve Türkiye, **Yeni Türkiye Dergisi**, Sy.18, 1997, s. 90.

⁸⁸ ALEMDAR, s.125.

⁸⁹ KEYMAN E. Fuat, YEĞEN Mesut, ÇALIŞKAN Mehmet Ali, TOL Uğraş Ulaş, Türkiye’de Gönüllü Kuruluşların Sorunları, Türkiye’de Gönüllü Kuruluşlarda Sivil Toplum Kültürü, Yaşama Dair Vakfı, 2010, http://www.siviltoplumakademisi.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=758:stklarnsorunlarineler&catid=54:siviltoplum-bilinci&Itemid=132, 04.03.2014; SARAN, Ulvi, Sivil Toplum Kuruluşları Ne Ka-

Ayrıca söz konusu anlayış sivil toplum ile devlet arasındaki güven ilişkisini de önemli ölçüde ortadan kaldırmaktadır⁹⁰.

Ülkemizde de sıkça rastlanılan bu durum, sivil toplum-devlet ilişkilerinin demokratik bir çerçeveye oturtulmasının önündeki en önemli engellerden biridir. Nitekim böyle bir anlayışa sahip olan devlet baskıcı uygulamalara girişmekte ve “*sivil toplumu baskı altına almaya çalışmaktadır.*”⁹¹ Devletin sivil topluma uyguladığı baskı farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan biri sivil toplum örgütlerinin faaliyetlerine son verilmesi ya da ekonomik kaynaklarının sınırlandırılmasına ilişkin doğrudan baskıcı uygulamalara gidilmesidir. Demokratik olarak nitelendirilen devletlerde bu tür doğrudan baskıcı uygulamalardan ziyade, daha dolaylı uygulamalarla sivil toplum örgütlerinin baskı altına alınmaya çalışıldığı görülmektedir.

Bu tür uygulamaların en sık rastlanılanı, kamu kaynakları kullanılmak suretiyle bazı sivil toplum örgütlerine menfaat temin edilmesidir. Örneğin ülkemizde sivil toplum örgütlerine ve bağlılarına önemli avantajlar sunan vergi muafiyet, istisna ve teşviklerinden yararlanabilmek için kamu yararına çalışan dernek veya vergi muafiyetine sahip vakıf statüsüne sahip olmak gerekmektedir. Siyasi bir organ olan Bakanlar Kurulu tarafından verilen bu statünün elde edilebilmesi ise, siyasi bağlantılar sayesinde mümkün olabilmektedir⁹². Bunun dışında sivil toplum örgütlerine yönelik denetim hükümlerinin katı ve bürokrasiye yol açan biçimde düzenlenmesi ve gerektiğinde denetimin bir baskı aracı olarak kullanılması söz konusu olmaktadır. Esasında sivil toplum örgütlerinin kamu düzenine aykırı nitelikteki eylem ve işlemlerinin yargısal denetim dışında herhangi bir denetime tabi tutulması, denetimin baskı aracına dönüşme potansiyelini de beraberinde getirmektedir. Özellikle idari makamların gerçekleştirdiği denetim, zaman zaman bir baskı aracı olarak kullanılabilir ve devletin sivil topluma karşı elini güçlendiren bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin

dar Sivil?, http://www.siviltoplumakademisi.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=493:sivil-toplum-kurulular-ne-kadar-sivil&catid=49:akademik&Itemid=113, 11.02.2014.

⁹⁰ İÇDUYGU Ahmet, BİKMEN Filiz, KEYMAN Fuat ve diğerleri, **Türkiye’de Sivil Toplum: Bir Değişim Süreci Uluslararası Sivil Toplum Endeksi Projesi Türkiye Ülke Raporu**, Ed. Filiz Bikmen Zeynep Meydanoğlu, Tüsev Yayınları, İstanbul 2006, s.119.

⁹¹ SUNAY, Sivil Toplumun İmkânları ve Sınırları, s. 128.

⁹² İÇDUYGU/BİKMEN/KEYMAN ve diğerleri, s.73; ÇAHA, Ömer, Devlet ve Sivil Toplum, <http://www.baltalimani.com/pdf/>, 24.03.2014. Ülkemizde kamu yararı statüsü ya da vergi muafiyeti olan STK’lar derneklerin sadece %1’ini, vakıfların ise %7’sini oluşturmaktadır. İÇDUYGU/BİKMEN/KEYMAN ve diğerleri, s.73.

ülkemizde, sivil toplum örgütlerinin yardım toplamasına, yayın çıkarmasına çeşitli kısıtlamalar getirilmiştir. Bunun dışında sivil toplum örgütlerine, yasal düzenlemelere göre tutması gereken çok sayıda kaydı, usulüne uygun tutmadığı gerekçesiyle sıklıkla cezalar verilebilmektedir. Hâlbuki pek çok gereksiz kayıtların tutulmasını zorunlu kılmak, bu alanda yeterli kapasiteye sahip olmayan sivil toplum örgütlerini katı bir bürokratik anlayışa hapsedmek anlamına gelmektedir. Gerçi böylelikle devlet, denetim sotasını elinde tutmakta ve gerektiğinde sivil toplum örgütlerine baskı uygulayabilmektedir⁹³.

Devletin uyguladığı bu gibi baskı araçlarıyla devlete bağımlı hale getirilen sivil toplum örgütlerinin zamanla devletten özerk niteliği kaybolmakta ve devlet otoritesi altına girmektedirler. Devletin patron olduğu bu tür bir anlayışta ise, sivil toplum, gerçek anlamda kendinden beklenen fonksiyonları yerine getirememekte ve rant kollamaya başlayan devlet uzantısı kuruluşlar olarak kendini göstermektedir⁹⁴. Ayrıca bu durumda iktidara paralel görüşlere sahip olan sivil toplum örgütleri iktidar tarafından desteklenirken, karşıt görüştekiler herhangi bir destek alamamakta, hatta zaman zaman cezalandırılmaktadır. Bu ise, sivil toplum örgütlerinin yandaş-karşıt olarak kategorize edilmesine yol açmaktadır. Hâlbuki hiçbir toplumsal kesimin devletin tarafsızlığını ortadan kaldıracak ölçüde hâkim iktidar olmaması gereken demokratik sistemlerde, devletin farklı görüşlere sahip olan sivil toplum örgütlerine eşit mesafede bulunması gerekir⁹⁵. Devletin tarafsızlığının sağlanması olarak ifade edebileceğimiz bu durumu sağlamanın yolu, devletin sivil toplum örgütlerine yarar sağlama imkânlarının mümkün olduğunca sınırlanması⁹⁶, en azından objektif ölçütlere bağlanmasından geçmektedir⁹⁷.

⁹³ CENGİZ, Orhan Kemal, Dernekler Mevzuatının Örgütlenme Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi Raporu, **Türkiye’de Derneklerin Örgütlenme Özgürlüğü Önündeki Engeller (Türkiye’de Örgütlenme Özgürlüğünün İzlenmesi İçin Metodoloji Geliştirilmesi Projesi)**, Ed. Tefik Başak Ersen, TÜSEV yayınları, İstanbul 2010, s.27-29, 39-42.

⁹⁴ ÇAHA, Devlet ve Sivil Toplum, <http://www.baltalimani.com/pdf/>, 24.03.2014; ŞAHİN Mehmet, UYSAL Özge, Sivil Toplum Kuruluşlarının Devlet Tarafından Finansmanı Üzerine Bir Tartışma, **Maliye Dergisi**, Sy. 153, Temmuz-Aralık 2007, s.7-8; TOSUN, Gülgün, Türkiye’de Devlet Sivil Toplum İlişkisi Bağlamında Demokrasinin Pekişmesinin Önündeki Engellere İlişkin Kuramsal ve Pratik Bir Yaklaşım, Ege **Akademik Bakış**, C.1, Sy.1, Y. 2001, s.234; YILDIRIM, s. 119.

⁹⁵ İÇDUYGU/BIKMEN/KEYMAN ve diğerleri, s.119; ŞAHİN/UYSAL, s.7.

⁹⁶ YILMAZ, s. 90; ÇAHA, Devlet ve Sivil Toplum, <http://www.baltalimani.com/pdf/>, 24.03.2014; ŞAHİN/UYSAL, s.7. Esasında devletin ekonomik anlamda elinde bulundurduğu imkanlar, devletin kontrol ve vesayet imkanını güçlendirmektedir. TOSUN, Demokrasinin Pekişmesinin Önündeki Engellere İlişkin Kuramsal ve Pratik Bir Yaklaşım, s.236.

⁹⁷ İÇDUYGU/BIKMEN/KEYMAN ve diğerleri, s.119.

Ayrıca sivil toplum örgütlerinin en çok gereksinim duyduğu kaynak ihtiyacını karşılayabilmek için bireysel bağışları teşvik eden bir sistemin kurulması da önemli bir gerekliliktir⁹⁸.

Demokratik sistemlerde olması gereken devlet-sivil toplum ilişkisi, devletin sivil toplumu baskı altına almadığı ancak devlet ile sivil toplumun tamamen birbirine karşıtlık içinde de bulunmadığı bir çerçevede şekillenmelidir. Bu çerçevede ideal devlet-sivil toplum ilişkisi, karşılıklı olarak birbirleriyle iletişim ve etkileşim halinde olan ancak kendi özerkliğinden taviz vermeyen çoğulcu sivil toplum yapısının varlığına bağlı bulunmaktadır. Dolayısıyla demokrasinin işleyişi bakımından devlet vesayeti dışında, özerk ancak devletle iletişim halinde ve farklı fikirlerin özgürce kendini ifade edebildiği çoğulcu sivil toplum alanının varlığı son derece önemlidir⁹⁹. Ancak demokratik olma iddiasındaki sistemlerde dahi, devletin temsili kurumlar aracılığıyla sivil toplum üzerinde kontrol kurması ya da çoğulcu bir anlayışın tam anlamıyla gösterilememesi söz konusu olmaktadır¹⁰⁰. Devletin sivil toplumu baskı altına alarak yönlendirdiği, devletin hâkimiyetine dayanan bu ilişki, literatürde “patronaj” olarak ifade edilmektedir¹⁰¹.

Devlet sivil toplum ilişkisinde önemli sorunlardan biri de *devletin yapısına* ilişkin hususlardır. Devlet yapısının etkinlik, verimlilik, şeffaflık

⁹⁸ Örneğin ücretli çalışanların bağış yapmalarını teşvik için vergi indirimini imkanı getirilmesi gibi uygulamalara yer verilebilir. İÇDUYGU/BİKMEN/KEYMAN ve diğerleri, s.73.

⁹⁹ KEYMAN, s. 35, 49, 65-67; ÇAHA, Devlet ve Sivil Toplum, <http://www.baltalimani.com/pdf/>, 24.03.2014; TOSUN, Demokrasinin Pekişmesinin Önündeki Engellere İlişkin Kuramsal ve Pratik Bir Yaklaşım, s.237; ERDOĞAN TOSUN, Gülgün, **Demokratikleşme Perspektifinden: Devlet-Sivil Toplum İlişkisi**, Alfa yayıncılık, İstanbul 2001, s.162-164, 333; CENGİZ, s.19; Benzer yönde Bkz. ÇOBAN, Barış, Küreselleşme Sürecinde Demokrasi Mücadelesi: Sivil Toplum Kuruluşları ve Yeni Toplumsal Hareketler, **IV. Uluslararası Sivil Toplum Kuruluşları Kongresi: Küresel Yoksulluk**, 19-21 Ekim 2007, Çanakkale 2007, s.165. belirtilenin dışında sivil toplum kuruluşlarının devletle olan ilişkisi, devlete eklenerek, rant dağıtımından daha fazla pay alma, devlete cephe olarak gerilim içerisinde bulunma ve devleti görmezden gelme biçimde şekillenebilir. Ancak demokrasinin işleyişi bakımından en sağlıklı olanı “devletle iletişim halinde ancak devletten özerk olma” biçiminde şekillenmelidir. TOSUN, Demokrasinin Pekişmesinin Önündeki Engellere İlişkin Kuramsal ve Pratik Bir Yaklaşım, s.237

¹⁰⁰ İÇDUYGU/BİKMEN/KEYMAN ve diğerleri, s.73-74; Benzer yönde Bkz. ÇOBAN, Barış, Küreselleşme Sürecinde Demokrasi Mücadelesi: Sivil Toplum Kuruluşları ve Yeni Toplumsal Hareketler, **IV. Uluslararası Sivil Toplum Kuruluşları Kongresi: Küresel Yoksulluk**, 19-21 Ekim 2007, Çanakkale 2007, s.162.; ALEMDAR, s.122.

¹⁰¹ KEYMAN/YEĞEN/ÇALIŞKAN/TOL, http://www.siviltoplumakademisi.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=758:stklarnsorularineler&catid=54:sivil-toplum-bilinci&Itemid=132, 04.03.2014; ERDOĞAN TOSUN, Devlet-Sivil Toplum İlişkisi, s.162-164; ŞAHİN/UYSAL, s.9.

ve sorumluluk temelinde şekillenmemesi; sivil toplumun etkisiz olduğu, kendini güven içinde hissetmediği ve baskıcı bir ortama yol açmasının yanı sıra demokratik dönüşümün önünde de büyük bir engel olarak kendini göstermektedir. Otoriter, toplumu tahakküm altına alan, baskıcı rejimlerin alamet-i farikası haline gelmiş bu özellikteki devlet yapısı¹⁰², demokratikleşme sürecini tam olarak tamamlayamamış ülkelerde de bazı durumlarda görülmekte ve devlet- sivil toplum ilişkisinde önemli sorunlara neden olmaktadır. Benzer biçimde devletin özerk yapıda olmaması ve devlet içerisinde *hâkim bir ideolojinin bulunması* da devlet- sivil toplum ilişkisinde önemli bir sorun alanıdır. Devlet- sivil toplum ilişkisinin demokratik çerçeveden uzaklaşmasına neden olan bu durum, toplumun bir kesiminin hâkimiyetine yol açmakta ve bağımlı bir sivil toplumu beraberinde getirmektedir. Devletle kurdukları ilişki bağlamında bağımsız ve devlet iktidarını sınırlamaktan uzak sivil toplumun ise, sivillik ve demokratik sistemlerde sivil toplumun üstlendiği işlevlerden uzak olduğu açıktır. Sivil toplum alanında faaliyet gösteren örgütlerin sahip olduğu katı ideolojik anlayış da, sivil toplumun sivillik vasfına önemli ölçüde gölge düşüren bir başka sorun alanıdır¹⁰³.

Devletin hak ve özgürlüklere bakış açısı, bunları nasıl düzenleyip, uygulamaya aktardığı, devlet sivil toplum ilişkisini belirleyen en temel unsurlardan biridir. Devletin özgürlükleri hiçe sayan otoriter bir karaktere bürünmesi devletin müdahale alanlarını genişletmekte ve birey özgürlüklerini daraltmaktadır. Sivil toplumun ideal manada varlığını sürdürebilmesi açısından örgütlenme ve ifade hürriyeti başta olmak üzere bütün hürriyetlerin en geniş manada tanınması ve uygulamaya aktarılması zorunludur¹⁰⁴. Bu bağlamda özgürlükler olmaksızın demokratik anlamda bir sivil toplumun varlığından

¹⁰² KEYMAN, s. 38, 69; KEYMAN, Fuat, Sivil Toplum, Sivil Toplum Kuruluşları ve Türkiye, Yay. Haz. Arzu Karamani, **Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları No 3**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi Yayınları, İstanbul 2004, s.5.

¹⁰³ KEYMAN E. Fuat, YEĞEN Mesut, ÇALIŞKAN Mehmet Ali, TOL Uğraş Ulaş, Türkiye’de Gönüllü Kuruluşların Sorunları, Türkiye’de Gönüllü Kuruluşlarda Sivil Toplum Kültürü, Yaşama Dair Vakfı, 2010, http://www.siviltoplumakademisi.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=758:stklarnsorunlarineler&catid=54:sivil-toplum-bilinci&Itemid=132, 04.03.2014.

¹⁰⁴ GÖZÜBÜYÜK TAMER, s. 101; **Türkiye’de Derneklerin Örgütlenme Özgürlüğü Önündeki Engeller (Türkiye’de Örgütlenme Özgürlüğünün İzlenmesi İçin Metodoloji Geliştirilmesi Projesi)**, Ed. Tefvik Başak Ersen, TÜSEV yayınları, İstanbul 2010, s.11; CENGİZ, s.14-15.Tocquevillille “Amerikada Demokrasi” isimli eserinde ABD’deki halkın hemen her konuda özgürce örgütlenbildiği ve bu durumun ABD demokrasisine önemli katkılar yaptığından bahsetmektedir. TOCQUEVILLE, s. 84.

bahsedilemeyecektir. Nitekim demokratikleşmesini tamamlayamamış ülkelerde devlet-sivil toplum ilişkisinde yaşanan en temel problemler özgürlüklere ilişkin hususlarda düğümlenmektedir. Bu bağlamda bir taraftan özgürlüklerin uygulamaya aktarılmasına ilişkin sorunlar; sivil toplumun demokratik niteliğini zayıflatırken, diğer taraftan demokratik olma vasfından uzaklaşan sivil toplumun varlığı da hak ve özürlüklerin gelişimine olumsuz etki yapmaktadır¹⁰⁵.

Devlet-sivil toplum ilişkisinde karşılaşılan sorunlardan bazıları ise, *yasal düzenlemelerden* kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda demokratik anlamda devlet-sivil toplum ilişkisinin gelişmemesinin altında yatan en önemli etkenlerden biri, var olan yasal engellerden kaynaklanmaktadır¹⁰⁶. Bu noktada devletin temel görevi, bağımsız ve özgür sivil toplum alanını, yasal olarak güvenceye almak ve kendini sivil toplum örgütleri arasında hakem rolünde konumlandırmaktır¹⁰⁷. Ancak devletlerin kendilerini bu şekilde konumlandırmaları ve buna ilişkin alt yapıyı hazırlamaları uygulamaya kolaylıkla aktarılamamaktadır. Esasında böyle bir durumun temel nedeni, demokratik anlayışın sindirilememesinden kaynaklanmaktadır. Kökleri uzun bir geçmişe dayanan ve devletin sivil toplumu kontrol altında tutma isteğiyle somutlaşan bu anlayışın, uygulamada kanunlar aracılığıyla şekillendiği söylenebilir¹⁰⁸. Dolayısıyla yasal düzenlemelerin sivil toplumu kısıtlayıcı düzeyde olmaması söz konusu sorunun ortadan kaldırılması için önemli bir ilk adımdır¹⁰⁹. Ancak kanunlarda değişiklikler yapılsa bile sözü edilen anlayışın uygulamada var olan izlerinin silinmesi o kadar hızlı ve kolay gerçekleşmemektedir¹¹⁰. Bu açıdan bir zihniyet değişiminin yaşanması da

¹⁰⁵ KEYMAN, Türkiye’de Sivil Toplumun Serüveni, s. 69; ERDOĞAN TOSUN, Devlet-Sivil Toplum İlişkisi, s.162-164.

¹⁰⁶ KEYMAN, Türkiye’de Sivil Toplumun Serüveni, s. 67.

¹⁰⁷ ERDOĞAN TOSUN, Devlet-Sivil Toplum İlişkisi, s.162-164.

¹⁰⁸ İÇDUYGU/BİKMEN/KEYMAN ve diğerleri, s.73. Ülkemizde yasal düzenlemeler incelendiğinde, yabancı derneklerin Türkiye’de şube açması ve yurtdışından mali yardım alması gibi çeşitli konularda ciddi bürokratik engellerin olduğu görülmektedir. CENGİZ, s.31-32.

¹⁰⁹ KEYMAN, Fuat, Türkiye’de ve Avrupa’da Sivil Toplum, Yay. Haz. Arzu Karamani, **Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları no 3**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi Yayınları, İstanbul 2004, s.28

¹¹⁰ Örneğin Ülkemizde 2004 yılında çıkarılan Dernekler Kanunu’na kadar var olan yasal alt yapı eksiklikleri devlet-sivil toplum ilişkisinde önemli sorunlara neden olmaktaydı. Önceki düzenlemelere göre daha ideal bir seviye sunmakla beraber, bu kanuna göre de belli kısıtlamalar halen varlığını devam ettirmektedir. Örneğin bu kanuna göre, devletin bütünlüğünü ve laiklik ilkesinin yorumlanmasıyla şekillenen Anayasa hükümlerine aykırı nitelikteki derneklerin kaydedilmesi engellenmektedir. Böylelikle belli bir kültürel ya da

önemli bir zorunluluk olarak kendini göstermektedir.

B-Sivil Toplumdan Kaynaklanan Sorunlar

Devlet-sivil toplum ilişkisinde yaşanan sorunlar genellikle devlete bağlanmakta ve sivil toplumdan kaynaklanan sorunlar göz ardı edilmektedir¹¹¹. Hâlbuki devlet- sivil toplum ilişkisinde yaşanan sorunların önemli bir kısmı da sivil toplum kaynaklı olarak ortaya çıkmaktadır. Söz konusu ilişkide sivil toplumun neden olduğu pek çok sorun bulunmakla beraber bu sorunların en önemlileri sivil toplumun yapısına, kaynak yetersizliklerine, ilişki ve yaklaşımlarına ilişkin sorunlar olarak sıralanabilir.

Devlet-sivil toplum ilişkisinde sivil toplum kaynaklı sorunlardan ilki, “*Sivil toplumun yapısından kaynaklanmaktadır. Kendi içyapısında demokratik bir anlayışı içselleştirememiş sivil toplumun zamanla kendini bürokratikleşme çıkmazında bulması kaçınılmazdır. Dolayısıyla sivil toplumun devletten talep ettiği şeffaflık, katılımcılık ve demokratik anlayışı kendi örgütsel yapılarında hâkim kılmaları ve bu çerçevede kurumsallaşmalarını tamamlamaları gerekmektedir*”¹¹². Ayrıca sivil toplumun kendi içyapısında var olan kişisel problemler, siyasi çekişmeler ve anlaşmazlıklar sivil toplumun ideal bir şekilde yapılanamamasını ve kendinden beklenen işlevleri yerine getirememesine neden olmaktadır¹¹³.

Devlet-sivil toplum ilişkisinde sivil topluma dayanan sorunlardan bir diğeri ise, “*sivil toplumun yeterli kaynaklara sahip olmamasıdır. Esasında sivil toplum alanında faaliyet gösteren örgütlerin ekonomik kaynaklarının yetersizliği, beraberinde söz konusu örgütlerin pek çok sorunla karşılaşmasına yol açmakta ve demokratik sivil toplumun gelişimini önemli ölçüde engellemektedir*”¹¹⁴. Sivil toplum örgütlerinin maddi kaynakları, üyelik

etik kimliği koruma ya da bir dini yayma amacını taşıyan derneklerin yasal alt yapıdan kaynaklanan önemli zorluklara ve ayrımcılığa maruz kalmaları söz konusu olabilmektedir. Uygulamada da bu tür derneklerin faaliyetlerine önemli zorluklar çıkarılmakta ve bu kapsamda bireylerin dile getirdiği şiddet içermeyen düşüncelerinden dolayı soruşturmalara maruz kaldığı görülmektedir. KEYMAN, Türkiye’de Sivil Toplumun Serüveni, s. 47-48.

¹¹¹ KEYMAN, Türkiye’de ve Avrupa’da Sivil Toplum, s.28

¹¹² AKTAN İrfan, ÖZTÜRK Serap, AYMAN Zelal ve diğerleri, **Türkiye’de Hak Temelli Sivil Toplum Örgütleri Sorunlar ve Çözüm Arayışları**, Odak Ofset Matbaacılık, Ankara 2011, s.10; İÇDUYGU/BİKMEN/KEYMAN ve diğerleri, s.119; KEYMAN/SCHOLTE, s.22; KEYMAN, Türkiye’de ve Avrupa’da Sivil Toplum, s.7, 30.

¹¹³ KEYMAN/YEĞEN/ÇALIŞKAN/TOL, http://www.siviltoplumakademisi.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=758:stklarnsorularineler&catid=54:sivil-toplum-bilinci&Itemid=132, 04.03.2014.

¹¹⁴ KEYMAN, Türkiye’de Sivil Toplumun Serüveni, s. 67; KEYMAN, Türkiye’de ve Avrupa’da

aidatları dışında bağışlara, devletten ya da uluslararası kuruluşlardan alınan yardım ve desteklere dayanmaktadır. Ancak sözü edilen kaynakların yetersiz seviyede kalması sivil toplum örgütlerinin faaliyetlerini kısıtlamaktadır. Sivil toplum örgütlerinin kaynak yaratma kapasitesinin düşüklüğüne dayanan bu durum¹¹⁵, sivil toplum örgütlerini yoğun bir kaynak arayışına sevk etmekte, bu ise sorun alanlarından ve hedef kitlelerinden kopmalarına neden olmaktadır¹¹⁶.

Yoğun kaynak arayışına girişen sivil toplum örgütlerinin kaynak yaratma sürecinde en çok odaklandığı husus, üyelik aidatları ve bağışlardan ziyade devletten ya da uluslar arası kuruluşlardan elde edilecek yardım ve desteklerdir. Çünkü uygulamada sivil toplum örgütlerinin finansmanına bakıldığında üyelik aidat ve bağışlarının oldukça sınırlı düzeyde kaldığı¹¹⁷, bu noktada en önemli payın devlet tarafından sağlanan katkılar olduğu görülmektedir. Gelişmiş ülkelerde %40'ları bulan bu oran, gelişmekte olan ülkelerde %15 civarındadır¹¹⁸. Sivil toplum örgütlerinin finansmanını büyük oranda devletin sağlaması ise, bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Daha çok söz konusu desteklerin adil bir biçimde dağıtılmadığı ve bir baskı aracı olarak kullanıldığı durumlarda görülen bu sorunlar, sivil toplum örgütlerinin devletten bağımsızlığının ortadan kaldırılması, sivil toplumun devlete karşıt yaklaşım sergileyebilme ve devleti denetleme işlevlerinin

Sivil Toplum, s.28; TOSUN, Demokrasinin Pekışmesinin Önündeki Engellere İlişkin Kuramsal ve Pratik Bir Yaklaşım, s.235. Sivil toplum örgütlerinin karşı karşıya kaldığı ekonomik kaynak sıkıntısı aynı zamanda nitelikli personel istihdam etmelerini engellemektedir. Böylelikle bu örgütler için kapasite yetersizliğini kronik bir sorun haline gelmektedir. İÇDUYGU/BİKMEN/KEYMAN ve diğerleri, s.118; KEYMAN/YEĞEN/ÇALIŞKAN/TOL, http://www.siviltoplumakademisi.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=758:stklarnsorunlarinelercatid=54:sivil-toplum-bilinci&Itemid=132, 04.03.2014.

¹¹⁵ KEYMAN, Türkiye’de Sivil Toplumun Serüveni, s. 67; KEYMAN/YEĞEN/ÇALIŞKAN/TOL, http://www.siviltoplumakademisi.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=758:stklarnsorunlarinelercatid=54:sivil-toplum-bilinci&Itemid=132, 04.03.2014.

¹¹⁶ AKTAN/ÖZTÜRK/AYMAN ve diğerleri, s.10

¹¹⁷ Uygulamada üyelik aidat ve bağışların sınırlı düzeyde kaldığı görülmektedir. İÇDUYGU/BİKMEN/KEYMAN ve diğerleri, s.118.

¹¹⁸ SALAMON Lester. M., SOKOLOWSKI S. Wojciech, LIST Regina, **Global Civil Society An Overview**, The Johns Hopkins University, Center for Civil Society Studies, Institute for Policy Studies, The Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project, www.un.mr/vnu07/docs/SC/globalciv.pdf, USA 2003, s.32; FRUMKIN Peter, KIM Mark T., “The Effect of Government Funding on Nonprofit Administrative Efficiency: An Empirical Test”, **Ash Institute for Democratic Governance and Innovation. Kennedy School of Government**, <http://www.innovations.harvard.edu/cache/documents/26/2600.pdf>, Fall 2002, s. 18. Ülkemizde bu destekler daha çok belediyeler aracılığıyla yapılmaktadır. İÇDUYGU/BİKMEN/KEYMAN ve diğerleri, s.77.

önemli ölçüde kısıtlanmasına yol açmaktadır. Böyle bir ortamda genellikle devlet desteği sağlamak amacıyla hükümet politikalarıyla paralel tutum sergileyen sivil toplum örgütleri, kaynak sağlamak amacıyla hükümetlerin taşeronu konumuna düşebilmektedir¹¹⁹. Dolayısıyla sivil toplumun demokratik bir sistemde kendinden beklenen fonksiyonları icra edebilmesi için devlet desteklerinin sivil toplum örgütleri arasında adil, tarafsız ve şeffaf bir biçimde sağlanması gerekmektedir¹²⁰. Ayrıca sivil toplum örgütleri tarafından elde edilen kaynakların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığının, devlet ve bağımsız bir dış denetim kuruluşu tarafından denetlenmesi de önemli bir gerekliliktir¹²¹.

Sivil toplum örgütlerinin kaynak yaratma sürecinde odaklandığı bir başka husus ise, uluslar arası kuruluşlardan elde edilecek yardım ve desteklerdir. Daha çok proje bazlı olarak elde edilen bu destekler, sivil toplum örgütlerinin ihtiyaç duyduğu kaynak ihtiyacına önemli ölçüde katkı sunmaktadır¹²². Özellikle baskıcı rejimlerde mücadele veren sivil toplum örgütleri açısından daha da önem arz eden uluslar arası kuruluşlardan sağlanacak yardım ve destekler¹²³, belli kesimler tarafından eleştirilmektedir. Bu düşünceye göre, sözü edilen destekler sivil toplum örgütlerini “proje peşinde koşarak rant elde etmeye çalışan kuruluşlar” haline dönüştürmektedir. Ayrıca yabancı devletler ve belli amaçlara sahip olan uluslar arası kuruluşlar, sivil toplum örgütlerinin sahip olduğu bu isteği kendi çıkarlarına kullanarak gerekli mekanizmaları kurmakta ve sivil toplum örgütlerini kendi stratejisine

¹¹⁹ SALAMON/SOKOLOWSKI/LIST, s.32; FRUMKIN/KIM s.1,5,8; ŞAHİN/UYSAL, s.3-4, 7-10. Ayrıca sivil toplum örgütlerine sağlanan kamu destekleri, özel bağışları azaltabilir, daha çok bürokrasiye ve kaynakların kötüye kullanılmasına yol açabilir ve amaç dışı kullanılabilir. TOSUN, Birleştirici Demokrasi, s. 47; ŞAHİN/UYSAL, s.7-10; KEYMAN, Türkiye’de ve Avrupa’da Sivil Toplum, s.30.

¹²⁰ PINTER, Frances, Funding of Global Civil Society Organisations, **Global Civil Society**, Eds. Anheier, Helmut, Marlies Glasius and Mary Kaldor, <http://www.gcsknowledgebase.org/wp-content/uploads/2001chapter8.pdf>, 2001, s. 214; ŞAHİN/UYSAL, s.11. Türkiye’de devlet, sivil toplum örgütleri arasında ayrımcılık yapmakta ve vergi mevzuatını yeterince özendirici biçimde düzenlememektedir. Örneğin Ülkemizde beyan edilmiş gelirlerin %5’lik kısmı, kamu yararı ya da vergi muafiyeti statüsüne sahip sivil toplum örgütlerine bağışlanmak şartıyla vergiden düşülebilmektedir. Ücretli çalışanların bağışlarını kapsamayan söz konusu vergi indirimi, kalkınma önceliğindeki bölgelerde %10’a kadar çıkabilmektedir. Bu noktada yalpan ayrımcılık kamu yararı ya da vergi muafiyeti statüsünü elde edebilmesi hususunda çifte standartlı bir yaklaşım benimsenmesiyle kendini göstermektedir. İÇDUYGU/BİKMEN/KEYMAN ve diğerleri, s.74-77.

¹²¹ YILDIRIM, İbrahim, s. 247-248.

¹²² PINTER, s. 214; ŞAHİN/UYSAL, s.11.

¹²³ ALEMDAR, s.115.

göre biçimlendirmektedir. Bu durum ise, sivil toplum örgütlerini uluslararası örgütlerin kullandığı bir araç konumuna düşürmektedir¹²⁴. Daha çok küreselleşme süreciyle bağlantılı olarak dile getirilen bu görüşe göre, sivil toplum örgütleri aracılığıyla toplumsal muhalefet denetim altında tutulmakta ve neoliberal küreselleşme sürecine tepkiler önlenmeye çalışılmaktadır¹²⁵. Bu eleştirilerin yanı sıra, sivil toplum örgütlerinin uluslararası kuruluşlardan sağladıkları yardım ve destekler nedeniyle, çeşitli kesimler tarafından bölücü, ajan ya da işbirlikçi olarak değerlendirilerek toplumda bu yönde olumsuz bir algı oluşturulması ve bazı devletlerin bu yöndeki yaklaşımları benimseyerek sivil toplum örgütlerini yasal olarak sıkı denetimlere tabi tutması söz konusu olmaktadır¹²⁶. Bu durum, sivil toplum örgütlerinin, kaynak bulmaya çalışırken çok daha farklı sorunlarla karşı karşıya kalmasına yol açmaktadır.

Devlet-sivil toplum ilişkisinde sivil toplumdan kaynaklanan sorunlardan bir diğeri ise, *sivil toplumun ilişki ve yaklaşımlarından kaynaklanan sorunlardır*. Bu bağlamda sivil toplum örgütlerinin devletle, birbirleriyle, kendi mensuplarıyla, siyasetle, medyayla ilişkilerinde yaşanan pek çok sorun bulunmaktadır. Sivil toplumun devlet dışındaki farklı kesimlerle olan ilişkilerinde yaşanan sorunlar ise, devlet-sivil toplum ilişkisini farklı şekillerde etkilemektedir.

Sivil toplum örgütlerinin devletle olan ilişkilerinde karşılaşılan önemli bir sorun, sivil toplum örgütlerinin kendi işlevlerinden uzaklaşarak devleti denetlemek yerine desteklemeye soyunmalarıdır¹²⁷. Demokratik devlette sivil

¹²⁴ KUTAY, Rıza Acar, **A Critical Assessment Of The European Commission's Civil Society Discourse And Social Platform Of European Ngos**, Unpublished Thesis, Ankara 2011, s. V; ŞAHİN/UYSAL, s.7; KEYMAN, Türkiye’de ve Avrupa’da Sivil Toplum, s.30-31.

¹²⁵ ÇOBAN, Barış, Küreselleşme Sürecinde Demokrasi Mücadelesi: Sivil Toplum Kuruluşları ve Yeni Toplumsal Hareketler, **IV. Uluslararası Sivil Toplum Kuruluşları Kongresi: Küresel Yoksulluk**, 19-21 Ekim 2007, Çanakkale 2007, s.161-162.

¹²⁶ ŞAHİN Bican, YILDIZ Mete, Ulusaşırı Yandaşlık Ağbağları Perspektifinden Türkiye’de Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Sivil Toplum Kuruluşları, **Uluslararası İlişkiler**, C. 6, Sy. 21, Bahar 2009, s. 58. Örneğin ülkemizde derneklerin şube açabilmesi ciddi bürokratik engelleri içeren kurallara bağlanmıştır. Dernekler Kanununun 21. maddesine göre Dernekler mülki idare amirliğine önceden bildirimde bulunmak şartıyla yurtdışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan yardım alabilirler. Her ne kadar bildirim zorunluluğu, şeffaflığın sağlanması bakımından sakıncalı olarak değerlendirilmese de, Dernekler Yönetmeliğinin 18, 19 ve 20. maddeleriyle Derneklerin yurt dışından yardım almalarını sıkı bir usule bağlanarak “bildirim” zorunluluğunu adeta “izin”e dönüştürmüştür. Yine aynı yönetmeliğe göre, Ülkemizde faaliyetlerine izin verilen yabancı derneklerin harcama gerektiren faaliyetleri hakkında bildirimde bulunurlar ve Türkiye’deki her türlü faaliyetlerine ilişkin yazılı ve görsel yayınların ikişer nüshasını Bakanlığa gönderirler, CENGİZ, s.31-32.

¹²⁷ YILDIRIM, İbrahim, s. 121; SUNAY, Sivil Toplumun İmkânları ve Sınırları, s. 129.

toplumun temel işlevlerinden biri de devletin denetlenmesidir. Böylelikle devletin hem sınırlanması hem de meşruiyetini arttırması gerçekleştirilmiş olacaktır¹²⁸. Ancak devleti her zaman desteklemeye girişen bir sivil toplumun devleti denetleyebilmesi mümkün değildir¹²⁹. Bazı ülkelerde devlet tarafından kendi görüşlerini topluma empoze etmek amacıyla kurulan ve fonlarla desteklenen sahte sivil toplum örgütlerinin varlığı bu durumun farklı bir boyutunu oluşturmaktadır. Bu örgütler daha çok muhalif sivil toplum örgütlerinin etki alanını azaltmak amacıyla bir mücadele aracı olarak kullanılmaktadır¹³⁰.

Bu alanda bir başka sorun ise, sivil toplum örgütlerinin devletle olan iletişiminin zayıflığıdır. Bazen devletin ayrımcı uygulamalarına da dayanan söz konusu durum, zaman zaman da sivil toplum örgütlerinden kaynaklanmaktadır. Bu noktada bazı sivil toplum örgütleri, devletle kurulacak yakın ilişkilerin özerkliklerine karşı bir tehdit olduğunu düşünerek, devlete uzak durmaktadır¹³¹. Sivil toplumun devlet ile kopuk bir iletişime sahip olması beraberinde sivil toplum örgütlerinin siyasal karar alma süreçlerindeki etkisizliğini de getirmektedir¹³². Günümüzde devlet ile sivil toplum arasındaki iletişim günden güne gelişmekle birlikte, sözü edilen iletişimin nasıl gerçekleşmesi gerektiğine dair genel bir çerçeveye ihtiyaç duyulduğu açıktır¹³³.

Sivil toplum örgütlerinin birbirleriyle olan ilişkilerinde de önemli sorunlar yaşanmaktadır. Ortak alanlarda çalışan sivil toplum örgütleri arasındaki iletişim, işbirliği ve etkileşimin zayıf olması ve sivil toplum örgütlerinin birbirleri üzerinde hegomanya kurmaya çalışması bu alanda karşılaşılan en önemli sorunlardır. Özellikle aynı alanda faaliyet gösteren sivil toplum örgütleri arasındaki iletişim ve diyalog eksikliği, sivil toplumun etki

¹²⁸ ERDOĞAN TOSUN, Devlet-Sivil Toplum İlişkisi, s.162-164.

¹²⁹ YILDIRIM, İbrahim, s. 121.

¹³⁰ ÇOBAN, Barış, Küreselleşme Sürecinde Demokrasi Mücadelesi: Sivil Toplum Kuruluşları ve Yeni Toplumsal Hareketler, **IV. Uluslararası Sivil Toplum Kuruluşları Kongresi: Küresel Yoksulluk**, 19-21 Ekim 2007, Çanakkale 2007, s.163.

¹³¹ İÇDUYGU/BİKMEN/KEYMAN ve diğerleri, s.76; AKTAN/ÖZTÜRK/AYMAN ve diğerleri, s.10; SUNAY, Sivil Toplumun İmkânları ve Sınırları, s. 128-129.

¹³² KEYMAN/YEĞEN/ÇALIŞKAN/TOL, http://www.siviltoplumakademisi.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=758:stklarinsorularineler&catid=54:sivil-toplum-bilinci&Itemid=132, 04.03.2014; ALEMDAR, s.111.

¹³³ AKTAN/ÖZTÜRK/AYMAN ve diğerleri, s.10; SUNAY, Sivil Toplumun İmkânları ve Sınırları, s. 130; YILDIRIM, İbrahim, s. 121.

gücünün zayıflamasına neden olmaktadır¹³⁴. Aynı alanda faaliyet gösteren sivil toplum örgütlerinin kuracağı platformlar, ortaklıklar ve ağlar sivil topluma büyük bir ivme kazandırmaktadır. Şüphesiz bu örgütler arasında rekabet ve belirli bir gerilim yaşanabilecektir. Ancak önemli olan husus, söz konusu rekabetin ortak hareket etme imkânını ortadan kaldırmamasıdır¹³⁵.

Bu hususta sivil toplum örgütlerinin birbirleriyle olan ilişkilerinde de yaşadığı en önemli sorunlardan biri, bu örgütlerin birbirleri üzerinde hegomanya kurmaya çalışmalarıdır. Çoğulcu demokratik bir sistemde sivil toplum örgütleri birbirleri üzerinde hegomanya kurmadan birlikte yaşamalılardırlar. Bu husus sistemin demokratik olma seviyesini göstermesi bakımından da önemlidir¹³⁶. Ancak uygulamada sivil toplum örgütlerinin birbirleri üzerinde hegomanya kurmaya çalışmasına ve birbirlerinin farklılıklarına tahammülsüz davranmalarına sıklıkla rastlanmaktadır. Özellikle devlet iktidarını yanına alan sivil toplum örgütlerinin aynı alanda faaliyet gösteren diğer sivil toplum örgütleri üzerinde baskı kurmaya çalışmaları¹³⁷, sivil toplumun devlet kontrolü altına alınmasının bir başka şekli olarak karşımıza çıkmaktadır. Sivil toplum alanının daralmasına ve özerkliğine zarar veren bu durum, aynı zamanda sivil toplum-devlet ilişkisini demokratik seviyeden uzaklaştırmaktadır¹³⁸. Söz konusu sorunun giderilebilmesi ülkede var olan siyasal kültürün demokratik niteliğe kavuşmasından geçmektedir. Bunun için ise, bireylerin demokrasiyi içselleştirerek hayat tarzı olarak benimsediği ve başkalarının haklarına ve farklılıklarına saygı duyduğu demokratik bir siyasal kültürün egemen olması gerekmektedir¹³⁹.

¹³⁴ KEYMAN, Türkiye’de Sivil Toplumun Serüveni, s. 67-68; İÇDUYGU/BİKMEN/KEYMAN ve diğerleri, s.118; KEYMAN, Türkiye’de ve Avrupa’da Sivil Toplum, s.29; TOSUN, Demokrasinin Pekışmesinin Önündeki Engellere İlişkin Kuramsal ve Pratik Bir Yaklaşım, s.235.

¹³⁵ KEYMAN/YEĞEN/ÇALIŞKAN/TOL, http://www.siviltoplumakademisi.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=758:stklarnsorunlarineler&catid=54:sivil-toplum-bilinci&Itemid=132, 04.03.2014; AKTAN/ÖZTÜRK/AYMAN ve diğerleri, s.10

¹³⁶ ERDOĞAN TOSUN, Devlet-Sivil Toplum İlişkisi, s.152; KEYMAN/YEĞEN/ÇALIŞKAN/TOL, http://www.siviltoplumakademisi.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=758:stklarnsorunlarineler&catid=54:sivil-toplum-bilinci&Itemid=132, 04.03.2014; MAGEE, Bryan, **Karl Popper’in Bilim Felsefesi ve Siyaset Kuramı**, Çev.Mete Tunçay, İstanbul 1990, s.70-72.

¹³⁷ KEYMAN, Türkiye’de ve Avrupa’da Sivil Toplum, s.30.

¹³⁸ ERDOĞAN TOSUN, Devlet-Sivil Toplum İlişkisi, s.152; KEYMAN/YEĞEN/ÇALIŞKAN/TOL, http://www.siviltoplumakademisi.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=758:stklarnsorunlarineler&catid=54:sivil-toplum-bilinci&Itemid=132, 04.03.2014;

¹³⁹ MAGEE, s.70-72.

Devlet-sivil toplum ilişkisini etkileyen sorunlardan bir diğeri ise, sivil toplum örgütlerinin kendi mensuplarıyla yaşadıkları sorunlardır. Özellikle sivil toplum örgütlerinin kendi mensupları üzerinde vesayet kurması bu alanda karşılaşılan önemli bir sorunlardan biridir. Temel itibarıyla sivil toplum alanı, bireysel özgürlükleri ortadan kaldırmayan aksine bunları güçlendiren çoğulcu bir alandır. Bu alanda faaliyet gösteren sivil toplum örgütleri de kendi içyapılarında çoğulculuğu sağlamalıdır¹⁴⁰. Belli konularda farklı düşünen, muhalefet eden, eleştirel yaklaşan mensupların dışlanmaması, bu noktada sivil toplum örgütlerinin kendi içyapılarında demokratik davranmaları gerekmektedir¹⁴¹. Ancak maalesef belli aidiyetlere koyu bir biçimde bağlanmış ve mensupları üzerinde bu yönde katı bir baskı uygulayan birçok sivil toplum örgütü varlığını sürdürmektedir. Mensuplarını özgürleştirmekten ziyade bağımlı hale getiren ve onlar üzerinde baskı uygulayan bu örgütler, sistemin demokratikleşmesi önünde de önemli bir engeldir. Kimi zaman sağlanan yardımlarla¹⁴², kimi zaman dışlama gibi toplumsal baskı araçlarıyla oluşturulan bağımlılık ilişkisinin yok edilmesi noktasında devlete önemli görevler düşmektedir¹⁴³.

Devlet-sivil toplum ilişkisini etkileyen sorunlu alanlardan bir diğeri ise, sivil toplum örgütlerinin siyasal partilerle olan ilişkileridir. Şüphesiz sivil toplum örgütlerinin de, tıpkı siyasal partiler gibi ülke gündemine ilişkin etkinliklerde bulunabilmeleri nedeniyle doğrudan doğruya siyasetin içinde yer aldığı söylenebilir. Ancak sivil toplum örgütlerinin siyasi partilerle ilişkilerini sorunlu hale getiren husus, sivil toplum örgütlerinin kendi niteliklerinden uzaklaşarak bir siyasi partinin yan örgütü gibi hareket etmeleri, hatta bazı durumlarda siyasi partilerden bile daha etkin rol oynayarak sivil toplum örgütü vasfından uzaklaşmalarıdır¹⁴⁴. Sivil toplum alanında faaliyet gösteren örgütlerin sahip olduğu katı ideolojik anlayış da, sivil toplumu kendi rol ve işlevlerinden uzaklaştırarak devlet ile sivil toplum arasındaki sınırın

¹⁴⁰ TOSUN, Devlet-Sivil Toplum İlişkisi, s.152.

¹⁴¹ TOSUN, Demokrasinin Pekışmesinin Önündeki Engellere İlişkin Kuramsal ve Pratik Bir Yaklaşım, s.237; KEYMAN, Türkiye’de Sivil Toplumun Serüveni, s. 67; KEYMAN, Türkiye’de ve Avrupa’da Sivil Toplum, s.27; SUNAY, Sivil Toplumun İmkânları ve Sınırları, s. 129; ERDOĞAN TOSUN, Gülgün, Birleştirici Demokrasi, <http://www.siviltoplum.com.tr/?ynt=icerikdetay&id=101>, 05.03.2013.

¹⁴² DİKMEN-CANİKLİOĞLU, s. 97, 107. YILDIRIM, İbrahim, s. 247-248; Benzer yönde Bkz. ERDOĞAN TOSUN, Birleştirici Demokrasi, <http://www.siviltoplum.com.tr/?ynt=icerikdetay&id=101>, 05.03.2013.

¹⁴³ ERDOĞAN TOSUN, Devlet-Sivil Toplum İlişkisi, s.333.

¹⁴⁴ ALEMDAR, s.124; SUNAY, Sivil Toplumun İmkânları ve Sınırları, s. 129.

belirsizleşmesine ve sivil toplumun sivillik vasfına önemli ölçüde gölge düşürmektedir¹⁴⁵.

Devlet-sivil toplum ilişkisini etkileyen ve çeşitli sorunlar yaşanmasına neden olan diğer bir husus, sivil toplum örgütlerinin medyayla ilişkileridir. Kimi zaman medyanın bütün sivil toplum örgütlerine eşit mesafede olmamasından kaynaklanan bu durum, bazen de sivil toplum örgütlerinin medya aracını kullanamamasından, medyanın önemini kavrayamamasından kaynaklanmaktadır. Böylelikle toplumla, hedef gruplarla ve devletle güçlü ilişkiler kurulması da zorlaşmaktadır¹⁴⁶.

Devlet-sivil toplum ilişkisini etkileyen ve sivil toplumdan kaynaklanan bir diğer husus ise, bazı sivil toplum örgütlerinin benimsediği çifte standartlı yaklaşımdır. Özellikle belli bir din, mezhep ya da ideoloji gibi aidiyete sahip olan sivil toplum örgütleri, yaklaşımlarını ilkeler ve değerler üzerinden kurmaktan ziyade tarafsız bir biçimde kendi aidiyetleri ekseninde ele alabilmektedir. Dolayısıyla bu aktörlerin, sivil toplumu kendi güçlerini arttırmak amacıyla kullanması gibi bir durum söz konusudur. Aynı zaman da ahlaki bir sorun olan “sivil toplumu suiistimal etme” olgusuyla uygulamada sıklıkla karşılaşmaktadır¹⁴⁷.

C- Siyasal Kültürden Kaynaklanan Sorunlar

Bir ülkede demokrasinin yerleşmesi ve istikrarlı bir biçimde işleyebilmesi için, sadece şekli rejim tasarım ve düzenlemelerinin yeterli olmadığı¹⁴⁸, demokrasinin içinde gelişeceği siyasal kültür ortamının hayati nitelikte olduğu ifade edilmektedir. Bu noktada var olan siyasal kültürü oluşturan toplumsal kitlelerin ve siyasal seçkinlerin inanç, değer, tutum ve davranışlarının demokrasiyi de şekillendirdiği ileri sürülmektedir. Demokratik rejimlerin bir siyasal kültür ortamında doğup ve geliştiği gerçeğinden yola çıkan bu düşüncenin de isabetle vurguladığı gibi demokrasinin varlığı açısından söz

¹⁴⁵KEYMAN/YEĞEN/ÇALIŞKAN/TOL, http://www.siviltoplumakademisi.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=758:stklarnsornlarineler&catid=54:sivil-toplum-bilinci&Itemid=132, 04.03.2014.

¹⁴⁶KEYMAN/YEĞEN/ÇALIŞKAN/TOL, http://www.siviltoplumakademisi.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=758:stklarnsornlarineler&catid=54:sivil-toplum-bilinci&Itemid=132, 04.03.2014; KEYMAN, Türkiye’de ve Avrupa’da Sivil Toplum, s.29

¹⁴⁷ KEYMAN/SCHOLTE, s.17, 23.

¹⁴⁸KALAYCIOĞLU, Ersin, Türkiye’de Demokrasi’nin Pekışmesi: Bir Siyasal Kültür Sorunu, **Ergun Özbudun’a Armağan**, Cilt I: Siyaset Bilimi, Editörler: Serap Yazıcı, Kemal Gözler ve Fuat Keyman, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 250-251.

konusu kültür ortamının demokratik değerlerle uyumluluğu son derece önem arz etmektedir¹⁴⁹. İşte bu anlamda uyumluluğun olmadığı anti-demokratik siyasal kültüre sahip olan ülkelerde, demokratik kurum ve kuralların meşruluk kazanması ve gelişebilmesi önemli ölçüde güçleşmektedir¹⁵⁰.

Bu günden yarına değişebilecek bir olgu olmayan siyasal kültürün, demokratik olabilmesi için belli nitelikleri bünyesinde barındırması gerekir. Bunlar uzlaşmacı, şiddetten uzak, hoşgörülü, farklılıklara saygılı, pazarlığa açık ve katılımcı olma gibi niteliklerdir. Bir toplumda var olan siyasal kültür, sözü edilen niteliklere ne ölçüde uygunsa toplumda demokratik siyasal kültürün yerleşmesi kolaylaşacaktır¹⁵¹. Demokratik kültürün yerleşmediği toplumlarda ise, sadece sivil toplumun varlığı bir anlam ifade etmeyecek, bu durumda sivil toplumun varlığı demokratikleşmeye katkı sağlamadığı gibi, sivil toplumda kendinden beklenen fonksiyonları icra edemeyecektir¹⁵².

Dolayısıyla demokratik bir siyasal kültürün varlığı, hem demokratik bir siyasal sistemin, hem de demokratik bir sivil toplumun varlığı ve işlerliği açısından önemli bir koşuldur. Nitekim devlet-sivil toplum ilişkisinin sağlıklı bir biçimde işleyebilmesi için gereken en önemli husus, var olan siyasal kültürün demokratikliğidir. Bunun bir sonucu olarak demokratik bir devlet-sivil toplum ilişkisinin kurulmasının önündeki önemli engellerden birini de demokratik olmaktan uzak siyasal kültürün varlığı oluşturmaktadır. Siyasal kültürün demokratik olma vasfına uzaklığı, sivil toplumun güçlü demokratik eğilimler ortaya koymasını ve demokratik kurum ve kuralların toplum tarafından benimsenmesini engellemektedir. O halde bir ülkede hem demokrasinin hem de demokratik sivil toplumun kurumsallaşarak sağlıklı bir biçimde işleyebilmesinin siyasal kültürün demokratikliğiyle doğru orantılı

¹⁴⁹LIPSET, Seymour Martin, The Centrality of Political Culture, *Journal of Democracy*, Vol. 1, No. 4, Fall 1990, s.80-83; DAHL, Robert A., *Demokrasi Üstüne*, Çev. Betül Kadioğlu, Phoenix Yayınları, Ankara, 2001, s.159.

¹⁵⁰HUNTINGTON, Samuel P., *Üçüncü Dalga/Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, Çev. Ergun Özbudun, Türk Demokrasi Vakfı Yayınları, Ankara,1993, s. 295.

¹⁵¹KALAYCIOĞLU, s. 252-254; SUNAY, Sivil Toplumun İmkânları ve Sınırları, s. 130-131; TOSUN, Demokrasinin Pekişmesinin Önündeki Engellere İlişkin Kuramsal ve Pratik Bir Yaklaşım, s.235-237; Lijphart, otuzaltı ülkeyi incelemesi sonucunda ortaya koyduğu araştırmaya göre, "uzlaşmacı olma" demokrasinin yerleşerek kurumsallaşması açısından hayati niteliktedir. LIJPHART, Arend, *Demokrasi Motifleri: Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları*, Çev. Güneş Ayas-Utku Umud Bulsun, Salyangoz Yayınları, İstanbul 2006, s. 287.

¹⁵²ERDOĞAN TOSUN, Devlet-Sivil Toplum İlişkisi, s.151-160, 181; TOSUN, Demokrasinin Pekişmesinin Önündeki Engellere İlişkin Kuramsal ve Pratik Bir Yaklaşım, s.235-237.

bir seyir izlediği söylenebilir¹⁵³. Örneğin ülkemizde sivil toplumun henüz yeterince gelişmemesinin temelinde mevcut siyasal kültürün sözü edilen niteliklerden uzak oluşu yatmaktadır¹⁵⁴.

IV. SONUÇ

Sivil toplumun varlığı ve gelişebilmesi açısından gerekli olan tarafsız çoğulcu demokratik devlet olma vasfı, aynı zamanda ideal bir sivil toplumun varlığıyla anlam kazanılabilecektir. İdeal bir sivil toplumun varlığı ise, devletin tarafsızlığı ve sivil toplumun devletten bağımsızlığının sağlanmasıyla mümkün olabilecektir¹⁵⁵.

Devletin tarafsızlığıyla kastedilen husus, devletin sivil toplum alanında faaliyet gösteren bütün unsurlara eşit mesafede olmasıdır. Sivil toplumun devletten bağımsızlığıyla ise, devletten kopuk, tamamen kendi halinde olması değil, siyaset üzerinde etkili, iktidardaki siyasi güç karşısında, karşı siyasi güçleri de içinde barındırabilen ve bu güçlere başvurarak devlet tasarruflarını etkilemeye çalışan bir alan olması kastedilmektedir¹⁵⁶. Bu noktada devlete düşen sorumluluk, hukuki düzenlemelerle sivil toplum kuruluşlarının iç ilişkilerine müdahale etmemek veya sivil toplum kuruluşlarını kendi istediği gibi yönlendirmeye kalkışmamaktır¹⁵⁷. Diğer bir deyişle sivil toplum, devlet iktidarına karşı saygılı olmakla birlikte devletten özerk olmalıdır¹⁵⁸. Bu tarz bir sivil toplumun varlığı ve bu alanın genişletilmesi, toplumun devletten özerkliğinin sağlanabilmesi ve böylelikle devletin baskıcı müdahalelerine karşı çoğulcu demokrasinin korunmasına büyük katkı sağlayacaktır¹⁵⁹. Çünkü kendi kendine oluşmuş ve devlete bağımlılığı olmayan sivil toplum örgütlerinin varlığı,¹⁶⁰ devletin baskıcı müdahalelerini engelleyerek devlet iktidarının sınırlandırılmasında önemli bir işlev üstlenecektir. Dolayısıyla

¹⁵³ ERDOĞAN TOSUN, Devlet-Sivil Toplum İlişkisi, s.159-160, 181; TOSUN, Demokrasinin Pekışmesinin Önündeki Engellere İlişkin Kuramsal ve Pratik Bir Yaklaşım, s.235-237; KALAYCIOĞLU, s. 251-252.

¹⁵⁴ KEYMAN, Türkiye’de Sivil Toplumun Serüveni, s. 67; KALAYCIOĞLU, s. 252-254, 277-278

¹⁵⁵ COHEN, s. 255.

¹⁵⁶ DURGUN, s. 220.

¹⁵⁷ ATAR, Demokratik Sistemde Sivil Toplumun Fonksiyonları, s. 98.

¹⁵⁸ SARIBAY, Türkiye’de Demokrasi ve Sivil Toplum, s. 33.

¹⁵⁹ ERDOĞAN TOSUN, Birleştirici Demokrasi, <http://www.siviltoplum.com.tr/?ynt=icerikdetay&id=101>, 05.03.2013.

¹⁶⁰ COHEN, s. 255.

gerçek manada bir sivil toplumun varlığının, demokrasinin korunması ve yaşatılması bakımından son derece önemli olduğu söylenebilir¹⁶¹.

Esasında demokrasi ile sivil toplum arasında var olan bu sıkı ilişki, her ikisi açısından da devlet iktidarının sınırlanması, devletin tarafsızlığının sağlanması ve devletle toplum arasındaki ilişkinin güçlendirmesi, çoğulculuk, katılım ve özgür ifadeyi sağlama gibi temel bir takım fonksiyonların ortaklığından kaynaklanmaktadır. Bu fonksiyonlar aynı zamanda demokrasinin işleyişinde sivil toplumun üstlendiği temel rolleri de ifade etmektedir. Sözü edilen fonksiyonlar da dikkate alındığında, bireysel özgürlüğün maksimum düzeyde hedeflendiği, katılımın yaygınlaştığı, bireylerin kendi kaderlerini tayin edebildiği ve böylelikle “devlete karşı etkinlikler alanı” olarak şekillenen sivil toplum¹⁶², bu özellikleriyle demokrasinin zayıf taraflarına karşı ara yapı işlevi görmekte¹⁶³ ve bir süreç şeklinde işleyen demokratikleşmenin itici gücünü oluşturmaktadır¹⁶⁴.

Ancak demokratik ülkelerde sivil toplum, demokrasinin işleyişinde itici bir güç olarak önemli fonksiyonlar üstlenmekle birlikte, uygulamada sivil toplum-devlet ilişkisi kâğıt üzerindeki gibi işlememekte ve çeşitli sorunlarla karşılaşmaktadır¹⁶⁵. Özellikle temel unsurları sağlama bakımından demokratik olarak niteleyebileceğimiz ülkelerde, devlet ile sivil toplum arasındaki ilişkide; gerek devlet gerekse sivil toplum tarafından demokrasinin tam anlamıyla içselleştirilememesinden ya da toplumda yerleşik olan siyasal kültürden kaynaklanan çeşitli sorunlar yaşanmaktadır.

Devlet-sivil toplum ilişkisinde devletin neden olduğu pek çok sorun bulunmakla beraber söz konusu sorunların en önemlileri; devletin, sivil topluma bakış açısından, sivil toplumu baskı altına almaya ya da yandılaştırmaya çalışmasından, kendi yapısından, belli bir ideolojiye sahip olmasından, sahip olduğu hak ve özgürlük anlayışından veya yasal alt yapıdan kaynaklanan sorunlar olarak sıralanabilir.

¹⁶¹ YETİŞ, s.22

¹⁶² ÇAHA, İslam ve Sivil Toplum, s. 116.

¹⁶³ Tocqueville göre, sivil toplum demokrasinin zayıf taraflarına karşı ara yapı işlevi görmektedir. GÖZE, s. 255.

¹⁶⁴ DİKMEN-CANİKLİOĞLU, s.94; GÖNENÇ AKPINAR, s. 47-50.

¹⁶⁵ ALEMDAR, s.125.

Devlet-sivil toplum ilişkisinde yaşanan sorunlar genellikle devlete bağlanmakta ve sivil toplumdan kaynaklanan sorunlar göz ardı edilmektedir¹⁶⁶. Hâlbuki devlet- sivil toplum ilişkisinde yaşanan sorunların önemli bir kısmı da sivil toplum kaynaklı olarak ortaya çıkmaktadır. Söz konusu ilişkide sivil toplumun neden olduğu pek çok sorun bulunmakla beraber bu sorunların en önemlileri sivil toplumun yapısına, kaynak yetersizliklerine, ilişki ve yaklaşımlarına ilişkin sorunlar olarak sıralanabilir.

Devlet-sivil toplum ilişkisinde yaşanan bir diğer sorun alanı da toplumda yerleşik olan siyasal kültürden kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda bir ülkede demokrasinin yerleşmesi ve istikrarlı bir biçimde işleyebilmesi için, sadece şekli rejim tasarım ve düzenlemelerinin yeterli olmadığı¹⁶⁷, demokrasinin içinde gelişeceği siyasal kültür ortamının hayati nitelikte olduğu söylenebilir. Bu noktada var olan siyasal kültürü oluşturan toplumsal kitlelerin ve siyasal seçkinlerin inanç, değer, tutum ve davranışlarının demokrasiyi de şekillendirdiği¹⁶⁸ ve demokrasiyle uyumlu bir kültürün yerleşmediği toplumlarda ise, sadece sivil toplumun varlığının bir anlam ifade etmediği görülmektedir. Dolayısıyla bu durumda sivil toplumun varlığı demokratikleşmeye katkı sağlamadığı gibi, sivil toplumda kendinden beklenen fonksiyonları icra edemeyecektir¹⁶⁹.

KAYNAKÇA

AKDEMİR, Süleyman, Sivil Toplum ve İslamiyet, **Yeni Türkiye Dergisi**, Kasım-Aralık 1997, Y. 3, Sy. 18, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri Yayınları, Ankara 1997, ss. 267-274.

AKTAN İrfan, ÖZTÜRK Serap, AYMAN Zelal ve diğerleri, **Türkiye’de Hak Temelli Sivil Toplum Örgütleri Sorunlar ve Çözüm Arayışları**, Odak Ofset Matbaacılık, Ankara 2011.

¹⁶⁶KEYMAN, Türkiye’de ve Avrupa’da Sivil Toplum, s.28

¹⁶⁷KALAYCIOĞLU, s. 250-251.

¹⁶⁸LIPSET, s. 80-83; DAHL, s.159.

¹⁶⁹ ERDOĞAN TOSUN, Devlet-Sivil Toplum İlişkisi, s.151-160, 181; TOSUN, Demokrasinin Pekişmesinin Önündeki Engellere İlişkin Kuramsal ve Pratik Bir Yaklaşım, s.235-237.

ALEMDAR, Zeynep, Sarmal Modeli Yarı Sarmak: Türkiye’de İnsan Hakları Kurumları-Devlet-AB İlişkisi, **Uluslararası İlişkiler**, C. 7, Sy. 28 (Kış 2011), ss. 111-128.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, Siyasal Partiler ve Sivil Toplum Örgütleri, **Anayasa Yargısı**, c. 16, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 1999, ss. 95-115.

ATAR, Yavuz, Demokratik Sistemde Sivil Toplumun Fonksiyonları ve Sivil Toplum Devlet Düalizmi, **Yeni Türkiye Dergisi**, Kasım-Aralık 1997, Y. 3, Sy. 18, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri Yayınları, Ankara 1997, ss. 98-102. (Demokratik Sistemde Sivil Toplumun Fonksiyonları)

ATAR, Yavuz, Çağdaş Demokrasinin Siyasal Boyutu: Türkiye’de Demokratikleşme ve Anti-Demokratikleşme Göstergeleri, **Yeni Türkiye Dergisi**, Kasım-Aralık 1997, Y. 3, Sy. 17, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri Yayınları, Ankara 1997, ss. 73-95.

ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Mimoza Yayınları, Konya 2011. (Türk Anayasa Hukuku)

AZAKLI, Sedat, Devlet Sivil Toplum ve Türkiye, **Yeni Türkiye Dergisi**, Kasım-Aralık 1997, Y. 3, Sy. 18, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri Yayınları, Ankara 1997, ss. 224-231.

BARRY, Norman, Klasik Liberalizm ve Sivil Toplum, **Liberal Düşünce Dergisi**, Bahar-Yaz 1998, C. 3, Sy. 10-11 Liberte Yayınları, Ankara 1998, ss. 49-52.

BOLAY, Hayri, Sivil Toplum ve Manası, **Yeni Türkiye Dergisi**, Kasım-Aralık 1997, Y. 3, Sy. 18, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri Yayınları, Ankara 1997, ss.7-9.

BOSTANCI, Naci, Sivil Toplum Devlet ve Türkiye, **Yeni Türkiye Dergisi**, Kasım-Aralık 1997, Y. 3, Sy. 18, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri Yayınları, Ankara 1997, ss. 181-188.

CHRYSSOCHOOU, Dimitris, **Democracy in the European Union**, I.B.Tauris, London 2000.

COHEN, Jashua, **Deliberation and Democratic Legitimacy**, Der. Alan Hamlin and Philipp Pettit, The Good Polity: Normative Analysis of the State, Bail Blackwell, London 1989.

ÇAHA Ömer, **Sivil Kadın Türkiye’de Sivil Toplum ve Kadın**, Vadi Yayınları, Ankara 1996. (Sivil Kadın)

ÇAHA, Ömer, 1980 Sonrası Türkiye’inde Sivil Toplum Arayışları, **Yeni Türkiye Dergisi**, Kasım-Aralık 1997, Y. 3, Sy. 18, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri Yayınları, Ankara 1997, ss. 28-65. (Sivil Toplum Arayışları)

ÇAHA, Ömer, **Açık Toplum Yazıları**, Liberte Yayınları, Ankara 2004. (Açık Toplum Yazıları)

ÇAHA, Ömer, **Aşkın Devletten Sivil Topluma**, Gendaş Yayınları, İstanbul 2000. (Aşkın Devletten Sivil Topluma)

ÇAHA, Ömer, Devlet ve Sivil Toplum, <http://www.baltalimani.com/pdf/>, 24.03.2014.

ÇAHA, Ömer, İslam ve Sivil Toplum, **İslam, Sivil Toplum, Piyasa Ekonomisi**, Liberte Yayınları, Ankara 1999. (İslam ve Sivil Toplum)

ÇAHA, Ömer, Liberal ve Sosyalist Ülkelerde Sivil Toplum, **Liberal Düşünce Dergisi**, Güz 1999, C. 4, sy. 16 Liberte Yayınları, Ankara 1999, ss. 104-133.

ÇAHA, Ömer, Türkiye’de Sivil Toplumun Sorunları, **Liberal Düşünce Dergisi**, Bahar-Yaz1998, c. 3, sy. 10-11 Liberte Yayınları, Ankara 1998, ss. 22-37. (Türkiye’de Sivil Toplumun Sorunları)

DAHL, Robert A., **Demokrasi Üstüne**, Çev. Betül Kadioğlu, Phoenix Yayınları, Ankara, 2001.

DALTON, Russell J., Citizenship Norms and the Expansion of Political Participation, **Political Studies**, Vol. 56, Issue 1, 2008.

DİKMEN-CANİKLİOĞLU, Meltem, **Sivil Toplum ve Türkiye Demokrasisindeki İzdüşümleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.

DİNÇKOL, Bihterin, Yönetilenlerin “Öz” Yönetimi - Kamuoyu, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 5, Sy. 10, Güz 2006/2, ss. 49-66.

DOĞAN, İlyas, **Özgürlükçü ve Totaliter Düşünce Geleneğinde Sivil Toplum**, Alfa Yayınları, İstanbul 2002.

DURGUN, Şenol, Türkiye’de Sivil Toplum ve Devlet, **Yeni Türkiye Dergisi**, Kasım-Aralık 1997, Y. 3, Sy. 18, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri Yayınları, Ankara 1997, ss. 218-224.

ERDOĞAN TOSUN, Gülgün, Birleştirici Demokrasi Devlet Sivil Toplum İlişkisinin Yeniden Yapılandırılması İçin Bir Analiz Aracı Olabilir mi, <http://www.siviltoplum.com.tr/?ynt=icerikdetay&id=101>, 05.03.2013.. (Birleştirici Demokrasi)

ERDOĞAN TOSUN, Gülgün, **Demokratikleşme Perspektifinden: Devlet-Sivil Toplum İlişkisi**, Alfa yayıncılık, İstanbul 2001. (Devlet-Sivil Toplum İlişkisi)

ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi Yayınları, Ankara 2004. (Anayasal Demokrasi)

ERDOĞAN, Mustafa, Sivil Toplum: Bir Kavramın Anatomisi, **Liberal Düşünce Dergisi**, Bahar-Yaz 1998, c. 3, sy. 10-11 Liberte Yayınları, Ankara 1998, ss. 5-22

FRUMKIN Peter, KIM Mark T., “The Effect of Government Funding on Nonprofit Administrative Efficiency: An Empirical Test”, **Ash Institute for Democratic Governance and Innovation. Kennedy School of Government**, <http://www.innovations.harvard.edu/cache/documents/26/2600.pdf>, Fall 2002.

GENÇKAYA, Ömer Faruk, Demokratikleşme ve Sivil Toplum İlişkisi Üzerine Bir Not, **Yeni Türkiye Dergisi**, Kasım-Aralık 1997, Y. 3, Sy. 18, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri Yayınları, Ankara 1997, ss. 102-106.

GÖNENÇ AKPINAR Ayşenur, **Sivil Toplum: Düşünsel Temelleri ve Türkiye Perspektifi**, Altkitap 2001.

GÖZE, Ayferi, **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, Beta Yayınları, İstanbul 2000.

GÖZTEPE, Ece, Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışına Karşı Çoğulcu Demokrasi Modelleri: Normatif Düzenleme Olanakları ve Bunun Sınırlılığı Üzerine Bazı Düşünceler, **Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2010.

GÖZÜBÜYÜK TAMER, Mine, Tarihsel Süreçte Sivil Toplum, **Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi**, C. 27, Sy.1, Haziran 2010, ss. 89-105.

GÜLSOY, Tevfik, **Demokrasilerde Siyasal Parti Teşkilatı ve Parti İçi Demokrasi**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Konya 2000.

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 52, Sy. 4, Y. 2003, ss. 69-92.

HEWLETT, Nick, **Democracy in Modern France**, Continuum International Publishing Group, New York 2005.

HUNTINGTON, Samuel P., **Üçüncü Dalga/Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma**, Çev. Ergun Özbudun, Türk Demokrasi Vakfı Yayınları, Ankara, 1993.

İÇDUYGU Ahmet, BİKMEN Filiz, KEYMAN Fuat ve diğerleri, **Türkiye’de Sivil Toplum: Bir Değişim Süreci Uluslararası Sivil Toplum Endeksi Projesi Türkiye Ülke Raporu**, Ed. Filiz Bikmen Zeynep Meydanoglu, Tüsev Yayınları, İstanbul 2006.

İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk, **Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2010.

KABASAKAL, Mehmet, Factors Influencing Intra-party Democracy and Membership Rights: The Case of Turkey, **Party Politics**, July 2012, ss. 700-711.

KALAYCIOĞLU, Ersin, Türkiye’de Demokrasi’nin Pekişmesi: Bir Siyasal Kültür Sorunu, **Ergun Özbudun’a Armağan**, Cilt I: Siyaset Bilimi, Editörler: Serap Yazıcı, Kemal Gözler ve Fuat Keyman, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, ss. 247-277.

KARADAĞ, Ahmet, Demokratikleşme ve Sivil toplum: Liberal Düşünce Topluluğu Örneği, **Sivil Toplum ve Demokrasi**, Kaknüs Yayınları, İstanbul 2005.

KEANE, Jhon, Sivil Toplum ile Devlet Arasındaki Ayrımın Kökenleri ve Gelişimi 1750-1850, **Sivil Toplum ve Devlet –Avrupa’da Yeni Yaklaşımlar**, Der. Jhon Keane, Çev. Erkan Akın, Aksu Bora ve Ahmet Çiğdem vd., Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1993.

KEYMAN E. Fuat, YEĞEN Mesut, ÇALIŞKAN Mehmet Ali, TOL Uğraş Ulaş, **Türkiye’de Gönüllü Kuruluşların Sorunları**, Türkiye’de Gönüllü Kuruluşlarda Sivil Toplum Kültürü, Yaşama Dair Vakfı, 2010, http://www.siviltoplumakademisi.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=758:stklarinsoru_nlarineler&catid=54:sivil-toplum-bilinci&Itemid=132, 04.03.2014.

KEYMAN Fuat, SCHOLTE Jan Aart, **Küreselleşme ve Sivil Toplum**, Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları no 10, Çev. Nur Deriş Ottoman, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi Yayınları, İstanbul 2005.

KEYMAN, E. Fuat, **Türkiye’de Sivil Toplumun Serüveni: İmkânsızlıklar İçinde Bir Vaha**, Sivil Toplum Geliştirme Merkezi Yayını,

Ankara 2006. (Türkiye’de Sivil Toplumun Serüveni)

KEYMAN, Fuat, Sivil Toplum, Sivil Toplum Kuruluşları ve Türkiye, Yay. Haz. Arzu Karamani, **Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları No 3**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi Yayınları, İstanbul 2004.

KEYMAN, Fuat, Türkiye’de ve Avrupa’da Sivil Toplum, Yay. Haz. Arzu Karamani, **Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları No 3**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi Yayınları, İstanbul 2004. (Türkiye’de ve Avrupa’da Sivil Toplum)

KÖKER, Levent, Seçim Sistemleri ve Siyasî Çoğulculuk, **Anayasa Yargısı**, c. 23, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006, s. 199-210.

KUKATHAS, Chandran, Islam, Democracy and Civil Society, **Liberal Düşünce Dergisi**, Bahar-Yaz1998, c. 3, sy. 10-11 Liberte Yayınları, Ankara 1998.

KUZU, Burhan, Demokrasi- Resmi İdeoloji- Sivil Toplum, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Gündüz Ökçün’e Armağan**, C. 47, sy. 1-2, Ankara 1992, ss. 335-369.

LANE Jan-Erik, ERSSON Svante O., **Democracy: a Comparative Approach**, Routledge, New York 2003.

LEARS, Jackson, The Concept of Cultural Hegemony, **Antonio Gramsci: Intellectual and Political Context, Critical Assessments of Leading Political Philosophers**, Vol. 1, Ed. James Martin, Taylor & Francis Publishing, New York 2002.

LEVINE, Norman, **Marx’s Discourse with Hegel**, Palgrave Macmillan Publishing, New York 2012.

LIJPHART, Arend, **Demokrasi Motifleri: Otuz Altı Ülkede Yönetim Biçimleri ve Performansları**, Çev. Güneş Ayas-Utku Umut Bulsun, Salyangoz Yayınları, İstanbul, 2006.

LIPSET, Seymour Martin, The Centrality of Political Culture, **Journal of Democracy**, Vol. 1, No. 4, Fall 1990, ss. 80-83.

LIPSON, Eslie, **Demokratik Uygarlık**, Çev: Haldun Gülalp, Türker Alkan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1984.

MAGEE, Bryan, **Karl Popper’in Bilim Felsefesi ve Siyaset Kuramı**, Çev.Mete Tunçay, İstanbul 1990.

MARANGOZ, Mehmet, Toplumsal Barışın Sağlanmasında STK’ların

Rolü, **Dernekler Dergisi**, Sy. 7, http://www.siviltoplumakademisi.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=488:toplumsal-barn-salanmasnda-stklarn-rolue-&catid=49:akademik&Itemid=113

MOONEY Annabelle, EVANS Betsy, **Globalization The Key Concepts**, Taylor & Francis, Oxon 2007.

MOUFFE Chantal, SASSOON Anne S., Gramsci in France and Italy A Review of Literature, **Antonio Gramsci: Intellectual and Political Context, Critical Assessments of Leading Political Philosophers**, Vol. 1, Ed. James Martin, Taylor & Francis Publishing, New York 2002.

ÖZBUDUN, Ergun, **Siyasal Partiler**, Sevinç Matbaası, Ankara 1979.

PETAUX, Jean, **Democracy and Human Rights for Europe: the Council of Europe's Contribution**, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2009.

PINTER, Frances, Funding of Global Civil Society Organisations, **Global Civil Society**, Eds. Anheier, Helmut, Marlies Glasius and Mary Kaldor, <http://www.gcsknowledgebase.org/wp-content/uploads/2001chapter8.pdf>, 2001.

Problems of Participation-Reflections on Authority, Democracy, and the Struggle for Common Life, Eds. Tehseen Noorani, Claire Blencowe and Julian Brigstocke, ARN Press, UK 2013.

SALAMON Lester. M., SOKOLOWSKI S. Wojciech, LIST Regina, **Global Civil Society An Overview**, The Johns Hopkins University, Center for Civil Society Studies, Institute for Policy Studies, The Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project, www.un.mr/vnu07/docs/SC/globalciv.pdf, USA 2003.

SARAN, Ulvi, Sivil Toplum Kuruluşları Ne Kadar Sivil?, http://www.siviltoplumakademisi.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=493:sivil-toplum-kurulular-ne-kadar-sivil&catid=49:akademik&Itemid=113, 11.02.2014.

SARIBAY, Ali Yaşar, **Postmodernite, Sivil Toplum ve İslam**, İletişim yayınları, İstanbul 1994.

SARIBAY, Ali Yaşar, Türkiye’de Demokrasi ve Sivil Toplum, **Liberal Düşünce Dergisi**, Bahar 1997, C. 2, sy. 6, Liberte Yayınları, Ankara 1997, ss. 32-43. (Türkiye’de Demokrasi ve Sivil Toplum)

SARTORI, Giovanni, **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, Çev. Tuncer Karamustafaoğlu-Mehmet Turan, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.

SCHECTER, Darrow, Two Views of the revolution Gramsci and Sorel, 1916-1920, **Antonio Gramsci: Intellectual and Political Context, Critical Assessments of Leading Political Philosophers**, Vol. 1, Ed. James Martin, Taylor & Francis Publishing, New York 2002.

SCHUMPETER, Joseph A., **Capitalism, Socialism and Democracy**, Routledge, London New York, 2012.

SELÇUK, Sami, **Zorba Devletten Hukukun Üstünlüğüne**, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara 1999.

SELIGMAN, Adam, **Idea Of Civil Society**, Simon and Schuster Publishing, New York 1992.

SHILS, Edward, The Virtue of Civil Society, **Government and Opposition**, Vol. 26, Issue 1, January 1991, ss. 3-20

STILLMAN, Peter G., Hegel's Civil Society: A Locus of Freedom, **Polity**, Vol. 12, No. 4, Summer, 1980, ss. 622-646.

SUNAY, Reyhan, **İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001.

SUNAY, Reyhan, İnsan Haklarının Korunmasında Sivil Toplumun İmkânları ve Sınırları, **Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, Sy. 1, Konya 2013, ss. 63-95. (Sivil Toplumun İmkânları ve Sınırları)

ŞAHİN Mehmet, UYSAL Özge, Sivil Toplum Kuruluşlarının Devlet Tarafından Finansmanı Üzerine Bir Tartışma, **Maliye Dergisi**, Sy. 153, Temmuz-Aralık 2007, ss. 1-12

TARHANLI, Turgut, STK'lar ve İnsan Hakları, **Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları no 13**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi, Kaset Çözümü: Elif Özgen, 2006.

TEORELL, Jan, Political Participation and Three Theories of Democracy: A Research Inventory and Agenda, **European Journal of Political Research**, Vol. 45, Issue 5, 2006, ss. 787-810.

TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul 2003.

TOCQEVILLE, Alexis De, Amerika'da Demokrasi, Çev. İhsan Sezal ve Fatoş Dilber, Yetkin Yayınları, Ankara 1994.

TOSUN, Gülgün, Türkiye'de Devlet Sivil Toplum İlişkisi Bağlamında Demokrasinin Pekişmesinin Önündeki Engellere İlişkin Kuramsal ve Pratik Bir Yaklaşım, **Ege Akademik Bakış**, C.1, Sy.1, Y. 2001, ss. 224-243. (

Demokrasinin Pekışmesinin Önündeki Engellere İlişkin Kuramsal ve Pratik Bir Yaklaşım)

Türkiye’de Derneklerin Örgütlenme Özgürlüğü Önündeki Engeller (Türkiye’de Örgütlenme Özgürlüğünün İzlenmesi İçin Metodoloji Geliştirilmesi Projesi), Ed. Tevfik Başak Ersen, TÜSEV yayınları, İstanbul 2010.

UYGUN, Oktay, Demokrasinin Çoğunlukçu ve Çoğulcu Modelleri İki Bin Beşyüz Yıllık Bir Tartışmanın Analizi, **Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2010.

YANIK, Murat, **Parti İçi Demokrasi**, Beta Yayınları, İstanbul 2002.

YETİŞ, Mehmet, Tocqueville, Demokratik Devrim ve Sivil Toplum, **AÜSBF Gelişme ve Toplum Araştırmaları Merkezi Tartışma Metinleri**, No: 87, Ankara 2005.

YILDIRIM, İbrahim, **Demokrasi Sivil Toplum Kuruluşları ve Yönetişim**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

YILMAZ, Aytakin, Sivil Toplum Demokrasi ve Türkiye, **Yeni Türkiye Dergisi**, Kasım-Aralık 1997, Y. 3, Sy. 18, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri Yayınları, Ankara 1997, ss. 86-98.

ANAYASA MAHKEMESİNİN İNSAN HAKLARI ZEMİNİ

Emir KAYA*

ÖZET

2010 Anayasa değişikliği ile hukuk sistemimize kazandırılan ve 2012 yılında hayata geçirilen bireysel başvuru uygulaması ile Anayasa Mahkemesine “özgürlükleri koruma ve geliştirme misyonu” yüklenmiştir. Mahkemenin bu misyonu yerine getirmedeki başarısı, kararlarının çok yönlü ve çok katmanlı olarak değerlendirilmesiyle anlaşılabilir. Uygulamanın henüz yeni olması nedeniyle, bu alanda karar analizlerinden de önce beliren ihtiyaç, şu sorunun cevaplanmasıdır: Anayasa Mahkemesinin insan haklarının hakkını verme potansiyeli nedir?

Anayasa Mahkemesi, tarihi, sosyal, kültürel, kişisel, kurumsal, politik, psikolojik ve benzeri bileşenlerden bağımsız çalışan bir kurum değildir. Mahkemenin yargısal tutumu ve performansı bu gibi bileşenlere bağlı olarak oluşmaktadır. Mahkemenin sayısız etkenin varlığı karşısında ne kadar aktif ve katılımcı yahut pasif ve edilgen olacağı konusunda öngörülerde bulunmak için henüz erken olmakla birlikte, Mahkemenin çalışma sahasına nüfuz eden hususların irdelenmesinin bu doğrultuda yol gösterici olacağı tartışmasızdır.

Bu makale, Anayasa Mahkemesinin insan hakları zeminine dair bir etüt çalışmasıdır. Çalışmanın amacı, genelde Türkiye’deki hukuk olgularını, potansiyel olarak ise Anayasa Mahkemesinin muhakemesini şekillendiren unsurları tespit etmek, bunlardan insan hakları boyutunda daraltıcı ve yavaşlatıcı etki yapabilecek olanlara işaret ederek önlemler alınmasına katkı sunmaktır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, Anayasa hukuku ve yargısı, insan hakları, hukuk kültürü, yargısal tutum

THE HUMAN RIGHTS BACKGROUND OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF TURKEY

ABSTRACT

In 2012, the Constitutional Court of Turkey began receiving individual applications pertaining to claims of human rights violations, in accordance with the 2010 constitutional amendments that had assigned her “the mission of protecting and advancing liberties”. Even though the best tool for assessing the Court’s performance in this area is her decisions, it is still too early to undertake such a task, owing to the limited number of judgments given. At this stage, it is a rather sensible starting point,

* Yrd. Doç. Dr., Anayasa Mahkemesi Raportörü, 0136310@gmail.com

however, to inquire about the Court's potential to do justice to human rights, by means of a general background analysis.

The Court's background comprises historical, social, cultural, individual, institutional, political, psychological and other variables that shape her judicial behavior and performance. This article is an attempt to examine the Court in such respects in her embryonic phase of directly tackling human rights issues. The goal of the article is to reveal some of the obstacles to human rights in Turkey that might also hinder the Court's contributions to law and society.

Keywords: *Constitutional Court of Turkey, constitutional law and jurisdiction, human rights, legal culture, judicial behavior*

Giriş

Her ne kadar 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti Devleti "insan haklarına saygılı" olarak tarif edilmişse de yine Anayasa'da ifadesini bulan "Türkiye Cumhuriyetinin ebedi varlığı", "Türk milli menfaatleri", "toplumun huzuru", "milli dayanışma", "Atatürk milliyetçiliği", "laik", "ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün" gibi düşünce ve politika yönlendirmeleri karşısında insan hakları, devletin koşullu, onaya tabi ve tali bir ilgi alanı olarak kalmıştır. İnsan hakları, Anayasa ile somutlaşan devlet aklında ancak muayyen sınırlar içinde ve muayyen bir yönde geçerli olarak tasavvur edilmektedir.¹

¹ Anayasa'nın Başlangıç kısmı temel hak ve hürriyetlerden yararlanmayı "milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme" kaydıyla tarif ederken kanun koyucunun zihni hakkında ipucu vermektedir. Nitekim "Anayasanın yürürlüğe girmesi" başlıklı 177. maddede öngörüldüğü üzere, bazı hak ve hürriyetlere ilişkin hükümlerin derhal yürürlüğe girmemesi ve mevzuat oluşturuluncaya kadar Milli Güvenlik Konseyinin bildiri ve kararlarının etkili olması da Anayasa koyucunun öncelik algısını yansıtmaktadır. Yine mülga Geçici 15. maddeyi oluşturan şu cümleler insan haklarının devlet katında önceliğinin olmadığını Anayasa içinden delili olmuştur: "12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Milli Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezai, mali veya hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz. Bu karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarruflarda bulunanlar ve uygulayanlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır."

Dünya üzerinde insan haklarına saygısız olduğunu yahut insan haklarının önemsiz olduğunu kabul etmiş bir devlet yoktur.² Öyleyse insan haklarına saygılı olma, ilk etapta bir iddiadan ibarettir.³ Bu iddianın ispatı, insan haklarının layığıyla kavrandığının eylemlerle yansıtılması yoluyla olabilir. İnsanın haklarının hukuki bir zorunluluk değil, siyasi bir tercih olarak kabul edilmesi durumunda da bu tercihin ne kadar isabetli ve istikrarlı olarak hayata geçirildiğinin sorgulanması gerekmektedir.

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi (AYM) başta olmak üzere devlet kurumlarının insan hakları anlayışı ne düzeydedir? Bu soru etrafında şekillenen çalışmamız, hal-i hazırda bir anayasal kurgudan ibaret olan “milli kültür” kavramından ilhamla, bir kültür analizi sunmak amacındadır. Genel kültür bütününe devam ettiren hukuk kültürü, yargı kültürü, iletişim kültürü, kurumsal kültür gibi alt başlıklar üzerinden bir insan hakları etüdü yapmak arzusundayız. Ortaya koymaya çalıştığımız realitelerin insan hakları teorisinin idealleriyle ne kadar örtüştüğünü, bu örtüşme/ayrışma görüntüsü içinde AYM’ye dair beklentilerin hangi seviyede tutulmasının uygun olacağını tartışmaktayız.

1. Ön Açıklamalar

AYM’nin insan hakları hassasiyetini kritik eden bu çalışmanın amacı, ülkemizdeki hukuk olgularını besleyen zihin altyapısını irdelemek ve o altyapıya katkıda bulunmaktır. Her ne kadar herhangi bir kurum için geçerli olabilecek kültür analizleri sunulsa da AYM’nin bireysel başvuru ile birlikte doğrudan insan haklarını korumaya yönelmesi, genel gözlemlerimizin AYM özelinde yorumlanmasını gerekli ve faydalı kılmaktadır.

Konuyu, zemin-AYM-ürün zinciri halinde kurgulamaktayız. AYM’nin ürünü çeşitli dava türlerinde verdiği kararlardır. Çalışmamızın odağı kararlar değildir; karar değerlendirmelerine ışık tutmak üzere bir zemin etüdü yapmayı

² Devletlerin bu tutumunun nedeni siyasi olabilir (Dunne ve Wheeler, 1999). İnsan haklarının yine siyasetin malzemesi olarak değer kazanıp kaybetmesi de mümkündür (Evans, 2005). Günümüzün insan hakları düşüncesinin tarihsel açıdan kritik edilmesi de gereklidir (Ibhawoh, 2007). İnsan hakları, uluslararası ve seküler bir “yeni doğal hukuk” akımı olarak felsefi açıdan da problemlidir (Boucher, 2009). İnsan hakları söyleminin modernist ve postmodernist dönemler arasında bir karmaşayı yaşattığı da ileri sürülmüştür (Arslan, 1999). İnsan haklarını bir sabite gibi kabul eden ve yansıtan söylemler karşısında, konuyu bu söylemler açısından derinleştirebilmek adına, bu gibi kritiklere girmeyeceğiz. Çalışmamızda, “insan haklarının evrensel geçerliliği” varsayımıyla hareket edilmiştir.

³ 1961 Anayasası’nın “Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve ‘Başlangıç’ta belirtilen temel ilkelere dayanan, millî, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir.” şeklindeki 2. maddesi daha da ileri bir iddiayı dile getirmekte idi.

amaçlamaktayız. Zemin, ürünü doğuran koşulların ve etkilerin tümü olarak tanımlanmaktadır. Zemin kavramını açmak için iklim, ortam, çevre, arka plan, zihniyet, karakter gibi kelimeler de kullanılabilir. Anahtar soru, AYM'nin kararlarını ortaya çıkaran etkileşimlerin ve ilişkilerin, nasıl bir genel kültür, algı ve anlayış vasatında vuku bulduğudur. Bu vasat, üretilen ürünlere dair analizlere ve öngörülere ışık tuttuğu için çok anlamlıdır. Çalışmanın yaklaşımı, kati cevaplar sunmaktan ya da yargılara varmaktan ziyade, doğru çözümlenmeler yaparak doğru soruları bulmak ve dillendirmektir.

Soyut ya da somut her kişilik, kendi olağan akışına aykırı gelen etkileri savuşturma refleksini bünyesinde barındırır. Çoğunlukla bu etkilerin özünde olumlu/haklı ya da olumsuz/haksız olmasından ziyade, yerleşmiş alışkanlıklara ve normlara uygun olup olmadığı açısından tepkiler geliştirilir. Çeşitli katmanlarda verilen tepkiler ya objektif geçerliliğe dair bir arayıştır ya da sübjektif bir algının yansımasıdır. Sübjektif algıların inkar edilmesi ve kurumsal diskurdan güç alarak objektifmiş gibi sunulması çizgisinde, sıklıkla hafif ya da ağır, resmi ya da gayri resmi yaptırımlar ve benzeri stratejiler ortaya çıkar; böylece kişisel ve kurumsal imajlar korunmaya çalışılır. Oysa imaj, içerik olgunlaştıktan sonra anlamlıdır; aksi halde imaj kaygıları tenakuzları derinleştirmekten başka bir işe yaramaz. Nitekim dar imaj hesaplarına dayanan ortodoks direktmeler, pek çok sorunun sebebi ya da besleyicisi durumundadır. Bu nedenle, imajla ilgili düşüncelere takılmadan, AYM'nin ve devletin dayanağı olan kamu huzurunda, bilimsel kaygılarla gözlemlerin sunulması yararlı olacaktır.

Bilimsellik ile ilgili olarak şöyle bir netleştirme yapmak ihtiyacı vardır: Bilimsel olan ile kişisel olanın farklı olduğu, ayrı boyutlarda gerçekleştiği kabulü bilimsel araştırmalara uzun süre egemen olmuştur. Oysa bu kabul yanlış ve enteresan bir şekilde bilimselliğe de aykırıdır. Burada derinlemesine bir bilim felsefesi tartışmasına girmeksizin, kısaca şunu ifade etmek gerekiyor: Eğer bilim gerçeklik arayışı ise en büyük gerçek, herkesin daimi olarak kişisel çemberinde olduğudur (Scheffler, 1982). Bu çember kırılmaz. Veri elde etme aşamasında bir parça zayıflarsa da verilerin yorumlanması aşamasında kişilik mutlaka kuvvetini yine gösterir. Bilimin, objektif veriler değil, verilerin sübjektif yorumları üzerinden yön tuttuğu hatırlandığında bu tespitin ne kadar önemli olduğu açıklığa kavuşur.

“Sübjektif” kişilik ile “objektif” bilimselliğin dengesini arayan bu çalışmaya dair, sadece kitaplara, hayatın olay ve olgularını soyutlayan teorilere, gerçeklere mesafeli akademik bir üsluba dayanılması yönünde bir beklenti varsa, bilimsel faaliyet böyle algılanıyorsa, öncelikle bu algının

ne kadar sağlıklı olduğu sorgulanmalıdır. Bilimsellik, lehteki ve aleyhteki geri dönüş öngörülerinden sıyrılmakla başlar; bilim insanının kendi kişilik katkısını, araştırma, gözlem ve üretim gibi bilimsel faaliyet aşamalarının her birinde takip ve itiraf edebilmesi ile zirveye ulaşır. Bu doğrultuda, elinizdeki çalışmanın önemli ölçüde kaynağı ve sınırı kişisel gözlemlerdir. Teorik, teknik bir hukuk tartışması değil, etnografik mahiyette bir olgusal analiz sunulmaktadır.

2. Anayasa Mahkemesinin Tarihi Zemini

AYM, ilk bakışta akla gelen kurumsal kişiliğinin altında, kanlı-canlı insanlarla idame ettirilen bir organ olarak Türkiye’de devletin ve toplumun özelliklerini devralmakta ve yaşatmaktadır (Ünsal, 1980). Tarihsel olarak yalın bir çizgi ya da durağan bir görüntü sergilememektedir. Pek çok sosyal, politik, yasal, bürokratik ve kültürel olgulardan beslenerek şekillenmektedir. Bir devlet kurumu olması hasebiyle, Mahkemenin kökenini bizzat devletin kökeninde ararsak sormamız gereken soru şu olacaktır: Türkiye Cumhuriyeti Devletinin temelinde hangi düşünce yapısı vardır?

Cevap olarak, öncelikle bağımsızlık olmak üzere, modernleşme, uluslaşma, sekülerleşme, çağdaşlaşma gibi neredeyse tamamen dış dinamiklerin ve uluslararası gelişmelerin etkisiyle oluşan bir yapılanma vizyonu ile karşı karşıya kalmaktayız (Lewis, 1961). Önce dış, sonra iç tehlikeleri bertaraf ederek varlığını ve bütünlüğünü koruması gereken bir devlet görmekteyiz. Bu iki noktada hassasiyet geliştirmiş, siyasetini ve enerjisini önemli oranda bu alanlara sarf etmiş bir kararlılık gözlemlemekteyiz. Cumhuriyet tarihi boyunca, bu kararlılığa halel getirmeyecek surette, ancak çekinerek ve ikincil olarak demokratikleşme, özgürlük, çeşitlilik, çoğulculuk gibi hukuki değerlere alan açıldığına şahit olmaktayız.

Aslında, bu açılımlar da önemli ölçüde dış dinamiklerin etkisiyle olmuştur. Nitekim hukuki hayat; düşman korkusuyla içe kapanan ve takıntılılaşmış ulusal bütünlük vurgusuyla yüzeyselleşip pek çok haksızlığa imza atan bir ülkenin, düşman rolüne koyduğu ülkelere öykünmekten kendini alamaması çelişkisi üzerine bina edilmiştir. Rasyonel ve olgun muhakemeler yerine pozitif ya da negatif öncüllerle, adeta düşünmeden ve tepkisel olarak hareket eden bir ülke profili çizilmiştir.

Dolayısıyla, daha kökeninde insan hakları derinliği ve önceliği olmayan, adeta kesintisiz olağanüstü hal yaşayan bir devletten bahsetmekteyiz.⁴ “İnsan

⁴ Bu durum, insan hakları konusunda Anayasa’nın en etkili ve doğallaşmış hükmünün 15. madde mi olduğu sorusunu akla getirmektedir: “Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya

hakları” demekle; sağlam bir sosyal destekten ve kuşatıcı bir etik paradigmadan mahrum bir devletin ufkunda yeterince yükselmemiş, belki de lüks kaçan bir terimi kullanmış oluyoruz. Maslow’un bireyler için geliştirdiği ihtiyaçlar piramidini (Kouyoumdjian ve Plotnik, 2011: 333) devleti de kapsayacak şekilde yorumlarsak; henüz fizyolojik ihtiyaçlar karşılanmamıştır ki duygusal ihtiyaçlar duyumsanıp giderilsin. Korunma, barınma, güvende kalma gibi temel ve öncelikli kaygılarla boğuşan zihinlerin, kendi kabuğu dışına çıkarak bütüncül gündemler ve iyileştirmeler peşine düşmesi zordur. Bu nedenle insan hakları, Türkiye’de sosyo-politik tarihin sert ve darbesel olaylarının kronikleştirdiği olguların ve hadiselerin gidişatını ıskalayan bir duygusallık içinde yankılanmaktadır. O gidişata sanki tam oturmamaktadır.

Buradan AYM’nin kökenine geçtiğimizde ne görüyoruz? 1961 Anayasası’nın 145. maddesi ile kurulan AYM, siyasi ve kanuni kaygılarla devlet yapısına kazandırılmıştır. Anayasa’nın Genel Gerekeçe kısmında, “Yeni bir Anayasa yapılmasını gerektiren sebepler” başlığı altında yer verilen siyasi saik şudur:

... 1954 ve 1957’de değiştirilmiş bulunan 1950 tarihli Milletvekilleri Seçim Kanunu, seçimler üzerinde siyasî iktidarın baskısını artırmış, muhalefeti tamamen zor durumda bırakmış ve Hükümetin T.B.M.M.’nde ezici bir çoğunluk sağlamasını mümkün kılmıştır. 1924 Teşkilatı Esasiye Kanununun Meclis Hükümeti sistemine dayandığı; yasama organının kazaî mürakabeden yoksun oluşu; Meclisteki ezici çoğunluğuna dayanan siyasî iktidarın memlekette tam bir tahakküm kurması sonucunu doğurmuş ve halkoyunun teşekkülüne yarıyan müesseseler işlemez bir hale getirilmiştir. Bu suretle demokratik gelişme esas yolundan sapmıştır. İktidar partisinin grubuna dayanarak herhalde mevkiini muhafaza etmek istemesi, hem Anayasanın sisteminden hem Batı Demokrasisi prensiplerinden, hem de Türk Devriminin dayandığı ilkelerden ve bu ilkelere dayanan millî bir politika takibinden kendisini tamamen uzaklaştırmıştır...

olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.” Bu istisna halinin süreklileşmesinin, Schmitt’in dost/düşman ayrımında ifade ettiği gibi (Scheuerman, 1999: 242), siyaseten önemsiz görülen hususların siyaseten önemli görülenler karşısında silikleşmesinden kaynaklandığı düşünülebilir.

Görüldüğü üzere, bir hamle olarak 1961 Anayasası, Arslan'ın (2009) “demokrasi korkusu” ile ilişkilendirdiği bir siyasi ortamda doğmuştur. AYM'nin kurulması da bu büyük hamlenin en etkili ayaklarından biri olmuştur (Özbudun, 2006). 145. maddenin gerekçesi yani kanuni saik şöyledir:

Tasarı, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun kazaf murakabesi prensibini kabul etmiştir. Bu prensip memleketimiz için yenidir. Yıllardan beri Anayasa'ya aykırı kanunlardan şikâyet edilen memleketimizde, bu prensibin kabul edilmesi mühim gelişmelerden biri telâkki edilmiş ve bu sebeple son Batı Avrupa Anayasalarında görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi teşkili uygun görülmüştür...

Özetle, AYM, seçilmiş iktidarın aşırı güçlenmesini frenlemek ve batılı anayasal gelişmeleri takip etmek düşünceleri ile kurulmuştur. Bu düşünceler içerisinde birebir duyumsanmış ve esas alınmış bir insan hakları anlayışına rastlayamıyoruz.⁵ Tam tersine, Anayasa koyucunun zihninin, devletin belli bir çerçevedeki güvenliği ve bekası fikriyle yoğrulduğunu, ilhamını kendi insanının reel ihtiyaçlarından değil, aceleyle ve sıgca benimsenmiş ilerilik göstergelerinden aldığını anlıyoruz. Hukuk idealleri açısından baktığımızda, AYM'nin nüvesinde bir yapaylık olduğu sonucuna kolaylıkla ulaşabilmekteyiz.⁶

Peki AYM'yi “yeniden doğuş” diyebileceğimiz ölçüde şekillendiren 2010 Anayasa değişikliklerini ve bu kapsamda getirilen bireysel başvuru yolunu nasıl yorumlayabiliriz? Bunu da Anayasa'nın 148. maddesinin bireysel başvurunun kabulüne ilişkin gerekçesiyle tartışalım:

... Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yoluyla, iç hukukta halledilemeyen temel hak ihlallerine ilişkin şikâyetlerin,

⁵ Kanunların Anayasa'ya uygunluğu denetiminin, insan haklarına uygunluk denetimini içerdiği veya içermesi gerektiği dile getirilebilir. Lakin Anayasa'nın farklı kaygılara dağılmış, insan haklarını kesintisiz ve koşulsuz referans almayan özelliği, bu beklentiyi haklı çıkaracak veriler sunmamaktadır (Hakyemez, 2009).

⁶ Arslan (2005), 1961 Anayasası'nın özgürlük yaklaşımının araçsallığını vurgulamaktadır. Bir hukuki düzenlemenin araçsallığı yahut açık bir toplumsal talepten doğmamak yönüyle yapaylığı tek başına büyük bir kusur sayılmazsa da bu özelliklerin baskın çıkmasıyla söz konusu hukuki düzenlemenin tamamen politik bir hüviyet almasının doğuracağı tepkimeler zincirinin aynı zamanda bir kusurlar zinciri olacağı kuşkusuzdur.

ulusalüstü düzeyde ele alınması kabul edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde her yıl Türkiye'ye karşı çok sayıda dava açılmakta ve Türkiye pek çok davada tazminata mahkum edilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukuk yollarının tüketilmiş olup olmadığını araştırırken, ilgili ülkede bireysel başvuru kurumunun bulunup bulunmadığını da dikkate almakta ve bunu hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasında etkili bir hukuk yolu saymaktadır. Bu nedenle, bireysel başvuru müessesesinin getirilmesiyle, hak ihlallerine maruz kaldığını iddia edenlerin önemli bir bölümünün bireysel başvuru aşamasında, başka bir ifadeyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden önce, tatmin edilebilmesinin mümkün olabileceği ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlâl kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir. Bu itibarla, Türkiye'de de iyi işleyen bir bireysel başvuru sisteminin kurulması, haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecektir.

Diğer yandan, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2004 (6) Sayılı Tavsiye Kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesindeki dava yükünün azaltılabilmesi için bireysel başvuru yönteminin iç hukukta tanınmasının gerekliliğine değinilmiş; aynı şekilde, Venedik Komisyonu da 2004 yılında kamuoyuna duyurulan bireysel başvuruya ilişkin Anayasa değişikliği önerisini olumlu bulduğunu ifade etmiştir.

... Yapılan yeni düzenlemeyle, bireysel başvuruları inceleme görevi verilmek suretiyle, Anayasa Mahkemesine, özgürlükleri koruma ve geliştirme misyonu da yüklenmektedir.

Bu ifadeler akla, 2010 yılına kadar AYM'nin temel hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmek dışında bir misyonu olduğu düşüncesini getirmektedir.⁷ 2010 yılında da yeterli bilinç ve hassasiyet olgunluğuna ulaşılmadığı, Anayasa değişikliğinin gerekçesinin öncelikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM) önünde Türkiye aleyhine açılan çok sayıda dava sonucunda verilen ihlâl ve tazminat kararları olmasından anlaşılmaktadır. AIHM'e Türkiye'den

⁷ Belge (2006), AYM'nin hakların savunucusu olmak bir yana, 1980'lerden itibaren haklar karşısı bir aktivizm sergilediğini ileri sürmüştür.

çok sayıda başvuru yapılması, farklı nedenlerle hem AİHM’i hem de Türkiye’yi rahatsız etmektedir. Paylaşılan bir rahatsızlıktan hareketle, bireysel başvuru yolu diğer ülkelerin uygulamalarına atıf yapılarak kabul edilmiştir. Bireysel başvurunun bir yan ürünü olarak da insan hakları standardının yükseltilmesi öngörülmektedir.⁸

Kanaatimizce, 2010 Anayasa değişikliğiyle hayata geçen AYM’nin yeni yapısı ve bireysel başvuru gibi uygulamalarda, özünde Cumhuriyeti kuruluşundan beri devleti kısıfına almış olan vahim bir yaklaşım hatası sürdürülmektedir: İnsan hakları devletin varlığının ve meşruiyetinin merkezinde, makro politikalarını doğuran çekirdekte, her işleminin dayandığı temelde yer almamaktadır. İnsan hakları, tali bir konuymuş gibi düşüncenin alt mertebelerinde, ancak diğer önceliklerin karşılanması sonrasında ve işlevsel olarak ele alınmaktadır. Bu öncelikler ise yukarıda değindiğimiz şu iki genel tutumla ifadesini bulmaktadır: 1) Korumacılık, 2) İlerleme göstergelerinin monte edilmesi. Bu iki tutum sembolizm noktasında buluşmaktadır: Sembolik anlam taşıyan pek çok yüzeysel öge korunmakta, yine sembolik anlamı nedeniyle pek çok yüzeysel öge devşirilmektedir. Sonuç olarak, derinliksiz bir düşünce ve hayat tarzı, derinliksiz bir toplum ve hukuk olgusu ortaya çıkmaktadır.

Sayırsız komplikasyonlar doğuran her iki tutum, ayrı ayrı oldukları kadar bir arada bulunmak suretiyle de problemlidir. Genel bir kimlik buhranına işaret eden ve alternatif kimlik söylemlerini yutan bu sosyo-psikolojik karışıklığın özünde, bir çekirdek değer yoksunluğu hemen göze çarpmaktadır. İşte önce bir değerler çatışması ve kakofonisi, sonra da ortak değer yoksunluğu görüntüsü sergileyen bir topluma yine bir değer paradigması olarak insan hakları söylemi dahil olmaktadır. Bu söylemin kökenini ve evrensel geçerliliğini felsefi olarak sorgulamasak bile insan hakları kuramının Türkiye’nin mevcut etik dokusuna -ki bu dokunun yalın ve tutarlı olmadığını belirttik- uyum potansiyelini acil olarak çözümlenmemiz gerekmektedir. Bu potansiyeli belirleyecek olan, insan haklarının ilgililerce nasıl algılandığı ve konumlandırıldığıdır. Bizce konunun en mühim noktası da budur: İnsan hakları yaklaşımının, diğer yaklaşım ve tutumlardan sonra gelmesinin, onlara tabi olmasının bir anlamı ve değeri var

⁸ Yan ürünün ne kadar yerli, uyumlu ve doğal olarak ortaya çıkacağı merak konusudur. Zira değişiklik gerekçesinde, hedef (Türkiye aleyhine AİHM önünde açılacak dava sayısında ve verilecek ihlal kararlarında azalma olması) ile yan ürün (insan hakları standartlarının yükselmesi) arasında bir illiyet bağı olduğu varsayılmaktadır. Oysa anılan hedefe odaklanarak harekete geçen bir zihnin, açtığı yapaylaşma ve şekilleşme mecrası içinde yan ürünün oluşmasını zorlaştırması da muhtemeldir.

mıdır? Daha da ötesi, insan haklarına saygının araçsallık içinde ele alınması da bir tür saygısızlık değil midir?

Türkiye'nin insan hakları vizyonunu ortaya koymak açısından yüksek öneme sahip olan bireysel başvuru uygulamasını şu üç temelde sorguladık: Cumhuriyetin kökeni, AYM'nin kökeni ve ilgili Anayasa değişikliğinin kökeni. Üç temelde de insan haklarının asli ve üstün olduğu anlayışının varlığına kani olamamaktayız. Bir çekirdek gibi insan hakları politikalarının bütün kaderini içinde barındıran şu soruyu dillendirelim: İnsan haklarının söylemi dillerdedir, anayasal düzenle ilgisi de barizdir fakat önceliği ne kadar anlaşılmalı ve özümsemiştir?

3. Türkiye'de İnsan Haklarına İlişkin Genel Tutum

Türkiye, insanların net öngörüler taşıyamadığı ve rahatlayamadığı bir devlet ve toplum tablosu sergilemektedir. Bu tablo, insan haklarını merkeze almanın tüm kaygılardan kurtuluş yolu olduğunu fark ettirecek berraklıktan ve dinginlikten uzaktır. Bireyler ve gruplar, şahısları yahut şahsileştirdikleri kıymetler namına, muhtelif korunma ve ilerleme manevraları yapmaktadır. Bu manevralar vasatında insan hakları, istikrarlı bir geçerlilik ve güçlenme çizgisi izlemekten ziyade, tesadüfi olarak alan kazanmakta ya da kaybetmektedir. Düzensiz bir mantık içinde uygulanmakta ya da ihmal edilmektedir. Zira sosyal havaya ve anayasal gelişmelere egemen olan, kaba ya da ince bir mücadele psikolojisidir. Bunun altında güvensizlik ve kaygı, onun altında da yine insan hakları fakirliği yatmaktadır. Sosyo-psikolojik problemler bir fasit daire halindedir.

Genel bir insan hakları yaklaşımına olan ihtiyacın, sadece devlet değil bireyler katında bile duyumsandığı şüphelidir. Nitekim bireysel başvuruyu doğuran kaygıların hukuken suni olmasının bir nedeni, toplumsal tabandan devlete aktarılan açık, sistemli ve bütüncül bir insan hakları talebinin olmamasıdır. Böyle bir talebi ortaya çıkartacak altyapı vatandaş katında olgunlaşmamıştır. Vatandaş, ihtiyaçlarını insan haklarının önceliği ve üstünlüğü formülüyle ifade edecek durumdan uzaktır; gündelik kendini güvende tutma ve kendine alan açma ihtiyaçları içindedir. İnsan haklarından mahrumiyetini, genel bir hukuk problemi olarak değil, kişisel tecrübeler üzerinden duyumsamaktadır.⁹ Hemen herkesin kişisel planlara ve risklere

⁹ Bu durum insan doğasına uygun olup, anormal karşılanamaz. Fakat insan doğasında ilkel ve bencil yönelimler olduğu kadar ali yönelimler de vardır. Sosyal çevre insanları ali ve uzlaşmacı arayışlara yönlendirecek özellikte olmadığında insan hakları gibi etik ve ilkesel düşünce boyutlarıyla bağ kurulamaz.

odaklandığı bir ülkede, tüm kişisel problemlerin de kaynağı olan genel insan hakları zafiyetini önceleyip çözmeye çalışacak gerçek ve tüzel kişilerin varlığı ise olağan değil, istisnadır. AYM, bu istisnai karaktere sahip midir, sahip olabilir mi?

Genel itibariyle insan hakları, Türkiye’de muallaktır; dış etkenler ışığında tartışılan ithal bir tüketim kavramıdır. Politika ve kültür ortamının dayattığı aceleler içinde yerini sağlamlaştırılmamıştır, yerli üretim koşullarından da mahrumdur. Devlet ve toplum ile ikisinin karması olan resmi kurumlar bu konuda bir kopukluğu yaşatmaktadır. Bir yerlerde var olan ve kulağa hoş gelen kavramlar kullanılmakta fakat bu kavramları içselleştirip geliştirmeye izin verecek doğal ortam oluşturulamamaktadır.

İnsan haklarının ve benzeri etik paradigmalardan etkili olduğu ortamların yegane özelliği ilkesel oluşlarıdır. İlkeler, toplumsal çeşitliliğin çatışmaya yol açmasına mani olan iletişimsel uzlaşma sahalarıdır. Din, dil, ideoloji, dünya görüşü, etnik köken, lokal kültür, kişisel geçmiş, örgütlenme gibi alanlarda ayrışan insanlar belli iletişim kurallarında uzlaşarak bir arada yaşama iradesini gösterebilirler. Bir katılımcı unsurun bile uzlaşmadan kaçması bütün iletişim ağının güç kavgasına teslim olmasına sebep olabilir. Güç kavgasının başladığı yerde politik realizm devreye girer ve etik beklentiler gerçekleşme potansiyelini yitirir. Tam tersine etik argümanlar, güç mücadelesinin taraflarınca araçsallaştırılır; kıymetten düşer ve büsbütün ulaşılmaz bir noktaya taşınır.

Türkiye gibi ilkesel birliği olmayan, aralıksız mücadelelere sahne olan, kriz düğümleriyle bağlı, ulusal ve uluslararası kurumların ilke koyma girişimlerinin düğümleri daha da körleştirebildiği bir hava içinde AYM gibi bir kurumun iki seçeneği vardır: Ya gidişata ve çeşitli tesirlerin gücüne göre kendisini konumlandıracaktır (pasif seçenek) ya da toplumsal çeşitliliği sağlıklı iletişim noktasında uzlaştıran ilkeler ve gerçek değerler ortaya koyacaktır (aktif seçenek).

AYM, insan haklarını tabii olarak geliştiren bir iletişim diline vücut verecek, sosyal hayattan devraldığı ve hissettiği gerilimleri arındırıp dindirecek potansiyelde midir?

4. Anayasa Mahkemesinin Yargısal Tutumu

AYM’nin Türkiye’deki hukuk ve yargı kültürü içinde konumlandırılması, bireysel başvuru ve insan hakları performansının değerlendirilmesi açısından faydalı olacaktır. Bilindiği üzere, AYM üyelerinin çoğunluğu hukuk fakültesi

mezunudur ve hukuk fakültesi mezunu olmak hukukçu olmakla, hukukçu olmak adaleti tesis etme donanımına sahip olmakla eş tutulmaktadır.¹⁰ Oysa hukuk fakültelerinin ders programlarını incelediğimizde, öğrencilerin ilk yıldan mezuniyete kadar sayısız teknik hukuk alanında bilgilendirildiğini fakat tüm hukuk alanlarını birbirine bağlayan insan hakları özünden mahrum kaldığını görmek pek kolaydır. Salt müfredat üzerinden olmasa da yargıdaki tekrarcılık, alışkanlık aktarımı gibi gözlemlerimize dayanarak, hukuk nosyonunun darlığı konusunda birtakım çıkarımlar yapabilmekteyiz. Hukuk, bir ağaç gibi bir özden doğup farklı dallara ayrılmak yerine, aynı anayasal sistemden şekli meşruiyet alan fakat kendi başına büyüyen teknik disiplinler halindedir. Kendisine ortak bir hukuk özü verilmeyen fakat meslek kurallarıyla yoğrulan öğrencilerin, en önemli gelişme yılları geride kaldıktan sonra hukukun en soyut fakat en esaslı alanı olan insan hakları hukukunu bütün benliklerine ve mesleki formasyonlarına yedirebilmesi insan tabiatına aykırı bir beklenti olacaktır.

Yine bilindiği üzere, fakülte sonrası avukatlık ve hakimlik-savcılık stajları ile hukuk algısında bir derinleşme ve kuşatıcılık kazanılması değil, mesleki ayrıntıların ve ezberci uzmanlaşmaların öne çıkartılması söz konusudur. Yıllarca avukatlık yapmış hukukçular bile hakimlik stajlarında “kanunun ağzı” olma monotonluğuna koşullanabilmekte, hakimlik mesleği bu sığ düşünceye indirgenebilmektedir. Bu mesleğin çeşitli getirilerini de hesaba katan kişiler, kendilerine sunulan sosyal ve mesleki görüntülerle yetinebilmekte, hukukun özünden ve ideallerinden kopabilmektedir. İddiamız, bu sistem içerisinde hiçbir yargı mensubunun insan hakları hassasiyetine sahip olamayacağı değildir: İnsan hakları hassasiyetinin, tamamen mizaçların ve tesadüflerin eline bırakılmış olduğudur. Arada sırada hakkaniyete kusursuz sadakat gösteren yargı mensuplarına rastlanılması vakiadır fakat teselliden ibarettir. Hukuk; bütüncül, sistemli, düzenli ve kurucu bir insan hakları nosyonu olmaksızın, bir heykel yapar gibi icra edilmektedir. Hukuki süreçler ve ameliyeler, canı acımayan ve rahatça yontulabilen bu heykel üzerinde gerçekleşmektedir.

Tarih boyunca hukuku, dolayısıyla devletleri ve toplumları çökerten önemli bir sebep, kanunların ruhunu kaybetmesidir. Yalın olarak bakılırsa “insan hakları” abes bir sözdür. Hukuk yani haklar zaten insan hakları

¹⁰ Bu pek sorunlu ve bir o kadar da yaygın mantık zincirine göre hukuk öğreniminin öncelikle lisansüstü seviyede yapılandırıldığı Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkelerde hukukçu, dolayısıyla adalet de olmamalıdır. Halbuki hukukun özü, düşüncenin ve vicdanın saflığı, genişliğidir (Kaya, 2013). Mesleki donanım bunun üzerine bina edilmediğinde hakkaniyete aykırı gitmekten ve adalete zarar vermekten başka anlam ifade etmez.

anlamına gelirken bir de insan hakları adında bir hukuk alanının olması, “Biz insanı, hayatı ve hukuku ruhsuzlaştırdık; şimdi bunlara ruh üfleme çalışıyoruz.” itirafından başka bir şey değildir. İşte, Türkiye’deki hukuk ve yargı kültürüne dahil olan insan hakları söylemi, sürekli yıkılıp yapılan bir heykele kısım kısım canlılık aşılama girişiminden ibarettir. Oysa önce ruhun olması, sonra o ruhla fiziki varlığın (mevzuatın) oluşturulması gerekirdi. Bu ruh olmadıkça, insan hakları adına yapılan işlerin oyalamaya dönüşmesi, haksızlıkları derinleştirmesi tabiidir.

Meslek dışı yaşamlarında ne kadar iyi niyetli olurlarsa olsunlar; yıllarını binlerce dosyayı karara bağlamaya adanmış, bir dosyanın dillendirdiği mahrumiyetlerin ruhuna dokunmasını ve kendisini etkilemesini lüks olarak görmüş, derhal bir sonraki işe koyulmak zorunda kalmış yargı mensupları arasında insan hakları hassasiyetinin körelmişliği bir meslek hastalığı halindedir. Bu, bir cerrahın ete, kana, ölüme karşı kayıtsızlık geliştirmesi gibidir. Fakat cerrahlar anestezi ile hastaları uyuşturarak operasyonlarını gerçekleştirirken yargı, çoğunlukla ve öncelikle kendi kurumlarını, personelini ve prosedürlerini uyuşturmaktadır. Böylece aslında kendisini, kendisi üzerinden hayatı dondurmakta, katılaştırmaktadır.¹¹ Tıpta geçici anestezi sonrasında kişi sağlığa uyanmaktadır; oysa hukuk pratiği kalıcı bir vicdan ve akıl anestezisine dönüşmüş gibidir: Anestezi altındaki insanların bir ruh, bir canlı organizma ortaya koymaları beklenemez. Burada kritik soru, AYM’nin tasvir ettiğimiz genel hukukçu profilinden ne kadar azade olduğudur.

Hüküm verme mecburiyetine bağlı olarak düz çizgiler halinde düşünmeye alışmış, hukuki olguların uçsuz bucaksız kaosu karşısında disiplin tepkisiyle hareket etmeyi karakterine mal etmiş yargı mensuplarının eleştiriye ne kadar açık oldukları şüphelidir. Bu durum, onları, örneğin, ifade özgürlüğünü takdir konusunda yetersiz kılmaktadır. Diğer alanlarda da yargı mesleğinin özellikleri, mensuplarını vicdani yönü ve canlılığı en bariz olan insan haklarını anlama ve uygulama noktasında sade vatandaşlardan bile uzağa atabilmektedir.¹² Hukukçuların bir kısmı, hukukun önündeki

¹¹ Kanaatimizce basılı ve görsel yayımlar dahil olmak üzere hukukun fiziki alanına hakim olan resimler, heykeller, sütun, kürsü, siyah cüppe, tokmak gibi imaj unsurları, güç ve sağlamlık iması taşımanın yanında keskinlik, katılık, tutuculuk, soğukluk ve cansızlık ifadeleri olarak da yorumlanabilir. Kararların meşruiyetinin hakkaniyet yerine kuvvete dayandırılması bu yorumu kuvvetlendirecektir.

¹² Amerika Birleşik Devletleri başta olmak üzere bazı ülkelerde görülen jüri uygulaması, mesleki donanımına sahip olmayan fakat yeterli kavrayışa ve hayat tecrübesine sahip olan sade vatandaşların vicdani kanaatlerini bu nedenle önemsemektedir. Nitekim 2003/43 sayılı Birleşmiş Milletler Bangalor Yargı Etiği İlkeleri’ne göre de yargılama, profesyonel hukukçu olmayan insanlarca makul ve makbul bulunmalıdır.

engellerden en aşılması durumundadır. Bu görülmediği sürece, bununla işaret edilen engel kaldırılmadığı sürece yargı süreçleri adaletin yanı sıra sistematik adaletsizlikler üretecektir. Adalet, tesadüflerin insafına kalacaktır.

Empati kurmak gerekirse; kabiliyetli, çalışkan, iyi niyetli pek çok genç, aldıkları fakülte ve meslek eğitimleri sonucunda, içine doğdukları kültür ve maruz kaldıkları olaylar nedeniyle hukuk ve insan hakları boyutlarında ciddi bir aşınma yaşamaktadır. Bu süreçlerden geçmiş kişilerin, yıllar sonra bir anda tüm ikincil unsurlardan sıyrılarak yüksek bir insan hakları hassasiyetiyle ve önceliğiyle hareket etmeleri pek olası değildir. Adaletin değil, devletin hukukçusu sıfatıyla, devlet gölgesinde ve güvencesinde hayat sürmek rahatlığı varken fikir muhasebesi ve yorgunluğu çekmenin, alışkanlıkları sorgulama ve ıslah etme zahmetine girmenin cazip olmayacağı açıktır.¹³ Dolayısıyla, kariyer yolunda etkili olacak kişilerin onayını değil, insan hakları hassasiyetlerini esas alan ve bu tutumu ödüllendiren süreçlerin en başından işletilmesi ve koruma altına alınması şarttır.

Bir yargı mensubu için; meslekte tutunma, tayin, terfi, üst mercilerin mesleki ve kişisel onayını kazanma, sosyal oryantasyonu sürdürme, ailevi ve yaşamsal koşulların istikrarını bozmama, mesai arkadaşlarıyla geçinme, statüyü ve imajı koruma, geçim derdi, maddi-manevi borçlu olunan kişileri ve sosyal oluşumları hesaba katma, siyasi gelişmelere ayak uydurma, tehditlerden sakınma, fırsatlara erişme, usul kanunlarını uygulama, prosedürleri kolaylaştırma, şekil şartlarını sağlama gibi sayısız ikincil kaygı vardır. Haddizatında hukuk insanı, hiçbir ikincil kaygı taşımayan bir *übermensch* (Nietzsche, 1995) değildir; hukuki önceliklere gölge düşmesine mani olabilen kişidir. İşte tüm hayatı kuşatan psikolojik etmenleri filtreleyen, bilinç ve bilinçaltı seviyelerde insan haklarını hepsine galip kılan, önceliği objektif hakkaniyet olan hukuk insanı profili maalesef yargı camiasında pek sık görülmemektedir.

Şu an bir bütün olarak hukuk ve yargı kültürümüz kaygı vermektedir. Kaynağına inilmemiş eksikliklerin; torba paketlerle, yamama yoluyla, deneme-yanılma metoduyla, “Kervan yolda dizilir.” anlayışıyla, ileri-geri adımlar halinde bir iyileştigiğine bir kötüleştiğine şahit olmaktan başka seçeneğimiz yok gibidir.

Analizimizi bu seviyede bırakmamak, derinleştirmek adına şu noktaya dikkat çekmekte yarar vardır: Yasama başlatıcı, yürütme yürütücü, yargı cevap

¹³ Yargı mensuplarının insan hakları ve özgürlük algıları hakkında ayrıntılı aktarımlar için Sancar ve Ümit Atılğan’a (2009) başvurulabilir.

verici karakterdedir. Yargı, bir sorun kaynağı ve başlatıcısı değildir. Öyleyse sorunların makro plandaki asıl çözüm yeri de yargı değildir. Eleştirilerimiz, yargının cevap verici ve onarıcı reflekslerinin onarım ihtiyacı içinde olduğunu vurgulamaya yöneliktir. Yargısal tutum ve davranış mutlaka ıslah olmalıdır. Fakat sorunların asıl kaynağı olan, yasama ve yürütme tutum ve davranışları ile bir bütün olarak devlet algısının, bu algıya paralel bir istikrarsızlık yumağı halindeki toplumsal ilişkilerin düzeltilmesi daha önemli ve belirleyici bir ihtiyaçtır. Zira yargıyı iş yükü altında boğarak kalitesizleştiren olgu, toplumsal yönsüzlük, güvensizlik, mutabakatsızlık ve huzursuzluktur.¹⁴

Toplumsal zemin iyileştirilmeden, yargı kurumları değişken saiklerle en fazla birtakım pratik ve gündelik çözümler geliştirebilir, işlerini ve imajlarını bir parça düzeltebilir. Sosyokültürel tabanın işlenmesinde AYM'nin, bireysel başvuru enstrümanı sayesinde ciddi bir katkısı olabilir. Bu da, mesleki kültürden kaynaklanan, prosedürlerin ve şekli kaygıların birincil, değerlerin ikincil olması alışkanlığını yıkmakla başlar. Nitekim yazımızın başında sorduğumuz AYM'nin insan haklarını gerçekleştirme potansiyeli bir yönüyle bu demektir: AYM'nin, yargısal kalıpları aşarak bir değerler kültürünü kendi içinde geliştirmesi ve topluma yayması mümkün müdür?

5. Anayasa Mahkemesinin Bürokratik Yönü

AYM'nin bireysel başvuru ve insan hakları performansının önünde duran engellerden bir diğeri, bürokratik işleyişin ve kültürün AYM'ye olan etkisidir. Aslında AYM'nin ana yargısal ayağı; üyelerin özerk, raporörlerin ise doğrudan başkana bağlı olması sonucunda genel idarenin hiyerarşik yapısından farklı görünmektedir. 2012 yılında ihdas edilen başraportörlük ve raporör yardımcılığı unvanları ile bir nebze derecelendirme yapılmışsa da, mevzuat kaynaklı bir katılık ortaya çıkmamaktadır. Bürokratik kültür açısından AYM'ye has bir problem mevcut olmadığı gibi, AYM'nin bu açıdan Türkiye ortalamasının üstünde olduğu söylenebilir.

Bununla beraber, Türkiye'deki bürokratik kültürün çok kapsamlı bir özelliğinin yargıya sirayet etmemiş olacağını varsaymak zordur. Bu özellik, üstten alta hitabın, monolog ve talimat tarzının esas olmasıdır. Talimat bazlı düşünme bürokrasimize o kadar egemendir ki, bunun dışında bir yönetim şeklinin varlığı çoğu zaman hayal bile edilmez. Talimata dayalı idarede, iş

¹⁴ Burke (2004), Amerika Birleşik Devletleri'nin de bir aşırı yargısallaşma (*overlitigation*) olgusuyla karşı karşıya olduğunu ve yargısallaşmayı azaltmanın (*antilitigation*) özel bir hukuk politikası ayağı olarak belirlenmesi gerektiğini öne sürmektedir.

ve eylemler meşruiyetini ortak akıldan, fikir tartışmalarından, yürütülen süreçlerden, şeffaflıktan, izah ve iknadan, görüş ve yorumların alınıp değerlendirilmesinden almazlar. Bu yöntemleri işletecek eşitlik ve görecelilik gibi felsefi hareket noktaları yoktur. Yönetişim adı verilen; yönetilenlerin ve yönetenlerin açık ve denk diyaloglarla, üslup ve niyet okumalarına maruz kalmadan her şeyi masaya yatırabildiği, ortaya çıkan makul iradenin yönetici tarafından telaffuz ve icra edildiği bir sistem yoktur. Bunun yerine, atanmakla, seçilmekle, uygulama gücünü elinde bulundurmakla ve benzeri nedenlerle kesintisiz ve koşulsuz bir meşruiyetin yöneticide olması gerektiği konusunda uzlaşılır.

İlk bakışta ortada anti-demokratik bir hava görülmez çünkü yönetilenler de bahsettiğimiz uzlaşının bir parçasıdır. Talimat ve takdir konusu iş ve eylemleri sorgulamazlar. Resmîyet dışı alanda kıyasıya devam eden eleştiriler, resmi alana asla olduğu gibi taşınmaz. Büyük ölçüde otosansüre uğrar ve kanıksanmış problemleri perçinler. İdare edilenler, sorgulamanın kurumsal ve kamusal alanda yapılamayacak bir şey olduğuna kanidirler. Bu tablonun oluşturduğu çift kutuplu kişiliklere bürünme mağduriyeti hak arayışlarının önünü keser, insanların elini-kolunu bağlar. İnsanlar, özel ve kamusal alanlarda farklı düşünceler ve davranışlar sergilemeye alışır. İki alan arasındaki etik bağ zayıflar, hatta kopar. Sonuç olarak, bürokrasi kültüründeki disiplin, otorite, talimat, takdir gibi öncelikler insan hakları düşüncesini silikleştirir, yaşananlardan kopuk ve teorik bir sahanın malı haline getirir. Genel davranış modeli böyle olduğunda istisnaların mevcudiyeti etkili değişimlere yetmez. Tam tersine, herkes yüzeyde uzlaşmaya zorlanır.

Halbuki hukuk devletinin en özet formülü, kişilerin değil, ilkelerin güçlü ve belirleyici olmasıdır (Raz, 1979). Türkiye’de ise devlet bürokrasisi büyük ölçüde kişilere göre şekillenmekte, yöneticilerin karakterine göre haklı-haksız sonuçlar sergilemektedir. Bu durumun hukukla ilgili olmadığı, kültürel alışkanlıklardan kaynaklandığı açıktır. Söz konusu alışkanlıklar nedeniyle, adalet ü meşruiyet-i mahza addedilen yöneticinin vizyonu, öncelikleri, kişisel değerlendirmeleri.. insani ve hukuki sınırlarıyla orantısız bir güce ulaşır. Her kurumda ve birimde üst konumda olan kişinin özellikleri kurumsal bir ambalaja sarılır; diğerlerinin bireyselliği ise kurumsallığa aykırılık ve disiplinsizlik olarak yorumlanır. Bu dengesizlik ve ölçüsüzlük, insan haklarının özü olan eşitliğin söylemde kalmasından, anlaşılmamasından ve anlaşılmak istenmemesinden ileri gelmektedir.

Kişilerle kaim olan, kişilerle abat ya da berbat olabilen böyle elverişsiz bir ortam içerisinde çalışanların önceliği de tasarruf sahibi kişilerin takdirini kazanıp tayibinden emin olmaya dönüşür. Bu, şahsen onur kırıcı olduğu gibi topluma zararlı sonuçlar da doğurur. Zira bu yapıya uyum sağlayabilmiş her kişi, akli ve vicdani beklentilerini ertelemeyi seçmiş, üstünü memnun etmeyi vazife bilmiş, hukuk ideallerine yaklaşmayı tesadüflere bırakmıştır. Kendisinin anlamlı bir hayat sürmesi ve varoluşsal doyuma ulaşması dahi şansa kalmıştır. Elbette ki bu tabloda pek çok kişi üstünü memnun etmeyi asli değil, şekli bir vazife olarak telakki edecek ve kişisel gündemine yönelecektir. İlkelerin değil, kişilerin güç sahibi olduğu bir kültürde kişisel gündemler de ekseriyetle ilkesel değil, stratejik olacaktır. İlkeler, stratejilere tabi olarak araçsallaşacak ve kıymetsizleşecektir.

Kurumsal söylemler ve eylemler altında devinen kişisel/grupsal stratejilerin bürokratik düzende sayısız katmanı ve cephesi vardır. Stratejilerden ve siyasetlerden tamamen arınmış bir sosyal hayat zaten mümkün değildir. Türkiye'deki sorun, stratejik önceliklerin insan haklarını ortak odak noktası olarak belirlemeye fırsat vermemesidir. Ancak yönetici pozisyonundaki kişilerin; insan haklarının tesisini ve hakkaniyetli muameleyi aralıklarla serpiştirilmesi gereken bir süs değil, taviz verilemez bir kararlılık konusu halinde görmesi, bu kararlılığın kusursuz mekanizmalarını kurma istek ve becerisini göstermesi halinde bu tablo değişebilir. Bu, haddizatında strateji dolu bir ortamda yükselerek yönetici konumuna ulaşmış pek çok kişinin bir anda kendi davranışsal geçmişiyle hesaplaşması, o geçmişi reddetmesi anlamına gelecektir. Takdir edilir ki, tam bir insan hakları bilincine sahip yönetici profili ancak istisnai olarak ve az sayıda kişide ortaya çıkacaktır. İnsan hakları, Türkiye bürokratik kültürü içinde ancak kişisel insafa ve tesadüflere bağlı olarak güçlenecek ya da zayıflayacaktır. Halbuki insan hakları, kişisel değerlendirmelere ve mizaca havale edilemez; bir dil, düşünce, iletişim ve norm ortaklığı halinde olmalıdır.

Özetlediğimiz bu olumsuz yapının sürdürülmesine rıza gösteren zihinler, eşitsizliği kanıksamış ve insan hakları fikrinden kopuk durumdadır. Teorinin anlaşılmadığı yerde pratiğin nelere tabi olacağı ve nasıl sonuçlar vereceği ise kolaylıkla tahmin edilebilir. Eğer insan haklarının ülkeye egemen olması gerçekten isteniyorsa; işle doğrudan ilgili profesyonel gereklilikler haricinde, kurumlardaki bütün görevlilerin aynı ortamlarda aynı rahatlıkta davranabilmesi, çekinmeye dayanan koşullu saygının yerini insanlıktan doğan koşulsuz saygının alabilmesi, dikey yapının dağılmasının kaosa ve diğer patolojilere yol açmaması, statü tezahürlerinin yerini gerçek ve sabit değerlerin

alması, yatay ilişkilerin kişisel, kitlesel ve mesleki huzuru bozmayacak bir olgunlukta yürümesi gibi zaruretler vardır. İnsan hakları ancak ve ancak böyle bir kültür ortamında ve bu ortamı oluşturacak zihniyet dönüşümleriyle sağlanabilir. Aksi halde, statü değerine göre düşünüp eşitlik değerini terennüm etme çelişkisinden reel bir hukuki değer çıkartılamaz.

Bürokratik kültürümüzdeki pek çok gelenek ve uygulama, kişilere emir altında olduklarını ve dar sınırlarda serbest olduklarını telkin etmeye yaramaktadır. Bu dahi kanıksanmış, hatta çoklarınınca gerekli görülen bir durumdur. Devlet aklıyla yapılan tercihler zamanla bireylerin tercihine, hatta zevkine dönüşmüştür. Bu açıdan bakınca eleştirecek bir nokta yoktur. Fakat kendi tercihleri dışında, iknaa değil otoriteye dayanan sınırlandırmaları kabul etmiş, bu kabul edişler olmadan kendisine sosyal alanda tutunma imkanı tanınmamış bireylerin düşünce sınırlarının da darlaşmayacağını varsaymak insan doğasını ve psikolojisini bilmemek demektir. Düşüncesi darlaşan insanların, hukuk ve hakkaniyet kapasitelerinin darlaşacağına şüphe yoktur.

Mesleklerin icrasıyla doğrudan alakalı olmayan sayısız bürokrasi kuralı, aslında çalışanlara karşılıklı benzeşme, sıradanlığa razı olma ve orijinalliği terk etme mesajıdır. Orijinallik filizleri budanan ve bir süre sonra orijinallikten irkilen insanlardan çıkacak işlerin kalitesi ve uzun vadedeki sonuçları malumdur. Tekrarcılığa gitmek, benzetmek, benzeşmek, çabaları arasında hayat akarken kurumlar duracak, şekle boğulacak, görünür güç dışındaki realitelere dokunamayacak ve adalet fenerini kaybedecektir. Sıradan olma ve genel gidişe uyma telkinlerine göre yaşamaya itilen kamu görevlilerine hayat gerçekleri, özel, kişisel ve bireysel konulara ve taleplere eğilmek gerekliliğini dayatacaktır. Bu çelişkiden de verimli ürünler ve adaletli kararlar umulamaz. Nitekim sorun, mevcut çelişkili düşüncelerin ve uygulamaların verimsiz sonuçlar doğurmasıdır. Aksi halde, kültürel çeşitlilik mevzuu olabilecek herhangi bir alışkanlığın eleştirilmesi mümkün olmazdı.

AYM'nin tasvir ettiğimiz genel devlet tablosunu iyi okuması, yüksek mahkeme sıfatıyla yüksek bilinç geliştirmesi, tipik bürokrasi dilinin ve tavırlarının insan haklarının zeminini sarsıcı potansiyellerinden arınması, kararlarını arı ve duru bir insan bilincine dayandırması bir gerekliliktir. Çalışanların; iş akdinin eşit bir tarafı olarak değil bir nevi devlet malı gibi görüldüğü, profesyonel iş dağılımı ve performans analizlerine değil takdir ve tasarruflara tabi olduğu, net hukuki kriterlerin değil telkinlerin, şahsi beklentilerin ve görüşlerin, öngörülemezliğin etkisine maruz kalabildiği, üst-ast katılığı içinde yalnız hesap verdiği fakat hesap sormadığı kültür ortamını ıslah etmek insan haklarını tesis etmenin ön koşuludur. İnsan haklarına

dayanan bir toplumda, kişiler farklı işler yaparlar ve farklı pozisyonadırlar fakat hesap sormak ve vermek noktasında birbirleriyle eşittirler. Ebeveyn de evlat kadar, işveren de işçi kadar, üst de ast kadar, amir de en az memur kadar eylemlerini izah etmek, gerekçelendirmek, muhataplarını ikna etmek ve onlara güven vermekle yükümlüdür. Kendini bu yükümlülükten muaf görmek, hukukun özüne bigane olmak demektir.

Özetle, statülerin fonksiyonel ayrışması ve profesyonel gereklilikler, insanların onur eşitliğine ve nihai denklğine tecavüz edemez. İşte Türkiye'deki bürokratik kültür bu anlayıştan, sağlıklı bir farklılık-eşitlik tartımından mahrumdur; eşitlik temeline değil, eşitsizlik ön kabulüne ve statü takıntlarına dayanmaktadır. Bu vakia, insan hakları söylemlerini boş ve anlamsız kılmaktadır.

Bu bağlamdaki sorumuz şudur: AYM'nin, insan haklarını amasız ve istisnasız bir kuşatıcılıkta, insanlık özünden kopmayan bir derinlikte görerek kamusal kültürü ve işleyişi kendi içinde yeniden oluşturma, devlet ve toplum katmanlarına telkin etme potansiyeli nedir?

6. Anayasa Mahkemesinin Kurumsal Alguları

Yukarıda kısaca fakat açıkça belirtildiği üzere, insan hakları nosyonu, Türkiye devletinin ve hukukunun mayası mesabesinde olan bir kaygı değildir; olgunlaşmamış saiklerle ve şimdilerde tartışılmaktadır. İster dışarıdan nakledilsin isterse yerli olarak üretilsin, insan hakları mayasının hukuk camiasında tutması, devlet ve topluma nüfuz edebilmesi ancak mevcut durum analizinin çok iyi yapılması şartına bağlıdır.

Bireysel başvuru uygulamasının pek çok cephesi vardır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle ve AİHM kararlarıyla uyum cephesi, bunlar içinde önemli bir yere sahiptir. Bu cephenin gerektiği kadar -ne fazla ne eksik- takdir görmesi bireysel başvurunun başarısında etkili olacaktır. AİHM'in bir otorite, bir üst olarak algılanması olsa olsa kültürümüzdeki kemikleşmiş hiyerarşi takıntısının bir devamı olarak yorumlanabilir.¹⁵ Bu takıntıdan sıyrılmak adına AİHM'in umursanmaması da başka bir diyalog kopukluğu ve aşırılık olacaktır. AİHM, gerek mevzuatımız nedeniyle gerekse yıllardır insan hakları hukukuna yaptığı katkılardan ötürü göz ardı edilemeyecek kıymette bir kaynaktır. Fakat

¹⁵ Fraser vd. (2013) örneğinde olduğu gibi, AİHM'le denklik düşüncesi zemininde diyalog kurulması ve karşılıklı eleştiriler yapılabilmesi şüphesiz daha faydalı olacaktır. Aksi halde AİHM, bir taraftan otorite olarak görülürken diğer taraftan stratejik bir referans noktasına dönüştürülebilecektir. Bu ikircikli tutumun derin ve net bir insan hakları anlayışından doğamayacağı açıktır.

AİHM, yargılama sürecinde bir son nokta olsa da değerler tartışmasının ufkunu tayin edebilecek, insan haklarının her şarta uyumlu formüllerini kati olarak ortaya koyabilecek kapasitede değildir. Bu anlamda, AİHM teknik bir son merci olmakla birlikte asla etik bir otorite değildir. Zira etik boyutta hiç kimse mutlak bağlayıcılığı meşru olarak iddia edemez.¹⁶

AYM'nin AİHM'in teknik ve etik cephelerini birbirinden ayırma becerisini göstermesi, evvela bu iki cepheyi kendi içinde ayırt etmeyi, teknik hususlarda boğulmayacak etik ilkeleri ilan etmeyi başarmasına bağlıdır. Bunun için AYM, kendisinin meşru bağlayıcılığının sınırını bilmekle, bildiğini göstermekle yükümlüdür. Devlet katından çıkan iradeler elbette cebir yoluyla da olsa uygulanırlar: Hukukun teknik yönü zaten bunun üzerine kuruludur. İnsan hakları ise etik bir iddiaya dayanmaktadır ki, bu iddianın başlıca ilham kaynaklarından biri kamu adına ortaya konan iradeleri sorgulamaktır. Kamu adına yapılan işleri sorgulama, insan haklarının sacayaklarından biridir. Bizzat kamu iradesinin işlem ve eylemlerini inceleyen bireysel başvuru uygulamasında kamu kurumu zihniyetinin ağır basması ve derin sorgulamalar yapılamaması, geriye sadece bireysel başvurunun kerhen ve usulen ele alınması seçeneğini bırakacaktır. Teknik planda AİHM'in bir üst merci olduğu açık olduğundan AYM, AİHM ile yürüttüğü hukuki ilişkiyi düz bir alıcı-verici, öğrenci-öğretmen, taklit edici-edilen, yapay-doğal ikilemine doğru sürükleyebilecektir. Böylesi bir sonuç, Türkiye'de insan haklarının önceliğinin olmadığı gözlemimizi bizzat insan hakları uygulaması yoluyla doğrulamaktan ve pekiştirmekten, sorunları bir basamak daha ilerletmekten başka anlam taşımayacaktır. Yargının, hukukun önündeki engellerden birine dönüşmesi tam olarak bu demektir.

Türkiye'de kültür, -kabaca- dağılmış geleneksel değerler ile uyumsuz çağdaş değerler arasında sıkışmış ve bocalar durumdadır. AYM, etik karmaşa ve yorgunluk yaşayan bu kültürün bir parçası olarak konumlandırılmalıdır. Avrupa'da ise kültür yakın geçmişte büyük ve çok başarılı örnekler sergileyen değer açılımlarının zararlı olacak derecede karmaşık hale dönmesi tehlikesiyle karşı karşıyadır. Postmodern gidişin nereye varacağı, hangi söyleme ve iddiaya, hangi meşru gerekçeyle ve nasıl sınır çizileceği bir muammadır. Bu nedenle AİHM, bir yandan gayet tatminkar insani ilkeler koyan, diğer yandan

¹⁶ Gerçekten de AİHM bağlayıcı bir otoriteden ziyade, insan hakları alanında Avrupa ülkeleri arasındaki "en düşük ortak payda yaklaşımını benimseyerek" sağlanması gereken asgari standartların belirleyicisi olarak kendisini tanıtmaktadır (Harris vd., 2013: 9). Türkiye yargısı cephesinden AİHM'in bağlayıcılık itibarıyla düşünülmesi olumlu olduğu kadar olumsuz bir kurgulamadır.

sübjektif lokal referanslar oluşturan hüviyetiyle Avrupa kültürünün bir parçası olarak konumlandırılmalıdır. AYM ile AİHM arasındaki ilişki bu anlamda salt pozitif norm ilişkisi olarak görülmemeli; ortak bir değer arayışı, denk ve açık bir etik diyalog olarak yürütülmelidir: İki tarafın da birbirine sunacağı ciddi katkılar olabilir.

AYM'nin AİHM karşısındaki dezavantajı, sosyokültürel bir içe dönüş yaparak tam realist arayışlar gerçekleştirmek yerine kısmi çabalarla yetinmesinden ve günübürlük düşüncelerin etkisinde hareket etmesinden kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, AİHM bir değerler politikası kurumu olduğunu duyumsamaktayken, AYM böylesi bir sabiteden ve bütüncül farkındalıktan uzaktır. AİHM, sürekli arayışta ve arayışını rasyonelleştirmeye çabalamaktadır. AYM ise metotlu bir arayıştan değil, otorite etmenlerinden güç alarak karar vermekte ve aynı otorite etmenlerinin sorgulanamazlığı akidesiyle üretimini rasyonelleştirmeye gerek görmeyebilmektedir.

AYM'nin insan hakları performansının başarılı olması için önündeki aşamalardan biri, basit stratejilerden ve şekli saplantılardan kurtulmasıdır. Etik alanın bir otorite konusu olmadığı, meşruiyetin ikna edici metotlarla, rasyonellikle, esneklikle ve tutarlılıkla sağlandığının anlaşılması da bu aşamaya dahildir. Bundan sonra kararların, herkesin anlamına nüfuz edemeyeceği beyanlar havasında değil, bütünüyle insancıl ve makul bir arayışın hakkaniyetli sonuçları olarak ortaya konması gelecektir. Bu, AYM'nin kendisini algılayışında bir dönüşüm gerektirmektedir: AYM hem yükseklerden inerek rahatlayacak hem de indiği zeminin önüne koyduğu sorunlara dokunarak, onları başarıyla çözümleyerek yükselecektir.

Elbette ki kurum içi ve dışı algı problemi AYM'ye özgü değildir; tam tersine, AYM'nin küçük bir parçası olduğu devletin, hatta ülkenin genel kültür zeminiyle ilgilidir. Tek farkla ki, AYM, bu kültür zemininden başka bir kültürün ve değerler manzumesinin isteyerek yahut istemeyerek temsilcisi olmuştur. Nitekim bireysel başvuru ile birlikte AYM'nin zımni iddiası; alışılmış olandan başka bir insan ve değer algısı ortaya koymaktır. Eğer iddia bu değilse, nedir? Zira sorun, işkence değildir; işkenceye yol açan insan algısıdır. Sorun, adil yargılamama değildir; adil yargılamayı önemsizleştiren insan algısıdır. Sorun, mülkiyet ihlali değildir; ihlali kolaylaştıran insan algısıdır. Sorun, mevcut silik insan algısına eklenen hastalıklı devlet, güç, otorite, disiplin, sosyal hayat ve bilimum değer algılarıdır. Sağlıklı algıların kopyalanamayacağı, ancak içselleştirildiğinde etkili olacağı açıktır. Ürünü

görsel ve şekilsel olanın göstermelik saygı göreceği açıktır. Dolayısıyla AYM, çok ağır bir yükün ve taahhüdün altındadır. Ya mesele bu derinlikte ele alınacak ya da zaman kaybına dönüşecektir.

AYM'nin ulusal yüksek mahkemeler başta olmak üzere derece mahkemeleriyle ilişkisi de kurumsal algılar bağlamında yorumlanabilir. AİHM'le ilişkide olduğu gibi, öncelikle etik ve epistemolojik boyutlarda hiyerarşi algısının yıkılması ve eşit söylemsel güce sahip katılımcıların serbest diyalogunun kurulması, bu diyalogun normatif ilişkiye engel olmadığı, tam tersine hukuk ideallerine yaklaştırdığının anlaşılması gerekir. Bu doğrultuda, AYM'nin yasal statüye değil, insani değerlerin veciz, kusursuz ve samimi dışavurumlarına yaslanması gerekir. Bu önerimiz, yönetsel gerekliliklerin inkarı değildir: Hiyerarşik düşünce dünyasını yansıtan otorite dilinin ve bu dilin aktif-çekingen komplikasyonlarının, insan haklarının anlaşılıp hayata geçirilmesine asla izin vermeyeceği vurgusudur.

Gerçekten de AYM, alıştığı otorite dilini kullanmak ile bu dilin yüksek yargı organlarını ve diğer devlet kurumlarını rencide etmesi ihtimali arasında sıkışmış gibidir. Bireysel başvuru öncesi AYM'nin daha mesafeli bir kurum olabilmesi bu tutumun sakıncalarını minimize edebilmekteydi. Oysa bireysel başvuru değerlendirmelerinde yargı başta olmak üzere tüm devlet kurumları potansiyel hedefdir.¹⁷ AYM hem bundan sakınmak istemekte hem de otoriter bir dil kullanmadan nasıl statüsünü koruyup etkili olabileceğini hesaplamaktadır. İşte burası, AYM'nin kendine biçtiği rolün ve genel olarak devlete ve yetkilere eklemlenen algıların başarısızlığa mahkum olduğu noktadır. AYM, insanlar arası etik eşitliğe, buradan hareketle kurumlar arası etik ve söylemsel eşitliğe dayanabilirse, varsaydığı bir gücü muhafaza etmeye koşullanmayacak, başarılı hukuki argümanlardan ve muhakemelerden başka haklı bir gücü ve vicdani bir meşruiyeti olmadığını görecektir.

Özetle, AYM'nin insan hakları performansını şekillendirecek en önemli etkenlerden biri, AYM'nin kendisine dair ortaya koyduğu algıdır. Ulusal ve uluslararası, yargısal ve idari, devletsel ve toplumsal, resmi ve gayri resmi ilişkilerinin tümünü belirleyecek olan budur. Ortaya konacak algının kökenini ise kültürümüzdeki genel insan algısında aramak gerekir. İnsanların taleplerinin ve fikirlerinin değeri neye bağlı olarak ele alınıyorsa, beşeri ilişkiler nasıl şekilleniyorsa, kurumsal tutumlar ona göre oluşmaktadır. Ülkemizde statü vurgusunun fazla olması nedeniyle; dikey algıların baskın çıkması,

¹⁷ Aslında hedef olarak, işlemlerin, eylemlerin ve ihmallerin müsebbibi olan gerçek kişiler teşhis edilmelidir. Fakat kişiselliğin kurumsallıkla aşırı derecede iç içe geçmesi sonucunda bu mümkün olamamaktadır.

denk ve zenginleştirici iletişimlerin olmaması, katılımcılara statülerine göre aktif ve pasif roller biçilmesi, böylece etik izafiyetlerin tüm aktörlerce ortaya konamaması, ortak akıl ile uzlaşma süreçlerinin yürütülememesi, otorite ve imaj kaygılarının öncelenmesi, gerçek bir insan hakları arayışının gerçekleşmemesi, bu önemli eksikliği telafi kabilinden usul konularına ağırlık verilmesi ve bireysel başvuru kararlarının gün geçtikçe bütünlük arz etmeyen bir koleksiyona dönüşmesi ihtimalleri akla uzak değildir.

Bu bağlamdaki sorumuz şudur: AYM, kendi misyonunu ve vizyonunu nasıl bir kurumsal algıya dayandırmaktadır? Bu algı, insan haklarının özü olan doğru bir insan algısına ve bundan doğan sosyal ve siyasal hayat algılarına mutabık mıdır? AYM, kullandığı kavramları hangi derinlikte duyumsamakta ve geniş etki alanına nasıl yansıtılmaktadır?

7. Anayasa Mahkemesinin Sosyokültürel Zemini

Hukukun tamamının -dolayısıyla AYM'nin- sosyokültürel olgular tarafından kuşatıldığını söylemek ne kadar kolaysa, bu olguları net ve mutlak bir surette tespit etmek de o kadar zordur. Kültür, mevzuat hükümleri gibi kitaplara yazılır mahiyette bir kuvvet değildir. Yer yer dinamizm, akıcılık, kıvraklık nedeniyle, yine yer yer genellik, katılık, bütünleşmişlik nedeniyle belli bir tasvire sıkıştırılıp ispat edilmesi pek zor olan kültürel olgular; bizzat bu vasıfları nedeniyle hukukun üstüne çıkan ve onun her merhalesine şekil veren en önemli kuvvet olurlar. Türkiye'de yaygınlık gösteren ve bireysel başvuruya etkisi öngörülebilir bazı kültürel özellikleri, genellemeler yoluyla tartışmaya açmak bu nedenle faydalı olacaktır.

Türkiye'deki kültürel algılar, bütünü temsil eden soyutlamaların esas, somut parçaların ise tali olduğu yönünde seçicileşmiştir: Devlet esas, vatandaş talidir; millet esas, fert talidir; kurumlar esas, personel talidir; ordu esas, nefer talidir; amaçlar esas, araçlar ve aşamalar talidir. Birinin diğerine feda edilmesi gerektiği durumlarda feda edilen parçanın hukuku, hatta varlığı olacaktır. Ödevlerin esas, hakların tali; sınırların esas, özgürlüklerin tali görülmesi bu yaklaşımın doğal sonucudur. Oysa bireysel başvuru tam tersi bir kabule, bireyin esas olmasına dayanmaktadır. Elbette bu sınırsız bir kural değildir; bireyler birbirlerine karşı sınırlıdır ve devlet bu sınırları gözetmek ödeviyle yükümlüdür. Bireyin esas olması anlayışı, kültürümüzdeki düşünme alışkanlıklarına taban tabana zıttır. Dünya görüşleri söylem değişikliği ile değil, zihniyet değişikliği ile kültüre mal olur: Türkiye'de devlete ve hayata egemen olan zihniyet, insan haklarının felsefi temellerine ters bir duruşu yansıtılmaktadır.

Şöyle ki, önemini kendi varlığından ve insanlığından değil, bağlarından ve bağlantılarından alan, sahip ve ait oldukları ile tanımlanan insanların reel ve sabit bir değeri yoktur ki insan haklarının işaret ettiği değer ile bir ilgileri bulunabilsin. Bu nedenle, insan onuru gibi hukuk kavramları ancak bir soyutlama seviyesinde kalırlar; somut olaylara ve insanlara uygulanabilirlik taşımazlar. Bunun olması için, içselleştirilmiş ve koşulsuz bir değer algısı şarttır; insanın değerinin nereden doğduğunun ve nasıl devam edip hayatın her anına yayıldığına, askıya alınmaz olduğunun bilinmesi, gösterilmesi şarttır. Aksi halde, birey ötesi kategorilerin değerli olduğu yerde, işlem ve eylemlerde dağınık kaygılar güdülmesiyle pek çok haksızlıklar ve mağduriyetler oluşur. Bireyler ve bireysel olaylar da ancak genellik ifade eden çerçevelere referansla ele alındıklarından, haksızlıkların değil hukuken, aklen bile tespiti imkansızlaşır.

Bu düşünce çekirdeğinden doğan ve yukarıda temas ettiğimiz hiyerarşi olgusu en problemlili alanlardan biridir. Genelini kuşatıcı üstünlüğü karşısında kuşatılmaya ve aşağıda kalmaya layık görülen her unsur, eşit bir katılım ve söylem hakkından mahrum kalır. Geneli, büyüğü, varlığını, güçlüyü temsil eden kişiler ve vasıflar karşısında denliğini ve haklarını yitirir. Hak arayışları, yine hiyerarşik algılar çerçevesinde, haddini bilmezlik ve uyumsuzluk olarak yorumlanır. Haklılığın değil, tabuların ve imajların önemli olduğu hissettirilir. Doğruluk-yanlışlık sorgulamasına girmeksizin koşulsuz uyum sağlanması meziyet addedilir.

Kendilerine uyumu objektif bir değere dönüştürmeye çabalayan yöneticiler, önceliklerine karşılık gelmeyen sorunların, düzen ve disiplin tahayyüllerine gölge düşürdüğünü hissederler, sorun duymak istemezler. Kişisel mağduriyetlerin ve hukuksuzlukların dillendirilmesini, genel teşhis ve tedavilere yönelmek için fırsat olarak değil, şahsi tehdit olarak algırlar. Ses çıkarttırmayan haksızlıkları görmemeyi, sesli hak taleplerini ise bastırmayı tercih ederler. Sorunların örtülmesini itiyada dönüştürerek kendilerinin ve temsil ettikleri makamların saygınlığına halel getirirler.

Bu tablo içinde, bir yandan yönetilenlerin sessizliği, diğer yandan da sorunlar ve tatminsizlikler derinleşir. Bu durum kah sineye çekilir kah patlak verir. Fakat her durumda motivasyon ve iş kalitesi düşer. Böylece yöneticiler, haklı dayanaklarını ve meşruiyetlerini kaybederler. İnsanların gerçek bir katılım ve mutabakat göstermeden idare ettikleri bir figüre dönüşürler. Görülüyor ki, hiyerarşi algısından doğan, karanlıkta yol alan, imajlara odaklanan bu gidiş

üsttekilere de aynı derecede zarar vermekten, onları desteksiz koymaktan geri kalmamaktadır. Gerçekten de hiyerarşi örgüsü, birilerinin yararına olduğu için değil, herkesin zararına olduğu halde bir saplantı olduğu için terk edilememektedir. İmajlara gömülmüş bu saplantı, bahsettiğimiz kültür ortamının az ya da çok hemen herkese derece derece aşıldığı bir hastalıktır. En önemlisi, böyle bir duyumsama ve yorumlama alışkanlığı içerisinde hakkaniyetin ve özgürlüklerin geçer akçe olamayacak olmasıdır. Özgürlükler lütuf konusu, hakkaniyet sübjektif takdir konusu olarak kalacaktır.

Hiyerarşi, en kaba olandan en ince olana, kurumsal olandan söylemsel olana kadar pek çok tezahüre bürünmektedir. Unvan ve yetki hiyerarşisi bunlar içinde masum ve gerekli olan bir türdür. Sorun, düşünsel hiyerarşidir. Hiyerarşik düşünüşün altında, içsel bir saygıdan doğmayan dışsal saygı görüntülerinin devam ettirilmesi amacı yatar. İçsel ve içten saygı alışkanlığı zayıflar; dışsal zorunluluk hissedilmediği durumlarda hemen saygısızlıklar sergilenir. Ortaya çıkan yapay saygılar ve doğal saygısızlıklar bir norm ve refleks haline geçer. Nitekim bağırarak konuşmaktan yayalara aldırmandan araba kullanmaya kadar hayatın pek çok anında insanların eşitliğine inançsızlık, bir öndelik arayışı, bir muafiyet ve imtiyaz beklentisi göze çarpmaktadır. Her ne kadar insanlar arasında mutlak eşitliğin sağlanması ütopyik ve gereksiz ise de insanların asla eşit olamayacağı inancının bir kültürde bu kadar baskın olmasını normal karşılamak da mümkün değildir. Böyle bir kültürde, insan haklarını uzak, köksüz fakat tatlı bir fantezi olmaktan kurtarmak da mümkün değildir. Zira insanlar haksızlıklardan korunabilmek için üste çıkma ve üstte görünme yollarına tevessül ederken, statüyü ve şekli öncelerken asla aynı zamanda denklik özüne odaklanamazlar.

İnsan hakları; ancak öğrencinin de öğretmenine, memurun da amirine, vatandaşın da kurumlara not verdiği, kendisine sunulanları ve sınırlarını açıkça sorguladığı, karşılıklı sorgulamaların kişiselleşme ve garaz konusu olmadan nitelik artırımı hedefine yöneldiği, bu tarz iletişimlerin yüksek bir ortak bilince dayandığı, istismarlar doğurmadığı bir kültürel kalkınma içerisinde kök salabilir. Bu hususun anlaşılması, imtiyazlara tutunan algıların yıkılması ile olabilir. Kimsenin kendini yüksekte ya da alçakta görmediği, genel hesaplara meylederken bireylerin ihmal edilmediği, bireylerin hukukuna odaklanarak genelin iyileştirdiği bir düzenin kurulması için çok derin davranışsal ve düşünsel muhasebeler gereklidir. Sığ muhasebelerin bir hiyerarşi zincirini yıkarken başkasını kurma mücadelesine dönüşmesi olasıdır. Gerçekten de hiyerarşik yaklaşma o kadar özümsemiş ve kemikleşmiş bir

tutumudur ki, mücadeleye girmeden -ki mücadele hemen her zaman üstün gelmeye matuftur- bu soruna işaret edebilmek ve çözüm getirebilmek bütün bir toplumun kanını yenilemek derecesinde zor bir iştir. Mamafih, tüm beyin hücrelerini ele geçirmiş olan hiyerarşi bakışı, görüşü, duyusu, arayışı, gösterişi temizlenmediği sürece insan hakları ham bir hayalden ibaret kalacaktır.

Hiyerarşik algı yıkılırsa, mahkemelerin dili vatandaşın diline yaklaşacaktır. Statüye yaslanmanın en kaba göstergelerinden biri olan, gerekçesiz ve düşünce sıçramalarıyla dolu kararlar son bulacaktır. Güçlü ve gerekçeli kararlar verme zorunluluğu haksızlıkları engelleyecek, hakkaniyet ölçütlerini hassaslaştıracaktır. Kamu işlemleri daha insancıl, empatik ve ikna edici zeminlerde gerçekleşecektir. Herkesin söz hakkı aynı değerde görülecektir. Kimse resmi bir görevin kendisine fazladan koruma ve tasarruf yetkisi sağladığını düşünmeyecektir.

Dikkat edildiğinde, AYM'ye ve AİHM'e iletilen temel hak ihlali iddialarının çoğunun kökeninde eşitsizlik kabulünün, bunun da kökeninde hiyerarşik algıların yattığı görülmektedir. Onun içindir ki, insan haklarını sağlamlaştıracak zemini kurmak için öncelikle zihinlerin hiyerarşik saplantılardan arındırılması gerekmektedir. Tekrar etmek gerekirse, burada asıl sorun, yöneticiler ve yetki sahipleri değildir; kanıksanmış, topluma mal olmuş bir eşitsizlik algısıdır. Bugün yönetenler dün yönetilmiştir; bugün yönetilenler yarın yönetecektir. Dolayısıyla eleştirilerimiz hiyerarşik yapılarda üstte olanlara değildir; onur eşitliğini gözden kaçırarak üstte duran ya da altta kalan, hiyerarşik davranışı ve algıları pekiştiren herkese yöneliktir. İnsaniyet özüne değil statüye eğilen, değerlerle değil kişisel kaygılarla hareket eden herkes, en az başkalarının önünde eğilmesine rıza gösterenler kadar hatalıdır. Dolayısıyla alttakilerin de eşitliğini duyumsaması, üstte çıkma kompleksine girmeden denk diyaloglar kurabilmesi karşılıklılık yoluyla beslenen bu fasit daireyi kırmanın koşullarından biridir. Diğer bir ifadeyle, sorumluluk noktasında da eşitlik vardır.

Büyüklik ifade eden soyutlamaların ve statü ifade eden konumlandırmaların abartılı etkisi nedeniyle hukuk özünün kaybolduğunu izah etmiş bulunuyoruz. Bunlarla bağlantılı olarak ortaya çıkan -ki kültürel olgular birbirini besler ve tamamlar mahiyettedir- üçüncü bir husus da şekilciliktir. Şekilcilik, özsüzlüğü saklamak ve statüleri barizleştirmek gibi fonksiyonları nedeniyle hakkaniyetin zayıfladığı her ortamda ilk beliren eğilimlerden biridir. Hukuki prosedürlerde, kurallarda, kuralların yorumlanmasında ve uygulanmasında şekilcilik adaleti açıkça zorlaştırmakta, uzaklaştırmaktadır.

Hukuka ev sahipliği yapan sosyal alanda da kılık-kıyafet, muhit, konut, araba, okul, arkadaş çevresi, zevkler, eğlenceler gibi hemen her konuda yapılan seçimlerle ortaya konan katmanlaşmalar ve ayrışmalar toplumda muazzam bir şekilcilik vakıasına yol açar. Şekil ve hiyerarşi saplantıları kol kola girerek hak arayışlarının önüne aşılmaz duvarlar örer.

İnsan gözüne ilk çarpan şekli unsurların aşırı önemsenmesinin kültürel ve entelektüel derinleşmeye müsaade etmemesi, hukukun da şekil ve imaj yüzeyselliğinde ele alınmasına yol açmaktadır. Şeklen makbul olan, imajın sarsılmaya yüz tuttuğu yerde güce yaslanarak telafiler arayan hukuk uygulamaları, insan hakları gibi insan özüne dokunmayı zorunlu kılan bir alanda ikilemlere girmektedir: Bir yanda şekli düşünüşün ve münasebetlerin egemen olduğu bir alışkanlıklar sahası, diğer yanda öz ısrarından vazgeçmeyen ve şekilciliği özsüzlükle ve değersizlikle bir tutan bir hukuk sahası vardır.

Bu ikilemin yol açtığı reel hukuk problemleri sayısızdır. Örneğin, ifadelerin ve ifade özgürlüğünün yorumlanmasında, sözlerin özüne değil, söyleyenin ve muhatapların şekli özelliklerine bakılır. Üslup, konum, yetki, güç, etki gibi dışsal kaygılar, anlam gibi içsel özellikleri gölgede bırakır. Statüye göre sınırlar ve serbesti alanları tayin edilir. Haliyle en temel bir insan hakkı olan ifade özgürlüğünün daha baştan zemini kurulamamış olur.

Yine mülkiyet ya da adil yargılanma gibi bir alanda, kamu işlemlerinin şeklen hukuka uygun olması karşısında muhatapların derin ve öze ilişkin sorgulamalar yapması, devleti temsil eden simge ve statülere halel getirme olarak yorumlanır. Şekilleri oluşturanın da, yargılayanın ve muhafaza edenin de devlet organları olması karşısında insanlar aciz kalır ve sürekli mağduriyetler yaşar. Zira ortak bir devlet kültürü halinde, zihinler şekli düşünmede mutabakat sağlamışlardır; şekiller korunarak istikrar, şekiller değiştirilerek ilerleme sağlandığı varsayılır. Tersine bir etkiyle, hukuka aykırılıklar devlet imajını bir yandan sarsarken diğer yandan daha da dokunulmaz kılabilir, öz kayboldukça şekli mutabakatın önemine daha fazla inanılır ve enerjinin büyük bir kısmı bu alana sarf edilir.

Sükut etme, boyun eğme, gayri resmi çözümler arama, entrika, iltimas, rüşvet, dedikodu gibi davranışlar; görüntülere odaklanıldığının, arka plan realitelerinin önemsenmediğinin, açık hak arayışlarının geçerli olmadığı, özsüzlüğün delilleridir. Kamusal alanın yüksek oranda zihin kuytularında ve mücadeleler gölgesinde şekillendiği bir kültürde, insanların en başta onurları zedelenir. Onurları zedelenmiş insanların, insan haklarını algılama

yetileri kaybolur; insan haklarını geçerli kılan bir söylem ve eylem ortaklığı kurulamaz. İnsan hakları yüzeyselleşmekten ve şekillleşmekten geri kalmaz. Görüntüler öne çıkar, gerçekçilik azalır, dinamik yaklaşımlar geliştirilemez, hukukun vicdanları tatmin etme kapasitesi söner.

Tasvir ettiğimiz kültürel olgular ışığında insan haklarına baktığımızda, ortaya çok ciddi bir zemin sorunu çıkmaktadır. Kültürel zemin; bireyin devlet başta olmak üzere her tür soyutlama ve yüceltme karşısında öncelenmesi, insanların eşitliğinin esas statülerinin işlevsel ve ikincil olduğunun kabulü, bu özün tüm eylemlere nüfuz etmesiyle şekilciliğe fırsat verilmemesi gibi insan hakları umdeleri açısından sağlıklı görünmektedir.

Sonuç

İnsan hakları; hiçbir zemin etüdü yapılmadan, sosyal ve kültürel koşullar oluşmadan dışarıdan parçalar halinde alınıp hukuk sistemine monte edilebilecek cansız bir mekanizma değildir. Nitekim hukuk da, mevzuatın hazırlanmasından ve prosedürlerin işletilmesinden ibaret, hayatın gerçeklerinden izole bir uzmanlık sahası değildir. İnsan hakları düşüncesi, Türkiye'deki yaygın hukuk nosyonuna -ki adaletin önündeki dirençli engellerden biridir- karşı bir meydan okumadır: İsrarla birincil ve esas olduğunu, tüm mesleki branşların ruhu olduğunu iddia etmekte, ikincilleştirilmeye direnmektedir. Bu gücünü, insanın birincil ve esas olduğu, insanlığın hukukun ruhu olduğu savlarından almaktadır. İnsan hakları düşüncesi, bir çekirdek değerden doğan sürekli bir değer arayışı olmak yönüyle, değerleri hukuk dışı bir alana atıp hukuku sözü geçen iradesi olarak tanımlayan pozitivist yaklaşımların tahtını sallamaktadır. Türkiye'nin insan hakları arayışı, bizzat hukukun nasıl anlaşıldığına dair bir sorgulamaya dönüşmedikçe, mevcut kalıplara uydurulmaya çalışıldıkça çelişiklerden başka mahsul vermeyecek bir süreçtir.

AYM'nin bireysel başvuru yoluyla bir insan hakları performansı sergilemeye başladığı bu dönemde, bir zemin etüdü yapılmasını bu nedenle zorunlu görmekteyiz. Zemini, mevcut mesleki alışkanlıkların sunduğu yüzeysellikte ve teknik planda ele almamakta, tüm düşüncelerin ve tavırların iç içe geçtiği kültür boyutunda düşünmekteyiz. Çalışmamıza yön veren ana soru şu olmuştur: Pek çok kaynaktan beslenen, pek çok yönde ve şekilde tezahürleri olan sosyokültürel arka planın AYM'nin insan hakları performansına tayin ettiği sınırlar nelerdir? AYM, bu sınırları aşır insan haklarını kendisiyle bütünleştiren ve topluma yayan bir değerler siyasetinin bayraktarı olabilir mi?

Bireysel başvuru uygulamasını tarihsel olarak yorumladığımızda, gerek devletin gerekse AYM'nin ve 2010 Anayasa değişikliklerinin insan hakları önceliğine dayanmadığını, insan haklarını işlevsel ve söylemsel bir yan mülhaza seviyesinde tuttuğunu tespit ettik. Nitekim nazarımızı genel olarak toplumun önceliklerine çevirdiğimizde de, insan hakları ihtiyacının tutarlı ve sistematik bir bütünlük içinde duyumsanmadığını, sosyal ve siyasal hayatın gidişatı içerisinde henüz bu olgunlukta bir düşünsel ve ilkesel ortaklığın kurulup topluma mal olmadığını gözlemledik. AYM, bu nedenle hem tarihsel hem de toplumsal kaynaklardan kuvvetli bir motivasyon alamamaktadır. Tam tersine, insan hakları bilincini oluşturma, yaygınlaştırma ve ortak bir dile dönüştürme sorumluluğu AYM'ye yüklenmektedir.

AYM'nin insan hakları performansı sadece bireysel başvurulara cevap verme yönüyle değil, içselleştirilmiş bir bilinci yansıtırma yönüyle de değerlendirilmelidir. AYM, mevcut kültür içinde yeni bir kültür, mevcut algılar içinde yeni algılar oluşturma misyonuna yönelmedikçe, sorunların bir uzantısı halinde kalacaktır. Çalışmamızda işaret ettiğimiz yargısal ve bürokratik yapının genel özellikleri bu noktada anlamlıdır.

Yargı mesleği, camiası ve temayülleri; zamanla insan hakları hassasiyetini azaltabilen etkiler barındırmaktadır. Fakülte ve staj dönemlerinde verilen eğitimin de insan hakları çekirdeğinden doğmadığı dikkate alınır, insan haklarının yargının bir yan kaygısı olduğu, hatta yargının diğer önceliklerine aykırı düştüğü açıklığa kavuşmaktadır. Bu nedenle, yargı ile insan hakları ideallerinin bir araya gelmesi tesadüflere kalmıştır; sistemli, temelli, kapsayıcı bir etik formasyon oluşturulmamıştır.

Bürokratik kültüre egemen olan işleyiş ve iletişim dili, insanların müstakil değerinden değil, statülerinden esinlenmektedir. Statüyü temsil eden kişilikler kurumsallaşmakta, diğer kişilikler kurumsallık içinde silikleşmekte, açık ve denk diyaloglar yürütülemede, iş kalitesi gerektiği gibi arttırılamamaktadır. Mesleklerin, yetki ve sorumlukların işlevsel çeşitliliği karşısında insanların özdeki eşitliğine dayanmayan, bu özü askıya alınmaz bir mutlakiyet içinde görmeyen bir zihin dünyasında insan haklarının zemininin olmadığını ve kurulamayacağını söylemek yanlış olmaz.

AYM'nin kendisine ve dışarıya karşı geliştirdiği kurumsal algılar, insanın değerini ancak koşullu olarak korumaya layık gören, koşullar oluşmadıkça insanların hak ve özgürlük ifadelerine saygı duymayan genel algılarla bağlantılıdır. Temelde hiyerarşik düşünüş vardır. Söylemde, eylemde

ve eylemsizlikte, takdir ve tasarruflarda, seçim ve seçeneklerde öne çıkan duygu, ayrışmanın, imtiyazın ve hiyerarşinin mevcudiyetidir; insanların asla eşit olamayacağı varsayımdır. Bu düşünce evrensellik/kültürelilik bağlamında büsbütün yanlış değilse de, insan haklarının ruhuyla ve amaçlarıyla çelişki halindedir. Ulusal mahkemeler ile AIHM arasında, yasama ile yürütme arasında, devlet ile toplum arasında, kurum içi ve dışı dinamikler arasında yer alan AYM, ilişkilerini bilinçli ya da bilinçaltı hiyerarşik duygulara bağlarsa asla insan haklarını tesis edemez. Zira hiyerarşik ilişkide esas olan statü göstergeleridir; insan haklarında ise insanların eşitliğidir. Birinde meşruiyet güçten ve yetkiden, diğerinde hakkaniyetten ve muhakeme başarısından kaynaklanır. İzah ve ikna çabası birinde fuzuli, diğerinde zaruridir. Birinde sorgulama kanalları mümkün oldukça daraltılır, diğerinde mümkün oldukça genişletilir. İşte AYM, algılarının insan hakları koruma idealiyle ne kadar uyumlu olduğunu kendisinin ait olduğu kültür zeminiyle birlikte gözden geçirmelidir.

Yine bireyselliğin zayıf olması, kişiselliğin derinlemesine anlaşılmasını, devlet düzeni ve kamu yararı gibi objektifliği meçhul soyutlamaların öncelenmesi, imaj kaygılarının fazlalığı, şekilciliğin ve özsüzlüğün göze çarpması gibi Türkiye'deki kültürün genel özelliklerinin insan haklarının tesisine yapmaya devam ettiği olumsuz etkiler tartışılmalıdır. Şüphesiz bunda AYM'ye önemli görevler düşmektedir.

AYM'nin insan hakları performansının bileşenleri elbette yukarıda saydıklarımızdan ibaret değildir. Bununla beraber, temelde tarihsel, politik, psikolojik, sosyokültürel birtakım kuvvetlerin belirleyici olduğunun tespit edilmesi bile bir ilk aşama olarak faydalı olmaktadır. Bu tespitten sonra, adalete engel olan parazit yaklaşımların ve alışkanlıkların hepsinin bertaraf edilmesi gelecektir. Bu çabanın özünde, insan haklarının kayıtsız ve şartsız bir önceliğe dönüştürülmesi yatar. Diğer analiz sahalarımızda olduğu gibi, insan haklarının yan ve tali bir konu olması, insan haklarının hiç olmamasına eşdeğer sayılmalıdır: Zira insan hakları ancak öncelik olduğunda ve bu öncelik tüm aktörler arasında bir frekans uyumuna dönüştüğünde anlamlıdır. Farklı hesaplardan sonra insan haklarına kısıtlı bir alanın kalması, geçmişten günümüze gelen sınırların esas, özgürlüklerin istisna olması kabulünün aynısıdır. Yeni bir terminoloji ve ambalaj ile eski siyaset ve hukuk nosyonlarının, devlet ve idare kültürlerinin devam ettirilmesi tutarsızlık ve oyalama anlamına gelecektir; zaman, enerji ve umut israfıdır. Hukukumuzun, ülkemizin ve toplumumuzun ihtiyacı bu değildir.

AYM'nin insan hakları odağına istikrarla bağlı kalması, inhiraf sebeplerini tespit ederek cesaret ve hakkaniyetle bertaraf etmesi, kültürel ve zihinsel ayak bağlarından kurtulması, bir çekirdek değere dayanarak net bir amaca yönelmesi gerektiğini fark etmesi, bu çekirdek değer hayattaki açılımını kararları üzerinden yansıtmaması, tüm eylemlerinde ve ilişkilerinde etik bir duruşu ve arayışı, özünde etik bir kaygıyı taşıdığını tereddütsüz gösterebilmesi söylemlerinin içini doldurabilmesi için şarttır. AYM'nin düşünsel ve yargısal muhakeme detektörlerinin neyi aradığının ve nasıl çalıştığının herkes tarafından apaçık anlaşılması, insan hakları hassasiyetini sayısız tali mesele karşısında muhafaza edebilmesi, bu öncelik doğrultusunda var olması taviz kabul etmez bir zorunluluktur. AYM'nin bireysel başvuru yoluyla insan haklarını tesis etme performansını değerlendirmemize yarayacak verilerin yani kararların bu net kriter ışığında ele alınması daha kolay, anlamlı ve esaslı bir yaklaşım olacaktır.

Sonuç olarak, AYM'nin, çok derin etik, ontolojik ve epistemolojik sorunların sosyal, kültürel ve nihayet hukuki uzantılarını, tam da o uzantıları yaşatıyorken aşabilmesi olağanüstü bir hedef ve beklentidir. Bu beklentinin gerçekleşmemesi ise Türkiye'nin değerler karmaşasını ve ahenksizliklerini bir kat daha kronikleştiren, üzüntü verici bir yenilgi olacaktır.

KAYNAKÇA

- 9/7/1961 tarih ve 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
18/10/1982 tarih ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
23/4/2003 tarih ve 43 sayılı Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu Bangalor Yargı Etiği İlkeleri
Arslan, Zühtü (2009), Başörtüsü, AK Parti ve Laiklik: Anayasa Mahkemesinden İki Karar Bir Gerekçe (Ankara: SETA).
Arslan, Zühtü (2005), "Türkiye'de Anayasacılık Hareketleri ve Liberalizm" Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce (Cilt 7) (İstanbul: İletişim Yayınları): 272-306.
Arslan, Zühtü (1999), "Taking rights less seriously: postmodernism and human rights", Res Publica, 5(2): 195-215.

- Belge, Ceren (2006), “Friends of the Court: the republican alliance and selective activism of the Constitutional Court of Turkey”, *Law and Society Review*, 40(3): 653-692.
- Boucher, David (2009), *The limits of ethics in international relations: natural law, natural rights, and human rights in transition* (Oxford: Oxford University Press).
- Burke, Thomas F (2004), *Lawyers, lawsuits, and legal rights: the battle over litigation in American society* (Berkeley: University of California Press).
- Dunne, Tim ve Nicholas J Wheeler (1999), *Human rights in global politics* (Cambridge: Cambridge University Press).
- Evans, Tony (2005), *The politics of human rights: a global perspective* (London: Pluto Press).
- Fraser, Julie, Spyridōn I Phlogaitēs ve Tom Zwart (2013), *The European Court of Human Rights and its discontents: turning criticism into strength* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing).
- Hakyemez, Yusuf Şevki (2009), *Hukuk ve siyaset ekseninde Anayasa Mahkemesinin yargısal aktivizmi ve hakları anlayışı: Türk Anayasa Mahkemesinin işlevi, insan hakları anlayışı ve oluşumu üzerine bir inceleme* (Ankara: Yetkin).
- Harris, David, Michael O’Boyle, Ed Bates ve Carla Buckley (2013), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (Ankara: Avrupa Konseyi) (Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı ve Ulaş Karan).
- Ibhawoh, Bonny (2007), *Imperialism and human rights: colonial discourses of rights and liberties in African history* (Albany: State University of New York Press).
- Kaya, Emir (2013), “Hakkı”, *HUKAB Dergi*, 6: 29.
- Lewis, Bernard (1961), *The emergence of modern Turkey* (London: Oxford University Press).
- Kouyoumdjian, Haig ve Rod Plotnik (2011), *Introduction to psychology* (Belmont: Wadsworth).
- Nietzsche, Friedrich W (1995), *Thus spoke Zarathustra: a book for all and none* (New York: Modern Library) (Çev. Walter Arnold Kaufmann).
- Raz, Joseph (1979), “The rule of law and its virtue”, Raz, Joseph (Der.) *The authority of law: essays on law and morality* (Oxford: Oxford University Press): 210-232.

- Sancar, Mithat ve Eylem Ümit Atılğan (2009), *Adalet Biraz Es Geçiliyor: Demokratikleşme Sürecinde Hâkimler ve Savcılar* (İstanbul: TESEV).
- Sancar, Mithat (2000), “Devlet aklı” kışkacında hukuk devleti (İstanbul: İletişim).
- Scheffler, Israel (1982), *Science and subjectivity* (Indianapolis: Hackett Publishing Company).
- Scheuerman, William (1999), *E Carl Schmitt: the end of law* (Oxford: Rowman & Littlefield).
- Özbudun, Ergun (2006), “Political origins of the Turkish Constitutional Court and the problem of democratic legitimacy”, *European Public Law*, 12(2): 213-223.
- Ünsal, Artun (1980), *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi* (Ankara: AÜSBF Yayınları).

THE REFORM of the EUROPEAN COURT of HUMAN RIGHTS: ADDITIONAL PROTOCOLS no. 15 and 16

Serhat ALTINKÖK*

ABSTRACT

In this article, the innovations brought by the additional Protocols No. 15 and 16 that new stages in the process of enhancing the effectiveness of the Court were examined. In the additional Protocol No. 15 of the Convention, the principle of subsidiarity was written into the preamble of the Convention, emphasizing the margin of appreciation of the High Contracting Parties national courts', time limit for submitting application was shortened, brought significant disadvantage criterion, the term of the judges rearranged and relinquishment of jurisdiction in favour of the Grand Chamber issues are regulated. In additional Protocol No. 16 of the Convention, advisory opinions to bring empowerment to increase the interaction between national institutions and the Court thus reinforce the implementation of the Convention with the framework of subsidiarity principle was intended.

Keywords: *Additional Protocols no. 15 and 16 of the Convention, Subsidiary Criteria, Margin of Appreciation, Significant Disadvantage, Advisory Opinion.*

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNDE REFORM: 15 VE 16 No.lu EK PROTOKOLLER

ÖZET

Bu makalede, Mahkemenin etkinliğinin artırılması sürecinde yeni bir aşama olan 15 ve 16 numaralı ek Protokollerle getirilen yenilikler incelenmiştir. Ek 15 no.lu ek Protokolle, ikincillik ilkesi Sözleşme'nin önsözüne yazılmış, Yüksek Sözleşmeci Tarafların ulusal mahkemelerinin takdir marjı konusuna vurgu yapılmış, Mahkemeye başvuru süresi kısaltılmış, önemli zararın bulunması kriteri getirilmiş, yargıçların görev süreleri yeniden düzenlenmiş ve Büyük Daire lehine görevden el çekme hususları düzenlenmiştir. Sözleşme'ye ek 16 No.lu Protokol ile getirilen istişari görüş verme yetkisi ile de Mahkeme ile ulusal kurumlar arasındaki etkileşimin artırılması ve böylece Sözleşme'nin ikincillik ilkesi çerçevesinde uygulanmasının pekiştirilmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Sözleşme'ye Ek 15 ve 16. Protokoller, İkincillik İlkesi, Takdir Marjı, Önemli Zarar, İstişari Görüş.*

* Ph.D. (Ankara University Law School, department of public law). The author works as a Rapporteur judge at the Constitutional Court of the Republic of Turkey and the views expressed in this article are the author's own and do not necessarily reflect the views of the Court

INTRODUCTION

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”)¹ is fundamental to human rights protection in Europe and lies at the heart of the activities of the Council of Europe (“Council”). Over time, the Convention system has grown and developed in response to changing circumstances. The on-going process of reform is necessary to its continuing relevance and effectiveness. This process, although often referred to as reform of the European Court of Human Rights (“the Court” or “ECtHR”), includes action concerning not only the judicial control mechanism but also national implementation of the Convention and execution of the Court’s judgments, including supervision of this execution by the Committee of Ministers.

In the context of the ongoing reforms at the ECtHR and potential changes to the Convention, the Council of Europe’s Steering Committee on Human Rights (“CDDH”²) set up two drafting groups at the end of 2011. The first group³ focuses on drafting reports two issues: Firstly, the measures taken by state parties to implement relevant parts of the Interlaken⁴ and İzmir Declarations.⁵ Secondly, the effects of Protocol No. 14 and of the Interlaken and İzmir Declarations on the work of the Court itself.⁶ The report about

¹ Ph.D. (Ankara University Law School, department of public law). The author works as a Rapporteur judge at the Constitutional Court of the Republic of Turkey and the views expressed in this article are the author’s own and do not necessarily reflect the views of the Court.

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, *opened for signature* Nov. 4, 1950, E.T.S. 5 (entered into force Sep. 3, 1953) [hereinafter the Convention].

² French acronym of the Steering Committee on Human Rights [autor’s note].

³ Drafting Group A.

⁴ See Council of Europe, *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights Interlaken Declaration* [hereinafter Interlaken Declaration], 19 February 2010.

⁵ See Council of Europe, *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights İzmir Declaration* [hereinafter İzmir Declaration], 26-27 April 2011. See also Steering Committee on Human Rights (CDDH), *Drafting Group “A” on the Reform of the Court (GT-GDR-A)* [Draft CDDH report on measures taken by the member States to implement relevant parts of the Interlaken and Izmir Declarations], GT-GDR-A(2012)R2 Addendum I, 7 September 2012.

⁶ See Steering Committee on Human Rights (CDDH), *Drafting Group “A” on the Reform of the Court (GT-GDR-A)* [Draft CDDH report containing elements to contribute to the evaluation of the effects of Protocol No. 14 to the Convention and the implementation of the Interlaken and Izmir Declarations on the Court’s situation, GT-GDR-A(2012)R2 Addendum II, 7 September 2012.

this matter contains some encouraging conclusions about real prospects of disposing of the Court's case backlog in the coming years.

The second group⁷ focuses on implementing decisions taken following the Brighton Conference, particularly the drafting of two protocols to the Convention. First of which would amend the Convention on the issues agreed in the Brighton Declaration⁸ and the second being optional, would expand the Court's competence to give "advisory opinion", should the Committee of Ministers decide to adopt it. The first protocol⁹ contains additions to the Convention's preamble and the decrease of the six months admissibility time limit to four months, as well as some other changes. On the other issue, Protocol No. 16 contains to give advisory opinions.

I. THE COURT'S REFORMS STATED IN THE ADDITIONAL PROTOCOL NO. 15

The High-level Conference on the Future of the European Court of Human Rights organised by the Swiss Chairmanship of the Committee of Ministers, take place 18-19 February 2010 in Interlaken (Switzerland). The Conference adopted an Action Plan and invited the Committee of Ministers to release field of jurisdiction to the competent bodies in order to preparing by June 2012, suggestions for steps requiring amendment of the Convention. On 26-27 April 2011, a second High-level Conference on the Future of the Court was organised by the Turkish Chairmanship of the Committee of Ministers at İzmir (Turkey). This Conference adopted a follow-up plan to review and further the reform process.¹⁰

In the context of work on succeed to these two Conferences; the Ministers' Deputies gave restored terms of reference to the CDDH and its subordinate bodies during 2012-2013. These required the CDDH, through its Committee of experts on the reform of the Court ("DH-GDR"), to prepare a draft report for the Committee of Ministers containing specific proposals requiring amendment of the Convention.¹¹

⁷ Drafting Group B.

⁸ See Council of Europe, *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights Brighton Declaration* [hereinafter Brighton Declaration], (19-20 April 2012).

⁹ See Steering Committee on Human Rights (CDDH), *Drafting Group "B" on the Reform of the Court COURT (GT-GDR-B)* [Draft Protocol No. 15], GT-GDR-B(2012)R1 Addendum, 14 September 2012.

¹⁰ Council of Europe, *Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS no. 213) Explanatory Report* [hereinafter Explanatory Report (Protocol No. 15)], § 2.

¹¹ Explanatory Report (Protocol No. 15), § 2.

Beside this report, the CDDH displayed a Contribution to the High-level Conference on the future of the Court, organised by the United Kingdom Chairmanship of the Committee of Ministers at Brighton (United Kingdom) on 19-20 April 2012. The Court also presented a Preliminary Opinion in preparation for the Brighton Conference containing a number of specific proposals.

In order to give effect to specific provisions of the declaration adopted at the Brighton Conference, the Committee of Ministers subsequently instructed the CDDH to prepare a draft amending protocol to the Convention. This subject at first occur during two meetings of a Drafting Group of restricted composition, before being examined by the DH-GDR, following which the draft was further examined and adopted by the CDDH at its 76th meeting (27-30 November 2012) for submission to the Committee of Ministers. The Parliamentary Assembly, at the invitation of the Committee of Ministers, adopted Opinion No. 283 (2013) on the draft protocol on 26 April 2013.¹²

At its 123rd session, the Committee of Ministers analysed and decided to adopt the draft as Protocol No. 15 to the Convention. At the same time, it pays attention to the present Explanatory Report to Protocol No. 15.¹³

For the opinion of ECtHR, preamble of the Protocol No. 15 gives rise to two remarks: Firstly, the reference in the second paragraph to the Brighton declaration makes clear the context within which the draft Protocol was negotiated. Secondly, the Court welcomes the wording of the fourth paragraph that as did a very similar paragraph in the preamble to Protocol No. 14, affirms the leading role of the Court in protecting human rights in Europe. It is a statement very much consistent with the declarations of all three high-level reform conferences, those of Interlaken, İzmir and Brighton.¹⁴

A. Subsidiary Criteria and Margin of Appreciation

At the end of the preamble to the Convention, a new expression shall be supplemented, which shall read as follows: “Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have

¹² See Parliamentary Assembly/Council of Europe, *Opinion 283 (2013)* [Draft Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms]. See also Explanatory Report (Protocol No. 15), § 5.

¹³ Explanatory Report (Protocol No. 15), § 6.

¹⁴ European Court of Human Rights, *Opinion of the Court on Draft Protocol No. 15 to the European Convention on Human Rights* [hereinafter *Opinion of the ECtHR on Protocol No. 15*], adopted on 6 February 2013, § 3.

the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention[.]”¹⁵ The new phrase containing a reference to the principle of (i) subsidiarity and (ii) the doctrine of the margin of appreciation.

For the ECtHR opinion, this provision contains a new paragraph intended to become the final reading in the Preamble to the Convention. The Court’s principal concern was that the expression used, which it found to be incomplete, could cause uncertainty as to its intended meaning. While the text has not been revised, the drafters’ intentions have been clarified. The explanatory report now states that “[i]t is intended ... to be consistent with the doctrine of the margin of appreciation as developed by the Court in its case[-]law”. That declared intention match the suggestion that the Court made at the end of its comment to develop the text further. Consequently, the intended meaning can be said to coexist the relevant terms of the Brighton Declaration. As the Court indicated in its observation to the CDDH, there clearly was no common intention of the High Contracting Parties to change either the substance of the Convention or its system of international, collective enforcement. In spite of the fact that the Court’s favourite is still for a more developed text, it is conscious that the current wording represents a reunite among High Contracting Parties in order to reach agreement over the Protocol wholly. In any condition both the explanation given and the context in which the text was drafted are themselves legally significant, as demonstrated by the Court’s references to the Explanatory Report to Protocol No. 14 and to the Interlaken Action Plan in the case of *Korolev v. Russia*.¹⁶

I. Subsidiary Criteria

In many member states, it is possible to apply to the national constitutional court for remedy of an assert of violation of a right protected under the national constitution in addition to providing a final domestic level of application for determination of a complaint. This form of general

¹⁵ Council of Europe, *Protocol No. 15 Amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* [hereinafter Protocol No. 15] 24 June 2013, Article 1. In accordance with Article 8(4) of the Protocol No. 15, no transitional provision relates to this modification, which will enter into force in accordance with Article 7 of the Protocol (See Explanatory Report (Protocol No. 15), § 10).

¹⁶ Opinion of the ECtHR on Protocol No. 15, § 4; See also *Korolev v. Russia* (dec.), App. No. 25551/05, 1 July 2010.

remedy may also contribute to ensuring consistency in or the development of interpretation and application of protected rights at domestic level, with the overall result of more generally increasing that protection. Through its rulings on individual cases that are subsequently the subject of applications to the Court, the national constitutional court can engage directly in the judicial dialogue between the national and European levels. These two issues contribute to effective operation of the principle of subsidiarity within the overall Convention system.¹⁷

General remedies may also play an important role in providing an effective remedy in situations where no specific remedy exists, so as to satisfy the requirement under Article 13 of the Convention for provision of an effective remedy for “everyone whose rights and freedoms ... are violated”. For example, some member States in effect have an individual application/constitutional complaint as their domestic remedy for alleged violations of the right to trial within a reasonable time, because of an exception to the otherwise applicable rule of exhaustion of other remedies.¹⁸

Several member States constitutions thus foresee some form of constitutional complaint procedure through an individual and in some cases also legal persons,¹⁹ may complain to the national constitutional court that an act or omission of a public authority has caused a violation of their rights as protected by the constitution. Such remedies are recognised as being effective with the meaning of Article 13 of the Convention when the rights protected by the constitution clearly include or match in substance to Convention rights.²⁰ The Court has stated that, “as regards legal systems which provide constitutional protection for fundamental human rights and freedoms ... it is incumbent on the aggrieved individual to test the extent of that protection”.²¹

¹⁷ Directorate General Human Rights and Rule of Law/Council of Europe, *Guide to Good Practice in Respect of Domestic Remedies* [hereinafter Guide to Good Practice], adopted by the Committee of Ministers on 18 September 2013, p. 46.

¹⁸ Guide to Good Practice, p. 46.

¹⁹ For example, Austria, Czech Republic, Latvia, Bosnia and Herzegovina, Russian Federation, Slovenia, Turkey, Slovakia.

²⁰ The Court noted that none of the related national constitutional provisions “... sets forth guarantees against the non-enforcement of binding decisions which are at least remotely comparable to those developed in the Court’s case law” (Apostol v. Georgia, App. No. 40765/02, 28 November 2006, § 38).

²¹ See, e.g., Vinčić and Others v. Serbia, App. No. 44698/06 and others, 1 December 2009, § 51.

Restrictions on the legal scope of such a remedy may make it in certain circumstances ineffective under Article 13 of the Convention. For example, the Court has found that a constitutional court's review of individual complaints was ineffective where an alleged violation resulted not from the unconstitutionality of an applied legal provision –in condition of an issue that was within the constitutional court's jurisdiction– but from the wrong application or interpretation of a provision whose substance was not unconstitutional.²² Similarly, a constitutional complaint may be ineffective as a remedy under Article 35 of the Convention where it relates only to legislative provisions and not decisions of ordinary courts, when a complaint concerns the latter.²³

Constitutional complaints are generally subsidiary. In other words before bringing an individual application/constitutional complaint, an applicant must firstly have exhausted accessible, effective remedies available before courts of regular law. There may be exceptions to this rule, e.g. when its application would cause serious and irreversible damage to the applicant or in particular types of complaint, such as of excessive length of proceedings before national courts.

However, the way in which the principle of subsidiarity is applied may interfere with the effectiveness under Article 13 of the Convention of a constitutional complaint. For instance, the Court has found in the case of *Ismayilov v. Azerbaijan* that a domestic requirement first to exhaust a remedy consisting of an additional cassation appeal to the Supreme Court President, where that prior remedy was ineffective, was a barrier to the accessibility of the constitutional complaint.²⁴ In the case of *Zborovsky v. Slovakia*, the Court found that a domestic requirement restricting the scope of the constitutional complaint to the points of law arguable before the Supreme Court “resulted in an actual bar to examination of the applicant's substantive claims” by the constitutional court.²⁵ Where a constitutional court has appreciation to admit a complaint on condition that the right has been “grossly violated” with “serious and irreparable consequences” for the applicant, with an absence of sufficient case-law on how these conditions were interpreted and applied, the

²² See *Savics v. Latvia*, App. No. 17892/03, 27 November 2012, §§ 113-15; See also *Dorota Szott-Medynska v. Poland (dec.)*, App. No. 47414/99, 9 October 2003.

²³ See, e.g., *Rolim Comercial, S.A. v. Portugal*, App. No. 16153/09, 16 April 2013.

²⁴ *Ismayilov v. Azerbaijan*, App. No. 4439/04, 17 January 2008, §§ 39-40.

²⁵ *Zborovsky v. Slovakia*, App. No. 14325/08, 23 October 2012, §§ 51-54.

constitutional complaint could not "... be regarded with sufficient certainty as an effective remedy in the applicant's case".²⁶

Generally, to be considered an effective remedy, a constitutional complaint must be directly accessible by individuals. The Court has thus refused to consider, e.g., the exceptional constitutional remedy available in Italy as an effective remedy, insofar as only the judge may hold the constitutional court, either "ex-officio"²⁷ or at the petition one of the parties: "... in the Italian legal system an individual is not entitled to apply directly to the constitutional court for review of a law's constitutionality. Only a court trying the merits of a case has the right to make a reference to the constitutional court, either of its own motion or at the request of a party. Accordingly, such an application cannot be a remedy whose exhaustion is required under Article 35 of the Convention".²⁸ It is necessary that the remedy before the constitutional court guarantee effective decision-making. Where a court finds itself unable to obtain a decision, whether because of a lack of safeguards against impasse or their failure, the consequence is to restrict the essence of the right of access to a court and to deprive an applicant of an effective right to have his constitutional appeal finally determined.²⁹

So that the constitutional complaint procedure to constitute an effective remedy in the sense of Article 13 of the Convention, it must also provide effective redress for a violation. The constitutional court may therefore be equipped with a scope of powers. In many times include to declare the existence of a violation,³⁰ quash the impugned decision, measure or act,³¹ where the violation is because of an omission, order the relevant authority to take the necessary action,³² remit the case to the relevant authority for further proceedings, based on the findings of the constitutional court,³³ order payment

²⁶ Horvat v. Croatia, App. No. 51585/99, 26 July 2001, §§ 41-44. *See also* Slaviček v. Croatia (dec.), App. No. 20862/02, 4 July 2002.

²⁷ The term "ex-officio" (lat.) means that used to show powers exercised by public officials by virtue or because of the office they hold [autor's note].

²⁸ Immobiliare Saffi v. Italy [GC], App. No. 22774/93, 28 July 1999, § 42. *See also*, I.R.S. v. Turkey, App. No. 26338/95, 28 January 2003.

²⁹ Marini v. Albania, App. No. 3738/02, 18 December 2007, §§ 119-23.

³⁰ *E.g.*, Albania, Andorra, Austria, Belgium, Bosnia and Herzegovina, Armenia, Czech Republic, Germany, Latvia, Russian Federation, Serbia, Slovak Republic and Slovenia.

³¹ *E.g.*, Albania, Andorra, Armenia, Austria, Czech Republic, Belgium, Germany, Slovak Republic, Serbia, and Slovenia.

³² *E.g.*, Albania, Czech Republic, Serbia and Slovak Republic.

³³ *E.g.*, Albania, Bosnia and Herzegovina, Czech Republic, Germany, Slovak Republic and Slovenia.

of compensation³⁴ and order *restitutio in integrum*.³⁵

These powers must exist not only in theory but be effective in practice. For example, a constitutional court's order to speed up proceedings must have a preventive effect on violations of the right to trial within a reasonable time by in fact accelerating the proceedings.³⁶

Therefore, in order to ensure the long-term effectiveness of the Convention system, the principle of subsidiarity must be made fully functional. This should be the main point of the Interlaken Conference. It alludes a shared responsibility for all those charged with protecting Convention rights. It requires national authorities to suppose their primary responsibilities under the Convention to provide effective protection for human rights and remedies for any violations, especially those arising from situations that have already been the subject of repeated judgments of the Court. It also requires the Court to release consistently its responsibility to issue clear and consistent judgments and decisions that provide reliable guidance to national courts and other authorities on interpretation and application of the Convention, during acting as a safety net for cases where individual's rights were not effectively protected own territory. The Court should continue to develop the way it implements the principle of subsidiarity at all stages of its consideration of an application. Eventually, it requires member States to execute the Court's judgments fully and carefully and the Committee of Ministers to supervise the execution of Court judgments promptly and efficiently.³⁷

The present situation in many member States of the Council means that particular emphasis at European level is still needed on the protection of rights through judicial determination of individual applications to the Court. However, it is important that the functioning of the Convention include more incentives for full protection of rights at national level, by means of that decreasing the mentioned need for subsidiary protection by the Court.³⁸

³⁴ E.g. Austria, Bosnia and Herzegovina and Slovak Republic.

³⁵ E.g. Slovak Republic. The term "restitutio in integrum" (lat.) means return of the original state of affairs [autor's note].

³⁶ For example, Vičanová v. Slovakia, App. No. 3305/04, 18 December 2007.

³⁷ Steering Committee on Human Rights (CDDH), *Opinion on the issues to be covered at the Interlaken Conference* (as prepared by the CDDH at its 69th meeting (24-27 November 2009)) [hereinafter *Opinion on Interlaken*], CDDH(2009)019 Addendum I, 1 December 2009, § 10.

³⁸ *Opinion on Interlaken*, § 11.

It is intended to enhance the transparency and accessibility of these characteristics of the Convention system and to be coherent with the doctrine of the “margin of appreciation” as developed by the Court in its case-law. In making this proposal, the Brighton Declaration also recalled the High Contracting Parties commitment to give full effect to their obligation to secure the rights and freedoms explained in the Convention.³⁹

High Contracting Parties of the Convention are obliged to secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in the Convention and to provide an effective remedy before a national authority for everyone whose rights and freedoms are violated. The Court officially interprets the Convention. It also acts as a safeguard for individuals whose rights and freedoms are not secured at the national level.⁴⁰

The CDDH receives the internal reflection by the Court on its response as to how it can give full effect to the principle of subsidiarity. The CDDH recalls that the principle of subsidiarity implies the sharing of responsibility for the protection of human rights between national authorities and the Court. The primary responsibility belongs to the national authorities to implement the Convention entirely, with the Court playing a subsidiary role to intervene only when States have failed properly to accomplish this responsibility.⁴¹

Subsidiarity must operate so that the Court can strike a balance in its workload and focus on those crucial applications that relate to the implementation of the Convention. This is all the more important given the Court’s backlog of cases. Effective application of the subsidiarity principle is clearly one way of dealing with the increasing number of applications submitted to the Court. However, the significance and importance of the principle of subsidiarity extends beyond considerations of practical efficiency.⁴²

The CDDH invites the Court to reflect on giving full weight to the appreciation that all Convention rights must be applied in the domestic context and that national courts, are in principle in the best position to appraise how this should be obtained. This is coherent with the letter and spirit of the Convention⁴³

³⁹ Explanatory Report (Protocol No. 15), § 7.

⁴⁰ Explanatory Report (Protocol No. 15), § 8.

⁴¹ Steering Committee on Human Rights (CDDH), *Contribution to the Ministerial conference organised by the United Kingdom Chairmanship of the Committee of Ministers*, 74th meeting Strasbourg, 7-10 February 2012 [hereinafter Contribution to the Ministerial conference], CDDH(2012)R74 Addendum III, 15 February 2012, Appendix § 3.

⁴² Contribution to the Ministerial conference, Appendix § 4.

⁴³ Contribution to the Ministerial conference, Appendix § 5.

As such, case-law the CDDH takes the view that the Court should focus on its role of overall review in the light of the Convention, confirm that the domestic court has taken a decision within the limits of proper interpretation of the Convention.⁴⁴ Especially the CDDH does not see the role of the jurisprudence of the Court as an instrument of judicial harmonisation of the way the Convention is applied in High Contracting Parties.⁴⁵

The Court should focus on reviewing whether the domestic judgment itself falls within the acceptable limits of legitimate interpretation and application of the Convention.⁴⁶ The Court should not replace its own assessment for that of national authorities, made within the proper margin of appreciation. The margin of appreciation is an important device through which the Court gives effect to the principle of subsidiarity. It means that the Court should give full gravity to the considered views of national courts alongside of other national authorities, especially national parliaments.⁴⁷

The evaluation of facts made by national courts should not be tested by the Court except where there has been an obvious error and only in those cases where that error is fundamental to the application of the Convention. Neither should the Court in principle considered following developments that were not within the topic of the national proceedings.⁴⁸

During the Court is competent to verify the conformity of national law with the provisions of the Convention, it should not in principle interpret national law.⁴⁹ Additionally the principle of subsidiarity requires and the Convention stipulates that all domestic remedies must have been exhausted before the Court declares an application admissible. This condition must be the case even where several remedies coexist and a strict interpretation of exhaustion of domestic remedies must be applied by the Court to enable the national courts to deal with the matter at the beginning.⁵⁰

The jurisdiction of the Court is closely linked to its subsidiary role and comes from the international treaty nature of the Convention. Therefore it

⁴⁴ Contribution to the Ministerial conference, Appendix § 6.

⁴⁵ Contribution to the Ministerial conference, Appendix § 7.

⁴⁶ Contribution to the Ministerial conference, Appendix § 8.

⁴⁷ Contribution to the Ministerial conference, Appendix § 9.

⁴⁸ Contribution to the Ministerial conference, Appendix § 10.

⁴⁹ Contribution to the Ministerial conference, Appendix § 11.

⁵⁰ Contribution to the Ministerial conference, Appendix § 12.

should be interpreted in conform to the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties.⁵¹ As stated in the İzmir Declaration, the Court should apply fully, consistently and foreseeable all admissibility criteria and the rules regarding the scope of its jurisdiction. A strict application of these criteria will also have a positive effect on reducing the caseload of the Court by discourage applications which are outside of the scope of its jurisdiction.⁵²

The full functioning of subsidiarity necessarily means a tolerance of the fact that Convention rights can be implemented differently by different Contracting Parties, consistent with their national conditions provided that they are actually implemented. This is of clear importance for those guarantees of the Convention requiring a consideration of interests but applies to all the rights guaranteed by the Convention and moves to the heart of the relationship between the Court and the Contracting Parties.⁵³

2. Margin of Appreciation

The jurisprudence of the Court makes clear that the High Contracting Parties enjoy a margin of appreciation in how they apply and implement the Convention, depending on the conditions of the case and the rights and freedoms occupied. This reflects that the Convention system is subsidiary to the safeguarding of human rights at national territory and that national authorities are in principle better placed than an international court to appraise local requirements and conditions.

The margin of appreciation goes coexist with supervision under the Convention system. The role of the Court is to review whether decisions taken by national authorities are in keeping with the Convention, having due regard to the State's margin of appreciation.

B. Criteria for Office

The legitimacy of the Court as a judicial body is crucial for the continuing effectiveness of the Court. This includes respect for the integrity and quality of its judgments, in the eyes of not only Governments and domestic courts but also applicants and the general public entirely. As a result, it is vital that candidates presented for election to the Court are persons of high standing with all the specific professional qualities necessary for the exercise of the function

⁵¹ *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1969, United Nations, Treaty Series (No: 18232).

⁵² Contribution to the Ministerial conference, Appendix § 13.

⁵³ Contribution to the Ministerial conference, Appendix § 14.

of judge of an international court whose decisions have consequences for all High Contracting Parties.⁵⁴

Article 22 of the Convention states that “the judges shall be elected by the Parliamentary Assembly with respect to each High Contracting Party by a majority of votes cast from a list of three candidates nominated by the High Contracting Party”. The Parliamentary Assembly has special competence for electing Court judges but the quality of the judges initially depends on the quality of the candidates that are nominated by the High Contracting Parties. If a list is not comprised of qualified candidates the most that the Parliamentary Assembly can do is refuse it.⁵⁵

Emphasizing the fundamental importance of the High Contracting Parties role in recommending candidates of the highest possible quality for election as judges of the Court in order to keep the impartiality and quality of the Court in that connection strengthening its authority and credibility. Firstly, recalling Articles 21 and 22 of the Convention that respectively set out the criteria for office and entrust the Parliamentary Assembly with the task of electing judges from a list of three candidates nominated by each High Contracting Party. Secondly, recalling the Interlaken Declaration that stressed the importance of maintaining the independence of the judges and of preserving the impartiality and quality of the Court.⁵⁶

Recalling also the İzmir Declaration that cited the need to encourage applications by good potential candidates for the post of judge at the Court and to guarantee a sustainable recruitment of competent judges, with relevant experience and the impartiality and quality of the Court.⁵⁷ In İzmir Declaration invites the Committee of Ministers to maintain its reflection on the criteria for office as judge of the Court and on the selection procedures at national and international level in order to support applications by good potential candidates and to guarantee a sustainable recruitment of competent judges with relevant experience and the impartiality and quality of the Court.⁵⁸

⁵⁴ Steering Committee on Human Rights (CDDH), *CDDH report on the review of the functioning of the Advisory Panel of experts on candidates for election as judge to the European Court of Human Rights*, CDDH(2013)R79 Addendum II [hereinafter Candidates for election as judge], 29 November 2013, § 1.

⁵⁵ Candidates for election as judge, § 2.

⁵⁶ Interlaken Declaration, p. 5. *See also* Candidates for election as judge, § 3.

⁵⁷ *See* İzmir Declaration, p. 2.

⁵⁸ *See* İzmir Declaration, p. 2.

Recalling Committee of Ministers “Resolution CM/Res(2010)26 on the establishment of an Advisory Panel of Experts on Candidates for Election as Judge to the European Court of Human Rights” which restated the responsibility of the High Contracting Parties to the Convention to ensure a fair and transparent national selection procedure.⁵⁹ Referring to “the responsibility of the High Contracting Parties to the Convention to ensure a fair and transparent national selection procedure”,⁶⁰ the Committee of Ministers stated its idea that “the establishment of a Panel of Experts mandated to advise on the suitability of candidates that the member States intend to put forward for office as judges of the Court would constitute an adequate mechanism in this regard”.⁶¹ This stresses the fact that the principle role of the Advisory Panel is to provide advice to Contracting Parties during the process of selection of candidates.⁶²

Recalling Recommendation 1649 (2004) of the Parliamentary Assembly⁶³ on candidates for the Court and the Committee of Ministers’ reply thereto. There were also various resolutions of the Parliamentary Assembly on the matter including Resolution 1646 (2009)⁶⁴ on the appointment of candidates and election of judges to the Court.⁶⁵

In Article 21 of the Convention, a new paragraph 2 will be inserted which shall read as follows: “Candidates shall be less than 65 years of age at the date by which the list of three candidates has been requested by the Parliamentary Assembly, further to Article 22”.⁶⁶ A new paragraph 2 is introduced in order to

⁵⁹ Committee of Ministers/Council of Europe, *Resolution CM/Res(2010)26 on the establishment of an Advisory Panel of Experts on Candidates for Election as Judge to the European Court of Human Rights* [hereinafter Advisory Panel], adopted by the Committee of Ministers on 10 November 2010 at the 1097bis meeting of the Ministers’ Deputies, p. 1.

⁶⁰ Advisory Panel, p. 1.

⁶¹ Advisory Panel, p. 3.

⁶² Candidates for election as judge, § 5.

⁶³ Parliamentary Assembly/Council of Europe, *Recommendation 1649 (2004)1 Candidates for the European Court of Human Rights*, adopted by the Assembly on 30 January 2004 (8th Sitting), § 17.

⁶⁴ Parliamentary Assembly/Council of Europe, *Recommendation 1646 (2009)1 Candidates for the European Court of Human Rights*, adopted by the Assembly on 27 January 2009 (4th Sitting).

⁶⁵ See Committee of Ministers/Council of Europe, *Guidelines of the Committee of Ministers on the selection of candidates for the post of judge at the European Court of Human Rights*, adopted by the Committee of Ministers on 28 March 2012 at the 1138th meeting of the Ministers’ Deputies, CM(2012)40finalE, 29 March 2012, *passim*.

⁶⁶ See Protocol No.15, Article 2, p. 2. (“In order to take account of the length of the domestic procedure for the selection of candidates for the post of judge at the Court, Article [8(1)] of

require that candidates be less than 65 years of age at the date by which the list of three candidates has been requested by the Parliamentary Assembly further to its role in electing judges under Article 22 of the Convention. The ECtHR welcomes this change, which should be beneficial in future by fostering the election of very highly experienced candidates as judges, whose services may be kept beyond an age limit that no longer seems very important in the present day.⁶⁷

This adaptation intend enabling highly qualified judges to serve the full nine year term of office and in that connection reinforce the steadiness of the membership of the Court. The age limit applied under Article 23(2) of the Convention, as drafted prior to the entry into force of this Protocol, had the effect of preventing certain experienced judges from completing their term of office. It was considered no longer crucial to force an age limit given the fact that judges' terms of office are no longer renewable.⁶⁸

The criteria for office set down by the Convention concern the judges' ethical character and professional qualifications. These criteria guarantee that they are independent, impartial and competent. The selection procedure involves the High Contracting Parties, each of which offers a list of three candidates and the Parliamentary Assembly that elects one of the three. Interlaken Declaration had suggested ensuring full satisfaction of the selection criteria. The Committee of Ministers establish a panel of experts responsible for advising the High Contracting Parties concerning the lists of candidates.

The election process of a judge, from the domestic selection procedure to the vote by the Parliamentary Assembly is long. Therefore, it has been considered necessary to foresee a date adequately certain at which the age of 65 must be determined to avoid a candidate being prohibited from taking office for having reached the age limit throughout the course of the procedure. Because this practical reason, the text of the Protocol No. 15 leaves from the exact wording of the Brighton Declaration, while pursuing the same

the Protocol foresees that these changes will apply only to judges elected from lists of candidates submitted to the Parliamentary Assembly by High Contracting Parties under Article 22 of the Convention after the entry into force of the Protocol. Candidates appearing on previously submitted lists, by extension including judges in office and judges-elect at the date of entry into force of the Protocol, will continue to be subject to the rule applying before the entry into force of the present Protocol, namely the expiry of their term of office when they reach the age of 70" (See Explanatory Report (Protocol No. 15), § 15)).

⁶⁷ Opinion of the ECtHR on Protocol No. 15, § 6.

⁶⁸ Explanatory Report (Protocol No. 15), § 12.

end. Consequently, it was decided that the age of the candidate should be determined at the date by which the list of three candidates has been requested by the Parliamentary Assembly. In this connection, it would be useful if the Contracting Party's request applications were to refer to the relevant date and if the Parliamentary Assembly were to offer a means by which this date could be publicly verified whether by publishing its letter or otherwise.

C. Relinquishment of Jurisdiction to the Grand Chamber

Caseload of the Court raises a serious difficulty affecting the interpretation of the Convention or the additional Protocols or where the resolution of a question before the Chamber may have a result incompatible with a judgment previously delivered by the Court, the Chamber may, at any time before it has rendered its judgment, relinquish jurisdiction in favour of the Grand Chamber, unless one of the parties to the case objects.

In Article 30 of the Convention, the statement "unless one of the parties to the case objects" shall be deleted.⁶⁹ Article 30 of the Convention has been amended such that the parties may no longer object to relinquishment of a case by a Chamber in favour of the Grand Chamber. This measure is intended to contribute to consistency in the case-law of the Court which had indicated that it intended to modify its Rules of Court (Rule 72: "Request for interpretation of a judgment")⁷⁰ in order to make it obligatory for a Chamber to relinquish jurisdiction where it imagine departing from settled case-law.⁷¹ Removal of the parties' right to object to relinquishment will reinforce this development.

The removal of this right would also intend accelerating proceedings before the Court in cases that raise a serious question affecting the interpretation of the Convention or the additional Protocols or a potential departure from existing case-law. In this connection, it would be expected that the Chamber will consult the parties on its intentions and it would be better for the Chamber to reduce the case to the extent that possible including by finding inadmissible any relevant parts of the case before relinquishing it.⁷²

⁶⁹ Protocol No. 15, Article 3, p. 3. ("A transitional provision is foreseen in Article [8(2)] of the Protocol. Out of concern for legal certainty and procedural foreseeability, it was considered necessary to specify that removal of the parties' right to object to relinquishment would not apply to pending cases in which one of the parties had already objected, before entry into force of the Protocol, to a Chamber's proposal of relinquishment in favour of the Grand Chamber." (See Explanatory Report (Protocol No. 15), § 20)).

⁷⁰ European Court of Human Rights, *Rules of the Court*, Registry of the Court, Practice Directions amended on 29 September 2014, p. 38.

⁷¹ See European Court of Human Rights, *Preliminary Opinion of the Court in preparation for the Brighton Conference*, adopted by the Plenary Court on 20 February 2012, § 16.

⁷² Explanatory Report (Protocol No. 15), § 17.

This change is made in the expectation that the Grand Chamber will in future give more specific indication to the parties of the potential departure from existing case-law or serious question of interpretation of the Convention or the additional Protocols.

This change, which was proposed by the Court as a means of enhancing case-law consistency is also welcomed by the ECtHR. For the Court first point is that the Chamber narrows down the case in question by rejecting any inadmissible complaints at that stage. The Court's practice at present, at both Chamber and Grand Chamber level, is to consider issues of admissibility and merits simultaneously, as envisaged by Article 29(1) of the Convention. It is of course open to a Chamber to dispose of part of an application by means of an admissibility decision and then to relinquish jurisdiction in favour of the Grand Chamber.⁷³ The second point is that the Court give more specific indications to the parties concerning the possible change in case-law that might occur, or the serious question of interpretation that has prompted relinquishment. It is in the interests of the procedure that it be obvious to the parties what matters they should address in depth before the Grand Chamber. In most cases, these issues should be clear enough. Where a party has a doubt, it may raise the substance with the Court's Registry, which can provide assistance.⁷⁴

D. Admissibility Criteria

I. Time Limit for Submitting Applications

In Article 35(1) of the Convention, the words "within a period of six months" shall be replaced by the words "within a period of four months".⁷⁵ Articles 4 and 5 of the Protocol amend Article 35 of the Convention. Paragraph 1 of Article 35 has been amended to reduce from six months to four the period following the date of the final domestic decision within which an application must be made to the ECtHR. The development of quicker communications technology together with the time limits of similar length in force in the High Contracting Parties argue for the decrease of the time limit.⁷⁶

⁷³ See *Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia* [GC], App. No. 43370/04, 18454/06 and 8252/05, 19 October 2012. See also *Scoppola v. Italy (no.2)* [GC], App. No. 10249/03, 17 September 2009.

⁷⁴ Opinion of the ECtHR on Protocol No. 15, §§ 7, 10-11.

⁷⁵ Protocol No. 15, Article 4, p. 3.

⁷⁶ Explanatory Report (Protocol No. 15), § 21. (A transitional provision appears at Article 8(3) of the Protocol. It was considered that the reduction in the time limit for submitting an application to the Court should apply only after a period of six months following the entry

2. Significant Disadvantage

The proposal would be to amend the “significant disadvantage” admissibility criterion in Article 35(3)(b) of the Convention, by removing the safeguard requiring prior due consideration by a domestic tribunal. In favour of the proposal, it has been claimed that protect is unnecessary in the light of Article 35(1), which requires exhaustion of effective domestic remedies. In fact, the requirement for “due consideration” puts a higher standard for cases not involving significant disadvantage to the applicant than for those that do. There would still be a requirement of examination on the merits if respect for human rights so requires. The proposal would give greater effect to the expression *de minimis no curat praetor*.⁷⁷ It would reinforce the criteria of subsidiarity by further easing the Court of the obligation to deal with cases in which international judicial adjudication is not authorized. The right of individual application would remain whole.⁷⁸

Quarrel against include that the proposal would probably have little effect, given how infrequently the Court has applied the criterion. The Court should be given more time to develop its interpretation of the current criterion, permitting its long-term effects to become obvious. The current text was a carefully drafted agreement. Removing the safeguard would lead to a decrease in judicial protection offered to applicants. The safeguard in fact underlines the importance of the criteria of subsidiarity because High Contracting Parties are required to provide domestic judicial protection.⁷⁹

into force of the Protocol, in order to allow potential applicants to become fully aware of the new deadline. In addition, the new time limit will not have retroactive effect, since it is specified in the final sentence of paragraph 4 that it does not apply to applications in respect of which the final decision within the meaning of Article 35(1) of the Convention was taken prior to the date of entry into force of the new rule. *See* Explanatory Report (Protocol No. 15), § 22).

⁷⁷ The term “*de minimis no curat praetor*” (lat.) means that the Court does not concern itself with trivial matters. For detailed information about the term and significant disadvantage *see* Serhat Altinkök, “The New Admissibility Criterion Stated in the Article 35 § 3 (b) of the European Convention of Human Rights: ‘Significant Disadvantage’”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* [Ankara University the Journal of Faculty of Law], 2013, 62(2), p. 349-405.

⁷⁸ Steering Committee on Human Rights (CDDH), *CDDH Final Report on measures requiring amendment of the European Convention on Human Rights* (74th meeting Strasbourg, 07-10 February 2012) [hereinafter Final Report], CDDH(2012)R74 Addendum I, 15 February 2012, § 25.

⁷⁹ Final Report, § 26.

Some arguments have been advanced in favour of the proposal on the criteria on significant disadvantage could be counted like that: (i) The additional safeguard requiring previous due consideration by a domestic court in Article 35(3) is unnecessary considering the fact that paragraph 1 already mentions that all domestic remedies have to be exhausted. (ii) Article 35(1) of the Convention does not mention about the additional safeguard of “due consideration” by those domestic remedies. It is exceptional that paragraph 3 that concerns cases in which the applicant did not suffer a significant disadvantage, does offer such an additional safeguard. (iii) Even in a case where the applicant’s concerns have not been given due consideration on the national level, the applicant does not need to be granted relief by the ECtHR where his case is trivial in its significance. In any case, the provision would still contain the requirement that an application receive an examination on the merits if respect for human rights so requires. (iv) It would render the existing *de minimis non curat praetor* rule more effective and easily applicable. The Court would be provided with a further instrument to focus on more important questions of human rights protection under the Convention. Amendment of the provision would also provide a clear political signal in this regard. (v) It would further emphasise the subsidiary nature of the judicial protection offered by the ECtHR. The reference to “duly considered” in the current text of Article 35(3) of the Convention may convince the Court to deal substantively with cases in which judicial supervision by an international human rights court is not warranted.⁸⁰

In Article 35(3)(b) of the Convention, the words “and provided that no case may be rejected on this ground which has not been duly considered by a domestic tribunal” shall be deleted.⁸¹ Article 35(3)(b) of the Convention, containing the admissibility criterion concerning “significant disadvantage”, has been amended to delete the condition that the case have been duly considered by a domestic tribunal. The requirement remains of examination of an application on the merits where required by respect for human rights. This amendment is intended to give larger effect to the term *de minimis non curat praetor*.

⁸⁰ Final Report, p. 36.

⁸¹ Protocol No. 15, Article 5, p. 3. “As regards the change introduced concerning the admissibility criterion of “significant disadvantage”, no transitional provision is foreseen. In accordance with Article 8, paragraph 4 of the Protocol, this change will apply as of the entry into force of the Protocol, in order not to delay the impact of the expected enhancement of the effectiveness of the system. It will therefore apply also to applications on which the admissibility decision is pending at the date of entry into force of the Protocol.” (See Explanatory Report (Protocol No. 15), § 24).

II. THE COURT'S REFORMS STATED IN THE ADDITIONAL PROTOCOL NO. 16

The proposal to extend the jurisdiction of the ECtHR to give advisory opinions was made in the report to the Committee of Ministers of the Group of Wise Persons that sets up under the Action Plan adopted at the Third Summit of Heads of State and Government of the Member States of the Council of Europe “to consider the issue of the long-term effectiveness of the ECHR control mechanism”.⁸² The Group of Wise Persons concluded that “it would be useful to introduce a system under which the national courts could apply to the ECtHR for advisory opinions on legal difficulties relating to interpretation of the Convention and the additional protocols, in order to encourage dialogue between the national courts and enhance the ECtHR’s “constitutional” role.⁸³ Requests for an opinion, which would be submitted only by constitutional courts or courts of last instance, would always be optional and the opinions given by the Court would not be binding”.⁸⁴ Such a new ability would be in addition to that given to the Court under Protocol No. 2 to the Convention⁸⁵ whose provisions are now principally reflected in Articles 47-49 of the Convention. The Group of Wise Persons’ proposal was examined by the CDDH as part of its work on follow-up to the former’s report.⁸⁶

In the İzmir Declaration later invited “... the Committee of Ministers to reflect on the advisability of introducing a procedure allowing the highest national courts to request advisory opinions from the Court concerning the interpretation and application of the Convention that would help clarify the provisions of the Convention and the Court’s case-law, thus providing further

⁸² Committee of Ministers/Council of Europe, *Third Summit of Heads of State and Government of the Member States of the Council of Europe* (Warsaw, 16-17 May 2005), Action Plan [hereinafter Action Plan], CM(2005)80 final 17 May 2005, p. 2.

⁸³ For detailed information about constitutional role of the ECtHR, see Altınkök, 2013, pp. 353-54.

⁸⁴ See Committee of Ministers/Council of Europe, *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, CM(2006)203, 979bis Meeting, 15 November 2006, § 135.

⁸⁵ See Council of Europe, *Protocol No. 2 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, conferring upon the European Court of Human Rights competence to give advisory opinions*, 6 May 1963.

⁸⁶ See Steering Committee on Human Rights (CDDH), *Activity Report on guaranteeing the long-term effectiveness of the control system of the European Convention on Human Rights*, CDDH(2009)007Addendum I, 30 March 2009, §§ 42-44. See also Steering Committee on Human Rights (CDDH), *Opinion on the issues to be covered at the Interlaken Conference* (as prepared by the CDDH at its 69th meeting (24-27 November 2009), CDDH(2009)019 Addendum I, 1 December 2009, § 19.

guidance in order to assist States Parties in avoiding future violations”.⁸⁷ The Ministers’ Deputies decisions on follow-up to the İzmir Conference then invited the CDDH to complicated specific proposals, with options, for introducing such a procedure.⁸⁸ The CDDH’s Final Report to the Committee of Ministers on measures requiring amendment of the Convention⁸⁹ included an deeply examination of a more detailed proposal made by the experts of the Netherlands and Norway, reflected also in its Contribution to the Ministerial Conference organised by the United Kingdom Chairmanship of the Committee of Ministers.⁹⁰

The question of advisory opinions was discussed at length during the preparation of the subsequent Brighton Conference that the ECtHR contributed a detailed “Reflection Paper on the proposal to extend the Court’s advisory jurisdiction”.⁹¹ The Brighton Declaration stated “... that the interaction between the Court and national authorities could be strengthened by the introduction into the Convention of a further power of the Court, which States Parties could optionally accept, to deliver advisory opinions upon request on the interpretation of the Convention in the context of a specific case at domestic level, without prejudice to the non-binding character of the opinions for the other States Parties; invites the Committee of Ministers to draft the text of an optional protocol to the Convention with this effect by the end of 2013; and further invites the Committee of Ministers thereafter to decide whether to adopt it”.⁹²

Afterwards the Brighton Conference, the 122nd Session of the Committee of Ministers instructed the CDDH to draft the required text.⁹³ This work initially happen during two meetings of a Drafting Group of restricted

⁸⁷ İzmir Declaration, p. 4.

⁸⁸ See Committee of Ministers/Council of Europe, *121st Session of the Committee of Ministers* (İstanbul, 10-11 May 2011), CM/Del/Dec(2011)1114/1.5.

⁸⁹ See Final Report, §§ 51-56 and Appendix V.

⁹⁰ See Contribution to the Ministerial conference, § 17.

⁹¹ See European Court of Human Rights, *Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court’s Advisory Jurisdiction*, 20 February 2012 (“This paper is a reflection document that is not intended to bind the Court in future discussions. The Court reserves the right to continue its reflections on various points presented in the paper and to submit its observations if and when a detailed considered proposal on the institution of an advisory opinion procedure might be presented to it for consultation.”).

⁹² Brighton Declaration, p. 4.

⁹³ See Committee of Ministers/Council of Europe, *122nd Session of the Committee of Ministers* (Strasbourg, 23 May 2012).

composition, before being examined by the plenary Committee of experts on the reform of the Court (DH-GDR), following which the draft was further examined and approved by the CDDH at its 77th meeting for submission to the Committee of Ministers. The key topic addressed during this process were: (i) The nature of the domestic authority that may request an advisory opinion of the Court; (ii) the type of questions on which the Court may give an advisory opinion; (iii) the procedure for considering requests, for deliberating upon accepted requests and for issuing advisory opinions and (iv) the legal effect of an advisory opinion on the different categories of subsequent case.⁹⁴

The Parliamentary Assembly, at the invitation of the Committee of Ministers, adopted Opinion No. 285(2013) on the draft protocol.⁹⁵ At their 1176th meeting, the Ministers' Deputies examined and decided to adopt the draft as Protocol No. 16 to the Convention.⁹⁶

A. Advisory Opinion

Article 1(1) of the Protocol No. 16 sets out three key parameters of the new procedure.⁹⁷ Firstly, by stating that relevant courts or tribunals “may” request that the ECtHR give an advisory opinion, it makes clear that it is optional for them to do so and not in any way obligatory. In this connection, it should also be understood that the requesting court or tribunal might pull back its request.

Secondly, it defines the domestic authority that may request an advisory opinion of the ECtHR as being the “highest courts or tribunals ... as specified by under Article 10”. This wording is intended to keep away from potential difficulties by allowing a certain freedom of choice. “Highest court or tribunal” would refer to the courts and tribunals at the peak of the national judicial system. Use of the term “highest”, as opposed to “the highest”, allows the potential containment of those courts or tribunals that, although inferior to the constitutional or supreme court, are however of especial relevance because of being the “highest” for a particular category of case.⁹⁸

⁹⁴ Council of Europe, *Protocol No. 16 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS no. 214) Explanatory Report* [hereinafter Explanatory Report (Protocol No. 16)], § 4.

⁹⁵ See Parliamentary Assembly/Council of Europe, *Draft Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Opinion 285 (2013), adopted by the Assembly on 28 June 2013 (27th Sitting).

⁹⁶ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 6.

⁹⁷ See Council of Europe, *Protocol No. 16 Amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, CETS No. 214 [hereinafter Protocol No. 16], 2 October 2013, p. 2.

⁹⁸ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 8.

Together with the necessity that a Contracting Party specify which highest courts or tribunals may request an advisory opinion, allows the necessary flexibility to accommodate the specialities of national judicial systems. Restricting the choice to the “highest” courts or tribunals is coherent with the idea of exhaustion of domestic remedies, even though a “highest” court need not be one to which recourse must have been made in order to satisfy the requirement of exhaustion of domestic remedies under Article 35(1) of the Convention. It should avoid an increase of requests and would reflect the suitable level at which the dialogue should take place. It can be noted that under Article 10, High Contracting Parties may at any time change its specification of those of its highest courts or tribunals that may request an advisory opinion. In some conditions, the constitutional arrangements of a High Contracting Parties may provide for courts or tribunals to hear cases from more than one territory.⁹⁹

This may include territories to which the Convention does not apply and territories to which the High Contracting Parties has extended the application of the Convention under Article 56. In such cases, when specifying a court or tribunal for the purposes of this Protocol, a High Contracting Party may specify that it excludes the application of the Protocol to some or all cases arising from such territories.¹⁰⁰

Thirdly, parameter concerns the character of the questions on which a domestic court or tribunal may request the Court’s advisory opinion. The definition “questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the Protocols thereto” is that was used by the Group of Wise Persons and approved by the ECtHR in its Reflection Paper, which was in turn inspired by Article 43(2) of the Convention on referral to the Grand Chamber. It was felt that there were definite equivalents between these two procedures, not limited to the fact that advisory opinions would themselves be delivered by the Grand Chamber. When applying the criteria, the different purposes of the procedure under Protocol No. 16 and that under Article 43(2) of the Convention will have to be considered. Interpretation of the definition will be a matter for the Court when deciding whether to accept a request for an advisory opinion.¹⁰¹

⁹⁹ European Court of Human Rights, *Opinion of the Court on Draft Protocol No. 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention* [hereinafter *Opinion of the ECtHR on Protocol No. 16*], adopted by the Plenary Court on 6 May 2013, § 4. *See also* Explanatory Report (Protocol No. 16), § 8.

¹⁰⁰ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 8.

¹⁰¹ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 9.

The Court welcomes the fact that the drafters of the Protocol considered points included in the Court's reflection paper, which was in turn informed by the results of earlier inter governmental discussions. The exercise thus provides a good example of a constructive exchange of ideas between States and the ECtHR.¹⁰² For the Court's opinion, the Protocol's aim at enabling a dialogue between the highest national courts and the ECtHR is well defined in the third paragraph of the Preamble to the Protocol No. 16, which refers to improved interaction between the ECtHR and national authorities and to reinforced implementation of the Convention conformity with the principle of subsidiarity.¹⁰³

Article 1(2) of the Protocol No. 16 requires the request for an advisory opinion to be made in the context of a case pending before the requesting national court or tribunal.¹⁰⁴ The procedure is not intended, e.g., to allow for abstract review of legislation which is not to be applied in that pending case.¹⁰⁵ Article 1(3) of the Protocol sets out certain procedural requirements that must be met by the requesting court or tribunal.¹⁰⁶ They reflect the aim of the procedure, which is not to transfer the dispute to the Court, but rather to give the requesting national court or tribunal guidance on Convention issues when determining the case before it.¹⁰⁷

These requirements serve two purposes: Firstly, they mean that the requesting national court or tribunal must have thought about the necessity and utility of requesting an advisory opinion of the Court, in order to be able to explain its reasons for perform. Secondly, they mean that the requesting court or tribunal is in a position to reveal the related legal and factual background, in connection allowing the Court to focus on the question of principle relating to the interpretation or application of the Convention or the additional Protocols.¹⁰⁸

In providing the relevant legal and factual background, the requesting national court or tribunal should present (*i*) the subject matter of the domestic

¹⁰² Opinion of the ECtHR on Protocol No. 16, § 3.

¹⁰³ Opinion of the ECtHR on Protocol No. 16, § 3.

¹⁰⁴ See Protocol No. 16, Article 1, p. 2.

¹⁰⁵ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 10.

¹⁰⁶ See Protocol No. 16, Article 1, p. 2.

¹⁰⁷ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 11. See also Opinion of the ECtHR on Protocol No. 16, § 8.

¹⁰⁸ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 11.

case and relevant findings of fact made during the domestic proceedings; (ii) the relevant national legal provisions; (iii) the relevant Convention matters, especially the rights in danger; (iv) a sum of the arguments of the parties to the domestic proceedings on the question; (v) a statement of its own regards on the question, including any analysis it may itself have made of the question.¹⁰⁹

B. The Procedure and Application Method of the Advisory Opinion

Article 2(1) of the Protocol No. 16 reads, “A panel of five judges of the Grand Chamber shall decide whether to accept the request for an advisory opinion, having regard to Article 1. The panel shall give reasons for any refusal to accept the request.”¹¹⁰ Article 2(1) of the Protocol No. 16 aim at the procedure for deciding whether or not a request for an advisory opinion is accepted. The Court has a appreciation to accept a request or not, although it is to be expected that the Court would hesitate to refuse a appeal that satisfies the relevant criteria by (i) relating to a question as defined in Article 1(1) and (ii) the requesting court or tribunal having accomplished the procedural needs as set out in paragraphs 2 and 3 of Article 1. As is the case for requests for referral to the Grand Chamber under Article 43 of the Convention, the decision on acceptance is taken by a five-judge panel of the Grand Chamber.¹¹¹

However, the procedure under Article 43 of the Convention different from the panel must give reasons for any refusal to accept a domestic court or tribunal’s request for an advisory opinion. This is intended to reinforce dialogue between the Court and national judicial systems,¹¹² including through clarification of the Court’s interpretation of what is intend by “questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the Protocols thereto”, which would offer supervision to domestic courts and tribunals when considering whether to make a request and in that connection help to deter unsuitable requests. The Court should inform the High Contracting Party concerned of the approval of any requests made by its courts or tribunals.¹¹³

Article 2(2) of the Protocol No. 16 reads that “[i]f the panel accepts the request, the Grand Chamber shall deliver the advisory

¹⁰⁹ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 12.

¹¹⁰ See Protocol No. 16, Article 2, p. 2.

¹¹¹ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 14.

¹¹² Opinion of the ECtHR on Protocol No. 16, § 9.

¹¹³ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 16.

opinion.”¹¹⁴ This is proper given the nature of the questions on which an advisory opinion may be requested and the fact that only the highest domestic courts or tribunals may request that, together with the identified similarities between the current procedure and that of referral to the Grand Chamber under Article 43 of the Convention.¹¹⁵

The priority to be given to proceedings beneath Protocol No. 16 would be important for the Court, as it is concerning all other proceedings. This provision supposed that the nature of the question on which it would be appropriate for the Court to give its advisory opinion recommends that such proceedings would have high priority. This high priority applies at all stages of the procedure and to all interested, especially the requesting court or tribunal, which should formulate the request in a way that is exact and whole. Excessive delay in the advisory opinion proceedings before the Court would also cause delay in proceedings in the case pending before the requesting court or tribunal and should therefore be avoided.¹¹⁶

Article 2(3) of the Protocol No. 16 states that the panel and the Grand Chamber shall include ex-officio the judge elected in respect of the High Contracting Party to which the requesting court or tribunal pertains.¹¹⁷ It can be noted that this is as well the case for the Grand Chamber when sitting in its full composition on a case brought before it under Articles 33 or 34 of the Convention. Article 2(3) of the Protocol No. 16 also sets up a procedure for conditions where there is no such judge or that judge cannot sit. This procedure is intended to be similar to that based under Article 26(4) of the Convention.¹¹⁸

Article 3 of the Protocol No. 16 gives to the Council of Europe Commissioner for Human Rights and to the High Contracting Party whose domestic court or tribunal has requested the advisory opinion the right to submit written comments to and take part in any hearing before the Grand Chamber in proceedings concerning that request.¹¹⁹ The wording used in the Protocol, though a bit different to that found in the Convention, is intended to have the same effect. Because of advisory opinion proceedings would not be

¹¹⁴ See Protocol No. 16, Article 2, p. 2.

¹¹⁵ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 16.

¹¹⁶ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 17.

¹¹⁷ See Protocol No. 16, Article 2, p. 2.

¹¹⁸ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 18.

¹¹⁹ See Protocol No. 16, Article 3, p. 3.

adversarial, neither would it be obligatory for the government to participate, although it would always keep the right to do so, in the same way as does a High Contracting Party in proceedings brought by one of its nationals against another High Contracting Party.¹²⁰

The President of the Court may invite any other High Contracting Party or person to submit written comments or participated in any hearing, where to do so is in the interest of the proper administration of justice. This views the situation concerning third party interventions under Article 36(2) of the Convention. It is expected that the parties of the case in the context of which the advisory opinion had been requested would be invited to take part in the proceedings.¹²¹

Article 4(4) of the Protocol No. 16 claims the Court to give reasons for advisory opinions delivered under this Protocol. Article 4(2) of the Protocol No. 16 allows for judges of the Grand Chamber to deliver a separate opinion.¹²² Article 4(3) requires the ECtHR to communicate advisory opinions to both the requesting court or tribunal and the High Contracting Party to which that court or tribunal belongs. It is expected that the advisory opinion would also be communicated to any other parties that have participated in the proceedings in accordance with Article 3 of the Protocol. It is important to remember that in most cases advisory opinions will have to be accepted to proceedings that occur in an official language of the High Contracting Party concerned that is neither English nor French, the Court's official languages.¹²³

While respecting the fact that there are only two official languages of the Court, it was considered important to underline the sensitivity of the issue of the language of advisory opinions. It should also considered that the suspended domestic proceedings can in many legal systems be resumed only after the opinion is translated into the language of the requesting court or tribunal. In case of concerns that the time taken for translation into the language of the requesting court or tribunal of an advisory opinion may delay the restart of suspended domestic proceedings, it may be possible for the Court to work together to the national authorities in the opportune preparation of such translations.¹²⁴

¹²⁰ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 19.

¹²¹ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 20. *See also* Opinion of the ECtHR on Protocol No. 16, § 10.

¹²² *See* Protocol No. 16, Article 4, p. 3.

¹²³ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 23.

¹²⁴ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 23.

Article 4(4) of the Protocol No. 16 requires the publication of advisory opinions delivered under this Protocol. It is expected that this will be done by the Court in accordance with its practice in similar issues and with due respect to applicable confidentiality rules.¹²⁵

Article 5 of the Protocol No. 16 states that advisory opinions shall not be binding.¹²⁶ They happen in the context of the judicial dialogue between the Court and domestic courts and tribunals. Therefore, the requesting court decides on the effects of the advisory opinion in the domestic proceedings.¹²⁷

The fact that the Court has delivered an advisory opinion on a question arising in the context of a case pending before a court or tribunal of a High Contracting Party would not prevent a party to that case subsequently exercising their right of individual application under Article 34 of the Convention. However, where an application is made following to proceedings in which an advisory opinion of the ECtHR has effectively been followed, it is expected that such elements of the application that relate to the issues mentioned in the advisory opinion would be declared inadmissible or struck out.¹²⁸

Advisory opinions under the Protocol No. 16 would have no direct effect on other later applications. However, they would part of the case-law of the Court beside its judgments and decisions. The interpretation of the Convention and the additional Protocols contained in such advisory opinions would be similar in its effect to the interpretative elements set out by the Court in judgments and decisions.¹²⁹

Article 6 of the Protocol No. 16 reflects the fact that approval of the Protocol is optional for High Contracting Parties to the Convention.¹³⁰ It thus does not have the effect of introducing new provisions into the Convention, whose text remains unchanged. Only between High Contracting Parties that choose to admit the Protocol do its provisions operate as additional articles to the Convention, in which case its application is conditioned by all other relevant provisions of the Convention. It is understood that this, in conjunction with Article 58 of the Convention, would permit a High Contracting Party to condemn the Protocol without denouncing the Convention.¹³¹

¹²⁵ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 24.

¹²⁶ See Protocol No. 16, Article 5, p. 3.

¹²⁷ Opinion of the ECtHR on Protocol No. 16, § 12.

¹²⁸ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 26.

¹²⁹ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 27.

¹³⁰ See Protocol No. 16, Article 6, p. 3.

¹³¹ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 28.

The Court was attracted attention two practical and partly related issues. Firstly, since the domestic proceedings are stayed pending the delivery of the opinion, there is a clear need for the advisory procedure to be completed within a reasonably short time and therefore it to be given a degree of priority.¹³² Secondly, requests may be made in the language used in the domestic proceedings and Article 1(3) of the Draft Protocol indicates that requests are to be accompanied by annexes of relevant documents “setting out the relevant legal and factual background of the pending case”.¹³³ The Court notes that the possibility of submitting the request in that language is not included in the text of the additional Protocol. The Court is opposed to the proposal that it should be for it to ensure translations of such requests and enclosed documents. Even though it can understand the thinking behind this, the result is to impose on the Court a costly burden of translation. In many legal systems the domestic proceedings can be resumed only once the opinion has been made available in the language of those proceedings.¹³⁴ Here again the Court has hesitations about what is meant by the suggestion that the Court would “co-operate” with the national authorities in the timely preparation of such translations.¹³⁵

C. OVERALL CONCLUSION

The Convention is fundamental to human rights protection in Europe and lies at the heart of the activities of the Council. Over time, the Convention system has grown and developed in response to changing circumstances. The on-going process of reform is necessary to its continuing relevance and effectiveness. This process, although often referred to as reform of the ECtHR includes action concerning not only the judicial control mechanism but also national implementation of the Convention and execution of the Court’s judgments.

The present situation in many member States of the Council means that particular emphasis at European level is still needed on the protection of rights through judicial determination of individual applications to the Court. However, it is important that the functioning of the Convention include more incentives for full protection of rights at national level, by means of that decreasing the mentioned need for subsidiary protection by the Court.

¹³² Opinion of the ECtHR on Protocol No. 16, § 13. *See also* Explanatory Report (Protocol No. 16), § 28.

¹³³ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 13.

¹³⁴ Explanatory Report (Protocol No. 16), § 23.

¹³⁵ Opinion of the ECtHR on Protocol No. 16, § 14.

In many member states, it is possible to apply to the national constitutional court for remedy of an assert of violation of a right protected under the national constitution in addition to providing a final domestic level of application for determination of a complaint. This form of general remedy may also contribute to ensuring consistency in or the development of interpretation and application of protected rights at domestic level. Through its rulings on individual cases that are subsequently the subject of applications to the Court, the national constitutional court can engage directly in the judicial dialogue between the national and European levels. These two issues contribute to effective operation of the principle of subsidiarity within the overall Convention system.

The Court should focus on reviewing whether the domestic judgment itself falls within the acceptable limits of legitimate interpretation and application of the Convention. The Court should not replace its own assessment for that of national authorities, made within the proper margin of appreciation. The margin of appreciation is an important device through which the Court gives effect to the principle of subsidiarity.

The legitimacy of the Court as a judicial body is crucial for the continuing effectiveness of the Court. This includes respect for the integrity and quality of its judgments, in the eyes of not only Governments and domestic courts but also applicants and the general public as a whole. As a result, it is vital that candidates presented for election to the Court are persons of high standing with all the specific professional qualities necessary for the exercise of the function of judge of an international court whose decisions have consequences for all High Contracting Parties.

BIBLIOGRAPHY

- Altinkök, Serhat. "The New Admissibility Criterion Stated in the Article 35 § 3 (b) of the European Convention of Human Rights: 'Significant Disadvantage'", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* [Ankara University the Journal of Faculty of Law], 2013, 62(2), pp. 349-405.
- Committee of Ministers/Council of Europe, *Third Summit of Heads of State and Government of the Member States of the Council of Europe* (Warsaw, 16-17 May 2005), Action Plan [Action Plan], CM(2005)80 final 17 May 2005.

- Committee of Ministers/Council of Europe, *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, CM(2006)203, 979bis Meeting, 15 November 2006.
- Committee of Ministers/Council of Europe, *Resolution CM/Res(2010)26 on the establishment of an Advisory Panel of Experts on Candidates for Election as Judge to the European Court of Human Rights* [Advisory Panel], adopted by the Committee of Ministers on 10 November 2010 at the 1097bis meeting of the Ministers' Deputies.
- Committee of Ministers/Council of Europe, *121st Session of the Committee of Ministers* (İstanbul, 10-11 May 2011), CM/Del/Dec(2011)1114/1.5.
- Committee of Ministers/Council of Europe, *Guidelines of the Committee of Ministers on the selection of candidates for the post of judge at the European Court of Human Rights*, adopted by the Committee of Ministers on 28 March 2012 at the 1138th meeting of the Ministers' Deputies, CM(2012)40finalE, 29 March 2012.
- Committee of Ministers/Council of Europe, *122nd Session of the Committee of Ministers* (Strasbourg, 23 May 2012).
- Council of Europe, *Protocol No. 2 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, conferring upon the European Court of Human Rights competence to give advisory opinions*, 6 May 1963.
- Council of Europe, *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights Interlaken Declaration* [Interlaken Declaration], 19 February 2010.
- Council of Europe, *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights İzmir Declaration* [İzmir Declaration], 26-27 April 2011.
- Council of Europe, *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights Brighton Declaration* [Brighton Declaration], 19-20 April 2012.
- Council of Europe, *Protocol No. 15 Amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, CETS No. 213 [Protocol No. 15], 24 June 2013.
- Council of Europe, *Protocol No. 16 Amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, CETS No. 214 [Protocol No. 16], 2 October 2013.

- Council of Europe, *Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS no. 213) Explanatory Report* [Explanatory Report (Protocol No. 15)].
- Council of Europe, *Protocol No. 16 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS no. 214) Explanatory Report* [Explanatory Report (Protocol No. 16)].
- Directorate General Human Rights and Rule of Law/Council of Europe, *Guide to Good Practice in Respect of Domestic Remedies* [Guide to Good Practice], adopted by the Committee of Ministers on 18 September 2013.
- European Court of Human Rights, *Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court's Advisory Jurisdiction*, 20 February 2012.
- European Court of Human Rights, *Preliminary Opinion of the Court in preparation for the Brighton Conference*, adopted by the Plenary Court on 20 February 2012.
- European Court of Human Rights, *Opinion of the Court on Draft Protocol No. 15 to the European Convention on Human Rights* [Opinion of the ECtHR on Protocol No. 15], adopted on 6 February 2013.
- European Court of Human Rights, *Opinion of the Court on Draft Protocol No. 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention* [Opinion of the ECtHR on Protocol No. 16], adopted by the Plenary Court on 6 May 2013.
- European Court of Human Rights, *Rules of the Court*, Registry of the Court, Practice Directions amended on 29 September 2014.
- Parliamentary Assembly/Council of Europe, *Recommendation 1649 (2004) I Candidates for the European Court of Human Rights*, adopted by the Assembly on 30 January 2004 (8th Sitting).
- Parliamentary Assembly/Council of Europe, *Recommendation 1646 (2009) I Candidates for the European Court of Human Rights*, adopted by the Assembly on 27 January 2009 (4th Sitting).
- Parliamentary Assembly/Council of Europe, *Draft Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Opinion 285 (2013), adopted by the Assembly on 28 June 2013 (27th Sitting).
- Parliamentary Assembly/Council of Europe, *Opinion 283 (2013)* [Draft Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human

Rights and Fundamental Freedoms].

Steering Committee on Human Rights (CDDH), *Activity Report on guaranteeing the long-term effectiveness of the control system of the European Convention on Human Rights*, CDDH(2009)007Addendum I, 30 March 2009.

Steering Committee on Human Rights (CDDH), *Opinion on the issues to be covered at the Interlaken Conference* (as prepared by the CDDH at its 69th meeting (24-27 November 2009)) [Opinion on Interlaken], CDDH(2009)019 Addendum I, 1 December 2009.

Steering Committee on Human Rights (CDDH), *CDDH Final Report on measures requiring amendment of the European Convention on Human Rights* (74th meeting Strasbourg, 07-10 February 2012) [Final Report], CDDH(2012)R74 Addendum I, 15 February 2012.

Steering Committee on Human Rights (CDDH), *Contribution to the Ministerial conference organised by the United Kingdom Chairmanship of the Committee of Ministers*, 74th meeting Strasbourg, 7-10 February 2012 [Contribution to the Ministerial conference], CDDH(2012)R74 Addendum III, 15 February 2012.

Steering Committee on Human Rights (CDDH), *Drafting Group "A" on the Reform of the Court (GT-GDR-A)* [Draft CDDH report on measures taken by the member States to implement relevant parts of the Interlaken and Izmir Declarations], GT-GDR-A(2012)R2 Addendum I, 7 September 2012.

Steering Committee on Human Rights (CDDH), *Drafting Group "A" on the Reform of the Court (GT-GDR-A)* [Draft CDDH report containing elements to contribute to the evaluation of the effects of Protocol No. 14 to the Convention and the implementation of the Interlaken and Izmir Declarations on the Court's situation], GT-GDR-A(2012)R2 Addendum II, 7 September 2012.

Steering Committee on Human Rights (CDDH), *Drafting Group "B" on the Reform of the Court (GT-GDR-B)* [Draft Protocol No. 15], GT-GDR-B(2012)R1 Addendum, 14 September 2012.

Steering Committee on Human Rights (CDDH), *CDDH report on the review of the functioning of the Advisory Panel of experts on candidates for election as judge to the European Court of Human Rights*, CDDH(2013) R79 Addendum II [Candidates for election as judge], 29 November 2013.

HAKİMİN TARAFSIZLIĞININ SOSYAL MEDYA ORTAMINDA KORUNMASI SORUNU

MAHMUT ŞEN *

ÖZET

Hakimin tarafsız olması, demokratik bir toplumda en önemli hukuk kaidelerinden biridir. Adil yargılanma hakkı ilkesi, hakimin tarafsız ve bağımsız olmasını gerektirir. Evrensel yargı etiği ilkelerine göre ise, yargının sadece tarafsız ve bağımsız olması yeterli olmayıp, aynı zamanda kamuoyu tarafından bu şekilde algılanmalıdır. Kamuoyunun hukukun üstünlüğüne ve yargının düzenli olarak işleyişine olan güvenini korumak hakimin kişisel sorumluluğu olduğundan, hakim hem meslek, hem de özel hayatında tarafsızlık, bağımsızlık ve dürüstlük ilkelerine uygun davranmalıdır.

Öte yandan, sosyal medya kullanımı, yargı mensuplarına bilgi ve deneyimlerini meslektaşları ile paylaşma imkanı sağlamakla birlikte, kamuoyunun yargının tarafsızlığına olan algısını olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Bu nedenle, sosyal medya ortamındaki tutum ve davranışları ile hakimlerin, bakmakta oldukları davalarda tarafsız kalamayacakları algısına neden olmaları gerektiği kabul edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Yargının Tarafsızlığı ve Tarafsızlık Algısı, Hakimlerin Sosyal Medya Kullanımı, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.*

THE QUESTION OF THE PROTECTION OF IMPARTIALITY OF JUDGES IN SOCIAL MEDIA NETWORK

ABSTRACT

The impartiality of judge is one of the core principles in a democratic society. Right to a fair trial is required that judge must be independent and impartial. However, according to universal standarts of judicial conduct, justice should not only be done but be seen to be done. Therefore, the appearance of impartiality is crucial in a judicial proceeding as well. It is accepted that judge is responsible for upholding the rule of law and the proper administration of justice. In order to ensure these core

* Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Üyesi

duties to be done, judge should act with integrity, independence and impartiality in both professional and private life.

On the other hand, although online social networking provides real opportunities for the legal profession with sharing legal knowledge and expertise with colleague, it has also some potential that the appearance of impartiality of judge to be compromised. Therefore, it is accepted that judges should be encouraged to consider their social media use to avoid any target allegations of miscarriage of justice or lack of impartiality.

Keywords: The Impartiality of Judiciary and Appearance of Impartiality, Online Social Networking of Judges, Bangalor Principles of Judicial Conduct, European Court of Human Rights.

Giriş

Evrensel hukukun temel ilkelerinden birisi, hakimlerin karar verirken sadece Anayasaya, kanuna ve yürürlükteki mevzuata uygun olarak vicdani kanaatleriyle bağlı olduğunu ifade eder. Bu ilke, yargılama süreçlerinde hakimin, hukuk ve vicdanından başka hiç bir faktörün etkisinde kalmamasını gerektirir. Ancak, bazı durumlarda, kararın tamamen hukuka ve vicdani kanaate göre şekillenmesi de yeterli değildir. Kamuoyunda kararın tarafsız ve adil bir şekilde verildiği yönünde bir inancın var olduğundan da emin olunmalıdır. Bu nedenle, hakimler için etik ilkelerin belirlendiği tüm ulusal ve uluslararası belgelerde, yargılama faaliyetinin bağımsız ve tarafsız yürütülmesi yeterli görülmemiş, adalete olan güvenin korunması için, hakimin hem görevi başında, hem de özel hayatında tarafsız ve adil görünmesi gerektiği de ifade edilmiştir. Hakimin tarafsız görünmesi, gerçek olan durumdan ziyade, kişisel olarak hakimin ve kurumsal olarak yargının ve yargısal süreçlerin kamuoyu tarafından nasıl algılandığı ile ilgilidir.

Her uyuşmazlıkta bu ilkenin varlığından emin olmak, hakimin kişisel sorumluluğudur. Hakim, hem yargısal süreçlerde kullandığı yol ve yöntemlerin hukuken izah edilebilir ve her türlü şüpheden uzak olmasından, hem de özel hayatında sergilediği tutum ve davranışların, mesleğin vakar ve onuruna uygunluğundan birinci derecede sorumludur. Bu nedenle hakim, hakimlik mesleğini seçtiği andan itibaren hem özel hayatında, hem de mahkeme ortamında diğer meslek gruplarına göre daha fazla kısıtlamaya maruz kalacağını bilmelidir.¹ Bangalor Yargı Etiği ilkeleri'nde, hakimden kendisini

¹ Browning, s.530.

tamamen dış dünyadan soyutlayarak, manastırda inzivaya çekilmiş bir keşiş hayatı yaşamaması beklenmediği ifade edilmekle birlikte, hakimin toplum içinde sergilediği tutum ve davranışların da, meslek ahlakına uygun ve tarafsızlığını zedelemeyecek şekilde olması gerektiği belirtilmektedir.² Bu kapsamda, teknolojik ve bilimsel gelişmeler sonucu ortaya çıkan ve başka meslek mensupları için normal olarak algılanan bazı durumların, yargı mensupları açısından problem oluşturup oluşturulmadığı yargı profesyonellerince tartışılmaktadır. Bu durumlardan en güncel olanı, sosyal medya kullanımımızdır.

Ekonomik, siyasi ve hukuki olarak dönüşüm yaşayan toplumlarda, değişim ve dönüşümün sebep olduğu sosyal çalkantılar, dava ve uyuşmazlıkların artmasına neden olmaktadır. Bu uyuşmazlıkları çözümlenecek olan hakimlerin, sadece verdikleri kararlar değil, özel hayatlarında sergiledikleri tutum ve davranışlar ile sanal ortamdaki faaliyetleri de kamuoyu tarafından yakından izlenilmekte ve tartışmalara konu edilmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere, adil bir yargılama sürecinin varlığından söz edebilmek için, yargının tarafsız ve bağımsız olmasının yanı sıra, tarafsız olarak algılanması da zaruri olduğundan hakim, sanal ortamdaki davranışları ile bu algıya zarar vermemelidir. Ülkemizde, son zamanlarda gündemin en üst sıralarında hep davaların, hukuki süreçlerin ve hakimlerin yer aldığı dikkate alındığında, konunun önemi daha da artmaktadır. Özellikle, hakimlerin sanal ortamda paylaştığı resimler, içerikler, yaptıkları yorumlar, arkadaş olarak göründükleri kişiler ve gruplar, beğendikleri ve beğenmedikleri paylaşımlar üzerinden, tarafsız olup olmadıkları tartışılmakta ve tamamen vicdani kanaate göre şekillenen kararlar üzerinden bile, yargı organının yıpratıldığına şahit olunmaktadır.

Bununla birlikte, bu ve benzeri tartışmalar sadece ülkemize özgü değildir. Başka ülkelerde de, demokratik bir toplumda hakimlerin rolüne ve uymaları gereken etik kurallara ilişkin benzer tartışmalar yapılmaktadır. Yargı Etiği ilkeleri kapsamında hakimlerin sosyal medya üyeliği ve bu platformlarda sergiledikleri tutum ve davranışların tarafsızlık algısına etkisinin en yoğun tartışıldığı ülke, Amerika Birleşik Devletleri (A.B.D)'dir. Bu ülkede yapılan bir araştırmada, hakimlerin % 40'ının sosyal medya üyeliğinin bulunduğu belirlenmiştir. Ancak, bu hakimlerden % 50'si tarafından, sanal ortamlardaki paylaşımlarının, yargı etiği ilkelerine aykırı olabileceği ifade edilmiştir.³

² Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct.

³ Mitchell, s.2156

Öte yandan, Uluslararası Barolar Birliği tarafından, 2012 yılında 60 ülkede hukukçular arasında yapılan, sosyal medya kullanımının avukatlık ve hakimlik mesleklerine etkisi konulu ankete katılanların %40'ının, hakimlerin sanal ortamlarda sergiledikleri davranışların kamuoyunun yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığına ilişkin kanaatini olumsuz etkilediği yönünde görüş belirttiği görülmektedir.⁴ Aynı ankette, avukatların sosyal medya kullanımı, kamuoyu tarafından olumsuz olarak algılanmamış, ankete katılanların sadece %15 tarafından sosyal medya kullanımının avukatlık mesleğinin kamuoyundaki algısına zarar vereceği ifade edilmiştir. Anılan sonuçlar dikkate alındığında, yargının tarafsızlığını ve kamuoyunun yargıya olan güvenini korumak için hakimlerin, sosyal medya kullanırken diğer meslek gruplarına göre daha ihtiyatlı olmaları gerektiği ortadadır.

Kamuoyunda yapılan tartışmalar ve hakimlerce sosyal medya platformlarının kullanılmasına ilişkin hususlarda dile getirilen tereddütler üzerine, A.B.D'de ve İngiltere'de yargı etik konseyleri tarafından hakimlerin sanal ortamlardaki davranışlarını düzenleyen bazı ilke ve kurallar benimsenmiştir. Bu kapsamda, bazı eyaletlerde ve mahkemelerde hakimlerin sosyal medya kullanımı yasaklanmış, bazılarında belirli kurallara uyulmak şartıyla izin verilmiştir.

Ülkemiz açısından, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda hakim tarafsızlığını yitirmesi disiplin yaptırımına konu edilmekle birlikte, hangi tür hallerin tarafsızlık ilkesini zedeleyeceği somut olarak belirlenmemiştir. Yargının tarafsız olmasının yanında kamuoyu tarafından tarafsız olarak algılanması da önemli olduğundan, bu çalışma hakimlerce sosyal medya ortamında sergilenen ve taraf algısına neden olabilecek bazı tutum ve davranışlar konusunu tartışmaya açmak üzere kaleme alınmıştır.

Özellikle, ülke gündeminde çokça tartışılan bazı davalarda, yargı mensuplarının özel hayatları dahil, sergiledikleri her türlü tutum ve davranış ile söz ve beyanları kamuoyu tarafından yakından izlenildiğinden, ülkenin yargı politikasının belirlenmesi ve uygulanmasından sorumlu olan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile Adalet Bakanlığı gibi kurumlarca, bu alanda düzenleme yapılmasına olan ihtiyaç vurgulanmaktadır.

Birinci bölümde, kavram olarak hakim tarafsızlığı ve tarafsız görünmesi ilkesi üzerinde durulmakta; ikinci bölümde ise, hakimlerin sanal ortamda uyması gereken ilke ve kurallara ilişkin tartışmalara yer verilmektedir.

⁴ The Impact of Online Social Networking on the Legal Profession and Practice, s.12.

1.Hakimin Tarafsızlığı ve Tarafsız Görünmesi Kavramı

Hakimin tarafsızlığının korunması, sadece çağdaş, demokratik hukuk sistemlerinde tartışılan bir sorun değildir. Aslında, yüzyıllar boyunca pek çok düşünürün, ideal hakimin sahip olması gereken nitelikler ve adil yargılama yapabilecek bir hukuk sisteminde bulunması gereken özellikler üzerinde çalıştığı bilinmektedir.

Socrates'e göre ideal hakim, nezaketle dinleyen, bilgece cevap veren, akli selim ile düşünen ve tarafsızca karar veren kişidir.⁵ Bu dönemlerde Tanrı'nın yer yüzündeki temsilcisi gözüyle bakılan hakimin, davanın taraflarından birisi kardeşi veya ırkdaşı iken, diğeri ayrı milletten olsa bile, tarafsız kalabilecek nitelikte olması gerektiği belirtilmiştir.⁶ Farklı kültürlere ait tarihi metinlerde, önyargı, kin, nefret, korku ve cehaletin, bir hakimde bulunmaması gereken nitelikler olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca, hediye kabul etme, ticaret yapma, tarafsız yargılamayı etkileyecek kadar aşırı sosyalleşme, konuşurken ciddiyetten uzaklaşma, komik duruma düşme, yargılama esnasında öfkesine yenik düşme gibi durumlardan kaçınılması tavsiye edilmiştir.⁷ Bu döneme ait metinlerde, adalet hizmetini yürüten kişilere yapılan tavsiyeler ve konulan yasaklar dikkate alındığında temel amaç, adalet hizmetinin tarafsız bir şekilde yerine getirilmesinin yanında, halk nezdinde de tarafsızlık algısının korunmasıdır.⁸

Tarih boyunca yargı sistemi ve mahkemenin tarafsızlığına bütün hukuk sistemleri çok büyük önem vermiştir. İnsan haklarına ilişkin evrensel belgelerde de, yargının tarafsızlığına yapılan vurgu dikkat çekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 6. maddesi'nde, herkesin gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili davalarda, gerekse bir suç isnadı ile karşı karşıya kaldığı durumlarda, davasının tarafsız ve bağımsız bir mahkeme tarafından, makul bir süre içerisinde adil, aleni ve hakkaniyete uygun bir şekilde görülmesini isteme hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir. Bu hükme göre, kurumsal olarak tarafsız bir yargı sisteminin kurulması, Sözleşme'ye taraf olan devletlerin uyması gereken bir pozitif yükümlülüktür.

Devletlerin, yargı sisteminin kurumsal kapasitesini artırması, tarafsız ve bağımsız bir yargılama yapabilecek bir sistemi kurması ve

⁵ Geyh, s.4.

⁶ Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s. 41.

⁷ Fried, s. 1230.

⁸ Reitz, s.758.

hakimler için gerekli teminatları anayasal düzeyde sağlaması noktasındaki yükümlülüklerine benzer yükümlülükler, Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ile hakimler için öngörülmüştür. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından Bangalor Yargı Etiği İlkeleri 2007 yılında tüm yargı teşkilatına duyurularak, yargılama faaliyeti yürütülürken hakim ve savcıların bu ilkelere uyması tavsiye edilmiştir. Dolayısıyla, o tarihten itibaren evrensel yargı etiği kuralları, Türk mahkemeleri ve hakimleri için bağlayıcı hale gelmiştir.

Bu ilkelere birisi olan hakimin tarafsızlığı, önyargı yokluğu veya taraf tutmama olarak tanımlanmaktadır. Asıl olan, yargılama faaliyetinin yansız ve tarafsız olması, karar verilirken kişiler arasında eşitlik ilkesine uygun davranılması olmakla birlikte, bazı durumlarda hem kişisel, ahlaki, felsefi ve ideolojik yönelimler, hem de çevresel etmenler karar verme sürecine katılan bireyler üzerinde etkili olmaktadır⁹. Mahkemece verilen hükmün dava dosyasında yer alan bilgi ve belgeler dışında, bahsedilen iç ve dış etkenler tarafından şekillendirilmesi halinde, kararın taraflı verildiğinden bahsedilmektedir.

Tarafılık hali, hakimin objektif davranmasını imkansız hale getiren ve hükmü perdeleyen veya etkileyen bir davranış veya bakış açısı, zihinsel durum veya koşuldur. Tarafılık, duygu ve düşüncelerin beden dili ile dışa vurumu şeklinde olabileceği gibi, belirli söz ve söylemlerle de yansıtılabilir. İdeal olan, hakimin farklı kültürel ve geleneksel değerleri içselleştirmesi, tarafların kişisel, kültürel ve sosyolojik durumlarından etkilenmemesi, yargıladığı kim olursa olsun beğendiğini ya da garipsediğini vücut dili, tavır ve davranışları ile göstermemesidir.¹⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin yerleşik içtihatlarında, yargı sisteminin ve hakimin tarafsız olup olmadığına karar vermek için her uyumsuzluk, objektif ve subjektif bir teste tabi tutulmaktadır.

Subjektif test aracılığıyla, yukarıda bahsedilen kişisel, ahlaki, felsefi ve ideolojik yönelimler ile çevresel etmenlerin, karar verme sürecinde hakim üzerinde etkisinin olup olmadığının tespiti yapılmaktadır. Bu yolla, yargısal süreçler boyunca hakimin, davanın konusu veya taraflardan birisi hakkında, kişisel bir önyargısının veya sempatisinin olup olmadığı saptanmaya çalışılmaktadır. Bu önyargı veya sempatinin varlığı konusunda makul ve ciddi bir şüphenin varlığı halinde, hakimin taraflı karar verdiğine hükmedilmektedir.

⁹ Salbu, s. 56.

¹⁰ Devlin ,s.13.

Hakimin tarafsızlığını zedeleyen tutum ve davranışlarının olup olmadığının saptanması, kendi algı ve görüşüne göre yapılmamaktadır. Bilakis, dışarıdan makul bir gözlemcinin taraflılık algısına sahip olması yeterli görülmektedir. Bu kapsamda, dışardan bakan makul bir göz tarafından, bir hakimin bakmakta olduğu davada tarafsız kalamayacağı izlenimi edinilmişse, hakim o davadan çekilmelidir.¹¹

Hakimin uyuşmazlık hakkında karar verirken, tarafsız kalıp kalamadığını saptamada kullanılan diğer ölçüt ise, objektif değerlendirme testidir. Burada, yeterince bağımsız olup olmadığını belirlerken dikkate alınan ölçütlere benzer bir şekilde, mahkemenin oluşum şekli, hakimlerin sahip olduğu güvenceler,¹² hakimin daha önce davalı idarede çalışıp çalışmadığı, dava konusu olayın soruşturma ve kovuşturma aşamasında savcı olarak görev alıp almadığı gibi hususlar değerlendirilmektedir.¹³

AİHM, bir hakimin aksi somut delillerle kanıtlanana kadar, kişisel olarak tarafsız olduğunu varsaymaktadır. Mahkemeye göre, sübjektif tarafsızlığın bulunmadığı, hakimin kişisel nedenlerle taraflardan birisine karşı önyargılı olduğu veya bilerek ve isteyerek diğerinin lehine hareket ettiği yönündeki iddialar, hukuken kabul edilebilir yol ve yöntemlerle delillendirilmelidir. Bu kapsamda, iddiayı ortaya atan taraf, hakimin yargılama süreçlerindeki tutum ve davranışları, taraflara karşı sarfettiği söz ve beyanlar, özel hayatındaki sosyal ve ekonomik ilişkileri, sanal ortamdaki faaliyetleri hakkında taraflı davranıldığı iddiasının kanıtlarını aramakta ve mahkemeye sunmaktadır. Mahkeme, belirtilen konularda sunulan bilgi ve belgeler üzerinden, hakimin tarafsızlığının şüpheli hale gelip gelmediğini tartışmaktadır. Bu konuda sadece gerçekten var olan taraflılık hali değil, kamuoyundaki algı da dikkate alındığından, hakimin kararını vicdani kanaatine göre şekillendirmesi yeterli olmayıp, tarafsız ve adil olarak algılanması da gerekmektedir.¹⁴ Başka bir deyişle, tarafsızlık bir gerçeklik olarak mevcut olmanın yanı sıra, algılamada da mevcut olmalıdır. Taraflı ve etki altında karar verildiği yönünde bir algının ortaya çıkması, sadece davanın taraflarının değil, bütün toplumun yargı sistemine olan güvenini sarsmaktadır.

¹¹ Abramson, s.58.

¹² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 15 Ekim 2009 tarihli Micallef/Malta kararı, p.12

¹³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 24 Şubat 1993 tarihli Fey/Avusturya kararı, p. 27, 28, 30.

¹⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin De Cubber kararı, p. 26.

Yargının tarafsız olması ve tarafsız görünmesi hususunda AIHM'nin uyguladığı objektif test gereğince, Sözleşme'ye taraf devletler bazı yükümlülükleri yerine getirmek zorundadır. Bu kapsamda, bağımsız, tarafsız ve adil bir yargılama yapabilecek kapasitede bir yargı sisteminin kurulması ve hakimin bağımsızlığının anayasal düzeyde teminat altına alınması, Sözleşme gereğince üstlenilen yükümlülüklerdendir. Ancak, devletin üzerine düşen tüm yükümlülükler uyması halinde dahi, kişisel olarak hakimin tarafsız karar vermesi sağlanamayabilir. Yargının kurumsal ve hakimin kişisel bağımsızlığının anayasal düzeyde güvence altına alınması, tarafsız yargılamanın ilk şartı olmakla birlikte, tek başına garantisi değildir. Genel olarak yargı sisteminin ve özelde hakimlerin kişisel bağımsızlığının sağlandığı durumlarda bile, her davada dosyaya bakan hakimin tarafsızlığını sağlayamama riski bulunmaktadır. Bağımsızlık, hakimin çevresel etkilere karşı korunması anlamına gelir. Bağımsızlık mekanizmasıyla yargı içi ve yargı dışı, bireysel ve kurumsal etki ve müdahalelerden yalıtılan hakim, uyuşmazlık hakkında vicdaniyle baş başa kalarak karar verir. Mahkeme salonu, hakimin etki ve müdahalelerden uzak karar verdiği fildişi kulesidir. Bağımsızlığa ilişkin tüm şartlar sağlandıktan sonra, yani hakim fildişi kulesine çekilip, hukuk kuralları ve vicdaniyle baş başa kaldıktan sonra, tarafsızlık devreye girer. Bu bağlamda tarafsızlık, hakimin yargılama faaliyetini yürütürken kendi zihnindeki, vicdanındaki önyargılardan kurtulup, yürürlükteki mevzuatı somut olaya uygulamasıyla ilgilidir.¹⁵ Bu nedenle tarafsızlık, hakimin sadece dava dosyasındaki belge ve delillere göre karar vermesini, verilecek kararın sonuçlarıyla ilgilenmemesini gerektirir.

Bu kapsamda, davanın taraflarına, tanıklara veya vekillere karşı kullanılan hakaret içeren lakaplar, küçük düşürücü sözler, aşağılayıcı takma isimler, kültür veya ırka dayalı mizah girişimleri, tehdit edici, ürkütücü veya düşmanca hareketler, suç ile milliyet veya ırk arasında bir bağ olduğunu ima etme, ilgisiz kişisel özelliklere yapılan göndermeler tarafsız kalınamayacağına dışa vurum örnekleridir.¹⁶ ABD'de, İtalyan kökenli bir kişinin taraf olduğu davada, duruşma sırasında hakim tarafından İtalyanlar ile mafya arasında bağlantı kurulması nedeniyle, bu millet mensuplarına karşı hakimin önyargılı olduğundan bahisle, davadan çekilmesi talep edilmiştir.¹⁷

¹⁵ Gönenç,s. 8.

¹⁶ İnceoğlu, s.138.

¹⁷ Astle,s. 119.

Anglo-sakson hukuk sistemlerinde genel ve spesifik olarak iki tür taraflılık halinden bahsedilmektedir. Genel olarak, kişinin sosyo-ekonomik durumu, yaşı, cinsiyeti, dini, ırkı, mezhebi, ideolojik yönelimleri gibi durumlar vereceği kararlar üzerinde etkilidir. Çoğu zaman kişi, bazı konularda taraflı olduğunu, bazı görüşlerin kendisine sempatik gelirken, bazılarının kendisini kızdırdığını, şok ettiğini fark etmeyebilir. Bu durumda, davanın konusu veya tarafların sosyo-ekonomik durumuna göre zihin, bilinçsiz olarak bir tavır belirlemektedir. Bu şekilde, hakim kendisine yakın hissettiği konular hakkında, bilinçli olmasa bile taraflı davranabilir. Spesifik taraflılıkta ise hakim, somut davanın tarafları veya vekilleri hakkında önceden olumlu ya da olumsuz bir kanaate sahiptir. Bu kişilerle olan sosyal ve ekonomik ilişkileri yüzünden, tarafsız olarak karar verememektedir.¹⁸ Verdiği karar ile bilinçli olarak, taraflardan birisini ödüllendirmekte veya cezalandırmaktadır.

Dolayısıyla, hakimin tarafsızlığından bahsedebilmek için, davanın taraflarından birine karşı bir sempati ya da önyargısının bulunmaması gerekir. Hakimin, dava başlamadan olaya ya da taraflara ilişkin davayı etkileyecek bir görüşe sahip olmaması, kendi siyasi, ideolojik veya hukuki görüşünün aksine serdedilen görüş ve düşüncelere karşı da açık fikirli olması, tarafsız kalabilmenin ön koşuludur.¹⁹ Bu nedenle hakim, yargılama sürecinde kendi önyargılarının da farkında olmalı ve bu önyargıların vereceği hükmü etkilemesine izin vermemelidir.

Hakim hakkında taraflı olduğu algısına neden olan davranışlardan birisi de, duruşma dışında davanın tarafları veya vekilleri ile diğerinin yokluğunda görüşmesidir. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri'nde hakimin, tarafların tez ve savunmalarını dinleyebileceği tek yerin, duruşma salonu olduğu vurgulanmaktadır.²⁰ Duruşma bittikten sonra her ne surette olursa olsun, taraflardan veya vekillerinden birisi ile hakimin bakılmakta olan dava hakkında görüş alışverişinde bulunması, etik ilkeler açısından kabul edilebilir bulunmamaktadır.²¹ Bu nedenle, hakimin mahkeme dışında taraflardan veya vekillerinden birisi ile, olaya tanıklık edecek makul bir kişinin yadırgayacağı bir şekilde birlikte görünmesi de, tarafsızlık algısına zarar vermektedir. Taraflılık algısına neden olan hususlardan diğeri ise, hakimin söz ve beyanlarıdır. Mahkeme dışında hakimin siyasi konularda yorum yapması, bakmakta

¹⁸ Villiers, s.3.

¹⁹ Strawn, s.789.

²⁰ Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Counduct

²¹ Simon, Landsman, s.329

olduğu dava ve tarafları hakkında konuşması, kamuoyunda tanınan kişiler ile polemige girmesi, tarafsızlık algısına zarar verecek ve yargıya duyulan güveni sarsacaktır.

Öte yandan, verdiği karar yüzünden medya eleştirisine maruz kalan yargı mensuplarının, basın yoluyla yapılan eleştirilere cevap vermesi, verdiği hükmü ve hükme esas aldığı gerekçeleri basın üzerinden savunması da kabul edilebilir bulunmamaktadır. Bangalor Yargı Etiği ilkelerine ekli açıklamalarda, hakimın ancak kararı ile konuşacağı, gerekçeli karardan sonra konuşmasının uygun olmadığı belirtilmektedir.²² Ancak yargısal sürece ve karara ilişkin medyada yanlış bilgiler ve yargı organına ilişkin ithamlar varsa, kamuoyunun doğru bilgilendirilmesi açısından mevzuatta öngörülen yetkili kurumlar vasıtasıyla açıklama yapılmalıdır.

Bununla birlikte, ülkemizde mahkeme sözcülüğü kurumunun henüz kurulmaması, yargısal konuların ülke gündeminden hiç düşmemesi, hakimler ve mahkemeler hakkında cevap verilmesi gereken iddia ve ithamların kamuoyunda sürekli yer alması nedeniyle, yargı profesyonellerinin yargının tarafsız görünmesi ilkesini zedelememek için susma tercihi ile mesleğin saygınlığı ve kişisel olarak hakimın şeref ve onurunun korunması açısından kamuoyunun doğru bilgilendirilmesi arasında adil bir dengeyi sağlamakta zorlandıkları da bir vakıdır. İdeal olan, yargısal süreçler ve verilen kararlar hakkında kamuoyunda yapılan tartışmalar üzerine, bilgilendirmenin yetkili kurumlarca yapılması olmakla birlikte, hoş gitmeyen kararlardan sonra, kararı veren hakimın kişiliği ve tarafsızlığı üzerine basın yayın organlarında yoğun tartışmaların yapıldığı ve hakimın çoğu zaman dava dosyasının içeriğinden haberdar olmayan kişiler tarafından itham edildiği bir ortamda eleştirilerin etkisinde kalabileceği de ortadadır. Bu nedenle, yargının tarafsızlığını korumak sadece hakimlerin görev ve sorumluluğu değildir. Kamuoyunun da tarafsız bir yargı sisteminin önemi konusunda bilinçlendirilmesi ve hoş gitmeyen kararlarda yargısal süreçlere müdahale taleplerinin önlenmesi, en az kişisel olarak hakimın bağımsız ve tarafsız karar verebilecek bilinç ve yetkinlikte olması kadar önemlidir.

2.Sosyal Medya Kullanımı ve Yargının Tarafsız Görünmesi İlkesi

2.1. Amerika Birleşik Devletleri'nde Yargı Etik Konseylerinin Görüşleri

Teknolojik ve bilimsel gelişmeler, içinde yaşadıkları toplumun diğer fertleri gibi hakimlerin de iş görme, iletişim, haberleşme ve araştırma yapma

²² Simon, Landsman , s. 330.

alışkanlıklarını değiştirmekte; geleneksel yol ve yöntemlerin yerini, bilgi çağına uygun sanal ortamlar almaktadır. Bununla birlikte, başka meslek grupları açısından normal kabul edilen bazı davranış kalıplarının sanal ortamda hakim tarafından sergilenmesi, tarafsızlık algısına zarar verebileceğinden, mesleğin saygınlığının korunması amacıyla hakim, sanal ortamdaki tutum ve davranışları konusunda dikkatli olmalıdır. Bu nedenle hakimlerin, sanal ortamlarda sergiledikleri tutum ve davranışların disiplin hükümlerine, yargı etiği ilkelerine aykırı olmamasının yanında tarafsız, bağımsız ve adil olarak karar verecekleri yönündeki kamuoyu inancına da zarar vermemesi gerektiği kabul edilmektedir.

Bangalor Yargı Etiği ilkeleri başta olmak üzere, yargının tarafsızlığına ilişkin evrensel belgelerde, yargı mensuplarının sosyal medya kullanımını sınırlayan bir kural ya da tavsiye bulunmamakla birlikte, ifade hürriyetlerine ve özel hayatlarına ilişkin tavsiyelere yer verilmiştir. Buna göre hakimden, kendisini tamamen dış dünyadan soyutlayarak manastıra kapanmış bir keşiş hayatı yaşamaması beklenmemektedir. Ancak, hakimin toplum içinde sergilediği tutum ve davranışlar, meslek ahlakına uygun ve tarafsızlığını zedelemeyecek şekilde olmalıdır.²³ Hakimlik mesleğini seçen bir kişi, özel hayatında normal bir vatandaş tarafından sıkıntı verici olarak görülebilecek kişisel sınırlamaları kabullenmeli ve bunlara isteyerek ve özgürce uymalıdır.²⁴

Yukarıda yer verilen ilke ve tavsiyeler dikkate alınmak suretiyle, her ülkede Yargı Etik Konseyleri tarafından yargı mensuplarının sosyal medya kullanımına ilişkin kurallar belirlenmektedir. Bu kapsamda tüm avukatlar ve hakimler için etik standartları belirleyen Amerikan Barolar Birliği, 2013 yılında yayınladığı 462 sayılı görüşüyle, Amerikan yargı sisteminde görevli olan hakimler için sosyal medya kullanımına ilişkin ilke ve kuralları belirlemiştir.²⁵ Buna göre, hakimin, içinde yaşadığı toplumdaki sosyo-ekonomik gelişmelere uyum sağlaması, uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştırırken, toplumdaki soyutlanmış bir hayat tarzı, karmaşık sosyo-ekonomik ilişkilerin neden olduğu dava türlerinin adil bir şekilde karara bağlanmasını zorlaştıracaktır. Bu nedenle hakimler, toplumun diğer fertleri gibi sosyal medya kullanma hakkına sahip olmalı, sanal dünyanın sunmuş olduğu avantajlardan yararlanabilmelidir. Ancak, sanal ortamlarda sergilenen tutum ve davranışlar ile mesleğin saygınlığına zarar verilmemelidir.

²³ Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, s. 41.

²⁴ Janoski-Haehlen, s 45.

²⁵ Opinion 462 of American Bar Association.

Yargı etik konseylerine göre, yargılama faaliyeti esnasında sergilenen davranışlar dışında hakim, özel hayatında da sosyal ve ekonomik ilişkilerini mesleğin saygınlığına ve tarafsızlık algısına zarar vermeyecek şekilde düzenlemelidir. Hakim, meslek dışındaki sosyal ve ekonomik ilişkilerinin kamuoyu tarafından nasıl algılandığına dikkat etmeli, sanal ortamdaki arkadaşları, paylaştıkları, beğendikleri, eleştirdikleri vs. konularda tedbirli olmalıdır. Burada paylaşılan bir düşüncenin, sadece arkadaşlarla sınırlı kalmayacağı, öngörülenden daha geniş bir kitleye, hakim bilgisi ve izni olmadan ulaşabileceği bilinmelidir. Yüz yüze sohbette olduğunun aksine, sanal ortamda sarf edilen bir söz, uzun yıllar sistem tarafından saklanıp üçüncü kişilerce kullanılabilir. Ayrıca, sanal ortamda paylaşılan içerikler, çoğu zaman amaçlanandan farklı şekilde algılanmakta, yanlış yorumlara neden olmaktadır.

Bu kapsamda, hakim sosyal medya hesabının olup olamayacağı, bu hesaba sahip ise, profil sayfasında mesleğini belirtmesinin, mahkeme salonunun fotoğraflarını paylaşmasının veya küppeli fotoğrafını profil resmi olarak kullanmasının etik olup olmadığı, belli kişileri ve içerikleri tavsiye edip edemeyeceği, belirli paylaşımları beğenmesinin mümkün olup olmadığı, hukuki konular ve bakmakta olduğu davalar hakkında paylaşımında bulunup bulunamayacağı, avukatları veya pozisyon ve ünvanı ne olursa olsun davanın taraflarını arkadaş olarak ekleyip ekleyemeyeceği, bu şekilde bir paylaşım ya da arkadaşlık söz konusu ise, davadan çekilmesinin gerekip gerekmeyeceği, özel hayatına ilişkin paylaşabileceği bilgi, belge ve fotoğrafların belirli bir sınırlamaya tabi tutulması zorunluluğunun olup olmadığı, davanın tarafları ve tanıkların sosyal medya hesaplarından bakmakta olduğu davalar hakkında şahsen delil toplayıp toplayamayacağı gibi konular yargı etik konseylerince tartışılmakta ve tavsiye kararları oluşturulmaktadır. Bununla birlikte, hakim sosyal medya kullanımına ilişkin bahsedilen sorunların bir çoğu hakkında henüz görüş birliği bulunduğundan söz etmek mümkün değildir.

Bazı akademisyenler ve yargı etik kurullarına göre, sadece sosyal medya üyeliğinin yargı etiği ilkelerine aykırı bir yanı bulunmamaktadır²⁶. Buna göre, önemli olan hakim sanal ortamlardaki beyanları, tutum ve davranışları ile hakimlik mesleğinin saygınlığına ve kamuoyunun yargıya olan güvenine zarar vermemesidir. Bu nedenle, sanal ortamdaki arkadaşları, paylaştığı konular, sarfettiği söz ve beyanlar, kamuoyunun adı geçen hakim tarafsız olduğuna ve adil yargılama yapabileceğine ilişkin algısına zarar vermiyorsa, hakim sosyal medya platformlarına üye olabilir.

²⁶ Emily M. Janoski-Haehlen , s. 45.

Bu görüş AİHM kararları ile aynı yöndedir. Mahkeme içtihatlarında işaret edildiği üzere, hakimin kamuoyundaki tarafsızlık algısına zarar vermemek için ifade hürriyeti ile özel hayatına ilişkin sınırlamalar öngörülebilir. Bu noktada, AİHS'nin ifade hürriyetini düzenleyen 10. maddesinde, mahkemece kabul edilen sınırlama nedenleri arasında yargı organının otoritesi ve tarafsızlığının korunması da zikredilmiştir²⁷. AİHM'ne göre, herkes ifade hürriyetine sahip olsa bile, yargısal faaliyete katılanlar için bu özgürlük daha fazla sınırlandırılabilir. Yargı mensupları, hukukun üstünlüğünün ve adaletin koruyucusu olarak yargıya olan güveni korumak zorundadır. Buna göre, yargının ve özel olarak hakimin tarafsızlığı ile mahkemenin otoritesinin sorgulanmasına neden olacak durumlarda hakim, ifade hürriyetini kullanırken azami derecede dikkatli ve ihtiyatlı olmalıdır. Zira kamuoyunun, bir hakimin yargı sistemi ve yargısal süreçlere ilişkin beyanlarının doğruluğuna inanma konusunda eğilimi vardır.²⁸ Bu nedenle, yargıya olan güvenin ve yargı organının otoritesinin korunması açısından, hakimin sosyal medya ortamında ifade edeceği görüş ve düşünceler temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin hükümlere göre kısıtlanabilir.

Diğer bir görüşe göre ise, yargıya olan güvenin sürdürülmesi hakimin birinci derecede sorumluluğu olup, sosyal medya kullanımı, kamuoyunun yargısal faaliyeti yürüten hakimlere olan bakışımı olumsuz etkileme potansiyeline sahip olduğundan, hakimlerin sosyal medya kullanımı yasaklanmalıdır. Bu görüşe göre, sosyal medya arkadaşlığı herkes tarafından izlenebilmekte olup, böyle bir ortamda, hakimin sosyal medya arkadaşlarının, üçüncü kişiler nezdinde o hakimi etkileyebilecek özel bir pozisyonda olduğu algısına yol açabileceği belirtilmektedir. Buna ek olarak, arkadaş olarak eklenen kişilerle karşılıklı yazışmalar sonrasında hakimlerin, dikkatsizlik nedeniyle bakılmakta olan davalar hakkında da yorum yaptığı ya da daha önce karşılaştığı olay ve davalardan örnekler verdiği tespit edilmiştir.

²⁷ AİHS'nin ifade özgürlüğü başlıklı 10. Maddesinin metni şöyledir: 1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.

²⁸ AİHM, Wille- Lichtenstein, başvuru no: 28396/95, 28 Ekim 1999.

Öte yandan, hakimın paylaştığı içerikler, beğendiği ve eleştirdiği konular, serdettiği ifade ve beyanlar üzerinden, siyasi ve sosyal olaylara bakışı, dünya görüşü, hukuki konulardaki yaklaşımları kamuoyu tarafından tahmin edilmekte ve ortaya çıkan algı nedeniyle belirli davalarda tarafsız davranamayacağı imajına neden olunabilmektedir. Sanal ortamda paylaşılan bir husus daha sonra silinse bile, sistem tarafından saklanması mümkün olduğundan, kızgınlık, dalgınlık gibi psikolojik durumlarda dile getirilen bazı beyanlar, yıllar sonra bile hakim aleyhine kullanılabilir.

Buna ek olarak, çoğu zaman sosyal medya ortamında belirli konuların paylaşılması esnasında öngörülen amaç ile konunun kamuoyu tarafından algılanışı ve kullanılış şekli de farklı olabilmektedir. Tüm bu hususların neden olduğu olumsuz algı nedeniyle, hakim hakkında davadan çekilme talebinde bulunulabilmektedir. Bu tür durumlar, hem yargılama sürecini uzatmakta, usuli olarak ek dilekçe ve itirazlar nedeniyle daha fazla zaman ve emek harcanmakta; hem de ortaya çıkan sonuç, davanın taraflarını ve kamuoyunu tatmin etmemektedir. Belirtilen sakıncalar yüzünden, ABD’de Kaliforniya, Florida, Massachusetts ve Oklahoma Yargı Etik Konseyleri tarafından hakimlerin sosyal medya üyeliği tamamen yasaklanmıştır.²⁹

Yapılan tartışma ve değerlendirmeler dikkate alındığında, konuyla ilgili sorun olabilecek alanları birkaç başlıkta irdelemek mümkündür:

İlk olarak; hakimın avukatlık mesleğini icra eden bir kişi ile sanal ortamda arkadaş olmasının ve bu kişi ile hukuki konularda yazışmasının, yargı etik ilkeleri açısından uygun olup olmadığı konusunda görüş birliği mevcut değildir. Bazı Yargı Etik konseyleri, avukatla hakimın sosyal medya arkadaşı olmasının, görülmekte olan dava hakkında yorum yapılmaması ve konusu suç teşkil eden içerik sergilenmemesi şartıyla sorun oluşturmayacağını düşünmektedir.³⁰ Örneğin, Newyork şehrinde görev yapan bir hakimın, sosyal medya arkadaşlığı için bir avukat tarafından gönderilen teklifi kabul etmesinin uygun olup olmadığı yönünde Yargı Etik Konseyi’ne sorduğu bir soru üzerine, sosyal medya arkadaşı olmanın tek başına bir sorun oluşturmayacağı, bu ortamda arkadaşlığın klasik anlamda arkadaşlık olmadığı, sadece arkadaş veya takipçi olarak sistemde yer almanın, telefonun adres defterinde isminin kaydedilmiş olmasından daha ileri bir anlam taşımadığı, ancak hakimın sosyal medya platformundaki davranışlarının etik kurallara uygun olması gerektiği

²⁹ Emily M. Janoski-Haehlen , s. 46.

³⁰ Emily M. Janoski-Haehlen , s. 46.

belirtilmiştir.³¹ Benzer gerekçelerle Ohio, Kentucky, New York ve Güney Carolina olmak üzere dört eyalette, hakimin diğer meslek mensuplarının yanında şahsen davasına bakmadığı avukatlarla da sanal ortamda arkadaş olmasının bir sakıncası olmadığına karar verilmiştir.³²

Diğer görüş ise, sosyal medya ortamında hakimin arkadaşı olan bir avukatın, üçüncü kişiler nezdinde o hakime yakın bir kişi olduğu izleniminin doğmasına yol açabileceği, bu durumun ise tarafsız görünme ilkesinin ihlali anlamına geleceği yönündedir. Buna göre, sosyal medya ortamının niteliği de, önem taşımaktadır. Hakim tarafından sosyal medya hesabı kişiselleştirilmiş ve bu kapsamda bazı avukatlar arkadaş olarak eklenirken, bazılarının arkadaşlık teklifi reddedilmişse, böyle bir durumda arkadaş olarak eklenen avukatın, hakim nezdinde özel bir pozisyona sahip olduğu algısı oluşabilmektedir. Diğer önemli bir kriter ise, arkadaş olarak eklenen avukatın, gerçek hayatta hakim ile olan sosyal ilişkisi ve karşılaşma sıklığıdır. Eğer, sanal ortam dışında da bu arkadaşlık devam ediyor ve sanal ortamda paylaşımlarda bulunduğu avukat, hakimin görevli olduğu mahkemede vekil sıfatıyla dava takibi yapıyorsa, üçüncü kişilerin o avukatla vekalet sözleşmesi yapma olasılığı artmaktadır. Dolayısıyla, hakimlik mesleğinin sağladığı prestijden üçüncü kişilerin yarar sağlaması durumu ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle, arkadaş veya takipçi olarak facebook ya da twitter gibi sosyal medya hesabı aracılığıyla iletişim içinde bulunduğu avukatların, daha sonra o hakimin görevli olduğu mahkemede görülen bir davada vekil sıfatıyla yer almalarının, kamuoyunda şüphelere neden olabilmesi nedeniyle bu durum kabul edilebilir bulunmamaktadır. Bu yüzden, Florida Yüksek Mahkemesi, benzer bir durumda, hakimin bir avukatla sosyal medya arkadaşı olmasını, davadan çekilmek için yeterli bir sebep olarak görmüştür.³³ Bu nedenle, gündelik hayatta bir arada görünmesi tarafsızlık algısı açısından sorun oluşturacak, bakmakta olduğu davanın tarafları veya vekillerinin, sosyal medya ortamında arkadaş olarak eklenmesi, yargı etik ilkeleri açısından uygun değildir. Georgia kentinde bir hakim, ceza davasına baktığı bir sanıkla sanal ortamda yazıştığının disiplin kurulunca tespiti üzerine, görevinden istifa etmiştir³⁴.

Diğer bir husus ise, sanal ortamdaki arkadaş sayısıdır. Sosyal medya ortamında arkadaş sayısının çok olması, bu kişilerin hakimi etkileme

³¹ Lackey, Minta, s.16

³² Wilson,s.226.

³³ Estlinbaum,s.17.

³⁴ Estlinbaum, 25

potansiyelinin fazla olmadığı algısını da beraberinde getirecektir. Dolayısıyla, hakimin arkadaşlarını seçebildiği kişiselleştirilmiş hesaplarda, arkadaş sayısının fazla olmaması ve arkadaşların çoğunluğunun avukatlık mesleğinden seçilmesi durumunun, tarafsızlık algısına zarar verebileceği düşünülmektedir.³⁵

Öte yandan, yargı etik konseylerince, mahkemede sosyal medya arkadaşlarından birisinin şahsen veya vekil sıfatıyla bir davasının bulunması halinde, hakimin uyuşmazlığın diğer tarafını konu hakkında bilgilendirmesi gerektiği belirtilmektedir. Diğer taraf, ilişkinin yoğunluğu nedeniyle, hakimin tarafsız kalamayacağı izlenimine sahipse, hakim somut davadan çekilmelidir.³⁶ Özellikle, Anadolu'da küçük ilçelerde görev yapan hakimler açısından, ilçede hemen herkesin birbirini tanması nedeniyle, aynı ilçedeki avukatlarla sosyal medya aracılığıyla iletişim kurulması halinde, risk unsurunun büyük olacağı ortadadır.

Türk hukuk sisteminde çok tartışılmasa bile, hakim ve savcıların aynı meslek grubunun mensubu sayılmadığı, savcının sav-savunma eşitliğinin sağlanması ilkesi gereğince savunma makamı ile aynı şartlarda görev yaptığı Anglo-sakson geleneğinde, hakim ile savcının sosyal medya arkadaşlığı da eleştirilmektedir. Bu kapsamda, facebook arkadaşı olan bir savcı tarafından açılan kamu davasına bakmakla yetkili olan hakimin, tarafsız olmadığından bahisle davadan çekilmesi talebinde bulunulmuştur. Talebin reddine ilişkin karara karşı yapılan itirazı inceleyen Bölge Mahkemesi, davanın savcısı ile facebook arkadaşlığının hakimin reddini talep etmek için yeterli bir veri olduğuna karar vermiştir.³⁷

İkinci olarak, hakimin bakmakta olduğu dava veya yargısal süreçlere katılan sanık, tanık, vekil ve bilirkişiler hakkında sosyal medya platformunda yorum yapması uygun değildir. Görülmekte olan dava, davanın tarafları ve vekillerinin duruşmadaki söz ve davranışları gibi konularda hakimin mahkeme dışında açıklama yapması, görüşlerini beyan etmesi, etik değerlerin çiğnenmesi anlamına gelmektedir. Derdest olan dava ile ilgili, mahkeme dışında konuşma yasağının, sosyal medya platformunu da kapsadığı izahtan varestedir. Bu nedenle, hakimin ele aldığı somut uyuşmazlıklarla ilgili bilgi, belge ve görüşleri sosyal medya ortamında paylaşması, yargı etiği ilkelerine

³⁵ Estlinbaum,s.17

³⁶ Summers, Smith, s.18

³⁷ <http://www.staugustinecriminallawyer.com/blog/judges-and-social-media-are-you-receiving-a-fair-trial/>, erişim tarihi:22.04.2014

göre uygun görülmemektedir. Bu konuda Ohio kentinde, bakmış olduğu bir cinayet davası hakkında sosyal medya ortamında başka bir isim kullanarak yorum yaptığı tespit edilen bir hakim, sanık vekili tarafından davadan çekilmeye davet edilmiştir.³⁸ Yine bakmakta olduğu bir velayet davası hakkında taraf vekillerinden birisinin yargılama sürecine ilişkin sorduğu soruya sosyal medya hesabından cevap verdiği tespit edilen hakim, disiplin cezası ile cezalandırılmıştır.³⁹

Öte yandan kendisi şahsen bakmasa bile, başka mahkemelerde bakılmakta olan derdest davalar ve verilmiş olan kararlar hakkında sanal ortamda yorum yapılması, başka hakimlerin verdiği kararların bu ortamlarda eleştirilmesi de, hakim açısından uygun bir davranış tarzı olarak değerlendirilmemektedir. Verilen kararın bileşenlerinden haberdar olması mümkün olmayan ve dava dosyasının içeriğini bilmeyen bir hakim, başka bir meslektaşı tarafından verilmiş olan kararı sanal ortamda eleştiri konusu yaptığı zaman, hem meslektaşının tarafsızlığını ve yetkinliğini tartışmaya açacağını, hem de bütün olarak yargıya olan güveni sarsacağını bilmelidir. Dolayısıyla, hakimin bakmakta olduğu davalar ve davanın tarafları hakkında sanal ortamda paylaşımında bulunması, meslek etiği açısından uygun olmadığı gibi, başka mahkemelerce verilen kararları alenen eleştiri konusu yapması da uygun değildir.

Öte yandan, somut bir davadan ya da olaydan bahsedilmese bile, önüne gelmesi muhtemel olan bazı hukuki konularda hakim tarafından yorum yapılması, ihsas-ı reyde bulunmak şeklinde algılanabilmektedir. Gerçekten, hakimin uyuşmazlık konusunda yansız olduğuna, olaya ve taraflara ilişkin herhangi bir sempati veya önyargısının olmadığına, dava ile doğrudan ilgisi olmayan hiçbir fikir, düşünce ve görüşün, hukuki olarak varacağı sonucu etkilemeyeceğine davanın tarafları ve kamuoyu inanmalıdır. Bu durum, adalete olan inancın ve güvenin de kaynağıdır. Bu güvenin sarsılacağı durumlarda hakim, davadan çekilme konusunda tereddüt göstermemelidir. Ancak, çekilmesini gerektirecek durumların meydana gelmesini mümkün olduğunca engellemek de, hakime düşen sorumluluklardan birisidir. Dolayısıyla, mevzuat değişiklikleri sonrasında yeni ortaya çıkan hukuki durumlarla ilgili hakim tarafından kesin ve net görüşlerin sosyal medya ortamında serdedilmesi halinde, bu husus sonradan çekilme taleplerini beraberinde getirebilecektir. Örneğin, A.B.D’de bazı eyaletlerde kadın hakları ve kürtaj gibi çokça tartışılan

³⁸ Summers, Smith, s. 11.

³⁹ N.C. Judicial Standards Commission., Inquiry No. 08-234 (2009).

konularda, hakimler tarafından sosyal medya ortamında yapılan yorumlar nedeniyle, bu tip taleplerle karşılaşmıştır.⁴⁰

Aslında, sadece hukuki konularda değil, bazen günlük hayat içinde sosyal, ekonomik ve kültürel konularda sarf edilen bazı söz ve beyanlar bile, kamuoyu tarafından hakim in öngördüğü amaçtan çok farklı algılanabilmektedir. Amerikan Barolar Birliği'nin yukarıda bahsedilen 462 sayılı görüşünde tartışılan olay buna örnektir. Buna göre, hakim in Twitter hesabından takipçisi olduğu bir yerel komedyen, cinsiyet ve ırk ayrımına ilişkin bir espri yapmakta ve hakim bu espriyi beğenip arkadaşları ile paylaşmaktadır. Daha sonra, bir şirkette çalışmakta iken görevine son verilen siyahi bir bayan tarafından, ırk veya cinsiyet ayrımına maruz kaldığı belirtilerek şirket aleyhine bir dava açılmaktadır. Bu davaya bakmakla yetkili olan hakim in, ırk ve cinsiyet ayrımına ilişkin bir komedyen tarafından yapılan espriyi sanal ortamda beğenip paylaşmasından sonra bu davaya bakması halinde kamuoyunda tarafsız olarak algılanıp algılanmayacağı tartışma konusu yapılmış ve hakim hakkında davadan çekilme talebinde bulunulmasının kuvvetle muhtemel olduğu ifade edilmiştir.⁴¹ Şüphesiz ki, hâkim in tarafsızlığından şüpheyi gerektiren sebeplerden birisinin bulunup bulunmadığına karar verilirken, dava konusuna benzer konularda görüş ve düşünce açıklamalarının bulunup bulunmadığı önem taşımaktadır. Bu noktada, hakim in sosyal medya paylaşımları dikkate alındığında, kamuoyunda belirli görüşlere, kişilere ya da toplumsal gruplara karşı tarafsız kalamayacağına ilişkin bir izlenim oluşmuşsa hakim o davadan çekilmelidir.

Üçüncü sorun, yargısal süreçlerin ve yargı profesyonellerinin güvenliği ile ilgilidir. Doğrudan hakim tarafından sebep olunmasa bile, yargı çalışanları tarafından (avukatlar ve yardımcı personel dahil) sosyal medya kullanımı, bazı gizli bilgilerin açığa vurulması suretiyle yasal ve güvenlik açısından bazı sorunlara yol açabilmektedir. Bu kapsamda, özellikle toplumun farklı kesimlerinden yargısal süreçlere katılan yardımcı personel, avukat, bilirkişi, tanık, izleyici ve jüri üyelerinin, mahkemede öğrendikleri gizli kalması gereken bilgileri, daha sonra sosyal medya aracılığıyla paylaştıklarına şahit olunmaktadır. Ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, mahkeme salonunda gizli yapılan çekimler, internet ortamına verilmekte; duruşma günü, hakim in, tanıkların ve bilirkişilerin isimleri, adresleri, görev yerleri gibi bilgiler de bu ortamlarda paylaşılmaktadır. Bu tür uygulamalar, başta hakim ve

⁴⁰ Summers, Smith, s.20

⁴¹ Summers, Smith, s.21

savcılar olmak üzere önemli davalarda yargısal süreçlere katılan aktörlerin, kişisel güvenliklerini tehlikeye düşürmekte ve yargı sürecinin adil ve etkili işlemesine engel olmaktadır. Özellikle örgütlü suçlarda, gizlilik konusuna azami hassasiyet gösterilmesi gerekirken, kişilerin isim ve adreslerinin sanal alemde afişe edilmesi nedeniyle can güvenliği endişesi, tanık ve bilirkişilerin gerçeğe uygun beyanda bulunmalarını zorlaştırmaktadır.

Dördüncü olarak, hakim özel hayatına, siyasi görüşüne ve ideolojik eğilimlerine ilişkin konularda paylaşımında bulunurken azami oranda dikkat göstermelidir. Kentucky Yargı Etik Konseyi'ne göre, sosyal medya ortamında da hakimin uyması zorunlu olan etik kurallar bulunmaktadır.⁴² Bu nedenle, hakimin sadece belirli konularda yorum ve beyanlardan kaçınması ve tarafgir görünmesine yol açacak radikal görüşleri ile tanınan kişi ve kurumların internet sitelerinden uzak durması, tek başına yeterli değildir. Bunun yanında hakim, özel hayatına ait bilgi ve fotoğrafları paylaşırken de, seçici ve dikkatli olmalıdır. Hakim tarafından, mesleğin saygınlığına yakışmayan ve kamuoyunda kişi olarak hakime olan güveni sarsan resim, ifade ve beyanlar paylaşılmamalı, başkası tarafından paylaşılan benzer içeriklerin beğenilmesinden uzak durulmalıdır.

Dolayısıyla, hakimin herkes gibi siyasi konuları sosyal medya ortamında tartışması, siyasi figürlere ait paylaşımları beğenmesi veya siyasi içerikler hakkında yorum yapması, özel hayatına ilişkin fotoğrafları hayat tarzını yansıtabilecek şekilde rahatça paylaşması, yargı etik ilkeleri açısından uygun olmayabilmektedir. Zira, hakimin profil sayfasında paylaştığı özgeçmişi ve kendisi ile ilgili bilgiler, özel hayatına ilişkin fotoğraflar, hobiler ve ilgilendiği konular ile beğendiği ve eleştirdiği görüşler, bazı uyuşmazlıklarda adil yargılama yapamayacağı algısının doğmasına yol açabilmektedir.

2.2. Yargı Mensuplarının Sosyal Medya Kullanımına İlişkin Diğer Ülke Uygulamaları

Türk hukuk sisteminde yer alan yargılama usul kanunlarında, tarafsızlığını yitirdiğinden bahisle hakimin reddi ve davadan çekilmesini gerektiren hallerle ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Buna göre, hâkimin tarafsızlığından şüpheliyi gerektiren önemli bir sebebin bulunması hâlinde, taraflardan biri hâkimi reddedebileceği gibi hâkim de bizzat davadan çekilebilir.⁴³ Kanun hükmüne

⁴² Summers, Smith, s. 45

⁴³ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 36. Maddesi, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf>, erişim tarihi: 16.12.2014

göre hakimin, iki taraftan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olması, kanunen gerekmediği hâlde olaya ilişkin görüşünü açıklaması, iki taraftan birisi ile davası veya aralarında bir düşmanlık bulunması gibi haller hakimin reddi açısından makul sebep olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, sosyal medya ortamındaki ifade ve beyanları üzerinden hakimin tarafsızlığından şüphe duyulursa, davanın taraflarının hakimin davadan çekilmesini talep edebilecekleri unutulmamalıdır. Bu duruma neden olmamak için, yargı mensupları tarafından sosyal medya ortamında yapılan görüş ve düşünce açıklamaları ile sergilenen tutum ve davranışların yargı organının otoritesi ile hakimin tarafsızlığına zarar vermeyecek şekilde belirlenmesi zorunludur.

Nitekim son zamanlarda, ülke gündeminde olan bazı davalarda görev yapan hakim ve savcılarının sosyal medya hesaplarındaki paylaşımlar nedeniyle kamuoyunda tarafsızlıklarına ilişkin tartışmalar yapılmaktadır.⁴⁴ Bahsi geçen olaylarda, ülke yönetiminde etkili bir konumda olan üst düzey bir siyasi figür hakkında iki yargı mensubunun övgü ve eleştiri içeren farklı nitelikteki açıklamaları nedeniyle kamuoyunda yargının tarafsızlığı ve yargı mensuplarının sosyal medya beyanlarının sınırlarına ilişkin tartışmalar alevlenmiştir. Buna ek olarak, bir hakimin Facebook profilindeki bilgiler dikkate alınarak, verdiği kararların tarafsız olmadığına ilişkin tartışmalar, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde dile getirilmiştir.⁴⁵

Aslında benzer tartışmalar sadece Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye'de yapılmamaktadır. İngiltere'de tüm yargı çalışanlarının sosyal medya kullanımına ilişkin tartışmalar sonrası bu hususta bir kılavuz yayınlanmıştır. Kılavuzun yayınlanmasının amacı, yargı organının saygınlığının ve yargıya olan kamuoyu güveninin korunmasıdır. Bahsi geçen kılavuzda öncelikle hakimlerin hem mahkeme ortamında, hem de özel hayatlarında uyması gereken etik kuralların bulunduğu hatırlatılmıştır. Bu kapsamda, yargı çalışanlarına sosyal medya kullanımının yasaklanmadığı belirtilmekle birlikte, sanal ortamda bilgi paylaşımı yaparken mesleklerini belirtemeyecekleri ifade edilmiştir. Dahası, sosyal medya ortamında hiç kimsenin kimliğinin uzun süre anonim olarak kalmasının mümkün olmadığına vurgu yapılarak, mesleki kimliği açıklanmadan yapılacak paylaşımların da bu kılavuz hükümlerine uygun olması, aksi takdirde disiplin yaptırımını ile karşılaşılmamasının muhtemel

⁴⁴ http://www.radikal.com.tr/politika/tahliye_eden_hakimin_begenisi_1179056, erişim tarihi: 19.12.2014,

⁴⁴ <http://www.mynet.com/haber/guncel/-kimseyi-hedef-gostermedim-1602087-1>, erişim tarihi: 19.12.2014

⁴⁵ <http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil4/ham/b07101h.htm>, erişim tarihi: 19.12.2014

olduğu belirtilmiştir⁴⁶. Bununla birlikte, sosyal medya kullanımını yargı mensupları için sınırlayan kılavuzun yayınlanması ülkede eleştirilere neden olmuştur. Bu eleştiriler dile getirilirken, sosyal medya ortamının dikkatsiz, tecrübesiz yargı mensupları için güvenli olmadığı, bu ortamda sarfedilen beyan ve ifadelerinin sonucu olarak, tarafsızlıklarının sorgulanabileceği hususu kabul edilmektedir. Ancak, ülkede hakimlik mesleğine seçimin özenle ve titizlikle yapıldığı, bu nedenle yargı mensuplarının bir çoğunun tarafsızlığından taviz vermeden, tüm kamuoyuna adil yargılanma ve yargı sisteminin işleyişi gibi konularda değerli bilgiler verdiği ifade edilmek suretiyle mesleki kimliğini belirtmeden yapılacak paylaşımların bile sınırlandırılması eleştirilmiştir. Eleştirilerin çoğunluğu, hakim ve savcıların üye olduğu sosyal medya bloglarının hukuk eğitimine, yargı sisteminin işleyişi konusunda kamuoyunun bilinçlendirilmesine ve yargısal süreçlerde şeffaflığın sağlanmasına yaptığı katkının göz ardı edildiği yönündedir.⁴⁷

Yukarıda bahsedilen kılavuzun dışında 2013 Mart ayında yayınlanan ve İngiltere yargı mensupları için yargı etik ilkelerini belirleyen kılavuzda da sosyal medya kullanımına ilişkin ilke ve tavsiyelere yer verilmiştir.⁴⁸ Buna göre, sosyal medya hesabına sahip olmanın riskleri dikkate alındığında bu hesapların kullanılması yargı mensuplarının kişisel tercihidir. Ancak, hakimin bakmakta olduğu her davada, tarafların internet üzerinden hakimin hukuki konulardaki görüş ve düşünce açıklamaları, dünya görüşü, özel ve aile hayatına ilişkin paylaşımlarını araştırabilecekleri hususu gözden uzak tutulmamalıdır. Buna ek olarak, kişisel güvenlik gerekçesiyle ev adresi, telefon numarası, araç plakası, eşin görev yeri, çocukların okulu, tatil planları, doğum yeri ve tarihi gibi bilgilerin paylaşılması tavsiye edilmektedir. Ayrıca, üye olmadan önce her kapalı grubun kimlerden oluştuğu, paylaşılan bilgilerin kimlere ulaşacağı, site sahibi ve kurucularının kimler olduğu gibi konuların araştırılması gerektiği belirtilmektedir.

Aslında sadece yukarıda bahsi geçen ülkelerde yargı mensuplarının sosyal medya kullanımı tartışma konusu değildir. Bazı ülkelerde sosyal medya beyanları yüzünden disiplin yaptırımına uğrayan hakim ve savcılarının durumu, uluslar arası hakimler birliği gibi kuruluşlar tarafından da gündeme alınmıştır.

⁴⁶ <http://www.legalcheek.com/2012/08/judges-threatened-with-disciplinary-action-for-blogging-about-their-day-job-even-if-they-do-so-anonymously/>, erişim tarihi: 19.12.2014

⁴⁷ <http://www.theguardian.com/law/2012/aug/14/judiciary-banned-blogging-tweeting>, erişim tarihi: 19.12.2014

⁴⁸ http://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Guidance/judicial_conduct_2013.pdf, erişim tarihi: 19.12.2014

Örneğin, 2012 yılında Güney Kore’de bir hakim, sosyal medya hesabından hükümetin yargı mensuplarına sosyal medya kullanmayı kısıtlayan kanun tasarısı hazırlamasını eleştiren açıklamaları sonrası hakimlik performansının yeterli olmadığından bahisle tekrar atanmamıştır. Bu işlemin sebebi olarak, hakimin görevinde yeterli ve verimli olmadığı gösterilse bile, asıl gerekçe hakimin yasa tasarısının yargı mensuplarının ifade hürriyetini engellediği yönündeki sosyal medya ortamında paylaştığı görüşleridir.⁴⁹ Kanada’da ise, facebook üzerinden iki meslektaşının vermiş olduğu kararları eleştiren bir hakim hakkında disiplin soruşturması açılmıştır.⁵⁰

Fransa’da ise, yargı profesyonellerinin sosyal medya kullanımını düzenleyen normatif bir kural bulunmamaktadır. Genel olarak, sanal ortamda da hakimlerin etik kurallara uygun davranması gerektiği kabul edilmekte ve sergilenen tutum ve davranışlar ile ifade edilen görüş ve beyanların hakimin bizzat kendisi tarafından kontrole tabi tutulması gerektiği ifade edilmektedir. Bu alanı düzenleyen bir normun olmamasının sonucu olarak, zaman içinde ortaya çıkan problemler nedeniyle, olay bazında kamuoyunda konuya ilişkin tartışmalar yapılmaktadır. Bu tartışmalardan birisi, 2012 yılında duruşma sırasında iki hakimin facebook üzerinden haberleştiğinin ve tanığın beyanları ile alay ettiklerinin ortaya çıkması üzerine yapılmıştır.⁵¹ Bu tartışmalardan sonra, yargı mensuplarına sanal ortamdaki tutum ve davranışları üzerine meslek içi eğitim verilmesi gerektiği genel olarak kabul edilmiştir.

Sonuç

Sosyal medya kullanımı, herkes gibi hakimler için de bir hak olmakla birlikte, diğer hakların kullanımında olduğu gibi yargı mensupları, günlük hayatlarında uymak zorunda oldukları ilke ve kurallara sanal ortamda da uymalıdır. Bu kapsamda, hakimin sanal platformlarda paylaştığı her türlü içerik, yorum, yazı ve resim, bütün olarak yargı organının ve birey olarak hakimin tarafsızlığına ve saygınlığına zarar vermemelidir. Yargıya olan güven başta olmak üzere, hakimin tarafsızlığı ve bağımsızlığının, doğruluk ve dürüstlüğünün korunması, ülkenin yargı politikasını belirleyen yetkili organların yanı sıra hakimin kişisel sorumluluğudur⁵².

Tarafgirlik algısına neden olmamak için hakim tarafından, davanın tarafları, taraf vekilleri ve tanıklar, sosyal medya ortamında arkadaş olarak

⁴⁹ Goldszlagier, Julie, Lardet, s. 5.

⁵⁰ Eltis, s. 637.

⁵¹ Eltis, s. 643.

⁵² Nathanael, s.2139

eklenmemeli, görülmekte olan davalar hakkında sanal ortamda yorum yapılmamalı, başka mahkemede yer alan davalar hakkında hukuki görüş serdedilmemeli, meslektaşlar sosyal medya ortamında eleştirilmemelidir. Taraflardan birisi veya vekillerinin gerçek hayatta olduğu gibi sosyal medya ortamında hakimin arkadaşı olması halinde, diğer taraf bu konuda bilgilendirilmeli ve hakimin bu davada tarafsız kalamayacağı kanaati oluşmuşsa, hakim davadan çekilmelidir⁵³.

Kamuoyunda çokça tartışılan konularda, tarafgir algısına neden olacak ifade ve beyanlardan kaçınılmalıdır. Hakimin sadece kendi paylaştığı içeriklerin değil, arkadaş olarak görüldüğü kişi ve grupların veya aile fertlerinin paylaştıklarının da, tarafsızlık algısına zarar verebileceği unutulmamalıdır. Kamuoyunda radikal fikirleri ile tartışma konusu olan kişi ve gruplar ile siyasi figürlerin sosyal medya ortamında hakimin arkadaşı olarak görülmesi halinde, benzer görüşlerin hakim tarafından paylaşıldığı izlenimi oluşabilmektedir. Böyle bir durum ise, yargılama faaliyeti esnasında hiçbir fikre karşı önyargısı ya da sempatisi olmaması beklenen hakimin, kamuoyunda taraflı olduğu algısının doğmasına neden olabilmektedir.

Unutulmamalıdır ki hakim, sadece mensup olduğu ulus, toplumsal grup, aynı ideolojiye, inanca, siyasi fikre sahip olduğu insanlar tarafından değil, düşünce ve yaşayış tarzını benimsemediği kişi ve gruplar tarafından da tarafsız olarak algılanmalıdır. Hakimden beklenen, belirli kişiler nezdinde sempatik olmak değil, tarafsız ve adil olmak ve yargıya olan güveni sarsmamaktır. Bu nedenle, toplumun geneli tarafından kabul görüp benimsenmiş olsa bile, belirli konularda hakim tarafından düşünce ve görüşlerinin açıklanması tarafgirlik algısına neden olabilir⁵⁴.

Kamuoyu hakimden; tarafsız, bağımsız, dürüst, davayı çözmeye ehliyet ve liyakatli bir arabulucu olmasını, hiçbir gücün etkisi altında kalmadan, sadece hukuk kurallarını uygulamasını, yargısal süreçlerde tüm iddia ve savunmalarının dinlenilip gerekçeli kararda karşılanmasını, usule ilişkin tüm haklarının tanınmasını ve yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmasını beklediğinden, sanal ortamda sergilenen davranışlarında bu beklentilere uygun olarak şekillendirilmesi gerekir⁵⁵.

⁵³ Ohio Board of Commissioners on Grievances and Discipline Openion. 2010-7

⁵⁴ California Judges Association Judicial Ethics Committee Opinion 66 Online Social Networking.

⁵⁵ Şen,s.691

Daha önce belirtildiği gibi, hakimden manastıra kapanmış keşiş hayatı beklenmemekle birlikte, gündelik hayatındaki ilişkilerinin, tutum ve davranışlarının, yargılama faaliyetinin gerektirdiği hassasiyete uygun olması beklenmektedir⁵⁶. Bu hassasiyetin gösterilmemesi halinde, tamamen hukuka ve hakimin vicdani kanaatine göre şekillenen hükümler hakkında bile, kamuoyunda spekülasyonlar yapılacaktır.

Dolayısıyla, temel amaç adaletin hiçbir şüphe ve tereddüde yer vermeyecek şekilde gerçekleştirilmesi ve yargıya olan güvenin artırılması olarak belirlendiğinde, yargısal faaliyeti yürüten hakimin özel hayatında bazı kısıtlamalara maruz kalması, başka meslek grupları açısından kabul edilebilir bulunan davranışlardan ve sosyal ortamlardan kaçınması, tarafsız görünme ilkesi açısından bir gerekliliktir.

Hakimin sosyal medya kullanımının sınırlarının belirlenmesi, ülkemiz yargı profesyonelleri için etik ilkeleri belirlenirken ele alınması gereken konulardan birisidir. Esasen yapılan tartışmalar, hakimin profesyonel kimliği ile sosyal medya platformunu kullanıp kullanamayacağı ve kullanabilecekse kapsam ve sınırlarının çizilmesi üzerinedir. Mesleği ile ilgili bir bilgi ve ifadeye yer vermeden, bakmakta olduğu dava ya da hukuki konularla ilgili yorum yapmadan, sosyal medya kullanımının etik ilkelere aykırı bir yönü olmayacağı açıktır.

Bununla birlikte, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun disiplin hükümlerinde yer alan 'hizmet içinde ve dışında, resmi sıfatının gerektirdiği saygınlık ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak', 'kusurlu veya uygunsuz hareket ve ilişkileriyle mesleğin şeref ve nüfuzunu veya şahsi onur ve saygınlığını yitirmek', 'yaptıkları işler veya davranışlarıyla görevini doğru ve tarafsız yapamayacağı kanısını uyandırmak', 'hatır ve gönüle bakarak veya kişisel duygulara kapılarak görev yaptığı kanısını uyandırmak' gibi yasak fiiller, hakimin sadece görev mahallinde değil, özel hayatında da kişisel ilişkilerine dikkat ederek mesleğin saygınlığını koruması gerektiğine işaret etmektedir. Bu nedenle, sosyal medya ortamının herkese açık, izlenebilen yapısı dikkate alınarak, bu ortamda paylaşılan görüş ve düşüncelerin adalet hizmetinin bağımsız, tarafsız ve adil bir şekilde dağıtılacağı yönündeki kamuoyu beklentilerine hizmet edecek tarzda olması gerekmektedir.

⁵⁶ Opinion no. 3 of the Consultative Council of European Judges (CCJE) on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality, paragraf 27, 28.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- Abramson**, Leslie W., Appearance of Impropriety:Deciding When A Judge’s Impartiality Reasonably Be Questioned, Georgetown Journal of Legal Ethics,vol. 14,2001.
- Astle**, Ruth S., Integrity and Ethics in Western Adjudicatory Systems : Toward a Standard, (2008). Theses and Dissertations. Paper 14. <http://digitalcommons.law.ggu.edu/theses/14>, erişim tarihi: 02.05.2014
- Browning**, John G., Why Can’t We Be Friends?Judges’ Use of Social Media, University of Miami Law Review,vol.68, 2014.
- Devlin**, Richard F., (Re)Constructing Judicial Ethics in Canada, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2083137 , erişim tarihi: 15.04.2013
- De Villiers**, Meiring,The Impartiality Doctrine:Constitutional Meaning and Judicial Impact, American Journal of Trial Advocacy,vol.34, 2010.
- Eltis**, Karen, Does Avoiding Judicial Isolation Outweigh the Risks Related to “Professional Death by Facebook”? www.mdpi.com/journal/laws/, erişim tarihi: 19.12.2014
- Fried**, Charles A mediation on the First Principles of Judicial Ethics, Hostra Law Review, vol. 32, 2004
- Geyh**, Charles Gardner, The Dimensions Of Judicial Impartiality , Indiana University Maurer School Of Law-Bloomington Legal Studies Research Paper Series No:201, 2012, S.4.
- Goldszlagier**, Julien, **Hugues** Julie, **Lardet** Florence , The Ethical Challenges Of Internet Use By Judges, <http://www.ejtn.eu/Documents/Themis%202012/THEMIS%202012%20ERFURT%20DOCUMENT/Written%20paper%20France%204.pdf>, erişim tarihi: 19. 12.2014
- Gönenç**,Levent, Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, 2011.
- İnceoğlu**, Sibel, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği,Ankara, 2007.
- Janoski-Haehlen**, Emily M. The Courts Are All A ‘Twitter’: The Implications of Social Media Use in the Courts, 46 Val. U. L. Rev. 43, 2011.
- Lackey**, Michael E. Jr., **Minta**, Joseph P. (2012) “Lawyers and Social Media:

The Legal Ethics of Tweeting, Facebooking and Blogging,” Touro Law Review: Vol. 28: No. 1, Article 7.

Nathanael, J. Mitchell, Judge 2.0: A New Approach to Judicial Ethics In The Age Of Social Media, Utah Law Review,2012.

Reitz, John C. Politics, Executive Dominance, and Transformative Law in the Culture of Judicial Independence, University of St. Thomas Law Journal, 2008.

Salbu, Steven R., “Law and Conformity, Ethics and Conflict: The Trouble with Law-Based Conceptions of Ethics,” Indiana Law Journal, Vol. 68: Iss. 1, Article 3,1992.

Strawn, Benjamin B., Do Judicial Ethics Canons Affect Perceptions of Judicial Impartiality?, Boston University Law Review, Vol. 88, 2008.

Simon, Stephen M., **Landsman**, Maury S., Judicial Ethics Simulation Based Training, 58 Law and Contemporary Problems, 1995. <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol58/iss3/24>,

Wilson, Aurora J., Let’s Be Cautious Friends: The Ethical Implications of Social Networking For Members of The Judiciary , Washington Journal of Law, Technology & Arts Volume 7, Issue 3, 2012, <http://digital.law.washington.edu/dspace-law/handle/1773.1/1112>.

Estlinbaum, Craig, Social Networking and Judicial Ethics, St. Mary’s Journal on Legal Malpractice & Ethics, Vol. 2:2, 2012.

Summers, John S., **Smith**, Maureen P., Judges and Online Social Networking, BNA Insights, Vol. 12, No. 22 (June 3, 2013).

Şen, Mahmut, İdeal Hakim Arayışı ve Yargı Etiği, Adalet Akademisi Dergisi, Temmuz 2013.

Belge ve Kararlar

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 15 Ekim 2009 tarihli Micallef/Malta kararı, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi:15.04.2014

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 24 Şubat 1993 tarihli Fey/Avusturya kararı, <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi:30.04.2014

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin De Cubber kararı, <http://hudoc.echr.coe.int> erişim tarihi: 02.05.2014

California Judges Association Judicial Ethics Committee Opinion 66 Online

Social Networking, <http://www.caljudges.org/files/pdf/Opinion%2066FinalShort.pdf>

erişim tarihi:04.04.2014

Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Counduct, http://www.unodc.org/documents/corruption/publications_unodc_commentary-e.pdf, erişim tarihi: 16.04.2014

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/formal_opinion_462.authcheckdam.pdfhttp://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/professional_responsibility/formal_opinion_462.authcheckdam., erişim tarihi: 26.04.2014

<http://www.staugustinecriminallawyer.com/blog/judges-and-social-media-are-you-receiving-a-fair-trial/>, erişim tarihi:22.04.2014

Ohio Board of Commissioners on Grievances and Discipline Openion. 2010-7, http://www.sconet.state.oh.us/Boards/BOC/Advisory_Opinions/2010 erişim tarihi: 20.04.2014

Opinion no. 3 of the Consultative Council of European Judges (CCJE) on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality,paragraf 27, 28, [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE\(2002\)OP3](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE(2002)OP3), erişim tarihi:06.05.2013

Public Reprimand of B. Carlton Terry, N.C. Judicial Standards Comm., Inquiry No. 08-234 (2009), <http://www.aoc.state.nc.us/www/public/coa/jsc/publicreprimands/jsc08-234.pdf>.

The Impact of Online Social Networking on the Legal Profession and Practice, An initiative of the Legal Projects Team,February 2012,www.ibanet.org, erişim tarihi: 25.04.2014

http://www.radikal.com.tr/politika/tahliye_eden_hakimin_begenisi_1179056, erişim tarihi: 19.12.2014

<http://www.mynet.com/haber/guncel/-kimseyi-hedef-gostermedim-1602087-1>, erişim tarihi: 19.12.2014

<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil4/ham/b07101h.htm>, erişim tarihi: 19.12.2014

<http://www.legalcheek.com/2012/08/judges-threatened-with-disciplinary->

action-for-blogging-about-their-day-job-even-if-they-do-so-anonymously/, erişim tarihi: 19.12.2014

<http://www.theguardian.com/law/2012/aug/14/judiciary-banned-blogging-tweeting>, erişim tarihi: 19.12.2014

http://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Guidance/judicial_conduct_2013.pdf, erişim tarihi: 19.12.2014

THE CLASSIFICATION OF FINANCIAL SYSTEM IN ISTANBUL IN THE EIGHTEENTH-CENTURY BY ISTANBUL AHKÂM REGISTERS (1750-1780)

M.Burak BULUTTEKİN*

ABSTRACT

This study, which aims to evaluate the financial system of Istanbul in the 18th century, is based on the classification of Istanbul Ahkâm Registers in the period of 1750-1780. In order to classify the provisions of Ahkâm Registers; (a)registry(book) numbers, (b)application areas, (c)conflict issues, (d)the social position of the litigants, (e)the religion of the litigants, and (f)application years were chosen as the basic analysis variables. Each judgement, which were based on this systematic, were examined in themselves.

394 provisions of the financial system were determined in Istanbul Ahkâm Registers in the period of March 1750-July 1779. The analysis of this Ahkâm Books(between 3-9 books), the maximum provisions were found with 9th part (26.4%) of them. The most problems of the financial system of Istanbul were “debit and credit disputes founded on contract”(55.6%) and “tax dispute”(24.1%). Moreover, the most financial problems occurred in Haslar(28.9%) region. Also, the most social problem in Surici was “tax exemption”(29 cases); in Galata, Uskudar and Haslar was “ordinary debit and credit dispute”(respectively 37, 29 and 25 cases).

The financial problems of Istanbul in the 18th century occurred between the reaya. Both the applicants and the complainees were intensity composed by the Muslims reaya which were dwelling in centrum. It was determined that 31.2% of this financial problems occured in the period of 1775-1779.

Keywords: 18th Century, Istanbul, The Financial System of Istanbul, The Ottoman Finance, Istanbul Ahkâm Registers

İSTANBUL AHKÂM DEFTERLERİ'NE GÖRE 18. YÜZYILDA İSTANBUL'DAKİ FİNANSAL SİSTEMİN TASNİFİ (1750-1780)

ÖZET

18.yüzyılda İstanbul'daki finansal sistemi değerlendirme amacındaki bu çalışma, 1750-1780 yılları arasındaki döneme ait İstanbul Ahkâm Defterleri'nin tasnifine yöneliktir. Ahkâm defterlerinde yer alan kayıtlardaki hükümleri tasnif

* Research Assistant Doctor, Dicle University, Faculty of Law, Fiscal Law Department, buluttekinb@gmail.com

edebilmek için; (a)defter numaraları, (b)başvuru yerleri, (c)ihtilaf konuları, (d) ihtilafın taraflarının sosyal konumları, (e) ihtilafın taraflarının dinleri ve (f)başvuru yılları, temel analiz değişkenleri olarak seçilmiştir. Her bir hüküm, bu sistematige göre -öncelikle kendi içlerinde ve daha sonra da genel analize tabi tutularak- incelenmiştir.

İstanbul Ahkâm Defterleri Kayıtları'nda, Mart 1750-Temmuz 1779 tarihleri arasındaki dönemde, sosyal hayat ile ilgili olarak 394 tane hüküm tespit edilmiştir. 3-9 arasında yer alan ilgili Ahkâm defterindeki bu hükümlerden, en fazla kaydın 9 numaralı defterde(%26,4) yer aldığı görülmüştür. İstanbul'da yaşanan toplumsal sorunların, yoğunluklu olarak "sözleşmelerden doğan borç alacak ihtilafları"(%55,6) ve "vergi ihtilafları"(%24,1) konularıyla ilgili oldukları belirlenmiştir. Bununla birlikte en fazla toplumsal sorun, Haslar(%28,9) bölgesinde yaşanmıştır. Yine, Suriçi kazasında sıklıkla "vergi muafiyeti"(29 karar); Galata, Haslar ile Üsküdar kazalarında yoğunlukla "adi borç alacak ihtilafı"(sırasıyla 37, 29 ve 25 karar) konularına ilişkin sorunlar yaşanmıştır.

18.yüzyılda İstanbul'daki toplumsal sorunların, çoğunlukla yönetilenler(reaya) arasında yaşandığı belirlenmiştir. Hem müracaat eden ve hem de şikayet edilen taraflar, çoğunlukla şehir merkezinde yaşayan Müslüman yönetilen reayadan müteşekkildir. İncelenen dönemdeki sorunların %31,2'sinin, 1775-1779 yılları arasındaki dönemde yaşandığı tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: 18.yüzyıl, İstanbul, İstanbul Finans Sistemi, Osmanlı Maliyesi, İstanbul Ahkâm Defterleri

I. INTRODUCTION

In this archival research that we strive to depict the financial system in Istanbul in the 18th century, our basic research field is *Istanbul Ahkâm*(Judgements, Decisions, Verdicts, Orders) *Registers*.

The Ottoman State has created a unique social structure with its religious, administrative and economic characteristics. The formation of a class of social stratification (as bourgeoisie) in the country has been prevented by means of Vahdet(Wahdat, Unity) principle, state ownership of the basic production factor, the principle of not-collecting the capital in the certain hands and small economic system built around townships.

In the Ottoman State, the solution place of social conflicts is the central administration. The problems, upon the application of the complainant, are examined by the central decision-making body called *Divan-ı*

Humayun(Council of Ottoman State). The relevant township is notified in writing about the disputes settled by Sultan or the council established having the force of “*Sultan’s commandment*”. The judgements are binding. However each decision made is compiled -systematically according to cities- and is archived recording to the books called “*Ahkâm Registers*”. For these reasons, *Ahkâm Registers* can be considered as the main arguments showing the overall socio-economic characteristics of the period to which they relate.

Considering that they can describe the financial system in Istanbul in the 18th century, *Istanbul Ahkâm Registers* of the period have been classified in this study.

To analyze Financial Problems experienced in Istanbul between the 1750 and 1780, *Istanbul Ahkâm Registers* transcribed by the team created in the editorship of KAL’A¹ were examined and 394 decisions considered to be related to financial system were determined. In order to classify these judgements in the book records, fundamental analysis variables were chosen as; (a)registry(book) numbers, (b)application areas, (c)conflict issues, (d) the social positions of the parties to the dispute(litigants), (e)the religion of the parties to the dispute and (f)the application years. Each judgement is examined (primarily in itself and then subjecting to general analysis) based on this systematic. Classifications were recorded in an Excel, and all the data was made available for evaluation in tables.

While keeping the records of *Istanbul Ahkâm Registers*, the registers(books) are numbered. This numbering forms a systematic for archival records of the judgements. In this framework, our first classification variable is register numbers. Problems related to financial system in Istanbul within the scope of the classification, were seen to take place in the registers between 3-9 numbers.

The center of religious, administrative, political and economic systems in the Ottoman State is Istanbul. Until the end of 19th century, Istanbul(Dersaadet) city is divided into regions as; (a) the *Surici*(Istanbul city center) and (b) *Bilad-ı Selase*(Three Towns: *Galata*, *Uskudar* and *Haslar*) in terms of administrative and judicial structures. In *Ahkâm Registers*, the places where judgements are held(in other words, the application places), is

¹ Ahmet TABAKOĞLU, Ahmet KAL’A, Salih AYNURAL, İsmail KARA ve Eyüp Sabri KAL’A, *Istanbul Ahkâm Defterleri İstanbul Finans Tarihi 1 (1742-1787)*, İstanbul Külliyyatı VI, İstanbul Araştırmaları Merkezi, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Yayınları, İstanbul, s. 80-315, 1998.

described as sub-district(township, nahiyah). From this point, firstly, sub-districts within the hinterland of these four townships composing Istanbul in that period, have been identified. In accordance with this assessment, book judgements are subjected to place classification as *Surici*, *Galata*(Beyoglu), *Uskudar* and *Haslar*(Eyüp, Outside the city walls) regions and their sub-districts.

Explanations about judgements given also take place in the records of *Ahkâm Registers*. From this data, one can reach to a general agreement about the reasons problem arising from. In the scope of the study, firstly, we tried to determine what the problems might be encountered in financial system. Taking into consideration the socio-economic structure of the period, the subjects of social conflicts in Istanbul are classified as follows; (i)*debit and credit disputes founded on contract*["ordinary debit and credit dispute", "debit and credit disputes founded on trade", "debit and credit disputes founded on lease contract", "borrowing and credit" and "usury(murabaha)"], (ii)*debit and credit disputes founded on contract which furnished security*("promissory note", "cost of peace", "pawned debt" and "guarantor"), (iii)*collection of a claim and bankruptcy*("instalment debts" and "distrain the property of debtor"), (iv)*returning the wrongful and unlawful appropriation*("returning the wringed money of askeri" and "returning the appropriated funds and property"), (v)*tax dispute*("levy", "not to pay tax", "unlawful and wrongful levy" and "tax exemption"), (vi)*land tenure(iltizam)*("muqâtaa revenue" and "giving muqâtaa to the land tenure") and (vii)*general issues*. In this context, in order to determine the financial problems experienced in Istanbul, each judgement was shaped according to the division of subjects of conflicts that we have created.

Judgements given for the solution of economic problems in Istanbul townships, as you know, is intended to solve the problems between the two parties. Within the study, these two parties, according to their social position, are called as (1)applier/complainant party (in other words, the one having problem with the judgement given, the plaintiff), "*applicant*" and (2)the party caused the application (in other words the one caused the problem in the judgement given, the defendant), "*complainee*" and according to this distinction, the classification of judgements on the basis of parties was made.

As is known, in the classical period of Ottoman administrative classification, social positioning is divided as follows in general framework; (a)"*askeri*(governor)" (class who have a say in the management of state,

military) and (b)“*reaya*(governed)” (people who live as resident within the borders of state, *rayah*). However, by making a sub-grouping, these *askeri* and *reaya* division, could be divided again according to the place of settlements as (i)“*urbanite*” (living in the centrum) or (ii)“*villager*” (living in the village). For this reason, from the general information given in book of judgements, the parties’ social position, (a)their general division as *askeri* and *reaya* and (b)their place of settlements as *urbanite* and *villager* have been determined.

In *Ahkâm* records, religious knowledge about the parties of the dispute is also included. Based on the division in the Registers, it was thought that a classification according to religious division must be performed in this study as well. General division based on religion of the parties of the dispute, was made as (a)“*Muslim*” and (b)“*Non-Muslim*”. However, *Non-Muslims* also have been divided into the sub-categories –as stated in *Ahkâm Registers*- as (i)“*Dhimmi*(*Zimmi*)”, (ii)“*Jews*” and (iii)“*Nazarene*(*Nasrani*)”.

While the decisions made in relation to the problems in Istanbul are recorded to *Istanbul Ahkâm Registers*, the time of disclosure of judgements -in line with the book archive systematic- is stated by dates. Considering the period of our study is the second half of the 18th century, judgements covering the period between the dates of March 1750-July 1779 of decisions made in Registers related to financial system in Istanbul, were included in the classification.

To sum up, the time of this study will be identified as the second half of the 18th century, the center of study is Istanbul, the main area of study is financial system, and focus point of the study is *Istanbul Ahkâm Registers*.

II. CLASSIFICATION OF FINANCIAL SYSTEM IN ISTANBUL BY THE 18TH CENTURY *ISTANBUL AHKÂM REGISTERS* (1750-1780)

To be able to depict the financial system in Istanbul in 18th century, *Ahkâm Registers* of the period were analyzed. In the registers examined, 394 cases were found to be made as regards to financial system in Istanbul in that period. According to the data obtained from these records between the dates of March 1750-July 1779, the financial system in Istanbul were classified as; (a)book numbers in *Ahkâm* archival registers, (b)its distribution in Istanbul townships and sub-districts, (c)problems subject to judgement, (d)social

position and religion of the parties related to judgements, and (e) years where problems occur.²

A. Classification of Financial System in Istanbul by their Numbers in *Istanbul Ahkâm Registers* of 18th Century

Judgements given about the financial system in Istanbul in the period between the years 1750-1780, take place in books numbered between 3-9 of *Ahkâm Registers*.³

Table 1. Classification of the Financial Problems in Istanbul in the 18th Century by *Istanbul Ahkâm Registers*

	REGISTRY(BOOK) NUMBER							TOTAL
	3	4	5	6	7	8	9	
CASES	55	50	42	39	62	42	104	394
PERCENTAGE	14%	12.7%	10.7%	9.9%	15.7%	10.7%	26.4%	%100

As shown in Table 1, when the distribution of decisions in the registers made regarding Istanbul financial system in that period is examined, it will be seen that most of the decisions takes place in the book numbered 9(26.4%)⁴. Decisions within the scope of our study are mostly take place in

² The classification made for each *Ahkâm Register* can be exemplified as: [Başbakanlık Osmanlı Arşivi(BOA, Office of the Prime Minister Ottoman Archives), Bab-ı Asafî Divan-ı Hümayun Sicilleri İstanbul Ahkâm Defteri(A.DVNS.AHK.İS.d.) 6, c. 648, p. 232, February 1763]

İSTANBUL AHKÂM REGİSTERS			CONFLICT ISSUES	REGION	SOCIAL POSITIONS OF THE PARTIES		THE MUTUAL RELIGIONS OF THE PARTIES		YEAR
Book Number	Page Number	Case Number			APPLICANT	COMPLAINÉE	APPLICANT	COMPLAINÉE	
6	232	648	Promissory Note	Haslar (Sülvn)	Reaya (Urbanite)	Reaya (Urbanite)	Muslim	Muslim	February 1763

³ Identity indication of judgements in footnotes -taking into consideration the condition of place- is made as “BOA book number / case number”. General identities of relevant registers take place in references.

⁴ In 9th book: BOA 9/42, BOA 9/50, BOA 9/100, BOA 9/133, BOA 9/141, BOA 9/151, BOA 9/154, BOA 9/166, BOA 9/169, BOA 9/207, BOA 9/211, BOA 9/223, BOA 9/238, BOA 9/276, BOA 9/281, BOA 9/296, BOA 9/298, BOA 9/333, BOA 9/335, BOA 9/337, BOA 9/344, BOA 9/375, BOA 9/376, BOA 9/377, BOA 9/378, BOA 9/382, BOA 9/387, BOA 9/395, BOA 9/396, BOA 9/401, BOA 9/411, BOA 9/422, BOA 9/446, BOA 9/464, BOA 9/470, BOA 9/497, BOA 9/502, BOA 9/508, BOA 9/520, BOA 9/522, BOA 9/527, BOA 9/545, BOA 9/561, BOA 9/563, BOA 9/574, BOA 9/596, BOA 9/603, BOA 9/607, BOA 9/609, BOA 9/617, BOA 9/636, BOA 9/640, BOA 9/641, BOA 9/642, BOA 9/653, BOA 9/663, BOA 9/669, BOA 9/688, BOA 9/692, BOA 9/697, BOA 9/724, BOA 9/737, BOA 9/789, BOA 9/797, BOA 9/805, BOA 9/809, BOA 9/842, BOA 9/854, BOA 9/856, BOA

the last three books⁵, and only 37.4% of total decisions are found in first three books(numbered 3, 4 and 5⁶).⁷

9/862, BOA 9/880, BOA 9/890, BOA 9/900, BOA 9/914, BOA 9/926, BOA 9/965, BOA 9/1016, BOA 9/1025, BOA 9/1032, BOA 9/1049, BOA 9/1064, BOA 9/1069, BOA 9/1072, BOA 9/1074, BOA 9/1079, BOA 9/1119, BOA 9/1127, BOA 9/1134, BOA 9/1153, BOA 9/1163, BOA 9/1166, BOA 9/1174, BOA 9/1182, BOA 9/1210, BOA 9/1213, BOA 9/1214, BOA 9/1241, BOA 9/1270, BOA 9/1297, BOA 9/1308, BOA 9/1326, BOA 9/1330, BOA 9/1331 and BOA 9/1137.

⁵ In 7th book: BOA 7/4, BOA 7/28, BOA 7/43, BOA 7/54, BOA 7/63, BOA 7/104, BOA 7/119, BOA 7/200, BOA 7/205, BOA 7/214, BOA 7/216, BOA 7/254, BOA 7/256, BOA 7/306, BOA 7/311, BOA 7/325, BOA 7/340, BOA 7/344, BOA 7/358, BOA 7/384, BOA 7/387, BOA 7/412, BOA 7/430, BOA 7/481, BOA 7/483, BOA 7/494, BOA 7/608, BOA 7/682, BOA 7/694, BOA 7/695, BOA 7/729, BOA 7/738, BOA 7/764, BOA 7/805, BOA 7/825, BOA 7/827, BOA 7/842, BOA 7/849, BOA 7/858, BOA 7/861, BOA 7/887, BOA 7/935, BOA 7/953, BOA 7/1001, BOA 7/1033, BOA 7/1070, BOA 7/1071, BOA 7/1074, BOA 7/1090, BOA 7/1091, BOA 7/1121, BOA 7/1125, BOA 7/1132, BOA 7/1136, BOA 7/1137, BOA 7/1138, BOA 7/1143, BOA 7/1155, BOA 7/1156, BOA 7/1213, BOA 7/1218 and BOA 7/1224. In 8th book: BOA 8/4, BOA 8/25, BOA 8/88, BOA 8/99, BOA 8/104, BOA 8/131, BOA 8/237, BOA 8/263, BOA 8/320, BOA 8/331, BOA 8/361, BOA 8/396, BOA 8/397, BOA 8/429, BOA 8/500, BOA 8/502, BOA 8/514, BOA 8/534, BOA 8/543, BOA 8/578, BOA 8/598, BOA 8/599, BOA 8/662, BOA 8/690, BOA 8/706, BOA 8/707, BOA 8/763, BOA 8/783, BOA 8/787, BOA 8/793, BOA 8/801, BOA 8/827, BOA 8/991, BOA 8/1011, BOA 8/1014, BOA 8/1050, BOA 8/1180, BOA 8/1189, BOA 8/1214, BOA 8/1215, BOA 8/1271 and BOA 8/1272.

⁶ In 3rd book: BOA 3/109, BOA 3/178, BOA 3/180, BOA 3/206, BOA 3/223, BOA 3/227, BOA 3/269, BOA 3/311, BOA 3/335, BOA 3/368, BOA 3/386, BOA 3/387, BOA 3/445, BOA 3/449, BOA 3/457, BOA 3/458, BOA 3/474, BOA 3/479, BOA 3/497, BOA 3/543, BOA 3/568, BOA 3/584, BOA 3/604, BOA 3/635, BOA 3/657, BOA 3/658, BOA 3/683, BOA 3/752, BOA 3/768, BOA 3/779, BOA 3/785, BOA 3/791, BOA 3/809, BOA 3/816, BOA 3/817, BOA 3/883, BOA 3/910, BOA 3/922, BOA 3/972, BOA 3/1003, BOA 3/1017, BOA 3/1023, BOA 3/1047, BOA 3/1054, BOA 3/1061, BOA 3/1085, BOA 3/1130, BOA 3/1132, BOA 3/1141, BOA 3/1149, BOA 3/1179, BOA 3/1323, BOA 3/1345, BOA 3/1374 and BOA 3/1382. In 4th book: BOA 4/28, BOA 4/54, BOA 4/83, BOA 4/84, BOA 4/125, BOA 4/129, BOA 4/195, BOA 4/197, BOA 4/206, BOA 4/223, BOA 4/250, BOA 4/253, BOA 4/260, BOA 4/307, BOA 4/381, BOA 4/423, BOA 4/462, BOA 4/473, BOA 4/485, BOA 4/491, BOA 4/558, BOA 4/577, BOA 4/621, BOA 4/622, BOA 4/623, BOA 4/624, BOA 4/625, BOA 4/626, BOA 4/627, BOA 4/628, BOA 4/629, BOA 4/631, BOA 4/632, BOA 4/703, BOA 4/734, BOA 4/764, BOA 4/769, BOA 4/770, BOA 4/778, BOA 4/787, BOA 4/817, BOA 4/818, BOA 4/824, BOA 4/869, BOA 4/874, BOA 4/884, BOA 4/916, BOA 4/942, BOA 4/997 and BOA 4/1011. In 5th book: BOA 5/14, BOA 5/41, BOA 5/70, BOA 5/101, BOA 5/106, BOA 5/141, BOA 5/197, BOA 5/209, BOA 5/217, BOA 5/270, BOA 5/292, BOA 5/346, BOA 5/351, BOA 5/402, BOA 5/410, BOA 5/440, BOA 5/502, BOA 5/511, BOA 5/564, BOA 5/565, BOA 5/618, BOA 5/621, BOA 5/652, BOA 5/654, BOA 5/694, BOA 5/707, BOA 5/725, BOA 5/738, BOA 5/752, BOA 5/756, BOA 5/764, BOA 5/819, BOA 5/840, BOA 5/855, BOA 5/872, BOA 5/906, BOA 5/919, BOA 5/921, BOA 5/932, BOA 5/953, BOA 5/983 and BOA 5/995.

⁷ In 6th book: BOA 6/44, BOA 6/84, BOA 6/88, BOA 6/106, BOA 6/128, BOA 6/137, BOA 6/154, BOA 6/156, BOA 6/160, BOA 6/163, BOA 6/206, BOA 6/213, BOA 6/217, BOA 6/235, BOA 6/288, BOA 6/371, BOA 6/374, BOA 6/385, BOA 6/480, BOA 6/481, BOA

394 cases about Istanbul financial system, can also be elaborated according to our study period, the years between 1750 and 1780.

Table 2. Distribution of Istanbul Ahkâm Registers Related to Istanbul Financial System in 18th Century By Years (1750-1780)

YEAR	REGISTRY(BOOK) NUMBER							TOTAL
	3	4	5	6	7	8	9	
1750-1754	51	-	-	-	-	-	-	51
1755-1759	4	50	18	-	-	-	-	72
1760-1764	-	-	24	38	23	-	-	85
1765-1769	-	-	-	-	39	20	-	59
1770-1774	-	-	-	-	-	4	-	4
1775-1779	-	-	-	-	-	18	105	123
TOTAL	55	50	42	38	62	42	105	394

As seen in Table 2, the problems experienced in the financial system of Istanbul in that period, have usually been concentrated in the period of 1775-1779. The concentration in books was evident in 1775-1779(no.9). Towards the middle of the century, the reduction in decisions has been noticed. Indeed, only 16% of the total decisions covers the years 1765 and 1774.

B. Classification of the Financial Problems in Istanbul in the 18th Century by Topics

To find out what are the problems experienced in Istanbul financial life in the period between 1750-1780, each *Ahkâm Register* has been classified by seven general topics we have identified as the main financial problems.

The financial problems experienced in Istanbul in the 18th century can be held as (i)“*debit and credit disputes founded on contract*”, (ii)“*debit and credit disputes founded on contract which furnished security*”, (iii)“*collection of a claim and bankruptcy*”, (iv)“*returning the wrongful and unlawful appropriation*”, (v)“*tax dispute*”, (vi)“*land tenure(iltizam)*” and (vii)“*general issues*”.

Table 3. Financial Problems Encountered in Istanbul in the 18th Century

6/489, BOA 6/492, BOA 6/501, BOA 6/548, BOA 6/626, BOA 6/630, BOA 6/648, BOA 6/669, BOA 6/693, BOA 6/715, BOA 6/812, BOA 6/891, BOA 6/925, BOA 6/974, BOA 6/986, BOA 6/1004, BOA 6/1008, BOA 6/1013 and BOA 6/618.

CONFLICT ISSUES	CASES	PERCENTAGE
A. DEBIT AND CREDIT DISPUTES FOUNDED ON CONTRACT	219	55.6%
B. DEBIT AND CREDIT DISPUTES FOUNDED ON CONTRACT WHICH FURNISHED SECURITY	77	19.5%
C. COLLECTION OF A CLAIM AND BANKRUPTCY	23	5.8%
D. RETURNING THE WRONGFUL AND UNLAWFUL APPROPRIATION	11	2.8%
E. TAX DISPUTE	95	24.1%
F. LAND TENURE (<i>ILTIZAM</i>)	25	6.3%
G. GENERAL ISSUES	5	1.3%

elaborated in table 3; the problems of financial system in Istanbul in that period have been determined to be related to *debit and credit disputes founded on contract*⁸ and *tax dispute*⁹ topics generally. While these problems are followed by *debit and credit*

⁸ BOA 3/178, BOA 3/180, BOA 3/206, BOA 3/223, BOA 3/269, BOA 3/311, BOA 3/387, BOA 3/445, BOA 3/449, BOA 3/457, BOA 3/479, BOA 3/497, BOA 3/543, BOA 3/568, BOA 3/584, BOA 3/604, BOA 3/657, BOA 3/658, BOA 3/768, BOA 3/817, BOA 3/883, BOA 3/922, BOA 3/1003, BOA 3/1047, BOA 3/1054, BOA 3/1061, BOA 3/1085, BOA 3/1132, BOA 3/1141, BOA 3/1149, BOA 3/1345, BOA 3/1374, BOA 4/28, BOA 4/54, BOA 4/125, BOA 4/206, BOA 4/260, BOA 4/423, BOA 4/558, BOA 4/770, BOA 4/778, BOA 4/787, BOA 4/869, BOA 4/942, BOA 5/41, BOA 5/106, BOA 5/217, BOA 5/270, BOA 5/292, BOA 5/410, BOA 5/440, BOA 5/511, BOA 5/652, BOA 5/654, BOA 5/694, BOA 5/707, BOA 5/756, BOA 5/764, BOA 5/819, BOA 5/840, BOA 5/855, BOA 5/872, BOA 5/919, BOA 5/921, BOA 5/932, BOA 5/953, BOA 5/983, BOA 5/995, BOA 6/84, BOA 6/88, BOA 6/106, BOA 6/128, BOA 6/137, BOA 6/154, BOA 6/156, BOA 6/206, BOA 6/217, BOA 6/374, BOA 6/385, BOA 6/480, BOA 6/669, BOA 6/693, BOA 6/812, BOA 6/974, BOA 6/986, BOA 6/1008, BOA 6/1013, BOA 7/4, BOA 7/28, BOA 7/43, BOA 7/54, BOA 7/205, BOA 7/214, BOA 7/254, BOA 7/387, BOA 7/412, BOA 7/481, BOA 7/483, BOA 7/608, BOA 7/682, BOA 7/694, BOA 7/729, BOA 7/805, BOA 7/825, BOA 7/827, BOA 7/842, BOA 7/849, BOA 7/858, BOA 7/861, BOA 7/935, BOA 7/953, BOA 7/1001, BOA 7/1033, BOA 7/1071, BOA 7/1074, BOA 7/1090, BOA 7/1091, BOA 7/1121, BOA 7/1125, BOA 7/1132, BOA 7/1136, BOA 7/1137, BOA 7/1138, BOA 7/1143, BOA 7/1155, BOA 7/1156, BOA 7/1213, BOA 7/1218, BOA 7/1224, BOA 8/4, BOA 8/25, BOA 8/88, BOA 8/99, BOA 8/104, BOA 8/131, BOA 8/237, BOA 8/320, BOA 8/331, BOA 8/396, BOA 8/534, BOA 8/578, BOA 8/598, BOA 8/662, BOA 8/690, BOA 8/706, BOA 8/707, BOA 8/763, BOA 8/783, BOA 8/787, BOA 8/793, BOA 8/801, BOA 8/827, BOA 8/991, BOA 8/1011, BOA 8/1014, BOA 8/1180, BOA 8/1189, BOA 9/42, BOA 9/50, BOA 9/100, BOA 9/151, BOA 9/166, BOA 9/207, BOA 9/211, BOA 9/223, BOA 9/238, BOA 9/296, BOA 9/333, BOA 9/335, BOA 9/344, BOA 9/375, BOA 9/376, BOA 9/382, BOA 9/387, BOA 9/396, BOA 9/411, BOA 9/422, BOA 9/464, BOA 9/470, BOA 9/497, BOA 9/502, BOA 9/508, BOA 9/574, BOA 9/596, BOA 9/607, BOA 9/609, BOA 6/618, BOA 9/636, BOA 9/640, BOA 9/642, BOA 9/653, BOA 9/663, BOA 9/669, BOA 9/688, BOA 9/692, BOA 9/697, BOA 9/724, BOA 9/737, BOA 9/789, BOA 9/805, BOA 9/856, BOA 9/862, BOA 9/914, BOA 9/926, BOA 9/965, BOA 9/1016, BOA 9/1025, BOA 9/1049, BOA 9/1064, BOA 9/1127, BOA 9/1153, BOA 9/1166, BOA 9/1174, BOA 9/1213, BOA 9/1241, BOA 9/1308, BOA 9/1326, BOA 9/1331 and BOA 9/1137.

⁹ BOA 3/109, BOA 3/227, BOA 3/335, BOA 3/368, BOA 3/386, BOA 3/458, BOA 3/635,

*disputes founded on contract which furnished security*¹⁰ and *land tenure(iltizam)*¹¹ respectively, it has been noticed that the problems as *collection of a claim and bankruptcy*¹², *returning the wrongful and unlawful appropriation*¹³ and *general issues*¹⁴ in Istanbul in that period are relatively few.

These fundamental problems can be elaborated as follows; “ordinary

BOA 3/752, BOA 3/779, BOA 3/791, BOA 3/809, BOA 3/816, BOA 3/910, BOA 3/1017, BOA 3/1130, BOA 3/1179, BOA 3/1323, BOA 3/1382, BOA 4/83, BOA 4/84, BOA 4/129, BOA 4/195, BOA 4/197, BOA 4/223, BOA 4/250, BOA 4/307, BOA 4/462, BOA 4/621, BOA 4/622, BOA 4/623, BOA 4/624, BOA 4/625, BOA 4/626, BOA 4/627, BOA 4/628, BOA 4/629, BOA 4/631, BOA 4/632, BOA 4/703, BOA 4/764, BOA 4/769, BOA 4/884, BOA 4/997, BOA 5/70, BOA 5/101, BOA 5/141, BOA 5/197, BOA 5/346, BOA 5/351, BOA 5/502, BOA 5/565, BOA 5/618, BOA 5/621, BOA 5/738, BOA 5/752, BOA 6/160, BOA 6/163, BOA 6/213, BOA 6/235, BOA 6/371, BOA 6/489, BOA 6/501, BOA 6/548, BOA 6/630, BOA 6/891, BOA 6/925, BOA 7/104, BOA 7/311, BOA 7/325, BOA 7/340, BOA 7/358, BOA 7/384, BOA 7/430, BOA 7/887, BOA 7/1090, BOA 8/263, BOA 8/429, BOA 8/514, BOA 8/543, BOA 8/1050, BOA 9/298, BOA 9/337, BOA 9/446, BOA 9/527, BOA 9/545, BOA 9/561, BOA 9/563, BOA 9/809, BOA 9/842, BOA 9/880, BOA 9/890, BOA 9/1069, BOA 9/1079, BOA 9/1214 and BOA 9/1270.

¹⁰ BOA 3/474, BOA 3/568, BOA 3/883, BOA 3/1003, BOA 3/1023, BOA 3/1149, BOA 4/125, BOA 4/558, BOA 4/734, BOA 4/778, BOA 4/942, BOA 5/106, BOA 5/511, BOA 5/725, BOA 5/819, BOA 6/44, BOA 6/88, BOA 6/156, BOA 6/492, BOA 6/626, BOA 6/648, BOA 6/715, BOA 7/54, BOA 7/63, BOA 7/200, BOA 7/214, BOA 7/254, BOA 7/608, BOA 7/695, BOA 7/738, BOA 7/764, BOA 7/827, BOA 7/1155, BOA 7/1224, BOA 8/361, BOA 8/397, BOA 8/500, BOA 8/707, BOA 8/763, BOA 9/50, BOA 9/133, BOA 9/169, BOA 9/207, BOA 9/223, BOA 9/276, BOA 9/375, BOA 9/377, BOA 9/378, BOA 9/395, BOA 9/411, BOA 9/497, BOA 9/520, BOA 9/522, BOA 9/603, BOA 9/609, BOA 9/617, BOA 9/653, BOA 9/688, BOA 9/697, BOA 9/797, BOA 9/854, BOA 9/856, BOA 9/900, BOA 9/965, BOA 9/1025, BOA 9/1064, BOA 9/1074, BOA 9/1119, BOA 9/1134, BOA 9/1153, BOA 9/1163, BOA 9/1174, BOA 9/1182, BOA 9/1241, BOA 9/1297, BOA 9/1330 and BOA 9/1331.

¹¹ BOA 3/458, BOA 4/491, BOA 4/577, BOA 4/817, BOA 4/818, BOA 4/824, BOA 4/916, BOA 5/14, BOA 5/209, BOA 5/402, BOA 5/564, BOA 5/906, BOA 6/288, BOA 6/481, BOA 6/1004, BOA 7/63, BOA 7/216, BOA 7/256, BOA 7/306, BOA 7/344, BOA 8/502, BOA 9/141, BOA 9/154, BOA 9/401 and BOA 9/1032.

¹² BOA 4/253, BOA 4/381, BOA 4/473, BOA 4/485, BOA 4/770, BOA 5/41, BOA 5/270, BOA 5/707, BOA 5/725, BOA 5/983, BOA 6/669, BOA 7/28, BOA 7/119, BOA 7/306, BOA 7/608, BOA 7/682, BOA 7/825, BOA 7/1132, BOA 8/598, BOA 8/662, BOA 9/636, BOA 9/1049 and BOA 9/1072.

¹³ BOA 3/683, BOA 3/1382, BOA 4/874, BOA 7/494, BOA 7/1070, BOA 8/599, BOA 8/1271, BOA 8/1272, BOA 9/281, BOA 9/641 and BOA 9/1210.

¹⁴ BOA 3/785, BOA 3/972, BOA 4/1011, BOA 8/1214 and BOA 8/1215.

debit and credit dispute”¹⁵, “debit and credit disputes founded on trade”¹⁶, “debit and credit disputes founded on lease contract”¹⁷, “borrowing and credit”¹⁸, “usury(murabaha)”¹⁹, “promissory note”²⁰, “cost of peace”²¹, “pawned debt”²²,

¹⁵ BOA 3/180, BOA 3/223, BOA 3/269, BOA 3/311, BOA 3/387, BOA 3/457, BOA 3/497, BOA 3/568, BOA 3/657, BOA 3/658, BOA 3/817, BOA 3/883, BOA 3/922, BOA 3/1003, BOA 3/1047, BOA 3/1054, BOA 3/1374, BOA 4/28, BOA 4/54, BOA 4/125, BOA 4/260, BOA 4/423, BOA 4/558, BOA 4/770, BOA 4/787, BOA 4/869, BOA 5/41, BOA 5/270, BOA 5/292, BOA 5/654, BOA 5/756, BOA 5/764, BOA 5/840, BOA 5/932, BOA 5/953, BOA 5/995, BOA 6/84, BOA 6/88, BOA 6/137, BOA 6/206, BOA 6/385, BOA 6/480, BOA 6/974, BOA 6/1013, BOA 7/214, BOA 7/254, BOA 7/481, BOA 7/483, BOA 7/729, BOA 7/849, BOA 7/858, BOA 7/861, BOA 7/1071, BOA 7/1125, BOA 7/1137, BOA 7/1138, BOA 7/1143, BOA 7/1218, BOA 8/25, BOA 8/88, BOA 8/104, BOA 8/131, BOA 8/320, BOA 8/578, BOA 8/690, BOA 8/706, BOA 8/783, BOA 8/793, BOA 8/827, BOA 8/1011, BOA 8/1014, BOA 9/100, BOA 9/166, BOA 9/207, BOA 9/238, BOA 9/422, BOA 9/464, BOA 9/470, BOA 9/497, BOA 9/502, BOA 9/508, BOA 9/596, BOA 6/618, BOA 9/692, BOA 9/805, BOA 9/856, BOA 9/914, BOA 9/926, BOA 9/1025, BOA 9/1064, BOA 9/1127, BOA 9/1166, BOA 9/1308, BOA 9/1326 and BOA 9/1137.

¹⁶ BOA 3/178, BOA 3/449, BOA 3/543, BOA 3/584, BOA 3/604, BOA 3/1132, BOA 3/1141, BOA 3/1345, BOA 4/206, BOA 5/217, BOA 5/410, BOA 5/872, BOA 5/919, BOA 6/84, BOA 6/106, BOA 6/128, BOA 6/693, BOA 7/43, BOA 7/387, BOA 7/412, BOA 7/608, BOA 7/682, BOA 7/842, BOA 7/849, BOA 7/953, BOA 7/1001, BOA 7/1090, BOA 7/1143, BOA 7/1155, BOA 7/1156, BOA 7/1224, BOA 8/104, BOA 8/331, BOA 8/396, BOA 8/534, BOA 8/763, BOA 8/787, BOA 8/801, BOA 9/211, BOA 9/335, BOA 9/344, BOA 9/375, BOA 9/376, BOA 9/387, BOA 9/609, BOA 9/669, BOA 9/737, BOA 9/789, BOA 9/862, BOA 9/1016, BOA 9/1153, BOA 9/1174 and BOA 9/1331.

¹⁷ BOA 3/479, BOA 3/1061, BOA 5/652, BOA 7/694, BOA 7/1121, BOA 8/4, BOA 8/991, BOA 9/151 and BOA 9/640.

¹⁸ BOA 3/445, BOA 3/1054, BOA 3/1085, BOA 3/1149, BOA 4/28, BOA 4/778, BOA 4/942, BOA 5/106, BOA 5/511, BOA 5/694, BOA 5/819, BOA 5/855, BOA 5/921, BOA 5/983, BOA 6/156, BOA 6/669, BOA 6/812, BOA 6/986, BOA 7/4, BOA 7/28, BOA 7/54, BOA 7/805, BOA 7/827, BOA 7/953, BOA 7/1033, BOA 7/1074, BOA 7/1091, BOA 7/1132, BOA 7/1136, BOA 8/598, BOA 8/662, BOA 8/707, BOA 8/1189, BOA 9/223, BOA 9/296, BOA 9/333, BOA 9/382, BOA 9/396, BOA 9/411, BOA 9/636, BOA 9/663, BOA 9/688, BOA 9/697, BOA 9/724, BOA 9/965, BOA 9/1049 and BOA 9/1241.

¹⁹ BOA 3/445, BOA 3/1085, BOA 5/707, BOA 5/983, BOA 6/812, BOA 6/974, BOA 6/986, BOA 7/28, BOA 7/214, BOA 7/825, BOA 7/935, BOA 7/1033, BOA 7/1074, BOA 7/1132, BOA 7/1213, BOA 8/598, BOA 8/707, BOA 9/296, BOA 9/333 and BOA 9/1049.

²⁰ BOA 3/474, BOA 3/568, BOA 3/883, BOA 3/1003, BOA 4/778, BOA 4/942, BOA 5/106, BOA 5/511, BOA 6/44, BOA 6/626, BOA 7/54, BOA 7/608, BOA 7/695, BOA 7/827, BOA 7/1224, BOA 8/361, BOA 8/397, BOA 8/707, BOA 8/763, BOA 9/133, BOA 9/169, BOA 9/207, BOA 9/395, BOA 9/411, BOA 9/497, BOA 9/520, BOA 9/522, BOA 9/603, BOA 9/617, BOA 9/653, BOA 9/697, BOA 9/797, BOA 9/854, BOA 9/900, BOA 9/965, BOA 9/1119, BOA 9/1134, BOA 9/1163, BOA 9/1182 and BOA 9/1241.

²¹ BOA 3/883, BOA 4/125, BOA 5/725, BOA 6/492, BOA 7/254, BOA 7/738, BOA 7/764, BOA 9/50 and BOA 9/1074.

²² BOA 3/1149, BOA 5/819, BOA 6/156, BOA 6/626, BOA 6/715, BOA 7/200 and BOA 9/223.

“guarantor”²³, “instalment debts”²⁴, “distrain the property of debtor”²⁵, “returning the wringed money of askeri”²⁶, “returning the appropriated funds and property”²⁷, “levy”²⁸, “not to pay tax”²⁹, “unlawful and wrongful levy”³⁰, “tax exemption”³¹, “muqâtaa revenue”³², “giving muqâtaa to the land tenure”³³ and “general issues”.

These financial problem issues experienced in Istanbul, were analyzed according to Istanbul’s main areas in that period (*Surici, Galata, Uskudar and Haslar*) and the distribution of religion of the parties.

²³ BOA 6/88, BOA 7/214, BOA 8/500, BOA 9/169, BOA 9/276, BOA 9/377, BOA 9/609, BOA 9/688, BOA 9/856, BOA 9/1025, BOA 9/1064, BOA 9/1174, BOA 9/1297, BOA 9/1330 and BOA 9/1331.

²⁴ BOA 4/253, BOA 5/707, BOA 5/983, BOA 6/669, BOA 7/28, BOA 7/119, BOA 7/306, BOA 7/825, BOA 7/1132, BOA 8/598, BOA 8/662, BOA 9/636 and BOA 9/1049.

²⁵ BOA 4/770, BOA 5/41, BOA 5/270, BOA 5/725, BOA 7/608 and BOA 7/682.

²⁶ BOA 3/683, BOA 3/1382, BOA 4/874, BOA 7/494, BOA 7/1070, BOA 8/1271, BOA 8/1272, BOA 9/641 and BOA 9/1210.

²⁷ BOA 8/599.

²⁸ BOA 6/891, BOA 8/263, BOA 9/446, BOA 9/527 and BOA 9/563.

²⁹ BOA 3/809, BOA 3/816, BOA 4/83, BOA 4/84, BOA 4/462, BOA 4/764, BOA 4/769, BOA 5/101, BOA 6/548, BOA 6/925, BOA 7/104, BOA 7/887, BOA 7/1090, BOA 8/543 and BOA 9/880.

³⁰ BOA 3/227, BOA 3/335, BOA 3/368, BOA 3/386, BOA 3/458, BOA 3/752, BOA 3/791, BOA 3/910, BOA 3/1017, BOA 3/1130, BOA 3/1382, BOA 4/129, BOA 4/195, BOA 4/197, BOA 4/250, BOA 4/307, BOA 5/70, BOA 5/346, BOA 5/565, BOA 5/621, BOA 5/752, BOA 6/213, BOA 6/371, BOA 6/489, BOA 6/501, BOA 6/630, BOA 7/311, BOA 7/325, BOA 7/340, BOA 7/358, BOA 7/384, BOA 7/430, BOA 8/1050, BOA 9/298, BOA 9/337, BOA 9/561, BOA 9/842, BOA 9/1069, BOA 9/1079 and BOA 9/1214.

³¹ BOA 3/109, BOA 3/635, BOA 4/223, BOA 4/621, BOA 4/622, BOA 4/623, BOA 4/624, BOA 4/625, BOA 4/626, BOA 4/627, BOA 4/628, BOA 4/629, BOA 4/631, BOA 4/632, BOA 4/703, BOA 4/884, BOA 4/997, BOA 5/141, BOA 5/197, BOA 5/351, BOA 5/502, BOA 5/618, BOA 5/738, BOA 6/160, BOA 6/235, BOA 8/429, BOA 8/514, BOA 9/545, BOA 9/809, BOA 9/890 and BOA 9/1270.

³² BOA 7/63 and BOA 9/1032.

³³ BOA 4/491, BOA 4/577, BOA 4/817, BOA 4/818, BOA 4/824, BOA 5/14, BOA 5/209, BOA 5/402, BOA 5/564, BOA 5/906, BOA 6/288 and BOA 6/481.

Table 4. Distribution of Financial Problems Experienced in Istanbul in the 18th Century, by Istanbul's Townships and Religion of Parties

	CONFLICT ISSUES																			
	ORDINARY DEBIT AND CREDIT DISPUTE	DEBIT AND CREDIT DISPUTES FOUNDED ON TRADE	DEBIT AND CREDIT DISPUTES FOUNDED ON LEASE CONTRACT	BORROWING AND CREDIT	USURY	PROMISSORY NOTE	COST OF PEACE	PAWNED DEBT	GUARANTOR	INSTALMENT DEBTS	DISTRAIN THE PROPERTY OF DEBTOR	RETURNING THE WRINGED MONEY OF ASKER	RETURNING THE APPROPRIATED FUNDS AND PROPERTY	LEVY	NOT TO PAY TAX	UNLAWFUL AND WRONGFUL LEVY	TAX EXEMPTION	MUQATAA REVENUE	GIVING MUQATAA TO THE LAND TENURE	GENERAL ISSUES
I. REGION	95	53	9	47	20	40	9	7	15	13	6	9	1	5	15	40	31	2	12	5
a.SURICI	4	1	-	6	3	-	-	-	-	6	-	-	1	1	5	3	29	-	8	1
b.GALATA	37	20	-	16	9	18	5	1	7	3	3	7	-	1	-	6	-	1	1	-
c.USKUDAR	29	14	5	16	4	7	4	4	5	1	2	1	-	2	2	19	2	1	-	-
d.HASLAR	25	18	4	9	4	15	-	2	3	3	1	1	-	1	8	12	-	-	3	4
II. RELIGIOUS COMPOSITION	95	53	9	47	20	40	9	7	15	13	6	9	1	5	15	40	31	2	12	5
a.MUSLIM	62	30	9	30	12	24	5	7	7	9	4	3	1	5	14	31	3	2	12	4
b.NON-MUSLIM	33	23	-	17	8	16	4	-	8	4	2	6	-	-	1	9	28	-	-	1

When the results of classification shown in Table 4 are evaluated, the social issues experienced in Istanbul in 18th century as *ordinary debit and credit dispute*(24.1%) mainly arise in the *Haslar* district and among *Muslim* citizens.

Indeed, in the analysis of the problems in Istanbul financial system, carried out according to the Istanbul's townships, it has been seen that; in *Surici* township *tax exemption*(29 cases) issue; in *Galata*, *Uskudar* and *Haslar* townships also *ordinary debit and credit dispute*(respectly 37, 29 and 25 cases) issues are generally the main topics.

However, when religious distribution of these financial problems is analyzed; while the *Muslim* citizens usually have problems like *ordinary debit and credit dispute*(24.4%), *unlawful and wrongful levy*(12.2%), *debit and credit disputes founded on trade*(11.8%) and *borrowing and credit*(11.8%); it has been observed that *Non-Muslim* citizens usually have problems related to *ordinary debit and credit dispute*(23.4%), *tax exemption*(19.9%) and *debit and credit disputes founded on trade*(16.3%).

C. Classification of Financial Problems Encountered in Istanbul in the 18th Century by Townships and Sub-districts

While the decisions made by *Divan-ı Humayun* are saved to the *Ahkâm Registers*, the related place of judgements is explained according to the sub-districts. In order to examine the judgements according to the place where the application is made, in the scope of the study; the sub-districts specified in the judgements have been classified by *Surici* and *Bilad-ı Selase* townships of that period. In this context, in which hinterland(*Surici* and *Bilad-ı Selase*) the sub-districts described in each book record are situated, has been determined and in this way, data related to the place where judgements are made is compiled.³⁴

Table 5. Places in Istanbul where Financial Problems Experienced in the 18th Century

	REGION				TOTAL
	SURICI	GALATA	USKUDAR	HASLAR	
CASES	62	110	108	114	394
PERCENTAGE	15.7%	27.9%	27.4%	28.9%	100%

³⁴ To be able to make classification related to place, firstly, subdistricts of *Surici*, *Galata*, *Uskudar* and *Haslar* region have been researched. Next, based on the subdistricts stated in judgements, judgements have been classified by region and subdistrict.

As classified in Table 5, in book records, for *Surici* 62³⁵, for *Galata* 110³⁶, for *Uskudar* 108³⁷ and for *Haslar* with the largest land border 114³⁸

³⁵ BOA 3/109, BOA 3/458, BOA 3/543, BOA 3/635, BOA 3/785, BOA 3/809, BOA 3/1017, BOA 3/1085, BOA 4/28, BOA 4/223, BOA 4/253, BOA 4/462, BOA 4/491, BOA 4/577, BOA 4/621, BOA 4/622, BOA 4/623, BOA 4/624, BOA 4/625, BOA 4/626, BOA 4/627, BOA 4/628, BOA 4/629, BOA 4/631, BOA 4/632, BOA 4/703, BOA 4/764, BOA 4/769, BOA 4/817, BOA 4/818, BOA 4/824, BOA 4/884, BOA 4/997, BOA 5/141, BOA 5/197, BOA 5/351, BOA 5/402, BOA 5/502, BOA 5/564, BOA 5/618, BOA 5/707, BOA 5/738, BOA 6/160, BOA 6/235, BOA 6/288, BOA 6/548, BOA 7/306, BOA 8/429, BOA 8/514, BOA 8/578, BOA 8/598, BOA 8/599, BOA 8/662, BOA 8/827, BOA 8/1050, BOA 9/446, BOA 9/636, BOA 9/663, BOA 9/809, BOA 9/890, BOA 9/1072 and BOA 9/1166.

³⁶ BOA 3/311, BOA 3/387, BOA 3/658, BOA 3/683, BOA 3/883, BOA 3/1047, BOA 3/1374, BOA 3/1382, BOA 4/197, BOA 4/260, BOA 4/869, BOA 5/106, BOA 5/621, BOA 5/654, BOA 5/694, BOA 5/725, BOA 5/764, BOA 5/764, BOA 5/872, BOA 5/906, BOA 5/919, BOA 5/953, BOA 5/983, BOA 5/995, BOA 6/106, BOA 6/206, BOA 6/374, BOA 6/385, BOA 6/480, BOA 6/693, BOA 6/891, BOA 6/974, BOA 6/986, BOA 7/4, BOA 7/54, BOA 7/63, BOA 7/205, BOA 7/216, BOA 7/254, BOA 7/256, BOA 7/387, BOA 7/481, BOA 7/494, BOA 7/608, BOA 7/682, BOA 7/695, BOA 7/738, BOA 7/764, BOA 7/825, BOA 7/827, BOA 7/842, BOA 7/849, BOA 7/858, BOA 7/861, BOA 7/953, BOA 7/1001, BOA 7/1033, BOA 7/1070, BOA 7/1071, BOA 7/1074, BOA 7/1132, BOA 7/1136, BOA 7/1137, BOA 7/1138, BOA 7/1213, BOA 7/1218, BOA 7/1224, BOA 8/88, BOA 8/104, BOA 8/131, BOA 8/320, BOA 8/361, BOA 8/502, BOA 8/690, BOA 8/763, BOA 8/793, BOA 8/801, BOA 8/1271, BOA 8/1272, BOA 9/207, BOA 9/211, BOA 9/223, BOA 9/296, BOA 9/377, BOA 9/508, BOA 9/522, BOA 9/561, BOA 9/574, BOA 9/603, BOA 9/607, BOA 9/617, BOA 9/641, BOA 9/642, BOA 9/653, BOA 9/669, BOA 9/688, BOA 9/692, BOA 9/797, BOA 9/856, BOA 9/965, BOA 9/1016, BOA 9/1069, BOA 9/1079, BOA 9/1127, BOA 9/1134, BOA 9/1174, BOA 9/1182, BOA 9/1297, BOA 9/1326, BOA 9/1330 and BOA 9/1331.

³⁷ BOA 3/178, BOA 3/206, BOA 3/269, BOA 3/368, BOA 3/386, BOA 3/445, BOA 3/449, BOA 3/457, BOA 3/604, BOA 3/657, BOA 3/768, BOA 3/791, BOA 3/817, BOA 3/922, BOA 3/1023, BOA 3/1054, BOA 3/1061, BOA 3/1130, BOA 3/1132, BOA 3/1141, BOA 3/1149, BOA 3/1179, BOA 3/1345, BOA 4/54, BOA 4/125, BOA 4/129, BOA 4/206, BOA 4/250, BOA 4/423, BOA 4/473, BOA 4/485, BOA 4/558, BOA 4/734, BOA 4/770, BOA 4/778, BOA 4/787, BOA 4/874, BOA 4/942, BOA 5/41, BOA 5/70, BOA 5/292, BOA 5/410, BOA 5/511, BOA 5/565, BOA 5/652, BOA 5/752, BOA 5/819, BOA 5/921, BOA 5/932, BOA 6/213, BOA 6/371, BOA 6/492, BOA 6/715, BOA 6/925, BOA 6/1004, BOA 6/1013, BOA 7/28, BOA 7/43, BOA 7/200, BOA 7/214, BOA 7/311, BOA 7/325, BOA 7/340, BOA 7/384, BOA 7/430, BOA 7/694, BOA 7/805, BOA 7/1121, BOA 7/1143, BOA 8/4, BOA 8/25, BOA 8/237, BOA 8/263, BOA 8/331, BOA 8/783, BOA 8/1189, BOA 9/50, BOA 9/100, BOA 9/166, BOA 9/169, BOA 9/276, BOA 9/281, BOA 9/298, BOA 9/333, BOA 9/335, BOA 9/337, BOA 9/344, BOA 9/375, BOA 9/382, BOA 9/396, BOA 9/400, BOA 9/502, BOA 9/545, BOA 9/563, BOA 6/618, BOA 9/697, BOA 9/724, BOA 9/842, BOA 9/854, BOA 9/880, BOA 9/900, BOA 9/926, BOA 9/1025, BOA 9/1032, BOA 9/1064, BOA 9/1074, BOA 9/1270 and BOA 9/1137.

³⁸ BOA 3/180, BOA 3/223, BOA 3/227, BOA 3/335, BOA 3/474, BOA 3/479, BOA 3/497, BOA 3/568, BOA 3/584, BOA 3/752, BOA 3/779, BOA 3/816, BOA 3/910, BOA 3/972, BOA 3/1003, BOA 3/1323, BOA 4/83, BOA 4/84, BOA 4/195, BOA 4/307, BOA 4/381, BOA 4/916, BOA 4/1011, BOA 5/14, BOA 5/101, BOA 5/209, BOA 5/217, BOA 5/270, BOA 5/346, BOA 5/440, BOA 5/756, BOA 5/840, BOA 5/855, BOA 6/44, BOA 6/84, BOA 6/88, BOA 6/128, BOA 6/137, BOA 6/154, BOA 6/156, BOA 6/163, BOA 6/217, BOA

cases related to financial system were found. At this point, it is determined that financial problems in Istanbul have occurred mostly in the *Haslar*(28.9%) region.

In the evaluation of the judgements on the basis of the place, distinction of the sub-districts in the hinterland of *Bilad-ı Selase* has been made according to *Galata*, *Uskudar* and *Haslar* regions.

Table 6. Distribution of Judgements Given Related to Financial System in *Galata* District by Their Sub-districts

GALATA					
TOWNSHIP	CASES	PERCENTAGE	TOWNSHIP	CASES	PERCENTAGE
BANDIRMA	11	10%	KAPUDAGI	48	43.6%
CORLU	2	1.8%	MARMARA	37	33.6%
ERDEK	9	8.1%	MUDANYA	1	0.9%
GEMLIK	1	0.9%	YENİKÖY	-	-
UNKNOWN	1	0.9%	TOTAL	110	100%

The concentration of judgements in *Galata* district boundaries by the township is indicated in Table 6. *Galata* region in Istanbul in the 18th century is divided into sub-district as; *Bandirma*³⁹, *Beyoglu*, *Corlu*⁴⁰, *Erdek*⁴¹, *Gemlik*⁴², *Istinye*, *Kapudagi*, *Kasimpasa*, *Marmara*, *Mudanya*⁴³, *Mahmutpaşa*, *Pınarhisar* and *Yenikoy*. In the classification of book judgements made by this distinction, it is seen that the judgements entering the *Galata* district

6/481, BOA 6/489, BOA 6/501, BOA 6/626, BOA 6/630, BOA 6/648, BOA 6/669, BOA 6/812, BOA 6/1008, BOA 7/104, BOA 7/119, BOA 7/344, BOA 7/358, BOA 7/412, BOA 7/483, BOA 7/729, BOA 7/887, BOA 7/935, BOA 7/1090, BOA 7/1091, BOA 7/1125, BOA 7/1155, BOA 7/1156, BOA 8/99, BOA 8/396, BOA 8/397, BOA 8/500, BOA 8/534, BOA 8/543, BOA 8/706, BOA 8/707, BOA 8/787, BOA 8/991, BOA 8/1011, BOA 8/1014, BOA 8/1180, BOA 8/1214, BOA 8/1215, BOA 9/42, BOA 9/133, BOA 9/141, BOA 9/151, BOA 9/154, BOA 9/238, BOA 9/376, BOA 9/378, BOA 9/387, BOA 9/395, BOA 9/401, BOA 9/411, BOA 9/422, BOA 9/464, BOA 9/497, BOA 9/520, BOA 9/527, BOA 9/596, BOA 9/609, BOA 9/640, BOA 9/737, BOA 9/789, BOA 9/805, BOA 9/862, BOA 9/914, BOA 9/1049, BOA 9/1119, BOA 9/1153, BOA 9/1163, BOA 9/1210, BOA 9/1213, BOA 9/1214, BOA 9/1241 and BOA 9/1308.

³⁹ BOA 4/869, BOA 5/764, BOA 5/872, BOA 6/206, BOA 6/693, BOA 7/764, BOA 7/1070, BOA 9/641, BOA 9/653, BOA 9/797 and BOA 9/856.

⁴⁰ BOA 9/1134 and BOA 9/1330.

⁴¹ BOA 7/481, BOA 7/827, BOA 7/1138, BOA 8/690, BOA 8/1271, BOA 9/561, BOA 9/1069, BOA 9/1079 and BOA 9/1127.

⁴² BOA 3/1382.

⁴³ BOA 9/692.

boundaries are mainly related to *Kapudagi*(43.6%)⁴⁴ and *Marmara*(33.6%)⁴⁵ townships.

Uskudar, another *Bilad-ı Selase* district, is composed of; *Adalar*⁴⁶, *Agacli*⁴⁷, *Begkoz*, *Gekbuze*, *Geyve*, *Kadikoy*⁴⁸, *Kandiri*⁴⁹, *Karamursel*, *Kartal*⁵⁰, *Kaymas*⁵¹, *Kocaili*, *Samandıra*, *Seyhler*⁵², *Sile*, *Taskopri*⁵³, *Tekfurdag*, *Tuzla*, *Yalakabad*⁵⁴ and *Yoros*⁵⁵ townships in the 18th century.

Table 7. Distribution of Judgements Given Related to Financial System in *Uskudar* District by Their Sub-districts

USKUDAR					
TOWNSHIP	CASES	PERCENTAGE	TOWNSHIP	CASES	PERCENTAGE
ADALAR	2	1.9%	KAYMAS	9	8.3%
AGACLI	2	1.9%	KOCAILI	-	-
GEKBUZE	22	20.4%	SEYHLER	2	1.9%
KADIKOY	1	0.9%	SILE	16	14.8%
KANDIRI	4	3.7%	TASKOPRI	5	4.6%
KARAMURSEL	35	32.4%	YALAKABAD	4	3.7%
KARTAL	3	2.8%	YOROS	1	0.9%
UNKNOWN	2	1.9%	TOTAL	108	100%

⁴⁴ BOA 3/311, BOA 3/387, BOA 3/683, BOA 3/883, BOA 3/1374, BOA 5/106, BOA 5/621, BOA 5/654, BOA 5/725, BOA 5/906, BOA 5/919, BOA 5/995, BOA 6/106, BOA 6/385, BOA 6/480, BOA 6/891, BOA 7/54, BOA 7/216, BOA 7/494, BOA 7/608, BOA 7/682, BOA 7/842, BOA 7/849, BOA 7/858, BOA 7/861, BOA 7/1074, BOA 7/1132, BOA 7/1213, BOA 7/1218, BOA 7/1224, BOA 8/88, BOA 8/320, BOA 8/361, BOA 8/502, BOA 8/763, BOA 8/793, BOA 8/801, BOA 8/1272, BOA 9/207, BOA 9/508, BOA 9/522, BOA 9/574, BOA 9/603, BOA 9/617, BOA 9/642, BOA 9/965, BOA 9/1174 and BOA 9/1326.

⁴⁵ BOA 3/658, BOA 3/1047, BOA 4/197, BOA 4/260, BOA 5/694, BOA 5/953, BOA 5/983, BOA 6/374, BOA 6/974, BOA 6/986, BOA 7/4, BOA 7/63, BOA 7/205, BOA 7/254, BOA 7/256, BOA 7/695, BOA 7/738, BOA 7/825, BOA 7/953, BOA 7/1001, BOA 7/1033, BOA 7/1071, BOA 7/1136, BOA 7/1137, BOA 8/104, BOA 8/131, BOA 9/211, BOA 9/223, BOA 9/296, BOA 9/377, BOA 9/607, BOA 9/669, BOA 9/688, BOA 9/1016, BOA 9/1182, BOA 9/1297 and BOA 9/1331.

⁴⁶ BOA 3/1061 and BOA 3/1149.

⁴⁷ BOA 4/250 and BOA 9/298.

⁴⁸ BOA 9/545.

⁴⁹ BOA 3/604, BOA 3/817, BOA 3/1130 and BOA 3/1179.

⁵⁰ BOA 5/565, BOA 7/43 and BOA 7/694.

⁵¹ BOA 3/791, BOA 3/922, BOA 4/129, BOA 4/874, BOA 5/932, BOA 6/1004, BOA 7/340, BOA 9/375 and BOA 9/697.

⁵² BOA 3/386 and BOA 5/652.

⁵³ BOA 3/457, BOA 3/1023, BOA 8/783, BOA 9/100 and BOA 9/1074.

⁵⁴ BOA 4/54, BOA 6/1013, BOA 8/1189 and BOA 9/880.

⁵⁵ BOA 9/724.

As can be seen in Table 7, those who have problems in *Uskudar* district reside -mostly- in *Karamursel*(32.4%)⁵⁶, *Gekbuze*(20.4%)⁵⁷ and *Sile*(14.8%)⁵⁸ sub-districts.

The hinterland of the *Haslar* district in Istanbul in 18th century includes; *Burgos*⁵⁹, *Catalca*⁶⁰, *Cekmece-i Kebir*⁶¹, *Cekmece-i Sagir*, *Edirne*⁶², *Eregli*⁶³, *Haskoy*, *Istiranca*⁶⁴, *Midye*, *Ruskasri*⁶⁵, *Silivri* and *Terkos* townships.

Table 8. Ahkâm Judgements Given Related to the Financial System in *Haslar* Region and The Distribution of Them in accordance with Their Sub-districts

HASLAR (EYUP)					
TOWNSHIP	CASES	PERCENTAGE	TOWNSHIP	CASES	PERCENTAGE
BURGOS	1	0.9%	HASKOY	-	-
CATALCA	13	11.4%	ISTIRANCA	1	0.9%
CEKMECE-I KEBIR	5	4.4%	MIDYE	31	27.2%
CEKMECE-I SAGIR	-	-	RUSKASRI	1	0.9%
EDIRNE	3	2.6%	SILIVRI	28	24.6%
EREGLI	4	3.5%	TERKOS	21	18.4%
UNKNOWN	6	5.3%	TOTAL	114	100%

⁵⁶ BOA 3/206, BOA 3/269, BOA 3/445, BOA 3/449, BOA 3/1132, BOA 3/1141, BOA 4/206, BOA 4/423, BOA 4/558, BOA 4/734, BOA 4/787, BOA 5/921, BOA 6/925, BOA 7/311, BOA 7/325, BOA 7/384, BOA 7/430, BOA 7/1143, BOA 8/237, BOA 9/169, BOA 9/276, BOA 9/281, BOA 9/333, BOA 9/335, BOA 9/344, BOA 9/382, BOA 9/396, BOA 9/502, BOA 6/618, BOA 9/842, BOA 9/854, BOA 9/1025, BOA 9/1064, BOA 9/1270 and BOA 9/1137.

⁵⁷ BOA 3/657, BOA 3/1345, BOA 4/125, BOA 4/473, BOA 4/485, BOA 4/770, BOA 4/942, BOA 5/41, BOA 5/70, BOA 5/819, BOA 6/371, BOA 6/715, BOA 7/28, BOA 7/200, BOA 7/214, BOA 7/1121, BOA 8/4, BOA 8/25, BOA 9/166, BOA 9/563, BOA 9/926 and BOA 9/1032.

⁵⁸ BOA 3/178, BOA 3/368, BOA 3/768, BOA 3/1054, BOA 4/778, BOA 5/292, BOA 5/410, BOA 5/511, BOA 5/752, BOA 6/213, BOA 6/492, BOA 7/805, BOA 8/331, BOA 9/50, BOA 9/470 and BOA 9/900.

⁵⁹ BOA 9/914.

⁶⁰ BOA 3/568, BOA 3/816, BOA 3/910, BOA 5/840, BOA 6/137, BOA 6/481, BOA 7/344, BOA 7/729, BOA 8/534, BOA 9/395, BOA 9/401, BOA 9/422 and BOA 9/497.

⁶¹ BOA 3/1003, BOA 6/1008, BOA 7/412, BOA 8/1180 and BOA 9/1210.

⁶² BOA 5/270, BOA 6/812 and BOA 8/500.

⁶³ BOA 3/180, BOA 6/84, BOA 6/156 and BOA 8/99.

⁶⁴ BOA 9/411.

⁶⁵ BOA 9/596.

It is determined that a very high percentage of problems as 70.2% of *Haslar* region having the largest borders within the townships of Istanbul has been lived in the sub-district of *Midye*(27.2%)⁶⁶, *Silivri*(24.6%)⁶⁷ and *Terkos*(18.4%)⁶⁸ as classified with the Table 8.

In the 18th century, another research field is that at which times financial problems experienced in these four main regions of Istanbul are seen. The financial problems in *Surici*, *Galata*, *Uskudar* and *Haslar* regions are classified based on this thought system according to 1750-1780 years which were also the years of the research period of the study.

Table 9. The Distribution of the Places in which Financial Problems were Experienced in the 18th Century in accordance with Years

YEAR	REGION			
	SURICI	GALATA	USKUDAR	HASLAR
1750-1754	8	6	22	15
1755-1759	30	6	21	15
1760-1764	9	28	22	26
1765-1769	3	32	9	15
1770-1774	3	1	-	-
1775-1779	9	37	34	43

As indicated in the Table 9, it is detected when places in which financial problems of Istanbul in the 18th century were experienced are examined that financial problems were often experienced in *Surici* region in between 1755-1759 period, intensely in *Galata* region in 1760-1769 period, often in *Uskudar* region in 1775-1779 period, and intensely in *Haslar* region also in between 1775-1779 years.

⁶⁶ BOA 3/223, BOA 3/227, BOA 3/474, BOA 3/497, BOA 3/752, BOA 4/916, BOA 5/14, BOA 5/756, BOA 6/44, BOA 6/88, BOA 6/128, BOA 6/154, BOA 6/217, BOA 6/489, BOA 6/501, BOA 6/626, BOA 6/630, BOA 7/358, BOA 7/483, BOA 7/887, BOA 7/1155, BOA 7/1156, BOA 8/706, BOA 8/707, BOA 8/787, BOA 8/991, BOA 8/1011, BOA 9/376, BOA 9/387, BOA 9/1153 and BOA 9/1163.

⁶⁷ BOA 3/479, BOA 3/584, BOA 3/779, BOA 3/972, BOA 4/381, BOA 4/1011, BOA 5/209, BOA 6/163, BOA 6/648, BOA 6/669, BOA 7/104, BOA 7/119, BOA 7/935, BOA 7/1090, BOA 7/1125, BOA 8/396, BOA 8/397, BOA 8/1014, BOA 8/1214, BOA 8/1215, BOA 9/42, BOA 9/133, BOA 9/151, BOA 9/378, BOA 9/789, BOA 9/805, BOA 9/1213 and BOA 9/1214.

⁶⁸ BOA 3/335, BOA 4/195, BOA 4/307, BOA 5/101, BOA 5/217, BOA 5/346, BOA 5/440, BOA 5/855, BOA 7/1091, BOA 8/543, BOA 9/141, BOA 9/238, BOA 9/464, BOA 9/520, BOA 9/527, BOA 9/609, BOA 9/640, BOA 9/1049, BOA 9/1119, BOA 9/1241 and BOA 9/1308.

D. The Classification of the Financial Problems Experienced in Istanbul in the 18th Century in accordance with the Social Positions of Dispute Parties

The data related to the social positions of parties experiencing problems in Istanbul in the 18th century may also be obtained from *Istanbul Ahkâm Registers*. For this purpose, it is a necessity that parties of the judgement given should be determined. In judgement records, the party applying to the kadi is entitled as *the applicant*(plaintiff) and the other party on whom the judgement is given is entitled as *the complainee*(defendant). These two parties are subjected to the discrimination in accordance with the social positioning of the period as *the askeri* and *the reaya*(and as *the urbanite* or *the villager*).

Table 10. The Social Positions of the Parties of Financial Problems Experienced in Istanbul in 18th Century

SOCIAL POSITION	SOCIAL POSITIONS OF APPLICANT		SOCIAL POSITIONS OF COMPLAINEE	
	CASES	PERCENTAGE	CASES	PERCENTAGE
I. ASKERI	20	5.1%	48	12.2%
A. Urbanite	16	80%	40	83.3%
B. Villager	4	20%	8	16.7%
II. REAYA	374	94.9%	329	83.5%
A. Urbanite	239	63.9%	201	61.1%
B. Villager	135	36.1%	128	38.9%
SINGLE-ACTING	-	-	17	4.3%
TOTAL	394	100%	394	100%

When Table 10 is analyzed, it will be detected that according to the *Ahkâm Registers*, from the two parties having problems between them in Istanbul in the 18th century, both *the applicant* party and *the complainee* party consist of the class residing in the city. A very high percentage of *the applicants* as 94.9% applying to the central administration for the solution of

the problems consists of *reaya* (63.9% of dwelling in centrum⁶⁹)⁷⁰. Accordingly,

⁶⁹ BOA 3/180, BOA 3/223, BOA 3/227, BOA 3/269, BOA 3/386, BOA 3/457, BOA 3/458, BOA 3/479, BOA 3/497, BOA 3/543, BOA 3/584, BOA 3/604, BOA 3/635, BOA 3/657, BOA 3/683, BOA 3/768, BOA 3/779, BOA 3/809, BOA 3/816, BOA 3/817, BOA 3/883, BOA 3/910, BOA 3/1003, BOA 3/1017, BOA 3/1054, BOA 3/1130, BOA 3/1149, BOA 3/1345, BOA 3/1374, BOA 3/1382, BOA 4/28, BOA 4/125, BOA 4/195, BOA 4/197, BOA 4/206, BOA 4/223, BOA 4/253, BOA 4/381, BOA 4/462, BOA 4/473, BOA 4/485, BOA 4/621, BOA 4/622, BOA 4/623, BOA 4/624, BOA 4/625, BOA 4/626, BOA 4/627, BOA 4/628, BOA 4/629, BOA 4/631, BOA 4/632, BOA 4/703, BOA 4/734, BOA 4/764, BOA 4/769, BOA 4/770, BOA 4/817, BOA 4/818, BOA 4/824, BOA 4/869, BOA 4/874, BOA 4/884, BOA 4/997, BOA 4/1011, BOA 5/141, BOA 5/197, BOA 5/209, BOA 5/217, BOA 5/292, BOA 5/346, BOA 5/351, BOA 5/402, BOA 5/410, BOA 5/502, BOA 5/511, BOA 5/564, BOA 5/565, BOA 5/618, BOA 5/621, BOA 5/654, BOA 5/694, BOA 5/707, BOA 5/738, BOA 5/752, BOA 5/756, BOA 5/764, BOA 5/819, BOA 5/872, BOA 5/906, BOA 5/921, BOA 5/953, BOA 5/995, BOA 6/44, BOA 6/88, BOA 6/106, BOA 6/128, BOA 6/137, BOA 6/156, BOA 6/160, BOA 6/163, BOA 6/206, BOA 6/235, BOA 6/374, BOA 6/481, BOA 6/492, BOA 6/548, BOA 6/630, BOA 6/648, BOA 6/669, BOA 6/693, BOA 6/715, BOA 6/812, BOA 6/891, BOA 6/925, BOA 6/1004, BOA 6/1008, BOA 7/28, BOA 7/63, BOA 7/104, BOA 7/119, BOA 7/254, BOA 7/256, BOA 7/306, BOA 7/358, BOA 7/481, BOA 7/494, BOA 7/608, BOA 7/682, BOA 7/695, BOA 7/738, BOA 7/764, BOA 7/805, BOA 7/825, BOA 7/827, BOA 7/849, BOA 7/858, BOA 7/861, BOA 7/953, BOA 7/1001, BOA 7/1070, BOA 7/1071, BOA 7/1074, BOA 7/1090, BOA 7/1121, BOA 7/1125, BOA 7/1132, BOA 7/1136, BOA 7/1137, BOA 7/1138, BOA 7/1213, BOA 7/1218, BOA 8/4, BOA 8/25, BOA 8/88, BOA 8/99, BOA 8/104, BOA 8/131, BOA 8/237, BOA 8/361, BOA 8/396, BOA 8/397, BOA 8/429, BOA 8/500, BOA 8/502, BOA 8/514, BOA 8/578, BOA 8/598, BOA 8/690, BOA 8/707, BOA 8/763, BOA 8/783, BOA 8/787, BOA 8/793, BOA 8/801, BOA 8/1014, BOA 8/1050, BOA 8/1189, BOA 8/1214, BOA 8/1215, BOA 9/42, BOA 9/50, BOA 9/100, BOA 9/133, BOA 9/151, BOA 9/166, BOA 9/169, BOA 9/223, BOA 9/276, BOA 9/281, BOA 9/298, BOA 9/333, BOA 9/335, BOA 9/337, BOA 9/344, BOA 9/375, BOA 9/377, BOA 9/378, BOA 9/382, BOA 9/396, BOA 9/411, BOA 9/422, BOA 9/497, BOA 9/502, BOA 9/520, BOA 9/561, BOA 9/574, BOA 9/596, BOA 9/607, BOA 9/609, BOA 9/617, BOA 9/618, BOA 9/641, BOA 9/642, BOA 9/653, BOA 9/663, BOA 9/692, BOA 9/789, BOA 9/805, BOA 9/809, BOA 9/854, BOA 9/856, BOA 9/890, BOA 9/900, BOA 9/965, BOA 9/1025, BOA 9/1064, BOA 9/1072, BOA 9/1079, BOA 9/1119, BOA 9/1127, BOA 9/1134, BOA 9/1166, BOA 9/1182, BOA 9/1210, BOA 9/1241, BOA 9/1297, BOA 9/1330 and BOA 9/1331.

⁷⁰ Besides, in *the applicant part of the askeri(urbanite)*: BOA 3/109, BOA 3/785, BOA 3/972, BOA 4/491, BOA 4/577, BOA 4/916, BOA 6/288, BOA 7/216, BOA 7/344, BOA 8/599, BOA 8/662, BOA 9/446, BOA 9/563, BOA 9/636, BOA 9/880 and BOA 9/1032. In *the applicant part of the askeri(villager)*: BOA 4/84, BOA 4/250, BOA 8/263 and BOA 9/401. In *the applicant part of the reaya(villager)*: BOA 3/178, BOA 3/206, BOA 3/311, BOA 3/335, BOA 3/368, BOA 3/387, BOA 3/445, BOA 3/449, BOA 3/474, BOA 3/568, BOA 3/658, BOA 3/752, BOA 3/791, BOA 3/922, BOA 3/1023, BOA 3/1047, BOA 3/1061, BOA 3/1085, BOA 3/1132, BOA 3/1141, BOA 3/1179, BOA 3/1323, BOA 4/54, BOA 4/83, BOA 4/129, BOA 4/260, BOA 4/307, BOA 4/423, BOA 4/558, BOA 4/778, BOA 4/787, BOA 4/942, BOA 5/14, BOA 5/41, BOA 5/70, BOA 5/101, BOA 5/106, BOA 5/270, BOA 5/440, BOA 5/652, BOA 5/725, BOA 5/840, BOA 5/855, BOA 5/919, BOA 5/932, BOA 5/983, BOA 6/84, BOA 6/154, BOA 6/213, BOA 6/217, BOA 6/371, BOA 6/385, BOA 6/480, BOA 6/489, BOA 6/501, BOA 6/626, BOA 6/974, BOA 6/986, BOA 6/1013, BOA 7/4, BOA 7/43, BOA 7/54, BOA 7/200, BOA 7/205, BOA 7/214, BOA 7/311, BOA 7/325, BOA 7/340, BOA

83.5% of the complainees forming the other party of the judgement composes of *reaya*(also 61.1% of dwelling in centrum⁷¹)⁷².

7/384, BOA 7/387, BOA 7/412, BOA 7/430, BOA 7/483, BOA 7/694, BOA 7/729, BOA 7/842, BOA 7/887, BOA 7/935, BOA 7/1033, BOA 7/1091, BOA 7/1143, BOA 7/1155, BOA 7/1156, BOA 7/1224, BOA 8/320, BOA 8/331, BOA 8/534, BOA 8/543, BOA 8/706, BOA 8/827, BOA 8/991, BOA 8/1011, BOA 8/1180, BOA 8/1271, BOA 8/1272, BOA 9/141, BOA 9/154, BOA 9/207, BOA 9/211, BOA 9/238, BOA 9/296, BOA 9/376, BOA 9/387, BOA 9/395, BOA 9/464, BOA 9/470, BOA 9/508, BOA 9/522, BOA 9/527, BOA 9/545, BOA 9/603, BOA 9/640, BOA 9/669, BOA 9/688, BOA 9/697, BOA 9/724, BOA 9/737, BOA 9/797, BOA 9/842, BOA 9/862, BOA 9/914, BOA 9/926, BOA 9/1016, BOA 9/1049, BOA 9/1069, BOA 9/1074, BOA 9/1153, BOA 9/1163, BOA 9/1174, BOA 9/1213, BOA 9/1214, BOA 9/1270, BOA 9/1308, BOA 9/1326 and BOA 9/1137.

⁷¹ BOA 3/109, BOA 3/180, BOA 3/223, BOA 3/227, BOA 3/269, BOA 3/386, BOA 3/457, BOA 3/479, BOA 3/497, BOA 3/543, BOA 3/584, BOA 3/604, BOA 3/657, BOA 3/683, BOA 3/768, BOA 3/779, BOA 3/785, BOA 3/817, BOA 3/883, BOA 3/972, BOA 3/1003, BOA 3/1054, BOA 3/1130, BOA 3/1149, BOA 3/1345, BOA 3/1374, BOA 4/28, BOA 4/125, BOA 4/129, BOA 4/195, BOA 4/197, BOA 4/206, BOA 4/253, BOA 4/381, BOA 4/462, BOA 4/473, BOA 4/485, BOA 4/623, BOA 4/734, BOA 4/764, BOA 4/769, BOA 4/770, BOA 4/817, BOA 4/818, BOA 4/824, BOA 4/869, BOA 4/874, BOA 5/209, BOA 5/217, BOA 5/292, BOA 5/402, BOA 5/410, BOA 5/502, BOA 5/511, BOA 5/564, BOA 5/565, BOA 5/652, BOA 5/654, BOA 5/694, BOA 5/756, BOA 5/819, BOA 5/872, BOA 5/906, BOA 5/921, BOA 5/953, BOA 5/995, BOA 6/44, BOA 6/106, BOA 6/128, BOA 6/137, BOA 6/156, BOA 6/160, BOA 6/206, BOA 6/235, BOA 6/374, BOA 6/481, BOA 6/492, BOA 6/548, BOA 6/630, BOA 6/648, BOA 6/669, BOA 6/693, BOA 6/891, BOA 6/925, BOA 6/1004, BOA 6/1008, BOA 7/28, BOA 7/63, BOA 7/104, BOA 7/119, BOA 7/256, BOA 7/306, BOA 7/358, BOA 7/481, BOA 7/494, BOA 7/608, BOA 7/682, BOA 7/695, BOA 7/738, BOA 7/764, BOA 7/805, BOA 7/825, BOA 7/827, BOA 7/849, BOA 7/858, BOA 7/861, BOA 7/953, BOA 7/1001, BOA 7/1070, BOA 7/1071, BOA 7/1074, BOA 7/1090, BOA 7/1121, BOA 7/1125, BOA 7/1132, BOA 7/1136, BOA 7/1137, BOA 7/1138, BOA 7/1213, BOA 7/1218, BOA 8/4, BOA 8/25, BOA 8/88, BOA 8/99, BOA 8/104, BOA 8/131, BOA 8/237, BOA 8/361, BOA 8/396, BOA 8/397, BOA 8/500, BOA 8/502, BOA 8/578, BOA 8/598, BOA 8/662, BOA 8/690, BOA 8/706, BOA 8/707, BOA 8/763, BOA 8/783, BOA 8/787, BOA 8/793, BOA 8/801, BOA 8/1014, BOA 8/1050, BOA 8/1189, BOA 8/1214, BOA 8/1215, BOA 9/42, BOA 9/50, BOA 9/100, BOA 9/133, BOA 9/151, BOA 9/166, BOA 9/169, BOA 9/223, BOA 9/276, BOA 9/281, BOA 9/298, BOA 9/333, BOA 9/335, BOA 9/337, BOA 9/344, BOA 9/375, BOA 9/377, BOA 9/378, BOA 9/382, BOA 9/396, BOA 9/422, BOA 9/497, BOA 9/502, BOA 9/520, BOA 9/574, BOA 9/596, BOA 9/607, BOA 9/609, BOA 9/617, BOA 6/618, BOA 9/636, BOA 9/641, BOA 9/642, BOA 9/653, BOA 9/663, BOA 9/692, BOA 9/789, BOA 9/805, BOA 9/856, BOA 9/900, BOA 9/965, BOA 9/1025, BOA 9/1064, BOA 9/1072, BOA 9/1119, BOA 9/1127, BOA 9/1134, BOA 9/1166, BOA 9/1182, BOA 9/1297, BOA 9/1330 and BOA 9/1331.

⁷² Moreover, in the complainee part of the askeri(urbanite): BOA 3/458, BOA 3/791, BOA 3/809, BOA 3/816, BOA 3/910, BOA 3/1017, BOA 4/621, BOA 4/622, BOA 4/624, BOA 4/625, BOA 4/626, BOA 4/627, BOA 4/628, BOA 4/629, BOA 4/631, BOA 4/632, BOA 4/703, BOA 4/916, BOA 5/70, BOA 5/346, BOA 5/621, BOA 5/752, BOA 5/764, BOA 6/88, BOA 6/163, BOA 6/213, BOA 6/288, BOA 6/385, BOA 7/216, BOA 7/254, BOA 8/599, BOA 9/411, BOA 9/446, BOA 9/561, BOA 9/563, BOA 9/1032, BOA 9/1069, BOA 9/1079, BOA 9/1210 and BOA 9/1214. In the complainee part of the askeri(villager): BOA 3/1179, BOA 3/1323, BOA 4/84, BOA 4/307, BOA 6/489, BOA 6/501, BOA 8/263 and BOA 9/401.

Our other question regarding the social positions of the parties is to determine which parts experiences the social problems, in other words to determine *who complains whom*. For this reason, book records are classified regarding the social positions of both parts together.

Table 11. Mutual Social Positions of Parties of the Financial Problems Experienced in Istanbul in 18th Century: Who Complains Whom?

SOCIAL POSITIONS OF THE CASE PARTIES		CASES	PERCENTAGE
APPLICANT	COMPLAINEE		
I. ASKERI	ASKERI	10	2.5%
II. ASKERI	REAYA	9	2.3%
III. REAYA	REAYA	320	81.2%
IV. REAYA	ASKERI	38	9.6%

As can be seen in Table 11, in the 18th century, financial problems in Istanbul were mostly experienced among *the reaya* ones. In that, while both parties consist of *the reaya* at a very high rate like 81.2% of prejudgements⁷³,

In the *complainee* part of the *reaya*(villager): BOA 3/178, BOA 3/206, BOA 3/311, BOA 3/335, BOA 3/368, BOA 3/387, BOA 3/445, BOA 3/449, BOA 3/474, BOA 3/568, BOA 3/658, BOA 3/752, BOA 3/922, BOA 3/1023, BOA 3/1047, BOA 3/1061, BOA 3/1085, BOA 3/1132, BOA 3/1141, BOA 3/1382, BOA 4/54, BOA 4/83, BOA 4/250, BOA 4/260, BOA 4/423, BOA 4/558, BOA 4/778, BOA 4/787, BOA 4/942, BOA 5/14, BOA 5/41, BOA 5/101, BOA 5/106, BOA 5/270, BOA 5/440, BOA 5/725, BOA 5/840, BOA 5/855, BOA 5/919, BOA 5/932, BOA 5/983, BOA 6/84, BOA 6/154, BOA 6/217, BOA 6/371, BOA 6/480, BOA 6/626, BOA 6/715, BOA 6/812, BOA 6/974, BOA 6/986, BOA 6/1013, BOA 7/4, BOA 7/43, BOA 7/54, BOA 7/200, BOA 7/205, BOA 7/214, BOA 7/311, BOA 7/325, BOA 7/340, BOA 7/344, BOA 7/384, BOA 7/387, BOA 7/412, BOA 7/430, BOA 7/483, BOA 7/694, BOA 7/729, BOA 7/842, BOA 7/887, BOA 7/935, BOA 7/1033, BOA 7/1091, BOA 7/1143, BOA 7/1155, BOA 7/1156, BOA 7/1224, BOA 8/320, BOA 8/331, BOA 8/534, BOA 8/543, BOA 8/827, BOA 8/991, BOA 8/1011, BOA 8/1180, BOA 8/1271, BOA 8/1272, BOA 9/141, BOA 9/154, BOA 9/207, BOA 9/211, BOA 9/238, BOA 9/296, BOA 9/376, BOA 9/387, BOA 9/395, BOA 9/464, BOA 9/470, BOA 9/508, BOA 9/522, BOA 9/527, BOA 9/603, BOA 9/640, BOA 9/669, BOA 9/688, BOA 9/697, BOA 9/724, BOA 9/737, BOA 9/797, BOA 9/842, BOA 9/854, BOA 9/862, BOA 9/880, BOA 9/914, BOA 9/926, BOA 9/1016, BOA 9/1049, BOA 9/1074, BOA 9/1153, BOA 9/1163, BOA 9/1174, BOA 9/1213, BOA 9/1241, BOA 9/1270, BOA 9/1308, BOA 9/1326 and BOA 9/1137.

⁷³ BOA 3/178, BOA 3/180, BOA 3/206, BOA 3/223, BOA 3/227, BOA 3/269, BOA 3/311, BOA 3/335, BOA 3/368, BOA 3/386, BOA 3/387, BOA 3/445, BOA 3/449, BOA 3/457, BOA 3/474, BOA 3/479, BOA 3/497, BOA 3/543, BOA 3/568, BOA 3/584, BOA 3/604, BOA 3/657, BOA 3/658, BOA 3/683, BOA 3/752, BOA 3/768, BOA 3/779, BOA 3/817, BOA 3/883, BOA 3/922, BOA 3/1003, BOA 3/1023, BOA 3/1047, BOA 3/1054, BOA 3/1061, BOA 3/1085, BOA 3/1130, BOA 3/1132, BOA 3/1141, BOA 3/1149, BOA 3/1345,

9.6% of it was experienced between “*the reaya and the askeri*”⁷⁴, 2.5% of it was experienced between two *askeri*⁷⁵ and only 2.3% of it was experienced

BOA 3/1374, BOA 3/1382, BOA 4/28, BOA 4/54, BOA 4/83, BOA 4/125, BOA 4/129, BOA 4/195, BOA 4/197, BOA 4/206, BOA 4/253, BOA 4/260, BOA 4/381, BOA 4/423, BOA 4/462, BOA 4/473, BOA 4/485, BOA 4/558, BOA 4/623, BOA 4/734, BOA 4/764, BOA 4/769, BOA 4/770, BOA 4/778, BOA 4/787, BOA 4/817, BOA 4/818, BOA 4/824, BOA 4/869, BOA 4/874, BOA 4/942, BOA 5/14, BOA 5/41, BOA 5/101, BOA 5/106, BOA 5/209, BOA 5/217, BOA 5/270, BOA 5/292, BOA 5/402, BOA 5/410, BOA 5/440, BOA 5/502, BOA 5/511, BOA 5/564, BOA 5/565, BOA 5/652, BOA 5/654, BOA 5/694, BOA 5/725, BOA 5/756, BOA 5/819, BOA 5/840, BOA 5/855, BOA 5/872, BOA 5/906, BOA 5/919, BOA 5/921, BOA 5/932, BOA 5/953, BOA 5/983, BOA 5/995, BOA 6/44, BOA 6/84, BOA 6/106, BOA 6/128, BOA 6/137, BOA 6/154, BOA 6/156, BOA 6/160, BOA 6/206, BOA 6/217, BOA 6/235, BOA 6/371, BOA 6/374, BOA 6/480, BOA 6/481, BOA 6/492, BOA 6/548, BOA 6/626, BOA 6/630, BOA 6/648, BOA 6/669, BOA 6/693, BOA 6/715, BOA 6/812, BOA 6/891, BOA 6/925, BOA 6/974, BOA 6/986, BOA 6/1004, BOA 6/1008, BOA 6/1013, BOA 7/4, BOA 7/28, BOA 7/43, BOA 7/54, BOA 7/63, BOA 7/104, BOA 7/119, BOA 7/200, BOA 7/205, BOA 7/214, BOA 7/256, BOA 7/306, BOA 7/311, BOA 7/325, BOA 7/340, BOA 7/358, BOA 7/384, BOA 7/387, BOA 7/412, BOA 7/430, BOA 7/481, BOA 7/483, BOA 7/494, BOA 7/608, BOA 7/682, BOA 7/694, BOA 7/695, BOA 7/729, BOA 7/738, BOA 7/764, BOA 7/805, BOA 7/825, BOA 7/827, BOA 7/842, BOA 7/849, BOA 7/858, BOA 7/861, BOA 7/887, BOA 7/935, BOA 7/953, BOA 7/1001, BOA 7/1033, BOA 7/1070, BOA 7/1071, BOA 7/1074, BOA 7/1090, BOA 7/1091, BOA 7/1121, BOA 7/1125, BOA 7/1132, BOA 7/1136, BOA 7/1137, BOA 7/1138, BOA 7/1143, BOA 7/1155, BOA 7/1156, BOA 7/1213, BOA 7/1218, BOA 7/1224, BOA 8/4, BOA 8/25, BOA 8/88, BOA 8/99, BOA 8/104, BOA 8/131, BOA 8/237, BOA 8/320, BOA 8/331, BOA 8/361, BOA 8/396, BOA 8/397, BOA 8/500, BOA 8/502, BOA 8/534, BOA 8/543, BOA 8/578, BOA 8/598, BOA 8/690, BOA 8/706, BOA 8/707, BOA 8/763, BOA 8/783, BOA 8/787, BOA 8/793, BOA 8/801, BOA 8/827, BOA 8/991, BOA 8/1011, BOA 8/1014, BOA 8/1050, BOA 8/1180, BOA 8/1189, BOA 8/1214, BOA 8/1215, BOA 8/1271, BOA 8/1272, BOA 9/42, BOA 9/50, BOA 9/100, BOA 9/133, BOA 9/141, BOA 9/151, BOA 9/154, BOA 9/166, BOA 9/169, BOA 9/207, BOA 9/211, BOA 9/223, BOA 9/238, BOA 9/276, BOA 9/281, BOA 9/296, BOA 9/298, BOA 9/333, BOA 9/335, BOA 9/337, BOA 9/344, BOA 9/375, BOA 9/376, BOA 9/377, BOA 9/378, BOA 9/382, BOA 9/387, BOA 9/395, BOA 9/396, BOA 9/422, BOA 9/464, BOA 9/470, BOA 9/497, BOA 9/502, BOA 9/508, BOA 9/520, BOA 9/522, BOA 9/527, BOA 9/574, BOA 9/596, BOA 9/603, BOA 9/607, BOA 9/609, BOA 9/617, BOA 9/618, BOA 9/640, BOA 9/641, BOA 9/642, BOA 9/653, BOA 9/663, BOA 9/669, BOA 9/688, BOA 9/692, BOA 9/697, BOA 9/724, BOA 9/737, BOA 9/789, BOA 9/797, BOA 9/805, BOA 9/842, BOA 9/854, BOA 9/856, BOA 9/862, BOA 9/900, BOA 9/914, BOA 9/926, BOA 9/965, BOA 9/1016, BOA 9/1025, BOA 9/1049, BOA 9/1064, BOA 9/1072, BOA 9/1074, BOA 9/1119, BOA 9/1127, BOA 9/1134, BOA 9/1153, BOA 9/1163, BOA 9/1166, BOA 9/1174, BOA 9/1182, BOA 9/1213, BOA 9/1241, BOA 9/1270, BOA 9/1297, BOA 9/1308, BOA 9/1326, BOA 9/1330, BOA 9/1331 and BOA 9/1137.

⁷⁴ BOA 3/458, BOA 3/791, BOA 3/809, BOA 3/816, BOA 3/910, BOA 3/1017, BOA 3/1179, BOA 3/1323, BOA 4/307, BOA 4/621, BOA 4/622, BOA 4/624, BOA 4/625, BOA 4/626, BOA 4/627, BOA 4/628, BOA 4/629, BOA 4/631, BOA 4/632, BOA 4/703, BOA 5/70, BOA 5/346, BOA 5/621, BOA 5/752, BOA 5/764, BOA 6/88, BOA 6/163, BOA 6/213, BOA 6/385, BOA 6/489, BOA 6/501, BOA 7/254, BOA 9/411, BOA 9/561, BOA 9/1069, BOA 9/1079, BOA 9/1210 and BOA 9/1214.

⁷⁵ BOA 4/84, BOA 4/916, BOA 6/288, BOA 7/216, BOA 8/263, BOA 8/599, BOA 9/401, BOA

between “*the askeri and the reaya*”⁷⁶.

In conclusion, the religion of the parties was determined in the analysis of judgements in accordance with the social positions. Within this framework, the religious distributions of *the applicant* party and *the complainee* party are determined from judgements given in accordance with their social positions and are tabulated.

Table 12. The Religious Distributions of *The Applicants* Applying for the Solution of Their Financial Problems in Istanbul in the 18th Century in accordance with Their Social Positions

SOCIAL POSITION OF APPLICANT	RELIGION OF APPLICANT				
	I. MUSLIM	II. NON-MUSLIM	A. Dhimmi	B. Jews	C. Nazarene
I. ASKERI	20	-	-	-	-
II. REAYA	234	141	128	4	11
TOTAL	254	141	128	4	11

As can be followed with Table 12, it is detected that while all of the 20 *askeri* are *Muslims*; 234(62.4%) of the *reaya* are *Muslims* and 141(37.6%) of them *Non-Muslims*(128 cases *Dhimmi*, 11 cases *Nazarane* and only 4 cases *Jews*) from the *applicants* applying for the solution of financial problems in the related period.

Table 13. The Religious Distributions of *The Complainee* Party in Problems Experienced in the Financial System of Istanbul, in the 18th Century in accordance with Its Social Position

SOCIAL POSITION OF COMPLAINEE	RELIGION OF COMPLAINEE				
	I. MUSLIM	II. NON-MUSLIM	A. Dhimmi	B. Jews	C. Nazarene
I. ASKERI	48	-	-	-	-
II. REAYA	232	98	94	1	6
TOTAL	280	98	94	1	6

9/446, BOA 9/563 and BOA 9/1032.

⁷⁶ BOA 3/109, BOA 3/785, BOA 3/972, BOA 4/250, BOA 4/577, BOA 7/344, BOA 8/662, BOA 9/636 and BOA 9/880.

Also, similar results have been obtained in religious distributions analyzed in accordance with the social position of *the complainee party*. As can be seen in Table 13, *the askeri* and *the reaya* composing of *the complainee party* are also mostly *Muslims*. In that, while all of the 48 *askeri* complained are *Muslims*, a very high rate of *reaya* as 70.3%(232 cases) are also *Muslims*(and only 98 cases *Non-Muslims*).

E. The Classification of the Parties of Financial Problems Experienced in Istanbul in the 18th Century in accordance with Their Religions

The data about the religious characteristics of the persons being a party to the financial problems seen in between 1750-1780 years are obtained from the records of *Istanbul Ahkâm Registers*. According to the record systematic of *Ahkâm Register*, the religious characteristics of two parties having a dispute between themselves are mentioned with their names. From this point of view, the purpose is to classify parties having a dispute between themselves in accordance with their religions and (i)“the distributions of *Muslim* and *Non-Muslim* in judgements” and (ii)“the mutual religions of the parties” are analyzed.

In the relevant period, the religious distributions of *the applicant* and *the complainee* parties having disputes between themselves are evaluated in terms of *Muslim*, *Non-Muslim* and *joint applicants*.

Table 14. Religions of the Parties Experiencing Financial Problems in Istanbul in the 18th Century: *Muslim* and *Non-Muslim* Distributions

RELIGIOUS COMPOSITION	RELIGION OF APPLICANT		RELIGION OF COMPLAINEE	
	CASES	PERCENTAGE	CASES	PERCENTAGE
I. MUSLIM	254	64.5%	280	71.1%
II. NON-MUSLIM	141	35.8%	98	24.9%
A. Dhimmi	128	90.8%	94	95.9%
B. Jews	4	2.8%	1	1%
C. Nazarene	11	7.8%	6	6.1%
III. RELIGION OF JOINT APPLICANTS	3	0.8%	10	2.5%
A. Muslim and Dhimmi	1	33.3%	7	70%
B. Dhimmi and Jews	-	-	-	-
C. Dhimmi and Nazarene	2	66.6%	3	30%
IV. UNKNOWN	-	-	5	1.3%
V. SINGLE-ACTING	-	-	18	4.6%

When this classification concluded in Table 14 is analyzed, it will be seen that *Muslim* people have intensity in both parties experiencing problems in Istanbul in the related period. In that, while 64.5%⁷⁷ of the applicants and

⁷⁷ BOA 3/109, BOA 3/178, BOA 3/206, BOA 3/227, BOA 3/269, BOA 3/335, BOA 3/368, BOA 3/386, BOA 3/445, BOA 3/458, BOA 3/474, BOA 3/479, BOA 3/497, BOA 3/543, BOA 3/568, BOA 3/604, BOA 3/657, BOA 3/658, BOA 3/683, BOA 3/768, BOA 3/779, BOA 3/785, BOA 3/791, BOA 3/809, BOA 3/816, BOA 3/817, BOA 3/910, BOA 3/922, BOA 3/972, BOA 3/1003, BOA 3/1017, BOA 3/1023, BOA 3/1054, BOA 3/1061, BOA 3/1085, BOA 3/1130, BOA 3/1132, BOA 3/1141, BOA 3/1149, BOA 3/1179, BOA 3/1323, BOA 3/1345, BOA 4/28, BOA 4/54, BOA 4/83, BOA 4/84, BOA 4/125, BOA 4/129, BOA 4/195, BOA 4/197, BOA 4/206, BOA 4/250, BOA 4/307, BOA 4/423, BOA 4/462, BOA 4/473, BOA 4/485, BOA 4/491, BOA 4/558, BOA 4/577, BOA 4/734, BOA 4/764, BOA 4/769, BOA 4/770, BOA 4/778, BOA 4/787, BOA 4/817, BOA 4/818, BOA 4/824, BOA 4/869, BOA 4/874, BOA 4/916, BOA 5/14, BOA 5/41, BOA 5/70, BOA 5/209, BOA 5/217, BOA 5/270, BOA 5/292, BOA 5/402, BOA 5/410, BOA 5/564, BOA 5/621, BOA 5/654, BOA 5/756, BOA 5/819, BOA 5/906, BOA 5/932, BOA 5/983, BOA 6/84, BOA 6/106, BOA 6/128, BOA 6/137, BOA 6/154, BOA 6/156, BOA 6/163, BOA 6/213, BOA 6/288, BOA 6/371, BOA 6/374, BOA 6/385, BOA 6/481, BOA 6/489, BOA 6/548, BOA 6/626, BOA 6/630, BOA 6/648, BOA 6/669, BOA 6/693, BOA 6/715, BOA 6/812, BOA 6/891, BOA 6/925, BOA 6/974, BOA 6/1004, BOA 6/1008, BOA 6/1013, BOA 7/28, BOA 7/54, BOA 7/63, BOA 7/104, BOA 7/119, BOA 7/200, BOA 7/214, BOA 7/216, BOA 7/254, BOA 7/256, BOA 7/306, BOA 7/311, BOA 7/325, BOA 7/340, BOA 7/344, BOA 7/358, BOA 7/384, BOA 7/412, BOA 7/430, BOA 7/481, BOA 7/682, BOA 7/695, BOA 7/729, BOA 7/764, BOA 7/805, BOA 7/825, BOA 7/858, BOA 7/861, BOA 7/887, BOA 7/1090, BOA 7/1091, BOA 7/1121, BOA 7/1136, BOA 7/1138, BOA 7/1143, BOA 7/1213, BOA 7/1218, BOA 8/4, BOA 8/99, BOA 8/104, BOA 8/237, BOA 8/263, BOA 8/320, BOA 8/331, BOA 8/361, BOA 8/396, BOA 8/502, BOA 8/534, BOA 8/543, BOA 8/578, BOA 8/599, BOA 8/662, BOA 8/706, BOA 8/707, BOA 8/783, BOA 8/787, BOA 8/793, BOA 8/801, BOA 8/827, BOA 8/1050, BOA 8/1180, BOA 8/1189, BOA 8/1214, BOA 8/1215, BOA 9/42, BOA 9/50, BOA 9/100, BOA 9/141, BOA 9/151, BOA 9/154, BOA 9/166, BOA 9/169, BOA 9/207, BOA 9/223, BOA 9/238, BOA 9/276, BOA 9/281, BOA 9/298, BOA 9/333, BOA 9/335, BOA 9/337, BOA 9/344, BOA 9/375, BOA 9/378, BOA 9/382, BOA 9/395, BOA 9/396, BOA 9/401, BOA 9/411, BOA 9/422, BOA 9/446, BOA 9/464, BOA 9/497, BOA 9/502, BOA 9/527, BOA 9/545, BOA 9/563, BOA 9/596, BOA 9/603, BOA 9/607, BOA 6/618, BOA 9/636, BOA 9/640, BOA 9/653, BOA 9/663, BOA 9/669, BOA 9/692, BOA 9/697, BOA 9/724, BOA 9/789, BOA 9/797, BOA 9/805, BOA 9/842, BOA 9/854, BOA 9/880, BOA 9/900, BOA 9/965, BOA 9/1016, BOA 9/1025, BOA 9/1032, BOA 9/1049, BOA 9/1064, BOA 9/1072, BOA 9/1074, BOA 9/1119, BOA 9/1127, BOA 9/1134, BOA 9/1166, BOA 9/1174, BOA 9/1182, BOA 9/1210, BOA 9/1213, BOA 9/1214, BOA 9/1270, BOA 9/1308, BOA 9/1330 and BOA 9/1137.

71.1%⁷⁸ of the complainees are Muslims; only 35.8%⁷⁹ of the applicants and

⁷⁸ BOA 3/178, BOA 3/206, BOA 3/227, BOA 3/269, BOA 3/368, BOA 3/386, BOA 3/445, BOA 3/449, BOA 3/458, BOA 3/479, BOA 3/497, BOA 3/543, BOA 3/568, BOA 3/604, BOA 3/657, BOA 3/658, BOA 3/683, BOA 3/768, BOA 3/779, BOA 3/785, BOA 3/791, BOA 3/809, BOA 3/816, BOA 3/817, BOA 3/910, BOA 3/922, BOA 3/972, BOA 3/1003, BOA 3/1017, BOA 3/1023, BOA 3/1054, BOA 3/1061, BOA 3/1130, BOA 3/1132, BOA 3/1141, BOA 3/1149, BOA 3/1179, BOA 3/1323, BOA 3/1345, BOA 4/54, BOA 4/83, BOA 4/84, BOA 4/125, BOA 4/129, BOA 4/195, BOA 4/197, BOA 4/206, BOA 4/250, BOA 4/253, BOA 4/307, BOA 4/423, BOA 4/462, BOA 4/473, BOA 4/485, BOA 4/558, BOA 4/621, BOA 4/622, BOA 4/623, BOA 4/624, BOA 4/625, BOA 4/626, BOA 4/627, BOA 4/628, BOA 4/629, BOA 4/631, BOA 4/632, BOA 4/703, BOA 4/734, BOA 4/764, BOA 4/769, BOA 4/770, BOA 4/778, BOA 4/787, BOA 4/817, BOA 4/818, BOA 4/824, BOA 4/869, BOA 4/874, BOA 4/916, BOA 4/942, BOA 5/14, BOA 5/41, BOA 5/70, BOA 5/101, BOA 5/209, BOA 5/217, BOA 5/270, BOA 5/292, BOA 5/346, BOA 5/402, BOA 5/410, BOA 5/440, BOA 5/564, BOA 5/621, BOA 5/652, BOA 5/654, BOA 5/752, BOA 5/764, BOA 5/840, BOA 5/872, BOA 5/906, BOA 5/919, BOA 5/932, BOA 5/983, BOA 6/84, BOA 6/88, BOA 6/106, BOA 6/128, BOA 6/137, BOA 6/154, BOA 6/156, BOA 6/160, BOA 6/163, BOA 6/213, BOA 6/288, BOA 6/371, BOA 6/374, BOA 6/385, BOA 6/481, BOA 6/489, BOA 6/492, BOA 6/501, BOA 6/630, BOA 6/648, BOA 6/669, BOA 6/693, BOA 6/715, BOA 6/812, BOA 6/891, BOA 6/925, BOA 6/974, BOA 6/1004, BOA 6/1008, BOA 7/28, BOA 7/63, BOA 7/104, BOA 7/119, BOA 7/200, BOA 7/214, BOA 7/216, BOA 7/254, BOA 7/256, BOA 7/306, BOA 7/311, BOA 7/325, BOA 7/340, BOA 7/344, BOA 7/358, BOA 7/384, BOA 7/387, BOA 7/412, BOA 7/412, BOA 7/430, BOA 7/481, BOA 7/483, BOA 7/608, BOA 7/682, BOA 7/694, BOA 7/695, BOA 7/738, BOA 7/764, BOA 7/805, BOA 7/858, BOA 7/861, BOA 7/887, BOA 7/953, BOA 7/1090, BOA 7/1091, BOA 7/1121, BOA 7/1136, BOA 7/1138, BOA 7/1143, BOA 7/1213, BOA 7/1218, BOA 8/4, BOA 8/99, BOA 8/104, BOA 8/237, BOA 8/263, BOA 8/320, BOA 8/331, BOA 8/361, BOA 8/396, BOA 8/502, BOA 8/534, BOA 8/543, BOA 8/578, BOA 8/599, BOA 8/662, BOA 8/706, BOA 8/707, BOA 8/763, BOA 8/783, BOA 8/787, BOA 8/793, BOA 8/801, BOA 8/991, BOA 8/1014, BOA 8/1050, BOA 8/1180, BOA 8/1189, BOA 8/1214, BOA 8/1215, BOA 8/1271, BOA 9/42, BOA 9/50, BOA 9/100, BOA 9/141, BOA 9/151, BOA 9/154, BOA 9/166, BOA 9/169, BOA 9/207, BOA 9/211, BOA 9/223, BOA 9/238, BOA 9/276, BOA 9/281, BOA 9/298, BOA 9/333, BOA 9/335, BOA 9/337, BOA 9/344, BOA 9/375, BOA 9/377, BOA 9/378, BOA 9/382, BOA 9/395, BOA 9/396, BOA 9/401, BOA 9/411, BOA 9/422, BOA 9/446, BOA 9/464, BOA 9/497, BOA 9/502, BOA 9/520, BOA 9/522, BOA 9/527, BOA 9/561, BOA 9/563, BOA 9/596, BOA 9/603, BOA 9/607, BOA 9/617, BOA 6/618, BOA 9/636, BOA 9/640, BOA 9/653, BOA 9/692, BOA 9/697, BOA 9/724, BOA 9/789, BOA 9/805, BOA 9/842, BOA 9/856, BOA 9/880, BOA 9/900, BOA 9/965, BOA 9/1016, BOA 9/1025, BOA 9/1032, BOA 9/1049, BOA 9/1064, BOA 9/1069, BOA 9/1072, BOA 9/1074, BOA 9/1079, BOA 9/1119, BOA 9/1127, BOA 9/1134, BOA 9/1166, BOA 9/1174, BOA 9/1210, BOA 9/1213, BOA 9/1214, BOA 9/1241, BOA 9/1270, BOA 9/1308, BOA 9/1330 and BOA 9/1137.

⁷⁹ *Dhimmi of the applicant*: BOA 3/180, BOA 3/223, BOA 3/311, BOA 3/449, BOA 3/457, BOA 3/584, BOA 3/635, BOA 3/752, BOA 3/883, BOA 3/1047, BOA 3/1374, BOA 3/1382, BOA 4/223, BOA 4/253, BOA 4/260, BOA 4/381, BOA 4/621, BOA 4/622, BOA 4/623, BOA 4/624, BOA 4/625, BOA 4/626, BOA 4/627, BOA 4/628, BOA 4/629, BOA 4/631, BOA 4/632, BOA 4/703, BOA 4/884, BOA 4/942, BOA 4/997, BOA 5/101, BOA 5/106, BOA 5/141, BOA 5/197, BOA 5/346, BOA 5/351, BOA 5/440, BOA 5/502, BOA 5/511, BOA 5/565, BOA 5/618, BOA 5/652, BOA 5/694, BOA 5/707, BOA 5/738, BOA 5/752, BOA 5/764, BOA 5/840, BOA 5/855, BOA 5/872, BOA 5/919, BOA 5/921, BOA 5/953,

24.9%⁸⁰ of the complainees are Non-Muslims. Also, it is determined that these Non-Muslims are mainly *Dhimmi*. Nevertheless, it can be similarly seen that parties of the joint applicants consist of “Muslims and *Dhimmis*”.

Also, the data related to the mutual religious characteristics of the parties having disputes between themselves is obtained from *Istanbul Ahkâm Registers* analyzed with relation to the 18th century.

BOA 5/995, BOA 6/44, BOA 6/88, BOA 6/160, BOA 6/206, BOA 6/217, BOA 6/235, BOA 6/480, BOA 6/501, BOA 6/986, BOA 7/4, BOA 7/43, BOA 7/205, BOA 7/387, BOA 7/483, BOA 7/494, BOA 7/608, BOA 7/694, BOA 7/738, BOA 7/827, BOA 7/842, BOA 7/849, BOA 7/935, BOA 7/953, BOA 7/1001, BOA 7/1070, BOA 7/1071, BOA 7/1074, BOA 7/1137, BOA 7/1155, BOA 7/1156, BOA 7/1224, BOA 8/25, BOA 8/88, BOA 8/131, BOA 8/429, BOA 8/500, BOA 8/514, BOA 8/598, BOA 8/690, BOA 8/763, BOA 8/991, BOA 8/1011, BOA 8/1180, BOA 8/1271, BOA 8/1272, BOA 9/211, BOA 9/296, BOA 9/376, BOA 9/387, BOA 9/470, BOA 9/508, BOA 9/520, BOA 9/522, BOA 9/561, BOA 9/574, BOA 9/617, BOA 9/641, BOA 9/642, BOA 9/688, BOA 9/737, BOA 9/809, BOA 9/856, BOA 9/862, BOA 9/890, BOA 9/914, BOA 9/926, BOA 9/1069, BOA 9/1079, BOA 9/1153, BOA 9/1241, BOA 9/1297, BOA 9/1326 and BOA 9/1331. *Jews of the applicant*: BOA 4/1011, BOA 7/1125, BOA 8/1014 and BOA 9/133. *Nazarene of the applicant*: BOA 3/387, BOA 5/725, BOA 6/492, BOA 6/986, BOA 7/1033, BOA 7/1132, BOA 8/397, BOA 9/377, BOA 9/387, BOA 9/609 and BOA 9/1163.

⁸⁰ *Dhimmi of the complainee*: BOA 3/109, BOA 3/223, BOA 3/311, BOA 3/335, BOA 3/387, BOA 3/457, BOA 3/474, BOA 3/584, BOA 3/752, BOA 3/883, BOA 3/1047, BOA 3/1085, BOA 3/1374, BOA 3/1382, BOA 4/28, BOA 4/381, BOA 5/511, BOA 5/565, BOA 5/694, BOA 5/725, BOA 5/756, BOA 5/819, BOA 5/855, BOA 5/921, BOA 5/953, BOA 5/995, BOA 6/44, BOA 6/206, BOA 6/217, BOA 6/235, BOA 6/480, BOA 6/548, BOA 6/626, BOA 6/986, BOA 6/1013, BOA 7/43, BOA 7/54, BOA 7/205, BOA 7/494, BOA 7/729, BOA 7/825, BOA 7/827, BOA 7/842, BOA 7/849, BOA 7/935, BOA 7/1033, BOA 7/1070, BOA 7/1071, BOA 7/1074, BOA 7/1132, BOA 7/1137, BOA 7/1155, BOA 7/1156, BOA 7/1224, BOA 8/25, BOA 8/88, BOA 8/99, BOA 8/131, BOA 8/320, BOA 8/361, BOA 8/397, BOA 8/500, BOA 8/690, BOA 8/763, BOA 8/827, BOA 8/1011, BOA 8/1272, BOA 9/296, BOA 9/376, BOA 9/377, BOA 9/387, BOA 9/470, BOA 9/508, BOA 9/522, BOA 9/574, BOA 9/609, BOA 9/636, BOA 9/641, BOA 9/642, BOA 9/663, BOA 9/669, BOA 9/688, BOA 9/737, BOA 9/797, BOA 9/854, BOA 9/862, BOA 9/914, BOA 9/926, BOA 9/1153, BOA 9/1163, BOA 9/1182, BOA 9/1297, BOA 9/1326 and BOA 9/1331. *Jews of the complainee*: BOA 7/4. *Nazarene of the complainee*: BOA 4/260, BOA 5/106, BOA 6/986, BOA 7/43, BOA 7/1001 and BOA 9/688.

Table 15. The Mutual Religions of the Parties Having Disputes Between Themselves in Istanbul in the 18th Century

THE MUTUAL RELIGIONS OF THE PARTIES		CASES	PERCENTAGE
APPLICANT	COMPLAINEE		
I. MUSLIM	MUSLIM	232	58.9%
II. MUSLIM	NON-MUSLIM	23	5.8%
A. MUSLIM	DHIMMI	23	100%
B. MUSLIM	JEWS	-	-
C. MUSLIM	NAZARENE	-	-
III. NON-MUSLIM	MUSLIM	49	12.4%
A. DHIMMI	MUSLIM	46	93.9%
B. JEWS	MUSLIM	1	2%
C. NAZARENE	MUSLIM	2	4.1%
III. NON-MUSLIM	NON-MUSLIM	75	19%
A. DHIMMI	DHIMMI	63	84%
B. DHIMMI	NAZARENE	6	8%
C. JEWS	JEWS	-	-
D. NAZARENE	DHIMMI	10	13.3%
E. NAZARENE	NAZARENE	1	1.3%

As can be seen in Table 15, the financial problems experienced in Istanbul in the 18th century have mainly appeared between two *Muslims*. According to the related *Ahkâm Registers*, 81% of the prejudgements related to the financial disputes are for the *Muslim* subject. Also, 58.9% of the financial problems have occurred between two *Muslims*⁸¹.

⁸¹ BOA 3/178, BOA 3/206, BOA 3/227, BOA 3/269, BOA 3/368, BOA 3/386, BOA 3/445, BOA 3/458, BOA 3/479, BOA 3/497, BOA 3/543, BOA 3/568, BOA 3/604, BOA 3/657, BOA 3/658, BOA 3/683, BOA 3/768, BOA 3/779, BOA 3/785, BOA 3/791, BOA 3/809, BOA 3/816, BOA 3/817, BOA 3/910, BOA 3/922, BOA 3/972, BOA 3/1003, BOA 3/1017, BOA 3/1023, BOA 3/1054, BOA 3/1061, BOA 3/1130, BOA 3/1132, BOA 3/1141, BOA 3/1149, BOA 3/1179, BOA 3/1323, BOA 3/1345, BOA 4/54, BOA 4/83, BOA 4/84, BOA 4/125, BOA 4/129, BOA 4/195, BOA 4/197, BOA 4/206, BOA 4/250, BOA 4/307, BOA 4/423, BOA 4/462, BOA 4/473, BOA 4/485, BOA 4/558, BOA 4/734, BOA 4/764, BOA 4/769, BOA 4/770, BOA 4/778, BOA 4/787, BOA 4/817, BOA 4/818, BOA 4/824, BOA 4/869, BOA 4/874, BOA 4/916, BOA 5/14, BOA 5/41, BOA 5/70, BOA 5/209, BOA 5/217, BOA 5/270, BOA 5/292, BOA 5/402, BOA 5/410, BOA 5/564, BOA 5/621, BOA 5/654, BOA 5/906, BOA 5/932, BOA 5/983, BOA 6/84, BOA 6/106, BOA 6/128, BOA 6/137, BOA 6/154, BOA 6/156, BOA 6/163, BOA 6/213, BOA 6/288, BOA 6/371, BOA 6/374, BOA 6/385, BOA 6/481, BOA 6/489, BOA 6/630, BOA 6/648, BOA 6/669, BOA 6/693, BOA 6/715, BOA 6/812, BOA 6/891, BOA 6/925, BOA 6/974, BOA 6/1004, BOA 6/1008, BOA 7/28, BOA 7/63, BOA 7/104, BOA 7/119, BOA 7/200, BOA 7/214, BOA 7/216, BOA 7/254, BOA 7/256, BOA 7/306, BOA 7/311, BOA 7/325, BOA 7/340, BOA 7/344, BOA 7/358, BOA 7/384, BOA 7/412, BOA 7/430, BOA 7/481, BOA 7/682, BOA 7/695, BOA 7/764,

On the other hand, it can be seen in 147 cases of all 394 cases in the related period that at least one of the parties is *Non-Muslim*. In that, 19% of prejudgements concerning the problems is between two *Non-Muslims*⁸²(63% of these are between two *Dhimmis*), 12.4% of it is between “*Non-Muslim and Muslim*”⁸³(93.9% of these are “*Dhimmi and Muslim*”) and 5.8% of it is between “*Muslim and Non-Muslim*”⁸⁴(all of these cases are between “*Muslim and Dhimmi*”).

BOA 7/805, BOA 7/858, BOA 7/861, BOA 7/887, BOA 7/1090, BOA 7/1091, BOA 7/1121, BOA 7/1136, BOA 7/1138, BOA 7/1143, BOA 7/1213, BOA 7/1218, BOA 8/4, BOA 8/99, BOA 8/104, BOA 8/237, BOA 8/263, BOA 8/320, BOA 8/331, BOA 8/361, BOA 8/396, BOA 8/502, BOA 8/534, BOA 8/543, BOA 8/578, BOA 8/599, BOA 8/662, BOA 8/706, BOA 8/707, BOA 8/783, BOA 8/787, BOA 8/793, BOA 8/801, BOA 8/1050, BOA 8/1180, BOA 8/1189, BOA 8/1214, BOA 8/1215, BOA 9/42, BOA 9/50, BOA 9/100, BOA 9/141, BOA 9/151, BOA 9/154, BOA 9/166, BOA 9/169, BOA 9/207, BOA 9/223, BOA 9/238, BOA 9/276, BOA 9/281, BOA 9/298, BOA 9/333, BOA 9/335, BOA 9/337, BOA 9/344, BOA 9/375, BOA 9/378, BOA 9/382, BOA 9/395, BOA 9/396, BOA 9/401, BOA 9/411, BOA 9/422, BOA 9/446, BOA 9/464, BOA 9/497, BOA 9/502, BOA 9/527, BOA 9/563, BOA 9/596, BOA 9/603, BOA 9/607, BOA 6/618, BOA 9/636, BOA 9/640, BOA 9/653, BOA 9/692, BOA 9/697, BOA 9/724, BOA 9/789, BOA 9/805, BOA 9/842, BOA 9/880, BOA 9/900, BOA 9/965, BOA 9/1016, BOA 9/1025, BOA 9/1032, BOA 9/1049, BOA 9/1064, BOA 9/1072, BOA 9/1074, BOA 9/1119, BOA 9/1127, BOA 9/1134, BOA 9/1166, BOA 9/1174, BOA 9/1210, BOA 9/1213, BOA 9/1214, BOA 9/1270, BOA 9/1308, BOA 9/1330 and BOA 9/1137.

⁸² Between two *Dhimmis*: BOA 3/223, BOA 3/311, BOA 3/457, BOA 3/584, BOA 3/752, BOA 3/883, BOA 3/1047, BOA 3/1374, BOA 3/1382, BOA 4/381, BOA 5/511, BOA 5/565, BOA 5/694, BOA 5/855, BOA 5/921, BOA 5/953, BOA 5/995, BOA 6/44, BOA 6/206, BOA 6/217, BOA 6/235, BOA 6/480, BOA 6/986, BOA 7/43, BOA 7/205, BOA 7/494, BOA 7/827, BOA 7/842, BOA 7/849, BOA 7/935, BOA 7/1070, BOA 7/1071, BOA 7/1074, BOA 7/1137, BOA 7/1155, BOA 7/1156, BOA 7/1224, BOA 8/25, BOA 8/88, BOA 8/131, BOA 8/500, BOA 8/690, BOA 8/763, BOA 8/1011, BOA 8/1272, BOA 9/296, BOA 9/376, BOA 9/387, BOA 9/470, BOA 9/508, BOA 9/522, BOA 9/574, BOA 9/641, BOA 9/642, BOA 9/688, BOA 9/737, BOA 9/862, BOA 9/914, BOA 9/926, BOA 9/1153, BOA 9/1297, BOA 9/1326 and BOA 9/1331. Between “*Dhimmi and Nazarene*”: BOA 4/260, BOA 5/106, BOA 6/986, BOA 7/43, BOA 7/1001 and BOA 9/688. Between “*Nazarene and Dhimmi*”: BOA 3/387, BOA 5/725, BOA 6/986, BOA 7/1033, BOA 7/1132, BOA 8/397, BOA 9/377, BOA 9/387, BOA 9/609 and BOA 9/1163. Between two *Nazarenes*: BOA 6/986.

⁸³ Between “*Dhimmi and Muslim*”: BOA 3/449, BOA 4/253, BOA 4/621, BOA 4/622, BOA 4/623, BOA 4/624, BOA 4/625, BOA 4/626, BOA 4/627, BOA 4/628, BOA 4/629, BOA 4/631, BOA 4/632, BOA 4/703, BOA 4/942, BOA 5/101, BOA 5/746, BOA 5/440, BOA 5/652, BOA 5/752, BOA 5/764, BOA 5/840, BOA 5/872, BOA 5/919, BOA 6/88, BOA 6/160, BOA 6/501, BOA 7/387, BOA 7/483, BOA 7/608, BOA 7/694, BOA 7/738, BOA 7/953, BOA 8/763, BOA 8/991, BOA 8/1180, BOA 8/1271, BOA 9/211, BOA 9/520, BOA 9/522, BOA 9/561, BOA 9/617, BOA 9/856, BOA 9/1069, BOA 9/1079 and BOA 9/1241. Between “*Jews and Muslim*”: BOA 8/1014. Between “*Nazarene and Muslim*”: BOA 6/492 and BOA 9/377.

⁸⁴ Between “*Muslim and Dhimmi*”: BOA 3/109, BOA 3/335, BOA 3/474, BOA 3/1085, BOA 4/28, BOA 5/756, BOA 5/819, BOA 6/548, BOA 6/626, BOA 6/1013, BOA 7/54, BOA 7/729, BOA 7/825, BOA 8/99, BOA 8/320, BOA 8/361, BOA 8/827, BOA 9/636, BOA 9/663, BOA 9/669, BOA 9/797, BOA 9/854 and BOA 9/1182.

F. The Classification of the Financial Problems Experienced in Istanbul in the 18th Century in Accordance With Years

The last classification in the *Ahkâm Registers* of the problems experienced in the financial system of Istanbul in between 1750-1780 years period is based on the evaluation of judgements in accordance with years. Our intention in the classification of prejudgements in accordance with years is to determine how the frequency of Financial Problems change by years. Within this framework, dates of the judgement in the *Ahkâm Registers* are analyzed to make classification in accordance with years.

Table 16. Years in which Istanbul Financial Problems are Experienced in the 18th Century

YEAR	CASES	PERCENTAGE
1750-1754	51	12.9%
1755-1759	72	18.3%
1760-1764	85	21.6%
1765-1769	59	15%
1770-1774	4	1%
1775-1779	123	31.2%
TOTAL	394	100%

When the classifications of problems seen in Istanbul financial system in between 1750-1780 years as our analyzing period made on the basis of years –in table 16- are evaluated, it is detected that applications about financial problems are relatively high in between 1775-1779⁸⁵ years, it gradually

⁸⁵ The cases regarding 1775-1779 years are BOA 8/706, BOA 8/707, BOA 8/763, BOA 8/783, BOA 8/787, BOA 8/793, BOA 8/801, BOA 8/827, BOA 8/991, BOA 8/1011, BOA 8/1014, BOA 8/1050, BOA 8/1180, BOA 8/1189, BOA 8/1214, BOA 8/1215, BOA 8/1271, BOA 8/1272, BOA 9/42, BOA 9/50, BOA 9/100, BOA 9/133, BOA 9/141, BOA 9/151, BOA 9/154, BOA 9/166, BOA 9/169, BOA 9/207, BOA 9/211, BOA 9/223, BOA 9/238, BOA 9/276, BOA 9/281, BOA 9/296, BOA 9/298, BOA 9/333, BOA 9/335, BOA 9/337, BOA 9/344, BOA 9/375, BOA 9/376, BOA 9/377, BOA 9/378, BOA 9/382, BOA 9/387, BOA 9/395, BOA 9/396, BOA 9/401, BOA 9/411, BOA 9/422, BOA 9/446, BOA 9/464, BOA 9/470, BOA 9/497, BOA 9/502, BOA 9/508, BOA 9/520, BOA 9/522, BOA 9/527, BOA 9/545, BOA 9/561, BOA 9/563, BOA 9/574, BOA 9/596, BOA 9/603, BOA 9/607, BOA 9/609, BOA 9/617, BOA 9/618, BOA 9/636, BOA 9/640, BOA 9/641, BOA 9/642, BOA 9/653, BOA 9/663, BOA 9/669, BOA 9/688, BOA 9/692, BOA 9/697, BOA 9/724, BOA 9/737, BOA 9/789, BOA 9/797, BOA 9/805, BOA 9/809, BOA 9/842, BOA 9/854, BOA 9/856, BOA 9/862, BOA 9/880, BOA 9/890, BOA 9/900, BOA 9/914, BOA 9/926, BOA 9/965, BOA 9/1016, BOA 9/1025, BOA 9/1032, BOA 9/1049, BOA 9/1064, BOA 9/1069, BOA 9/1072, BOA 9/1074, BOA 9/1079, BOA 9/1119, BOA 9/1127, BOA 9/1134, BOA 9/1153, BOA 9/1163, BOA 9/1166, BOA 9/1174, BOA 9/1182, BOA 9/1210, BOA 9/1213, BOA 9/1214, BOA 9/1241, BOA 9/1270, BOA 9/1297, BOA 9/1308, BOA 9/1326, BOA 9/1330, BOA 9/1331 and BOA 9/1137.

decreases towards 1750s. In that, while 1750-1780 years period; 68.8%(271 cases) of the financial problems experienced in Istanbul in between 1760-1779⁸⁶ years period and only 31.2%(123 cases) of it is seen in between 1750-1759⁸⁷ years period. Also, it is pointed out that financial problems of Istanbul is relatively high especially in 1760-1964(21.6%) and 1775-1779(31.2%) years.

⁸⁶ The registers related to 1760-1764 years are BOA 5/564, BOA 5/565, BOA 5/618, BOA 5/621, BOA 5/652, BOA 5/654, BOA 5/694, BOA 5/707, BOA 5/725, BOA 5/738, BOA 5/752, BOA 5/756, BOA 5/764, BOA 5/819, BOA 5/840, BOA 5/855, BOA 5/872, BOA 5/906, BOA 5/919, BOA 5/921, BOA 5/932, BOA 5/953, BOA 5/983, BOA 5/995, BOA 6/44, BOA 6/84, BOA 6/88, BOA 6/106, BOA 6/128, BOA 6/137, BOA 6/154, BOA 6/156, BOA 6/160, BOA 6/163, BOA 6/206, BOA 6/213, BOA 6/217, BOA 6/235, BOA 6/288, BOA 6/371, BOA 6/374, BOA 6/385, BOA 6/480, BOA 6/481, BOA 6/489, BOA 6/492, BOA 6/501, BOA 6/548, BOA 6/626, BOA 6/630, BOA 6/648, BOA 6/669, BOA 6/693, BOA 6/715, BOA 6/812, BOA 6/891, BOA 6/925, BOA 6/974, BOA 6/986, BOA 6/1004, BOA 6/1008, BOA 6/1013, BOA 7/4, BOA 7/28, BOA 7/43, BOA 7/54, BOA 7/63, BOA 7/104, BOA 7/119, BOA 7/200, BOA 7/205, BOA 7/214, BOA 7/216, BOA 7/254, BOA 7/256, BOA 7/306, BOA 7/311, BOA 7/325, BOA 7/340, BOA 7/344, BOA 7/358, BOA 7/384, BOA 7/387, BOA 7/412 and BOA 7/430. The cases related to period of 1765-1769 are BOA 7/481, BOA 7/483, BOA 7/494, BOA 7/608, BOA 7/682, BOA 7/694, BOA 7/695, BOA 7/729, BOA 7/738, BOA 7/764, BOA 7/805, BOA 7/825, BOA 7/827, BOA 7/842, BOA 7/849, BOA 7/858, BOA 7/861, BOA 7/887, BOA 7/935, BOA 7/953, BOA 7/1001, BOA 7/1033, BOA 7/1070, BOA 7/1071, BOA 7/1074, BOA 7/1090, BOA 7/1091, BOA 7/1121, BOA 7/1125, BOA 7/1132, BOA 7/1136, BOA 7/1137, BOA 7/1138, BOA 7/1143, BOA 7/1155, BOA 7/1156, BOA 7/1213, BOA 7/1218, BOA 7/1224, BOA 8/4, BOA 8/25, BOA 8/88, BOA 8/99, BOA 8/104, BOA 8/131, BOA 8/237, BOA 8/263, BOA 8/320, BOA 8/331, BOA 8/361, BOA 8/396, BOA 8/397, BOA 8/429, BOA 8/500, BOA 8/502, BOA 8/514, BOA 8/534, BOA 8/543 and BOA 8/578. The cases regarding 1770-1774 years are BOA 8/598, BOA 8/599, BOA 8/662 and BOA 8/690.

⁸⁷ The cases related to 1750-1754 are BOA 3/109, BOA 3/178, BOA 3/180, BOA 3/206, BOA 3/223, BOA 3/227, BOA 3/269, BOA 3/311, BOA 3/335, BOA 3/368, BOA 3/386, BOA 3/387, BOA 3/445, BOA 3/449, BOA 3/457, BOA 3/458, BOA 3/474, BOA 3/479, BOA 3/497, BOA 3/543, BOA 3/568, BOA 3/584, BOA 3/604, BOA 3/635, BOA 3/657, BOA 3/658, BOA 3/683, BOA 3/752, BOA 3/768, BOA 3/779, BOA 3/785, BOA 3/791, BOA 3/809, BOA 3/816, BOA 3/817, BOA 3/883, BOA 3/910, BOA 3/922, BOA 3/972, BOA 3/1003, BOA 3/1017, BOA 3/1023, BOA 3/1047, BOA 3/1054, BOA 3/1061, BOA 3/1085, BOA 3/1130, BOA 3/1132, BOA 3/1141, BOA 3/1149 and BOA 3/1179. The decisions related to 1755-1759 are BOA 3/1323, BOA 3/1345, BOA 3/1374, BOA 3/1382, BOA 4/28, BOA 4/54, BOA 4/83, BOA 4/84, BOA 4/125, BOA 4/129, BOA 4/195, BOA 4/197, BOA 4/206, BOA 4/223, BOA 4/250, BOA 4/253, BOA 4/260, BOA 4/307, BOA 4/381, BOA 4/423, BOA 4/462, BOA 4/473, BOA 4/485, BOA 4/491, BOA 4/558, BOA 4/577, BOA 4/621, BOA 4/622, BOA 4/623, BOA 4/624, BOA 4/625, BOA 4/626, BOA 4/627, BOA 4/628, BOA 4/629, BOA 4/631, BOA 4/632, BOA 4/703, BOA 4/734, BOA 4/764, BOA 4/769, BOA 4/770, BOA 4/778, BOA 4/787, BOA 4/817, BOA 4/818, BOA 4/824, BOA 4/869, BOA 4/874, BOA 4/884, BOA 4/916, BOA 4/942, BOA 4/997, BOA 4/1011, BOA 5/14, BOA 5/41, BOA 5/70, BOA 5/101, BOA 5/106, BOA 5/141, BOA 5/197, BOA 5/209, BOA 5/217, BOA 5/270, BOA 5/292, BOA 5/346, BOA 5/351, BOA 5/402, BOA 5/410, BOA 5/440, BOA 5/502 and BOA 5/511.

III. CONCLUSION

This archive study having the aim of analyzing the financial system in Istanbul in the 18th century is based on the classification of *Istanbul Ahkâm Registers* of the period. With this purpose, records of *Istanbul Ahkâm Registers* including financial problems related to the period between March 1750-July 1779 years are analyzed. In the related registers, 394 cases are detected related to the problems concerning the financial system in Istanbul.

Each register detected is classified according to (i)the book numbers in the *Ahkâm Registers*, (ii)problems experienced in the financial system, (iii)the application places according to the Istanbul townships, (iv)social positions of the parties, (v)religions of the parties, and (vi)year variables which are determined by ourselves.

Records related to the financial problems experienced in between 1750-1780 years in Istanbul take place in the 3-9 numbers of Ahkâm Books. In this period in which 394 judgements were given, it is determined that maximum decisions takes place in the book numbered 9(104 cases and the 26.4% of total cases).

According to Ahkâm Records, the most important problems experienced in Istanbul financial system are related to the general subjects of *debit and credit disputes founded on contract*(219 cases and the 55.6% of total judgments) and *tax dispute*(95 cases and the 24.1% of total judgments). These problems are respectively followed by titles as *debit and credit disputes founded on contract which furnished security*(19.5%), *land tenure*(iltizam, 6.3%), *collection of a claim and bankruptcy*(5.8%) and *returning the wrongful and unlawful appropriation*(2.8%).

The financial problems experienced in Istanbul in the 18th century related to *debit and credit disputes founded on contract* is mainly related to the “ordinary debit and credit dispute”(95 cases), “debit and credit disputes founded on trade”(53 cases), “borrowing and credit”(47 cases) and “usury(murabaha)”(20 cases). It is seen that “unlawful and wrongful levy”(40 cases), “tax exemption”(31 cases), “not to pay tax”(15 cases) and “levy”(5 cases) problems are experienced related to *tax dispute* subjects. While problems of the “promissory note”(40 cases), “guarantor”(15 cases), “cost of peace”(9 cases) and “pawned debt”(7 cases) are mainly experienced in *debit and credit disputes founded on contract which furnished security, land tenure problems* are generally for “giving muqâtaa to the land tenure”(12 cases), and “muqâtaa

revenue”(2 cases). Also, while the concentration about *collection of a claim and bankruptcy problems* is on the “instalment debts”(13 cases) and “distrain the property of debtor”(6 cases) subjects, *returning the wrongful and unlawful appropriation problems* are mainly experienced in the subjects of “returning the wringed money of askeri”(9 cases) and “returning the appropriated funds and property”(only 1 case).

In the 18th century, Istanbul provincial border split up main two hinterlands as *Surici* and *Bilad-ı Selase (Galata, Uskudar and Haslar)*. For this reason, shape of the study in accordance with the place is around *Surici, Galata, Uskudar* and *Haslar*(Eyup) regions and the sub-districts connected with them.

It is detected that in our related study period, maximum financial problems have been experienced in *Haslar* region (especially in the sub-district of *Midye* aforementioned in the 27.2% of total decisions). While 28.9% of the *Ahkâm* records are related to the *Haslar* region, 27.9% of them belong to *Galata*, 27.4% of them belong to *Uskudar* and 15.7% of them belong to *Surici* region. It is also seen that in the analysis based on the sub-districts related to the these *Bilad-ı Selase* regions, financial problems are centered upon the sub-districts of *Kapudagi*(43.6%), *Marmara*(33.6%) and *Erdek*(8.1%) in *Galata* region and of *Karamürsel*(21%), *Gekbuze*(20%) and *Sile*(14.8%) in *Uskudar* region and of *Midye*(27.2%), *Silivri*(18.2%) and *Terkos*(18.4%) in *Haslar* region.

When the distributions according to the subjects of financial problems experienced in these four regions of Istanbul are analyzed, it is detected that problems of *tax exemption*(29 cases) are often experienced in *Surici* township, and problems of *ordinary debit and credit dispute*(respectively 37, 29 and 25 cases) are mainly experienced in *Galata, Uskudar* and *Haslar* townships.

In between the periods of 1750-1780 years, to evaluate the judgements of *Ahkâm Registers* given related to the financial system in Istanbul according to the social classes of the parties, judgement are detailed as *the askeri* and *the reaya*. In conclusion of this classification, both *the applicant* party applying for the delivering of the judgement and *the complainee* party against whom the judgement is delivered consist of *the reaya* residing in the city center. In that, while a very high rate of *applicants* applying to the central administration for the solution of problems experienced in Istanbul as 94.9% consist of *the reaya*(63.9% of whom settled in the city), 83.5% of *the complainees* are composed of *the reaya*(61.1% of whom reside in the centrum).

In the 18th century, financial problems in Istanbul were mostly experienced among *the reaya* ones. In that, while both parties consist of *the reaya* at a very high rate like 81.2% of prejudgements, 9.6% of it was experienced between “*the reaya* and *the askeri*”, 2.5% of it was experienced between two *askeri* and only 2.3% of it was experienced between “*the askeri* and *the reaya*”.

Also, the data about the religious characteristics of parties experiencing financial disputes between them are obtained from the records of *Istanbul Ahkâm Registers*. For this reason, judgements in the registers are evaluated by classifying as *Muslim* and *Non-Muslim*. In conclusion of the classification, it is determined that financial problems in Istanbul in the 18th century are mainly experienced among *Muslims*. According to the related *Ahkâm Registers*, 81% of judgements given related to the financial disputes are for the *Muslim* subjects. In that, while 64.5% of *the applicants* and 71.1% of *the complainees* are *Muslims*, only 35.8% of *the applicants* and 24.9% of *the complainees* are *Non-Muslims*(and are mainly *Dhimmis*). This situation supports the claim of the population of *Muslims* in Istanbul in the 18th century is more intensive than others.

On the other hand, it is seen that while *Muslim* subjects experience the problems related to *the ordinary debit and credit dispute*(62 cases and 24.4%) and *unlawful and wrongful levy*(31 cases and 12.2%); *Non-Muslim* subjects also experience mainly the problems also related to the *ordinary debit and credit dispute*(33 cases and 23.4%) and *tax exemption*(28 cases and 19.9%).

In conclusion, judgements given in *Istanbul Ahkâm Registers* related to the financial system are evaluated in terms of time. For this reason, the registers belonging to the second half of the 18th century(1750-1780) are classified in accordance with the years indicated in the judgements. In conclusion of the classification, it is detected that financial problems experienced in between 1775-1779 years is relatively high and they have gradually decreased towards 1750s. Thus, while 68.8% of the problems is experienced in between 1760-1779 years, 31.2% of it is experienced in between 1750-1759 years. Complaints related to the financial problems in Istanbul intensified in 1776 and 1777 years.

Besides, it is detected that financial problems were often experienced in *Surici* region between 1755-1759, intensely in *Galata* region in 1760-1769 period, often in *Uskudar* region in 1750-1765 period, and intensely in *Haslar* region between 1775-1779.

REFERENCES

Archival Sources

Başbakanlık Osmanlı Arşivi(BOA), Bab-ı Asafî Divan-ı Hümayun Sicilleri İstanbul Ahkâm Defteri(A.DVNP.AHK.IS.d.) 3, case number(c.) 109, page(p.) 29, March 1750.

BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.178, p.46, June 1750.

BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.180, p.46, June 1750.

BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.206, p.54, August 1750.

BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.223, p.58, September 1750.

BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.227, p.58, September 1750.

BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.269, p.69, November 1750.

BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.311, p.80, January 1751.

BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.335, p.86, March 1751.

BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.368, p.95, April 1751.

BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.386, p.100, May 1751.

BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.387, p.100, May 1751.

BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.445, p.116, August 1751.

BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.449, p.118, August 1751.

BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.457, p.120, September 1751.

BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.458, p.120, September 1751.

BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.474, p.124, October 1751.

BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.479, p.126, October 1751.

BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.497, p.131, November 1751.

BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.543, p.142, January 1752.

BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.568, p.151, March 1752.

BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.584, p.156, April 1752.

BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.604, p.161, June 1752.

- BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.635, p.170, September 1752.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.657, p.171, September 1752.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.658, p.172, September 1752.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.683, p.177, October 1752.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.752, p.197, February 1753.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.768, p.201, March 1753.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.779, p.204, April 1753.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.785, p.205, April 1753.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.791, p.207, April 1753.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.809, p.214, May 1753.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.816, p.216, May 1753.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.817, p.216, May 1753.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.883, p.235, September 1753.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.910, p.244, October 1753.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.922, p.248, November 1753.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.972, p.262, December 1753.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.1003, p.270, February 1754.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.1017, p.274, March 1754.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.1023, p.276, March 1754.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.1047, p.283, April 1754.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.1054, p.285, May 1754.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.1061, p.287, May 1754.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.1085, p.294, June 1754.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.1130, p.306, August 1754.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.1132, p.307, August 1754.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.1141, p.310, September 1754.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.1149, p.312, September 1754.

- BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.1179, p.320, November 1754.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.1323, p.368, April 1755.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.1345, p.375, May 1755.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.1374, p.384, June 1755.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.3, c.1382, p.386, June 1755.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.28, p.10, August 1755.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.54, p.18, September 1755.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.83, p.30, October 1755.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.84, p.30, October 1755.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.125, p.46, December 1755.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.129, p.48, January 1756.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.195, p.71, March 1756.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.197, p.72, March 1756.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.206, p.75, March 1756.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.223, p.79, March 1756.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.250, p.83, April 1756.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.253, p.84, April 1756.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.260, p.86, May 1756.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.307, p.99, July 1756.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.381, p.123, October 1756.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.423, p.136, December 1756.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.462, p.148, March 1757.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.473, p.152, March 1757.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.485, p.157, April 1757.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.491, p.158, April 1757.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.558, p.183, May 1757.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.577, p.191, July 1757.

- BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.621, p.205, August 1757.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.622, p.205, August 1757.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.623, p.205, August 1757.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.624, p.206, August 1757.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.625, p.206, August 1757.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.626, p.206, August 1757.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.627, p.206, August 1757.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.628, p.207, August 1757.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.629, p.207, August 1757.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.631, p.207, August 1757.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.632, p.207, August 1757.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.703, p.231, November 1757.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.734, p.241, December 1757.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.764, p.251, January 1758.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.769, p.253, January 1758.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.770, p.253, January 1758.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.778, p.256, February 1758.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.787, p.259, February 1758.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.817, p.273, March 1758.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.818, p.278, March 1758.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.824, p.277, March 1758.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.869, p.293, April 1758.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.874, p.295, April 1758.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.884, p.298, April 1758.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.916, p.308, June 1758.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.942, p.317, July 1758.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.997, p.334, July 1758.

- BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.4, c.1011, p.339, August 1758.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.14, p.5, September 1758.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.41, p.14, October 1758.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.70, p.23, November 1758.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.101, p.31, December 1758.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.106, p.33, December 1758.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.141, p.47, September 1758.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.197, p.61, February 1759.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.209, p.67, March 1759.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.217, p.69, March 1759.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.270, p.85, June 1759.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.292, p.95, June 1759.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.346, p.112, August 1759.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.351, p.114, September 1759.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.402, p.128, September 1759.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.410, p.131, September 1759.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.440, p.141, October 1759.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.502, p.162, December 1759.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.511, p.164, December 1759.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.564, p.185, February 1760.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.565, p.185, February 1760.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.618, p.203, March 1760.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.621, p.204, March 1760.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.652, p.214, April 1760.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.654, p.215, April 1760.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.694, p.226, June 1760.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.707, p.232, June 1760.

- BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.725, p.236, July 1760.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.738, p.241, July 1760.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.752, p.246, July 1760.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.756, p.247, July 1760.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.764, p.250, August 1760.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.819, p.270, October 1760.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.840, p.277, October 1760.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.855, p.282, November 1760.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.872, p.287, November 1760.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.906, p.300, December 1760.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.919, p.306, January 1761.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.921, p.307, February 1761.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.932, p.310, February 1761.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.953, p.318, March 1761.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.983, p.332, May 1761.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.5, c.995, p.335, June 1761.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.44, p.15, July 1761.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.84, p.28, August 1761.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.88, p.30, August 1761.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.106, p.37, September 1761.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.128, p.47, September 1761.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.137, p.49, September 1761.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.154, p.55, October 1761.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.156, p.56, October 1761.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.160, p.57, October 1761.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.163, p.59, October 1761.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.206, p.74, October 1761.

- BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.213, p.77, December 1761.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.217, p.78, December 1761.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.235, p.83, January 1762.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.288, p.103, February 1762.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.371, p.131, May 1762.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.374, p.131, May 1762.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.385, p.135, June 1762.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.480, p.168, August 1762.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.481, p.168, August 1762.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.489, p.171, August 1762.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.492, p.172, August 1762.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.501, p.175, September 1762.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.548, p.195, October 1762.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.626, p.225, February 1763.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.630, p.226, February 1763.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.648, p.232, February 1763.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.669, p.239, March 1763.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.693, p.246, April 1763.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.715, p.253, April 1763.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.812, p.282, April 1763.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.891, p.309, October 1763.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.925, p.324, November 1763.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.974, p.344, December 1763.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.986, p.347, December 1763.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.1004, p.355, December 1763.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.1008, p.356, December 1763.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.1013, p.357, December 1763.

- BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.4, p.3, January 1764.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.28, p.9, February 1764.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.43, p.13, April 1764.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.54, p.16, March 1764.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.63, p.19, March 1763.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.104, p.34, April 1764.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.119, p.38, May 1764.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.200, p.63, June 1764.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.205, p.64, June 1764.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.214, p.68, June 1764.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.216, p.69, June 1764.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.254, p.80, July 1764.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.256, p.81, July 1764.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.306, p.101, August 1764.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.311, p.102, August 1764.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.325, p.108, August 1764.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.340, p.113, September 1764.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.344, p.114, September 1764.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.358, p.118, September 1764.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.384, p.126, October 1764.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.387, p.127, October 1764.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.412, p.137, November 1764.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.430, p.143, November 1764.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.481, p.158, January 1765.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.483, p.159, January 1765.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.494, p.162, January 1765.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.608, p.198, January 1765.

- BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.682, p.225, August 1765.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.694, p.228, August 1765.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.695, p.230, August 1765.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.729, p.240, September 1765.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.738, p.243, September 1765.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.764, p.249, October 1765.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.805, p.262, December 1765.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.825, p.269, December 1765.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.827, p.269, December 1765.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.842, p.273, December 1765.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.849, p.275, December 1765.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.858, p.278, January 1766.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.861, p.279, January 1766.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.887, p.287, February 1766.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.935, p.301, April 1766.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.953, p.307, April 1766.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.1001, p.321, June 1766.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.1033, p.331, July 1766.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.1070, p.344, August 1766.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.1071, p.344, August 1766.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.1074, p.345, August 1766.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.1090, p.349, September 1766.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.1091, p.350, August 1766.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.1121, p.360, September 1766.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.1125, p.362, September 1766.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.1132, p.364, October 1766.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.1136, p.365, October 1766.

- BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.1137, p.365, October 1766.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.1138, p.366, October 1766.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.1143, p.367, October 1766.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.1155, p.371, October 1766.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.1156, p.371, October 1766.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.1213, p.388, January 1767.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.1218, p.390, January 1767.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.7, c.1224, p.391, January 1767.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.4, p.2, January 1767.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.25, p.8, March 1767.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.88, p.28, June 1767.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.99, p.31, June 1767.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.104, p.33, June 1767.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.131, p.42, July 1767.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.237, p.74, December 1767.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.263, p.84, January 1768.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.320, p.102, April 1768.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.331, p.106, May 1768.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.361, p.118, June 1768.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.396, p.129, July 1768.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.397, p.129, July 1768.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.429, p.140, November 1768.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.500, p.157, August 1768.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.502, p.158, August 1768.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.514, p.162, November 1768.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.534, p.168, January 1769.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.543, p.170, January 1769.

- BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.578, p.181, April 1769.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.598, p.185, March 1770.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.599, p.186, April 1770.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.662, p.202, October 1774.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.690, p.212, December 1774.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.706, p.217, January 1775.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.707, p.217, January 1775.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.763, p.235, February 1775.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.783, p.241, March 1775.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.787, p.242, March 1775.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.793, p.243, March 1775.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.801, p.246, April 1775.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.827, p.252, April 1775.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.991, p.303, August 1775.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.1011, p.309, August 1775.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.1014, p.310, August 1775.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.1050, p.322, September 1775.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.1180, p.360, March 1776.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.1189, p.362, March 1776.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.1214, p.373, March 1776.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.1215, p.373, March 1776.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.1271, p.391, April 1776.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.8, c.1272, p.391, April 1776.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.42, p.10, May 1776.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.50, p.12, May 1776.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.100, p.23, June 1776.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.133, p.34, July 1776.

- BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.141, p.36, July 1776.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.151, p.39, July 1776.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.154, p.40, August 1776.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.166, p.43, August 1776.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.169, p.44, August 1776.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.207, p.56, September 1776.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.211, p.57, September 1776.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.223, p.62, September 1776.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.238, p.66, October 1776.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.276, p.75, November 1776.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.281, p.77, November 1776.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.296, p.81, December 1776.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.298, p.82, December 1776.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.333, p.92, January 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.335, p.93, January 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.337, p.93, February 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.344, p.95, February 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.375, p.104, February 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.376, p.104, February 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.377, p.104, February 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.378, p.104, February 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.382, p.106, February 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.387, p.107, February 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.395, p.109, March 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.396, p.110, March 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.401, p.111, March 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.411, p.114, March 1777.

- BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.422, p.117, March 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.446, p.124, April 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.464, p.128, May 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.470, p.130, April 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.497, p.137, June 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.502, p.138, June 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.508, p.139, June 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.520, p.142, June 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.522, p.143, June 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.527, p.144, July 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.545, p.148, July 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.561, p.151, July 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.563, p.152, August 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.574, p.156, August 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.596, p.161, August 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.603, p.162, August 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.607, p.163, August 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.609, p.164, August 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.617, p.165, September 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.6, c.618, p.165, September 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.636, p.170, September 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.640, p.172, September 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.641, p.173, September 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.642, p.173, September 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.653, p.176, October 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.663, p.179, October 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.669, p.181, October 1777.

- BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.688, p.187, November 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.692, p.188, November 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.697, p.189, November 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.724, p.196, November 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.737, p.199, December 1777.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.789, p.210, January 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.797, p.213, January 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.805, p.215, January 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.809, p.216, January 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.842, p.219, February 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.854, p.223, March 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.856, p.223, March 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.862, p.225, March 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.880, p.230, March 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.890, p.233, March 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.900, p.234, April 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.914, p.238, April 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.926, p.242, April 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.965, p.255, May 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1016, p.272, July 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1025, p.274, July 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1032, p.276, July 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1049, p.281, August 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1064, p.287, September 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1069, p.289, September 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1072, p.289, September 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1074, p.290, September 1778.

- BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1079, p.291, September 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1119, p.302, November 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1127, p.304, November 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1134, p.306, November 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1153, p.311, December 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1163, p.315, December 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1166, p.316, December 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1174, p.319, December 1778.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1182, p.322, January 1779.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1210, p.332, February 1779.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1213, p.333, February 1779.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1214, p.333, February 1779.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1241, p.340, March 1779.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1270, p.347, April 1779.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1297, p.353, May 1779.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1308, p.355, May 1779.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1326, p.360, May 1779.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1330, p.361, June 1779.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1331, p.361, July 1779.
BOA, A.DVNP.AHK.IS.d.9, c.1137, p.362, July 1779.

TUTUKLAMA – MAHSUP – ERTELEME MÜESSESELERİNİN BİRLİKTE UYGULANMA HÂLLERİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

Hakan KAŞKA*

ÖZET

Mahsup, kesin hükümden önce gerçekleşen hürriyeti kısıtlayıcı sürelerin, hükmolunan cezadan indirilmesidir. Tutuklama, hürriyeti kısıtlayıcı özelliği nedeniyle mahsuba neden olan bir koruma tedbiridir. 5237 numaralı Türk Ceza Kanunu'nda, hapis cezasının ertelenmesi, cezanın özel bir infaz biçimi olarak düzenlenmiştir. Buna göre hapis cezasının ertelenmesi kararı ile birlikte, hükmolunan hapis cezası toplum içerisinde infaz edilmektedir. Bu nedenle tutuklama, mahsup ve erteleme müesseselerinin birlikte uygulanma hâlleri, çözülmesi gereken önemli bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır. Çünkü hapis cezasının ertelenmesi kararı ile birlikte, hükmolunan hapis cezası toplum içerisinde infaz edildiği hâlde, mahsup, ceza infaz kurumundaki infaz süresini etkileyen bir müessesedir. Çalışmada, bu meseleye ilişkin çözüm önerileri açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tutuklama – Mahsup – Erteleme – İnfaz – Ertelemenin bölünmezliği

TOGETHER IMPLEMENTING FORMS OF THE ARREST – OFFSET – SUSPENSION

ABSTRACT

Offset is that lowering the times of restricting liberty which has occurred before definitive judgment, from ruled penalty. Arrest is a protection measure which causes to offset because of its property of restricting liberty. In Turkish Penal Code No. 5237, suspension of prison sentence is arranged as a special form of execution of punishment. Accordingly with the decision of suspension of prison sentence, prison sentence which is ruled, is executed in the society. For this reason, together implementing forms of the arrest, offset and suspension occurs as an important issue which must be solved. Because, although with the decision of suspension of prison sentence, prison sentence which is ruled, is executed in society, offset is an institute which affects the execution time in prison. In this work, solutions which are about this issue, are explained.

Keywords: Arrest – Offset – Suspension – Execute – Indivisibility of suspension.

* Öğr. Gör., Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Elemanı,
e-posta: kaska.hakan09@gmail.com

GİRİŞ

Türk ceza hukukunda, birey üzerinde önemli etkileri olan ve birlikte uygulanma hâlleri karmaşıklık arz eden müesseselerden ikisinin, tutuklama ve mahsup şeklinde belirtilmesi mümkündür. Kısa tanımlarıyla bu müesseseler incelenecek olursa; tutuklama, ceza muhakemesindeki bir koruma tedbiri olarak¹, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin varlığı hâlinde, hakkında kesinleşmiş bir hüküm bulunmaksızın, şüphelinin veya sanığın özgürlüğünün, hâkim kararıyla ve geçici olarak kısıtlanmasıdır².

Mahsup ise ceza hukuku ıstılahında, birey hakkındaki bir mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden önce, bireyin özgürlüğünün kısıtlandığı sürelerin, söz konusu mahkûmiyetten indirilmesi anlamına gelmektedir. Nitekim 5237 numaralı Türk Ceza Kanunu Madde 63'te mahsup müessesesi, hükmün kesinleşmesinden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti kısıtlama sonucunu doğuran bütün hâller nedeniyle geçirilmiş sürelerin, hükmolunan hapis cezasından veya adli para cezasından indirileceği şeklinde, ifade edilmiştir.

¹ Burada, tutuklamanın, ceza muhakemesindeki bir koruma tedbiri olduğunun vurgulanması, muhakeme hukukunun alt disiplinlerinde de farklı koruma tedbirlerinin bulunması nedeniyle yapılmıştır. Örneğin idari muhakemedeki yürütmenin durdurulması kararı, keza medeni muhakemedeki ihtiyati tedbir kararı da mahiyeti itibarıyla birer koruma tedbidir. Bk. KUNTER, Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, b. 9, İstanbul 1989, s. 656.

² KUNTER, s. 665, No. 363; ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ÖZAYDIN, Özdem/ALAN AKCAN, Esra/ERDEN, Efser, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ed. ÖZTÜRK, Bahri, 6. Baskı, Ankara 2013, s. 465; ŞAHİN, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I –*, 4. Baskı, Ankara 2013, s. 239; TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Ankara 2013, s. 218; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, b. 9, İstanbul 2012, s. 329; CENTEL, Nur, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, Sa. 1-2, 2011, s. 49 (http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCltedergisi/2011C.17S.1-2/48-942011_C.17-S1-2_.pdf, erişim 10 Haziran 2014); ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, M. Nihat/DOĞAN, Koray/BACAĞIZ, Pınar/TEPE, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2011, s. 275; KOCA, Mahmut, Tutuklamada Oranlık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının “Adli Kontrol” Tedbirinin Değerlendirilmesi, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, Sa. 2, 2003, s. 111 (<http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz5-2/PDF/koca4.pdf>, erişim 10 Haziran 2014); PAMUK, Gülfem, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklanın Salıverilme Talebinin İncelenme Usulü, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, Sa. 1-2, 2011, s. 266 (http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCltedergisi/2011C.17S.1-2/265-2812011_C.17-S1-2_.pdf, erişim 10 Haziran 2014).

Tutuklama, bireyin özgürlüğünün, kesin hükümden önce kısıtlanması sonucunu doğurmasına binaen mahsuba sebep olacak bir müessese niteliği arz etmektedir. Erteleme müessesesinin³ de, tutuklama ile mahsup müesseselerinin birlikte uygulanmasına dâhil olması hâlinde, çözülmesi gereken önemli bir mesele ile karşılaşılacaktır; zira 5237 numaralı Kanun'un sisteminde, erteleme, hapis cezasının ceza infaz kurumlarında değil; bilakis toplum içerisinde infaz edildiği bir müessese olarak düzenlenmiştir⁴. Buna karşılık mahsup, eğer tutuk olarak geçirilen süreler hapis cezasına mahkûmiyetten indirilecekse, bireyin ceza infaz kurumunda geçireceği süreyi etkileyen bir müessesedir. Çalışmada, karşılaşılan bu mesele, daha açık ifadeyle tutuklama – mahsup – erteleme müesseselerinin birlikte uygulanma hâllerine ilişkin farklı ihtimaller incelenecektir.

1.TUTUKLAMA–MAHSUP–ERTELEME MÜESSESELERİNİN BİRLİKTE UYGULANMA HÂLLERİNE İLİŞKİN FARKLI İHTİMALLER

1.1.TUTUK OLARAK GEÇİRİLEN SÜRE İLE HÜKMOLUNAN HAPİS CEZASININ SÜRESİNİN AYNI OLMASI

Bu ihtimalde, bireyin hakkında hükmolunan hapis cezasından önce tutuk olarak geçirdiği süre ile hakkında hükmolunan hapis cezasının süresi birbirini karşılamaktadır. Doktrinde mülga 765 ve 647 numaralı Kanunların yürürlükte olduğu dönemde, bu hâlde dahi erteleme kararı verilebilip verilemeyeceği hususunda, iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre tutuk olarak geçirilen süre ile mahkûm olunan cezanın süresinin aynı olması hâlinde, infazı mümkün olmayan bir cezanın ertelenmesi de mümkün değildir. Belirtilmelidir ki aynı yönde Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bir içtihadı da bulunmaktadır⁵. Buna karşılık, diğer görüşte olan müellifler tarafından, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun içtihadına da cevap olacak şekilde, kanunda koşullarının ve uygulanamayacağı hâllerin açıkça gösterilmiş olması karşısında, erteleme müessesesinin kapsamının bir içtihatla daraltılamayacağı ifade edilmiştir.

³ Burada, erteleme müessesesi ile kast edilen, erteleme türlerinden biri olan ve 5237 numaralı Kanun Madde 51'de düzenlenen, *hapis cezasının ertelenmesi müessesesidir*.

⁴ YENİDÜNYA, Ahmet Caner, 5237 sayılı TCK'da Hapis Cezasının Ertenilmesi, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sa. 7, Temmuz 2006, s. 63; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2013, s. 545.

⁵ Bahis konusu içtihat için bk. DÖNMEZER, Sulhi, Mevkufen Çekilmiş Olan Cezanın Tecilli, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. X, Sa. 3-4, 1945, s. 861, 862; DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. III, b. 9, İstanbul 1983, s. 31, dipnot 55.

Kaldı ki bu ihtimalde, sanık hakkında erteleme kararı verilmesinde fayda bulunmaktadır; zira 765 numaralı Kanun'un sistemine göre erteleme kararından sonraki deneme süresi iyi hâl ile geçirildiği takdirde, mahkûmiyet esasen vaki olmamış sayılacak, mahkûmiyetin neticesi olan hak kayıpları ve sınırlamaları ile tekerrür hükümleri uygulanma alanı bulamayacaktır⁶.

İfade edilmelidir ki 5237 numaralı Kanun'un sisteminde, erteleme kararından sonra belirlenecek deneme süresi iyi hâl ile ve/veya yükümlülüklerle uygun geçirildiği takdirde, hükmolunan hapis cezası yalnızca infaz edilmiş sayılacağı için ilk ihtimal bağlamında yaşanan tartışmanın artık geçerliliği kalmamıştır. Buna göre hükmolunan hapis cezasından önceki tutuk olarak geçirilen süre ile hükmolunan hapis cezasının süresinin aynı olması hâlinde, koşulları mevcut olsa dahi, hâkimin, hapis cezasının ertelenmesi kararı vermemesi gerekir⁷. Bu bağlamda, hükmolunan hapis cezasının ertelenmesinin, fail açısından bir faydası olmadığı gibi⁸ erteleme kararından sonra, hakkında denetimli serbestlik tedbirlerine karar verilmese dahi, failin iyi hâl ile geçirmesi gereken bir deneme süresinin söz konusu olması itibariyle ağır sonucu da bulunmaktadır. Anlaşılabileceği gibi hâkimin takip etmesi gereken usul, hükmolunan hapis cezasından, tutuk olarak geçirilen sürenin mahsup edilmesi ve böylelikle cezanın infaz edilmiş sayılması şeklindedir⁹.

⁶ DÖNMEZER/ERMAN, s. 31, 32, No. 1674; DÖNMEZER, Sulhi, *Mevkufen Geçirilen Cezanın Tecili*, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. X, Sa. 1-2, 1944, s. 409, 410; DÖNMEZER, *Mevkufen Çekilmiş Olan Cezanın Tecili*, s. 861, 862; ÖNDER, Ayhan, *Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler (Mukayeseli Hukukta ve Hukukumuzda)*, İstanbul 1963, s. 143, 144; İÇEL, Kayıhan, *Mevkufen Geçen Müddetin Ceza Mahkûmiyetlerinden Mahsubu*, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 29, Sa. 3, 1963, s. 577 (<http://journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023004940/1023004480>, erişim 9 Kasım 2014); İÇEL, Kayıhan/SOKULLU – AKINCI, Füsün/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener, *İçel Yaptırım Teorisi*, b. 2, İstanbul 2002, s. 380; BİRSEN, Müfit, *Tecil*, *Adalet Dergisi*, Sa. 5, Yıl: 41, Mayıs 1950, s. 635; ÖZGENÇ, İzzet, *Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme*, *Anayasa Yargısı Dergisi*, *Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler (25-26 Nisan 2001)*, C. 18, Ankara 2001, s. 108; ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2011, s. 635, dipnot 109; CENTEL, Nur, *Yeni Türk Ceza Yasası'nın Yaptırımlar Sistemine Eleştirel Yaklaşım*, *Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan*, İstanbul 2007, s. 808.

⁷ ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, b. 2, Ankara 2005, s. 654; TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 19. Baskı, Ankara 2013, s. 423; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 547.

⁸ ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 11. Baskı, Ankara 2011, s. 381, No. 719; HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Ankara 2013, s. 572; TÖNGÜR, Ali Rıza, *Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme*, *İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi*, İstanbul 2008, s. 74.

⁹ ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel*

1.2.TUTUK OLARAK GEÇİRİLEN SÜRE İLE HÜKMOLUNAN HAPİS CEZASININ SÜRESİNİN FARKLI OLMASI

Bu başlık altında, öncelikle bireyin, hakkında hükmolunan hapis cezasının süresinin erteleme sınırı içerisinde olmaması; fakat tutuk olarak geçirdiği sürenin mahsup edilmesiyle hapis cezasının süresinin erteleme sınırı içerisinde kalabilecek olması, daha sonra ise bireyin, hakkında hükmolunan hapis cezasının erteleme sınırı içerisinde kalması; fakat hükümden önce tutuk olarak geçirdiği sürenin de bulunması incelenecektir.

1.2.1.Tutuk Olarak Geçirilen Sürenin Mahsup Edilmesiyle Hükmolunan Hapis Cezasının Süresinin Erteleme Sınırı İçerisinde Kalabilecek Olması

Bu ihtimalde, bireyin, hakkında hükmolunan hapis cezasının süresi, erteleme sınırı içerisinde olmamakla birlikte, daha önceki tutuk olarak geçirdiği sürenin mahsup edilmesiyle hakkında hükmolunan hapis cezasının süresinin erteleme sınırı içerisinde kalabilecek olması, söz konusudur. Örneğin yapılan yargılama sonucunda, işlemiş olduğu suçtan dolayı, birey hakkında üç yıl hapis cezasına hükmedilmiştir. Bireyin, hakkındaki hapis cezasına mahkûmiyet hükmünden önce de tutuk olarak geçirdiği bir yıllık süre bulunmaktadır. Burada her ne kadar, bir yıllık sürenin, hükmolunan üç yıldan mahsup edilmesi yöntemi izlenecek ve kalan iki yıl, erteleme sınırı içerisinde kalacak olsa dahi, hapis cezasının ertelenmesinde, *hükmolunan ceza* nazarı itibara alınacağı için kalan iki yıllık cezanın ertelenmesine karar verilemeyecektir. Aksi bir kabul, hem kanunun hükmolunan hapis cezasının iki yıl olması hâlinde ertelenebileceğini ifade eden *hükmünün dolanılması*¹⁰ hem mahsup müessesesinin, cezanın ceza infaz kurumunda çektirileceği süreyi etkilemesi nedeniyle mahiyeti itibariyle birbiriyle bağdaşmayan müesseselerin telif edilmesi sonucunu doğuracaktır¹¹.

Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2013, s. 761; CENTEL, s. 808; YENİDÜNYA, s. 66; ÇOLAK, Halûk/ALTUN, Uğurtan, *Türk Ceza Hukukunda Ceza ve Güvenlik Tedbirleri*, Ankara 2007, s. 165; İNCE, Hüseyin, *Türk Ceza Hukukunda Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar*, Ankara 2007, s. 243. Aksi yönde görüş için bk. ÖNDER, s. 144; ZAFER, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1 – 75*, İstanbul 2010, s. 386.

¹⁰ 5237 numaralı Kanun Madde 51 – “(1) İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. ...”

¹¹ ÖNDER, s. 149, 150, 151; İÇEL/SOKULLU – AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 380; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 761; ÖZGENÇ, *Gazi Şerhi*, s. 655; ÖZGENÇ, *Erteleme*, s. 108; ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, b. 9, Ankara 2013, s. 827; ZAFER, s. 385, 386; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 548; YENİDÜNYA, s. 66; TURHAN, Faruk, *Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulama-*

1.2.2. Hükmolunan Hapis Cezası Erteleme Sınırı İçerisinde Olmakla Birlikte Tutuk Olarak Geçirilen Sürenin De Bulunması

Bu ihtimalde, bireyin, hakkında hükmolunan hapis cezasının erteleme sınırı içerisinde kalması; fakat hükümden önce tutuk olarak geçirdiği sürenin de bulunması ve bu sürenin, hükmolunan hapis cezasının süresini karşılamaması, söz konusudur. Örneğin yapılan yargılama sonucunda, işlemler olduğu suçtan dolayı, birey hakkında iki yıl hapis cezasına hükmedilmiştir. Bireyin, hakkındaki hapis cezasına mahkûmiyet hükmünden önce de tutuk olarak geçirdiği bir yıllık süre bulunmaktadır. Kanaatimizce bu hâlde, hem *ertelemenin bölünmezliği ilkesine*¹² hem yukarıda açıklandığı üzere mahsup ile erteleme müesseselerinin mahiyetleri itibarıyla telif edilememesine binaen, mahsup işlemi yapılmaksızın, hükmolunan iki yıllık hapis cezasının ertelenmesi kararı verilmesi gerekmektedir¹³.

Doktrinde bir görüşe göre hükmolunan hapis cezasının erteleme sınırı içerisinde kaldığı, aynı zamanda daha önce tutuk olarak geçirilen sürenin de bulunduğu ve bu sürenin, hükmolunan hapis cezasının süresini karşılamadığı hâllerde, yine de mahsup işleminin yapılması gerekmektedir; zira deneme

da Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Atatürk'ün 125. Doğum Yılına Armağan*, C. X, Sa. 3-4, 2006, s. 33; İNCE, s. 243; ÇOLAK/ALTUN, s. 165; SIZIROĞLU, Bahaettin, Cezaların Tecili, *Askerî Adalet Mecmuası*, Sa. 7, Yıl: 2, Aralık 1956, s. 467. Aksi yönde bk. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 381, No. 719.

¹² Ertelemenin bölünmezliği ilkesi, suçlu hakkında, hem hapis hem adli para cezasını gerektiren bir suçtan dolayı, yine hem hapis hem adli para cezasına hükmedildiği ve koşulları bulunduğu takdirde; hapis cezasının ertelenmesine karar veren hâkimin, adli para cezasının da ertelenmesine karar vermesi gerektiği anlamına gelmektedir. Bk. YÜCE, Turhan Tufan, *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Ankara 1985, s. 166; GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, *Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi*, b. 5, İstanbul 1988, s. 1018; BİRSEN, s. 636. Ertelemenin bölünmezliği ilkesinin, ertelenecek cezanın miktarı yönünden de görünümü bulunmaktadır ki yukarıda bahsedilen hâl, bunlardan biridir. Bu hususta bilgi için bk. KAŞKA, Hakan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hapis Cezasının Ertelenmesi Müessesesi, *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, Erzurum 2013, s. 63.

¹³ DÖNMEZER/ERMAN, s. 33; DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara 2013, s. 670; GÜNAY, Erhan, *Uygulamalı – İçtihatlı – Notlu Türk İnfaz Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 1996, s. 78; EREM, Faruk, Cezaların Tecili Kararı ve Bunun Neticeleri, *Adalet Dergisi*, Sa. 8, Yıl: 39, Ağustos 1948, s. 890; GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat, Erteleme Dileğini Yargıcın Reddedemeyeceği Hal, *Adalet Dergisi*, Sa. 6, Yıl: 36, Haziran 1945, s. 558; Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi, Esas: 1998/4146, Karar: 1998/6042 numaralı ve 30.04.1998 tarihli kararında, aynı kanaati ifade etmiştir. “... Hükmedilen ceza ertelendiğine göre TCK.nun 40. maddesinin erteleme hükmünün uygulanmasından sonra tabiki gerekirken, daha önce uygulanması suretiyle mahsup edilen cezanın erteleme dışı bırakılması, ...” (<http://www.hukukturk.com>, erişim 9 Haziran 2014). Tabiidir ki bu görüş, hapis cezasının ertelenmesinin koşullarının bulunduğu ve hâkimin de bu doğrultuda ertelemeye karar verilmesini takdir ettiği varsayılarak ileri sürülmüştür.

süresi yeniden suç işlendiği takdirde ceza infaz edilecektir¹⁴. Belirtilmelidir ki deneme süresi içerisinde yeniden suç işlenmesi ve bu nedenle cezanın infaz edilecek olması hâlinde, tutuk kalınan süre dolayısıyla mahsup işleminin yapılması mümkündür. Daha açık bir ifadeyle deneme süresi içerisinde suç işlendiği takdirde, cezanın infazına karar verileceği varsayımından hareketle daha önceden mahsup işleminin yapılması yerine; somut olayda, deneme süresi içerisinde suç işlendiği ve cezanın infazına karar verildiği anda mahsup işleminin gerçekleştirilmesi mümkündür ve daha isabetlidir¹⁵. Nitekim 5275 numaralı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun Madde 98 hükmü, mahsup işleminin, bu anda gerçekleştirilmesi hâlinde, bir mesele ile karşılaşılmasını engelleyici niteliktedir¹⁶.

Doktrindeki hâkim kanaate¹⁷ ve Yargıtay'ın istikrar kazanmış içtihatlarına göre mahsup işleminin yapılabilmesi için tutuk kalınan suç dolayısıyla verilen hükmün kesinleşmesinden önce işlenmiş bir suç dolayısıyla mahkûmiyetin bulunması gerekmektedir. Buna karşılık, tutuk kalınan suç dolayısıyla verilen hükmün kesinleşmesinden sonra işlenmiş bir suç dolayısıyla verilen mahkûmiyet hükmünden de tutuk olarak geçirilen sürenin mahsup edilmesi, mahkûma, âdeta suç işleme hürriyetinin verilmesidir¹⁸. Kanaatimizce deneme

¹⁴ CENTEL/ZAFER, s. 358, 359.

¹⁵ Aynı yönde bk. BIYIKLI, Hasan, Tutukluluk Süresinin Ceza Mahkûmiyetlerinden İndirilmesi, *Yargıtay Dergisi*, C. 9, Sa. 3, 1983, s. 287.

¹⁶ ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, b. 9, s. 829. 5275 numaralı Kanun Madde 98 (Mahkûmiyet Hükmünün Yorumunda veya Çektirilecek Olan Cezanın Hesabında Duraksama) – “(1) Mahkûmiyet hükmünün yorumunda veya çektirilecek cezanın hesabında duraksama olursa, cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilip getirilemeyeceği ileri sürülür ya da sonradan yürürlüğe giren kanun, hükümlünün lehinde olursa, duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için hükmü veren mahkemeden karar istenir. ...” 5237 numaralı Kanun Madde 51/7’ye göre hapis cezasının ertelenmesi kararından sonraki deneme süresi içerisinde, mahkûmun kasıtlı bir suç işlemesi ve/veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi hâlinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verileceğine göre mahsup müessesesi de bu ihtimale dâhil olduğunda, 5275 numaralı Kanun Madde 98/1’e (gerek görüldüğünde) başvurulması mümkündür.

¹⁷ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 441, 442, No. 843; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 847, 848; DEMİRBAŞ, s. 649; ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, b. 9, Ankara 2013, s. 830; TOROSLU, s. 419; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, b. 7, İstanbul 2011, s. 589; HAKERİ, s. 624, 625.

¹⁸ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu, Esas: 1940/5 Karar: 1940/68 numaralı ve 06.03.1940 tarihli karar, “... ve ancak beraat hükmü kat’ileştikten sonra işlenmiş olan suçtan mahkûmiyet hâlinde evvelce beraatla neticelenmiş olan suçtan dolayı mevkuf kaldığı müddetin beraatından sonra işleyeceği suçtan verilecek ceza müddetinden indirilmesi kanun hükümlerine uymayacağı çünkü sonradan işlenen ve mahkûmiyetle neticelenen suçu evvelce

süresi içerisinde yeniden suç işlendiği ve erteleme kararının geri alındığı hâllerde de buna uygun olarak, mahsubun, kısmen veya tamamen ceza infaz kurumunda infaz edilmesine karar verilen hapis cezasına uygulanması gerekir. Başka bir ifadeyle erteleme kararından önce tutuk olarak geçirilen sürenin, deneme süresi içerisinde işlenen yeni suç dolayısıyla verilecek mahkûmiyet hükmünden mahsubu, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında da belirtildiği gibi mahkûma, âdeta suç işleme hürriyeti tanınmış olacağı için isabetli değildir. Aynı şekilde, tutuk olarak geçirilen sürenin, erteleme kararı verilen hapis cezasının süresinden fazla olması hâlinde; artan sürenin, deneme süresi içerisinde işlenen yeni suç dolayısıyla verilen mahkûmiyetten indirilmesi,

beraat kararına bağlanmış olan suçla birleştirmeye kanuni bir yol ve imkân bulunmadığı müteallakına dayanılarak beraat eden bir şahsın beraat ettiği suçtan dolayı mevkufl kaldığı müddetin beraat kararından evvel – beraat kararı kat'ileşmeden evvel – işlemiş olduğu diğer suç için verilen ceza müddetine mahsubu icap ettiğine sülûsan ekseriyetle 6.3.1940 gününde karar verildi.” (<http://www.hukukturk.com>, erişim 9 Kasım 2014); Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas: 2006/1-4 Karar: 2006/7 numaralı ve 31.01.2006 tarihli karar, “... Tutuklu kalınan sürenin mahkûmiyetten mahsup edilebilmesi için, tutukluluğun mahsup yapılacak suçta konu mahkûmiyete ait olması gerekmeyip, sanığın tutuklu kaldığı suçtan dolayı verilecek hükmün kesinleşmesinden önce, işlemiş olduğu diğer bir suç nedeniyle de tutuklu kalınan sürenin mahsubu olanaklıdır. ... Burada önemli olan husus, mahsuba konu mahkûmiyete ait suçun, tutuklu kalınan suçtan verilen hükmün kesinleşmesinden önce işlenmesi olup, bunun da temel nedeni, sanığın daha önceden tutuklu kaldığı süreye güvenerek, yeniden bir suç işlemesine engel olmak düşüncesidir. ...” (UYAP Mevzuat ve İçtihat Programı, erişim 9 Kasım 2014); Yargıtay 2. Ceza Dairesinin, Esas: 2012/7285 Karar: 2012/9338 numaralı ve 11.04.2012 tarihli kararında da “... tutuklu kalınan sürenin mahkûmiyetten mahsup edilebilmesi için, tutukluluğun mahsup yapılacak suçta konu mahkûmiyete ait olması gerekmeyip, sanığın tutuklu kaldığı suçtan dolayı verilecek hükmün kesinleşmesinden önce işlemiş olduğu diğer bir suç nedeniyle verilen cezadan da tutuklu kalınan sürenin mahsubu olanaklıdır. ...” ifadelerine yer verilerek, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 31.01.2006 tarihli kararına atıf yapılmış; devamında “... 06.03.1940 tarihli ve 5/68 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, “Beraat eden bir kişinin beraat ettiği suçtan dolayı tutuklu kaldığı sürenin, beraat kararı kesinleşmeden önce işlemiş olduğu diğer suç için verilen ceza süresinden mahsubunun gerektiği” belirtilmiş ve tutuklu kalınan suçtan beraat etmiş olma esas alınmışsa da, bunun nedeni beraatin zorunlu bir koşul olarak kabul edilmesi değil, sadece karara konu içtihadı birleştirmeyi gerektiren uyumsuzluğun beraat hükmüne ilişkin olmasıdır. Tutuklu kalınan suçtan dolayı beraat ya da mahkûmiyet hükmü verilmesi sonuca etkili değildir. ...” ifadeleriyle dikkat edilmesi gerekenin, tutuk kalınan suçtan dolayı verilen hükmün kesinleşmesinden önce işlenmiş bir suçun varlığı olduğuna işaret edilmiştir (UYAP Mevzuat ve İçtihat Programı, erişim 9 Kasım 2014). Aynı yönde bk. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas: 2003/8-291 Karar: 2003/303 numaralı ve 30.12.2003 tarihli karar (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Programı, erişim 9 Kasım 2014); Yargıtay 6. Ceza Dairesi, Esas: 2007/16720 Karar: 2010/313 numaralı ve 20.01.2010 tarihli karar; Yargıtay 10. Ceza Dairesi, Esas: 2007/11007 Karar: 2007/9670 numaralı ve 20.07.2007 tarihli karar (UYAP Mevzuat ve İçtihat Programı, erişim 9 Kasım 2014). ÖZGENÇ'e göre 5237 numaralı Kanun Madde 63 düzenlemesiyle Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun, Esas: 1940/5 Karar: 1940/68 numaralı ve 06.03.1940 tarihli kararındaki içtihat, kanunlaştırılmıştır. Bk. ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, b. 9, s. 830, 831, s. 830'daki dipnot 340.

doktrindeki hâkim kanaate ve Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına aykırı olacaktır¹⁹.

Erteleme karardan önce tutuk olarak geçirilen süre, deneme süresi içerisinde yeniden işlenen suç dolayısıyla verilecek mahkûmiyet hükmünden mahsup edilemeyecek olmakla birlikte, kısmen veya tamamen ceza infaz kurumunda infaz edilmesine karar verilen cezadan mahsup edildiğinde de mahkûma, âdetâ suç işleme hürriyeti tanındığından bahsedilebilir. İfade edilmelidir ki tutuk olarak geçirilen sürenin, hiçbir şekilde mahsup edilmemesi, hakkında yalnızca erteleme kararının verilmiş olması nedeniyle mahkûmun bundan yararlanamaması sonucunu doğuracak, onun aleyhine bir hâl teşkil edecektir. Kaldı ki mahsubun, kısmen veya tamamen ceza infaz kurumunda infaz edilmesine karar verilen cezaya uygulanması hâlinde, erteleme kararının verilmesinden sonra işlenmiş bir suç dolayısıyla verilen cezadan mahsup değil; bilakis erteleme kararına müstenit suç dolayısıyla verilen cezadan mahsup söz konusudur. Daha açık ifadeyle burada, deneme süresi içerisinde işlenmiş ve erteleme kararının da geri alınması sonucunu doğurmuş, yalnızca bir suç söz konusudur ve mahsup, bu suç dolayısıyla verilen cezaya uygulanmamaktadır.

1.3.ERTELEME KARARINA MÜSTENİT SUÇ DOLAYISIYLA TUTUK OLARAK GEÇİRİLEN SÜRE İLE DAHA ÖNCE İŞLENEN BİR SUÇ DOLAYISIYLA VERİLEN MAHKÛMİYET HÜKMÜNÜN BULUNMASI

Bireyin, hakkında hükmolunan hapis cezası için erteleme kararı verilmiş olmakla birlikte, bu karara müstenit suç dolayısıyla tutuk olarak geçirdiği bir süre bulunabilir. Bu sürenin, erteleme karardan önce işlenmiş bir suç dolayısıyla verilen mahkûmiyet hükmünden mahsup edilebilip edilemeyeceği de tartışılması gereken bir meseleyi oluşturmaktadır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun, Esas: 1940/5 Karar: 1940/68 numaralı ve 06.03.1940 tarihli kararında, her ne kadar, mahsup işleminin yapılabilmesi için tutuk kalınan suçtan dolayı kesinleşmiş beraat kararından önce işlenmiş bir suçtan dolayı mahkûmiyet hükmünün verilmiş olması aranmışsa²⁰ da Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, Esas: 2006/1-4 Karar: 2006/7 numaralı ve 31.01.2006 tarihli kararı ile Yargıtay 1. Ceza Dairesinin, Esas: 1994/3293 Karar: 1994/2484 numaralı ve 18.07.1994 tarihli kararında da belirtildiği gibi önemli olan, tutuk kalınan suç dolayısıyla kesinleşmiş

¹⁹ Aksi yönde görüş için bk. BIYIKLI, s. 287.

²⁰ <http://www.hukukturk.com>, erişim 9 Kasım 2014.

hükümden önce işlenmiş bir suçun varlığıdır²¹. Tutuk kalınan suç dolayısıyla beraat kararı veya mahkûmiyet kararı verilmiş ve kesinleşmiş olabileceği gibi hapis cezasının ertelenmesi kararı da verilmiş olabilir. Bu durumda, erteleme kararına müstenit suç dolayısıyla tutuk kalınan sürenin, erteleme kararının verilmesinden önce işlenmiş bir suçtan dolayı mahkûmiyet hükümden mahsup edilmesi gerekir. Deneme süresi içerisinde yeniden suç işlediği takdirde, bu sürenin mahsup edilebileceği şeklindeki bir varsayımdan hareketle mahsup işleminin yapılmaması veya erteleme kararına müstenit suç dolayısıyla tutuk kalınan sürenin, erteleme kararı verilmiş hapis cezasının süresinden fazla olması hâlinde, artan süre esas alınarak mahsup işleminin yapılması, doğru olmayacaktır²².

²¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas: 2006/1-4 Karar: 2006/7 numaralı ve 31.01.2006 tarihli karar, "... Ancak; İçtihadı Birleştirme Kararına konu olayda, bir suçtan beraat, diğer suçtan ise mahkûmiyet kararı verilmiş olması nedeniyle, sanığın daha önce işlediği suç nedeniyle tutuklu kalınan sürelerin mahsubu için, tutukluluğa konu soruşturmanın sonuçlanmasına gerek bulunup bulunmadığı ve tutuklu kalınan suçla ilişkin davanın beraatle sonuçlanması gerekip gerekmediği yönündeki düşünceler zaman içinde farklı uygulamalara yol açmış ise de, "tutukluluğun mahsubunda, tutuklu kalınan suçtan verilen kararın kesinleşme tarihinden önce bir başka suç ya da suçların işlenmesinin yeterli olduğu, tutuklu kalınan suçun beraat veya mahkûmiyetle sonuçlanmasının gerekmeceği" (1. CD. 18.07.1994-3293/2484, 9. CD. 25.09.2000-2351/2223), "İçtihadı Birleştirme Kararında her ne kadar mevkuf kalınan suçtan beraat etmiş olma esas alınmışsa da, bu karara hâkim olan mantık ve hava beraatin mutlak bir şart olarak kabul edildiğini göstermemekte olup, bu karara mevzuu davanın beraatle neticelenmesinden ibarettir." (As. Yar. 3. D. 09.03.1965-161/214) yönündeki görüşler uygulamada istikrar kazanmıştır. ..." (UYAP Mevzuat ve İçtihat Programı, erişim 9 Kasım 2014); Yargıtay 1. Ceza Dairesi, Esas: 1994/3293 Karar: 1994/2484 numaralı ve 18.07.1994 tarihli karar, "... TCK.nun 40. maddesi ile 6.3.1940 gün ve 5/68 sayılı İçtihadı Birleştirme kararlarının amaç ve içeriklerine göre; tutukluluğun mahsubunda ilke, tutuklu kalınan suçtan verilen kararın kesinleşme tarihinden önce bir başka suç ya da suçların işlenmesi yeterli olup, tutuklu kalınan suçun beraat veya mahkûmiyetle sonuçlanmasının gerekmeceği cihetle ..." (<http://www.hukukturk.com>, erişim 9 Kasım 2014).

²² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas: 2003/8-291 Karar: 2003/303 numaralı ve 30.12.2003 tarihli karar, "... Somut olayda çözülmesi gereken uyumsuzluk; erteli mahkûmiyette tutuklu olarak kalınan sürenin diğer koşullarının bulunması hâlinde, bir başka suç nedeniyle hükmolunan cezadan mahsup edilip edilemeyeceği, edilebilirse mahsup süresinin belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. ... Hükümlülüğe konu suç tutuklu kalınan suçtan verilen hükmün kesinleşmesinden önce 2.7.1999 tarihinde işlenmiş olup, TCY.nun 40. maddesinde ve 6.3.1940 gün ve 5/68 sayılı Yargıtay İBK.da belirtilen mahsup koşulları gerçekleşmiştir. Özel Dairece, cezası ertelenmiş olan mahkûmiyetle neticelenmiş davada tutuklu geçen sürenin bir başka suçtan dolayı vukubulan mahkûmiyetine mahsubuna olanak bulunmadığı, ancak tutuklulukta geçen sürenin, tecilli mahkûmiyet kararıyla verilen ceza miktarından fazla olması hâlinde mahsup kararı verilebileceği görüşüyle, sanığın tutuklu kaldığı 85 günün inceleme tarihinde 647 sayılı Yasanın 5/6. maddesinde belirtilen miktarlar üzerinden paraya çevrilerek, bu miktardan erteli mahkûmiyete konu 1.140.750.000 lira çıkarılmak suretiyle, kalan miktarın özgülüğü bağlayıcı cezaya dönüştürülmesi suretiyle 20 günlük sürenin mahsubuna karar verilmiş ise de, bu uygulama TCY.nun 95/2 ve 40. maddesindeki esaslara aykırıdır. TCY.nun

SONUÇ

Tutuklama – mahsup – erteleme müesseselerinin birlikte uygulanma hâllerine ilişkin olarak esasen üç ihtimalin varlığından bahsedilmesi mümkündür.

İlk ihtimal, bireyin, hakkında hükmolunan hapis cezasından önce tutuk olarak geçirdiği süre ile hakkında hükmolunan hapis cezasının süresinin birbirini karşılması hâlidir. İfade edilmelidir ki 5237 numaralı Kanun'un sisteminde, hapis cezasının ertelenmesi, cezanın özel bir infaz biçimi niteliğindedir²³. Ayrıca erteleme kararından sonra, hakkında denetimli serbestlik tedbirlerine karar verilmese de mahkûmun, kasıtlı bir suç işlemeden geçirmesi gereken bir deneme süresi muhakkak olacaktır. Bu durumda, daha önce tutuk olarak geçirilen sürenin, hükmolunan hapis cezasının süresini karşıladığı hâllerde, mahsup işlemi yapılarak, cezanın infaz edilmiş olduğunun kabulü gerekir²⁴.

İkinci ihtimal, bireyin, hakkında hükmolunan hapis cezasından önce tutuk olarak geçirdiği sürenin, hakkında hükmolunan hapis cezasının süresini karşılamaması hâlidir. Burada da kendi içerisinde iki ihtimalin varlığından bahsedilmesi mümkündür. Şöyle ki ilk ihtimal, bireyin, hakkında hükmolunan hapis cezasından, tutuk olarak geçirdiği sürenin mahsup edilmesiyle hapis cezasının süresinin, erteleme sınırı içerisinde kalabilecek

95. maddesinin 2. fıkrasında; *cürüm ile mahkûm olan kimsenin, deneme süresi içerisinde, işlediği bir cürümden dolayı evvelki ceza cinsinden yahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkûm olmaması hâlinde, tecil edilmiş mahkûmiyetin vaki olmamış sayılacağı hükmünü taşımakta olup, Özel Daire uygulaması yasa tarafından vaki olmamış sayılabilecek bir mahkûmiyetin infazı sonucunu doğuracaktır; bu kabul deneme süresi içerisinde yeniden suç işlenebileceği varsayımından hareketle, tutukluluğun iki kez mahsup edilmesi ihtimalini ortadan kaldırmaya yönelik ise de, deneme süresi içerisinde suç işlenmediği takdirde, adalet ve hakkaniyet gereği olarak hükümlü lehine kabul edilmiş bir kurumun, hükümlü aleyhine uygulanması sonucunu doğurur. Bu itibarla hükümlünün, ertelemeye konu hüküm nedeniyle göz altında kaldığı 1 ve tutuklulukta kaldığı 85 günün, ertelemeye konu suçla ilgili hükmün kesinleşmesinden önce işlediği ... suçundan hükmolunan 4 yıl 2 ay hapis cezasından mahsubu gerektiğinden, ...*" (<http://www.hukukturk.com>, erişim 9 Kasım 2014). Aynı yönde bk. Yargıtay 8. Ceza Dairesi, Esas: 2003/12131 Karar: 2003/6409 numaralı ve 12.02.2004 tarihli karar (KAZANCI Mevzuat ve İçtihat Programı, erişim 9 Kasım 2014).

²³ YENİDÜNYA, s. 63; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 545; Nitekim 5237 numaralı Kanunun, Hapis Cezasının Ertelenmesi başlığını taşıyan 51 inci maddesinin gerekçesinde, bu hususa işaret edilmiştir: "... Bu düzenlemede, erteleme, ... ceza infaz kurumu hâline getirilmiş ..." Madde gerekçesi için bk. ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, *Gerekçeli Ceza Kanunları*, 13. Baskı, Ankara 2012, s. 75.

²⁴ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Genel Hükümler*, s. 761; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 381, No. 719; CENTEL, s. 808; HAKERİ, s. 572; YENİDÜNYA, s. 66; ÇOLAK/ALTUN, s. 165; İNCE, s. 243; TÖNGÜR, s. 74. Aksi yönde görüş için bk. ZAFER, s. 386.

olmasıdır. Bu durumda, hükmolunan hapis cezasının iki yıl olması hâlinde ertelenebileceğini ifade eden; diğer deyişle infaz edilmesi gereken cezaya değil, bilakis hükmolunan somut cezaya itibar edileceği belirtilen kanunun lafzı dolayısıyla ertelemeye karar verilemeyecektir. Aksi yöndeki bir kabul, mahsup müessesesinin, cezanın, ceza infaz kurumunda infaz edileceği kısmını etkilemesi nedeniyle mahiyeti itibariyle bağdaşmayan müesseselerin telif edilmesi sonucunu da doğuracaktır²⁵.

İkinci ihtimal, bireyin, hakkında hükmolunan hapis cezasının erteleme sınırı içerisinde kalması; fakat tutuk olarak geçirdiği sürenin de bulunmasıdır. Bu durumda da hem ertelemenin bölünmezliği ilkesi hem mahsup ve erteleme müesseselerinin telif edilememesi nedeniyle hükmolunan cezanın, mahsup neticesinde kalan kısmının değil, bilakis tamamının ertelenmesine karar verilmesi gerekir²⁶. Bu ihtimalde, deneme süresi içerisinde yeniden bir suç işlendiği takdirde, erteleme kararının geri alınması nedeniyle kısmen veya tamamen ceza infaz kurumunda infaz edilmesine karar verilen cezaya, mahsup işleminin uygulanması mümkündür²⁷. Nitekim 5275 numaralı Kanun Madde 98 hükmü de buna izin verici niteliktedir²⁸.

Üçüncü ihtimal ise erteleme kararına müstenit suç dolayısıyla tutuk kalınan süre ile erteleme kararından önce işlenmiş bir suçtan dolayı mahkûmiyet hükmünün verilmesidir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun, Esas: 1940/5 Karar: 1940/68 numaralı ve 06.03.1940 tarihli kararında, her ne kadar, tutuk kalınan suçtan dolayı kesinleşmiş beraat kararından önce işlenmiş bir suçtan dolayı mahkûmiyet hükmünün verilmiş olması hâlinde, mahsup işleminin yapılabileceği belirtilmiş olsa da buradaki hukuki gerekçe, tutuk kalınan suç dolayısıyla kesinleşmiş bir beraat veya mahkûmiyet hükmünden sonra mahkûmun suç işleme hâlinde, yine de mahsup işleminin yapılabileceği kabul edildiğinde, mahkûma, suç işleme hususunda âdeta açık çek verilmiş

²⁵ İÇEL/SOKULLU – AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 380; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, *Genel Hükümler*, s. 761; ÖZGENÇ, *Gazi Şerhi*, s. 655; ÖZGENÇ, *Ertelme*, s. 108; ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, b. 9, s. 827; ZAFER, s. 385, 386; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 548; YENİDÜNYA, s. 66; TURHAN, s. 33; İNCE, s. 243; ÇOLAK/ALTUN, s. 165; SIZIROĞLU, s. 467. Aksi yönde görüş için bk. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 381, No. 719.

²⁶ DÖNMEZER/ERMAN, s. 33; DEMİRBAŞ, s. 670; GÜNAY, s. 78; EREM, s. 890; GÖZÜBÜYÜK, s. 558.

²⁷ BIYIKLI, s. 287.

²⁸ ÖZGENÇ, *Genel Hükümler*, b. 9, s. 829.

olmasıdır²⁹. Bu nedenle erteleme kararından önce işlenmiş olması kaydıyla erteleme kararına müstenit suç dolayısıyla tutuk kalınan sürenin de önceki suç dolayısıyla verilen mahkûmiyet hükmünden mahsubu mümkündür³⁰.

KAYNAKÇA

Makaledeki Yargıtay kararları, <http://www.hukukturk.com> şeklindeki internet adresinden, UYAP Mevzuat ve İçtihat Programından ve KAZANCI Mevzuat ve İçtihat Programından alınmıştır.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükmümler*, 7. Baskı, Ankara 2013.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, *Gereğçeli Ceza Kanunları*, 13. Baskı, Ankara 2012.

BIYIKLI, Hasan, Tutukluluk Süresinin Ceza Mahkûmiyetlerinden İndirilmesi, *Yargıtay Dergisi*, C. 9, Sa. 3, 1983, s. 272-289.

BİRSEN, Müfit, Tecil, *Adalet Dergisi*, Sa. 5, Yıl: 41, Mayıs 1950, s. 633-641.

CENTEL, Nur, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklama Hukukuna Eleştirel Yaklaşım, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, Sa. 1-2, 2011, s. 48-92 (http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCitedergisi/2011C.17S.1-2/48-942011_C.17-S1-2_.pdf, erişim 10 Haziran 2014).

CENTEL, Nur, Yeni Türk Ceza Yasası'nın Yaptırımlar Sistemine Eleştirel Yaklaşım, *Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan*, İstanbul 2007, s. 791-818.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, b. 9, İstanbul 2012.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, b. 7, İstanbul 2011.

²⁹ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 441, 442, No. 843; DEMİRBAŞ, s. 649.

³⁰ Aynı yönde bk. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Esas: 2003/8-291 Karar: 2003/303 numaralı ve 30.12.2003 tarihli karar (<http://www.hukukturk.com>, erişim 9 Kasım 2014); Yargıtay 8. Ceza Dairesi, Esas: 2003/12131 Karar: 2003/6409 numaralı ve 12.02.2004 tarihli karar (KAZANCI Mevzuat ve İçtihat Programı, erişim 9 Kasım 2014).

ÇOLAK, Halûk/ALTUN, Uğurtan, *Türk Ceza Hukukunda Ceza ve Güvenlik Tedbirleri*, Ankara 2007.

DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara 2013.

DÖNMEZER, Sulhi, Mevkufen Çekilmiş Olan Cezanın Tecili, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. X, Sa. 3-4, 1945, s. 861-862.

DÖNMEZER, Sulhi, Mevkufen Geçirilen Cezanın Tecili, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. X, Sa. 1-2, 1944, s. 409-410.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, C. III, b. 9, İstanbul 1983.

EREM, Faruk, Cezaların Tecili Kararı ve Bunun Neticeleri, *Adalet Dergisi*, Sa. 8, Yıl: 39, Ağustos 1948, s. 885-902.

GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat, Erteleme Dileğini Yargıcın Reddedemeyeceği Hal, *Adalet Dergisi*, Sa. 6, Yıl: 36, Haziran 1945, s. 556-560.

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, *Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi*, b. 5, İstanbul 1988.

GÜNAY, Erhan, *Uygulamalı – İçtihatlı – Notlu Türk İnfaz Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 1996.

HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, Ankara 2013.

İÇEL, Kayıhan, Mevkufen Geçen Müddetin Ceza Mahkûmiyetlerinden Mahsubu, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 29, Sa. 3, 1963, s. 560-579 (<http://journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023004940/1023004480>, erişim 9 Kasım 2014).

İÇEL, Kayıhan/SOKULLU – AKINCI, Füsun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener, *İçel Yaptırım Teorisi*, b. 2, İstanbul 2002.

İNCE, Hüseyin, *Türk Ceza Hukukunda Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar*, Ankara 2007.

KAŞKA, Hakan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hapis Cezasının Ertelenmesi Müessesesi, *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, Erzurum 2013.

KOCA, Mahmut, Tutuklamada Oranlılık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK Tasarısının “Adli Kontrol” Tedbirinin Değerlendirilmesi, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, Sa. 2, 2003, s. 109-142 (<http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/DergiMiz5-2/PDF/koca4.pdf>, erişim 10 Haziran 2014).

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2013.

KUNTER, Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, b. 9, İstanbul 1989.

ÖNDER, Ayhan, *Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler (Mukayeseli Hukukta ve Hukukumuzda)*, İstanbul 1963.

ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, M. Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2011.

ÖZGENÇ, İzzet, Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme, *Anayasa Yargısı Dergisi*, *Anayasa Mahkemesi'nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler (25-26 Nisan 2001)*, C. 18, Ankara 2001, s. 99-147.

ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2011.

ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, b. 9, Ankara 2013.

ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, b. 2, Ankara 2005.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 11. Baskı, Ankara 2011.

ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ÖZAYDIN, Özdem/ALAN AKCAN, Esra/ERDEN, Efser, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ed. ÖZTÜRK, Bahri, 6. Baskı, Ankara 2013.

PAMUK, Gülfem, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklunun Salıverilme Talebinin İncelenme Usulü, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, Sa. 1-2, 2011, s. 265-281 (http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClitedergisi/2011C.17S.1-2/265-2812011_C.17-S1-2_.pdf, erişim 10 Haziran 2014).

SIZIROĞLU, Bahaettin, Cezaların Tecili, *Askerî Adalet Mecmuası*, Sa. 7, Yıl: 2, Aralık 1956, s. 460-473.

ŞAHİN, Cumhur, *Ceza Muhakemesi Hukuku – I –*, 4. Baskı, Ankara 2013.

TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 19. Baskı, Ankara 2013.

TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Ankara 2013.

TÖNGÜR, Ali Rıza, Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme, *İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi*, İstanbul 2008.

TURHAN, Faruk, Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Atatürk'ün 125. Doğum Yılına Armağan*, C. X, Sa. 3-4, 2006, s. 27-54.

YENİDÜNYA, Ahmet Caner, 5237 sayılı TCK'da Hapis Cezasının Ertelenmesi, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sa. 7, Temmuz 2006, s. 62-69.

YÜCE, Turhan Tufan, *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Ankara 1985.

ZAFER, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1 – 75*, İstanbul 2010.

KISALTMALAR CETVELİ

b.	: Bası
Bk.	: Bakınız
C.	: Cilt
Ed.	: Editör
No.	: Numara
s.	: Sayfa
Sa.	: Sayı

AVRUPA KONSEYİ ÇERÇEVESİNDE TERÖRLE HUKUKİ VE KURUMSAL MÜCADELE

Ergin ERGÜL*

ÖZET

Avrupa planında en geniş bölgesel hükümetlerarası örgüt olan Avrupa Konseyi (AK) 1949 yılından beri, temel değerler olarak benimsediği insan haklarının, hukuk devletinin ve çoğulcu demokrasinin korunması için çaba göstermektedir.

Üyeleri terörizm problemiyle karşılaşan AK, üye ülkelerin ve örgütün faaliyetlerinin çerçevesini çizmeye yönelik hukuki mekanizmalar geliştirmiştir. Terör; örgüte üye devletlerin birçoğunu etkilediğinden, AK'nin dayandığı temel değerlere ve demokratik hukuk devletine ağır bir tehdit oluşturan bu can alıcı soruna karşı ortak çözümler bulmak gerekmiştir.

AK Avrupa'ya yönelik terörizmin karakteristiklerine uygun olarak üye devletleri daha etkili ve koordineli bir şekilde terörle mücadeleye seferber etmek üzere önemli bir hukuki çerçeve oluşturmuştur. Ayrıca hukuki belgelerin etkili şekilde uygulanmasının izlenmesi ve terör eylemlerine ilişkin yeni yönelimlere karşı çözümler geliştirilmesi için kurumsal mekanizmalar da geliştirilmiştir.

AK'nin fiili kurucu üyesi sayılan Türkiye, terörden en çok etkilenen üye ülkelerden biri olarak, terörle mücadele alanındaki AK çalışmalarına etkin bir şekilde katılmaktadır. Bu açıdan çalışma AK'nin üye ülkelerin demokratik hukuk devletine dayanan sistemlerine karşı ciddi bir tehdit oluşturan bu önemli soruna karşı hukuki ve kurumsal mücadelesini ortaya koymayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Avrupa Konseyi, terörün önlenmesi, terörün finansmanı, uluslararası adli işbirliği, CODEXTER*

LEGAL AND INSTITUTIONAL FIGHT AGAINST TERRORISM IN THE FRAMEWORK OF THE COUNCIL OF EUROPE

ABSTRACT

The Council of Europe (CoE) which has been the widest regional intergovernmental organization in Europe since 1949, endeavours to protect human rights, rule of law and pluralistic democracy, which constitute the fundamental values of this organization.

* Dr. Ergin Ergül, Başbakanlık Müsteşar Yardımcısı, erginergul@gmail.com

The Council of Europe, whose members encounter the problem of terrorism, has developed legal mechanisms aimed at drawing a framework for the activities of member countries and the organization. As terrorism affects most of the member states, it has become necessary to find common solutions to this grave problem, which constitute a big threat to the democratic state of law and the fundamental values which are the foundations of the Council of Europe.

The Council of Europe has created an important legal framework in line with the characteristics of terrorism against Europe in order to mobilize the member states for a more efficient and coordinated counter-terrorism. Furthermore, institutional mechanisms have also been developed for monitoring efficient implementation of legal documents and for developing solutions for new trends in relation to terrorist acts.

Turkey, which is regarded as de facto founding member of the Council of Europe, actively participates in the CoE activities in the field of counter-terrorism as one of countries most affected by terrorism. From this perspective, this study intends to set forth the legal and institutional struggle of the Council of Europe against this important problem which constitutes a serious threat against the rule of law-based systems of member countries.

Keywords: *The Council of Europe, prevention of terrorism, financing of terrorism, international judicial cooperation, CODEXTER*

GİRİŞ

Giderek küresel bir köy halini alan dünyamızda, sınıraşan nitelik taşıyan benzer sorunlar gibi terör tehdidi de büyük-küçük, zengin-yoksul, güçlü zayıf, demokratik-otoriter gibi ayrımlardan bağımsız şekilde adeta tüm dünya ülkelerini etkilemektedir.

Avrupa planında en geniş bölgesel hükümetlerarası örgüt olan Avrupa Konseyi (AK) 1949 yılından bu yana, temel değerler olarak benimsediği insan haklarının, hukuk devletinin ve çoğulcu demokrasinin korunması için çaba göstermektedir.¹

¹ COE en bref, que – faisons-nous, <http://www.coe.int/fr/web/about-us/who-we-are>, erişim: 10.01.2015

Kuşkusuz terör olgusu, AK'nin bölgesel bir uluslararası örgüt olarak gerçekleştirmeye çalıştığı hedeflere ve korumayı taahhüt ettiği değerlere karşı önemli bir tehdit oluşturmaktadır.² Bu husus 1978 yılında AK Bakanlar Komitesi'nin terörizm hakkındaki bildirgesinde şöyle yer almıştır: “Terör eylemlerinin önlenmesi ve cezalandırılması üye devletlerin demokratik yapılarının korunmasının sağlanması için kaçınılmazdır.”³

AK ülkelerinden Almanya Fransa ve İtalya 1970'li yıllardan itibaren ideolojik terörizmle karşılaşırken, Türkiye, İspanya, Birleşik Krallık gibi ülkeler ayrılıkçı veya bağımsızlıkçı terörle karşı karşıya kalmışlardır. 11 Eylül saldırıları ve akabinde Londra, Madrid ve İstanbul saldırıları tüm üye ülkeleri içine alabilecek uluslararası terörizm tehdidini gündeme getirmiştir.⁴

Diğer yandan 22 Temmuz 2011'de Norveç'te düzenlediği çifte saldırı ile 77 kişinin ölümüne yol açan Anders Behring Breivik “yalnız kurt” olgusunu gündeme taşımıştır.

Son yıllarda Ortadoğu'daki istikrarsızlıktan yararlanarak geniş bir etkinlik kazanan terör örgütlerine katılan Avrupalı yabancı savaşçılar, AK Konseyi üyesi ülkelerin kaygılarını daha da artırmıştır.

Üyeleri terörizm problemiyle karşılaşan AK, üye ülkelerin ve örgütün faaliyetlerinin çerçevesini çizmeye yönelik hukuki mekanizmalar geliştirmiştir. Terör, örgüte üye devletlerin birçoğunu etkilediğinden, AK'nin dayandığı temel değerlere ve demokratik hukuk devletine ağır bir tehdit oluşturan bu can alıcı soruna karşı çözümler bulmak gerekmiştir.

Teşkilat olarak AK, bir Bakanlar Komitesi, bir Parlamento ve bir Genel Sekreterden oluşmaktadır. İşleyiş olarak ise AK üye ülkelerin hükümetlerine yönelik tavsiye kararları almakta, hem insan haklarının korunması, hem suçla mücadele alanında sözleşmeler hazırlamaktadır.⁵

İnsan haklarının korunmasında en etkili uluslararası yargısal mekanizma olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi standartlarını da dikkate alan AK, bu

² TERRY, Davis, Préface, La Lutte ontre le terrorisme, les normes du Conseil de l'Europe, Strasbourg 2007, s.1

³ Conseil de l'europe (CE), Action contre le terrorisme, http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/default_FR.asp, erişim :12.01.2015

⁴ HORVÁTH, Krisztina, Le Conseil de l'Europe et la lutte contre le terrorisme international, http://www.uni-miskolc.hu/uni/res/e_publications/pdf/krisztina.pdf, erişim: 02.02.2015, dip-not.2

⁵ PRADEL, Jean, CORSTENS Geert, Droit pénal européen, Dalloz, Paris 1999, s.7

alandaki çabalarıyla terörizm salgına karşı etkili bir mücadelenin ancak insan haklarına tam bir saygı ile mümkün olduğunu hatırlatmayı sürdürmektedir.⁶

AK'nin bu alandaki eylem felsefesi terörizmle, aynı zamanda temel değerlere saygı göstermek suretiyle mücadele edilebileceğini göstermeye çalışmaktır.⁷

Üye ülkeler için standart belirleyen bir kuruluş olarak AK, imkânlarını üye ülkelerde uyumlu ve etkili bir hukuki çerçeve oluşturma, ülkeler arasında uluslararası işbirliğini güçlendirme ve ülkelerin terörle mücadelede AK standartlarını uygulamalarını izleme yoluyla terörizmin önlenmesine ve terörizmle mücadeleye yönelik küresel çalışmalara katkıda önemli bir katkı sağlamaktadır. Bu konuda Avrupa Konseyi, Avrupa'nın coğrafi sınırlarının ötesinde de etki alanı olan birçok uluslararası sözleşme ve uzman komite oluşturmuştur.

Türkiye'nin de fiili kurucu üyesi sayıldığı⁸ ve hukuk belgelerinin oluşturulmasına ve mekanizmalarının çalışmalarına aktif bir şekilde katıldığı bu önemli kuruluşun, terörle mücadeleye yaklaşımını ortaya koyan hukuki ve kurumsal mücadelesinin bilinmesi kuşkusuz yararlı olacaktır.

1. HUKUKİ ÇERÇEVE

AK bünyesinde imzalanan ve belli sayıda ülkelerin onayı ile yürürlüğe giren anlaşmalar, Konseyin statüsünde yer alan hedefine ulaşmada kullandığı amaçlardan birisidir.⁹

Sözleşmeler ve anlaşmalar kanun ve hukuk sistemlerini uyumlaştırmayı destekleyerek, Avrupa çapında kanunların birleştirilmesine katkıda bulunarak ve asgari hukuki standartları belirleyerek üye Devletler arasında daha sıkı bağların oluşmasına öncülük ederler. Ortak bir hukuki alan yaratarak, üye devletleri demokratik, toplumsal ve kültürel alanlarda daha uyumlu bir hale

⁶ CODEXTER, http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/about_en.asp, erişim: 18.01.2015

⁷ PINON, Xavier, Le Conseil de L'Europe, une organisation au service de l'homme, L.G.D.J, Paris 2011, s.165

⁸ Statü'nün 2. maddesi "Avrupa Konseyi üyeleri bu Statü'nün taraflarıdır" şeklinde belirtir. Önsöz'de belirtilen taraflar sadece on kurucu üyedir - Belçika, Danimarka, Fransa, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Norveç, İsveç ve İngiltere – ancak Statü'yü 5 Mayıs 1949'dan sonra onaylayan devletler de tam üye sayılmaktadır. Yunanistan ve Türkiye'den Statü'de bahsedilmez ama yine de fiilen (de facto) kurucu üyeler olarak değerlendirilebilirler. ROHMER Florence Benoît-, KLEBES Heinrich, Avrupa Konseyi hukuku, Dış politika Enstitüsü-Bilkent üniversitesi, Ankara, s.37.

⁹ ROHMER ve KLEBES, a.g.e s.93.

getirirler. Ayrıca, terörizm, bioetik ve çevre alanları gibi özellikle hassas konularda işbirliği yapmalarını kolaylaştırırlar. Gerçekte, çok taraflı bir Konsey sözleşmesi, tek tek ülkeler tarafından sonuçlandırılan bütün bir dizi ikili anlaşmanın yerine geçebilir. İlk başlarda bir dizi anlaşma çoğulcu demokrasi ve insan haklarını koruma ve güçlendirmeye yönelikti. Daha sonraları, kültür, bölgesel ve azınlık dilleri ve yerel yönetimler gibi konuları kapsayan anlaşmalar akdedilmiştir. Son olarak, genelde günümüzde Avrupa toplumunun karşı karşıya olduğu sorunlara çözüm bulabilmek amacıyla oluşturulmuş bir dizi sözleşme bulunmaktadır. Bunların bir bölümü ceza hukuku ile ilgili olup, üye ülkeler arasında işbirliğinin artırılmasına yarayarak terörizm dahil her türlü suçla mücadeleye katkıda bulunmaktadır. Bunlar arasında bazıları ise doğrudan Avrupa ülkelerini tehdit eden en ciddi sorunlardan olan terörizm sorununa ilişkindir.¹⁰

AK terörle mücadelede önem taşıyan bazı sözleşmelerini¹¹ üye olmayan devletlere de açarak, AK üyesi olmayan ülkelerle daha sıkı bir işbirliğine gitmeyi amaçlamaktadır.¹²

Terörle mücadele de ortak standartlar ve hukuki altyapıyı oluşturan AK Sözleşmeleri iki başlık altında ele alınabilir. Bunlardan ilki doğrudan terörle mücadele alanındaki sözleşmelerdir. Diğerleri ise, terör suçlarında da uygulanan yabancıların geri verilmesi ve ceza işlerinde karşılıklı adli yardım gibi devletlerarası çok taraflı adli işbirliğine ilişkin sözleşmelerdir.

1.1. Terörle Mücadele Sözleşmeleri

1.1.1. Genel Olarak

AK terörle mücadele alanında dört adet bağlayıcı hukuki belgesi bulunmaktadır. Bunlar şunlardır;

- 1977 tarihli Tedhişçiliğin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi (TÖDAS)¹³,

¹⁰ ROHMER ve KLEBES, a.g.e. s.94.

¹¹ Suçuların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (m.30) ve Terörizmin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi (m.24) gibi.

¹² KRISZTINA, Horváth, Le Conseil de l'Europe et la lutte contre le terrorisme international, http://www.uni-miskolc.hu/uni/res/e_publications/pdf/krisztina.pdf, erişim: 02.02.2015, s. 8

¹³ İngilizcesi: European Convention on the Suppression of Terrorism. Sözleşme metninin http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas_209_p.htm erişim: 29.11.2015.

- 2003 tarihli Terörizmin (Tedhişçiliğin) Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi Tadil Protokolü¹⁴,
- 2005 tarihli Terörizmin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi (TÖAS),¹⁵
- 2005 tarihli Suçtan Elde Edilen Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, El konulması ve Müsaderesi ve Terörizmin Finansmanına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin (Varşova Sözleşmesi).¹⁶

Ceza adalet sistemimizde olduğu gibi, önceden uluslararası hukuk alanında benimsenen yaklaşım doğrudan terörizmin veya belirli terör eylemlerinin bastırılması ve cezalandırılması odaklıydı. Nitekim “Tedhişçiliğin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi”nde önleme olarak çevrilen kelime aslında asıl metinde “*suppression*” yani bastırma veya cezalandırmadır.¹⁷ “Terörün Önlenmesine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi adını taşımakta olan 2005 tarihli sözleşmede kullanılan terim “önleme” anlamına gelen “*prevention*” kelimesidir.¹⁸ Sözleşmelerin İngilizce ve Fransızca orijinal metinlerin TBMM tarafından onaylanan Türkçeleri karışıklık yaratacak şekilde çevrilmiştir. 1977 Sözleşmesi Tedhişçiliğin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi, bu sözleşmeye değişiklik getiren 2003 tarihli protokol Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi Tadil Protokolü, 2005 Sözleşmesi ise, Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi. Eski bir kelime olan tedhişçilik yerine daha yaygın bir kavram olarak terörizm kelimesinin kullanılması yerindedir. Ancak, 1977 Sözleşmesi ve tadil protokolünde, *suppression* terimin yanlış şekilde önleme olarak çevrilmiş olması, konunun uzmanı olmayanlar için bu iki metinle 2005 tarihli Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi arasındaki amaç ve kapsam farkının anlaşılmasına engel olabilecektir.

¹⁴ İngilizcesi: •Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism. Sözleşme'nin ve açıklayıcı raporunun Türkçesi için bkz. KDGM, Bütün Boyutlarıyla Terörizmin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi, Kamu Düzeni ve Güvenliği Müsteşarlığı Yayınları:2, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 23-88.

¹⁵ İngilizcesi “Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism”.Türkiye, Sözleşmeyi 28/3/2007 tarihinde imzalamış olup onay için halen TBMM gündemindedir.

¹⁶ ULUTAŞ ve ATABEY, Terörle Mücadele Mevzuatı kitaplarında, belgelerin orijinalini dikkate alarak, “Terörizmin Bastırılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ve Terörizmin Bastırılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi Tadil Protokolü şeklinde vermişlerdir. ULUTAŞ, Ahmet, ATABEY, Ömer Serdar, Terörle Mücadele Mevzuatı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, s.310 ve 319.

¹⁷ ERGÜL, Ergin, Terörle mücadelede uluslararası adli işbirliği ve sorunlar, Terörle Mücadelede Makro ve Mikro Perspektifler, UTSAS 2010 Seçilmiş Bildirileri-2, Polis Akademisi yayınları, Ankara 2011, s.197.

¹⁸ Committee on Foreign Terrorist Fighters and Related Issues (COD-CTE), http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/cod-cte_en.asp, erişim: 6.2.2015

AK halen yabancı terörist savaşçılar olgusuna yanıt olarak Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'ne ek bir protokol hazırlamaktadır. Protokol taslağı bütün üye ve gözlemci devletler ve diğer örgüt temsilcilerinden oluşan bir uzmanlar komitesince hazırlanmaktadır. Komitenin görev tanımı 21 Ocak 2015 tarihli Bakanlar Komitesi kararıyla yapılmıştır. Protokolü hazırlayacak olan Yabancı Terörist Savaşçılar ve İlgili Konular Komitesinin (Committee on Foreign Terrorist Fighters and Related Issues) (COD-CTE)¹⁹ diğerleri yanında kendi kendiliğinden terör örgütüne katılma, eğitim alma eylemlerinin ve terör eylemleri işlemek amacıyla yapılan seyahatlerin hazırlık ve finansmanın cezalandırılmasını ele alması öngörülmektedir. Komite'nin CODEXTER'in denetiminde yapacağı çalışma sonunda ortaya çıkacak protokol taslağının 2015 yılı içinde Bakanlar Komitesi tarafından benimsenmesi hedeflenmektedir.²⁰

1.1.2. 1977 tarihli Tedhişçiliğin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi

AK'nin terörle mücadele alanındaki ilk önemli sözleşmesi hazırlıkları Haziran 1975 de başlayıp 27 Ocak 1977 de imzaya açılan Tedhişçiliğin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesidir.

Bu sözleşme suçluların geri verilmesi yolunun terör suçlarının önlenmesi ve cezalandırılması amacına hizmet etmeye yönelik düzenlemelere sahip ilk ve temel sözleşme olduğundan uluslararası hukukta çok önemli bir yere sahiptir.²¹

Sözleşme hâlihazırda Andorra dışındaki tüm AK (46 ülke) üyesi ülkeler tarafından onaylanmıştır.²²

Bilindiği üzere, siyasi suçluların geri verme işlemine konu olmaması, geri verme hukukunun temel ilkeleri arasında yer almaktadır. 1959 yılında hazırlanan SİDAS'ın uygulanmasındaki en önemli problemlerden birisini,

¹⁹ Conseil de l'europe (CE), Action contre le terrorisme,

http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/default_FR.asperişim: 19.01.2015

²⁰ KÖMÜRCÜ, Mehmet, ÇALIŞKAN, Yusuf, Suçluların İadesinin Uluslararası Hukukta Düzenlenişi ve Siyasi suç İstisnasının Terörizmle mücadeledeki Rolü, Ankara Barosu Dergisi, 1999/1, s.88 (s.75-94), <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1999-1/6.pdf>

²¹ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=090&CM=8&DF=02/09/2013&CL=FRE>

²² ERGÜL, Ergin, Teori ve Uygulamada Suçluların İadesi ve Hükümlülerin Nakli, Yetkin Yayınları, Ankara 2003. s.55.

devletlerin siyasi suç ile terör suçu arasındaki anlayış ve mevzuat farklılıkları oluşturmuştur.

16 maddeden oluşan TÖDAS sayma yöntemini benimseyerek bazı suçların siyasî suç ya da ona bağlantılı suç olarak kabul edilmeyeceğini belirtmiştir.

Sözleşmenin 1. maddesi:

a) Uçakların yasadışı yollarla ele geçirilmesinin önlenmesine ilişkin 1970 Lahey Sözleşmesi'nin kapsamındaki suçlar;

b) 1971'de Montreal'de imzalanan sivil havacılığın güvenliğine karşı yasadışı eylemlerin önlenmesine ilişkin uluslararası sözleşmenin kapsamında yer alan suçlar;

c) Diplomatik ajanlar da dâhil, uluslararası bir himayeye tabi olan şahısların hayat, fizik bütünlüğü veya hürriyetlerine yönelik saldırıyı kapsayan vahim suçlar;

d) Adam kaldırma, rehin alma veya hürriyeti gayri kanunî sınırlayan suçlar;

e) Şahısların hayatı için tehlike teşkil ettiği ölçüde bomba, el bombası, roket, otomatik, ateşli silâh veya bombalı mektup veya koli kullanmak suretiyle işlenen suçlar;

f) Yukarıdaki fiilleri işleyenler, işlemeye teşebbüs edenler ve onlara suç ortaklığı edenlerin fiilleri siyasî suç sayılmaz,

Hükmünü içermektedir.

Sözleşme'nin 2. maddesi ise bir şahsın hayatı, fizik bütünlüğü veya hürriyeti aleyhine işlenen ancak 1. maddede belirtilen şekilde işlenmemesine rağmen vahamet arzeden suçları siyasî sayıp saymamak hususunu iadeye karar verecek devletin takdirine bırakmaktadır.

1960-1970 yılları arasında iyiden iyiye artış gösteren uçak kaçırma, diplomatik görevlilerin terör eylemlerine kurban gitmesi, adam kaçırma gibi terör saikiyle işlenen fiillere tepki niteliği taşıdığı aşikâr olan TÖDAS'ın amacı, Avrupa devletleri arasındaki geri vermeye ilişkin iki ya da çok taraflı anlaşmaların hükümlerini tamamlamak ve bu suretle terör eylemi faillerinin siyasî suçlu sayılması sebebiyle bunların iadesinde çıkabilecek engelleri bertaraf etmektir. Sözleşmenin, caydırıcılığı arttırmak amacıyla 6. maddesinde,

1. maddede belirtilen suçlardan dolayı iade talebini reddeden devletin, olayı geciktirmeden kendi yetkili mercilerine götürmek için gerekli tedbirleri almak zorunda olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm, iade hukukundaki “iade et ya da yargıla” prensibinin bir görünümüdür.

TÖDAS uygulamada, terörizmle mücadeleye ilişkin beklentilere cevap verememektedir. Nitekim bilindiği gibi, Belçika’nın Fehriye Erdal’ı iade etmemesi anılan Sözleşmedeki eksikliklerin bir sonucudur. Gerçekten, Belçika örneğinde görüleceği gibi bu hüküm bazı devletlerin mevzuatlarına takılmakta ve etkisini yitirmektedir. TÖDAS’ı Sabancı olayına uyarladığımızda konumuzla sınırlı olarak Belçika Devletinin 1-e ve 2. maddeyi Fehriye Erdal’ı iade etmeme gerekçesi olarak gösterdiğini görüyoruz.²³

Üye devletlerin siyasî suç - terör suçu kavramları üzerinde mutabakat sağlamak yerine, değilleme yoluna başvurmaları, TÖDAS gibi etkisiz bir sözleşmenin oluşmasına yol açmıştır. Zira sözleşmeye bakıldığında devletlerin imza aşamasında 1. maddede belirtilen suçlardan dolayı dahi iade etmeme yönünde çekince koyabilmeleri kabul edilmiştir. Ayrıca iade etmeyen devletin yargılama yetkisini kullanmadığı hallerde, pasif kalan devleti zorlayacak bir yöntem de yoktur. Silahın cinsine göre siyasî suç saymanın yarattığı sonuç ise Erdal olayıdır. Türkiye’nin en iyi korunan binalarından birine bir teröristin otomatik tüfekle girme ihtimalinin normal bir tabanca ile girmeden daha zor olacağı ortadadır. Terörizmin sinsi yönünü dikkate aldığımızda anlaşmanın ilk maddesindeki silah kriterinin sakatlığı anlaşılır.

Bunların ötesinde vatandaşların siyasî nedenle öldürülmesi tartışmaya açılmalıdır. Göz önüne alınması gereken kriter işlenen bir suçta hangi değere öncelik verilmesi gerektiğidir. Siyasî amaçla işlenen fiil, toplum nezdinde kabule mazhar bir fiil ise ve ihlal edilen diğer değerle karşılaştırıldığında daha üstün kabul edilebiliyorsa siyasî suç sayılmalıdır. İhlal edilen değerler arasında tercih yapılmalıdır. Ancak insanlık tarihinin en büyük kazanımlarından biri olan “insan yaşamının kutsallığının ve korunmasının” kabulü karşısında hangi amaçla olursa olsun işlenen eylemlerin, insan yaşamına ağır zarar verdiği hatta ortadan kaldırdığı durumlarda siyasî suç olarak korunmasının kabul edilemeyeceği de ortadadır.²⁴

²³ KÖPRÜLÜ, Timuçin, ‘Siyasî suç’un tanımı, Radikal Gazetesi, 24 Kasım 2000.

²⁴ Protokol 31 üye ülke tarafından onaylanmış, 15 ülke tarafından ise imzalanmakla birlikte onaylanmamıştır. Kanun ve eki Sözleşme metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5288.html>

1.1.3. Terörizmin (Tedhişçiliğin) Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi Tadil Protokolü

TÖDAS’da değişiklik öngören Protokol, 11 Eylül 2001 olayları sonrasında toplanan AK Bakan Delegeleleri Komitesi ve Kasım 2001’de toplanan AK 109. Bakanlar Komitesi kararları ile AK’nin BM Güvenlik Konseyinin 1373 sayılı kararı ışığında öngörebileceği Hükümetlerarası faaliyetlerin belirlenmesi amacıyla oluşturulan CODEXTER’in öncüsü olan “Terörizme Karşı Uluslararası Eylem Çok Yönlü Grup”(GMT) tarafından hazırlanmıştır. GMT en başta, etkinliğini arttırmak amacıyla anılan Sözleşmede değişiklikler yapma, ancak Sözleşme’nin tabiatını değiştirmeme konusunda mutabık kalmıştır.

Türkiye Protokolü 13.01.2005 tarih ve 5288 sayılı “Terörizmin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi Tadil Protokolünün Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun”la onaylamıştır.²⁵ Ancak protokolün yürürlüğe girmesi için, Tedhişçiliğin Önlenmesine Dair Sözleşmeye taraf tüm devletlerin onaylaması gerektiğinden henüz yürürlüğe girmemiştir.²⁶

²⁵ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=190&CM=8&DF=02/09/2013&CL=FRE>

²⁶ 1. Sözleşme’nin 1. maddesinin giriş paragrafı bu maddenin 1. paragrafı olmuştur. Bu paragrafın b alt paragrafındaki “imzalanan” ibaresi “akdedilen” olarak değiştirilmiş ve bu paragrafın c, d, e ve f alt paragrafları sırasıyla aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

“c. New York’ta 14 Aralık 1973’de kabul edilen, Diplomatik Ajanlar da Dahil Olmak Üzere Uluslararası Korunmaya Sahip Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme’nin uygulama alanındaki suçlar;

d. New York’ta 17 Aralık 1979’da kabul edilen, Rehine Alınmasına Karşı Uluslararası Sözleşme’nin uygulama alanındaki suçlar;

e. Viyana’da 3 Mart 1980’de kabul edilen, Nükleer Maddelerin Fiziki Korunması Hakkında Sözleşme’nin uygulama alanındaki suçlar;

f. Montreal’de 24 Şubat 1988’de akdedilen, Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanundışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Sözleşme’nin uygulama alanındaki suçlar;»

2. Sözleşme’nin 1. maddesinin 1. paragrafı aşağıdaki dört alt paragraf ile tamamlanmıştır:

«g. Roma’da 10 Mart 1988’de akdedilen, Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme’nin uygulama alanındaki suçlar;

h. Roma’da 10 Mart 1988’de akdedilen, Kıta Sahanelğinde Bulunan Sabit Platformların Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Protokol’ün uygulama alanındaki suçlar;

i. New York’ta 15 Aralık 1997’de kabul edilen, Terörist Bombalamalarının Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin uygulama alanındaki suçlar;

j. New York’ta 9 Aralık 1999’da kabul edilen Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme’nin uygulama alanındaki suçlar.»

3. Sözleşme’nin 1. maddesi aşağıdaki paragraf ile tamamlanmıştır:

«2. 1. paragrafta sözü edilen sözleşmelerin kapsamına girmediği ölçüde, sadece asli fail olarak bu temel suçlardan birinin işlenmesi halinde değil, ama aynı zamanda:

a. bu temel suçlardan birini işlemeye teşebbüs;

12 maddeden ibaret olan Protokol'ün getirdiği başlıca yenilikler şunlardır:

- Siyasî kabul edilmeyecek suçların listesi BM'in terörle mücadeleye dair belli başlı sözleşme ve protokollerinde yer alan suçların tamamını kapsamaması için önemli ölçüde genişletilmiş, ek listedeki suçlara ilişkin hükümler BM çerçevesindeki en yeni inisiyatifler göz önüne alınarak güncelleştirilmiştir.²⁷

- Listeye gelecekte yeni suçlar eklemeye imkân veren basitleştirilmiş bir değişiklik sistemi usulü ve keza değişiklik protokolü şekline ihtiyaç duymadan gelecekte gözden geçirmeye imkân verecek genel bir değişiklik usulü oluşturulmuştur.

- Sözleşme, Avrupa Konseyi nezdinde gözlemci üye statüsüne sahip Devletlere de açılmıştır. Ayrıca, Bakanlar Komitesi tek tek başka Devletleri Sözleşmeye katılmaya davet edebilecektir.

Protokol'de, TÖDAS'da bulunmayan “İşkenceye maruz kalma riski, ölüm cezasına mahkûm olma tehlikesi, tahliye imkânı tanınmayan ömür boyu hapis cezaları” da iade etme yükümlülüğünü bertaraf eden yeni koşullar olarak öngörülmektedir

- Sözleşme'nin etkin biçimde işlenmesini engellemiş olan çekince koyma hakkını Protokol de korumaktadır Ancak Protokolde bütün devletlerin tutumları dikkate alınarak bu hükme ilişkin bir ara çözüm getirilmiştir. Bu çözüm dört unsuru içeren bir uzlaşma üzerine kurulmuştur:

- Siyasî suçlara ilişkin çekince imkânı, mevcut Taraf Devletlerle sınırlandırılmıştır. Bir Devlet bu tür bir çekince koyduğunda, uygulanacağı suçları açıkça belirtmek zorundadır.

- Çekinceler üç yıl için geçerli olacaktır. Bu sürenin sonunda aynı süreyle uzatılabilecektir. Uzatma, ilgili taraf ülkenin bildirimini gerektirmektedir.

- Bir çekinceye dayanarak iadeyi reddeden bir Devlete her defasında davayı, kovuşturulması amacıyla, yetkili makamlarına sevk etme ve Avrupa Konseyini davanın sonucundan bilgilendirme mecburiyeti getirilerek, iade hukukundaki “yargıla ya da iade et” ilkesi güçlendirilmiştir.

b. bu temel suçlardan birinin işlenmesine iştirak veya bunlardan birini işlemeye teşebbüse iştirak;

c. bu temel suçlardan birinin işlenmesini örgütleme veya başkalarını bu suçları işlemeye ya da işlenmesine teşebbüse azmettirmek,

hallerinde de, Âkit Devletler arasında suçluların iadesi amacıyla, aynı kaide uygulanacaktır.»

²⁷ ERGÜL, a.g.e., s. 57.

- İade talebi reddedilen Devletin ilk derecede bir takip komitesine, son derece olarak da iadenin reddinin Sözleşmeye uygun olup olmadığı konusunda bir açıklama yapacak olan Bakanlar Komitesine başvurabilmesi amaçlı etkin bir izleme öngörülmüştür.

Keza, Protokol çekincelere ilişkin yeni usulü uygulamak ve Sözleşmenin takibine bağlı diğer görevleri yerine getirmekle görevli bir izleme mekanizması öngörmektedir. Terörizme Karşı Taraf Devletler Konferansı (orijinal kısaltması COSTER) adlı bu mekanizma, Avrupa Suç Sorunları Komitesi (CDPC) tarafından ceza hukuku ile ilgili Avrupa sözleşmelerine ilişkin Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin ve 110. oturumunda Bakanlar Komitesinin aldığı kararlar doğrultusunda yerine getirilen görevi tamamlayıcı olarak işleyecektir.

Siyasî suçun tanımı konusunda ülkelerin mevcut farklı görüşleri arasında hassas bir denge sağlanması çabasının Protokolün mevcut şekline damgasını vurduğu anlaşılmaktadır.²⁸

1.1.4. 2005 tarihli Suç Gelirlerinin Aklanması, Araştırılması, El Konulması, Müsaderesi ve Terörizmin Finansmanına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi

1990 tarihli Suç Gelirlerinin Aklanması, Aranması, Zapt Edilmesi ve Müsadere Edilmesi Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Strazburg Sözleşmesi), uluslararası gelişmeler doğrultusunda yeniden gözden geçirilerek güncellenmiş ve bu kapsamda hazırlanan Suçtan Elde Edilen Gelirlerin Aklanması, Araştırılması, Elkonulması, Müsaderesi ve Terörizmin Finansmanına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Varşova Sözleşmesi) 16.05.2005 tarihinde imzaya açılmıştır. Sözleşme 6 onay şartının tamamlandığı 01.05.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.²⁹

Sözleşme Aklama, Müsadere ve Terörizmin finansmanı olmak üzere üç ana konuyu düzenlemektedir. Bu Sözleşme'nin önceki sözleşmeden ile temel farklarından biri aklama suçunun yanı sıra terörizmin finansmanını da kapsamıdır. Bu yönüyle Sözleşme suç gelirlerinin aklanmasını hem de terörizmin finansmanını birlikte düzenleyen ilk uluslararası belgedir.³⁰

²⁸ ERGÜL, a.g.e., s. 57.

²⁹ 2.2.2015 itibarıyla 25 ülke tarafından onaylanmış, 13 üye tarafından ise imzalanmıştır. Bureau des traités, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=198&CM=8&DF=&CL=FRE>, erişim: 02.02.2015

³⁰ Türkiye ise Sözleşmeyi 28 Mart 2007 tarihinde imzalamıştır. DEĞİRMENCİ, Olgun, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s.67

Sözleşmede, Birleşmiş Milletler nezdinde hazırlanan “Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme”nin (TFÖS) 2. maddesinde yapılan terörün finansmanı tanımı benimsenmiş ve Sözleşmenin III, IV ve V. bölümlerinde yer alan tüm hükümlerin (tedbir, müsadere, soruşturma yetkileri ve teknikleri, önleyici tedbirler, uluslararası adli işbirliği, mali istihbarat birimleri arasındaki idari işbirliği) terörizmin finansmanı için de uygulanması öngörülmüştür.

Sözleşmesinin 2. maddesinde; tarafların, kısmen veya tamamen terörizmin finansmanı amacıyla kullanılan ya da bu amaç için tahsis edilen ve yasal ya da yasadışı kaynaklı malvarlıklarının veya söz konusu suç gelirlerinin araştırılması, izlenmesi, tespit edilmesi, dondurulması, el konulması ve müsaderesini temin etmesi ve bu konuda uluslararası işbirliğini sağlamaları gerektiği belirtilmiştir.

Sözleşmeye göre, suçun oluşabilmesi için terörizmi finanse etmek suçunun Sözleşme ekinde yer alan Sözleşmelere ve Sözleşmede tanımlanan terör suçuna ilişkin olması gerekir. Sözleşmenin 2. maddesinde suçun unsurları gösterilmiştir. Buna göre;

“Herhangi bir kişi, her ne suretle olursa olsun, tümüyle veya kısmen, aşağıda tadat edilen eylemlerin gerçekleştirilmesinde kullanılması niyetiyle veya kullanılacağını bilerek, doğrudan veya dolaylı olarak, yasa dışı bir şekilde ve kasten, fon sağlamakta veya toplamakta ise, bu Sözleşmeyi ihlâl eder:

a) Ekte tadat olunan andlaşmaların herhangi biri kapsamında ve vazettiği tanım çerçevesinde suç teşkil eden eylem³¹,

³¹ Bu eylemler;

1. Uçakların Yasadışı Ele Geçirilmesinin Önlenmesi Sözleşmesi (16 Aralık 1970, Lahey) – ICAO,
2. Sivil Havacılık Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesi Sözleşmesi (23 Eylül 1971, Montreal) – ICAO,
3. Diplomatik Ajanlar Dahil Uluslararası Korunan Kişilere Karşı Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi (14 Aralık 1973, New York) - Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi,
4. Rehin Almalara Karşı Uluslararası Sözleşme (17 Aralık 1979, New York) - Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi,
5. Nükleer Maddelerin Fiziki Korunması Sözleşmesi (3 Mart 1980, Viyana),
6. Uluslararası Sivil Havacılığa Hizmet Veren Havalimanlarında Yasadışı Şiddet Eylemlerinin Önlenmesi Protokolü, Sivil Havacılık Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesi Sözleşmesine Ek Protokol (24 Şubat 1988, Montreal) - ICAO,
7. Denizcilik Seferyollarının Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesi Sözleşmesi (10 Mart 1988, Roma) - IMO,

b) Niteliği veya kapsamı itibariyle, bir halkı korkutmak, ya da bir hükümeti veya uluslararası örgütü herhangi bir eylemi gerçekleştirmeye veya gerçekleştirmekten kaçınmaya zorlamak amacını gütmesi halinde, bir sivilin ya da bir silâhlı çatışma durumunda muhasemata doğrudan katılmayan herhangi başka bir kişiyi öldürmeye veya ağır şekilde yaralamaya yönelik diğer tüm eylemler.”

Görüldüğü gibi ikinci fıkranın (b) bendinde öngörülen bu tanım sırf bu Sözleşmeye yönelik ve oldukça dar kapsamlıdır. Bu eylemler, öldürme ve ağır yaralama eylemleridir. Bunun dışındaki eylemler örneğin; mala yönelik ağır ihlaller, tehdit ve benzeri eylemler Sözleşme kapsamına girmemektedir. Terörizmin finansmanı tanımı bir “terör örgütünün” ve bir “teröristin” finansmanı kapsamaktadır.

Diğer yandan 1. maddenin h fıkrası TFÖS'nin 2. maddesinde yer alan “terörizmin finansmanı” tanımına gönderme yapmaktadır. Sözleşmenin açıklayıcı raporunda bu husus şöyle ifade edilmiştir: *“Bu sözleşmeyi hazırlayanlar uygulamasını terörizmin finansmanına genişletme hususunda mutabık kalırken, uluslararası alanda kabul görmüş terörizmin finansmanı dâhil 1999 Sözleşmesinin metnine dayanmayı istemişlerdir.”*³²

Sözleşmenin II. Bölümü Terörizmin Finansmanı Başlığını taşımaktadır. Bu bölümde yer alan madde 2, Sözleşmenin terörizmin finansmanına uygulanmasını düzenlemektedir. Buna göre;

1. Her taraf bu Sözleşmenin III, IV ve V. bölümlerinde yer alan hükümlerin terörizmin finansmanına uygulayabilmesi için gerekli görülen yasal ve diğer tedbirleri alacaklardır.

2. Taraflar, özellikle, yasal veya yasa dışı kökenli, tamamen veya kısmen terörizmin finansmanı için herhangi bir şekilde kullanılan veya kullanılmak için tahsis edilen malın veya bu suçtan elde edilen gelirin araştırılmasını, takip edilmesini, belirlenmesini, dondurulmasını, el konulmasını ve müsaderesini temin edecek ve bu amaçla mümkün olan en geniş işbirliğini sağlayacaklardır.

⁸. Kıta Sahaneliğinde Kurulu Sabit Platformların Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Önlenmesi Hakkında Protokol (10 Mart 1988, Roma) - IMO,

⁹. Terörist Bombalamaların Önlenmesi Sözleşmesi (15 Aralık 1997, New York) - Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi).

³² Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, Explanatory Report, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/198.htm> erişim: 27. 12. 2014

Ulusal Düzeyde Alınacak Önlemlere ilişkin III. Bölüm aşağıdaki hususları içermektedir: Müsadere önlemleri (Madde 3), Soruşturma önlemleri ve geçici önlemler (Madde 4), Dondurma, el koyma ve müsadere (Madde 5), Dondurulan veya el konulan malın idaresi (Madde 6) Soruşturma yetkileri ve teknikleri (Madde 7), Madde 10 – Tüzel kişilerin sorumluluğu Mali istihbarat birimi (MİB) (Madde 12) vs.

Dördüncü Bölüm, uluslararası işbirliğini, beşinci bölüm ise mali istihbarat birimleri arasında işbirliğini düzenlemektedir.

1.1.5. 2005 tarihli Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi

“Terörizmin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi”, “hukuk devleti ilkesi”, “demokratik değerler”, “insan hakları ve temel özgürlükler ilkelerinden fedakârlık edilmeden “terörü önleyerek” terörle mücadelenin güçlendirilmesini amaçlamaktadır.³³

32 maddeden oluşan Sözleşme, ulusal önleme politikaları (m. 3), önlemeye ilişkin uluslararası işbirliği (m. 4), tüzel kişilerin sorumluluğu (m. 10), terör mağdurlarının korunması, tazmini ve yardımda bulunulması (m. 13), bazı eylemlerin suç haline getirilmesi (m. 5, 6, 7) ve ihdas edilen suçlara ilişkin cezai konularda uluslararası işbirliği (m. 17) ve geri verme (m. 19) gibi konularda önemli hükümler içermektedir.

“Terör suçları işlemekte aleni teşvik” (m. 5), “terörizm için eleman temini” (m. 6) ve “terörizm amaçlı eğitim” (m. 7) eylemlerinin iç hukuklarda suç haline getirilmesini isteyen 5 ila 7. maddeler, sözleşmenin suç ihdas eden hükümlerini oluşturmaktadır. “Terör suçları işlemekte aleni teşvik” (m. 5), “terörizm için eleman temini” (m. 6) ve “terörizm amaçlı eğitim” (m. 7) eylemlerinin iç hukuklarda suç haline getirilmesini isteyen 5 ila 7. maddeler, sözleşmenin suç ihdas eden hükümlerini oluşturmaktadır.

Sözleşmeye göre, bu eylemlerin hukuka aykırı bir şekilde ve kasten işlenmeleri gerekmektedir.

Söz konusu fiillerin ilk defa uluslararası bir sözleşmede suç haline getirilmesi dikkate alınarak, bu suçlar Sözleşmenin açıklayıcı raporu ışığında açıklanacaktır.

³³ Türkiye, Sözleşme’yi 19 Ocak 2006 tarihinde imzalamış, sonrasında 23.02.2011 tarih ve 6135 sayılı Kanunla onaylanmış, 11.03.2011 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile uygun bulmuştur. Onaya belgesinin 23.3.2012 tarihinde Avrupa Konseyi’ne iletilmesinin ardından Sözleşme ülkemiz bakımından 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2 Şubat 2015 itibarıyla Sözleşmeye 32 ülke taraftır. 12 ülke ise imzalamış olup henüz onay sürecini tamamlamamıştır.

1.1.5.1 Terör suçunun işlenmesine alenen teşvik (m. 5)

Bu hüküm 28.1.2003'te Strazburg'da kabul edilen, Bilgi Sistemleri Vasıtasıyla İşlenen İrkçi ve Yabancı Düşmanı fiillerin cezalandırılmasına ilişkin Siber Suç Sözleşmesinin 3. maddesine Ek Protokole dayanmaktadır.³⁴

Sözleşmenin 5. maddesinin³⁵ 1. paragrafı, bir terörist suçun işlenmesine aleni teşviki, “terör suçunun işlenmesini teşvik niyetiyle, böyle bir eylemin doğrudan olsun veya olmasın terör suçlarını savunarak, bir veya birden fazla bu tür bir suçun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılması veya başka bir şekilde sunulması” şeklinde tanımlamıştır.³⁶

Bu hüküm ile terör eylemleri ve suçlarını savunan mesajların değişik yollarla yayılması ve kamuya erişilecek şekilde sunulmasının cezalandırılması amaçlanmaktadır. Bu hükmün uygulanması bakımından, teşvikin doğrudan veya dolaylı yollardan yapılıp yapılmadığı önemsizdir.

Doğrudan tahrik, hukuk sistemlerinde çoğunlukla suç teşkil ettiğinden uygulamada herhangi bir problem doğmayacağı düşünülebilir. Dolaylı tahriki bir suç haline getirmenin amacı uluslararası hukuktaki mevcut olan boşluğu bu alanda hükümler ekleyerek telafi etmektir.³⁷

Sözleşmenin açıklayıcı raporuna göre; Sözleşme suçun tanımı ve uygulaması bakımından taraflara belirli miktarda takdir yetkisi tanımaktadır ve bir terör suçunu gerekli ve haklı göstermek dolaylı teşvik suçunu oluşturabilecektir (parag. 98).³⁸

³⁴ Explanatory Report, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/196.htm>, erişim: 5.01.2015.

³⁵ Maddeye göre ; “1) Bu Sözleşmenin amaçları açısından, «bir terör eylemini işlemeye alenen teşvik», terör suçunun işlenmesini kışkırtmak niyetiyle, böyle bir eylemin dolaylı olsun veya olmasın terör suçlarını savunarak, bir veya birden fazla suçun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılması veya başka bir şekilde erişilebilir hale getirilmesi anlamına gelir.

2) Her bir Taraf, 1. paragrafta tanımlandığı şekilde, yasadışı olarak ve kasten işlendiği durumlarda, terörizm suçunu işlemeyi alenen teşviki ulusal mevzuatı açısından cezai suç olarak ihdas etmek üzere gerekli olabilecek tedbirleri alacaktır.”

³⁶ Explanatory Report , parag. 94. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/196.htm>, erişim: 5.01.2015

³⁷ Explanatory Report, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/196.htm>, erişim: 5.01.2015

³⁸ ATABEY, Ömer Serdar, ULUTAŞ, Ahmet, Terörizmin Önlenmesinde Önemli Bir Araç Olarak Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi, TBB Dergisi 2011(97), s. 18

Ancak burada iki şartın varlığı aranmaktadır: İlk olarak, bir terör suçunun işlenmesi hususunda özel bir kastın varlığı gereklidir. Ayrıca tahrik hukuka aykırı bir şekilde ve kasten işlenmelidir. İkinci olarak, böyle bir eylemin sonucu, bu tip bir suçun işlenmesi tehlikesine neden olmalıdır. Böyle bir tehlikeye neden olup olmadığı değerlendirilirken, yazarın ve mesajın muhatabının niteliği yanında suçun hangi bağlamda işlendiği AİHM'nin oluşturduğu içtihat anlamında dikkate alınacaktır. Tehlikenin önemi ve inandırıcılığı iç hukukun gereklerine uygun olarak ele alınmalıdır.³⁹

1.1.5.2. Terörizme eleman temini (m. 6)

Bu madde⁴⁰ ile gelecekteki muhtemel teröristlerin örgüte kazandırılmasının önlenmesi ve cezalandırılması amaçlanmaktadır. Burada, bireysel veya topluca, doğrudan veya iştirak ederek veya işlenmesine katkıda bulunarak terör suçlarının işlenmesini talep etmek şeklinde anlaşılabilir (Açıklayıcı rapor, parag.106)⁴¹ Bu davet çeşitli araçlarla, örneğin, internet veya bir kişiyi doğrudan muhatap alarak gerçekleştirilebilir.⁴²

Maddenin 1. paragrafına göre, tedarik eden, tedarik ettiği kişi veya kişilerin bir terör suçu işlenmesini veya onun işlenmesine katkı sağlamalarını veya bu amaçla bir örgüte veya gruba katılmalarını kastetmelidir.

Eylemin tamamlanması için, muhatabın gerçekten suçun işlenmesine katılması veya bu amaçla gruba katılması gerekli değildir. Öte yandan, suçun tamamlanması için, eleman tedarikçisinin muhataba başarılı bir şekilde yaklaşması gerekir.

Suçun işlenmesine başlanmış ancak tamamlanmamışsa (örneğin kişi tedarik için ikna edilememişse veya kişiyi başarılı bir şekilde tedarik etmeden kolluk kuvvetlerince yakalanmışsa), eylem 9/2. madde uyarınca temine teşebbüsten cezalandırılabilir.

³⁹ KDGM, s.16.

⁴⁰ Maddeye göre; “1) Bu Sözleşmenin amaçları açısından, «terörist saflara katma» bir başka kişiyi terörist bir eylemi işlemeye veya bu eylemin işlenmesine katılmaya veya bir veya daha fazla suçun bir dernek veya grup tarafından işlenmesine katkıda bulunmak amacıyla bir dernek veya gruba katılmaya teşvik etmek anlamına gelmektedir.

2) Her bir Taraf, 1. paragrafta tanımlandığı şekilde, yasadışı olarak ve kasten bir suç işlendiği durumda, terörist saflara katmayı ulusal mevzuatı açısından cezai suç olarak ihdas etmek üzere gerekli olabilecek tedbirleri alacaktır.”

⁴¹ ATABEY, ULUTAŞ, age. s. 348

⁴² Explanatory Report, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/196.htm>, erişim: 5.01.2015

1.1.5.3. Terörizm eğitimi (m. 7)

Bu maddede⁴³ bir terör suçunun işlenmesi veya işlenmesine katkıda bulunulması amacıyla teknik-bilgi sağlanmasının cezalandırılması öngörülmektedir.

Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken husus; bu madde kapsamında sadece teknik-bilginin sunulması ve sağlanmasının cezalandırılıyor olmasıdır. Yani bu bilginin veya eğitimin alınması veya alıcısı ise cezalandırılmayacaktır.⁴⁴

Eğitici, bilgiyi sağlayan bakımından cezai sorumluluğun doğması için, eğiticinin, kazandırılan becerinin, bir terörist suçun işlenmesinde veya işlenmesine katkıda kullanılacağını bilmesi gereklidir. Ayrıca hukuka aykırılık ve kasıt aranacaktır (m. 7/2).

Sözleşme, genel kavramlar olarak silah, ateşli silah ve patlayıcı veya tehlikeli veya zararlı maddelerin tanımını vermemektedir. Bunlar, mevcut uluslararası anlaşmalar ve ulusal mevzuatlarca belirleneceklerdir.⁴⁵

1.2. Uluslararası Çok Taraflı Adli İşbirliği Alanındaki Sözleşmeler

Terörü doğrudan hedef almayan bu belgeler, sınıraşan bir suç olan terör faillerini adalete teslim edilebilmeleri ve cezalandırılabilmesi için devletlerarası işbirliğini güçlendirmek bakımından önemlidir.⁴⁶

AK'nin sayısı 1949-2015 arasında 217'ye ulaşan sözleşmeleri⁴⁷ arasından terörle mücadele de uluslararası işbirliğine uygulanabilecek söz konusu belgeleri şu temel alanlara göre ele almak mümkündür: Ceza alanında adli işbirliği; geri verme ve kovuşturmaların nakli.

Bu alanlardaki sözleşmeler, devletlere cezai konularda ve içerdikleri terör fiillerinin cezalandırılmasında, talep eden devlete geri verme veya

⁴³ “1) Bu Sözleşmenin amaçları açısından, «terörizm için eğitim», bir terör suçunu icra etmek veya bu suça katkıda bulunmak amacıyla, beceriyi bu amaçla kullanmak niyetiyle kazandığını bilerek, patlayıcıları, ateşli silahları ve diğer silahları veya öldürücü ya da tehlikeli maddeleri yapmayı veya kullanmayı veya diğer özel yöntem ve teknikleri öğretmeyi sağlamak anlamına gelir.

2) Her bir Taraf, 1. paragrafta tanımlandığı şekilde, yasadışı olarak ve kasten bir suç işlendiği durumda, terörizm için eğitimi ulusal mevzuatı açısından cezai suç olarak ihdas etmek üzere gerekli olabilecek tedbirleri alacaktır.”

⁴⁴ ATABEY, ULUTAŞ, a.g.e. s. 349.

⁴⁵ KDGM, a.g.e. s.17.

⁴⁶ PRADEL/CORSTENS, a.g.e. s.7.

⁴⁷ <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG>

ülkesinde yargılama (iade et veya yargıla) ile birbirlerine kovuşturma ve geri verme konusunda en geniş şekilde yardımlaşma yükümlülüğü getirmektedir.⁴⁸

1.2.1 Ceza Alanında Adli İşbirliği

Münhasıran uluslararası adli işbirliğine ilişkin 1959 tarihli Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli yardım Avrupa Sözleşmesi (CİKAYAS)⁴⁹ Avrupa’da kendi alanında temel çok taraflı belgedir.⁵⁰

Sözleşmenin önsözünden, Sözleşme hazırlanırken bu alanda ortak kurallar kabulünün, AK’nin üyeleri arasında daha sıkı bir işbirliği amacına ulaşılması gerekli olduğundan hareket edildiği anlaşılmaktadır.

1959 Sözleşmesine göre Taraflar, yaptırım talep edilen tarafın adli makamlarının yetki dairesine giren suçlara yönelik kovuşturmalarda en geniş adli yardımlaşmayı temin etmeyi kabul ederler (m. 1/1).

Tutuklama ve mahkûmiyet kararlarının yerine getirilmesi ile askerî suçlar Sözleşme kapsamı dışında kalmaktadır. Dolayısıyla Sözleşmenin 1/1. maddesinin öngördüğü yükümlülük adi suçlar için geçerlidir (m. 1/2).

Siyasi ve mali suçlar için adli yardım sağlayıp sağlamamak talep edilen devletin ihtiyarına bırakılmıştır(m. 2/2).

Sözleşme, talep eden tarafın temsilcilerinin istinabe talebinin yerine getirilmesinde hazır bulunmalarına, talep edilen tarafın rıza göstermesi koşuluyla imkân vermektedir (m. 4).

Sözleşme ile öngörülen ve halen geçerli olan prensip, sunulacak uluslararası istinabe taleplerinin talep edilen Tarafın mevzuatında öngörülen şekilde infaz edilmesidir (3. madde 1. paragraf).

Sözleşme, önsöz ve genel hükümleri izleyen yedi bölümden oluşmaktadır. Ceza alanında istinabe işlemlerini⁵¹ (Bölüm 2), Usule ait

⁴⁸ CRYER, ROBERT, FRIMAN, HAKAN, ROBINSON DARRYL, WILMSHURST, ELIZABETH, An Introduction to International Criminal Law and Procedure: New York: Cambridge University Press 2010, s. 335

⁴⁹ İngilizcesi: European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters Sözleşme metninin Türkçesi için bkz. http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas_200o.htm, erişim: 29.12.2014

⁵⁰ CRYER, FRIMAN, ROBINSON, WILMSHURST, age. s. 102.

⁵¹ Uluslararası istinabe, bir devletin yetkili bir adli makamının diğer bir devletin adli makamı adına yerine getirdiği işlemler bütünüdür. Bir kez bildirilmesi düzenlenmiştir. Son bölüm ise nihai hükümlere ilişkindir.

¹stinabe işlemleri;

işlemlerin ve adli kararların tebliği, tanıkların, bilirkişilerin ve kovuşturulan kimselerin mahkeme önüne çıkarılmalarını (Bölüm 3), adli sicil belgelerinin iletilmesini (Bölüm 4) içerir. Karşılıklı adli yardım taleplerinde izlenecek usul sözleşmenin 5. Bölümünde açıklanmıştır. Sözleşmenin 6. Bölümü Kovuşturma ile ilgili ihbar, 7. bölüm de ise adli sicil bilgilerinin karşılıklı olarak yılda en az bir kez değişimini öngörmektedir.

Bu belge, 1978 ve 2001 tarihlerinde kabul edilen iki protokolle tamamlanmıştır. İlk olarak 17 Mart 1978 tarihli ek protokol⁵² özellikle mali suçları kapsamaktadır. 17 Mart 1959 tarihli Sözleşmeye ek protokol bu meseleyi ele almıştır. Bu protokole göre Taraflar 1959 Sözleşmesinin 2. maddesinde öngörülen hakkı, söz konusu suçun mali bir suç olduğu gerekçesiyle kullanamazlar. Protokolün müteakip maddeleri de bu prensibi özellikle de malların aranması ve el konulmasını amaçlayan istinabe müzekkereleri ile ilgili olarak düzenlemektedir.

Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesine Ek 2 Protokol⁵³ 8 Kasım 2001 tarihinde imzaya açılmış ise de 1.2.2004 de yürürlüğe girmiştir.⁵⁴

Protokol Avrupa'daki siyasi ve sosyal dönüşümleri ve dünyadaki teknolojik gelişmeleri dikkate alarak devletlerin sınır aşan suçluluğa karşı

-
- a) Şüpheli veya sanıkların ifadelerinin alınması veya sorgularının yapılması,
 - b) Mağdur, müşteki, katılan, tanık veya bilirkişilerin dinlenilmesi,
 - c) Bilgi ve delil temini, banka kayıtları, muhasebe belgeleri, şirket dosyaları ve ticari belgeler de dâhil olmak üzere, ilgili belge ve kayıtların asıllarının veya tasdikli suretlerinin sağlanması,
 - d) Delil toplamak amacıyla kazançların, malvarlıklarının, araç-gerecin ya da diğer hususların belirlenmesi veya izlenmesi,
 - e) Delil amaçlı arama ve el koyma, eşya ve yer incelemesi,
 - f) El koyma ve müsadereye dair yabancı mahkeme kararlarının infazı,
- gibi hususları kapsar. Uluslararası Ceza İstinabe İşlemlerinde Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nin 2011 tarihli 69/2 Nolu Adli Makamlarımızca Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar konulu genelgesi, bkz. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelgeler/genelgeler.html>, erişim: 29.12.2014.

⁵² İngilizcesi: Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters

⁵³ İngilizcesi: Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal

⁵⁴ Şubat 2015 itibariyle 30 devlet tarafından onaylanmış, 11 devlet tarafından ise imzalanmıştır. Türkiye ise henüz imzalamamıştır.
<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=182&CM=8&DF=02/09/2013&CL=FRE>

kapasitelerini güçlendirmeyi amaçlamaktadır. Özellikle adli yardımlaşmanın talep edilebileceği konuları çeşitlendirmekte, yardımlaşmayı kolaylaştırmakta ve daha hızlı ve esnek bir hale getirmektedir. Ayrıca kişisel verilerin işlenmesi çerçevesinde bireysel hakların korunması ihtiyacını da dikkate almaktadır.⁵⁵

Protokol karşılıklı anlaşmaya dair anlaşmalarda geleneksel olarak öngörülenlere yeni işbirliği yöntemleri eklemiştir. Bu yöntemler şunlardır:

- Video konferans (m. 9) veya telefon konferansı ile ifade alınması;
- Bilgilerin kendiliğinden aktarılması (m. 11);
- Talep edilen tarafın topraklarında tutuklu şahısların geçici olarak nakledilmesi (Madde 13), “tutuklunun geçici nakli ” olarak bilinen 1959 Sözleşmesinin 11. maddesindeki prosedüre benzer bir prosedürdür;
- Sınırlar ötesinde takip düzenlemeleri;
- Bir tarafın topraklarında göz altı kapsamındakileri teslim edebilme imkânı.

1.2.2. Yabancıların Geri Verilmesi

Avrupa’da şüpheli sanık ve suçluları geri verme konusunda temel belge “Suçluların İadesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi”dir (SİDAS)⁵⁶. Bu sözleşme

⁵⁵ Résumé du traité, <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Summaries/Html/182.htm>

⁵⁶ İngilizcesi: European Convention on Extradition Sözleşme metninin Türkçesi için bkz: http://www.avrupakonseyi.org.tr/atlasma/aas_24.htm erişim:29.09.2010. Türkçe’de “extradition” karşılığı olarak, bir zamanlar kullanılan ancak artık eskimiş olan “iadeyi mücrimin” teriminin yerine, günümüzde “suçluların iadesi”, “suçluların geri verilmesi” veya tek başına “iade” ya da “geri verme” terimleri kullanılmaktadır. Doktrinde yazarların çoğu, “suçluların iadesi” veya “suçluların geri verilmesi” ifadelerini, ifadelerde yer alan “suçlu” terimi nedeniyle yanlış ve eksik bulmaktadır. Zira suçlu mahkeme kararı ile suç işlediği kesin olarak belirlenen kişiyi ifade etmektedir. Oysa geri verme sadece bir suçtan mahkûm olanlar için değil, fakat suçtan dolayı şüpheli ve sanıklar hakkında da söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla bu işleme konu olan kişinin, daha geri verilme aşamasında “suçlu” ilan edilmesi yanlıştır. Bu nedenle kurumu eksik ifade eden “suçluların iadesi” veya “suçluların geri verilmesi” kavramları yerine, “suçluların veya sanıkların geri verilmesi”, “geri verme”, “iade” veya “devletler arasında geri verme”, “şüpheli, sanık veya hükümlünün geri verilmesi”, “yabancıların geri verilmesi” ya da sadece “geri verme” kavramlarının kullanılması önerilmektedir.

Benzer şekilde, Türkiye’nin taraf olduğu “Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan resmi çevirisi “Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi” olarak yapılan sözleşmeye değinilerek, “suçluluğu bir yargı kararı ile tespit edilen hükümlünün suçlu olarak adlandırılması yerinde ise de, hakkında soruşturma veya kovuşturma başlatılmış olan kişinin suçlu olarak nitelendirilmesi masumluk karinesi ile bağdaşmaz” gerekçesiyle Sözleşme’nin adının yerinde olmadığı ifade edilmektedir. Oysa Sözleşme’nin gerek İngilizce ve gerekse Fransızca orijinal başlığında sadece geri verme anlamı taşıyan “extradition” terimi yer almakta olup,

bölgesel anlaşmaların en önemlilerinden birisidir. Temel amacı Avrupa ülkeleri nezdinde temel bir ceza usul hukuku kurumu kurup, geri vermeyi ortak kurallara bağlı tutarak olası problemleri önlemektir.⁵⁷

Sözleşme 13 Aralık 1957’de imzalanmış ve 18 Nisan 1960’da yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Avrupa Konseyine üye tüm devletler tarafından onaylanmıştır.⁵⁸ Ancak Devletler, bazen İngiltere ya da İsviçre gibi çok sayıda olmak üzere bazı çekinceler koymuşlardır. Bu çekinceler ülkeden Ülkeye değişmektedir.

Ayrıca çekince koyan her ülke talep eden ülke olduğunda, uluslararası hukukun karşılıklılık (mütekabiliyet) ilkesi gereği, talep edilen ülke tarafından kendisine karşı aynı çekince ileri sürülebilmektedir.

32 maddeden oluşan Sözleşmenin 1. maddesi, Taraf Devletlere Sözleşmedeki koşullar çerçevesinde adlî mercilerce aranan şahısları karşılıklı olarak iade mecburiyeti getirmektedir. Bu maddenin metni Fransa ile Federal Almanya Cumhuriyeti arasındaki 23 Kasım 1951 tarihli sözleşmeden alınmıştır. Adlî merci “(İng. “compétent authorities“, Fr. “autorités judiciaires“) kavramı savcılık ve mahkemeleri kapsamaktadır. Polis bu kavramın dışında kalmaktadır.⁵⁹

Sözleşme iade taleplerinin incelenmesi için izlenecek usul konusunda hüküm getirmemekte ve talep edilen her devlet en uygun gördüğü usulü kullanmakta serbest kalmaktadır.⁶⁰

Sözleşme 1975, 1978, 2010 ve 2012 tarihli ilave protokollerle tamamlanmıştır.

Bunların ilki Türkiye’nin henüz taraf olmadığı 15 Ekim 1975’de Strazburg’da imzalanan ve siyasî suç kavramını açıklığa kavuşturan ve tamamlayan, ayrıca “non bis in idem” kuralının kapsamını genişleten Ek Protokoldür.⁶¹

burada eleştirilmesi gereken sözleşmenin ismi değil, sözleşmenin isminin Türkçe çevirisi olmalıdır. ERGÜL, Ergin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku’nda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme, Yargı Yayınevi, Ankara 2012, s. 38.

⁵⁷ KÜMÜRCÜ-ÇALIŞKAN, a.g.e. 88.

⁵⁸ Sözleşmenin onaylanması, 18.11.1959 gün ve 7376 sayılı Kanunla uygun bulunmuş olup, metni 3. Tertip Düstur, Cilt 41, sayfa 12 de ve Resmî Gazete’nin 26.11.1959 tarih ve 10365 sayılı nüshasında yayınlanmıştır. Sözleşme metni için bkz. ERGÜL, Ergin, Teori ve Uygulamada, Suçluların İadesi ve Hükümlülerin Nakli, Yetkin yayınevi Ankara 2003.

⁵⁹ Explanatory Report, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/024.htm>, erişim: 05.01.2015

⁶⁰ ERGÜL, a.g.e s.28

⁶¹ İngilizcesi:Additional Protocol to the European Convention on Extradition Türkçesi için

İkincisi Türkiye'nin de taraf olduğu 12 maddeden oluşan Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesine Ek 2. Protokol dür. Anılan protokol; malî ve fer'î suçlar bakımından SİDAS'ın uygulama alanını genişletmektedir.⁶²

Üçüncüsü,⁶³ Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin Ek 3. Protokolüdür.⁶⁴ Protokol aranan kişi geri verilmesine rıza gösterdiği durumlarda geri verme prosedürünü basitleştirmeyi ve hızlandırmayı amaçlamaktadır.⁶⁵ SİDAS, geri vermeye ilişkin ayrıntılı ve önemli kurallar içerirse de geri vermenin farklı ülkelerde farklı usule tabi olması ve yargılamanın uzunluğu gibi sorunlar devletleri geri verme sürecinin kısaltılmasına yönelik düzenlemelere sevk etmiştir. Bu nedenle Avrupa Birliği üyeleri, 1995 yılında Basitleştirilmiş İade Usulüne Dair Avrupa Birliği Anlaşması'nı yürürlüğe koymuşlardır. Avrupa Konseyi bünyesinde de, Avrupa Konseyi Suç Sorunları Komitesi (CDPC), yaptığı çalışmalar sonucu basitleştirilmiş geri verme usulüne dair söz konusu protokolü hazırlamıştır. 15 maddeden oluşan Ek 3. Protokol'de şahsın geri vermeye rıza göstermesi ve talep edilen devletin kabul etmesi halinde, geri verme sürecinin kısaltılması amaçlanmıştır.⁶⁶

Dördüncüsü, Viyana'da 20.9.2012 tarihinde imzaya açılan Protokol 4 onay şartını tamamlandığı 1.6.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁶⁷. 17 maddeden oluşan Protokol, modern ihtiyaçlara uyarlamak amacıyla SİDAS'ın kimi hükümlerini değiştirmekte ve tamamlamaktadır. Bu hükümler, özellikle taleplerin zamanaşımı sorunlarını ve dayanak belgeleri, hususilik kuralını,

bkz. Protocol to the European Convention on Extradition [ETS No. 98] . Türkçesi için bkz. http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc074/kanuntbmmc074/kanuntbmmc07403732.pdf, ayrıca <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/PDF/Turkish/086-Turkish.pdf>.

⁶² Second Additional Protocol to the European Convention on Extradition. Türkiye tarafından Protokol'ün 8.5.1991 gün ve 3732 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş olup, metni 25.9.1991 tarih ve 21002 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

⁶³ 10.11.2010 tarihinde imzaya açılıp 3 onay şartının tamamlandığı 1/5/2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.
İngilizcesi: Third Additional Protocol to the European Convention on Extradition [CETS No. 209]

⁶⁴ Şubat 2015 itibariyle 5 ülke onaylamış 20 ülke ise imzalamıştır.
<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=209&CM=8&DF=02/09/2013&CL=FRE>

⁶⁵ Third Additional Protocol to the European Convention on Extradition. Türkçesi için bkz. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/Dergi/Dergi108/assets/basic-html/page-408.html#>

⁶⁶ Salih Benli, Geri Vermede Basitleştirilmiş Usûl, TAAD, Cilt:1, Yıl:2, Sayı:6 (20 Temmuz 2011), (s.241-278) s. 274.

⁶⁷ İngilizcesi: Fourth Additional Protocol to the European Convention on Extradition.

transit, üçüncü ülkeye tekrar geri verme ve iletişim yolları ve araçlarını ilgilendirmektedir.

1.2.3 Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması

Kovuşturmaların aktarılmasından maksat, bir devlette başlamış veya başlamak üzere olan bir kovuşturmanın, söz konusu devletin isteği ile ceza adaletinin gerçekleşmesi bakımından da iyi yapabilecek olan diğer bir devlete nakledilmesi ve o devletin de sanığı kendi kanunlarına göre kovuşturmasıdır.⁶⁸

1972 Tarihli Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi 15 Mayıs 1972 tarihinde Strazburg'ta imzaya açılan Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi. Türkiye açısından 2080 sayılı Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin Onaylanması ve Uygulanması Hakkında Kanunla, 01.03.1977 tarihinde kabul edilerek 13.03.1977 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmış ve Türkiye böylece 27.10.1978 tarihinde Sözleşmeye taraf olmuştur⁶⁹. Sözleşmeyle, bir devletin (isteyen devlet) adli makamlarının yürütmekte olduğu kovuşturmayı, diğer bir devletin (istenen devlet) adli makamlarına devretmesi imkânı getirilerek, ulusal mevzuattan doğan yetki sorunları aşılmaya çalışılmıştır.⁷⁰

Esas itibarıyla söz konusu Sözleşme, Açıklayıcı Raporunda da belirtildiği üzere, Avrupa'da ceza adaletini daha iyi gerçekleştirecek bir devlette kovuşturmanın tamamlanmasını amaçlamıştır.⁷¹

Sözleşmeye bakıldığında genel olarak Sözleşmeyle üç temel ihtiyacın giderilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır:

a) Suçluyu cezalandırma görevinin ceza adaletini en iyi gerçekleştirecek devlette yerine getirilmesi,

b) Birden fazla devletin ceza vermek bakımından kendisini yetkili sayması halinde ortaya çıkabilecek uyumsuzlukların halli,

⁶⁸ TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, R. Murat, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014, s.221.

⁶⁹ İngilizcesi: European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters. 25 ülke tarafından onaylanmıştır. İmzalayan 10 ülke ise henüz onay sürecini tamamlamamıştır. Türkçe metin için bkz. http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc060/kanuntbmmc060/kanuntbmmc06002080.pdf

⁷⁰ AYDIN, Uğur, Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin Türk Hukukunda Uygulaması, Terazi Hukuk Dergisi, Mayıs 2014, Sayı:93, <http://www.terazi.com.tr/makalegoster.aspx?id=2386>

⁷¹ ULUTAŞ, Ahmet, ATABEY, Ömer Serdar, Avrupa Ceza Hukukunda Kovuşturmaların Aktarılması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi [2013, Sayı 104 (Ocak-Şubat)] ss. 117- 136, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-104-1244,s.135>

c) Bir kişinin birden fazla devlette aynı eylemden dolayı yargılanması halinde “*non bis in idem*” prensibinin uygulanmasının sağlanması.

Bu Sözleşme altı kısımdan oluşmaktadır. Birinci maddede, suç ve yaptırım kavramları tanımlanmış, ikinci bölümde (m. 2-5), Sözleşmede öngörülen işbirliğini sağlamak için, Devletlere gerekli yetkinin verilmesi konusu düzenlenmiş, üçüncü bölümde (m. 6-29), kovuşturmanın aktarılması yöntemleri belirlenmiş, dördüncü bölümde (m. 30-34), kovuşturmanın çokluğu konusu değerlendirilmiş, beşinci bölümde (m. 35-37), kesin hükmün önleyici etkisi (*non bis in idem*) ele alınmış, altıncı bölümde de (m. 38-47), Sözleşmenin imzalanmasına, onaylanmasına ve çekincelere ilişkin kurallar getirilmiştir.⁷²

Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesinde, bir kişinin aynı fiilinden ötürü birden fazla devlette kovuşturulup cezalandırılmasının da önüne geçilmeye çalışılmıştır. Aynı kişinin aynı fiili sebebiyle birden fazla devlette kamu davası açılmış bulunuyor veya açılmasına karar verilmiş ise, ilgili devletler kendi aralarında en elverişli olanını seçeceklerdir (m. 30-31). Keza, aynı kişi farklı suçları sebebiyle birden fazla devlette isnat edildiyse ya da her birinin caza kanununa göre suç teşkil eden bir eylem birlikte hareket eden birden fazla kişiye isnat edilmişse, yine benzer yol izlenecektir (m. 32). Tarafların aralarında anlaşamamaları durumunda, doğal olarak, her biri kendi kovuşturmasına ayrı ayrı devam edecektir. Fakat ihtimalde, Sözleşmede düzenlenen “*ne bis in idem*” kurallarına uymaları gerekecektir.⁷³

2. KURUMSAL MEKANİZMALAR

2.1. Terörizmle Mücadelede Uzmanlar Komitesi (CODEXTER)

CODEXTER⁷⁴, AK Bakanlar Komitesi tarafından 2003 yılında AK'nin terörle mücadele faaliyetlerini koordine etmek üzere kurulan bir hükümetlerarası uzmanlar komitesidir. Komite üye ülkelerin, gözlemci devletler ile uluslararası örgütlerin temsilcilerinin iştirakiyle yılda iki kez toplanmaktadır. CODEXTER, terörle mücadele alanında Terörizmin

⁷² TEZCAN, ERDEM, ÖNÖK, a.g.e. s.223

⁷³ TEZCAN, ERDEM, ÖNÖK, a.g.e. s. 228

⁷⁴ AK hükümetler arası iki uzmanlar komitesi oluşturmuştur: 2001'de oluşturulan “Terörizmle Uluslararası Mücadele Çok Disiplinli Grup” (GMT) ve 2003'de bunun yerini alan “Terörizmle Mücadelede Uzmanlar Komitesi” (CODEXTER). Conseil de l'Europe (CE), Action contre le terrorisme, http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/default_FR.asp? 2011, erişim:5.02.2012.

Önlenmesi Avrupa Sözleşmesinin dışında, bağlayıcı olmayan çok sayıda hukuki metin hazırlamıştır.⁷⁵

CODEXTER, temel olarak, AK'nin terörle mücadele hukuki belgelerinin uygulanmasını takip etmek ve terörle mücadelede AK'nin faaliyetlerini koordine etmekle görevlidir.⁷⁶

Bakanlar Komitesi CODEXTER'e verdiği tüm görevlerde, terörizmle mücadeleye yönelik AK Sözleşmelerinin uygulanmasının kolaylaştırılması ve uluslararası hukuktaki boşlukların tespiti ile terörizme karşı uluslararası mücadelenin ne kadar önemli olduğunu vurgulamıştır.

CODEXTER'in diğer çalışmaları arasında terörle mücadelede kurumsal ve hukuki kapasiteye ilişkin ülke raporlarını incelemek⁷⁷, terörle mücadeleye uygulanan AK sözleşmelerinin imza ve onaylanmalarını izlemek ve etkili şekilde uygulanmalarını geliştirmek, insan hakları ve hukuk devletine saygı göstererek terörizmle mücadelede iyi örneklerin değişimi ve terörle mücadele tedbirlerine ilişkin AİHM davalarına ilişkin veri bankası oluşturmak başta gelmektedir.

Bu görevlerini yerine getirmek için CODEXTER terörizmle mücadele alanındaki aktörlerle işbirliği ve ortak işbirliği bağları kurarak çok sayıda girişime temel oluşturmuş muazzam bir çalışma yürütmüş ve terörizmin önlenmesi ve cezalandırılması alanında farklı sorunlara ilişkin verimli tartışmaları beslemiştir.

CODEXTER Genel Kurulu bilhassa “diğerleri yanında terörizmle mücadelede insan hakları ve terörizm mağdurlarının korunması ve desteklenmesine yoğunlaşarak terörizmin önlenmesi ve cezalandırılması alanında aktif bir “uluslararası gözlemevi” olarak çalışmaya karar vermiştir. Bu amaçla, Komite terörizmle mücadelenin değişik yönleri hakkında tematik tartışmalar ve düzenli görüş alışverişleri düzenleyebilir.

⁷⁵ Comité d'experts sur le terrorisme (CODEXTER), http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/about_fr.asp?expandable=0 erişim: 03.01.2015g

⁷⁶ Conseil de l'Europe (CE), Action contre le terrorisme, http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/default_FR.asp, erişim: 21.01.2015

⁷⁷ Bu raporlar, araştırmacılar ve uygulamacılar için terörle mücadelede üye devletlerin ulusal politikaları ile hukuki ve kurumsal altyapıları konusunda değerli bir bilgi kaynağı oluşturmaktadır. Country profiles on counter-terrorism capacity, http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/country_profiles.asp, erişim: 22.01.2015

CODEXTER'in temel görevleri, AK'nin terörle ilgili hukuki belgelerinin uygulanmasını takip etmek; devletler arasındaki ve devletler ile hükümetler arası kuruluşlar arasındaki bilgi alışverişini kolaylaştırmak; AK komitelerinin terör ve terörle bağlantılı konulardaki çalışmalarını koordine etmek; müzakereler için hükümetler arası bir zemin oluşturmak; AK'nin terörle mücadele alanındaki hukuki belgelerine nihai şeklini vermek ve son olarak kendi sorumluluğu altındaki AK hukuki belgelerini incelemek ve değerlendirmektir.⁷⁸

CODEXTER, 2014-2015 yılları için öncelikli faaliyet konusu olarak aşağıdaki dört alanı belirlemiştir:

- Özel soruşturma usulleri;
- Radikalleşme, yabancı terörist savaşçılar ve İnternet aracılığıyla dahil olmak üzere terörizm için eğitim alma fiili;
- Tek başına hareket eden teröristler;
- Terörizmin önlenmesi ve cezalandırılması alanında AK'nin uluslararası hukuk belgelerinin sağladığı hukuki çerçevenin muhtemel boşluklarını değerlendirmek.⁷⁹

CODEXTER şimdiye kadar gerçekleştirdiği 27 Toplantının 23'ünü, AK'nin merkezi Strazbourg'da, ikisini İspanya'da (16. Toplantı Madrid 15-16 Nisan 2009 ve 20. Toplantı San Sebastian, 14-15 Haziran 2011) ve 19. Toplantısı ile (15-16 Aralık 2010) 25. Toplantısını (23-24 Ekim 2013) ise İstanbul'da gerçekleştirmiştir.⁸⁰

2.2. Terörizmin Önlenmesi Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ne [STCE No. 196] Taraf Devletler Grubu

Sözleşmenin 'Taraflararası İstişare' başlıklı 30. maddesinin "e" fıkrası Tarafların Sözleşmenin uygulanmasıyla ilgili herhangi bir soru hakkındaki görüşlerini ifade etmek ve önemli yasal, siyasi ve teknolojik gelişmelerle ilgili bilgi alışverişini kolaylaştırmak amacıyla periyodik olarak istişarelerde bulunmalarını öngörmektedir. Sözleşmenin söz konusu hükmü

⁷⁸ BARTHOLIN Kristian, , Terörle Mücadelede Koordinasyon, Terörle Mücadelede Ulusal ve Uluslararası Koordinasyon Konferansı, İstanbul 24-25 Ekim 2013, KDGGM Yayınları, Ankara 2014, s.69

⁷⁹ CODEXTER, http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/3_CODEXTER/TOR%202014-2015_fr.pdf, erişim: 01.02.2015.

⁸⁰ http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/meetings_fr.asp, erişim: 2.2.2015.

uyarınca Sözleşmeye Taraf Devletlerin ilk istişaresi 12 Mayıs 2009 tarihinde Madrid’de yapılmıştır. Bunu takiben, Bakanlar Komitesi 1 Temmuz 2009 tarihinde Avrupa konseyi Terörizmle Mücadelede Uzamanlar Komitesi’nin (CODEXTER) “Sözleşmeye Taraf Devletlerin İstişareleri arasındaki zaman aralıklarında, Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesinin kullanılmasının ve etkili şekilde uygulanmasının düzenli olarak izlemesini sağlanmasına” karar vermiştir.

7 Temmuz 2010’da Bakanlar Komitesi, CODEXTER’in 18. Toplantısında (7-8 Nisan 2010) Sözleşmenin Uygulanmasına İlişkin bir Takip Mekanizmasının çerçevesini benimsediğini not etmiştir.

Bu çerçeve uyarınca, -mekanizmanın birinci düzeyi olarak- Taraflar Grubu hazırlanan usule göre Taraf Devletlerce sunulan katkılara dayanarak Sözleşmenin takibini izleyecektir. Bu çerçevede, Grubun internet sitesinde yer alan bilgilerden, senede 2 toplantı olmak üzere 2011-2014 yıllarında 8 toplantı gerçekleştirdiği görülmektedir.

Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesinin 2. Düzeyde Takip Mekanizması olarak ise CODEXTER görev yapmaktadır. AK Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi Taraf Devletler Grubu Usul Kuralları bu amaçla, Tematik değerlendirme raporunun bir özetinin CODEXTER’e iletilmesi (m. 119) ile CODEXTER başkanı ile periyodik toplantılar yapılmasını (m. 12) öngörmektedir.⁸¹

13 Haziran 2011 tarihinde San-Sebastian (İspanya) ve 23 Kasım 2011 tarihlerinde Strasbourg’daki (Fransa) 1. ve 2. toplantıları sırasında Taraflar Grubu, Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi Taraflar Grubu Tüzüğü (Usul Kuralları) taslağını hazırlamıştır. Bu taslak, Taraflara itiraz olmaması halinde zımnî onay için gönderilmiş ve 2 Ocak 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁸²

2.3. MONEYVAL

Karapara aklama ve Terörizmin Finansmanı ile mücadelede en önde gelen uluslararası kuruluş olan “Uluslararası Mali Eylem Gücü” (FATF) üyesi olmayan AK üyesi ülkeleri içeren “Para Aklamaya Karşı Mücadelede Tedbirlerin Değerlendirilmesi Uzmanlar Komitesi” (MONEYVAL) 1997 yılında oluşturulmuştur. 11 Eylül 2001 tarihinden sonra faaliyetini terörizmin finansmanı ile mücadeleyi de kapsayacak şekilde genişletmiştir.⁸³

⁸¹ KDGM, a.g.e. s.21.

⁸² Conseil de l’Europe, L’action contre le terrorisme, http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/group_parties_fr.asp, erişim: 15.01.2015.

⁸³ DÜLGER, Murat, Volkan, Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar,

MONEYVAL'in amacı, üye devletlerin karapara aklama ve terörizmin finansmanı ile mücadele ve bu alandaki ilgili uluslararası normlara saygı göstermeleri için etkili bir sistem uygulamaya koymalarını sağlamaktır.

FATF, Dünya Bankası ve IMF ile sıkı bir işbirliği geliştirmiş olan MONEYVAL 2015 yılı itibarıyla MONEYVAL'ın 28 daimi 2 geçici üyesi bulunmaktadır.⁸⁴

2.4. SUÇ SORUNLARI AVRUPA KOMİTESİ (CDPC)

1958 yılında kurulan komiteye Bakanlar Komitesi tarafından AK'nin suçun önlenmesi ve kontrolü faaliyetlerini denetleme ve koordine etme sorumluluğu verilmiştir.

Bu komite AK'nin suçun önlenmesi ve kontrolü konusundaki faaliyetlerinin denetlenmesi ve koordinasyonu ve özellikle de şu alanlarda görevlidir.

-Ulusal politikaların uygulamaya konulması ve uyumlaştırılması ve ceza hukuku, ceza muhakemesi hukuku, suçun önlenmesi ve suçluların rehabilitasyonu konularında üye devletlerin politika geliştirmelerini kolaylaştırmak,

-Kriminolojik araştırmaları geliştirmek ve gelecekteki eylem alanlarını belirlemek amacıyla diğerleri yanında konferanslar, kolokyumlar uzmanlık grupları aracılığıyla Avrupa'da suç politikasını periyodik olarak değerlendirmek,

-Özellikle Avrupa cezaevi kurallarını hayata geçirerek Ceza hukuku alanındaki uluslararası işbirliğini geliştirmek,

-Benimsenmeleri ve pratikteki uygulamalarının iyileştirilmesi amacıyla, AK bünyesinde hazırlanan ve ceza alanına ilişkin olan Sözleşme ve Anlaşmaların uygulanmasını ve işleyişini incelemek,

-Avrupa Adalet Bakanları Konferansını hazırlamak.⁸⁵

Komite Sözleşmeler, tavsiyeler ve raporlar hazırlamaktadır. Komitenin yılda iki defa yaptığı toplantılara, üye devletlerin ulusal heyetleri, Parlamenterler Asamblesi ve Avrupa Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi

Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s.325.

⁸⁴ Moneyval en bref, www.coe.int/moneyval, erişim: 15.01.2015.

⁸⁵ PINON, a.g.e. s.169.

temsilcileri, AB temsilcileri, Gözlemci ülke ve uluslararası örgüt temsilcileri katılmaktadırlar.⁸⁶

Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler arasında bir sözleşmenin yorumu ve uygulanması konusunda bir uyuşmazlık oluşması halinde, bu konu, dostça bir çözüm bulacak olan AK Suç Sorunları Komitesi önüne taşınabilir. Nitekim Türkiye, Belçika mahkemelerinin Fehriye Erdal'ın geri verilmesi talebini reddetmeleri üzerine Tedhişçiliğin Önlenmesi Sözleşmesi çerçevesinde yarı otomatik-otomatik silah tanımına ilişkin olarak bu yolu denemiştir.⁸⁷

SONUÇ

AK dünya çapında en itibarlı ve etkili bölgesel uluslararası örgütlerden biri olarak güvenceye almayı amaçladığı özellikle insan hakları ve hukuk devletine önemli bir tehdit gördüğü terörle mücadele alanında da önemli ve başka uluslararası ve bölgesel örgütlere örnek olacak çalışmalar yürütmektedir.

AK'nin terörle mücadelede hukuki ve kurumsal mücadele çalışmalarını 1970'lerde başlasa da, bu çabaların 11 Eylül 2001 den sonra yoğunluk kazandığı görülmektedir. AK terörü, savunduğu temel değerlerden özellikle hukuk devletine yönelik bir tehdit olarak görmektedir. Görüldüğü üzere, AK Avrupa'ya yönelik terörizmin karakteristiklerine uygun olarak üye devletleri daha etkili ve koordineli bir şekilde terörle mücadeleye seferber etmek üzere önemli bir hukuki çerçeve oluşturmuştur. AK hukuki bir çerçeve ile yetinmeyerek, hukuki belgelerin uygulamada etkililiğinin izlenmesi ve yeni çıkan trendlere karşı çözümler geliştirilmesi için kurumsal mekanizmalar da geliştirilmiştir. CODEXTER, MONEYVAL Terörizmin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi Taraf Devletler Grubu ve Avrupa Suç Sorunları Komitesi gibi temel özellikleri üye ülkelerin uzmanlarını ve uygulamacıların bir araya getirmek olan bu kurumsal yapılanmalar kendi alanlarında ciddi işler yapmaktadır. Bu sayede Terörizmin Önlenmesi Avrupa Sözleşmesinin hazırlanıp yürürlüğe girebilmesi mümkün olabilmektedir. Yine aynı doğrultuda yabancı terörist savaşılar konusunu ele alan bir ek Protokol hazırlanması çalışmaları başlatılabilmektedir.

⁸⁶ European Committee on Crime Problems (CDPC),

http://www.coe.int/t/DGHL/STANDARDSETTING/CDPC/default_en.asp erişim: 2.2.2015.

⁸⁷ Turkish Daily News, Turkey to take Fehriye Erdal issue to Council of Europe, 12.15.2005, <http://www.hurriyetdailynews.com/default.aspx?pageid=438&n=turkey-to-take-fehriye-erdal-issue-to-council-of-europe-2005-12-15>.

Ancak bu olumlu tablo AK alanında terörle mücadeledeki eksiklikleri ve uygulamadaki zorlukları gizlememelidir. Birçok ülkenin sözleşmeleri imzalarken koydukları çekinceler veya sözleşmeleri imzalamayarak ya da imzalamakla birlikte onaylamayı geciktirerek, bazı durumlar da uygulamada adli yardımlaşmayı ve geri vermeyi zorlaştırarak, terörle mücadeleye zarar verecek şekilde AK'nin amaçlarına aykırı davranmaları söz konusu olabilmektedir.

KAYNAKÇA

- AYDIN, Uğur, Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin Türk Hukukunda Uygulaması, *Terazi Hukuk Dergisi*, Mayıs 2014.
- BARTHOLIN, Kristian, Terörle Mücadelede Koordinasyon, Terörle Mücadelede Ulusal ve Uluslararası Koordinasyon Konferansı, İstanbul 24-25 Ekim 2013, KDGM Yayınları, Ankara, 2014. s. 69-71.
- CRYER, ROBERT, FRIMAN, HAKAN, ROBINSON DARRYL, WILMSHURST, ELIZABETH, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*: New York: Cambridge University Press 2010.
- DAVIS, Terry, Préface, *La Lutte contre le terrorisme, les normes du Conseil de l'Europe*, Strasbourg 2007.
- DEĞİRMENCİ, Olgun, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu*, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- DÜLGER, Murat, Volkan, *Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar*, Seçkin Yayınları, Ankara 2011.
- ERGÜL, Ergin, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme*, Yargı Yayınevi, Ankara 2012.
- ERGÜL, Ergin, *Teori ve Uygulamada Suçluların İadesi ve Hükümlülerin Nakli*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

- ERGÜL, Ergin, Terörle mücadelede uluslararası adli işbirliği ve sorunlar, Terörle Mücadelede Makro ve Mikro Perspektifler, UTSAS 2010 Seçilmiş Bildirileri-2, Polis Akademisi yayınları, Ankara 2011 s.191-215.
- FLORENCE, Benoît-Rohmer, HEINRICH, Klebes, Avrupa Konseyi Hukuku Dış politika Enstitüsü-Bilkent üniversitesi, Ankara.
- HORVÁTH, Krisztina, Le Conseil de l'Europe et la lutte contre le terrorisme international, http://www.uni-miskolc.hu/uni/res/e_publications/pdf/krisztina.pdf, erişim tarihi: 02.02.2015.
- KÖMÜRCÜ, Mehmet, ÇALIŞKAN, Yusuf, Suçluların İadesinin Uluslararası Hukukta Düzenlenişi ve Siyasi Suç İstisnasının Terörizmle Mücadeledeki Rolü, Ankara Barosu Dergisi, 1999/1.
- KÖPRÜLÜ, Timuçin, 'Siyasî suç'un tanımı, Radikal Gazetesi, 24 Kasım 2000.
- PRADEL Jean, CORSTENS Geert, Droit pénal européen, Dalloz, Paris 1999.
- PINON, Xavire, Le Conseil de L'Europe, une organisation au service de l'homme, L.G.D.J, Paris 2011.
- ROHMER Florence Benoît, KLEBES, Heinrich, Avrupa Konseyi hukuku, Dış politika Enstitüsü-Bilkent üniversitesi, Ankara.
- TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK, R. Murat Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- ULUTAŞ Ahmet, ATABEY Ömer, Serdar, Avrupa Ceza Hukukunda Kovuşturmaların Aktarılması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013, Sayı 104 (Ocak-Şubat) s. 117- 136, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-104-1244>.
- ULUTAŞ, Ahmet, ATABEY, Ömer, Serdar, Terörle Mücadele Mevzuatı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.

İNTERNET KAYNAKLARI

Action contre le terrorisme,

http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/meetings_fr.asp, erişim tarihi: 2.2.2015.

Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü 2011 tarihli ve 69/2 nolu Adli Makamlarımızca Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar konulu genelge, <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelgeler/genelgeler.html>, erişim tarihi: 29.12.2014

Conseil de l'europe (CE),

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=198&CM=8&DF=&CL=FRE>

COE en bref, que – faisons-nous, <http://www.coe.int/fr/web/about-us/who-we-are>, erişim tarihi: 10.01.2015.

Conseil de l'europe (CE), Action contre le terrorisme,

http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/default_FR.asp, erişim tarihi :12.01.2015.

CODEXTER, http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/about_en.asp, erişim tarihi: 18.01.2015.

Comité d'experts sur le terrorisme (CODEXTER) http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/3_CODEXTER/TOR%202014-2015_fr.pdf , erişim tarihi: 01.02.2015.

European Convention on the Suppression of Terrorism. http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas_209_p.htm erişim tarihi 29.01.2015.

Committee on Foreign Terrorist Fighters and Related Issues (COD-CTE), http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/cod-cte_en.asp, erişim tarihi: 6.2.2015.

Convention Européenne Pour la Répression du Terrorisme

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=090&CM=8&DF=02/09/2013&CL=FRE> erişim tarihi: 03.01.2015.

Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, Explanatory Report, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/>

Reports/Html/198.htm erişim tarihi: 03.01.2015.

Complete List of the Council of Europe's Treaties

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG> erişim tarihi: 03.01.2015

Comité d'experts sur le terrorisme (CODEXTER),

http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/about_fr.asp?expandable=0 erişim tarihi: 03.01.2015.

Country profiles on counter-terrorism capacity,

http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/country_profiles.asp erişim tarihi: 22.01.2015.

CODEXTER, http://www.coe.int/t/dlapil/codexter/3_CODEXTER/TOR%202014-2015_fr.pdf erişim tarihi: 21.01.2015

European Committee on Crime Problems (CDPC),

http://www.coe.int/t/DGHL/STANDARDSETTING/CDPC/default_en.asp
Erişim: 2.2.2015.

Explanatory Report, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/024.htm>, erişim tarihi: 03.01.2015.

MONEYVAL en bref, www.coe.int/moneyval, erişim tarihi: 15.01.2015.

Turkish Daily News, Turkey to take Fehriye Erdal issue to Council of Europe, 12.15.2005, <http://www.hurriyetdailynews.com/default.aspx?pageid=438&n=turkey-to-take-fehriye-erdal-issue-to-council-of-europe-2005-12-15> erişim tarihi: 2.2.2015.

ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL KARARI VEYA ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SONRASINDA İDARİ DAVA AÇMA SÜRESİNİN YENİDEN DOĞMASI

Halil ALTINDAĞ*

ÖZET

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenen dava açma süresinin hak düşürücü süre olduğu kabul edilmekle birlikte, mevzuatta ve içtihadta, dava açma süresi geçmesine rağmen, dava açılabilir istisnai haller kabul edilmiştir. Bu istisnai hallerden biri de Anayasa Mahkemesi iptal kararı veya yargı yolunu kapayan düzenlemenin kaldırılması sonrası, dava açma süresinin tekrar başlayacağı yönündeki içtihatdır. Bu çalışmada Anayasa mahkemesi iptal kararlarının zaman içindeki etkisine dair açıklama yapıldıktan sonra, dava açma süresinin yeniden başlayacağını kabul eden kararlara yer verilecektir. Son olarak, bu içtihat ışığında, dava açma süresinin hangi tarihten itibaren yeniden başlayacağına dair değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Dava açma süresi, Anayasa Mahkemesi, Geriye yürüme, İptal kararı

THE RECOMMENCEMENT OF THE TIME LIMIT TO BRING AN ACTION FOLLOWING AN ANNULMENT DECISION OF CONSTITUTIONAL COURT OR AN ABROGATION OF A PROVISION PREVENTING JUDICIAL REVIEW

ABSTRACT

Whereas the time limit to bring an action prescribed by The Procedure of Administrative Justice Act (Law No:2577) is deemed to be a lapse of time, exceptional situations are accepted in legislation and case law. One of the exceptional situations is the jurisprudence that the time limit to bring an action recommences following an annulment decision of Constitutional Court or an abrogation of a provision preventing judicial review. In this study, explaining the meaning of non-retroactive effect of the decisions of Constitutional Court, the decisions that accept the recommencement of time limit to bring an action will be given place and in the light of these decisions, the date from which the time limit recommences will be examined.

Keywords: time limit to bring an action, Constitutional Court, retroactive effect, annulment

* İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun dava açma süresini düzenleyen 7. maddesinin ilk fıkrasında, özel kanunlarda aksi öngörülmedikçe dava açma süresinin idare mahkemeleri ve Danıştay'da altmış gün, vergi mahkemelerinde ise otuz gün olduğu düzenlenmiştir. Maddenin devam eden fıkralarında ise sürenin, kısaca ifade etmek gerekirse, birel işlemlerde yazılı bildirim yapıldığı tarihi, düzenleyici işlemlerde ise ilan tarihini izleyen günden itibaren başlayacağı hükmü yer almaktadır. Doktrinde ve mahkeme kararlarında dava açma süresinin hak düşürücü süre niteliğinde olduğu kabul edilmektedir¹. Bunun anlamı, dava açma süresi geçtikten sonra açılan davanın dava şartlarının karşılanmaması sebebiyle, esasa girilmeden, ön koşullar yönünden reddedileceğidir.

Kural bu yönde olmakla birlikte, idari işlemlere karşı kanunda öngörülen dava açma süresi geçtikten sonra dava açılmasının kabul edildiği birtakım istisna halleri mevcuttur. Bu haller ya mevzuatta düzenlenerek ya da içtihat yoluyla kabul edilmiştir.

Mevzuatta kabul edilen istisnalardan ilki İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre, düzenleyici işleme karşı dava açma süresinin geçmesinden sonra, düzenleyici işleme dayanılarak yapılan her uygulama işlemi, dayanak işlem için de dava açma süresini yeniden canlandırmaktadır. Bir başka istisna, İdari Yargılama Usulü Kanununun 9. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, idari yargının görev alanına giren bir dava hatalı olarak adli ya da askeri yargı yerlerinde açılmış ve görev yönünden reddedilmiş ise, idari dava açma süresi geçmiş olsa dahi, görevsizlik kararının kesinleşmesinden itibaren otuz gün içinde idari yargıda dava açmak mümkündür.

Mevzuatta öngörülen istisnaların yanında, dava açma süresinin katılığını kırmak ve hakkaniyeti sağlamak amacıyla birtakım istisnalar içtihat yoluyla kabul edilmiştir. İçtihat yoluyla kabul edilen istisnalardan ilki, temel hak ve özgürlüklerin korunması² veya kamu personeli hukuku özelinde “işlemin süre gelen etkisi”, “idarenin kanunla bir işlem tesisine yükümlü kılındığı haller” gerekçeleriyle³ İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. maddesine göre yapılan

¹ Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s. 1002.

² Tan, s. 1015; Cemil Kaya, “İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesi Uyarınca İdareye Yapılan Her Yeni Müracaatın Dava Açma Süresini Canlandırması”, *İÜHFİM*, Cilt 69, Sayı 1-2, 2011, s. 63 vd.

³ Kaya, s. 67.

her yeni başvurunun idari dava açma süresini canlandıracağıdır. Bu bağlamda örnek vermek gerekirse idareye imar durum belgesi talebiyle yapılan her başvuru, imar durum belgesine ve bu işlemin dayanağı olan imar planına karşı dava açma hakkı tanımaktadır⁴. Zira imar durum belgesi ve imar planı mülkiyet hakkı ile doğrudan ilgili işlemlerdir. Keza çalışma hürriyeti, seyahat hürriyeti gibi konularda da Danıştay benzer tutumu göstermektedir⁵.

Diğer istisnalar ise, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı veya yargı yolunu kapatan düzenlemenin kaldırılması sonrası dava açma süresinin tekrar başlayacağı yönündeki içtihatlardır. Esasen çalışmanın konusunu bu son iki istisna oluşturmaktadır. İlk durumda yürürlükte olan bir yasanın idareye kanuni temel teşkil etmesi nedeniyle, açılacak davadan sonuç alamayacağını düşünen kişilerin, ilgili kanun hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildikten sonra dava açma hakkının yeniden doğması söz konusu iken; ikinci durumda bir işleme karşı yargı yolunu kapatan Anayasa hükmünün kaldırılması sonrası ilgili işleme karşı dava açma imkânının yeniden doğması hali söz konusudur.

A. ANAYASADA VE YASALARDA YARGI YOLU KAPATILAN İŞLEMLER

İdarenin tüm işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olması hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından biridir. Anayasa ve yasalarla yargı denetimi dışında bırakılan işlemler hukuk devleti ilkesine zarar vermekte ve kişilerin hak arama hürriyetini ihlal etmektedir. Doktrinde “yasama kısıntısı”⁶ olarak adlandırılan bu durum 1924 Anayasası döneminde bir anayasa yargısının olmaması nedeniyle sıkça görülmüştür⁷. 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun 39. maddesinin (b) fıkrasındaki “Bu fıkra hükümlerine göre re’sen emekliye sevk edilenler hakkındaki kararlar katidir. Bu kararlar aleyhine hiçbir suretle kaza mercilerine başvurulamaz”⁸ hükmü, 6435 sayılı Bağlı Buldukları Teşkilat Emrine Alınmak Suretiyle Vazifeden Uzaklaştırılacaklar Hakkında Kanunun 3. maddesinin ilk fıkrasındaki “bu kanun gereğince ittihaz olunacak vazifeden uzaklaştırma karar ve muamelelerinden dolayı bu muameleyi tatbik eden idare ve şahıslar aleyhinde hiçbir idari ve adli kaza merciine müracaat olunamaz” hükmü ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 13. maddesinde yer alan “Valilerce re’sen

⁴ Danıştay 6. Dairesi, 09.03.2007 tarih ve E:2005/214 ve K:2007/1461 sayılı karar.

⁵ Detaylı bilgi ve örnek kararlar için bkz. Kaya, s. 63 vd.

⁶ Tan, s. 622.

⁷ Tan, s. 622.

⁸ Anayasa Mahkemesi, 30.01.1963 tarih ve E:1962/262 ve K:1963/21 sayılı karardan alıntı.

verilen uyarma ve kınama cezaları kesindir. Bunlar aleyhine idari ve adli kazaya müracaat olunamaz” hükmü 1924 Anayasası döneminde çıkarılan ve yargı yolunu kapatan kanunlara örnektir.

1961 öncesi sık görülen bu duruma tepki olarak 1961 Anayasası *yargı yolu* başlıklı 114. maddesinde “idarenin hiçbir eylem veya işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz” hükmünü getirmiş ve yargı bağıışıklığının önünü kapatmıştır. Bu hüküm sayesinde, yukarıdaki paragrafta örnekleri verilen, Parlamento’nun kanunlarla yargı yolunu kapatmasının, bir başka deyişle yasama kısıntılarının önüne geçilmiştir. Ayrıca mevcut yasama kısıntıları, Anayasanın bu hükmüne aykırılık teşkil etmesi sebebiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş⁹ veya Parlamento tarafından değiştirilmiştir¹⁰.

Ancak 1971 yılında yapılan anayasa değişikliği ile madde, yargı bağıışıklığına imkân verecek şekilde, “idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolu açıktır” halini almıştır. Nitekim aynı anayasa değişikliği ile Anayasanın 144. maddesine “Yüksek Hâkimler Kurulu, adliye mahkemeleri hâkimlerinin özlük işleri hakkında kesin karar verir. Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz” hükmü eklenmiştir. Ancak bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir¹¹. Anayasa Mahkemesi günümüzde de tartışma konusu olan değiştirilemeyen maddelere aykırılık haline dayanarak, ilgili hükmün, devlet şeklinin cumhuriyet olduğu yönündeki değiştirilemeyen ve değiştirilmesi teklif dahi edilemeyen 9. madde hükmüne aykırı olduğu tespitinde bulunmuştur.

1961 Anayasasının 114. maddesinin 1971 yılında yapılan değişiklik sonrası aldığı hal 1982 Anayasasında da aynen korunmuş ve bunun yanında yargı denetimine tabi olmayan işlemler Anayasada sayılmıştır. 1982 Anayasasının ilk halinde yargı denetimine kapatılan işlemler şunlardır: Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler, Yüksek Askeri Şura kararları, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları ve uyarma ve kınama cezaları ile ilgili disiplin cezaları¹².

⁹ Anayasa mahkemesi, 30.01.1963 tarih ve E:1962/262 ve K:1963/21 sayılı karar; 14.11.1962 tarih ve E:1962/221 ve K:1962/86 sayılı karar.

¹⁰ Tan, s. 623.

¹¹ Anayasa mahkemesi, 27.01.1977 tarih ve E:1976/43 ve K:1977/4 sayılı karar.

¹² Uyarma ve kınama cezaları kategorik olarak yargı denetimi dışında bırakılmamış, ancak kanunlarda bırakılabilmesine imkan tanınmıştır.

1982 Anayasası döneminde yargı yolunun kapalı olduğu konular bunlarla sınırlı kalmamış ve sıkıyönetim ile olağanüstü hallerde yargı yolunu kapayan düzenlemeler de getirilmiştir. 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununda 14.11.1980 tarihinde yapılan değişiklik ile “Bu Kanunla sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz. Şahsi kusurları nedeniyle hukuki sorumlulukları ileri sürülemez” hükmü getirilmiştir. Anayasanın geçici 15. maddesinin¹³ kabul ettiği yargı bağımsızlığı nedeniyle bu hükmün Anayasaya aykırılığını ileri sürmek mümkün olmamıştır. Ayrıca 285 sayılı Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede 425 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişiklik yapılmış ve 7. maddesine “Bu Kanun Hükmünde Kararname ile Olağanüstü Hal Bölge Valisine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz” hükmü getirilmiş ve yeni bir yargı bağımsızlığı yaratılmıştır. Ancak bu son düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından her ne kadar hukuk devleti yararına olsa da zorlama bir gerekçe ile iptal edilmiştir¹⁴.

Anayasada yargı bağımsızlığı yaratan bir diğer madde *Sporun Geliştirilmesi ve Tahkim* başlıklı 59. maddeye 2011 yılında eklenen son fıkradır: “Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz”. Uluslararası federasyonların talebi doğrultusunda ve niteliği gereği çok hızlı bir şekilde nihai karara bağlanması gereken bir alan olduğu gerekçesiyle böyle bir düzenleme yapılmıştır.

1982 Anayasasının pek çok yargı bağımsızlığı getirmesi doktrinde ve kamuoyunda eleştirilere neden olmuş ve 2001 ve 2010 yıllarında yapılan Anayasa değişiklikleri ile bu yargı bağımsızlıkları zayıflatılmıştır. 2001 yılında yapılan anayasa değişikliğinde geçici 15. Maddenin son fıkrası kaldırılmış ve 1980-1983 arasındaki kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin anayasaya uygunluğunun denetiminin önü açılmıştır. 2010 yılında yapılan Anayasa

¹³ **Geçici 15. Madde/son:** Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez.

¹⁴ Anayasa mahkemesi, 22.05.2003 tarih ve E:2003/28 ve K:2003/42 sayılı karar. Karar beşe karşı altı oyla alınmıştır. Zorlama bir gerekçe denmesinin sebebi, Anayasanın 91. maddesine göre hak arama özgürlüğü olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile sınırlandırılabilir. Anayasanın 125. maddesi olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri için bir sınır teşkil etmemektedir.

değişikliğinde ise uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında tutulması imkanı kaldırılmış ve Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu ve Yüksek Askeri Şura kararlarına getirilen yargı bağımsızlığı zayıflatılarak Yüksek Askeri Şuranın ilişik kesme kararları ile Hakimler Savcılar Yüksek Kurulunun meslekten çıkarma cezası kararlarına karşı yargı denetimi yolu açılmıştır.

B. ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL KARARLARININ ZAMAN İÇİNDEKİ ETKİSİ

Hem 1961 Anayasasında hem de 1982 Anayasasında Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Her iki Anayasada da iptal edilen hükümlerin iptal kararının Resmi Gazete’de yayınlanmasından itibaren yürürlükten kalkacağı hükmüne yer verilmiştir. Ancak açık hükme rağmen, Anayasa Mahkemesinin kararlarının zaman içinde etkisi, bir başka deyişle geriye yürüyüp yürümeyeceği doktrinde ve mahkeme kararlarında her zaman tartışma konusu olmuştur. İptal kararının niteliği ile Anayasadaki hükümlerin lafzi yorumunun bağdaşmadığı ve ilgili hükümlerin amaçsal yoruma tabi tutulması gerektiği savunulmuş ve bu görüş hem doktrinde hem de yargı kararlarında etkisini göstermiştir.

“İptal” ifadesi, hem Anayasa Mahkemesi kararları için hem de idari yargı kararları için kullanılmakta ancak her iki yargı kolunda farklı anlamlar yüklenmektedir. İdari yargıda iptal kararı tespit edici niteliktedir ve bir işlemin hukuka aykırı olduğu kanısına varan mahkeme, ilgili işlemi yapıldığı andan itibaren ortadan kaldıracak şekilde iptal kararı verir. Bir başka deyişle iptal kararı verilmiş tarihten geriye yürüyerek, işlemi hukuk aleminden, yapıldığı ilk andan itibaren kaldırır. Oysa Anayasa Mahkemesinin iptal kararının karar tarihinden veya iptal kararının Resmi Gazete’de yayınlanması tarihinden itibaren etki doğurduğu ve geçmişe etki etmediği, dolayısıyla tespit edici değil kurucu nitelikte olduğu ifade edilmektedir¹⁵. Ancak iptal kararının içeriğine bakıldığında, dava konusu olan işlemin hukuka aykırı olduğunun tespiti söz konusudur ve bu aykırılık esasen hukuka uygunluğu denetlenen işlemin yapıldığı andan itibaren ortaya çıkar veya denetimde referans alınan üst normun denetim konusu olan işlemde sonra yapılması halinde, referans normun yapıldığı andan itibaren ortaya çıkar. İptal kararına tespit edici değil de kurucu bir nitelik atfetmek iptal kararının niteliği ile bağdaşmamaktadır. Aksi bir kabul, denetimi yapan mahkemeye, denetime konu olan ve hukuka aykırı olduğu tespit edilen işlemin, iptal kararına kadar hukuka uygunluğunun

¹⁵ Yılmaz Aliefendioğlu, “Anayasa Mahkemesince Verilen İptal Kararlarının Zaman İçinde Etkisi”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 3, 1990, s. 3.

tesisi yetkisinin tanınması anlamına gelecektir. Anayasa Mahkemesi kararları özelinde ele alırsak, bir başka deyişle, içeriği itibariyle Anayasaya aykırı olan bir kanun, Anayasa Mahkemesinin kararı ile karar tarihine kadar hukuka uygunluk kazanmaktadır¹⁶. Bu ise hukuka aykırı işleme sonradan icazet verilmesi niteliğindedir ve hukuk devleti ilkesi ile normlar hiyerarşisine aykırıdır.

İptal kararlarının geriye yürümemesi kuralının mutlak bir şekilde uygulandığı hallerde, iptal kararına kadar kanunun uygulanmasından zarar görenler cezalandırılmış veya kanunun uygulanmasından menfaat elde edenler imtiyaz elde etmiş olacak ve iptal kararı ile artık kanun uygulanamaz hale geldiğinden eşitlik ilkesine aykırı bir durum söz konusu olacaktır.

Anayasada iptal kararının geriye yürümemesi ilkesine getirilen bir istisna da bu gibi adaletsizlikleri giderme kaygısından doğmakla birlikte, tam bir hakkaniyet tesis edememektedir. Anayasanın 152. maddesine göre:

“Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

...

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır”.

Bu hükümden çıkan sonuç, Anayasa Mahkemesi iptal kararı öncesinde, ilgili kanunun uygulaması dava edilmiş ve Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulmuş ise, Anayasa Mahkemesinin kararı, karar tarihinden önce açılan davayı etkilemektedir. Ancak hükmün lafzi yorumu yapılırsa, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sadece Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusu yapılan davayı etkileyecek, ilgili kanunun uygulaması niteliğindeki işlemlere karşı açılan fakat Anayasaya aykırılık iddiasının ileri sürülmediği davalarda uygulanmayacaktır. Bu durum ise hakkaniyete aykırı

¹⁶ Ali Ülkü Azrak, “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 1, 1984, s. 153.

sonuçlar doğuracaktır. Bu sebeple Danıştay, itiraz yolu sonunda verilen Anayasa Mahkemesi kararının, Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülmeyen fakat kararın verildiği tarihte derdest olan davalara da sirayet edeceğine karar vermiştir¹⁷.

Danıştay'ın yukarıdaki kabulü derdest davalar arasında ortaya çıkabilecek eşitsizliği giderme amacı taşımaktadır. Ancak Anayasa mahkemesinin iptal kararı öncesinde dava açılmayan işlemlere, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının sirayet etmeyeceği yönündeki kararları, dava konusu edilen ve edilmeyen işlemler arasında eşitsizlik yaratmaktadır. Kanunun uygulandığı kişi, örneğin idari yargıda açacağı bir iptal davasında işlemin kanuna uygun olması sebebiyle iptal talebinin reddedileceğini düşünerek dava açmaktan imtina etmiş olabilir. Kişinin bu düşünceyle hareket ederek dava açmaması, kanaatimce onun iptal kararının etkilerinden yararlanmamasının gerekçesi olmamalıdır.

Eşitsizlik yaratmama ve Anayasaya aykırı olan bir kanunun kişilerin hukuki durumuna sirayet etmesinin önleyerek hakkaniyete uygun bir sonuca varma ile Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümeyeceği yönündeki hükmün nasıl bağdaşacağı önemli bir sorun olarak görünmektedir. Bu çelişkinin giderilmesi için yukarıda da ifade edildiği üzere, hükmün lafzi yorumunun değil amaçsal yorumunun dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümemesi ile amaçlanan, kanunun uygulanması ile elde edilen kazanılmış hakların korunması ve hukuk güvenliğinin zedelenmemesidir¹⁸. Nitekim Danıştay da pek çok kararında Anayasadaki geriye yürüme yasağını bu şekilde yorumlamaktadır¹⁹.

Geriye yürüme yasağının lafzi olarak yorumlanması gerektiği yönündeki görüşlerin temel dayanağı iptal kararı ile iptal edilen kanuna göre yapılan işlemlerin geçersiz sayılacağı ve bu durumun hukuk güvenliğini zedeleyeceğidir²⁰. Ancak iptal kararının geriye yürümesi kabul edilip, iptal edilen kanuna dayanılarak yapılan işlemlerden doğan lehe durumların

¹⁷ Danıştay 8. Dairesi, 17.09.1968, E:1967/153 ve K:1968/2783 sayılı karar. (Burhan Kuzu, "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu", İÜHF, cilt 52, sayı 1-4, 1986-1987, s.216' dan naklen)

¹⁸ Yıldırım Uler, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, AÜHF Yayınları, Ankara, 1970, s. 23.

¹⁹ Kararlar için bkz. Uler, s. 23.

²⁰ Kuzu, s. 197.

korunması bir istisna olarak kabul edilirse, güdülen amaç açısından bir farklılık doğmayacaktır. Eğer geriye yürüme kabul edilip, lehe hukuki durumlar korunursa, ilgili kanuna dayanılarak yapılan ve kişilerin aleyhine olan durumların düzeltilmesi imkanı canlı kalacaktır. Oysa geriye yürüme kabul edilmezse, lehe olan durumlar korunmakla birlikte, aleyhe olan durumlara da dokunulamayacak, bir başka deyişle kurunun yanında yaş da yanacaktır. İptal kararlarının geriye etkili olduğunun kabul edildiği idari yargı sisteminde de iptal edilen işlemde doğan lehe durumların “müesses durum” kuramına dayanılarak korunması yerleşmiş bir uygulamadır. Dolayısıyla geriye yürümenin kabul edildiği idari yargıda, bu geriye yürüme kuralına istisna getirilmekte ve hukuk güvenliği ve lehe hukuki durumlar korunmaktadır. Dolayısıyla Anayasadaki geriye yürüme yasağını hukuk güvenliği ve lehe hukuki durumların korunması amacı çerçevesinde yorumlamak ve bunun mutlak bir ilke olarak görmemek gerekir. Aksi takdirde bu hüküm aleyhe hukuki durumları meşrulaştırma amacına hizmet edecek ve hakkaniyete aykırı bir sonuç doğuracaktır.

C. İDARİ DAVA AÇMA SÜRESİNİN YENİDEN CANLANMASI

Yargı yoluna başvurmayı engelleyen yasa veya Anayasa hükmünün yürürlükten kalkması sonrası veya uygulama işleminin dayanağı olan yasanın Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi üzerine kişilerin hukuk düzeninde meydana gelen bu değişimlerden yararlanıp yararlanamayacağı ve bunun koşulları, yukarıda kısaca değinildiği üzere, tartışmalıdır. Yargı kararlarında ve bu kararlara dayanarak doktrinde, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yalnızca derdest davaları etkileyeceği ve daha önce dava konusu edilmemiş işlemlere sirayet etmeyeceği kabul edilmektedir²¹. Ancak Danıştay’ın aksi yönde verdiği kararlar da vardır. İptal kararının yalnızca Anayasaya aykırılık itirazının yapıldığı davaya etki edeceği yönünde istisnai kararlarının²² yanında, dava konusu edilmeyen, bir başka deyişle iptal kararının verildiği tarihte hakkında derdest bir dava olmayan işlemler için yeni bir dava hakkını tanıdığı kararları da vardır²³.

²¹ Danıştay 8. Dairesi, 17.09.1968 tarih ve E:1967/153 ve K:1968/2783 sayılı karar; Danıştay 9. Dairesi, 17.12.1968 tarih ve E:1968/994 ve K:1968/2998 sayılı karar; Aliefendioğlu, s. 7.

²² Danıştay 13. Dairesi, 23.04.1981 tarih ve E:1981/133 ve K:1981/971 sayılı karar; 07.05.1980 tarih ve E:1979/3618 ve K:1980/1316 sayılı karar (Aliefendioğlu, s. 7’den naklen).

²³ Çalışmanın devamında bu kararlar detaylı olarak yer alacaktır.

Yukarıda ifade edildiği üzere yargı yolunu kapayan hükmün kaldırılmasının veya Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yalnızca derdest davalara ve bundan sonra doğacak hukuki durumlara etki edeceğinin kabulü hukuk güvenliği ve idari istikrar ilkelerinin gerekleri ile orantısız bir kabuldür. İptal kararı veya yargı yolunu kapayan hükmün kaldırılması öncesinde yapılan ve dava edilmeyen veya dava edilemeyen işlemlerin bu hukuki durum değişikliklerinden yararlanamaması, hukuka aykırılığın tolere edilmesi anlamına gelir. Anayasaya aykırı bir kanun veya hak arama özgürlüğünü kısıtlayan bir hüküm nedeniyle haksızlığa uğrayan, aleyhine birtakım sonuçlarla karşılaşan kişilere yeni bir dava hakkı tanınması hukuk devleti ve eşitlik ilkelerinin gereğidir.

Yargı yolunu kapayan hükmün varlığı halinde kişiler davanın ön koşullar yönünden reddedileceğini bildiğinden dava açmamış ve yargı yolunu kapayan hüküm yürürlükten kalktığında ilgili işlem için dava açma süresi geçmiş olabilir. Keza bir kanuna dayanılarak tesis edilen bir işleme karşı, işlemin kanuna uygun olması sebebiyle bir sonuç alamayacağını düşünen kişi dava açmamış²⁴ ve ilgili kanunun Anayasa Mahkemesince iptali kararına kadar dava açma süresi geçmiş olabilir veya daha önce dava açılmış fakat Anayasa Mahkemesinin kararına kadar, açılan davada karar verilmiş ve kesinleşmiş olabilir. Anayasa Mahkemesi iptal kararı sırasında derdest bir davanın bulunması davanın tarafı açısından tesadüfi bir durumdur. İlgili işlemin birkaç yıl önce tesis edilmesi halinde, kişinin açacağı dava, işlemin kanuna uygun olması sebebiyle reddedilecek iken, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı sırasında davanın devam etmesi halinde bu iptal kararından yararlanması söz konusu olacaktır. Aynı dönemde iki farklı kişiye ilişkin yapılan aynı işleme karşı iki kişinin dava açtığını düşünelim. Birinin davasının daha hızlı sonuçlanarak, işlemin kanuna uygun olduğu gerekçesiyle reddedilip kararın kesinleştiğini, diğerinin davasının ise belli sebeplerle uzaması ve tesadüfen Anayasa Mahkemesinin iptal kararı zamanında halen devam ettiğini varsayalım. Bu durumda ikinci dava Anayasa Mahkemesinin kararından etkilenecek farklı bir sonuç doğuracaktır. Ancak ilk davada verilen karar, Anayasa Mahkemesinin ilgili kanun hakkında verdiği iptal kararına kadar kesinleştiği için bu imkandan yararlanılamayacaktır. Dolayısıyla yalnızca Anayasa Mahkemesinin iptal kararı anında derdest olan davalarda iptal kararının etki doğuracağını kabul etmenin hakkaniyet ve eşitlik penceresinden bakıldığında yanlış olduğu görülmektedir.

²⁴ Yıldırım Uler, “Anayasa Mahkemesi Kararları Geriye Yürür”, Bahri Savcı’ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları 7, Ankara, 1988, s. 520.

Olması gereken, hem yargı yolunu kapatan hükmün kaldırılması hem de kanun hükmünün iptali sonrasında ilgililere yeni bir hukuki çare sunmaktır. Nitekim Danıştay'ın bu yönde kararları da mevcuttur. Ancak bu hukuki çarenin ne olduğu ve hangi sürelerde kullanılacağı konusunda da bu kararlar arasında bir birlik bulunmamaktadır.

Yargı yolunu kapayan yasa ve Anayasa hükümlerinin ortadan kalkmasının ardından, kişilerin iptal kararından itibaren yeniden başlayacak dava açma süresi içinde yargı yoluna başvurabileceği yönünde altmışlı ve yetmişli yıllarda Danıştay'ın verdiği kararlar bulunmaktadır. Altmışlı yıllarda önüne gelen bir davada Danıştay, yukarıda bahsi geçen 6435 sayılı Bağlı Buldukları Teşkilat Emrine Alınmak Suretiyle Vazifeden Uzaklaştırılacaklar Hakkında Kanuna dayanılarak hakkında işlem tesis edilen kişinin, bu kanunun Anayasa Mahkemesince iptali üzerine şu kararı vermiştir:

*“6435 sayılı Kanunun, yargı yerlerine müracaat yolunu kapayan 3. Maddesi Anayasa Mahkemesince iptal edilmekle dava hakkı doğduğu ve Anayasa'nın 152. maddesindeki (iptal kararları geriye yürümez) hükmü müktesep hakların korunmasına matuf bulunduğundan davacı hakkında yapılan uyuşmazlık konusu emeklilik işleminin Danıştayca incelenebileceği...”*²⁵

Yetmişli yıllarda dava konusu olan bir başka örnek olayda, 1961 Anayasasının Yüksek Hakimler Kurulu kararlarını yargı denetimine kapatan 144. maddesinin Anayasa Mahkemesince iptali sonrasında açılan davada Danıştay şu kararı vermiştir:

*“...Yüksek Hakimler Kurulu Genel Kurul kararının iptali dileğiyle açılan davanın; anılan kurul kararlarına karşı yargı yoluna başvurmayı önleyen Anayasa'nın 144. maddesi hükmü Anayasa Mahkemesinin 27.1.1977 gün ve 4 sayılı kararı ile iptal edildiği, Anayasanın 152. maddesinin 3. fıkrasındaki Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının geriye yürümeyeceği hükmünün kazanılmış hakları saklı tutmaya yönelik olduğu, iptal edilen yasa hükmünün yürürlük zamanında yapılmış olup da süresinde açılmış bir dava ile uyuşmazlık haline getirilmiş işlerde geriye yürüyerek etki yapması Anayasa'nın 151. maddesinin 1. fıkrası hükmü gereği olduğu, iptal kararının yürürlüğünden sonra 30 gün içinde açılan bu dava ile uyuşmazlık haline getirilen dava konusu işlemin de bu durumda kabulü gerekeceğinden...”*²⁶

²⁵ Danıştay 10. Dairesi, E:1965/2325 ve K:1965/917 sayılı karar, Danıştay Onuncu Dairesi Kararları, Ankara, 1972, s. 263.

²⁶ Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 24.02.1978 tarih ve E:1977/309 ve K:1978/125 sayılı karar, Danıştay Dava Daireleri Kurulu Kararları I (1965-1978), Ankara, 1981, s. 230.

Her iki karara bakıldığında Danıştay işlem için geçerli ilk dava açma süresi geçmiş olsa da yargı yolunu kapatan hükmün ortadan kalkmasından sonra dava açma süresinin tekrar başlayacağına hükmetmiş ve süre başlangıcı olarak yargı yolunu kapatan yasa ve Anayasa hükümlerinin Anayasa Mahkemesince iptali kararının tarihini esas almıştır. Yargı yolunu kapayan hükümlerin Anayasa Mahkemesi kararı ile ortadan kalkması halinde kabul edilen bu durumun, yargı yolunu kapayan hükmün yasama organı tarafından kaldırılması halinde de geçerli kabul edilmesi gerekir. Nitekim 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile yargı yolunun kapalı olduğu işlemlerin bazılarında bu engel kaldırılmıştır. Dolayısıyla bu içtihadın bu işlemler için de yeni bir dava hakkı tanıyacak şekilde yorumlanması gerekmektedir. Ancak Danıştay ve ilgili Danıştay kararına karşı yapılan bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi güncel bir olayda aksi yönde karar vermiştir. Söz konusu olayda davacı, 11.11.2009 tarihinde kendisine verilen kınama cezasına, o tarihte kınama cezalarına karşı yargı yolu kapalı olduğu için dava açmamış fakat 2010 tarihinde Anayasada yapılan değişikliklerle uyarma ve kınama disiplin cezalarına karşı yargı yolunun açılmasının ardından hakkında daha önce verilen kınama cezasının iptali istemiyle açtığı dava, idari yargı tarafından süre aşımı gerekçesiyle reddedilmiş²⁷ ve bunun üzerine davacı adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi aşağıdaki gerekçe ile başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir:

“34. Uyarma ve kınama cezalarına yargı yolunu açan yukarıda belirtilen düzenlemeler açısından ise kanun koyucu takdir yetkisini geçmişe etkili olma yönünde kullanmamıştır. Bu nedenle anılan düzenlemeler, yürürlüğe girdikleri tarih itibarıyla hüküm ifade etmemekte olup bu tarihten önce tesis edilen ve iptali için süresinde dava açılmayan disiplin cezaları yönünden yeni bir başvuru ya da dava hakkı sağlamamaktadır.

35. ... geçmişte verilen cezalara yönelik yeni bir dava hakkı da tanınmadığından başvuruçunun esasa yönelik herhangi bir iddiasının ve dolayısıyla söz konusu Anayasa değişikliğinin açtığı davada değerlendirilmesi ve uygulanması olanağı bulunmamaktadır.”

²⁷ Muğla 1. İdare Mahkemesi, 24.09.2010 tarih ve E:2010/2844 ve K:2010/2477 sayılı karar (ilk derece); Danıştay 12. Dairesi, 24.09.2012 tarih ve E:2011/2181 ve K:2012/5016 sayılı karar (temyiz); Danıştay 12. Dairesi, 24.10.2013 tarih ve E:2013/2748 ve K:2013/7397 sayılı karar (karar düzeltme).

36. başvurucu tarafından sunulan ve Danıştay'ın, Anayasa ve Kanun değişikliği göz önüne alınarak işin esası hakkında yeniden bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle bozduğu kararlar ise uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olduğu dönemde ve fakat süresi içinde açılan, yargı yolunun kapalı olması gerekçe gösterilerek ilk derece mahkemelerince reddedilen ve Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden sonra yargılanması henüz sonuçlanmamış, dolayısıyla işin esasının incelenmesinin mümkün olduğu davalara ilişkindir. Bu nedenle anılan kararlar başvurusunun açtığı dava açısından emsal teşkil etmemektedir."²⁸

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın davacının talebini reddederken kullandığı gerekçe davanın süresinde açılmamasıdır. Her iki mahkeme de davacıdan, kınama işlemi tesis edildiği zaman ve takip eden dava açma süresi içinde, yargı yolunun Anayasal ve yasal hükümlerle kapalı olduğu bir işleme, beyhude bir şekilde iptal davası açmasını gerekli görmektedir. Ayrıca iptal dava açılması yeterli olmamakta bu davanın Anayasanın yargı yolunu kapayan hükmün kaldırıldığı tarihte halen derdest olması aranmaktadır. Bir başka deyişle, süresi içinde dava açılmış olsa da yargı yolunu kapayan Anayasa hükmü değiştiğinde dava usulden reddedilerek kesinleşmiş ise yine Danıştay ve Anayasa Mahkemesinin korumasından yararlanılamamaktadır. Bu yönde bir karar tesadüflere kıymet vermekte, adalet ve eşitlik penceresinden bakıldığında tatmin edici bir sonuç doğurmamaktadır. Oysa yukarıda iki örneği verilen ve Danıştay'ın altmışlı ve yetmişli yıllardaki tutumun yansıtan kararlar örnek alınsaydı, davacının talebi kabul edilecekti. Zira davacı her ne kadar Anayasa değişiklikleri yürürlüğe girmeden dava açsa da ilk derece mahkemesi kararını verdiğinde yargı yolunu kapayan hükmü yürürlükten kaldıran değişiklikler yürürlüğe girmiştir ve ilgili değişikliğin yürürlük tarihi olan 23.09.2010'dan sadece bir gün sonra 24.09.2010'da davanın süreden reddi kararı verilmiştir. Bahsedilen eski içtihatların kabul ettiği kural, yargı yolunu kapayan hükmün kaldırıldığı tarihten itibaren yeni bir dava açma süresinin başlamasıdır. Dolayısıyla ilk derece mahkemesinin davayı süreden reddetmemesi gerekirdi.

Dava açma süresine dair bir diğer hassas konu, Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği bir yasaya dayanılarak yapılan işlemlere karşı yeni bir dava açma süresi tanınıp tanınmayacağıdır. Danıştay'ın bu konuda da genel içtihadı yalnızca Anayasa Mahkemesinin iptal kararı verdiği esnada derdest olan davaların bu karardan yararlanacağıdır. Ancak aksi yönde kararları

²⁸ Anayasa Mahkemesi, 06.03.2014 tarih ve başvuru no: 2013/852 sayılı karar.

da mevcuttur. Nitekim davacının, öğretmen olarak atandığı tarihte sürekli görev yolluğu almasını engelleyen kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine, iptali sonrasında sürekli görev yolluğunun ödenmesi talebiyle idareye yaptığı başvurunun reddi üzerine açtığı davada Danıştay şu değerlendirmede bulunmuştur:

“Öteyandan davalı idarece davanın süresinde açılmadığı öne sürülmekte ise de, açıktan atanmak suretiyle 27/9/2002 tarihinde öğretmen olarak ilk defa memuriyete başlayan davacı, atandığı tarihte yürürlükte bulunan 2002 Mali Yılı Bütçe Kanununun 6. maddesinin (g) bendindeki “ilk defa veya yeniden göreve alınanlar ile bunların aile fertlerine harcırah ödenmeyeceği ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu ile diğer mevzuatın bu fıkraya aykırı hükümlerinin uygulanamayacağı”na ilişkin açık hüküm karşısında, 6245 sayılı Harcırah Kanununun 59. maddesi çerçevesinde göreve başladığı tarihten itibaren bir aylık süre içerisinde harcırah bildirimini düzenleme veya aynı süre içerisinde 2577 sayılı Yasanın 10. maddesine göre başvurma olanağına sahip değildir. Dolayısıyla davacı hakkında uygulanma olanağı olmayan 6245 sayılı Harcırah Kanununun 59 uncu maddesinin, davacının, harcırah verilmesi isteminin reddi üzerine açacağı davada dava açma süresinin hesaplanmasında dikkate alınması düşünülemez.

Bu itibarla, Anayasa Mahkemesinin 22/10/2002 günlü, E:2002/138, K:2002/96 sayılı kararıyla iptal edilen, ancak davacının açıktan atanmak suretiyle göreve başladığı 27/9/2002 tarihinde yürürlükte bulunan 2002 Mali Yılı Bütçe Kanununun 6. maddesinin (g) fıkrası uyarınca, göreve başladığı tarihten itibaren bir aylık süre içerisinde harcırah bildiriminde bulunması hukuken mümkün olmayan adı geçenin, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. maddesine göre yaptığı 17/4/2003 günlü başvurusunun reddi üzerine 16/5/2003 tarihinde açtığı davanın süresinde olduğunun kabulü gerektiğinden davalı idarenin bu iddiasına itibar edilmemiştir”²⁹.

Danıştay işlemin dayanağı olan kanunun iptali üzerine dava açma süresinin yeniden canlandırılabilceğine hükmetmiştir. Ayrıca Danıştay’ın burada süre başlangıcına ilişkin değerlendirmesi yukarıdaki kararlarından farklılık arz etmektedir. Yukarıdaki kararlarda yargı yolunun kapayan hükmün Anayasa Mahkemesince iptalinden itibaren dava açma süresini başlatan Danıştay, bu kararda Anayasa Mahkemesinin kararı üzerine İdari Yargılama Usulü Kanununun 10. maddesi çerçevesinde ilgilinin, işlemin

²⁹ Danıştay 2. Dairesi, E:2004/2513 ve K:2004/1601 sayılı karar.

geri alınması talebiyle başvuru yapılabileceğini ve idarenin vereceği cevap üzerine dava açma süresinin başlayacağını kabul etmiştir. İkinci Dairenin bu değerlendirmesine, benzer bir olayda İdari Dava Daireleri Kurulunun verdiği bir kararda da rastlamaktayız:

“Olayda 3.7.2003 tarihinde İmar Bankası ... Şubesindeki off-shore hesabını kapatıp aynı gün vadeli hesap açan davacının, bu hesaptaki parasının dava konusu Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca ödenmediği; ancak daha sonra anılan Bakanlar Kurulu Kararının dayanağı olan 5021 sayılı Kanunun 1. maddesinin Anayasa Mahkemesinin 4.5.2005 günlü, E:2004/4, K:2005/25 sayılı kararıyla iptal edilmesiyle oluşan yeni hukuki durumun kendisine de uygulanması amacıyla Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu kayıtlarına 20.6.2005 gününde giren 15.6.2005 günlü dilekçesi ile başvurduğu ve davalı idarenin 29.6.2005 günlü, 2270/26817 sayılı işlemi üzerine de 14.7.2005 günlü dilekçe ile bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

...

Anayasa Mahkemesi 23.6.2005 günlü, 25854 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4.5.2005 günlü, E:2004/4, K:2005/25 sayılı kararıyla ... 5021 sayılı Kanunun 1. maddesiyle 4969 sayılı Yasanın Geçici 2. maddesinin değiştirilen (1) numaralı fıkrasının son paragrafının iptaline karar vermiş olup; kararın verildiği gün itibariyle kamuoyuna bildirilmesi nedeniyle konu ile ilgili bulunan idareler ve kişilerin bilgisi dahiline girdiği açıktır

Öte yandan, oluşan yeni hukuki durumdan dolayı Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu kayıtlarına 20.6.2005 günü giren davacı başvurusunun reddine ilişkin bireysel işlemin anılan Anayasa Mahkemesi kararının 23.6.2005 günlü Resmi Gazete’de yayımından sonra yani 29.6.2005 günü tesis edildiği görülmektedir.

Bu nedenlerle, davacının Anayasa Mahkemesi kararının doğurduğu sonuçlardan yararlanmak amacıyla 2577 sayılı Kanunun 10. maddesine göre idareye başvurarak bu yeni hukuki duruma göre off-shore hesabından mevduat hesabına aktardığı parasının ödenmesi talebinde bulunabileceği ve bu başvurusunun reddi üzerine dava açabileceğinin kabulü gerektiğinden işin esasının incelenmesi gerekmektedir”³⁰.

³⁰ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 08.06.2006 tarih ve E:2006/231 ve K:2006/542 sayılı karar.

Her iki karar da İYUK madde 10'a göre yapılan başvuru üzerine dava açma süresinin yeniden başlayacağını kabul etmiştir. Bu kabul yukarıdaki Anayasa Mahkemesi kararından itibaren dava açma süresinin başlayacağı yönündeki değerlendirmeye göre daha birey lehine olmakla birlikte, dava açma süresinin varlık sebebi konusunda ileri sürülen, idari istikrar ve idari işlemin uzun süre iptal edilebilirlik tehlikesine maruz kalmaması³¹ kaygılarıyla bağdaşırılığı tartışmalıdır. Zira bu durumda, Anayasa Mahkemesi kararından çok uzun süre sonra dahi İYUK madde 10'a göre yapılan başvuru üzerine, dava açma süresinin tekrar başlayacağı kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi kararı veya yargı yolunu kapatan düzenlemenin kaldırılması tarihinden itibaren dava açma süresinin tekrar başlaması ise idari istikrar ilkesine daha uygun bir sonuç doğurmaktadır. Ancak yukarıda kısaca ifade edildiği gibi, Danıştay temel hak ve hürriyetler başta olmak üzere bazı alanlarda İYUK madde 10'a göre yapılan her başvurunun dava açma süresini yeniden başlatacağına karar vermektedir. Dolayısıyla İkinci Dairenin ve Dava Daireleri Kurulunun kabul ettiği sonucun idari yargıda görülmeyen bir durum yarattığı da söylenemez. Kanaatimce her iki sonuç da bireylere hak arama hürriyetini ve hukuka aykırı işlemlere karşı yargı yoluna başvurma imkânını tanıdığı için olumludur.

SONUÇ

Anayasada yargı yolunu kapayan işlemlere karşı dava açma imkânının olmaması veya bu işlemlere karşı dava açılabilirliği ön koşullar yönünden reddedileceği için, kişilerin hak arama hürriyetleri ihlal edilmektedir. Yargı yolunu kapayan bu hükümlerin Anayasa Mahkemesince iptali veya Anayasa değişikliği ile kaldırılması üzerine kişilere değişen bu hukuki durum üzerine yeni bir dava hakkı tanımak hukuk devleti ilkesi ve hakkaniyet gereğidir. Böylece yargı yolunu kapayarak idarenin denetlenmesine imkan vermeyen ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırı olan hükümlerin ortadan kalkmasıyla, idarenin tüm işlem ve eylemleri için yargı denetimi tesis edilmiş olacaktır.

Benzer sonuç dayanağı olan kanun, Anayasa Mahkemesince iptal edilen idari faaliyetler için de kabul edilmelidir. Yapıldığı esnada kanuna uygun olduğu için yargı yoluna gitmeyen, bir sonuç alamayacağını düşünen kişilerin hakları, dayanak kanunun Anayasaya aykırı bulunması üzerine korunmalı ve yeni bir dava açma süresi tanınmalıdır. Burada işlemin muhatabının kanun henüz iptal edilmemişken yargı yoluna başvurarak, dilekçesinde, dayanak kanunun Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmesi ve somut norm denetimini

³¹ Lütfi Duran, "İdari Kazada Dava Açma Müddeti," İÜHFİM, Cilt 11, Sayı 1-2, 1945, s.239.

başlatmasının mümkün olduğu, dolayısıyla yargı yoluna başvurmanın tamamen beyhude bir girişim olmayacağı iddiası ileri sürülebilir. Ancak yukarıda detaylı olarak açıklandığı ve örnekler verildiği üzere, derdest olan ve Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusu içermeyen davaların da Anayasa Mahkemesinin iptal kararından faydalandığı göz önünde bulundurulursa, bu iddianın tesadüfen Anayasa Mahkemesi kararı ile çakışan davalara imtiyaz niteliğinde bir sonuç doğuracağı gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla böyle bir durumun ortaya çıkmaması için kanuna dayanılarak yapılan ve ilgililer aleyhine sonuç doğuran işlemlere karşı yeni bir dava açma süresinin canlandırılması hukuk devleti, eşitlik ve hakkaniyet gereğidir.

Böyle bir yorumun Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümeyeceği yönündeki açık hükümle çeliştiği iddia edilebilir. Ancak Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının derdest olan davalarda hukuki sonuç doğurması karşısında, geriye yürümenin mutlak olarak uygulandığı söylenemez. Ayrıca Danıştay içtihatlarında sıkça vurgulandığı üzere, geriye yürümezlik ilkesinin amacı idari istikrarın ve bireylerin iptal edilen kanunun yürürlükte olduğunu dönemde ilgili kanunun uygulanmasına olan güvenlerinin korunmasıdır. Dolayısıyla burada amaçlanan kanunun birey lehine doğurduğu sonuçların zarar görmemesidir. Ancak geriye yürümezlik ilkesinin mutlak olarak yorumlanması lehe hukuki durumların korunmasının yanında aleyhe hukuki durumlara da dokunulamaması anlamına gelecektir ki bu sonuç, Anayasa Mahkemesi kararı ile Anayasaya aykırı bir kanunun iptal kararına kadar yarattığı ve nitelik itibarıyla hukuka aykırı olan sonuçlara icazet anlamı taşıyacaktır. Dolayısıyla geriye yürümezlik ilkesinin mutlak bir biçimde yorumlanması, taşıdığı amaçla orantısız sonuçlar doğurmaktadır. İdari yargıda iptal kararları geriye yürümele birlikte, iptal kararına kadar doğurduğu bir takım lehe hukuki durumların müesses durum teorisi çerçevesinde korunduğu bilinmektedir. Benzer içtihadın Anayasa Mahkemesi kararları için kabul edilmesinde bir engel yoktur. Anayasada düzenlenen geriye yürümezlik ilkesi, lehe hukuki durumlara dokunulamaması şeklinde yorumlanabilir.

Anayasa Mahkemesi kararı veya yargı yolunun kapayan hükmün kaldırılması üzerine kişilerin dava açmadığı veya dava açsa da bir hukuki sonuç alamayacağını düşünerek dava açmadığı işlemlere karşı, yeni bir dava açma süresinin tanınması hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Tanınacak dava açma süresinin Anayasa Mahkemesi kararı veya yargı yolunu kapayan hükmün değiştirilmesi tarihinden itibaren başlatılması kabul edildiği gibi, hukuk düzeninde meydana gelen bu değişiklikler üzerine İYUK madde 10'a

göre yapılan başvuru üzerine de dava açma süresinin başlayabileceği kabul edilmektedir. Kanaatimce her iki uygulama da olumlu olmakla birlikte, ikinci formül dava açma süresi ile gözetilen, idari işlemin uzun bir süre dava açma tehdidi altında kalmaması kaygısıyla bağdaşmamaktadır. İlk formül ise bu kaygıyı göz önüne alması ve idari istikrar ile hukuk devleti ilkelerinin bir arada gözetildiği bir yaklaşım olması sebebiyle daha makul görünmektedir.

KAYNAKÇA

ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, “Anayasa Mahkemesince Verilen İptal Kararlarının Zaman İçinde Etkisi”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 3, 1990, sf. 3-11.

AZRAK Ali Ülkü, “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 1, 1984, sf. 151-168.

Danıştay Dava Daireleri Kurulu Kararları I (1965-1978), Ankara, 1981.

DURAN Lütfi, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti,” *İÜHF*, Cilt 11, Sayı 1-2, 1945, sf. 238-263.

KAYA Cemil, “İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 10.Maddesi Uyarınca İdareye Yapılan Her Yeni Müracaatın Dava Açma Süresini Canlandırması”, *İÜHF*, Cilt 69, Sayı 1-2, 2011, sf. 61-75.

KUZU Burhan, “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu”, *İÜHF*, cilt 52, sayı 1-4. 1986-1987, sf. 185-229.

TAN Turgut, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.

ULER Yıldırım, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, AÜHF Yayınları, Ankara, 1970.

ULER Yıldırım, “Anayasa Mahkemesi Kararları Geriye Yürür”, *Bahri Savcı’ya Armağan*, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları 7, Ankara, 1988, sf. 515-534.

www.anayasa.gov.tr (Kararlar Bilgi Bankası)

www.palmiyeweb.com (Palmiye İçtihat Bilgi Bankası)

RONALD DWORKIN'IN HUKUK TEORİSİ IŞIĞINDA YARGIÇLARIN ROLÜ

M. Balkan DEMİRDAL*

ÖZET

Klasik hukuki pozitivizm, hukukta belirliliği ve istikrarı sağlamak adına “yazılı hukuk gerçek hukuktur” şiarından yola çıkmaktadır. Ancak pozitivizmin getirmiş olduğu bu formülün özellikle 20. yüzyılda yaşanan sosyal, ekonomik ve siyasal olaylar sonucunda yeterli olmadığı görülmektedir. Yaşanan bu gelişmeler sonucunda yazılı hukukun öncüllerinin ne olduğu ile yargıçların hukuk uygulamasında ve adaletin sağlanmasında rolünün ne olduğu tartışılmaya başlanmıştır. Bu tartışmalarla ilgili olarak Ronald Dworkin, yazılı hukukun ilkelere dayanması gerektiğini belirtmiş ve ilkelerin hukuk sistemi içinde sağlıklı bir şekilde yer alabilmesi ve adaletin sağlanması adına yargıçların uygulamada önemli bir rolü olduğunu vurgulamıştır. Bu bağlamda Dworkin'in hukuk teorisi, hukukta karar alma aşamasında etik değer ve ilkelerin yerini belirleme ve yargıçların hukuk sistemindeki rolünü açıklama açısından son derece önemlidir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk – Etik, İlkeler, Takdir Hakkı, Yorumlama, Yargıçların Tarafsızlığı.

THE ROLE OF JUDGES IN THE LIGHT OF RONALD DWORKIN'S LAW THEORY

ABSTRACT

Classical legal positivism, departures from the discourse “statute law is the real law” in order to provide legal determinacy and stability. Nevertheless it is seen that this formula brought by positivism is inadequate particularly as a result of social, economic and political events that occurs in the 20. Century. In consequence of that current developments it has been debated what postulates of statute law is and what roles judges have in law practice and obtaining justice once again. Regarding this debates, Ronald Dworkin indicates that statute law should be based on the principles and emphasizes that judges have an important role on implementing principles in legal system with the healthiest way and obtaining justice. Within this context Dworkin's law theory has a great significance on determining the place of ethical values and principles and explaining what roles judges have in legal system.

Keywords: Law – Ethics, Principles, Judicial Discretion, Legal Interpretation, Impartiality of judge.

* Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Bilim Dalı.

I. GİRİŞ

Charlie Chaplin'in 1936 yılı yapımı "Modern Zamanlar" (Modern Times)¹ adlı şaheseri ustaca ve benzersiz bir dil ile modernizmi ve modernizmin kullandığı tüm enstrümanları hicve almaktadır. Filmin başlarında Chaplin'in unutulmaz karakteri Serseri (The Tramp) bir fabrikada çalışmaktadır ve art arda önüne gelen çelik plakaların civatalarını sıkılmaktadır. Serseri o kadar uzun süre bu işi yapar ki bir süre sonra aklını yitirir ve önüne gelen her cismi elindeki İngiliz anahtarı ile sıkılmaya çalışır. En sonunda ise kendini fabrikanın çarkları arasında ezilirken bulur. Filmin en meşhur sahnesinde söz konusu olan bu üretim şekli, modernizmin klasik üretim şekli olan fordist üretimdir. Fordist üretimde kişinin yetenekleri veya özellikleri önemsizdir. İşçilerin her biri üretim bandının parçalarıdır. İşçiler çok küçük bir işle görevlendirilmişlerdir ve söz konusu iş aynı kişi tarafından defalarca aynı şekilde yapılmaktadır. Ürünün tamamı için önemsiz görünen söz konusu bu işte, her bir vasıfsız işçinin ürünün tamamı konusunda hiçbir fikirleri yoktur. Kalifiye eleman olmayan bu işçiler aynen dişlilerin çarkları gibi çalışırlar ve bütününe asla sahip olamayacakları ürünün parçalarını etap etap oluştururlar². Fordist üretimin hakim olduğu modern dünyada önemli olan üretimde verimliliği sağlamak adına istikrar ve belirliliktir. İşte bu istikrar ve verimlilik kavramları, modern dünyanın her alanına hakim olan sloganlardır. Dolayısıyla modern dünyada hukukta da istikrar ve belirlilik en önemli araçlardan biri haline gelmiştir. Söz konusu istikrar ve belirliligi sağlamak adına da yöntem olarak hukuki pozitivizm ön plana çıkmıştır. Özellikle klasik pozitivizmin hakim olduğu dönemlerde yargıçlar, Modern Zamanlar filminde çarpıcı bir şekilde resmedilen fordist üretim tarzına uygun düşen seri üretim kararlara imza atmışlardır. Yargıçlar kanunun adalete uygunluğu veya kanunun öncülleri nelerdir bakmadan olayı tespit edip, olaya uygun kanunu yorumlamadan ve sorgulamadan uygulamışlardır. Yani hukukta yargıçlar fordist üretimi gerçekleştiren ve çarkların arasında ezilen birer hukuk teknikeri pozisyonunda yer almışlardır. Ancak modern dünyada yaşanan iki dünya savaşı ve özellikle 2. Dünya Savaşı sırasında yapılan insan hakları ihlallerinin o zamanki Alman mevzuatlarına uygun olduğu savunması yapılması pozitivist hukuk anlayışının eleştirilmesine sebep olmuştur. Tüm bunların sonucunda farklı bir düşünüş şekli ortaya çıkmıştır. Buna göre hukukun belirli ve açık olması ne

¹ Filmin ayrıntılı künyesi için Bkz. http://www.imdb.com/title/tt0027977/?ref_=fn_al_tt_1, (E.T. 03.01.2014).

² YÜKSEL, s.23.

kadar önemli ise, hakkaniyete dayalı olarak uygulanması da adalet açısından o derecede önemlidir. Kanunları salt metne bağlı olarak uygulamak adalet ve hakkaniyet açısından sakıncalar doğurabilir. Bunun için yargıcın her somut olayda takdir hakkını ustalıkla kullanması ve durum değerlendirmesi yaparak hukukun temel amacı olan adaleti gerçekleştirmeye çalışması gerekmektedir.

Peki, gerçekten yargıç takdir hakkını veya kanunun yorumlanmasını adalete ve hakkaniyete tam olarak uygun olarak kullanabilir mi? Hukuk her zaman için belirsizliklerle dolu bir alan mıdır? Hukuk siyasetin kullandığı bir araç mıdır? Ya da hâkimler her zaman kişisel, siyasi veya toplumsal değer yargılarına göre mi karar verirler? Hâkimlerin bu tip kararlar vererek tarih boyunca trajik davaların yer almasına sebep olmaları hukukun kaderi midir? Tüm bu sorular doğrultusunda hukukun adalet ve hakkaniyeti sağlayacağını düşünmek hayalcilik midir? Yoksa hukukta belirliliği, tutarlılığı ve adaleti sağlamak için yapılacak bir şeyler var mıdır?

İşte söz konusu sorunların giderilmesi bakımından, Ronald Dworkin'in hukuk içerisinde ilkelerin nasıl rol alabileceği ile ilgili görüşleri ışığında yargıçların yargılama hukukunda uyuşmazlıkların çözümünde nasıl karar vermesi gerektiğini ortaya koyması son derece önemlidir. Dolayısıyla yargıcın takdir hakkını kullanması ve kanun metninin yorumlanması hukuk biliminin önemli kilometre taşlarını oluşturmaktadır. Söz konusu durumlar açısından hakimin hukuki belirsizlik durumunda tam bir serbestliğe ve keyfiliğe sahip olup olmadığı konusu, hukukun uygulanabilmesi ve adaletin yerine getirilmesi açısından da tartışmalı alanları oluşturmaktadır. Ronald Dworkin kendi hukuk teorisi içinde, söz konusu sorulara verdiği tutarlı cevaplar ve hukukun uygulamasına getirdiği metotlar ile sadece hukuk felsefesi alanında değil, tüm hukuk aleminde hak ettiği yeri almış ve hukuk felsefesinin diğer hukuk dalları açısından ne kadar önemli olduğuna böylece dikkat çekmiştir.

II. İLKELERE DAYANAN HUKUK TEORİSİ

A. Ana Hatlarıyla Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisi

Dworkin'e göre II. Dünya Savaşı sonrası sosyal, siyasal, ekonomi ve ticaret alanında yaşanan gelişmeler sonucunda, insanların sahip olduğu ahlaki değer ve ilkeler hukukun parçası olmasa dahi, hukuk alanında önem arz eder hale gelmiştir. Dolayısıyla pozitivizm yetersiz kalmıştır. Yargıçlar ve resmi makamlar da hukukun içinde genel ilkelere ve adalete yer veren müdahalelerde bulunarak yeni bir yöntem benimsemek zorunda kalmışlardır³. Dworkin için,

³ DWORKIN, *Thirty Years On*, s. 1677 – 1678.

ne kadar çağın gereklerine uygun olarak pozitivizm uyarlanmaya çalışılsa da artık ortaya konan yeni teorinin adı pozitivizm olamamaktadır. Dworkin böylece kendi hukuk kuramını, Hart'ın kurmuş olduğu hukuk ile ahlak arasında tesadüfî bağ olduğunu iddia eden hukuk teorisine getirdiği eleştirilerden yola çıkarak ve kurucu yoruma dayanarak geliştirmiş ve oluşturmuştur⁴. Bu doğrultuda, hukukun salt kurallar bütünü değil aynı zamanda ilkelerin de hukukta yer aldığını belirtmesi bakımından Dworkin'in düşünceleri önem taşımaktadır.

Dworkin, ilk önce hukuki pozitivizmin hukuku kurallar bütününden ibaret gördüğünü söylemektedir. Ayrıca bu kuralların hukuk içinde belirlenmesinde özel bir kriter uygulanmaktadır. Uygulanan kriter, kuralların içerikleri ya da herhangi bir ilkeyi dayanak olarak alıp almaması ile ilgili değildir⁵. Hart üzerinden pozitivizme eleştiri getiren Dworkin, şu saptamaları yapmaktadır: “Hart’a göre bir kural bağlayıcı olabilir (a) çünkü kabul edilmiştir (b) çünkü geçerlidir”⁶. Dworkin’in saptamasına göre pozitivizm açısından esas kriter; kuralların kimin tarafından çıkarıldığı veya kabul edildiği ile kuralın şekli özellikleridir⁷. Kuralın hukuki olarak geçerli olup olmadığı da bu ölçütlerle saptanmaktadır. Kısaca pozitivizm bir normun geçerliliği için formunu, tarihçesini ve kaynağını dikkate almaktadır⁸. Dworkin ise hukuk sistemi açısından hukuk ve ilkeler birliğine dayanan bir metodu benimsemektedir. Dworkin’in hukuk sisteminde, hukuk ve etik değer temelli ilkeler birliğinin birbirlerinden ayrılamayacak ölçüde iç içe geçmiş olduğu ve adaletin belirleyici bir rol oynadığı söylenebilir⁹. Dworkin’in hukuk teorisinin, hukuk ve etik birliğine önem vererek, bu birlikten doğan ilkeleri hukuku tamamlayan ilkeler olarak görmesi bağlamında pozitivizmden farklı olduğu açıkça görülmektedir¹⁰. Hukuki pozitivizme ve Hart’a çıkış noktasını da bu hususlar oluşturmaktadır. Bu bağlamda bir normun geçerliliği için sadece kaynağına ya da formuna bakılması Dworkin için yeterli değildir. İlkelerin hukuken bağlayıcı olduğu Dworkin’in ilke temelli hukuk teorisinde, normun geçerli olup olmadığını anlamak için normun içeriğine ve norm içinde yer

⁴ Aslında Dworkin’in eleştirisi pozitivizme yöneliktir. Ancak bir hedefe ihtiyacı varsa Hart’ın teorisini hedef olarak kullanacağını belirtmektedir. (DWORKIN, *The Model of Rules*, s.17.)

⁵ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 46.

⁶ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 44.

⁷ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 66.

⁸ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 40 – 41.

⁹ ÖZKÖK, Ronald Dworkin’de..., s. 103.

¹⁰ UYGUR, *Hukuki Pozitivizmin...*, s. 158.

alan ilkenin değerine bakılmalıdır. Yani Dworkin'e göre kanunlara itaat için ahlaki yükümlülükler uygun haklı gerekçenin kanunun temelinde bulunması gerekmektedir¹¹.

Dworkin, Hart'ın hukuk anlayışını "kurallar modeli ya da salt olgu yaklaşımı" olarak adlandırarak, bu görüşün hukuk kuramı oluşturmada başarısız olduğunu belirtmiş¹², böylece hukukun sadece formel mantığa dayanan yazılı hukuk kurallarıyla ilgili olmadığını, hukukun prensiplerle ve ilkelerle bir bütün olduğunu iddia etmiştir. Bu bağlamda hukuk kuramında genel olarak, pozitivizmin geçerlilik anlayışını eleştirmiş ve Hart'ın tanıma normunun da hukuksal geçerlilik ve hukukun tanımlanması için yetersiz olduğunu belirtmiştir¹³. Ahlakiliğin bu tanıma kuralı içinde yer alması ise, ahlakiliğin tartışmalı doğasının salt hukuk yöntemleriyle açıklanmasının zorluğundan ötürü mümkün değildir. Aynı şekilde farklı ağırlık ve önem boyutu bulunan ilkeler de pozitivizmin geçerlilik kriteri olan tanıma kuralında yer almaya elverişli değildirler¹⁴. Özetle Dworkin, pozitivist anlamdaki tanıma kuralının ahlaki ilkelere yer veremeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Çünkü içerik ve ahlaki değer gibi kavramlar, sırf forma veya kuralın kimin tarafından çıkarıldığına bağlı olan kaynak tezi ile uyuşmamaktadır. Dolayısıyla ilkelerin pozitivist mantıkla hukukun içinde yer alması mümkün değildir¹⁵.

Dworkin'in öne sürdüğü, Hart'ın tanıma kuralının bu şekliyle pozitivismle bağdaşmadığı iddiası dikkate değerdir. Tanıma kuralının amacı tam olarak hukukta belirsizliği yok etmek değildir. Tanıma kuralı, hukukta

¹¹ MURPHY, s. 775.

¹² DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 70 – 72.

¹³ AKTAŞ, *Hukuki Geçerlik...*, s. 75.

¹⁴ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s.68.

¹⁵ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 66 – 72.

Ancak pozitivistler hukukun kurallardan oluştuğu iddiasının pozitivistler için temel teşkil etmediğini belirtmektedirler. Buna göre, hukuki standartların sadece kurallardan ibaret olmadığını, ilkelerin de hukukun içinde belli ölçülerde yer aldığını vurgulamışlardır. Örneğin Raz, Austin'in görüşleri çerçevesinde hukukun kurallar yanında ilkelerden de oluştuğunun savunulabileceğini iddia etmektedir. Raz'a göre Austin için temel konu egemenin emirlerinin hukuku oluşturduğu iddiasıdır. Bu minvalde egemenin öne sürdüğü bir ilkenin de hukuki olarak bağlayıcı olabileceği görülmektedir. Ayrıntı için Bkz. UYGUR, *Hukuki Pozitivizmin...*, s. 159.

Ayrıca Hart da bu konuda Dworkin'e karşı itirazlarını öne sürmüştür. Dworkin, ahlaki ilkelerin hukuki bakımdan bağlayıcı olmalarını bu ilkelerin ahlakiliğin gereklerini karşılamalarında görürken; Hart, diğer modern pozitivistlerle beraber ahlaki ilkeleri hukuki kılan unsurun tanıma kuralındaki şartın yerine getirilerek hukukilik kazanmasında görmektedir. (UYGUR, *Hukuki Pozitivizmin...*, s. 146.)

belirliliği sağlamaya yardımcı olması için ortaya atılmıştır. Ancak doğası gereği tartışmalı ahlaki ilkelerin tanıma kuralı içinde yer alması –ki bu amacın bile gerçekleşebilmesi ilkelerin doğasından ötürü imkansızdır- bu amacı zedeleyecektir¹⁶. Ayrıca tanıma kuralı altında tanınmayan ilke ve etik değer de olabilir. Söz konusu ilkenin veya değerın belli bir olayda uygulanması ise adalet ve hakkaniyet için son derece gerekli olabilir. Pozitivistlerin anlayışına göre tanıma kuralında yer almayan ve hukuki geçerliliği olmayan böyle bir ilkenin uygulanmaması gerekecektir. Böylece formel anlayıştaki hukuki pozitivizmde olduğu gibi, aynı durağan hukuk anlayışı ahlaki ilkelerin hukuk içine uygulanmasında da meydana gelecek ve belli bir ilkeye yer vermeyen tanıma kuralı belki de hukukta belirsizliğin önüne geçmekten aciz kalacaktır.

Dworkin için ilkelerin hukuken bağlayıcı olduğu düşünürün hukuk teorisi içerisinde görülmektedir¹⁷. Dworkin ilkelerin hukuk açısından bağlayıcı olmasını, adaletin veya ahlakiliğin gereklerini yerine getirmek için gereklilik olarak görmektedir. Dworkin'e göre ahlaki ilkeler tanıma kuralı altında belirlendikleri için hukuk değildirlir; ahlaki ilkelerin hukuki olmasını sağlayan şey, adaletin gereklerine uygun olmalarıdır¹⁸. İkelere söz konusu özelliği ile geçerlilik şartı olarak tanıma kuralında yer verilirse, bu kural pozitivist anlamda tanıma kuralı olamaz¹⁹. Dworkin tanıma kuralının sadece hukuk kurallarını tanımlayabileceğini ancak prensipleri tanımlayamayacağını belirtmektedir. Yapı itibariyle karmaşık olan bir hukuksal prensibin olup olmadığını belirleyecek olan ise ahlaki değerlendirmelerdir²⁰. Yani Dworkin'in hukuk teorisinde, ahlak ve hukuk arasında zorunlu bir bağ bulunmaktadır. Ahlak kavramı ile kastedilen ise değer yargısına değil değere dayanan etik değerlendirmedir. Yani hukuk prensipleri etik değer ile hukuk kuralları arasında yer almaktadır. Bu bağlamda Dworkin, hukuk ve ahlak arasında kesin bir ayırım olduğu iddiasını reddetmekte ve ahlaki değerlendirmelerin, hukukun belirlenmesinin bir parçası olduğundan söz etmektedir²¹.

¹⁶ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 71.

¹⁷ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 54 – 55.

¹⁸ UYGUR, *Hukuki Pozitivizmin...*, s. 158.

¹⁹ UYGUR, *Hukuki Pozitivizmin...*, s.158.

²⁰ AKTAŞ, *Hukuki Geçerlik...*, s. 76.

²¹ Tabii hukuk kuramlarında da Dworkin'in hukuk teorisiyle benzer bir durum söz konusudur. Bu anlamda Dworkin'in hukuk anlayışının tabii hukuka daha yakın olduğu söylenebilir. Buna göre hukuk, ahlaki ilkelerle iç içe bulunarak adalet ve hakkaniyeti sağlamaktadır. Ayrıca hukukta belirliliğin sağlanabilmesi için de ahlaki ilkelerin hukukta yer alması şart koşulmaktadır. Örnek olarak tabii hukukçu olan Aquinas pozitif hukuku “ortak iyi için, topluluğu gözetmekle sorumlu otorite tarafından yapılmış ve ilan edilmiş, aklın kesin emri”

Dworkin'e göre hukuk; kurallar ve ilkeler yanında politikadan da oluşmaktadır²². Bu sebeple yasama organı da karar alırken hukukun öncülü olarak kabul edilen ilkelerle beraber politikaları da dikkate almak zorundadır. Yani yasama organı politikalar ve ilkeler arasında dengeyi kurmak durumundadır. Ancak söz konusu husus, Dworkin'in hakların politika tarafından çiğnenmesine göz yumduğu anlamına gelmemelidir. Hatta tersine Dworkin, yasamanın ilkelerin koruyucusu olması gerektiğini de belirtmiştir²³.

“Taking Rights Seriously” yi kaleme aldıktan sonra ikinci temel yapıtı olan “Law’s Empire” ile Dworkin, kurucu yoruma dayanarak geliştirdiği hukuk sistemine son rötuşlarını yapmıştır. Dworkin'in yaklaşımına göre hukukun neyi gerektirdiği ile ilgili belirlemeyi yapmak için, ilgili hukuki bilginin yani yasama işlemlerinin, yargı kararlarının, anayasa metinlerinin olanaklı en iyi yorumu bulunmalıdır²⁴. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, bu yorumun ahlaki gereklilikleri de karşılaması gerekliliğidir. Dworkin bu noktada hukuk sisteminin bütünlük değerinden bahseder ve yargıçların hukuk sisteminde bütünlüğü sağlayacak yorumu ortaya koymalarının gerekliliğini vurgular²⁵.

Dworkin söz konusu yapıtında bütünlük ilkesi rehberliğinde yapılacak yorumda kullanılmak üzere adalet ve hakkaniyet tanımlarına da yer vermektedir. Dworkin'e göre adalet siyasal bir erdem, fazilettir. Adalet kavramı ile hayat bulan bu erdem bireylere; malların, fırsatların ve diğer kaynakların doğru dağıtımı ve sivil özgürlüklerin korunması için kanun

şeklinde tanımlamıştır (AQUINAS, *Summa Theologiae*, aktaran: BIX, *Doğal Hukuk...*, 304.). Bu tanımla Aquinas, devlet görevlilerinin doğal hukukla uyumlu kanunlar çıkarması zorunluluğunun üzerinde durmuştur. Yine ilkeler üzerinde önemle duran tabii hukukçu Del Vecchio da, hukukun temelini etik değer içerikli ilkelere dayandırmaktadır (DEL VECCHIO, Giorgio, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Çev. Sahir Erman, İ.Ü.H.F. Yayınları, İstanbul 1952, aktaran: UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 5.). Modern doğal hukukçulardan olan Lon L. Fuller de hukuk ile ahlakın kavramsal olarak ayırlamayacağını savunmaktadır. Lon L. Fuller ahlaki değer ve ilkeleri temel olarak alıp, zenginleştirilen bir hukuk kuramının pozitivist kurama göre daha üstün olacağını iddia etmektedir (BIX, *Doğal Hukuk...*, s. 312.). Fuller söz konusu tespitleriyle hukuki pozitivizme ve düşünürlerine eleştiri getirirken, hukukun bir nesne olmadığına dikkat çekmektedir. Fuller için hukuk, insan elinden çıkmış ve ahlaki bir amacı olan bir tasarımdır (BIX, *Doğal Hukuk...*, s. 312 – 313).

²² ÖZKÖK, Ronald Dworkin'de..., s. 105. ; ÖZKÖK, *Hukuki Belirsizlik...*, s. 9.

²³ DWORKIN, Ronald *Freedom's Law*, Harvard University Press, Cambridge 1996, aktaran: ÖZKÖK, Ronald Dworkin'de..., s. 105.

²⁴ BIX, *Doğal Hukuk...*, s. 320 – 321.

²⁵ DWORKIN, *Law's Empire*, s. 225-227, 404 ; BIX, *Doğal Hukuk...*, s. 321.

koyucu ve diğer resmi makamlardan talepte bulunma hakkı vermektedir²⁶. Hakkaniyet ise siyasal yöntem ve usullerin belirlenmesi ile ilgilidir. Söz konusu husus; siyasal sistem içinde yer alacak görevlileri seçme ve söz konusu görevlilerin nasıl karar alacağı ile ilgili bir metot sorunudur²⁷. Dworkin, her ne kadar adaletin hakkaniyet kavramı olmadan hiçbir anlam taşımayacağını belirtse de; uygulamada adalet ve hakkaniyet zaman zaman çatışabilmektedir. Bu bağlamda hakkaniyete uygun olmayan kurumlar adaletli kararlar verebilecekleri gibi, hakkaniyete uygun kurumlardan adaletsiz kararlar da çıkabilmektedir²⁸. Şüphesiz Dworkin'in bu tespiti son derece isabetlidir. İşte bu tür durumlarda devreye hukukun bütünlüğü ilkesi girmektedir. Hukukun tutarlı bir bütün olarak uygulanabilmesi için gerekli olan ilke ve değerler hukukun içinde yer alıp, hukuk sistemi içinde her iki kavrama da aynı önemin verilmesi gerekmektedir.

B. Hukukun Öncülleri İlkeler: Nitelikleri, Kaynakları ve İşlevleri

Hukuk sisteminde hukuki ilkelerin yeri ile alakalı olarak Dworkin'in tanımı bize genel bir izlenim verebilir: "Hukuki ilkeleri, hukuk kurallarından farklı standart türleri olarak ayırdığımızda, çevremizin onlarla çevrili olduğunu fark ederiz"²⁹. Dworkin'in tespiti bizim için çıkış noktası olursa, hukukun her alanında ilkelerin var olduğunu söyleyebiliriz. Gerçekten de mevcut hukuk sistemlerinde benzer olan yön, her kanun veya kanun benzeri "yazılı hukuk" düzenlemesinin bir hukuk ilkesine dayanmasıdır. Ancak hukuk sisteminin içinde yer alan ilkelerin hukuk kurallarından farklı olduğu unutulmamalıdır. İlkeler ile hukuk kurallarının özellikleri farklılık arz etmektedir. Hukuk kuralları ilgili uyuşmazlığı çözmek için ya elverişlidir ya da değildir. İlkeler ise hukuk kurallarının zor davalarda çözüme ulaşamadığı durumlarda, yargıca yol gösteren fener niteliğindedir³⁰.

Yukarıdaki tanımdan da anlaşıldığı üzere Dworkin, ilkelere hukuk sisteminde özel bir önem vermiştir. Dworkin, hukukun kurallar, ilkeler ve politikalardan oluştuğunu öne sürdükten sonra, ilkelerin; adaletin ve hakkaniyetin gereği olarak hukuki haklar ve yükümlülükler konusunda tartışırken uygulanması gereken standartlar olarak karşımıza çıktığını

²⁶ DWORKIN, *Law's Empire*, s. 165.

²⁷ DWORKIN, *Law's Empire*, s. 164.

²⁸ DWORKIN, *Law's Empire*, s. 177-178.

²⁹ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 53.

³⁰ METİN, s. 67.

belirtmektedir³¹. Dworkin'in adalet anlayışında önemli bir konuma sahip olan hak kavramı bu noktada belirginleşmektedir³². Çünkü ilkeler, hakları tanımlayan kavramlar olarak gözükmektedirler³³. Bir ilke argümanı bir hakkın mevcut olup olmadığını belirler. Bunun sebebi Dworkin'in temel düşüncesinde, hukuki hakların, ahlaki hakların türleri olarak düşünülmesidir.

İlkelerin pozitivizmin geçerlilik kriterinde yer alamayacağını belirten Dworkin, ilkeleri mevcut hukuku en iyi biçimde haklı gösteren, açıklayan ve yol gösteren rehber olarak görmektedir. Bu bağlamda Dworkin'in "ideal hukuku, ahlaki değerden bağımsız olarak düşünülemez hukuk olarak ortaya koyduğunu" söylenebilir³⁴. Bu ahlaki değer ise en başta adalet ilkeleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuki ilkeler bu özellikleri ile kurallar arasında dengeleme işlevini yerine getirmekte ve yargıç için yol gösterici bir rehber görevini üstlenmektedir. Şöyle ki geçerli bir hukuk kuralı bir uyumsuzluğa otomatik şekilde uygulanırken, ilkelere göre karar vermede ilkelerin önemine göre bir dengeleme yapılmakta ve bu dengeleme göz önüne alındıktan sonra ilke olaya uygulanmaktadır³⁵.

Dworkin ideal toplumun temelini de eşit ilgi ve saygı görmek ilkelerinde görmektedir³⁶. İdeal toplumunu eşit ilgi ve saygı ilkelerine dayandırarak kurarken Dworkin'in Kantçı özerklik ve kategorik imperatiften etkilediği öne sürülmektedir³⁷. Söz konusu ilkelere eşitlik ilkesi ile her vatandaş kendisi için en iyi olan yaşama sahip olma hakkına sahiptir. Bireylerin her birinin kendisi için en iyi yaşama sahip olabilmesi ise, bireysel hakların ön plana çıktığı liberal bir toplumda, toplumdaki her bireye eşit ilgi ve saygının gösterilmesi

³¹ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 46.

³² Dworkin adalet teorileri ile alakalı bir ayrıma gitmiştir (ayrıntılı bilgi için Bkz. DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 208 – 217). Dworkin, siyasal teorileri yer verdikleri en yüksek kavrama göre; hakka dayanan teoriler, amaca dayanan teoriler ve ödeve dayanan teoriler olmak üzere üçe ayırmaktadır. Genel refahı arttırmak gibi bir amacı olan teori, amaca dayalıdır (DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 211). Amaca dayanan teoriler bireye ikincil planda yer verirken, ödeve ve hakka dayanan teoriler de birey teorinin merkezinde yer almaktadır. Ödeve dayanan teorilerde, bireysel eylemin ahlaki niteliğiyle ilgilenilmesi söz konusu olmaktadır. Hakka dayanan teorilerde ise, bireyin eyleminin ahlakiliğinden çok, bağımsızlığı ile ilgilenilmektedir. Dworkin yukarıda belirttiğimiz gibi bu teorilerden hakka dayanan teorilerin adalet ilkelerini belirlemek için en uygun teoriler olduğunu belirtmektedir.

³³ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 124.

³⁴ UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 71.

³⁵ ÖZKÖK, Ronald Dworkin'de..., s. 98.

³⁶ UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 71.

³⁷ MURPHY, s. 773.

ve vatandaşların güçlü bağlarla birlik içinde olmaları inancı çerçevesinde mümkün olacaktır³⁸. Bu inanç ise ilkeler sayesinde olmakta ve “vatandaşların toplumlarını temel ilkelerle bağlı ve daha iyi bir durumda kılmaya yönelik ortak bir projede yer alma”³⁹ düşüncesi nezdinde oluşmaktadır. Kısacası Dworkin’in ideal toplumu “ilke toplumu”dur. Söz konusu ilke toplumunda, vatandaşlar kendilerinin sadece yazılı kanunlara değil, ilkelerle de bağlı olduklarını bilmektedirler⁴⁰. Bunun sonucunda ideal hukukta ilkeler, herkes tarafından kabul edilebilen bir nitelik kazanmaktadır. Bu sayede ilkelere sadece devletlerin değil, vatandaşların da uygun davranması gerekmektedir.

İlkelerin kaynağına gelirse Dworkin, hukuki ilkelerin hukuki bir kaynağa göre çıkarılmadığını belirtmektedir. Bireyler, adaletin, hakkaniyetin ve etik değerlerin gereği ilkelere uygun davranmaktadırlar⁴¹. Adalet ilkelerinin ortaya konulması ve ilkelere ulaşabilecek etik değerlerin bulunması ve yasanın temelindeki değere ulaşılabilmesi için Dworkin’in hukuk sisteminde Kantçı etik anlayışının izleri de görülmektedir⁴². Dolayısıyla Dworkin’in hukuk sisteminde, ahlak felsefesi hukukun ne olduğunun değerlendirmesini yapmada ve yargısal yorumlamada vazgeçilmez bir unsur olarak görülmektedir⁴³.

³⁸ METİN, s.73.

³⁹ UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 72.

⁴⁰ LAGERSPETZ, s. 110.

⁴¹ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 67 – 68. ; UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 64.

⁴² MURPHY, s.783.

Kant’ın ahlak yasasını kurarken amacı, genel-geçer bir yasaya ulaşmaktır. Bu bağlamda Kant, ahlak yasasını apriori ilkeler ile kesinliği sağlamaya ve belli bir düzene koymaya çalışmaktadır (HEIMSOETH, s.125). Ayrıca Kant kişilerin özelliklerini göz önüne almadan bütün insanlardan buyurulanı yapmasını ister ki bu manada Kant’ın etik sisteminin ödeve dayandığı söylenebilir. Bu kategorik buyrudur. Bu buyruklar salt pratik aklın sentetik apriori yargılar halindeki yasalarıdır (HEIMSOETH, s.127). Kant bu şekilde adalet için bir kriter getirir. Bu genel-geçer kriteri tamamlayan ilke ise, insanı herhangi bir isteme için araç olarak değil, amaç olarak görmektir (KANT, s. 35). Kant için burada önemli olan eylem değil istemdir. Bir eylemin ahlaklı olup olmamasını, eylemin arkasındaki istemenin maksiminde görmektedir.

⁴³ Hukukun öncülü olarak ilkeleri öngören ve hukuk içinde ahlakiliğe özel bir önem veren tek düşünür Dworkin değildir. Dworkin’in kurduğu hukuk kuramından ayrıldığı noktalar olmakla beraber, Robert Alexy’nin ahlakilik tezinde de benzer özellikler göze çarpmaktadır. Alexy, hukuk ve ahlakilik arasındaki ilişkinin hangi boyutlarda olduğunu belirlemek için hukuk ve ahlakilik arasında zorunlu bir bağ olduğunu iddia eden tezin içinde bir ayırım yapma gerekliliğini belirtmiştir. Hukuk ve ahlakilik arasında zorunlu bir bağ olduğunu söyleyen zayıf versiyonun yanında, hukukun temelinde salt ahlakilik olduğunu söyleyen güçlü bir versiyon da vardır. Alexy bu versiyonlardan zayıf ahlakilik tezini benimsemiş ve hukukun içinde ilkelerin bulunması gerekliliğinden bahsederek, hukuk ile ahlakilik arasında zorunlu bir bağ olduğunu belirtmiştir (ALEXY, *The Argument From...*, s. 75.). Ancak Alexy’nin ahlakilik tezi sadece ilkelere hareket etmemekte, doğruluk tezine de yer vermektedir. Yani Alexy’nin

İlkelerin niteliklerini ve kaynaklarını açıklayan Dworkin'in hukuk teorisinde ilkelerin belki de en önemli işlevi hukukta belirliliği ve istikrarı sağlamada görülmektedir. Hukuki belirsizlik terimi “hukuki sorunların, hukuki uyumsuzlukların çözümü için doğru bir yanıt olmadığı ya da en azından tek bir doğru yanıtın olmadığı⁴⁴” görüşü çerçevesinde toplanabilir. Ancak “hukuki belirsizlik problemi”nin ne olduğu farklı akımlar tarafından farklı şekilde tanımlanmış⁴⁵ ve hukukun ne olduğu da sorgulanmaya başlamıştır. Hart, hukuk sisteminde belli bir ölçüye kadar hukuksal belirsizliği kabul etmektedir. Hart için belirsizlik durumu, hukukta öngörülebilir alanın bir kısmındadır. Asıl sorun ise hukuk sisteminin bu belirsizliğe ne ölçüde izin vereceği ile ilgilidir⁴⁶. Söz konusu sorunun çözümünü ise hukukta “açık metin” denilen ve dilin belirsizliğinden, açık uçluluğundan veya normlar arasındaki çelişkilerden doğan belirsiz bir alan olduğunu kabul ederek bulmuştur⁴⁷. Hart’a göre bu tip gölgeli alanlar içeren kuralların belirsiz oluşunun ise üç nedeni vardır. İlk neden dilin belirsiz olması, ikinci neden hukuk kurallarında yer alan ve içeriklerinin belirlenmesi zor olan makullük, hakkaniyet gibi kavramların hukuk sisteminde bulunması, üçüncü neden ise, Common Law sisteminin kendi doğasından kaynaklanmaktadır. Dworkin ise Hart’ın bu söylemine karşı çıkmakta ve hukukta hiçbir şekilde belirsizliğe yer olmadığını söylemektedir. Bunun sebebi Dworkin’in yazılı hukuku prensiplerle ve ilkelerle desteklemesidir. Bu bağlamda Dworkin, Hart’ın hukuk sistemini kurarken, sadece kurallara

doğruluk ve ilke tezleri neticesinde ahlakilik tezi ortaya çıkmaktadır. Alexy için hukuktaki doğruluk talebi, ahlaki sorunlarla bağlantısından dolayı, ahlaki doğruluğa ilişkin bir talebi içermektedir (ALEXY, Robert, Law and Correctness, *Current Legal Problems 1998*, Vol. 51, Ed. M.D.A. Freeman, Oxford University Press, Oxford 1998, s. 216. , aktaran: UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 107.). Böylece hukukun doğasında doğruluk talebinin var olduğunu savunan Alexy, bu talebi içermeyen normatif sistemlerin, hukuk sistemi olamayacağını belirtmektedir. Ancak belirtmemiz gerekir ki, Alexy için sadece, doğruluk talebinde bulunma bir zorunluluktur. Bu talebin yerine getirilmesi ise zorunlu değildir. Dolayısıyla talebi yerine getirmeyen söz konusu normların veya kararların hukukilik niteliklerini kaybettikleri söylenemez. Ancak bu tip durumlarda söz konusu norm ya da kararların hatalı olmaları söz konusudur. Bununla beraber hukuki bakımdan hatalı olarak görülen norm veya kanun, eğer aşırı ölçüde adaletsizliğe yol açıyorsa, hukukilik nitelikleri o zaman tartışmaya açık hale gelecektir (ALEXY, *The Argument From...*, s. 47 – 48; ALEXY, *On The Structure...*, s. 298 – 301.).

⁴⁴ BIX, *A Dictionary of...*, s. 97.

⁴⁵ Hukukta belirsizlik kavramı ve Amerikan Realizm Akımı ve Eleştirel Hukuk Çalışmaları için Bkz. AKBAŞ, Kasım, *Hukukun Büyübozumu*, Legal Yayınları, İstanbul 2006; AKTAŞ, Sururi, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, Kazancı Yayınları, İstanbul 2006; GÜRKAN, Ülker, *Hukuk Realizm Akımı*, Sevinç Matbaası, Ankara 1967.

⁴⁶ HART, s. 250 – 251.

⁴⁷ HART, s. 128.

dayanmasının belirsizliğe yol açtığını belirtmiştir⁴⁸.

Dworkin hukuki uyumsuzluklarda ve özellikle zor dava olarak tabir edilen yasama dilinin açık uçlu olduğu durumlarda, kuralların yanında, asıl yükü taşıyan ilkelerin devreye girmesiyle ve karar verme yetkisini elinde bulunduran hâkimin uyumsuzlukla ilgili ilkeleri doğru bir şekilde gözden geçirip uygulamasıyla belirliliğin sağlanabileceğini iddia etmekte⁴⁹, doğru hukuksal sonucun ilkeler yardımı ile bulunabileceğini söylemektedir⁵⁰. Bunun yanında Dworkin, zor davalarda kişinin aleyhine ve lehine ileri sürülebilecek eşit düzeyde fikirlerin olabileceğini kabul etmektedir. Ancak bu tip davaların sayısı Dworkin'e göre yok denecek kadar azdır. Dolayısıyla Dworkin'in prensip ve ilkelerle güçlendirilmiş hukuk teorisi, bütün davalara belirli bir yanıt verme kapasitesine sahiptir⁵¹. Böylece ilkelerin devreye girmesiyle hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik de sağlanmış olacaktır.

Dworkin bütünlük kavramından yola çıkarak ilkelerin hukuki belirsizlik durumunda yargıcın nasıl karar alması gerektiği konusuyla ilgili rolünü belirlemeye de çalışmıştır. Bütünlüğün anlamı Dworkin için "belirli ilkeye göre tutarlı davranma" anlamına gelmektedir⁵². Bu bağlamda hukukta bütünlüğün adalet, hakkaniyet ve ahlakilik ile belirlenmiş tutarlı ilkelere göre davranma gerekliliği olarak karşımıza çıktığı söylenebilir⁵³. Bu sayede hukukta belirsizlik olarak varsayılan hallerde; hukuk yargıcın ellerinde tutarlı bir uygulama pratiği kazanarak, benzer durumlarda benzer ilkelerin tutarlı uygulanmasıyla söz konusu belirsizlikler giderilerek, hukukta belirlilik

⁴⁸ Buna karşılık Hart da Dworkin'in teorisini eleştirmekte ve Dworkin'in teorisinin de belirsizlikten muaf olamayacağını ve birbirleriyle çelişen prensiplerin bulunabileceğini iddia etmektedir. (ALTMAN, Andrew *Critical Legal Studies (A Liberal Critique)*, Princeton University Press, 1993, s. 40. , aktaran: AKTAŞ, *Eleştirel Hukuk...*, s. 111.) Oysa birbirleriyle çelişen prensipler söz konusu olduğunda hangi prensibin o olayda daha fazla değer taşıdığına bakılarak bu sorun aşılabilmektedir. Böyle bir değerlendirme sonucu Hart'ın belirttiği belirsizlik sorunu ortadan kalkacaktır.

⁴⁹ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 52 – 53.

⁵⁰ Dworkin aslında zor dava – kolay dava ayrımı yapmamakta ve kolay davaları zor davaların özel bir türü olarak görmektedir. Yani zor davalar için ayrı bir metodun; kolay davalar için farklı bir metodun uygulanmasını uygun görmemekte ve aynı metodun her iki dava türü için de uygulanabileceğini belirtmektedir. (DWORKIN, *Law's Empire*, s. 354.)

⁵¹ ALTMAN, Andrew *Critical Legal Studies (A Liberal Critique)*, Princeton University Press, 1993, s. 36. , aktaran: AKTAŞ, *Eleştirel Hukuk...*, s. 108.

⁵² UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 101.

⁵³ Bütünlük kavramının ayrıntısı için bkz. DWORKIN, *Law's Empire*, s. 164 – 177. ; UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 100 – 106.

sağlanacaktır⁵⁴. Böylece ilkeler hukukun amacına da yardım etmiş olacaktır ve kuralların yorumlanması konusunda tek sesle konuşulmasını sağlayacaklardır.

Tüm bu açıklamalar ışığında Dworkin'in hukuk kuramında hukukta belirliliği sağlayabilmek için yazılı kurallar ile ilkelerin uygulanma şekli şu şekilde gerçekleşmektedir: Kural, davayı çözümlenecekse ya da davaya katkıda bulunacaksa uygulanacak; aksi takdirde uygulanmayacaktır.⁵⁵ İlkeler için ise nitelikleri gereği böyle bir zorunluluktan bahsedilememektedir. İlkeler belirli bir karar alınması için yargıca bir zorunluluk getirmemekte, “daha çok belirli bir yönde tartışmaya vesile olmakta veya belirli bir sonuca ilişkin eğilime işaret etmektedirler”⁵⁶. Yani ilkeler bir kararın verilmesi sürecinde, takdir hakkının kullanılmasında veya dilinden dolayı anlaşılması güç olan kanunun yorumlanmasında yargıca yardımcı olmaktadır. Bu noktadan hareket edersek, hukukun belirsiz olduğu iddia edilen alanlarında da ilkeler yardımı ile hukukta bu belirsizliğin önüne geçmek mümkün gözükmektedir. Söz konusu durumlarda, etik değer öncüllü hukuki ilkeler, nasıl bir karar alınırsa adalet ve hakkaniyete uygun olacağına dair belirli bir eğilime işaret verebileceği de mümkündür. Böyle durumlarda yargıcın hangi ilkeye göre karar vereceği ya da takdir hakkını kullanacağı tartışmalara sebep olabilir. İlkelerin çatışmasının söz konusu olduğu bu tip durumlarda, o davada hangi ilkenin uygulanması evrensel hukuk değerleri açısından daha uygun düşecekse, o ilke öne çıkacaktır. Kısacası söz konusu durumlarda, belirleyici olan ilkelerin ağırlığı ve önemleridir⁵⁷.

⁵⁴ ALEXY, *On The Structure...*, s. 295 – 298.

⁵⁵ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 49.

⁵⁶ UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 16. ; DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 50 – 51.

⁵⁷ UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 17 ; ALEXY, *On the Structure...*, s. 296 – 297.

Alexy'nin ilke teorisinde de Dworkin'in ilkeler için belirttiği özelliklere paralel bir durum söz konusudur. Alexy ilkeleri en uygun emirler olarak tanımlamıştır. İlkelerin en uygun emirler olmasının anlamı, ilkelerin önemine veya ağırlığına göre ele alınması demektir (ALEXY, *On the Structure...*, s.295.). Dolayısıyla ilkeler, en uygun emirler olma özellikleri sayesinde hukuki belirsizliklerin giderilmesinde son derece önemli bir rol üstlenmişlerdir. Keza aynı şekilde Prieto Sanchis de ilkelerin çift fonksiyonu olduğunu belirtmiştir. Buna göre ilkeler; hukuktaki boşlukları doldurma ve normların yorumlanmasına ilişkin şüpheleri giderme işlevlerini yerine getirmektedirler (JOAQUÍN, R. – MUNIZ, Toubes, *Legal Principles and Legal Theory, Ratio Juris*, vol.10, no.3, 1997, s. 269. , aktaran: UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 36). Böylece Sanchis, hukukta belirliliğin sağlanıp sürmesi için ilkelerin oynadığı role dikkat çekmiştir.

III. DWORKIN'İN HERKÜL YARGIÇLARI

Kanunda boşluk olması ya da “genel kamu düzeni” “kamu vicdanı” gibi belirsiz kavramların yer aldığı kanunlarda, hâkimin rolü son derece önemli bir görünüm kazanmaktadır. Hart, bu tip durumlarda yargıcın gerekli çözümü kurallar içinde bulamazsa takdir hakkını kullanması gerektiğini belirtmektedir. Hart söz konusu durumlarda, “açık metin” kavramından yola çıkarak yargıcın takdir yetkisini tanımıştır. Ancak Dworkin’e göre Hart’ın hukuk sisteminde belirsizliğe yer vererek, yargıcın kanunu yorumlaması ve yargıca takdir yetkisi tanınması bir çelişkiyi göstermektedir. Dworkin’in Hart’a itirazları tam bu noktada olmaktadır ve bu çelişkiye değinmektedir⁵⁸. Hukuki pozitivizmin hukuku kanunlarla sınırlamadaki en önemli sebebi, modern dünyadaki hukuk sistemi içerisinde belirliliği ve istikrarı sağlama çabasıdır. Oysa yargıcın zor davalarda takdir yetkisine dayanması, bu takdir yetkisinin de tam olarak hangi kriterlere uygun olarak uygulanacağını belirsiz olması ve pozitivizmin hiçbir şey söylemeyen takdir doktrini⁵⁹ hukukun öngörülebilirliğini zedeleyici bir durum yaratmaktadır⁶⁰. Bu yüzden yargıcın hukuki belirsizlik durumunda konumunu ve rolünü belirlerken yargıca takdir hakkı tanımak, kanunları yorumlamasına veya hukuk yaratmasına izin vermek, kurallara sıkı sıkıya bağlı kalan bir hukuk sistemi içinde çok zordur.

Dolayısıyla takdir yetkisi ile hukuki belirsizlik kavramı içinde yargıcın konumunu belirlemek için farklı bir mantık yürütmek gerektiği şüphesizdir. Bu noktada ise karşımıza ilkeler çıkmaktadır. Dworkin, Hart’ın hukuk teorisindeki bu çelişkilerin giderilmesi için ya tanıma kuralının yargıcın hukuk yaratıcı takdir yetkisini içine alacak şekilde genişletilmesi gerektiğini ya da hukuku kurallardan ibaret görmeyip, ilkelerin de varlığını kabul etmek gerektiğini belirtmektedir⁶¹. Dworkin böylece kurallarla takdir yetkisini iki ayrı uç olarak görmekte ve bu iki ayrı uç arasındaki köprüyü ise ilkeler vasıtası ile kurmaktadır. Yargıçlar kurallar ile cevabını bulamadıkları davalarda, kurallardan farklı olan ve ağırlıklarına göre uygulanan ilkelere başvuracaklardır. İlkeler bu görünümleriyle herhangi bir yarar edinmeyi amaç almayarak; adaletin, hakkaniyetin gereği olarak uygulanması gereken standartlar olarak karşımıza çıkmaktadır⁶².

⁵⁸ Dworkin’in Hart’a getirdiği itirazların ayrıntısı için Bkz. DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 36-72

⁵⁹ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 72.

⁶⁰ Dworkin, *Hakları Ciddiye...*, s. 61 – 66.

⁶¹ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 70 – 72 , 117 – 118.

⁶² DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 46.

Bu tartışmaların ilkeler açısından çıkış noktasını ise Dworkin'in doğru cevap tezi oluşturmaktadır. Dworkin'in tezi, hangi dava olursa olsun, davayla ilgili bulunması gereken bir doğru cevabın olduğunu iddia etmektedir⁶³. Bu görev ise şüphesiz yargıçlara düşmektedir. Burada önemli olan hukuki pratikte, belirli bir hukuki argümanı desteklemek için zor davada doğru cevabın ne olduğunu göstermeye çalışmaktır⁶⁴. Söz konusu zor davalarda iyi eğitilmiş yargıçların önünde yazılı kuralın nasıl yorumlanması gerektiği ile ilgili birden çok seçenek olacaktır. Ancak Dworkin'e göre iyi eğitilmiş yargıçlar, kanunun yorumlanması veya takdir hakkının kullanılması yolu ile zor dava arasında ilkeler vasıtasıyla bir köprü oluşturarak doğru cevaba dava sonunda ulaşabileceklerdir⁶⁵.

Dworkin için hukuk belirlenmiş standartlar topluluğu değildir. O'nun bütünlük anlayışına göre, hukukun anlamı, yazılı kanunlardan veya kanun koyucunun iradesinden çıkarılamamaktadır. Anlam en iyi yorumlama ile ortaya konabilir. Buna göre yorumun, yorumlanan şeyi en iyi şekilde aydınlatması gerekmektedir⁶⁶. Bu bağlamda yargıçlar, etik ilkelere de bağlı kalarak, yapabilecekleri en iyi şekilde hukukun yorumlayarak takdir haklarını da bu paralelde kullanacaklardır⁶⁷.

Bu bağlamda Dworkin, hukukun belirliliği ve bütünlüğü için gereken yorumlayıcı süreci açıklamada Yargıç Herkül örneğini kullanmıştır. Herkül, Dworkin'in örneğinde insanüstü yeteneklere ve kavrama yetisine sahip durumdadır. Herkül, uyuşmazlıklarla alakalı daha genel ve daha soyut düşünme biçimini getirerek uyuşmazlıklarda karar vermektedir. Böylece adaletin ve hakkaniyetin gerekliliklerini yerine getirebilecek, hakların temellerini daha iyi ortaya koyabileceklerdir⁶⁸. Böylece Dworkin hukuki akıl yürütmenin, ahlakiliğin ilkelerini de içeren ve geniş bir haklı gösterme alanı ile ilgili olduğunu ortaya koymaktadır⁶⁹. İşte gerçek yaşamda da yargıçlar; Herkül kadar üstün yeteneklere, bilgi ve kavrama yeteneklerine sahip olmasalar da, hayali Yargıç Herkül'ün yolundan gitmelidir. Yargıçlar önlerine gelen uyuşmazlıklarda değer yargılarından arınarak, soyut ahlaki ilkeleri

⁶³ DWORKIN, *Justice in Robes*, s. 41-42.

⁶⁴ DWORKIN, *Justice in Robes*, s. 42. ; UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 123.

⁶⁵ METİN, s. 48 ; MURPHY, s. 773-774.

⁶⁶ TÜRKBAG, s. 105.

⁶⁷ MURPHY, s. 777.

⁶⁸ DWORKIN, *Justice in Robes*, s. 54 – 55.

⁶⁹ DWORKIN, *Justice in Robes*, s. 56.

dikkate alarak ve belli yargıçlık erdemlerine sahip olmanın ışığında hukuka en iyi uyan ve uyumsuzlukla ilgili maddi gerçeğe en yakın argümanlardan yola çıkarak karar vermeleri gerekmektedir⁷⁰. Uyumsuzluklarda hakkaniyetin ve adaletin sağlanması için yargıçların izlemesi gereken yol budur.

İlkeler bu doğrultuda, yargıçlar değerlendirme yaparken ve uyumsuzluğu karara bağlarken, bir açıklama veya hukuku aydınlatma aracı olarak kullanılmalıdır⁷¹. Ancak diğer bir husus da, söz konusu ilkelerle ilgili bir sınırlama olup olmadığının belirlenmesi konusudur. Dworkin'in yorumlayıcı görüşü de bütün olarak hukuki yapı ile ilkeler arasında yorumlayıcı bir dengeyi araştırmaktadır⁷². Dworkin, yargıçların kanun koyucu sıfatına bürünmemesi için, belli bir sınırlama olması gerektiği düşüncesindedir. Bu bağlamda pozitivistler tarafından tam bir serbesti olarak görülen takdir hakkının anlamını ve sınırlarını belirlemek son derece önemlidir.

Dworkin söz konusu sınırlamayı tespit etmek için “Hakları Ciddiye Almak” adlı yapıtında öncelikle takdir hakkını incelemeye tutmakta ve türlerini saptamaktadır⁷³. Dworkin bu incelemede öncelikle takdir hakkının hiçbir zaman tam olarak serbestliği ya da keyfiliği ifade etmek için kullanılmadığını vurgulamaktadır. O'na göre takdir hakkı sınırlı bir alanda söz konusu olmaktadır⁷⁴. Takdir kavramının türlerini ortaya koyan düşünür, takdirin üç türü olduğunu belirtmektedir. İlk zayıf takdir türünde, yargıca belli bir nitelik dâhilinde seçim yapması söylenmektedir. Standartlar ve prensipler mekanik biçimde uygulanamamaktadır. Yargıya varılması gereken durumlarda kişi, çevresi belli olan standartlar ve prensiplerle sınırlı bir şekilde takdir hakkını kullanmak zorundadır⁷⁵. İkinci tür takdirde ise, karar merciinin, o konudaki son merci olmasından ve olayın son merciinin önüne gelene dek olgunlaşmış biçimlenmesinden dolayı olayla ilgili kullanacağı bu takdir yetkisi de sınırlı olacaktır⁷⁶. Dworkin takdirin kullanılmasını bu iki türle sınırlamamıştır. Bu iki takdir türünden daha güçlü olan takdir yetkisinde ise, görevlinin söz konusu yetkiyi veren standartlarla bağlı olmadığı ve kişiye tam serbesti

⁷⁰ UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 148; MURPHY, s. 774.

⁷¹ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 108.

⁷² DWORKIN, *Law's Empire*, s. 251.

⁷³ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 57 – 58.

⁷⁴ “Takdir hakkı tıpkı “donut” ın orta deliği gibi, sınırlamalar kuşağının orta açıklığında var olabilir.” DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 57.

⁷⁵ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 57.

⁷⁶ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s.57.

tanyan takdir yetkisi bulunmaktadır. Güçlü takdirde kişiden yine bir seçim yapması istenmektedir. Ancak kişi bu sefer belli prensiplerle ya da ilkelerle sınırlı değildir⁷⁷. Yani yargıç kuralları olmadığında hiçbir hukuki standartla veya ilkeyle bağlı olmadan istediği gibi karar verecektir. Dworkin'e göre bu güçlü takdir yetkisi sadece kurallar modelini kabul eden pozitivistler için değil, genel hukuk uygulamasına da aykırı düşmektedir. Geniş takdir yetkisi hukuku aşan bir yetki olmakla beraber, kanunların geçmişe yürümezliği ilkesine de ters düşmektedir. Geniş takdir yetkisinde bir anlamda yargıç tarafından konulan bir kural söz konusu olduğu için yargının yasamanın görev ve yetkilerine göre hareket etmemesi sonucunu doğurmaktadır. Söz konusu durum ise kuvvetler ayrılığı ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu noktada şu şekilde bir ayırım yapılabilir: Yargıç kararını hukuka ve ilkelere dayandırır, kanun koyucu durumunda olmaz. Ancak kararında politikalara dayanır ve tam bir serbestiye sahip olursa kanun koyucu durumundadır. Bu da kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bir durum yaratır⁷⁸. Ayrıca yargıçların yeni bir kural yaratmaları halinde uyumsuzlukta kaybeden taraf, daha önce belirli olan bir kuralı ihlal ettiği için değil, uyumsuzluktan sonra yaratılan bir ödevi yerine getirmemesi için haksız bulunacak ya da cezalandırılacaktır⁷⁹. Bu da kuşkusuz ki hukukta belirsizliğe ve güvensizliğe yol açacaktır. Ancak bu demek değildir ki yargıçlar sadece yazılı kuralları ile bağlı olmalıydılar. Çünkü daha önce de belirttiğimiz gibi Dworkin'in hukuk teorisine göre, yargıçlar mevcut hukuk kurallarının yanında hukuk ilkelerini dikkate alarak, ilkelerin rehberliğinde karar vermelidirler⁸⁰. Böylece Dworkin, yargıçların ödevi olan yazılı hukuku uygulamak ile hukuka uygun karar vermek arasında ortaya çıkan çatışmaların önüne geçilebileceğini belirtmekte ve salt yazılı kuralların uygulanmasıyla yargıcın belirsizlik karşısında takdir yetkisini kullanması ya da hukuk yaratması arasında ilkeler aracılığıyla bir denge sağlamaktadır.

⁷⁷ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s.58 – 59.

⁷⁸ Yasama organının koyduğu kuralların mı yoksa yargıçların takdir hakkının mı hukukun uygulanmasında belirleyici olacağı konusundaki bu tartışma aslında “halkın seçtikleri” ile “atananlar” arasındaki sürtüşmenin de doğal bir sonucudur. Halkın oyları ile seçilen yasama organının, devlet aygıtında atama yoluyla gelenlere oranla, kendilerini daha yetkili görmek isteyecek olması şüphesizdir. Bu bir açıdan da yasama organının bürokrasiye karşı başlattığı bir egemenlik savaşı olarak da zaman zaman görülmüştür. Yasama organının diğer bürokrasi organlarından çok yargı organı üstünde bu etkisini hissettirmesinin en büyük nedeni ise; yargı bürokrasisinin, bürokrasinin siyasal iktidara karşı en güçlü kaleisi olmasıdır. Bunun sebebi, genel anlamda ister alt mahkemelerin ister yüksek mahkemelerin varlıklarının ve işlevlerinin, hem siyasal iktidara yardımcı hem de hem de onu frenleyici bir öge olmasıdır (ÜNSAL, s.96-106).

⁷⁹ ÖZKÖK, “Hukuki Belirsizlik...”, s.10.

⁸⁰ AÇAR, s.168 – 169.

Dworkin kanunların sustuğu, kanunlarda anlamı belirsiz kavramların bulunduğu durumlarda yargıçların ilkeleri nasıl dengeleyebileceği ve hangi hakka üstünlük tanınması gerektiği konusunu da Riggs vs Palmer ile Heningsen vs Bloomfield Inc. davalarından⁸¹ yola çıkarak incelemiştir. İlk davada büyükbabasının vasiyeti gereği mirasçı olan torun, büyükbabası yeniden evlenince vasiyetin değiştirilmesinden korkup, büyükbabasını öldürmüştür. Buradaki sorun geçerli bir vasiyetin olmasına rağmen, kendi miras bırakanını öldürmesi halinde mirası alıp alamayacağı ile ilgilidir. O günün New York Eyaleti kanunlarında bu durum düzenlenmemiştir. Bu olayda dava mahkemesi “eğer sözleşmelerin ve ölüme bağlı tasarrufların geçerliliği hakkındaki yorumlar söze bağlı olarak yorumlanırsa, miras murisin katiline verilebilir” şeklinde bir mantık yürütmüştür. Ancak bu karar hiç kimsenin kendi hilesinden kazanç sağlamasına veya kendi suçu ile mal edinmesine izin verilemez ilkesinden hareketle Common Law’ın genel ve temel ilkelerine aykırıdır. İkinci davada ise otomobilin hatalı üretiminden dolayı kazada yaralanan Henningsen, hiçbir pozitif hukuk metnine dayanmamakla beraber, üretici firmadan arabasındaki hasarın giderilmesi yanında tedavi masraflarını da istemektedir. Firma ise, sözleşmede üreticinin hatalı üretimden ötürü sorumluluğu söz konusu olduğunda sadece hatalı parçayı değiştirmekle yükümlü olduğunu bildirmektedir. Dolayısıyla Heningsen’in bu sözleşmeyi imzaladığı ve de sözleşmeyi sınırlayan hiçbir kanun metni olmamasından dolayı davacının talebinin haksız olduğu iddia edilmektedir. Dworkin bu iki karşıt iddianın değerlendirmesini yapmaktadır. Kişi her ne kadar sözleşme yaparken, içinde kendisi açısından olumsuz sonuçlar doğuracak şartları kabul etmiş sayılsa da, üretici firma can güvenliği açısından özel bir sorumluluk hali taşımaktadır. Sonuç olarak mahkemeler, satış sözleşmelerini tüketici ve kamu yararının adil biçimde ele alınıp alınmadığını görmek için dikkatle incelemek zorundadırlar. En temel ilke de, mahkemelerin bizzat kendilerinin, haksızlık ve adaletsizliğe alet edilmelerine izin vermemeleri ilkesidir⁸².

Dworkin bu incelemeler sonrası hâkimlerin pozitivistlerin iddia ettiği gibi hukukun açık dokulu olmasından dolayı güçlü takdire sahip olmadıklarını, kuralların sustuğu ya da adaletsizliğe yol açacak durumlar söz konusu olduğunda ilkelerle bağlı olduğunu söylemektedir. Hatta Dworkin’e göre kurallara uyulmasının ve bu kuralların bağlayıcı olmasının

⁸¹ Davaların ayrıntıları için Bkz. DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 47 – 48.

⁸² DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 48.

sebebi de bu ilkelerdir⁸³. Çünkü hukuki hakların ve kuralların anlamı ilke teorilerine dayanılarak ortaya konulabilir. Yukarıdaki gibi zor dava örnekleri Dworkin'in eserlerinde sıkça bulunmaktadır. Zor davalar, hukuki belirsizliğin giderilmesinde yargıçların ve ilkelerin rolünü belirlemek için oldukça elverişlidir. İlkeler birden fazla olup, ağırlıkları ve önemleri birbirinden farklı olabilir. Bu yüzden hukukun uygulanmasında gerekli olan davayla ilgili olan ilkelerin bulunması ve ağırlıklarına göre bir dengeleme yapılmasıdır. Böylece sözkonusu ilkeler yargıcın takdir yetkisinde ve hukukun yorumlanmasında rol oynayarak, hukukun tutarlı bir bütün olmasını sağlayacaktır⁸⁴.

Tüm bu incelemeler sonucu yargı pratiği ve yargıcın ödevi bakımından önemli hususun “doğru karar verme” olduğu ortaya konulmakta⁸⁵ ve uyumsuzluklarda özellikle zor dava olarak tanımlanan davalarda tutarlı ve doğru cevap vermek için de ahlaki ilkelerin önemli bir rol üstlendiği görülmektedir. İlkelere dayanan bir yargı uygulamasının hukukta belirliliği sağlamada rol oynayacağı ise şüphesizdir.

IV. HUKUK SİSTEMİNDE YARGIÇLARIN ROLÜ AÇISINDAN ORTAYA ÇIKABİLECEK SORUNLAR

A. Yargıçların Keyfi Karar Vermesinin Önlenmesi

Günümüzde davalardan çıkan kararlara getirilen eleştiriler, yazılı kanunların hukuka uygun olmadığından çok, yargıçların baskılar sonucu ve

⁸³ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 63– 66.

⁸⁴ Dworkin'in hukuk teorisinde yargıçlara biçtiği role benzer bir rol Lawrence Solum'un erdeme dayalı hukuk teorisinde de görülmektedir. Çağdaş hukuk sistemlerinin yetersizliğini belirten Solum, bu çözümsüzlük halinden erdem ahlakına dayanan bir hukuk teorisi ile çıkılacağını iddia etmiştir. Solum'un söz konusu teorisinde ise çıkış noktasını erdemli yargıç ve erdemli karar oluşturmaktadır. Solum, erdem teorisi ışığında adil karar ile erdemler arasında bir ilişki olduğunu ortaya koymaya çalışmıştır. Temelindeki değerlere uygun şekilde ilkelerin hukukta uygulanarak belirliliği sağlayabilmesi için de önemli olan yargılama faaliyetlerinde bir takım erdemlere sahip olan yargıçların görevlendirilmesidir. Erdemli yargıç, zor davalarla karşılaştığında erdemli davranışı göstererek, adil sonucu bulabilecek ve böylece erdemlerin yardımı ile hukukta tutarlılık ve belirlilik sağlanabilecektir (UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 134). Solum adil ve tutarlı kararların alınabilmesi için adaletin temel erdem olduğunu belirtmiştir. Hukuk kuralın belirsiz olduğu zor davalarda, adalet erdeminin önemi daha iyi anlaşılmaktadır. Bu tip davalarda, yeterli bilgiye ve yargısal erdemlere sahip olan yargıç adil ve tutarlı sonuçlara ulaşabilecektir. Yani yargıçların takdir hakkını ilkelerle bağlantılı şekilde kullanabilmesi için, dürüstlük, tokgözlülük, kendine hakimiyet, tarafsızlık ve bilgililik gibi erdemlere mutlaka sahip olmaları gerekmektedir (SOLUM, Lawrence B., *Virtue Jurisprudence: An Aretic Theory of Law, Draft, October 19, 2004*, s. 8 – 12. , aktaran: GÜRLER, s. 150 – 151).

⁸⁵ UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 115 – 116.

girdiği ilişkilerden dolayı kendisine tanınan takdir hakkını ve yazılı kuralların yorumlanmasını hukuk ve adaletten uzak bir şekilde ele alması konularında yoğunlaşmaktadır⁸⁶. Bunun sonucunda da kamuoyunda kanunlardan çok yargıçların alacağı kararlar için ciddi tereddütler ve endişeler yaşanmaktadır. Özetle yazılı normlarda belirsizlik bulunması durumunda yargıcın siyasi veya kişisel değer yargıları doğrultusunda keyfi ve tam bir serbesti ile karar verebilme ihtimali endişe yaratmaktadır.

Bu yüzden yargı kararlarının doğru kararlar olabilmesi ve belirsizliğin giderilmesinde rol oynayabilmesi için, söz konusu kararların dayanacağı nedenlerin türüne ilişkin bir sınırlandırma getirilmesinin uygun olduğu belirtilebilir. Bu bağlamda ilgili davayla alakalı doğru karar alınabilmesi için gerekli olan, yukarıda da belirttiğimiz gibi yargıçların tutarlı ve ilkeye dayanan yorum yapmasıdır. Yargıcın önüne gelen olaya uygulayacağı normu insan haklarına ve etik ilkelere bağlı olarak hukukta objektifliği sağlayarak yorumlayabilmesi için tarafsız ve bağımsız olması gerekmektedir. Bu iki hususun yokluğu halinde, yargı objektif niteliğinden sıyrılarak subjektif bir görünüm kazanacağı gibi, yargının meşruiyeti etrafındaki tartışma da giderek şüphe ve tereddütlere yol açacaktır⁸⁷.

Söz konusu şüphe ile tereddütlerin yargılama hukukundan arındırılmasını, yargılamanın tarafsızlığını, objektifliğini ve tutarlılığını sağlamak için yargıç, kişisel çıkar ve görüşlerine yani temel anlamda değer yargılarına dayanan bir nedene davada yer vermemelidir. Özetle yargıçların, kanunun yorumlanmasında ya da takdir hakkının kullanılmasında görevleri gereğince belli nedenlere (dini, siyasi tutum, kişisel yargılar vb.) dayanmamaları gerekmektedir⁸⁸. Aksi durum ise hukuk sisteminin ehliyetizleşmesini ve siyasallaşma tehlikelerine yol açacaktır⁸⁹. Siyasallaşma ile kastedilen bir hukuk sisteminde yargıçların siyasi görüşlerine göre seçilip atanmasıdır. Bu durumda hukuka bağlılık, dürüstlük ve bilgililik gibi erdemler önemini kaybetmekte ve yargıçlar devlet aklı ile karar vermektedirler⁹⁰.

⁸⁶ SANCAR, s. 193.

⁸⁷ SANCAR, s.182.

⁸⁸ DWORKIN, *Matter of...*, s.9-11.

⁸⁹ SOLUM, Lawrence B., *Virtue Jurisprudence: An Areatic Turn*, *Working Paper*, October 19, 2004, aktaran: GÜRLER, s. 147.

⁹⁰ Özellikle devlet aleyhine işlenen cürümlerle ilgili davalarda hukukun yok sayılarak yargının araç haline getirilip baskı amacıyla veya mevcut egemen yapının korunması için kullanıldığı görülmektedir (SANCAR, s. 188). Bu tip tutumlara daha çok totaliter veya otoriter rejimlerde rastlanılmaktadır. Yargıdan önce alınacak karar belli olmakla beraber; yargı kararı, düzenin

Yargıçların keyfi karar vermeyeceği ilkelere dayanan hukuk uygulaması bakımından Dworkin, “siyasi ilke – siyasi değer” ayrımını öne sürmektedir⁹¹. Buna göre siyasi ilkeler, içinde hukuki ilke ve etik değeri barındıran ve yargıçların karar alma süreçlerinde yargıçlara yardımcı olan adaletin ve hakkaniyetin sağlanması ve hukukta objektiflik ile belirliliğin sağlanması için uygulanan ilkelerdir⁹². Oysa siyasi değerler, değer yargılarından doğan, yargıçların kendilerine ait hayat görüşüne inancına ya da siyasi tutumlarına bağlı olarak ortaya çıkmaktadırlar. Bu yüzden yargıçlar karar verirken, hukukta objektifliği sağlamak için siyasi değere dayanmamalıdır. Siyasi ilkeler bireylerin temel haklarıyla ilgilidir. Bu iki kavram arasındaki ayrım ise bir ilkenin politik hedef haline getirilmesi ya da politik bir hedefin ilke şeklinde sunulması halinde işlevselliğini kaybedecektir⁹³. Bunun için ilkelerin içeriği farklı kesimlerin talepleri veya gücü ile belirlenemez. Örnek olarak bir ülkede belli bir kesimin veya belli bir görüşün siyasi iktidarda üstünlüğü varsa, yargıcın zor davada uygulayacağı ilkenin içeriği söz konusu gücün talepleri doğrultusunda belirlenemez. Yargıçlar böylece ilkeye dayalı hukuki yorumlama ile bağımsız ve tarafsız olarak karar verebilecek ve hukukta adalete ve hakkaniyete dayanan, belirli bir sistem oluşturulmasına yardım edebileceklerdir⁹⁴.

Dworkin, söz konusu siyasi ilkelerin yargı kararlarına dayanak olabileceği anlayışını ise kendi hukuk devleti anlayışına dayandırmaktadır. Ona göre iki farklı hukuk devleti anlayışı vardır. Bunlardan ilki “kural kitap”

sürdürülmesi ve belli bir oranda toplumdaki bireylere mesaj vermek için propaganda amaçlı olarak alınmaktadır. Fakat bazı durumlarda hukuk devleti anlayışını, insan haklarının ne demek olduğunu ve etik ilkeleri tam olarak algılayamamış, özümseyememiş anayasal düzenini hukuk devleti olarak ilan etmiş devletlerde de yargının tarafsızlığı ve siyasi kararlar alınması mümkün olmaktadır. Kadrolaşma sonucu yargıç veya savcı adayı olarak seçilmiş ve staj süresince “devlet aklı” ile düşünür hale gelmiş yargıç veya savcı için artık siyasi otoritenin doğrudan emir vermesi gerekmemektedir. Artık bu şekilde yetişen ve görevini kısıtlayıcı şartlarda bağımsızlığı da olmadan sürdüren yargıç; alacağı kararlarda, siyasi emir almadan hukuku, hukukun içinde olması gereken insan haklarını ve bireylerin şahsi haklarını göz ardı ederek egemen ideolojiyi uygulayacaktır.

⁹¹ Bkz. DWORKIN, *Matter of...*, Oxford University Pres, 1985.

⁹² DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 46 ; DWORKIN, *Matter of...*, s.11.

⁹³ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 47.

⁹⁴ Dworkin'in yargılama ile ilgili bu görüşleri bütünlük olarak hukuk anlayışında bulunmaktadır. Dworkin için bütünlüğün iki türü bulunmaktadır. Buna göre birinci tür bütünlük, siyasal bütünlük olup, hukuk yaratma ile ilgilidir. İkincisi ise yargısal bütünlük olup, hukuku uygulayanların geçmişle ve hukukun bütünüyle alakalı tutarlı kararlar almaları ile alakalıdır (UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 143.)

anlayışı, ikincisi ise “haklar” anlayışıdır⁹⁵. Kural kitabı anlayışı, pozitivist bir hukuk anlayışını öngörmektedir. Buna göre devlet önceden tespit ettiği kanunlar dışında vatandaşlara müdahalelerde bulunmamaktadır. Devletin her hareketi kural kitabına uygun olmak zorunda olmakla beraber, kuralın hukukiliği veya ahlakiliği ile ilgili bir şey söylememekte, devletin ve vatandaşların kayıtsız şartsız kurala uyma yükümlülüğü bulunmaktadır⁹⁶. Adalet ideali ile hukuk devleti ideali birbirine karıştırılamaz. Haklar anlayışı ise, vatandaşların birbirlerine karşı ahlaki hak ve yükümlülükleri olduğu gibi, devlete karşı da siyasi hakları olduğunu ileri sürmektedir.⁹⁷ Bu bağlamda haklar anlayışı, siyasi hakların da uyuşmazlık durumunda devlet tarafından uygulanmasını talep etmektedir. Kısacası hukuk kuralları bireylerin ahlaki haklarını kapsar ve hayata geçirir⁹⁸. Haklara dayanan bir hukuk sisteminin benimsendiği böyle durumlarda, uyuşmazlığı çözen yargıç, zor davalarda siyasi ilkelerden yola çıkarak hareket edecektir. Tanınacak olan siyasi ilkelerle, bireylerin hakları korunacak, hukukta belirsizliğin önüne geçilebilecek ve yargıcın keyfi ve sınırsız bir şekilde takdir ve yorumlama yetkisini kullanması önlenecektir.

Dworkin ayrıca yargıçların keyfilikten uzak hukukta belirliliği sağlayan kararlar almaları için, yargıçların uyumlu kararlar vermeleri gerektiğini belirtmektedir. Yani yargıçlar benzer durumlarda benzer şekilde karar vermeli ve bu şekilde hukukta hem belirliliğin sağlanmasında hem de keyfilikğin önlenmesinde rol oynamaları gerekmektedir. Aksi şekilde yargıçlar, siyasi ilkelere göre değil, siyasi değerlere göre karar verecek olursa hukukta istikrarın ve belirliliğin sağlanamayacağı şüphesizdir. Bunun sebebi ise, söz konusu kararların benzer durumlarda benzer şekilde uygulanma şartını gerçekleştirememesi ve keyfilikçe yol açmasıdır. Dworkin, hukukun nasıl yorumlanması ve tutarlı kararların nasıl alınacağı ile ilgili olarak, edebiyat sanatından örnek vermiştir. Buna göre her bölümünü farklı bir yazarın yazdığı bir roman tasarlamıştır. Bu romanda ilk yazar hariç, diğer yazarların görevi kendilerine ait bölümleri yazarken, önceki yazarların yaratmış olduğu romanın parçalarına uygun yaratımlarda ve yorumlamalarda bulunmaktadır⁹⁹. Farklılıklar içermeyen ve kısa hikâyelere dönmeyen tutarlı bir roman için şart olan budur. Hukukta da her bir yargıç, zor davalarda aynı yolu izlemeli ve

⁹⁵ DWORKIN, *Matter of...*, s. 11.

⁹⁶ DWORKIN, *Matter of...*, s. 11 – 12.

⁹⁷ “Eğer yönetim hakları ciddiye almıyorsa, hukuku da ciddiye almıyor demektir.” (DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 248.)

⁹⁸ DWORKIN, *Matter of...*, s. 12 – 13.

⁹⁹ DWORKIN, *Law as...*, s. 541-542 ; DWORKIN, *Law's Empire*, s. 229-230.

zincirin halkalarını oluşturmaldır. Yargıçlar, yargıda tutarlı ve bütünlük içinde bir sistemi sağlamak ve doğru kararı vermek için geçmişte verilen kararları incelemeli ve kararın değerini bulmaya çalışmalıdır¹⁰⁰. Kuşkusuz böyle bir karar alma mekanizmasında her yargıç yargı sistemi içinde kendinden önceki ve sonraki hakimlere karşı da sorumlu olacağından keyfilikten uzak kalmak zorunda olacaktır.

Yargıçlar, zincirin halkalarını oluştururken de Yargıç Herkül örneğini unutmamalı ve Herkül kadar üstün yeteneklere, bilgi ve kavrama yeteneklerine sahip olmasalar da, hayali Yargıç Herkül'ün yolundan gitmelidirler. Yargıçların önlerine gelen uyuşmazlıklarda keyfilikten uzak kalmak için değer yargılarından arınarak ve hukuki ilkeleri dikkate alarak hukuka en iyi uyan ve haklı gösteren hukuk teorisine göre karar vermeleri gerekmektedir¹⁰¹. Bu bağlamda Dworkin, yargıçların keyfilikten uzaklaşarak hukukun temelindeki ilkeler çerçevesinde hareket etmesini ve bu anlayışı desteklemeleri şartıyla felsefi doktrinlere de dikkat etmeleri gerektiğini belirtmiştir.

Dolayısıyla keyfilikten uzak, tutarlı ve hukuka uygun kararların alınması için yargıçlara yol gösterecek olan felsefedir. Hukuk bilimi bu noktada felsefeden yardım almalıdır. Çünkü insan değerlerinin neler olacağını tartışma ve belirleme işi öncelikle felsefenindir. Felsefe ve özellikle ahlak felsefesi, bu hususta hukukçuların ufkunu genişletmesi bakımından son derece önemlidir. Bu anlamda etik disiplininin içinde yer alan doğru değerlendirme kavramından yararlanılması zaruridir. Dolayısıyla insanı her zaman asıl olarak alan ve eylemin etik olarak nerde durduğunu belirleyecek değerlerin oluşturulabilmesi için kişinin, konumuz açısından yargıcın doğru değerlendirme yapabilmesi gerekmektedir. Yargıcın yargılama esnasında doğru değerlendirme yapabilmesi için, en başta kendi ego ve benliğine göre değerlendirme yapmaması gerekir. Bu tip bir değerlendirme değer atfetmedir¹⁰². Ayrıca yine yargıç değer yargılarına bağlı olarak bir değerlendirme içine girerse bunda da bir değerlendirme söz konusu olmaz. Bu tip değerlendirmeye de değer biçme denir¹⁰³. Bu tip ezbere olan değerlendirmeler dışında yargıçların bir başka değerlendirme olanağı daha vardır. Yukarıda belirttiğimiz gibi böyle bir değerlendirme ise doğru değerlendirmedir. Doğru değerlendirme yapabilmek için en başta kişinin eyleminin unsurlarını,

¹⁰⁰ DWORKIN, Law as..., s. 542-544 ; DWORKIN, Law's Empire, s.230-232.

¹⁰¹ UYGUR, Hukuk, Etik..., s. 148.

¹⁰² KUÇURADİ, İnsan ve Değerleri, s. 25 – 27.

¹⁰³ KUÇURADİ, İnsan ve Değerleri, s. 28 – 31.

yaşantısını ve eyleminin amacını anlamak gerekir. Bu ilk adımdan sonra ise eylemin benzerleri arasındaki yerinin irdelenmesi yapılmalıdır¹⁰⁴. Son adım olarak da bu gerçekleştirilen eylemin insanla da ilgisi kurulursa o eylemin değerliliği veya değersizliği anlaşılabilir. Doğru değerlendirme, hukuk uygulayıcıları özellikle de yargıçların hukuki belirsizlik durumunda rollerinin kapsamlarının ne olduğu, yetkilerinin kullanılması konusunda da son derece önemli bir noktadadır. Yargıç önüne gelen uyuşmazlıkta somut olay nedir, gelen bilgilerin doğruluğu nedir gibi hususlarla beraber delilleri inceleyecek (bilgilenme)¹⁰⁵, daha sonra yapılan davranışın yapılmaması gereken ile ilgisini kurup, yapılıp yapılmadığını veya eğer yapıldıysa hukuk ihlali olup olmadığını ortaya koyacaktır (yargılama)¹⁰⁶. Yargıç son olarak “yargıladığı durumu eylemiyle oluşturmuş kişinin suçlu olup olmadığını ya da haksız olup olmadığını” belirleyecektir (karar verme)¹⁰⁷. Bu noktada hangi norm en az değer harcıyor, o hukuk kuralını ilgili olayla ilişkilendirmelidir. Yargıcın bu şekilde yapacağı doğru değerlendirme ile uyuşmazlıkların giderilmesinde keyfilikten uzaklaşarak objektif bir karar alacağı görülmektedir. Bu noktada önemli olan bir diğer husus ise, yargıcın sadece kanuna göre verdiği kararda, somut olayın doğru değerlendirilmesinden söz edilemeyeceğidir. Bu şekilde verilen bir karar da değer yargılarından kurtulmuş objektif bir karardan çok subjektif niteliği daha ağır basan bir karar durumundadır¹⁰⁸.

Özetle; takdir hakkı, kanunların yorumlanması veya hukuk yaratma söz konusu olduğunda, yargıçların ilkelerde yer alan değer ile sınırlı oldukları ve bu yüzden istedikleri nedenlere dayanamayacakları söylenebilir. Özellikle yargıçların siyasi, dini veya hayat görüşü olarak değer yargılarına dayanması veya “devletin aklı” ile kararlar alması, uyuşmazlıkta karar verecek olan merciin, tarafsızlığını ve bağımsızlığını ortadan kaldıracağı gibi, hukukta belirliliğin sağlanmasında önemli rol oynayan ilkelerin işlevini yerine getirmesine de çok büyük bir darbe vuracaktır. Her ne kadar yargı bağımsızlığı “olmazsa olmaz” bir ilke ise de, etik değerden uzak yargının ister istemez siyasi güçlerin etkisi altında kalması ve yargının tarafsızlığını kaybetmesi de hukuki belirliliğin yargılama hukuku açısından sağlanmasında büyük bir sorun teşkil etmektedir. Bu sorunun aşılması için gereken, hukuk bilgisi dışında doğru

¹⁰⁴ KUÇURADİ, *Etik*, s. 21 – 23.

¹⁰⁵ KUÇURADİ, *Etik*, s. 129.

¹⁰⁶ KUÇURADİ, *Etik*, s. 129 – 130.

¹⁰⁷ KUÇURADİ, *Etik*, s. 135.

¹⁰⁸ KUÇURADİ, *Etik*, s. 125 – 127.

değerlendirme yapabilen, etik değerle donatılmış ve her koşulda bu değere öncelik veren objektif yargıçların yetiştirilmesidir¹⁰⁹.

B. Adil Olmayan Kanun İle İlkelerin Çatışması Sorunu

Adil olmayan kanun ile ilkelerin çatışması durumunda yargıçların ödevinin ne olacağı ile ilgili sorun¹¹⁰, hakimlerin yazılı hukuktan ayrılıp ayrılmayacağı ile eğer yazılı hukuktan ayrılırsa da hangi ölçütlerle ahlakiliğe uygun davranacakları ile ilgili tartışılan bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.

İlke temelli bir hukuk teorisi geliştiren Dworkin, kendi teorisi içinde hakimlerin hukuku yorumlarken, takdir haklarını ve ilkeleri yazılı hukuk kuralları içinde uygulamaları gerektiğinden bahsetmiştir. Ancak bu genel durumun bazı istisnai halleri olabilir. Bazı davalarda uygulanacak kurallar, “aşırı adaletsiz kurallardır”. Bu tip durumlarda, hakimlerin bu adaletsiz kanunu yok sayarak, ahlak temelli ilkelere göre karar verme ödevine sahip olduğu söylenebilir¹¹¹. Dworkin “Hakları Ciddiye Almak” adlı eserinde de, vatandaşların devlete karşı ahlaki hakları olduğunu belirtmektedir. Dworkin’e göre kişinin belirli bir ahlaki hakkı varsa, bu hak tersine çıkan yasalara ve mahkeme kararlarına karşı da varlığını sürdürür. Hakların ciddiye alınması hususu da bu noktada dikkat çekmektedir. Eğer devlet hakları ciddiye almıyorsa, o zaman hukuku da ciddiye almıyor demektir¹¹². Bu bağlamda karşımıza çıkacak temel kavramlar insanlık onuru ve siyasal eşitlik kavramlarıdır¹¹³. Eğer bir hak, kişinin onurunu korumak ve eşit ilgi ve saygı görmesi veya benzer sonuçları olan diğer bazı kişisel değerler için gerekliyse, kişinin devlete karşı güçlü bir hakka sahip olduğu açıktır¹¹⁴.

¹⁰⁹ AŞÇIOĞLU, s. 19.

¹¹⁰ Antik Yunan döneminden beri haksız yasaların bulunması halinde hukuk uygulamasının nasıl olması gerektiği hukuk felsefesi tarihi boyunca tartışılmıştır. Örnek olarak Aristoteles öncelikle kanuna uygun olanın her zaman adaleti sağlamada yeterli olamayacağını vurgulayarak her konuda da kanun koyucunun düzenleme yapamayacağını belirtmektedir (ARİSTOTELES, 1130a / 20 – 30). Aristoteles söz konusu tespitine ek olarak, yasaların bazı durumlarda haksızlığa yol açabileceğini ve hukuka aykırı yasaların bulunabileceğini de belirtmiştir (ARİSTOTELES, 1137/b).

¹¹¹ DWORKIN, *Justice in Robes*, s. 18.

¹¹² DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 248.

¹¹³ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 241.

¹¹⁴ DWORKIN, *Hakları Ciddiye...*, s. 241.

Alexy de Dworkin’in iddialarına paralel bir yol izlemiştir ve kanunların hukuki niteliğini, asgari ahlaki gereklilikleri sağlayıp sağlamadığına göre değerlendirmiştir (ALEXY, *The Argument...*, s. 48). Böylece bu asgari ahlaki gerekliliği sağlayamayan kanun, Alexy’ye göre

Bu tür aşırı adaletsiz hukuk kurallarıyla karşılaşan yargıçlarla ilgili olarak ahlakiliğin gerekleri ne ise ona göre karar verilmesi argümanı ileri sürülebilir. Söz konusu argümana Dworkin'in bütünlük içinde de rastlanmaktadır. Dworkin'in bütünlük, yargıçlara, aşırı adaletsizliğe yol açacak bir kanunun bulunduğu ilgili davalarda, hem hukukun ne olduğu hem de yargıç olmanın sorumluluğu bağlamında, kararlarında ahlakiliğe bakmaları gerektiğini belirtmiştir¹¹⁵. Böylece bu tür davalarda Dworkin'e göre, yargıçların aşırı ölçüde adaletsiz kurallara başvurmamaları gerektiği söylenebilir. Bu noktada yargıçlara bir serbesti tanındığı görülmektedir. Yargıçlar bu tanınan serbesti ışığında, adil olmayan kurallardan kaçınabilmekte ve temel ahlakiliğin gereklerini yerine getirebilme adına söz konusu kuralları göz ardı edebilmektedirler.

Bu bağlamda adil olmayan kanunlar ile hukukun çatışması sorunu ile ilgili olarak Dworkin'in görüşleri ile Radbruch'un görüşleri arasındaki paralellik dikkat çekicidir. Radbruch, hukuk sisteminde başlıca hukukun iki fonksiyonu üzerinde durmuştur. Bunlardan ilki hukukun belirliliği ve düzeni sağlama fonksiyonu diğeri ise adaleti gerçekleştirme fonksiyonudur¹¹⁶. Radbruch için bu iki fonksiyon arasında devamlı bir çatışma hali söz konusudur. Özetle Radbruch'un sisteminde düzeni ve belirliliği sağlayacak pozitif kanunlar ile adalet kavramı arasındaki çatışma durumunun ele alındığı görülmektedir¹¹⁷. Radbruch bu iki fonksiyonun çatışması halinde hangisine öncelik verilmesi gerektiği ile ilgili olarak II. Dünya Savaşı öncesinde, adaletin belirsiz bir kavram olmasından ötürü tercihini hukukun düzeni sağlama fonksiyonundan yana yapmıştır. Ancak II. Dünya Savaşı sırasında yaşanan acılar ve insan haklarının açıkça ihlal edildiği uygulamalar sonucunda Radbruch'un görüşlerini değiştirdiği görülmektedir¹¹⁸. Buna göre

aşırı adaletsizlik içeren, adil olmayan bir kanun durumundadır. Keza Solum da söz konusu olan adil olmayan kanun ile ilkelerin çatışması sorununu incelemiş ve erdem teorisine dayanan hukuk kuramı doğrultusunda hukuk kurallarının hakkaniyete uyduğu uyumsuzluklar ile adalet ve hakkaniyete uymadığı durumlara da değinmiştir. Solum'a göre hukuk kurallarının öngördüğü sonuç adil ise, yargıç bu kuralları yargıçlık erdemi gereğince uygulamalıdır (SOLUM, Lawrence B., *Virtue Jurisprudence: A Virtue – Centred Theory of Judging, Metaphilosophy*, Vol. 34, 2003, s. 200, aktaran: UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 135). Aksi halde ise; yani hukuk kurallarının adil olmayan sonuca vardığı durumlarda yargıç, erdemli karara ulaşmak için adalet ve hakkaniyeti temel alarak kurallardan uzaklaşabilir (SOLUM, *Virtue Jurisprudence: A Virtue – Centred Theory of Judging*, s. 206, aktaran: UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 135). İdeal yargıç bu bağlamda her durumda adil ve doğru kararı verebilecektir.

¹¹⁵ DWORKIN, *Justice in Robes*, s. 21; UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 159.

¹¹⁶ IŞIKTAÇ, s. 305.

¹¹⁷ BIX, Robert Alexy..., s. 139.

¹¹⁸ UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 109.

düzen ve adalet fonksiyonları arasında bir çatışma söz konusu olursa ve hukuk kuralının uygulanması açıkça adalete ve insan haklarına aykırı bir durum teşkil ediyorsa hukukun adalet sağlama fonksiyonuna öncelik tanımaktadır. Hukuk kuralı kişilerin temel hak ve hürriyetlerini durum ve şartlar ne olursa olsun ortadan kaldırmamalıdır. Yani Radbruch'a göre bir hukuk kuralından söz edilebilmesi için, o hukuk kuralının adalete ve insan haklarına uygun olması zorunlu olacaktır¹¹⁹. Dolayısıyla Dworkin'in adil olmayan kanun ile adalet ilkelerinin çatışması halinde izlediği yolun, Radbruch formülüne benzediği görülmektedir.

Dworkin, adil olmayan kanunlar karşısında yargıçların ilkelere dayanarak doğru hukuki kararı ortaya koymaya çalışmasını çoğulcu demokrasi düşüncesi ile de bağdaştırmaktadır¹²⁰. Dworkin, iki demokrasi anlayışı arasında ayırım yaparak hangi demokrasi anlayışında adil olmayan kanunlar söz konusu olduğunda, yargıcın ahlaki yargıda bulunabileceğini ortaya koymaktadır. Buna göre çoğunlukçu bir demokrasi anlayışında, çoğunlukçu demokrasinin özü itibarıyla yargıçların doğru karar vermek için adil olmayan kanunları yok saymaları demokratik sayılmayacaktır¹²¹. Çünkü çoğunlukçu demokraside demokrasi çoğunluğun yönetimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak eşitliğe dayanan, işbirliği yaparak dayanışma içinde toplumu oluşturan insanların birlikte hareket etmeleri ve kendilerini yönetmeleri olarak karşımıza çıkan demokrasi anlayışında, farklı bir durum söz konusudur. Bu tür bir demokrasi anlayışında, hakimlerin ahlaki ilkelere yola çıkarak karar vermeleri demokrasi ile bağdaşmaktadır¹²². Dolayısıyla Dworkin, yargısal yorumlamanın çoğulcu demokrasi ile çelişmediğini söylemektedir. Bu tip durumlarda yargıcın rolü genişlemiş olsa da, yine de sınırlı bir nitelik arz etmektedir. Yargıçlar bu noktada genişlemiş yetkisini, haklar sistemine ve hukukun temelinde yer alan ilkelere uygun şekilde kullanacaktır.

V. SONUÇ

Tarih boyunca insan ilişkilerini düzenleyen hukuk; yazılı normlar, yargıçların aldığı kararlar ve hukukun içinde olması gereken ilkeler ile her zaman tartışma konusu olmuş ve adalet kavramının olup olmadığı –

¹¹⁹ İŞIKTAÇ, s. 305 – 306. ; UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 109 – 111. ; BIX, Robert Alexy,..., s.140-141.

¹²⁰ UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 161.

¹²¹ DWORKIN, Ronald, The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nerve, *Fordham Law Review*, Vol. 65, 1997, s. 1263, aktaran: UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 161.

¹²² DWORKIN, The Arduous Virtue..., s. 1264, aktaran: UYGUR, *Hukuk, Etik...*, s. 162.

varsa- adaletin nasıl sağlanabileceği ile adil kararın ne olduğu saptanmaya çalışılmıştır. Aristophanes'in "Eşek Arıları"¹²³ adlı eseri Atina dönemindeki adalet mekanizması ile dalga geçmekte ve yargıçların siyasi çıkarlar uğruna nasıl kullanıldığını göstermektedir. M.Ö. 422 yılında sahnelenen bu yapıttan günümüze kadar değişen pek bir şey olmadığı görülmektedir. Tüm bu tartışmalara karşın hukukun ne olması gerektiği veya ne olduğu tam olarak ortaya konulamamıştır. Özellikle kapitalist üretimin devamı ve verimliliği için sistemdeki her enstrüman gibi hukuk sisteminde de belirliliği ve istikrarı sağlayarak; bir anlamda maddi, elle tutulur bir hukuk yaratmak için modern devletlerde "kanun, genel iradenin ifadesidir", "kanun hukuktur, yasama iradesi hak ve ahlakın kendisidir" ve "kanunda boşluk olmaz" görüşlerinden hareketle formel mantıktan hareket eden hukuki pozitivizm ön plana çıkmıştır. Özellikle klasik hukuki pozitivizmin ortaya çıkışı ile yargıçların ilkelere dayanmaları ve takdir haklarını kullanmaları da hukuk dışı görülmeye başlanmıştır. Söz konusu durumla ilgili en temel durum Fransız Devrimi sırasında yaşanmıştır. Fransız Devrimi, tabii hukuk temelli ilkeler ile temel hak ve özgürlüklere dayanmakla beraber devrim sonrası klasik pozitivizme yönelik çarpıcı şekilde görülmektedir. Devrim sonrası Fransa'da artık tabii hukukun tüm ilkeleri ile temel hak ve özgürlükler listesinin oluşturulduğuna dayanılarak, söz konusu ilkeler ile temel hak ve hürriyetlerin bu doğrultuda kanun koyucu tarafından yazılı olarak ortaya konduğu belirtilmiştir¹²⁴. Örnek olarak devrin önemli hukukçularından Troplong, yargıçların önlerine gelen uyuşmazlıklarda adalete göre yorum yaparak bu minvalde karar vermelerini son derece tehlikeli bulmuştur¹²⁵. Teoride ve uygulamada yaşanan tüm bu olaylar sonrasında ise, yargıçların takdir hakkının ötelendiği ve formel pozitif hukuk dışında evrensel ilkelerin varlığının hukuk dışına itildiği görülmektedir. Ancak yazılı kurallar ile bağlanması düşünülen insan ilişkileri, o kadar geniş ve karmaşık bir hal alabilir ki, hepsini kurallara bağlamak ya da kurallarla açıklamaya çalışmak olanak dışıdır. Hukuk tarihinde yapılan çalışmalar her ilişkiyi veya somut durumu kanunun konusu haline getirmenin olanaksızlığını bize göstermektedir¹²⁶. Bu yüzden de söz konusu hukuk sistemi toplumun ihtiyaçlarına cevap veremediği gibi salt yazılı hukukun uygulanması da adaleti ve hakkaniyeti sağlayamamaktadır.

¹²³ ARİSTOPHANES, *Eşek Arıları (Yargıçlar)*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, çev. Sabahattin Eyüboğlu, İstanbul 2000.

¹²⁴ IŞIKTAÇ, s.142.

¹²⁵ GAUDEMET, s.127.

¹²⁶ DİNÇKOL, s. 173.

Klasik pozitivistizmin getirdiği bu sert anlayışa karşın yaşanan iki dünya savaşı ve ekonomik buhranlar sonucunda değişen dünya ile birlikte modern dünyanın hukuk biliminde uyguladığı formel pozitif hukuk metodu sorgulanmaya başlanmıştır. Hukukta salt yazılı kuralların belirliliği sağlayamayacağı ve “kanunda boşluk olmaz” argümanının gerçeği yansıtmadığı özellikle hukuki belirsizlik kavramının öne sürülmesiyle pozitivistler tarafından da dikkate alınmıştır. Hart, bu bağlamda hukukta “açık metin” denilen belirsiz bir alan olduğunu savunmuş ve esnek bir yol izleyerek ahlaki ilkelere hukuk tanımı içerisinde yer vermeye çalışmıştır. Katı bir formalist yaklaşımla birleşen pozitivist bir hukuk sisteminin savunulmasının zorluğuna dikkat çeken Hart, belli durumlarda yargıçlara daha etkin bir konum verilmesi gerektiğini öne sürerek, zor davalarda yargıçların takdir hakkını tanımıştır.

Hart'ın teorisine getirdiği eleştiriler temelinde teorisini kuran ve hukukun sadece kurallardan oluşmadığını söyleyen Dworkin, hukuk ve etik birliğine önem vermekte ve bu birlikten doğan ilkeleri de hukuku tamamlayan ilkeler olarak görmektedir. Dolayısıyla kanunun cevap vermediği anlarda yargıç ilkeler yardımı ile adil ve doğru cevabı veren uygulamalara imza atabilecektir.

Yazılı normların ilkelere dayanan bir değer taşıması gerektiği şüphesizdir. Ancak ilkelerin hukukta belirliliği ve adaleti sağlama fonksiyonu daha çok kanunda boşluk durumunda yargıcın takdir hakkını kullanmasında ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla yargıcın takdir hakkını ilkelere göre nasıl kullanacağı hukukta belirlilik açısından son derece önemlidir. Dworkin de ilkelerin daha çok takdir hakkında önem kazandığını belirtmektedir. Yargıçlar, en iyi şekilde hukukun yorumlamasını yaparak, takdir hakkını kullanarak ilkelerin sağlıklı bir biçimde hukuk içinde yer almasını sağlamalıdır. Ancak yargıçlar bunu yaparken, kanun koyucu sıfatına bürünmemelidir. Dolayısıyla yargıçlar, yaratıcı konumuna yani keyfilige ve serbestiye kaçmadan, bilgiye ve felsefi değerlendirmeye dayanarak takdir hakkını kullanmalıdırlar. Özetle yargıçlar, hukukun sustuğu ya da yazılı normların aşırı adaletsizliğe yol açabilecek durumlar yarattığı hallerde hukukta belirliliği ve tutarlılığı sağlamak için ilkelere bağlı bir takdir yetkisi kullanmalıdır. İlkelerin doğru uygulanabilmesi, hukukta belirliliği sağlama işlevlerini yerine getirebilmeleri ile adalet ve hakkaniyeti sağlamak için önemli hususlardan biri de yargıcın tarafsızlığıdır. Bu yüzden yargıçlara kapsamlı bir etik eğitimi verilmesi ve bu eğitim ışığında nasıl doğru değerlendirme yapmaları gerektiğinin öğretilmesi

son derece önemlidir. Bu şekilde yetişecek yargıçlar uyuşmazlığın içinde barındırdığı değeri ortaya koyabilecek ve uyuşmazlığa en uygun ilkeyi uygulayabilecektir. Böylece yargı kararları hukuk dışı faktörler tarafından belirlenmeyecek, aksine kanunun belirsizliği önleyemediği alanlarda hukuk ilkeleri söz sahibi olacaktır. Yargıçlar vasıtası ile ilkeler yazılı kanunları açıklayarak veya hukukta boşluk olan durumlarda yargıçlara yol göstererek hukukun uygulanmasında rol almalıdır. Yargıçlar tarafından doğru bir şekilde ortaya konan ilkeler böylece hukukta adaleti, belirliliği ve tutarlılığı sağlayacak bir faktör olarak göze çarpmaktadır. Dolayısıyla hukukta belirlilik ve adaletin sağlanması için yargıçların rolü büyük önem arz etmektedir. Her ne kadar yargıçların bu şekilde kullanacağı takdir hakkının keyfiliğe yol açacağı düşünülebilirse de ilke temelli bir hukuk teorisinde bu mümkün görünmemektedir. Yargıç, hem felsefi argümanlara dayandığı hem de ilke temelli bir değerlendirme yaptığı için keyfilikten uzaktadır ve aksine hukukta belirliliği ve tutarlılığı sağlayacak kararlar vermektedir.

Görüldüğü üzere başta hukukta tartışmalı davalar ile adil olmayan kanunlar söz konusu olduğunda çözüm yargıcın etik değer temelli ilkelere göre karar almasıdır. Şüphesiz ki bu şekilde alınacak kararlar zinciri, hem hukukun adaleti gerçekleştirme fonksiyonunu yerine getirecek hem de hukukun tutarlı ve belirli bir bütün olarak uygulanmasını sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

AÇAR, Halil Rahman, Etik Devlet Anlayışı Çözüm Olabilir Mi?, *HFSA 11*, İstanbul 2005, s. 167-170.

AKBAŞ, Kasım, *Hukukun Büyübozumu*, Legal Yayınları, İstanbul 2006.

AKTAŞ, Sururi, Hukuki Geçerlik Sorunu, *HFSA*, S.11, İstanbul 2005, s. 63-79.

AKTAŞ, Sururi, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, Kazancı Yayınları, İstanbul 2006.

ALEXY, Robert, On The Structure of Legal Principles, *Ratio Juris*, Vol. 13, No. 3, September 2000, s.294-304.

ALEXY, Robert, *The Argument From Injustice: A Reply to Legal Positivism*, Trans. Bonnie Litchewski Paulson – Stanley L. Paulson, Clarendon Press, Oxford 2002.

- ARİSTOPHANES, *Eşek Arıları (Yargıçlar)*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, çev. Sabahattin Eyuboğlu, İstanbul 2000.
- ARİSTOTELES, *Nikomakhos'a Etik*, Kebikeç Yayınları, Çev. Saffet Babür, Ankara 2005.
- AŞÇIOĞLU Çetin, Yargıç Etiğinin Önemi ve Eğitimi, *HFSA*, S. 16, İstanbul 2007, s.18-28.
- BIX, Brian H., *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford 2004.
- BIX, Brian H., Doğal Hukuk: Modern Gelenek, çev. Ertuğrul Uzun, *DEÜHFD*, C. 6, S. 2, 2004, s. 291-344.
- BIX, Brian H., Robert Alexy, Radbruch's Formula, and the Nature of Legal Theory, *Rechtstheorie*, No.37, 2006, s.139-149.
- DİNÇKOL, Abdullah, Hakimin Takdir Yetkisinin Kullanılması Sürecinde Hakkaniyet, *HFSA*, S. 9, İstanbul 2004, s.173-188.
- DWORKIN, Ronald, Model of Rules, *Yale Law School Legal Scholarship Series*, Paper 3609, 1967, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3609, erişim 6 Aralık 2013, s. 14-46.
- DWORKIN, Ronald, Law as a Interpretation, *Texas Law Review*, Vol.60, 1982, s.527-550.
- DWORKIN, Ronald, *Matter of Principle*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1985.
- DWORKIN, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1986.
- DWORKIN, Ronald, Thirty Years On, *Harvard Law Review*, Vol. 115, 2001 - 2002, s. 1655-1688.
- DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge 2006.
- DWORKİN, Ronald, *Hakları Ciddiye Almak*, Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2007.
- GAUDEMET, Eugene, 1804'ten Beri Fransız Medeni Kanununun Fransa'da Yorumlanması, çev. Kemal Gürsoy, *AÜHFD*, C. 2, S. 2-3, 1944, s.125-155.
- GÜRKAN, Ülker, *Hukuki Realizm Akımı*, Sevinç Matbaası, Ankara 1967.
- GÜRLER, Sercan, Çağdaş Ahlak Kuramlarının Hukuk Felsefesine

- Yansımasına Örnek Olarak Lawrence Solum'un Erdem Ahlakına Dayalı Hukuk Kuramı, *HFSA*, S. 16, İstanbul 2007, s. 141-168.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Pres, Oxford 1997.
- HEIMSOETH, Heinz, *Immanuel Kant'ın Felsefesi*, Remzi Kitabevi 1986.
- İŞIKTAÇ, Yasemin, *Hukuk Felsefesi*, Filiz Kitabevi, 2.Baskı, İstanbul 2006.
- KANT Immanuel, *Pratik Aklın Eleştirisi*, çev. İoanna Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 1994.
- KUÇURADI, İoanna, *İnsan ve Değerleri*, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2003.
- KUÇURADI İoanna, *Etik*, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2006.
- LAGERSPETZ, Eerik, Ronald Dworkin on Communities and Obligations: A Critical Comment, *Ratio Juris*, Vol.12, No.1, March 1999, s.108-115.
- METİN, Sevtap, Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı, *İÜHFİM*, C.LXI, S.1-2, 2003, s.35-83.
- MURPHY, Cornelius F., Dworkin on Judicial Discretion: A Critical Analysis, *University of California Davis Law Review*, Vol.21, 1987 – 1988, s. 767-788.
- ÖZKÖK, Gülriz, Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar, *HFSA*, S. 5, İstanbul 2002, s. 98-106.
- ÖZKÖK, Gülriz, Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine, *A.Ü.H.F.D.*, C. 51, S. 2, 2002, s. 1-18.
- SANCAR, Mithat, *Devlet Akli Kısılacında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, İstanbul 2000.
- TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı*, Derin Yayınları, İstanbul 2003.
- UYGUR, Gülriz, Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü ?, *AÜHFİM*, C.53, S.2, Ankara 2003, s. 145-176.
- UYGUR, Gülriz, *Hukuk, Etik ve İlkeler*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2006.
- ÜNSAL, Artun, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, AÜSBF Yayınları, No: 443, Ankara 1980.
- YÜKSEL, Mehmet, *Modernite, Postmodernite ve Hukuk*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2004.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI*

Ahmet EKİNCİ**

ÖZET

Mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilmektedir. 1982 Anayasası'nda md. 36'da düzenlenen bu hak gereğince herkes meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. 2010 Anayasa değişiklikleri ile Türk hukuk sistemine dâhil olan bireysel başvuru kurumu ile Anayasa Mahkemesi diğer temel hak ve özgürlüklerle birlikte adil yargılanma hakkını da sıklıkla inceleme fırsatı bulmuştur. Dolayısıyla da kısa zaman içerisinde mahkemeye erişim hakkı ile ilgili olarak içtihat oluşturacak nitelikte pek çok karara imza atmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin mahkemeye erişim hakkı ile ilgili olan içtihatları, bu hakkın niteliği de açıklanarak ortaya konulmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Mahkemeye Erişim Hakkı, Hak Arama Hürriyeti, Anayasa Mahkemesi

RIGHT OF ACCESS TO COURT IN INDIVIDUAL APPLICATION TO CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS

ABSTRACT

Right of access to court is accepted as part of right to a fair trial. This right regulated in the article 36 of 1982 Constitution. According to this article, "everyone has the right of litigation either as plaintiff or defendant and the right to a fair trial before the courts through legitimate means and procedures. "Individual application was introduced into the Turkish legal system by the 2010 constitutional amendments. Thus, Constitutional Court has analyzed many applications concerning right to fair trial. Therefore, the Court has given a lot of decision regarding right of access to court in short time. Jurisprudence of the Constitutional Court regarding the right of access to court must be set forth for explaining the nature of the right.

Keywords: Right of access to court, Right to a legal remedies, Constitutional Court

* Bu makale, yazarın "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda Adil Yargılanma Hakkı" isimli Yüksek Lisans Tezi'nden türetilmiştir.

** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Bilim Dalı Araştırma Görevlisi, ekinciconstitution@gmail.com.

1. GİRİŞ

Yargılama faaliyeti, taraflar arasındaki uzlaşmazlıklarında değerlendirilmesi ve uygar manada bir çözüme kavuşturulması işlemi olarak toplumun huzuru ve kamunun devlete olan güveninin sağlanması bakımından hayati bir yere sahiptir. Zira yargılama makamlarına güven duymayan bireyler, aralarında çıkan uyuşmazlıkları çözmek için alternatif arayışlara girecek ve “ihkak-ı hak” talep edebileceklerdir¹. Bu nedenle de vatandaşların mümkün olduğunca kolay bir surette mahkemelere ulaşabilmeleri ve makul bir süre içerisinde, serbestçe duruşmalara katılabildiği ve iddia ve savunmasını rahatça ileri sürebildiği bir ortam içerisinde, hakkaniyete uygun bir yargılama sonucunda, etkin ve uygulanabilir bir karar elde edebilmesi gerekmektedir. Bu tanımlama kısaca “adil yargılanma hakkı” olarak formüle edilmektedir. Görüldüğü üzere bir kişinin sayılan tüm bu haklarını kullanabilmesi için her şeyden önce söz konusu mahkemelere rahatça ulaşabiliyor olması gerekmektedir.

Ülke pratiği açısından bir takım sorunlu alanlar olmakla birlikte kanunların anayasaya uygunluğu denetimi olarak Anayasa Mahkemesi’nin (AYM) mahkemeye erişim hakkı ya da hak arama hürriyeti bağlamında yapmış olduğu değerlendirmeler ile bazı güvencelerin yerine getirilmeye çalışıldığı görülmektedir. Ancak bu koruma, 2010 Anayasa değişikliği ile Türk hukuk sistemine dâhil olan “bireysel başvuru” kurumu ile farklı bir boyut kazanmıştır. Zira bireysel başvuru kurumu ile bireyler, kamu gücünün eylem ve işlemleri ile bir haklarının ihlal edildiğini düşündükleri bir durumda kanun yollarını tükettikten sonra AYM’ne bireysel başvuruda bulunabilmektedir. AYM’nin bireysel başvuru yetkisinin zaman bakımından başlama tarihi olan 23 Eylül 2012’den bu yana yapılan başvurular incelendiğinde ise bu başvuruların büyük bir kısmının adil yargılanma hakkı bağlamında yapıldığı görülmektedir². Mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvurular da adil yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılan başvurular

¹ KÖKÜSARI, İsmail, “Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15 Sa. 1, s. 165.

² Haşim KILIÇ tarafından Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Sisteminin Desteklenmesi Projesi kapsamında düzenlenen “İnsan Hakları Ulusal Koruma Mekanizması Olarak Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Konferansı” isimli konferansta zikredilen rakamlara göre, 24 Kasım 2014 tarihi itibarıyla AYM’ne 29.564 bireysel başvuru yapılmış olup derdest dosya sayısı 15.409 olarak ifade edilmiştir. Bu rakam, AİHM önündeki Türkiye aleyhine yapılan başvurulardan fazladır. Yine bu tarih itibarıyla esas incelemesi yapılan başvuruların 348’i hakkında ihlâl bulunmuş olup bu ihlaller arasında da 297 ihlâl ile adil yargılanma hakkı önemli bir yer tutmaktadır. Bkz. İnternet: “Haşim Kılıç Antalya’da konuştu”. (27 Kasım 2014). *Hürriyet Gazetesi*.(<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/27662766.asp>, erişim 24 Aralık 2014)

içerisinde azımsanamayacak bir oranı kapsamaktadır. Dolayısıyla AYM'nin mahkemeye erişim hakkına dair içtihadı kısa zaman içerisinde olgunlaşmıştır.

Bu çalışma ile mahkemeye erişim hakkı ile Anayasa md. 36'da düzenlenen hak arama hürriyeti arasındaki ilişki değerlendirilecek ve sonrasında AYM'nin bireysel başvuru kararları kapsamında mahkemeye erişim hakkını nasıl değerlendirdiği yer yer AİHM içtihatlarına da atıf yapılmak suretiyle açıklanmaya çalışılacaktır.

1.1. Kavram Olarak Mahkemeye Erişim Hakkı ve Etkili Başvuru Hakkı ile İlişkisi

1.1.1. Mahkemeye Erişim Hakkı ve 1982 Anayasası

Mahkemeye erişim hakkı, bireylerin iddia ve savunmalarını bir yargı mercii önünde ileri sürebilmelerine imkân sağlayan ve adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilen bir haktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) “Adil Yargılanma Hakkı” başlığını taşıyan 6. maddesinde mahkemeye erişim hakkı açıkça sayılmamıştır. Ancak yargı yolunun açık olmadığı bir durumda hakkın sadece yasalarda mevcut olması ve pratiğe bir katkı sağlamaması teorik açıdan bir kabullenmeden öteye gitmeyecek bir düzenlemeye yol açacağından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bu boşluğu içtihatları ile doldurmuştur. Bu husus AİHM'nin insan haklarını koruma gayesi ile ortaya koyduğu *genişletici yorum* ilkesine örnek teşkil etmekle birlikte REID'in ifadesiyle “Sözleşme organları tarafından atılmış en önemli ve yaratıcı adımlardan bir tanesidir.”³

1982 Anayasası'nda ise mahkemeye erişim hakkı, herkesin “meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu” belirtilmek suretiyle, AİHS'den farklı olarak, “Hak arama hürriyeti” başlığını taşıyan md. 36'da açıkça düzenlenmektedir. Keza 40. maddeye 3/10/2001 tarihinde yapılan değişiklik de kişilerin mahkemeye erişim hakkının varlığını soyut ve teoride değil pratik ve etkili bir biçimde kullanmasını sağlayıcı bir koruma olarak düşünülebilir. Bu değişikliğe göre; “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” Zira bu hüküm dolayısıyla bireyler hangi mahkemelerde dava açabileceklerini ve hangi hukuki kurumlara müracaat edebileceklerini öğrendikleri için hukuki yolları bilmemelerinden kaynaklanan hak kayıplarının önüne geçilmiş olacaktır.

³ REID, Karen, *Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi, Üçüncü Kitap* (Çev. Bahar Öcal Düzgören). İstanbul 2000, s. 76

Anayasa md. 36’da düzenlenen hak arama hürriyetinin mahiyeti ve ifade ettiği anlam üzerine serdedilen görüşler değerlendirildiğinde bu hakkın kapsamının farklı telakkilere yol açtığı görülmektedir.

Kimi yazarlar hak arama özgürlüğünün kapsamının sadece md. 36’da düzenlendiği gibi yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunmaktan ibaret olarak görülemeyeceğini, idari hatta bazen siyasi başvuruların da bu noktada bir hak arama yolu olarak kabul edilmesi dolayısıyla hak arama hürriyetinin kapsamını geniş yorumlanması gerektiğini vurgulamışlardır⁴. Farklı bir görüş olarak ise mahkemeye erişim hakkının Türk mevzuatında açıkça bu isimle yer almamakla birlikte hakkın özünü karşılamak bakımından hak arama özgürlüğü ile yakından ilgili olduğu ifade edilmektedir⁵. Kanaatimizce Anayasa’da md. 36’da düzenlenen hak arama özgürlüğü kavramı ile AİHM’nin mahkemeye erişim hakkı olarak ifade ettiği kavram arasında terminolojik bir farklılığın ötesinde bir fark yoktur⁶. Zira AİHM ve AYM, bireylerin yargı mercilerine ulaşabilmeleri ve bu merciler önünde davacı veya davalı olarak bulunabilme haklarını adil yargılanma hakkı başlığı altında değerlendirmektedir⁷. AYM ise bireysel başvuru kararında mahkemeye erişim hakkını “*bir uyumsuzluğu mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyumsuzluğun etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek*” olarak tanımlamaktadır⁸.

⁴ KÖKÜSARI, s. 166; AYDIN, Mesut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü”. *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 61, Sa. 3,s. 4; Ancak AYDIN aynı makalesinde hak arama özgürlüğünün Anayasa md. 40’da düzenlenen “*Temel hak ve hürriyetlerin korunması*” ile md. 74’de düzenlenen “*Dilekçe hakkı*” düzenlemelerinden farklı olarak yargısal anlamda başvuru yolu olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yazara göre 40. madde temel hakların korunmasıyla ilgili genel bir hüküm iken 70. madde de siyasal ve yönetsel bir başvuru yoludur. Aydın, s. 6.

⁵ AKTEPE ARTIK, Sezin, Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, b. 1, İstanbul 2014, s. 79; Ayrıca İNCEOĞLU, Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları’nda 16 Mart 2012 tarihli toplantıda bu iki kavramın aynı olduğunu şu ifadelerle dile getirmektedir; “Bizim anayasal terminoloji ile hak arama özgürlüğü, Mahkemenin (AİHM) terimiyle Mahkemeye ulaşma ya da başvurma hakkı oldukça önemli.” Bkz. SAĞLAM, Musa GÜLENER, Serdar, KAPLAN, Recep, *Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları*, b.1, Ankara 2014, s. 508.

⁶ Hak arama özgürlüğünün kapsamının idari ve siyasi organları da kapsayacak şekilde geniş bir şekilde yorumlanmasının altında yatan sebep anayasal terminolojimizde “etkili başvuru hakkı” gibi bir düzenlemenin yer almıyor olmasıdır. Ancak ilerde “Mahkemeye Erişim Hakkı ve Etkili Başvuru Hakkı Arasındaki İlişki” bahsinde değerlendirileceği üzere bu iki kavram yer yer yaklaşmalar da birbirinden farklı düzenleme alanlarıdır.

⁷ AYM de Mahkemeye erişim hakkını, tıpkı AİHM içtihatlarında olduğu gibi adli yargılanma hakkının önkoşulu olarak ifade etmektedir, AYM, E. 2010/41, K. 2012/19, K.T. 9/12/2012.

⁸ B. No: 2012/791, 7/11/2013, parag. 52.

Mahkemeye erişim, yani kişinin ihlal edildiğini iddia ettiği hakkını savunabilmek adına yargı yerine müracaat edebilme hakkı, teorik açıdan düzenlemenin yanı sıra etkili bir biçimde uygulamayı sağlayacak şekilde hayata geçirilmelidir⁹. Zira bu hakkın adil yargılanma hakkı kapsamında incelenen ve adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilen “hakkaniyetle yargılanma hakkı”, “aleni yargılanma hakkı”, “makul sürede yargılanma hakkı”, “masumiyet karinesi”, “kanuni hâkim güvencesi” gibi hak ve ilkelerin yargılama mercileri önünde korunduğunun öne sürülebilmesi için öncelikle kişilerin hak ve taleplerini yargı mercilerine taşıyabilmesi gerekmektedir.

AİHM, mahkemeye erişim hakkını “*hukukun üstünlüğü*” ilkesinin temel unsurlarından biri olarak kabul etmekte ve mahkemeye erişim hakkının¹⁰, mahkemeye başvuru konusunda tutarlı bir sistemin var olmasını zorunlu kıldığını ve dava açmak isteyen kişilerin mahkemeye ulaşmada açık, pratik ve etkili fırsatlara sahip olmasının gerektirdiğini ifade etmektedir¹¹. Bu nedenle hukuki belirsizliklerin ya da uygulamadaki belirsizliklerin tarafların mahkemeye erişimine zarar verdiği durumlarda bu hakkın ihlâl edildiğine karar verilmektedir.

Mahkemeye erişim hakkı, AİHM tarafından ilk olarak Golder kararında belirtildiği gibi sadece görülmekte olan bir dava ilgili olarak değil aynı zamanda kişinin iddialarını bir yargı yeri önüne taşıma hakkına da sahip olmasını ifade etmektedir¹². Ayrıca bu yargı yerinin tam yargı yetkisine sahip bir yargı mercii olması aranmaktadır¹³. Mahkemeye erişim hakkı, teorik ve görünüşte değil, pratik ve etkili bir şekilde gerçekleşmelidir¹⁴. Mahkemeye erişim hakkının

⁹ TÜRMEEN, Rıza, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma Hakkı”, içinde *Türkiye Barolar Birliği Sempozyum İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı*, Ankara 2004, 41; European Court On Human Rights, *Guide on Article 6 Right to a Fair Trial (civil-limb)*, Council of Europe 2013, s. 12.

¹⁰ Golder-Birleşik Krallık davası, Bkz. DOĞRU, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İç-tihatları*, b.1, C. II, İstanbul 2004, s. 116.

¹¹ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılama” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, İlhan Öztrak’a Armağan*, C. 49, Sa. 1-2, s. 208; GÖZÜBÜYÜK, Şeref, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, b. 9, Ankara 2011, s. 277.

¹² Golder-Birleşik Krallık davası, Bkz DOĞRU, s. 116.

¹³ Buna göre örneğin sadece bir idari merciin vermiş olduğu kararı sadece hukuka aykırı, makul olmayan veya adil biçimde hareket edip etmediğini denetleme yetkisine sahip olan bir mahkemeye başvuru hakkına sahip olması, tam yargı yetkisine sahip olmayan bir yargı yeri olması nedeniyle ihlal olarak değerlendirilmiştir. Bkz. **CASE OF W v. THE UNITED KINGDOM**, Application no. 9749/82, 8/7/1987, parag. 81-82.

¹⁴ Airey-İrlanda Davasında da bir mahkemeye erişim hakkının varlığından ziyade bu hakkın

etkili olabilmesi için hakkının ihlal edildiğini düşünen kişiye açık ve pratik bir biçimde itiraz fırsatı tanınması gereklidir¹⁵. Bu yönüyle AİHM, iç hukukta hukukun üstünlüğü ilkesine inanan demokratik bir toplumun sahip olması gereken, bireylerin mahkemeye erişim hakkını yeterli ölçüde koruyan bir sistemin kurulması gerektiğini vurgulamaktadır¹⁶.

Kişiler arasındaki uyuşmazlıklardan ziyade idarenin eylem ve işlemleri dolayısıyla ortaya çıkan uyuşmazlıklar mahkemeye erişim hakkı bakımından daha çok önem arz etmektedir. Bu manada idarenin yapmış olduğu işlemlere karşı bireylerin bir yargı yoluna müracaat edememeleri mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirilebilecektir¹⁷.

Anayasa'da ise genel itibariyle hak arama özgürlüğü 36. maddede düzenlenmekteyse de md. 125/1'de idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmek suretiyle bu noktada bir de özel hüküm ihdas edilmiştir.

İdare'nin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olacağı hususu md. 125'te belirtilmekte birlikte aynı maddenin ikinci fıkrasında Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şura'nın (YAŞ) terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolunun açık olduğu bunun dışındaki kararlarına karşı ise yargı yolunun kapalı olduğu düzenlenmektedir. Bu hükmün haricinde md. 159/10 hükmü gereğince Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun (HSYK) ise meslekten çıkarma kararları dışındaki kararlarına karşı yargı yoluna gidilememektedir¹⁸. Keza yine 2010 Anayasa değişikliklerine

pratik ve etkili bir biçimde kullanılıp kullanılmadığı da incelenmiştir. **CASE OF AIREY v. IRELAND**, Application no. 6289/73, 9/10/1979, parag. 24-25.

¹⁵ **CASE OF BELLET v. FRANCE**, Application no. 23805/94, 4/12/1995, parag. 36.

¹⁶ **CASE OF ASHİNGDANE v. UNITED KINGDOM**, Application no. 8225/78, 28/5/1985, parag. 57.

¹⁷ Örneğin İsveç hukukunda somut olaya ilişkin olarak uyuşmazlığın çözümü sadece hükümet tarafından tıpkı ilk derece mahkemesi gibi çözüme kavuşturulmaktadır. Bu kararın ise adil olmadığı gibi bir iddia ne sıradan mahkemeler ne idare mahkemeleri ne de AİHM içtihatları bağlamında adil yargılanma hakkının gereklerini yerine getiren diğer kurullar huzurunda iddia edilemiyorsa mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Bkz. **CASE OF HAKANSSON AND STURESSON v. SWEDEN**, Application no. 11855/85, 21/2/1990, parag. 62-63; İNCEOĞLU, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler (Adil Yargılanma)*, b. 4, İstanbul 2013, s. 110.

¹⁸ HSYK'nın, meslekten çıkarma haricindeki kararlarına karşı yargı yolu Anayasa'nın ifade edilen hükmü gereğince kapalıdır. Hâkimler ve savcılar hakkında verilen disiplin cezalarına ilişkin kararın tebliğinden itibaren ilgili hâkim veya savcının 6087 sayılı Hâkimler ve Savcı-

kadar Anayasa md. 129'da uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olması da doktrince eleştirilmekteyken¹⁹ 2010 Anayasa değişiklikleri ile disiplin kararlarına karşı, istisna gözetilmeksizin yargı yolunun açık olduğu düzenlenmiştir.

Kanaatimizce mahkemeye erişim hakkı ve mahkemeye erişim hakkının koruduğu hukuki değer olan hukukun üstünlüğü ilkesi gereği idarenin işlemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasında yarar vardır. Bu nedenle 2010 Anayasa değişiklikleri ile olumlu manada yapılan değişikliklerin kapsamının ilerleyen süreçte genişletilmesi ve YAŞ ve HSYK kararlarının tümüne karşı yargı yolunun açılması gerekmektedir.

Temyiz bahsi ise ayrıca değerlendirilmelidir. Zira AİHM, AİHS'nin açıkça temyiz hakkını içermediğini ifade etmekle birlikte iç hukukunda bu hakkı düzenleyen ülkelerin temyiz mercilerine ulaşma noktasında vatandaşlarına kolaylıklar sağlaması gerektiğini düşünmektedir. AİHS'nin 7 No'lu Protokol md. 2'de de cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı düzenlenmektedir. Ülkemiz, bu protokolü imzalamakla birlikte iç hukuku itibariyle usulüne uygun olarak yürürlüğe koymadığı için taraf değildir²⁰. Ancak 1982 Anayasasında yüksek mahkemeler sayılmakta ve görev ve yetkilerinin kanun ile düzenleneceği belirtilmektedir. Bu nedenle tıpkı AİHM içtihatlarında olduğu gibi md. 36'nın da temyiz hakkını içerdiği ifade edilmektedir²¹.

1.1.2. Mahkemeye Erişim Hakkı ve Etkili Başvuru Hakkı Arasındaki İlişki

Hak arama hürriyetinin kapsamına dair farklı görüşler yukarda ifade edilmiştir. Esasında bu farklı anlamlandırmalar, anayasal terminolojimizde

lar Yüksek Kurulu Kanunu md. 33 uyarınca HSYK'nın kendi bünyesinde bir itiraz prosedürü uygulanmaktadır. Bu itiraz üzerine verilen kararlar kesindir başka bir mercie başvurulamaz. Oysaki kendisi bir idari kurul olan HSYK'nın vermiş olduğu kararlara karşı idari yargıya başvurulması yerinde bir adım olacaktır. Bkz. AKTEPE ARTIK, s. 211-212; 2010; Anayasa değişiklikleri ile HSYK'nın meslekten çıkarma kararlarının yargı denetimine açılmış olmasının yetersiz ama önemli bir adım olduğuna dair görüş için Bkz. KÖKÜSARLI, s. 191.

¹⁹ KAŞIKARA, Serhat, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye*, Ankara 2009, s. 117.

²⁰ KARAMAN, Ebru, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, İstanbul 2013, s. 178; Farklı bir görüş için Bkz. AYDIN, Öykü Didem, "Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, Sa. 4, s. 131.

²¹ İNCEOĞLU, Sibel (Editör), *İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (İnceleme)*, İstanbul 2013, s. 221.

etkili başvuru hakkının sarih bir surette düzenlenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak md. 40 mahiyeti itibariyle “etkili başvuru hakkının” kapsam ve niteliğine sahip olarak telakki edilebilir.

Etkili başvuru hakkı, AİHS md. 13’te ve 1982 Anayasası’nda “Temel hak ve hürriyetlerin korunması” başlıklı md. 40’da düzenlenmektedir²². Buna göre AİHS’nde yer alan temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini iddia eden herkesin bu fiilin resmi görev yapan kimseler tarafından dahi yapılmış olsa “ulusal bir makama” etkili bir başvuru yapma hakkına sahip olduklarını ifade etmektedir. Bu bağlamda mahkemeye erişim hakkı ile etkili başvuru hakkı arasında yakın ve organik bir ilişki vardır²³.

Etkili başvuru hakkı ile mahkemeye erişim hakkı arasında bazı noktalarda benzerlikler ve farklılıklar olduğundan bahsedilebilir. Golder kararında AİHM’in ifade ettiği üzere 6. maddenin bireylerin haklarını ulusal bir mahkemede aramaktan ve fiilen bir mahkemeye erişimden yoksun bıraktığı söylenemez. Mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkının bir unsurudur. Bu madde bir mahkeme hakkını ve bu mahkemeye erişim hakkını cisimleştirir. Bu şekilde yapılan bir yorum, mahkemeye erişim hakkının etkili başvuru hakkının sağlamayı niyetlendiği garantiyi bir dizi noktada genişletmektedir²⁴. Bu yönüyle meseleyi ele alan AİHM, birçok davada 6. madde ve 13. maddi birbirine harmanlayan bir yorum yapmıştır. Örneğin bir disiplin cezasına karşısında kısa sürede sonuç alınacak bir hukuk yolunun öngörülmemiş olmasını 6. madde ile bağlantılı olarak 13. madde bakımından ihlal olarak değerlendirmiştir²⁵.

Mahkemeye erişim hakkı ile etkili başvuru hakkı arasında yakın bir bağ olmakla birlikte başvuru sahipleri yönlendirdikleri ulusal mercilerle dolayısıyla birbirlerinden ayrılmaktadırlar²⁶. Mahkemeye erişim hakkı,

²² Madde 40/1 – “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.”

²³ TANRIKULU, Sezgin, *Avrupa İnan Hakları Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı*, Ankara 2012, s. 208.

²⁴ TANRIKULU, s. 209.

²⁵ Kenan-Birleşik Krallık davası; Benzer yönde bir disiplin cezasına karşı bulunan yargı yolunun etkililiğini inceleyen AİHM Kayasu kararında HSYK’nın disiplin cezalarına karşı yapılan itirazları inceleyen İtirazları İnceleme Yüksek Kurulu’nun yapısının yeterince bağımsız olmadığı gerekçesiyle 13. madde dolayısıyla ihlal bulmuştur. **KAYASU -TÜRKİYE DAVASI (Türkçe özet)**, Başvuru no: 64119/00 ve 76292//01, 13/11/2008. (http://www.inhak.adalet.gov.tr/antalya/aihm_turkiye/kayasu.pdf, erişim 20 Kasım 2014)

²⁶ AKTEPE ARTIK, s.77; İNCEOĞLU, *Adil Yargılanma*, s. 109.

bireylerin bağımsız ve tarafsız bir yargı yerinde haklarını aramalarını güvence altına alırken etkili başvuru hakkı ise “ulusal makamlara” işaret ederek bu yönüyle daha güvenli bir koruma sağlamaktadır²⁷. Ancak dikkati çekmelidir ki, yargı makamları da ulusal makamlar olarak kabul edileceğinden yargı mercilerine başvuru bakımından bu iki hak çatışmaktadır. Bu tür durumlarda, adil yargılanma hakkı kapsamında bir ihlal ortaya çıkmışsa daha genel ve soyut bir koruma sağlayan etkili başvuru hakkı bakımından ayrıca bir inceleme yapılmasında bir fayda yoktur²⁸.

AİHM içtihatları dikkate alındığında ise 6. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edilen mahkemeye erişim hakkının kapsamı “medeni hak ve yükümlülükler” ile bir “suç “isnadının” varlığına bağlıdır. Ancak 13. maddede düzenlenen etkili başvuru hakkının kapsamı ise Sözleşmede düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddiasına dayanır. Böylelikle md. 13 ile sadece devlet organlarının işlem ve eylemlerinden kaynaklanan Sözleşme ihlallerine değil, kişiler tarafından gerçekleştirilen ihlallere karşı da uygulama alanı bulmaktadır²⁹. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkı bağımsız bir biçimde kullanılabilir bir hak iken etkili başvuru hakkının kapsamının sözleşmede düzenlenen hakların ihlaline bağlı olarak ileri sürülebilen tek başına bir hak iddiası içermeyen bir yapısı olduğundan bahsedilebilir. Bu yönüyle de mahkemeye erişim hakkı, etkili başvuru hakkından daha kuşatıcı bir görünüm arz etmektedir³⁰.

1982 Anayasası açısından konu ele alındığında ise birbirine yakın sonuçların ortaya çıktığı görülmektedir. Zira md. 40’da “*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.*” denilmektedir. Dolayısıyla md. 36’da yargı mercileri önünde davalı ve davacı olarak iddia ve savunma hakkından bahsedilmeyken 40. madde “yetkili makamdan” bahsedilerek daha geniş bir kavram kullanılmaktadır. Ayrıca md. 40’da kapsam Anayasa ile tanınmış tüm hak ve hürriyetler ile geniş tutulmaktadır. Ancak AYM’nin bireysel başvurulara ilişkin kararlarında da görüldüğü üzere md. 36’da düzenlenen adil yargılanma hakkının kapsamı da tıpkı AİHS ve AİHM içtihatlarında olduğu gibi “*medeni hak ve yükümlülükler*” ile kişinin

²⁷ TANRIKULU, s. 211.

²⁸ TANRIKULU, s. 211; **CASE OF AIREY v. IRELAND**, parag. 25.

²⁹ ANAYURT, Ömer, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, Ankara 2004 s. 133.

³⁰ TÜRMEEN, s.41, Ayrıca Bkz. İNCEOĞLU, *Adil Yargılanma*, s.109.

kendisine karşı yöneltilen bir “suç isnadı” ile sınırlandırılmaktadır³¹. Bu açıklamalar ışığında denilebilir ki, mahkemeye erişim hakkı, Anayasa md. 36’da düzenlenen hak arama hürriyeti ile ilişkilendirilebilirken AİHS md. 13’te düzenlenen etkili başvuru hakkı ise Anayasa md. 40’ta temel hak ve hürriyetlerin korunması başlığı ile düzenlenmektedir.

1.2. Mahkemeye Erişim Hakkının Sınırları

Anayasa md. 36’da mahkemeye erişim hakkının yasayla sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenleme yer almamış ve sınırlama sebebi öngörülmemiştir. Bununla birlikte bu hakkın mutlak bir hak olduğu söylenemez. Sınırlama kaydı içermeyen haklar bakımından elbette hakkın norm alanının belirlediği ve hakkın niteliğinden doğan bir takım sınırları mevcuttur. Bu bağlamda her ne kadar Anayasa’da sarıh olarak bir sınırlandırma hususu belirtilmemiş olsa da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddede yer alan sınırlandırma güvencelerinden –bilhassa kanun ile sınırlandırma ve sınırlandırmanın ölçülü olması prensipleri-yararlanılabilecektir³². Ayrıca AİHM içtihatlarında bu mahkemeye erişim hakkının doğasında bir takım sınırlandırmalar olduğu ve doğası gereği Devlet tarafından kabul edilebilirlik şartları gereğince sınırlandırmaların olabileceği kabul edilmektedir³³.

AİHM, mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılma kriterlerini Ashingdane davasında belirlemiştir. Bu kriterlere göre, mahkemeye erişim hakkının bireylerin ve toplumun ihtiyaçlarına göre çeşitli zaman ve yerlerde Sözleşmeciler Devletlerce sınırlandırılabilir bir hak olduğunu kabul etmekle birlikte sınırlandırmalar sonucunda bireylerin bu temel hakkını kullanmasına zarar verilmemesi gerekmektedir. Bu ifadeleri takiben AİHM, yapılan sınırlamalar “meşru bir amaca” yönelik değilse ve “amaç ile yapılan sınırlandırma arasında makul bir denge” mevcut değilse bu sınırlamanın mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği sonucuna varmaktadır³⁴. AİHM’ne göre küçükler, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olanlara,³⁵ hükümlülere, müflislere

³¹ B. No: 2013/5274, 16/7/2014, parag. 11 ; B. No: 2012/13, 2/7/2013, parag. 38.

³² İNCEOĞLU, *İnceleme*, s. 220; Anayasal olarak hakların nasıl sınırlandırılacağına dair Bkz. TUNÇ, Hasan, BİLİR, Faruk, YAVUZ, Bülent, *Türk Anayasa Hukuku* b. 5, Ankara 2014, s. 112-114; Benzer yönde AYM’nin somut norm denetimine ilişkin kararı için Bkz. AYM, E. 2007/33, K. 2011/48, K.T. 24/3/2010.

³³ Golder-Birleşik krallık Bkz. DOĞRU, s. 116; **CASE OF ASHİNGDANE v. UNITED KINGDOM**, parag. 57.

³⁴ **CASE OF ASHİNGDANE v. UNITED KINGDOM**, parag. 57.

³⁵ Her ne kadar AİHM akıl hastalığı olanlara karşı getirilen sınırlamaları mahkemeye erişim

yönelik sınırlandırmalar, Ashingdane kriterleri içerisinde kalmak kaydıyla meşru bir amaca sahip olarak kabul edilmektedir. Kendisinin tarafı olacağı bir yargı sürecini başlatmak isteyen kişinin kendisi tarafından değil de, sadece başka bir kişi veya kurum aracılığıyla bu süreci başlatabilmesi ise Ashingdane kriterleri açısından değerlendirildiğinde haklı bulunması güç bir durumdur³⁶. AYM de somut norm denetimi yoluyla önüne gelen bir başvuruda bu hususu inceleme imkânı bulmuştur. Söz konusu olayda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 41. maddesinin onikinci fıkrasının ilk tümcesinde, “*Mahallerde kullanılan ve/veya iletimi yapılan eser; icra, fonogram, yapım ve yayınlar üzerinde hak sahibi olan gerçek veya tüzel kişiler; bunların kullanımına ve/veya iletimine ilişkin ödemelerin yapılmasını ancak yetki verdikleri meslek birlikleri aracılığıyla talep edebilirler.*” hükmü düzenlenmektedir. AYM, bu hükmün fikir ve sanat eserlerinin kullanımı veya iletimi ile kendilerine ödeme yapılması gereken hak sahiplerinin, meslek birliğini aracı yapmaksızın doğrudan adli ve idari mercilere başvuru haklarını ortadan kaldırdığını ifade etmiş ve söz konusu hükmü iptal etmiştir³⁷.

Bu noktadan hareketle AYM de AİHM içtihatlarında olduğu gibi mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılabilirliğini öngörmekte ve bireylerin etkili ve pratik bir yargı yolu kullanmasını engelleyen sınırlamaları ihlal olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal etmektedir³⁸.

Su ana kadar AYM önünde karara bağlanan başvurularda mahkemeye erişim hakkının sınırları belirli bir gruplamaya tabi tutulacak olursa, aşırı para

hakkının ihlali olarak değerlendirmemekteyse de akıl hastası olduğu iddia edilen ve bu nedenle de kısmi olarak ehliyetinde yoksun bırakılan başvurunun bu nedenle ortaya çıkan hukuki ehliyetsizliğine itiraz etmek için Savcıdan talepte bulunabilmesini ancak doğrudan mahkemeye başvuramamasını ihlal olarak değerlendirmiştir. AİHM'ne göre mahkemedan, bir ehliyetsizlik kararının gözden geçirilmesini talep etme hakkı, ilgili kişi için en önemli haklardan biridir çünkü böyle bir dava, özgürlüğe getirilebilecek kısıtlamalar da dahil olmak üzere, tüm hak ve özgürlüklerin kullanılması için belirleyicidir. AİHM bu kararında yirmi Avrupa devletinin iç hukuklarına da atıfta bulunarak bu ülkelerin on sekizinin iç hukuklarında bu tür durumlara ilişkin doğrudan mahkemeye başvurma hakkı getirdiğini ifade etmiştir. Bkz. **STANEV/BULGARİSTAN DAVASI (Türkçe Çeviri)**, Başvuru no. 36760/06, 17/1/2012, parag. 233-248. (http://www.inhak.adalet.gov.tr/yabanci_karar/stanev.pdf, erişim 20 Kasım 2014)

³⁶ Philips-Greece Bkz. İNCEOĞLU, *Adil Yargılanma*, s. 121.

³⁷ AYM, E. 2007/33, K. 2011/48, K.T. 24/3/2010.

³⁸ B. No: 2012/603, 20/2/2014, parag. 30-37; B. No: 2012/791, parag. 52.

cezası ve vekâlet ücreti, başvuru ve itiraz süreleri ve kanunun katı bir biçimde uygulanması şeklinde olacaktır. Ancak daha sonraki süreçte başvurulara konu olması muhtemel mahkemeye erişim hakkına getirilebilecek kimi sınırlamalar da AİHM içtihatlarından yola çıkarak ifade edilmeye çalışılmıştır.

1.1.3. Aşırı Para Cezası ve Vekâlet Ücreti

Mahkemeler önünde aşırı yığılmaların önlenmesi ve adalet yönetimini sağlamak amacıyla para cezası uygulaması gerçekte mahkemeye erişim hakkına aykırı değildir. Fakat verilen para cezasının miktarı, özellikle söz konusu davanın koşullarında, bir kişinin mahkemeye erişim hakkından yararlanıp yararlanmadığını belirlemede kullanılan önemli bir faktördür. Ayrıca mahkemeye erişim hakkına getirilen bu tür sınırlandırmalar meşru birer amaca hizmet etmek durumundadır ve bu meşru amaç ile sınırlandırma arasında makul bir denge gözetilmelidir³⁹.

AYM, başvuruların mahkemelerde hak arama hürriyetini sınırlandıran aşırı para cezalarını ihlal olarak kabul etmektedir. Bu yönde 2013/1780 sayılı başvuruda başvurucunun bir davada karar düzeltme talebinin reddedilmesi üzerine kendisine verilen 219,00 TL para cezasına hükmedilmesi konu edilmektedir. Bu başvuruda AYM, bu tür para cezalarının gereksiz yere karar düzeltme başvurularının engellenmesi ve adaletin daha iyi işletilmesi gerekçesiyle para cezalarının uygulanabilir olduğunu ve söz konusu olayda ifade edilen para cezasının başvurucu üzerinde önemli bir yük oluşturmadığı ve mahkemeye erişim hakkının fiilen ve etkili bir biçimde kullanılmasını engellemediği sonucuna vararak ihlal tespit etmemiştir.⁴⁰

AYM, vekâlet ücreti ile ilgili olarak da benzer bir yaklaşım sergilemektedir. Bir davada başvurucunun idareye karşı açmış olduğu davayı kaybetmesi dolayısıyla aleyhine hükmedilen 2.400 TL değerindeki vekâlet ücretini değerlendirmiştir. Bu bağlamda AYM, vekâlet ücretinin mahkemeye

³⁹ AİHM, Türkiye aleyhine açılan bir davada ihale ile ilgili olarak yargılamanın tarafına verilecek olan para cezası ile ilgili olarak ilgili kanun olan 2004 sayılı Kanun md. 134'de bir üst sınır belirlenmemekle birlikte ihalede yapılan teklifin %10'u olarak bir oran düzenlendiğini ve bu noktada mahkemeye bir takdir yetkisi bırakılmadığını ifade etmiştir. Söz konusu oran ilgili yargılamada ise 140.000 Avro'ya tekabül etmekte ve bu da başvurucunun mahkemeye erişim hakkını sınırlandırıcı bir oran olarak kabul edilmektedir. Bkz. **SACE ELEKTRİK TİCARET VE SANAYİ A.Ş. / TÜRKİYE DAVASI (Türkçe Çeviri)**, Başvuru no. 20577/05, 22/10/2013, parag. 24-34.

⁴⁰ B. No: 2013/1780, 20/3/2014, parag. 44. Benzer bir başvuruda karar düzeltme talebinin reddine ilişkin olarak verilen 203,00 TL para cezası da benzer gerekçeler ile açıkça dayanaktan yoksun olarak değerlendirilmiştir. Bkz. B. No: 2012/603, parag. 30-37; B. No: 2013/2507, 6/3/2014, parag. 36-42; B. No: 2013/735, 17/9/2014, parag. 50.

erişim hakkı ile ilişkisi olduğuna vurgu yapmaktadır. Gereksiz başvuruların önlenerek dava sayısının azaltılması ve böylece mahkemelerin fuzulî yere meşgul edilmeksizin uyuşmazlıkların makul sürede bitirebilmesi için başvuruculara belli yükümlülükler getirilebileceğini öngören hükümlerin dava açmayı imkânsız hale getirmedikçe ya da aşırı zorlaştırmadıkça mahkemeye erişim hakkını ihlal olarak sayılamayacağını belirterek somut olayda vekâlet ücretinin ihlal teşkil etmediği sonucuna varmıştır⁴¹.

AİHM tarafından da benzer yönde kararlar verildiği görülmektedir. AİHM, Ait-Mouhoub davasında bir ceza yargılamasına üçüncü kişi olarak katılmak isteyen başvurucuya 80.000 Fransız Frank'ı güvenlik bedeli maliyet çıkartılması nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir⁴².

Hükmedilen vekâlet ücretinin dava açmak isteyenlere aşırı bir külfet getirip getirmeyeceği hususunun değerlendirilmesinde öngörülen miktarın ülke şartlarına göre ne ifade ettiği, başvurucunun ödeme gücünün ve davanın özel şartları gibi hususların dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir⁴³. Bu bağlamda vekâlet ücretinin getirilmesi mahkemeye erişim hakkını sınırlandıran bir husus olsa da bu sınırlama birey ve kamu yararı arasında makul bir denge kurulması hâlinde meşru görülebilecektir⁴⁴. Bu makul dengenin kamu yararı lehine bozulması ve tarafların davayı kaybetmeleri durumunda karşı tarafa vekâlet ücreti ödemeleri, belirli dava koşulları çerçevesinde mahkemeye başvurularını engelleme ya da mahkemeye başvurularını anlamsız kılma riski taşımaktadır. Bu nedenle davanın özel koşulları da vekâlet ücretinin tespit

⁴¹ B. No:2013/1613, 2/10/2013, parag. 39-41; B. No: 2012/574, 6/2/2014, parag. 62; B. No: 2012/575, 8/5/2014, parag. 62; Ancak aynı kararın karşı oy gerekçelerinde üye Hicabi Dursun, vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkının bir sınırı olduğunu vurguladıktan sonra bu sınırı meşru kılan, meşru amaç ve meşru oran ile sınırlandırma arasındaki makul orantılıktan bahsederek hükmedilen 2.400 TL değerindeki vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkını ihlal olarak sayılması gerektiğini vurgulamıştır. Keza aynı şekilde diğer üye Zühtü ARSLAN' da benzer gerekçeler ile ihlal olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bkz. B. No: 2013/1613, Zühtü ARSLAN'ın karşı oy gerekçesi.

⁴² **CASE OF AIT-MOUHOUB v. FRANCE**, Application no.103/1997/887/1099, 21/10/1998, parag. 37, 57-58.

⁴³ Bu bağlamda yaptığı değerlendirmede AYM, kamu görevlisi olan bir başvurucunun sürekli elde ettiği gelir de göz önünde bulundurulduğunda 1200 TL'lik vekâlet ücretinin başvurucuya dava açmasını imkânsız kılacak veya aşırı derecede zorlaştıracak ağır bir ekonomik yük getirdiğinden ve bu surette mahkemeye erişim hakkına yönelik orantısız bir müdahale oluşturduğundan söz edilemeyeceğini ifade etmiştir. B. No: 2012/1061, 21/11/2013, parag. 33-34.

⁴⁴ B. No. 2012/791, parag. 54-55.

edilmesi noktasında bu makul oranın belirlenmesinde dikkate alınan bir unsur olmalıdır. AYM önüne gelen bir başvuruda, maddi durumunun elverişsizliği nedeniyle lehine adli yardım yapılması hükmedilmiş olan başvurucu, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) önünde görülen tazminat davasını başvuru konusu yapmıştır. Bu tazminat konulu dava görülmeye başladığında AYİM yargılamasında ıslah müessesesi olmaması nedeniyle yüksek bir miktar tazminat talebinde bulunmuş ancak bu miktarın az bir oranı mahkeme tarafından kabul görmüştür⁴⁵. Ayrıca yine bu yargılama görülmeye başladığında Askeri idari yargılamasında bazı tam yargı davalarında belli koşullarda bulunan vekâlet ücreti için, davanın görülmesi devam ederken 659. sayılı KHK ile kaybedilen her dava açısından idare lehine vekâlet ücreti ödenmesi hükmü tesis edilmiştir⁴⁶. Buna göre de AYİM başvurucunun kabul olunmayan tazminat miktarı nedeniyle davalı idareye elde ettiği tazminat miktarının yaklaşık olarak dörtte üçü oranında bir meblağı vekâlet ücreti olarak ödemesine hükmetmiştir. AYM, bu başvuru hakkında yaptığı ilk değerlendirme sonucunda tesis edilen vekâlet ücreti kurumunun hukuk hizmetlerinde etkililik ve uzmanlaşma ile kamu yararının sağlanmasına yönelik amacı dikkate alındığında müdahalenin meşru amacının bulunduğunu ifade etmiştir. Ancak başvurunun somut koşulları bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurucunun maddi durumunun elverişsiz olması nedeniyle lehine adli yardım kararı verildiği, ıslah müessesesi olmaması nedeniyle tazminat talebini yüksek tuttuğu ve elde ettiği tazminat miktarının yaklaşık dörtte üçü gibi bir oranını vekâlet ücreti adı altında davalı idareye ödemek zorunda bırakıldığı görülmektedir. Bu nedenle de AYM, tazminat davasının bu şekilde başvurucu açısından anlamsız hale geldiği ifade ederek mahkemeye serişim hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir⁴⁷.

1.1.4. Başvuru ve İtiraz Süreleri ile Kanun Hükümlerinin Katı Bir Biçimde Uygulanması

Mahkemeye erişim hakkının sınırını teşkil eden bir diğer unsur da başvuru ve itiraz süreleridir. Dava açma ya da kanun yollarına başvuru için bir takım sürelerin öngörülmesi, bu süreler dava açma hakkını engelleyecek ölçüde kısa olmadıkça hukukî belirlilik ilkesinin bir gereğidir ve adaletin iyi

⁴⁵ Somut dava şartlarında 200.000 maddi 100.000 manevi tazminat talep edilmişken mahkeme davalı idarenin başvurucuya 25.000 tazminat ödenmesine hükmetmiştir. B. No. 2012/791, parag. 57.

⁴⁶ B. 2012/791, parag. 54-57.

⁴⁷ B. 2012/791, parag. 65-66.

biçimde işlemesi açısından kabul edilebilir sınırlamalardır⁴⁸. Bu nedenle de mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak görülemez. Ne var ki, öngörülen süre koşullarının açıkça hukuka aykırı olarak yanlış uygulanması ya da yanlış hesaplanması nedeniyle bireyler dava açma ya da kanun yollarına başvuru hakkını kullanamamışsa mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini kabul etmek gerekmektedir⁴⁹. Bu bağlamda AYM önüne gelen bir başvuruda, yargılama makamı başvuru vekilinin mazeret dilekçesi vermek suretiyle duruşmaya katılamamasını haklı bulmuştur. Akabinde hâkim, tarafınca belirlenen ve UYAP portalında belirtilen duruşma günü ve saatinde yapılmasına karar vermiştir. Ancak yargılamanın UYAP portalında gösterilen tarihten iki gün önce yapılmıştır. Bu duruşmada da davalı taraf hazır bulunmuş ve bilirkişi raporları sunulmuş ve davalı tarafın bu rapora ilişkin itirazları tutanağa geçirilmiştir. Ancak başvuru vekili bu duruşmaya katılmadığından bilirkişi raporlarını inceleyememiş ve görüşlerini mahkemeye sunamamıştır. AYM bu husus üzerine yaptığı değerlendirmesinde yargılama makamının tarihi yanlış değerlendirmesi dolayısıyla mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁵⁰.

Mahkemeye başvuru hakkının yasal bir takım şartlara tabi tutulması kabul edilebilir olsa da, mahkemeler usul kurallarını uygularken bir yandan âdil yargılanma hakkını ihlâl edebilecek aşırı şekilcilikten, diğer yandan da yasalar tarafından düzenlenen usul kurallarının ortadan kaldırılması sonucunu doğurabilecek aşırı gevşeklikten kaçınmalıdır⁵¹. Özellikle bu husus, bir ihtisas mahkemesinin bulunmadığı yerlerde ihtisas mahkemesi sıfatıyla yargılama yapan mahkemelerin kararları bakımından önem taşımaktadır. Zira bu sıfatın yargılama boyunca ve karar verilirken özellikle belirtilmemesi, farklı yargılama usulleri bakımından öngörülen temyiz süreleri ve bu sürelerin başlaması usulündeki farklılıklardan dolayı sorun teşkil edebilir. AYM bu yönde bir başvuruyu karara bağlamıştır. Söz konusu başvuru, Asliye Hukuk

⁴⁸ TÜSİAD, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti Yargı Reformu (Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku)*. İstanbul 2003, s. 28; Mahkeme, başvuruçunun 18. yaş gününden 6 yıl sonra dolan süre sınırı için eski olayların mahkeme önüne getirilmemesinde yargılamanın kalitesini sağlamak ve potansiyel savunma tarafını da eski iddialar ile karşı karşıya bırakmamak gibi meşru bir amaç olduğuna hükmetmiştir. Bkz. **CASE OF STUBBINGS AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM**, Application no. 22083/93; 22095/93, 2210/1996, parag. 51.

⁴⁹ TÜSİAD, s. 28; Bkz. **CASE OF PÉREZ DE RADA CAVANILLES v. SPAIN**, parag. 47-50; Ayrıca **CASE OF OSU v. ITALY**, Application no. 36534/97, 11/7/2002, parag. 36-40.

⁵⁰ B. No: 2012/603, parag. 52-54.

⁵¹ B. No: 2012/855, 26/6/2014, parag. 39.

Mahkemesi tarafından İş Mahkemesi sıfatıyla görülen bir iş davası ile ilgilidir. Başvurucu, Asliye Hukuk Mahkemesi'nin bu sıfatı yargılama tutanaklarında ve son duruşmada kısa kararda belirtmediğini ve temyiz yollarının belirtilmesi hususunda da sadece "yasa yolu açık olmak üzere" ibaresinin belirtildiğini ifade etmiştir. 22/5/2010 tarihinde kendine tebliğ edilen karar için başvurucu, 23/7/2010 tarihinde temyiz talebinde bulunmuştur. Temyiz süreleri, İş Mahkemeleri'nde tefhimden itibaren sekiz gün iken Hukuk Mahkemeleri'nde tebliğ ile birlikte başlayarak on beş gündür⁵². Başvurucunun 23/5/2010⁵³ tarihinde yaptığı temyiz başvurusu Yargıtay'ca başvurucu ve davalılardan biri yönünden temyiz talepleri süresinde yapılmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. AYM bu konu hakkında yaptığı değerlendirmede, özellikle Yargıtay'ın daha öncesinde verdiği kararlara atıflarda bulunarak bir başka mahkeme sıfatıyla yargılama yapan mahkemelerin bu sıfatı belirtmelerinin önemine vurgu yapmıştır.⁵⁴ AYM, davanın bir başka davalısının süresinde yaptığı temyiz üzerine Yargıtay'ın verdiği bozma kararında olayın iş kazası ve buna bağlı olarak davanın iş kazasından kaynaklanan tazminat davası niteliğinde olup olmadığı belirlenmediği sonucuna varmasından hareketle davanın niteliğinin de başvurucu tarafından öngörülmesinin zor olması nedeniyle bir hukuki belirsizlik olduğuna vurgu yapmıştır⁵⁵. Bu açıklamalar sonucunda AYM, derece mahkemesinin kanun yolunu ve süresini açıkça belirtmemesinin ve Yargıtay'ın temyiz talebini süreye ilişkin usuli hükümleri oluşan hukuki belirsizliği dikkate almaksızın, oldukça katı uygulaması sonucunda

⁵² 5521 sayılı Kanun'un 8. maddesi gereği iş davalarında 8 günlük temyiz süresi tefhimle başlamakta, 1086 sayılı Kanun'un 432. maddesine göre ise hukuk davalarında ise 15 günlük temyiz süresi kararın tebliği ile başlamaktadır.

⁵³ Başvurucunun iddiaları kısmında tarihler Ağustos ayının 22 ve 23'ü olarak belirtilirken (22/7/2010-23/7/2010) esas hakkında yapılan değerlendirmede tarihler Mayıs ayının 22 ve 23 'ü (22/5/2010-23/5/2010) olarak belirtilmektedir. Biz çalışmamızda AYM'nin esas hakkında yaptığı değerlendirmeyi esas almaktayız.

⁵⁴ "Kural olarak başka bir mahkeme sıfatıyla görülmek üzere dava açılan bu gibi hallerde Asliye Hukuk Mahkemesi'nin yargılamaya hangi sıfatla baktığını tensip kararından başlayarak karara bağlaması ve buna göre yargılamayı sürdürmesi, sonuçta da nihai kararında göstermesi gerekir. Bu husus uygulanacak yargılama yöntemi, temyiz süresi ve diğer usul kurallarının uygulanması açısından büyük önem taşımaktadır. Örneğin, İş mahkemesi sıfatıyla Asliye Hukuk Mahkemesi'ne açılan bir davada seri yargılama usulü uygulanacağı gibi, temyiz süresi de tefhimle başlayacağından mahkemenin bu sıfatla davaya baktığını karar altına alması ve nihai kararında da göstermesi gerekir. Asliye Hukuk ve İş Mahkemeleri yönünden temel farklılıklar gözetildiğinde böyle bir belirleme yapılmamış olması usule aykırı olacaktır." gerekçesiyle ön sorunu aşarak davanın esasına girmiş ve yerel mahkemenin direnme kararını bozmuştur (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2011/19-446, K.2011/569, 28/9/2011). Bkz. B. No: 2012/855, parag. 45.

⁵⁵ B. No: 2012/855, parag. 43.

başvurucunun davasını temyizde esastan inceletmesinin engellenmesi dolayısıyla mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁵⁶.

Bir diğer başvuruda başvurucunun, hakkında Mersin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilen idarî yaptırım kararına karşı başvuru dilekçesini Mersin Nöbetçi Sulh Ceza Mahkemesi'ne sunulmak üzere Mersin Cumhuriyet Başsavcılığı Kabahatler Bürosu'na gönderilmesi için 17/10/2012 tarihinde Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı Muhabere Bürosuna vermiştir. Başvuru dilekçesinin kabul edildiği tarih olarak ise dilekçenin Mersin Nöbetçi Sulh Ceza Mahkemesi'ne ulaştığı tarih olan 7/11/2012 tarihi belirtilmiş ve kabul edilmemiştir. AYM ise başvurucunun dilekçesini düzenleme tarihini, Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı Muhabere Bürosuna verdiği 17/10/2012 tarihinin kabulünün gerekli olduğunu dile getirmiştir⁵⁷. Zira hukukumuzda değişik kanunlarda dava ve başvuru yollarını düzenleyen usul kanunlarında başvurunun incelemeye yetkili mercii dışındaki merciler yoluyla yapılmasını öngören düzenlemelere yer verilmiştir.⁵⁸ Bu nedenle eş değer düzeydeki merciler aracı yapılarak yapılan başvurularda aracı kılınan mercii tarafından yapılan başvuru tarihi esas kabul edilmektedir⁵⁹. Bu nedenle de AYM, dilekçenin Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı Muhabere Bürosunda düzenleme tarihi değil de Mersin Nöbetçi Sulh Ceza Mahkemesi'ne dilekçenin ulaşma tarihini kabul etmesi sonucunda başvurucunun mahkemeye erişim hakkından yararlanamadığına ve kendisine uygulanan yaptırımın hukukiliğini incelememesi sonucunu doğurduğunu gerekçe göstererek ihlal kararı vermiştir⁶⁰.

Önemli olarak görülebilecek bir diğer başvuru ise bir askeri personelin terör olayları neticesinde yaralanması ve tazminat talep etmesini konu almaktadır. Kendisine belirli bir miktar tazminat tayin edilen başvurucu, bir süre sonra Nakdi Tazminat Komisyonu'na başvurarak yeni bir tazminat talep etmiştir. Ancak kanuni süre dolmuş olmasına rağmen kendisine bu komisyondan bir tebliğ veya aynı mahiyette bir evrak gelmeyince konuyu AYİM'e taşımıştır. Ancak bahsi geçen Komisyon'un kanuni süresi içerisinde

⁵⁶ B. No: 2012/855, parag. 48-49.

⁵⁷ B. No: 2013/1718, parag. 30.

⁵⁸ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Hakkında Kanunun Dilekçelerin Verileceği Yerler kenar başlıklı 4. maddesi ve 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun geçici 3. Maddesi gereğince yürürlükte bulunan) 431. Maddesi. B. No:2013/1718, parag. 34.

⁵⁹ B. No:2013/1718, parag. 35.

⁶⁰ B. No:2013/1718, parag. 37-38.

talebi kabul etmekle birlikte bu kararı başvuruca tebliğ etmemiş olduğu anlaşılarak AYİM, davayı reddetmiş ve başvuruca harç giderleri ve vekâlet ücreti ödemesine hükmetmiştir. AYM önüne gelen başvuruda ise AYM, hukuki güvenlik ve hukuk devleti ilkelerine atıfta bulunmuştur. Dolayısıyla iki ilkenin de ortak amacının devlet faaliyetlerinin öngörülebilirliğini tesis etmek ve otoritenin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu bir takım güvenceler içermek olduğunu vurgulamıştır⁶¹. Somut olayın değerlendirilmesi sonucu AYM, kanunen öngörülen sürenin geçmiş olduğu halde kendisine bir tebliğ yapılmamış olan başvuruca bu hususu “*zımni ret*” olarak değerlendirmesini bir hak kaybına uğramama kaygısının sonucu olarak değerlendirmiş ve başvuruca ilgili kanunda kendisi için öngörülen idari başvuru ve dava açma usulüne riayet etmiş olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla bu davanın açılmasına sebebiyet verenin başvuruca değil bahsi geçen Komisyon’un süresi içerisinde tebliğ etmesi gereken kararı tebliğ etmemesi olduğunu ve verilen vekâlet ücretlerinin ödenmesi kararının mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymuştur⁶².

Yargılama hakkında yetkili olan mahkemenin süre konusunda kanun hükmünü yanlış yorumlayarak başvuruca bir mahkemede hak talep edebilmesinin engellenmesi de bu bağlamda bir ihlal olarak değerlendirilmiştir. Dava konusu işlem başvuruca 21/3/2012 tarihinde tebliğ edilmiş ancak AYİM, dava açma süresinin başladığı tarih olarak dava konusu işlemin başvuruca tarafından öğrenildiğini kabul ettiği tarih olan 17/9/2010 tarihini kabul etmiştir. Ayrıca başvuruca dava konusu işlemi bu tarihte öğrendiğine dair de bulgular öne sürmüştür⁶³. Ancak gerek Anayasa gerekse usul kanunlarında belirtildiği üzere idarî davaların açılma sürelerinin başlangıcı yazılı bildirim iledir. İlgili mahkemenin bu hukuki kuralı atlayarak dava konusu işlemin öğrenildiği tarihi dava açma süresinin başlangıcı kabul etmesiyle birlikte başvuruca mahkeme önünde hak talep etmesinin engellenmesi mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir⁶⁴.

Kanunların aşırı katı bir biçimde uygulanması sonucunda bireylerin uyumsuzluklara ilişkin taleplerini yargı önüne çıkartamıyor olması var olduğu

⁶¹ B. No: 2013/3063, 26/6/2014, parag. 41-46.

⁶² B. No: 2013/3063, parag. 47-55.

⁶³ Ancak idarî işlemlerin sürekli olarak dava tehdidi altında kalmasını engellemek, kamu hizmetinin hızlı ve etkinliğini sağlamak adına idarî davaların açılma süresi kanunlarla düzenlenmiş; Anayasa’nın 125. ve çeşitli usul kanunları uyarınca bu sürelerin işlemeye başlaması yazılı usulle olmaktadır. B. No: 2012/660, 7/11/2013, parag. 66.

⁶⁴ B. No: 2012/660, 7/11/2013, parag. 67-74.

düşünülen mahkemeye erişim hakkının etkili ve pratik olmasının önüne geçecek bir diğer uygulamadır. AİHM bu tür başvurularda genellikle ihlal kararı vermektedir⁶⁵.

AİHM kararlarına da atıfta bulunan AYM, mahkemeye erişim hakkının, ilk derece mahkemelerinde verilen bir karara ilişkin olarak kanun yoluna itiraz hakkını kendiliğinden sağlamadığına dikkat çekmektedir. Bu husus, ancak Devlet tarafından bizzat tanınmış bir hak olarak mevcut ise bu sefer başvuru kişinin diğer mahkemelere olduğu gibi kanun yoluna ulaşması da mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirilebilecektir⁶⁶. AYM, bir başvuruda, başvuru kişinin bir ceza yargılaması sonucunda lehine verilmiş bir beraat kararının sonucunu vekâlet ücretine hükmedilmemesi dolayısıyla temyiz etmiştir. Ancak temyiz talebi Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı önündeyken yürürlüğe giren 6352 sayılı kanunun geçici 2. maddesini gerekçe göstererek Başsavcı dosyayı bu geçici madde hükümlerine göre yeniden incelemesi için Yargıtay'a sunmaksızın tekrar ilk derece mahkemesine göndermiştir. İlgili konu ile ilgili Yargıtay uygulamasının benzer durumlarda esastan inceleme yaptığı yönünde olduğuna da atıfta bulunan AYM, Başsavcı'nın dosyayı temyiz incelemesi yapılması için Yargıtay'a göndermesi gerekirken ilk derece mahkemesine tekrar gönderilmesini Anayasada md. 36'da düzenlenen mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir⁶⁷.

AYM önüne gelen bu başvurular da göstermektedir ki, başvuru ve itiraz süreleri ile kanunları uygulamakla yetkilendirilen makamların usul hükümlerini yorumlamadaki aşırı katı tutumları, bireylerin mahkemeye erişim hakkını ihlal etmektedir. Bu nedenle bu usul hükümleri ile ilgili uyuşmazlıkların mümkün olduğunca tarafların lehine yorumlanmasında yarar görmekteyiz.

1.1.5. AİHM İçtihatları Bakımından Ortaya Çıkması Muhtemel Uyuşmazlıklar

Mahkemeye erişim hakkının AYM önüne gelen başvurulardan farklı olarak AİHM nezdinde daha farklı sınırlandırma konuları ile şekillendiği

⁶⁵ Başvuru kişinin yerleşme niyetiyle yapılan anlaşma dikkate alınmaksızın sözleşmenin iptal edilmesine Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun çok sert uygulanması sonucu zaman sınırının dolması nedeniyle itiraz edilememesi mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak görülmüştür. **CASE OF PÉREZ DE RADA CAVANILLES v. SPAIN**, Application no. 116/1997/900/1112, 28/10/1998, parag. 49.

⁶⁶ B. No:2013/500, 20/3/2014, parag. 45-46.

⁶⁷ B. No: 2013/500, parag. 51-56.

görülmektedir. Bu anlamda mahkemeye erişim hakkının sınırlarından biri de adli yardım müessesidir. Bir yargı yerine başvurmak isteyenlerden makul bir miktar harç ve gider masraflarının alınması, yargılama kalitesinin korunması ve gereksiz davaların önüne geçilmesi bakımından meşru bir amaçtır. Ancak kişilerin yargı yerlerinde hak aramalarını imkânsız hale getirecek aşırı masraflar mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak değerlendirilir. Ayrıca maddi durumu elvermeyen kişilere adli yardım yapılması da gereklidir. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin yargılamalarda sıradan bireylerin tek başına karmaşık yargılama sistemini anlaması ve kendini savunabilmesi, hakkını arayabilmesi zor bir beklentidir⁶⁸. Bu manada maddi durumu elvermeyen kişilere yargılama sisteminin karmaşık olduğu ve iç hukukta avukatla temsilin zorunlu olduğu durumlarda ücretsiz avukat yardımı zorunludur. Ancak AİHM, devletlerin bu noktada da bir takım meşru sınırlandırmalara gidebileceğini ifade etmiştir⁶⁹. Pratikte Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, adli yardımın reddi için gerekçeler oluşturmaya ağırlık vererek, Airey ilkelerinin uygulanmasını sınırlı tutmuştur⁷⁰.

Kişinin avukatıyla görüşmesinin engellenerek dolaylı surette mahkemeye ulaşması ve dava açmasının engellenmesi de mahkemeye erişim hakkına getirilmiş bir sınırlandırma olarak dikkati çekmektedir. Bu husus da

⁶⁸ Airey kararında Bayan Airey'in kocasıyla olan davasını incelenmiştir. Bayan Airey, yargılamada avukat yardımından yararlanmak istediğini belirtmiş fakat bu talebi reddedilmiştir. AİHM önündeki davada İrlanda hükümeti Airey'in tarafı olduğu yargılamada avukatla temsilin zorunlu olmadığı avukatsız da davasını mahkeme önüne götürme hakkının olduğunu öne sürmüştür. Fakat AİHM İrlanda hükümeti ve Komisyon'dan farklı bir görüş izhar etmiştir. Mahkemeye göre, mahkemeye erişim hakkı teorik ve yüzeysel bir hak değil etkili ve pratik bir hak. Kocasının avukatla temsil edildiği bir yargılamada Bayan Airey'in avukatsız olarak kendisini savunmasını beklemek zor bir ihtimal olacaktır. Yargılama usulünün karmaşık olması da avukat temsili de bir anlamda zorunlu kılmaktadır. Bu manada AİHM, Golder kararındaki durum ile Airey'in davasındaki durumu değerlendirmiştir. Buna göre Golde kararında Devlet, Golder'in mahkemeye erişim hakkını maddi olarak engellemektedir. Ancak Bayan Airey'in durumu ise farklıdır. Burada Devlet maddi anlamda bir engel koymamaktadır. Lakin mahkemeye erişim hakkını sağlar nitelikte pozitif bir adım da atmamaktadır. Bu bağlamda mahkemeye erişim hakkının devlete pozitif bir sorumluluk yüklediği de söylenebilir. Bkz. **CASE OF AIREY v. IRELAND**, parag. 24-25.

⁶⁹ Bu noktada AİHM adli yardım sağlanması için bazı gerekliliklerin varlığını aramaktadır. Bunlar başvuran açısından söz konusu şeyin önemi, ilgili kanun usulün karmaşıklığı, başvuranın kendisini etkili bir şekilde temsil etme kapasitesi, avukat tarafından temsil edilme konusunda yasal bir şartın varlığı gibi hususlardır. Bkz. **CASE OF STEEL AND MORRIS v. THE UNITED KINGDOM**, Application no. 68416/01, 15/2/2005 (Final 15/5/2005), parag. 61; **CASE OF AIREY v. IRELAND**, , parag. 24-25.

⁷⁰ REID, s. 160.

özellikle Campbell and Fell kararında değerlendirilmiş ve mahkemeye erişim hakkının ihlali olarak yorumlanmıştır⁷¹.

Bu hususlar ile yukarda bahsedilen Ashingdane kriterlerinin birlikte değerlendirildiğinde, mahkemeye erişim hakkına bazı sınırlamaların getirilebileceğinin kabul edildiği görülmektedir. Ancak bu sınırlamalar meşru bir amaca hizmet etmelidir. Bu meşru amaç, delillerin elde edilebilmesinde meydana gelebilecek gecikmelerin önlenmesi, adalet hizmetlerinin daha kaliteli hale getirilmesi ve gereksiz davaların önlenmesi gibi durumları kapsayabilir. Ancak her ne şart ve gerekçeyle olursa olsun hakkın özüne zarar veren ve bireylere tanınan bu hakkın kullanımını sadece teoride kabul eden ancak pratiğe dönüştüremeyen sınırlamaların ihlal olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır.

AİHM bazı kurum ve kuruluşlara tanınan yargılamadan muafiyet hallerinin mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamalar bakımından Ashingdane kriterlerine uyduğu sürece problem teşkil etmediğini düşünmektedir. Bu muafiyetler ise uluslararası kuruluşların milli yargılamalardan muafiyeti⁷², devletlerin muafiyeti,⁷³parlamento muafiyeti⁷⁴

⁷¹ Campbell and Fell davası; Doğru, (2004a), 756; Ayrıca Bkz. **YİĞİTDOĞAN / TÜRKİYE DAVASI (Türkçe Çeviri)**, Başvuru no. 72174/10, 3/6/2014, parag. 63-64.

⁷² AİHM tarafından uluslararası kuruluşların kuruluş amaçlarını özgürce yerine getirebilmeleri adına Devletlerin tek taraflı olarak gerçekleştirdikleri yargılamalardan muaf tutulmaları gerektiğini vurgulamaktadır. **CASE OF WAÏTE AND KENNEDY v. GERMANY**, Application no. 26083/94 ,18/2/1999, parag. 63.

⁷³ Devletlerin birbirlerine karşı açmış oldukları davalarda da bir anlamda meşru amaç ve bu amaçla orantılı bir sınırlandırmanın varlığı aranmaktadır. AİHM, yapmış olduğu incelemede giderek uluslararası toplumda ve ulusal uygulamalarda Devletlerin muafiyetinin azaldığını vurgulamaktadır. Bayan Cudak, Polonya Büyükelçiliğinde sekreter olarak çalışan Litvanyalı bir bayandır. İş yerinde cinsel tacize uğradığı gerekçesiyle Ombudsman'a başvurmuş ancak Polonya elçiliği işyerinden izinsiz ayrıldığı gerekçesiyle işine son vermiştir. Bayan Cudak ise bu durumu Litvanya yargı makamlarına taşımış ancak Litvanya makamları olayı incelemeksizin Devlet muafiyeti ile ilgili bir konu olduğu değerlendirmesi yaparak davayı reddetmişlerdir. AİHM ise Cudak'ın yapmış olduğu işin Polonya Devleti'nin gizli bilgilerine ulaşması ihtimaline götürecek delillerinin sunulmadığını muafiyeti gerektirecek sınırlandırma için meşru amaç ve orantılılık ilkelerinin gerçekleşmediğini ayrıca Cudak'ın Polonya mahkemelerine başvurusunun zorluğunu da göz önünde bulundurarak mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği kararı vermiştir. **CASE OF CUDAK v. LITHUANIA**, Application no.15869/02, 23/3/2010, parag. 60-75.

⁷⁴ Sözleşmecilerde farklı derecelerde kabul gören bir uygulamadır. Halkın temsilcilerinin düşüncelerini rahat ifade edebilmeleri ve partizan tehditlere karşı korkmamadan düşünce açıklamasında bulunmalarını sağlamak adına getirilmiş güvenceler olarak AİHS md. 6/1 kapsamında bir ihlal olarak değerlendirilmemektedir. Bkz. C.G.I.L.and Cofferati (no.2)-Italy, parag. 44 Bkz. European Court On Human Rights, 2013, 16; Ayrıca AİHM'in belirttiği üzere bu tür bir sınırlandırma getirilmesi düşünüldüğünde bu sınırlandırmanın politik olay ve uyuş-

ve memurların muafiyeti⁷⁵ olarak ifade edilebilir.

1.2. Kararın Hukuki Kesinliği

AİHM, hukuk devleti ilkesinin Sözleşmeciler taraf devletlerin ortak mirası olduğunu belirtmiştir. Bu ilke, uyumsuzlukları karara bağlayan mahkemelerin kararlarının sonradan sorgulanmamasını gerekli kılan hukukî kesinlik ile yakından ilgilidir⁷⁶. AİHM'ne göre mahkemenin kesin olarak karara bağladığı bir kararın icrası, taraf veya ilgili devlet tarafından işlevsiz duruma getirilirse mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varılır⁷⁷.

AYM, mahkemeye erişim hakkının, başvurucaunun ihlal edildiğini iddia ettiği bir hakkı ile ilgili uyumsuzluğunu kesin olarak ve etkili biçimde karara bağlama hakkı olduğuna karar vermiştir. Etkili karar hakkı, mahkemeye erişim hakkından türetilmiş bir haktır. Bu hak, bireylere yargılama makamları önünde kesin ve icra edilebilir bir karar alma hakkını tanımaktadır. Mahkeme kararlarının kesinliği ilkesine dayanan bu hakka göre bir yargılama makamının vermiş olduğu bir kararın herkesçe bağlayıcı olmasını ve değiştirilememesini ifade eder. Bu bağlamda AYM, yukarıda incelenmiş olan 2013/500 sayılı kararında beraat kararının sadece vekâlet kısmı temyiz edilen dava hakkında, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın dosyayı Yargıtay'a göndermeksizin tekrar ilk derece mahkemesine göndermesi sonucunda daha önce verilen beraat kararının değiştirilerek verilen kovuşturmanın ertelenmesi kararını

mazlıklar içerisinde yer alması gerekmektedir. Açıkça parlamenter aktiviteler içerisinde yer almayan davranışlar için daha dar bir yorum anlayışına sahip olunmalıdır. Burada anlaşmazlıklar şayet niteliği gereği politik veya parlamenter aktiviteler içinde kalan anlaşmazlıklar değilse mahkemeye erişim hakkı noktasında bir sınırlandırma ölçütü olarak kabul edilmemektedir. Keza AİHM yine aynı kararda Devlet başkanının parlamenter sistem içerisinde önemli bir yer tuttuğunu ve bu nedenle de ileri sürdüğü ifadeleri nedeniyle sorumsuz olması gerektiğini ifade etmekle birlikte bu sorumsuzluğun medeni sorumluluk bağlamında genel kuralın istisnası olduğu durumlarda sorumsuzluk şartlarının açık ve sınırlı bir tarzda düzenlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. **CASE OF URECHEAN AND PAVLICENCO v. THE REPUBLIC OF MOLDOVA**, Applications nos. 27756/05 and 41219/07, 2/12/2014, parag. 44, 47.

⁷⁵ Memurların muafiyeti özellikle Osman- Birleşik Krallık kararı ile AİHM tarafından değerlendirilmiştir. Yukarıda ifade edildiği gibi yasama üyelerine veya diğer diplomatik temsilcilerle karşı uygulanacak muafiyetler Ashingdane kriterleri açısından uygundur. Ancak örneğin polise mutlak ve genel bir dokunulmazlık sağlanması, ulusal mahkemenin çatışan diğer kamu yarı konularını gözetenek, polis ihmalinin ve ortaya çıkan zararın ağırlık ve hafiflik dereceleri arasında ayırım yapmaması, davada ortaya çıkan zararın çok ağır olması gibi durumlarda, mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş kabul edilmektedir. Bkz. Osman-United Kingdom, 28/10/1998 Reports 1998 parag. 150-152 Bkz TÜSİAD, s.30.

⁷⁶ Brumarescu v. Romania, Bkz. TÜSİAD, s. 30.

⁷⁷ TÜSİAD, s. 30.

değerlendirmiştir. Bu kararın nedeni beraat kararı verilip söz konusu kararın vekâlete ilişkin hükmünün temyiz edildiği esnada 6352 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesidir. Bu bağlamda AYM, başvurusunun hem temyiz talebinin Yargıtay'ca incelenmemiş hem de beraat kararı aldığı bir davada kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilerek hukuki olarak kesinleşen ilk derece mahkemesi kararının etkisinin ortadan kaldırılması ile mahkemeye erişim hakkı ile birlikte etkili karar hakkının da ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁷⁸.

1.3. Kararın İcrası

Mahkeme kararının cebren icra yoluyla yerine getirilmesi hukuken mümkün olmakla birlikte, yasal boşluklar nedeniyle fiilen uygulanamıyorsa bu durum da mahkemeye erişim hakkının ihlali kabul edilir. Kesinleşmiş bir mahkeme kararı, sonradan iptal edilip hukuki kesinlik ortadan kalkıyorsa da, hakkaniyete aykırılık doğacaktır⁷⁹. AİHM ayrıca Sözleşmeciler bir Devletin iç hukukta almış olduğu bir hükmü nihai hale geliyor ve bundan doğan yükümlülük bir tarafın zararına etkisiz hale geliyorsa bu durumun mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğini ifade etmiştir⁸⁰.

Etkili karar hakkının yanı sıra, kesin hüküm teşkil eden mahkeme kararlarının uygulanması da mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre mahkemenin bir karar vermesi yetmez aynı zamanda bu kararın uygulanabilir olması gerekir. Zira Ali BAHADIR'ın ifade ettiği gibi, mahkemelerin vermiş oldukları kararlar icra edilemiyorsa mahkemelere uyuşmazlıkları çözmesi ve hakkı olana hakkını iade etmesi için bir karar vermesi talebiyle başvurulmasının bir anlamı kalmaz⁸¹. Hukuk sisteminde, nihai mahkeme kararlarını, taraflardan birinin aleyhine sonuç doğuracak biçimde uygulanamaz hale getiren düzenlemeler bulunması veya mahkeme kararlarının icrasının herhangi bir nedenle engellenmesi, mahkemeye erişim hakkının anlamını yetirmesine neden olacaktır⁸².

Nihai karar aleyhine verilen tarafın idare olması, bu hakkın esnetilmesini gerektirmemektedir. Aksine mahkeme kararların icrası noktasında muhatabın bir özel şahıs değil kamu kurumu olduğu durumlarda kararın icrasının eksiksiz

⁷⁸ B. No: 2013/500, parag. 57-62.

⁷⁹ Brumaseau v. Romania, parag. 62 Bkz. TÜSİAD, s. 31.

⁸⁰ **BUYRUK - TÜRKİYE DAVASI**(Türkçe özet), Başvuru no: 14558/03, 8/4/2008. (<http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/14558-03.pdf>, erişim 25 Aralık 2014)

⁸¹ Ali BAHADIR'ın konu ile ilgili açıklamaları için Bkz. SAĞLAM, GÜLENER, KAPLAN, s. 650.

⁸² B. No: 2012/144, 2/10/2013, parag. 28.

ve makul bir sürede yerine getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸³. Devlet, bir kurumu aleyhine verilen nihaî ve bağlayıcı olan bir mahkeme kararıyla ortaya konulan borcunu ifa etmemek için ekonomik kaynak yokluğunu mazeret olarak gösteremeyeceği gibi bu gibi durumlarda bireyler devlete karşı ayrı bir icra takibi yapmaya da zorlanamayacaktır.

AYM özellikle belediye gibi aleyhine karar verilen tarafın kamu kurumu olduğu durumlarda mahkeme kararlarının uygulanmasına için ayrı bir önem vermektedir. Bu yönde bir bireysel başvuru kararında başvuru, Belediyenin şahsına ait olan taşınmaz kamulaştırma işlemi yapmaksızın ve bedelini ödemeksizin el attığı iddiasıyla belediye aleyhine dava açmıştır. Dava sonucunda ise Mahkeme, dava aleyhine sonuçlanan Belediye'nin taşınmaz bedelini başvurucuya ödemesi yönünde hüküm tesis etmiştir. Ancak taşınmazın belediyeye ait olduğunu ve kamu mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin kanun hükmünün varlığını gerekçe gösteren Belediye, bedeli ödememekte diretmektedir. Bu hususu değerlendiren AYM, daha öncesinde vermiş olduğu genel kurul kararına da atıfta bulunarak, idarenin mallarının haczedilemeyeceğini ve bu nedenle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda da öngörüldüğü üzere idareye ayrılan bütçenin borçlarını ödemeye yeterli olmadığı durumlarda kanunî faiz uygulanmak suretiyle borcun taksitlendirilmesi yoluna gidilebileceği ifade etmiştir. Ancak hukuka aykırı olarak başvurusunun mülkiyet hakkına müdahale eden idarenin, Mahkemece hükmedilen tazminat ve alacakları ödememekte diretmesi, hukuki olarak kesinleşmiş mahkeme kararını uygulamamak anlamını taşımaktadır. Bu ise; "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*" şeklinde formüle edilen Anayasa'nın 138. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Dolayısıyla Mahkeme kararını uygulamamak noktasında direten Belediye'nin bu tutumu karşısında AYM ifade edilen gerekçelerle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır⁸⁴.

2. SONUÇ

Mahkemeye erişim hakkı, 1982 Anayasası'nda Hak arama hürriyeti başlığını taşıyan md. 36'da düzenlenmektedir. Buna göre herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde iddia ve savunma

⁸³ SAĞLAM, GÜLENER, KAPLAN, s. 650.

⁸⁴ B. No: 2013/711, 3/4/2014, parag. 48-54.

hakkına sahiptir. Bu hak ile vatandaşların bir mahkemeye ulaşarak hak talep etmelerinin önü açılmıştır. Ayrıca bu kavramın etkili başvuru hakkı ile birbirinden farklı kapsam ve konuları ihtiva ettikleri vurgulanmalıdır.

Mahkemeye erişim hakkı ile ilgili olarak Anayasa'da bir sınırlandırma öngörülmemiştir. Ancak hakkın muhtevası gereği de sınırsız bir hak olarak değerlendirmemek gerekir. Lakin AİHM içtihatları ile de ortaya çıkan bazı saikler ve Anayasa md. 13'te yer alan temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasıyla ilgili olan –bilhassa kanunilik ve ölçülülük- hükümler ile sınırlandırma yoluna gidilebilecektir. Bu noktada bilhassa AYM'nin bireysel başvuru kararları değerlendirildiğinde mahkemelerin başvuru ve itiraz sürelerine ilişkin hükümleri son derece katı uygulamak suretiyle hak kayıplarına yol açtıkları görülmektedir. Bu noktada yargılama makamlarının kanun hükümlerinin ifade ettikleri anlamdan çıkartılabilecek yönlendirmeyi tarafların lehine yorumlaması isabetli bir husus olacaktır. Ayrıca yine bireysel başvuru kararlarından çıkan bir sonuç olarak özellikle idari yargılamalar sonucunda kamu kurumları aleyhine sonuçlanan davaların söz konusu kurumlarca geciktirildiği veya uygulanmamasına yol açtığı görülmektedir. Bu husus mahkemeye erişim hakkına bir ihlal oluşturduğu kadar Anayasa md. 138'de düzenlenen hükme de aykırılık teşkil etmektedir. Öyle sanıyoruz bu tür durumlarda vatandaşlara örnek olması beklenen kamu kurumlarının yargı kararlarını uygulamaması veya geciktirmesi durumunda ayrıca bir yaptırıma tabi tutulması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKTEPE ARTIK, Sezin, Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, b. 1, İstanbul 2014

ANAYURT, Ömer, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*, Ankara 2004.

AYDIN, Mesut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü”. *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 61, Sa. 3, s. 1-37.

AYDIN, Öykü Didem, “Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, Sa. 4, s. 121-170.

DOĞRU, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, b.1, C. II, İstanbul 2004.

European Court On Human Rights, *Guide on Article 6 Right to a Fair Trial (civillimb)*, Council of Europe 2013.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılama” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, İlhan Öztrak’a Armağan*, C. 49, Sa. 1-2, s. 199-234.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* b. 9, Ankara 2011.

İNCEOĞLU, Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler (Adil Yargılanma)*, b. 4, İstanbul 2013.

İNCEOĞLU, Sibel (Editör), *İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme (İnceleme)*, İstanbul 2013.

KARAMAN, Ebru, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, İstanbul 2013.

KAŞIKARA, Serhat, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye*, Ankara 2009.

KÖKÜSARI, İsmail, “Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15 Sa. 1, s. 163-208.

REID, Karen, *Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi, Üçüncü Kitap (Çev. Bahar Öcal DÜZGÖREN)*. İstanbul 2000.

TANRIKULU, Sezgin, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Etkili Başvuru Hakkı*, Ankara 2012.

TUNÇ, Hasan, BİLİR, Faruk, YAVUZ, Bülent, *Türk Anayasa Hukuku* b. 5, Ankara 2014.

TÜRMEEN, Rıza, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma Hakkı”, içinde *Türkiye Barolar Birliği Sempozyum İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı*, Ankara 2004.

TÜSİAD, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti Yargı Reformu (Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Ceza Hukuku)*. İstanbul 2003.

SAĞLAM, Musa GÜLENER, Serdar, KAPLAN, Recep, *Bireysel Başvuru Yuvarlak Masa Toplantıları*, b.1, Ankara 2014.

İnternet: "Haşim Kılıç Antalya'da konuştu". (27 Kasım 2014). *Hürriyet Gazetesi*. <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/27662766.asp>. 24 Aralık 2014'te ulaşılmıştır.

Mahkeme Kararları

AIHM Kararları

BUYRUK - TÜRKİYE DAVASI (Türkçe özet), Başvuru no: 14558/03, 8/4/2008. <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/14558-03.pdf>, 25 Aralık 2014'te ulaşılmıştır.

CASE OF AIREY v. IRELAND, Application no. 6289/73, 9/10/1979.

CASE OF AIT-MOUHOUB v. FRANCE, Application no.103/1997/887/1099, 21/10/1998.

CASE OF ASHİNGDANE v. UNITED KINGDOM, Application no. 8225/78, 28/5/1985.

CASE OF BELLET v. FRANCE, Application no. 23805/94, 4/12/1995.

CASE OF CUDAK v. LITHUANIA, Application no.15869/02, 23/3/2010.

CASE OF HAKANSSON AND STURESSON v. SWEDEN, Application no. 11855/85, 21/2/1990.

CASE OF OSU v. ITALY, Application no. 36534/97, 11/7/2002.

CASE OF STEEL AND MORRIS v. THE UNITED KINGDOM, Application no. 68416/01, 15/2/2005 (Final 15/5/2005).

CASE OF STUBBINGS AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM, Application no. 22083/93; 22095/93, 22/10/1996.

CASE OF URECHEAN AND PAVLICENCO v. THE REPUBLIC OF MOLDOVA, Applications nos. 27756/05 and 41219/07, 2/12/2014.

CASE OF W v. THE UNITED KINGDOM, Application no. 9749/82, 8/7/1987.

CASE OF WAİTE AND KENNEDY v. GERMANY, Application no. 26083/94, 18/2/1999,

KAYASU -TÜRKİYE DAVASI (Türkçe özet), Başvuru no: 64119/00 ve 76292/01, 13/11/2008.

STANEV/BULGARİSTAN DAVASI (Türkçe Çeviri), Başvuru no. 36760/06, 17/1/2012 http://www.inhak.adalet.gov.tr/yabanci_karar/stanev.pdf, 20 Kasım 2014'te ulaşılmıştır.

SACE ELEKTRİK TİCARET VE SANAYİ A.Ş. / TÜRKİYE DAVASI (Türkçe Çeviri), Başvuru no. 20577/05, 22/10/2013. (<http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/saceelektrik.pdf>, erişim 17 Aralık 2014)

YİĞİTDOĞAN / TÜRKİYE DAVASI (Türkçe Çeviri), Başvuru no. 72174/10, 3/6/2014

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, E. 2007/33, K. 2011/48, K.T. 24/3/2010.

AYM, E. 2010/41, K. 2012/19, K.T. 9/12/2012.

B. No: 2012/13, 2/7/2013.

B. No: 2012/144, 2/10/2013.

B. No: 2012/574, 6/2/2014.

B. No: 2012/575, 8/5/2014.

B. No: 2012/603, 20/2/2014.

B. No: 2012/660, 7/11/2013.

B. No: 2012/791, 7/11/2013.

B. No: 2012/855, 26/6/2014.

B. No: 2013/500, 20/3/2014.

B. No: 2013/711, 3/4/2014.

B. No: 2013/735, 17/9/2014.

B. No: 2013/1613, 2/10/2013.

B. No: 2013/1780, 20/3/2014.

B. No: 2013/2507, 6/3/2014.

B. No: 2013/3063, 26/6/2014.

B. No: 2013/5274, 16/7/2014.

TÜRK CEZA HUKUKUNDA MÜSADERE

Kemal GÜNLER*

ÖZET

Ceza hukukunda çok eski devirlerden beri uygulanan, hemen hemen bütün hukuk düzenlerinde bir müeyyide türü olarak rastlanan müsadere, işlenen bir suçtan dolayı belirli kanunî şartlar altında, kişinin bir şey üzerindeki mülkiyet hakkına son verilerek mülkiyetin kamusal karakter taşıyan bir teşekküle geçmesi sonucunu doğuran bir yaptırımdır.

Kökeni Roma hukukuna dayanan müsadere, idealleri için ölümü göze alabilen insanların arkalarında aile fertlerini sefalet içinde bırakmayı göze alamayacakları düşüncesiyle ölüm cezasından bile daha etkili bir yaptırım olarak değerlendirilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nda "Güvenlik Tedbirleri" başlığı altında düzenlenen yaptırımlardan biri de müsaderedir. Kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan, suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya müsadere edilecektir. Bunun mümkün olmaması halinde kanunda bunun değeri kadar para tutarının müsaderesi öngörülmüştür. Kanun, suç işlemenin bir kazanç kaynağı olarak görülemeyeceği ve suçtan elde edilen gelirin kişinin yanında kâr olarak kalamayacağı düşüncesiyle çıkar amacına yönelik olarak işlenen suçlarda suçun işlenmesi suretiyle veya dolayısıyla elde edilen gelirlerin müsadere edilmesi esasını benimsemiştir.

Kanunun müesseseyi, eşya müsaderesi ve kazanç müsaderesi şeklinde iki ayrı maddede ayrıntılı ve kapsamlı olarak düzenlediği, müsadere konusunda çağdaş ceza hukukundaki gelişmeleri de dikkate aldığı ve bununla da müsaderenin suçla mücadelenin en etkin yaptırımlarından biri olmasını amaçladığı söylenebilir.

Anahtar Kelimeler: Ceza hukuku, suç, yaptırım, güvenlik tedbirleri, müsadere

CONFISCATION IN TURKISH CRIMINAL LAW

ABSTRACT

The confiscation, which has being implemented from the very ancient times in the criminal law, found as a type of sanction in almost all law orders, is a sanction arising the result of transferring the ownership to an establishment bearing the public character by terminating the ownership right of a person on a thing, under certain legal terms due to an offense committed.

The confiscation, having its roots in the Roman law, has been considered as a sanction even more effective than the death penalty with the thought of individuals,

* Arş. Gör., Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim elemanı,

who can accept the risk of dying for their ideals, can't risk their family members into poverty behind them.

One of the sanctions regulated under the title of "Security Measures" in the Turkish Penal Law is the confiscation too. The item used in committing a deliberate crime, allocated for committing the crime or arising out from the crime shall be confiscated. In the event of it is impossible, the confiscation of money equal to this value has been stipulated in the law. The law has adopted the basis of confiscating the revenue obtained by means of or through committing the crime in offenses committed for the purpose of interest in contemplation of committing an offense can't be regarded as an income resource and can't get away with the earnings obtained from the offense.

It can be said that the law has regulated the establishment in the form of detailed and comprehensive in two separate articles as property confiscation and earnings confiscation, has also taken into account of the developments in contemporary penal law on the confiscation and has intended to render the confiscation as one of the most effective sanctions in the fight against crime.

Keywords: *Criminal law, crime, sanction, security measures, confiscation*

1. Kavram ve Terim

Ceza hukukunda çok eski devirlerden beri uygulanan, bir müeyyide türü olarak hemen hemen bütün hukuk düzenlerinde rastlanmakta olan müsadere, işlenen bir suçtan dolayı, belirli kanunî şartlar altında, kişinin bir şey üzerindeki mülkiyet hakkına son verilerek mülkiyetin kamusal karakter taşıyan bir teşekküle geçmesini sonuçlayan bir yaptırımdır.

Kökeni Roma hukukuna dayanan¹ müsadere, idealleri için ölümü göze alabilen insanların arkalarında aile fertlerini sefalet içinde bırakmayı göze alamayacakları düşüncesiyle ölüm cezasından bile daha etkili bir yaptırım olarak değerlendirilmiş ve bir kısım ülkelerde özellikle krala isyan suçlarında başlıca ceza olarak uygulanmıştır².

Arapça menşeli *sudûr* kelimesinden türetilen müsaderenin sözlük anlamı, özel mülkiyetin devlet veya hükümdar adına alınması, yasak bir şeyin

¹ Müsaderenin ilk defa Roma hukukunda ortaya çıktığı genellikle kabul görse de (Bkz: CERTEL, s.17), Babil Hukukunda Hammurabi Kanunları ile adam öldürme ve yaralama suçlarında cezanın yanı sıra müsaderenin de öngörüldüğü belirtilmektedir. (Bkz: YERDELEN, s.38.) Keza müsaderenin Eski Yunanda nefiy ve idama mahkûm olanlar hakkında tatbik edilen ikinci derecede bir ceza olduğu da kaydedilmektedir. ARTUK-YENİDÜNYA, s. 88.

² DÖNMEZER-ERMAN, s. 709. Müsaderenin eski Yunanda, Roma, İslam ve Osmanlı hukuklarındaki tatbikatı hakkında bkz: ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, s.864 vd.. Selçuklu ve özellikle Osmanlı Devleti uygulaması için bkz: AKYILMAZ, s. 392 vd.

kanuna uygun olarak zapt edilmesidir³. Doktrin ve uygulamada müsadere yerine öz Türkçe olduğu düşüncesiyle “zor alım” terimi de kullanılmaktadır⁴ ancak bunun başarıyla türetilmiş bir kelime olmadığı belirtilmektedir⁵.

Bir ceza hukuku terimi olarak müsadere hakkında doktrinde çeşitli tanımlar yapılmıştır⁶. Bu tanımlarda genel olarak öne çıkan hususlar; müsadere için işlenen bir suç karşılığı olarak, suçlunun malvarlığının tamamı veya bir kısmı üzerindeki mülkiyetinin ortadan kaldırılması ve bu mülkiyetin kamusal karakter gösteren bir kuruluşa devredilmesi⁷, kişinin kısmen veya tamamen malvarlığından mahrum edilmesi⁸, mahkûmiyetin sonucu olarak bir

³ DEVELLİOĞLU, s. 737; YILMAZ, s. 31; AYVERDİ, s. 2228. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük'te “müsadere” sözcüğü, “zor alım” şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. www.tdk.gov.tr

⁴ İÇEL, s. 297 vd.; YAŞAR, s. 267 vd. Dönmezer - Erman, İçel ve Önder, müsadere kelimesinin yanında parantez içinde zor alım sözcüğünü de kullanmaktadır. (DÖNMEZER - ERMAN, s. 709, İÇEL ve Diğerleri, s. 123, ÖNDER, s. 535). Yargıtay, son yıllarda ağırlıklı olarak “zor alım” terimini kullanmakta, Anayasa Mahkemesi'nin de bazı kararlarında “zor alım” terimini benimsediği görülmektedir. Örneğin, 14.12.1968, 32/62, 30.9.1969, 17/49 (M. ÇAĞLAYAN, s. 302 vd.)

⁵ GÖKCEN, s. 7. “Öncelikle belirtelim ki ‘zor alım’ın ilk hecesi olan ‘zor’ Farsça asıllıdır. Ayrıca, ‘zor alım’ müsadereye ziyade elkoymanın anlamına yakın bir mana ifade etmekte, bu haliyle zaten uygulamada birbirine karıştırılan bu iki kavramın bir diğerinden ayırt edilebilmesi daha da güçleşmektedir. Zor alım kelimesindeki zor, ‘alma’ işinin sıfatıdır ve zor alım denince ‘almadaki zorluk’ vurgulanmış olur. Bu yüzden ‘zor alım’ yerine zorla alım ya da güçle (kuvvetle) alım densesydi, o zaman Türkçe'nin gramer kurallarına daha uygun hareket edilmiş olurdu. Bundan başka ‘zor’ün Türkçe karşılığı ‘güç’ veya ‘çetin’ olup bu kelime ‘kolay’ın zıddıdır. O halde ‘zor alım’ kolay alımın tersini, yani almadaki zorluğu, güçlüğü ifade etmektedir. Oysa ki devlet açısından almada bir zorluk yoktur. Olsa bile bu zorluk, müsadere safhasında değil elkoyma safhasındadır. Netice olarak, herkesin anladığı ve müesseseyi tam olarak ifade eden müsadere kelimesinin muhafaza edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.” GÖKCEN, s. 7’de dipnot 9.

Aynı şekilde, bir koruma tedbiri olan ve kural olarak CMK md. 123 vd.’da düzenlenmiş bulunan “elkoyma”da da, el konulacak eşyanın, eşyayı elinde bulundurandan gerekirse zorla alınması söz konusu olduğundan, “zor alım”ın müsadereye çok elkoyma kavramına yakın bir anlam taşıdığı, dilde sadeleşme düşüncesiyle hukukî terim ya da sözcüklerin yerine önerilen/türetilen sözcüklerin; öncelikle müesseseyi tam olarak ifade etmesi, yeni bir kavram kargaşası yaratmaması ve yerine kullanıldığı terim ya da sözcükten daha doyurucu ve yeterli olması icab ettiği, bu nedenle, müesseseyi tam olarak ifade eden “müsadere” kelimesinin muhafaza edilmesi gerektiği de belirtilmektedir. Bkz: ÖZTÜRK- ERDEM-ÖZBEK, s. 358; ÖZTÜRK, s. 460. GEDİK, S. 23.

⁶ Müsadere kavramına doktrin ve uygulamada getirilen tanımların bir listesi için bkz: YILMAZ, s. 32 vd. Keza müsadere tanımına ilişkin bir kaynakça için bkz: ÇAKMUT, s. 951’de dipnot 23.

⁷ DÖNMEZER - ERMAN, s. 709

⁸ SOYASLAN, s. 596.

eşyanın veya kazancın mülkiyetinin devlete geçmesi⁹ olarak sayılabilir.

Suçta kullanılan, kullanılmak üzere hazırlanan, suçtan husule gelen eşyanın, mahkûmiyete rağmen suçlunun elinde bırakılmasına ahlâken cevaz verilemeyeceğinden; diğer yandan suçla alakalı veya bizatihi suç teşkil eden eşyanın suçlunun elinde bırakılması veya daimi bir tehlike teşkil etmesi doğru olamayacağından müsaderenin biri ahlâkî¹⁰, diğeri önleyici olmak üzere iki gayesinin bulunduğu ileri sürülmektedir¹¹.

Müsaderenin, korkutucu özelliği sayesinde suç ve suçlulukla mücadele amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğu¹², keza yeni suçların işlenmesini önlemek¹³ maksadını taşıdığı, suçla ortaya çıkan kriminojen ortamı gidermeye matuf¹⁴ bulunduğu, suçun işlenişinde kullanılan eşyanın müsaderesi cihetine gidilmesi ile fail üzerinde repressif, zecrî bir etki bırakılması amaçlandığı¹⁵ da belirtilmektedir.

Müsadereye hükmedilme esasının “şeyin tehlikeliliği” olduğu, aslında burada şeyin failde bulunmasının onda yaratacağı suç işleme isteği göz önüne alınarak şeyin potansiyel tehlikeliliğinin faile geçmesinin önlenmesinin söz konusu olduğu da ifade edilmektedir¹⁶.

Ceza olarak müsadere, genel ve özel önleme maksadına matuf iken emniyet tedbiri olarak müsaderenin amacının kişinin ıslahı, terbiyesi ve onun yeniden topluma kazandırılması, kısaca tedavi, iyileştirme ve resosyalizasyon olduğu söylenebilir¹⁷.

⁹ CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT, s. 700.

¹⁰ Cezanın amaçları arasında “ahlâkî değerleri gerçekleştirme”nin bulunmadığı, bu yüzden müsaderenin “ahlâkî” bir gayesinin olduğu yolundaki görüşün isabetli olmadığı da ileri sürülmüştür. Bkz: GÖKCEN, s. 91’de dipnot 63.

¹¹ EREM, s. 377.

¹² ÇAKMUT, s. 955; ERMAN, s. 198

¹³ TOROSLU, s. 407; SOYASLAN, s. 596.

¹⁴ HAFIZOĞULLARI- ÖZEN, s. 500.

¹⁵ ÖZGENÇ, Türk Ceza, s.758’de dipnot 247; ÖZGENÇ, Tüzelkişinin, s. 343.

¹⁶ Caraccioli’dan aktaran: AYDIN, s. 144. Keza uygulamada da benzer bir yaklaşım görülmektedir. Yargıtay’a göre müsadereyi meşru kılan başlıca âmil, müsadere olunacak eşyanın bizatihi kendisi yasak olmasa bile, suçta kullanılmış olması sebebiyle, failin bunu başka suçlarda da aynı şekilde kullanabilmesi ihtimali karşısında, suçlu elinde zararlı ve tehlikeli bir mahiyet almış olmasıdır. 5.1.1944 Tarihli YİBK, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza 2, 1941-1946, Ankara 1984, s. 284.

¹⁷ ARTUK, s. 349 vd.; HAFIZOĞULLARI, s. 241 vd.

Suçun işlenmesi dolayısıyla tedarik edilen maddî menfaatin müsaderesinin, hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş olan bir maddî menfaatin, kazancın âdil bir şekilde giderimi amacıyla

2. Hukukî Niteliği ve Bunun Sonuçları

Müsaderenin ceza, güvenlik tedbiri, polis tedbiri¹⁸, mahkûmiyetin bir sonucu¹⁹ olarak uygulanabileceği ifade edilmektedir²⁰. Genel olarak eski tarihli kanunların müsadereyi bir ek ceza olarak kabul ettikleri, geçen yüzyılın, özellikle ilk çeyreğinden sonra yapılan kanunların ise müsadereyi bir tedbir olarak düzenlemekte olduğu belirtilmekle²¹ beraber müsaderenin hukukî niteliği, tartışmalı konumunu sürdürmektedir. Özellikle 765 sayılı eski TCK'nın 36. maddesi²² etrafında yaşanan sözkonusu tartışmanın, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun müsaderenin bir güvenlik tedbiri olduğu esasını benimsemiş bulunması karşısında en azından Türk ceza hukuku bakımından geçerliliğini yitirdiği düşünülse de öğretilerde farklı görüşü savunanlar²³ varlığını devam ettirmektedir. Bunun yanı sıra müsadere müessesesinin Alman Ceza Kanunu m.73'te olduğu gibi bağımsız başlık altında düzenlenmesinin niteliğine daha uygun düşeceği, güvenlik tedbirleri başlığı altında gösterilmesinin isabetsiz olduğu da ileri sürülmektedir²⁴. Mukayeseli hukuk bakımından da hukukî nitelik hususunda görüş birliği bulunmamaktadır²⁵.

yapıldığı, müsadereyle suç işlemek suretiyle haksız bir kazanç elde edilmesinin önüne geçmenin amaçlandığı da savunulmakta, ancak bu maddî menfaatlere ilişkin müsaderenin, zararın tazmini maksadına matuf olmadığı, bu itibarla, işlenen fiil dolayısıyla meselâ kamu adına meydana gelen zararın tazmini maksadına matuf nakdî müeyyideyle, bu fiilin işlenişiyile haksız bir şekilde elde edilen maddî menfaatin müsaderesinin birbirlerinden tamamen müstakil olarak tatbik edileceği belirtilmektedir. Bkz: ÖZGENÇ, Tüzelkişinin, s. 339-340.

¹⁸ DÖNMEZER - ERMAN, s. 710

¹⁹ YURTCAN, s. 332.

²⁰ Bununla birlikte müsaderenin bir ceza, cezaî mahkûmiyetin kanunî neticesi veya tedbir olduğu şeklinde genel bir kaniya varmanın isabetli olmadığı; bu itibarla müsaderenin hukukî niteliği hakkında müsadere konusu maddî çıkarım suçun işlenişindeki konum farklılığının göz önünde bulundurulması gerektiği savunulmuştur. İÇEL ve Diğerleri, s. 123; ÖZGENÇ, Tüzelkişinin, s. 338.

²¹ ÇOLAK- ALTUN, S. 22.

²² 765 sayılı TCK'nın 36 maddesinde düzenlenen müsadere yaptırımının hukukî niteliği tartışmalı bulunmakla beraber gerek doktrin gerekse uygulamadaki baskın görüşün 36/1'deki düzenlemenin ceza, 36/2'deki düzenlemenin ise tedbir olduğu yolunda idi. Ayrıntılar için Bkz. ÖZGENÇ, Şerh, s. 694'te dipnot 18; YILMAZ, s. 37 vd.; GÖKCEN, s. 88 vd.; MASAK, s. 7 vd.

²³ ÖZTÜRK-ERDEM, s. 410; ŞEN, s. 175 vd.

²⁴ CENTEL/ ZAFER/ ÇAKMUT, s. 701'te dipnot 50.

²⁵ “Yabancı kanunlar müsadereyi değişik yerlerde ve şartlar içinde tespit ettikleri için, doktrinde bu kurumun niteliği ile ilgili yapılmış olan açıklamaların ihtiyatla kaydedilmesi gerekir. Romanya, Yunanistan, Yugoslavya ve Almanya'da olduğu gibi, bir grup kanun müsadereyi önlemler kısmında gösterir. Küba ve Hollanda örneklerinde ise müsadere “ek ceza” olarak, Danimarka uygulamasında “suçun diğer sonuçları”, İsviçre’de “diğer önlemler”,

Müsadereyi, “Ceza Mahkumiyetlerinin Neticeleri ve Tarzı İcraları” başlığı altında düzenleyen 765 sayılı TCK’dan farklı olarak 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu, eşya müsadereci ve kazanç müsadereci olarak ayrı maddelerde (54 ve 55. m.; tüzel kişiler bakımından 60. m) düzenlemiş, her iki durum için de müsaderecinin bir güvenlik tedbiri olduğunu kabul etmiştir²⁶. Öğretide de bu hususa işaret edilmektedir²⁷. Ancak doktrinde az sayıda da olsa, kanunun benimsediği bu düzenlemeye katılmayanlar da bulunmaktadır²⁸.

Avusturya’da “cezalar ve önlemler”, Arjantin’de ise “ceza” şeklinde belirten kanunlar da vardır. Hatta bir ayırım yapmak suretiyle müsaderecinin bazı şartlarda ceza, bazı şartlarda ise önlem olduğuna yer veren kanunlara da rastlanmaktadır. Bu farklı yaklaşımlar doktrindeki görüşlere de yansımaktadır. Bazı yazarlarca müsadere bir ceza olarak görüldüğü halde bir kısım yazarlar müsadereyi bazen ceza, bazen tedbir olarak, bazıları ise müsadereyi önlem olarak görmektedirler. Bu son gruba girenler hangi hallerde ceza ve hangi hallerde tedbir olduğu konusunda ortak bir noktada birleşememişlerdir. Bu grup taraftarlarınca müsadere bağımsız olarak uygulandığı hallerde bir önlem, mahkûmiyet hâlinde uygulandığı durumlarda kanunî neticedir. Bu konudaki kıstası müsadereye tâbi olan eşyanın aidiyetinde gören yazarlar da mevcuttur. Buna göre, eşya suçta katılanlardan birisine ait veya bunların dışında herhangi kimseye ait değilse, müsadere bir cezadır. Buna karşılık suçta katılanlara ait olmasa dahi, müsadereye tâbi olması bu kuruma önlem niteliği kazandırır; görüşünü savunanlar da bulunmaktadır.” ÇOLAK / ALTUN, s. 3 vd.

“Müsaderenin açıkça emniyet tedbiri olarak düzenlendiği İtalyan sisteminde müsadere ile ilgili olarak yargıcın 202. maddeye göre “sosyal tehlikelilik saptaması” yapmasının 236. maddede göre mümkün olmaması ve emniyet tedbirlerine egemen bazı ilkelerin müsadereye uygulanmaması nedeniyle müessesenin tam bir emniyet tedbiri olmadığı savunulmuştur. Müsaderenin hem ödetici (özellikle mahkûmiyete bağlı hükmedildiği hallerde) hem önleyici ve hem de tedbir (mahkûmiyetin söz konusu olmadığı hallerde) niteliği onun “sui generis” bir müessesese olarak da görülmesine yol açmıştır.” (Aktaran: AYDIN, s. 145). Müsaderenin Alman hukukundaki görünümü için bkz: SÖZÜER, s. 397 vd.

“Müsadere yaptırımının bir ceza mı yoksa emniyet tedbiri mi olduğu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, karşılaştırmalı hukukta tüzel kişiler açısından bir ceza olarak ele alınmaktadır.” KANGAL, s. 151.

²⁶ 1987 tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, müsadereyi Eski TCK 36’daki hükme paralel biçimde düzenlemiş (m.76), 1989 tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, müsadereyi bir ceza olarak öngörmüş (düzenlemenin eleştirisi için bkz: ÖZGENÇ, Tüzelkişinin, s. 337 vd.); 1997 tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, İkinci Komisyon tarafından hazırlanan 1989 Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (m.75) ile uyumlu fakat uygulamada çıkan aksaklıkları gidermek amacıyla daha ayrıntılı, ancak özü itibariyle kendinden öncekilerle aynı esaslara sadık biçimde düzenlemiş, son TCK Hükümet tasarısında da (m.78) müsadere bir “fer’i ceza” olarak öngörülmüştür.

²⁷ ÖZGENÇ, Şerh, s. 693; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 701; ÖZBEK, s. 594.

²⁸ “Oysa bize göre müsadere, bir suçun karşılığı olarak faille yönelmiş bulunduğu için ceza niteliğini haizdir. (...) Bilindiği gibi, güvenlik tedbirlerinde göz önünde bulundurulmuş failin tehlikelilik durumudur. Oysa burada hak yoksunluklarında olduğu gibi mahkûmiyete bağlı olarak ortaya çıkan ek bir ceza sözkonusu olup, müsadereye karar vermek için failin tehlikelilik durumu herhangi bir rol oynamamaktadır. Nitekim Anayasa m.38’de de ‘genel müsadere cezası’ terimine yer verilmiştir.” ÖZTÜRK- ERDEM, s. 410. Ayrıca Bkz: DEMİRBAŞ, s.587.
“Müsaderenin ceza hukukunda düzenlendiği ve bir ceza olduğu, Anayasa’nın 38/9. maddesi

Müsaderenin kanunda bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesinin bir sonucu olarak; müsadereye hükmedilmesi için bir suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan dolayı kişi hakkında cezaya hükmolunması şart değildir²⁹.

Anayasada da güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının gereği olarak sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına

si hükmünden de anlaşılmaktadır. (...) Gerçi maddenin gerekçesinde, müsaderenin ceza hukukunda uygulanan bir tedbir olduğundan bahsedilmektedir. Ancak müsadere müessesesinin Anayasa'da öngörülüş şekli karşısında bu gerekçe, müsaderenin cezai niteliğini bertaraf etmemektedir. Müsaderenin tedbir niteliği taşıdığı kanaatine yöneltilebilecek en önemli eleştiri, tedbirin geçici (yani sebepleri ortadan kalktığına sona erer), fakat cezanın kalıcı olmasına dayanmaktadır. Ayrıca, ceza hukukuna ait bir müessese olan müsadere her halükarda yargı makamının vereceği kararlar uygulanabilir. Bir başka ifadeyle, Kanunun 54. maddesinin birinci fıkrası kapsamında el konulan malın mülkiyet ve kullanım haklarının bireyin elinden yargı kararı olmaksızın alınması mümkün değildir. Önemli bir hususu tekrar belirtmeliyiz ki, müsaderenin tedbir olabilmesi için, yukarıda ifade ettiğimiz gibi 'geçici' nitelik taşıması gerekir. Müsadere ise, daimi olarak eşya mülkiyetinin bireyin elinden alınıp, Devlete geçmesi sonucunu doğurur ki, bu hali bir tedbir olarak nitelendirmeye imkan bulunmamaktadır. Tedbir olabilmesi için, örneğin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116. maddesi ve devamı gereğince, suç delilinin elde edilmesi ve incelenmesi maksadıyla bir elkoyma olmalıdır. (...) Netice olarak müsadere, ister fer'i ve isterse asli nitelik taşıyın veya ister faili bulunsun ve isterse bulunmasın, cezai niteliği ön plana çıkan bir ceza hukuku kurumu olma niteliğini taşımaktadır. (...) Doktrinde tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu inceleyen ve neticede olmadığını kabul eden Özgenç'e göre ise ... müsadere edilmesi gereken maddi menfaatlerin ... müsadere edilmesi tedbir mahiyetindedir çünkü burada failin kusurlu olup olmadığına bakılmaz ve menfaate konu eşyanın üçüncü kişi elinde olmasına, hatta bu kişinin tüzel kişi olması da dikkate alınmaz ve burada müsadere cezai nitelik taşımadığı için yerine getirilir. (...) Bu düşünce, ceza hukuku anlayışına aykırıdır; çünkü 'kusur sorumluluğu'nu kabul etmiş olan ceza hukukunda, suç işlediği, yani kusurlu olduğu tespit edilen failin malları müsadereye tabi tutulacaktır. (...) Müellif, sırf cezai sorumluluğu olmadığını ifade ettiği tüzel kişilerde bulunan eşyanın müsadere edilebilmesi için, müsaderenin 'tedbir' niteliği taşıdığını söylemiş ve müsadereyi tedbir olarak gördüğünden, ceza hukukunda suçun unsurları olarak aranan 'kusur2 unsurunun aranmayacağını, ... ileri sürmüştür. (...) hem tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu kabul ettiğimizden ve hem de 5237 sayılı Kanunun 54. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi ve gerekçesi, müsadere bakımından kusurlu iradeyi aradığından, müellifin ... açıklamalarını benimsememekteyiz. (...) gerçek kişinin suç işleyerek tüzel kişiye menfaat sağlama ve neticede tüzel kişinin malvarlığındaki eşyanın müsadere edilmesi, o müsadereye tedbir niteliği kazandırmaz ve müsadere yine cezai nitelik taşır. (...) Özgenç, tümüyle cezai nitelik taşıyan müsadere konusunda yaptığı ayrımda, kanun koyucunun iradesine de ters düşmüştür." ŞEN, s.175-179.

²⁹ YENİDÜNYA, s. 113. Bu husus yeni tarihli Yargıtay içtihatlarına da yansımaktadır. Örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, 26.9.2006 tarih ve 2006/2-198-, 2006/199 sayılı kararında, 2521 sayılı Yasanın 13.maddesinde, belge almaksızın yivsiz av tüfeği bulundurulması veya taşınması atıf yöntemiyle ceza yaptırımına bağlanmış ve ayrıca getirilen özel hükümlerle av tüfeğinin müsaderesi öngörülmüşse de, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni yasal düzenlemeler karşısında anılan maddedeki 765 sayılı TCY'nin 549. maddesindeki ceza yaptırımının uygulanmasına olanak bulunmadığı, ancak belgesiz bulundurulmuş veya taşınan av tüfeğinin muhtasırın müsaderesinin olanaklı olduğu kabul edilmiştir.

hükmedilebilir. Müsaderenin hukukî niteliği ceza olsaydı tüzel kişilerin cezaî sorumluluğunun bulunmaması sebebiyle bu kişiler hakkında müsadere kararı verilemeyecekti. Müsaderenin tedbir olmasının doğal bir neticesi olarak, işlenen suç dolayısıyla özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilebilecektir.

5237 sayılı yeni TCK, 64/1. maddesi uyarınca sanığın ölümü hâlinde kamu davasının düşürülmesine karar verilir. Yine Kanununun 75/5. maddesinde ‘kamu davasının açılmaması veya ortadan kaldırılması müsadereye ilişkin hükümleri etkilemez’ kuralına yer verilmiştir. Müsaderenin ceza olduğunun kabulü halinde, sanığın ölümü ile müsadere imkânı da ortadan kalkacaktır. Ancak, ceza değil de tedbir olunca, niteliği itibariyle müsadereye tâbi eşya ile maddî menfaatler hakkında davaya devam olunarak bunların müsaderesine hükümlenabilir.

3. Benzer Kavramlarla Mukayesesi

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 36. maddesinde müsadere ile birlikte zabt kelimesinin de zikredilmiş olması, zaman zaman bu iki kelimedenden birinin diğerinin yerine (765 S. eski TCK m.100) veya birlikte kullanılması (Anayasa m.30; 765 S. eski TCK m.92) bu iki kavramın birbirine karıştırılmasına³⁰ sebep olmaktadır. Diğer yandan Türk Ceza Kanunu Tasarısının “Müsadere ve Suç Nedeniyle Mülkiyetin Devlete Geçmesi” başlıklı 78. maddesinde müsaderenin yanı sıra “suç nedeniyle mülkiyetin Devlete geçmesi” adlı bir yaptırımın öngörülmesi ve öğretilerde bazı müelliflerce³¹ “genişletilmiş müsadere (mülkiyetin devlete geçmesi)” teriminin kullanılması, yine doktrinde bir idarî yaptırım olarak “idarî müsadere” deyimine yer verilmesi³², mülga 4422 sayılı Kanununun 1. maddesinde³³ “her türlü yararın devlete intikali”nden

³⁰ GÖKCEN, s. 91. “Zapt”ın (elkoyma) sözlük anlamları arasında müsaderenin de bulunması, bu iki müessesenin karıştırılmasının başlıca sebeplerinden biri olmalıdır. Sözlükte bazı hallerde birbirinin yerine kullanılabilen bu kelimeler hukuk terminolojisinde çok farklı mânâlara sahiptir.” GÖKCEN, s. 6’da dipnot 4.

³¹ KUNTER- YENİSEY- NUHOĞLU, s. 1125.

³² OĞURLU, s. 96 vd.; YILMAZ, s. 34 vd.

³³ 01/06/2005 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılan 4422 sayılı Kanununun 1. maddesinin ilgili fıkrası şöyleydi: “Suçun işlenmesine ayrılan veya suçun işlenmesinde kullanılan veya suçtan doğan değer veya ürünlerin veya bunlar yerine geçen şeylerin ve müsaderesi gereken her türlü eşyanın gelirlerinin veya suçtan doğan her türlü yararın Devlete intikaline hükümlenir.” Kanununun yürürlükte olduğu dönemde uygulamanın nasıl olduğuna dair bir fikir vermesi bakımından bir adet karar özetini iktibas ediyoruz: “Sanıklar Hakan, Ahmet, Ayhan, İzzettin ve Deniz’in hakkındaki hazırlık soruşturması tefrik edilen firari sanık Cengiz önderliğinde bir araya gelip İzmir genelevi ve çevresinde

bahsedilmesi, ayrıca 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun idarî yaptırım türleri arasında “mülkiyetinin kamuya geçirilmesi”ni düzenlemiş olması karşısında bütün bu terim ve kavramların arasındaki nitelik farkının ortaya konulması mecburiyeti hâsıl olmaktadır.

Müsadere ile elkoyma (zapt) birbirinden farklı kavramlardır. Soruşturma için ve ispat bakımından gerekli görülen delilleri temin etmek veya müsadereye tâbi eşyayı emniyet altına almak için yapılan ve bir ceza muhakemesi işlemi olan elkoyma (CMK m.123 vd.), hukukî niteliği itibariyle bir koruma tedbiridir ve geçici bir önlemdir. Oysa müsadere bir yaptırımdır ve süreklidir. Müsadere, kişinin o eşya üzerindeki mülkiyet hakkını tamamen sona erdirir ve hükmün kesinleşmesinden sonra uygulanır, elkoyma ise tasarruf yetkisini sadece sınırlandırır ve hükümden önce verilen bir kararla uygulanır. Elkoymaya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının da başvurma hakkı bulunmakta, buna karşılık müsadere kararı sadece mahkeme/hâkim tarafından verilebilmektedir³⁴. Bu iki müessesenin amaçları da farklıdır.

Türk Ceza Kanunu Tasarısında müsadereyi yanı sıra “suç nedeniyle mülkiyetin Devlete geçmesi” adlı bir yaptırımın öngörülmekteydi. Tasarının konuyu düzenleyen 78/2. maddesinde “Müsadere edilecek şeye elkonulmadığı veya bu şey merciine teslim edilemediği veya suçtan meydana gelen yararların elde olunamadığı hallerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin, suçlunun veya niteliğini bilerek bu değerleri ele geçirmiş bulunan kişilerin malvarlığından alınarak Devletin mülkiyetine geçirilmesine karar verilir...” hükmü vazedilmiştir. Maddenin lafzından ve gerekçesinden³⁵ anlaşıldığı

genelevde çalışan kadınlar üzerinde zor ve tehdit uygulamak yada kişileri kendilerine tabi kılmaya zorlamak veya mensupları arasında işbirliği yapmak suretiyle yıldırma, korkutma, sindirme gücünü kullanarak kendilerine haksız çıkar sağlamak amacıyla süreklilik ve eylemlerle ortaklık unsurlarını içerecek biçimde suç örgütü oluşturdukları, her bir sanığın silahlanarak örgüt adına faaliyette buldukları ve örgütün varlığını ve eylemlerini 4422 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 1.8.1999 tarihinden sonra da sürdürdüğü, en son 22.10.1999 günü başlatılan operasyon sonrası sanıkların yakalandıkları anlaşılmakla, bu oluş karşısında sanıklar Hakan, Ahmet, Ayhan, İzzettin ve Deniz'in eylemlerinin 4422 sayılı Yasanın 1/1 madde ve fıkrasının 1. cümlesi ve aynı maddenin 2. fıkrası hükümlerinde düzenlenen suç tipine uyduğu ve örgütün amacına uygun suçların işlenmesine ayrılan (35 ... 82) ve (34 ... 51) plakalı otomobillerin aynı maddenin 4. fıkrası uyarınca devlete intikaline karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, dosya içeriğine uymayan bir gerekçe ile yazılı biçimde TCK.nun 313/1-2-3 madde ve fıkraları uyarınca hüküm kurulması ve söz konusu araçlarında iadesine karar verilmesi...” (CD 08, E: 2000/20133, K: 2000/21170, Tarih: 18.12.2000 YKD, Ağustos-2001 s: 1293).

³⁴ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 702; GÖKCEN, s. 92; ÇAKMUT, s. 956-957; YILMAZ, s. 38 vd.

³⁵ 78. maddenin gerekçesinde “... eşyanın veya değerlerin fail tarafından imha olunduğu veya başkalarına nakledildiği veya bir suretle tasarruf olunarak elden çıkarılmış olduğu hallerde,

kadarıyla tasarıda müsadere kavramının dar yorumlanmasının sonucu olarak özellikle Alman Ceza Kanunu'ndan etkilenilerek ortaya atılmış bulunan bu kavrama ihtiyaç olmadığı düşüncesiyle Kanunda bu terime yer verilmemiştir³⁶. Gerçekten kaim, mukabil veya muadil değerın müsaderesini ifade etmek için yeni bir kavram ihdasına gerek yoktur³⁷. Aynı değerlendirme “mülkiyetin devlete geçmesi (genişletilmiş müsadere)” deyimi bakımından da geçerlidir. Zira bu kavramı kullanan müelliflerin tanımından³⁸, sözkonusu terimin kaim, mukabil veya muadil değerın müsaderesini karşılamak amacıyla benimsendiği anlaşılmaktadır.

“Mülkiyetinin kamuya geçirilmesi” ise Kabahatler Kanunu'nda düzenlenen bir yaptırım olup, müsaderenin bir ceza hukuku terimi olması münasebetiyle idarî yaptırımlar alanında kullanılmamasını ve bu sayede kavramların birbirine karışmamasını teminen benimsenmiş bir terimdir³⁹. Müsadere ile mülkiyetinin kamuya geçirilmesi arasında bazı benzerlikler olmakla birlikte farklı yönleri de bulunmaktadır.

Her iki yaptırımda da mülkiyet devlete ya da kanunun öngördüğü bir kamu tüzel kişisine geçmektedir. Müsaderede suçla ilgili bir eşya sözkonusudur ve mülkiyetin devlete geçmesi bir yargı kararıyla olmaktadır. Oysa idarî yaptırım olan ve idarî düzeni bozucu ihlâl nedeniyle kişinin ikaz edilmesinin sözkonusu olduğu mülkiyetinin kamuya geçirilmesinde bir suçla ilgili olma şartı aranmaz ve bu yaptırım bir idarî kararla tatbik edilir⁴⁰. Mülkiyetin kamuya geçirilmesinin konusunu, kabahatin konusunu oluşturan veya işlenmesi suretiyle elde edilen eşya oluşturabilir.

ne yapılacağını işte (2) numaralı fıkra göstermektedir. Buna göre müsaderesi gereken şey elde edilemediğinde bunun değeri saptanarak failin malvarlığından alınıp Devletin mülkiyetine geçirilmesine karar verilecektir” denilmektedir.

³⁶ ÖZGENÇ, Şerh, s. 693'te dipnot 17; ÖZGENÇ, Türk Ceza, s. 758'de dipnot 243.

³⁷ Nitekim TCK m. 54'ün gerekçesinde “müsadere yanında ‘suç nedeniyle mülkiyetin devlete geçmesi’ adıyla ayrı bir yaptırım düzenlenmesi bilimsel açıdan doğru olmadığı gibi kavram karışıklığına da yol açabilecektir” denilmektedir.

³⁸ “Yeni batı kanunlarında failin fiili işlediği sırada kendisine ait olan ve müsadereye tabi bulunan eşyasını, karar verilmeden evvel elinden çıkararak müsadereyi uygulanamaz hale getirmesi durumunda uygulamak üzere genişletilmiş müsadere müessesesi düzenlenmiştir”. KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU, s. 949.

³⁹ KOCA - ÜZÜLMEZ, s.586.

⁴⁰ R. ÇAĞLAYAN, s. 58-59.

II. Türk Ceza Hukukunda Bir Güvenlik Tedbiri Olarak Müsadere

1. Genel Olarak Türk Ceza Hukuku Yaptırım Teorisinde Güvenlik Tedbirleri ve Müsadere

Kişinin hukuk tarafından kendisine yüklenen yükümlülüklerle aykırı davranmasının hukukî bir sonucu olan yaptırım, hukuk düzeninin idamesi, kişiler arasında bozulan hukukî dengeyi yeniden tesisi, bir haksızlığa uğrayan kişinin mağduriyetinin giderilmesi, haksızlığı gerçekleştiren kişi üzerinde belirli hukukî ve fiilî etki ve sonuçların doğması gibi amaçlarla tatbik edilir⁴¹. Ceza hukukunda bu gayelere hizmet eden iki yaptırım türü bulunmaktadır. Bunlardan biri; suç teşkil eden bir haksızlığı gerçekleştiren kişinin, bu suçu işlemek dolayısıyla içinde bulunduğu kusurluluk durumundan ibra olmasını sağlamayı amaç edinen ceza, diğeri ise haksızlığı gerçekleştiren kişiyi ve toplumu belirli zarar tehlikelerinden korumayı hedefleyen güvenlik tedbiri yaptırımıdır⁴².

Tarihin bütün dönemlerinde topluma veya bireye zarar veren fiillere karşı bir sosyal tepki gösterilmiştir. İşlenen bir suç nedeniyle ceza yaptırımı olarak kendisini gösteren bu tepki, ilkel toplumlardaki içgüdüsel şekildedir. Gelişmiş toplumlardaki sistemli yapısına ulaşırken temel özelliklerinde ve amacında da sürekli bir değişim gerçekleşmiş ve bunun sonunda çağdaş ceza hukukunda, müeyyide olarak kabul görmüş bir kurum olarak değerlendirilen “güvenlik tedbirleri” kavramı ortaya çıkmıştır. Öyle ki günümüzde, ceza hukukunda güvenlik tedbirine yer vermeyen bir doktrin veya ceza kanununun bulunmadığı belirtilmektedir⁴³.

Ceza hukukuna Pozitivistler ile girdiği⁴⁴ ve geleneksel ceza sistemini tamamlamak⁴⁵ üzere kabul edildiği ileri sürülen güvenlik tedbirlerinin bir ceza hukuku yaptırımı olduğunu Anayasa Mahkemesi de kabul etmiştir⁴⁶.

⁴¹ ÖZGENÇ, Türk Ceza, s. 621.

⁴² ÖZGENÇ, Türk Ceza, s. 621-622.

⁴³ DÖNMEZER - ERMAN, s. 567.

⁴⁴ SOYASLAN, s. 552.

⁴⁵ TOROSLU, s.404; ZAFER, s. 593.

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi, toplumun tehlikeden korunması için suçluların eğitilebileceğini, yetiştirilebileceğini ve hatta toplumsal ve psikolojik yönlerden tedavi edilebileceğini ifade etmiş; ceza yaptırımlarının temel amacının “*ceza hükümlülerinin iç varlığına ve dünyasına girerek esasta onu düzeltmek, yeniden suç işlemesinin ve toplum için sürekli bir tehlike olmasının önüne bu yolla geçmek ve dolayısıyla topluma tekrar yararlı bir birey haline*

Suçludaki tehlikelilik durumuyla orantılı olarak hükmedilen ve asıl olarak sosyal savunma amacına yönelmiş bulunan müeyyideler şeklinde tanımlanan⁴⁷ güvenlik tedbirleri diğer bir tarife göre işlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımıdır⁴⁸.

26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı TCK'nın Birinci Kitap, Üçüncü Kısım, İkinci Bölümünde "Güvenlik Tedbirleri" başlığı altında 53 ilâ 60'ncı maddelerinde güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir. Bu tedbirler; belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma, eşya müsadere, kazanç müsadere, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular, sınır dışı edilme, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri şeklinde sıralanmaktadır. Türk hukukunda çeşitli kanunlarda⁴⁹ müsadereye ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Yeni Türk Ceza Kanununun 5. maddesi gereği müsadereye ilişkin hükümler, bu kanunlardaki düzenlemeler bakımından da geçerli olacaktır⁵⁰. Bu bağlamda müsadere 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 13. maddesinde Türk Ceza Kanununun eşya ve kazanç müsadereğine ilişkin hükümlerine atıf yapılmak suretiyle düzenlenmiştir.

2. Müsadere Çeşitleri

Müsadere'nin çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulması mümkündür. Öğretide ceza hukuku bakımından genellikle müsadere'nin iki şekli olduğu belirtilegelmektedir⁵¹. Kişinin malvarlığının tümünün devlete geçirilmesi anlamına gelen genel müsadere, suçluyla beraber onun ailesi üzerinde de etkili olup tüm aile fertlerinin zarar görmesine sebebiyet verdiği için, cezaların şahsiliği ilkesine ve ceza hukukunun başka temel prensiplerine aykırı görülüşü⁵² ve hukukumuzda Anayasanın 38. maddesi ile yasaklanmış

getirdikten sonra toplum içine serbest bırakmak" olduğuna karar vermiştir. (Bkz: Anayasa Mahkemesinin 09.03.1971 tarihli ve E. 1970/42, K. 1971/30 sayılı Kararı).

⁴⁷ DÖNMEZER - ERMAN, s. 567.

⁴⁸ ÖZGENÇ, Türk Ceza, s. 741.

⁴⁹ Bu kanunlar ve içerdiği düzenlemeler hakkında bkz: MASAK, s. 26 vd.; YILMAZ, s. 80 vd.

⁵⁰ ÖZTÜRK- ERDEM, s. 411; Söz konusu mevzuat ile TCK arasındaki genel kanun-özel kanun ilişkisi, geçiş hükümleri ve uyum amaçlı yasal düzenleme çalışmaları hakkında bkz: ÖZGENÇ, Türk Ceza, s. 89 vd.

⁵¹ DÖNMEZER - ERMAN, s. 710; ÖZBEK, s. 594; SOYASLAN, s. 596; ÖZTÜRK- ERDEM, s. 410.

⁵² ÇAKMUT, s. 955; DÖNMEZER - ERMAN, s. 710; YILMAZ, s. 36.

bulunmaktadır⁵³. Bu yasağın, kişinin suçla ilgisi olmayan mallarının müsadereye konu olamayacağı biçiminde anlaşılmaktadır⁵⁴

Suçla ilgili olan belirli eşyaya ait mülkiyetin devlete intikali ise özel müsadere olarak tanımlanmaktadır⁵⁵. Anayasa hükmü ve bu tasnif göz önünde bulundurulduğunda Türk Ceza Kanunu'nun müsadereye ilişkin düzenlemesinin özel müsadere olduğunda şüphe yoktur.

Kanundaki şartların gerçekleşmesi halinde müsadere kararı verilmesinin mecburi ya da ihtiyari olmasına göre yapılan bir tasnife göre de müessese, zorunlu müsadere-ihtiyari müsadere biçiminde bir ayrıma tabi tutulmaktadır⁵⁶. Öğretide 765 Sayılı TCK'nin zorunlu müsadere sistemini benimsemiş olmasının eleştirildiği hatırlatılarak yeni TCK'nın suçta kullanılan eşyanın müsadereyi bakımından ihtiyari müsadereyi kabul ettiği belirtilmektedir⁵⁷.

III. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Öngördüğü Müsadere Sistemi

1. Genel Olarak Türk Ceza Kanunu'ndaki Müsadere Sistemi

5237 Sayılı TCK, suç karşılığı olarak uygulanacak yaptırımları, ceza ve güvenlik tedbiri olarak belirlemiştir. Suç karşılığında yaptırım olarak uygulanacak güvenlik tedbirleri içinde, 54'üncü maddede "Eşya Müsaderesi"ne, 55'inci maddede ise "Kazanç Müsaderesi"ne yer verilmiştir. Bu iki temel hüküm dışında, 5237 sayılı TCK'nın genel hükümler kısmında; "Tüzel Kişiler Hakkında Güvenlik Tedbirleri" başlığını taşıyan 60'inci maddede, "Sanığın veya Hükümlünün Ölümü" başlığını taşıyan 64'üncü maddede, "Af" başlığını taşıyan 65'inci maddede, "Müsaderede Zamanaşımı" başlığını taşıyan 70'inci maddede, "Davanın ve Cezanın Düşmesinin Etkisi" başlığını taşıyan 74'üncü maddede, "Önödeme" başlığını taşıyan 75'inci maddede müsadereye ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ana hatlarıyla yeni TCK'nın benimsediği sistem eşya müsaderesi ve kazanç müsaderesi

⁵³ Tanzimatla beraber ortadan kaldırıldığı ifade edilen genel müsaderenin Askerî Ceza Kanunu'nun 78. maddesinde -suçlunun belirli yakınlarının saklı payları hariç tutularak sakıncaları kısmen azaltılmakla beraber- varlığını devam ettirdiği belirtilmektedir. Bkz: ERMAN, s. 248; ÖZTÜRK-ERDEM, s. 410-411; GÖKCEN, s. 85'te dipnot 43; ÇAKMUT, s. 956; YILMAZ, s. 36.

⁵⁴ ÖZBEK.-KANBUR-DOĞAN vd., s. 591.

⁵⁵ DÖNMEZER - ERMAN, s. 710; ÖZTÜRK- ERDEM, s. 411; ÖZBEK, s. 594; SOYASLAN, s. 596.

⁵⁶ ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, s. 866.

⁵⁷ ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, s. 866. Koca-Üzülmez ise orantılılık ilkesiyle bağlantılı durum dışında hukukumuzda prensip olarak zorunlu müsaderenin kabul edildiğini savunmaktadır. Bkz: KOCA-ÜZÜLMEZ, s. 585.

biçiminde sınıflandırılmıştır⁵⁸. Kanunun 55. maddesinin gerekçesine göre bu düzenlemede, hukuk toplumunda suçun bir kazanç elde etme yolu olarak görülmemesi ve suç işlemek suretiyle kazanç elde edilmesinin önüne geçilmesi gerektiği yönündeki düşünce hâkim olmuştur.

Hükümlerin içeriğinden yola çıkılarak yeni kanunun sistemini; eşya müsadere, eşdeğer müsadere, kazanç müsadere ve kaim değerlerin müsadere biçiminde sınıflandıranlar da vardır⁵⁹.

2. Eşya Müsadere

Yeni Türk Ceza Kanunu'nda bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenen müsadereye ilişkin hükümlerden biri kanunun 54. maddesinde yer alan eşya müsadere dairesi⁶⁰. Eşya müsadere konusuna, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyadır. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya ise ancak kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilebilir.

⁵⁸ Çalışmamızın bu bölümünde TCK 54. ve 55. maddelerde düzenlenen müsadere hükmü incelenecek, konunun sınırları sebebiyle tüzel kişilere ilişkin güvenlik tedbirleri ise kapsam dışı tutulacaktır. Ancak şu kadarı belirtilebilir ki; yeni TCK'nın 20 ve 60'ncı maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, yeni TCK ile "Tüzel kişilerin ceza sorumluluğu" kavramı kaldırılmış, onun yerine "Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri" kavramı kabul edilmiştir. Anayasada da güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının gereği sadece gerçek kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilebilir. Ancak bu ilke, işlenen suç dolayısıyla özel hukuk tüzel kişileri hakkında güvenlik tedbiri niteliğinde yaptırımlara hükmedilmesine engel değildir. Yeni TCK md. 60/1-2'ye göre tüzel kişiler hakkında iki türlü güvenlik tedbiri öngörülmüştür. Bunlar "faaliyet izninin iptali" ve "müsadere"dir.

⁵⁹ ÖZBEK, s. 595.

⁶⁰ 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 54'üncü maddesinde öngörülen düzenleme şu şekildedir: "(1) İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadere hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir. (2) Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsadere başına başka bir surette imkansız kılınması halinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsadere hükmüne karar verilir. (3) Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suçta nazaranda daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsadere hükmü edilmeyebilir. (4) Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir. (5) Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsadere gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise sadece bu kısmın müsadere hükmüne karar verilir. (6) Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suçta iştirak eden kişinin payının müsadere hükmüne hükmolunur."

Nelerin eşya olduğu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte genel kabule göre maddî niteliği, belli bir ağırlığı, hacmi ve ekonomik değeri olan, üzerinde hakimiyet kurulabilen her türlü nesne eşya olarak mütalaa edilir⁶¹. Canlı varlıklardan hayvanlar eşya olarak nitelendirilirken canlı insan eşya sayılmaz. Öğretide insan cesedinin eşya olarak kabul edilebileceği ileri sürülmüştür⁶².

Düzenlemeye göre bu tedbirin uygulanması bir kısım kural, esas ve şartların gerçekleşmesine bağlıdır.

a. Eşya Müsaderesinin Şartları

Suçla ilgili eşya veya değerın müsaderesi bakımından ilk koşul kasten işlenen bir suçun varlığıdır. Yeni TCK'nın 54'üncü maddesine göre, müsadere kararı ancak kasıtlı işlenen bir suç dolayısıyla verilebilir. Suç taksirle işlenmiş ise, müsadere mümkün değildir.

Kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan eşya (örneğin hırsızlık yapmak için kullanılan maymuncuk, merdiven veya öldürmek yahut yaralamak için kullanılan silah, bıçak), iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamalıdır. Başka bir deyişle, kişinin suçun işlenmesine iştirak etmemesi, suçun işlenişinden haberdar olmaması durumunda, sahibi bulunduğu eşya bir suçun işlenmesinde kullanılmış olsa bile, müsadereye hükmedilemeyecektir. Buradaki iyi niyet Medeni Kanun anlamında iyi niyet değildir; suçun işlenmesinde kullanılan eşya ile suçu işleyen kişiler arasında sıkı bir bağın varlığı nedeniyle buradaki müsadere münhasıran suçun işlenişine iştirak eden kişilerin mülkiyetindeki eşyaya taalluk etmelidir⁶³.

Eşya müsaderesi bakımından ikinci grup eşya, suçun işlenmesine tahsis edilen eşyadır. Bu eşyanın, suç işlenmesinde kullanılmış olması şart değildir ancak tahsiste (özüleme) devamlılık⁶⁴ ve bilinçlilik sözkonusu olduğundan iyiniyetli olma halinin varlığından söz edilemeyecektir.

Müsadere edilebilecek üçüncü grup eşya ise suçtan meydana gelen eşyadır. Bu deyim, suçtan doğrudan doğruya meydana gelen eşyayı ifade eder ve eşyanın suçtan meydana gelmesi doğal olarak o suçun icrasına başladığını gösterir⁶⁵.

⁶¹ ÇAKMUT, s. 958; ÖZTÜRK- ERDEM, s. 411-412.

⁶² ÖZTÜRK- ERDEM, s. 412. Müellife göre “vücutun bazı parçalarına, örneğin bir hastaya nakledilmek üzere hukuka aykırı yollardan elde edilen bir böbreğe veya göze elkoyma ve/veya müsadere mümkündür.”

⁶³ ÖZGENÇ, Türk Ceza, s. 759.

⁶⁴ ÖZGENÇ, Türk Ceza, s. 759.

⁶⁵ CENTEL- ZAFER- ÇAKMUT, s. 707.

Müsadere koşulları gerçekleşmesine rağmen, müsadere edilecek eşyanın satılması, elden çıkarılması veya yok edilmesi gibi durumlar olabilmektedir. Müsadere konusu eşyanın ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkânsız kılınması halinde; kanunda bunun değeri kadar para tutarının müsaderesi öngörülmüştür (m. 54/2).

Düzenleme ile öngörülen esaslardan biri de, müsadere “orantılılık” kuralının kabul edilmesidir. Buna göre, suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin, işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağına anlaşılması halinde, eşyanın müsaderesine hükmedilmeyebilir (m. 54/3). Bu hüküm, yalnızca suçta kullanılan eşya yönünden uygulanacaktır. Burada hâkime takdir hakkı verilmiştir. Hâkim suçta kullanılan eşyanın ekonomik değeri, suçun hukuki konusu, suçtan failin menfaati ve mağdura verilen zararları somut olayda değerlendirecektir. Orantılılık ilkesi uygulanırken suçtan meydana gelecek zarar ve suçun ihlal ettiği hukuki değer göz önünde bulundurulması ayrıca müsadere halinde bunun hakkaniyete aykırı olacağı düşüncesinin ağır basması gerekir.

Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya da müsadere edilecektir (m. 54/4). Bu hüküm, 765 sayılı TCK m.36 ile benzer bir düzenleme getirmektedir. Bu durumda eşyanın kime ait olduğu, suçta kullanılıp kullanılmadığı, müsaderenin orantılı olup olmayacağı hususları önemsizdir, hatta sanığın ölümü halinde de davaya devam olunarak bunların müsaderesine hükmolunabilir (m. 64). Eşya bizzat suç oluşturduğundan müsadere edilecektir. Bu tür eşyaların müsaderesine sulh ceza hâkimi duruşma yapmaksızın karar verecektir (CMK m.259).

Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsaderesi gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin, bu kısmı ayırmak mümkün ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilecektir (m. 54/5). Örneğin, suça konu olan şey müstehcen film ise ve bu filmin tümünün değil ama bazı sahnelerinin müstehcen olduğu tespit edilmişse, filmin müstehcen olan kısımları çıkartıldıktan sonra bütünlüğünü kaybetmiyorsa sadece suç teşkil eden sahnelerin olduğu bölümlerin müsaderesine karar verilecektir⁶⁶.

Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunacaktır (m. 54/6). Bu hükmün uygulanabilmesi için eşyanın bütünlüğüne veya en azından

⁶⁶ HAKERİ, s .638.

ekonomik değerine diğer paydaşlar açısından zarar verilmemesi gerekir. Müşterek veya iştirak halinde mülkiyete konu olan eşyada, suça iştirak eden kişinin payının müsaderesine karar verilmesi öngörülmüştür. 765 sayılı TCK 36/1'inci maddede, müsadere için eşyanın suçta kullanıldığının sabit olması yetmemekte, ayrıca failin bu suçtan mahkûm olması gerekmekte idi. Buna karşılık yeni TCK'da, daha önce de belirtildiği üzere müsaderenin hukuki niteliğini güvenlik tedbiri olarak kabul etmiştir. Bundan dolayı müsadereye hükmedilmesi için bir suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan dolayı bir kimsenin cezaya mahkûm edilmesi gerekmemektedir. Örneğin, fail akıl hastası veya çocuk olması nedeniyle cezalandırılmasa dahi, bu fail tarafından suçta kullanılan eşyanın müsaderesine hükmedilecektir⁶⁷.

⁶⁷ Yargıtay'ın konuya ilişkin yeni içtihatlarından bazılarının özetleri, uygulamayı göstermesi açısından iktibas ediyoruz:

“uyuşturucu madde naklinde kullanıldığı saptanamayan aracın iadesi yerine müsaderesine karar verilmesi...” (Y 10.CD.16.11.2006 tarih, 2006/1480-2006 /12712 sayılı kararı)

“Suça konu elektrik sayacının sahibi olan sanığa iadesi yerine, zorunlu karar verilmesi...” (6 CD, 25.1.2007 tarihli kararı)

“sanığın ruhsat süresi geçmiş meskende bulundurma ruhsatlı tabancasını, ruhsatta belirtilen adresten işyerine taşıyarak kullandığının anlaşılması karşısında; mahkumiyeti ve suça konu tabancanın müsadere yerine, yazılı gerekçeyle beraate ve tabancanın iadesine karar verilmesi...” (Y 8.CD.,11.10.2006 tarih 2006/2591-2006/7448 sayılı karar),

“yasal olanak bulunmadığı halde 27 TR 198 plakalı araca ait trafik ve tescil belgesi, sigorta poliçesi ve emisyon ruhsatının müsaderesine karar verilmesi...” (Y 10.CD. 1.2.2007 ,2006/13587-2007/888 sayılı kararı)

“Yakalandığında sanığın üzerinde ele geçen ve emanete alınan bıçağın, yağma suçunun işlenmesinde kullanılmadığı halde zorunlu karar verilmesi...” (Y 6 CD 10.5.2007 tarih ve 2006/20895)

“5846 sayılı kanuna muhalefetten sanık hakkında... Dava zaman aşımını kesen en son işlem olan mahkumiyet kararının verildiği 21.6.2000 tarihinden itibaren temyiz inceleme gününde suç tarihinde yürürlükte olan ve sanık lehine bulunan 765 sayılı TCK.nun 102/4 ve 104/2. maddelerinde öngörülen zaman aşımı tahakkuk etmiş bulunduğundan 5320 sayılı yasanın 8/1. maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK.nun 321.maddesi uyarınca hükmün BOZULMASINA, sanık hakkındaki kamu davasının zaman aşımı sebebiyle 765 sayılı TCK. nun 102/4 ve 104/2.maddeleri gereğince ORTADAN KALDIRILMASINA, suç konusu olduğu tespit edilen emanetin 1999/4357 sırasında kayıtlı kitap kapakları ve diğer dökümanların 765 sayılı TCK. 36. (5237 sayılı TCK.54/1) maddesi gereğince müsaderesine...” (7. CD 22.9.2005 -2003/15007-2005/14928)

“29.5.2002 tarihli karar ile sanık A.E.adına kayıtlı taşınmaz üzerine satılamaz şerhi konulduğundan bahisle 54.madde gereğince müsadere kararı verilmiş ise de; dosya içerisinde mevcut, dizi 413. sırada yer alan Kocaeli 1.Tapu Sicil Müdürlüğünün 25.6.2002 tarihli yazısında Kocaeli –İzmit 1.Bölge Servetiye karşı köyü, kızağağaç mevkiinde parsel 7'deki taşınmazın 20.7.1999 tarihinde malik olan sanık Ahmet tarafından üçüncü şahsa satıldığı belirtilerek satılamaz şerhi konulmasına ilişkin kararın yerine getirilmemiş olmasına göre: bu taşınmazın müsaderesi konusunda 5237 sayılı TCK'nın 54.maddesinin ikinci fıkrası uyarınca taşınmazın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verileceğinin gözetilmemesi...” (Y. 10.CD.22.6.2006 tarih 2006/5364-84979)

“Alanya İlçe Emniyet Müdürlüğünün 9.2.2005 günlü yazısına göre, suçta kullanıldığı iddia

olunan 07 D 8885 plaka sayılı aracın H.A.adına kayıtlı olduğu bildirilmiş, sanık A.T. ise otonun kendisine ait olduğunu ifade etmiş olup haricen satın alındığı anlaşılmakla, 765 sayılı TCK.nun 36. maddesi ve 5237 sayılı Yasanın 54. maddesi hükümleri uyarınca, suçta kullanılan eşya fiilde methali olmayan kimselere ait olmamak şartıyla müsadere edilebileceği cihetle 07 D 8885 plakalı aracın suç tarihi itibarıyla kime ait olduğu H.A.' da dinlenerek oluşacak sonuca göre müsadere konusunda bir karar verilmesi gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hükmeye varılması..." (Y 5 CD 2006/1497-2006/4092)

"Kahramanmaraş Trafik Tescil ve Denetleme Müdürlüğü'nün 13.10.2003 günlü yazı içeriğine göre, suçta konu 34 TV 795 plakalı aracın ,trafikte A.A. adına kayıtlı olduğunun bildirilmesi , sanık E.A. 'nun ise aracın kendisine ait olduğunu belirtmesi karşısında; kayıt sahibi olan şahsın tanık olarak bilgisine başvurulup, aracı sanığa satıp satmadığı, satış işlemi gerçekleştirilmiş ise,aracın hangi amaçla sanıkta bulunduğu, kullanılmasına izin verip vermediği, suçta kullanıldığından haberi olup olmadığı hususları duraksamaya yer bırakmayacak biçimde saptandıktan sonra, sonucuna göre araç hakkında bir karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik inceleme ile yetinilip, yazılı biçimde aracın zoraltımına karar verilmesi..." (Y 6 CD 18.4.2007 tarihli kararı),

"Suçta kullanılan aracın iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla müsadere karar verilebileceği nazara alınarak kayıt malikinin bu konuda dinlenmesi gerektiğinin düşünülmemesi..." (Y 5.CD, 2007/2463- 2007/3583),

"Üzerine satılamaz şerhi de konulan Büyükçekmece 1.bölge Gürpınar mah.14.pafta 4881 parsel olarak bildirilen sanık Y. 'nin üvey annesi H.K adına kayıtlı taşınmazın kayıtlı maliki olan H.K dinlenerek iyi niyetli olup olmadığı saptanmadan eksik soruşturmaya dayalı olarak müsadere kararı verilmesi..." (Y .10.CD,22.6.2006 tarih 2006/5364-84979)

"Zoraltımına karar verilen 72 DL 357 plaka sayılı aracın sanık tarafından kullanıldığı ve suçta konu uyuşturucu maddenin bulunduğu gizli bölmenin sonradan yapıldığı, aracın gerçekte sanığa ait olduğu ve kredi alabilmek için kardeşi olan Y. adına tescil edildiği, böylece Y. 'nin iyiniyetli olmadığı , başka bir ifade ile bu suçta kullanılmasında kusuru bulunduğu..." (Y 10.CD.2006/12429-13820)

'Sanıkta ele geçen ve sahipleri A.A. ve H.H.G. tarafından sanığa rızaları dahilinde bırakıldığı dosya içeriğiyle sabit olan emanette kayıtlı tabancaların zoraltımına yerine ..." (Y 8 CD 31.5.2007 tarih ,2007/1780-4309)

'Suçta kullanılan ve yedieminde bulunan 73 DU 057 plakalı minibüstün müdahil F.K adına ruhsatlı olup,sanık T.A'ın bu araçta şoför olarak çalıştığı ve müdahilin bilgisi olmaksızın göçmenleri taşıdığı anlaşılmakla , 5237 sayılı TCK'nın 54.maddesi uyarınca aracın ruhsat sahibine iadesi yerine yazılı şekilde zoraltım kararı verilmesi..." (Y 8 CD ,5.4.2007 2006/5415-2007/2861)

"Suç yerinde yakalanan sanığa ait araca, henüz suçta konu orman envalinin yüklenmemiş olduğu oluşa uygun olarak kabul edildiği, bu haliyle aracın henüz suçta kullanılmadığı anlaşıldığı halde, suçta ne şekilde kullanıldığı karar yerinde açıklanıp tartışılmadan, suçta kullanılmak üzeri getirilip hazırlanıldığından bahisle yeterli olmayan gerekçeyle zoraltımına karar verilmesi..." (Y 6 CD 20.1.2007/1857)

"..ele geçirilen uyuşturucu madde miktarına göre taşınmazın oransal değerinin tesbiti yapılmadan eksik soruşturma dayalı olarak müsadere kararı verilmesi..." (Y 10. CD 2006/5364-2006/8497)

"13.11.1999 günlü tutanakta buluşma yerine sanığın suç konusu 2015 adet kaleşnikof mermisini 65 AH 939" plakalı araçla getirdiğini belirtmiş olması karşısında:mermi sayısı itibarıyla araçsız naklinin de mümkün olmayacağı göz önüne alındığında, aracın zoraltımında isabetsizlik görülmediğinden..." (8 CD 17.1.2002, 2001/7540-2002/250)

"26.07.2004 tarihli olay yeri tesbit tutanağı ve aynı tarihli el koyma tutanağından 'kova içinde yaprakları kopmuş hint kenevirine el konulduğunun anlaşılması karşısında; söz

b. Düzenlemeye İlişkin Yorum, Eleştiri ve Değerlendirmeler

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun öngördüğü müsadere sistemi ve getirilen bir kısım düzenlemeler öğretide eleştiri konusu yapılmıştır. Bu bağlamda müsadere için mahkûmiyet şartının aranmamasının ve orantılılık kuralını içeren 3. fıkra hükmü gereği hâkime takdir hakkı bırakılmasının keyfliğe yol açacağı ileri sürülmüştür⁶⁸. Yine 54/2. maddede “eşyanın... başka bir surette imkânsız kılınması halinde” ifadesi ile neyin kastedildiğinin anlaşılamadığı belirtilmektedir⁶⁹. Diğer yandan ilk fıkradaki “iyiniyetli” sözcüğünün ceza hukukuna yabancı bir kavram olduğu⁷⁰, söz konusu edilmesi gerekenin fiilde medhalinin, yani iştirakinin bulunup bulunmadığı hususu olduğu⁷¹, Yargıtay'ın orman suçları bakımından üçüncü kişilerin bilmesini aramasının kanuna yanlış ve genişletici biçimde iyiniyet şeklinde geçtiği ifade edilmiştir⁷². Bunlara karşılık doktrinde (iyiniyet kelimesinin kullanılmış olması hariç) üçüncü kişiler bakımından getirilen düzenlemenin ve müsadere konusunda hâkime takdir yetkisinin tanınmış olmasını önemli ve yerinde bulanlar da vardır⁷³. Kanunun birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunacağını bildiren hükmünün müşterek mülkiyet bakımından önemli bir düzenleme getirdiği ancak iştirak halinde mülkiyet bakımından yetersiz olduğu savunulmuştur⁷⁴. Müsaderede orantılılık ilkesinin yalnızca eşyanın suçta kullanılması bakımından kabul edilmiş olması ise bir kısım müelliflerce

*konusu kenevir yapraklarının uyuşturucu madde içerip içermediği konusunda uzman bir kuruluştan rapor aldırılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiğinin gözetilmemesi, bulundurulması suç teşkil etmeyen hint keneviri bitkisi tohumlarının müsaderesine karar verilmesi...” (Y 10.CD., 28.11.2006 2006/3886-13393)
“suça konu sahte paraların 765 sayılı TCK'nun 36.maddesi uyarınca müsaderesine hükmolunduktan sonra T.C. Merkez Bankasına gönderilmesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi...” (Y 8.CD.27.9.2006 2006/6965-7016)*

⁶⁸ TOROSLU – ERSOY, s.14; ŞEN, s.179.

⁶⁹ ARTUK - ÇINAR, s.78.

⁷⁰ DEMİRBAŞ, s.590. Özbek- Kanbur- Doğan vd. de Medeni Kanun'un 3. maddesi hükmünü TCK 54 ve 55. maddelerle birlikte yorumlayarak hükmün anlamını ortaya koyduktan sonra ceza hukukundan ayırmaya gerek olmadığı, meselenin iştirak kuralları ile çözümlenmesinin daha doğru olacağı değerlendirmesini yapmıştır. ÖZBEK- KANBUR- DOĞAN vd., s.596-598.

⁷¹ “İyiniyetli olmak, kişinin suça bulaşmamış olması, kendisine ait şeyin suçla ilişkilendirilmiş olduğundan hiçbir biçimde haberinin olmamasıdır.” HAFIZOĞULLARI- ÖZEN, s.501.

⁷² YARSUVAT-BAYRAKTAR ve diğerleri, s. 303. Aynı yazarlar, ikinci fıkrada eşdeğer müsadere uygulamasının getirilmiş olmasını ise bir yenilik olarak değerlendirmişlerdir.

⁷³ MAHMUTOĞLU, s. 369.

⁷⁴ ÖZBEK- KANBUR- DOĞAN vd., s.592.

“anlaşılmaz” bulunmuştur⁷⁵. Kanunun eşdeğer müsadere, kazanç müsadere, kaim değerlerin müsadere gibi müesseseleri benimsemiş olmasının organize suçlarla mücadelede daha etkili olacağı da düşünülmektedir⁷⁶.

3. Kazanç Müsaderesi

Yeni Türk Ceza Kanunu, suç işlemenin bir kazanç kaynağı olarak görülemeyeceği ve suçtan elde edilen gelirin kişinin yanında kâr olarak kalamayacağı düşüncesiyle çıkar amacına yönelik olarak işlenen suçlarda suçun işlenmesi suretiyle veya dolayısıyla elde edilen gelirlerin müsadere edilmesi esasını benimsemiştir⁷⁷. Kanunun 55. maddesi yine bir güvenlik tedbiri olarak kazanç müsaderesine yer vermiştir⁷⁸. Kazanç müsaderesinin konusu, suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddî menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlardır. Ancak bu nitelikteki eşya hakkında bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddî menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir. Örneğin dolandırıcılık suçundan kişinin elde ettiği menfaat mağdura ait olduğundan müsadereye konu olmayacak ve ona iade edilecektir. Keza uyuşturucu madde ticareti yapmak suretiyle elde ettiği parasal değeri taşınmaza çevirmiş olması halinde bu taşınmazın müsaderesine hükmedilecektir.

Madde gerekçesine göre; bu düzenleme ile güdülen temel amaç, suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesinin önüne geçilmesidir. Bu nedenle yeni hükümde, kazanç müsaderesi kapsamlı bir biçimde düzenlenmiş ve suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edilen ekonomik kazançların müsaderesi olanaklı hale getirilmiştir. Böylece kazanç müsaderesi, karapara

⁷⁵ ÖZTÜRK- ERDEM, s. 414; TOROSLU, a.g.e., s. 409.

⁷⁶ ÖZBEK, s. 595.

⁷⁷ ÖZGENÇ, Türk Ceza, s. 762.

⁷⁸ Madde metni şöyledir:

“(1) Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddî menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddî menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir.

(2) Müsadere konusu eşya veya maddî menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciiine teslim edilmediği hâllerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir.”

(3) (Ek: 26/6/2009 – 5918/2 md.) Bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanamıyor olması gerekir.”

aklama, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti, dolandırıcılık, kaçakçılık, ihaleye fesat karıştırma gibi ekonomik çıkar elde etme amacıyla işlenen suçlara karşı etkin bir biçimde caydırıcılık özelliği olan yaptırım niteliğine kavuşmuştur. Bu hükmün uygulanmasında mağdurun ve iyi niyetli üçüncü kişilerin hakları korunacak, bunlara ait maddi değerler kazanç müsaderesine tabi tutulmayacaktır.

Kazanç müsaderesi de bir kısım koşullara bağlanmıştır.

a. Kazanç Müsaderesinin Şartları

Yasada açıkça ifade edilmemiş olsa da, kazanç müsaderesi için de işlenen suçun kasıtlı bir suç olması gerekmektedir⁷⁹.

Yeni TCK, kazanç müsaderesinde de kaim değerın müsaderesini olanaklı kılmıştır. Maddenin ikinci fıkrasına göre; müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciiine teslim edilmediği hâllerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir⁸⁰.

⁷⁹ ÖZGENÇ, Türk Ceza, s. 762.

⁸⁰ Yargıtay'ın konuya ilişkin yeni içtihatlarından bazılarının özetleri, uygulamayı göstermesi açısından iktibas ediyoruz:

“Mahkûmiyetine karar verilen sanık A.B'nın zimmetine geçirdiği maddi menfaatin 55.madde uyarınca müsaderesine karar verilmemesi, ...” (Y. 5. CD 2006/7- 2006/3357 sayılı kararı)

“Fiil sonucu oluşan zimmet miktarının, suçun Cumhuriyet Başsavcılığına intikalinden önce 15.09.1999'da tamamen ödendiği gözetilerek sanık hakkında tayin olunan cezadan 5237 Sayılı Yasanın 248/1.maddesi uyarınca indirim yapılması gerekirken 248/2.maddesi uyarınca indirim yapılması suretiyle fazla ceza tayin edilmesi, zimmet konusu sanık tarafından ödendiği halde 5237 Sayılı Yasanın 55.maddesine göre ayrıca kazanç müsaderesine karar verilmesi, Sanığın 7.761.000.000 TL yi ödemediği anlaşıldığından bunun karşılığı olan değerın 5237 sayılı TCK nun 55.maddesi uyarınca müsaderesine karar verilmesi gerekirken 5237 sayılı yasada yer almadığı halde yazılı şekilde ödenmeyen zimmet miktarının sanıktan tahsiline karar verilmesi, ...” (Y. 5. CD 2006/3934- 2006/6532)

“5237 sayılı Yasa'nın kazanç müsaderesini içeren 55. maddesine göre bir karar verilmemiş ise de; hukuki mahiyet arz eden ve esasen hukuk mahkemesinde de ayrıca dava konusu olabilecek olan suç konusu zararın tazmini hususunun 765 ve 5237 sayılı TCK ya göre lehe ya da aleyhe düzenlemeler açısından değerlendirilecek bir ceza yaptırımı olmayıp, zimmet suçuna mahkûmiyetin sonucu olarak hükmedileceği ve Yargıtay Ceza Genel Kurul'nun 26.2.1934 gün 34/26 sayılı Dairemizce de benimsenen kararının da bu yönde olması karşısında, bu husus bozma nedeni sayılmamıştır. Bu konuda yeniden hüküm kurulmasına da gerek olmadığı anlaşılmıştır. Bu hususta; 5237 sayılı Yasanın 55. maddesine göre müsadereye hükmedilmemesi hususu bozma nedeni sayılmamıştır.” (Y. 5. CD 2006/4311-2006/3752)

“Müstehcen yayın suçundan hükümlüler haklarında 5237 sayılı TCK.nun uygulanıp uygulanamayacağı ile ilgili olarak Yenice-Karabük Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 8.6.2005 gün ve 2001/55 Esas, 2003/5 sayılı ek kararın süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi hükümlüler tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü: Bilirkişi raporunda belirtilen içeriklerine göre alım satımı ve bulundurulması suç oluşturan müstehcen CD'lerin

Kazanç müsaderesinin düzenlendiği 55. maddeye 26/6/2009 tarih ve 5918 sayılı kanunun 2. maddesi ile eklenen fıkraya göre bu madde kapsamına giren eşyayı sonradan iktisap eden kişinin Medeni Kanun'un iyiniyetin korunmasına dair hükümlerinden istifade edemiyor olması halinde söz konusu eşyanın müsaderesi mümkün olabilecektir.

müsaderesi hususunda mahkemesince her zaman bir karar verilmesi mümkün görülmüştür. her bir sanığın zimmetine geçirdiği ödenmemiş miktarın karşılığını oluşturan değerlerin 55/2. maddesi uyarınca müsaderesine karar verilmemesi, ...” (Y. 5. CD 2006/5174- 2006/4912)

“Nitelikli zimmet suçundan sanık H.Y.’in bozma üzerine yapılan yargılanması sonunda: atılı suçtan mahkûmiyetine dair Şırnak Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 27.10.2005 gün ve 2005/527 Esas, 2005/409 Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtay’ca incelenmesi sanık müdafii tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı C.Başsavcılığından tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü:

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görülme-yen sair temyiz itirazlarının reddine, Ancak; 5237 sayılı Yasanın 53/5 ve kazanç müsaderesini içeren 55. maddesine göre bir karar verilmemiş olması, Müdahil Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı vekilinin hasıl olan zararın tazmini için sanık S.K aleyhine Ankara 9. Asliye Hukuk Mahkemesine açtığı 2004/507 Esas sayılı dava sonucunda tazminata karar verilip verilmediğinin ve kararın kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılarak suçun konusunu oluşturan zimmet miktarının karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine ilişkin 5237 sayılı TCK.nun 55. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına tartışmasız bırakılması ile 53/1. maddesinin (c) fıkrasında belirtilen hak yoksunluğunun koşullu salıverme tarihine kadar hükmedilebileceğinin gözetilmemesi ve suçun 5237 Sayılı Yasanın 53/1-a maddesindeki yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesine rağmen hakkında 53/5 madde gereğince cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilmesi gerektiği halde yazılı şekilde uygulamaya yapılarak hüküm kurulması, Suçta kullanılan aracın iyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla müsaderesine karar verilebileceği nazara alınarak kayıt malikinin bu konuda dinlenmesi gerektiğinin düşünülmemesi, ...” (Y. 5. CD 2007/2463- 2007/3583)

“Sanık S. tarafından suçta kullanılan bıçak bulunup yöntemine uygun olarak el konulmadığı ve sanıkların yağmaladığı 154 YTL’nin, yakınan tarafından hukuk davası yoluyla sanıklardan alınmasının olanaklı olduğu gözetilmeden, suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi yararların yakınana iade edilememesi durumunda uygulanabilecek olan ve bu kapsamda yasal koşulları gerçekleşmeyen 5237 sayılı TCY’nin 55. maddesi uyarınca, suçta kullanılan bıçağın değeri olan 1 YTL ile yakından yağmalanan 154 YTL’nin zoralımına karar verilmesi, ...” (Y. 6. CD 14.2.2007 tarihli kararı)

“Sanık tarafından yakından yağmalanan 50.YTL ve yakınana ait ticari taksisini kullanmasından dolayı ödemesi gereken taksimetre ücreti 30. YLT olmak üzere, toplam 72.50.YTL ’nin, yakınan tarafından hukuk davası yoluyla sanıktan alınmasının olanaklı olduğu gözetilmeden suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddi yararların yakınana iade edilememesi durumunda uygulanabilecek olan ve bu kapsamda yasal koşulları gerçekleşmeyen 5237 sayılı TCY’nin 55.maddesinin 1.fıkrası uyarınca zoralımına karar verilmesi,” (Y. 6 CD 14.2.2007 tarihli kararı)

“Sanığın üzerinde ve evinde ele geçirilen paranın uyuşturucu ticareti yapmaktan elde edildiğine ilişkin yeterli delil bulunmadığı gözetilmeden ,TCK’nın 55.maddesi uyarınca müsaderesine karar verilmesi ...” (Y. 10.CD .30.01.2007 2006/13606-2007/693)

Suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edilen malvarlığının müsadere için işlenen fiilin suç oluşturması yeterli olup failin kusurlu bulunması şart değildir⁸¹.

b. Düzenlemeye İlişkin Yorum, Eleştiri ve Değerlendirmeler

Kanunun kazanç müsadereğine ilişkin düzenlemeleri öğretide genel olarak olumlu karşılanmaktadır. Ancak ekonomik bazı suçlarda gün para cezası biriminin yüksek belirlenmesinin genel müsadere cezası anlamına gelen sonuçlar doğurabileceği, bunun ise çağdışı bir uygulama olduğu ileri sürülmektedir⁸².

4. Müsadereye İlişkin Özel Durumlar⁸³

5237 sayılı yeni TCK, “Sanık ve Hükümlünün Ölümü” başlığını taşıyan 64’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında sanığın ölümü halini düzenlemiş ve “*Sanığın ölümü hâlinde kamu davasının düşürülmesine karar verilir. Ancak, niteliği itibarıyla müsadereye tâbi eşya ve maddî menfaatler hakkında davaya devam olunarak bunların müsadereğine hükmolunabilir*” şeklinde hüküm sevketmiştir. Buna göre, sanığın ölümü halinde kamu davası ortadan kaldırılacaktır. Bu durumda müsadere imkânı da ortadan kalkmaktadır. Ancak, niteliği itibarıyla müsadereye tabi eşya (md. 54/4) ile maddî menfaatler (md. 55) hakkında davaya devam olunarak bunların müsadereğine hükmolunabilir.

Yeni TCK 64/2’nci maddesi; “*Hükümlünün ölümü, hapis ve henüz infaz edilmemiş adli para cezalarını ortadan kaldırır. Ancak, müsadereye ve yargılama giderlerine ilişkin olup ölümden önce kesinleşmiş bulunan hüküm, infaz olunur*” şeklinde hüküm içermektedir. Maddeden de anlaşıldığı üzere, hükümlünün ölümü henüz infaz edilmemiş hapis ile para cezasını ortadan kaldırır. Ancak para cezası tamamen veya kısmen infaz edilmişse artık devletten geri istenemez. Buna karşılık hükümlünün sağlığında verilmiş olup kesinleşen müsadere ve yargılama giderleri infaz olunur, diğer bir ifade ile hükümlünün mirasçılarında istenebilir.

5237 sayılı yeni TCK’nın 75’inci maddesinin 5’inci fıkrası, eski TCK’nın 119/8’inci maddesinde olduğu gibi, “*Bu madde gereğince kamu davasının açılmaması veya ortadan kaldırılması, kişisel hakkın istenmesine, malın geri*

⁸¹ ÖZGENÇ, Türk Ceza, s. 764.

⁸² ARTUK-ÇINAR, s. 78.

⁸³ Bu başlık altında davayı ve cezayı düşüren hallerin müsadere bakımından etkisinin ne olduğu hususu incelenmeye çalışılacaktır.

alınmasına ve müsadereye ilişkin hükümleri etkilemez” şeklinde düzenleme getirmiştir. Buna göre, önödeme nedeniyle kamu davasının açılmaması, diğer bir deyişle soruşturma sonucunda takipsizlik kararı verilmesi veya açılan kamu davasının önödeme nedeniyle ortadan kaldırılması müsadere uygulamasına engel değildir⁸⁴.

765 sayılı TCK 100’üncü maddeye benzer biçimde yeni TCK 74’üncü maddesiyle, “*Genel af, özel af ve şikâyetten vazgeçme, müsadere olunan şeylerin veya ödenen adli para cezasının geri alınmasını gerektirmeyeceğini*” hüküm altına alarak, mahkûmiyetten sonra çıkan genel ve özel af ile gerçekleşen şikâyetten vazgeçmenin müsadereyi etkilemeyeceğine, müsadere edilen eşyanın iadesini gerektirmeyeceğine vurgu yapmıştır.

Yeni TCK “Müsaderede Zamanaşımı” başlığını taşıyan 70’inci maddesinde, “*Müsadereye ilişkin hüküm, kesinleşmeden itibaren yirmi yıl geçtikten sonra infaz edilmez*” şeklinde hüküm vazetmiştir⁸⁵.

SONUÇ

Tarihsel geçmişi çok eskilere dayanan müsadere, çağdaş ceza hukukunda, bir yaptırım şekli olarak suç ve suçlulukla mücadelede önemli bir fonksiyon icra edecek şekilde gelişme kaydetmiştir. İyi niyetli üçüncü kişilerin haklarını koruması, kaim, muadil ve mukabil değerlerin müsadere ile kısmî müsadere ve ortak mülkiyet halinde müsadereyi mümkün kılması, bir güvenlik tedbiri olarak kabulü, müsadere orantılılık gözetmesi, kasten işlenen suçlar bakımından söz konusu olması gibi hususlar göz önüne alındığında yeni Türk Ceza Kanununun, daha ayrıntılı ve kapsamlı olan genel bir müsadere düzenlemesine gittiğini, ayrıca müsadere konusunda çağdaş ceza hukukundaki gelişmeleri de dikkate aldığını ve bununla da müsadere suçla mücadelenin en etkin yaptırımlarından biri olmasını amaçladığı söylenebilir.

⁸⁴ CERTEL, s. 79-80.

⁸⁵ Müsadere bakımından, ölüm sebebiyle davanın düşmesi hali için öngörülene paralel bir düzenlemenin zamaşımı bakımından getirilmemiş olması sebebiyle davanın zamaşımı sebebiyle düşmesi halinde öğretilen Hakeri müsadere mümkün olmadığı kanaatindedir. Bkz: HAKERİ, s. 642. Certel ise dava zamaşımı bakımından ölüm haline ilişkin hükmün uygulanacağını, ceza zamaşımında ise 20 yıllık sürenin dolmamış olmasının gerektiğini savunmaktadır. Bkz: CERTEL, s. 78-79.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Sevgi Gül, “Osmanlı Devleti’nde Yönetici Sınıf Açısından Müsadere Uygulaması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, ss. 388-420

ARTUK, M. Emin, “Emniyet Tedbirleri”, *Argumentum*, Yıl 2, S. 23, Haziran 1992

ARTUK M.Emin- ÇINAR A. Rıza., “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap*, Ankara Eylül 2004 (TBB Yayını).

ARTUK, M.Emin- YENİDÜNYA, A.Caner, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Müsadereye İlişkin Düzenlemeleri Üzerine Bir İnceleme”, *Uğur Alacakaptan’a Armağan*, C.1., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul 2008, ss. 88-101.

ARTUK, M.Emin- GÖKCEN, Ahmet- YENİDÜNYA, A.Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2013

AYDIN, Öykü Didem, “Malvarlığına İlişkin Bir Emniyet Tedbiri Olarak Türk Ceza Yasasında Müsadere”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1993, C. 43, S.1-4,

AYVERDİ, İlhan, *Kubbealtı Lügati, Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, C.2, İstanbul 2006.

CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2014.

CERTEL, Abdulkadir, Müsadere, Ankara 2008.

ÇAĞLAYAN, M. Muhtar, *Gerekçeli, Açıklamalı ve İctihatlı Türk Ceza Kanunu*, C. I, 3. Bası, Ankara 1984

ÇAĞLAYAN, Ramazan, *İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu)*, Ankara 2006,

ÇAKMUT, Özlem Y., “Türk Ceza Kanununa Göre Müsadere”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.76, S.4, Aralık 2002

ÇOLAK, Haluk/ ALTUN, Uğurtan , “Güvenlik Tedbirleri ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Yaptırım Teorisindeki Yeri” *Adalet Dergisi*, Sayı 22

DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2009

DEVELLİOĞLU, Ferit, *Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lûgat*, 12. Bası, Ankara 1995

DÖNMEZER, Sulhi/ ERMAN, Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, C.II, 12. Bası, İstanbul 1999.

EREM, Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, Genel Hükümler, C. II, 10. Bası, Ankara 1974

ERMEN, Sahir, *Askerî Ceza Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 1983

ERMEN, Sahir, *Ticari Ceza Hukuku I, Genel Kısım*, 3. Bası, İstanbul 1992

GEDİK, Doğan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Müsadere Sistemi Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, *Adalet Dergisi*, Sayı 23

GÖKCEN, Ahmet, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma (Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi)*, DEÜHF Yayını, Ankara 1994.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, *Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara 1987

HAFIZOĞULLARI, Zeki- ÖZEN, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2010

HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2013

İÇEL, Kayıhan, Kaçakçılıkta Kullanılan Üçüncü Kişilere Ait Taşitların Zoralımı, *İÜHF*, Y. 1978, C. 44, S. 1-4, ss. 297-305.

İÇEL, K./SOKULLU-AKINCI, F./ÖZGENÇ, İ./SÖZÜER, A./ MAHMUTOĞLU, F.S./ÜNVER,Y., *İçel Yaptırım Teorisi*, 3. Kitap, İstanbul 2002. (İÇEL ve Diğerleri)

KANGAL, Zeynel T., *Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu*, Ankara 2003

KOCA, Mahmut- ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2013

KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Feridun/ NUHOĞLU, Ayşe, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Bası, İstanbul 2010

MAHMUTOĞLU, Fatih S., “TBMM Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap*, Makaleler, Görüşler, Raporlar, TBB Yayını, Ankara 2004

MASAK, *Türk Hukuk Mevzuatında, Müsadere ve Tedbirin Kapsamı ve 4208 Sayılı Kanun Açısından Değerlendirilmesi (FATF Ülkelerinde Müsadere Uygulamaları İle Birlikte)*, Ankara 2000

OĞURLU, Yücel, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, 2. Bası, Ankara 2001

ÖNDER, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992

ÖZBEK, Veli Özer, *Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Genel Hükümler*, Ankara 2006.

ÖZBEK, V.Ö. - KANBUR, M.N. - DOĞAN, K. - BACAKSIZ, P. - TEPE, İ., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2011

ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler*, Ankara 2005.(ÖZGENÇ, Şerh)

ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 9. Bası, Ankara 2013 (ÖZGENÇ, Türk Ceza)

ÖZGENÇ, İzzet, “Tüzelkişinin Sorumluluk Ehliyeti, Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, *Reha POROY’a Armağan*, İÜHF Yay. İstanbul 1995. (ÖZGENÇ, Tüzelkişinin)

ÖZTÜRK, Bahri, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Bası, Ankara 1994

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa R.; *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara 2011

ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa R. /ÖZBEK, Veli Özer, *Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 4. Bası, Ankara 1998

SOYASLAN, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2012.

SÖZÜER Adem, “Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı”, *Polis Dergisi*, Yıl 2003, S. 36, ss. 397-406.

ŞEN, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, İstanbul 2006

TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2006.

TOROSLU, Nevzat- ERSOY, Yüksel; ‘Kanunlaşmaması Gereken Bir Tasarı’, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap*, TBB Yay., Ankara 2004.

YARSUVAT, D./BAYRAKTAR, K./ YÜZBAŞIOĞLU, N./ BÜLBÜL, E./ KOCASAKAL, Ü./ AKSOY, E. E./ MEMİŞ, P./ KURT, G./ TANSUĞ, Ç./ YILMAZ, D., “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesinin Görüşü”, *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap*, Makaleler, Görüşler, Raporlar, TBB Yayını, Ankara 2004.

YAŞAR, Hakkı, Zoralım, *Adalet Dergisi*, Yıl: 1975

YENİDÜNYA, A. Caner, “Yeni Türk Ceza Kanununda Müsadere”, *3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi*, Ed.: Bahri ÖZTÜRK, İstanbul Kültür Üniversitesi, Ankara 2009, ss.113-121.

YERDELEN Erdal, *Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi*, Ankara 2010

YILMAZ, Zekeriya, *Teoride ve Uygulamada Müsadere*, Ankara 2003.

YURTCAN, Erdener, *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat*, C.III, İstanbul 1988

ZAFER, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m.1-75*, İstanbul 2013

ALMAN İDARİ YARGILAMA USULÜNDE İDARİ MAKAMLARIN BİLGİ VE BELGE VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN*

ÖZET

Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 99'uncu maddesine göre, görülmekte olan bir davada idari makamlar mahkemeye bilgi ve belge vermek ve elektronik belgeleri iletmekle yükümlüdür. Ancak bilgi veya belgenin mahkemeye verilmesi devletin menfaatine zarar verecekse veya kanundan veya ilgi belge ve bilginin içeriğinden kaynaklanan bir gizli tutma gereksinimi mevcutsa bunların mahkemeye verilmemesi mümkündür. İdarenin bu kaçınma yetkisi, kişilerin hukuki dinlenilme hakkı ile etkili yargısal koruma elde etme hakkının sınırlandırılması anlamına gelse de kamusal veya kişisel hak ve özgürlüklerin korunması açısından da bir gereklilik olarak kabul edilmektedir. Düzenlemenin kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla 2001 yılında VwGO'da yapılan değişiklikle 99'uncu maddenin ikinci fıkrası değiştirilmiş ve "kapalı usul" ile idarenin kaçınma kararının denetlenebilmesi öngörülmüştür.

Anahtar Sözcükler: idarenin bilgi ve belge verme yükümlülüğü, kapalı usul, devlet ve eyalet menfaatlerinin zarara görmesi, gizli tutulması gereken bilgiler, ticari ve mesleki sırların korunması

DIE VERPFLICHTUNG DER BEHÖRDEN ZUR VORLAGE VON URKUNDEN UND AUSKÜNFTEN IM DEUTSCHEN VERWALTUNGSPROZESSRECHT

ZUSAMMENFASSUNG

Gemäß § 99 des Deutschen Verwaltungsgerichtsgesetz (VwGO) sind die Behörden zur Vorlage von Urkunden und Auskünften nach Verlangen des Gerichts verpflichtet. Gleichwohl wenn das Bekanntwerden des Inhalts dieser Urkunden oder Auskünfte dem Wohl des Bundes oder eines Landes Nachteile bereiten würde oder nach einem Gesetz oder ihrem Wesen nach geheim gehalten werden müssen, kann die zuständige oberste Aufsichtsbehörde verweigern. Die Verweigerung der Behörde begrenzt das Recht auf effektiven Rechtsschutz und Rechtliches Gehör der Personen. Dagegen ist es eine Notwendigkeit um öffentliche und individuelle Rechte und Freiheiten zu erhalten. Um die Risiken zu vermeiden wurde eine Gesetzänderung im Jahr 2001 in § 99 Absatz gemacht, somit wurden das Ermessen der Aufsichtsbehörde „in-camera-verfahren“ bei einem Fachsenat im Gerichts kontrollieren werden können.

* Arş.Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı
“kamileturkoglu@gmail.com”

Schlüsselwörter: *die Verpflichtung der Behörden zur Vorlage von Urkunden und Auskünften, in-Kamera-verfahren, Nachteile für das Wohl des Bundes oder Eines Landes, die geheimhaltungsbedürftigen Auskünfte, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse*

GİRİŞ

İdari yargı rejimini benimsemiş diğer Kara Avrupası hukuk sistemlerinde olduğu gibi Alman idari yargılama usulünde de dava malzemesinin¹ toplanmasında re'sen araştırma ilkesi benimsenmiştir. Bu ilkeye göre idari yargı hakimi bakmakta olduğu davada her türlü vakia ve delili kendisi araştırarak dava konusunu aydınlatır. Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (VwGO) re'sen araştırma ilkesi açıkça düzenlenmiş ve tarafların da mahkemenin yapacağı araştırmada işbirliği yapma yükümlülüğü olduğu kabul edilmiştir (m. 86). Bu ilke, hem kişisel hakların korunması hem de idarenin hukuka uygunluğunun denetlenmesi amaçlarını taşıyan idari yargılama usulünde maddi gerçeğin bulunması açısından önemli bir işleve sahiptir.

Mahkemenin re'sen araştırma görevini yerine getirmesini sağlayan ve onu tamamlayan bir diğer kural davanın tarafı olsun olmasın bütün idari makamların mahkemenin talebi üzerine ellerindeki bilgi ve belgeleri mahkemeye sunma yükümlülüğüdür. Çünkü idari davalarda, dava malzemesi niteliği taşıyan bilgi ve belgeler çoğu zaman davalı idarenin veya diğer idari makamların elinde bulunur. VwGO'nun 99'uncu maddesinde idari makamların görülmekte olan bir davada mahkemenin talep ettiği bütün bilgi ve belgeleri sunmakla yükümlü olduğu; istisna olarak idari makamların yine aynı maddede belirtilen sebeplerden birinin varlığı halinde talep edilen bilgi ve belgeleri idareye sunmaktan kaçınabileceği ancak bu kararın yargısal denetime tabi olduğu düzenlemiştir². Bu hüküm, idari makamların gizlilik gerekçesiyle bilgi

¹ Dava malzemesi (der Prozesstoff) ile kastedilen davayı aydınlatmaya yarayan vakia ve delillerdir. Yargılama usulünde dava malzemesinin toplanmasına re'sen araştırma veya taraflarca getirilme ilkeleri hakim olabilir.

² Alman hukukunda 99'uncu maddeye benzer düzenlemeler idari mahkemelerin türü olan Sosyal ve Finans mahkemelerinin yargılama usullerinde de mevcuttur. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (StPO) 96'ncı maddesinde benzer bir düzenleme vardır. Ancak StPO'da idarenin kaçınma kararının denetimi öngörülmemiştir. Medeni Usul Kanunu'nda (ZPO) idarenin gizlilik gerekçesiyle mahkemeye bilgi ve belge verilmekten kaçınmasına ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Ancak, bu konu kişisel verilerin korunması kapsamında ele alınmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. WAGNER, Gerhard, "Datenschutz im Zivilprozeß", ZPP, Heft 2, 1995, s. 193- 218.

ve belge vermekten kaçınabilmesine ilişkin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20'inci maddesinin üçüncü fıkrasına benzemekle birlikte birçok yönden bu düzenlemeden farklı ve oldukça ayrıntılıdır³. Alman hukukunda idari makamlar, devlete ilişkin menfaatler dışında kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması amacıyla da bazı bilgi ve belgeleri mahkemeye sunmaktan kaçınabilir ve her ne sebeple olursa olsun idarenin kaçınma kararı talep halinde etkili bir şekilde denetlenebilir. Bu nedenle, bu çalışmada bir yanda hukuki dinlenilme ve etkili hukuki koruma elde etme hakkı diğer yanda devlet menfaatleri ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin yer aldığı bu menfaat çatışmasına Alman idari yargılama usulünde getirilen çözümler ele alınmıştır.

I. İDARİ MAKAMLARIN BİLGİ VE BELGE VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1) Genel Kural

VwGO'nun 99'uncu maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde idari makamların idare mahkemelerine bilgi ve belge vermesine ilişkin genel kural düzenlenmiştir: “*İdari makamlar evrakların ve dosyanın ibrazına, elektronik belgelerin iletilmesine ve bilgi vermeye yükümlüdür*”. Buna göre, görülmekte olan bir davada, idari makamlar mahkemenin talebi halinde, davanın aydınlatılması için gerekli olan belgelerin ve dosyaların ibrazına, elektronik dokümanların iletilmesine ve bilgi vermeye yükümlüdür.

İdari makamların idari yargı yerlerine bilgi ve belge sunma yükümlülüğünün kaynağında Anayasasının 35'inci maddesinin birinci fıkrasındaki “*federasyonların ve eyaletlerin birbirlerine karşılıklı hukuki ve idari yardım sağlayacağına*” ve VwGO'nun 14'üncü maddesinde “*bütün mahkemelerin ve idari makamların idare mahkemelerine hukuki ve idari yardımda bulunacağına*” ilişkin düzenlemeler bulunur. İdari makamların mahkemeye bilgi ve belge verme yükümlülüğü aynı zamanda yargının yürütmenin etkisi altında kalmadan maddi olayı açıklığa kavuşturarak hüküm

³ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20'inci maddesinin birinci fıkrasında idari yargı yerlerinin belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebileceği; bu kararların süresi içinde yerine getirilmesinin zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise, “Ancak istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan ve ilgili bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilmez” hükmü yer almaktadır.

kurabilmesi açısından hukuk devleti ilkesiyle ve kamu gücünün tasarrufları karşısından kişilerin etkili bir şekilde korunmasını öngören Anayasanın 19'uncu maddesinin dördüncü fıkrasıyla yakından ilgilidir⁴. Mahkeme her türlü bilgi ve belgeye ulaşmalı ve maddi olaya tam anlamıyla hakim olarak gerçeğe uygun adil bir hüküm kurmalıdır. Bu, hukuki dinlenilme hakkının unsurlarından biri olan silahların eşitliği ilkesinin de bir gereğidir.

WvGO'nun 99'uncu maddesi, Kanununun 86'ncı maddesinde yer alan re'sen araştırma ilkesinin de tamamlayıcısıdır; çünkü idari uyuşmazlıkların niteliği gereği davanın hallinde işe yarayacak en önemli bilgi ve belgeler idarenin elinde bulunacağından mahkemenin bunlara başvurarak hüküm için önemli bilgi ve belgeleri talep edebilmesi ve tarafların da mahkemeye işbirliği yapması gerekir⁵. Bu açıdan 99'uncu madde bir yandan mahkemenin re'sen araştırma yetkisini güvence altına alıp tamamlarken diğer yandan idarenin bilgi ve belge verme yükümlülüğüne çeşitli istisnalar öngörerek re'sen araştırma ilkesini sınırlandırır⁶. Ancak iki madde arasındaki en önemli fark 86'ncı maddedeki re'sen araştırma ilkesi kapsamında sadece taraflar bilgi ve belge verme yükümlülüğü altında oldukları halde 99'uncu maddenin yargılamanın tarafı olan veya olmayan bütün idari makamlar için bağlayıcı olmasıdır⁷.

2) Şartları

İdarenin bilgi ve belge verme yükümlülüğünün varlığından söz edebilmek için bakılmakta olan bir dava kapsamında mahkemenin idareden böyle bir talepte bulunması gerekir. Kural olarak mahkemenin idareye yapacağı talebin şekil sınırlaması yoktur. Ancak, bunu bir ara kararla gerçekleştirmesinin daha yerinde olduğu kabul edilir⁸.

⁴ WEBER , Sebastian, “*Informationsfreiheitsgesetze und prozessuales Akteneinsichtsrecht*”, NVwZ, Heft 12, 2008, s. 1286; SCHOCH Friedrich; SCHNEIDER Jens-Peter; BIER, Wolfgang, *Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, 26. Ergänzungslieferung, Verlag C. H. Beck, München, 2014, § 99, Rn. 4; SCHENKE, Ferdinand; KOPP, Wolf- Rüdiger, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 18. neuarbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2012, § 99, Rn. 1.

⁵ EDIGY, Hans von, *Vorlagepflichten und Geheimhaltungsinteressen in Verwaltungsprozess in Deutschland und Frankreich*, Baden-Baden, Nomos, 2005, s. 50; ZIEKOW Jan, “*Die Pflicht der Behörden zur Gewährung von Informationen*”, BayVBL, Heft 5, 1992, s. 132-139, s. 133.

⁶ ZIEKOW , s. 133; WEBER , s. 1286.

⁷ SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 6.

⁸ GÄRDITZ, Klaus Ferdinand, ORTH, Johannes, “*Geheimnisschutz im Verwaltungsprozess*”, JuS, Heft 4, 2010, s. 317-321, s. 318.

Bilgi ve belge verme talebinin muhatabı davanın tarafı olan idare veya diğer söz konusu bilgi, belge ve dosyayı elinde bulunduran davanın tarafı olmayan bütün idari makamlardır⁹. Diğer mahkemeler, Anayasanın 14'üncü maddesine göre birbirlerine hukuki ve idari yardımda bulunmaya mecbur olduklarından bu madde kapsamında yer almazlar¹⁰. İdari makamlar, kamu idaresi görevini yerine getiren bütün yerlerdir¹¹. Kamu tüzel kişileri yanında kamusal yetki kullanabilen özel hukuk kişileri ve iştirak ilişkisi dikkate alındığında tamamen devlet tarafından kontrol edilen ama faaliyetlerinde özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişiler bu madde kapsamındadır¹². Ancak kamu ve özel iştirakleri kapsam dışıdır¹³.

Bilgi ve belge verme talebinin konusu, belge veya dosyaların sunulması, elektronik belgelerin iletilmesi ve bilgilerin mahkemeye açıklanmasıdır. Bu düzenlemenin mahkemenin re'sen araştırma yetkisine hizmet etmesinden ötürü amaçsal yorumlanması gerektiği ve kanunda sayılanların örnek niteliğinde olduğu kabul edilir¹⁴. Bu nedenle görülmekte olan bir davanın aydınlanmasına yarayan bütün bilgi ve belgeler, resim, plan, video ve hatta ses kaydı gibi keşif materyalleri bilgi ve belge verme talebinin konusu olabilir.

Mahkeme idari usul sürecinin bir parçası olan ve uyuşmazlık konusuyla ilgili her türlü bilgi ve belgeyi idareden talep edebilir. Bunlara idari tasarrufun dayandığı notlar, taslaklar, hukuki mütalaalar dahildir; ama idari usul sürecinin bir parçası sayılmayan ve bağlayıcı nitelikte olmayan iç evraklar bu kapsamda değildir¹⁵. VwGO'nun 100'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan tarafların dava dosyasını inceleme hakkının istisnalarının kıyasen idareden talep edilebilecek bilgi ve belgeler için de uygulanabileceği kabul

⁹ EYERMANN, Erich, *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, 11. überarbeitete Auflage, C. H. Beck, München, 2000, § 99, Rn. 2; ZIEKOW, s. 132; başka bir deyişle, "bütün Alman idari makamları" davanın aydınlanması için gerekli bilgi ve belgeleri mahkemeye sunmakla yükümlüdür, GÄRDITZ, ORTH, s. 319; buradaki idari makam kavramı belirlemek için Alman İdari Usul Kanunu'na (VwVfG) başvurulur.

¹⁰ EDIGY, s. 58; EYERMANN, § 99, Rn. 2; Örneğin adli mahkemelerdeki bir dosyanın idare mahkemesi tarafından dava malzemesi olarak kullanılması gerekirse.

¹¹ ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 9.

¹² SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 8. Alman doktrininde, bu maddenin karma nitelikte ekonomik faaliyet gösteren tüzel kişilere uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Karşı görüş için bkz. ZIEKOW, s. 133; Rn. 9.

¹³ ZIEKOW Jan, SODAN Helge, *Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar*, 2. Auflage, Nomos, Berlin, 2006, § 99, Rn. 11.

¹⁴ ZIEKOW, s. 133; EYERMANN, § 99, Rn. 3.

¹⁵ SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 10.

edilmektedir. Buna göre, idari işlemin yapılış sürecinde hazırlık niteliği taşıyan karar tasarıları, alınan notlar ve diğer hazırlık işlemleri idarenin mahkemeye sunması gereken bilgiler ve belgeler kapsamında değildir¹⁶. Ayrıca, idarenin devam eden bir idari usul sürecine ilişkin bilgi ve belgeleri de mahkemeye sunması beklenemez¹⁷. Bunun yanında, mahkemenin talep ettiği bilgi ve belgeler maddi olayın aydınlatılması için gerekli olmalıdır¹⁸. Ancak idari makamların, mahkemenin istediği bilgi ve belgelerin gerekli olup olmadığı konusunda değerlendirme yapmak ve karar vermek yetkisi yoktur¹⁹.

İdari makamdan istenen bilgi ve belgeler, görülmekte olan bir davada dava malzemesi olarak kullanılabilir nitelikte olmalıdır. Davanın konusu, kişinin bilgi ve belge edinme talebinin reddi kararı ise 99'uncu madde maddi bir talep hakkı doğurmadığından uygulama alanı bulmaz²⁰. Ayrıca bu madde, tarafların dava dosyasını inceleme hakkının dayanağı değildir; çünkü tarafların dava dosyasını inceleme hakkı VwGO'nun 100'üncü maddesinde özel olarak düzenlenmiştir²¹.

Mahkeme, ara kararında belirtmek şartıyla idareye ilgili bilgi ve belgeyi vermesi için belli bir zaman sınırlaması getirebilir; ancak yargılamanın tarafı olmayan idarenin bu zaman sınırlamasına uymaması kanuni dayanağı olmadığından bir yaptırıma tabi tutulamaz. Ancak, bilgi ve belge yükümlülüğünün muhatabı yargılamanın tarafı olan idari makam ise VwGO'nun 87b maddesinin uygulanabilir. Bu maddeye göre, mahkeme, gecikmiş bilgi ve belgeleri dikkate almayacağı önceden ara kararında bildirerek geciken bilgi ve belgeleri reddedebilir²².

¹⁶ EYERMANN, § 99, Rn. 4.

¹⁷ EYERMANN, § 99, Rn. 4.

¹⁸ ZIEKOW'a göre, bu madde dava konusuyla ilgisi olmayan bilgi ve belgelerin ibrazını kapsamaz ancak istenen bilgi ve belgelerin hüküm açısından önemli olması da gerekli değildir. Davanın aydınlatılması için gerekli olması yeterlidir, s. 133; karşı görüşte olan POSSER, WOLFF' göre, re'sen araştırma ilkesinin tamamlayıcısı olan bu düzenlemede mahkeme elbetteki hüküm için önemli bilgi ve belgeleri idareden talep eder. Bir bilgi veya belge hüküm için mutlak bir şekilde gerekliyse "hüküm için önemli" bilgi ve belge kapsamındadır. POSSER, WOLFF, Herbert; WOLFF Heinrich Amadeus, Beck'scher Online Kommentar VwGO, 30. Edition, Verlag C. H. Beck, München, 2014. (<https://beck-online.beck.de/> erişim 10 Ağustos 2014), § 99, Rn. 10, 14; aynı görüş için bkz. BADER, Johann, "Aktuelles Verwaltungsprozessrecht", JuS, Heft 2, 2005, s. 126-131, s. 128.

¹⁹ ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 15; EYERMANN, § 99, Rn. 4; SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 10; BADER, s. 128.

²⁰ ZIEKOW, s. 133.

²¹ POSSER, WOLFF, § 99, Rn. 10; SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 11.

²² EYERMANN, § 99, Rn. 4.

Belge ve dosyalar mahkemeye kural olarak orijinal haliyle sunulmalıdır²³. Bilgiler de kural olarak yazılı olarak verilmelidir. Dosyaların belli bir kısmının ibrazından kaçınılması söz konusuysa sadece diğer kısmın mahkemeye sunulması mümkündür²⁴.

II. İDARİ MAKAMLARIN BİLGİ VE BELGE VERMEKTEN KAÇINMA YETKİSİ

1) Kaçınma Yetkisinin Dayanağı

Kural olarak idari makamlar görülmekte olan bir davada karar için önem taşıyan bütün bilgi ve belgeleri talep üzerine mahkemeye vermek zorunda olsa da kamunun veya kişisel menfaatlerin korunması amacıyla bu yükümlülüğe istisnalar getirilmiştir. İdari makamlar kamusal ve kişisel menfaatleri korumak amacıyla bazı bilgi ve belgeleri mahkemeye sunmaktan kaçınabilir. Bu durum her ne kadar hukuki dinlenilme ve etkili hukuki koruma elde etme hakkına aykırı gibi görünse de bu hakların başka haklarla çatışması halinde çatışan menfaatler arasında bir denge kurularak haklardan birinin diğeri lehine anayasaya uygun bir biçimde sınırlandırılması mümkündür²⁵. Örneğin, Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasanın 2'inci maddesinin birinci fıkrasındaki yaşam ve kişiliğin korunması hakkının, kişilere kişisel yaşam alanına ilişkin bilgilerin ne zaman ve hangi sınırlar içinde açıklanacağını belirleme yetkisi verir. Anayasanın 14'üncü maddenin birinci fıkrasındaki mülkiyet hakkı ise kişilerin iş ve meslek sırlarının korunmasını da kapsar²⁶. Ancak gerekirse bunlar adil yargılanma ve etkili hukuki koruma elde etme hakkı lehine sınırlandırılabilir.

2) Kaçınma Sebepleri

VwGO'nun 99'uncu maddenin ikinci cümlesi idarenin mahkemeye bir bilgi ve belgeyi vermektan kaçınma sebeplerini şu şekilde düzenler: *"Bu evrak, dosya elektronik belge ve bilgilerin içeriğinin duyulması federal devletin veya bir eyaletin menfaatine zarar verecekse veya bu sürecin bir kanuna göre veya niteliği gereği gizli tutulması gerekiyorsa üst idari denetim makamı evrakların ve dosyanın ibrazından elektronik belgenin iletilmesinden*

²³ ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 13; ZIEKOW, s. 133.

²⁴ Ancak sunulan dosyaların eksiklik içermesi idari usul sürecinde bir eksiklik söz konusu olduğuna delalet edeceğinden delillerin değerlendirilmesi kapsamında idarenin aleyhine değerlendirilebilir. ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 13.

²⁵ SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 4; EDIGY, s. 91.

²⁶ WAGNER, s. 197.

ve bilgi verilmesinden kaçınabilir". Burada belirtilen sebepler sınırlı sayıdadır ve dar yorumlanmalıdır. Ayrıca bu sebeplerin varlığı halinde idarenin bilgi ve belgeleri gizleme zorunluluğu yoktur. İdari makam takdir yetkisini kullanarak hukuki menfaatleri dengelemeli ve gerekirse mahkemeye istenen bilgi ve belgeleri sunmalıdır²⁷.

a) Federal Devletin veya Bir Eyaletin Menfaatinin Zarara Uğraması İhtimali

İdari makamın talep edilen bilgi ve belgeleri mahkemeye sunması halinde federal devletin veya bir eyaletin menfaatine zarar verme ihtimali varsa idari makam bunları mahkemeye sunmaktan kaçınabilir. Dar yorumlanması gereken zarar kavramı sadece mümkün olmamalı, gerçekleşeceği yönünde yüksek bir olasılık barındırmalıdır²⁸. Benzer bir düzenleme Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (StPO)'nun 96'ncı maddesinde de bulunmaktadır²⁹. Bu sebep genel olarak, federal devletin veya eyaletin iç ve dış güvenliğinin olumsuz etkilenmesi ve tehdit edilmesi, kamu düzeninin önemli derecede bozulması, diğer devletlerle ve uluslararası veya uluslararası organizasyonlarla dostane ilişkilerin bozulması ile devletin bizzat varlığının veya kurumlarının veya iç organizasyonunun temelden bozulması ihtimallerini içerir³⁰. Kişilerin vücut bütünlüğünün, yaşam hakkının veya özgürlüğünün tehlikeye düşmesi hali de kamusal güvenlik ve kamu düzeni ile ilgili olduğundan bu kapsamda değerlendirilir³¹. Yine suç politikası, suçlara ilişkin bilgi kaynakları, polisin çalışma şekli gibi konular da kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunmasıyla yakından ilgili olduklarından gizli tutulabilir³². Devletin mali menfaatlerinin zarara uğraması hali açıkça kamusal finans idarelerini sarsması veya devletin fonksiyon yeteneğini azaltması halleri dışında bu kapsamda değildir. Yine idarenin kendi iç çalışma düzenini korumak için gizli tutulması gereken bilgi ve belgeler de bu kapsamda değildir³³.

²⁷ EYERMANN, § 99, Rn. 7; SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 15.

²⁸ EYERMANN, § 99, Rn. 8; SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 16; Rn. 22.

²⁹ SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 15; Ancak idari yargılama usulü kanunundaki korunan menfaat ceza muhakemesi kanununda korunan menfaatten farklı olduğundan uygulama ve yorumda dikkate alınmalıdır. STPO'daki hüküm kişilerin özgürlüğü ile ilgilidir. ZIEKOW, s. 134.

³⁰ ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 22; SPIEGELS, Thomas, "Das geheimverfahren (in camera) nach § 99 Abs. 2 VwGO und der Geheimnisschutz – So viel Information wie möglich, so viel Geheimnisschutz wie nötig", VBIBW, Heft 6, 2004, s. 209; ZIEKOW, s. 134; EYERMANN, § 99, Rn. 8; SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 16.

³¹ SPIEGELS, 209.

³² SPIEGELS, 209.

³³ EDIGY, 94-95; ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 22.

b) Kanundan Kaynaklanan Sır Saklama Gerekliliği

İdarenin belli bilgi ve belgeyi mahkemeye sunmaktan kaçınması bir kanunda açıkça yer alabilir. Böyle bir gizli tutma yetkisinden bahsedebilmek için ilgili kanunun belli bir idari makama yönelik bir düzenleme içermesi gerekir³⁴. İletişim, vergi, çevre, bilgiye erişim ve istihbarata ilişkin kanunlarda bazı bilgilerinin gizli tutulmasına açık bir şekilde öngörülmektedir³⁵. Buna karşılık kamu görevlilerine ilişkin mevzuatlarda yer alan kamu görevlisinin sır saklama yükümlülüğü bu kapsamda yer almaz³⁶.

c) Niteliği Gereği Gizli Tutulması Gereken Bilgi ve Belgeler

Kanunlarda açıkça belirtilmemiş olsa bile bazı bilgi ve belgelerin içeriğinin açıklanması kişilerin veya kamunun önemli bir menfaatinin zarara uğratacaksa bu halde niteliği itibariyle gizli tutulması gereken bilgi ve belgeler söz konusudur. İçeriği oldukça belirsiz olan ve geniş bir şekilde yorumlanmaya açık bu kaçınma sebebi eleştiriye açıktır. Zaten içtihat ve doktrinde de buna ilişkin yerleşik bir ölçüt geliştirilmemiştir³⁷. Federal Anayasa Mahkemesi kamu menfaatinin gerektirmesi halinde tarafların veya üçüncü kişilerin kişisel menfaatinin aleyhine olsa da bazı bilgi ve belgelerin gizli tutulmasının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir³⁸. Bu durum idarenin işleyişinin tehlikeye düşmesi halinde öncelikli olarak ortaya çıkar. İstihbarat teşkilatının çalışma şekline veya personeline ilişkin bilgiler; özel görevli polis, gizli müfettiş ve benzer kişilerin kimliği ve isimleri bu düzenleme kapsamında gizli tutulabilir. Benzer şekilde, gizli soruşturmacının kişilerin temel haklarını olumsuz şekilde etkilediği hallerde bile devletin güvenliğine ilişkin menfaat, kişi menfaatinin korunmasından ve soruşturmacının kimliğinin açıklanmasından üstün tutulur³⁹.

Bunun yanında, Anayasa'da korunan kişilik ve giz alanına ilişkin bilgi ve belgelerin açıklanması kişinin yaşam hakkını, vücut bütünlüğünü veya özgürlüklerini ihlal edecekse bunlar da niteliği gereği gizli tutulmalıdır⁴⁰. Yine kişinin hastalık geçmişine ilişkin hastane raporları, mesleki ve ticari sırlar

³⁴ EDIGY, s. 95; ZIEKOW, s. 134; SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 17.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHOCH, Friedrich, "Das Informationsfreiheitsrecht in der Gerichtlichen Praxis", VBLBW, Heft 9, 2010, s. 336.

³⁶ SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 17.

³⁷ EDIGY, s. 98.

³⁸ BVerwGE, Band 74, s. 115-119; Band 19, s. 179-184, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen; ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 27.

³⁹ ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 33.

⁴⁰ ZIEKOW, s. 136; SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 19.

içeren bilgi ve belgeler, sabotaj ihtimaline karşı güvenlik nedeniyle önemli tesislere (örneğin bir nükleer santral) ilişkin dosyalar gizli tutulabilirler⁴¹. Federal Anayasa Mahkemesi de hizmet dışında kişisel bilgi ve belgeler içerdiğinden personel dosyalarının niteliği itibariyle gizli tutulması gerektiğini kabul etmiştir⁴².

Belge ve bilgilerin niteliğinden kaynaklanan gizlilik gerekçesi her zaman dar yorumlanmalıdır. Davada delil olarak kullanılacak bir bilgi ve belgenin yargılamaya sunulması ve böylece mahkemenin adil bir karar vermesindeki menfaat ve diğer yandan ilgili bilgi ve belgelerin gizli tutulmasındaki menfaat her somut olayda tartılmalıdır⁴³. Örneğin, mesleki ve ticari sırların korunması Anayasada güvence altına alınan mesleki faaliyette bulunma özgürlüğü ile mülkiyet hakkına dayanır. Alman İdari Usul Kanunu'nun (VwVfG) 30'uncu maddesinde de kamusal işlerde ticari ve mesleki sırların gözetilmesi gerekliliği düzenlenmiştir. Ancak yine de salt bir koruma söz konusu değildir. Orantılılık ilkesi, korunması gereken başka daha üstün bir temel hakkın varlığı halinde bunların açıklanmasını gerekli kılabılır. Örneğin, işletme ruhsatıyla ilgili uyumsuzluklarda, işletme, çevreye verdiği zararın belirlenmesi amacıyla bazı mesleki veya ticari sırlarını açıklamakla yükümlüdür⁴⁴.

3) Kaçınma Usulü

İdare kanunda belirtilen gerekçelerin varlığı halinde mahkemeye talep edilen bilgi ve belgeleri sunmaktan kaçınabilir. Mahkemenin talep ettiği bilgi ve belgenin bu fıkra kapsamına girdiğine ve bu nedenle mahkemeye verilemeyeceğine ilişkin kararı, “*en üst idari denetim makamı*” vermelidir. Bunlar ise ilgili eyalet veya federasyon bakanlıklarıdır⁴⁵. Kanun koyucu bu özel yetki kuralıyla kaçınma yetkisinin idari makamlarca kötüye kullanılmasını önlemek istemiş ve bu yetkiyi politik sorumluluğu da olan bakana vermiştir⁴⁶.

⁴¹ ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn 31; SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 20; SPIEGELS, s. 210

⁴² BVerwGE, Band 19, s. 179-184; Band 35, s. 225- 227; Band 49, s. 89-94. Personel dosyaları sadece hizmet değil aynı zamanda kişisel bilgi ve belgeler de içermektedir. Örneğin dosyada yer alan doktor raporu, mahkeme hükümleri, kişinin disiplin suçları, hatalı davranışlarına ilişkin raporlar, boşanma kararları gibi. Burada hem memurun özel alanının hem de hizmetle ilgili menfaatlerinin korunması gerekir. ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 30; EYERMANN, § 99, Rn. 10

⁴³ ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 28; SPIEGELS, s. 210; EYERMANN, § 99, Rn. 11.

⁴⁴ SPIEGELS, s. 210.

⁴⁵ Burada bakanın veya temsilcisi değil; bakanlığın kararı yeterlidir. ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 33; idari makam kamu tüzel kişisi olsa bile ilgili bakanlık bu kararı vermelidir. EYERMANN, § 99, Rn. 15.

⁴⁶ ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 39; EYERMANN, § 99, Rn. 15.

İdare, kaçınmaya ilişkin kararını somut bir şekilde gerekçelendirmelidir. Ancak bu şekilde mahkemenin ve tarafların belgelerin 99'uncu madde kapsamında olup olmadığını değerlendirmeleri ve buna göre hareket etmeleri mümkündür⁴⁷.

İdare mahkemeye talep ettiği bilgi ve belgeleri verildikten sonra bunların 99'uncu madde kapsamında gizli tutulması gerektiği kanaatine ulaşırsa idarenin bu bilgi ve belgeleri geri çekmesinin mümkün olup olmadığı Alman doktrininde tartışmalıdır⁴⁸. Kanununda öngörülmediği için bunun mümkün olmadığını savunanların yanında⁴⁹, geri çekmenin mümkün olabileceğini çünkü bir hukuk devletinde kişilerin kazanılmış haklarını ihlal etmediği sürece idarenin işlemini geri alıp hukuka uygun durumu tekrar tesis etmesinin olanaklı olduğunu savunanlar da vardır⁵⁰. Geri çekme ile en azından üçüncü kişilerin gizli tutulması gereken bilgi ve belgelere erişmesi önlenmiş olur⁵¹.

Bazı çok kutuplu idari uyumsuzluklarda özellikle de ekonomi hukuku alanında üçüncü kişilerin gizli tutulması gereken verilerin yargılamada nasıl korunacağı maddeye ilişkin önemli bir eksiklik olarak görülmektedir⁵². Yargılamanın dışında olan üçüncü kişilere ait gizli tutulması gereken bilgi ve belgelerin idare tarafından mahkemeye sunulması halinde mahkemenin idareyi bu hususta uyarması ve gerekirse bu bilgi ve belgeleri geri çekmesi gerekir. Ayrıca mahkeme ilgili üçüncü kişileri VwGO'nun 65'inci maddesi kapsamında yargılamaya davet edebilir⁵³. Doktrinde, idarenin gizli tutulması gereken bilgi ve belgelerin geri çekmesi halinde mahkemenin de üçüncü kişilerin temel haklarının korunması amacıyla bunların incelenmesini yasaklayabileceği kabul edilmektedir⁵⁴. Benzer şekilde mahkemenin kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine gizli tutulması gereken bir belgeyi idareye geri vererek kararına dayanak teşkil etmekten kaçınabileceği ileri sürülmektedir⁵⁵.

⁴⁷ GÄRDITZ, ORTH, s. 319.

⁴⁸ GÄRDITZ, ORTH, s. 319.

⁴⁹ EYERMANN, § 99, Rn. 15.

⁵⁰ GÄRDITZ, ORTH, s. 319.

⁵¹ GÄRDITZ, ORTH, s. 319.

⁵² SCHENKE, Wolf-Rüdiger, "Der Geheimnisschutz Privater im verwaltungsgerichtlichen Verfahren", NVwZ, Heft 9, 2008, s. 939-944, s. 939.

⁵³ GÄRDITZ, ORTH, s. 319.

⁵⁴ GÄRDITZ, ORTH, s. 319.

⁵⁵ POSSER, WOLFF, § 99, Rn. 50; Buna karşılık idarenin yargılama için önem taşıyan bir bilgi veya belgeyi yargılamada dikkate almaktan vazgeçmesi sırların korunması açısından ge-

III. İDARENİN KAÇINMA KARARININ DENETİMİ

1) Kanuni Düzenleme

İdare mahkemeleri en üst idari makamın vermiş olduğu talep edilen bilgi veya belgeyi mahkemeye vermeme kararı ile bağlıdır. Ancak yargılamanın taraflarından birinin başvurusu üzerine bu idari kararın hukuka uygunluğu denetlenebilir. İdarenin kaçınma kararının denetimi 99’uncu maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. 2001 yılında bu fıkra yapılan değişiklikten önce idarenin vermiş olduğu kaçınma kararı, gerekçenin inandırıcılığı bakımından esas davaya bakan mahkeme tarafından denetlenebiliyordu. Ancak mahkeme idarenin gizlilik gerekçesiyle vermektен kaçındığı bilgi ve belgeleri inceleme yetkisine sahip değildi.

Federal Anayasa Mahkemesi, 27.20.1999 tarihli kararında maddenin mevcut halinin idari işlemin tam olarak denetlenmesini engellediğine böylece kişilere idare karşısında etkili yargısal koruma sağlanmasını öngören Anayasanın 19’uncu maddesinin dördüncü fıkrasına ve hukuk devleti ilkesine aykırı olduğuna hükmetmiştir⁵⁶. Yüksek Mahkeme, idarenin verdiği kaçınma kararının daha etkili bir biçimde denetlenmesi gerektiğini ve bu denetimde taraflara inceleme hakkı verilmeksizin mahkemenin gizli bilgi ve belgeleri inceleyerek karar vermesi gerektiğini ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme söz konusu değişiklikleri yapması için kanun koyucuya 31.12.2001 tarihine kadar süre tanımıştır. Bunun üzerine 2001 yılında 99’uncu maddenin ikinci fıkrası yeniden düzenlenerek “kapalı usul” (in-camera verfahren== oda usulü, gizli usul) benimsenmiştir. Bu usulde özel bir kurul gizli tutulması gerektiği iddia edilen bilgi ve belgeleri inceleyerek idarenin kararının hukuka uygunluğunu denetleyebilir⁵⁷. İkinci fıkranın son hali şu şekildedir:

“Tarafların başvurusu üzerine yüksek idare mahkemesi sözlü yargılama olmadan bir karar ile evrakların veya dosyaların ibrazı, elektronik belgelerin iletilmesi ve bilgi verilmesinden kaçınılmasının hukuka uygun olup olmadığını tespit eder. Bir üst federal makam ibrazdan iletimden veya bilgi vermektен evrakların, dosyaların, elektronik belgelerin veya bilginin içeriğinin duyulmasının federal devletin menfaatine zarar vereceği gerekçesiyle kaçınırsa Federal

reкли olsa bile yargılamadaki re’sen araştırma ve doğrudanlık ilkelerine aykırı sonuçlar doğurur. WEBER, s. 1286.

⁵⁶ BVerGE, Band 101, s. 106-123.

⁵⁷ ZIEKOW, SODAN, § 99 Rn. 2; GÄRDITZ, ORTH, s. 318; KOPP, SCHENKE, § 99, Rn. 2.

İdare Mahkemesi karar verir; aynı durum Federal İdare Mahkemesi § 50'ye göre esas konuda yetkili olduğunda da geçerlidir. Başvuru esas konu hakkında yetkili olan mahkemeye yapılmalıdır. Bunlar başvuruyu ve esas konuya ilişkin dosyayı § 189'a göre yetili karar merciine gönderir. Üst idari denetim makamı 1. fıkra 2. cümleye göre ibraz etmekten kaçınılan evrak veya dosyaları talep üzerine ibraz etmek, elektronik belgeleri iletmek veya bilgileri vermek zorundadır. Üst idari denetim makamı bu yargılamaya davet edilir. Bu yargılama sırların korunmasına ilişkin maddi hükümlere tabidir. Buna uyulamıyorsa veya yetkili üst idari denetim makamı özel gizlilik ve sırların korunması gerekçeleriyle mahkemeye bilgi ve dosyaların verilmesi ve elektronik dokümanların iletilmesinin engel teşkil ettiğini ileri sürerse, § 5'e göre ibraz veya iletim evrak, dosya ve elektronik belgelerin üst idari makamca belirlenen bir yerde mahkemeye sunulması yoluyla gerçekleşir. Cümle 5'e göre ibraz edilen dosyalar, elektronik dokümanlar ve cümle 8'e göre ileri sürülen özel gerekçeler için § 100 geçerli değildir. Mahkeme üyeleri, sır tutmaya yükümlüdürler; karar gerekçesi gizli tutulan evrak, dosya, elektronik belge ve bilgilerin tür ve içeriğini sezdirmemelidirler. Hakim olmayan personel için personelin sır saklamasına ilişkin hükümler geçerlidir. Federal İdare Mahkemesi tarafından verilmeyen kararlara bağımsız olarak itiraz edilebilir. Yüksek İdare Mahkemesinin kararları hakkında Federal İdare Mahkemesi karar verir. İtiraz usulü için 4'ten 13'e kadar olan cümleler uygulanır”.

Kapalı usulde tarafların yargılamadaki bilgi ve belgeleri erişiminin sınırlandırılması hukuki dinlenilme hakkına aykırı olsa da aynı zamanda etkili hukuki koruma sağlaması açısından kişinin yargılamadaki konumunu güçlendirmektedir⁵⁸. Bu usulün benimsenme amacı hassas bilgilerin korunmasındaki özel ve kamusal menfaat ile maddi gerçeğe uygun adil bir hüküm kurulmasındaki menfaat arasında bir denge oluşturulmasıdır⁵⁹.

2) Yetki ve Usul

VwGO'nun 99'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre yargılama sırasında idarenin kaçınma kararının denetimi için tarafların (kararı veren idare dışında) mahkemeye bir dilekçe ile başvurması gereklidir. Belli bir şekle ve süreye bağlı olmayan dilekçe dava karara bağlanmadan mahkemeye sunulur.

⁵⁸ SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 2a.

⁵⁹ SPIEGELS, s. 208.

Daha sonra bu başvuru ilgili karar merciiine mahkeme tarafından gönderilir. Başvurucu kişinin bu denetimde yeterli bir menfaatinin olması gerekir⁶⁰.

Bilgi ve belgelerin gizliliğinin korunmasının garanti altına alınması ve bunlara erişimi gerçekten sınırlayabilmek adına denetim yetkisi Yüksek İdare Mahkemesi (OVG) veya Federal İdare Mahkemesi (BVerwG) içinde oluşacak özel kurullara verilmiştir⁶¹. Eyaletlere bağlı idari makamların bu yönde almış olduğu kararlar yüksek idare mahkemeleri tarafından denetlenirken, federal makamların almış olduğu kararlar Federal İdare Mahkemesi tarafından denetlenir.

Karar mercii (kurul) tarafların başvurusu ve idarenin vermekten kaçındığı bilgi ve belgelerin kendisine sunulmasıyla duruşmasız olarak taraflara kapalı bir oturumda ancak çekişmeli bir yargılama sonucunda karar verir⁶². Bu yargılamaya “*ara yargılama*” (zwischenverfahren) denir. Bu yargılamaya sadece ilgili üst idari denetim makamı davet edilir⁶³.

İdari makam mahkemeye vermekten kaçındığı bilgi ve belgeyi bu kurula sunmak zorundadır. Gizliliğin korunması açısından gerekirse mahkeme bu bilgi ve belgeleri idarenin belirleyeceği bir yerde inceleyebilir. İdarenin kurula bu bilgi ve belgeleri sunmaktan kaçınması halinde ne olacağı belirsizdir. Kanunda bu konuda herhangi bir zorlayıcı mekanizma öngörülmemiştir⁶⁴. Bu halde kurul, bilgi ve belgelerin mahkemeye sunulmamasının hukuka aykırı olduğuna karar verir ve ispat yükü kurallarını idarenin aleyhine yorumlar⁶⁵.

Tarafların ve diğer kişilerin kapalı usule katılma ve dosyayı inceleme hakkı yoktur. Ara yargılamanın bu şekilde kurgulanması hem idarenin bilgi ve belgelerinin gizliliğinin korunması hem de idarenin bunları açıklamaktan kaçınmasının haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığını denetlemesi açısından iki yönlü bir işleve sahiptir⁶⁶.

⁶⁰ SPIEGELS, s. 209; Menfaat ihlalinin gerekliliği 99. Maddenin doğrudan bir hukuka uygunluk denetimi; kişisel hakların korunması araçlarından biri olarak kurgulanmasından kaynaklanır. ZIEKOW, s. 138.

⁶¹ GÄRDITZ, ORTH, s. 319; SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 2d.

⁶² ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 52.

⁶³ Burada davetin VwGO'nun 65'inci maddesi anlamında olup olmadığı konusunda şüphe olmakla birlikte ağırlıklı görüş idari makamın ara yargılamanın bir tarafı olarak davet edildiği yönündedir. ZIEKOW, s. 138; EYERMANN, § 99, Rn. 10.

⁶⁴ ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 52; GÄRDITZ, ORTH, s. 320.

⁶⁵ GÄRDITZ, ORTH, s. 320; POSSER, WOLFF, § 99, Rn. 51. Tartışmalı olmakla birlikte idari yargılama usulünde tarafların sübjektif ispat yükü yoktur; ancak objektif ispat yükü mümkündür.

⁶⁶ Rn. 55; ZIEKOW, s. 59.

Bu çekişmeli ara yargılama sonunda idarenin bilgi veya belgeyi mahkemeye vermekten kaçınması kararının hukuka uygun olup olmadığı gerekçeli olarak bir kesin hükümlerle tespit edilir⁶⁷. Hakim bu kararı gerekçelendirirken özel bir hassasiyet göstermesi gerekir; çünkü kararını gerekçelendirirken gizli tutulan bilgi ve belgelerin içeriğini açıklayamaz.

Kurulda yer alan hakimlerin ve mahkeme personelinin sır tutma yükümlülüğü de ayrıca düzenlenmiştir.

Kapalı usul VwGO'nun 100'üncü maddesinde düzenlenen kişilerin dosyaları inceleme hakkını kaldırdığından hukuki dinlenilme hakkını önemli ölçüde sınırlar⁶⁸. Ancak Federal Anayasa Mahkemesi, kapalı usulle etkili bir yargısal koruma sağlamak adına hukuki dinlenilme hakkının sınırlandırılmasını hukuka uygun bulmuştur⁶⁹.

3) Denetimin Kapsamı

İdari makamın ilgili bilgi ve belgeyi ibraz etmeme gerekçesinin kanuna uygunluğu kapalı usulün ana konusudur⁷⁰. Kurul idarenin bilgi ve belge vermekten kaçınmasının VwGO'nun 99'uncu maddenin birinci fıkrası kapsamına girip girmediğini araştırır⁷¹. İdari makam kaçınma kararını, bazı bilgi ve belgelerin gizli tutulmasındaki kişisel ve kamusal menfaat ile etkili yargısal koruma menfaatlerini tartarak verir. Burada idarenin geniş bir takdir yetkisi vardır. Kurul, bilgi ve belge verilmesine ilişkin şartların oluşup oluşmadığını, şartların varlığı halinde ise idarenin takdir hatası yapıp yapmadığını somut olayı göz önüne alarak değerlendirilir⁷². Dava malzemesi olabilecek bilgi ve belgelerin gizli tutulması ile açıklanması halinde ortaya çıkacak sonuçlar ve menfaat ihlali arasında bir "ölçülülük" olması beklenir⁷³. Kurulun yapacağı denetimde bilgi ve belgelerin gizli tutulması gerektiği yönünde bir kanaate ulaşması yeterlidir⁷⁴.

⁶⁷ GÄRDITZ, ORTH, s. 320; SPIEGELS, s. 210; ZIEKOW, s. 139.

⁶⁸ ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 1775.GÄRDITZ, ORTH, s. 318;

⁶⁹ BVerwGE, Band 19, s. 179-184; Band 35, s. 225- 227; Band 49, s. 89-94; STADLER, Ast-rid, "Geheimnischutz im Zivilprozess aus deutscher Sicht", ZPP, Heft 3, 2010, s. 273.

⁷⁰ ZIEKOW, s. 139; EYERMANN, § 99, Rn. 18.

⁷¹ ZIEKOW, SODAN, § 99, Rn. 50.

⁷² GÄRDITZ, ORTH, s. 320; BADER, s. 128-129; Rn. 43.

⁷³ GÄRDITZ, ORTH, s. 320; WEBER, s. 1286.

⁷⁴ ZIEKOW, s. 139.

Gerçekten de bir yandan kişinin bilgilere erişerek etkili bir hukuki korunma elde etmesindeki menfaat diğer yandan devlet sırlarının korunmasındaki menfaat iki kutuplu bir sorun oluşturur ve bu sorun ancak iki menfaatin tartılmasıyla aşılabılır. İdarenin vermektan sakındığı bilgi ve belgeler üçüncü kişilere ilişkinse bu halde çok kutuplu bir uyuşmazlık söz konusudur⁷⁵. Bir yandan etkili hukuki koruma talep eden yargılamanın tarafı diğer yandan söz konusu bilgi ve belgelerin açıklanmasıyla temel hakları zarara uğrayacak üçüncü kişilerin menfaati dikkate alınmalıdır⁷⁶.

Denetim hukuka uygunluk ile sınırlıdır. Kurul istenen belgenin yargılama için elzem olup olmadığına ilişkin değerlendirmeler yapamaz⁷⁷. Yine de, ana yargılamadaki dava malzemelerinin niteliği ve niceliği ara yargılamadaki kararı etkiler. Bu bakımdan, ana yargılamada mahkemenin kararına dayanak oluşturacak delil miktarı ne kadar çoksa (örneğin aynı konunun ulaşılabilir başka bilgi ve belgelerle ispatı mümkün ise) idarenin kaçınma kararının hukuka uygun bulunma ihtimali o kadar artar⁷⁸. Ayrıca, söz konusu bilgi veya belgenin deliller içerisindeki önem derecesi de kurul tarafından dikkate alınır⁷⁹.

Federal İdare Mahkemesi kararları dışında kurulun vermiş olduğu kararlara itiraz edilebilir ve bu itirazı Federal İdare Mahkemesi karara bağlar.

4) Kapalı Usulün Ana Yargılamaya Etkisi

Ara yargılama ana yargılamanın ertelenmesini gerektirmez. Ancak hüküm için ara yargılamanın sonuçlanması beklenir⁸⁰. Ara yargılama sonunda mahkeme idarenin kaçınma kararının hukuka uygunluğuna veya hukuka aykırı olduğuna karar verir.

İdarenin tutumu hukuka uygunsa mahkeme verilmeyen bilgi veya belge olmaksızın ancak maddi ispat kurallarına uygun olarak ve re'sen araştırma ilkesi gereği mümkün olan bütün dava malzemesini toplayarak karar verir.

Kurul kaçınma kararının hukuka aykırı olduğuna karar verirse kural olarak idare artık ana yargılamada bu bilgi ve belgeleri mahkemeye sunmak

⁷⁵ GÄRDITZ, ORTH, s. 320.

⁷⁶ GÄRDITZ, ORTH, s. 320.

⁷⁷ POSSER, WOLFF, § 99, Rn. 14.

⁷⁸ GÄRDITZ, ORTH, s. 321.

⁷⁹ BADER, s. 128.

⁸⁰ GÄRDITZ, ORTH, s. 319.

zorundadır. İdarenin bunu yerine getirmemesi halinde herhangi bir zorlayıcı mekanizma öngörülmemiştir⁸¹. Ancak bu halde mahkeme ispat yükünü idare aleyhine değerlendirebilir⁸².

IV. TELEKOMÜNİKASYON KANUNUNDAKİ ÖZEL DÜZENLEME

Alman idari yargılama usulünde kapalı usulün benimsenmesinden sonra bir başka Anayasa Mahkemesi kararı işi bir adım daha ileri götürmüştür. Yüksek mahkeme 2006 yılında vermiş olduğu Telekom Kararında ticari sırların gizli tutulmasının hukuka uygunluğunu kapalı usul uygulayarak esas davaya bakan mahkemenin denetlemesi gerektiğine hükmetmiştir⁸³.

Kararın kaynağı uyuşmazlık, Alman Telekom şirketi rakiplerinin, düzenleyici otorite olan Federal Ağ Ajansı'nın alt yapı kullanımına ilişkin Telekom şirketine verdiği ruhsattaki bedel tespiti işleminin iptali için açtıkları davada Telekom şirketine ait bedel hesaplamasında esas alınan belgelerin mahkemece istenmesi üzerine ortaya çıkmıştır. VwGO'nun 99'uncu ve TGK'nın (Telekomünikasyon Kanunu) 138'inci maddeleri gereği bunlar ticari ve mesleki sırlara ilişkin olduğu gerekçesiyle idare tarafından mahkemeye sunulmamıştır. Ancak Federal İdare Mahkemesi, mesleki ve ticari sırların açıklanması ilgili şirketin varlığını tehdit edecekse bunların gizli tutulabileceğine karar vermiştir. Bunun üzerinde Alman Telekom şirketi, Federal Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuş ve başvuru üzerine yüksek mahkeme, Federal İdare Mahkemesinin belirlemiş olduğu eşişin çok yüksek olduğuna, ayrıca gizli usulde ya tamamen gizli tutma ya da tamamen etkili hukuki koruma menfaatine öncelik verilmesinin bir eksiklik olduğuna karar vermiştir. Daha da ötesi, yüksek mahkeme bu iki menfaati uyumlaştırmanın yegane yolunun kapalı usulün ana yargılamada gerçekleştirilmesi olduğunu belirtmiştir⁸⁴.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu kararını Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) Mobistar kararından etkilenerек vermiştir⁸⁵. Kararda ABAD özetle, bir düzenleyici otorite kararının, kapsamlı ve eksiksiz bir şekilde denetlenebilmesi için yetkili mahkemenin, mesleki ve ticari sırlar da dahil

⁸¹ POSSER, WOLFF, § 99, Rn. 50.

⁸² ZIEKOW, s. 139.

⁸³ BVerfGE, Band 115, s. 215; STADLER, s. 262.

⁸⁴ STADLER, s. 274.

⁸⁵ ABAD, 13.7.2006, C-438/04, (www.dejure.org). Erişim: 13.09.2014.

olmak üzere gerekli bütün bilgilere ulaşması gerektiğine hükmetmiştir. Ayrıca, bu bilgilerin ve ticari sırların güvenli bir şekilde saklanması ile taraflara etkili hukuki koruma sağlanması ve savunma hakkı verilmesine ilişkin üye ülke mevzuatlarında düzenlemeler yapılması gerektiğini belirtmiştir⁸⁶. Nitekim Alman doktrinde de menfaat dengesi kurulmasına imkân sağlanamamasından ötürü kapalı usulün Anayasayla uyumlu olmadığı ve davaların adil bir kararla sonuçlanmasına engel teşkil konusunda eleştiriler vardır⁸⁷.

Alman Telekomünikasyon Kanunu'nu (TKG) 138'inci maddesinde, telekomünikasyon hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda idarenin görülmekte olan bir davada bilgi ve belge verme yükümlülüğü özel olarak düzenlenmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları ışığında 2012 yılında yeniden düzenlenen bu madde, hem VwGO'nun 99'uncu maddesine atıf yapmış hem de bazı konularda bu kanundan ayrılmıştır. TKG, kaçınma kararı verme yetkisini Federal Şebeke Kurumu'na; kapalı usulde kaçınma kararını denetleme yetkisini ise esas davayı gören mahkemeye vermiştir. Ancak kanunun en önemli özelliği, kamu menfaatlerini korumaktan ziyade ticari ve mesleki sırları koruma amacı taşımaktadır. Yine kanunda mahkemenin yapacağı denetimde bilgi ve belgelerin gizli tutulması ile hukuki dinlenilme ve etkili hukuki koruma elde etme haklarının tartılarak ağır basan lehine karar verileceği belirtilmiştir.

Kapalı usulü (kaçınma kararının hukuki denetimini) özel bir kurul değil, ana yargılamaya bakan mahkeme tarafından gerçekleştirilmesi ve kapalı usul için tarafların rıza göstermeleri gerekir⁸⁸. Federal Anayasa Mahkemesi bu maddenin AB mevzuatına uygun bir şekilde yorumlanması gerektiğini, bu nedenle tarafların rızasının aranmayabileceğini içtihatlarında belirtmiştir⁸⁹. Telekomünikasyon hukukundaki bu düzenlemeyi Anayasaya ve Avrupa Birliği Hukukuna VwGO'nun 99'uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeden daha uygun olduğu savunulmaktadır⁹⁰. Çünkü bu düzenlemeyle, ana meseleyi halletmekle yükümlü mahkemeye, gizli bilgi ve belgeleri bizzat inceleme yetkisi tanınarak çatışan menfaatler arasında bir denge kurabilme ve mevcut bütün hukuki ve maddi olguları göz önünde bulundurarak karar verebilme imkânı tanınmıştır⁹¹.

⁸⁶ STADLER, s. 275; GÄRDITZ, ORTH, s. 321.

⁸⁷ SCHOCH, s. 342; SCHENKE, s. 939; STADLER, s. 275.

⁸⁸ SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 68.

⁸⁹ BVerfGE, Band 115, s. 215, Band 127, s. 282.

⁹⁰ SCHOCH, s. 342.

⁹¹ SCHOCH, s. 342; GÄRDITZ, ORTH, s. 321.

Alman doktrininde gizli tutulan bilgi ve belgelerin denetiminin kapalı usulle yapılmasına ilişkin düzenlemelerin medeni yargılama usulüne aktarılıp aktarılamayacağı ise tartışılmaktadır⁹². Ancak medeni yargılama usulüne kıyasla kapalı usulün idari yargılama usulünde daha etkili hukuki koruma sağladığı kabul edilmektedir; çünkü idari yargılama usulünde re'sen araştırma ilkesinin benimsenmiş olması kapalı usul sonrası mahkemenin başka delillerle davayı aydınlatma faaliyetine devam edebilmesine imkan verir⁹³. Oysa ki medeni yargılama usulünde dava malzemesinin toplanması tamamen tarafların beceri ve inisiyatifine bağlıdır.

SONUÇ

İdari makamların dava malzemesinin toplanması sırasında mahkemeye işbirliği yapması bu kapsamda talep edilen bilgi ve belgeleri mahkemeye sunması davanın aydınlatılması açısından büyük önem taşır. İdarenin işbirliği yükümlülüğü kural olmakla birlikte kamusal ve kişisel menfaatlerin koruması gerekçesiyle bazı bilgi ve belgelerin mahkemeye sunulmaması da mümkündür. İdari makamlara tanınan bu geniş takdir yetkisinde çatışan menfaatlerin tartılarak somut olaya uygun karar verilmesi büyük önem taşır. Nitekim uluslararası terör faaliyetlerinin önlenmesine ilişkin istihbarat bilgilerinden özellikle büyük şirketlerin ticari ve mesleki sırlarının korunmasına kadar bu konu geniş bir uygulama alanı bulmakta ve hatta Avrupa Birliği mevzuatında da konuya ilişkin düzenlemeler yer almaktadır⁹⁴.

Alman doktrininin idarenin bilgi ve belge verme yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı çalışmaları incelendiğinde konuya ilişkin iki sorun dikkat çekmektedir. Birincisi gizlilik gerekçelerinin neler olacağıdır; çünkü idarenin bir takım belirsiz kavramları geniş yorumlaması veya sınırlı sayıdaki gerekçelerin çok çeşitli alanlarda faaliyet gösteren idarenin gereksinimlerini karşılayamaması ihtimali vardır. Alman örneğinde, kaçınma gerekçeleri içeriği tam belirlenemeyen geniş kavramlarla ifade edilmiş ancak mahkeme içtihatları yoluyla kavramların içi doldurulmuş ve kötüye kullanılması kısmen önlenmiştir. Özellikle kişisel veriler ile mesleki ve ticari sırların korunması yorum yoluyla madde kapsamına sokulmuştur.

⁹² Ayrıntılı bilgi in bkz. STADLER, s. 275-280.

⁹³ STADLER, s. 277.

⁹⁴ SCHOCH, SCHNEIDER, BIER, § 99, Rn. 6c.

İkinci sorun idarenin kaçırma kararının denetlenmesine ilişkindir. İdarenin geniş bir takdir yetkisine dayanarak vermiş olduğu kaçırma kararının hukuki dinlenilme ve etkili yargısal koruma elde etme hakkını sınırlaması açısından denetlenmesi zorunludur. 2001 yılında VwGO’da yapılan değişiklikle birlikte kaçırma kararı etkili bir şekilde denetlenebilmektedir. Ancak Alman hukukunda bu düzenleme yeterli görülmemekte ve denetimi hangi makamın yapması gerektiği hala tartışılmaktadır. Son zamanlarda Alman hukukunda, hiçbir bilgi ve belgenin davayı bakan mahkemeden saklanmaması, gizlilik kararını bizzat ana yargılamayı yapan mahkemenin denetlemesi gerektiği yönünde bir eğilim de vardır.

KAYNAKÇA

- BADER, Johann; “*Aktuelles Verwaltungsprozessrecht*”, JuS, Heft 2, 2005, s. 126-131.
- BRINK, Stefan; WOLFF Heinrich Amadeus, “*Die verfassungsrechtliche Ausstrahlung des Datenschutzes auf den Verwaltungs- und Sozialgerichtsprozess*”, NVwZ, Heft 3, 2011.
- BVerfGE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.
- EDIGY, Hans von; *Vorlagepflichten und Geheimhaltungsinteressen in Verwaltungsprozess in Deutschland und Frankreich*, Baden-Baden, Nomos, 2005.
- EYERMANN, Erich; *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, 11. Überarbeitete Auflage, C. H. Beck, München, 2000.
- GÄRDITZ, Klaus Ferdinand; ORTH, Johannes; “*Geheimnisschutz im Verwaltungsprozess*”, JuS, Heft 4, 2010.
- GEPPERT, Martin; SCHÜTZ Raimund; TKG, Beck’scher Online Kommentar 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2013. (<https://beck-online.beck.de/>). Erişim 21 Ağustos 2014.
- POSSER, Herbert; WOLFF Heinrich Amadeus, Beck’scher Online Kommentar VwGO, 30. Edition, Verlag C. H. Beck, München, 2014. (<https://beck-online.beck.de/>). Erişim 10 Ağustos 2014

- SCHENKE, Ferdinand; KOPP, Wolf- Rüdiger, Verwaltungsgerichtsordnung, 18. neuarbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2012.
- SCHENKE, Wolf-Rüdiger, “*Der Geheimnisschutz Privater im verwaltungsgerichtlichen Verfahren*”, NVwZ, Heft 9, 2008.
- SCHOCH Friedrich; SCHNEIDER Jens-Peter; BIER, Wolfgang, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 26. Ergänzungslieferung, Verlag C. H. Beck, München, 2014.
- SCHOCH, Friedrich; “*Das Informationsfreiheitsrecht in der Gerichtlichen Praxis*”, VBLBW, Heft 9, 2010.
- SPIEGELS, Thomas; “*Das geheimverfahren (in camera) nach S 99 Abs. 2 VwGO und der Geheimnisschutz – So viel Information wie möglich, so viel Geheimnisschutz wie nötig*”, VBIBW, Heft 6, 2004.
- STADLER, Astrid; “*Geheimnisschutz im Zivilprozess aus deutscher Sicht*”, ZPP, Heft 3, 2010.
- WAGNER, Gerhard; “*Datenschutz im Zivilprozeß*”, ZPP, Heft 2, 1995.
- WEBER, Sebastian; “*Informationsfreiheitsgesetze und prozessuales Akteneinsichtsrecht*”, NVwZ, Heft 12, 2008.
- ZIEKOW Jan; “*Die Pflicht der Behörden zur Gewährung von Informationen*”, BayVBL, Heft 5, 1992.
- ZIEKOW Jan, SODAN Helge; Verwaltungsgerichtsordnung, Großkommentar, 2. Auflage, Nomos, Berlin, 2006.

ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK VE TERÖRİZME KARŞI NÜKLEER SİLAHLARIN KULLANIMI

Saeed BAGHERI*

ÖZET

Günümüzde uluslararası terörizm, ortaya çıkardığı etkiler ile uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden unsurların başını çeker duruma gelmiştir. Söz konusu durumun uluslararası hukuk yapısını etkilemesi kaçınılmaz olmuştur. Gerek terörizmin kendisi gerek terörizme karşı devletlerin başvurduğu operasyonlar, uluslararası hukukun mevcut kurallarını tekrar tartışmaya açmıştır. Terörizme karşı mücadelede kuvvet kullanılarak, uluslararası İnsancıl Hukuk kurallarının bu tür eylemlere uygulanabilirliği tartışılabilir hale gelmiştir.

Çalışmamızın ilk bölümünde terörle mücadelede İnsancıl Hukukun uygulanması, İnsancıl Hukukun uygulama kapsamı ve terörizmle mücadele konusundaki uluslararası andlaşmalar, İnsancıl Hukukun terörist eylemlerine uygulanması ve BM Güvenlik Konseyi'nin konuya ilişkin kararları ele alınacaktır. Çalışmanın temelini oluşturan ikinci bölümde ise, terörle mücadele sırasında nükleer silah kullanımının gayri meşruluğu hususu değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Terörizm, Uluslararası İnsancıl Hukuk, nükleer silahlar, kuvvet kullanma, BM Güvenlik Konseyi.

INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND USE OF NUCLEAR WEAPONS AGAINST TERRORISM

ABSTRACT

Nowadays international terrorism has come to the forefront of threat to peace and security by the effects that it has created. This status has also influenced the structure of international law. Terrorism by itself or the operations done against terrorism by the states, have opened way for disputes over the status quo of international law. Dispute have arisen whether international humanitarian law principles are applicable to the use of force in the fight against terrorism.

In the first part of the present study, the application of humanitarian law in the fight against terrorism, the scope of humanitarian law, international conventions

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Milletlerarası Hukuk Doktora Öğrencisi (sbocanli@gmail.com).

regarding fight against terrorism, the application of humanitarian law to terrorist operations and UN Security Council decisions regarding the discussions will be overviewed. In the second and most prominent part of the study the illegality of the use of nuclear weapons in the fight against terrorism will be investigated.

Keywords: *Terrorism, International humanitarian law, nuclear weapons, use of force, UN Security Council.*

GİRİŞ

Terörizmin toplum düzenini bozan, masum kişilerin zarar görmesine yol açan ve uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden bir suç olduğu tartışmasız olarak kabul görmesine rağmen tanımı konusunda bir fikir birliği yoktur. Ancak, doktrinde terörizmin politik, kriminal ve kendine has sebeplerle gizli veya yarı gizli bireyler, gruplar veya resmi devlet organları tarafından toplumda korku uyandıran ve genellikle dolaylı hedeflere yönelik şiddet veya şiddet tehdidi içeren bir eylem¹ teşkil ettiği ve sürekli kınanmakta olduğu yönünde görüş birliği vardır. Terör ve terörizm tarihi, bir kısım yazarlarca iki bin yıl öncesine kadar götürülmektedir. Terör, korku ve dehşet yaymak suretiyle baskı kurmak olarak algılandığında, belki günümüzden epeyce eskilere götürülebilir; ancak stratejileri bakımından modern çağın bir ürünüdür.²

Terörizm daha çok siyasal, dinsel veya ideolojik amaçlara ulaşmak için gerçekleşen eylemler, bireylere veya mülkiyete yönelik yasadışı güç kullanımı, güç tehdidinde bulunma veya şiddet uygulamaktır. Terörizm, terör eylemlerini meşrulaştıracak bir senaryo hazırlar. Ancak, bu kanunsuz fiillerin terör eylemi olarak nitelendirilmesinde bu eylemlerin her türlü hukuki ve siyasal meşruiyetinin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır.³ Terörizm, yıllardır ulusal ve uluslararası güvenlik ortamını ciddi şekilde tehdit eden bir olgu olarak yoğun incelemelerin konusu olmaktadır. BM'nin kararları terörün yasaklığını ve evrensel boyutta bu eylemlerle mücadele edilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.⁴Bu bağlamda on iki uluslararası sözleşme ve

¹ Herfried Münkler, *The New Wars*, London: Polity Press, 2005, s. 29.

² İhsan Bal, *Terörizm: Terör, Terörizm ve Küresel Terörle Mücadelede Ulusal ve Bölgesel Deneyimler*, USAK Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2006, s. 7.

³ Münkler, s. 99.

⁴ Ancak bugüne kadar terörizmin evrensel yargı yetki kapsamına girmemiştir. Bkz. Rosalind Higgins & Maurice Flory, *Terrorism and International Law*, London: Routledge, 1997, s. 28.

yedi bölgesel sözleşme yapılmıştır. Bahsi geçen sözleşmeler 11 Eylül 2001 saldırılarından sonra devletlerin dikkatini çekmiş ve terörle mücadele büyük önem kazanmıştır. Bu arada, devletler tarafından kabul edilmiş olan evrensel boyutta terörle mücadele süreci bazı devletler tarafından iç politikalarını izlemeleri için bir fırsata dönüşmüştür. Aslında ülkelerin terörizm yolu ile gizli hedeflere ulaşmak istemeleri terör örgütlerini birileri için kurtuluş savaşı yaparken diğerleri için terörist olarak görülmesini sağlamıştır. ABD öncülüğünde teröre karşı küresel çapta bir politika başlamış olması da bu gerçeği değiştirmemiştir. Dolayısıyla, yasal bir çerçevede terörizmle mücadele konusunda devletlerin fikir birliği içinde olmamaları onları bu konuda daha seçici davranmaya itmiştir.⁵

İnsan hakları hukuku çerçevesinde terörizmle mücadelede sırasında devlet kurumları tarafından ülke içinde kuvvet kullanılması, “kolluk harekâtı (*law enforcement*)” ile ilgili modele dayanır.⁶ Bu modelin uygulanmasının ön koşulu, görece bir güvenlik ortamının varlığıdır.⁷ Bu tür terör eylemleriyle karşı karşıya kalan devletler insan hakları standartlarını, özellikle adil yargılanma hakkını dikkate akarak otoritesinin egemen kılınması, kamu düzeninin korunması ve asayişin temin edilmesi ile görevli olan kolluk kuvvetlerini harekete geçirip bu eylemlere karşılık verebilmektedir.⁸ Dolayısıyla, ülke içinde iç savaşa dönüşmeyen terörizmin önlenmesi silahlı çatışmalar hukuku kapsamı dışında kalacaktır. Aslında terör eylemleri ve neden olduğu silahlı çatışma ortamları, tam anlamıyla savaş olmadığı için, savaş hukuku doğrultusunda ele alınmamaktadır. Bu yüzden, çalışmamızda Uluslararası İnsancıl Hukuk ile sınır aşan ve daha çok birden fazla ülkeyi hedef alan veya birden fazla ülkede aynı anda birbirine yakın eylemlerde bulunan uluslararası terörizmin⁹ bağlantısı ele alınacaktır. Buradan yola çıkarak bazı nükleer güce

⁵ Victor D. Comras, *Flawed Diplomacy: The United Nations & the War on Terrorism*, Washington: Potomac Books, Inc, 2010, s. 188.

⁶ Kenneth Watkin, Controlling the Use of Force: A Role For Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict, *AJIL*, C.98, No.1, 2004, s. 2.

⁷ *The International Institute of Humanitarian Law and The International Committee of the Red Cross, XXVIIth Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law: International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence*, (Summary Report Prepared by the International Committee of the Red Cross), November 2003, s. 13.

⁸ Kolluk harekâtının amacı basittir: Suç işlenmesinin önlenmesi, işlenmekte olan suçun bastırılması, işlenmiş olan suçların zanlılarının yargıya sevk edilmesi. Askeri harekât, somut ve ciddi bir saldırının durdurulması, bastırılması; tehdidin etkisiz kılınması görevini içerir. Bkz. Sadi Çaycı, *PKK Terörüyle Mücadelede Uygulanacak Hukuk, Stratejik Analiz*, 2007, s. 36.

⁹ Uluslararası terörizm kavramı, 1960’lardan bu yana artan siddet eylemlerinin devletlerarası

sahip ülkelerin tutumu, özellikle Fransa Cumhurbaşkanı Jacques Chirac'ın Fransa'nın devletler veya şahıslar tarafından bu devlete karşı yapılan terör eylemlerini önlemek için nükleer silah kullanabileceğine dair 2006 yılında yaptığı açıklaması incelenecektir.¹⁰

Bu durumda iki önemli soruyla karşılaşabiliriz. İlki, terör eylemlerine karşı nükleer güç kullanımı Uluslararası İnsancıl Hukukun kapsamında mı? İkincisi ise, devletler terörizmi engellemek için nükleer güç kullanarak silahlı çatışmalar hukuku kuralları dışına çıkabilirler mi?

Görünen şu ki, sınırlar ötesinde terör eylemlerine karşı kuvvet kullanılarak, Uluslararası İnsancıl Hukuk kuralları bu tür eylemlere uygulanabilmektedir.¹¹ Bir başka ifadeyle, İnsancıl Hukukun uygulama kapsamı geniş ve terörizme karşı alınacak tedbirleri de kapsamaktadır. Ayrıca, İnsancıl Hukukun terörle mücadele sürecinde uygulanması uluslararası silahlı çatışmalar hukuku ile uyumlu bulunmaktadır.¹² Terör örgütlerinin uluslararası nitelikte bir çatışmaya taraf olamayacakları tartışma konusu olamaz. Ancak, bu örgütlerin uluslararası nitelikte bir çatışmaya taraf olamayacakları olgusu, onların eylemlerinin uluslararası silahlı çatışmalar hukuku tarafından

bir boyut kazanması sonucu, uluslararası ilişkiler disiplininde yer bulmudur. uluslararası terörizm, “içeriği ve tekrarı uluslararası sonuçlar doğuran terörist faaliyetler” olarak tanımlanmaktadır. Ancak terörün uluslararası niteliği bununla sınırlı kalmamaktadır. Bir yabancı devletin ya da bir uluslararası örgütün politikasını etkilemek üzere gerçekleştirilen siddet eylemleri de uluslararası nitelik taşımaktadır. Bunun yanı sıra, bir ya da birden fazla devletin desteğini alarak terörist eylemlerde bulunulması durumu da aynı çerçevede değerlendirilmektedir. Yabancılar veya yabancılar ait hedeflere yönelen terörizm de uluslararası boyutludur. Bkz. Ö. Rengin Gün, *Uluslararası Terörizm, Dünya Savasının Yeni Boyutu*, *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt. 2, Sayı. 4, 2000, s. 56.

¹⁰ John Thornhill & Peter Spiegel, France Delivers Nuclear Threat, *Financial Times*, erişim için bkz. <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/e805e2d4-88e6-11da-94a6-0000779e2340.html#axzz2Wbb10LgY>. [19.06.2013]; ayrıca bkz. Molly Moore, Chirac: Nuclear Response to Terrorism Is Possible, *Washington Post Foreign Service*, January 20, 2006, erişim için bkz. <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/01/19/AR2006011903311.html>. [19.06.2013].

¹¹ Uluslararası İnsancıl Hukuk, özellikle *12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne ek 1 No'lu Protokol*'ün 51 (2) maddesi terörizmi sadece sivillere karşı yasaklamaktadır. Dolayısıyla, savaşan taraflardan birinin silahlı kuvvetleri düşman tarafın savaşçılara yönelik uyguladığı terör eylemleri sivillere zarar vermediği takdirde yasaklanmamıştır. Kaldı ki, İnsancıl Hukuk sözleşmeleri de terörü tanımlamamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I: Rules, London: Cambridge University Press, 2005, s. 8.

¹² Karşı görüşler için bkz. Gabor Rona, Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the War on Terror, *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 27, No. 2, 2003, ss. 55-74.

kapsanmayacağı anlamına gelmez. Teröristlerin belli bir yoğunluk düzeyine ulaşan eylemlerinin bir devlete izafe edilmesi halinde, bu eylemler uluslararası silahlı çatışmalar hukuku tarafından kapsanır.¹³

A. TERÖRLE MÜCADELEDE İNSANCIL HUKUKUN UYGULANMASI

Bu bölümde İnsancıl Hukukun terör eylemlerine, özellikle ulusal düzeyde terörle mücadelede veya devlet terörüne karşı yapılan eylemlere uygulanabilirliği meselesi ve bu uygulamanın kapsamı ele alınacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken önemli nokta, Uluslararası İnsancıl Hukuk kurallarının terörist eylemlere uygulanmasının yasaklanmamasıdır.

1. Terörizmle Mücadele Konusundaki Uluslararası Andlaşmalar

İnsancıl Hukukta terör eylemlerini yasaklayan çeşitli kuralların var olduğu kesindir. Bir başka ifadeyle, terörizm İnsancıl Hukuk kurallarının kapsamında yer alan bir konudur.¹⁴ Örneğin, *Cenevre Sözleşmeleri*'ne *Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Kurbanlarının Korunmasına İlişkin 1977 tarihli I No'lu Protokol*'ün 51 (2) maddesi uyarınca, “Sivil halk ve bireysel siviller saldırı hedefi olmayacaktır. Ana amacı sivil halk arasında terör yaymak olan şiddet hareketleri ya da tehditleri yasaktır”.

Ayrıca, İnsancıl Hukukun terörist eylemlere uygulanması terörle mücadele edilmesi amacıyla hazırlanan Sözleşmelerde de kabul edilmiştir. Bahsi geçen sözleşmelerin birçoğu Uluslararası İnsancıl Hukuka göre devletlerin ve şahısların sorumlulukları, hak ve yükümlülüklerini etkilemeyeceğini açıkça ifade etmiştir. Bu Sözleşmelere örnek olarak *1997 Tarihli Terörist Bombalamaların Önlenmesine Dair Sözleşme*¹⁵, *1999 Tarihli Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme*¹⁶ ve

¹³ Adam Roberts, Counter-terrorism, Armed Force and the Laws of War, *Survival* (quarterly journal of IISS, London), Vol. 44, No. 1, 2002, s. 27.

¹⁴ Silja Vönkey, The Fight Against Terrorism and the Rules of International Law of Warfare, in: Christian Walter, et al., (eds), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty*, Berlin: Springer, 2003, erişim için bkz. <http://edoc.mpi.de/conference%20on-terrorism/index.cfm>, s. 4. [23.06.2013].

¹⁵ Türkçe'ye yukarıdaki gibi çevirebileceğimiz Sözleşme (*International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings*) metni için bkz. http://treaties.un.org/doc/source/events/2007/press_release_english.pdf. [23.06.2013].

¹⁶ Türkçe'ye yukarıdaki gibi çevirebileceğimiz Sözleşme (*International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*) metni için bkz. <http://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/english-18-11.pdf>. [23.06.2013].

2002 Tarihil Terörizme Karşı Inter-American Sözleşmesi'ni¹⁷ sayabiliriz. Bu Sözleşmelerde, 1949 Cenevre Sözleşmeleri çerçevesinde savaş suçularının takibi sırasında bile adı geçen Sözleşmeler İnsancıl Hukuk kurallarını göz önünde tutularak uygulanacaktır. Bu hüküm aslında Uluslararası İnsancıl Hukuk ilkelerinin üstünlüğünden kaynaklanmaktadır. Ayrıca bu insancıl yaklaşıma göre, barış ve güvenliğe karşı suç işleyenlere yönelik kuvvet kullanarak insanlığı göz ardı edip kayıtsız ve şartsız harekete geçilemez.¹⁸

Bu ahdi kurallar (contractual rules), bazı eylemlerin savaş eylemleri olduklarıyla birlikte terörist eylemler olabileceğini de ifade etmektedir. Diğer taraftan ise, bu ilkelere göre terör hukuku özel kurallar olarak genel kural niteliğindeki İnsancıl Hukuku ortadan kaldırmaz. Hatta terörle mücadele sözleşmelerinin terörizme ilişkin bir özel kurallar mecmuası oluşturduğu iddiaları da bu gerçeği değiştiremez. Zira, bu iki hukuk ilkeleri mecmuası arasındaki çelişki terörle mücadele sözleşmeleri ile açıkça İnsancıl Hukuk lehine çözülmektedir. Bir başka ifadeyle, silahlı kuvvetlerle ilgili olarak sadece İnsancıl Hukuk kuralları uygulanacaktır. Diğer aktörlerle ilgili olarak ise, İnsancıl Hukuk kurallarının uygulanmasına hiçbir engel yoktur.¹⁹

2. İnsancıl Hukukun Uygulama Alanı: Terörizm - Silahlı Çatışmalar İlişkisi

İlk bakışta, uluslararası silahlı çatışmalar hukukunun terörist eylemlere uygulanabilmesinin mümkün olmadığı düşünülebilir. Hatta silahlı çatışmalar hukuku uluslararası olmayan silahlı çatışmaları dahi düzenlerken terörist faaliyetlerin (bunların hukuka aykırı doğalarının bir sonucu olarak) bu hukuka tâbi olmadığını da açıkça belirtmiştir.²⁰ Ancak eldeki somut kanıtlar temelinde

¹⁷ Türkçe'ye yukarıdaki gibi çevirebileceğimiz Sözleşme (*Inter-American Convention Against Terrorism*) metni için bkz. http://www.oas.org/xxxiiiga/english/docs_en/docs_items/AGres1840_02.htm. [23.06.2013].

¹⁸ Vönkey, s. 5.

¹⁹ Vönkey, s. 6.

²⁰ 1977 tarihli Ek II. Protokol, uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesinden farklı olarak, 4 (2/d) ve 4 (2/h) maddelerinde terörizmi ve terörizm tehdidini yasaklamaktadır. Bu durum karşısında doktrinin bir kısmı uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda terörist fiillerin yasaklanmasını 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesine kadar götürmekte ve söz konusu yasağı anılan maddedeki insancılık ilkesi ile açıklamaktadır. Doktrin ayrıca Ek II. Protokol'ün sivil halka karşı terör eylemlerini yasaklayan 13. maddesini hem hükümet kuvvetlerini hem de başkaldıran kuvvetleri bağlayıcı bir hüküm niteliğinde değerlendirmektedir. Bkz. Sertaç H. Başeren, Uluslararası Hukuk Açısından Terörizm, *Dünyada ve Türkiye'de Terör*, Ed. Ali Tarhan, Ankara: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Yayınları, 1. Baskı, 2002, s. 190.

teröristlerin silahlı çatışmalar tarafı olarak tanımlanabilmesi için henüz kesin bir görüş birliği bulunmamaktadır.²¹ Uluslararası nitelikte silahlı çatışmalar, savaş ve savaşa varmayan sınırlı silahlı çatışmaları ile uluslararasılaşmış silahlı çatışmaları kapsamaktadır. Bu çerçevede devlet sponsorlu ve/veya devlet destekli terörizmin uluslararası nitelikte bir silahlı çatışma veya bir savaş olarak değerlendirilmesi mümkündür.

11 Eylül 2001 saldırılarından sonra terörle mücadelenin özellikli yönleri İnsancıl Hukukta tanımlanan silahlı çatışmalar kadar önem kazanmaya başlamıştır. Ekim 2001’de ABD tarafından Afganistan’a karşı yürütülen savaş bunun bir örneğidir. Bu olaylar abaktığımızda, busını rötesi eylemlerle devletlerin normal savaş eylemleri arasında ciddi farkların olduğunu görebiliriz. Başka bir ifadeyle, teröristler genelde kendi özel alt grup çadırlarını oluştururlar ve vur kaç türü eylemlere başvururlar. Aslında bu tür gruplar hücrelerden oluşup bir ağ şeklinde organize olmuşlardır. Bu gruplar kendilerini toplumdan ayırıp, çok gizli ve detaylı planlar yaparak ani saldırılarda bulunabilmektedirler. Bu yüzden bu grupların yerlerinin ve nereye ne zaman saldıracaklarının belirlenmesi kolay değildir. Dolayısıyla, bazı yazarlar İnsancıl Hukukun bu tür eylemlere uygulanabilmesini reddederek terör örgütlerinin planları ve ne yapacaklarının belli olmadığı için gerektiğinde bunların eylemlerinin önlenmesinin kolay olmayacağı görüşünü savunmaktadır. Bu iddianın ne kadar savunulabilir bir iddia olduğu tartışılır.²² Bu konuya ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir grup yazar terörle mücadelenin kolluk harekâtı çerçevesinde sürdürülmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu grup, Uluslararası İnsancıl Hukukun klavuz ilkelerinin, küresel terörizmi değil “siyasal” çatışmaları ele almak için kaleme alındığını; dolayısıyla terörle mücadelede uygun bir yaklaşım olmadığını vurgulamaktadır.²³

Bir başka grup yazarsa, ABD liderliğindeki “teröre karşı savaşta” (*war on terro*) Uluslararası İnsancıl Hukuk yaklaşımının uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşü benimseyen yazarlardan bir kısmı, Uluslararası İnsancıl Hukukun mevcut kurallarının terörle mücadelede yeterli olduğunu savunmaktayken; bir başka grup ise mevcut İnsancıl Hukukun teröristler için çok fazla cömert olduğu ve dolayısıyla revize edilmesi gerektiğini

²¹ “International Humanitarian Law and Terrorism: Questions and Answers”, ICRC, Resource Centre, 01-01-2011, erişim için bkz. <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/faq/terrorism-faq-050504.htm>. [29.06.2013].

²² Vönkey, s. 7.

²³ Kenneth Roth, The Law of War in The War on Terror, *Foreign Affairs*, Vol. 83, 2004, ss. 2, 5.

savunmaktadır. Bu görüşü benimseyen Steven R. Ratner, İnsancıl Hukuk kurallarının terörle mücadelede yeterli bir çerçeve sağladığını savunmaktadır. Ratner, revizyon önerilerinin İnsancıl Hukukun bir dizi yanlış kavrayışından kaynaklanmakta olduğunu ve sorunun hukukun kendisi değil uygulamadan kaynaklandığını ileri sürmektedir.²⁴ Terörle mücadelede Uluslararası İnsancıl Hukuk ilkelerinin uygulanması gerektiğini savunan yazarlardan bir diğer grup ise terörizmin 21. yüzyılın en önemli güvenlik sorunu olduğunu, buna mukabil mevcut örfi hukuk ve Cenevre Sözleşmeleri'nin yeni dünya düzenini ya da düzensizliğini öngöremediğini ve terörizme karşı yeni ve modernize edilmiş bir silahlı çatışmalar hukukunun geliştirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.²⁵ Bu grup, 1949 Cenevre Sözleşmeleri bertaraf edilmeden, terörizme karşı savaşı düzenleyen yeni bir hukuksal çerçevenin oluşturulması gerektiğini ifade etmektedir.²⁶

1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 2/1. maddesi ve 1977 tarihli I No'lu Ek Protokol'ün 1/3. maddesine göre, bir silahlı çatışmanın varlığından bahsedebilmek için savaş ilanına gerek yoktur; fiili bir silahlı güç kullanımının belli bir yoğunluk düzeyine ulaşması yeterlidir.²⁷ Kuşkusuz, teröristler de silahlı kuvvete başvurabilir ve gerçek anlamda silah, hatta kitle imha silahlarını da kullanabilirler. Başka bir ifadeyle, teröristlerin de silahlı saldırıları devletler kadar ağır ve yıkıcı olabilir. Bunun en çarpıcı örneği 11 Eylül 2001 saldırılarıdır. Bu yüzden silahlı saldırının ağırlık eşiğini belirlemek her zaman kolay değildir. Bu durum sadece terörist eylemler için değil, devletler arası düşük seviyeli çatışmalar için de geçerlidir.²⁸

Sonuç itibariyle, silahlı çatışmalarla terörist eylemleri birbirinden ayıran kalıcı bir sınır bulunmaktadır. Bu yüzden, terörist eylemlerinin hiç olmaz ise bazı durumlarda çatışma şeklinde ortaya çıkması olanaklıdır.

²⁴ Steven R. Ratner, *The War on Terrorism and International Humanitarian Law*, *Michigan State Journal of International Law*, Vol. 14, 2006, s. 19.

²⁵ Christopher Greenwood, *International Law and the War Against Terrorism*, *International Affairs*, Vol. 78, No. 2, 2002, ss. 301-302.

²⁶ Glenn M. Sulmasy, *The Law of Armed Conflict in the Global War on Terror: International Lawyers Fighting the Last War*, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Vol. 19, 2005, ss. 314, 316.

²⁷ Taşdemir, s. 80.

²⁸ Vönkey, s. 7.

3. İnsancıl Hukukun Terörist Eylemlere Uygulanması²⁹

11 Eylül 2001 saldırılarından sonra yaşanan gelişmeler Uluslararası İnsancıl Hukukun uluslararası terörizmle mücadeledeki rolünü gündeme getirmiştir. Bu olaylara bakıldığında yaşanan dehşetin tablosu ve bu saldırıların orantısız ve sivillere karşı eylemler olduğunu görüyoruz. Bu saldırılar gerçekleşerek kuvvet kullanma yasağı ihlal edilip, silahlı çatışmalar hukuku ve uluslararası hukuk kurallarının dışına çıkmıştır. Saldıran ve savunan tarafın savaş stratejisi uluslararası insancıl örf ve âdet hukuku kurallarına uygun olmalıdır. Nitekim Uluslararası İnsancıl Hukuk her türlü terör eylemine karşı mücadelede, silahlı çatışmalarda olduğu gibi birtakım kısıtlamalar getirmektedir. Bu açıdan, teröristler “saldırgan sivil” (*offensive civilians*) veya “yasadışı savaşılar” (*unlawful combatants*) olarak nitelendirilseler bile³⁰, terör saldırılarına maruz kalan tarafın bu eylemlere karşılık olarak düşmanca davranışları İnsancıl Hukuk kurallarıyla kısıtlanmaktadır. Ancak bu durum teröristlerin lehine bir avantaj olarak değil, silahlı şiddetlerin (*armed violence*) insancıl gerekçelerle sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Örneğin, terör eylemlerine karşılık olarak sivil yerleşim bölgelere ve hatta terör eylemleriyle hiçbir ilgisi olmayan silahlı kuvvetlere geniş çaplı saldırıların yapılması, ayırt etme ilkesini ihlal edecektir. Aslında, terörist bir grubun eylemlerine karşı mücadele amacıyla bölgede bulunan bütün insanları cezalandırmak meşru değil ve hukuki dayanaktan yoksundur. Zira kolektif cezalandırma sivillerin gereksiz acılar³¹ çekmesine ve insanî bir krize neden olacaktır. Bu konuyla ilgili olarak 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri'nin I No'lu Ek Protokolü muhasamatın etkilerine karşı genel korumanın temel uygulama kurallarından bahsetmektedir. Adı geçen Protokol'ün 48. maddesi uyarınca, “Sivil halkın ve sivil nitelikte malların saygı görmesini ve korunmasını sağlamak için, çatışmanın tarafları daima, sivil halk ile muharipleri, sivil mallar ile askeri hedefleri birbirinden ayırt etmeli ve buna uygun olarak operasyonlarını sadece askeri hedeflere yöneltmelidirler”.

²⁹ B. Welling Hall, Addendum Relating to Self-Defense, *ASIL Insights: Terrorist Attacks on the World Trade Center and the Pentagon*, *American Society of International Law* (September 2001), erişim için bkz. <http://www.asil.org/insigh77.cfm>. [25.06.2013].

³⁰ Vönkey, s. 27.

³¹ Muhariplerde sebep olunan hangi acıların gereksiz olduğu konusunda Uluslararası Adalet Divanı'nın belirlediği kıstas “meşru askeri amaca ulaşmak için verilmesi kaçınılmaz olan zarardan fazla” olandır. Bazı silahların kullanımının sonuçları tiksindirici olabilir, ancak bu durum kendiliğinden işbu silahları hukuka aykırı kılmaz. Bir silah sadece, sebep olduğu yaralanma ve acılardan mevcut durumun askeri gereklilikleri ışığında kaçınılabilir ise hukuka aykırıdır. Bkz. Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 56.

4. BM Güvenlik Konseyi'nin Kararları

11 Eylül olayları BM çerçevesinde terörle mücadele konusunda yeni bir dönüm noktası oluşturmuştur. Bu saldırılar, terörizm ile Uluslararası İnsancıl Hukuk arasındaki ilişki bakımından da bir dönüm noktası oluşturmaktadır. Zira, önceleri terörle mücadele operasyonları daha ziyade ulusal düzeyde cereyan etmişken, 11 Eylül saldırılarından sonra bu operasyonlar uluslararası bir boyut kazanmıştır.

BM Güvenlik Konseyi bu saldırılara karşılık olarak ilk önce 12 Eylül'de Taliban ve El-Kaide'nin terör eylemlerine karşı 1368 sayılı kararı ve 28 Eylül'de ise, 1371 sayılı kararı kabul etmiştir. Konsey bu olayların insanî sonuçlarından etkilenecek şekilde bu kararları almıştır. Fakat bu ikisi arasında önemli bir fark vardır. Konsey'in 1368 sayılı kararında saldırılar, sert bir şekilde kınanarak saldırıların uluslararası barış ve güvenlik için ciddi bir tehdit oluşturduğu ve BM Andlaşması'na uygun olarak bireysel ve ortak meşru müdafaa hakkının tanındığı ifade edilmiştir. Başka bir ifadeyle, barışın temini için kuvvet kullanımı da dâhil olmak üzere her türlü önlem alma konusunda devletlere yetki verilmiştir. Aksine 1373 sayılı kararda, terörle mücadele konusunda devletlere ve uluslararası topluma sınırsız takdir yetkisi tanımamıştır.³²Şüphesiz, devletler terör saldırılarını önlemek için kuvvet kullanma hakkına sahiptirler ve bu kuvvet, ölümcüllük boyutuna da varabilir. Fakat terör eylemleri ne kadar ciddi ve failler ne kadar tehlikeli olursa olsunlar, devletin buradaki kuvvet kullanma hakkı sınırsız olmayıp, Uluslararası İnsancıl Hukuk kurallarına tâbidir. Barış zamanında, Uluslararası İnsancıl Hukuk kurallarına göre uygulanacak kuvvetin derecesi suçun ciddiliği ve durumun gerekleri ile orantılı olmalıdır. Yine barış zamanında devlet görevlileri, ciddi tehlike arz eden kişileri ayırt ederek sadece bunlara karşı kuvvet kullanmak durumundadır.³³Bu bağlamda, nükleer silahların terörizme karşı caydırıcı amaçla kullanılması veya bu silahlarla terör eylemlerine karşı misilleme yapılması orantılılık, ayırt etme ve kısaca İnsancıl Hukuk ilkelerine aykırıdır.³⁴

Güvenlik Konseyi'nin 1373 sayılı kararı uluslararası terörizm ile mücadele konusunda alınacak önlemler kapsamında bütün devletlerin

³² İbrahim Kaya, *Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk*, Ankara: USAK Yayınları, 2005, s. 105.

³³ *The International Institute of Humanitarian Law...*, s. 13.

³⁴ *Nuclear Age Peace Foundation: Ten Facts About Nuclear Weapons*, erişim için bkz. http://www.wagingpeace.org/articles/2009/09/facts_myths.pdf. [22.06.2013].

uyuması gereken yükümlülükleri ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Söz konusu önlemler, askeri nitelikte olmayan terör örgütlerinin malvarlıklarının dondurulması, terörist eylemlerin finansmanının engellenmesi, terörizme karşı işbirliğinin geliştirilmesi ve teröristlerin kovuşturulması ile ilgilidir.³⁵ Bahsi geçen kararın teröristlerin cezai kovuşturulmasına ilişkin bentlerinde, *1949 Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri*'nin silahlı çatışmalarla ilgili hükümlerinden farklı bir düzenleme getirilmemiştir. Bu karar terörle mücadele bağlamında işbirliği yapılması açısından önem taşımaktadır. Kaldı ki bu kararda İnsancıl Hukukun temelini oluşturan sözleşmelerin kodifiye ettiği hukukun düzeltilmesi ve gözden geçirilmesi konusu dikkate alınmamıştır. Hatta Güvenlik Konseyi'nin 1456 sayılı kararı da açıkça terörle mücadele bağlamında devletlerin aldığı bütün tedbirler onların uluslararası hukuk yükümlülükleriyle uyum içinde olması gerektiğini ifade etmiştir.³⁶

Dolayısıyla, terörle mücadele yükümlülüğü İnsancıl Hukuk kurallarından sapma anlama gelmemektedir. Aksine, uluslararası toplumun ihtiyaç duyduğu İnsancıl Hukuk kuralları devletlerin terörizme karşı savaş yöntemleri veya savaş araçlarının kullanımında belirleyici bir faktördür.

Bu durumda, Fransa Cumhurbaşkanı'nın ifade ettiği gibi Uluslararası İnsancıl Hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri ihlal etmeden bireylere, terör örgütlerine veya terör eylemlerinin atfedildiği devletlere karşı nükleer silahların meşru bir yöntem ve araç olarak kullanılması mümkün mü? Bu konuyu alttaki bölümde detaylı şekilde ele almaya çalışacağız.

B. TERÖRLE MÜCADELEDE NÜKLEER SİLAHLARIN KULLANIMI

11 Eylül olaylarından sonra hukuki metinlerin birçoğunda terör ve terörle mücadele konusu sık sık ele alınıp, incelenmiştir. Bu olaylar sonucunda, Uluslararası İnsancıl Hukuk ilkeleri çerçevesinde devletlerin kuvvet kullanarak terörizme karşılık vermeleri ve terörist eylemlere karşı nükleer silah kullanma hakkına sahip olup olmadıkları konusu tartışma konusu olmuştur. Bu konuya ilgili olarak ilk önce teröre karşı kuvvet kullanmanın koşulları ve daha sonra terörle mücadelede nükleer silah kullanımının gayri meşruluğunu kanıtlamaya çalışacağız.

³⁵ *United Nations S/RES/1373*, adopted by the Security Council at its 4385th meeting, on 28 September 2001, erişim için bkz. <http://daccess-ods.un.org/TMP/5511724.94888306.html>. [29.06.2013].

³⁶ *United Nations S/RES/1456*, adopted by the Security Council at its 4688th meeting, on 20 January 2003, erişim için bkz. [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1456\(2003\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1456(2003)). [29.06.2013].

1. Terörizme Karşı Kuvvet Kullanmanın Şartları

Meşru müdafaa hakkıyla ilgili örf ve âdet hukuku kuralları büyük ölçüde Caroline olayı ile şekillenmiştir. Meşru müdafaa hakkının kullanımına ilişkin Caroline olayında belirlenen “gereklilik” ve “orantılılık” koşulları, zamanla bu hakkın temel unsurlarını belirleyen ölçüler olarak kabul edilmiş ve bu durum Nuremberg Mahkemesi’nde³⁷, Nikaragua Davası’nda³⁸ ve Uluslararası Adalet Divanı’nın 1996 tarihli 1996 tarihli Danışma Görüşü ’nde de teyit edilmiştir. Divan’a göre, gereklilik ve orantılılık koşullarının kuvvet kullanımında mutlak surette dikkate alınması gerekmektedir.³⁹

Uluslararası örf ve âdet hukukunun düşüncesiz ve fevri şekilde kuvvet kullanılmasını önlemek için öngördüğü bu koşullar terörist eylemlere karşı kuvvet kullanmayı zorlaştırabilecek bir nitelik taşımaktadır. Söz konusu koşulların ihlâl edilmesi durumunda meşru müdafaa uygulaması haksız hale gelerek uluslararası hukukta yasaklanan saldırı veya zararlar karşılık fiiline dönüşebilecektir. Özellikle gereklilik ve orantılılık koşulları meşru müdafaa hakkını uluslararası hukukta yasaklanan “zararla karşılık”tan ayırmaktadır ve bu konuda önemli bir rol üstlenmektedir. Meşru müdafaa hakkı cezalandırıcı değil, önleyici nitelikte olup ve söz konusu hakkın amacı saldırgan eylemi önlemek ve devletin çıkarlarını korumaktır.⁴⁰ Seçilen hedefler başta olmak üzere meşru müdafaa kapsamında alınan tedbirler söz konusu amacı gerçekleştirmeyi hedefleyerek orantılı olmalı, savaşımlarla sivililer arasında ayırım gözetmeli, silahlı saldırıdan sorumlu olanları hedef almalı ve bu durum açık ve inandırıcı delillerle kanıtlanmalıdır. Saldırılması planlanan hedefin uygun bir hedef olduğu ve tehdidin ciddiyeti kanıtlanmaksızın gerçekleştirilecek bir hareket meşruiyetten yoksun olacaktır. Nitekim geçmişte terör örgütlerine ve onları destekleyen devletlere karşı gerçekleştirildiği iddia edilen pek çok askeri harekât gereklilik ve orantılılık koşullarını taşımadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Örneğin, ABD’nin 1986’da Libya saldırıları, 1998’de Sudan ve Afganistan saldırıları ve İsrail’in 1985 yılında Tunus saldırılarının gereklilik

³⁷ Nuremberg Kararının metnine erişim için bkz. http://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf. [29.06.2013]. Kararın değerlendirilmesi için bkz. George A. Finch, The Nuremberg Trial and International Law, *AJIL*, Vol. 41, No. 1, 1947, ss. 20- 37.

³⁸ Case Concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America) ICJ Reports (1986), para. 176.

³⁹ ICJ Reports (1996), para. 41.

⁴⁰ James F. Gravelle, The Falkland (Malvinas) Islands: An International Law Analysis of the Dispute Between Argentina and Great Britain, *Military Law Review*, Vol. 107, 1985, s. 56.

ve orantılılık koşullarını taşımadığı gerekçesiyle “zararla karşılık” niteliğinde olduğu ve savunma amaçlı olmaktan çok cezalandırıcı amaçlar taşıdığı ileri sürülmüştür.⁴¹Bu yüzden, kuvvete başvuran mağdur devlet öngörülen koşulların gerçekleştiğini ikna edici delillerle açık bir şekilde ortaya koymalıdır.

Dolayısıyla, devletler amaçlarına ulaşmak için bütün araçlara başvuramamakta; sivilleri savaşınlardan ayırarak, şartların gerekleriyle, örneğin kendini müdafaa ya da hasmını etkisiz veya silahsız bırakmak amacıyla orantılı olarak kuvvete başvurabilmektedir. Bu açıdan devletlerin uluslararası terörizme karşı nükleer silah kullanması da söz konusu koşullara ve dolayısıyla temel uluslararası hukuk normlarına aykırı bir davranış olarak değerlendirilebilir. Ayrıca devletlerin İnsancıl Hukuk kurallarının uygulanmasındaki başarı derecesi, terör örgütünün toplumda taban ve destek bulmasını önleyecek ve azaltacak, toplum üzerindeki gereksiz baskıyı kaldıracak çok önemli bir etken olarak değerlendirilmektedir.

2. Terörle Mücadelede Nükleer Silah Kullanımının Gayri Meşruluğu

Fransa yönetimi genelde açıklamalarında nükleer silahların devletlerin egemenliği ile bağlantılı olduğunu ileri sürmüşlerdir.⁴² Bu politikanın devamı olarak Cumhurbaşkanı Jacques Chirac 19 Ocak 2006 tarihinde, Fransa'nın terörist eylemler tehdidine karşı uygulayacağı stratejisini şöyle ifade etmiştir: “Bize karşı terör eylemlerine başvurma niyetinde olan ülkelerin liderleri ve kitle imha silahları kullanmayı planlayan herkes, bizim uygun ve nükleer yanıtımızla karşılaşacaklarını bilmelidirler”.⁴³

Chirac'ın terörist eylemler tehdidine nükleer silahlarla karşılık verme hakkına sahip olduğuna dair ifadelerine hiçbir şekilde tepki verilmemiştir. Fransa yönetiminin politikası gerçekten terörizmle mücadele ise, bu konuda ABD ile aynı yöntemi izlemektedir demektir. Fransa, ulusal, bölgesel ve uluslararası boyutta uluslararası insan hakları standartlarının gelişmesinde önemli rol oynayan bir devlet olarak bugün terörizmle mücadelede gereklilik doktrini ve ulusal çıkarlarını koruması için her tür yönetime başvuracağından bahsetmektedir. BM İnsan Hakları Komitesi, *1966 Uluslararası Medeni ve*

⁴¹ Campbell, ss. 1080-1096.

⁴² Andy Butfoy, Nuclear Strategy, in: Craig A. SNYDER, *Contemporary Security and Strategy*, 2nd Edition, New York: Palgrave Macmillan, 2008, s. 144.

⁴³ Molly Moore, Chirac: Nuclear Response to Terrorism Is Possible, *Washington Post Foreign Service*, January 20, 2006, erişim için bkz. <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/01/19/AR2006011903311.html>. [19.06.2013].

Siyasi Haklar Misakı'nın 6. maddesine ilişkin 1984 tarihli genel yorumunda, nükleer silahların kullanımını yaşam hakkına önemli bir tehdit oluşturduğunu ifade etmiştir. Komite'ye göre, bu tür silahların denenmesi, elde edilmesi ve yayılmasının engellenmesi ve bu silahların kullanımının insanlığa karşı suç olarak resmiyete tanınması gerekmektedir.⁴⁴ Böyle bir tehdidin varlığı uluslararası boyutta insan hakları ve temel özgürlüklere saygı gösterilmesine engel oluşturmaktadır. Bu konuda ABD'nin de terörle mücadele bağlamındaki tutumu dikkat çekicidir. ABD'nin Savunma Bakanlığı ve Genelkurmay Başkanlığı (Pentagon) bazı güvenlik değerleri nükleer silahlara geri yüklemek amacıyla, bu silahların kullanımını terörizme karşı uzun vadeli bir savaş seçeneği olmasını önermiştir. Ancak, nükleer silah kullanarak terör örgütlerini ortadan kaldırmak pek mümkün değildir. Zira bu tür örgütler, personelinin ve askeri teçhizatının yoğunlaştığı bir coğrafi bölgeye sahip değildir. Terör örgütleri aslında dünya çapında kentsel ve kırsal yerlerde serpiştirilmiş hücrelerde yer alırlar. Örneğin, 11 Eylül 2001'de Dünya Ticaret Merkezi ve Pentagon'a karşı gerçekleştirilen saldırılarda teröristlerin çoğu ABD şehirlerinde yaşayarak faaliyetlerini sürdürmekteydi.⁴⁵

Terör örgütlerine karşı nükleer silah kullanma tehdidi veya doğrudan bu silahları ve diğer kitle imha silahlarının terörizmi caydırmak amacıyla kullanılması olumsuz ve ters bir etki bırakabilir. Bir başka ifadeyle, teröristlere karşı nükleer silah kullanma tehdidi onların mücadele algısını güçlendirerek devlet tarafından gerçekleştirilen saldırılara aynı şekilde karşılık vermelerine bir gerekçe oluşturur.

Nükleer silahsızlanma için işbirliği yapılması gerektiğini ifade eden Jayantha Dhanapala⁴⁶, nükleer silahların kullanımının daha olası hale geldiğini vurgulayarak nükleer silahsızlanmanın yeni bir boyutuna da değinmiştir. "Bu yeni boyut terörist gruplarının nükleer silah edinmesidir. Devletlerin teröre karşı nükleer silah kullanması, teröristlerin bu operasyonlara karşılık olarak

⁴⁴ *Human Rights Committee, General Comment 14, Article 6 (Twenty-third session, 1984), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 18 (1994)*, erişim için bkz. [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/9c882008fd898da7c12563ed004a3b08?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/9c882008fd898da7c12563ed004a3b08?Opendocument). [02.07.2013].

⁴⁵ Alyn Ware, *Terrorism and Nuclear Disarmament*, 11 September 2001, erişim için bkz. <http://lcnp.org/disarmament/index.htm>. [19.06.2013].

⁴⁶ Jayantha Dhanapala 1995 yılında NPT değerlendirme ve genişletme konferansına başkanlık yaptı. 1998-2003 yılları arasında BM'de silahsızlanma konularında genel sekreter yardımcılığını yürüttü ve halen Bilim ve Dünya Üzerine Pugwash Konferansları'nın başkanıdır. Bkz. <http://jyanthadhanapala.wordpress.com>. [04.07.2013].

aynı silahları kullnamaları çok daha kötü bir durum yaratabileceği ihtimaline dikkat edilmelidir. Teröristlerin nükleer silahl edinmesi korkutucu derecede gerçek bir olasılık olsa da, bu da silah sahibi devletlerin ilgiyi - terörizmle mücadelede hiçbir askeri anlamı olmayan - kendi nükleer silahlarından kaçırarak ve nükleer silahsızlanmayı geriye atmak için kullandığı bir olanak oluyor. Temel sorun, nükleer silahların kimin elinde olduğundan bağımsız olarak tehlike arz etmesidir”.⁴⁷

Dolayısıyla, devletler kuvvet kullanma sırasında sınırsız bir şekilde davranamazlar. Aksine, uluslararası hukukun etik ve insanî gereksinimlere dayanarak kuvvet kullanmaya ilişkin öngördüğü sınırlara riayet etmelidirler. Bu bağlamda, Uluslararası Adalet Divanı 1996 tarihli *Danışma Görüşü*’nde şu ifadeleri kullanmıştır:

“Devletlerin sivillere karşı saldırı gerçekleştirmesi ve sivill ve muharip hedefler arasında ayırım gözetmeyen silahlar kullanmaları yasaktır. Devletlerin savaş yöntemleri ve araçları seçme hakkı sınırsız değildir”.⁴⁸Bu konuda *Nükleer Terörizmin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme*’nin⁴⁹ 4. maddesinin dördüncü fıkrası da dikkat çekicidir. Söz konusu madde uyarınca, *“Bu Sözleşme, devletler tarafından nükleer silah kullanımı veya kullanma tehdidinin meşruluğu hususlarına hiçbir şekilde temas etmez ve temas ettiği şeklinde yorumlanamaz”*.

Ölümcül kitle imha silahları olarak tanınan nükleer silah kullanımının etkileri belli bir zamanla ve mekanla sınırlı değildir. Bu silahların en önemli özelliği, çok geniş bir bölgede canlı - cansız her şeyi tümenden yok etme kapasitesine sahip olması ve zararlı etkilerini çok uzun bir zaman dilimi içerisinde de gösterebilmesidir.⁵⁰ Uluslararası Adalet Divanı’nın 1996 tarihli *Danışma Görüşü*’ne muhalif görüş yazan yargıç Christopher Weeramantry doğrudan insan yaşamını tehdit etmenin dışında, çevreye, ekosisteme ve

⁴⁷ Jayantha Dhanapala’nın *“Nükleer Silahsızlanma İçin İşbirliği Gerekli”* başlıklı açıklamaları için bkz. http://www.nuclearabolition.net/index.php?option=com_content&view=article&id=209:nuekleer-silahszlanma-cin-birlii-gerekli&catid=4:turkish&Itemid=5. [04.07.2013]; bu konuyla ilgili olarak detaylı bilgi almak için bkz. Gururaj Mutalik, *Crude Nuclear Weapons: Proliferation and the Terrorist Threat*, Cambridge: IPPNW, 1996.

⁴⁸ *ICJ Reports 1996*, para. 78.

⁴⁹ New York’ta, 13.02.2005 tarihinde imzalanan, Türkçe’ye yukarıdaki gibi çevirebileceğimiz Sözleşmenin (*International Convention for the Suppression of Acts of Nuclear Terrorism*) Türkçe resmi çevirisi için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/05/20120508-1.htm>. [04.07.2013], Sözleşmenin orijinal metnine erişim için bkz. <http://treaties.un.org/doc/db/Terrorism/english-18-15.pdf>. [04.07.2013].

⁵⁰ *ICJ Reports (1996)*, para. 36.

gelecek nesillere ciddi zararları olduğu tespitiyle birlikte, kabaca İnsancıl Hukuk başlığı altında ele aldığı gerekçelerle mahkemenin hükmettiği gibi “açıkça” yasaklanmamış olsa da nükleer silahların uygulanan uluslararası hukuka aykırı olduğunu göstermeye çalışmıştır.⁵¹

Weeramantry’ye göre nükleer silahların kullanımı, İnsancıl Hukukun savaş sırasında sivillerle savaşımlar arasında ayırım yapma ilkesi, gereksiz acılardan kaçınma ilkesi, sivillerin korunması ilkesi, çevreye kalıcı zararlar veren savaş araç ve yöntemlerinin kullanılmaması ve tarafsızlık hakkı gibi temel ilkelerine aykırıdır.⁵² Dolayısıyla teröre karşı mücadele edilmesi bu tür silahların kullanımını haklı ve meşru kılamayacaktır.⁵³

Teröristlerin bulunduğu yerin ve saldıracakları zamanın tespit edilmesi amacıyla devletlerin bir diğer devletin ülkesine girerek ülkesel bütünlüğünü ihlal etmesi aynı zamanda kuvvet kullanma yasağına da aykırı bir girişimdir. Fakat İnsancıl Hukuk açısından BM Güvenlik Konseyi’nin 1368 sayılı kararında⁵⁴ devletlerin askeri eylemlerinin meşru ve haklı kılındığı durumlarda bile terörist eylemlere karşı mücadelede İnsancıl Hukukun sınırlayıcı düzenlemeleri göz ardı edilmemelidir. Bu yüzden terörizme karşı mücadelede bir ulusal tedbir olarak nükleer silahların kullanımının (Fransa yönetiminin izlediği politika) Uluslararası İnsancıl Hukuka aykırı olduğu iddiası yanlış olmaz.

SONUÇ

11 Eylül 2001 saldırıları, devlet dışı aktörlerin de kuvvet kullanabildiğini açıkça göstermiştir. Söz konusu saldırılar, BM Andlaşması’nın 51. maddesinin yorumunu etkilemiştir. Dolayısıyla meşru müdafaa hakkı devlet dışı aktörlerin terör eylemlerine karşı da kullanılabilir bir hak olarak görülmeye başlamıştır.⁵⁵

⁵¹ Christopher Weeramantry, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, s. 230, erişim için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7521.pdf>. [03.07.2013]; Uluslararası Adalet Divanı’nın 1996 tarihli Danışma Görüşü’ne yazılan diğer muhalif görüşler için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=e1&p3=4&case=95>. [03.07.2013].

⁵² Weeramantry, s. 212.

⁵³ Jim Mc Cluskey, *The Arguments Against Nuclear Weapons (and the arguments for)*, Russell Press, s. 7, erişim için bkz. <http://inlapwcp.webplus.net/BOOKLET%201%20-%20ARGUMENTS%20AGAINST%20NUCLEAR%20WEAPONS%20-%20PP.pdf>. [06.07.2013].

⁵⁴ *United Nations S/RES/1368*, adopted by the Security Council at its 4370th meeting, on 12 September 2001, erişim için bkz. <http://daccess-ods.un.org/TMP/9605749.24945831.html>. [02.07.2013].

⁵⁵ Ülkü Halatçı, 11 Eylül Terörist Saldırıları Ve Afganistan Operasyonu’nun Bir Değerlendirmesi,

Küreselleşme süreci ile birlikte devlet dışı aktörlerin uluslararası ilişkilerde daha fazla rol almaları beraberinde, özellikle 1970'li yıllarda, bu aktörlerin uluslararası düzeydeki şiddet eylemlerine karışmaları gerçeğini de getirmiş ve bu gerçeklik “uluslar ötesi terörizm” kavramı ile ifade edilmiştir. Buna göre uluslar ötesi terörizm, herhangi bir şekilde devletin bir müdahalesi olmaksızın, devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen terörist eylemleri ifade etmektedir. Bu çerçevede uluslar ötesi terörizmi, uluslararası terörizmden ayıran en önemli fark, terör örgütleri tarafından gerçekleştirilen operasyonların her hangi bir devlet tarafında yönetilmemesi ya da kontrol edilmemesidir.⁵⁶ Bu eylemlerin gizli bir şekilde yapıldığı için geleneksel anlamında silahlı çatışmanın gerçekleşmesi kolay olmayacaktır.

Devletlerin terörizme karşı mücadeleleri sırasında İnsancıl Hukuk kurallarının uygulanması olay değildir. Terör eylemlerini engellemek amacıyla askeri operasyonların yapılması esnasında, teröre karşı savaşan güçler genelde yasal engelleri ihlal etmişlerdir. Tutukluların işkence edilmesine dair birçok örnek bulunmaktadır. Terörle mücadelede hükümet güçlerinin fazla ileri gitmesi kendilerine karşı terör eylemlerinin artmasına neden olmuştur. Bazen diğer devletler de bu durumu desteklemişlerdir. Terörle mücadele anlayışını değiştirmek, savaş hukuku ve insan haklarıyla uyumlu hale getirmek amacıyla bir devlet veya ordu üzerinde baskı uygulamak, zor olacaktır.⁵⁷ Bu yaklaşımın iki temel dayanağı vardır:

İlk olarak, uluslararası İnsancıl Hukuk terörizmle mücadeldenin önünde hiçbir engel oluşturmamaktadır.⁵⁸ Her hâlükârda, daha önce Uluslararası İnsancıl Hukukun terörizme karşı kuvvet kullanan devletlerin uygulamalarına diğer askeri eylemlerde olduğu gibi bir takım sınırlamalar getirmektedir. Devletler ve uluslararası toplum savaşın tehlikelerini azaltma ve savaş acılarını hafifletme, sivilleri ve terör sanıklarının fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü koruma çabalarını güçlendirmelidirler. Bununla birlikte, her devlet terörizmle mücadele hakkına sahiptir, ancak bu hak bütün çatışmalarda olduğu gibi bir takım kriterlere riayet edilerek kullanılmalıdır.

Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt. 2, No. 7, 2006, s. 81.

⁵⁶ Taşdemir, ss. 35-37.

⁵⁷ Roberts, s. 13.

⁵⁸ Silvia Borelli, Casting Light on the Legal Black Hole: International law and Detentions Abroad in the War on Terror, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 857, March 2005, s. 42, erişim için bkz. http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_857_borelli.pdf. [03.07.2013].

İkinci olarak, terör şüphelileri ve sanıkları, silahla kuvvetler üyesi, sivil veya yasadışı savaşçılar olursa olsunlar, İnsancıl Hukuk çerçevesinde himaye altına alınmalıdırlar. Aslında terörle mücadelede araçlarının kullanım sırasında şiddete öncelik verilmesi veya kullanılan şiddetin dozunun iyi ayarlanamaması mücadelenin meşruluğunu ve etkinliğini olumsuz yönde etkileyebilmektedir.⁵⁹

11 Eylül olaylarından sonra devletlerin terörizmle mücadele bağlamında uygulamaları, özellikle kuvvet kullanmaları İnsancıl Hukuk kurallarının ciddi anlamda ihlaline neden olmuştur. Ancak teröre karşı olan nefret duygusundan dolayı bu eylemler uluslararası toplum tarafından uygun bir şekilde araştırılmamış ve takipsiz kalmıştır. Dolayısıyla terörizmle mücadele sırasında temel İnsancıl Hukuk normlarından doğan yükümlülöklere riayet edilmelidir. Bu doğrultuda, devletlerin söz konusu normları göz önünde tutmaları hukukun her durumda üstünlüğünü güçlendirecektir.

Uluslararası İnsancıl Hukukun amacı silahlı çatışmalar mağdurlarını korumak, onlara yardımcı olmak ve her birinin saygınlıklarını sürdürmektir. 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve diğer uluslararası andlaşmalar terörle mücadele araçlarını belirlememiştir. Terörün neden ortaya çıktığının belli olmadığı için uluslararası hukukun diğer dalları gibi, İnsancıl Hukuk da terörizmi tamamen yok edememektedir. Fakat ulusal ve uluslararası aktörler terörle mücadelede sivillerle savaşanları bir birinden ayırt etmeksizin kuvvet kullanımının gayri meşruluğuna ve hukuk dışı eylemler olduğuna dikkat etmelidirler. Bununla birlikte, terörle mücadele bağlamında insan hakları ve İnsancıl Hukuk kurallarına riayet edilmesi terörizmin ortadan kaldırılmasında önemli rolü vardır. Terörle mücadele yöntemlerinden şiddeti öncelikli araç olarak kabul eden kimi ölkeler mücadelede başarısız olsalar dahi benimsedikleri bu yöntemi ısrarla uygulamaktadırlar. Ancak bazı ölkeler terörle mücadelede paradigma değişikliği yaparak şiddeti merkeze alan mücadeleden terörün nedenlerini ortadan kaldırmayı öncelik olarak kabul eden insan haklarına ve hukuk devleti ilkelerine dayalı mücadele yöntemini benimseme eğiliminde olmuşlardır.⁶⁰

⁵⁹ Abdulkadir Baharççek ve Gökhan Tuncel, Terörle Mücadelenin Zorlukları ve Bu Zorlukları Aşmada Farklı Bir Yaklaşım: Demokratik Mücadele Yöntemi, *Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergisi*, Cilt. 2 (2), 2001, s. 6.

⁶⁰ Baharççek ve Tuncel, s. 10.

La Haye Sözleşmeleri⁶¹, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve 1977 tarihli Ek Protokolleri, genel kabul görmüş örf ve âdet hukuku kurallarını kapsamaktadır. Bu kurallar aslında devletlerin “*erga omnes*” yükümlülükleri niteliğindedir. Bu kurallara göre, savaşan taraflar askeri operasyonlarını kesinlikle sivillerle savaşanlar arasında ve sivil ve askeri hedefler arasında ayırım yaparak gerçekleştirmeleri gerekmektedir. Diğer taraftan, gereksiz acıya neden olan silahların kullanımı da yasaktır. Gerçi terörizm barışa karşı tehdit oluşturan ve uluslararası hukuka aykırı bir şiddet eylemidir, fakat bu tür eylemleri engellemek devletlerin uluslararası hukuka aykırı davranışlarını haklı kılmaz. Sonuç olarak terörle mücadelede; kuvvet kullanma hukuku, insan hakları ve İnsancıl Hukuk kurallarına uygun bir şekilde yapılmalıdır.

Nükleer silahların kullanımı meşru müdafaa amacıyla olsa bile İnsancıl Hukuk kurallarına aykırıdır. Bu yüzden bu tür kuvvet kullanılması uluslararası hukuk çerçevesinde meşruiyetten yoksun olacaktır. Devletler terörle mücadele sürecinde uluslararası hukukun onlara tanıdığı hukuku kötüye kullanamazlar. Devletlerin ülke bütünlüğüne, siyasal bağımsızlığına ve uluslararası barış ve güvenliğe karşı bir tehdidin oluşmadığı takdirde ve BM Güvenlik Konseyi'nin izin vermediği sürece nükleer silahların kullanımı BM Andlaşması'nın 2. maddesinin dördüncü fıkrasındaki *erga omnes* ve *jus cogens* kurallara aykırı ve aynı zamanda saldırı niteliğindedir.⁶²

⁶¹ Türkçe'ye yukarıdaki gibi çevirebileceğimiz 1899 ve 1907 tarihli La Haye Sözleşmeleri'nin metnine erişim için bkz. http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/lawwar.asp. [04.07.2013].

⁶² Richard Bilder, Nuclear Weapons and International Law, in: Arthur SELWYN and Martin FEINRIDERS, *Nuclear Weapons and Law*, Westport: Greenwood Press, 1984, s. 4.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Bal, İhsan, *Terörizm: Terör, Terörizm ve Küresel Terörle Mücadelede Ulusal ve Bölgesel Deneyimler*, USAK Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2006.
- H. Başeren, Sertaç, *Uluslararası Hukuk Açısından Terörizm, Dünyada ve Türkiye’de Terör*, Ed. Tarhan, Ali, Ankara: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası Yayınları, 1. Baskı, 2002.
- Bilder, Richard, *Nuclear Weapons and International Law*, in: Arthur SELWYN and Martin FEINRIDERS, *Nuclear Weapons and Law*, Westport: Greenwood Press, 1984.
- Butfoy, Andy, “Nuclear Strategy”, in: Craig A. SNYDER, *Contemporary Security and Strategy*, 2nd Edition, New York: Palgrave Macmillan, 2008.
- Comras, Victor D., *Flawed Diplomacy: The United Nations & the War on Terrorism*, Washington: Potomac Books, Inc, 2010.
- Dinstein, Yoram, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Henckaerts, Jean-Marie & DOSWALD-BECK, Louise, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I: Rules, London: Cambridge University Press, 2005.
- Higgins, Rosalind & FLORY, Maurice, *Terrorism and International Law*, London: Routledge, 1997.
- Kaya, İbrahim, *Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk*, Ankara: USAK Yayınları, 2005.
- Münkler, Herfried, *The New Wars*, London: Polity Press, 2005.
- Mutalik, Gururaj, *Crude Nuclear Weapons: Proliferation and the Terrorist Threat*, Cambridge: IPPNW, 1996.
- Taşdemir, Fatma, *Uluslararası Terörizme Karşı Devletlerin Kuvvete Başvurma Yetkisi*, Ankara: USAK Yayınları, 2006.
- T.C Genel Kurmay Başkanlığı, *Silahlı Çatışma Hukuku ile İlgili Uluslararası Metinler*, Ankara: Genel Kurmay Başkanlığı Yayınları, 2010.

Makalalar

- A. Finch, George, The Nuremberg Trial and International Law, *AJIL*, Vol. 41, No. 1, 1947, ss. 20- 37.
- Baharçiçek, Abdulkadir ve TUNCEL, Gökhan, Terörle Mücadelenin Zorlukları ve Bu Zorlukları Aşmada Farklı Bir Yaklaşım: Demokratik Mücadele Yöntemi, *Uluslararası Güvenlik ve Terörizm Dergisi*, Cilt: 2 (2), 2001, ss. 1-15.
- Borelli, Silvia, Casting Light on the Legal Black Hole: International law and Detentions Abroad in the War on Terror, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 857, March 2005, ss. 39-48.
- F. Gravelle, James, The Falkland (Malvinas) Islands: An International Law Analysis of the Dispute Between Argentina and Great Britain, *Military Law Review*, Vol. 107, 1985, ss. 5-69.
- Finch, George A., The Nuremberg Trial and International Law, *AJIL*, Vol. 41, No. 1, 1947, ss. 20- 37.
- Greenwood, Christopher, International Law and the “War Against Terrorism”, *International Affairs*, Vol. 78, No. 2, 2002, ss. 301-317.
- Halatçı, Ülkü, 11 Eylül Terörist Saldırıları Ve Afganistan Operasyonu’nun Bir Değerlendirmesi, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt: 2, No. 7, 2006, ss. 80-98.
- Ratner, Steven R., The War on Terrorism and International Humanitarian Law, *Michigan State Journal of International Law*, Vol. 14, 2006, ss. 19-26.
- Roberts, Adam, Counter-terrorism, Armed Force and the Laws of War, *Survival* (quarterly journal of IISS, London), Vol. 44, No. 1, 2002, ss. 7-32.
- Rona, Gabor, Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the War on Terror, *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 27, No. 2, 2003, ss. 55-74.
- Roth, Kenneth, The Law of War in The War on Terror, *Foreign Affairs*, Vol. 83, 2004, ss. 2-7.
- Sulmasy, M. Glenn, The Law of Armed Conflict in the Global War on Terror: International Lawyers Fighting the Last War, *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, Vol. 19, 2005, ss. 309-316.

- Watkin, Kenneth, Controlling the Use of Force: A Role For Human Rights Norms in Contemporary Armed Conflict, *AJIL*, C.98, No.1, 2004, ss. 1-34.

İnternet Kaynakları

- Thornhill, John & Spiegel, Peter, France Delivers Nuclear Threat, *Financial Times*, erişim için bkz. <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/e805e2d4-88e6-11da-94a6-0000779e2340.html#axzz2Wbb10LgY>. [19.06.2013].
- Moore, Molly, Chirac: Nuclear Response to Terrorism Is Possible, *Washington Post Foreign Service*, January 20, 2006, erişim için bkz. <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2006/01/19/AR2006011903311.html>. [19.06.2013].
- Vönkey, Silja, The Fight Against Terrorism and the Rules of International Law of Warfare, in: Walter Christian et al., (eds), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security versus Liberty*, Berlin: Springer, 2003, erişim için bkz. <http://edoc.mpil.de/conference%20on-terrorism/index.cfm>, s. 4. [23.06.2013].
- Hall, B. Welling, Addendum Relating to Self-Defense, *ASIL Insights: Terrorist Attacks on the World Trade Center and the Pentagon*, *American Society of International Law* (September 2001), erişim için bkz. <http://www.asil.org/insight77.cfm>. [25.06.2013].
- “International Humanitarian Law and Terrorism: Questions and Answers”, *ICRC*, Resource Centre, 01-01-2011, erişim için bkz. <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/faq/terrorism-faq-050504.htm>. [29.06.2013].
- Ware, Alyn, Terrorism and Nuclear Disarmament, 11 September 2001, erişim için bkz. <http://lcnp.org/disarmament/index.htm>. [19.06.2013].
- Borelli, Silvia, Casting Light on the Legal Black Hole: International law and Detentions Abroad in the War on Terror, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 857, March 2005, s. 42, erişim için bkz. http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/irrc_857_borelli.pdf. [03.07.2013].
- Mc Cluskey, Jim, The Arguments Against Nuclear Weapons (and the arguments for), Russell Press, s. 7, erişim için bkz. <http://inlapwcp.webplus.net/BOOKLET%201%20-%20ARGUMENTS%20AGAINST%20NUCLEAR%20WEAPONS%20-%20PP.pdf>. [06.07.2013].

- Weeramantry, Christopher, Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, s. 230, erişim için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7521.pdf>. [03.07.2013].

Belgeler ve Mahkeme Kararları

- *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America) ICJ Reports (1986).
- *Human Rights Committee, General Comment 14, Article 6 (Twenty-third session, 1984), Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 18 (1994)*, erişim için bkz. [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/9c882008fd898da7c12563ed004a3b08?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/9c882008fd898da7c12563ed004a3b08?Opendocument). [02.07.2013].
- *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996*, erişim için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7495.pdf>. [03.07.2013].
- *Nuclear Age Peace Foundation: Ten Facts About Nuclear Weapons*, erişim için bkz. http://www.wagingpeace.org/articles/2009/09/facts_myths.pdf. [22.06.2013].
- *United Nations S/RES/1368*, adopted by the Security Council at its 4370th meeting, on 12 September 2001, erişim için bkz. <http://daccess-ods.un.org/TMP/9605749.24945831.html>. [02.07.2013].
- *United Nations S/RES/1373*, adopted by the Security Council at its 4385th meeting, on 28 September 2001, erişim için bkz. <http://daccess-ods.un.org/TMP/5511724.94888306.html>. [29.06.2013].
- *United Nations S/RES/1456*, adopted by the Security Council at its 4688th meeting, on 20 January 2003, erişim için bkz. [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1456\(2003\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1456(2003)). [29.06.2013].
- *The International Institute of Humanitarian Law and The International Committee of the Red Cross, XXVIIth Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law: International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence*, (Summary Report Prepared by the International Committee of the Red Cross), November 2003.

