

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



Cilt: 20

Sayı: 1

Yıl: 2012

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



Cilt: 20

Sayı: 1

Yıl: 2012



ISSN: 1306-8075

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt (Volume): 20 – Sayı (Number): 1 – Yıl (Year): 2012

Sahibi :

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI (Dekan)

Editörler (Editors) :

Doç. Dr. İbrahim ERCAN

Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN

Yayın Kurulu (Editorial Board) :

Prof. Dr. Mehmet AYAN

Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER

Prof. Dr. Yavuz ATAR

Prof. Dr. Sami KARAHAN

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM

Prof. Dr. İbrahim ERCAN

Prof. Dr. Faruk BİLİR

Doç. Dr. İbrahim ARSLAN

Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) :

Prof. Dr. Hakan Hakeri (İ. Medeniyet Ü.)

Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Ü.)

Prof. Dr. Ali ERTEN (Bilkent Ü.)

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)

Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İstanbul Kültür Ü.)

Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)

Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Ankara Ü.)

Haberleşme Adresi (Communication Address) :

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 **KONYA**

Tel: 0332 241 00 45 - **Fax:** 0332 241 01 05

İnternet: <http://www.hukuk.selcuk.edu.tr> **e-posta:** hukukdergi @ selcuk.edu.tr

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ TÜBİTAK – ULAKBİM –
HUKUK VERİ TABANINDA TARANMAKTADIR.**

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yer alan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir.

Yayın şartları son sayfada yer almaktadır.

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt (Volume): 20 – Sayı (Number): 1 – Yıl (Year): 2012

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

ÖZEL HUKUK

BİR TABU: TAŞINMAZIN AYNINA İLİŞKİN DAVALARDA
MÜNHASİR YETKİ..... 11

Dr. Mustafa Erkan

ÇEKLERDE BANKA İBRAZ KAŞESİNİN KARALANMASI 53

Doç. Dr. Recep AKCAN

HUKUKİ İŞLEMLERDE “AMAÇ” 61

Yrd. Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT

BORÇLUNUN HALİNE MÜNASİP EVİ ve BİLİRKİŞİYE
BAŞVURULMASI 79

Doç. Dr. Recep AKCAN

TÜKETİCİ HUKUKUNDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN
ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI 103

Yrd. Doç. Dr. Alper UYUMAZ

ALMAN TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ HUKUKUNDA
ARABULUCULUK UYGULAMALARI 133

Dr. C. Gökhan ERBAŞ LL.M. (Köln)

KAMU HUKUKU

ÇOCUK HAKLARININ GELİŞİMİ VE KARŞILAŞTIRMALI
OLARAK ANAYASAL AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ..... 151

Yrd. Doç. Dr. Aydın İPEK

AHİSKA TÜRKLERİNİN TÜRKİYE'YE GÖÇ ETMESİ VE TÜRK
VATANDAŞLIĞINA ALINMASI İLE İLGİLİ HUKUKİ
SORUNLAR..... 175

Salimya GANIYEVA

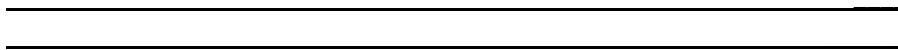
AVRUPA İNSAN HAKLARI HUKUKU AÇISINDAN KIYI
DEVLETİNİN DENİZLERDE KONTROL UYGULAMA YETKİSİ201

Dr. Said Vakkas GÖZLÜGÖL

MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER ÇERÇEVESİNDE
KÜÇÜK ALACAKLARIN TAHSİLİ KONUSUNDA
ÖNERİLER..... 231

Doç. Dr. İbrahim ERCAN

Makaleler



Özel Hukuk

BİR TABU: TAŞINMAZIN AYNINA İLİŞKİN DAVALARDA MÜNHASİR YETKİ

Dr. Mustafa ERKAN*

Özet

Taşınmazın aynına ilişkin davalarda münhasır yetkidünyanın birçok hukuk sisteminde olduğu gibi Türkiye’de de kabul edilmiştir. Ancak, münhasır yetkinin katı uygulanması bazı sıkıntıları beraberinde getirmektedir. Özellikle kişi hallerine ilişkin yabancı devlet mahkemelerinde görülen davaların kararlarının muhtevasında Türkiye’deki taşınmazlara ilişkin hükümler yer alabilmektedir. Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girdiğinden dolayı taşınmazların aynına ilişkin olarak verilmiş bu yabancı mahkeme ilâmlarının tanınması ve tenfizi mümkün değildir. Bu gerçek, yurt dışından alınmış mahkeme ilâmının bütünlüğüne etki edecek ve ilâmı sınırlı etkili bir hüküm haline getirecektir. Bu bağlamda taşınmazların aynına ilişkin davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin münhasır yetki olması yeniden değerlendirilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Münhasır Yetki, Kesin Yetki, Taşınmaz Mallar, Gayrimenkuller, Tanıma, Tenfiz.

A Taboo: Exclusive Jurisdiction over Immovable Property Abstract:

Exclusive jurisdiction over immovable property is accepted in most legal systems and also accepted in Turkey. However, the absolute exercise of exclusive jurisdiction over immovable property raises some problems. The decisionaffecting the immovable property which is situated in Turkey could exist within the decisions given by a foreign court relating to personal status’ cases. Due to the exclusive jurisdiction of Turkish courts over immovable property

which is situated in Turkey, it is not possible to recognize and enforce the decision over immovable property given by foreign courts. This fact will affect on the integrity of the decision obtained from a foreign court and it makes the decision effectively limited. In this context, exclusive jurisdiction of the court in which the immovable property is situated, needs to be re-evaluated where the proceeding are about right in rem.

Key Words: Exclusive Jurisdiction, immovable property, real property, recognition and enforcement.

Giriş

Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun¹ (MÖHUK) m. 40'a göre belirlenir. Türk hukukunda kural olarak, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi Türk iç hukukuna göre yer itibariyle yetkili bir mahkeme olmasına bağlıdır².

MÖHUK m. 40“*Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder*” diyerek bizi HMK ve diğer özel kanunlardaki yetki düzenlemelerine yönlendirmiştir³. Bunun istisnasını MÖHUK’da yer alan bazı türdeki davalar için yapılan yetki düzenlemeleri oluşturur⁴. Taşınmazların aynından doğan

* Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, mustafa.erkana@marmara.edu.tr

¹ R.G.,12.12.2007-26728.

² NOMER, Ergin, Devletler Hususî Hukuku, b.19, İstanbul 2011, s. 430 ve 440.

³ ŞANLI, Cemal, “Türkiye’deki Gayrimenkullerle İlgili Bir Yabancı Boşanma Kararının Tenfizi”, MHB, 1986, S. 1, s. 42 (ŞANLI, Boşanma); EKŞİ, Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, b.2., İstanbul 2000, s. 17 vd, (EKŞİ, Yetki) ; ERDEM, B.Bahadır., “22.11.2011 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu’nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi”, MHB, 2002, C. 22, S. 2, (Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan), s. 152 vd., (ERDEM, Yetki).

⁴ Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi yabancılık unsuru içeren Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda MÖHUK m. 41, yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalar MÖHUK m. 42, miras davaları MÖHUK m.

davalarda yetkiyi düzenleyen bir hüküm MÖHUK'da olmadığından ve MÖHUK'un Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinde iç hukuka yaptığı atıf nedeni ile iç hukukta bu konuyu düzenleyen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁵ (HMK) m. 12'ye bakılması gerekmektedir. HMK m. 12/1'de, *“Taşınmaz üzerindeki aynî hakka ilişkin veya aynî hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir”* hükmüne yer verilmiştir.

Taşınmazın aynına ilişkin ihtilâflarda⁶ taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin⁷ münhasır⁸ yetkisi Türkiye'de⁹, diğer birçok

43, iş sözleşmesi ve iş ilişkisine ilişkin davalarda MÖHUK m. 44, tüketici sözleşmesine ilişkin davalarda MÖHUK m.45 ve sigorta sözleşmesine ilişkin davalarda MÖHUK m.46'daki yetki hükümlerine göre belirlenir. Bkz. ŞANLI, Boşanma, s. 43; ÖZEL, Sibel, “Haksız Fiillere İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Yetkisini Belirleyen HMK m. 16 Kuralının Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2012, C. 8, S.91-92, s. 8.

⁵ R.G., 4.2.2011-27836.

⁶ HMK m. 12/1'in içeriğinin bütününe çalışmanın tamamında tekrar etmenin okuyucuyu yorabileceği düşüncesi ile bahsedilen maddenin ilgili fıkrası kastedilerek kısaca taşınmazın aynına ilişkin ihtilâflarda ifadesi genellikle tercih edilmiştir.

⁷ Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 1004 uyarınca taşınmaz bir bölgede bulunan taşınmazlar buldukları bölgenin tapu siciline kaydedilir. Birden fazla bölgede bulunan taşınmazlar ise, “diğer bölge sicillerine kayıtlı olduğu belirtilmek suretiyle her bölgedeki sicile ayrı ayrı kaydedilir” (TMK m. 1005). Bkz. R.G., 08.12.2001-24607. Tapu Sicil Tüzüğü m. 5'e göre “Her ilçenin idari sınırları bir tapu sicil bölgesidir. Tapu sicili, bölgesi içindeki her mahalle veya köy için ayrı ayrı düzenlenir. Genel Müdürlük, işlemlerin ve nüfus yoğunluğunun çok olduğu ilçelerde birden fazla müdürlük oluşturabilir.” Bkz. R.G., 07.06.1994-21953. Ancak, medeni usul hukukunda taşınmazın bulunduğu yer ifadesindeki maksat taşınmazın fiilen bulunduğu yerdir. Taşınmazın tapu sicilindeki kayıtlı bulunduğu yer değildir. Bkz. 8.HD., 05.06.1969 T., 3237/2901 sayılı içtihadı, YILMAZ, Orhan, “Taşınmaz Mallara İlişkin Davalarda Yetki”, Yargıtay Dergisi, 1978, C.3, s. 374' den naklen, (YILMAZ, Taşınmaz).

ülkede¹⁰ ve uluslararası düzenlemelerde¹¹ genel kabul görmüş bir uygulamadır. MÖHUK m. 47'ye göre, yer itibariyle yetkinin

⁸ Türk hukukunda kesin yetki, kamu düzeninden kesin yetki ve münhasır yetki kavramları disiplinler arasında tartışmalıdır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. aşağı. Bölüm II. Çalışmamızda milletlerarası usul hukuku kapsamında münhasır yetki kavramı kullanılmıştır. Ancak, incelediğimiz konu itibariyle medeni usul hukukunda kullanılan kesin yetki, milletlerarası usul hukukunda münhasır yetki olarak kabul edildiği için bazı noktalarda kesin yetki ile münhasır yetki kavramları aynı anlamda kullanılmıştır.

⁹ NOMER, s. 434; ŞANLI, Boşanma, s. 45; DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2010, s. 87; SARGIN, Fügen, Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996, s. 161-162; POSTACIOĞLU, İlhan E., Medenî Usul Hukuku Dersleri, b.5., İstanbul 1975, s. 139; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usul Hukuku, b. 12, Ankara 2011, s. 125; ERDEMİR, İlter, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi: Şerh-Kararlar ve İlgili Mevzuat, b.2., Ankara 1998, s. 314.

¹⁰ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (IPRG) m. 97, IPRG'nin İngilizce metni için bkz. (<http://www.umbrecht.ch/pdf/SwissPIL.pdf>, erişim 20 Aralık 2012); KARRER, Pierre /ARNOLD, Karl, Switzerland's Private International Law Statute 1987: The Swiss Code on Conflict of Laws and Related Legislation, 2nd ed., Deventer-Boston 1989; RECHBERGER, H. Walter, Austria Civil Procedure- Suppl. 61, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, s. 35; WANG, Shizhou/YAO, Hong, China Civil Procedure- Suppl. 17, Wolters Kluwer Law & Business 2001, s. 59; Alman Usul Kanunu m. 24 (§ 24 ZPO), Alman Usul Kanununun İngilizce metni için bkz. (http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html, erişim 20 Aralık 2012); KOCH, Herald/DIEDRICH, Frank, German Civil Procedure, Suppl. 36, Wolters Kluwer Law & Business 2006, s. 61; İspanya Usul Kanunu (LOPJ) m. 22, İspanyol Usul Kanununun İngilizce metni için bkz. (<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=1400>, erişim 20 Aralık 2012); RIGABERT, Fernando Castillo, Spain Civil Procedure, Suppl. 62, Wolters Kluwer Law & Business, 2011, s. 39.

¹¹ 1 Mart 2002 tarihinde yürürlüğe giren Brüksel I Tüzüğü, 1968 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisine ve Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Brüksel Konvansiyonu'nun yerini almıştır. Bkz. Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 Aralık 2000, OJ L 12/4, 16.01.2001, (<http://eur->

münhasır yetki esasına göre belirlendiği durumlarda¹², yabancı bir mahkemenin yetki sözleşmesi ile yetkili hâle getirilmesi mümkün değildir¹³. Yabancı bir mahkeme Türk mahkemesinin münhasır yetkisine giren bir konuda, yani taşınmazın aynına ilişkin olarak karar verse bile, yabancı mahkemeden alınan bu kararın tanınması ve tenfizi mümkün değildir¹⁴. Bu durumun sonucu, doğrudan taşınmazın aynına veya konusu taşınmaz olmayan bir uyuşmazlığa bağlı olarak verilen kararın bir hükmü (eki) haline gelen ve taşınmazın aynına etki eden mahkeme veya hakem kurulu kararlarının Türk hukuk düzeninde bir etkisinin olmamasıdır¹⁵.

Bu makalede amaç, HMK m. 12’de düzenlenen taşınmazın aynına ilişkin davalarda mevcut olan münhasır yetkinin uygulamasını tartışmak değil, sadece olması gereken hukuk açısından taşınmazın aynına ilişkin ihtilâflarda yetkiyi ve bu yetkinin tanıma ve tenfize etkisini değerlendirmektir.

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:en:PDF , erişim 20 Aralık 2012). Tüzük hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. SAKMAR, Ata/EKŞİ, Nuray, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü” MHB, 2002, C. 22, S. 2, (Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan), s. 721 vd.; Lugano Konvansiyonu için bkz., Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters done at Lugano on 16 Eylül 1988, OJ L 319, 25.11.1988, (<http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/textes/lug-idx.htm>, erişim 20 Aralık 2012).

¹² HMK m. 18/1’e göre de kesin yetkinin bulunduğu hallerde yetki sözleşmesi yapılamaz.

¹³ ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B.Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, b.11, İstanbul 2012, s. 532.

¹⁴ NOMER, s. 465; ÇELİKEL/ERDEM, s. 532; ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, b.4., İstanbul 2011, s. 209, (ŞANLI, Ticari Akitler).

¹⁵ ŞANLI, Boşanma, s. 45.

I. Türk Hukukunda Taşınmazların Aynından Doğan Davalarda Münhasır Yetki

Türk hukuk doktrininde, yabancı unsur taşıyan ve Türkiye’de bulunan taşınmaz malların aynına ilişkin davalarda milletlerarası yetki açısından Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin bulunduğu konusunda tereddüt yoktur¹⁶. Taşınmazın aynına ilişkin davalar yanında şahsî dava olup, dava sonunda taşınmaz üzerinde aynı haklara ilişkin bir sonuç doğuruyor ise bu tür davalarda da taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi münhasır yetkilidir¹⁷. Doktrin ve uygulama, şahsî hakka ilişkin olup tapu siciline tescil ettirilerek aynı güç kazanmış olan şahsî nitelikteki davalara ilişkin yetkininde münhasır olduğunu ortaya koymuştur¹⁸. Fakat taşınmazlara ilişkin dava, şahsî bir hakka ilişkin ise bu durumda Türk mahkemelerinin yetkisi münhasır değildir¹⁹.

¹⁶ NOMER, s. 464; ÇELİKEL/ERDEM, s. 532-533; SAKMAR, Ata, Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları, İstanbul 1982, s. 100; EKŞİ, Yetki, s. 221; DOĞAN, s. 78-79; SARGIN, s. 162; ERDEM, B. Bahadır, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 Tarihli Brüksel Antlaşmasının Hükümlerinin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetki Kuralları İle Karşılaştırılması”, MHB, 1997-1998, C. 17-18, S. 1-2 (Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ’a Armağan), s. 205-206, (ERDEM, Yetki Kuralları); MUŞUL, Timuçin, Medenî Usul Hukuku, b.3., Ankara 2012, s. 93; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 125.

¹⁷ ALANGOYA, H. Yavuz/YILDIRIM, Kamil,DEREN-YILDIRIM, Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, b.7., İstanbul 2009, s. 102-103.

¹⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 533; SARGIN, s. 162.

¹⁹ 13. HD., E.1993/408 , K.1993/560; SARGIN, s. 162. Ancak bazı yazarlar, taşınmazlara ilişkin davanın şahsî hakka ilişkin olsa bile Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır yetki olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu görüş için bkz. NOMER, Ergin, “Ehliyetsizlik Sebebi İle Almanya’daki Gayrimenkuller İçin Vasiyetin İptali, MHB, 1981, S.2, s. 62 (NOMER, Ehliyetsizlik); ŞANLI, Boşanma, s. 45. Ancak Nomer görüşünü daha sonradan değiştirmiş ve şahsî hakka ilişkin davaların HMK m. 12’nin kapsamı dışında olduğunu belirtmiştir. Bkz NOMER, s. 434. Hangi davaların HMK. m.12 kapsamında münhasır yetkiye tâbi olmadığı hakkında bkz. ERDEMİR, s.314-315.

A. Taşınmazlara İlişkin Davalarda Münhasır Yetkinin Kapsamı

HMK m. 12, taşınmazların aynına veya aynî hak sahipliğinde değişikliğe neden olabilecek davalarda mahkemelerin genel yetkisini ortaya koyan HMK m. 6'yı bertaraf eder²⁰. Bu nedenle Türk hukukunda taşınmazın aynına ilişkin veya aynî hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalarda yetki HMK m. 12 vesilesiyle tesis edilir. HMK m. 12 kapsamında taşınmazın aynına ilişkin olan ve taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılması gereken davaları aşağıdaki şekilde özetleyebiliriz²¹:

²⁰ NOMER, s. 435. Belki de burada sorulması gereken soru yabancı bir ülkedeki taşınmazın aynına ilişkin bir ihtilâfta Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin nasıl tesis edileceğidir. Tâbi ki bu değerlendirme yapılırken Türk mahkemesinin yabancı bir ülkedeki taşınmaza ilişkin olarak vereceği kararın yabancı hukuktaki etkisi düşünülmecektir. Bkz. NOMER, s. 436. Çünkü Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğumu, mahkemenin vereceği kararın yabancı bir ülkede tenfiz edilip edilemeyeceğine bağlı değildir. Bkz. NOMER, s. 432; ÇELİKEL/ERDEM, s. 630-631. Ancak, bazı hukuklarda, mahkemeler milletlerarası yetkilerini tesis ederken verecekleri kararın ilgili ülkede tenfiz edilmesine bağlı kılımlardır. Örneğin Federal Almanya Usul Kanunu'na göre kişi hallerine ilişkin olarak mahkemenin yetkisinin tesisinde verilecek kararların tarafların bağlı olduğu devlette tenfiz edilebilme şartına bağlanmıştır. Bu konuda bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 630, dn. 112.

HMK m. 12'nin yabancı bir ülkede bulunan bir taşınmaza ilişkin uyumsuzluklarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisini tesis etmesi mümkün değildir. Zira hiçbir devlet, yabancı bir devlet mahkemesinin yetkisini tesis etmeye muktedir değildir. Bu durumda, iç hukuk bakımından HMK m. 12 yabancı bir ülkedeki taşınmaz üzerinde münhasır yetki tesis edemediği için genel yetkili mahkeme (HMK m. 6) devreye girecek midir? HMK m. 6, davalının yerleşim yerinin Türkiye'de bulunması durumunda yabancı bir ülkede bulunan bir taşınmazın aynına ilişkin davada Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis edecektir. Bkz. NOMER, s. 435-436.

²¹ MUŞUL, s. 94; DALAMANLI, Lütfi, Görev-Yetki Muhakeme Usulleri ve Kanun Yolları, Ankara 1980, s. 16.

1. Taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkına istinaden açılan davalar, örneğin istihkak davası, tashihi kayıt davası,
2. Taşınmaz üzerindeki sınırlı aynî haklara ilişkin davalar, örneğin irtifak hakkına, ipotek hakkına, taşınmaz mükellefiyetine ilişkin dava,
3. Sözleşmeye dayanmaksızın taşınmaz üzerinde zilyetliğin korunmasına ilişkin dava,
4. Taşınmaz üzerinde şahsî bir hakka yönelik olmakla beraber davanın sonunda verilecek kararın tapu sicilinde değişikliğe neden olacak dava.

Türk hukukunda, Avrupa Birliği'ne üye devletler arasında geçerli olan "Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Brüksel Tüzüğü"nden²² (Brüksel I Tüzüğü), Alman²³ ve İspanyol²⁴ Usul Kanunlarından farklı olarak HMK'da kira sözleşmesine ilişkin ihtilâflardamünhasır yetki söz konusu değildir²⁵. Türk hukukunda, kira sözleşmelerine ilişkin ihtilâflarda ifa yeri mahkemesinin yetkili olduğu kabul edilmiştir²⁶. Kiranın ifa edildiği yer mahkemesi, taşınmazın bulunduğu yer olmakla birlikte bu durum münhasır yetki sonucunu doğurmaz²⁷.

²² Brüksel I Tüzüğü m. 22/1. Ayrıca bkz. SAKMAR/EKŞİ, s. 736.

²³ Alman Usul Kanunu m. 29a/1'da (§ 29a/1ZPO).Bkz. KOCH/DIEDRICH, s. 61. Ancak, Alman Usul Kanunu m. 29a/2'de mesken kiralari için 1. fıkranın uygulanmayacağını ortaya koymuştur. Alman Usul Kanunu İngilizce metni için bkz.(http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html, erişim 20 Aralık 2012).

²⁴ İspanya Usul Kanunu (LOPJ) m. 22 bkz. RIGABERT, s. 39.

²⁵ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 102.

²⁶ 6 HD., 23.11.1989T., E.1989/16084, K.1989/18100; 6 HD., 21.09.1998T., E.1998/6977, K.1998/7185.

²⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 126; MUŞUL, s. 93.

B. Türk Hukukunda Taşınmaz Üzerinde Münhasır Yetkinin Tarihsel Gelişimi

Kaynağını Roma Hukukunda bulan *forum rei sitae* kuralı²⁸, Türk Hukukunda da kabul edilmiştir.

Osmanlı Devleti zamanında kabul edilen ve ilk usul kanunu olma niteliğine sahip olan 1295 (1878) tarihli “Usulü Muhakematı Hukukiye Kanunu”nda taşınmaz mallara ilişkin olarak özel bir yetki düzenlemesi bulunmamaktaydı²⁹. Ancak, doktrin ve yargıda³⁰ durum tartışılmış ve iki görüş ortaya çıkmıştı. Bunlardan birincisi, kanunda açık bir hüküm olmaması sebebiyle taşınmaz mallara ilişkin davalarda da genel yetkili olan davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğu görüşüdür³¹. İkinci görüş ise, ihtilâf konusu olan taşınmaz malın bulunduğu yer mahkemesinin davada yetkili mahkemeyi tesis edeceğini savunan görüştür³². Bu görüşlerden ikincisi kabul edilmiş ve 1327 (1911) tarihinde 1295 (1878) tarihli Usulü Muhakematı Hukukiye Kanununa ek bir kanun eklenmiştir. Ek Kanun m. 1’de taşınmaz mallara ilişkin ihtilâflar bakımından taşınmaz malın

²⁸ ÖNEN, Emin, “Gayrimenkul Davalarında Yetki”, AUHF Dergisi, 1965-1966, C.22-23, S. 1-4, s. 573-574. Roma Hukukunda aynî haklara ilişkin uyumsuzluklarda ihtilâf konusu olan mal veya onun bir parçası (örneğin tuğla, toprak parçası gibi) *magistra* önüne getirilir ve davacı bir sopa ile mala veya malın parçasına dokunularak mülkiyet hakkını ortaya koyardı. Eğer davalı davacının iddiasını kabul ederse dava sonuçlanır. Ancak kendisinde mülkiyet hakkını ortaya koyarsa aynı sopa ile mala veya malın parçasına o da dokunurdu. Böylece, aynî haklara ilişkin yargılama dava konusu malın *magistra* önünde getirilmesi ile yapılırdı. Detaylı bilgi için bkz. TAHİROĞLU, Bülent/ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2012, s. 237; UMUR, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, b.3., İstanbul 2010, s. 233-234; SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/TÜROĞLU ÖZDEMİR, Gökçe, Roma Hukukundan Günümüze Medenî Yargılama Esasları, Ankara 2008, s. 46-59.

²⁹ ÖNEN, s. 579.

³⁰ Temyiz mahkemesi tarafından verilen karar için bkz. ZİYA, Ahmet, Usulü Muhakeme Hukukiye Kanunu Şerhi, C. 1, İstanbul 1322, s. 85-86, ÖNEN, s. 580’den naklen.

³¹ Görüş hakkında bkz. ÖNEN, s. 579-580.

³² Görüş hakkında bkz. ÖNEN, s. 580.

bulunduğu yer mahkemesinin münhasır yetkili olduğu ifade edilmiştir. Böylelikle taşınmaz mallara ilişkin münhasır yetki ilk defa mevzuatta yerini almıştır³³. Taşınmazlara ilişkin münhasır yetki kuralı, 1927 yılında kabul edilen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu³⁴ (HUMK) m. 13'de kendisine yer bulmuşvebu yerini 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nın 12. maddesine bırakmıştır³⁵.

C. Türk Hukukunda Münhasır Yetkinin Konusu Amacı

Taşınmazın aynına veya aynî hak sahipliğinde değişikliğe neden olabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda mahkemelerin yer itibariyle münhasır yetkisi en hızlı, en az masrafla, en kolay ve en emin bir şekilde taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde görülebileceği düşüncesi ile tesis edilmiştir³⁶. Taşınmaza ilişkin davalarda hâkimler, ihtilâf konusunda karar verebilmek için genellikle keşfe çıkarak taşınmazın durumunu bizzat görürler. İhtiyaç duymaları halinde tanıkları keşif mahallinde dinlerler³⁷. Böylelikle dava hakkında daha iyi ve sağlam bir bilgiye sahip olarak karar verebilirler³⁸. Bu nedenlerden dolayı davanın, davalının yerleşim yeri mahkemesinde değil deihtilâfin en az masrafla, en kolay ve en doğru olaraktaşınmazın bulunduğu mahal mahkemesinde görülebileceği düşünülmüş ve münhasır yetki tesis edilmiştir³⁹.

³³ ÖNEN, s. 581.

³⁴ RG., 2,3,4.7.1927-622,623,624.

³⁵ HMK m. 12 HUMK m. 13 ile paralel bir düzenlemedir. HMK m. 12 HUMK m. 13'ü günümüz Türkçesine uygun olarak yeniden düzenlemiştir.

³⁶ BELGESAY, Mustafa Reşit, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, b. 2., C. I, İstanbul 1939, s. 50;KURU, Baki./ARSLAN, Ramazan,/YILMAZ, Ejder, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış b.22., Ankara 2011, s. 152; POSTACIOĞLU, s. 139.

³⁷ ÖNEN, s. 580; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 152.

³⁸ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 102.

³⁹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 152; ÖNEN, s. 580; EKŞİ, Yetki, s. 220-221; DEMİR İSKENDEROĞLU, Sıdıka Ayşeğül, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, s. 61.

Mülga HUMK m. 13'te ifade edilen yetkinin münhasır bir yetki olduğu konusunda açık bir hüküm olmamakla beraber, doktrin ve içtihatlarda münhasır yetki hemen hemen ittifakla kabul edilmişti⁴⁰. Fakat 6100 sayılı HMK m. 12/1'de ise, yetkinin kesin (münhasır) olduğu açık bir şekilde ortaya konmuştur.

Münhasıryetkinin kamu düzenine ilişkin bir münhasır (kesin) yetki olduğu doktrinde⁴¹ ve yargıda⁴² ortaya konulmuştur. Neden kamu düzenine⁴³ ilişkin olduğu araştırıldığında ise, münhasır yetkinin konuluş amacı ile tamamen örtüşen bir gerekçeye ulaşılmaktadır. Bu gerekçe de, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin başka yer mahkemelerine oranla daha hızlı, daha az masrafla ve daha kolay yargılama yapabilecek olmasıdır⁴⁴.

Kamu düzenine ait münhasır (kesin) bir yetki olması nedeniyle taşınmazların aynı ile ilgili uyuşmazlıklar için bir yetki

⁴⁰ POSTACIOĞLU, s. 139; ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medenî Yargılama Hukuku, b.7., İstanbul 2000, s. 203; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 101; EKŞİ, Yetki, s. 217; Farklı fikir için bkz. BELGESAY, s. 50-51.

⁴¹ ÖNEN, s. 581-582; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 152; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 102, dn.76; ERDEM, Yetki Kuralları, s. 205; KIRMIZI, Mustafa, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Karşılaştırılmalı Hukuk Mahkemelerinde Görev ve Yetki, ANKARA 2011, s. 216; DALAMANLI, s. 17; YILMAZ, Taşınmaz, s. 374.

⁴² 14. HD., 15.10.2007 T., E. 2007/12078, K.2007/11744 , bkz., RG.: 17.11.2007-26703; 8. HD., 16.07.2007 T., E.2007/3129, K.2007/4503.

⁴³ Burada kamu düzenini kavramından başlamak yerinde olabilir. Milletlerarası özel hukukta kullanılan kamu düzeni kavramı ile iç hukukta kullanılan kamu düzeni kavramları tamamen aynı değildir. Milletlerarası özel hukuktaki kamu düzeni kavramı iç hukuktaki kavrama göre daha dar ve sınırlı bir kapsamı vardır. Bkz. TANRIVER, Süha, "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeni Etkisi", MHB, 1997-1998, C.17-18, S. 1-2 (Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ'a Armağan), 467-491 s. 477. İç hukuktaki kamu düzeni irade serbestisini sınırlayan bir fonksiyona sahip olup emredici kurallar tarafından oluşturulur. Bkz. TANRIVER, s. 477. Milletlerarası özel hukukta ise iç hukukta yer alan her emredici kural kamu düzeninden sayılmayabilir.

⁴⁴ ÖNEN, s. 582.

sözleşmesi yapmak mümkün değildir (MÖHUK m. 47 ve HMK m. 18)⁴⁵. Münhasır yetki dava şartı olmasından dolayı bir ilk itiraz değildir ve bu nedenle mahkemeler re'sen yetkisizliklerini gözetirler (HMK m. 19/1). Aynı şekilde taraflar da, her zaman (Yargıtay aşamasında dahi) yetki itirazında bulunabilirler (HMK m. 116/1-a)⁴⁶.

II. Taşınmazın Bulunduğu Yer Mahkemesinin Münhasır Yetkisine Eleştirisel Yaklaşım

A. Sorunun Ortaya Konması

Yurt dışında yaşayan Türk veya yabancıların Türkiye'deki bir taşınmazın aynına ilişkin veya aynî hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin bir ihtilâfı olması durumunda Türkiye'de taşınmazın bulunduğu mahal mahkemesinde dava açması zorunludur. Taşınmaz mallara ilişkin HMK m. 12/1'de belirtilmiş hususlarda yurt dışında verilmiş ve kesinleşmiş bir mahkeme kararının olmasının Türk Hukuku açısından bir anlamı yoktur. Çünkü yurt dışındaki bir mahkeme tarafından verilmiş olan karar tanınamayacağı ve tenfiz edilemeyeceği için Türkiye'de hiçbir hukuki etkisi olmayacaktır.

Türk hukukunda taşınmazın aynından doğan davalarda veya aynî hak sahipliğinde değişikliğe neden olabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliği yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda yetki uygulaması çok katıdır. Tâbi burada hemen bir başka gerçeği ifade etmek gerekir. Türk hukukunda, en azından, taşınmazlara ilişkin kira ihtilâfları Brüksel I Tüzüğü'nde olduğu gibi münhasır yetkiden değildir⁴⁷. Ancak, yinede, taşınmazların aynına ilişkin veya aynî hak sahipliğine neden olabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine veya alıkoyma hakkına ilişkindavalarında mahkemenin münhasır yetkisinin,

⁴⁵ 14. HD., 15.10.2007 T., E. 2007/12078, K.2007/11744.

⁴⁶ ÖNEN, s. 582; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 152; MUŞUL, s. 90.

⁴⁷ Brüksel I Tüzüğü'nün 22/1 maddesine göre, konusu taşınmazlar üzerindeki aynî haklar olan ihtilâflarda ve kira ihtilâflarında taşınmazın bulunduğu yerin devlet mahkemeleri münhasır yetkiye sahiptir. Kiracının gerçek kişi olması ve kiracı ile ev sahibinin yerleşim yerlerinin aynı üye devlette olması şartıyla özel kullanım için en fazla altı ay (birbirini takip eden aylar) olan geçici kira sözleşmelerine ilişkin ihtilâflarda davalının yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.

21. yüzyıl dünyası için çok katı bir uygulama olduğu söylenebilir. Çünkü günümüz dünyasında insanlar, taşınmazlarının bulunduğu yerde değil, hayat ilişkilerini yaşamak istedikleri yerde sürdürmektedirler. Bu doğrultuda, Türkiye’de taşınmazı bulunan Türk vatandaşı⁴⁸ veya yabancı⁴⁹ bir kişi, yaşamını Türkiye dışında sürdürse ve Türkiye ile bağları çok zayıf olsa dahi Türkiye’de bu kişinin taraf olduğu taşınmazın aynına ilişkin bir ihtilâfvar ise, davanın mutlak suretle taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde görülmesi gerekmektedir. Bu durum yurt dışında yaşayan kişilerin adil yargılamaya ulaşması noktasında büyük zorluk getirmektedir.

Milletlerarası Özel Hukuk uygulaması içerisinde olup esas itibariyle kişi hallerine ilişkin olarak verilmiş olan kararlarda, başka ülkelerdeki taşınmaz malların aynına ilişkin kararların tanıma ve tenfiz problemi ile karşılaşmaktadır⁵⁰. Bu durum, kendisini özellikle velayet, vesayet, boşanma, mal rejimi ve miras hukuku ile ilgili olarak verilen kararların içerisinde taşınmaza ilişkin hükümlerin bulunması olarak göstermektedir⁵¹. Örneğin, yurt dışında yaşayan bir kişi (Türk vatandaşı veya yabancı) miras sebebi ile bir taşınmaza ilişkin istihkak davasını yurt dışında açsa, mahkeme hüküm tesis etse ve verilen bu hüküm kesinleşse bile Türkiye’de bu kararın tenfiz edilmesi mümkün

⁴⁸ “Türk Vatandaşı” kavramı 5901 Sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu’na istinaden çıkarılan “Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” m. 3(ş)’de “Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişiyi” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. RG., 06.04.2010-27544.

⁴⁹ “Yabancı” kavramı yine “Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” m. 3(u)’da tanımlanmıştır. “Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi” dir. Bu kavramın içerisine başka devletlerin vatandaşları girdiği gibi, vatansızlar ve mülteciler de girer. Daha detaylı bilgi için bkz, ÇELİKEL, Aysel/ÖZTEKİN GELGEL, Günseli, Yabancılar Hukuku, b.18, İstanbul 2012, s.17-29; EKŞİ, Nuray, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, b. 3., İstanbul 2011, s. 1-5, (EKŞİ, Yabancı); AYBAY, Rona, Yabancılar Hukuku, b.2, İstanbul 2007, s. 11-35.

⁵⁰ ŞANLI, Boşanma, s. 44.

⁵¹ ŞANLI, Boşanma, s. 44.

değildir⁵². Zira MÖHUK m. 54(b)'ye göre yabancı bir mahkemede verilmiş olan ilâmın Türkiye'de tenfiz edilebilmesi için Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda olması gereklidir. Miras sebebiyle açılan istihkak davası, taşınmaz üzerinde aynî sonuç doğuran bir davadır. Bu sebeple, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi vardır. Bu konuda yetkili mahkeme miras bırakanın son yerleşim yeri mahkemesi bunun bulunmaması durumunda ise taşınmazın bulunduğu mahal mahkemesi münhasır yetkilidir⁵³. Eğer yurt dışında verilen ve kesinleşen karar sadece Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmiş ise bu karar, Türk hukuku açısından Türkiye'de tenfiz edilemeyeceği için etkisiz bir hüküm halini alacaktır. Başka bir örnek, yurt dışında boşanmaya ve boşanmayla beraber Türkiye'de bulunan bir taşınmazın temlikine karar veren bir mahkemenin kararı Türkiye'de tanıma ve tenfize konu edilmiştir. Ancak, Yargıtay, sadece boşanma kararının tanınabileceğini ve taşınmazın temlikine ilişkin kararın tenfiz edilemeyeceğini karara bağlamıştır⁵⁴. Yargıtay'ın kararında olduğu gibi sadece boşanma kararı tanınır ve taşınmazın temlikine ilişkin karar tenfiz edilmez ise ortaya sınırlı etkili bir yabancı mahkeme ilâmı çıkmış olacaktır. Zira yabancı mahkeme hükmünün bir bütün olarak uygulanması engellenmektedir. Bu durum, hak arayana menfaatinin hiç dikkate alınmadan sadece tenfizi engelleyen bir anlayış olarak değerlendirilebilir. Adaletin tesis edilmesi adına verilmiş ve kesinleşmiş bir hükmün tam olarak icra edilememesi nedeniyle adaletin tamamlanması veya yerine gelmesi engellenmiş olacaktır.

⁵² 2. HD., 25.1.1996 T., E.1996/44, K.1996/782. Ayrıca bkz. ESEN, Emre, "Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki", MHB, 2002, C. 22, S. 2, (Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan), s. 188; NOMER, s. 435.

⁵³ NOMER, s. 493-494, dn. 269.

⁵⁴ 2.HD., 25. 01. 1996 (YHD 5/1996, 845).

B. Alternatif Yaklaşım ve Alternatif Yaklaşımın Götüren Nedenler

Birçok yazar taşınmazın aynına ilişkin davalarda münhasır yetkiden “kesin” bir şekilde bahsederken,⁵⁵ *Belgesay* 1939 yılında, HUMK’un yürürlükte olduğu dönemde, farklı bir yaklaşım getirmiştir. *Belgesay*, taşınmazın aynına ilişkin davalarda “... tarafların iddialarını diğer bir yer mahkemesinde gördürmekte kolaylık bulunursa bu yer mahkemesinin salahiyyetini kabul etmemek için zaruri bir sebep...”⁵⁶ olmadığı görüşünü ileri sürmüştür. *Belgesay* görüşünü bir örnekle de desteklemiştir. Verdiği örnekte, ipotekle teminat altına alınmış bir alacağın, ödeme sonucunda alacağın düşmesine bağlı olarak ipoteğin kaldırılması gerekmektedir. İpoteğin kaldırılması için davalının yerleşim yeri mahkemesi veya taraflarca belirlenecek bir mahkemede konunun daha kolay halledilmesinin mümkün olduğunu öne sürmüştür.⁵⁷ *Belgesay*’ın görüşünde iki nokta önemlidir. Bunlardan birincisi, taşınmazlar üzerindeki davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin münhasır yetkisinin olmadığı noktasıdır. İkincisi ise, birinci noktanın doğal bir sonucu olarak taşınmazların aynına ilişkin ihtilâflarda yetki anlaşması yapılabileceğidir. *Belgesay*’ın görüşünün bugün tekrar gündeme alınmasının hem Türk hukukundaki uygulama hem de tanıma ve tenfiz açısından yararlı olacağı kanaatini taşımaktayız. Bu kanaatimizin oluşmasında aşağıda ifade edilen nedenler etkili olmuştur.

Taşınmazların aynına ilişkin veya aynî hak sahipliğinde değişikliğe yol açacak davaların mutlaka taşınmazın bulunduğu yerde açılmasının nedeni yargılamanın en çabuk, en etkin ve en az masrafla taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde yapılabileceği düşüncesi idi. Bu düşünce aynı zamanda taşınmazların aynına ilişkin yetkinin kamu düzenine ilişkin bir münhasır (kesin) yetki olmasının temelini ortaya

⁵⁵ NOMER, s. 464; ÇELİKEL/ERDEM, s. 532-533; SAKMAR, s. 100; EKŞİ, Yetki, s. 221; DOĞAN, s. 78-79; SARGIN, s. 162; ERDEM, Yetki Kuralları, s. 205-206; MUŞUL, s. 93.

⁵⁶ BELGESAY, s. 50-51.

⁵⁷ BELGESAY, s. 51.

koymuştu. İşin doğası gereği, bir taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi taşınmaza, delillere ve tanıklara yakın olması sebebiyle taşınmaza ilişkin uyuşmazlığın çözülebileceği makul bir mahkemedir. Ancak, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi her zaman en çabuk, en etkin ve en az masraf ile karara ulaşamayabilir. Örneğin, taşınmazın bulunduğu mahal mahkemesi hâkiminin iş yoğunluğu diğer bir mahkemeye oranla çok daha fazla olabilir. Bu iş yoğunluğu sebebiyle ilgili dosyayı incelemesi ve karara bağlaması olağan sürenin dışına çıkabilir. Taşınmaz, bir mahkemenin yetki alanında bulunmakla beraber, coğrafi olarak başka bir mahkemeye daha yakın olabilir. Bu ihtimalleri bir kenara bırakarak, yinede taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin en çabuk, en etkin ve en az masrafla karara ulaşabileceğini kabul etsek bile, taraf iradeleri ve/veya tarafların davanın görülmesindeki kolaylık menfaati her zaman taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olmayabilir. Zira yukarıda verdiğimiz örneklerde davacı ve davalı yurt dışında yaşıyor olabilir ve aralarındaki ihtilâfi kendileri için en makul yer mahkemesinde çözmek için hâlihazırda talepte bulunmuş olabilirler. Yurt dışındaki mahkeme, talebe ilişkin karar verirken bir taşınmazın aynına ilişkin bir karar da vermesi durumunda bunun tenfiz edilememesi eleştirilecek bir nokta olabilir. Her halükarda Türkiye’de uyuşmazlığı çözecek yetkili bir mahkeme mevcut olduğu halde, tarafların yabancı bir ülke mahkemesinde uyuşmazlığın çözülmesinde menfaatleri olduğu için dava orada açılmış ve yargılama sonunda ortaya çıkan sonuç tarafları memnun etmiş ise bu kararın Türkiye’de tenfiz edilmesine mani olmak yerinde olmayacaktır. Aynı konuda verilmiş bir yargı kararı olmasına rağmen taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin münhasıryetkili olması sebebi ile yabancı mahkeme kararının hiçbir hüküm ifade etmemesi geniş bir yorum ile usul ekonomisine aykırılık teşkil edebilir.

Tarihsel süreçte toprak ve onun üzerindeki taşınmazlara bağlı aynî haklar devletler için çok önemli olmuştur. Toprak, devletlerin aslî unsurlarından biridir ve onun üzerinde yargı yolu ile tasarruf etme yetkisini bir başka devletin yargı makamına bırakmayı devletler uygun bulmamışlardır. Devletler, kendi ülke ve sınırları içerisindeki toprak ve taşınmazlar üzerinde devletin egemenlik ve hükümranlık haklarını

mutlak suretle kullanmak istemişlerdir⁵⁸. Devletin egemenliğini simgeleyen kendi toprakları üzerindeki hâkimiyet tasarrufu, tarihsel süreçte yabancı bir devletin yargı organları tarafından taşınmazın aynına ilişkin olarak verilen kararların tanınması ve tenfizinin mümkün kılmamıştır. Ancak, 21. yüzyılda insanların ve toplumların birbiri ile ilişkileri daha karmaşık hâle gelmiştir. Ortaya çıkan uyuşmazlıklarda bazen taşınmazlar ana uyuşmazlık konusu olmamakla beraber bazen de asıl uyuşmazlıkla beraber karar verilmesi gerekentali bir konu haline gelebilmektedir. Yargılamanın bütünlüğü açısından da uyuşmazlığın görüldüğü mahkeme, taşınmaza ilişkin bir konuda karar vermeyip onu ayırması çok makul gözükmemektedir. Dolayısıyla, günümüz dünyasında artık toprak ve onun üzerindeki taşınmazların aynına ilişkin veya aynı hak sahipliği değişikliğine yol açabilecek uyuşmazlıklarda devletin toprağı üzerindeki egemenlik hakkında kaynaklanan bir anlayış ile münhasır yetki kavramını ileri sürmenin doğru olmadığı kanaatini taşımaktayız. Eğer, bir başka devlet mahkemesinin veya tahkim⁵⁹ yargılamasının verdiği kararların

⁵⁸ EKŞİ, Yetki, s. 213.

⁵⁹ Taşınmaza ilişkin davalarda tahkim yolunun açık olup olmadığı hususu burada tartışılması gereken diğer bir husustur. Tahkim yargılamasının yapılabilmesi için her şeyden önce ihtilâf konusu uyuşmazlığın tahkime elverişli olması gerekmektedir. Bkz. NOMER, s. 535. Türk mevzuatında hem Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) m. 1/4'de hem de HMK m. 408'de taşınmazlar üzerindeki aynı haklardan kaynaklanan ihtilâfların ve tarafların üzerlerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri ihtilâfların tahkime elverişli olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Taşınmazların aynına ilişkin ihtilâfların tahkime elverişli olmadığı mevcut mevzuat açısından açıktır. Ancak, taşınmazlara ilişkin olarak tahliye davaları, kira bedeli tespit davaları gibi davalar da tahkime elverişli değildir. Bkz. NOMER, s. 535. Önen farklı bir yaklaşım sergileyerek, tarafların aralarında yapacakları anlaşma ile HMK m. 12 kapsamındaki davalar bakımından taşınmaza ilişkin münhasır yetkisi olan mahkemenin yetkisi tamamen bertaraf edilemeyeceği görüşünü ortaya koymuştur. Ancak, taraflar aralarındaki uyuşmazlığın tahkim kurulunca çözülebileceği konusunda bir anlaşma yapabileceğini ifade etmiştir. Önen, karşı fikirdeki bir Yargıtay kararını da eleştirmektedir. Eleştiri gerekçesinde, tarafların uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yapmış oldukları bir anlaşmanın kendi

Türkiye Cumhuriyeti devletinin siyasetine, Anayasasının temel ilkelerine zarar verebileceği endişesi taşınmakta ise yabancı devlet mahkemesinin kararı somut olarak değerlendirilerek kamu düzeni müdahalesi kullanılabilir⁶⁰.

Medenî usul hukukunda esas olan ilkelere birisi usul ekonomisidir⁶¹. Emredici nitelikte olan ve yargılamanın amacına hizmet eden usul ekonomisi ilkesi, dayanağını Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sı⁶² m. 141/4'de⁶³ ve HMK m. 30'da⁶⁴ bulmaktadır. “*Usul*

davaları için yetkisiz bir mahkemeyi yetkili kılma amacı taşımadığını ileri sürmüştür. “[HUMK]13 üncü madde [HMK m. 12] sadece uyumsuzluğun gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesinden başka bir mahal mahkemesinde (fiilen, coğrafi bakımdan başka bir yargı çevresinde) çözümlenmesini kamu düzeni düşüncesiyle yasaklamıştır. Bu yasak hükmünü davaya bakacak yargı yerinin tâbi bulunacağı şartları bakımından kamu düzeni ile ilgisi olmayan diğer hususları da kapsayacak şekilde genişletmeye imkân yoktur.” Dolayısıyla, HMK m. 12'in konuluş amacı ve yetkinin kamu düzeninden olması özelliği dikkate alınarak, hakem kurulunun yapacağı yargılamanın başından sonuna kadar taşınmazın bulunduğu yerde faaliyette bulunması gerekir. Bu şartında tahkim sözleşmesine veya tahkim kaydına yazılması gerekir. Bu kaydın konulması, taşınmazlar üzerinde mahkemelerin münhasır yetkisini tesis eden amaca da hizmet edeceğinden, diğer bir ifade ile, bu “...kayıt kesin yetkiye ilişkin bir yargılama şartı olacağından...” bu şartın bulunmaması tahkim kurulunun yetkisiz olması sonucunu doğurabilecektir. Ancak, HMK m. 12 kapsamına girmeyen durumlarda ise yetki kamu düzenine ilişkin kabul edilmediği için uyumsuzluğun hakemler tarafından çözümlenmesinde herhangi bir kayıt ya da şarta bağlı olmaksızın hakemler tarafından çözümleneceğini kararlaştırabilirler. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. ÖNEN, s. 631-632.

⁶⁰ Yabancı hakem kararlarının tenfizinde kamu düzeni müdahalesi hakkında detaylı bilgi için bkz. NOMER, Ergin, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi”, MHB, 1999-2000, C. 19-20, S. 1-2, (Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan), s. 555 vd, (NOMER, Kamu Düzeni).

⁶¹ YILMAZ, Ejder, “Usul Ekonomisi”, AÜHFD, 2008, C. 57, S. 1 (243-274), s. 243.

⁶² RG., 9.11.1982-17863 Mükerrer.

⁶³ “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.”

*ekonomisi, yasalarda öngörülen düzenleme çerçevesinde yargılamanın kolaylaştırılmasını, yargılamada öngörülen olağan zaman süresinin aşılmamasını ve gereksiz gider yapılmamasını amaçlar ve bunu hâkime bir görev olarak yükler. Bu bağlamda, 'basitlik', 'hızlılık' ve 'ucuzluk' usul ekonomisini oluşturan öğeler olarak ortaya çıkar*⁶⁵. Gerçek manada etkin bir hukuki korumaya ve adil yargılanmaya, yargılamanın özellikleri çerçevesinde mümkün olabildiğince en basit, en hızlı ve en ucuz olan yargılama ile ulaşılabılır⁶⁶. Tabi burada usul ekonomisi ilkesinin, davanın maddi gerçekliğe ulaşılmasında⁶⁷ ve adil karar vermede bir araç olarak kullanıldığının unutulmaması gerekir⁶⁸. Bu sebeple yapılan yargılama sonucunda ulaşılan hükmün "**maddi gerçeği yansıtması ve yapılmış olan yargılamanın basit, hızlı ve ucuz bir yargılama olması gerekir**"⁶⁹. İlkenin uygulama alanı kanunların elverdiği ölçüde maddi gerçekliğe ulaşmak için kullanılması zorunlu emredici bir kuraldır. Mevcut düzenlemeler açısından değerlendirildiğinde, taşınmazların aynına ilişkin davalarda usul ekonomisi gerekçesiyle Türk hukukundaki taşınmazlar üzerindeki çok katı münhasır yetki uygulamasını yumuşatmak çok zor görünmektedir. Örneğin, taşınmazın bulunduğu yerin davanın görülmesi esnasında idari yapıda yapılan değişiklik ile davayı gören mahkemenin yetki alanından çıkarılırsa, davayı gören mahkeme re'sen yetkisizlik kararı verip dosyayı yeni yetkili mahkemeye göndermek zorundadır⁷⁰. Çünkü mahkemenin yetkisi

⁶⁴ "Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür."

⁶⁵ YILMAZ, s. 243. Ayrıca bkz. HGK 10.4.1991, 15-91/202.

⁶⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 277.

⁶⁷ 13. HD., 26.03.1992T., E.1992/2432, K.1992/2924. Usul ekonomisinin hızlılık ilkesini davada esas olan adaletin gerçeğe en uygun olarak ortaya çıkarılmadan çabuk alelacele bir karar ulaşmak olarak anlamamalı ancak adaleti de geciktirmemeliyiz.

⁶⁸ YILMAZ, s. 246.

⁶⁹ YILMAZ, s.248. Ayrıca bkz. HGK, 10.4.1991T., 15-91/202 YILMAZ, s. 245-246, dn. 7'den naklen.

⁷⁰ 1. HD., 13.4.1992 T., E.1992/749, K.1992/4926; ÜSTÜNDAĞ, s. 206-207; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 126; ÇELİK, Hüseyin, Yargıtay

münhasır ve kamu düzenindedir. Bu kural usul ekonomisine aykırı olduğu gibi medenî usul hukukuna ait diğer bir temel bir prensip olan *perpetuatio fori*'ye de istisna teşkil etmektedir⁷¹. *Perpetuatio fori* prensibine göre davanın derdest olmasından sonra mahkemenin yetkisini ortaya koyan unsurlarda meydana gelen değişikliklerin bir önemi yoktur. Yani, dava derdest olduktan sonra davalının yerleşim yerinin değişmesi davanın görüldüğü mahkemenin yetkisini ortadan kaldırmaz⁷². Bu prensip milletlerarası yetki açısından da geçerlidir⁷³.

Usul ekonomisi prensibi ve *perpetuatio fori* prensibinde temel amaç yargılamanın etkinliğinin artırılmasıdır. Konuya bu açıdan bakıldığı zaman, bir mahkemede görülmekte olan taşınmazın aynına ilişkin bir davanın idari bir değişiklik nedeni ile mahkemenin yargı yetkisinin dışında kalması halinde (coğrafi açıdan davanın görüldüğü mahkemeye daha yakın olsa bile), dosyanın yeni kurulan veya idari olarak yeni bir mahkemenin yetki alanına giren mahkemeye gönderilmesi usul ekonomisine *veperpetuatio fori* prensibine uygun düşmemektedir. Türkiye'de, mahkemelerin büyük bir iş yükü altında olduğu gerçeğini düşündüğümüzde, davanın “yeni yetkili” mahkemeye gönderilerek tekrar zaman, emek ve iş gücü kaybına sebep olunması var olan iş yükü durumu daha da ağırlaştıracaktır. Ayrıca, bu durum taşınmaz mallar üzerindeki münhasır yetki kuralının

Örnek Kararları İle Açıklamalı Hukuk Davalarında Görev ve Yetki Sorunu, İstanbul 2005, s. 618.

⁷¹ ÜSTÜNDAĞ, s. 206; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 103.

⁷² ÜSTÜNDAĞ, s. 206.

⁷³ “Milletlerarası yetkiyi tesis eden, mesela ikametgah ya da mutad mesken başka bir ülkeye nakledilse veya vatandaşlık kaybedilse dahi davanın derdest olduğu mahkemenin milletlerarası yetkisi devam eder.” Bkz. NOMER, s. 432. Ayrıca bkz. EKŞİ, Nuray, “Boşanma Davalarında Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi – Mukayeseli Bir İnceleme”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, Y. 9, C.9, S. 1, s. 23-24, (EKŞİ, Boşanma); UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, “Bireysel İş İhtilaflarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, İş Dünyası ve Hukuk: Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, s. 979 (UYANIK ÇAVUŞOĞLU, İş İhtilafları).

konuluş amacı olan en çabuk ve en az masrafla yargılama yapma amacına da aykırı olacaktır.

Taşınmazların aynına ilişkin veya aynî hak sahipliğinde değişikliğe neden olabilecek davalarda kabul edilen kamu düzeninden münhasır yetki, dava şartı olduğundan yargılamanın her aşamasında ileri sürebilecektir (HMK m. 114/1(ç) ve HMK m. 115). Hâkimlerde re'sen yetki konusunu dikkate almak zorundadır. Temyiz aşamasında veya karar düzeltme aşamasında bile taşınmazın aynına ilişkin davalardaki münhasır yetki itirazı öne sürülebilecektir (HMK m. 115). Yetki itirazının kabul edilmesi durumunda (mevcut hukuka göre geçerli bir talep ise kabul edilmemesi mümkün değil), yargılama yeniden yetkili mahkemeye gönderilecek bu da davanın uzamasına başka bir deyişle adaletin gecikmesine neden olacaktır. Bu durum bize “geciken adalet adalet değildir” yönündeki haklı özdeyişi hatırlatacaktır. Ayrıca, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde ortaya konan mahkemelerin makul sürede yargılamayı yapması gerektiği kuralına da aykırılık teşkil edebilecektir⁷⁴. Çünkü hemen hemen tamamlanmış bir yargılamanın tekrar yeni yetkili mahkemeye gönderilerek yargılama süresinin uzatılmasına ve “makul olarak” kabul edilebilecek sürenin aşmasına neden olacaktır.

Çiçero tarafından söylendiği düşünülen “*summum ius summa in iura*” yani “hukukun katı uygulanması, en büyük haksızlıktır”⁷⁵ veya “sert kanun en büyük adaletsizliktir”⁷⁶ düşüncesi, hukukun katı uygulanmasının meydana getirebileceği adaletsizliği ortaya koymuştur. Muhtemelen bu bağlamda, HMK kendi sistematığı içerisinde münhasır yetkiyi biraz yumuşatmıştır. HMK m. 12/3'de HMK m. 12/1'deki davaların yani taşınmazın aynına, taşınmazın zilyetliğine veya alıkoyma hakkına ilişkin davalarda birden fazla taşınmaz olması durumunda taşınmazlardan birinin bulunduğu yerde

⁷⁴ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi için bkz. (http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/3BAA147F-29C9-48CE-AF64-FB85A86B2433/0/Convention_TUR.pdf, erişim 20 Aralık 2012).

⁷⁵ YILMAZ, s. 251.

⁷⁶ YILMAZ, s. 251, dn. 33.

diğerleri hakkında da dava açılabilir hükmünü getirmiştir⁷⁷. HMK m. 12/3, taşınmazın aynına ilişkin davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin kamu düzeninden münhasır (kesin) yetkili olması hükmüne açıkça istisna getirmiştir⁷⁸. Bu durumu bir örnekle açıklayacak olursak, farklı mahkemelerin yargılama yetkisine giren ve coğrafi açıdan birbirinden çok uzak yerlerde bulunan üç taşınmaz üzerindeki aynî haklara ilişkin bir uyuşmazlıkta, bir taşınmazın bulunduğu yerde dava açılması yeterli kabul edilmiştir. Tâbi burada hemen akla şu soru gelmektedir. Madem taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi taşınmazın aynına ilişkin davalarda kamu düzeninden münhasır yetkili idi niçin kanunun kendisi bu kurala istisna getirmiştir? Yukarıda da açıklandığı üzere, münhasır yetkinin tesis edilmesindeki gerekçe en hızlı, en etkin ve en az masrafla taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin karar verilebileceğinin kabulü idi. En hızlı ve en doğru karar verebilmek için gerekli olan keşif ve tanık dinlenmesi taşınmazın bulunduğu yerde en az masrafla ve hızlı bir şekilde yapılabiliyordu. Bu yüzden yetki kamu düzeninden kabul ediliyordu. Örneğe dönecek olursak, eğer HMK m.12/1 bu durumda uygulanacak olursa üç ayrı yerde taşınmaza ilişkin dava açılabilir, tanıklar taşınmazın olduğu yerde dinlenir, keşif kolayca yapılabilirdi. Ancak, burada usul ekonomisi ve yargıda karar birliği devreye girmektedir. Bu nedendir ki, kanun koyucu bir istisna getirmiş ve bu

⁷⁷ İsviçre Usul Kanunu m. 29/3'de benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Ancak, İsviçre mevzuatındaki bu düzenlemede en büyük taşınmazın veya taşınmazın en büyük parçasının bulunduğu yer mahkemesi münhasır yetkili olarak kabul edilmiştir. Bkz. (<http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/272.en.pdf> , erişim 20 Aralık 2012).

⁷⁸ HMK m. 12/3 ile getirilen bu istisna, ihtilâf konusu birden fazla taşınmaz olup bunlardan birisinin yurt dışında bulunması durumunda Türkiye'deki taşınmazların aynına ilişkin bir davanın yurt dışındaki taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılmasına yetki vermez. Bkz. DOĞAN, s. 103. Bu durumda tartışılacak husus yurt dışındaki taşınmazın aynına ilişkin olarak açılacak davada Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi nasıl tesis edilecektir? Gözüken çözüm, davalının yerleşim yerinin Türkiye'de olması durumunda HMK m. 6'ya (genel yetkili mahkeme) göre yetki tesis edilmesidir. Bkz. NOMER, s. 435.

istisna ile taşınmazın aynına ilişkin davalarda “mutlaka” taşınmazın bulunduğu mahal mahkemesinde görülme zorunluluğunu yumuşatmıştır.

HMK, yine taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklardaki münhasır yetki kuralını 11. maddede düzenlenen mirastan doğan davalardaki yetki ile de yumuşatmıştır.HMK m. 11/1’de terekenin paylaşılması davası ve miras sebebiyle istihkak davası miras bırakanın son yerleşim yeri mahkemesinde açılacaktır ve bu mahkeme kesin yetkilidir demektedir. Mirasa ilişkin bir istihkak davası, taşınmaza ilişkin olsa bile miras bırakanın son yerleşim yerinde açılmak zorundadır. Çünkü burada da kesin yetki vardır. Yargıtayda, dava taşınmazın aynına ilişkin olsa da HUMK m. 11 (HMK m.11)’in kapsamına giren davalarda ölen kişinin son yerleşim yeri mahkemesini yetkili mahkeme olarak kabul etmektedir⁷⁹. Örneğin Yargıtay, vasiyetname ile kendisine bırakılan bir taşınmazın adına kaydı için açılmış bir davada HUMK m. 13 (HMK m. 12)’de belirtilen mahkemenin değil, HUMK m. 11 (HMK m. 11)’de ifade edilen mahkemenin yetkili olduğuna karar vermiştir⁸⁰. Buradan şu sonucu çıkarmak mümkündür: Taşınmazların aynına ilişkin davalar mutlaka ve mutlaka taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde görülmesi gerekmemektedir.

Taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi, delillere ulaşmada kolaylık, keşif yapılması, tanıkların ve tarafların dinlenmesi gibi konularda daha yerinde bir mahkeme olduğu muhakkaktır. Ancak, bunun her durumda ve her halükarda olduğunu söylemek mümkün değildir. Eğer davanın başka bir mahkemede görülmesi daha makul ise veya taraflar aralarında bir yetki sözleşmesi ile başka bir yer mahkemesini yetkilendirmişlerise⁸¹, taşınmazın bulunduğu yer

⁷⁹ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 103.

⁸⁰ HGK, 17.01.2007 T., E.2007/2-2, K.2007/10; 2 HD., 13.05.2008 T., E.2008/3742, K.2008/6879, Ayrıca bkz. ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 103, dn. 80a.

⁸¹ Mevcut düzenlemeler açısından taşınmazın aynına ilişkin davanın tarafların istedikleri bir mahkemede veya bir yetki sözleşmesi yaparak yetkisiz bir mahkemeyi yetki hale getirmesine müteakip davanın orada görülmesi

mahkemesinin sahip olduğu avantajlara adli yardım yolunu kullanarak ulaşabiliriz. Davanın görüleceği mahkeme eğer Türkiye’de ise, HMK m. 259/4’deki tanığın istinabe ile dinlenebileceğine dair hüküm çerçevesinde tanık dinlenebilir, yine HMK m. 289/1 çerçevesinde istinabe yoluyla keşif yapılabilir ve yine HMK m. 197/1-2 kapsamında istinabe yoluyla deliller toplanabilir ve incelenebilir. Eğer hâkim sorgulama ihtiyacı hisseder ve bizzat isticvap mümkün değil ise ses ve görüntü nakli yolu ile isticvap edilebilir eğer bu da mümkün değil ise yine istinabe yolu ile isticvap olunur (HMK m. 172/1).Teknolojik gelişmelerde artık mahkemeler arasındaki mesafeyi azaltmış, iletişimi kolaylaştırmış ve hızlandırmıştır. Türkiye’de kullanılmakta olan Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) adalet alanında yer alan bilgilere erişim hızını artırmış ve işlerin kolay, hızlı ve ekonomik olarak yapılmasını sağlamıştır⁸². Adli yardım ve yargı sisteminde kullanılmakta olan teknolojik gelişmeler çerçevesinde, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde yargılama yapma zorunluluğuna ilişkin gerekçeler de sorgulanır hâle gelmiştir.

Türkiye’de bulunan bir taşınmaz üzerindeki aynî hakka ilişkin ya da aynî hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek dava,eğer yabancı bir ülkede açılmış ise, bu durumda davanın en hızlı, en ekonomik ve en doğru bir şekilde karara bağlanabilmesi için gereken tanık dinleme, delillerin toplanması,bilirkişi vasıtasıyla delillerin değerlendirilmesi gibi adli yardım kapsamında yapılabilecek işler iki

mümkün değildir. Hukuken mümkün olmamasına rağmen yapılmış bir yetki anlaşmasına istinaden yetki kazanmış bir yabancı mahkemeden verilmiş kararın da tenfiz edilebilmesi mümkün değildir. Diğer bir ifade ile yabancı mahkeme yetkisini bir yetki anlaşmasından alsa dahi, bu mahkemeden verilen kararın Türkiye’de tenfizi mümkün değildir. Bkz. NOMER, Ergin, “Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemelerin Yetkisi ve Kamu Düzeni”, MHB, 2003, Y. 23, S. 1-2, (Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan), s. 567, dn. 3, (NOMER, Tenfiz). Yazar tarafından burada yapılan değerlendirme olması gereken hukuk açısındandır.

⁸² Ankara Barosu, UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi, b. 8., Ankara 2008, s. 15 vd.; Ulusal Yargı Ağı, Ankara 2011, (http://megep.meb.gov.tr/mte_program_modul/modul_pdf/380H00026.pdf, erişim 20 Aralık 2012).

tarafli⁸³ ve/veya çok tarafli⁸⁴ milletlerarası anlaşmalardaki istinabe hükümlerine göre Türk mahkemelerinden istenebilir⁸⁵. Böylelikle, davanın tarafları açısından uyuşmazlığın çözülmesi makul olan bir mahkemede uyuşmazlık karara bağlanmış olacak, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinden de istinabe yoluyla elde edilecek bilgi ve belgeler doğrultusunda dava en doğru bir şekilde karara bağlanmış olacaktır. Yurt dışındaki mahkeme tarafından verilen karar doğrudan Türkiye’de sonuç doğuramayacağı için ilâma ilişkin Türkiye’de tanıma ve tenfiz talebinde bulunmak gerekecektir.

6083 sayılı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun⁸⁶ m. 9/3’e göre “*Tapu Müdürlükleri, hak sahibinin talebi üzerine, kendi yetki alanı dışında bulunan taşınmazlarla ilgili tapu işlemlerini, taşınmazın bulunduğu tapu müdürlüğünden yetki almak ve kanunen bir engel olmadığını tespit etmek suretiyle yapmaya yetkilidir.*” Zaman, işgücü ve kaynak tasarrufu sağlamak için yapılan bu düzenleme sayesinde taşınmazın kayıtlı bulunduğu tapu müdürlüğüne gidilmeden etkin ve hızlı bir

⁸³ İki tarafli anlaşmalar ile ilgili liste için bkz. ŞANLI, Ticari Akitler, s. 164-165; ERDEM, B.Bahadır, “Milletlerarası Özel Hukukta İstinabe”, MHB, 1989, C.9, S. 2, s. 124-131, (ERDEM, İstinabe).

⁸⁴ Hukuk Usulüne Dair Sözleşme, RG., 23.3.1972-14137; Hukuki veya Ticari Konularda Adli veya Gayriadli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşme, RG., 17.6.1972-14218; Hukuki veya Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında Sözleşme, RG., 15.6.2004-25493; Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi, RG., 26.8.1975-15338; Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesine Ek Protokol, RG., 2.10.2004-25601; Adli Yardım Taleplerinin İletilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi, RG., 4.1.1983-17918; Adli Yardım Taleplerinin İletilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesine Ek Protokol (Moskova, 4.X.2001), RG., 21.12.2004-25677.

⁸⁵ NOMER, s. 553; ŞANLI, Ticari Akitler, s. 164-165; ERDEM, İstinabe, s. 124.

⁸⁶ RG., 10.12.2010-27781. Konunun detaylı olarak düzenlendiği "Tapu Müdürlüklerince Yetki Alanı Dışında Kayıtlı Bulunan Taşınmazlarla İlgili Tapu İşlemlerinin Yapılmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" için bkz. RG. 30.4.2011-27920.

şekilde tapu hizmeti verilmeye başlanmıştır⁸⁷. Burada görülmektedir ki, taşınmazlara ilişkin işlemler için artık taşınmazın bulunduğu yere gitmeye gerek olmadan işlem tesis edilebilmektedir. Bu kolaylığın taşınmazın aynından doğan veya aynî hak sahipliği değişikliğine neden olabilecekihtilâflar konusunda da ortaya konularak bu tür davaların tarafların uygun gördükleri bir yer mahkemesinde çözümlenebilmesine olanak sağlanmalı veya en azından çok katı bir şekilde uygulanan münhasır yetki ortadan kaldırılmalıdır.

Taşınmazlara ilişkin ihtilâflarda mahkemelerin münhasır yetkisinin dünyada esnek uygulamaları vardır. Örneğin Güney Afrika'da, uyuşmazlık taşınmaz malın mülkiyetini ortaya koyan sözleşmenin iptalinden kaynaklanıyor ise uyuşmazlığı karara bağlama noktasında yetkili mahkeme taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi veya davalının yerleşim yeri mahkemesidir⁸⁸. Ayrıca, eğer bir küçüğün veya temyiz kudretine haiz olmayan birinin taşınmazı üzerindeki ihtilâfa ilişkin sorunun çözülmesinde ise, yetkili mahkeme taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olmakla birlikte küçüğün veya temyiz kudreti bulunmayan kişinin yerleşim yeri mahkemesinde yetkili olabilmektedir⁸⁹. İsviçre'de de bir kanton taşınmazlar ilişkin aynî haklar üzerine ikame olunan davalardan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi ile birlikte genel yetkili mahkemeye yetki vererek⁹⁰, tarafların uyuşmazlığı taşınmazın bulunduğu yer mahkemesine veya genel yetkili mahkemeye götürmelerine izin veriyordu⁹¹. Benzer bir düzenlemenin HMK'da da yapılmasında bir engel olmadığı söylenebilir.

Kanaatimizce, yukarıda açıklanan nedenler ile taşınmazların aynına ilişkin veya aynî hak sahipliği değişikliğine neden olan

⁸⁷ (<http://www.milliyetemlak.com/haber/tapu-islemleri-artik-cok-daha-kolay-halledilecek!/haber.html?haberID=8861>, erişim 20 Aralık 2012).

⁸⁸ *Hugo v. Wessels* 1987 (3) SA 837 (A), KELBRICK, Roshana, South Africa Civil Procedure- Suppl. 68, Wolters Kluwer Law & Business 2012, s. 43 dn.67'den naklen.

⁸⁹ KELBRIC, s. 43.

⁹⁰ 01.01.2011 tarihinde İsviçre'de Federal Usul Kanunu Yürürlüğe girmiştir.

⁹¹ GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 1958, s. 79, ÖNEN, s. 577'den naklen.

davalarda kamu düzeninden kesin (münhasır) yetkinin bir tabu olmaktan çıkarılarak durumun icabına göre başka mahkemelere de yetki vermek yerinde olacaktır. Bu mahkeme genel yetkili mahkeme olabileceği gibi tarafların iradeleri ile belirledikleri bir başka mahkeme de olabilir.

C. Tanıma ve Tenfiz Açısından Değerlendirme

Özellikle tanıma ve tenfiz edilebilme açısından münhasır yetki değerlendirildiğinde, MÖHUK m. 54(b)'ye⁹² göre yabancı mahkeme ilâmının Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmemiş olması gerekmektedir. Bu durumda nelerin MÖHUK m. 54(b) bağlamında münhasır yetki kapsamında kaldığı ortaya konulmalıdır. MÖHUK, iç hukuktaki kesin yetkiye ilişkin bütün kurallarının⁹³ mı yoksa bazı kesin yetki kurallarının mımilletlerarası yetki anlamında münhasır yetki olduğunu ortaya koymamıştır⁹⁴. Bu açıklığın olmaması nedeniyle milletlerarası usul hukuku bakımından iç hukuktaki hangi kesin yetki hallerinin tanıma ve tenfiz açısından münhasır yetki olduğunun belirlenmesi gerekmektedir⁹⁵.

Türk hukukunda kesin yetki, kamu düzeninden kesin yetki⁹⁶ ve münhasır yetki kavramları konusunda Milletlerarası Özel Hukukçular ile Medenî Usul Hukukçular arasında kavram birliği oluşmamıştır. Bu kavram birliğinin oluşmaması veya kavramlara farklı anlamların

⁹² MÖHUK m.58'in m.54'e yaptığı atıf nedeniyle tanıma için de Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş yabancı bir mahkeme ilâmı olmak zorundadır.

⁹³ HMK'da m. 11/1 (mirastan doğan davalarda), m. 12/1 (taşınmaza ilişkin bazı davalarda), m. 14/2 (ortaklık ve üyelik ilişkileri ile ilgili davalarda) ve m. 15/2'e (can sigortalarında) ilişkin davalarda iç hukuk bakımından yetki kurallarının kesin yetki niteliğinde olduğunu madde metni içerisinde açık bir şekilde ifade etmiştir.

⁹⁴ ŞANLI, Ticari Akitler, s. 209.

⁹⁵ NOMER, Tenfiz, s. 566.

⁹⁶ "Ülke içi yetki açısından kamu düzeninden kabul edilen boşanma ve babalık davalarında yetki, milletlerarası yetki anlamında kesin yetki değildir". Bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 532.

yüklenmesinin sebebi “*milletlerarası özel hukukun konusuna giren ilişkilerin niteliği ve güttüğü amacın farklı olması...*”⁹⁷dir.

İç hukuktaki her kesin yeki kuralı milletlerarası usul hukuku bakımından münhasır bir yetki değildir⁹⁸. Milletlerarası usul hukuku açısından da bir yetki kuralının münhasır yetki olup olmadığını anlamak için, kanun koyucunun maksadına, maddenin ifadesine⁹⁹ ve yabancı unsurlu davaların özelliklerine bakılır¹⁰⁰. Diğer bir anlatımla, bir konudaki uyumsuzluğun yalnızca belli bir devlet mahkemesinin veya mahkemelerinin yetkili olması durumu münhasır yetki olarak kabul edilmektedir¹⁰¹.

Milletlerarası usul hukukunda, yabancılık unsuru içeren uyumsuzluklar için medenî usul hukuku ile paralel olarak taşınmazların aynına ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu mutlak olarak kabul edilmektedir¹⁰². Bu sebeple taşınmazların aynına ilişkin olarak yabancı mahkemelerde verilen kararların Türkiye’de tanınması(MÖHUK m. 58/1) ve tenfizi(MÖHUK m. 54(b))mümkün değildir. İç hukuktaki diğer münhasır yetki (zayıf tarafı koruma amacıyla veya ülkede her

⁹⁷ ÇELİKEL/ERDEM, s. 631.

⁹⁸ NOMER, s. 494; DOĞAN, s. 86- 87.

⁹⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 127.

¹⁰⁰ ÇELİKEL/ERDEM, s. 532; NOMER, s. 494; ŞANLI, Ticari Akitler, s. 209-210.

¹⁰¹ Daha detaylı bilgi için bkz. NOMER, s. 494; NOMER, Tenfiz, s. 566; ÇELİKEL/ERDEM, s. 531-532-631-632; ŞANLI, Ticari Akitler, s. 209-210; DOĞAN, s. 87 ve 103; TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1996, s. 65; EKŞİ, Yetki, s. 214; SARGIN, S. 151-152; ERDEM, Yetki, s.166; UYANIK, Ayfer, Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1994, s. 71, dn. 10; ESEN, s. 186-187; SÜRAL, Ceyda, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi” TBB Dergisi 2012, S. 100, s.188; HUYSAL, Burak, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler” MHB, 2011, C.31, S.2, s. 85.

¹⁰² NOMER, Tenfiz, s. 566; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 125.

halükarda yetkili bir mahkeme tesisi için getirilen) hâllerinin¹⁰³ ise tanıma ve tenfizi mutlak anlamda engelleyici münhasır yetki olarak değil, sadece zayıf tarafı korumak amacıyla ortaya konan “sınırlı” bir münhasır yetki kuralı olarak kabul edilmesi gerektiği ortaya konmuştur¹⁰⁴. Bu durumda yabancı mahkemenin vermiş olduğu karar, tarafların menfaatine veya en azından zayıf tarafın lehine ise kararın Türkiye’de tenfizine engel olunmaması gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁵. Benzer durumun yabancı mahkeme tarafından taşınmazlara ilişkin olarak verilmiş kararlarda veya en azından kişi hallerine ilişkin verilmiş ilâmlarda bulunan taşınmazlara ilişkin hükümlere de uygulanması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Bodrum Asliye Hukuk Mahkemesinin vermiş olduğu bir kararı ve daha sonrasında doktrin tarafından ortaya konan görüşleri değerlendirerek kanaatimizin gerekçesini ortaya koyabiliriz. Davada¹⁰⁶, Amerika Birleşik Devletleri’ndeki bir mahkeme, boşanma davasındaboşanma kararı ile birlikte eşlerin ortak mallarının taksimine de karar vermiştir. Bu kararda Amerikan mahkemesi, eşlerin müşterek malı olan Bodrum’daki taşınmazı tarafların aralarındaki sulh anlaşmasına istinaden davacı eşe bırakmış ve bu durumu boşanma kararına yazmıştır. İlgili karar için Türkiye’de tenfiz talebinde bulunulmuş ancak Bodrum Asliye Mahkemesi tenfiz davasının yetkili mahkemede açılmadığını gerekçe göstererek davayı reddetmiştir. İlgili

¹⁰³ ŞANLI, Ticari Akitler, s. 209-210; ÇELİKEL/ERDEM, s. 633-634; NOMER, Tenfiz, s. 566-567, dn. 1.

¹⁰⁴ ŞANLI, Ticari Akitler, s. 209-210; ÇELİKEL/ERDEM, s. 633-634; NOMER, Tenfiz, s. 566-567, dn. 1. Farklı fikir olarak, içerisinde yabancılık unsuru taşıyan bireysel iş ihtilâflarının çözümü için yetkili mahkemeyi tesis eden MÖHUK m. 44’ün milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzenine dayana bir (münhasır) yetki olduğu Çavuşoğlu Uyanık tarafından ileri sürülmüştür. Bkz. ÇAVUŞOĞLU UYANIK, İş İhtilafları, s. 979. HMK’da kesin yetki olarak düzenlenen sigortaya ilişkin ihtilâfların tanıma ve tenfiz açısından değerlendirilmesi için bkz. HUYSAL, s. 86-87.

¹⁰⁵ ŞANLI, Ticari Akitler, s. 211; ÇELİKEL/ERDEM, s. 633-634; NOMER, Tenfiz, s. 566-567, dn. 1.

¹⁰⁶ Bodrum Asliye Hukuk Mahkemesi 12.04.1985 T., E. 1984/267, K. 1985/109. Karar metni için bkz. ŞANLI, Boşanma, s. 40 vd.

karar.Şanlı tarafından değerlendirilmiştir. Şanlı, tenfiz davasının reddinin yetkili mahkemede açılmadığı gerekçesiyle değil de, ilâmın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verildiğinden dolayı olması gerektiğini savunmuş ve verilen kararı eleştirmiştir¹⁰⁷. Çelikel ve Erdem ise, ilgili davada taşınmaz mal üzerindeki aynî hak hakkında bir çekişme olmadığını ve tamamen tarafların ortak iradelerinin bir sonucu oluşan sulha istinaden yabancı mahkeme tarafından taşınmaz ilişkin karar verildiğini belirtmiştir. Bu nedenle, haklı olarak HMK m. 12 çerçevesinde kararın tenfizinin reddinin doğru olmayacağını ortaya koymuştur¹⁰⁸. Kanaatimizce, ikinci yaklaşım günümüze daha uygundur¹⁰⁹. Çünkü benzer bir uygulama yürürlükteki Türk mevzuatında da kabul edilmektedir. Anlaşmalı boşanma olarak ifade edilen eşlerin boşanma hususunda anlaşmalarını düzenleyen Türk Medeni Kanunu¹¹⁰ m. 163/3'e göre, eşler boşanmanın mali sonuçları ile ilgili bir anlaşmayı boşanma davasını gören hâkime sunmak durumundadırlar¹¹¹. Bu mali sonuçların içerisinde taşınmaz mallar veya bunların üzerine tesis edilmiş sınırlı aynî haklar bulunabilmektedir. Bu mali sonuçlara ilişkin anlaşma hâkim tarafından uygun bulunur ise boşanma karara

¹⁰⁷ ŞANLI, Boşanma, s. 44-45; Davacı, İsviçre'de bir Kanton Mahkemesi'nden almış olduğu boşanma ve boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin kararının tanınmasını istemiştir. İlk derece mahkemesi tarafların milli hukukları olan Türk hukukunun davada uygulanmadığı ve kamu düzeninin zarar gördüğü gerekçesi ile davayı reddetmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ise kararında "Sadece boşanma yönünden tanımaya, boşanmanın mali sonuçları için yapılan isteğin ise reddine karar verilmesi gerekirken, talebin tümünden reddi doğru görülmemiştir" demiştir. Ancak verilen kararda boşanmanın mali sonuçlarının niçin ret edilme gerektiği açıkça ortaya konmamıştır. Bkz. 2HD., 04.12.2008T.,E.2007/16684, K.2008/16665.

¹⁰⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s. 535.

¹⁰⁹ Şanlı'nın eserini 1986 yılında yazmıştır. Bu yılda, eşlerin boşanma konusunda anlaşmaları bir boşanma sebebi değildi. Bu nedenle Şanlı'nın yaklaşımı o günün şartlarında ve mevcut hukuka göre yerinde bir yaklaşımdır.

¹¹⁰ RG., 08.12.2001-24607.

¹¹¹ ÖZTAN, Bilge, Medenî Hukuk'un Temel Kavramları, b.35., Ankara 2011, s. 474.

bağlanmaktadır¹¹². Boşanma kararının içerisinde yer alan ve taşınmazlara ilişkin verilen hüküm her zaman taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi tarafından verilmemektedir. İstanbul'daki bir aile mahkemesi Türkiye'nin başka bir yerindeki taşınmaza ilişkin hüküm kurabilmektedir. İlgili taşınmazın yeni malik adına tapu sicilindeki tescil işlemi taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi tarafından verilmiş bir karara istinaden yapılmasına gerek olmaksızın başka bir yer mahkemesi kararına istinaden tescil işlemi yapılmaktadır¹¹³. Bir Türk mahkemesinin vermiş olduğu karar olduğu için tanıma ve tenfize ihtiyaç duyulmaksızın tapuda işlem tesis edilebilmektedir. Aynı uygulamanın, boşanma davasının bir hükmü niteliğindeki taşınmazların aynına ilişkin verilen yabancı mahkeme kararlarında dâgerçekleştirilebilmesi hakkaniyete uygun olacaktır. Çünkü tarafların anlaşmasına istinaden yabancı mahkeme tarafından Türkiye'de bulunan taşınmaz mal üzerinde hüküm tesis edilmiştir. Ancak, iç hukuktaki bu uygulama ile paralellik sağlanabilmesi için MÖHUK m. 54(b)'deki tenfiz şartının ve/veya HMK m.12'deki münhasır yetkinin yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu noktada çalışmamız açısından yapılması gereken iş, doktrinin ittifakla ortaya koyduğu taşınmazın aynına ilişkin davalardaki münhasır yetki konusu, kuralın konuluş amacı ve varlık sebebi tekrar 21. yüzyıl bakış açısıyla yorumlanarak¹¹⁴ MÖHUK

¹¹² ÖZTAN, s. 474.

¹¹³ TMK m. 705 uyarında taşınmaz mülkiyetin kazanılabilmesi için tescil gereklidir. Ancak, mahkeme kararı var ise mülkiyet tescilden önce kazanılır. Bu durumda tescil sadece malikin taşınmaz üzerinde tasarruf edebilmesi için gereklidir.

¹¹⁴ 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK, 21. yüzyılın bir düzenlemesi olmasına rağmen taşınmazlara ilişkin münhasır yetki konusu dünyada kabul edilen düzenlemelere paralel olarak ve detaylı bir şekilde tartışılmadan kabul edilmiş bir maddedir. Sadece HUMK m. 13'ün hükmü günümüz Türkçesine uyarlanarak kısaltılmıştır. Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Adalet Komisyonu Raporu (1/574), 23. Dönem, Yasama Yılı:3, S. Sayısı 393, madde 17, s. 14; Ayrıca bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri, madde 17, s. 5, (<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf>, erişim 20 Aralık 2012).

m.54(b) kapsamında ifade edilen “münhasır” yetkiden ayırmak olacaktır.

Taşınmazın aynına ilişkin davalar için Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin konulma sebebini teşkil eden en çabuk, en az masrafla ve en doğru şekilde karar verebilmek için gerekli olan keşif ve tanık dinleme hususu diğer hukuk ve ticaret davaları için de geçerli olmasına rağmen bu konularda genel olarak Türk mahkemeleri için münhasır yetki konulmamıştır¹¹⁵. Bu nedenle, münhasır yetki için ortaya konan sebebın Türk mahkemelerinin yer itibarıyla yetkisi konusunda çok katı bir uygulamayı gerektirecek nitelikte olmadığı söylenebilir. Dahası, günümüzde taşınmazların aynına ilişkin davalarda ki münhasır yetkinin konuluş amacı olan en çabuk, en az masrafla ve en doğru şekilde karar verebilmek için gerekli olan keşif ve tanık dinleme gibi delillerin toplanmasına yardımcı olan mekanizmalara dolaylı yolla ulaşmak mümkündür. Deliller HMK’da, iki ve çok taraflı anlaşmalarda ortaya konan adli yardım vasıtası ile toplanabilir.

Yabancı bir mahkeme tarafından Türkiye’deki taşınmazın aynına ilişkin verilecek karar sonucunda devletin toprakları üzerindeki egemenlik hakkına bir zarar gelmeyecektir. Taşınmazlar üzerinde devletin egemenlik tezahürü devamlılığını her halükarda korumaktadır. Çünkü yabancı bir mahkeme tarafından verilen ilâm Türkiye’de doğrudan sonuç doğurması mümkün değildir¹¹⁶. Yabancı mahkeme ilâmının Türkiye’de sonuç doğurabilmesi için Türkiye’de tanıma ve tenfiz edilmesi gerekecektir. İlâveten, taşınmazlara ve üzerindeki aynî haklara verilen değer, taşınmazlara ilişkin münhasır yetkinin ilk ortaya çıktığı ve kabul edildiği dönemlerdeki atfedilen değerinden farklıdır. En azından, ekonomik açıdan artık taşınmaz en değerli ekonomik araç değildir. Fikri ve sınaî haklar günümüzde çok daha değerli hâle gelmiştir.

Günümüzde uyuşmazlıklar çok yönlü ve karmaşık hâle gelmiş bu nedenle taşınmazlar birçok uyuşmazlığın aslî veya tali olarak konusu haline gelmiştir. Birçok uyuşmazlıkta mahkemeler asıl

¹¹⁵ EKŞİ, Yetki, s. 221.

¹¹⁶ EKŞİ, Yetki, s. 213.

uyuşmazlık için verdikleri kararlarda bir şekilde taşınmazların aynına veya aynî hak sahipliğinde değişikliğe neden olabilecek kararlar vermektedirler. Yabancı mahkemeler tarafından verilen hükmün tatbikatının bir bütün olarak sağlanması için verilen yabancı mahkeme kararının, tarafların menfaatine¹¹⁷ veya en azından zayıf tarafın menfaatine¹¹⁸ uygun olduğu ortaya konmuş ise ilgili kararın Türkiye’de tanıma ve tenfiz edilmesinin yolu açılmalıdır.

Yukarıda ortaya konulan nedenler değerlendirildiğinde, taşınmazların aynına ilişkin davaların mutlak suretle Türk mahkemelerinde görülme zorunluluğu (olması gereken hukuk açısından) bulunmadığı kanaatindeyiz.

1. Taşınmazlara Uygulanacak Hukukun Tanıma ve Tenfize Etkisi

Çalışmamızda, uygulanacak hukuk konusuna değinilmeden sadece taşınmazlara ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin yer itibariyle yetkisinin münhasır olması konusunun değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Ancak, taşınmazlara uygulanacak hukukun taşınmazlarının aynına ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin yer itibariyle münhasır yetkinin tesisinde etken olduğu görüşü nedeniyle burada bahsedilme gerekliliği doğmuştur¹¹⁹. Bu görüş, HMK’da düzenlenen kesin yetki kurallarının tanıma ve tenfiz anlamında münhasır yetki olarak kabul edilebilmesi için gerekli ölçüt, ilgili davanın esası bakımından mutlak olarak Türk hukukunu uygulatma amacının varlığıdır¹²⁰.

¹¹⁷ Örneğin, taraflar yurt dışında yaptıkları anlaşmalı boşanmanın bir hükmü veya eki niteliğindeki mal paylaşımına istinaden Türkiye’deki taşınmaz üzerinde yapmış oldukları tasarrufla ilişkin verilen mahkeme kararının tanınması ve tenfizi.

¹¹⁸ Örneğin, temyiz kudretinden yoksun bir kişinin lehine olan ve taşınmazların aynına etkili bir mahkeme kararı.

¹¹⁹ Yabancı bir devlet mahkemesinin Türkiye’deki bir taşınmazın aynına ilişkin bir davayı görmesi durumunda uygulanacak hukukun tanıma ve tenfiz üzerindeki etkilerinin daha detaylı bir şekilde başka bir çalışmada ele alınıp tartışılması faydalı olacaktır.

¹²⁰ EKŞİ, Yetki, s. 212 ve 221-222; HUYSAL, s. 85.

Taşınmazlara uygulanacak hukuk konusunda da taşınmaz üzerindeki aynı haklara ilişkin davalarda mahkemelerin yer itibariyle yetki konusunda olduğu gibi bir kesinlik vardır. *Lex rei sitae* kuralı, taşınmazlar için kanunlar ihtilâfı problemlerinin doğumundan itibaren uygulanmaya gelmektedir ve evrensel bir prensip olarak uygulanmaktadır¹²¹. Türk hukukunda da birçok maddede taşınmazlara uygulanacak hukuk konusunda taşınmazın bulunduğu yerin hukukunun uygulanması gerektiği açıkça düzenlenmiştir¹²². Bu açıdan değerlendirildiğinde, kanun koyucunun temel amacının taşınmazlar ile ilgili konularda Türk hukukunu uygulatmak olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla, Türk mahkemelerinin taşınmazlar üzerindeki yer itibariyle yetkisi münhasır yetkidir.

Olması gereken hukuk açısından değerlendirip, taşınmazlara ilişkin ihtilâflarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin münhasır olmadığını kabul ettiğimizde, yabancı mahkeme Türkiye'deki taşınmaz(lar)a ilişkin davayı görürken hangi hukuku uygulayacaktır? Yabancı devlet mahkemesi, taşınmazların aynına ilişkin karar verirken Türk hukukunu uygulayarak karar verse bu karara geçerlilik tanınmayacak mıdır¹²³? Türk mahkemelerinin taşınmazlar üzerindeki münhasır yetkisi (yukarıda açıklanan nedenler ile) çok katı bir şekilde uygulanmaz ve yabancı devlet mahkemesi

¹²¹ NOMER, s. 291; TEKİNALP, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, b. 10., İstanbul 2009, s. 305-306; DOĞAN, s. 276-277; ÇELİKEL/ERDEM, s. 298-299; HANCOCK, Moffatt, "Conceptual Devices for Avoiding the Land Taboo in Conflict of Laws: The Disadvantages of Disingenuousness" *Stan L. Rev.*, 1967-1968, Y. 20, Issue 1, s. 1.

¹²² MÖHUK m. 15/2' e göre, evlilik mallarının tasfiyesinde, taşınmazlara buldukları ülke hukuku uygulanır; m. 20/1'e göre taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemler işlem anında malların bulunduğu yer hukukuna tabidir; m. 21/4'e göre, taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemlere şekil yönünden taşınmazın bulunduğu ülke hukuku uygulanır; m. 25'de ise taşınmazlara ilişkin sözleşmeler taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabidir.

¹²³ Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren konularda yabancı mahkeme Türk hukukuna göre karar vermiş olsa bile bu karara geçerlilik tanınmayacağı hakkındaki görüş için bkz. EKŞİ, Yetki, s. 212.

kendi usul hukukuna göre kendisini yetkili bulur ise, Türkiye’de bulunan taşınmazlarınaynına ilişkin olarak yabancı mahkeme tarafından yapılan yargılamada *lex rei sitae* prensibi gereği Türk hukukunun uygulanması muhtemeldir. Çünkü bu prensip evrensel olarak kabul edilmiştir¹²⁴. Bir başka ifadeyle, yabancı mahkemenin tâbi olduğu kanunlar ihtilâfi kuralları Türk hukukunun uygulanmasına müsaade ediyor ise mahkeme uyuşmazlığa Türk hukukunu uygulayabilir. Bu bağlamda Türk hukuku uygulanır iken taşınmazlara ilişkin doğrudan uygulanan kurallarda uygulama alanı bulabilecektir¹²⁵. Yabancı devlet mahkemesi tarafından Türk hukuku uygulanarak verilmiş bir mahkeme ilâmına geçerlilik tanınmanın (olması gereken hukuk açısından) yerinde olacağı kanaatini taşımaktayız.

Yabancı devlet mahkemesinin kanunlar ihtilafi kuralları gereğince, Türk hukukunun uygulanması mümkün değil ise yabancı devlet mahkemesi kendi hukukunu uygulayarak ihtilâfi çözümlenecektir. Yabancı devlet mahkemesinin *lex rei sitae* prensibince Türk hukukunu ve Türk hukukundaki doğrudan uygulanan kuralları değil de kendi hukukunu uygulaması tanıma ve tenfiz açısından (mevcut düzenlemeler göz önüne alındığında) bir engel teşkil etmemektedir¹²⁶. Ancak, yargılama sonucunda ortaya

¹²⁴ NOMER, s. 291.

¹²⁵ Türk hukukunda sadece yabancılarla ilişkin olarak getirilmiş kamu düzenine dayanan siyasi nitelikteki doğrudan uygulan kurallar yürürlüğe girmiştir. Örneğin, Tapu Kanunu m.35-36, Köy Kanunu m.87, Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu’dur. Bkz. EKŞİ, Yetki, s. 222-223. Ancak bunlardan Köy Kanunu m. 87 2003 yılında 4916 sayılı Kanun m. 36 ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. RG., 07.04.1924-68. Yabancıların taşınmaz edinmelerini düzenleyen Tapu Kanunu m. 35 ve 36’da bulunan sınırlamalar da 2012 yılında yapılan değişiklik ile çok ciddi bir şekilde azaltılmış ve var olanlar yumuşatılmıştır. Bkz. RG., 29.12.1934-2892.

¹²⁶ “Türk hukukunun emredici hükümlerinin dikkate alınmaması veya yanlış uygulanması mahkeme kararının tanınması veya tenfizine engel teşkil etmez.” Bkz. 2HD.,16.03.2005T., E.2005/1149, K.2005/4090; 2HD.,18.09.2008T., E.2008/7454, K.2008/12107; Bkz.,2HD., 04.12.2008T.,E.2007/16684, K.2008/16665.

çıkan sonuç eğer bizim kamu düzenimize açıkça zarar veriyor ise MÖHUK m. 54(c) gereğince yabancı mahkeme ilâmı yine tenfiz edilmeyebilecektir¹²⁷.

Sonuç

Çalışmamızın başında da söylediğimiz üzere bu çalışma; var olan hukuk açısından değil de olması gereken hukuk açısından kaleme alınmıştır. Bu bağlamda, Milletlerarası Özel Hukuk uygulamaları içinde kişi hâllerine ilişkin olarak verilen kararların bir hükmü veya eki haline gelen Türkiye'deki taşınmazlara ilişkin kararların tanınması ve tenfizi problemini ortadan kaldırabilmek amacıyla, taşınmaz malların aynınailişkin ihtilâflarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin (HMK m. 12/1) ve/veya bu münhasır yetkinin tenfiz şartı olmasının (MÖHUK m. 54 (b)) kanun koyucu tarafından yeniden değerlendirilerek mevcut katı uygulamanın kaldırılmasının yerinde olacağı kanaatini taşımaktayız.

KAYNAKÇA

- ALANGOYA, H. Yavuz/YILDIRIM, Kamil,/DEREN-YILDIRIM, Nevhis, Medenî Usul Hukuku Esasları, b.7., İstanbul 2009.
- Ankara Barosu, UYAP Ulusal Yargı Ağı Projesi, b. 8., Ankara 2008.
- AYBAY, Rona, Yabancılar Hukuku, b.2, İstanbul 2007.
- BELGESAY, Mustafa Reşit, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, b. 2., C. I, İstanbul 1939.
- ÇELİK, Hüseyin, Yargıtay Örnek Kararları İle Açıklamalı Hukuk Davalarında Görev ve Yetki Sorunu, İstanbul 2005.

¹²⁷ “Yabancı mahkemenin Türk Hukuku'nun uygulanmaması veya yanlış uygulanması başlı başına kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmaz ve tanımaya da engel teşkil etmez. Türk Hukuk düzeninin temelini teşkil eden ve kendisinden vazgeçilmeyecek değerlerin ihlal edilmesi halinde kamu düzeninin açıkça ihlal edildiğinden söz edilebilir.” Bkz., 2HD., 04.12.2008T., E.2007/16684, K.2008/16665; 2HD., 16.03.2005T., E.2005/1149, K.2005/4090.

- ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B.Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, b.11, İstanbul 2012.
- ÇELİKEL, Aysel/ÖZTEKİN GELGEL, Günseli, Yabancılar Hukuku, b.18, İstanbul 2012.
- DALAMANLI, Lütfi, Görev-Yetki Muhakeme Usulleri ve Kanun Yolları, Ankara 1980.
- DEMİR İSKENDEROĞLU, Sıdıka Ayşeğül, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008.
- DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2010.
- EKŞİ, Nuray, “Boşanma Davalarında Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi – Mukayeseli Bir İnceleme”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, Y. 9, C.9, S. 1, s. 23-24, (EKŞİ, Boşanma).
- EKŞİ, Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, b.2., İstanbul 2000, (EKŞİ, Yetki).
- EKŞİ, Nuray, Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular, b. 3., İstanbul 2011, (EKŞİ, Yabancı).
- ERDEM, B. Bahadır, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 Tarihli Brüksel Antlaşmasının Hükümlerinin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetki Kuralları İle Karşılaştırılması”, MHB, 1997-1998, C. 17-18, S.1-2 (Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ’a Armağan), (ERDEM, Yetki Kuralları).
- ERDEM, B.Bahadır, “Milletlerarası Özel Hukukta İstinabe”, MHB, 1989, C.9, S. 2, (ERDEM, İstinabe).
- ERDEM, B.Bahadır, “22.11.2011 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu’nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi”, MHB, 2002, C.22, S.2, (Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan), (ERDEM, Yetki).

- ERDEMİR, İlder, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi: Şerh-Kararlar ve İlgili Mevzuat, b.2., Ankara 1998.
- HANCOCK, Moffatt, “Conceptual Devices for Avoiding the Land Taboo in Conflict of Laws: The Disadvantages of Disingenuousness” Stan L. Rev., 1967-1968, Y. 20, Issue1.
- HUYSAL, Burak, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler” MHB, 2011, C.31, S.2.
- KARRER, Pierre /ARNOLD, Karl, Switzerland’s Private International Law Statute 1987: The Swiss Code on Conflict of Laws and Related Legislation, 2nd ed., Deventer-Boston 1989.
- KELBRICK, Roshana, South Africa Civil Procedure- Suppl. 68, Wolters Kluwer Law & Business 2012.
- KIRMIZI, Mustafa, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Karşılaştırılmalı Hukuk Mahkemelerinde Görev ve Yetki, ANKARA 2011.
- KOCH, Herald/DIEDRICH, Frank, German Civil Procedure, Suppl. 36, Wolters Kluwer Law & Business 2006.
- KURU, Baki,/ARSLAN, Ramazan,/YILMAZ, Ejder, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK’na Göre Yeniden Yazılmış b.22., Ankara 2011.
- MUŞUL, Timuçin, Medenî Usul Hukuku, b.3., Ankara 2012.
- NOMER, Ergin, “Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemelerin Yetkisi ve Kamu Düzeni”, MHB, 2003, Y. 23, S. 1-2, (Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan), s. 566, (NOMER, Tenfiz).
- NOMER, Ergin, “Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Kamu Düzeni Müdahalesi”, MHB, 1999-2000, C. 19-20, S. 1-2, (Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan), (NOMER, Kamu Düzeni).

- NOMER, Ergin, “Ehliyetsizlik Sebebi İle Almanya’daki Gayrimenkuller İçin Vasiyetin İptali, MHB, 1981, S.2, (NOMER, Ehliyetsizlik).
- NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, b.19, İstanbul 2011.
- ÖNEN, Emin, “Gayrimenkul Davalarında Yetki”, AUHF Dergisi, 1965-1966, C.22-23, S. 1-4.
- ÖZEL, Sibel, “Haksız Fiillere İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Yetkisini Belirleyen HMK m. 16 Kuralının Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2012, C. 8, S.91-92.
- ÖZTAN, Bilge, Medenî Hukuk’un Temel Kavramları, b.35., Ankara 2011.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usul Hukuku, b. 12, Ankara 2011.
- POSTACIOĞLU, İlhan E.,Medenî Usul Hukuku Dersleri, b.5., İstanbul 1975.
- RECHBERGER, H. Walter, Austria Civil Procedure- Suppl. 61, Wolters Kluwer Law & Business, 2011.
- RIGABERT, Fernando Castillo, Spain Civil Procedure, Suppl. 62, Wolters Kluwer Law & Business, 2011.
- SAKMAR, Ata, Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları, İstanbul 1982.
- SAKMAR, Ata/EKŞİ, Nuray, “Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü” MHB, 2002, C.22, S.2, (Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan).
- ŞANLI, Cemal, “Türkiye’deki Gayrimenkullerle İlgili Bir Yabancı Boşanma Kararının Tenfizi”, MHB, 1986, S. 1 (ŞANLI, Boşanma).

- ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, b.4., İstanbul 2011, (ŞANLI, Ticari Akitler).
- SARGIN, Fügen, Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996.
- SÜRAL, Ceyda, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi” TBB Dergisi 2012, S. 100.
- SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/TÜROĞLU ÖZDEMİR, Gökçe, Roma Hukukundan Günümüze Medenî Yargılama Esasları, Ankara 2008.
- TAHİROĞLU, Bülent/ERDOĞMUŞ, Belgin., Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2012.
- TANRIVER, Süha, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeni Etkisi”, MHB, 1997-1998, C.17-18, S. 1-2 (Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ’a Armağan).
- TEKİNALP, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, b. 10., İstanbul 2009.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1996.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medenî Yargılama Hukuku, b.7., İstanbul 2000.
- UMUR, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, b.3., İstanbul 2010.
- UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, “Bireysel İş İhtilaflarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, İş Dünyası ve Hukuk: Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul 2011,(UYANIK ÇAVUŞOĞLU, İş İhtilafları).
- UYANIK, Ayfer, Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1994.
- WANG, Shizhou/YAO, Hong, China Civil Procedure- Suppl. 17, Wolters Kluwer Law & Business 2001.

YILMAZ, Ejder, “Usul Ekonomisi”, AÜHFD, 2008, C. 57, S. 1.

YILMAZ, Orhan, “Taşınmaz Mallara İlişkin Davalarda Yetki”,
Yargıtay Dergisi, 1978, C.3.

ZİYA, Ahmet, Usulü Muhakemei Hukukiye Kanunu Şerhi, C. 1,
İstanbul 1322.

2012).

ÇEKLERDE BANKA İBRAZ KAŞESİNİN KARALANMASI

Doç. Dr. Recep AKCAN¹

Özet

Çek süresinde bankaya ibraz edilmişse ve çekin diğer unsurları tamam ise, çek vasfı mevcuttur. Çekin arkasında yer alan, banka ibraz kaşesinin kısmen veya tamamen karalanması, çek vasfını kaybettirmez; çek hukuken geçerlidir, kambiyo senedi niteliğini korumaktadır. Bu şekildeki bir senede dayanılarak, kambiyo senetlerine mahsus takip yolu yapılması mümkündür.

Anahtar kelimeler: Çek, ibraz kaşesi, karalanma, kambiyo senedi, icra takibi.

Crossing Out the Submission Stamp of Bank on Checks

Abstract

There will be the cheque status complete when the elements of the cheque are there and it is submitted to bank on time. Partly or wholly scratch on the distinctive stamp of bank as sign of submission do not invalidate the cheque, it will still be legal. Therefore it is possible to enforce such a cheque via enforcement order particular to bill of Exchange.

Keywords: Check, Submission Stamp, Crossing Out, bill of exchange, Enforcement Proceedings

A.GİRİŞ

Banka ibraz kaşesinin tamamen karalanması, çekin hukuki vasfını kaybettirir mi? Bu şekildeki çeke dayanılarak kambiyo senetlerine mahsus takip yapılabilir mi? Bu hususların araştırılmasında yarar vardır.

¹ Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Ana Bilim Dalı, Öğretim Üyesi.

Uygulamada, banka ibraz kaşesi karalanmış bazı çekler görülmektedir. İncelemede, çekin tüm unsurları tamam olmasına rağmen, sadece banka ibraz kaşesinin karalanması durumunda; çek vasfı ortadan kalkar mı? Sorusunun cevabı aranacağından; çek ile ilgili diğer hususlara ayrıntılı girilmeyecektir². Konuyla ilgili olabilecek, hukuk ve ceza dairelerine ilişkin bazı kararlar, aşağıdaki şekildedir:

B.YARGITAY KARARLARI

Banka ibraz kaşesinin tamamen karalanması; çeki, kambiyo senedi olmaktan çıkarır mı? Sorusunun cevabında Yargıtay kararları ışığında bazı sonuçlara varılabilir. Konuyla ilgili olabilecek bazı kararlar şu şekildedir:

Yargıtay'ın bir kararına göre: Kanuni süre içinde bankaya ibraz edildiği şerhi düşülen ve bu şerhin üzeri, iki çizgi çizilerek "iptal yazısı" yazılan ve banka tarafından atılan imzanın da üstü çizilerek

² Çekte ibraz hakkında bkz: **Aydın M.**, Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yolu İle Takipte Şikayet (Bono-Poliçe-Çek), Ankara 2011 s. 397 vd.; **Poray R./Tekinalp Ü.**, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 5941 sayılı Çek Kanununun Yorumu İle, İstanbul 2010 s.314 vd.; Çekte ibrazın ceza hukuku bakımından anlamı için bkz: **Selçuk S.**, Çek Suçları, Öğreti-Mevzuat-İçtihat Ankara 1993 s. 122 vd.; Ödeme için ibraz ve ibraz süreleri hakkında bkz: **Kendigelen A.**, Çek Hukuku, İstanbul 2007 s.202 vd.; **Göle C.**, Çek Hukuku, Ankara 1989 s. 117 vd.; Çekin ödeme için ibrazı ve çekin ibrazı ve banka tarafından ödenmesi hakkında bkz: **Oy O./Doğan E.**, Ticaret Kanunu-Çek Kanunu, İcra ve İflas Kanunu ve Ceza Kanunu Kapsamında Çek, İstanbul 2011 s.13 vd., s. 47 vd.; Çek hakkında ayrıca bkz: **İnan N.**, Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, Ankara 1981; **Oğuzoğlu A. Ç.**, Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamada Bono ve Çek, İstanbul 1986; **Şen E.**, Yeni Çek Kanununda Karşılıksız Çek Suçu ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2011; **Güleç S. S.**, Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu, Ankara 2011; **Keskin S. Ü.**, Karşılıksız Çekten Kaynaklanan Hukuki ve Cezai Sorumluluklar, Ankara 2011; **Aker Y.**, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, İstanbul 2008; **Erem F./Kalpsüz T./Çelebican G.**, İktisadi ve Hukuki Yönden Çek, Ankara 1974; **Karakaya S.**, Karşılıksız Çek ve Uygulanması, Ankara 1986; **Domaniç H.**, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1990.

iptal edilmesi durumunda, bu çek kambiyo senedi niteliğinde değildir³. Bu kararda, banka ibraz şerhine iptal yazılarak senedin geçersiz kılınması, bizzat banka tarafından yapılmıştır. Bu şekilde bir iptal yazısı olmamasına rağmen, ibraz kaşesinin üstü karalanmış ise, çek vasfı devam etmeyecek midir? Bu karalamanın, kimin tarafından yapıldığı da belli değil veya bankanın, bu karalamanın kendi şubeleri tarafından yapılmadığına ilişkin yazılı açıklamaları da mevcut ise, karalama, çekin hukuki vasfını etkiler mi? Bu tartışılabilir. Çünkü yeni ve eski Türk Ticaret Kanununun çekin unsurları ve unsurların bulunmaması ile ilgili hükümleri aynıdır. Bunlar içinde, banka ibraz kaşesi yer almamaktadır⁴. Çekin unsurları ön tarafta yer almaktadır. Banka ibraz kaşesi, çekin arka tarafındadır. Söz konusu kararın, banka dışında karalamanın yapılması durumunda aynen uygulanması mümkün değildir. İbraz şerhi, süresinde çekin bankaya ibraz edilip edilmediğinin ispatına yöneliktir.

Bir başka karara göre: Kanuni olmayan bir nedenle ibraz kaşesinin iptal edilmesi takip hakkını etkilemez⁵. Bu karar yerindedir. İbraz kaşesi iptal edilse bile, çek vasfını korumaktadır ve kambiyo senetlerine mahsus takip mümkündür. İbraz kaşesinin karalanma suretiyle iptali çekin unsurlarından biri değildir. Çekin, banka tarafından iptal edildiği belli değil veya bankanın iptal yazısı bulunmuyor yada karalamanın kim tarafından yapıldığı tespit edilemiyorsa, sadece karalanmanın mevcudiyetinden hareketle, çek vasfı yoktur demek dürüstlük kurallarına uygun değildir. Bu karalanma banka tarafından yapılsa bile, çek üzerinde iptal yazısı yoksa, bu karalamanın iptal anlamına geldiğini kabul etmek doğru değildir; çek hukuki vasfını korumaktadır. Çekin kanuni unsurları ön taraftadır. Devir ve ibraz kaşesi arkadadır.

³ 12. HD 30.03.2006, 5046/6520.

⁴ Bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 780 ve devamı çekleri düzenlemektedir. Aynı Kanun, m. 780, çekin unsurlarını, m.781 unsurların bulunmamasını düzenlemektedir. Eski 6762 sayılı TTK m. 692 ve devamı çekleri düzenlemektedir.

⁵ 12. HD 06.06.2006 tarih ve 9848/12115.

Bir diğer karara göre: “ Somut olayda, her ne kadar muhatap F. Çekin ibraz anındaki fotokopisini göndermiş ise de; fotokopide ibraz kaşesi bulunmadığı gibi, çekin aslında da ibraz kaşesi bulunmamaktadır. Ayrıca muhatap bankanın ibraz şerhin de tarih yoksa, icra mahkemesince, bankaya sorulmak sureti ile ibraz tarihinin belirlenmesi mümkün değildir. Bu hususun icra mahkemesince İİK.nun 170/a maddesi gereğince kendiliğinden gözönüne alınması gerekir. İcra mahkemesince, bankaya sorulmak sureti ile ibraz tarihinin belirlenmesi ise, TTK.nun 720.maddesi⁶ içeriğine aykırıdır. (HGK.25.06.2008, 2008/12-450E.2008/452 K.sayılı kararı). Şu durumda alacaklının takip hakkı bulunmadığından şikayetin kabulü ile İİK.nun 170/a-2. maddesi gereğince takibin iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir”⁷.

Bu karar, çekde ibraz kaşesi bulunmaması ve banka ibraz kaşesinde tarih olmaması durumunda, bu hususların bankaya sorulmadan mahkemece resen dikkate alınması ve kambiyo senetlerine mahsus takip yolunun iptaline karar verilmesine ilişkindir. Bu kararda, banka ibraz kaşesinin karalanması konusunda bir bilgi yoktur. Ayrıca, bu hukuk dairesi kararı, eksik inceleme ile bir karar verilmesini teşvik eder niteliktedir⁸.

Yargıtay hukuk dairelerinin bazı kararları, usul ve kanuna uygundur. Örneğin: Banka ibraz şerhinde tarih yoksa, takip sırasında bu eksiklik resen gözetilmelidir. Borçlu temyiz yoluna gitmemiş ise, bu husus, alacaklı lehine usuli kazanılmış hak doğmasına sebep olur ve takibe devam edilir⁹. İbraz şerhinde tarih olmasa bile, resmi

⁶ Yeni 6102 sayılı TTK m. 808.

⁷ 12. HD 24/02/2011, 33793/1765 (<http://www.hukukturk.com>: Erişim Tarihi (E.T.). 4.9.2012). Banka ibraz şerhinde tarih yoksa, kambiyo senetlerine mahsus takip yoluna başvurulamaz şeklindeki bir karar için bkz: (12. HD 24.1.2002, 547/1140: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>: E.T. 08.12.2012).

⁸ Eksik inceleme karar verilmesi hakkında bkz: **Akcan R.**, Usul Kurallarına Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara,1999 s. 255 vd.

⁹ “Takip dayanağı çekin ibraz şerhinde tarih bulunmadığı saptanan ve bu eksikliğin İİK.nun 170/a maddesi gereğince resen gözetilerek takibin

nitelikteki bir işlemle ispat durumunda, çekin süresinde bankaya ibraz edilmiş olduğu kabul edilmelidir¹⁰. Bu hukuk dairelerinin ve aşağıdaki ceza dairelerinin kararlarının, hukuka daha uygun olduğu görülmektedir. Ceza Dairesinin bir kararında şu ifadeler yer verilmiştir: “Dosya içerisinde mevcut çek fotokopisinde ibraz tarihi okunaklı olmadığı gibi muhatap bankaca düzenlenen ihtarnamede ibraz tarihinin "30.11.1999" olarak belirtildiği halde, temyiz dilekçesi ekinde sunulan çek fotokopisinde ibraz tarihinin "02.12.1999" olarak belirtildiği görülmekle; suça konu çek aslı ya da ibraz anında muhatap bankaca alınmış okunaklı ve onaylı örneğinin dosya içersine getirilip, çekin gerçek ibraz tarihinin belirlenerek, ibrazın yasal süresi içerisinde yapılıp yapılmadığının tespiti ile sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiş...”¹¹.

iptaline karar verilmesi gerektiği vurgulanan mahkeme kararı borçlu tarafından temyiz edilmediği için bu yanlışlık bozma sebebi yapılmamıştır. Bu durumda anılan konu yönünden alacaklı yararına usuli kazanılmış hak doğduğundan yargılamanın bu aşamasından sonra aynı gerekçeyle İİK'nun 170/a maddesinden söz edilerek takibin iptaline karar verilemez” (12. HD 18.6.2002, 12190/13105: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>: E.T. 08.12.2012).

¹⁰ “İbraz şerhinde tarih yazılı değil ise de, çekin tatil gününü takiben 10 günlük ibraz süresinin son gününde icra takibine konulduğu, icra dairesinde yapılan resmi nitelikli işlemle (takibe başlama) kanıtlanmış olduğunda, anılan madde gereğince çekin süresinde muhatap bankaya ibraz edildiğinin kabulü gerekir” (12. HD 25.3.2003, 3794/6340: <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>: E.T. 08.12.2012).

¹¹ 10. CD 20.01.2004, 8841/407 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>: E.T. 21.03.2012).

Bu karara göre: Çekin ibraz tarihinin okunaklı olmaması durumunda, gerçek ibraz tarihi belirlenerek sanığın hukuki durumunun tayini ve takdiri gerekecektir. Aksi hal, eksik inceleme ile bir karar verilmesidir. Yani, çekin gerçek ibraz tarihi belirlenerek; ibrazın, kanuni süresi içerisinde yapılıp yapılmadığının belirlenmesi sonucunda, sanığın hukuki durumuna ilişkin bir karar verilmesi uygun olacaktır.

Bir başka karar ise şu şekildedir: “Dava konusu çek fotokopisinin arkasında bankaya ibraz edildiğine ilişkin kaşe okunamadığına göre, öncelikle çekin aslı getirtilip banka veya takas odasına ibraza ilişkin açıklama olup olmadığı belirlenip, konunun banka veya takas odasından sorulması, çekte ibraz kaşesi yoksa müşterinin süresinde ibraz ettiğine ilişkin resmi protesto olup olmadığının sorulması, süresinde ibraz ettiğinin kanıtlanamamış olması halinde suçun unsurlarının oluşmayacağı gözetilmelidir... Dava konusu 17.3.2001 tarih 7862131 seri numaralı çek fotokopisinin arka yüzünde, çekin bankaya ibraz edildiğine ilişkin ibraz kaşesinin okunamamış olması karşısında; Türk Ticaret Kanunu'nun 720. madde¹² hükmü nazara alındığında, öncelikle dava konusu çekin aslı getirtilip çekin arka yüzünde muhatap bankaya veya takas odasına ibraz edildiğine ilişkin usulüne uygun herhangi bir açıklama bulunup bulunmadığı incelenerek, bu konunun ibraz edilen bankadan veya takas odasından sorulması ve ilgili belgelerin getirilmesi, eğer çekin arkasında ibraz kaşesi yoksa çek hamili müşteriden çeki süresinde ibraz ettiği halde çek hakkında işlem yapılmadığını ispat edebilecek nitelikte çekilmiş bir resmi protestonun olup olmadığının sorulması, müşterinin çeki ibraz ettiğinin ispatlanamaması durumunda çekin usulüne uygun olarak ibraz edilmemesi nedeniyle müşterinin keşideci sanığa karşı söz konusu çeki dayanarak müracaat hakkına sahip olmayacağı...”¹³.

¹² Yeni 6102 sayılı TTK m. 808.

¹³ 10. CD 14.2.2005, 13959/1275 (http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm: E.T. 21.03.2012). Benzer bir karar için bkz: 10.CD 28.02.2005, 13834/2020 (http:// www.turkhukuk sitesi. Com.: E.T. 20.03.2012).

Bu kararların hukuki yönden önemi: İbraz tarihi okunaklı değilse, gerçek ibraz tarihinin ve süresinde ibrazın yapılıp yapılmadığının bankadan tespitinin yapılması ve ona göre karar verilmesidir.

SONUÇ

Çek, süresinde bankaya ibraz edilmiş ve çekin diğer unsurları tamam ise, çek vasfı mevcuttur. Çekin unsurları, ön taraftadır. Arkada yer alan banka ibraz kaşesinin kısmen veya tamamen karalanması, çek vasfını kaybettirmemelidir. Banka ibraz kaşesinin karalanması, çekin unsurlarından olmadığı için çek vasfı devam etmelidir. Karalanma, çekin vasfına özgü değildir. Banka ibraz kaşesi karalanmış bir çek geçerlidir ve kambiyo senedi niteliğini korumaktadır. Süresinde bankaya ibraz edilen ve çek vasfı devam eden ve fakat banka ibraz kaşesi karalanmış bir senede dayanılarak, kambiyo senetlerine mahsus takip yolu (İİK m. 167 vd) yapılması mümkündür.

KAYNAKÇA

Akcan R. :Usul Kurallarına Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999.

Aker Y. :Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, İstanbul 2008.

Aydın M. :Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yolu İle Takipte Şikayet (Bono-Poliçe-Çek), Ankara 2011.

Domanıç H. :Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1990.

Erem F./Kalpsüz T./Çelebican G. :İktisadi ve Hukuki Yönden Çek, Ankara 1974.

Göle C. :Çek Hukuku, Ankara 1989.

Güleç S. S. :Borç İçin Hapis Yasağı ve Karşılıksız Çek Suçu, Ankara 2011.

İnan N. :Çek Rizikolarından Doğan Sorumluluk, Ankara 1981.

Karakaya S. :Karşılıksız Çek ve Uygulaması, Ankara 1986.

Kendigelen A. :Çek Hukuku, İstanbul 2007.

Keskin S. Ü. :Karşılıksız Çekten Kaynaklanan Hukuki ve Cezai Sorumluluklar, Ankara 2011.

Oğuzoğlu A. Ç. :Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamada Bono ve Çek, İstanbul 1986.

Oy O./Doğın E.:Ticaret Kanunu-Çek Kanunu, İcra ve İflas Kanunu ve Ceza

Kanunu Kapsamında Çek, İstanbul 2011.

Poray R./Tekinalp Ü.:Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 5941 sayılı Çek Kanununun Yorumu İle, İstanbul 2010.

Selçuk S. :Çek Suçları, Öğreti-Mevzuat-İçtihat Ankara 1993.

Şen E. :Yeni Çek Kanununda Karşılıksız Çek Suçu ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2011.

HUKUKİ İŞLEMLERDE “AMAÇ”*

Yrd. Doç. Dr. Ferhat CANBOLAT**

A. Hukuki İşlem Kavramı

Hukuk düzeni, her olaya hukuki önem ve sonuç bağlamaz. Günlük yaşam içerisinde dış dünyada cereyan eden bazı olaylar hukuki bakımdan önem taşır. Hukuk düzeninin, önemli görerek kendisine hukuki sonuç bağladığı olaylara, “hukuki olay” denir¹. İnsan davranışı da, kendisine hukuki sonuç bağlandığı takdirde hukuki olay özelliği taşır. İnsanın kendi iradesi ile ortaya çıkan davranışları, “hukuki fiil” adını alır². Bunlar, hukuka uygun ve hukuka aykırı (haksız) fiiller şeklinde ikiye ayrılır. Hukuka uygun fiillerin bir kısmında hukuk düzeni, fiile, kişinin arzusunu dikkate almak

* Bu çalışma, “Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi-Çökmesi ve Boşa Çıkması” isimli çalışmamızın bir bölümünü oluşturmaktadır.

** Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ OĞUZMAN Kemal/ **BARLAS** Nami, Medeni Hukuk, (Giriş – Kaynaklar - Temel Kavramlar), 13. Bası, İstanbul 2006, s. 132; **REİSOĞLU** Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı da Dikkate Alınarak Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 21. Bası, İstanbul 2010, s. 46; **TEKİNAY S.** Sulhi/ **AKMAN** Sermet/ **BURCUOĞLU** Haluk/ **ALTOP** Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Bası, İstanbul 1993, s. 35; **EREN** Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2006, s. 147; **KILIÇOĞLU** Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış 14. Bası, Ankara 2011, s. 38.

² Bkz. **VON TUHR** Andreas/ **PETER** Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3 A., Zürich 1979, s. 174; **OĞUZMAN/ BARLAS**, s. 132-133; **REİSOĞLU**, s. 47; **KILIÇOĞLU**, s. 38; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 36.

suretiyle, arzusuna uygun sonucu bağlamıştır. İşte kişinin, hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş irade açıklaması, “hukuki işlem” olarak adlandırılır³. Buna göre hukuki işlem, belirli bir hukuki sonucun meydana gelmesine ve dolayısıyla belirli bir amacın gerçekleşmesine yönelik bir hukuki fiil özelliği taşımaktadır⁴. Hukuki işlem kavramı, kanunun birçok maddesinde⁵ kullanılmasına rağmen tanımlanmamıştır.

Hukuki işlem, hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içinde bir veya birden çok kişinin, hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş irade

³ Bkz. **GUHL** Theo/ **KOLLER** Alfred/ **SCHNYDER** Anton K./ **DRUEY** Jean Nicolas, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 9. Aufl., Zürich 2000, §12, N. 1 vd.; **OĞUZMAN/ BARLAS**, s. 133; **REİSOĞLU**, s. 46; **KILIÇOĞLU**, s. 40; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 38.

⁴ **EREN**, *Borçlar Hukuku*, s. 111.

⁵ Türk Borçlar Kanunu'nun birçok maddesinde hukuki işlem kavramı kullanılmaktadır. Nitekim TBK. m. 43'de “*Hukuki işlem*den doğan temsil yetkisi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça, temsil olunanın veya temsilcinin ölümü...”; TBK. m. 47'de “Temsil olunanın açık veya örtülü olarak *hukuki işlemi* onamaması hâlinde, bu işlemin geçersiz olmasından...”; TBK. m. 176'da “... koşula bağlı *hukuki işlem* kesin olarak hükümsüzdür...”; TBK. m. 504/2'de “Vekâlet, özellikle vekilin üstlendiği işin görülmesi için gerekli *hukuki işlemlerin* yapılması yetkisini de kapsar” şeklinde hukuki işlem kavramının kullanıldığı görülmektedir. Hukuki işlem kavramı Türk Medeni Kanunu'nun birçok maddesinde de kullanılmaktadır. Örneğin TMK. m. 50'de “Organlar, *hukuki işlemleri* ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar”; TMK. m. 82'de “Hiçbir dernek üyesi, dernek ile kendisi, eşi, üstsoyu ve altsoyu arasındaki bir *hukuki işlem* veya uyuşmazlık konusunda alınması gereken kararlarda oy kullanamaz”; TMK. m. 264'de “Eşlerden biri, diğerinin rızasıyla ortaklık mallarını kullanarak, tek başına bir meslek veya sanat icra ederse, bu meslek veya sanata ilişkin bütün *hukuki işlemleri* yapabilir”; TMK. m. 344'de “Velayet altındaki çocuk, ayırt etme gücüne sahip ise ana ve babanın rızasıyla aile adına *hukuki işlemler* yapabilir”; TMK. m. 1024'de “Bağlayıcı olmayan bir *hukuki işleme* dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur” şeklinde hukuki işlem kavramının kullanıldığı görülmektedir.

açıklamasından oluşan hukuki olgudur⁶. Böylece hukuki işlem sayesinde kişiler, diğer kişilerle doğrudan doğruya hukuki ilişkiler kurmakta ve bu ilişkileri düzenlemektedir. Ayrıca hukuki işlem, bu işlemi gerçekleştiren kişi bakımından, belirli bir hukuki sonucun meydana gelmesini ve dolayısıyla bu kişinin belirli bir amacının gerçekleşmesini sağlamaktadır.

Hukuki işlem, “unsurlar” ve “hukuki sonuç”tan oluşur⁷. Hukuki işlemin unsurları da, kurucu unsurlar ve etkinlik unsurları olmak üzere ikiye ayrılır. Hukuki işlemin, kural olarak temel kurucu unsurunu irade açıklaması oluşturur⁸. İrade açıklaması, bazı durumlarda hukuki işlemin meydana gelmesi için gerekli ve yeterlidir. Bu durumlarda irade açıklaması, hukuki işlemin kurucu tek unsuru olarak var olmaktadır⁹. Buna karşılık diğer bazı durumlarda hukuki işlemin meydana gelmesi için irade açıklamasına eklenmesi gereken diğer kurucu unsurlar söz konusu olabilir. Hukuk düzeni, hukuki işlemin tamamlanması için, irade açıklamasından başka unsurların da gerçekleşmesini aramışsa, bu unsurlar gerçekleşmedikçe hukuki işlem henüz meydana gelmemiş demektir¹⁰.

⁶ Hukuki işlem kavramı konusunda bkz. **BUCHER** Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, s. 40; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Necip (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/ Serozan/ Arpacı) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, I. Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem - Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Bası, İstanbul 2008, § 10, N. 1 vd.; **VON TUHR/PETER**, s. 143; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 38 vd.; **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 111.

⁷ Hukuki işlem ve unsurları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **AKİPEK** Şebnem, “Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi”, AÜHFD, C. XI, S. 1 - 4, Ankara 1995, (s. 269 - 291), s. 273 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, § 10, N. 1 vd.; **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 112 vd.

⁸ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, § 10, N. 7.

⁹ Örneğin, mevcut bir hukuki ilişkiyi sona erdirmeye yönelik olarak yapılan fesih ve dönme beyanları bu şekildedir.

¹⁰ **AKİPEK**, s. 276-277; **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 113-114; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, § 10, N. 8; İrade

Hukuk düzeni, meydana gelen bir hukuki işlemin istenilen hüküm ve sonuçları doğurmasını bazı olguların gerçekleşmesine bağlayabilir. Bu tür olgular, hukuki işlemin etkinlik unsurlarıdır¹¹. Etkinlik unsurları, hukuki işlemin meydana gelmesi için gerekli olan unsurlar değildir. Yani bunlar, kurucu unsur özelliğine sahip olmadığından hukuki işlemin kurulmasını engellemezler. Etkinlik unsurları, sadece meydana gelmiş bir hukuki işlemin sonuçlarını doğurması için varlığı zorunlu unsurlardır. Dolayısıyla hukuki işlem, etkinlik unsurları bulunmasa da meydana gelir, ancak istenilen hüküm ve sonuçları doğurmaz¹². Bu tür unsurlar, doğum, ölüm veya belli bir sürenin geçmesi gibi maddi bir olay, olumlu veya olumsuz bir insan davranışı veya bir irade beyanı olabilir¹³.

Kurucu ve etkinlik unsurlarının yanı sıra hukuki işlemin diğer yönünü “hukuki sonuç” oluşturur. Hukuki işlemin sonucu, irade açıklamasında bulunan kişinin, açıkladığı iradesiyle gerçekleştirmek istediği, ulaşmayı arzu ettiği sonuçtur. Dolayısıyla hukuki işlemin sonucu, hukuki işlemi gerçekleştiren kişinin amacı ile doğrudan

açıklanmasına eklenmesi gereken diğer kurucu unsurlar, taşınır mülkiyetinin devredilebilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamalarının yanı sıra, eşya üzerindeki zilyetliğin de teslim yolu ile karşı tarafa geçirilmesi şeklinde maddi bir fiil olabileceği gibi evlenmenin, kanunun yetkili kıldığı resmi makamın önünde yapılması şeklinde resmi bir fiil de olabilir. Bkz. **AKİPEK**, s. 277.

¹¹ **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 115-116. Bu tür unsurlar için doktrinde “*tamamlayıcı olgu*” ifadesi de kullanılmaktadır. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, § 10, N. 9; **AKİPEK**, s. 278.

¹² **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 115.

¹³ Ölüme bağlı tasarruflarda, tasarrufun hukuki sonuç doğurması için ölüm olayının gerçekleşmiş olması veya ayırt etme gücüne sahip bir küçüğün yaptığı hukuki işlemin hukuki sonuç doğurmasının, işleme kanuni temsilci tarafından onay verilmiş olması etkinlik unsuruna örnek oluşturur. Bkz. **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 115; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, § 10, N. 9; **AKİPEK**, s. 280 vd.

ilişkili bulunmaktadır¹⁴. Zira her hukuki işlem, belirli hukuki sonuçları meydana getirmek amacıyla yapılır¹⁵.

B. Hukuki İşlemin Kurucu Unsuru Olarak İrade Beyanı

İrade beyanı, hukuki işlemin temel kurucu unsurunu oluşturur¹⁶. Bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurmak, değiştirmek veya ortadan kaldırmak isteyen kişinin, bu işlemlere yönelik iradesini, dış dünyaya bildirmesi esas itibarıyla irade beyanı¹⁷ ile gerçekleşir.

İnsanın iç dünyasında var olan irade, beyan ile dış âleme yansır. Beyanın sebebini ve kaynağını, yine irade oluşturmaktadır. İşte hukuki bakımdan önemi haiz olmanın başlangıç anı, iradenin insanın iç dünyasını terk ederek dış âleme yansması, beyan edilmesi oluşturur. Bu bakımdan hukuki işlem ile ulaşılmak istenen bir amacın, istenen etkiyi doğurması beyan edilmesine bağlıdır.

İrade beyanı, açıklanan iradeye uygun hukuki sonucu gerçekleştirmeye yönelik olmalıdır. İrade beyanı, irade ve beyan

¹⁴ **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 116.

¹⁵ Hukuki işlem bakımından kurucu unsur özelliği taşıyan irade açıklamasının bir türünü oluşturan irade beyanı ve hukuki işlemin sonucu bağlamında “hukuki işlemlerde amaç” aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. Bkz. Bölüm I, § 1, II, B ve C.

¹⁶ **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 117; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, § 12, N. 1.

¹⁷ İrade açıklaması, irade beyanına oranla daha geniş bir kavramdır. Zira irade açıklaması, irade beyanının yanı sıra irade faaliyetlerini (Willensbetaetigung) de içine alır. İradeyi açığa vurma, irade beyanında sözlü veya yazılı kelimelerle ya da belirli bir işaretle veya iradeyi gösteren fiillerle bildirme (baş eğme, baş sallama, el kaldırma vs.) şeklinde olur. Buna karşılık irade faaliyetinde ise irade, dış dünyaya ve özellikle muhataba, bildirilmez. İşlem iradesi, beyan iradesi olmaksızın fiili hareketlerle doğrudan doğruya icra edilmektedir. Örneğin ısmarlanan bir eşyanın kutusunun açılması, kullanılmaya başlanması ve üzerinde işlem yapılması bu şekildedir. İrade açıklaması ile irade beyanı arasındaki farklılıklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 118; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 63.

olmak üzere iki unsurdan meydana gelir¹⁸. İrade ise, doktrinde¹⁹ ifade edildiği üzere fiil (eylem) iradesi, beyan (bildirme) iradesi ve işlem (muamele) iradesi olmak üzere üç ayrı unsurdan oluşur.

*Fiil iradesi*²⁰, dış dünya bakımından iradeyi göstermek için yapılan fiile yönelik iradeye denir²¹. Beyan fiilini oluşturan söz, yazı ve diğer beden hareketini istemek fiil iradesi kapsamındadır. Yani beyan sahibi, beyan fiilini bilerek ve isteyerek yapmalıdır²².

*Beyan iradesi*²³, beyan sahibinin, iradesini dış âleme aksettirmek ve yürürlüğe koymak arzusudur²⁴. Yani davranışları ile

¹⁸ **EDİS** Seyfullah, Türk İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Ankara 1973; s. 9.

¹⁹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Necip Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968, s. 22; **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 119; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, § 12, N. 2.

²⁰ Fiil iradesini ifade etmek üzere “Handlungswille” kavramı kullanılmaktadır. Bkz. **SCHELLHAMMER** Kurt, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Heidelberg 2005, N. 2003.

²¹ **SCHWENZER** Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, N. 27.02; **SCHELLHAMMER**, N. 2003; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata, s. 22; **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 119; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, § 12, N. 2.

²² İradeyi bildirmeye yönelik olan beyan işaretlerinin iradi, yani bilinçli olarak kullanılması gerekir. Bu nedenle uyku ve şuur kaybı halleri ile narkoz, hipnotize edilme ve fiziki zorlama hallerinde yapılan beyan fiillerinde fiil iradesi bulunmadığı için, irade beyanı da söz konusu olmaz. Bu durumlarda görünüşte bir irade beyanı bulunmakla birlikte gerçekte bir irade beyanı yoktur. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata, s. 23.

²³ Beyan iradesi (Erklärungswille), beyan şuru-bilinci (Erklärungsbewusstsein) şeklinde de kullanılmaktadır. Buna göre beyanda bulunan kişinin hareket tarzının hukuken öneme haiz bir beyan olduğunu, başkalarının bu hareket tarzından o kişide belirli bir hukuki sonuç iradesinin bulunduğu sonucunu çıkarabileceklerini bilmesi, yani bunun şuuruna ve bilincine varmış olması yeterlidir. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, § 12, N. 2.

²⁴ Bkz. **GAUCH** Peter/ **SCHLUEP** Walter R./ **JÄGGI** Peter, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne

işlem yapma iradesini, dış âleme, özellikle muhataba bildirme ve söz konusu iradeyi uygulamaya koyma iradesine beyan iradesi denir²⁵.

*İşlem iradesi*²⁶ ise beyan sahibinin, hukuki bir işlem yapma ve böylece bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurma, değiştirme, devretme veya ortadan kaldırma iradesidir²⁷. Yani beyanda bulunan kişi, işlem iradesi ile belirli bir hukuki sonucu veya hukuken teminat altına alınmış biçimde istenen ekonomik, sosyal ve maddi bir sonucu²⁸ doğurma iradesine sahip olduğunu göstermektedir. İşlem iradesi, irade beyanının içeriğini ve konusunu oluşturur²⁹. Böylece beyanda bulunan kişi, işlem iradesi ile ulaşmak istediği hukuki sonucu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla kendi iç dünyasından çıkıp dış dünyaya, yani hukuken önem taşıyan bir alana girmek istemektedir³⁰.

ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I ve Bd. II, 6. Aufl., Zürich 1995, N. 172; **SCHELLHAMMER**, N. 2004; **SCHWENZER**, AT, N. 27.02; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata, s. 23; **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 120; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, § 12, N. 2.

²⁵ **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 120. Beyan iradesi, irade açıklamasının, irade faaliyeti yoluyla gerçekleştiği durumlarda değil, irade beyanı yoluyla gerçekleştiği durumlarda söz konusu olur. Zira irade faaliyetinde, işlem iradesi doğrudan doruya icra edildiğinden, muhataba beyan edilmesine de ihtiyaç yoktur. Bkz. **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 122.

²⁶ İşlem (muamele) iradesi (Geschaeftswille), sonuç iradesi (Erfolgswille) veya hukuki sonuç iradesi (Rechtserfolgswille) şeklinde de kullanılmaktadır. Bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata, s. 23.

²⁷ **SCHELLHAMMER**, N. 2006; **SCHWENZER**, AT, N. 27.02; **GAUCH/SCHLUEP/JÄGGI**, N. 170- 171; **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 119- 120.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata, s. 24, dn. 19.

²⁹ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Hata, s. 24.

³⁰ Yukarıda saymış olduğumuz irade türlerini doktrinde ortaya konulan çarpıcı bir örnekle açıklayacak olursak; A, B'ye bir miktar parayı bağışlama vaadinde bulunuyor. Hazırlanan metne imza atmak için el hareketini yapmaya yönelen iradesi, *fiil iradesini*; hazırlanan metni imzalayarak bağışlama konusundaki iç iradesini dış dünyaya yansıtma ve yürürlüğe koyma arzusu (bilinci), *beyan iradesini*; belge metninde bulunan miktardaki parayı B'ye bağışlama taahhüdü altına girme iradesi ise, *işlem (hukuki sonucu) iradesini* oluşturmaktadır. Örnek ve değerlendirmeler için bkz.

İrade beyanının “beyan unsuru” ise işlem iradesinin (iç iradenin) dış dünyaya yansıtılması, muhataba bildirilmesi amacıyla bu iradenin harici bir fiil veya davranışla açığa vurulması, kısaca açıklanmasıdır³¹. Sözleşmenin kurucu unsurunu oluşturan iradeden maksat, beyan edilmek suretiyle açıklanan iradedir. Zira bir sözleşmenin meydana gelmesini sağlayan irade, beyan edilmiş olan iradedir. Beyan edilmemiş olan iç irade, kanun tarafından dikkate alınmaz. Çünkü iç irade, psikolojik bir olaydır ve başkalarının bunu öğrenme imkânı da yoktur. İç dünyaya ilişkin olan ruhi olay, açıklandığı takdirde sosyal bir durum halini alır ve hukuk o andan itibaren bu irade ile ilgilenmeye ve bu iradeye hukuki sonuç bağlamaya başlar³².

İrade beyanı açık (sarih) olabileceği gibi örtülü (zımni) de olabilir. Nitekim bu durum TBK. m. 1/2’de de açıkça hükme bağlanmıştır. Somut olayda irade beyanının anlam ve konusu hiçbir yorum uyumsuzluğuna ve karışıklığa meydan vermeyecek şekilde anlaşılıyorsa, açık irade beyanı vardır. Burada hukuki sonuç hakkındaki arzu, kullanılan beyan araçlarının (işaret, söz, yazı vs.) açık ve anlaşılabilirliği sebebiyle tereddüde yer bırakmamaktadır³³.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata, s. 24; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, § 12, N. 2.

³¹ **SAYMEN** Ferit H./ **ELBİR** Halit K., Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1966, s. 90; **EDİS**, Hata, s. 10; **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 122; **GAUCH/ SCHLUEP/ JÄGGI**, N. 173; **SCHWENZER**, AT, N. 27.02. İradenin açığa vurulmasına ilişkin fiil ve davranışlar için kullanılacak başlıca araçları söz ve yazı oluşturur. Bunların yanı sıra taraflarca kararlaştırılmış veya örf ve âdetin kabul ettiği işaretler de irade beyanına aracılık edebilir. Örneğin, baş eğmek, el kaldırmak, ayağa kalkmak ve hatta bazen susmak (TBK. m. 6, m. 11/ 2, m. 327, m. 503) bile bu tür araçlara örnek olarak verilebilir. Bkz. **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 122.

³² **SAYMEN/ ELBİR**, s. 90.

³³ Bkz. **KOLLER** Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen des Obligationenrechts - Entstehung der Obligationen, Bd. I, Bern 2006, § 3, N. 115; **SCHELLHAMMER**, N. 2009; **SCHWENZER**, AT, N. 27.09; **VON TUHR/ PETER**, s. 162-163;

İrade beyanının anlamının, yani işlem iradesinin doğrudan doğruya söz ve davranışlardan anlaşılabilmesi halinde ise, örtülü irade beyanı söz konusu olur. Örtülü irade beyanında hukuki sonuç hakkındaki arzu, ancak arzuyu açıklamak için yapılan davranış ve bu davranışın yapıldığı hal ve şartlar göz önünde tutularak anlaşılır³⁴. Örneğin alıcının talebi ve teklifi olmadığı halde, satıcının gönderdiği gıda maddelerinin, alıcı tarafından tüketilmesi veya üzerine kâr konularak başkasına satılması, örtülü irade beyanı ile satım sözleşmesi kurduğu anlamına gelir³⁵. Ancak her fiili davranış, irade beyanı oluşturmaz³⁶. Bir davranışın örtülü irade beyanı olarak nitelendirilebilmesi için –açık irade beyanlarında olduğu gibi- kural olarak, irade beyanının iki unsurunun da (“irade unsuru” ve “beyan unsuru”) bulunması gerekir³⁷. Davranışların örtülü irade beyanı olarak

EREN, Borçlar Hukuku, s. 124; **KILIÇOĞLU**, s. 41-42; **OĞUZMAN/ BARLAS**, s. 147. Örneğin: “Bununla ben açıklıyorum...”, “ben icabınızı kabul ediyorum...” ya da “evet” anlamında başını sallamak gibi. Öte yandan, taraflar belli bir davranışın (örneğin sessiz kalmanın) hangi anlama geleceğini kararlaştırmışlarsa, bu da yine açık irade beyanıdır. Bkz. **Schönenberger Wilhelm/ JÄGGI Peter**, Zürcher Kommentar. Bd. V: Obligationenrecht, Teilband V la., Allgemeine Einleitung, Art. 1-17 OR, 3. Aufl., Zürich 1973, Art. 6 OR, N.18; **SCHWENZER**, AT, N. 27.11; **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 124.

³⁴ Bkz. **GAUCH/ SCHLUEP/ JÄGGI**, N. 181; **VON TUHR/ PETER**, s. 163-164; **KOLLER**, AT, § 3, N. 115; **SCHWENZER**, AT, N. 27.10; **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 124 vd.; **OĞUZMAN Kemal/ ÖZ Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul 2010, s. 59 vd. Örtülü irade beyanlarında kullanılan beyan araçları, eksik veya muğlak sözler ve kelimeler olabileceği gibi, maddi fiiller de olabilir. Bkz. **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 125.

³⁵ **KILIÇOĞLU**, s. 41-42.

³⁶ TBK. m. 7 hükmüne göre, ısmarlanmamış bir şeyin gönderilmesi icap olarak kabul edilmediği gibi, bu şeyi alan kişi, onu geri göndermek veya saklamakla da yükümlü değildir.

³⁷ **GAUCH/ SCHLUEP/ JÄGGI**, N. 207 vd.; **VON TUHR/ PETER**, s. 157 vd.; **KOLLER**, AT, § 3, N. 109; **SCHELLHAMMER**, N. 2003; **SCHWENZER**, AT, N. 27.02; **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 119; **OĞUZMAN/ BARLAS**, s. 147 vd.

nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, Türk-İsviçre hukukunda hâkim olan görüşe göre, güven teorisinden hareketle belirlenir³⁸.

C. Hukuki İşlemlerde Amaç

Hukuki fiiller ile sonuçları arasındaki bağıllık, insanın düşünce ve iradesinin ürünü olmasında kendini gösterir. Hukuki fiil ile hukuki sonuç arasındaki bağın kurulmasında amaç, önemli bir rol oynar³⁹. Zira irade hiçbir zaman kendiliğinden harekete geçmez. Daima, maddede olduğu gibi iradenin de harekete geçmesi için bir sebebe ihtiyaç vardır. Bu sebep, saik olarak adlandırılır. Ayrıca her iradi davranış, belirli bir amaca yöneliktir. Saik ile harekete geçen irade, belirli bir sonuca ulaşmak, tasavvur edilen amacı gerçekleştirmek için beyan edilmektedir⁴⁰. Dolayısıyla hukuki işlemler bakımından da iradeyi harekete geçiren sebep, saiktir. Hukuki işlemi meydana getirmek için saik, iradeyi harekete geçirmekte ve irade de, belirli bir sonuca ulaşmaya, belirli bir amacı gerçekleştirmeye yönelmektedir. Sonuç olarak insanın her iradi davranışı ve her hukuki işlemi, belirli bir amaca ulaşmak için yapılır. Belirli bir amaca ve belirli bir hukuki sonuca yönelmemiş bir iradi davranış veya bir hukuki işlem düşünülemez⁴¹.

Hukuki işlemin kurucu unsurunu ve varlık sebebini, irade beyanı oluşturmaktadır. Her sebep, sebep-sonuç bağı içerisinde kendisine uygun olan sonuçları meydana getirir. Aynı şekilde hukuki işlem de, hukuki işlemi meydana getiren irade beyanına uygun sonuçlar ortaya çıkarır. Buna göre hukuki işlemin sonucu, hukuki işleme yönelik iradesini beyan eden kişinin, bu iradesiyle gerçekleştirmek istediği sonuçtur⁴².

³⁸ GAUCH/ SCHLUEP/ JÄGGI, N. 207 vd.; KOLLER, AT, § 3, N. 171 vd.; SCHWENZER, AT, N. 27.11; EREN, Borçlar Hukuku, s. 139 vd.; OĞUZMAN/ BARLAS, s. 145-148; OĞUZMAN/ ÖZ s. 61.

³⁹ KEYMAN Selahattin, Hukuka Giriş ve Metodoloji, Doruk Yayınları, Ankara 1981, s. 35 vd.

⁴⁰ Bkz. Bölüm I, § 1, I, C.

⁴¹ EREN, Borçlar Hukuku, s. 169.

⁴² EREN, Borçlar Hukuku, s. 116.

Hukuki işlemlerde amaç, hukuki işlemin sonucuyla doğrudan ilişkilidir. Zira bir hukuki işlemde işlemi gerçekleştiren kişinin amacı, esas itibariyle hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarının ortaya çıkmasını sağlamaktır⁴³. Nitekim açıklanan iradeye uygun olarak gerçekleşecek sonuç, bir hakkın veya hukuki ilişkinin kurulması, değiştirilmesi veya ortadan kaldırılmasıdır. Bu sonuçların doğabilmesi, yani hukuki işlemi gerçekleştiren kişinin amacına ulaşabilmesi, o hukuki işlem için aranan hem kurucu unsurların hem de etkinlik unsurlarının bir arada gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Zira hukuki işlemin meydana gelmesi için kurucu unsurun bulunması, kurulan bir hukuki işlemin istenilen sonuçları doğurması için ise etkinlik unsurlarının bulunması gerekir.

Hukuki işlemler, işlemi gerçekleştiren taraf sayısı bakımından “tek taraflı hukuki işlemler” ve “iki veya çok taraflı hukuki işlemler” olarak ikiye ayrılır⁴⁴. Hukuki işlemler bakımından, işlemi gerçekleştirecek kişinin amacını, bu ayrımı dikkate almak suretiyle açıklayacağız.

1- Tek Taraflı Hukuki İşlemlerde Amaç

Tek taraflı hukuki işlemler, bir tek kişinin irade beyanıyla meydana gelen ve hukuki sonuçlar doğuran işlemlerdir⁴⁵. Dolayısıyla bu tür işlemler bakımından bir hakkın veya hukuki ilişkinin kurulması, değiştirilmesi veya ortadan kalkması için tek bir irade beyanı yeterli olmaktadır. Tek taraflı hukuki işlemlere, vasiyetname, bir sözleşmenin feshi ve iptali, bir sözleşmeden dönme, takas, vakıf kurma ve mirasın reddi gibi işlemler örnek olarak verilebilir⁴⁶.

Tek taraflı hukuki işlemlerde işlemi yapan kişinin amacı, tek taraflı irade beyanıyla gerçekleştirilebilecek olan hukuki işleme bağlanan hukuki sonuçları elde etmektir. Bu hukuki sonuçlar, tek taraflı irade beyanına bağlı olarak doğrudan doğruya ortaya çıkacak

⁴³ EREN, Borçlar Hukuku, s. 116.

⁴⁴ Bkz. KOLLER, AT, § 3, N. 36; SCHWENZER, AT, N. 3.03 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, § 11, N. 2.

⁴⁵ Bkz. SCHWENZER, AT, N. 3.04; KOLLER, AT, § 3, N. 37; SAYMEN/ELBİR, s. 73; EREN, Borçlar Hukuku, s. 152; REİSOĞLU, s. 47; KILIÇOĞLU, s. 46.

⁴⁶ SAYMEN/ELBİR, s. 73; EREN, Borçlar Hukuku, s. 152.

olan sonuçlardır. Nitekim tek taraflı hukuki işlemlerin tipik örneğini oluşturan vasiyetnamede irade beyanında bulunan kişinin amacı, hüküm ve sonuçlarını ölümünden sonra doğurmak üzere sağlığında gerek malvarlığına gerekse (evlilik dışı çocuğu tanıma gibi) diğer hususlara ilişkin son arzularını açıklamaktır⁴⁷.

Tek taraflı hukuki işlemlerde işlemleri yapan kişi, hukuki işleme bağlanan sonuçların yanı sıra, o hukuki işlem aracılığıyla ulaşılabilecek diğer amaçlarını da gerçekleştirebilir. Buna göre tek taraflı hukuki işlemlerde amaç, dolaylı diğer amaçlar şeklinde de olabilir. Örneğin tek taraflı hukuki işlemlerin diğer bir örneğini oluşturan “vakıf kurma” da, vakıf kurma iradesini açıklayan kişinin amacı, ilk olarak yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemek suretiyle vakfın ortaya çıkmasını sağlamaktır⁴⁸. Bundan başka vakfı kuran kişi, hukuk fakültesi öğrencilerine burs verilmesini sağlama, araştırma yapmak için yurt dışına gitmek isteyen hukukçu akademisyenlere destek olunması vb. diğer amaçlarını, tek taraflı bir irade beyanıyla kuracağı vakıf sayesinde gerçekleştirebilir.

⁴⁷ **KOLLER**, AT, § 3, N. 38. Miras bırakan kişi, mirasçı atama, terekesindeki bir malı sevdiği bir arkadaşına bırakma veya mirasçılardan birini mirastan çıkarma gibi arzu ve isteklerini, ölümünden sonra hukuki sonuç doğurmak üzere tek taraflı irade beyanıyla vasiyetname veya miras sözleşmesinde açıklama imkânına sahiptir. Vasiyetname konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZTAN** Bilge, Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 157 vd.; **DURAL** Mustafa/ **ÖZ** Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul 2003, s. 61 vd. Ayrıca iradi mirasçılık konusunda bkz. **TOPUZ** Seçkin, Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi, Ankara 2012, s. 51 vd.

⁴⁸ Vakıf konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **DURAL** Mustafa/ **ÖĞÜZ** Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2010, s. 316 vd.

2- İki veya Çok Taraflı Hukuki İşlemlerde Amaç

İki veya çok taraflı hukuki işlemler; iki veya daha fazla tarafın irade beyanında bulunmasını gerektiren işlemlerdir⁴⁹. Bunlar, sözleşme ve kararlardır⁵⁰.

Karar, aynı guruba mensup olan kişilerin, ortak bir iş veya amaca ilişkin kesin bir sonuca ulaşılmasını sağlayan çok taraflı hukuki işlemi ifade eder⁵¹. Burada işleme katılan iradelerin hepsinin içeriği ve istikameti aynı yöndedir⁵². Bir dernek veya ortaklığın genel kurul veya yönetim kurulunda verilen bir karar, çok taraflı hukuki işleme örnek oluşturur.

Sözleşmelerden farklı olarak kararlarda irade beyanları, karşılıklı olmayıp, aynı yöndedir. Ayrıca karar şeklinde bir hukuki işlemin ortaya çıkması için, irade beyanında bulunanların tümünün beyanlarının birbirine uygun olması şart değildir. Kararın ortaya çıkması için, kural olarak çoğunluk yeterli kabul edilir⁵³. Karar, toplantıya katılmayanlar ve karara muhalif kalanlar bakımından da bağlayıcıdır⁵⁴.

⁴⁹ Bkz. **KOLLER**, AT, § 3, N. 41; **SCHWENZER**, AT, N. 3.12; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, § 11, N. 3; **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 153; **REİSOĞLU**, s. 48; **KILIÇOĞLU**, s. 47.

⁵⁰ İki veya çok taraflı işlemlerin bir türünü oluşturan sözleşmeler bakımından amaç konusu, konumuz bakımından taşıdığı öneme binaen aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir. Bkz. C, 3.

⁵¹ Bkz. **VON TUHR/ PETER**, s. 145; **KOLLER**, AT, § 3, N. 45; **SCHWENZER**, AT, N. 3.29; **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 154; **SAYMEN/ ELBİR**, s. 73; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, § 11, N. 36; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 44; ; **REİSOĞLU**, s. 49; **KILIÇOĞLU**, s. 47.

⁵² **SCHWENZER**, AT, N. 3.29; **SAYMEN/ ELBİR**, s. 73.

⁵³ **SCHWENZER**, AT, N. 3.29; **SAYMEN/ ELBİR**, s. 73; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Borçlar Hukuku, § 11, N. 36; **EREN**, Borçlar Hukuku, s. 154-155.

⁵⁴ Zira topluluk içindekilerden bir kısmının, kararın alındığı toplantıya katılmaması veya karara muhalif kalması, yani onların irade beyanı çoğunlukla aynı yönde olmasa bile kararın uygulanmasına ve böylece amacın gerçekleşmesine engel teşkil etmez. Kararların alınması için, kural

Kararda, irade beyanları, aynı yönde ve belirli bir konuda ortak bir sonuca ulaşılmasına ilişkin olduğu için, karara katılan beyan sahipleri bakımından ortak bir amaç söz konusudur. Buradaki ortak amaç, beyan sahiplerinin mensup olduğu topluluğun temelini oluşturan tüzükte belirtilen ortak amacı gerçekleştirmeye yöneliktir. Dolayısıyla karara katılan irade beyanı sahipleri, vermiş oldukları kararlar, hem o karara ilişkin somut olay bakımından ortak amacı gerçekleştirmekte hem de tüzükteki ortak amacı gerçekleştirmiş olmaktadır.

3- Sözleşme ve “Amaç”

Sözleşme, belirli bir hukuki sonucu gerçekleştirmeye yönelik, iki veya daha çok kişinin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan hukuki işlemi ifade eder⁵⁵. Hukuki işlemlerde olduğu gibi sözleşmede de amaç, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurmak, devretmek, değiştirmek veya ortadan kaldırmaktır⁵⁶.

olarak çoğunluk yeterli olduğundan karar, bütün üyeler bakımından bağlayıcı olacaktır.

⁵⁵ Bkz. GAUCH/ SCHLUEP/ JÄGGI, N. 224; VON TUHR/ PETER, s. 147; SCHWENZER, AT, N. 3.13; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku, § 11, N. 4; OĞUZMAN/ ÖZ s. 39 vd.; EREN, Borçlar Hukuku, s. 185; REİSOĞLU, s. 59; KILIÇOĞLU, s. 52. Sözleşme, en az iki tarafın varlığını gerektirir. Zira sözleşmenin kurulabilmesi için, en az iki tarafın karşılıklı irade beyanlarının uyuşmasına ihtiyaç vardır. Ancak tarafların, ikiden çok kişi olmasına herhangi bir engel yoktur. Nitekim beş ortağın irade beyanlarının uyuşması suretiyle gerçekleştirdikleri adi ortaklık sözleşmesi bu tür bir duruma örnek oluşturur. Bu tür sözleşmeler, çok taraflı sözleşmeler veya ortaklık sözleşmeleri olarak adlandırılır. Çok taraflı sözleşmelerde, sözleşmeye dâhil olan taraflar, edimlerinin birbiriyle değiştirilmesi söz konusu olmaksızın borç altına girmektedir. Sözleşmelerde, alacaklı ve borçlu tarafında bir veya birden fazla kişinin bulunması da mümkündür. Örneğin, üç arkadaşın birlikte bir evi kiralaması durumunda, kira sözleşmesinin bir tarafını oluşturan kiracı kısmında birden fazla kişi yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, Borçlar Hukuku, s. 195 vd.

⁵⁶ EREN, Borçlar Hukuku, s. 185; OĞUZMAN/ ÖZ s. 40 vd.

Her sözleşme, belirli bir sonuca ulaşmak, belirli bir amacı (veya amaçları) gerçekleştirmek için yapılır. Kişiler, esas itibariyle hak elde etmek veya yükümlülük altına girmek için sözleşme ile bağlanmak istemezler, daha ziyade ihtiyaçlarını karşılama düşüncesiyle sözleşme tarafı haline gelir ve sözleşme ile bağlı kalırlar. Belirli bir sonucu elde etmeye yönelik bir amaca sahip bulunmayan bir kimse, ne bir sözleşmeye taraf olmak ne de o sözleşme ile bağlı kalmak ister. Kişileri sözleşme tarafı haline getiren husus, karşı edimi elde ederek sonuca ulaşma ve ihtiyaç duyduğu şeyi elde etme düşüncesidir. Sözleşme, ihtiyaçların karşılanmasına yönelik bir hukuki imkân özelliği taşıdığı için kişiler, sözleşmeye taraf olmakta ve sözleşme ile bağlanmaktadır. Dolayısıyla sözleşme, taraflardan birinin tasavvur ettiği ve ulaşmak istediği bir amacın gerçekleştirilmesini sağlayan bir araç durumundadır. Nitekim tarafların sözleşme ile ulaşmak istedikleri amacın da dikkate alındığı tanımlamalarda sözleşme, bir “araç” olarak nitelendirilmektedir. Buna göre sözleşme, tarafların ihtiyaçlarının karşılanması, menfaatlerinin korunması ile birlikte ekonomik ve sosyal hedeflerin gerçekleştirilmesinin hukuki bir aracıdır⁵⁷

BİBLİYOGRAFYA

- AKİPEK** Şebnem :”Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi”, AÜHFD, C. XI, S. 1 - 4, Ankara 1995, s. 269 – 291.
- BUCHER** Eugen :Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988.
- DURAL** Mustafa/ **ÖĞÜZ** Tufan :Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 10. Bası, İstanbul 2010.
- DURAL** Mustafa/ **ÖZ** Turgut :Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul 2003.
- EDİS** Seyfullah :Türk İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Ankara 1973, (**EDİS**, Hata).

⁵⁷ **KÖHLER** Helmut, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, München 1971, s. 1.

- EREN** Fikret :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2006.
- GAUCH PETER/ SCHLUEP** Walter R./ **JÄGGI PETER** :Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I ve Bd. II, 6. Aufl., Zürich 1995.
- GUHL** Theo/ **KOLLER** Alfred/ **SCHNYDER** Anton K./ **DRUEY** Jean Nicolas : Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000.
- KEYMAN** Selahattin :Hukuka Giriş ve Metodoloji, Doruk Yayınları, Ankara 1981.
- KILIÇOĞLU** Ahmet M. :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 14. Bası, Ankara 2011.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Necip :Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Hata).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Necip :İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelendirilebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?, Prof. Dr. Kemal **OĞUZMAN**'ın anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 503-514, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Armağan).
- KOLLER** Alfred :Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen des Obligationenrechts - Entstehung der Obligationen, Bd. I, Bern 2006.
- KÖHLER** Helmut :Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, München 1971.
- OĞUZMAN** Kemal / **BARLAS** Nami :Medeni Hukuk, (Giriş – Kaynaklar - Temel Kavramlar), 13. Bası, İstanbul 2006.
- OĞUZMAN** Kemal/ **ÖZ** Turgut :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul 2010.
- ÖZTAN** Bilge :Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2007.
- REİSOĞLU** Safa :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı da Dikkate Alınarak

Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 21. Bası, İstanbul 2010.

SAYMEN Ferit H. / ELBİR Halit K. :Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1966.

SHELLHAMMER Kurt :Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Heidelberg 2005.

SCHWENZER Ingeborg :Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006.

TEKİNAY S. Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Haluk/ ALTOP Atilla :Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Bası, İstanbul 1993.

TOPUZ Seçkin :Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi, Ankara 2012.

VON TUHR Andreas / PETER Hans :Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3 A., Zürich 1979.

BORÇLUNUN HALİNE MÜNASİP EVİ ve BİLİRKİŞİYE BAŞVURULMASI

Doç. Dr. Recep AKCAN¹

Özet

İcra ve İflas Kanunu m. 82/12 uyarınca, borçlunun haline münasip evi haczedilemez. Evden anlaşılması gereken, mahalli geleneklere göre mesken olarak oturulmaya elverişli yerlerdir. Bağımsız ev, apartman dairesi, bir ev veya apartman dairesindeki paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyet payı, meskendir. Bir evin borçlunun haline münasip olup olmadığı, borçlunun sosyal durumuna ve borçlu ile ailesinin ihtiyaçlarına göre, icra müdürü tarafından tespit edilir.

Anahtar kelimeler: Borçlu, Haline Münasip Ev, Haczedilmezlik, Bilirkişi, İcra Müdürü.

Borrower's Home Proper to His State and Consulting Court Expert

Abstract

According to the Article 82/12 of the Enforcement and Bankruptcy Law the suitable house of the debtor can not be levied. What should be from a suitable house is the house that is suitable to resided according to the customs. An independent house, apartment flat, or share on a house or shared apartment flat is residence. Deciding whether the house

¹ Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Ana Bilim Dalı, Öğretim Üyesi.

Keywords: Borrower, Home Proper to His State, to Be Exempt from Seizure, Court Expert, Bailiff.

A.GİRİŞ

İİK m. 82/12 uyarınca, borçlunun haline münasip (uygun) evi (meskeni, konutu) haczedilemez. Uygulamada bu şekildeki bir evin tespiti için bilirkişiye gidilmektedir. Bu incelemede, borçlunun haline münasip evi kavramından ne anlaşılması gerektiği ve bunun hukuki sonuçları ve bilirkişi raporunda nelere yer verilmesi gerektiği hususları incelenecektir. Bu nedenle, haczedilmezlik, haczedilmezlikten feragat anlaşması ve anlaşmanın tarafları ve etkileri, borçlunun evi üzerinde ipotek tesisi ve bu konudaki görüş ve kararlara girilmeyecektir².

² Borçlunun haline münasip evinin haczedilemeyeceği ve bununla ilgili diğer hususlar için bkz: **Aşık İ.**, İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006 s. 121; **Balkan Y.**, Haczedilmezlik ve Benzer Müesseseler, Ankara 2009; **Berkin N.M.**, İcra Hukuku Dersleri, İstanbul 1969 s. 81 vd; **Berkin N.M.**, Haczi Caiz Olmayan Eşya ve Alacaklar (İBD 1957/5, C.XXXI); **Bulut U.**, Borçlunun Haline Münasip Evi Üzerinde İpotek Tesisi ve Haczedilmezlikten Feragat (Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, II, İzmir 2012 s. 1073-1103); **Dönmez M.**, İcra ve İflas Hukukunda Meskeniyet İddiası, İzmir 2009; **Karşlı A.**, İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi, İstanbul 1995 s. 114; **Kılıçoğlu E.**, İcra Sözleşmeleri, İstanbul 2005 s. 127; **Kuru B.**, Haczi Caiz Olmayan Şeyler (AÜHFD 1962/1-4, C.XIX s. 277-326); **Kuru B.**, İcra ve İflas Hukuku, El Kitabı, İstanbul 2004 s. 437 vd; **Kuru B./Arslan R./Yılmaz E.**, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2012 s. 273-274; **Kuru B./Görgün Ş.**, İcra ve İflas Hukuku Bilgisi, Ankara 2005 s. 137-138; **Muşul T.**, Teorik ve Uygulamalı İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2001 s. 581 vd; **Özbay İ.**, İcra ve İflas Hukukumuzda Haczedilmezlikten Feragat (AÜEHFD 2005/1-2, C.IX); **Özekes M.**, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009 s. 199 vd.; **Özkan H.**, İcra ve İflas Davaları, Ankara 2004 s. 521 vd; **Pekcanitez H./Atalay O./Sungurtekin Özkan M./Özekes M.**, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2012 s. 273 vd; **Postacıoğlu İ. E.**, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982 s. 366 vd; **Tercan E.**, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2010 s. 83 vd; **Ulukapı Ö.**, Haczedilmezlik ve Haczedilmezliğin '4046 Sayılı Özelleştirme Kanunu' Kapsamındaki Uygulaması (BATİDER 1995/1-2, C.XVIII, s.137-150); **Ulukapı Ö.**, İcra ve İflas Hukuku, Konya 2010 s. 83 vd; **Ulukapı Ö./Akcan R.**, Kaynakçalı, İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu ve İlgili Mevzuat, Konya 2005

B. HUKUKİ DAYANAK

Alacaklının alacağını elde edebilmesi için, borçlunun tüm malvarlığının haczedilip satılarak insanlara muhtaç duruma getirilmemesi, borçlunun ve ailesinin menfaatlerinin de gözetilmesi için, bazı tahditler kabul edilmiştir. Bunlardan en önemlisi, borçluya ait bazı mal ve hakların haczedilmez olarak kabul edilmesidir. Haczi mümkün olmayan mallar arasında da en önemlilerinden biri de, borçlunun ve ailesinin hayati faaliyetlerinin merkezi olan, haline münasip evleridir³. İİK m. 82/12 uyarınca, borçlunun haline münasip evi haczedilemez. Müflisin iflas masasına girecek olan mal, alacak ve hakları haczedilebilir olanlardır. Bu nedenle, m.82 veya özel kanun hükümlerine göre, tamamı haczedilemeyen mal, alacak ve haklar iflas masasına girmez⁴. Yani, borçlunun haline münasip evi, borçlunun iflasa tabi kişilerden olması durumunda, iflas masasına da girmemesi gerekir.

I. Ev Kavramı

Evden anlaşılması gereken, borçlunun haline münasip evidir. Bu ev, mahalli geleneklere⁵ göre, ev⁶ olarak yararlanmaya elverişli yerlerdir. Bağimsız ev, apartman dairesi (katı), bir ev veya

s. 100; **Üstündağ S.**, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004 s. 177 vd.; **Yıldırım K./Deren-Yıldırım N.**, İcra Hukuku, İstanbul 2009 s. 141 vd.; **Yılmaz E.**, Devlet Malları Hak ve Rüçhanlığına Sahip Malların Haczedilememesi (Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1988 s.601-611); **Ercan İ./Akcan R.**, Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla İcra ve İflas Kanununda Yapılması Öngörülen Değişikliklerin Değerlendirilmesi (Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III. Uluslar arası Kongre Bildiri Kitabı C.2 (Özel Hukuk) 4-6 Mayıs 2012 Samsun-Türkiye), Ankara 201 s.213-225 (s.221); İsviçre İİK m. 92.

³ **Bulut** s. 1073.

⁴ **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 510.

⁵ Yerel örf ve adet anlamındadır.

⁶ Mesken, konut anlamındadır.

apartmandaki⁷ paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyet payı, İİK m.82/12 anlamında ev sayılır⁸.

Boş bir arsa bu anlamda bir ev değildir. Ancak ev niteliğinde kabul edilebilecek bir taşınmazın, ayrıca tapuya kayıtlı olması gerekmediği, oturulabilir nitelikte tamamen ikamete elverişli, tam teşekküllü bir ev olması da gerekmez. Önemli olan, borçlunun o taşınmazdan başka, ev olarak yararlanabileceği, oturmaya daha elverişli başka bir taşınmazının olmamasıdır⁹.

II. Haline Münasip Evin Tespiti

Bir evin borçlunun haline uygun olup olmadığı, borçlunun sosyal durumuna ve borçlu ile ailesinin ihtiyaçlarına göre, icra müdürü

⁷ Yani, ev veya apartmanın üzerinde bulunduğu taşınmazdaki paylı mülkiyet veya elbirliği mülkiyet payı.

⁸ **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 273; **Balkan** s. 66 vd; **Bulut** s. 1076. “İcra takibinin dayanağı olan Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 25.11.2005 tarih ve 2002/3 E. 2005/591 K. Sayılı ilamında şikayetçi borçluların müteselsilen sorumlu oldukları miktar belirlenmiş ve haklarında ilamlı takip başlatılmıştır. Takip sırasında borçluların murisleri A.K.'dan intikal eden 2172 ada 2 parsel sayılı taşınmazdaki paylarına haciz konulduğu görölmektedir. İİK'nun 82/12. maddesi dayanak yapılp haczedilmezlik şikayetine konu teşkil eden taşınmazın 3/4 hissesi muris adına kayıtlı olup mirasçılardan bu pay üzerinde iştirak halinde malik buldukları anlatılmaktadır. Dairemizin öteden beri istikrarlı biçimde uygulanan yerleşik içtihatlarına göre iştirak halinde malik olan borçluların paylarının haczedilmesi nedeniyle meskeniyet şikayetinde bulunabilecekleri kabul edilmektedir. İİK'nun 82/12. maddesi borçlunun haline münasip evinin haczedilemeyeceğini öngörmekte olup bu madde herbir borçluya ayrı ayrı haczedilen payları nedeniyle ve kişisel olarak başvuru hakkı verir. Borçlulara isabet edecek payın değeri belirlendikten sonra onların haline münasip ev almaları için gerekli olan miktara göre sonuca gidilmeli, ayrı ayrı takip borçlusu oldukları ve herbirinin payının haczedildiği gözetilip şikayet sonuçlandırılmalıdır. Bu nedenlerle ve yasa hükmüne aykırı düşecek bir yorumla sonuca gidilmesi isabetsizdir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 08.05.2007, 6939/9356: www.hukukturk.com: Erişim Tarihi (E. T). 10.12.2012; **Bulut** s.1076 dn.9).

⁹ **Bulut** s.1077.

tarafından tespit edilir¹⁰. Borçlunun haline münasip evi tespit edilirken, yalnızca borçlunun kendisinin değil, borçlunun ve ailesinin ihtiyaçlarını karşılamaya elverişli, mali ve sosyal durumlarına uygun asgari şartları taşıyan bir ev anlaşılmalıdır¹¹.

Borçlunun haline münasip evi kavramının kapsamının tespitinde, borçlunun yanında ailesi ve bakmakla yükümlü olduğu diğer kişiler de dikkate alınır. Aile kavramı geniş anlamda olup; borçlu ile aynı çatı altında kalan ve borçlunun bakmakla yükümlü olduğu, ihtiyaçlarını giderdiği kişileri de kapsar¹².

¹⁰ Yargıtay 12. HD 25.4.2003, 6115/9322 (**Balkan** s.79-80).

¹¹ **Bulut** s.1077.

¹² **Bulut** s. 1077. “Bir meskenin borçlunun haline uygun olup olmadığı adı geçen haciz anındaki sosyal durumuna ve borçlu ile ailesinin ihtiyaçlarına göre belirlenir. Buradaki "aile" terimi, geniş anlamda olup, borçlu ile birlikte aynı çatı altında yaşayan, bakmakla yükümlü olduğu kişileri kapsar. Mahkemece, borçlunun sözü edilenlerle birlikte barınması için zorunlu olan haline münasip meskeni temin etmesi için gerekli bedel bilirkişilere tespit ettirildikten sonra, haczedilen yerin kıymeti bundan fazla ise satılmasına karar verilmeli ve satış bedelinden yukarıda nitelikleri belirlenen mesken için gerekli olan miktar borçluya bırakılmalı, kalanı alacaklıya ödenmelidir. Bu kıstasları aşan nitelik ve evsftaki yerlerle, makul ölçüleri geçen oda ve salonu kapsayan ve ikamet için zorunlu öğeleri içeren bir meskenin dışındaki yerler, maddede öngörülen amaca aykırıdır. Borçlunun görev ve sıfatı, kendisinin yukarıda belirlenenen daha görkemli bir meskende ikamet etmesini gerektirmez. Takip hukukunda asıl olan borcun ödenmesidir. İcra mahkemesi ve icra dairesi, takip aşamasında alacaklı ve borçlunun karşılıklı olarak menfaatlerini gözetmekle yükümlüdür” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 13.02.2012, 17339/3124: kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm: E.T: 8.12.2012; www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012); benzer başka kararlar için bkz: Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 24.06.2010, 3665/16621 ve Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 22.06.2010, 3918/16066 (www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012). “Mahkemece, borçlunun sözü edilenlerle birlikte barınması için zorunlu olan haline münasip meskeni temin etmesi için gerekli bedel bilirkişilere tesbit ettirildikten sonra” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 07.12.2007, 20285/23173: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012).

Haczedilmez olarak kabul edilen ev, borçlunun mülkiyetinde olmakla beraber; haczedilmezliğin kabulünde, yalnızca borçlunun değil, o evde yaşıyan diğer kimselerin menfaati de korunur¹³.

Borçlunun haline münasip evinin tespiti esnasında dikkate alınması gereken aile kavramından, dar anlamda aile anlaşılmamalıdır. Ailenin tespitinde, yalnızca borçlunun eşı ve çocuklarının değil; borçlu ile aralarında yakın bir akrabalık bağı bulunmasa bile, belirli bir bağa dayanarak sürekli olarak o evde yaşıyan ve bu nedenle haczedilmezliğin ileri sürülmesinde menfaati olan herkesin dikkate alınması gerekir. Çünkü, bu Hukukumuzda en geniş aile kavramı şeklinde kabul edilip, Türk Medeni Kanunu m.367-371 arasında düzenlenmiştir¹⁴.

İcra takibi sırasında yapılan kıymet takdirindeki değer, borçlunun haline münasip evin tespitinde esas alınamaz. Borçlunun ve ailesinin ihtiyaçlarını fazlasıyla karşılayan ve sosyal durumlarına göre, asgari ölçüyü aşan evin haczi mümkündür. Bu durumda, satışın, borçlunun haline münasip ev alabileceği miktardan az olmamak üzere yapılmasına karar verilmesi gerekir. Satış bedelinden, bir ev alabileceği miktar borçluya verilir ve kalanı alacaklıya verilir¹⁵.

¹³ **Bulut** s. 1099.

¹⁴ **Bulut** s.1078.

¹⁵ **Bulut** s.1077. “Mahkemece alınan bilirkişi raporunda hacze konu taşınmazın değerinin 4 milyar TL. olduğu ve borçlunun haline münasip bir evin 2.5-3 milyar TL. alınabileceği belirlenmiştir. İcra takibi sırasında yapılan kıymet takdirindeki değer haczedilmezlik itirazının çözümünde esas alınamaz. İİK. 82/12. maddesine göre borçlunun mahkemece alınan bilirkişi raporunda belirtilen ihtiyacını karşılayacak miktar borçluya bırakılmak sureti ile satılmasına karar verilmek gerekirken ...” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 29.04.1998, 4311/4762: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012). “...borçlunun haline münasip ev alabileceği bedel tespit edildikten sonra tespit edilen bu miktar mahcuzun değerinden az ise mahcuzun satılarak borçlunun haline münasip ev alması için gerekli bedelin kendisine, artanın alacaklıya ödenmesine, satışın borçlunun haline münasip ev alabileceği miktardan az olmamak üzere yapılmasına karar verilmesi gerekir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 06.03.2012, 21041/6493: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012). Ayrıca bkz: Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 31.05.2005, 8698/

Keşif tarihi itibarıyla haczedilen taşınmazın, borçlunun haline münasip ev olup olmadığının tespiti gerekir. Evin tespitinde keşfe gidilmesi ve bilirkişiye başvurulması gerekir. Keşfe, hakim, zabıt katibi, taraf veya varsa vekilleri ve bilirkişiler birlikte giderek; ilgili evin görülmesi ve gerekli notların alınması ve tutanakların düzenlenmesi usul kurallarına uygun olacaktır. Bunların hepsinin veya bazılarının yapılmaması, eksik inceleme ile hüküm verilmesidir ve bu husus usul kurallarına aykırıdır¹⁶. Meskeniyet iddiasını inceleyen mahkeme, evin borçlunun haline münasip olup olmadığını bizzat yerinde incelemelidir. Dosya üzerinde karar vermemelidir¹⁷. Daha önceden yapılan değer tespitine göre, evin borçlunun haline münasip olup olmadığına karar verilmemelidir. Aksi hal, usul kurallarına aykırıdır ve eksik inceleme ile hüküm verilmesi sonucunu doğurur ve usule aykırılığın giderilmesi amacıyla kanun yollarına başvurulur¹⁸.

11734 (www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 07.12.2007, 20285/23173(www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012); Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 23.01.2007, 23100/ 822 (www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012).

¹⁶ Eksik inceleme ve araştırma ile hüküm verilmesi konusunda bkz: **Akcan R.**, Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999 s. 255 vd.

¹⁷ “Mahkemece duruşma açılarak yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda borçlunun ekonomik-sosyal durumu araştırılmadan ve bilirkişiler vasıtasıyla gerekli incelemeler yaptırılarak "mahcuzun kıymeti" ile "borçlunun haline münasip bir evi alabileceği bedel" tespit ettirilmeden; icra dosyası kapsamında "bağımsız bölümün şehir merkezi yakınında ticari özellik arzeden cadde cephelediği anlaşıldığından" bahisle meskeniyet iddiasının yerinde görülmediği gerekçesiyle; evrak üzerinde, eksik inceleme ile şikayetin reddine karar verilmesi isabetsizdir” Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 02.04.2007, 3822/6230 (www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012).

¹⁸ 12. HD 6.3.2012, 21041/6493 (kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm: E.T:8.12.2012). “Mahkemece mahallinde keşif yapılarak meskeniyet şikayetine konu taşınmazın keşif tarihi itibarıyla değeri ile borçlunun haline münasip ev alabileceği bedel tespit edildikten sonra...Somut olayda, icra mahkemesince şikayetçi borçlunun başka bir icra dosyasında aynı taşınmaz için icra mahkemesine yaptığı şikayetin kabul edilmesi nedeniyle bu davada

Yargıtay, icra müdürünün borçlunun meskeniyet iddiasına (haczedilmezlik şikayetine) bizzat karar veremeyeceği görüşünde idi. Bu görüşe göre, icra müdürü, haciz sırasında, borçlunun haline münasip olduğunu iddia ettiği evini haczetmekle yükümlüdür; bunun üzerine borçlunun, icra mahkemesine şikayet yolu ile meskeniyet iddiasında bulunması ve bunun üzerine icra mahkemesinin bir karar vermesi gerekir. Borçlunun evin haczedildiğini öğrendiği tarihten yedi gün içinde icra mahkemesine başvurması gerekir (İİK m.16). Aksi halde, meskeniyet iddiasından vazgeçmiş sayılır. Fakat, bu vazgeçme yalnız o icra takibi içindir; borçlu başka takiplerde meskeniyet

da duruşma açılmadan hüküm tesisi yoluna gidilmiştir. İcra mahkemesince her davanın açıldığı tarihteki koşullarda değerlendirilmesi gerektiği göz önünde tutularak duruşma açılıp keşif yapılarak, keşif tarihi itibarıyla haczedilen taşınmazın şikayetçi borçlunun haline münasip olup olmadığının tespiti gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde dosya üzerinden şikayetin kabulüne dair hüküm tesisi isabetsizdir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 06.03.2012, 21041/6493: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012). “Meskeniyet şikayetini inceleyen mahkeme evin borçlunun haline münasip olup olmadığı yönünde araştırma yaparak sonucuna göre karar vermelidir. Meskeniyet iddiasını inceleyen mahkeme evin borçlunun haline münasip olup olmadığını araştırmalıdır. Eksik incelemeye dayalı hüküm verilmesi hatalıdır” (12. HD 28.11.2006, 19115/22421: kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm: E.T: 8.12.2012). Ayrıca bkz: Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 31.05.2005, 8698/ 11734 (www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012). Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 07.12.2007, 20285/23173 (www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012). “Bilirkişiden ek rapor alınarak şikayete konu evin tamamının değeri ile borçlunun taşınmazının bulunduğu ilçenin daha mütevazı bir yerinde haline münasip evi alabileceği değerin tespiti gerekir” (12. HD 10.3.2011, 1032/3147: kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm: E.T:8.12.2012). “Mahkemece yukarıda açıklandığı gibi keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmaksızın, eksik inceleme ile haczedilen taşınmazın borçlunun haline uygun olduğu gerekçesi ile haczin kaldırılması yönünde hüküm tesisi de doğru değildir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 20.03.2007, 2623/5232: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012; Aynı doğrultuda: Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 04.07.2006, 11879/14657: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012). Eksik inceleme ilgili olarak ayrıca bkz: Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 24.04.2007, 5814/7966 (www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012).

iddiasını ileri sürebilir. Yargıtay'ın bu görüşü, İİK m.82/ son fıkra'nın: "İcra memuru, haczi talep edilen mal ve hakların haczinin caiz olup olmadığını değerlendirir ve talebin kabulüne veya reddine karar verir" hükmü karşısında uygulanamaz duruma gelmiştir¹⁹.

III. Meskeniyet İddiası

Meskeniyet iddiasında bulunma veya borçlunun haline münasip evinin haczedilememesi kuralı mevcuttur²⁰.

Borçlu ve ailesi için asgari bir hayatı mümkün kılacak evin haczedilememesinin nedeni; diğer haczedilmezlik hallerinde olduğu gibi, sosyal ve insani düşüncelerdir. İnsanların en tabii hakkı olan, hayat hakkını; zedelemek pahasına alacaklının şahsi menfaatleri gözetilmemelidir. Bu nedenle, sosyal ve ekonomik duruma uygun evin; haczedilip, satılması sonucu borçlunun düşeceği olumsuz durum engellenmelidir. Bu olumsuzluktan; yalnızca borçlunun kendisi değil, o evde yaşayan herkes etkilenecektir. Bu nedenle, borçlunun borcunu ödememesinin sonuçlarına, borçlu ve onunla birlikte yaşayan herkes katlanacaktır²¹.

Borçlunun meskeniyet iddiasında bulunabilmesi (evinin haczedilemeyeceğini ileri sürebilmesi) için, o evde bizzat oturması şart değildir. Borçlunun birden fazla evi olsa bile, bunlardan biri hakkında meskeniyet iddiasında bulunabilir. Evini kiraya vermiş ve başka bir evi de bulunmuyorsa, borçlunun kiradaki evi (ve kirası) haczedilemez²².

¹⁹ **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 274; **Ercan/Akcan** s. 221; ayrıca bkz: **Balkan** s. 33 vd.

²⁰ Borçlunun haline münasip evinin haczedilememesi kuralının eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığı hakkında bkz: **Özekes** s. 199-200.

²¹ **Bulut** s. 1076.

²² **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 274. "Nafaka alacaklısına karşı dahi meskeniyet itirazı ileri sürülebilir. Meskeniyet şikayetinde bulunulabilmesi için borçlunun meskende bizzat oturması şart değildir, kiraya verilmesi de şikayetin reddini gerektirmez" (12. HD 24.02.2003: **Balkan** s.90). "Somut olayda, mahkemece mahallinde yapılan keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporunda, meskeniyet şikayetine konu taşınmazın değeri 74.395,29.-TL

Borçlu ve ailesinin ihtiyacı için gerekli ise, borçluya iki ev dahi bırakılabilir. İki evin kıymeti, borçlunun ev ihtiyacına cevap verecek normal bir evin bedelinden fazla ise, iki ev de satılır ve borçluya bir ev alabileceği kadar para bırakılır²³.

Meskeniyet iddiasında süre konusunda öğreti ve Yargıtay kararlarında farklılık vardır. yedi gün veya süresizdir şeklinde görüşler vardır. Meskeniyet iddiası kamu düzeni ile ilgilidir, bu nedenle şikayet, süresiz olmalıdır görüşleri vardır²⁴.

olarak tespit edilmiş ancak haline münasip evi alabileceği miktarın belirlenmediği anlaşılmaktadır. Meskeniyet şikayetinin dinlenmesi için borçlunun sürekli o evde oturması şart olmadığı gibi, borçlunun birden fazla taşınmaza sahip oluşu bunlardan biri hakkında meskeniyet şikayetinde bulunmasına engel teşkil etmeyeceğinden, mahkemece yapılacak iş, bilirkişilerden ek rapor alınarak borçlunun haline münasip evi alabileceği değerin tespitinden sonra bu miktar mahcuzun değeri az ise mahcuzun satılarak, borçlunun haline münasip ev alması için gerekli bedelin kendisine, artanın alacaklıya ödenmesine, satışın borçlunun haline münasip ev alabileceği miktardan az olmamak üzere yapılmasına karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 14.12.2010, 17744/30172: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012). “Borçlunun başka meskeninin bulunması meskeniyet şikayetine engel değildir. Borçlunun tercih hakkı mevcuttur.” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 15.09.1994, 10030/10523: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012). “Borçlunun meskeniyet şikayetinde bulunabilmesi için orada bizzat oturması gerekmediği gibi başka evi veya evleri olmasında haciz edilen taşınmaz hakkında meskeniyet şikayetinde bulunmasına engel değildir...Müteaddit evi olan borçlunun seçim hakkını engelleyen bir yasa hükmü yoktur. Merciiçe şikayetin İİK.nun 82/12 maddesi gereğince incelenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken köydeki evinde oturduğundan bahisle şikayetin tetkiksiz reddi isabetsiz olup kararın bozulması gerekirken onandığı anlaşıldığından tashih isteğinin kabulü” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 18.10.1982, 7064/7367: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012).

²³ **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 274 ve s. 274 dn.10.

²⁴ **Balkan** s.67. “İİK.nun 82/12. maddesinde yer alan haczedilmezlik şikayeti, İİK.nun 16/1. maddesi uyarınca 7 günlük süreye tabidir. Bu süre öğrenme tarihinden başlar” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 20.06.2012, 14575/21643: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012). Haline münasip ev ile ilgili haczedilmezlik süresinin 7 gün olduğuna ilişkin bir diğer karar için bkz: 12.

Meskeniyet iddiası, icra hukuk mahkemesine yapılır. Bu iddia, İİK m. 16 ve devamında düzenlenen şikayet yoludur²⁵. Borçlunun, haline münasip evinin haczi durumunda; haczin kaldırılmasına ve tesbit edilen değere yönelik başvuruları, şikayet niteliğindedir. İİK.nun 18. maddesi gereğince icra mahkemesi taraflar gelmeseler bile, şikayet niteliğindeki talebi inceleyip sonuçlandırmalıdır. Bu halde, dava dosyasının işlemde kaldırılmasına veya davanın açılmamış sayılmasına karar verilmemelidir²⁶.

Borçlunun haline münasip evi tespit edilirken, tespitte dikkate alınan herkesin, şikayet yoluna başvurularında hukuki yararları mevcuttur. Hukuki yararı olan herkes, İİK m. 16 uyarınca, haczi öğrendikleri tarihten itibaren yedi gün içinde şikayet yoluna başvurabilirler, borçlunun feragati ile bağlı değildir²⁷. Fakat, Yargıtay göre, şikayet yoluna yalnızca borçlu başvurabilir²⁸.

HD 25.10.2011, 3983/20231 (kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm: E.T: 8.12.2012).

²⁵ **Balkan** s.67.

²⁶ Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 01.03.2005, 703/3966 (www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012). Şikayet hakkında bkz ayrıca: **Pekcanitez H.**, İcra ve İflas Hukukunda Şikayet, Ankara 1986.

²⁷ **Bulut** s. 1081-1082.

²⁸ “Şikayetin yasal dayanağı olan, İİK.nun 82/12. maddesi uyarınca "borçlunun haline münasip evinin haczedilemeyeceğinden" meskeniyet şikayetinde bulunma hakkı borçluya ait olup, icra takibinde borçlu sıfatı olmayan tasarrufun iptali ilamının davalısı 3. kişinin şikayet hakkı yoktur. Öte yandan, İİK.nun 283/1. maddesine göre "davacı, iptal davası sabit olduğu takdirde, bu davaya konu teşkil eden mal üzerinde cebri icra yolu ile, hakkını almak yetkisini elde eder ve davanın konusu taşınmazsa, davalı üçüncü şahıs üzerindeki kaydın tashihine mahal olmadan o taşınmazın haciz ve satışını isteyebilir. "Satış ile 3. kişiye geçen mülkiyet tasarrufun iptaline karar verilmesi ile borçluya geri dönmez. Yalnızca, alacaklıya 3. kişiye ait taşınmaz üzerine haciz koydurarak sattırarak suretiyle alacağını tahsil imkanı verir. Hacze dayanak yapılan tasarrufun iptali ilamında da anılan yasa hükmünde uygun olarak yalnızca satış işleminin iptaline karar verilmekle yetinilmiş olup 3. kişi adına olan tapu kaydının iptali ile borçlu adına tesciline dair bir hüküm kurulmamıştır. Bu nedenle taşınmazın mülkiyeti 3. kişiye ait olup, borçlunun kendisine ait olmayan taşınmaz üzerine konulan haciz nedeniyle İİK.nun

Birden fazla icra takibi söz konusu ise, her dosya için ayrı olarak meskeniyet iddiasında bulunmak mümkündür²⁹. Yine elbirliği mülkiyet sahibinin her biri, şikayet yoluna başvurabilir³⁰.

Şikayetin reddi halinde borçlu³¹, kabulü halinde ise, alacaklı kanun yoluna gidebilir³².

82/12. maddesine dayalı olarak haczedilmezlik şikayetinde bulunması mümkün değildir. O halde Mahkemece, şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken işin esasının incelenerek istemin kabulü isabetsizdir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 08.02.2005, 24990/2109: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012). Aynı doğrultudaki diğer kararlar için ayrıca bkz: **Bulut** s. 1082 dn.30’da belirtilen kararlar.

²⁹ “Birden fazla icra takibinin varlığında, her dosya için ayrı meskeniyet şikayetinde bulunulması mümkündür. Bu durumda her takip için başvurunun süre ve esasla ilgili kuralları müstakil olarak değerlendirilmelidir. Haczedilen yerin kıymeti fazla kıymeti fazla ise satılmasına karar verilmeli ve satış bedelinden gerekli olan miktar borçluya bırakılmalı, kalanı alacaklıya ödenmelidir” (12. HD 24.12.2007, 21237/24005: **Balkan** s.80).

³⁰ “ Dairemizin öteden beri istikrarlı biçimde uygulanan yerleşik içtihatlarına göre iştirak halinde malik olan borçluların paylarının haczedilmesi nedeniyle meskeniyet şikayetinde bulunabilecekleri kabul edilmektedir. İİK.'nun 82/12. maddesi borçlunun haline münasip evinin haczedilemeyeceğini öngörmekte olup bu madde herbir borçluya ayrı ayrı haczedilen payları nedeniyle ve kişisel olarak başvuru hakkı verir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 08.05.2007, 6939/9356: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012; **Bulut** s.1076 dn.9).

³¹ “Borçlunun birden ziyade konutunun olması haczedilen bu meskeni yönünden şikayetin incelenmesine engel teşkil etmez. Mahkemenin bu yöndeki red gerekçesi doğru bulunmamaktadır. Bilirkişice borçlunun haline münasip bir evi 30.000 YTL'ye alabileceği ve haczedilen meskenin de 50.000 YTL değerinde olduğu belirlenmiştir. Bu durum karşısında haczedilmezlik şikayetin bilirkişi raporu doğrultusunda sonuçlandırılması gerekmektedir. O halde, eksik incelemeye dayalı olarak yazılı gerekçe ile borçlunun meskeniyet itirazının reddine hükmedilmesi aykırıdır” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 30.05.2006, 8920/11482: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012). “Tetkik konusu olayda mahalli bilirkişi ile teknik bilirkişinin beyanlarından borçlunun 5 milyon TL `ya haline münasip bir mesken alabileceği tespit edildiğinden taşınmazın satılarak satış bedelinden 5 milyon TL `nın tefriki ile borçluya verilmesi suretiyle şikayetin kabulüne karar verilmek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz...” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi,

31.01.1990, 7684/515: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012). “İİK'nun 82/12. maddesinde; borçlunun haline münasip evinin haciz olunamayacağı belirlendikten sonra aynı maddede ancak evin kıymeti fazla ise bedelinden haline münasip bir yer alabilecek miktarı borçluya bırakılmak üzere haczedilerek satılır hükmüne yer verilmiştir. Somut olayda, mahkemece mahallinde yapılan keşif sonucunda alınan bilirkişi raporlarında, hacizli taşınmazın değerinden şikayetçinin hissesine düşen miktarın 10.146,00 TL olduğu, borçlunun haline münasip konutu ise 25.000,00 TL'na alabileceği belirtilmiştir. Bu durumda, icra müdürlüğü tarafından hacizli taşınmazın satılması durumunda borçlunun hissesine düşen miktar ile haline münasip konut alamayacağı anlaşıldığından şikayetin kabulü ile haczin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 24.03.2011, 2251/4550: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012). “Borçlunun haline münasip evin değeri belirlenmeden mahcuzun 450.000 YTL., borcun 108.461,70 olduğu bunun ödenmesinden sonra mahcuzun satış bedelinden artanla borçlunun haline münasip bir mesken alabileceğinden bahisle şikayetin reddi isabetsizdir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 27.03.2008, 3415/6136: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012).

- ³² **Balkan** s.68. “...şikayetin tümünün reddi isabetsiz olup, merci kararının bozulması gerekirken onandığı anlaşıldığından karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 29.04.1998, 4311/4762: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012). “Borçlunun yasal süresi içerisinde İcra Mahkemesi'ne mahcuz taşınmazın haline münasip evi olduğundan bahisle meskeniyet şikayetinde bulunduğu görülmüştür. Alacaklı tarafça da nizalı yerin borçlunun haline münasip olduğunu kabul ederek keşfe dahi gerek olmadığını bildirmiştir. İcra Mahkemesi'nce borçlunun mesken olarak nitelediği evini satın almadan önce lüks villasını sattığı, borcunu ödemeksizin bu evi almasının iyiniyetle bağdaşmayacağı gerekçe yapılarak meskeniyet şikayetinin reddine (alacaklı vekili kabulü de gözardı edilerek) karar verilmesi isabetsiz olup kararın bozulması gerekmiştir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 04.05.2007, 5355/8962: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012). “Borçlunun istemi, İİK'nun 82/12. maddesine dayalı haline münasip evinin haczedilemeyeceği”ne yöneliktir. Mahkemece borçlunun borcunu ödemek yerine borç kesinleştikten ve borçtan haberdar olduktan sonra gayrimenkul satın alarak meskeniyet iddiasında bulunmasının MK'nun 2. maddesinde düzenlenen iyi niyet kurallarına açıkça aykırı olduğundan istemin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. Borçlunun satın aldığı gayrimenkulün mesken niteliğinde olduğu ve bunun için haczedilmezlik şikayetinde

Meskeniyet iddiasında bulunma (borçlunun haline münasip evinin haczedilememesi) kuralının bazı istisnaları da bulunmaktadır. Bunları aşağıdaki şekilde belirtebiliriz:

1-Borçlu, işçi ve müteahhitlerin mahcuz ev üzerindeki kanuni ipotek haklarına (TMK m.893) karşı meskeniyet iddiasında bulunamaz (İİK m. 82, II)³³. Borç, bu evin yapımında çalışmış işçi alacağı veya yapı malzemesi satmış olan tacirin alacağı ise borçlu, meskeniyet iddiasını ileri süremez³⁴.

2-Evini bir alacaklısına ipotek etmiş olan borçlu, ipotek alacaklısına karşı meskeniyet iddiasında bulunamaz³⁵.

Yargıtay'ın bazı kararlarına göre, evini bir alacaklısına ipotek etmiş olan borçlu, bununla diğer bütün alacaklılarına karşı da meskeniyet iddiasından önceden (zımnen) feragat etmiş (vazgeçmiş) sayılır³⁶. Yargıtay'ın bu görüşü, bir malın haczedilmezlik sıfatından

bulunduğu görölmektedir. İİK'nun 82/12. maddesindeki koşulların oluşması halinde dar yetkili icra mahkemesince borçlu aleyhine MK'nun 2. maddesinin uygulanması yapılamayacağından işin esası incelenerek ve bilirkişi raporuna karşı itirazlar da değerlendirilerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddi isabetsizdir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 08.11.2004, 18881/23333: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012). “Mercice yaptırılan bilirkişi incelemesi sonunda keşif tarihinde taşınmaz 4.425.990.270. TL. olduğu saptanmış, borç ödendikten sonra bakiyesi ile ...`nın gecekondü sahasında haline münasip bir ev alabileceği belirtilmiştir. Bu duruma rağmen takip dayanağı ilamda borçlunun sosyal durumu ve ilamın içeriği dikkate alınarak istemin reddi gerekirken kabulü isabetsizdir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 01.10.1997, 9342/9837: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012).

³³ **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 274.

³⁴ **Balkan** s.67.

³⁵ **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 274. “Haciz tarihinde taşınmaz üzerinde ipotek bulunmakla, borçlunun meskeniyet şikayetinden öncelikle vazgeçmiş sayılması gerekir” (12. HD 12.10.1989, 2159/12137: **Balkan** s.87).

³⁶ Yargıtayın bu konudaki görüşleri farklıdır. Çelişkili kararları mevcuttur. Bunları şu şekilde belirtmek mümkündür: **1**-Ev üzerinde bir alacaklı lehine ipotek tesis edilmiş olması, diğer alacaklılara karşı haczedilmezlikten feragat anlamına gelmez. **2**-Ev üzerinde ipotek tesisi, mutlak anlamda haczedilmezlikten feragat anlamına gelmez. **3**-Ev üzerinde ipotek, zorunlu

önceden feragat geçersizdir hükmü nedeniyle doğru değildir³⁷. Yargıtay'ın bu görüşü, İçtihadı Birleştirme Kararı olmadığı için mahkemeleri bağlamaz. Ayrıca, İİK m. 83/a hükmü karşısında kanuna uygun değildir.

Yargıtayın bu konudaki kararları istikrarlı değildir. Örneğin: Yargıtay'ın diğer bazı kararlarına göre: “*Borçlunun daha önce ipotek ettiği taşınmazı hakkında sonradan meskeniyet iddiasında bulunabilmesi için, ipoteğin mesken kredisi, esnaf kredisi, zirai kredi gibi zorunlu olarak kurulmuş ipoteklerden olması gerekir. Aksi halde meskeniyet şikayetinden vazgeçilmiş sayılır*”³⁸. Yine Yargıtay'a göre:

olarak tesis edilmiş ipotek ise haczedilmezlikten feragat söz konusu olmaz. **4-Zorunlu** olarak tesis edilen ipotek olmasa dahi, ipotek borcunun haciz tarihinden önce ödenmesi halinde haczedilmezlik iddia edilebilir (Yargıtayın bu farklı kararları için bkz: **Bulut** s. 1087 vd).

³⁷ İİK m. 83/a; **Kuru/Arslan/Yılmaz** s. 274; **Balkan** s. 191 vd. İpotek, haczedilmezlikten feragat, haczedilmezlikten feragat anlaşmasının tarafları, haczedilmezlikten feragat anlaşmasının etkileri konusunda ayrıca bkz: **Bulut** s. 1078 vd.

³⁸ 12. HD 08.05.2001, 7156/8029 (**Balkan** s.81-82). “Taşınmaz üzerinde ipotek kaydı bulunması halinde; borçlunun daha önce ipotek ettiği taşınmaz hakkında sonradan haczedilmezlik şikayetinde bulunabilmesi için ipoteğin, mesken kredisi, esnaf kredisi, zirai kredi gibi zorunlu olarak kurulmuş ipoteklerden olmasına bağlıdır. Bunun dışında, borçlunun serbest iradesi ile kurduğu ipotekler, adı geçenin daha sonra bu yerle ilgili olarak meskeniyet iddiasında bulunmasını engeller. Zira, evini kendi iradesi ile ipotek eden borçlunun artık ona ihtiyacı olmadığı kabul edilmelidir. Ayrıca, haciz tarihinde ipotek borcunun ödenmiş olması halinde de meskeniyet şikayeti dinlenebilir. Somut olayda, şikayete konu taşınmaz üzerinde ... Bankası A.Ş. lehine 30.12.1994 tarihinde 400,00 TL bedelli ipotek kurulduğu görülmektedir. O halde, mahkemece, söz konusu ipotek akit tablosu getirtilerek yukarıda açıklanan kurala göre, tesis edilen ipoteğin zorunlu ipoteklerden olup olmadığı ve haciz tarihinde ipotek borcunun ödenip ödenmediği araştırılarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 22.09.2011, 547/16422: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012). “Borçlunun, daha önce ipotek ettiği taşınmazı hakkında sonradan haczedilmezlik şikayetinde bulunabilmesi için ipoteğin mesken kredisi esnaf kredisi, zirai kredi gibi zorunlu olarak kurulmuş ipoteklerden

İpoteğin varlığında, mahkemece ilgili bankadan ipoteğin niteliği sorularak ve ipotek akit tablosu getirilerek bir hüküm verilmelidir³⁹.

C. BİLİRKİŞİ ve RAPORUN İÇERİĞİ

Borçlunun evinin haline münasip olup olmadığı özel ve teknik bir konudur (HMK m.266). Bu nedenle, bilirkişiyeye gidilmelidir. Psikolog, bir sosyal hizmet uzmanı gibi bilirkişilere de başvurulmalıdır. Bilirkişilerden, haciz tarihine kadar borçlunun ekonomik ve sosyal durumu, çocuk sayısı ve bunların öğrenim durumu, evde borçlu ile birlikte ikamet edenlerden kronik bir hasta olup olmadığının tespiti istenmelidir. İlk bilirkişi kurulu, mahcuz evin borçlunun haline göre daha lüks bir ev olduğunu belirlerse, emlak komisyoncusu ve inşaat mühendisinden oluşan bilirkişi kurulu seçilmeli, mahkemece borçluya ait evin değeri ile borcu karşılaştırılmalı, değerler yakınsa haczedilmezlik itirazı kabul edilip haciz kaldırılmalıdır. Satılarak elde edilecek para ile, borcun önemli bir kısmı ödenebilmekte ve bakiye para ile borçlunun haline münasip

olması gerekir. Zira, zorunlu olarak kurulan ipoteğin meskeniyet şikayetine engel teşkil etmeyeceği ilkesi, bu ipoteğin sosyal amaçlı olarak verilen kredinin teminatını oluşturmasından kaynaklanmaktadır. Bunun dışında, borçlunun serbest irade ile kurulduğu ipotekler, adı geçenin daha sonra bu yerlerle ilgili olarak meskeniyet iddiasında bulunmasını engeller. Mahkemece, taşınmazın edinme tarihi ile ipoteğin tesis tarihinin aynı olduğunu ve işlem yevmiye numaralarının birbirini takip ettiği dikkate alınarak, meskeniyet şikayetine konu taşınmaz üzerindeki ipoteğin niteliği ilgili bankadan sorulmalı ve ipoteğin hangi amaçla tesis edildiği öncelikle saptanmalıdır. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir” (Yargıtay 12. HD, 11.07.2011, 32123/15218:www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012).

³⁹ “Bu durumda mahkemece ilgili bankadan ipoteğin mahiyeti sorularak ve ipotek akit tablosu celbedilerek ipoteğin hangi amaçla tesis edildiği saptanıp oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olduğu gibi...” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 29.09.2011, 1381/16995: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012).

bir ev alınabilecekse, bu defa borçlunun haczedilmezlik itirazı reddedilerek takibin devamı sağlanmalıdır⁴⁰.

Bilirkişi raporları istinabe suretiyle de istenebilir. Uygulamada buna talimat dosyası denilmektedir. Doğru olanı istinabe dosyasıdır.

Somut olaya göre bilirkişilerin seçimi önemlidir. Örneğin, felçli biri o meskende yaşıyorsa, bilirkişilerden biri o hastalığın uzmanı bir doktor olmalıdır. Bu özel durumlar dışında, uygulamada inşaat mühendisi, fen bilirkişisi, mimar, hukukçu gibi kimseler bilirkişi seçilmektedir.

Bilirkişi sayısını, hakim belirler (HMK m.267). Usul ekonomisi gereği (HMK m. 30), mühendis, mimar, fen bilirkişisinden ikisi yeterlidir veya hastalık gibi özel durumlarda uzman doktor ve bunlardan birinin bilirkişi seçilmesi uygun olacaktır. Uygulamada, taraflardan biri istemişse, hukukçu biri kişi de, bilirkişi olarak görevlendirilmektedir. Hukukçu bilirkişi olarak, icra ve iflas hukukunda uzman biri seçilmektedir. Bu ise, genellikle, mümkünse öğretim üyesi olmaktadır. Hukuki konularda bilirkişi seçilmemesi gerekir (HMK m. 266). Fakat uygulamada, birçok hukuki konuda, hukukçuların seçildiği görülmektedir. Yine uygulamada, mahalli bilirkişilere başvurulduğu görülmektedir. Doğru olanı, somut olaya göre, uzman kişilerin bilirkişi seçilmesidir.

Bilirkişiler uzman olmalıdır⁴¹. Uzman olmayan veya yetersiz bilirkişi raporlarına dayanılarak hüküm verilmemelidir⁴². Farklı

⁴⁰ **Balkan** s.67.

⁴¹ “İcra mahkemesince gerçekleştirilen keşifte teknik bilirkişi dinlenmeksizin (inşaat mühendisi gibi) emlakçı bilirkişinin beyanı ile ve "30-40 milyar civarında" biçiminde kesin görüş ifade etmeyen ve arada 10 Milyar TL farkı kapsayan bir rakam belirtilerek ulaşılan sonuca göre karar verilmesi doğru görülmediği gibi...” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 11.03.2005, 1968/ 5142: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012).

⁴² “Bilirkişi raporunda bu meskenin 1 milyar TL kıymetinde olduğu borçlunun haline münasip evi bulunduğu belirtilmiştir. Bu rapor hükme yeterli değildir. Yeniden uzman bilirkişiler aracılığı ile inceleme yaptırılarak borçlunun haline münasip lüks olmayan bir meskeni temin edebileceği miktarın saptanması bu miktar tahmin edilen miktardan fazla ise meskeniyet şikayetinin kabulü aksi halde borçlunun haline münasip meskeni edinebileceği bedelden düşük

alandaki uzman bilirkişiler vasıtasıyla, borçluya ait evin, haline münasip olup olmadığı belirlenmelidir⁴³.

Bilirkişilerden ne istenildiği, bilirkişilerin görevlendirilmesine ilişkin ara kararda tek tek belirtilmelidir.

Aynı rapor içindeki veya birden fazla bilirkişiyeye gidilmişse, mevcut çelişkiler giderilmeden hüküm verilmemelidir⁴⁴. Bilirkişi raporu yetersiz ise ek rapor alınmalıdır⁴⁵.

olmamak kaydıyla satışına bu bedelin satış bedelinden ayrılıp borçluya fazlasının ise alacaklıya verilmesine karar verilmek gerekirken yeterli olmayan bilirkişi raporuna dayanılarak karar verilmesi isabetsizdir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 15.09.1994, 10030/10523: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012).

⁴³ “Dosyada mevcut rapor yukarıda belirtilen kıstaslara uygun değildir. Buna göre mahkemece, farklı ve ehil bilirkişi aracılığıyla borçlunun haline münasip evinin yukarıdaki kurallara göre belirlenmesi ve bunun değeri saptanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, "şikayet konusu taşınmazda kat irtifakı kurulamadığı" gerekçesiyle meskeniyet şikayetinin reddine karar verilmesi isabetsizdir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 13.02.2012, 17339/3124: kazanci.com/kho2/ibb/giriş.htm: E.T:8.12.2012).

⁴⁴ “Somut olayda, İcra dairesi tarafından yaptırılan kıymet takdiri sonucu bilirkişiler Süleyman Güzel ve Hüseyin Öztürk tarafından icra dosyasına sunulan 13.11.2008 tarihli raporda; dava konusu taşınmaz üzerinde 168 numaralı 77 m2 ev, 169 numaralı 72 m2 halen depo olarak kullanılan ev. 167 numaralı ev ve 20 m2 dam bulunduğu, taşınmazın toplam değerinin 80.000 YTL olduğu tesbit edilmiştir. Mahkemece yaptırılan keşif sonucu bilirkişi kurulunun verdiği ve hükme esas alınan 01.04.2009 havale tarihli raporda ise, taşınmaz üzerinde bulunan 35 yıllık 77 m2 miktarındaki evin bedeli tesbit edilmiş ve taşınmazların toplam değerinin 10.202 TL olduğu bildirilmiştir. Bu rapor hüküm kurmaya elverişli değildir. Zira hükme esas alınan raporda diğer (2) ev ve damın yer almadığı görülmektedir. Mahkemece yapılacak iş, raporlar arasındaki hem nitelik hem de nicelik olarak meydana gelen bu çelişki giderildikten sonra, borçlunun haline münasip evinin yukarıdaki kurallara göre belirlenmesi ve bunun değeri saptanarak sonucuna göre bir karar verilmesinden ibarettir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 18.02.2010, 21616/3539:www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012). “Mahkemece yaptırılan keşif sonrasında oluşturulan bilirkişi raporunda, mahcuzun 48.939,71 TL değerinde olduğu borçlunun haline münasip evi ise 60.000 TL'ye alabileceği

Ek rapor alınmaması, yetersiz bilirkişi raporuna göre hüküm verilmesi eksik inceleme ve araştırma ile hüküm verilmesi olup, bu husus usul kurallarına aykırılıktır⁴⁶.

belirtildikten sonra, sonuç kısmında haline münasip evi 40.000 TL'ye alabileceği belirtilmiş olup, rapordaki bu çelişki giderilmeden haline münasip yeri 60.000 TL'ye alabileceğinden bahisle şikayetin kabulüne karar verilmesi de doğru değildir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 29.09.2011, 1381/16995: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012).

⁴⁵ “Somut olayda, bilirkişilerce düzenlenen raporda, taşınmazın değerinin 80.000,00-YTL. olup, aynı semtte haline uygun meskeni de 80.000,00-YTL. alabileceği, borçlunun daha uzak ve farklı yerlerden mesken almaya zorlanamayacağını bildirildiği anlatılmakta olup, anılan rapor bu hali ile hüküm kurmaya elverişli değildir. O halde Mahkemece yapılacak borçlunun Karabük'ün daha mütevazii bir semtinde haline münasip evi alabileceği değer bilirkişilerden ek rapor alınmak suretiyle yukarıdaki kurallara göre belirlenmesi ve sonucuna göre karar verilmesinden ibarettir. Eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 24.04.2007, 5814/7966: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012); aynı doğrultuda: Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 31.05.2005, 8698/ 11734 (www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012). “Öncelikle borçlunun sosyal durumu itibariyle haline münasip bir evi alabileceği bedel" bilirkişiye tespit ettirilmelidir. Somut olayda bilirkişi mahcuz evin bedelinin 11.000.000.000 TL olduğunu, sobalı bir evin ise 7.500.000.000. TL.'ye alınabileceğini açıklamış ancak, hangi bedeldeki evin borçlunun sosyal durumuna göre haline uygun bulunduğu konusu eksik bırakılmıştır. O halde mercice borçlunun sosyal durumuna göre alabileceği evin bedeli bilirkişiden ek rapor alınarak açıklığa kavuşturulmalı ve ondan sonra eğer bu bedel 11.000.000.000 TL'nin altında ise mahcuzun belirlenecek bu bedelden az olmamak üzere satışına karar verilmelidir. Eksik inceleme ve yeterli olmayan bilirkişi raporuna göre hüküm tesisi isabetsizdir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 22.09.2000, 12027/13369: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012).

⁴⁶ “Hükme esas alman bilirkişi raporunda "borçlunun haline münasip evi alabileceği bedel" tespit edilmemiştir. Mahkemece borçlunun haline münasip evi kaç liraya alabileceğinin, bilirkişiden ek rapor alınarak tespitinden sonra bu miktar mahcuzun değerinden az ise, mahcuzun satılarak, borçlunun haline münasip ev alması için gerekli bedelin kendisine, artanın alacaklıya ödenmesine, satışın borçlunun haline münasip ev alabileceği miktardan az olmamak üzere yapılmasına karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile ve yetersiz rapora dayalı olarak yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir”

Bilirkişi raporlarında, mahkeme ismi, dosya no, taraflar varsa vekilleri, dava konusu, ihtilafın özeti, bilirkişiye verilen görev, taşınmazın değer tespitine ilişkin inceleme (taşınmazın yeri, taşınmazın mülkiyet durumu, taşınmazın hali hazır durumu ile inşai şekli ve nitelikleri, daire ve içindeki mutfak, lavobanın özellikleri, taşınmazın kapasite yönüyle incelenmesi, taşınmazın değeri), taşınmazın hale münasip olup olmadığı, sonuç ve kanaat yer almalıdır. Raporun sonunda, somut olaya göre kimler bilirkişi seçilmişse, onların isimleri, uzmanlık alanları ve imzaları olmalıdır.

Meskeniyet iddiası ile ilgili dosya, esas dosya veya istinabe dosyası olabilir. İstinabe dosyası olursa, istinabe olunan mahkeme, istinabe numarası, istinabe eden mahkeme, davacı ve varsa vekili, davalı ve varsa vekili, dava konusu, hukuki sebebi, dava değeri, dava tarihi, bilirkişi kuruluna verilen görev, ihtilafın özeti, inceleme ve değerlendirme, sonuç ve kanaat, uzman bilirkişilerin ad ve soyadları, uzmanlıkları ve imzaları olmalıdır. Kronik hasta varsa nörolog gibi uzman doktorun adı soyadı, uzmanlık alanı ve imzası raporda en aşağı kısımda yer almalıdır.

SONUÇ

Borçlunun haline münasip evi, borçlu, ailesi ve borçlu ile birlikte yaşayanların oturduğu yerdir. Aile kavramı geniş anlamdadır. Apartman dairesi, müstakil bir ev, paylı ve elbirliği halindeki mülkiyete tabi bir yer olabilir. Aile kavramı, sadece borçlu ve ailesi için geçerli olmayan ve dar anlamda anlaşılması gereken bir kavramdır. Borçlu ile birlikte yaşayanları da içeren geniş bir kavramdır. Borçlunun haline münasip evi haczedilmez. İİK'nundaki yeni değişiklik uyarınca, uygulamada tereddütler kaldırılarak borçlunun haline münasip evinin tespitinde, icra müdürüne takdir yetkisi verilmiştir. İİK m.82 veya özel kanun hükümlerine göre, borçlunun tamamı haczedilemeyen mal, alacak ve hakları iflas

(Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 10.05.2010, 30579/11682: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012). “Güncel değeri saptamayan rapora itibar edilerek eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir” (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi, 09.10.2001, 14926/15862: www.hukukturk.com: E. T. 10.12.2012).

masasına girmez. Bu nedenle, borçlunun haline münasip evi de, borçlu iflasa tabi kişilerden olsa bile iflas masasına girmez. Haline münasip ev olup olmadığının belirlenmesi amacıyla, seçilecek bilirkişilerin, somut olayın özelliğine göre uzman kişilerden olması, bilirkişi sayısında usul ekonomisine uygun davranılması, bilirkişiden ne istendiğinin net bir şekilde ara kararda belirtilmesi gerekir.

KAYNAKÇA

- Akcan R.** :Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999.
- Aşık İ.** :İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006.
- Balkan Y.** :Haczedilmezlik ve Benzer Müesseseler, Ankara 2009.
- Berkin N.M.** :İcra Hukuku Dersleri, İstanbul 1969.
- Bulut U.** :Borçlunun Haline Münasip Evi Üzerinde İpotek Tesisi ve Haczedilmezlikten Feragat (Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, II, İzmir 2012 s. 1073-1103).
- Dönmez M.** :İcra ve İflas Hukukunda Meskeniyet İddiası, İzmir 2009.
- Ercan İ./Akcan R.**:Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla İcra ve İflas Kanununda Yapılması Öngörülen Değişikliklerin Değerlendirilmesi (Hukuk Biliminin Güncel Sorunları III. Uluslar arası Kongre Bildiri Kitabı C.2 (Özel Hukuk) 4-6 Mayıs 2012 Samsun-Türkiye), Ankara 2012 s.213-225.
- Karşlı A.** :İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi, İstanbul 1995.
- Kılıçoğlu E.** :İcra Sözleşmeleri, İstanbul 2005.
- Kuru B.** :Haczi Caiz Olmayan Şeyler (AÜHFD 1962/1-4, C.XIX s. 277-326) (Kuru-Haciz).
- Kuru B.** :İcra ve İflas Hukuku, El Kitabı, İstanbul 2004 (Kuru-İcra).
- Kuru B./Arslan R./Yılmaz E.**:İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2012.
- Kuru B./Görgün Ş.**:İcra ve İflas Hukuku Bilgisi, Ankara 2005.
- Muşul T.** :Teorik ve Uygulamalı İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 2001.
- Özbay İ.** :İcra ve İflas Hukukumuzda Haczedilmezlikten Feragat (AÜEHFD 2005/1-2, C.IX).

- Özekes M.** :İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009.
- Özkan H.** :İcra ve İflas Davaları, Ankara 2004.
- Pekcanitez H.**:İcra ve İflas Hukukunda Şikayet, Ankara 1986.
- Pekcanitez H./Atalay O./Sungurtekin Özkan M./Özekes M.**:İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2012.
- Postacıoğlu İ. E.**:İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.
- Tercan E.** :İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2010.
- Ulukapı Ö.** :Haczedilmezlik ve Haczedilmezliğin ‘4046 Sayılı Özelleştirme Kanunu’ Kapsamındaki Uygulaması (BATİDER 1995/1-2, C.XVIII, s.137-150) (Ulukapı-Haczedilmezlik).
- Ulukapı Ö.** :İcra ve İflas Hukuku, Konya 2010 (Ulukapı-İcra).
- Ulukapı Ö./Akcan R.**:Kaynakçalı, İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu ve İlgili Mevzuat, Konya 2005.
- Üstündağ S.** :İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2004.
- Yıldırım K./Deren-Yıldırım N.**:İcra Hukuku, İstanbul 2009.
- Yılmaz E.** :Devlet Malları Hak ve Rüçhanlığına Sahip Malların Haczedilememesi (Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1988 s.601-611).

TÜKETİCİ HUKUKUNDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI

Yrd. Doç. Dr. Alper UYUMAZ*

Özet

Uyuşmazlıkların çözümü amacıyla mahkemeler tarafından yürütülen dava yoluna alternatif olarak sunulan uyuşmazlık çözüm yöntemlerine, genel ve en geniş anlamıyla alternatif uyuşmazlık çözümü denilmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde, tarafsız ve nesnel üçüncü bir kişi taraflara söz konusu uyuşmazlığı çözmek adına hukuki yardımda bulunmaktadır. Ancak, tarafların karşılıklı uzlaşmasını gerektiren alternatif uyuşmazlık çözme yöntemleri her uyuşmazlığa uygulanma kabiliyetine sahip değildir. Bu açıdan konuya yaklaşıldığında, tüketici hukukundan doğan uyuşmazlıklara alternatif uyuşmazlık çözme yöntemlerinin uygulanma kabiliyetinin olduğunu söylemekte sakınca yoktur. Karşılaştırmalı hukukta, bu yargıyı destekleyen pek çok uygulamasıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yolları çoktan yerini almıştır. Bu çalışmanın odak noktasını oluşturan “Türk Hukukunda Tüketici Uyuşmazlıklarının Alternatif Çözüm Yolları” konusu, bu incelemede alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri Türk Hukukunda henüz yeterli uygulanabilirliğe sahip olmadığından, uygulamada görülen birkaç örneği nazara alınarak ele alınmıştır. Bu çalışmada özellikle, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, Medenî Usul Hukukunda yer alan önemli bir boşluğu dolduran, kanun tarafından düzenlenmiş, mahkemelerce yürütülen yargılamaya alternatif teşkil eden bir niteliğe sahip olduğundan, incelenmeye değer görülmüştür.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Anahtar Kelimeler

Alternatif Çözüm Yolları, Tüketici Uyuşmazlıkları, Arabulucu, Ombudsman, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti.

**The Alternative Resolutions Of Disputes In Consumer Law
Abstract**

The alternative of court judgement methods which are used for resolving disputes are generally called as alternative dispute resolutions. In alternative dispute resolution methods, the person who is purely objective helps the sides of dispute about law and resolving the problem. But in this methods we need agreements of sides of dispute and these methods are not be used in all disputes. However, we can say that in Consumer Law this methods can be used and in comparative law there are lots of examples which support this opinion. Alternative dispute resolutions in Turkish Consumer Law are this work's subject and this is examined with the a few examples in Turkish Law.

Keywords

Alternative Dispute Resolutions, Consumer Disputes, Mediator, Ombudsman, Consumer Problems Arbitral Committee.

**I- GENEL OLARAK ALTERNATİF UYUŞMAZLIK
ÇÖZÜMÜ**

A) KAVRAM

Anayasal temelleri olan hak arama hürriyeti kapsamında kişiler hukuki ya da fiili ilişkilerde buldukları diğer kişilerle düştükleri uyuşmazlıkların çözümünde geleneksel bir yol olan yargı yoluna gidebilirler. Bu yol, alışlagelmiş ve bilinen en eski kanuni hak arama yöntemi olarak nitelendirilebilir.

Bu günlerde, kişiler, uyuşmazlıkların çözümüne farklı yöntemler kullanarak daha pratik sonuç veren bakış açılarıyla yaklaşma eğilimindedirler. Kişilerin bu tutumu, "alternatif uyuşmazlık çözümü"¹ olarak adlandırılan yeni bir hukuki kurumu gündeme

¹ Alternatif uyuşmazlık çözümü olarak Türkçeleştirilen kavram, esasında Anglo Amerikan hukuk sistemlerinden uyarlama suretiyle "Alternative Dispute Resolution (ADR)" kelimelerinin Türkçe karşılığı olarak hukuk

getirmiştir. Bunun sonucunda, uyuşmazlıkların mahkemelerde görülmesi artık bir mecburiyet olarak algılanmamakta ve uyuşmazlıkların yargı organları dışında çözümüne yönelik ilgi giderek artmaktadır. Bugün, özellikle Amerika Birleşik Devletlerinde kullanımı son derece yaygın olan alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemleri neredeyse uyuşmazlıkların %90'lık bir kısmına uygulanmaktadır². Bu sayede, pek çok dava mahkeme önüne bile gelmeden alternatif uyuşmazlık çözümü sayesinde sonuca kavuşturulmaktadır. Esasen, Amerika Birleşik Devletlerinde önemli bir gelişme gösteren alternatif uyuşmazlık çözümü kurumu, şimdilerde pratik çözümler sunması sebebiyle Kıta Avrupası ülkelerinde de hızla uygulanmaya başlamıştır³.

Genel olarak alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemiyle amaçlanan, tarafsız olarak konuya nesnel yaklaşabilecek üçüncü kişilerin, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları, ortaklaşa bir çözüme ulaşmaları için bir araya getirerek tarafların iletişim kurmalarını ve bu suretle çözüme kendilerinin gitmelerini sağlamaktır. Bunun yanında, uyuşmazlıkların taraflarına somut olayın şartlarına ve özelliklerine göre çözüm önerileri üretmek, uyuşmazlığın giderilmesi konusunda taraflara destek vermek ve devlet yargılamasına nazaran seçimlik bir uzlaşma yolu olarak, alternatif uyuşmazlık çözümünü, gönüllülük esasıyla işletmek amaçlanmıştır⁴.

Bu bilgiler ışığında, alternatif uyuşmazlık çözümü, uyuşmazlıkların çözümü amacıyla mahkemeler tarafından yürütülen

terminolojisine girmiştir. Bu kavramın “dostane bir biçimde uyuşmazlık çözüm yöntemleri” olarak adlandırılmasının uygun olacağı hakkında bkz. **Tanrıver**, S., Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBBD, S. 64, Mayıs/ Haziran 2006, s. 151 – 177, s. 155.

² **Özbek**, M., Dünya Çapında Adalet Ulaşma, Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, AÜHFD, C. 51, S. 2, 2002, s. 121 – 161, s. 137, dn. 76.

³ **Tanrıver**, s. 151.

⁴ **Tanrıver**, s. 151; **Özbek**, M., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004, s. 83; **Ildır**, G., Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003, s. 30.

dava yoluna alternatif olarak hizmet eden ve genellikle tarafsız, nesnel bir üçüncü kişi veya kişilerin katkısı yönetilen usuller topluluğudur⁵. Bu tanımlama çerçevesinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının karakteristik özellikleri, *gönüllü katılım, bağlayıcı olmayan tavsiyelerde bulunma ve tatmin olmama halinde yargıya müracaatın saklı tutulması* olarak sayılabilir⁶.

Dava yükünün mahkemeler üzerindeki ağırlığı, dava yolunun doğurduğu ciddi yargılama gider ve masrafları, davalar için harcanan emek, kaybedilen zaman, son yıllarda nüfus ve teknolojik gelişmeler paralelinde oldukça artmıştır. Bunu nazara alan uyuşmazlığın tarafları, kaybeden taraf bile olsalar yıllarca sürececek ve sonuçta ne gibi bir sorumluluk yükleneceklerini tahmin edemedikleri bir dava süreci yerine, nasıl bir sorumluluğa tâbi olacaklarını bildikleri bir süreci tercih edeceklerdir.

Bu doğrultuda, pek çok hukuk sistemi, uyuşmazlıkların mahkeme safhasına gelmeden önce çözmeleri adına taraflara telkinde bulunmakta, baskı yapmakta ve mahkemelerde harcanan zamanı azaltabilmek amacıyla, geleneksel dava yoluna alternatif olan usullerin kullanılmasını teşvik ve hatta kimi zaman da emretmektedirler⁷.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan ya da onunla rekabet eden bir süreçler bütünü değildir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının esas amacı, küçük çaplı ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların adli bir soruna dönüşmeden çözümünü gerçekleştirmektir⁸.

⁵ **Özbek**, Makale, s. 138; **Çakın**, A., Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Yayınlanmamış Çalışma Raporu, 20.05.2005, www.ppt2txt.com/r/fa7829d3/, s. 1; **Tanrikulu**, C., Mahkeme Dışı Çözüm Yolları ve Türk Hukuku, T.C. Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı, Ankara, 2 Kasım 2005.

⁶ **Tanrıver**, s. 151.

⁷ **Özbek**, Makale, s. 138; **Pekcanitez**, H., Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, HPD, S. 5, Aralık 2005, s. 12 – 16, s. 12.

⁸ **Pekcanitez**, Makale, s. 12; **Tanrıver**, s. 152.

Aslen uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma eylemi bir devlet erki olarak bilinir. Alternatif uyuşmazlık çözümü ise, uyuşmazlıkların giderilmesinde yargısal yolların yanında yer alan ve ilgililerin istemleri halinde işlerlik kazanan, esas itibariyle ilişkilerin koparılmadan çözülmesi ve adil bir karardan ziyade her iki tarafın da tatmin edilerek uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını hedefleyen yöntemler bütünüdür. Başka bir ifadeyle, alternatif uyuşmazlık çözümleri, devlete ait yargı erkine, devletin bu konuda mevcut egemenliğine müdahale edilmeden sunulmuş olan ve alternatif olarak işlerlik kazanmış yöntemler kümesidir⁹.

Alternatif uyuşmazlık çözümlerinin temelinde gönüllülük esasına dayalı bir yaklaşım izlenmesi, taraflara bu konuda yaptırım uygulanmasına engel teşkil eder ve bu yola başvurulmasını zorunlu kılamaz. Buna ilişkin getirilecek bir zorunluluk, hak arama hürriyetine getirilmiş bir kısıtlama olarak algılanabileceği gibi iş yükü nedeniyle zaten ağır işleyen yargılama sürecini daha da uzatan bir özellik arz edecektir¹⁰.

Dava yolu yerine alternatif uyuşmazlık çözüm yolunun seçilmesi için, öncelikle tarafların bu konuda karşılıklı olarak anlaşmaları gereklidir. Genellikle taraflar, aralarında yaptıkları sözleşmelere bu konuda bir şart koymak suretiyle ileride bir uyuşmazlığın çıkması ihtimalini dikkate alarak bu uyuşmazlığın belirli bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu ile halledilmesini irade ederler. Uygulamada en çok kullanılan alternatif uyuşmazlık çözüm yolu önerileri; alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olup olmadığı hususu tartışmalı olan *tahkim*¹¹, *müzakere* ve *arabuluculuk*¹².

⁹ **Pekcanitez**, Makale, s. 15; **Tanrıver**, s. 152.

¹⁰ **İldır**, s. 48; **Tanrıver**, s. 154.

¹¹ Tahkiminin hukukî niteliği konusundaki tartışmalar için bkz. **Alangoya**, Y., Medeni Usûl Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s. 52; **Kuru**, B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 5937 vd.; **Pekcanitez**, H./ **Atalay**, O./, M., Medenî Usûl Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2011, s. 735 vd. Ayrıca bkz. HGK, 19.3.2003, E. 15-142, K. 2003/182; 15. HD, 15.6.1989, E. 1989/1023, K. 1989/2841 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

B) ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YOLLARI ve GENEL ÖZELLİKLERİ

Bilinen alternatif uyuşmazlık çözüm yolları; *tahkim, müzakere, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların tespiti, kısa duruşma, arabuluculuk ve uzlaştırmadır*. Ancak, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını sayılanlarla sınırlamak mümkün değildir. Zira, bu alternatif çözüm yolları, uygulandıkları coğrafyanın özelliklerine uyum sağlayarak özerkleşebilecekleri gibi karma bir yapıya da sahip olabilirler¹³.

Tahkim, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş olan iki tarafın, anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmaları ve uyuşmazlığın bu özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasıdır. Uyuşmazlığın çözümü kendilerine bırakılan kişilere hakem denir ve hakemlerin uyuşmazlığı çözmek hususunda hiçbir resmi sıfatları yoktur. Taraflar, hakemi seçmekle uyuşmazlığın halinde hakemin belirleyeceği çözümü benimsemiş ve hakemi adeta mahkeme olarak kabul etmiş olurlar¹⁴.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden *müzakere*, tarafların, üçüncü kişi dışında çoğu zaman avukatlarının eşliğinde bir araya gelmek suretiyle karşılıklı olarak uyuşmazlık üzerinde fikir alışverişinde buldukları ve birbirlerinin istekleri doğrultusunda ortak bir noktada buluşmaları amacıyla geliştirilmiş bir alternatif çözüm önerisidir¹⁵.

Tarafsız ön değerlendirme, bir uyuşmazlığın başlangıcı aşamasında deneyimli ve tarafsız bir üçüncü kişinin tarafların uyuşmazlığını özetleyen kısa ifadelerine dayanarak, taraflara bağlayıcı olmayan uyuşmazlığı değerlendirmeye ilişkin verdiği istişari bilgidir¹⁶. Bu değerlendirme, tarafların hukuki açıdan haklı ve haksız

¹² **Özbek**, Makale, s. 138; **Ildır**, s. 78 vd. ; **Pekcanitez**, Makale, s. 15; **Özbek**, Tez, s. 72 vd. , 201 vd.

¹³ **Pekcanitez**, Makale, s. 18; **Tanrıver**, s. 160.

¹⁴ **Kuru**, s. 5875. Ayrıca bkz. **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s. 735.

¹⁵ **Özbek**, Makale, s. 138; **Özbek**, Tez, s. 73; **Tanrıver**, s. 160; **Balcı, M.**, İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999, s. 24.

¹⁶ **Ildır**, s. 83; **Tanrıver**, s. 161; **Pekcanitez**, Makale, s. 16.

yönlerini görerek gerçekçi bir gözle uyuşmazlığa yaklaşmalarına yardımcı olur.

Vakıaların tespiti yönteminde ise, uyuşmazlığın tanımlanıp somut kalıplara oturtulması, uyuşmazlığa kaynaklık eden maddi vakıaların bağımsız ve tarafsız bir üçüncü kişi tarafından açıklığa kavuşturulması ön plandadır¹⁷.

Kısa duruşma yönteminde de tarafsız üçüncü kişilerden ve her iki tarafın bir veya daha fazla yöneticisinden oluşan kurulun, uyuşmazlığa bir çözüm önerisi getirmek için gizlilik içerisinde yürütülen bir toplantıdan sonra ortaya attıkları fikirler, alternatif uyuşmazlık çözümü olarak gösterilebilir¹⁸. Bu yöntem, özellikle iş çevreleri tarafından geliştirilen, ticari uyuşmazlıklarda olumlu sonuçlarla çözümler sunma amacı güden, alternatif bir çözüm yolu olarak dikkat çeker¹⁹.

Alternatif uyuşmazlık çözümlerinden en yaygın olarak kullanılan yöntemler, *arabuluculuk* ve *uzlaştırmadır*. Arabuluculuk yönteminde, uyuşmazlığın taraflarını bir araya getirmek ve onların konuşarak bir müzakere sonucunda anlaşmalarını sağlamak; bunu, bağımsız, tarafsız ve nesnel bir durumda bulunan üçüncü kişiye yaptırmak amaçlanmaktadır²⁰. Bu yöntemde arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez; taraflara tartışabilecekleri ve irdeleyebilecekleri çözüm önerilerinde bulunamaz. O, sadece taraflar arasındaki iletişimi sistematik olarak sağlayan, tarafların kendi çözümlerini kendilerinin bulmasına yardımcı olan, üzerine hiçbir sorumluluk almayan bir karakteri canlandırır²¹. Yani, arabuluculuk sürecinin başından sonuna kadar taraf iradelerine tartışılmaz bir üstünlük tanınmıştır.

Nihayet, uzlaşma yönteminde bağımsız ve nesnel olan üçüncü bir kişi, taraflara somut olayın özelliklerine göre şekillenecek çeşitli

¹⁷ **Ildır**, s. 78; **Pekcanitez**, Makale, s. 16; **Tanrıver**, s. 162.

¹⁸ **Ildır**, s. 108; **Tanrıver**, s. 164; **Pekcanitez**, Makale, s. 16.

¹⁹ **Ildır**, s. 108.

²⁰ **Özbek**, Tez, s. 202; **Ildır**, s. 88; **Tanrıver**, s. 165.

²¹ **Pekcanitez**, Makale, s. 16; **Ildır**, s. 100; **Tanrıver**, s. 165.

çözüm önerileri sunup, onların bu öneriler üzerinde ortalama bir yol bulmalarını hedefler. Bu durumda uzlaştırıcı, uzlaşmazlığın alternatif çözümünde arabulucuya göre her zaman daha etkin ve asli işlevsel bir özelliğe sahiptir²². Bu yapısı dolayısıyla arabuluculuk, sunduğu alternatif çözüm önerileri ile çözüme ulaşılamayan olaylarda bile uygulanabilirliğe sahiptir ve yargılama sürecine nazaran daha çabuk sonuç verir²³.

Bu arada, Türk Hukuku açısından konu ile ilgili hukuki düzenlemelerden Avukatlık Kanunu m. 35/A ve 6325 sayılı Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu²⁴ndan bahsetmek gerekmektedir. Avukatlık Kanununa göre, yalnızca avukatların yapabileceği işlerden *Uzlaştırma Sağlama* başlıklı m. 35/A'ya göre, “*Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 09/06/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilam niteliğindedir*”²⁵. Hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemekte olan “Hukuki Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Kanunu” ise, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli olmadığı için bu kanunun kapsamının dışında kalır (HUAK m. 1/1 ve 2).

²² **Tanrıver**, s. 166.

²³ **Özbek**, Makale, s. 139.

²⁴ RG. 22.6.2012, S. 28331.

²⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için **Bulur**, A., Avukatlık Kanunu m. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi, TBBD, S. 89, 2010, s. 196–241.

Bu konuyu bitirmeden, genel bir yargıya varmak gerekirse, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargı sistemine ikame edilmeye çalışılan bir kavram olarak değil; onunla işlevsel bir biçimde yan yana yürüyen ve hukuk sisteminin çözüm getirme noktasında karşılaştığı tıkanıklıkların önünü açan bir mekanizma olarak altını çizmek gerekir²⁶.

C) TÜRK HUKUKUNDA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜNE İHTİYAÇ

Esasen, Türk yargı sisteminin en ciddi sorunu aşırı iş yüküdür. Toplumsal şartların ve ülkenin ekonomik durumunun insanlar üzerinde doğurduğu psikolojik etki, toplum içindeki bireylerin en küçük sorunları bile halledemeyerek uyuşmazlığa düşmelerine neden olmaktadır. Bir de buna, son yıllarda toplumun etik değerlere verdiği önemdeki düşüş eklenirse küçük anlaşmazlıkların sonucunda ortaya çıkan ufak uyuşmazlıklar bile yargı organlarının önüne taşınır olmuştur.

Bu bakımdan konuya yaklaşıldığında, ülkemizde hem ilk derece mahkemelerinde hem de temyiz mahkemelerinde dava sayısının azaltılması suretiyle iş yükünün ortadan kaldırılmasının ve bu sayede daha verimli bir adalet dağıtımının gerçekleştirilebilmesinin en etkili yolu, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarını geliştirmek ve bunlara işlerlik kazandırmaktır²⁷.

Bunun için ilk adım olarak özellikle arabuluculuk ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, uluslararası düzeyde araştırılmalı ve özellikle bazı küçük uyuşmazlıkların mahkeme önüne gelmeden çözülmesi için kanuni düzenlemeler yapılmalıdır²⁸.

Ne yürürlükten kalkan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda, ne de 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda²⁹ doğrudan alternatif uyuşmazlık çözümüne ilişkin herhangi bir kanuni düzenlemenin

²⁶ **Tanrıver**, s. 168.

²⁷ **Özbek**, Tez, s. 349, dn. 7’de yer alan yazarlar.

²⁸ **Özbek**, Tez, s. 350.

²⁹ RG. 4.2.2011, S. 27836.

varlığından bahsedilemez. Aslında, Türk Medenî Usul Hukuku sistemi uyuşmazlıkların yargı dışı yollarla çözülmesi kültürüne sahiptir. Bir bakıma, hem Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve hem de Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer alan sulh ve tahkime ilişkin hükümler alternatif uyuşmazlık yolları içinde gösterilmektedir. Ancak, bunlar dışında, Usul Hukukumuzun alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının kurumsallaşması ve yaygın bir şekilde uygulanması fikrine yabancı kaldığı ifade edilebilir.

Bu sebeple, yargı sistemimizin sorunlarına köklü bir çözüm getirebilmek için uluslararası geçerliliği olan alternatif uyuşmazlık çözüm önerilerini çok iyi tahlil ederek ülkemiz şartlarına uydurmak suretiyle hukuk sistemimize iktibas etmek bir zorunluluktur. Aynı doğrultuda, teşvik edici bir unsur olarak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin çeşitli tavsiye kararlarında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının geliştirilmesini teşvik etmekte olması gösterilebilir³⁰. Yine, Avrupa Konseyi son yıllarda bu konu üzerinde çeşitli bilimsel toplantılar yaparak çalışmalarını sürdürmektedir. Bu çalışmaların sonucunda, 2001 ve 2002 yılında yeni tavsiye kararlar³¹ alan Konsey,

³⁰ Bakanlar Komitesinin “Adalete Ulaşmayı Kolaylaştıran Tedbirler” hakkındaki R (81) 7 sayılı tavsiye kararına göre; AİHS'nin 6. maddesinde teminat altına alınan adalete ulaşma ve adil yargılanma hakkının demokratik bir toplumun temel özelliği olduğu dikkate alındığında, uygun olduğu takdirde yargılama süreci başlamadan önce veya davanın devamı esnasında tarafların uzlaştırılmasını ve uyuşmazlıkların dostane bir şekilde çözümünü kolaylaştırıcı ve teşvik edici tedbirler alınmalıdır (bkz. 14 Mayıs 1981, 68. toplantı metni, s. 90).

³¹ 2001 yılında idare hukuku alanında alınan tavsiye karar için bkz. Council of Europe, Alternatives to Litigation Between Administrative Authorities and Private Parties, Recommendation Rec (2001) 9 and explanatory memorandum, Council of Europe 2002. 2002 yılında özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk hakkındaki alınan tavsiye karar için bkz. Council of Europe, Mediation in Civil Matters, Recommendation Rec (2002) 10 and explanatory memorandum, Legal Issues, Strasbourg 2003.

bu kararını Avrupa Parlamentosuna sunmuştur³². Hazırlanan direktif taslağı, parlamentoda kabul edildiği takdirde tüm ülkelerde ve ülkemizde de buna ilişkin düzenlemeler yapılacaktır. Bu direktifin amacı, üye ülkeler arasında ortak hükümlerle düzenlemeler yapılması ve mahkemelerin, tarafları bu yolu teşvik etmesinin sağlanması, hatta gerekiyorsa tarafların buna zorlanmasına ilişkin hükümlerin kabul edilmesidir³³.

Tüm dünyada, uyuşmazlıkların alternatif çözüm yollarına bu derece eğilim gösterilmesi, şüphesiz kurumun mevcut sorunlara çare olabileceği yeterliliğine bağlanabilir. Ülkemizin, uyuşmazlıkların çözümü noktasında daha elim bir noktada olması sebebiyle, ülkemizde bu kuruma duyulan ihtiyacın yoğunluk derecesini daha fazla açıklamaya gerek yoktur.

II-TÜKETİCİ HUKUKUNDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARIN ALTERNATİF ÇÖZÜM YOLLARI A) KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TÜKETİCİ UYUŞMAZLIKLARINA GETİRİLEN ALTERNATİF ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Dünya çapında, pek çok ülkede, neredeyse her türden uyuşmazlık için alternatif çözüm önerileri sunan düzenlemelere yer verilmektedir³⁴. Bu uyuşmazlıklar arasında alternatif çözüm

³² Bu tavsiye kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek**, M., Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, TBBD, S. 68, 2007, s. 265 – 320, s. 12 vd.

³³ **Pekcanitez**, Makale, s. 13. Avrupa konseyinin alternatif uyuşmazlık çözümüne yönelik olan ilgisi giderek artmaktadır. Bu konuda çok yönlü araştırmalar yapılarak 19 Haziran 2003 tarihinde “Green Paper” adıyla alternatif uyuşmazlık çözümü hakkında bir kitap yayımlanmıştır. Son olarak, Avrupa Konseyi R (2002) 10 sayılı tavsiye kararı ile alternatif uyuşmazlık çözümüne olan ilgisini vurgulanmıştır (bkz. **Özbek**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, www.webrehberi.net/wr/reviev.php?sid=1827, s. 12; **Özbek**, Avrupa, s. 2).

³⁴ Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri’nin Texas eyaletinde yürürlükte olan, *Civil Practice And Remedies Code Title 7: Alternate Methods Of Dispute Resolution Chapter 154: Alternative Dispute Resolution Procedures* adlı düzenleme için bkz. <http://law.justia.com/codes/texas/2005/cp.html>. Ayrıca

önerilerinin en güzel örneklerinin görüldüğü hukuk dallarından biri de tüketici hukuku olmuřtur³⁵. Bu ülkeler, özellikle tüketici kavramı üzerine yoğunlaşarak düzenlemelerine esas teşkil edecek olan temel dayanağı tüketicinin korunması olarak ele almıřlardır³⁶. Bu doğrultuda, düzenlemeler yapan ülkeler, doğacak uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yollarını da caiz kılarak uzun süreden beri tüketici uyuşmazlıklarında sorunsuz bir çözüm mekanizması ile yargı sisteminin yükünü azaltmaktadırlar³⁷.

Tüketici uyuşmazlıkları konusunda karşılaştırmalı hukukta evvelden beridir en çok uygulanan alternatif çözüm önerisi tahkim yoludur. Ancak, son yıllarda tahkim yanında yeni bir alternatif çözüm yolu olan arabuluculuk, tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde oldukça sık kullanılan bir yöntem olarak uygulamadaki yerini almıřtır³⁸. Arabuluculuk faaliyetlerine ilişkin pek çok uygulama karşılaştırmalı hukukta mevcuttur.

Kuzey Amerika’da “Daha İyi İşletmecilik Bürosu³⁹” olarak adlandırılan bir kuruluş, kendisine gelen tüketici şikâyetlerini üçüncü kişiler aracılığıyla çözen en kapsamlı alternatif çözüm yolu uygulamasıdır. Kanada’da pek çok büyük şehirde büroları olan kuruluş, bir tüketici şikâyetini alır almaz sorunun karşı tarafı olan kişiyle irtibata girmekte ve uyuşmazlığın çözülmesinde arabuluculuk faaliyeti göstermektedir. Büro, bu hizmet dışında, arabuluculuk

bkz. **Twigg-Flesner**, C., H. Consumer Sales Directive (99/44), http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy_part2h_en.pdf.

³⁵ Bkz. **Meyer**, W. E. Jr., The Alternative Dispute Resolution Agreement Advantage in Consumer Sales, Chicago 2004; **Nottage**, L., Consumer ADR And The Proposed Consumer Law In Australia: Room For Improvement, <http://ssrn.com/abstract=1370106>.

³⁶ Karşılaştırmalı hukuk açısından tüketici hukukuna ilişkin incelemeler ve tüketici hakem heyetleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanitez**, H., Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, İz. BD, 1996/ Temmuz, s. 40 – 58.

³⁷ **Özbek**, Tez, s. 393.

³⁸ **Özbek**, Tez, s. 394, dn. 88.

³⁹ Yabancı dilde bu kuruluş “Better Bussiness Bureau” olarak ifade edilmektedir.

faaliyetinden başarı elde edilemediğinde taraflara tahkim hizmeti de sunmaktadır. Yaklaşık 1986'dan beri "Daha İyi İşletmecilik Bürosu" ve benzer kuruluşlar Amerika'da alternatif çözüm önerileri sunmakta ve bu vesileyle tüketici sorunlarına mahkeme dışı çareler bulmaktadırlar⁴⁰.

Avrupa'da ise benzer şekilde Avrupa Tüketici Merkezi bünyesinde "Tüketici Sorun Giderme Servisi" olarak bir yapılanma mevcuttur⁴¹. Bu yapılanma, yani "Tüketici Sorun Giderme Servisi (Clearing House)" Avrupa sathında merkez İrlanda'nın Dublin şehri olmak üzere *Portekiz, Finlandiya, Avusturya, Danimarka, İsveç, İngiltere, Hollanda, İzlanda, Lüksemburg, Norveç, Almanya, İspanya, Fransa ve İtalya*'daki şubeleri sayesinde faaliyet göstermektedir. Servis, Avrupa Tüketici Merkezinin Dublin'de faaliyet gösteren bir organı olarak sınır dışı tüketici uyuşmazlıklarında bahsi geçen ülkelerin her biri kapsamında tüketicilere yardım hizmeti vermeyi ve mahkeme dışı çözüm önerileri getirmeyi vaat etmektedir. Servis, bir Avrupa Birliği ülkesi vatandaşı olmayı, tüketici olarak korunma kapsamına almak için yeterli görmekte ve ilgili tüketicinin uyuşmazlığını, ilgili ülkede bulunan şubesi sayesinde genel olarak tahkim ve arabuluculuk yöntemleri kullanarak çözmektedir⁴². Avrupa'daki bu genel merkez dışında bireysel olarak ülke bazında tüketici sorunlarına, alternatif çözüm önerileri de sunulmaktadır.

Hollanda'da özel olarak tüketici uyuşmazlıklarının çözümünde uzun yıllardan beri tüketici şikâyet kurullarının bulunduğu bilinmektedir. Bunlardan "Tüketici Birliği" olarak adlandırılan kurul, özel ticari işletmelerin taraf olduğu tüketici uyuşmazlıklarında arabulucu olarak hizmet vermektedir. Bunun yanında, hayat sigortası ve bankacılık sektöründen doğan tüketici uyuşmazlıklarında ise, bağımsız özel ombudsmanlar arabuluculuk yapmakta ve bağlayıcı

⁴⁰ Özbek, Tez, s. 394.

⁴¹ Yabancı dilde "Europe Consumer Centre (ECC) Clearing House" olarak anılan servis, tüketici sorunlarına Avrupa Birliği ülkelerinden Norveç ve İzlanda'da alternatif uyuşmazlık çözümü getirmek için ihdas edilmiştir.

⁴² Bkz. Clearing House, European Consumer Centre, www.ecccdublin.ie/publications/leaflets/subject_guides/adr.Pdf, s. 2, 6.

olmayan tavsiye kararlar vermektedirler. Bunlara ek olarak, Hollanda'da Barolar Birliğinin Denetleme Kurulu ve bazı uzman kuruluşlar, tüketici şikâyetlerini inceleyerek tarafları bağlayıcı nitelikte bir görüş bildirmekte veya kınama kararı vermektedirler⁴³.

Almanya'da da alternatif uyuşmazlık çözüm yolları yoğun olarak uygulanmaktadır. Alman tüketicileri, şikâyetlerini yargı yoluna gitmeksizin kendilerine her konuda yardımda bulunacak ve nihayetinde dava açılmasına kadar gidecek olan süreçte telkinlerle destek olacak olan tüketici danışma kurullarına bildirmektedir. Ancak, zamanla tüketici talepleri aşırı şekilde artınca danışma kurulları taleplere cevap vermez bir hale gelmişlerdir⁴⁴. Bu da alternatif uyuşmazlık çözümlerine, bilhassa mahkeme dışı önerilere dünya çapında ne derecede ciddi bir ihtiyaç duyulduğunu vurgulamaktadır.

Ülkemizdeki özel Hukuk uyuşmazlıklarında alternatif çözüm önerisi sunabilmek açısından herhangi bir hukuki dayanağı ve uygulaması olmayan, ancak uluslararası anlamda Avustralya, İngiltere, Güney Afrika gibi çok çeşitli ülkelerde uygulanan diğer bir alternatif çözüm önerisi olarak ombudsmanlık⁴⁵ kurumundan bahsedilebilir. Genellikle, bankacılık ve sigortacılık sektörlerinden doğan tüketici sorunlarında ombudsman denilen arabulucu/hakem kişi, dahili bir şikâyet organı olarak tüketici ile karşı taraf arasındaki uyuşmazlıkta tarafsız biri olarak görevlendirilmektedir⁴⁶.

Avustralya'da tüketici uyuşmazlıklarına getirilen alternatif çözüm önerileri daha çok finansal yönü ağır basan konularda

⁴³ **Özbek**, Tez, s. 395.

⁴⁴ **Özbek**, Tez, s. 395.

⁴⁵ Terminolojik köken olarak Kuzey Almanya dili ya da İskandinav dillerinde (Old Norse) yer alan, aracı anlamına gelen "ombuds" ve kişi anlamına gelen "man" kelimelerinden türeyen terim; delege, avukat, vekil veya bir diğer kişi yahut kişiler tarafından o kişi veya kişiler adına hareket etmeye ve onların haklarını korumaya yetkili kılınmış kimseyi ifade etmek için kullanılmaktadır. Bkz. <http://en.wikipedia.org/wiki/Ombudsman>.

⁴⁶ **Özbek**, Tez, s. 395.

yoğunlaşmaktadır⁴⁷. Bu bakımdan, alternatif çözüm önerileri görevli ombudsmanlar ve danışma kurulları tarafından sunulan hizmetler sayesinde getirilmektedir. Bunlara örnek olarak, Bankacılık ve Finansal Servis Ombudsmanlığı, Finansal Endüstri Şikâyet Servisi, Sigorta Ombudsmanlık Servisi, Krediler Birliği Şikâyet Çözüm Servisi, Mortgage Endüstri Ombudsmanlığı ve Sigorta Brokirları Uyuşmazlık Servisi gösterilebilir. Bunlara ek olarak, yeni alternatif uyuşmazlık çözüm uygulama alanları arasında “Telekomünikasyon Endüstrisi Ombudsmanlığı”, “Enerji ve Su Kaynakları Ombudsmanlığı”nı da saymak mümkündür⁴⁸.

Görüldüğü gibi, arabuluculuk hizmetiyle tüketici sorunlarını çözmek isteyen Avustralya, bağımsız Ombudsmanlar görevlendirmiş ve aracı kuruluşlar ihdas etmek suretiyle alternatif uyuşmazlık çözme yöntemini bu doğrultuda belirlemiştir.

B) TÜRK HUKUKUNDA TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDAKİ KANUNA GÖRE ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ

1- Genel Olarak Tüketici ve Arabulucu

Kişisel ya da ailevi ihtiyaçların karşılanması, ekonomik birer faaliyet olan üretim ve dağıtım faaliyetlerinden sonra gelen tüketim faaliyeti ile gerçekleştirilir. Tüketicinin ekonomik süreci tamamlaması ve bitirmesi kavramları esas alınmış, bunun sonucunda terminolojik anlamda “tüketim” terimi ortaya çıkmıştır⁴⁹. Kişisel ihtiyaçlarını karşılamak için mal ya da hizmet satın alan ve bunun için tüketim sözleşmesi yapan kişi, tüketici olarak adlandırılmaktadır⁵⁰.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna göre ise, tüketici bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla

⁴⁷ Avustralya’da tüketici uyuşmazlıkları çözüm yolları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **O’Shea, P. / Richett, C.**, In Defense of Consumer Law: The Resolution of Consumer Disputes, [indenseofconsumerlaw.pdf](http://www.law.usyd.edu.au/slr/slr28_1/rickett.pdf), www.law.usyd.edu.au/slr/slr28_1/rickett.pdf, s. 140 – 170.

⁴⁸ **O’Shea/ Rickett**, s. 155 – 156.

⁴⁹ **Baykan, R.**, Tüketici Hukuku, İstanbul 2005, s. 37; **Ildır**, s. 127.

⁵⁰ **O’Shea/ Rickett**, s. 140; **Ildır**, s. 127.

edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi, şeklinde tanımlanmıştır (TKHK, m. 3, e).

Bir mal veya hizmeti mesleki veya ticari olmayan amaçlar için edinen tüketici, edindiği bu mal ve hizmetler hakkında çeşitli risklerle karşı karşıya kalacaktır⁵¹. Her ihtiyaç duyulan mal ve hizmet konusunda tüketicinin yeterli bilgiye sahip olması beklenemez ve dolayısıyla onun bir tacir gibi basiretli sayılmayarak sonradan çıkabilecek sorunlar konusunda korumaya değer bir menfaat sahibi olduğunun kabulü zorunluluk arz eder.

Bunun yanında, tüketicilerin üreticiler kadar kolay örgütlenemeyecekleri, bir baskı grubu olarak ekonomik ve politik yaşamda etkinlik gösteremeyecekleri nazara alınarak tüketiciyi koruyan düzenlemelere çok eski tarihlerden beri her ülke mevzuatında yer verilmektedir.

Pek çok hukuk devletinde tüketiciyi koruyan hükümler mevcuttur ve olmalıdır da⁵². Ancak, bu konuda ilk adımın Amerika Birleşik Devletleri'nde tüketicilerin örgütlenmesi ile atıldığını söylemek mümkündür. Bunun ardından, Kıta Avrupası kanunlarında tüketiciyi koruyan önemli düzenlemelere yer vermesi ile tüketicinin korunması sorunu, 1985 yılında Birleşmiş Milletler bünyesinde temel bazı prensiplere bağlanarak çözümlenme noktasına getirilmiştir⁵³.

Neredeyse tüm dünyada, benzer özellikler gösteren tüketici uyuşmazlıklarına engel olmak amacıyla yapılan düzenlemelerde, malların etiketlenmesi, yanıltıcı reklâmların yasaklanması, kapıdan satışların kontrol altına alınması, tüketici kredilerinin düzenlenmesi, haksız sözleşme ve sözleşme şartlarının yok sayılması, hukuki koruma yollarına başvurulmasının kolaylaştırılması gibi hükümler yer almaktadır⁵⁴.

⁵¹ **Ildır**, s. 127.

⁵² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Güngör**, G., Milletler Arası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000.

⁵³ **Baykan**, s. 27; **Ildır**, s. 127.

⁵⁴ **Ildır**, s. 128. Türk Hukuku açısından benzer düzenlemelere, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundan sonra 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Borçlar Kanununda “Genel İşlem Koşulları” başlığıyla 20 – 25.

Tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuk ise, devlet yargı erki dışında tüketici ve satıcılar arasında meydana gelen uyuşmazlıkları çözmek amacıyla bir kanun hükmü gereği kurulan ve finansmanı da devletin karşıladığı kurumlarca yapılan faaliyeti ya da çeşitli sivil toplum örgütlerinin bünyesinde tüketici uyuşmazlıklarını çözmek amacıyla kurulmuş birimler tarafından ihtiyari olarak bu hizmeti veren arabuluculuk kuruluşları tarafından gerçekleştirilen faaliyeti ifade eder⁵⁵.

2- Türk Hukukunda Tüketicinin Korunması ve Tüketici Sorunları Hakem Heyeti

a) Genel Olarak

Türk Hukukunda tüketici uyuşmazlıklarına alternatif uyuşmazlık çözüm önerileri getirilmesine ilişkin akla ilk gelen kanuni düzenleme, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dur. Bu kanunun 22. maddesi ile hayat bulan "Tüketici Sorunları Hakem Heyeti" de tüketicinin korunmasına hizmet eden bir kuruluş olarak ifade edilebilir⁵⁶.

1982 Anayasasının 172. maddesi, devletin tüketiciyi koruyacağını ve aydınlatıcı tedbirler alacağını, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlere teşvik edeceğini, açıkça ifade etmektedir. Anayasanın bu hükmü doğrultusunda 23.02.1995 tarih ve 4077 sayılı "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun" kabul edilerek⁵⁷ 06.09.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir (TKHK m. 33). Belirtmek gerekir ki, 06.03.2003 tarih ve 4822 sayılı Tüketicinin Korunması

maddeler arasında ayrıntılı yer verildiği görülmektedir. Ayrıca bkz. **Öz, T.**, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011; **Burcuoğlu, H.**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Getirilen Yenilikler, http://www.muglabarosu.org.tr/upload/UserUpload/file/TBK_SUNUM-HB.pdf.

⁵⁵ **İldır**, s. 128.

⁵⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Ulukapı, Ö.**, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, SÜHFD, 1996, C. 5, S. 1 – 2, s. 77 – 101; **Pekcanitez, Hakem Heyeti**, s. 40 – 58.

⁵⁷ RG 08.03.1995, S. 2221.

Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla⁵⁸ bu kanunun çok sayıda maddesinde önemli değişiklikler yapılmıştır⁵⁹.

Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, esas olarak 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 22. maddesi ile 25. maddesinde cezai yaptırımlara bağlanmış hususlar dışında, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundan doğan uyuşmazlıklara çözüm bulmak üzere ihdas edilmiştir. Heyetin kuruluşunda, tüketici ile satıcılar ve sağlayıcılar arasında çıkan uyuşmazlıkların yargı yoluna gitmeden daha hızlı bir şekilde uzlaştırma yoluyla çözülmesi, küçük uyuşmazlıkların mahkeme yerine bu kurullarda sonuca bağlanması amaçlanmıştır⁶⁰.

4077 sayılı Kanunla, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, il ve ilçe merkezlerinde tüketicilerle satıcılar arasında çıkan uyuşmazlıklara çözüm bulmak, bu kanunla kurulması öngörölmüş olan tüketici mahkemelerinde takdiri veya kesin delil olarak kullanılacak kararlar almak amacıyla belediyelerle koordineli olarak en az bir Tüketici Sorunları Hakem Heyeti oluşturmakla görevlendirilmiştir (TKHK m. 22; TSHHY m. 5/1).

Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, bir başkan ve dört üyeden oluşur. Heyetin başkanlığını sanayi ve ticaret il müdürü veya onun görevlendireceği bir memur yapar (TKHK m. 22/2). Bakanlık taşra teşkilatının bulunmadığı il ve ilçelerde ise, bu görevi en büyük mülki amir veya onun görevlendireceği bir memur yapar (TKHK m. 22/3). Heyet; belediye başkanının önereceği konunun uzmanı bir belediye personelinden, baronun mensupları arasından görevlendireceği bir üyeden, ticaret ve sanayi odasının ve esnaf ve sanatkârlar odasının görevlendireceği bir üyeden ve son olarak tüketici örgütlerinin

⁵⁸ RG 18.03.2003, S. 24997.

⁵⁹ **Ildır**, s. 128.

⁶⁰ **Baykan**, s. 443; **Zevkliler**, A., Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İzmir 1996, s. 212; **Pekcanitez**, Hakem Heyeti, s. 40 – 41; **Pekcanitez**, H., Tüketici Mahkemeleri, İBD. 1996, 4 – 5 – 6, s. 141 – 161, s. 142.

seçecekleri bir üyeden teşekkül eder⁶¹. Heyet; görev, yetki ve çalışma kapsamı dışında kalan başvuruları doğrudan ilgili kuruluşlara ve heyetlere intikal ettirir (TSHHY m. 5/son).

b) 4822 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanundan Önceki Durum

Türk Hukuku açısından, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, mahkemeler dışında alternatif uyuşmazlık çözümünü gerçekleştiren resmi bir kuruluş olarak gösterilebilir. Heyetin çalışma sistemi incelendiğinde, alternatif uyuşmazlık çözümü tekniklerini oluşturan temel unsurların, heyet için de geçerli olduğu ifade edilmelidir⁶². Ancak, bu yargıya varmadan önce 4822 sayılı Kanunla değişik Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun üzerine bir inceleme ve değerlendirme yapmak gerekir.

4077 sayılı Kanunun son haline göre, Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurunun zorunluluğu, uyuşmazlık konusunun parasal değerine göre belirlenir. Uyuşmazlık konusu olan şeyin parasal değeri yetkili organlarca yayınlanan tebliğde belirlenen meblağa⁶³ kadar ise Tüketici Hakem Heyetine başvuru zorunludur. Bu meblağın üzerindeki uyuşmazlıklarda başvuru ihtiyari nitelik taşımaktadır. 4077 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırılan eski hükmüne göre ise, uyuşmazlığın Tüketici Sorunları Hakem Heyetinde incelenmesinden sonra verilecek kararlar, bağlayıcı nitelik taşımamaktaydı. Zira, o gün için hakem heyeti, yürürlükten kaldırılan

⁶¹ **İldır**, s. 129; Mahkeme Dışı Çözüm Yolları ve Türk Hukuku, www.e-ticaret.gov.tr/toplantı/, s. 1 – 6, s. 2.

⁶² **İldır**, s. 130.

⁶³ Bu parasal değer, her yıl TKHK'nın 22. maddesinde belirlenen usule göre, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından bildirilen Üretici Fiyatları Endeksinde meydana gelen artış esas alınarak meydana gelen yıllık ortalama fiyat artışı oranında artırılır. Buna göre, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından yayınlanan tebliğle, 2012 yılı için Türkiye İstatistik Kurumu tarafından bildirilen Üretici Fiyatları Endeksinde meydana gelen ortalama % 12,58 oranında artış esas alınmış ve 1.1.2012 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere Tüketici Sorunları Hakem Heyetlerinin kararlarının bağlayıcı olacağına ilişkin üst veya tüketici mahkemelerinde delil olacağına ilişkin alt parasal sınır 1.161,67 TL olarak belirlenmiştir (RG. 26.12.2011, S. 28154).

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda⁶⁴ düzenlenen tahkim kurulu niteliğine sahip bir kurul olarak kabul edilmekteydi⁶⁵. Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin kararları, Tüketici Mahkemesinde delil olarak kullanılabilirdi⁶⁶ ve bu delil, kesin delil niteliğine sahip değilse de mahkemenin kararını, heyet kararı yönünde etkileyebilecek güçte takdiri delil olarak kullanılabilmekteydi⁶⁷.

Bu doğrultuda, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti tarafından verilmiş bir karar tüketici uyuşmazlığını çözemese, bu kararın mahkemede delil olarak kullanılabilmesinin, mahkemede görülecek davayı hızlandıracağı ve alternatif uyuşmazlık çözme amacına hizmet edeceği düşünölmüřtür⁶⁸.

Bu özellikleri sebebiyle, Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin mahkemelerce yürütölen yargılama eylemine alternatif bir yöntemle tüketici uyuşmazlıklarının çözömlünü gerçekleştiren arabuluculuk ya da sulha teşvik edici bir kuruluş olarak kabulü, 4077 sayılı Kanunun 22. maddesinin 4822 sayılı Kanunla değişik halinden önce tamamen geçerli bir ifade idi. Söz konusu değişiklikten sonra, uyuşmazlık konusu tebliğle belirlenen parasal değerden az ise, Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvuru zorunlu olduğundan artık sözü edilen alternatif uyuşmazlık çözömlü tekniği geçerlilik arz etmeyecektir. Bu tür uyuşmazlıklarda, Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvuru mecburi olacak ve heyetin uyuşmazlık konusu üzerinde vereceği karar, taraflar açısından bağlayıcılık arz edecektir. Üstelik, heyetin verdiği karar, İcra ve İflâs Kanunu anlamında ilâm niteliğinde bir belge olarak kabul edilecektir. Yani, heyetin belli bir meblağın

⁶⁴ Bilindiği gibi, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 1.10.2011'de yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 450. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁶⁵ **Zevkliler**, s. 213; **Ulukapı**, s. 80.

⁶⁶ 4077 sayılı Kanunun 4822 sayılı Kanunla değiştirilmesinden sonraki hali için, Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca yayınlanan tebliğe belirlenen parasal değerin üzerindeki uyuşmazlıklar hakkında bu ifade aynen geçerlilik arz edecektir.

⁶⁷ **İldır**, s. 130; **Pekcanıtez**, Hakem Heyeti, s. 55.

⁶⁸ **İldır**, s. 130.

altındaki uyuşmazlıklar açısından konumu, zorunlu bir tahkim organı olarak nitelendirilebilir⁶⁹.

Özetle, 4077 sayılı Kanunun değişiklikten önceki hali için hakem heyetinin tüketici uyuşmazlığına çözüm getirirken uyguladığı yöntem bir çeşit arabuluculuk faaliyeti olarak adlandırılabilir. Ancak, heyetin arabuluculuğun tüm karakteristik özelliklerini bir bünyede toplayamadığını da belirtmekte fayda vardır⁷⁰. Özellikle, arabuluculuğun en önemli, en seçici özelliği olan tarafların çözüm sürecine bizzat katılmaları, tarafların oturumda hazır bulunmaları, yüz yüze görüş belirtmeleri ve o anda uyuşmazlığa çözüm önerileri getirmelerine ilişkin unsurlar, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti tarafından hayata geçirilememektedir.

Buna rağmen, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, Türk Hukukunda devlet yargısının alternatifi olarak yerini almıştır. Tarafların oturuma katılarak uzlaştırılması da gerçekleştirildiğinde heyetin yargılamayı uzatan bir engel olduğu yönündeki eleştiri⁷¹ de ortadan kalkacağından, heyete ihtiyari başvuru sayısında artış görülecektir⁷².

Çözüm önerisine tarafların katılımının sağlandığı uzlaştırıcı bir heyetin varlığı halinde, heyetin yetki alanını genişletmek ve daha az sayıda tüketici uyuşmazlığının mahkemelere intikal ettirilmesini sağlamak mümkün olacaktır. Bu bağlamda, Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin çalışma sisteminde yapılacak değişikliklerle heyete, alternatif uyuşmazlık çözüm organı olma sıfatı tam anlamıyla kazandırılabilir⁷³.

4077 sayılı Kanunun değişiklikten önceki ve değişiklikten sonraki halinde, belirli bir meblağın üstünde olan uyuşmazlık için heyete başvuru ihtiyari nitelik arz etmektedir. Bu vesileyle, ihtiyari

⁶⁹ **Tanrıver**, s. 175.

⁷⁰ **Ildır**, s. 130.

⁷¹ **Zevkliler**, s. 212.

⁷² **Ildır**, s. 131.

⁷³ **Ildır**, s. 131.

başvuru yüzünden doğabilecek bir takım hukuki sorunlar üzerinde durmakta fayda görülmektedir.

Bir tüketici, uyuşmazlığa düştüğü bir konuda önce heyete ihtiyari olarak başvurup daha sonra uyuşmazlığı tüketici mahkemesine taşıyabilir. Bu durumda, mahkemenin uyuşmazlık incelemesinde Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin kararını beklemesinin gerekip gerekmeyeceği sorunu doğar. Teknik açıdan konuya yaklaşıldığında, ortada bekletici sorun olarak algılanabilecek bir durum yoktur. Yani, mahkemenin yasal anlamda heyetin kararını beklemesi gerekmemektedir. Oysa, pratik açıdan konu ele alındığında hakem heyetinde uzlaşmış olabilecek tarafların, davanın görülmesinde hukuki menfaatleri kalmayacaktır. Bu açıdan, usul ekonomisini gerçekleştirmek adına heyetin kararının mahkemece ihtiyari bekletici sorun olarak beklenmesi yerinde olabilir⁷⁴.

İlke olarak, bir uyuşmazlığın alternatif yöntemlerle çözülmesi halinde, Usul Hukuku açısından dava açılmasının sonuçları doğmayacaktır. Bunu gibi, tüketici, uyuşmazlığına çözüm için ihtiyari olarak Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurulmuşsa, dava açılmasının hiçbir sonucu gündeme gelmeyecektir. Alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemlerinin önünde önemli bir engel olarak bulunan bu anlaşılması zor durumun gerekli yasal düzenlemeler yapılarak giderilmesi pek çok açıdan bakıldığında zaruret göstermektedir⁷⁵. Bu anlamda, alternatif uyuşmazlık çözümlerinin hukukumuza yerleşmesi ile bu eksikliğin giderilebileceği ihtimal dâhilinde görülmektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm sürecinde, taraflardan biri diğerinin ileri sürdüğü bir vakıayı ikrar ederse, bu ikrarın vasfının ne olacağı, üzerinde düşünölmeye değer başka bir konudur. Genel olarak kabul edildiği üzere, böyle bir ikrarı mahkeme dışında yapılmış bir ikrarın hüküm ve sonuçlarına tabi tutmak gerekmektedir. Gerçekten, bu süreçte taraflar, kesin bir sonuca ulaşmamakla beraber belirli noktalarda anlaşmaya varmış ve bu noktaları yazılı bir belgeye

⁷⁴ Ayrıca bkz. **İldır**, s. 133.

⁷⁵ **İldır**, s. 134.

bağlamış olabilirler. Bunun gibi, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti önünde yapılan ikrarlar, resmi makam önünde yapılmış olup mahkeme dışı ikrar olarak kesin delil niteliğini haizdirler. Öğretide, mahkemelerin iş yükünü hafifletmek adına heyetin ilgilendiği uyuşmazlığın sonuçlandırılması amacıyla burada söz konusu olan ikrarı, mahkeme içi ikrar olarak kabul etmenin ve buna ilişkin düzenlemeleri kanuni zemine taşımanın amaca uygun düşeceğini ifade eden yazarlar da mevcuttur⁷⁶.

c) 4822 Sayılı Kanundan Sonraki Durum

4077 sayılı Kanunun 4822 sayılı Kanunla değişik 22. maddesi adeta yeniden ele alınarak önemli değişikliklere tâbi tutulmuştur. Buna göre, değeri belirli bir meblağın altında olan uyuşmazlıklarda tüketicinin dava açmadan önce Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurması zorunlu tutularak yeni bir dava şartı ortaya çıkmıştır (TKHK m. 22/5). Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının özünü teşkil eden gönüllülük ilkesine uymayan bu düzenleme yine de uyuşmazlığın mahkemelerce verilen bir hüküm yerine hakem heyetince verilen hükümlerle bitirilmesinin sağlanması bakımından bir alternatif çözüm önerisi olarak kabul edilmektedir⁷⁷.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun bu son haline göre, değeri belirli bir meblağın altında olan uyuşmazlıklar için Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvurulması zorunludur. Bu uyuşmazlığın incelemesi sonucunda Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin vereceği kararlar bağlayıcıdır. Bu kararlar, İcra ve İflas Kanunu 38. madde anlamında ilâmlı icraya dayanak olabilecek belgeler arasında yer almaktadır⁷⁸. Yani, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun

⁷⁶ İldır, s. 136.

⁷⁷ Özbek, Tez, s. 396; Pekcanitez, Tüketici Mahkemeleri, s. 145.

⁷⁸ İldır, s. 137; Özbek, Tez, s. 396; Tanrıver, s. 174. Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi 20.3.2008, E. 2006/78, K. 2008/84. Karara göre, Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin verdiği kararın ilâm niteliğinde olmadığı gerekçesiyle icra takibinin ve ödeme emrinin iptali istemiş, İcra Hukuk Mahkemesinde görülen davada da TKHK. m. 22/5'in Anayasaya aykırı olduğunu iddia edilmiştir. Anayasa mahkemesince yapılan incelemede, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 22/5

değişiklikten sonraki halinde, taraflardan birinin hakem heyetinin kararına uymaması halinde, diğer tarafın tüketici mahkemesinde dava açarak lehine bir hüküm almasına ve bundan sonra ilâmlı icra yoluna başvurmasına gerek kalmamıştır⁷⁹.

Hakem heyetinin kararlarına karşı on beş gün içinde tüketici mahkemesinde itiraz edilebilir. İtiraz, Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin verdiği kararların icrasını durdurmaz. Ancak, taleple bağlı olarak hâkim heyet kararlarının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir. Bu itiraz üzerine mahkemenin vereceği karar kesindir (TKHK m. 22/6).

TKHK m. 22 hükmünün bu haline, gönüllülük esasına dayalı alternatif uyuşmazlık çözümleri ekseninden uzaklaştığı yönünde eleştiriler yöneltilebilirse de ülkemiz uygulamasında alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının eksikliği dikkate alındığında, bu eleştirinin dayanaksız kalacağı savunulabilir⁸⁰.

Hükmün bu son hali ile Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin verdiği kararların hukuki niteliği hakkındaki tartışmalar bir sonuca varabilmiştir. Buna göre, değeri belirli bir meblağın altında olan uyuşmazlıklar açısından hem hakem heyetine başvurunun zorunlu olması, hem de verilen kararların bağlayıcı olması nedeniyle bu usul, zorunlu tahkim yolu olarak adlandırılmaktadır⁸¹. Hatta, bu usulde yer alan zorunlu tahkimde, HUMK. m. 536'da yer alan kurala göre hakem kararları ancak kesinleştikten sonra icra edilebilirken, Tüketici Sorunları Hakem Heyeti kararlarının icra edilmesi için kesinleşmesi

hükmünün Anayasaya aykırı olmadığına ve itirazın reddine oybirliğiyle karar vermiştir. Kararın tam metni için bkz. RG. 1.7.2008, S. 26923.

⁷⁹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda değişiklik yapılmadan önce, Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin verdiği kararlar tüketici mahkemelerinde takdiri delil olarak ileri sürülebiliyordu. Bu yönü dolayısıyla öğretilerde, heyetin bir arabuluculuk görevini üstlendiği savunuluyordu. Bkz. **Ulukapı**, s. 80; **Ildır**, s. 130. Ancak, kanunun şimdiki hali ile heyetin kararlarında tavsiye edici tahkim usulünün ağır bastığı savunulmaktadır. Bkz. **Özbek**, Tez, s. 396, dn. 101.

⁸⁰ **Özbek**, Tez, s. 397.

⁸¹ **Özbek**, Tez, s. 397; **Tanrıver**, s. 175; **Ildır**, s. 137.

şart değildir⁸². Hukuk Muhakemeleri Kanununda, HUMK. m. 536'nın karşılığı olmadığı ve hakem kararlarının icrası için kararların kesinleşmesini arayan başkaca da bir hüküm bulunmadığı gibi HMK. m. 439/4 ve 6 hükümleri gereği, 1.10.2011 tarihinden itibaren hakem kararlarının icraya konulabilmeleri için kesinleşmeleri aranmayacaktır. Böylece, HUMK. m. 536 ve TKHK. m. 22/5 hükümleri sebebiyle Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin verdiği kararlar ile hakem kararlarının icraya konulabilmesi açısından var olan kesinleşme şartına bağlı farklılığın, Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesi ile ortadan kalktığı ifade edilmelidir.

Değeri belirli bir miktarın üstünde olan tüketici uyuşmazlıkları açısından Tüketici Sorunları Hakem Heyetine başvuru zorunluluk arz etmez. Bu uyuşmazlıklar için Tüketici Sorunları Hakem Heyetinin vereceği kararlar tüketici mahkemesinde açılacak davada güçlü bir takdiri delil teşkil edecektir⁸³.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun öngördüğü hakem heyetlerinin alternatif uyuşmazlık çözümü açısından varlığı, modern hukuk bağlamında uyuşmazlık çözümlerini çeşitlendirme açısından olumlu bir adım olarak görülebilir. Ancak, bu uyuşmazlıkların parasal sınırlarla zorunlu tahkim yoluyla veya yarım arabuluculuk yoluyla çözülmesi, Türk Hukuku açısından alternatif uyuşmazlık çözümü konusunda hâlâ önemli eksiklikler olduğuna işaret etmektedir. Özellikle, hukuk sistemimizde uyuşmazlıkların mahkemeye

⁸² Özbek, Tez, s. 397.

⁸³ Tanrıver, s. 174. Esasında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, delilleri *kesin deliller* ve *takdiri deliller* olarak ikiye ayırmış; *güçlü* veya *güçlü olmayan takdiri deliller* gibi bir ayırma yer vermemiştir. Ancak, bazı Yargıtay kararları ve öğretide *güçlü takdiri delil* kavramına yer verildiği görülmektedir. Anlaşıldığı kadarıyla, burada güçlü takdiri delil kavramıyla kastedilen, uyuşmazlığa bakacak tüketici mahkemesinin vereceği kararı, hakem heyetinin verdiği karar doğrultusunda etkileyecek güce sahip bir delil niteliği taşıyan hakem heyeti kararıdır. Güçlü delil kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akcan, R., Yargıtay Kararlarındaki "Güçlü Delil" Kavramının Hukuki Niteliği, SÜHFD, C. 12, S. 1 – 2, 2004, s. 7 – 24.

götürülmeden çözülmesi noktasında arabuluculuk yönteminin⁸⁴ geliştirilmesi yönünde çaba harcanmalı; bu yöntem aranan başarıyı sağlamsa bile yöntemin yargılama sürecini hızlandırmaya katacağı olumlu etkiler göz ardı edilmemelidir⁸⁵.

SONUÇ

Yargı sistemimizdeki aksaklıklarının en önemli nedeni mahkemelerin çok ağır bir iş yükü altında eziliyor olmalarıdır. Yargı erkinin gün geçtikçe tıkanma noktasına sürüklendiğı bir ortamda adalet anlayışının etkili ve taraflar açısından tatminkâr bir şekilde yerine getirilmesinin sağlanması, şüphesiz iş yükünü azaltacak kalıcı tedbirlerin alınması ile mümkün olacaktır.

Mahkemelerin iş yükünü azaltmak adına uygulama ve pozitif hukuk açısından konu ele alındığında akla ilk gelen yöntem, ihtiyari tahkim usulünün benimsenmesi olmalıdır. Ancak, uygulamada tüketiciler ile satıcı ve sağlayıcılar aralarında çıkan uyuşmazlıkların çözülebilmesi için tarafların tahkim yoluna başvurduklarını görmek pek mümkün değildir.

Satıcı-sağlayıcı ve tüketici arasında doğacak uyuşmazlıkların karşılıklı müzakere yoluyla çözülmesi yöntemi hukukumuzda pek bilinmemektedir. Uzlaştırma kurumu uyuşmazlıkların dostane bir şekilde çözümünü öngörür. Gerçekten, uzlaştırma yolu ile uyuşmazlık çözümü yöntemi tahkime göre daha kolay, daha az masraflı ve daha dostane bir yöntem benimsenerek gerçekleştirilmektedir.

Ülkemiz uygulamasında bulunmayan bir diğer alternatif uzlaşmazlık çözüm yolu ise, ombudsmanlık kurumu olarak belirtilebilir. Esasen, kamu denetçisi olarak dilimize girmiş ve

⁸⁴ Nitekim uygulamada, Türk Standartları Enstitüsü, arabuluculuğı kullanmakta, TSE belgeli mal ve hizmetlere yöneltilen şikâyetleri inceleyerek ilgili işletme ve tüketici arasındaki sorunu arabuluculuk yöntemi ile çözmektedir. Yine, İstanbul Ticaret Odası, bünyesinde oluşturduğu Tüketici Şikâyetleri Masasıyla şikâyetleri dinlemekte ve tüketicilerle işletmeler arasındaki uyuşmazlıkları arabuluculukla çözmektedir. Bkz. **Atasay, Ö. A. / Taşkın, M. / Acar, H.**, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2000, s. 192.

⁸⁵ **Özbek, Tez**, s. 398.

yalnızca idari uyuşmazlıklarda etkili olan kurum sayesinde çoğu Avrupa ülkesinde tüketici ile kamu kurum ve kuruluşları arasında doğacak uyuşmazlıkların çözümlenmesi noktasında başarılı sonuçlar elde edilmektedir.

Konuya hukukumuzda olmayan kurumlar açısından değil de mevcut düzenlemeler ışığında pozitif hukuk bakımından alternatif uyuşmazlık çözüm yolu örneği olan Tüketici Sorunları Hakem Heyeti açısından bakılırsa, bir takım tespitler yapmak mümkün olacaktır.

Değeri belirli bir miktarın altında kalan uyuşmazlıklar için Tüketici Sorunları Hakem Heyetini, öğreti, bir çeşit zorunlu tahkim organı olarak değerlendirmektedir. Bu konuda, bir çeşit alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi var veya yok tartışmasına girmeden, belirli bir miktarın üstünde olan uyuşmazlıklar bakımından heyetin konumunu değerlendirmek yerinde olacaktır. Bu açıdan bakıldığında, heyetin verdiği kararlar güvenilirlik, inandırıcılık, ekonomik olma, hızlı çözüm olanakları sunma özellikleri gereği bir çeşit arabuluculuk faaliyeti olarak adlandırılabilir.

Unutmamak gerekir ki, alternatif bir uyuşmazlık çözüm yönteminde esas olan gönüllü olarak uyuşmazlığı uzlaşma amacıyla bir arabulucuya götürmek ise, heyetin gönüllülüğü sağlayan fakat tarafların uzlaşma aşamasında varılacak sonuca bizzat kendi iradeleri ile etki etmelerini engelleyen yönü kurumu arabuluculuktan uzaklaştırmaktadır.

Hukuk sistemimizin önemli bir yenilenmeye tâbi tutulduğu şu günlerde, Avrupa Birliği mevzuatına uyum kapsamında ülkemizde uygulanabilirliği olan ve yukarıda bahsi geçen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ithali ile hukukumuzun uyuşmazlıklara çözüm sunma konusunda zenginleştirilmesi pek çok açıdan önemli faydalar sağlayacaktır. Sonuç olarak, hukukumuzda bir eksiklik olarak gözlemlenen, tüm dünyada çoktandır kullanılagelen modern uyuşmazlık çözüm yöntemlerini, hukukumuza kısa sürede adapte etmek, kanunkoyucu kadar öğreti ve uygulayıcılara düşen önemli bir görev olarak belirtilebilir.

KAYNAKLAR*

- AKCAN**, Recep: Yargıtay Kararlarındaki “Güçlü Delil” Kavramının Hukuki Niteliği, SÜHFD, C. 12, S. 1 – 2, 2004, s. 7 – 24.
- ALANGOYA**, Yavuz: Medeni Usûl Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İst. t. 1973.
- ATASAY**, Ömer Adil/ **TAŞKIN**, Mustafa/ **ACAR**, Hakan: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2000.
- BALCI**, Muharrem: İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999.
- BAYKAN**, Renan: Tüketici Hukuku, İstanbul 2005.
- BULUR**, Alper: Avukatlık Kanunu m. 35/A’nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi, TBBD, S. 89, 2010, s. 196–241.
- BURCUOĞLU**, Haluk: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Getirilen Yenilikler, [http:// www. muglabarosu. org. tr/ upload/ User Upload/ file/ TBK_SUNUM-HB.pdf](http://www.muglabarosu.org.tr/upload/User Upload/file/TBK_SUNUM-HB.pdf).
- ÇAKIN**, Akın: Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları, Yayınlanmamış Çalışma Raporu, 20.05.2005, www.ppt2txt.com/r/fa7829d3/.
- GÜNGÖR**, Gülin: Milletler Arası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000.
- ILDIR**, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003.
- KURU**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, 6. Baskı, İstanbul 2001.
- MEYER**, William E. Jr.: The Alternative Dispute Resolution Agreement Advantage in Consumer Sales, Chicago 2004.
- NOTTAGE**, Luke: Consumer ADR And The Proposed Consumer Law In Australia: Room For Improvement, <http://ssrn.com/abstract=1370106>.

* Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflara ait kısaltmalar eserin sonunda parantez içinde belirtilmiştir.

- O'SHEA, Paul/ RICHETT, Charles:** In Defense of Consumer Law: The Resolution of Consumer Disputes, indefenseofconsumerlaw.pdf, www.law.usyd.edu.au/slr/slr281/rickett.pdf.
- ÖZ, Turgut:** Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011.
- ÖZBEK, Mustafa:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2004 (Özbek, Tez).
- ÖZBEK, Mustafa:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, www.webrehberi.net/review.php?sid=1827 (Özbek, Net).
- ÖZBEK, Mustafa:** Avrupa Birliğinde Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, TBBD, S. 68, 2007, s. 265 – 320 (Özbek, Avrupa).
- ÖZBEK, Mustafa:** Dünya Çapında Adalete Ulaşma Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, AÜHFD, C. 51, S. 2, 2002, s. 121 – 161 (Özbek, Makale).
- PEKCANITEZ, Hakan:** Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, HPD, S. 5, Aralık 2005, s. 12 – 16 (Pekcanitez, Makale).
- PEKCANITEZ, Hakan:** Tüketici Mahkemeleri, İBD, 1996, S. 4 – 5 – 6, s. 141 – 161 (Pekcanitez, Tüketici Mahkemeleri).
- PEKCANITEZ, Hakan:** Tüketici Sorunları Hakem Heyeti, İz. BD, 1996/ Temmuz, s. 40 – 58 (Pekcanitez, Hakem Heyeti).
- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet:** Medenî Usûl Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2011.
- TANRIKULU, Cengiz:** Mahkeme Dışı Çözüm Yolları ve Türk Hukuku, T.C. Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı, Ankara, 2 Kasım 2005.
- TANRIVER, Süha:** Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, TBBD, S. 64, Mayıs/ Haziran 2006, s. 151–177.
- TWIGG-FLESNER, Christian:** H. Consumer Sales Directive (99/44), http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy_part2h_en.pdf.

ULUKAPI, Ömer: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, SÜHFD, 1996, C. 5, S. 1 – 2, s. 77 – 101.

ZEVKLİLER, Aydın: Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İzmir 1996.

ALMAN TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ HUKUKUNDA ARABULUCULUK UYGULAMALARI

Dr. C. Gökhan ERBAŞ LL.M. (Köln)*

Özet

Günümüzde hukukun hemen hemen bütün alanlarında, ortaya çıkan problemlerin bir an evvel çözüme kavuşturulması amacıyla, arabuluculuk müessesesinin de aralarında bulunduğu alternatif çözüm yolları gittikçe yaygın bir şekilde uygulanmaktadır. Bu bağlamda kolektif iş hukuku alanında da uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde, belli şartlar altında arabuluculuk kurumuna başvurulmaktadır. Bu doğrultuda Avrupa Sosyal Şartı içerisinde de iş uyuşmazlıklarının giderilmesi için uygun uzlaşma ve gönüllü arabuluculuk usullerinin oluşturulması ve kullanımını teşvike yönelik ifade yer almıştır.

Kollektif iş hukuku alanında arabuluculuk kurumu ülkemizde 1983 yılında 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle uygulamaya başlanmışken, Alman kollektif iş hukukunda arabuluculuk çok daha önce düzenleme altına alınmış ve uygulanmaya başlamıştır.

Bundan hareketle bu çalışmada, Türk toplu iş hukukunda arabuluculuk kurumuna farklı bir bakış açısı kazandırmak amacıyla, 35 Sayılı Kontrol Meclisi Kanunu –İş Uyuşmazlıklarında Uzlaştırma ve Arabuluculuk Usulü– [Kontrollratsgesetz – Ausgleichs- und Schiedsverfahren in Arbeitsstreitigkeiten (KRG)] içerisinde yer alan yasal düzenlemeler ve mevcut hukuki durum açıklanmak suretiyle, Alman kollektif iş hukukunda arabuluculuk uygulamaları incelenmeye çalışılacaktır.

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Toplu İş Sözleşmesi, Alman Hukuku, İş Hukuku, Grev ve Lokavt

Mediation Applications in German Collective Labour Agreement Law

Abstract

Today, alternative dispute resolution methods including the mediation institution are increasingly commonly used in order to solve problems promptly in every branch of law. In this context, where there is a dispute in collective labour law, mediation applications are used under some certain conditions. Accordingly, European Social Charter expressly promotes creating and using the methods of reconciliation and voluntary mediation for the settlement of labour disputes.

Whilst mediation applications were started to being applied in Turkish collective labour law by the introduction of Collective Labour Agreement, Strike and Lockout Law No. 2822 in 1983, mediation in German collective labour law was well before regulated and started to being applied.

Based on this, in this study, mediation applications in German collective labour agreement law will be examined by the analysis of legal requirements in Control Council Law No. 35 on “Conciliation and Mediation Methods in Labour Disputes” [Kontrollratsgesetz – Ausgleichs- und Schiedsverfahren in Arbeitsstreitigkeiten (KRG)] and current legal status in order to provide a perspective on mediation in Turkish collective labour law.

Keywords: Mediation, Collective Labour Agreement, German Law.

I. Giriş

Küreselleşen dünya düzeni içerisinde günlük yaşamda bireylerin mümkün oldukça yüksek refah seviyesinde yaşama beklentisi, ticari yaşamda ise gittikçe ağırlaşan rekabet şartları ve hedeflenen azami verimlilik, sorunların gecikmeksizin bertarafını gerektirmektedir. Bu bağlamda günümüzde, örneğin ticaret hukuku, medeni hukuk ve hatta ceza hukuku gibi hukukun hemen hemen bütün alanlarında, ortaya çıkan

problemlerin bir an evvel çözüme kavuşturulması amacıyla, arabuluculuk müessesesinin de aralarında bulunduğu alternatif çözüm yolları gittikçe yaygın bir şekilde uygulanmaktadır. Bunlar gibi kolektif iş hukuku alanında da uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde, belli şartlar altında arabuluculuk kurumuna başvurulmakta olup, bu doğrultuda Avrupa Konseyi tarafından oluşturulan ve 18.10.1961 tarihinde İtalya'nın Torino şehrinde imzalanan Avrupa Sosyal Şartı¹ içerisinde de arabuluculuğu teşvike yönelik ifade yer almıştır. Avrupa Sosyal Şartı'nın 1996 yılında revize edilmiş versiyonu kısım II md. 6 nr. 3'de yer alan düzenleme uyarınca sözleşmeye taraf olan devletler çalışma koşullarına ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıkların bertarafı için uygun uzlaşma ve gönüllü arabuluculuk usullerinin oluşturulmasını ve kullanımını teşvik etme yükümlülüğü altına girmişlerdir.

Kollektif iş hukuku alanında arabuluculuk kurumu ülkemizde 1983 yılında 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle uygulamaya başlanmış olup, ilerleyen zaman içerisinde oluşturulan 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu ve en son 7 Ekim 2012 tarihinde yürürlüğe giren ve 2822 Sayılı Kanun'u yürürlükten kaldıran 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu içerisinde de arabuluculuk fonsiyonunu ifa eden birimlere yer verilmiştir. Ülkemize göre sanayileşmenin erken başladığı ülke olan Almanya'da, kolektif iş hukuku alanında arabuluculuk kurumunun *–yeterliliği tartışılır olsa da–* çok daha önce düzenleme altına alındığından ve uygulanmaya başladığından hareketle, yararlı olabileceği öngörüsüyle bu çalışmada Alman hukukunda toplu iş uyuşmazlıklarında arabuluculuk uygulamaları incelenmek suretiyle, toplu iş hukuku alanında arabuluculuk kurumuna farkı bir bakış açısı kazandırılmaya çalışılacaktır.

II. Arabuluculuğa İlişkin Genel Esaslar

Arabuluculuk uygulamalarına ilişkin detaylara girmeden önce kolektif iş hukukunda “arabuluculuk” kavramının tanımını yapmak yerinde olacaktır. Kollektif iş hukuku alanında “arabuluculuk”, toplu

1 <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/ESCRBooklet/English.pdf> (11.11.2012); krş. Erbaş, Kündigungsschutz – Türkei und Deutschland, 9.

düzenlemelere² ilişkin uyuşmazlıkların kazai yöntemlerle değil de barışçıl yöntemlerle ve kural olarak toplu sözleşme yapılmak suretiyle bertarafına yönelik araç olarak tanımlanabilir.³

Düzenlemelere ilişkin uyuşmazlıklar ifadesi ile kastedilen, bir kuralın uygulanması esnasında yorumundan kaynaklanan hak uyuşmazlıkları değil menfaat uyuşmazlıkları, yani uyuşmazlığa düşen tarafların farklı menfaatlerinin düzenleme yapılmak, kural oluşturulmak suretiyle hukuki veya fiili olarak gelecek için ortadan kaldırıldığı uyuşmazlıklardır.⁴

Genel olarak Alman kolektif iş hukuku alanında sadece toplu düzenlemelere ilişkin uyuşmazlık hallerinde, yani en azından bir tarafta kolektif tarafın bulunduğu çalışma şartları ve ekonomik şartlara ilişkin uyuşmazlıklarda, arabuluculuk kurumuna başvurulabilmesi kabul edilmektedir.⁵ Kolektif taraflar, toplu iş sözleşmesi ile ilgili alanlarda işveren birlikleri ve işçi sendikaları iken, işyeri bağlamında işyeri kurulu⁶, genel işyeri kurulu⁷ ve holding işyeri kurulu⁸, (kamu

2 Toplu düzenleme, işyeri sözleşmesi (Betriebsvereinbarung) [kamu hizmetlerine ilişkin olarak ise kamusal işyeri sözleşmesi (:Dientsvereinbarung)] ve toplu iş sözleşmesi (Tarifvertrag) bakımından üst kavram olarak kullanılmaktadır; bkz. Müller/Preis, Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, kenar numarası (bundan sonra kn. olarak kullanılacaktır) 135.

3 Ayrıntılar için bkz. Raupach, die Schlichtung, 23 vd.; krş. Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, C. 2, § 20 kn. 1.

4 Bkz. Raupach, die Schlichtung, 19; krş. Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, C. 2, § 20 kn. 2.

5 Bkz. Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, C. 2, § 20 kn. 3.

6 İşyeri kurulu (Betriebsrat) Alman İşyeri Teşkilatı Kanunu [Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)] md. 5 uyarınca üç tanesi seçilebilir nitelikleri haiz olmak üzere kural olarak daimi nitelikte en az beş seçme hakkına sahip işçinin bulunduğu işyerlerinde oluşturulan kuruldur.

7 Genel işyeri kurulu (Gesamtbetriebsrat) BetrVG md. 47 vd. uyarınca bir işletmede birden fazla işyeri kurulunun mevcut olması halinde oluşturulması gereken kuruldur.

8 Holding işyeri kurulu (Konzernbetriebsrat) BetrVG md. 54 vd. uyarınca bir holding için oluşturulabilen kuruldur.

hizmetlerinde çalışan) personelin temsilciliği hukuku⁹ bağlamında ise üst personel kuruludur^{10, 11}.

Sonuç olarak arabuluculuk sürecinin amacının genel itibariyle toplu düzenlemelerin gerçekleştirilmesi olduğu söylenebilir. Nitekim bu amaç, Baden-Württemberg Eyalet Arabuluculuk Kanunu /Landesschlichtungsordnung Baden-Württemberg (LSchliO Baden)] md. 1 içerisinde açıkça ifadesini bulmuştur.¹²

III. Uygulama Türleri

Alman kollektif iş hukuku kapsamında arabuluculuk kurumuna genel itibariyle toplu iş hukuku, işyeri teşkilatı hukuku ve personel temsilciliği hukuku kapsamında çıkan uyuşmazlıklarda başvurulabilmektedir. Bilindiği üzere Türk hukukunda kollektif iş hukuku alanında 1983 yılında 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle arabuluculuk kurumundan

9 Personel temsilciliği hukuku (Personalvertretungsrecht), kamu hizmetlerinde çalışanların yönetime katılmalarını düzenleyen bir hukuk dalıdır. Federasyona bağlı kamu hizmetlerinde çalışanların personel temsilciliği hakları 1974 yılında yürürlüğe giren Federal Personel Temsilciliği Kanunu [Bundespersonalvertretungsgesetz (BPersVG)] içerisinde, eyaletlere bağlı kamu hizmetlerinde çalışanların personel temsilciliği hakları ise 16 Eyalet Personel Temsilciliği Kanunları içerisinde düzenlenmiştir; bkz. Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, C. 2, § 17 kn. 1 vd.

10 Üst personel kurulu (: Hauptpersonalrat) BPersVG md. 53 vd. uyarınca üst kamu hizmet dairelerinde oluşturulan kuruldur.

11 Bkz. Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, C. 2, § 20 kn. 3.

12 19 Ekim 1949 tarihinde kabul edilen ve 01 Şubat 1950 tarihinde yürürlüğe giren Çalışma Koşullarına İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Olgusu Hakkında Baden Eyalet Kanunu (kısaca: Eyalet Arabuluculuk Kanunu) [Badisches Landesgesetz über das Schlichtungswesen bei Arbeitsstreitigkeiten (Landesschlichtungsordnung - LSchliO Baden)] md. 1 hükmü şu şekildedir:

“Arabuluculuk Usulünün Fonksiyonu

Arabuluculuk usulü toplu sözleşmelerin (toplular iş sözleşmeleri, işyeri sözleşmeleri) yapılmasına hizmet eder. Arabuluculuk usulü bu şekilde aynı zamanda toplu uyuşmazlıkların (düzenleme uyuşmazlıklarının) önlenmesini ve bertarafını hedeflemektedir.”

yararlanma imkânı sağlanmış ve bu durum 7 Ekim 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu içerisinde arabuluculuk ve bunun farklı bir tezahürü olarak addedilebilecek yüksek hakem kuruluna ve özel hakeme başvurma hakları hüküm altına alınmak suretiyle muhafaza edilmiştir. Bunun gibi 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu içerisinde de “kamu görevlileri hakem kurulu” adı altında bir nevi arabuluculuk fonksiyonuna sahip bir birime yer verilmiştir.

Buna mukabil Türk iş hukuku sisteminde işçilerin yönetime katılmasının Almanya’daki kadar geniş kapsamlı olmaması nedeniyle Türk hukukunda işyeri teşkilatı hukuku kapsamında arabuluculuk kurumuna başvurulması söz konusu olmamaktadır. Bu bağlamda Alman kollektif iş hukuku alanında arabuluculuk kurumunun uygulanma alanının ülkemizdekinden biraz daha geniş olduğu söylenebilir. Buna ilişkin olarak sadece toplu iş görüşmeleri esnasında çıkan uyuşmazlıkların bertarafı için uygulama alanı bulan arabuluculuk kurumunun Alman hukukunda uygulanış şekli, bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

IV. Toplu İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk

1. Genel Olarak

Toplu iş sözleşmesi hukuku alanında arabuluculuğa ilişkin yeterli düzenleme olmaması nedeniyle eyaletler toplu iş sözleşmelerinin nasıl meydana gelebileceğini kendileri belirleyebilmektedirler. Bu bağlamda arabuluculuk kurumu federal bazda sadece 26 ağustos 1946 tarihinde yürürlüğe giren 35 Sayılı Kontrol Meclisi Kanunu –İş Uyuşmazlıklarında Uzlaştırma ve Arabuluculuk Usulü– [Kontrollratsgesetz – Ausgleichs- und Schiedsverfahren in Arbeitsstreitigkeiten (KRG)]¹³ içerisinde düzenlenmiş olup, söz konusu bu düzenleme işgal kuvvetleri tarafından

13 35 Sayılı Kontrol Meclisi Kanunu, ikinci dünya savaşından sonra işgal altında kalan Almanya’da yasama ve yürütme erklerini elinde bulunduran müttefik kuvvetler kontrol meclisi tarafından yapılan bir kanun olup, Federal Almanya Anayasası [Grundgesetz (GG)] md. 123 f. 2 ve md. 125 uyarınca federasyon kanunu olarak geçerliliğini devam ettirmektedir.; bkz. Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, C. 2, § 20 kn. 12; krş. Lembke, RdA 2000, 223, 223; Löwisch/Rieble, TVG, Grundlagen kn. 331; MünchArbR/Ricken, § 208 kn. 2; Raupach, die Schlichtung, 68.

gerçekleştirmiş düzenleme niteliğinden kurtulamamıştır. Eyaletler bazında ise toplu iş sözleşmesi hukuku alanında arabuluculuk kurumu şimdiye kadar sadece eski Baden (şimdiki Baden-Württemberg) eyaletinde kanuni düzenleme altına alınmıştır.¹⁴

35 Sayılı KRG içerisinde yasal düzenleme altına alınan ve tarafların isteğine bağlı olsa da devlet eliyle gerçekleştirilmesi nedeniyle mülki arabuluculuk olarak adlandırılacak usulün yanında, toplu iş görüşmelerinin tıkanması durumunda toplu iş sözleşmesi tarafları bu yasal düzenlemeden bağımsız olarak tamamen kendi isteklerine göre belirleyecekleri bir arabuluculuk usulünü uygulayabilmektedirler. Aşağıdaki kısımda bu usullerin ayrıntıları üzerinde durulacaktır.

2. Mülki Arabuluculuk

a) Genel Olarak

35 Sayılı Kontrol Meclisi Kanunu içerisinde emredici mahiyette arabuluculuk usulünü öngören herhangi bir hüküm bulunmamakta, aksine ihtiyari nitelikte mülki arabuluculuk usulü hüküm altına alınmaktadır. Bu bağlamda, toplu iş sözleşmesi görüşmeleri esnasında herhangi bir uyumsuzluğun ortaya çıkması halinde, söz konusu kanun kapsamında ancak her iki tarafın rızasının mevcudiyeti halinde arabuluculuk usulüne başvurulabilecektir.

Bu kanun dayanak alınarak Berlin, Baden-Württemberg,¹⁵ Hamburg, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein eyaletleri, arabuluculuğa ilişkin idari hükümler ve bunların icrasına ilişkin yönetmelikler çıkarmışlardır.¹⁶

b) 35 Sayılı Kontrol Meclisi Kanunu Uyarınca Arabuluculuk Süreci

35 Sayılı KRG'ye bakıldığında arabuluculuk sürecinin esas itibariyle iki kademeli olarak düzenlendiği görülmektedir. Süreç eyalet arabulucusunun (35 Sayılı KRG md. 3) uzlaştırma çabaları ile başlamaktadır. Uzlaştırma doğrultusundaki bu çabaların olumlu netice

14 Bkz. Löwisch/Rieble, TVG, Grundlagen kn. 72.

15 Kontrol Meclisi Kanunu 35, eski Baden eyaletinde Müttefik Kuvvetler Üst Komutası'nın 9.2.1950 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır.

16 Bkz. Schaub/Treber, § 196 kn. 3; Ayrıca bkz. Löwisch/Rieble, TVG, Grundlagen kn. 329.

vermemesi halinde “Eyalet Arabulucu Heyeti” önünde arabuluculuk süreci başlamaktadır (35 Sayılı KRG md. 4 vd.).

35 Sayılı Kontrol Meclisi Kanunu uyarınca gerçekleştirilen arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belki de vurgulanması gereken en önemli husus, süreç sonunda oluşan kararın taraflar için, sadece önceden tarafların bu kararın kendileri için bağlayıcı olacağını kabul etmeleri veya daha sonradan bu kararı kabul etmeleri halinde bağlayıcı olacaktır (35 Sayılı KRG md. 10). Bu şekilde bağlayıcı hale gelen bir arabulucu kararı taraflar arasında toplu iş sözleşmesi hükmünü haiz olacaktır (35 Sayılı KRG md. 10 f. 3)

3. İradi Arabuluculuk

a) Genel Olarak

Toplu iş sözleşmesi taraflarının, uyuşmazlık halinde arabuluculuk usulünü uygulamaya almalarına ilişkin anlaşmalarda söz konusu olan – eğer ad hoc (olaya özgü) arabuluculuk sözleşmesi yapılmamış ise– genel itibariyle toplu iş sözleşmeleri niteliğindedir ve bu nitelikleri itibariyle bu anlaşma hükümleri Alman Toplu İş Sözleşmesi Kanunu [Tarifvertragsgesetz (TVG)] md. 1 f. 2 uyarınca yazılı şekil şartına tâbidir. Arabuluculuk uygulamasına ilişkin hükümler toplu iş sözleşmesi taraflarının haklarını ve ödevlerini düzenlemekte olup, bu halleriyle toplu iş sözleşmesinin borçlar hukukuna ilişkin kısmı kapsamındadırlar. Bu tür sözleşmelerin bağımsız bir şekilde yapılması halinde söz konusu olan salt borçlar hukuku kapsamına giren ödevler içeren toplu iş sözleşmeleridir.¹⁷

Bu tür sözleşmelerin bilinen en eski örneğini 7.9.1954 tarihinde Alman İşveren Sendikaları Konfederasyonu [die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)] ve Alman İşçi Sendikaları Birliği [der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB)] arasında gerçekleştirilen Margarethenhof-Anlaşması¹⁸ teşkil etmektedir. Bu anlaşmada sözleşme tarafları, öncelikli olarak özgürce pazarlık yapmak suretiyle toplu iş sözleşmelerini imza altına almak için ciddi gayret göstermeyi taahhüt etmişler, bunun sonuç vermemesi halinde

17 Bkz. ErfK/Dieterich, GG Art. 9, kn. 285; Schaub/Treber, § 196 kn. 12; Wiedemann/Thüsing, § 1 TVG kn. 951 vd.

18 Bkz. RdA 1954, 383, 383 vd.; Pfohl, die Friedenspflicht, 173 vd.

uyuşmazlıkların, tarafların aralarında kararlaştıracakları arabulucu birim tarafından çözülmesi hususunda anlaşmışlardır.¹⁹

Konuya ilişkin olarak değinilmesi gereken diğer bir husus, uyuşmazlık anlaşmaları yapılabilmesi ve özel uyuşmazlık süreçlerin işletebilmesinin kabul edilebilirliğinin kaynağını Federal Almanya Anayasası [*Grundgesetz (GG)*] md. 9 f. 3'de²⁰ düzenlenen sendikal faaliyetlerde bulunma özgürlüğüne ilişkin hükümde bulduğudur.

b) Ana Hatlarıyla İradi Arabuluculuk Süreci

Varılmak istenen amaç hepsinde aynı olmakla birlikte iradi arabuluculuk anlaşmaları farklı farklı kurallar içermektedir. Fakat işin doğası gereği bu anlaşmaların öncelikli ortak noktası, arabuluculuk sürecinin başlaması için toplu iş sözleşmeleri görüşmelerini tıkanma noktasına gelmesi şartıdır.²¹ Bunun dışında da iradi arabuluculuk usulünün genel ortak noktaları olup bunlar şu şekilde ifade edilebilir:

Toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin tıkanma aşamasına gelmesi halinde arabuluculuk süreci bir tarafın veya her iki tarafın bu yöndeki iradesiyle başlatılabileceği gibi, taraflarca, toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin tıkanmasına bağlı olarak kendiliğinden başlaması da öngörülebilir.²² Toplu iş sözleşmesi tarafları genel itibariyle arabuluculuk anlaşması uyarınca, başlatılan arabuluculuk sürecine katılma (katılma zorunluluğu) ve eğer arabuluculuk sürecine ilişkin kuralların oluşturulması esnasında henüz belirlenmemiş ise arabulucu heyeti ile bu

19 Bkz. ErfK/Dieterich, GG Art. 9, kn. 285; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, C. 2, §20 kn. 16.

20 Söz konusu Alman Anayasası md. 9 f. 3 hükmü şu şekildedir:

“Çalışma koşullarını ve ekonomik koşulları korumak ve geliştirmek için birlikler (sendikalar) kurma hakkı herkes için ve bütün meslekler için güvence altındadır. Bu hakkın kullanımını sınırlamayı veya engellemeyi amaçlayan anlaşmalar batıldır ve bu doğrultudaki işlemler hukuka aykırıdır. Md. 12a, md. 35 f. 2 ve 3, md. 87a f. 4 ve md. 91'e göre alınan önlemler (ve yapılan işlemler), çalışma koşullarını ve ekonomik koşulları korumak ve geliştirmek için birinci cümle anlamındaki birlikler (sendikalar) tarafından sürdürülen toplu iş mücadelelerine yönelik olamaz.”

21 Bkz. ErfK/Dieterich, GG Art. 9, kn. 285; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, C. 2, §20 kn. 16.

22 Bkz. Schaub/Treber, § 196 kn. 15.

heyete tarafsız bir başkan seçme yükümlülüğü altına girmektedirler. Bu heyetler genelde toplu iş sözleşmesi taraflarının eşit sayıdaki temsilcilerinden ve tarafsız bir başkandan teşekkül etmektedir.²³

Özel bir düzenleme gerektirmeyen sulh halinde kalma yükümlülüğü (Friedenspflicht) kural olarak toplu iş sözleşmesinin geçerlilik süresinin dolmasıyla sona ermektedir.²⁴ Toplu iş sözleşmesi tarafları, arabuluculuk sözleşmesi içerisinde kural olarak sulh halinde kalma yükümlülüğü süresini arabuluculuk sürecinin sonuna kadar uzatılmasını düzenlemek suretiyle, arabulucu heyetin çalışmaları esnasında süreç tamamlanana kadar grev ve lokavt gibi toplu iş mücadelesi araçlarına başvurmadan imtina ederler. İlk olarak arabuluculuk sürecinin sona ermesi halinde sulh halinde kalma yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır.²⁵ Arabulucu heyetinin çalışmaları sonucunda bir uzlaşmaya varılması halinde, anlaşmaya varılan hususlar yazılı olarak kayıt altına alınır ve oluşturulan bu kurallar toplu iş sözleşmesi olarak yürürlüğe girer. Tarafların anlaşamaması halinde arabulucu heyetin, taraflarca üzerinde anlaşma sağlanamayan hususlar üzerinde bir karara varması gerekmektedir. Fakat bu karar sadece tarafların önceden bu kararla bağlı olacaklarını belirtmeleri veya sonradan bu kararı kabul etmeleri halinde taraflar için bağlayıcı hale gelecektir. Taraflarca kabul edilmesi halinde taraflar için toplu iş sözleşmesi hükmünde olması nedeniyle bu şekildeki bir kararın toplu iş sözleşmesinin şekli ve maddi şartlarına uygun olması gerekmektedir. Arabulucu heyetin kararının taraflarca kabul görmemesi halinde, toplu iş mücadelesi ile yani toplu iş mücadelesi araçları olan grev ve lokavta²⁶ başvurmak suretiyle uyuşmazlık giderilmeye çalışılacaktır.²⁷

23 Bkz. MünchArbR/Ricken, § 209 kn. 2 vd.; Schaub/Treber, § 196 kn. 15.

24 Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, C. 2, § 20 kn. 26; Alman hukukunda sulh halinde kalma yükümlülüğü hakkında ayrıntılar için bkz. Pfohl, die Friedenspflicht, 1 vd.

25 Bkz. ErfK/Dieterich, GG Art. 9, kn. 283; MünchArbR/Ricken, § 209 kn. 2.; Pfohl, die Friedenspflicht, 173 vd; Wiedemann/Thüsing, § 1 TVG kn. 911.

26 Diğer toplu iş mücadelesi araçları için bkz. ErfK/Franzen, TVG § 2 kn. 10.

27 Bkz. MünchArbR/Ricken, § 209 kn. 5; Schaub/Treber, § 196 kn. 16.

IV. Sonuç

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı üzere, toplu iş sözleşmesi yapılması esnasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda Alman hukukunda federasyon bazında arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu kılan herhangi bir kanun hükmü mevcut değildir. Bununla birlikte eyaletler bazında şu an için sadece LSchliO Baden md. 12 f. 2 içerisinde belli şartlar altında arabuluculuk kurumuna başvurulmasını zorunlu kılan bir hüküm mevcuttur. Anılan hüküm uyarınca, bir uyuşmazlığın büyük bir kamusal önemi haiz olduğu durumlarda, Baden Eyaleti Ekonomi ve Çalışma Bakanlığı re'sen arabuluculuk usulünü başlatabilecektir. Bremen Eyalet Anayasası md. 51 f. 2 içerisinde ve Rheinland-Pfalz md. 54 f. 1 c. 2 içerisinde arabulucu kararlarının bağlayıcılığından bahsedilmekle birlikte, bugüne kadar söz konusu bu eyalet anayasası hükümlerine ilişkin kanun çıkarılmamıştır.²⁸

Diğer taraftan 35 Sayılı Kontrol Meclisi Kanunu, tarafların rızalarının mevcudiyeti halinde arabuluculuk kurumuna başvurulabileceğini ve bu süreç sonunda oluşan kararın, sadece tarafların süreç başlamadan önce veya süreç tamamlandıktan sonra bu kararın kendileri için bağlayıcı olduğunu açıklamaları halinde bağlayıcı bir nitelik kazanacağını öngörmektedir. Doktrinde, eyaletlerin kontrolünde gerçekleştirilmesi öngörülen ve mülki arabuluculuk olarak adlandırılan bu sürece ilişkin olarak 1988 ile 1995 yılları arasında sadece 50 meselenin resmi arabulucular tarafından ele alındığı bilgisine de yer verilerek, bu arabuluculuk usulünün pek büyük bir öneme sahip olmadığı şeklinde değerlendirmeler yapılmaktadır.²⁹

Buna karşın Alman doktrininde toplu iş sözleşmesi kapsamında gerçekleştirilen ve iradi veya birliksel (sendikal) arabuluculuk olarak adlandırılan usulün mülki arabuluculuğa kıyasen çok daha fazla öneme sahip olduğu belirtilmektedir.³⁰ Bununla birlikte taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça arabuluculuk usulünün uygulanması, bir toplu

28 Bkz. Schaub/Treber, § 196 kn. 8.

29 Bkz. Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, C. 2, § 20 kn. 15; MünchArbR/Ricken, § 208 kn. 3.

30 Bkz. ErfK/Dieterich, GG Art. 9, kn. 285; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, C. 2, § 20 kn. 16; MünchArbR/Ricken, § 209 kn. 1; Schaub/Treber, § 196 kn. 11.

iş mücadelesinin hukuka uygunluğunun şartı olarak görülememekte olup, böyle bir çıkarımın ultima-ratio (*son çare*) prensibinden de çıkarılması pek mümkün görünmemektedir.³¹

Alman hukukunda toplu iş uyuşmazlıkları alanına genel olarak bakıldığında, arabuluculuk sürecinin kurallarını belirleme yetkisinin ve ortaya çıkacak kararlar ne kadar bağlı olunacağını belirleme yetkisinin toplu iş sözleşmesi taraflarının elinde olduğu görülmektedir.³²

Toplu iş görüşmelerinin tıkanmasının ardından, arabuluculuk sürecine geçilmesi ve arabuluculuk sürecinin de toplu iş sözleşmesi yapılması doğrultusunda olumlu sonuç vermemesi halinde, Weimar Cumhuriyeti'nde olduğu gibi zorunlu mülki arabuluculuk sürecinin devreye sokulmasının yararlı olup olamayacağı durumu da Alman doktrininde değerlendirilmiş olup, değerlendirme sonunda böyle bir yöntemin uygulanmasının yararlılığı konusunda tereddütlerin olduğu ve bilhassa her bir zorunlu nitelikteki mülki arabuluculuğun GG md. f. 3 içerisinde ifadesini bulan çalışma şartları ve ekonomik şartların toplu iş sözleşmesi taraflarınca özerk bir şekilde düzenlenmesine yönelik modele tezat teşkil ettiği fikri ön plana çıkmaktadır.³³

Bunun dışında Alman hukukunda Türk hukukunda mevcut olan yüksek hakem kurulu gibi bir birimin mevcut olmadığını söylemekte yarar vardır.

Konuya Türk hukuku açısından bakıldığında, öncelikli olarak ülke içerisindeki uygulamalarda yeknesaklığın sağlanması amacıyla toplu görüşmelerde ortaya çıkan uyuşmazlığın giderilmesi bakımından arabuluculuk sürecinin genel çerçeveleri ile bir kanun kapsamında düzenlenmesinin isabetli olduğu söylenebilir. Alman hukukundan farklı olarak Türk hukukunda arabuluculuk sürecinin toplu iş sözleşmesi yapılması hususunda olumlu bir sonuç vermemesi halinde belli aşamalardan sonra ve belli şartlar altında meselenin yüksek hakem kuruluna iletilmesi ilk bakışta T. C. Anayasası'nın 53. maddesinde açıkça ifade edilmemekle birlikte tanındığı kabul edilen³⁴ toplu sözleşme

31 Bkz. Schaub/Treber, § 196 kn. 14 ve § 193 kn. 50; BAG 21.6.1988 AP Nr. 108 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

32 Bkz. MünchArbR/Ricken, § 209 kn. 6.

33 Bkz. MünchArbR/Ricken, § 209 kn. 7.

34 Bkz. Çelik, Çalışma ve Toplum, 2011/4, 11,13.

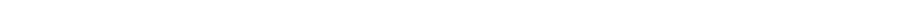
özerkliğine aykırılık teşkil ediyor gibi görünebilmekle birlikte, Türk hukukunda grev sona erdikten sonra yeniden greve gidilmesinin hukuken mümkün olmadığı da dikkate alındığında, diğer şartların da varlığı halinde sosyal ve demokratik hukuk sistemlerinde tıkanıklıkları aşmak adına oldukça isabetli görünmektedir.

KAYNAKÇA

- Çelik, Nuri:** Toplu İş Sözleşmeleri İle Çalışma Koşullarının Düzenlenmesinde ve Fesih Bildirimi Sürelerinin Artırılmasında Karşılaşılan Sorunlar, Çalışma ve Toplum 2011/4, 11-24.
- Erbaş, C. Gökhan:** Die Entwicklung des türkischen Kündigungsschutzrechts bis zur Neufassung und Rechtsvergleich des neuen türkischen Kündigungsschutzrechts mit dem deutschen Kündigungsschutzrecht. Aachen 2010.
- Hromadka, Wolfgang / Maschmann, Frank:** Arbeitsrecht, 2. Cilt, 5. Bası, Heidelberg, Dordrecht, London, New York, 2010.
- Müller, Bernd / Landshuter (geb. Preis), Francisca:** Arbeitsrecht im öffentlichen Dienst, 7. Bası, München, 2009.
- Müller-Glöge, Rudi / Preis, Ulrich / Schmidt, Ingrid :** Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Bası, München 2012.
- Lembke, Mark:** Staatliche Schlichtung in Arbeitsstreitigkeiten nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 35, RdA 2000, 223-235.
- Löwisch, Manfred / Rieble, Volker:** Tarifvertragsgesetz – Kommentar, 3. Bası, München, 2012.
- Pfohl, Marco Alexander:** Die Friedenspflicht der Tarifvertragsparteien – Entwicklung und rechtliche Neubewertung von Kriterien zur Bestimmung ihrer Reichweite vor dem Hintergrund der sich verändernden Tariflandschaft, Kassel, 2011.
- Raupach, Hubert:** Die Schlichtung von kollektiven Arbeitsstreitigkeiten und ihre Probleme (unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung), Berlin, 1964.
- Richardi, Reinhard / Wlotzke, Otfried / Wißmann, Hellmut / Oetker, Hartmut:** Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Cilt, 3. Bası, , München 2009.
- Schaub, Günter:** Arbeitsrechts-Handbuch (Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis), 14. Bası, München 2011.

Wiedemann, Herbert / Oetker, Hartmut / Thüsing, Gregor / Wank, Rolf: Tarifvertragsgesetz - Kommentar, 7. Bası, , München 2007.

Makaleler



Kamu Hukuku

ÇOCUK HAKLARININ GELİŞİMİ VE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK ANAYASAL AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yrd. Doç. Dr. Aydın İPEK*

Özet

Çocuk hakları geçmişten günümüze gelişerek gelmiştir. Bu gelişim süreci, daha önce var olan hukuk sistemlerinden günümüze yeterli bir fikri altyapıyı oluşturacak şekilde ele alınmıştır. Geçen yüzyılda bu alanda önemli gelişmeler yaşanmıştır. Özellikle Uluslararası Hukuk alanında önemli çalışmalar bulunmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, çocuk hakları alanındaki en önemli sözleşme olarak kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin tarafıdır.

Hazırlık çalışmaları devam eden yeni anayasada çocuk hakları konusunda yapılacak düzenlemeye katkı sunmak amacıyla çocuk hakları konusu günümüz anayasaları ile karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. 1982 Anayasasının karşılaştırmalı yaklaşımla değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Bu değerlendirme yapılırken çocuk haklarının yeni anayasada nasıl düzenlenmesi gerektiği konusunda da fikirler ortaya konmuştur.

Anahtar Kelimeler

Çocuk, çocuk hakları, 1982 Anayasası, günümüz anayasaları, karşılaştırmalı yaklaşım

Development of Children's Rights and Comparative Evaluation from Constitutional View

Abstract

* Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Children's rights has evolved from the past to present day. I discuss the development process that pre-existing legal systems to establish an adequate view of the foundation. In the last century there has been significant progress in this area. The Republic of Turkey is part of the most important agreement related to children's rights, the United Nations Convention on Rights of the Child.

This study aims to contribute to amendments in the field of children's rights and compare with contemporary constitutions. It is important to evaluate the 1982 Constitution as a comparative approach. During this evaluation this study puts forward ideas how to regulate the children's rights in the new constitution.

Keywords

Children, children's rights, 1982 Constitution, contemporary constitutions, comparative approach.

GİRİŞ

Bilindiği üzere çocuk bedensel ve ruhsal açıdan sürekli gelişim ve değişim gösteren ve bu gelişimini tamamlamamış bir bireydir. Bu gelişim ve değişimin sağlıklı olarak devam etmesinde toplumun ve toplumun örgütlenmiş şekli olan devletin sorumluluğu söz konusudur.

Özellikle insan haklarının önemli bir düzenleme alanını oluşturan çocuk haklarının tarihi gelişimine baktığımızda çocuğun serbestçe tasarruf edilebilir bir varlıktan, hakları olan kişilik sahibi bir özneye dönüştüğünü görürüz. Çocuk haklarını konu alan ve bu hakları korumayı amaçlayan ulusal ve uluslararası hukuk kuralları yeni bir düzenleme alanı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak çocuk hakları ile ilgili düşüncelerin kökleri ve başlangıcının oldukça eski olduğu da unutulmamalıdır.

Birinci Dünya Savaşı sonrası Batı toplumlarında çocuk haklarının düzenlenerek koruma altına alınması yönünde ki çabaları sonraki yıllarda bu hakları uluslararası sözleşmelerle de koruma altına alma yönündeki anlayış ve çabalar takip etmiştir. Türkiye'de bu anlayış ve çabaların doğal bir sonucu olarak çocuk hakları sözleşmelerinin bir tarafı olmuştur.

Çocuk hakları kimi devletlerin anayasalarında başlıca bir düzenleme alanı olarak görülürken, ülkemiz başta olmak üzere birçok devlet ise anayasalarında çocuk haklarını aile, gençlik, eğitim vb. başlıklar altında düzenlemektedir. Özellikle ilk haliyle 1982 Anayasası çocuk haklarını düzenlerken oldukça cimri bir anlayış sergilemiştir. Hatta çocuk haklarını korumaktan çok, çocuk yapmayı engellemenin öğretimi ve bu öğretinin uygulanmasını sağlamayı görev edinen bir portre çizmekten geri durmamıştır.

I. Çocuk Kavramı

Çocuk kavramı üzerindeki tartışmaların devam ettiği gerçeği karşısında tanımlanmasının kolay olmadığı söylenilebilir. Öncelikle çocukluk herhangi bir sabit döneme ait tek bir evrensel deneyim değildir. Farklı toplumlarda ve kültürlerde görecelik ortaya çıkmaktadır. İkinci olarak yaş ayrımı açısından da sorunludur. Evlenme yaşı, cezai ehliyet yaşı farklılaşabilmektedir. Üçüncü olarak “yetişkin olmayanlar” tanımı bir grup genç için yerinde ve uygun bir tanımken diğer bir grup içinse yetişkin faaliyetlerine katılmalarını engelleyen bir yapı oluşturmaktadır. Dördüncü olarak, çocuk tanımı bir iktidar ilişkisinin sonucu olarak düşünüldüğünde, çocuğun tanımının toplumda iktidara sahip olanlar tarafından yapıldığı görülecektir. Bu bağlamda çocuklar, boyun eğme ve bağımlı olma durumu açısından açıklanırsa ABD'nin Güney eyaletlerindeki kölelerle benzeştirilmiş olacaktır. Son olarak da çocukluğun yaşamın özel bir evresi olarak ele alınması, yaşamın beşikten mezara uzanan kesintisiz bir gelişim olduğu değerlendirmesinden bakılacak olursa, yapay bir ayrım olarak değerlendirilebilir.¹

Çocuğun kendi başına hareket edecek kabiliyet açısından bedensel-cinsel olgunluğun yeterli sayıldığı dönemler olsa da günümüzde düşünsel olgunluk önem kazanmaktadır. Bunun bir sonucu olarak da bu olgunluğun kız ve erkek çocuklarda eşit olarak 18 yaşında var olduğu kabul edilmektedir. Nitekim BM Çocuk Hakları Sözleşmesi de çocuğu,

¹ FRANKLİN, Bob, **Çocuk Hakları**, (Çev: TÜRKER, Alev), Ayrıntı Yay., İstanbul, 1993, ss. 21-23

“18 yaşından küçük insan” olarak tanımlamaktadır.² 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu benzer şekilde 3. maddesinde “Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişi”yi çocuk olarak tanımlamaktadır.³

Çocuk hakları özel olmakla birlikte insan haklarının ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmektedir. Çocuğun siyasi hakları olmadığı gerçeğinden yola çıkarak siyasi haklar dışında çocuk hakları diğer insan hakları sınıflandırması içinde değerlendirilmelidir.⁴ Ayrıca çocukların siyasi haklar dışında ekonomik haklarında birçoğuna sahip olmadığı unutulmamalıdır.⁵

II. Çocuk Haklarının Tarihi Gelişimi

Çocuk hakları, hukukun çocuklara özgü olan yanıdır. Diğer bir deyişle çocuk hukukunun düzenleme alanıdır. Çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal, ahlâki ve ekonomik bakımdan özgürlük ve saygınlık içinde, sağlıklı ve normal şekilde gelişebilmesi için hukuk kuralları ile korunan yararlarıdır.⁶ Hiç kuşkusuz çocuk haklarını kökleştirip güçlendirmek, toplumun demokratik kültürüne, geleceğine sağlıklı yapısına ilişkin en yararlı yatırım ve en yararlı katkı olarak değerlendirilebilir.⁷

Çocuk haklarının tarihçesi, çocuğun üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir, devir ve terk edilebilir, hatta öldürülebilir bir varlık olmaktan çıkarılıp, hakları olan kişilik sahibi bir özneye dönüştürülmesinin

² SEROZAN, Rona, **Çocuk Hukuku**, Vedat Kitapçılık Yay., İkinci Bası, İstanbul, 2005, s. 11; aynı tanım için bkz: YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yay., Ankara, 2011, 271

³ YURTCAN, Erdener, **Çocuk Koruma Kanunu ve Yorumu**, Kare Yay., Ocak İstanbul, 2006, s. 9

⁴ POLAT, Oğuz, **Çocuk ve Hakları**, Analiz Yay., İstanbul, 1997, s. 47

⁵ ERDOĞAN, Oktay, **Çocuk Hakları**, Acar Basım, İstanbul, 2011, s. 152

⁶ AKYÜZ, Emine, “Çocuk Hukukunun Gelişimi ve Çocuk Koruma Sisteminin Değerlendirilmesi”, **I. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı -2**, Çocuk Vakfı Yay., İstanbul, 2011, ss. 18-19

⁷ SEROZAN, 2005, s. 9

serüveni şeklinde özetlenebilir. Bu haklar, yetişkin hakları ile çelişki içinde değildir. Günümüzde insan hakları hukukunun bir parçası olarak kabul edilmektedir.⁸

Batı Hukukunun başlangıcı olarak kabul edilen Roma Hukukunda, aile reisinin çocuğu öldürme hakkı, köle olarak başkalarına satma hakkı, kiralama hakkı söz konudur. Iustinianus devrine kadar devam eden bu durum sonraları evlatlar lehine gelişme göstermiştir.⁹ Hatta Aristo ve Platon kendi dönemlerinde çocuk öldürme yetkisinin babada olması gerektiğini savunmuşlardır.¹⁰ Cermenlerde de Roma hukukuna benzer şekilde babanın çocuğunu satma, köle olarak verme ve öldürme hakkı söz konusudur.¹¹ Eski Yunanlılar, özellikle de Spartalıların sakat çocukları terk etmeden öldürmeye kadar giden bir tavır içinde oldukları da bilinmektedir.¹²

İslamiyet öncesi Türk toplumlarında Roma'da olduğu gibi çocuklar üzerinde babanın sınırsız hakimiyeti söz konusu değildir.¹³

Yani babanın çocuğu köle olarak satma hakkı, öldürme hakkı gibi haklar söz konusu değildir. Ayrıca evlenmemiş erkek çocuklar mirasçı olma hakkına sahiptir. Eğer erkek çocuk yoksa kız çocukların da miras hakkı vardır. Ancak mirastan pay alan erkeklerin kız çocuklarına

⁸ BALO, Solmaz Yusuf, **Uluslararası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması**, Seçkin Yay., İkinci Baskı, Ankara, 2009, s. 168

⁹ AKINCI, Şahin, **Roma Hukuku Dersleri**, Sayram Yay., Konya, 2011, s. 182-187

¹⁰ POLAT, 1997, s. 9

¹¹ AKYÜZ, Emine, **Çocuk Hukuku (Çocukların Hakları ve Korunması)**, Pegem Akademi Yay., Ankara, 2010, ss. 19-20

¹² AKINCI, Füsun SOKULLU, **Kriminoloji ve Çocuk Açısından Çocuk İhmali ve İstismarı, I. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı -2**, Çocuk Vakfı Yay., İstanbul, 2011, s. 122

¹³ DEMİR, Abdullah, **Türk Hukuk Tarihi**, Yitik Hazine Yayınları, İstanbul, 2011, s. 24

bakmak, evlendirmek çeyizlerini ve düğün masrafları karşılamak yükümlülüğü söz konusudur.¹⁴

İslam öncesi Arap toplumlarında kız çocuklarının diri diri gömülmesi ve miras hakkının olmaması da çocuklar açısından kötü durumun sadece Roma Hukuku ile sınırlı olmadığını göstermektedir.

İslam Hukukunda çocukların hak ehliyeti, sağ doğmak şartıyla cenin olmakla hem kız hem erkek için başlar. Büluğ (ergenlik) devresine kadar çocukların cezai ehliyeti yoktur.¹⁵ Ayrıca velayeti altındaki çocuğun haklarına özen göstermeyen babaya Kadı (Yargıç) müdahalede bulunarak “tazir” ile cezalandırabilmektedir.¹⁶ İslam Hukuku çocuk haklarını ana baba dahil herkese karşı ileri sürülebilen haklar olarak değerlendirmiştir.¹⁷ Roma’da ki gibi öldürmeye, kiralamaya kadar giden haklar söz konusu değildir. Aksine çocuklar emanet olarak görülür. Özellikle ana babası olmayan çocukların hakkı son derece koruma altına alınmıştır.

Selçuklu ve Osmanlı döneminde vakıflar yoluyla çocukların okutulup yetiştirildiği, çocuklara hizmet sunumunda bulunduğu bilinmektedir. Lale Devrinde bazı vergilerin gelirleri doğrudan çocuklara tahsis edilmiştir.¹⁸

Ortaçağ Avrupası’nda konuşulan temel dillerde çocukluğu ifade eden kelimeler bulunmamaktadır. Ayrıca çocukluğun özel bir dönem olarak görülmediği de söylenilebilir.¹⁹ Rönesans ile birlikte çocuk ve

¹⁴ CİN, Halil, ve AKYILMAZ, Gül, **Türk Hukuk Tarihi**, Sayram Yay., 4 Baskı, Konya, 2011, s. 37

¹⁵ DEMİR, 2011, ss. 138-139

¹⁶ İNAN, Ali Naim, **Çocuk Hukuku**, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yay., İstanbul, 1968, s. 6

¹⁷ ERDOĞAN, 2011, s. 157

¹⁸ SAYITA, Sevgi Usta, **Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile (Kişi) Yanına Verilmesi**, Filiz Kitabevi Yay., İstanbul, 1996, ss. 25-26

¹⁹ YURTSEVER, Müge, “Ebeveyn Çocuk Hakları Tutum Ölçeğinin Geliştirilmesi ve Anne-Babaların Çocuk Haklarına Yönelik Tutumlarının Farklı

çocukluk kavramları oluşmaya başlamış, Aydınlanma dönemi filozoflarınca eğitim ve yetiştirilmeleri konusunda fikirleri sürülmüştür.²⁰

Çocuğun korunması ile ilgili olarak toplumsal kurallar önceleri dinsel etkiler ve dinsel nitelikli kuruluşlar aracılığı ile olmuştur. Bu ilginin dini etkenlerin dışında toplumsal çerçevede kurumsallaşması 19. yüzyılda başlamıştır.²¹

Farklı uygarlıkların birbirleri ile ilişkilerinin ve birbirlerini etkilemelerinin artması hatta iç içe geçen uygarlıklar, çatışma ve sorunların dünya ölçeğinde gündeme gelmesi ve çözümün yine dünya ölçeğinde birlikte aranması evrensel çocuk ve insan hakları anlayışını oluşturmaktadır. Bu çerçevede düşünecek olursak çocuk hakları, dünya tarihi serüveninin, toplumlar arası ilişkilerin ve mücadelelerin ortaya çıkardığı vazgeçilmez haklar olarak karşımıza çıkmaktadır.²² Özellikle 19 ve 20. yüzyılın bu bağlamda değerlendirilmesi anlamlı olacaktır.

Birinci Dünya Savaşı sonrasında Milletler Cemiyeti döneminde, Uluslararası Çocuk Hakları Bildirgesi hazırlanmış, “Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi” adı altında 1924 yılında Cenevre’de kabul edilmiştir. Bu Bildirge önsöz ve beş ilkeden oluşmuştur. Bu Bildirge ile ilk kez çocuk hakları uluslararası koruma altına alınmıştır. Bu Bildirgeyi kabul eden devletlerden biri olan genç Türkiye Cumhuriyeti adına M. Kemal Atatürk imzalamıştır.²³ Bu Bildirge ile çocukların “yaşama, gelişme,

Değişkenler Açısından Değerlendirilmesi” Marmara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul, 2009, s. 19

²⁰ AYZÖĞ, Duygu, “Öğrencilerin Çocuk Haklarını Algılama Düzeyleri İle Başarıları Arasındaki İlişki”, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s. 7

²¹ AKYÜZ, 2011, s. 21

²² EĞRİBEL, Ertan, “Türkiye Çocuk Hakları İçin Önsöz Yerine: Mevcut Düzen İçinde Uygarlık Dışı, Uluslar Ötesi Yeni Bir Kategori Olarak Çocukluk Mu? Yoksa Uygarlık Krizini Aşacak Yeni Bir Dünya Mı?”, **I. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı -2**, Çocuk Vakfı Yay., İstanbul, 2011, s. 323

²³ BALO, 2009, s. 168

beslenme, yardım görme, istismardan korunma” hakları koruma altına alınmıştır.²⁴

İkinci Dünya Savaşından sonra Birleşmiş Milletlerin Kuruluşunu izleyen yıllarda Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu ile Ekonomik ve Sosyal Haklar Meclisi'nin hazırladığı tasarı, Birleşmiş Milletler'e üye devletlere görüşleri alınmak üzere gönderilmiştir. Üye devletlerin çoğunluğu, hukuksal bağlayıcılığı olmayan ve uygulama zorunluluğu bulunmayan genel ilkeler şeklindeki bir bildirgeye taraftar oldukları şeklinde görüş bildirmişlerdir. Bu öneriler dikkate alınarak gözden geçirilen tasarı, 20 Kasım 1959 tarihinde “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi” adı altında kabul edilmiştir.²⁵ Bu Bildirge, ahlaki bir metin olup bağlayıcı niteliğe sahip değildir.²⁶ Önsöz ve on maddeden oluşan Bildirge ögüt niteliğindeki bazı genel ilkelerin dünyaya duyurulması açısından önemlidir.²⁷

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi'nin 1959 yılında kabulünden sonraki 20 yıl içinde çocuk hakları konusunda anlayışlar değişmiş, yeni fikirler ortaya çıkmıştır. Böylece çocuk haklarının kapsamı genişlemiş, çocukların karşılaştığı güçlükler ve istismara ilişkin verilerin çoğalması da bu gelişimde etkili olmuştur. Bu ve benzeri nedenlerle çocuk haklarını güçlendirme ve yaşama geçirme yönündeki uluslararası irade kabul görmeye başlamıştır.²⁸

20 Kasım 1989 tarihinde BM Genel Kurulu Tarafından Çocuk Haklarına Dair Sözleşme kabul edilmiştir. Bu Sözleşmenin önemi

²⁴ MOROĞLU, Nazan, “Ulusal ve uluslar arası Hukukta Çocuk Hakları”, Türkiye’de ve Dünya da Çocuk Hakları, Alman Liseliler Kültür ve Eğitim Vakfı Yay, İstanbul, 2003, s. 31

²⁵ MOROĞLU, 2003, s. 32; İNAN, 1968, s. 98

²⁶ ERDOĞAN, 2011, s. 173

²⁷ BALO, 2009, s. 169

²⁸ BOĞA, Mehmet, “Çocuk Suçluluğunun Sosyo-Ekonomik Sebepleri ve Önlenmesi İçin Alınması Gereken Tedbirler”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kütahya, 2011, s. 23

uluslararası hukukta, çocuk haklarını koruyan temel yasa olmasından kaynaklanmaktadır.²⁹

Doğal hukukta çocuğun öncelikle insan olmasından, sonra da bakıma, korunmaya ve yetiştirilmeye muhtaç olmasından kaynaklanan haklar olarak kabul edilen çocuk hakları, Sözleşmenin doğal hukukta sözü edilmeyen haklara yer vermesiyle pozitif hukukun doğal hukukun önüne geçtiği bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁰

Türkiye, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'yi 14.09.1990 tarihinde imzalamış, 9.12.1994 tarih ve 4058 Sayılı Kanunla onaylanması uygun bulmuştur. Sözleşme, 27.01.1995 günü Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Ancak Türkiye, Sözleşmenin 17, 29 ve 30. maddelerine, TC. Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Andlaşması hükümleri ve ruhuna uygun yorumlama hakkına ilişkin olarak çekince koymuştur.

Söz konusu çekince konulan maddelerde azınlık çocuklarının dil, eğitim ve kültür haklarına ilişkindir.³¹ Bu maddelerde yerli ahaliden (halk) olan çocuk, dile dayalı azınlık, azınlık dili kavramları bulunmaktadır.

Ballar'a göre, çekince koymak suretiyle Sözleşme'nin kabul edilmesi yarardan çok çelişki doğurmuştur. Çünkü varolan kavramları dışlayarak, yok sayarak bir yere varılamaz, Ayrıca entegre bir dünyaya gidilirken çelişkilerden kaçınmak gerekmektedir. Sözleşme'nin bir bütün olarak ele alındığında yararlı ve işlevsel olacağı düşünülmelidir.³²

20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, 20 Kasım 1959 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca kabul edilen

²⁹ BALO, 2009, s. 169

³⁰ TEKİN, Uğur, "Almanya Örneğinde Çocuk Adalet Sistemi", **Kanunla İhtilaf Halindeki Çocuklar**, (editörler: ULUDAĞ, Şener vd.), Polis Akademisi Yay., Ankara, 2009, s. 286

³¹ BALO, 2009, s. 170

³² BALLAR, Suat, **Çocuk Hakları**, Beta Yay., İstanbul, 1998, s. 281

“Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi”ne dayanmaktadır.³³ Kuralları kesinlikten uzak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi, üst yargısal bir başvuru makamı öngörmeyen Sözleşme, Anayasanın 90. Maddesi uyarınca iç hukukta doğrudan uygulanmaktadır ve yasa ile değiştirilemez nitelik taşımaktadır. Yargıtay ve Danıştay dairelerinin kararları da bu yöndedir. Sözleşme, Anayasanın yorumlanmasına ışık tutan dolaylı bir yürürlük gücü taşımaktadır.³⁴

III. Çocuk Haklarının Anayasalar Açısından Değerlendirilmesi

Öncelikle belirtilmesi gereken bir husus şudur ki: anayasalarda “herkes” “hiç kimse” vb. şekilde ele alınan haklar da özelliklerine göre (yaşama hakkı, mülkiyet hakkı vb.) çocukların haklarının bir parçasını oluşturmaktadır. Ancak, klasik insan haklarının yanında, “salt çocuklara özgü” olan, “salt çocuk yararına özgü” hakların da Anayasal güvenceye kavuşturulması günümüz hukuku açısından önem kazanmaktadır.³⁵ Özellikle anayasalar açısından değerlendirme konusu olarak ele aldığımız haklar da “salt çocuklara özgü” olan, “salt çocuk yararına özgü haklar”dır.

Bilindiği üzere aile, toplumun ana direğidir. Çocuğun düşünmeyi, uyumlu ilişkileri, kültür normlarını, değerleri ve karakter özelliklerini öğrendiği ilk yer ailedir.³⁶ Çocuğun ilk sosyalleşme süreci ailede gerçekleşir. Aile içindeki uyum, çocuklara ve onların başarılarına da yansır. Aile içindeki olumsuzlukların en fazla çocukları etkilediği de genel kabul gören bir düşüncedir.³⁷ Aile içindeki şiddetin özellikle

³³ EVLİYAOĞLU, Selçuk Abdullah, “Çocuk Hakları Bakımından Anayasal Güvence Sorunu”, **I. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı -2**, Çocuk Vakfı Yay., İstanbul, 2001, s. 45

³⁴ BALO, 2009, ss. 170-171

³⁵ EVLİYAOĞLU, 2001, s. 45

³⁶ ERTUĞRUL, Halit, **Ailede ve Okulda Çocuk Eğitimi**, Nesil Yay., 32. Baskı, İstanbul, 2009, s. 16

³⁷ SAĞLAM, Mehmet, ve ARAL, Neriman, “Boşanma Sürecinde Olan Ailelerdeki Çocukların Aile Algılarının Resimler Aracılığı İle İncelenmesi”, **I.**

çocuklar üzerinde travmaya kadar uzanan olumsuz etkileri olmaktadır.³⁸ Aile içi şiddete maruz kalan çocukların çok az bir kısmının yasal yollara başvurduğu bilinmektedir.³⁹ Çocuk suçluluğunun kökenine inildiğinde de ailesel etkenlerin önemli olduğu görülmektedir. Çünkü ana-baba tutum ve davranışları çocuk için bir özdeşim modelidir.⁴⁰

Yukarıda belirttiğimiz üzere çocukların gelişimi ve çocuk haklarının sağlanması açısından aile müessesesi oldukça önemli bir yer tutmaktadır. Bu nedenle birçok anayasa çocuk hakları konusunu aile başlığı altında düzenlemiştir.

Özellikle İrlanda Anayasası diğer anayasalardan oldukça farklı şekilde aile üzerinde durmaktadır. Aileyi tüm pozitif hukuk kurallarının öncesinde ve üstünde kabul etmekte ve boşanmayı da oldukça zorlaştırmaktadır. 42. maddesinin son fıkrasında Ebeveynlerin çocuklarına karşı görevlerini yerine getirmede başarısız olduğu istisnai durumlarda, Devletin çocuğun tabii ve sürekli haklarını gözeterek, ebeveynlerin yerini doldurmaya çaba göstereceği ifade edilmektedir.

Portekiz Anayasası çocuk hakları ile ilgili düzenlemeyi “Aile, evlilik ve babalık tayini” başlığı altında ele almıştır. Söz konusu 36. maddenin 4. fıkrası evlilik dışı doğan çocukları ayrımcılıktan korumakta, 5. fıkrası da ebeveynlerin çocuklara bakma ve eğitime hakkını düzenlemektedir. 6. fıkra ise adli makamların kararı ve ebeveynlerin çocuklara karşı temel ödevlerinin yerine getirmeme durumları hariç çocukların ebeveynlerinden ayrı bırakılamayacağını belirtmektedir.

Türkiye Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı -2, Çocuk Vakfı Yay., İstanbul, 2011, ss. 292-293

³⁸ KARABABA, Mehmet, “Aile İçi Şiddetin Psiko-Sosyolojik Temeller Işığında Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi”, **Hukuk Atlası (Hakemli Hukuk Bilimi) Dergisi**, Yıl: 1 Sayı: 3, Denizli, 2011, s. 55

³⁹ İÇLİ, Tülin, GÜNŞEN, **Çocuk Suç ve Sokak**, Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Yayını, I. Basım, Ankara, 2009, s. 141

⁴⁰ TEMEL, Z., Fulya ve BAYRAKTAR, Vedat, “Çocukları Suça İten Ailesel Nedenler”, **Kanunla İhtilaf Halindeki Çocuklar**, (editörler: ULUDAĞ, Şener vd), Polis Akademisi Yay., Ankara, 2009, ss. 215-216

Federal Almanya Anayasası evlilik, aile ve evlilik dışı çocuklar başlıklı 6. maddesinde diğer anayasalarda yer alan benzer hükümleri esas almıştır. Bunlar, ailenin korunması, çocukların bakım ve eğitiminde ana babanın hak ve yükümlü olması, çocukların velilerin elinden hangi durumlarda alınacağı ve evlilik dışı çocukların eşitliğidir.

İtalya Anayasası Ahlaki ve Toplumsal İlişkiler Başlıklı İkinci Bölümünde çocuk haklarını aile ile birlikte ele almış 29 ve 31. maddelerde aile kurumunu ele alırken 30. maddesini çocuklara tahsis etmiştir. Bu madde de “Evlilik bağı dışında doğmalar bile, çocuklarını desteklemek, eğitmek ve öğretmek ana babaların hakkı ve ödevidir.” Görünüşte çocuklar için yapılmış bir düzenleme olarak karşımıza çıkan bu düzenleme kanaatimize göre aslında evlilik dışı ilişkileri meşrulaştırmakta ve bu ilişki içinde çocukları düşünmeden sorumsuzca cinsel ilişkiye giren erkek ve kadınların bu ilişkilerden doğan çocuklar üzerindeki haklarını ele almaktadır. Elbette bu çocukların ana va babalarından uzak tutulması gibi bir düşüncenin içinde değiliz. Ancak söz konusu düzenleme özellikle çocuk hakları ve çocuk zaviyesinden öyle ele alınmalı ki sorumsuzca davranışlar meşrulaştırılmasın ve bu sorumsuzca davranışlar özendirilmesin. Yani evlilik dışı ilişki yaşayan insanlar anayasa bile bu ilişkiden doğacak çocuklar üzerinde aynen evlilik içindeki ilişkide tanınan haklara sahip olduğumu söylüyor, dolayısıyla yaptığım şeyler beni ilgilendirir diyerek açık bir şekilde bu işlemi özendirir bir tutum içine girmemelidir. Özellikle burada vurgu aile kurumuna ve bir çocuk hakkı olarak değerlendirilmesi gereken aile içinde çocuğun yetiştirilmesi hakkına yapılmalıdır.

Ana babaların yetersiz kalması durumunda çocuklarla ilgili ödevlerin kanunla düzenleneceğini belirten fıkranın hemen ardından gelen bir diğer fıkrada da evlilik dışı çocuklarla evlilik içinde doğmuş çocuklar uyumlu hale getirilmektedir.

Ayrıca Ekonomik İlişkiler başlıklı 3. Bölümünün 37. maddesi “... Çalışma koşulları, kadınların aile içindeki esas rollerini yerine getirmelerine izin vermeli, anne ve çocuk için özel uygun koruma sağlamalıdır. ” şeklindedir. Kanaatimize göre bu düzenlemenin bir

anayasa hükmü olarak ele alınması oldukça yerinde bir tutumdur. Özellikle ülkemizde çalışan kadınların bulunduğu ailelerin çalışmayan kadınların bulunduğu ailelere göre, eğitim düzeyi ve maddi olanaklar açısından daha iyi bir durumda olduğu bilinmektedir. Nedense bu aileler çalışma koşulları nedeniyle çocuk yapmaktan kaçınırken, çalışmayan kadınların bulunduğu aileler daha çok çocuk yapmaktadırlar. Bu durumda eğitilmiş ve maddi durumu iyi olan ailelerde ki çocuk oranı düşük, eğitim düzeyi ve maddi durumu daha kötü olan ailelerdeki çocuk oranları oldukça yüksek olmaktadır. Bu ise devletler ve toplum tarafından istenebilir bir durum değildir. İşte bu yanlışlığın giderilmesi adına çalışma koşullarının kadınların aile içindeki rollerini yerine getirmelerine imkan tanıyan bir şekilde getirilmesi, çocuk ve anne birlikteliğinin bu aileler için sağlanması ve desteklenmesi gerekir. Çünkü kanaatimize göre bilhassa başlangıç döneminde çocuk haklarının belki de en başında anne ile birlikte olma, annenin ilgisini isteme ve görme hakkı gelmektedir. Bu hakkın süresi ne kadar uzun tutulursa hem çocuk, hem anne, hem de toplum kazançlı çıkacaktır.

İspanya Anayasası da çocuk hakları açısından aileyi önemli gördüğünü belirtircesine “Ailenin ve Çocukların Korunması” başlıklı 39. maddesinde çocuk haklarını düzenlemiştir. Söz konusu maddenin 2. fıkrası “...soyuna ve annelerin evlilik durumlarına bakılmaksızın, kanun önünde eşit olan çocukların tam korumasının sağlanacağını” ifade ederek evlilik içi ya da evlilik dışı doğan çocukların eşit olduğunu belirtmiştir. 3. fıkrası ise ebeveynlerin reşit oluncaya kadar yardım yapmasını hüküm altına almıştır.

Ancak İspanya Anayasasını değerlendirdiğimiz diğer anayasalardan ayıran en temel özellik son fıkradadır. Çünkü Anayasa “Çocuklar, haklarını güvence altına alan uluslararası anlaşmaların sağladığı korumadan da yararlanır” şeklinde çocuk hakları konusundaki uluslararası anlaşmalara açık bir atıfta bulunmaktadır. Anayasamızın 90. maddesinde de benzer bir atıf söz konusudur. Ancak temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yeri farklı bir konu başlığı olduğu için burada bu duruma değinmekle yetineceğiz.

Polonya Anayasası 48. maddesinin 2. fıkrasında ebeveynlik hakkından mahrumiyet veya sınırlamayı düzenlemiştir. Ayrıca 68. maddesinde de kamu makamlarının çocuklara özel sağlık hizmeti sağlayacağı ve onlar arasında kültür fiziğın gelişimine destek olacağı ifade edilmiştir. 71. madde ilk fıkrasında çok çocuklu veya tek ebeveynli ailelerin kamu makamlarından özel yardım alma hakkına sahip olduğunu belirtirken ikinci fıkrasında annelerin doğumdan önce ve sonra özel yardım alma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir.

Asıl çocuk haklarını güvence altına aldığını açıklayan 72. madde çocukların şiddet, zulüm, istismar ve ahlaki zayıflatan fillere karşı korunmasını düzenlemekte, ebeveyn bakımından, yoksun çocukların bakım ve yardım haklarını ele almakta, çocuk haklarının tesisinde çocuğun görüşlerinin dikkate alınacağını ifade etmektedir. Ayrıca çocuk haklarını sağlamak üzere Çocuk Hakları Komiseri kurumunun yasa ile düzenleneceğini hüküm altına almaktadır.

Yunanistan Anayasası çocuk haklarından bahsettiği 21. maddesinin ilk fıkrasında çocuk açısından ailenin önemini vurgulamakta, ikinci fıkrasında çok çocuklu ailelerin ve yetimlerin devletin özel ilgisinden yararlanacağını ifade etmektedir. Nüfus politikasını belirlemek ve uygulamakla devleti görevlendirmektedir.⁴¹

Azerbaycan Anayasası “Aile ve Devlet” başlıklı 17. maddesinde çocukların bakım ve terbiyesinin ana ve babanın görevi olduğunu ve devletin bu görevi kontrol edeceğini belirtirken, 34. maddesinde nikah ve aile üzerinde durmaktadır. Ayrıca devletin çok çocuklu ailelere yardım edeceğini belirtmektedir. Çocukların ana ve babalarına karşı saygı göstermelerini ve çalışma gücü olmayan ebeveynler için bakımlarını üstlenmelerini de esas almaktadır.⁴²

Hollanda Anayasasının 7. maddesinin 3. fıkrasında “ ... On altı yaşından küçüklere gösterilecek yayınlar, ahlaki değerlerin korunması

⁴¹ TUNÇ, Hasan, **Türkiye’ye Komşu Devletlerin Anayasaları**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2008, ss. 234-235

⁴² TUNÇ, 2008, ss. 119-123

amacıyla kanunla düzenlenebilir” hükmü dışında aile ve çocuk hakları ile ilgili anayasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

Gürcistan Anayasasının 36. maddesi çocuk hakları konusunda ki en az düzenlemeyle başı çekmektedir. “Anne ve çocuğun hakları kanunla korunur.”⁴³ Anayasa da bu hüküm bulanmasa bile anne ve çocuğun haklarının korunacağı bunun da kanunla olacağı açıktır. Dolayısıyla Gürcistan Anayasasında çocuk hakları açısından yeni anayasa için referans alınabilecek bir düşüncenin bulunmadığı söylenilebilir.

Bulgaristan Anayasasının çocuk hakları ile ilgili düzenlemeleri farklı maddelerde yer almaktadır. 14. maddesi “... çocuklar devletin ve toplumun korumasından yararlanır” derken 47. maddesi çocukların reşit olana kadar yetiştirilmesi ve büyütülmesini ebeveynlerin bir yükümlülüğü olarak belirtmektedir. Aynı madde de “evlilik dışı doğan çocuklarla evlilik içinde doğan çocukların eşit haklara sahip oldukları” ifade edilirken “kimsesiz çocukların devletin ve toplumun koruması altında olduğu” söylenmektedir.⁴⁴

28 Aralık 2005 tarihli Irak Cumhuriyeti Anayasasındaki çocuk hakları ile ilgili hüküm 29. maddededir.⁴⁵ Azerbaycan Anayasasındaki hükme oldukça benzemektedir. Çocukların anne ve babaları üzerinde eğitim, öğrenim, bakım ve korunma hakkı olduğunu belirten bu hüküm anne ve babalarında özellikle ihtiyaç duyduklarında, sakat kaldıklarında ve yaşlandıklarında çocuklarının kendilerine saygı göstermelerini ve bakımlarını üstlenmelerini ana baba hakkı olarak düzenlemektedir. Kanaatimize göre, toplumumuzun örf ve adetine ve karşılıklı hak anlayışına da oldukça uygun bir düzenlemedir.

IV. Türk Anayasa Hukukunda Çocuk Kavramı

Anayasanın Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında saydığı sosyal devlet ilkesi çocuk hakları bakımından önemli bir ilkedir.

⁴³ TUNÇ, 2008, s. 45

⁴⁴ TUNÇ, 2008, ss. 167-173

⁴⁵ TUNÇ, 2008, s. 292

Çocuklar korunmaya muhtaç insanların başında gelmektedir. Sosyal devlette kendi kendisine yetemeyen bireylerin ve korunmaya muhtaç olanların yanında olduğu için çocukların yanındadır ve yardımına hazırdır.

1982 Anayasasını değerlendirirken 2010 öncesi ve 2010 sonrası olmak üzere ikili bir ayrıma gitmek gerekmektedir. 2010 Anayasa değişikliği ile Anayasanın 10. maddesine “Çocuklar için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.” ilavesi ile çocuklar hakkında pozitif ayrımcılık anayasal dayanağa kavuşturulmuştur.

Ancak Kaboğlu'na göre, çocuklar lehine kayda değer bir ilerleme sağlamak için “pozitif ayrımcılık” ölçütünün açık bir şekilde kullanılması daha yararlı olacaktır.⁴⁶

1982 Anayasasının ilk metninde 41. madde “Ailenin Korunması” başlığını taşımaktayken, 2010 değişikliği ile başlık” olarak değiştirilmiştir. Bu durum yasa koyucunun çocuk haklarını özel olarak tanıdığının açık bir göstergesidir. Ancak bu tanıma diğer demokratik anayasaların çoğunda olduğu gibi aile kavramı içinde ele alınan bir tanımadır. Oysa literatüre baktığımızda yeni ve daha dikkat çeken akım, çocuk haklarına özgü bir başlık altında çocuk haklarının düzenlenmesi yönündedir.

“Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları” başlıklı 41. maddede 1982 Anayasasının ilk metninin ikinci fıkrasında yer alan; “Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.” şeklindeki hükmün kalması ya da değişikliğe uğramaması kanaatimize göre doğru bir yaklaşım olmamıştır. Özellikle “aile planlaması” hükmü toplumumuzda çok çocuk yapmaktan kaçınma olarak değerlendirilmektedir.⁴⁷ Nüfus planlamasının 1982

⁴⁶ KABOĞLU, İbrahim Ö., **Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası Halk Neyi Oylayacak**, İmge Kitabevi Yay., Ankara, 2010, s. 257

⁴⁷ Hasan Celal Güzel'in birçok yerde açıkladığı üzere nüfusumuzun fazla olmasını istemeyen kesimlerin Bülent Ulusu Hükümetinin programına

Anayasasında yer almasının bu durumla bağlantılı olduğu da düşünülmesi gereken bir durumdur.

Yukarıda ele aldığımız birçok devlet çok çocuk politikasını anayasal olarak düzenler ve çok çocuklu ailelere yardımı esas alırken 1982 Anayasasının aile planlaması üzerinde durması çelişir bir durumdur. Elbette kendisi zor geçinen anne babaların sorumsuz bir şekilde çok çocuk yapmalarını savunuyor değiliz. Ancak bu hükmün bilhassa maddi sıkıntısı olmayan ve eğitim düzeyi yüksek ailelerin uyguladığı bir hüküm olarak kalması konunun tartışılmaya değer olduğunu göstermektedir. Ayrıca Anayasada çok çocuk ya da az çocuk dayatması yerine madden ve manen sağlıklı şekilde yetiştirilecek kadar çocuk olarak düzenlenmesinin daha yararlı olacağı kanaatindeyiz.

2010 değişikliği ile gelen “Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.” hükmü önemli bir gelişme olarak değerlendirilmelidir. Çünkü, “çocuğun yüksek yararı”, “çocuk yararının önceliği” ya da “birinci öncelik ilkesi” Sözleşmenin de temel ilkelerindedir. Bu ilke çocuğun menfaati ile ana baba, toplumsal ya da bireysel başka menfaatlerin çatışması durumunda çocuğun menfaatine öncelik tanınmasını ifade etmek için kullanılır.⁴⁸ Hükümetler bu “yüksek yarar” gereğince çocukların ekonomik, sosyal ve kültürel haklarının yanında medeni ve siyasi haklarını da korumakla yükümlü olmaktadır.⁴⁹ Yeni Anayasada bu ilke göz önünde tutulmalıdır.

Son yıllarda gen teknolojisinde yaşanan gelişmelerde çocuk hakları açısından önemli bir yer edinmektedir. İleride doğacak çocuğun haklarını koruma adına, çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde düzenlemeler yapılmalıdır. Biyolojik ana babanın gizlenmesi, ciddi bir yaşam beraberliği oluşturmayan kişilerin geçici bir hevesle çocuk sahibi

konulması için ısrarla üzerinde durdukları ve bunu başardıkları ifade edilmektedir.

⁴⁸ AKYÜZ, 2010, ss. 7-8; ERDOĞAN, 2011, s. 196

⁴⁹ TEKİN, 2009, s. 285

olması, ölüm sonrası döllenme gibi, çocuğun kimlik ve kişilik oluşmasına son derece zararlı olan davranış ve isteklere izin verilmemelidir. Çocuğun daha doğmadan anasız ya da babasız yetişmesi sonucunu doğuracak bu tür eylemlerin bir çocuk için en temel haklardan olan ana babaya sahip olma hakkını elinden aldığı unutulmamalıdır.⁵⁰

2010 değişikliği ile Anayasaya eklenen “Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.” cümlesi de oldukça yerinde bir düzenleme olarak kabul edilmektedir. Ancak, şiddet ve istismara karşı kitle iletişim araçlarının rolüne direkt olarak atıf yapılması da düşünülebilir.

Anayasanın 50. maddesi “küçükler çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar” demektedir. 61. madde de 4. fıkrasında “Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır.” diyerek çocuk hakları konusunda devlete önemli bir görev vermektedir. Yine 141. madde de “küçüklerin yargılanmasında kanunla özel hükümler konulur.” denilerek çocukların yargılanmasında çocukların yararı doğrultusunda kanuni düzenlemeler yapılmasını emretmektedir.

Ancak, Çocuk Hakları Sözleşmesine Türkiye'nin koymuş olduğu çekince alanının 2010 Anayasa değişikliği ile daraltılmamış olması, kimilerine göre çocuk hakları konusunda kısmi bir iyileştirme ile yetinilmiş olduğu değerlendirilmesine de neden olmaktadır.⁵¹

V. SONUÇ

Çocuk hakları açısından değerlendirdiğimiz tüm anayasalar içerisinde eksik olarak gördüğümüz çocuk sevgisini taşıyan bir anayasa ruhunun eksikliğidir. Kanaatimize göre anayasaların bir ruhu vardır. Nasıl ki literatürde 1982 Anayasasının ilk metni askeri vesayetçi bir ruh taşımakla suçlanmışsa yeni anayasanın da toplumsal hoşgörüyü ve sevgiyi yansıtan ve vatandaşlarına karşı merhamet ve şefkati içinde barındıran bir ruhla yoğrulmuş olması faydalı olacaktır. Bu bakımdan da

⁵⁰ SEROZAN, 2005, s. 22

⁵¹ KABOĞLU, 2010, s. 256

“çocuk hakları”nın yeni anayasada doyurucu bir şekilde ve kendi başlığı altına düzenlenmesi bu ruhun tesisine hizmet edecektir. Çocuk sevgisini taşıyan bir anayasa ruhu, karşılaştırmalı anayasa hukuku açısından da yeni anayasanın üstünlük göstergelerinden biri olacaktır. Ayrıca yetimlerin devletin özel ilgisinden yararlanacağı da ifade edilmelidir.

Özellikle ülkemizde çalışan kadınların bulunduğu ailelerin çalışmayan kadınların bulunduğu ailelere göre, eğitim düzeyi ve maddi olanaklar açısından daha iyi bir durumda olduğu bilinmektedir. Nedense bu aileler çalışma koşulları nedeniyle çocuk yapmaktan kaçınırken, çalışmayan kadınların bulunduğu aileler daha çok çocuk yapmaktadırlar. Bu durumda eğitimi ve maddi durumu iyi olan ailelerde ki çocuk oranı düşük, eğitim düzeyi ve maddi durumu daha kötü olan ailelerdeki çocuk oranları oldukça yüksektir. Bu ise devletler ve toplum tarafından istenebilir bir durum değildir.

İşte bu yanlışlığın giderilmesi adına İtalyan Anayasasında olduğu gibi çalışma koşullarının kadınların aile içindeki rollerini yerine getirmelerine imkan tanıyan bir şekilde getirilmesi, çocuk ve anne birlikteliğinin bu aileler için sağlanması ve desteklenmesi gerekir. Çünkü kanaatimize göre bilhassa başlangıç döneminde çocuk haklarının belki de en başında anne ile birlikte olma, annenin ilgisini isteme ve görme hakkı gelmektedir. Bu hakkın süresi ne kadar uzun tutulursa hem çocuk, hem anne, hem de toplum kazançlı çıkacaktır. Çalışan kadınların da en az çocuklar kadar bu birliktelik haklarıdır ve kadınların çalışma koşullarının bu doğrultuda düzenlenmesi gerekir.

1982 Anayasasının farklı maddelerinde ele alınan çocuk hakları ile ilgili düzenlemelerin Çocuk hakları başlığını taşıyan madde de ele alınması daha yararlı olacaktır.

Aile planlaması ile ilgili hüküm yeni anayasada yer almamalıdır. Bir çok devlet çok çocuk politikasını anayasal olarak düzenler ve çok çocuklu ailelere yardımı esas alırken 1982 Anayasasının aile planlaması üzerinde durması anlaşılır bir durum değildir. Elbette kendisi zor geçinen anne babaların sorumsuz bir şekilde çok çocuk yapmalarını savunuyor

değiliz. Ancak bu hükmün bilhassa maddi sıkıntısı olmayan ve eğitim düzeyi yüksek ailelerin uyguladığı bir hüküm olarak kalması konunun tartışılmaya değer olduğunu göstermektedir.

Ayrıca Anayasada çok çocuk ya da az çocuk dayatması yerine madden ve manen sağlıklı şekilde yetiştirilecek kadar çocuk düşüncesinin esas alınmasının daha yararlı olacağı kanaatindeyiz. Sonuç olarak çocuk hakları başlıklı madde önerimiz aşağıdadır.

Devlet yetkisini kullananlar başta olmak üzere herkes çocuk sevgisini ve çocuk haklarını gözetmekle yükümlüdür. Anne veya babasız çocuklara yaklaşımda anne - baba özeni göstermek esastır.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır. Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır.

Küçükler, çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar. Küçüklerin yargılanmasında kanunla özel hükümler konulur.

Çocuk haklarının üstünlüğü ve çocuğun anneyle birlikteliğine dayalı gelişimi esastır. Kadınların çalışma koşulları bu esaslar doğrultusunda düzenlenir.

Her anne - baba çocuklarının haklarını kendi haklarından üstün tutmakla yükümlüdür.

KAYNAKLAR

AKINCI, Füsün SOKULLU, (2011), Kriminoloji ve Çocuk Açısından Çocuk İhmali ve İstismarı, I. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı -2, Çocuk Vakfı Yay., İstanbul.

AKINCI, Şahin, (2011), Roma Hukuku Dersleri, Sayram Yay., Konya.

AKYÜZ, Emine, (2010), Çocuk Hukuku (Çocukların Hakları ve Korunması), Pegem Akademi Yay., Ankara.

AKYÜZ, Emine, (2011), “Çocuk Hukukunun Gelişimi ve Çocuk Koruma Sisteminin Değerlendirilmesi”, I. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı -2, Çocuk Vakfı Yay., İstanbul.

AYZÖĞ, Duygu, (2008), “Öğrencilerin Çocuk Haklarını Algılama Düzeyleri İle Başarıları Arasındaki İlişki”, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

BALLAR, Suat, (1998), Çocuk Hakları, Beta Yay., İstanbul.

BALO, Solmaz Yusuf, (2009), Uluslararası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması, Seçkin Yay., İkinci Baskı, Ankara.

BOĞA, Mehmet, (2011), “Çocuk Suçluluğunun Sosyo-Ekonomik Sebepleri ve Önlenmesi İçin Alınması Gereken Tedbirler”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kütahya.

CİN, Halil, ve AKYILMAZ, Gül, (2011) Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yay., 4 Baskı, Konya.

DEMİR, Abdullah, (2011), Türk Hukuk Tarihi, Yitik Hazine Yayınları, İstanbul.

EĞRİBEL, Ertan, (2011), “Türkiye Çocuk Hakları İçin Önsöz Yerine: Mevcut Düzen İçinde Uygarlık Dışı, Uluslar Ötesi Yeni Bir Kategori Olarak Çocukluk Mu? Yoksa Uygarlık Krizini Aşacak Yeni Bir Dünya Mı?”, I. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı -2, Çocuk Vakfı Yay., İstanbul.

ERDOĞAN, Oktay, (2011), Çocuk Hakları, Acar Basım, İstanbul.

ERTUĞRUL, Halit, (2009), Ailede ve Okulda Çocuk Eğitimi, Nesil Yay., 32. Baskı, İstanbul.

EVLİYAOĞLU, Selçuk Abdullah, (2011), “Çocuk Hakları

Bakımından Anayasal Güvence Sorunu”, I. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı -2, Çocuk Vakfı Yay., İstanbul.

FRANKLİN, Bob, (1993), Çocuk Hakları, (Çev: TÜRKER, Alev), Ayrıntı Yay., İstanbul.

İÇLİ, Tülin, GÜNŞEN, (2009), Çocuk Suç ve Sokak, Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Yayını, I. Basım, Ankara.

İNAN, Ali Naim, (1968), Çocuk Hukuku, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi YAY., İstanbul.

KABOĞLU, İbrahim Ö., (2010), Değişiklikler Işığında 1982 Anayasası Halk Neyi Oylayacak, İmge Kitabevi Yay., Ankara.

KARABABA, Mehmet, (2011), “Aile İçi Şiddetin Psiko-Sosyolojik Temeller Işığında Hukuki Açından Değerlendirilmesi”, Hukuk Atlası (Hakemli Hukuk Bilimi) Dergisi, Yıl: 1 Sayı: 3, Denizli.

MOROĞLU, Nazan (2003), “Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuk Hakları”, Türkiye’de ve Dünya’da Çocuk Hakları, Alman Liseliler Kültür ve Eğitim Vakfı Yay, İstanbul.

POLAT, Oğuz, (1997), Çocuk ve Hakları, Analiz Yay., İstanbul.

SAĞLAM, Mehmet, ve ARAL, Neriman, (2011), “Boşanma Sürecinde Olan Ailelerdeki Çocukların Aile Algılarının Resimler Aracılığı İle İncelenmesi”, I. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı -2, Çocuk Vakfı Yay., İstanbul.

SAYITA, Sevgi Usta, (1996), Türk Hukukunda Çocuğun Koruyucu Aile (Kişi) Yanına Verilmesi, Filiz Kitabevi Yay., İstanbul.

SEROZAN, Rona, (2005), Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık Yay., İkinci Bası, İstanbul.

TEKİN, Uğur, (2009), “Almanya Örneğinde Çocuk Adalet Sistemi”, Kanunla İhtilaf Halindeki Çocuklar, (editörler: ULUDAĞ, Şener vd.), Polis Akademisi Yay., Ankara.

TEMEL, Z., Fulya, ve BAYRAKTAR, Vedat, (2009), “Çocukları Suça İten Ailesel Nedenler”, Kanunla İhtilaf Halindeki Çocuklar, (editörler: ULUDAĞ, Şener vd.), Polis Akademisi Yay., Ankara.

TUNÇ, Hasan, (2008), Türkiye’ye Komşu Devletlerin Anayasaları, Asil Yayın Dağıtım, Ankara.

YILMAZ, Ejder, (2011), Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yay., Ankara.

YURTCAN, Erdener, (2006), Çocuk Koruma Kanunu ve Yorumu, Kare Yay., Ocak İstanbul.

YURTSEVER, Müge, (2009), “Ebeveyn Çocuk Hakları Tutum Ölçeğinin Geliştirilmesi ve Anne-Babaların Çocuk Haklarına Yönelik Tutumlarının Farklı Değişkenler Açısından Değerlendirilmesi” Marmara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul.

AHISKA TÜRKLERİNİN TÜRKİYE'YE GÖÇ ETMESİ VE TÜRK VATANDAŞLIĞINA ALINMASI İLE İLGİLİ HUKUKİ SORUNLAR

Salımya GANIYEVA*

Özet

Ahıska Türkleri, günümüzde kendi yönetimi olmayan tek Türk topluluğu olarak bilinmektedir.

Ahıska Türkleri, eski Sovyetler Birliği'nde en "çilekeş" etnik grubu olarak da tanınmaktadır. Zira, son yetmiş yıl içerisinde Ahıska Türkleri üç göçe maruz kaldılar. Bu göçlerden ilk ikisi (1944 ve 1989 yılları), Sovyetler Birliği döneminde yaşanmış olup, Ahıska Türklerinde derin ve acı iz bırakmıştır.

Ancak, bütün bu zorluklara rağmen, Ahıska Türkleri, Türklüklerinden hiçbir şey kaybetmeden, Eski Sovyetler Birliği içerisinde "Türk" kimliğini taşıyan tek Türk topluluğu olarak da bilinmektedir.

Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra, Ahıska Türkleri için yeni bir dönem başlamıştır. Zira bu tarihler, Ahıska Türklerinin Türkiye ve bazı ülkelere göçün başlangıcını simgelemektedir.

Bu zorlu süreçlerin ardından, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından Ahıska Türklerinin Türkiye'ye Kabulü ve İskânına Dair 3835 Sayılı 2.07.1992 tarihli Kanun kabul edilmiş ve 28.02.2009 tarih ve 5838 Sayılı Kanununun 19.maddesi ile eklenen Geçici 1.madde doğrultusunda Ahıska Türklerinin Türk vatandaşlığına başvuruları ile yeni düzenleme getirilmiştir. Ancak, Ahıska Türkleri, Türk vatandaşlığını kazanma konusunda elde ettiği kolaylıklar yanı sıra, muhtelif zorluklarla da karşı karşıya kalmıştır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Türk toplulukları içerisinde kendi devlet yönetimi olmayan, tek Türk topluluğu olan Ahıska Türklerinin

* Yrd.Doç.Dr., Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı.

siyasi, ekonomik, kültürel, eğitim ve sosyal alanlarda yıllardır mevcut olan problemlerinin çözümünde, tek umutları Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin desteği ve garantörlüğüdür.

Anahtar kelimeler: Ahıska Türkleri, Sürgün, Fergana Olayları, Göç, Türk Vatandaşlığı.

The Questions of Law Related to the Immigration and Neutralization of Ahıska Turks to Turkey.

Abstract

Today, Ahıska Turks are known as the only Turkish population who is not self-governing.

Ahıska Turks are also known as the most “suffering” ethnical group in the Soviet Union. Thus, they are obliged to three different migrations in last 70 years. Among these, the first two (1944 and 1989) took place during the era of Soviet Union and engraved in the population.

On the other hand, despite all these struggles, Ahıska Turks are also known the only Turkish population to protect their identity and integrity in the Soviet Union.

After the disintegration of the Soviet Union, a new era has started for the Ahıska Turks. The disintegration is also significant Ahıska Turks, since it symbolizes the beginning of the migration to Turkey and other countries.

Following this difficult period, the parliament of the Republic of Turkey has passed the act number 3835 on 02.07.1992 related to the acceptance of Ahıska Turks to Turkey and on 28.02.2009, with the temporary 1st article of the 19th article of act number 5838, new regulations are made for their applications towards neutralization. Nevertheless, despite the conveniences they gained for becoming Turkish citizens, Ahıska Turks faced some other severe problems.

The support and the guarantor role of the Republic of Turkey is the only hope for the solution of political, economic, cultural, educational and social problems of Ahıska Turks, the only Turkish population not to be self-governed.

Key Words: Ahıska Turks, Exile, Fergana Affairs, Migration, Turkish Citizenship.

GİRİŞ

Ahıska, Gürcistan'ın güney batısında, Türkiye'nin kuzey doğusundaki Posof sınırına 35 km'de, yüz ölçümü 6260 km² büyüklüğündeki Türk yurdudur.

1578 senesinde Osmanlı Devleti'nin Gürcistan'ı fethetmesinden sonra bölge tamamen Türk yurdu olmuştur. 250 yıl Osmanlı idaresinde kalan Ahıska, coğrafi, kültürel ve demografik olarak Anadolu'nun doğal uzantısı olmuş ve Osmanlı kayıtlarında Ahıska Vilayeti olarak geçmiştir. 1828'de Rus işgalinden sonra Rusya'nın Osmanlı Devleti ile Kafkasya Türkleri arasında bir güvenlik kordonu oluşturmak politikasıyla Ermenileri bölgeye yerleştirmesi neticesinde bölge genelinde çoğunluk Ermenilere geçmiştir. Ahıska, 16 Mart 1921 Moskova Antlaşması ile Sovyet yönetimine bırakılmıştır¹.

II. Dünya Savaşı yıllarında Stalin'in, "tehlikeli halklar"dan gördüğü Ahıska Türkleri, 14 Kasım 1944'te Orta Asya'ya sürülmüş ve Sovyetler Birliği'nin son yıllarına kadar bu bölgede yaşamlarını sürdürmüşlerdir².

SSBC'de³ kimliğinde "Türk" yazan tek topluluk olan ve bununla da gurur duyan Ahıska Türkleri, Sovyetler Birliği'nin son dönemlerinde, Fergana olayları nedeniyle, Özbekistan'dan göç etmek zorunda kalmışlardır. Bu dönemde Ahıska Türklerine Azerbaycan, Kazakistan ve Kırgızistan devletleri⁴ göçmenlik hakkı tanıyarak kucak açmışlardır⁵.

¹ **Zeyrek**, Ahıska Bölgesi ve Ahıska Türkleri, Ankara, 2001 s. 41.

² **Seferov, Rehman/Akış, Ayhan**, Sovyet Döneminden Günümüze Ahıska Türklerinin Yaşadıkları Coğrafyaya Göçlerle Birlikte Genel Bir Bakış, Türkiyat Araştırmaları Dergisi, 24.Sayı, Güz 2008, Selçuk Üniversitesi, s. 393.

³ Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliği.

⁴ Fergana olayları nedeniyle Ahıska Türklerinin büyük bir kısmı Rusya Federasyonu'na da göç edilmişlerdi.

⁵ **Seferov/Akış**, s. 396.

Son 70 yıl içerisinde Ahıska Türkleri, üç kez sürgün ve soykırıma uğradığına rağmen, dillerinden, dinlerinden, örf ve adetlerinden hiçbir şey kaybetmediği gibi, bu değerlerini muhafaza etmeyi de başarmışlar.

Sovyetler Birliği'nin dağılmasının ardından, Ahıska Türkleri için yeni bir dönem başlanmaktadır, Türkiye ve bazı ülkelere⁶ göç dönemi. Başka bir ifade ile “silbaştan” dönemi.

Ancak çalışmamızda bu etnik topluluğun Türkiye'ye göç etmesi ile buna ilişkin Türk vatandaşlığını kazanması ele alınacaktır.

Çalışmanın amacı, Ahıska Türklerinin Türkiye'ye ve Türk vatandaşlığına kabulü ile ilgili durumun araştırılması ve konuyla ilgili problemlerin ortaya konulması ile çözüme kavuşmasındaki yolların tespit edilmesidir.

Konuya geçmeden evvel, Ahıska Türklerinin tarihine kısaca göz atmanın yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

I. Ahıska ve Ahıska Türkleri

Dede Korkut Kitabı'nda “Ak-Sıka” (Ak-Kale), 481 yılında “Akesga” adıyla anılan Eski-Oğuzlar beldesi, Gürcüce “Yeni Kale” anlamına gelen “Ahal-Tsihen”in Türkçe şeklidir⁷.

Ayrıca, “Aksıka” kelimesini Ahıska civarındaki kavimler “Ahıska”⁸, “Akhır-Kıska” ve “Ak-sıka” şeklinde telaffuz etmektedirler⁹.

Ahıska, bugünkü Gürcistan sınırları içerisinde bulunan bir Osmanlı toprağı olup, Türkiye sınırına 15 kilometre uzaklıktadır. Bu bölgeye yerleşen Türklere de Ahıska Türkleri denilmektedir.

⁶ Ahıska Türkleri, Türkiye dışında Amerika Birleşik Devletleri'ne de göç etmişlerdir. Günümüzde Ahıska Türkleri 10'u aşkın ülkede yaşamlarını sürdürmektedirler.

⁷ **Bayraktar, Rasim**, Ahıska, 21. Yüzyılda İnsanlık Dramı, 1999, s. 9; **Yahya, Harun**, <http://harunyahya.org/tr/Makaleler8312/Ahıska>, 17.07.2008, s. 1.

⁸ Ahıska ve çevresine, bölgede bulunan Rusların verdiği coğrafi isim “*Mesketya*” idi. Bu nedenle bölge halkına da Sovyet Cumhuriyetleri içerisinde Mesket Türkleri denilmiştir.

⁹ **Bayraktar**, s. 9; **Seferov/Akış**, s. 396.

1578 yılından 1828 Rus işgaline kadar Anadolu'dan bölgeye yerleştirilen ve Anadolu Türklüğü'nün ayrılmaz bir parçası olan Ahıska Türklerinin asıl vatanı bugünkü Gürcistan Cumhuriyeti'nin toprakları içinde kalan ve Türkiye ile komşu olan Ahıska, Ahılkelek, Aspinza, Adıgün ve Bogdanovka vilayetleridir. Buraya yerleşen Türkler'e Ahıska Türkleri denmesinin sebebi ise, yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu vilayetleri içine alan bölgenin coğrafi isminin Ahıska olmasından gelmektedir¹⁰.

A. Ahıska'nın Türkiye'den Ayrılması

1828 yılında Ahıska'nın 50 bin Türk nüfusu vardı. Bu tarihte Osmanlı'ya saldıran Ruslar önce Kars'ı ele geçirerek büyük bir katliam gerçekleştirdikten sonra Ahıska'ya yöneldiler. 5 Ağustos 1828'de, yerli halkın koruduğu Ahılkelek Kalesi, toplarla düşürülerek kaybedildi. Destansı bir kurtuluş mücadelesi veren Ahıska Türkleri 28 Ağustos 1828'de kadın ve çocuk demeden büyük bir katliamdan geçirildikten sonra, Ahıska toprakları da Rusların eline geçmiş oldu. 1829 Osmanlı-Rus Savaşı sonunda imzalanan Edirne Antlaşması'yla birlikte bu topraklar kesin olarak Ruslara terk edildi¹¹.

B. Ahıska Türklerine Karşı Soykırım Politikası

1930'lu yıllarda dini ve kültürel baskıların dışında, iktisadi ve siyasi baskılara da hedef olan Ahıska Türklerini zor bir dönem beklemekteydi. Ve bu yıllarda çok sayıdaki Ahıska Türkü sınırı geçerek Türkiye'ye sığınmış oldu. Bu gelişme haliyle SSCB yönetimini rahatsız etti. 1937 yılından itibaren de Ahıskalı'lar SSCB yönetimi tarafından "rejim düşmanı" olarak ilan edildi. 1937 yılında doruğa ulaşan Stalin zulmüne Ahıska Türkleri de maruz kaldılar. Aydınların çoğu tutuklanıp idam edildi¹².

¹⁰ Bayraktar, s. 21-23; İbrahimoglu, Mikail, <http://www.ahiska.net/makale/1/102/ahiska-tur>, s.1

¹¹ Bayraktar, s. 23-24; Yahya, <http://harunyahya.org.tr/Makaleler8312/Ahıska>, s.2; İzzetoğlu, Muhammet, <http://www.ahiskahaber.com>, 23.04.2012,

¹² Bayraktar, s. 30; Yahya, s.2; İzzetoğlu, s.1-2.

Ancak bu zor ve işkence dolu yıllar ne yazık ki daha da zor bir dönemin başlangıcıydı. Zira İkinci Dünya Savaşı ve sonraki gelişmeler, özellikle Ahıska Türkleri açısından bir insanlık dramı, bir insanlık ayıbından başka bir şey değildi.

C. İkinci Dünya Savaşı ve 1944 Sürgünü

İkinci Dünya Savaşı'nda, 50 bin genç Ahıska Türkü Alman cephesine gönderilmişti. Bu gençler, hiçbir askeri eğitim almadan, silah tutmasını bile öğrenemeden kendilerini savaşın tam ortasında bulmuşlardı. Bunlardan yaklaşık otuz bini, cepheye gönderildiklerinin ilk günlerinde hayatlarını kaybetmişlerdi. Yirmi bin kişi de sakat ve yaralı olarak hayatta kalabilmişti¹³.

Stalin hükümeti tarafından 14 Kasım 1944 yılında, Devlet Savunma Komitesi kararına dayanılarak, sınır güvenliği gerekçesiyle, Ahıska'nın 209 köyünden alınan 100-120 bin civarındaki Ahıska Türkü, kış aylarında yük vagonlarına 8-10 aile halinde doldurularak Orta Asya'ya sürgün edilmiştir. Azerbaycan'ın o dönemdeki yöneticileri, Ahıska Türklerini Azerbaycan'a yerleştirmek istemiştir. Ancak Stalin'in kararı kesin olması nedeniyle, Azerbaycan yönetiminin gayretleri de bir sonuç vermemiştir. Bu yolculukta, Ural dağlarının soğuk havası birçok insanın hayatının sonu olmuştur. Bir buçuk ay süren yolculuk sonunda Ahıska Türkleri Orta Asya'ya, Özbekistan, Kırgızistan ve Kazakistan'a yerleştirilmiştir. Bu dönemde Ahıska Türklerinden önemli bir kısmı soğuk vagonlarda ve hastalık ile açlıktan hayatlarını kaybetmişlerdir¹⁴.

Ahıska Türkleri, II. Dünya Savaşı sırasında Sovyetler Birliği'ndeki diğer yedi etnik grupla beraber Orta Asya'ya sürgün edilmişti. Bu gruplardan Çeçenler, İnguşlar, Balkarlar, Karaçaylar ve Kalmıklara Stalin'in ölümünden sonra çıkarılan 1956 Yüksek Sovyet Kararı ile eski hakları iade edilmiş ve sürgünden önceki vatanlarına

¹³ **Yahya**, s.2-3.

¹⁴ **Bayraktar**, s. 45-46; **Agara, İbrahim**, Ahıska Türkleri (Sürgününün 60.Yılı Anısına) İnsanlık Dramı, İzmir Ahıska Türkleri Kültür ve Dayanışma Derneği, İzmir; Karaca Matbaası Yayınları, 2004; **Seferov/Akış**, s.399.

yeniden dönmelerine izin verilmişken, diğer üç grubun dönmesine bu dönemde izin verilmemişti¹⁵. Ahıska Türkleri, 1956 Kararnamesine kadar Sovyetlerin tehcir politikasının bir parçası olan “özel iskân rejimi”nin, kendilerini en temel medeni haklardan yoksun bırakan sert şartlarında yaşamak zorunda kalmışlardır. Bu kararnameden sonra baskılar azalmakla birlikte Volga Almanları, Kırım Tatarları ve Ahıska Türklerinin anayurtlarına geri dönmelerine izin verilmemiştir¹⁶. Bunlardan sadece Kırım Tatarlarına, Sovyetlerin sona ermesiyle birlikte eski hakları iade edilmiş, ve akabinde son onbeş yıl içerisinde Ukrayna’dan Kırım’a önemli miktarda dönüş gerçekleşmiştir. Diğer grup olan Volga Almanları, Sovyet döneminden sonra Almanya’ya göçmüşler ve Volga Bölgesinde ülkesel talepleri olmamıştır. Sadece sürgün edilen sekiz grubun sonuncusu olan Ahıska Türklerinin, eski haklarının iadesi ve anavatanlarına dönüşü çözümlenmemiş olarak kalmıştır¹⁷.

Görüldüğü gibi, tarihin her döneminde zulme uğramış ve vatanlarından uzak yaşamaya mahkum edilmiş tek Türk topluluğu, Ahıska Türkleridir.

¹⁵ **Sumbadze, Nana**, “The Problem of Muslim Population of Southern Georgia: Prospects of Deporation and the Local Resistance”, <http://www.policy.hu/sumbadze/Nana--Meskhetians5.html>, s.2 (naklen **Kütükçü, M.Akif**, Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Ahıska Türklerinin Anavatanlarına Dönüş Sorunu, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı:13, 2006, Konya, 272-273).

¹⁶ **Chervonnaya, Svetlana**, The Problem of the Repatriation of the Meskhet-Turks, Appendix to the Fast-Finding Mission of the FUEN (Federal Union of European Nationalites) delegation to Georgia, November, 1998, http://arts.uwaterloo.ca/MINELRES/min/meskh/FUEN_Meskh.htm (naklen, **Kütükçü**, s. 273).

¹⁷ **PENTIKAYNEN, Oskari/TRIER, Tom**, Between İntegration and Resettlement: The Meskhetian Turks, ECMI Working Paper 21, Sertember 2004, http://www.ecmi.de/download/working_paper_21b.pff, s. 6, (naklen **Kütükçü**, s. 273)

D. 1989 Fergana Olayları ve Sürgün

Sovyetler Birliği'nin son yıllarında, Özbekistan'ın Fergana vadisinde yaşayan Ahıska Türkleri, 1989 yılında, etnik bir gerilim sonrasında büyük bir şiddete uğramıştır.

Sovyet yönetiminin “böl ve yönet” çalışmaları sonucu, Özbekler ve Ahıska Türkleri arasında çok kısa bir zamanda düşmanlık başlamıştı. Böylece 45 yıl bir arada yaşayan bu iki Türk topluluğu arasında ne yazık ki şiddetli çatışmalar baş göstermişti. Özbekistan'ın her tarafında Ahıska Türkleri tehdit edilmeye başlanmış, işlerinden çıkarılmış ve sevilmeyen bir toplum haline getirilmişlerdi. 1989 yılının Haziran ayında Ahıska Türklerinin yoğun olduğu Fergana'da Ahıska Türkleri ile Özbekler arasında olaylar başlamış ve bu olaylar kısa sürede diğer bölgelere de yayılmıştı¹⁸.

Böylece, Özbekistan'da yüzlerce Ahıska Türkü'nün evinin yakılıp yıkılması, işkenceye maruz kalması, insanların ölümü ve yaralanması gibi olaylar sonucunda, yüz binden fazla Ahıska Türkü sürgüne tabi tutulmuştu. Nitekim binlerce Ahıskalı, Sovyet askerlerinin eşliğinde Özbekistan'dan ayrılmak zorunda kalmıştır¹⁹.

Böylece Fergana vadisinde geçen 45 yıl sürgün hayatı ne yazık ki kanlı ve acı dolu başka bir sürgünle son bulmuştu.

Bu sürgün sonrası Ahıska Türklerini daha çok Azerbaycan²⁰, Kazakistan ve Kırgızistan kabul ettiğinden, söz konusu nüfusun büyük çoğunluğu bu ülkelere yerleşmiştir²¹. Ayrıca, bir kısmı da Rusya'nın

¹⁸ **Agara**, 2004 (**Seferov/Akış**, s. 401).

¹⁹ Bu trajedinin ardından bölgedeki Ahıska Türkü nüfusu neredeyse tamamen göç etmek zorunda kalmıştı.

²⁰ Azerbaycan, 1989 yılında Özbekistan'ın Fergana vadisindeki şiddetten kaçan Ahıska Türkleri'nin bir kısmını kabul edip topraklarına yerleştirmişti. Fakat, Ermenistan ve Dağlık Karabağ'dan kaçan ve kovulan büyük azeri nüfusla ilgili sorunları yüzünden bu göçü 1993 yılında durdurmuştu; http://tr.wikipedia.org/wiki/Ah%C4%B1ska_I%C3%BCrkleri.

²¹ **Oğan, Sinan**, Yüzyılın Dramı Azerbaycan'da Göçmen (Kaçkın) Sorunu, <http://www.turksam.org/tr/a466.html>.

güneyindeki Krasnodar ve Rostov Bölgesi yanısıra Kursk, Belgorod, Tula ve Smolensk şehirlerine yerleştirilmiştir²².

E. Ahıska Türklerinin Amerika Birleşik Devletleri'ne (ABD) Göç Etmesi

Ahıska Türklerinin ABD'ye göç etmesi 1989'da yaşanan Fergana faciasıyla başlamıştır. 1989'da yaşanan Fergana olaylarından sonra Rusya Federasyonu'nun Krasnodar bölgesine göç etmek zorunda kalan Ahıskalı'lar, tarım ve hayvancılıkla uğraşarak son derece ilkel koşullarda hayatlarını sürdürmekte idiler. Vatandaşlık haklarından yararlanılmayan, oturma²³ ve çalışma izinleri verilmeyen, sağlık ve eğitim hizmetlerinden yoksun bırakılan ve etnik ayrımcılığa tabi tutulan Ahıska Türkleri ABD'ye göç ettirildiler²⁴.

Uluslararası Göç Teşkilatı vasıtasıyla 15 bine yakın Ahıska Türkü ABD'ye getirilip, farklı eyaletlerine yerleştirilip hayatlarına devam etmektedirler.

F. Ahıska Türklerinin Anavatana Dönme Sorunu

1999 yılında Gürcistan, Avrupa Konseyi'ne üye olurken, Ahıska Türklerinin geri dönüşleriyle ilgili yükümlülük üstlenmişti. Buna göre, Gürcistan, 1999'dan itibaren üç yıl içinde Ahıska Türklerinin anavatana dönüşlerini başlatacak ve 12 yıl içinde, yani 2011 yılında dönüş işlemi bitirecekti²⁵. Burada, Gürcistan'ın söz konusu dönüş meselesini etkin bir şekilde çözmek arzusundan daha çok Avrupa Konseyi'ne katılma isteği nedeniyle bunu yaptığı anlaşılmaktadır²⁶.

Zira, Gürcistan'daki mevcut ekonomik durum, Gürcülere göre, Ahıska Türklerinin Gürcistan'a dönmelerini imkânsız kılmaktadır. Fakat,

²² Bayraktar, 1999; Kütükçü, s. 274.

²³ Ahıska Türkleri 2-3 ayda bir geçici ikamet izinlerini yenilemek zorunda idiler; Seferov/Akış, s. 405.

²⁴ Seferov/Akış, s. 405; <http://forum.mezun.com/showthread.php?5334>

²⁵ Kütükçü, s. 276; Seferov/Akış, s. 406, http://tr.wikipedia.org/wiki/Ah%C4%B1ska_I%C3%Bekleri

²⁶ Kütükçü, s. 276.

Gürcistan böyle bir göç başlattığında, uluslararası kuruluşlar Gürcistan'a ekonomik destek vereceklerini beyan etmişlerdi²⁷.

Nitekim, 2012 yılının sonuna doğru gelindiğinde de, halen Ahıska Türklerinin anavatanına dönüşü ile ilgili hiçbir olumlu sonucun alınmaması ve söz konusu meselenin çözümü ile ilgili ciddi adımların atılmaması aşikârdır. Neticede, Ahıska Türkleri, 1944 yılından bu yana, her türlü zorluklara rağmen, başta Türkiye olmak üzere²⁸, üçüncü göçle karşı karşıya kalmıştır.

Ancak, burada Ahıska Türklerinin Türkiye'ye ve Türk vatandaşlığına alınmasını dikkate alarak, ne gibi sorunlarla karşılaştıklarını belirtmeye gayret edeceğiz.

II. Ahıska Türklerinin Türkiye ve Türk Vatandaşlığına Kabulü

A. Ahıska Türklerinin Türkiye'ye Kabulü ve İskânına Dair Kanun

2 Temmuz 1992'de 3835 Sayılı "Ahıska Türklerinin Türkiye'ye Kabulü ve İskânına Dair Kanun"²⁹ TBMM tarafından kabul edilmiştir. Söz konusu Kanun, 8 maddeden oluşmaktadır.

Kanun'un madde 1'e göre, "1) *Eski Sovyetler Birliğini oluşturan cumhuriyetlerde dağınık halde yaşayan ve "Ahıska" Türkleri olarak adlandırılan soydaşlarımızdan Türkiye'ye gelmek isteyenler, en zor durumda bulunanlardan başlamak üzere, Bakanlar Kurulunca belirlenecek yıllık sayıyı aşmamak kaydıyla, serbest³⁰ veya iskânlı*

²⁷ Ahıskalıların Bakü zirvesi, <http://www.ahiskali.com/yazi3.pgp?id=155>, Seferov,/Akış, s. 406.

²⁸ Türkiye dışında Ahıska Türkleri Amerikan Birleşik Devletleri'ne de göç etmiştir.

²⁹ RG., 11.7.1992-21281 tertip: 5 cilt:31.

³⁰ "Serbest göçmen: Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelip, Devlet eliyle iskân edilmelerini istememek şartıyla yurda kabul edilenlerdir" (İskan Kanunu, m.3 e).

*göçmen*³¹ olarak kabul olunabilirler. Bunların kabulleri ve iskânları, bu Kanun ile 2510 sayılı İskân Kanunu³² hükümlerine göre yapılır. 2) Gayrimenkul verilerek yapılacak iskânda vali ve kaymakamlar temlikle yetkilidir. Temlik cetvelinde, ailenin bütün fertleri eşit hisselerde belirtilir ve tapuya da temlikteki gibi tescil edilir”.

Bu bağlamda, 1993 yılında yaklaşık 150 Ahıska Türkü ailesi iskânlı göçmen olarak Iğdır iline getirilip yerleştirilmiştir. Ancak, bundan sonra, Ahıska Türkleri *iskânlı göçmen* olarak değil de, tüm zorlukları göze alarak, kendi imkânları dahilinde *serbest göçmen* statüsünde Türkiye’ye gelmektedirler.

Zira, 3835 Sayılı Ahıska Türklerinin Türkiye’ye Kabulü ve İskânına Dair Kanun çıkalı 20 yıl geçmesine rağmen, Türk Devleti tarafından yaklaşık 150 aile sadece bir defasında iskânlı göçmen olarak kabul edilmiştir. Halbuki, 3835 Sayılı Kanun’un madde 1’de “*Ahıska Türkleri, Bakanlar Kurulunca belirlenecek yıllık sayıyı aşmamak kaydıyla, serbest veya iskânlı göçmen olarak kabul olunabilirler*” diye ifade edilmiştir. Şayet, Ahıska Türkleri söz konusu Kanun’da belirtildiği gibi, düzenli olarak iskânlı göçmen statüsünde de Türkiye’ye kabul edilseydi, Ahıska Türklerinin sorunları (çalışma izni, oturma izni, vatandaşlık) büyük ölçüde çözülmüş olacaktı. Nitekim, maddi açıdan zor durumda bulunan Ahıska Türkleri için, serbest göçmen statüsünde Türkiye’ye gelebilmek neredeyse imkânsızdır.

Yaklaşık yirmi yıl geçmesine rağmen, Ahıska Türklerinin Türkiye’ye göç süreci devam etmektedir. Günümüzde 70.000’e yakın Ahıska Türkü, Türkiye’nin çeşitli illerine yerleşmiş bulunmaktadır (İstanbul, Ankara, İzmir, Antalya, Bursa, Yalova vb)³³.

³¹ “*İskânlı göçmen: Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, özel kanunlarla yurt dışından getirilen ve bu Kanun hükümlerine göre taşınmaz mal verilerek iskânları sağlananlardır*” (İskân Kanunu, m.3 f).

³² Yeni 5543 Sayılı İskân Kanunu 19.9.2006 tarihinde kabul edilmiştir; RG Sayı:26301, 26.09.2006.

³³ <http://www.aktifhaber.com/ahıska-turkleri,-sosyal-haklarini-istiyor-612815h.htm>, 3 Haziran 2012.

B. Ahıska Türkleri'nin Türk Vatandaşlığına Alınması ve İlgili Sorunlar

1. 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'na Göre Türk Vatandaşlığının Kazanılması

29 Mayıs 2009 tarihli ve 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'na³⁴ göre, Türk vatandaşlığını kazanma halleri iki ana grupta toplanmıştır. TVK, Türk vatandaşlığının kazanılması hallerini, *doğumla* (vatandaşlığın aslen kazanılması) ve *sonradan kazanma* şeklinde (müktesep) bir tasnife tabi tutmuştur (TVK m.5; TVKUY³⁵ m.5).

Türk vatandaşlığının kazanılma hallerini kısaca ele almakta yarar vardır.

a. Türk Vatandaşlığın Aslen Kazanılması

Vatandaşlığın aslen kazanılması, bir kişinin doğumu anında ve doğumu dolayısıyla vatandaşlık kazanmasıdır.

TVK, vatandaşlığın aslen kazanılmasında, kan esasını (soy bağı esası) ve toprak esasını (doğum yeri esası) kabul etmiştir. Kanun'da yer alan hükme göre, "*Doğumla kazanılan Türk vatandaşlığı, soy bağı veya doğum yeri esasına göre kendiliğinden kazanılır. Doğumla kazanılan vatandaşlık doğum anından itibaren hüküm ifade eder*" (TVK m.6; TVKUYm.6).

Kanun koyucu, Türk vatandaşlığın kazanılmasında prensip olarak kan (soy bağı esası) esasını kabul etmiş, ancak vatansızlığın önlenmesi gayesine hizmet etmesi bakımından, toprak (doğum yeri esası) esasını ile de Türk vatandaşlığın aslen kazanılabilmesine imkân tanımıştır³⁶.

Kanun'da yer alan hükümde, vatandaşlığın doğumla kazanılmasının, herhangi bir makamın iznine veya onayına gerek

³⁴ RG: 12.06.2009-27256; Bundan sonra kısaca TVK.

³⁵ Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, RG.06.04.2010, Sayı:27544. Bundan sonra kısaca TVKUY.

³⁶ **Nomer, Ergin**, Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul, 2010, s.62; **Turgut, Turhan/Tanrıbilir, Feriha Bilge**, Vatandaşlık Hukuku, Ders Notları, Ankara, 2010, s. 48; **Doğan, Vahit**, Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara, 2012, s.50; **Erdem, B.Bahadır**, Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul, 2011, s. 79.

olmadan, aranan şartların varlığı halinde, kanun hükmü gereği kendiliğinden gerçekleşeceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla, hem soy bağı hem de doğum yeri esasına göre vatandaşlık kazanılmasında, Kanun'da aranan şartların gerçekleşmiş olması kişinin Türk vatandaşlığını kazanması için yeterli olup, herhangi bir makamın izin veya onayına gerek yoktur³⁷.

b. Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılması

Kişinin doğumundan sonra ve doğumundan başka bir sebebe binaen kazandığı vatandaşlığa müktesep vatandaşlık ya da sonradan kazanılan vatandaşlık denilir. Bu şekilde kazanılan vatandaşlık, geçmişe etkili değildir. Vatandaşlığın kazanılmasını sağlayan hukuki işlemin tamamlandığı andan itibaren müktesep vatandaşlık hüküm ve sonuç doğurur.³⁸

TVK'na göre, sonradan kazanılan vatandaşlık, *yetkili makam kararı* ile, bir Türk vatandaşı tarafından *evlat edinilme* ile ya da *seçme hakkının kullanılması* yollarından birisi ile gerçekleşebilir (m.9).

Türk Vatandaşlığı Kanunu, “genel yoldan vatandaşlığın kazanılması” (m.11); “istisnai yoldan vatandaşlığın kazanılması” (m.12); “Türk vatandaşlığının ikamet şartı aranmaksızın yeniden kazanılması” (m.13), “Türk vatandaşlığının ikamet şartına bağlı olarak yeniden kazanılması” (m.14); ve bir Türk vatandaşı ile evlenmekle evlilik yolu ile kazanılması” (m.16) hallerinin hepsini yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılma hali olarak düzenlemiştir.

Burada konumuzla yakından ilgili olan, Türk vatandaşlığının istisnai yoldan kazanılması halidir. Zira, TVK madde 12/c'e göre, “*göçmen olarak kabul edilen kişiler*”, milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla Bakanlığın teklifi, Bakanlar Kurulunun kararı ile istisnai yoldan Türk vatandaşlığını kazanabilirler. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Ahıska Türkleri, 3835

³⁷ Nomer, s.62; Doğan, s. 50; Erdem, s. 79.

³⁸ Nomer, s. 70-71; Doğan, s. 68; Erdem, s. 95.

Sayı 1992 tarihli Kanun doğrultusunda Türkiye'ye "...serbest veya iskânli göçmen olarak kabul olunabilirler...". Bu da demek oluyor ki, Ahıska Türklerinin "istisnai yoldan", yani "göçmen" statüsünde Türk vatandaşlığını kazanmaları söz konusu olmalıdır. Nitekim, Ahıska Türkleri, ilk olarak Türkiye'ye 3835 Sayılı Kanun gereğince iskânli göçmen olarak getirilmiş ve halen serbest olarak gelmeye devam etmektedirler.

Ancak, burada önemli bir hususu belirtmemiz gerek. Ahıska Türkleri, 3835 Sayılı Kanun'un yürürlükten resmen kaldırılmadığına rağmen, artık "genel yoldan" Türk vatandaşlığına alınmaktadırlar, yani "göçmen" statüsünde değil de, yetkili makam kararı ile TVK'nun madde 11'de belirtilen şartları yerine getirmeleri halinde (Türkiye'de 5 yıl kesintisiz ikamet etmek, bakmakla yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire veya mesleğe sahip olmak vs) Türk vatandaşlığını kazanabilirler.

Ayrıca, 4982 Sayılı Bilgi Edinme Kanunu kapsamında İç İşleri Bakanlığı'na yapmış olduğumuz müracaatın 09.10.2012 tarihli cevabında da: 3835 Sayılı Ahıska Türklerinin Türkiye'ye Kabulü ve İskânına Dair Kanun'un halen yürürlükte olduğunu, ancak, Ahıska Türklerinin genel yoldan aranan şartları taşımaları halinde, 5901 Sayılı TVK uyarınca, Türk vatandaşlığını kazanabilecekleri belirtilmektedir. Yani, bu durumda çelişki söz konusudur. Zira, görüldüğü gibi, Ahıska Türklerinin Türkiye'ye kabulüne yönelik 3835 Sayılı Kanun'da³⁹ Ahıska Türkleri "göçmen" olarak kabul edilmiş olup ve fakat günümüzde Türkiye'ye ve Türk vatandaşlığına "göçmen" statüsünde değil, bilakis genel olarak kabul edilmektedirler.

Türk vatandaşlığını kazanmakta bahsi geçen yolların açıklığa kavuşturulması adına, aşağıda sırasıyla "istisnai" ve "genel yoldan" Türk vatandaşlığının kazanılmasını ele almanın yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

³⁹ Önemli olan, 3835 Sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu halde uygulanmamasıdır.

c. İstisnai Olarak Türk Vatandaşlığına Alınma

aa) Genel olarak

Belirli vasıfları haiz kimseleri kolay yoldan Türk vatandaşlığına almak için Kanun *fevkalade telsik* ya da istisnai vatandaşlığa alınma müessesini kabul etmiştir. İstisnai yoldan vatandaşlığa alınması uygun görülen kişilerin ülke ile ilgi ve bağlılığı, genel olarak vatandaşlığa alınmaya göre daha yoğundur. Bu nedenle kanun koyucu, bu gibiler için, genel olarak vatandaşlığa alınmaya göre daha müsait şartlar kabul etmiştir⁴⁰.

Kanun, istisnai vatandaşlığa alınacak kişilerde herhangi bir şart öngörmemiştir⁴¹. Ancak, TVK madde 12'ye göre, “(1) Milli güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla Bakanlığın teklifi, Bakanlar Kurulunun kararı ile” ilgili Türk vatandaşlığını kazanabilir.

Acaba istisnai olarak Türk vatandaşlığını kazanma hakkını haiz kişiler kimlerdir?

Kanun koyucu, istisnai olarak vatandaşlığa alınacak kişileri üç grup halinde tespit etmiştir. Gruplar oluşturulurken, Türkiye ile ilgi ve bağlılığın şekli ve yoğunluğu dikkate alınmıştır. TVK madde 12'ye göre bu gruplar:

1) Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel , teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve ilgili bakanlıklarca haklarında gerekçeli teklifte bulunulan kişiler (TVK m.12/1-a).

2) Vatandaşlığa alınması zaruri görülenler (TVK m.12/1-b).

3) Göçmen olarak kabul edilen kişiler (TVK m.12/1-c).

Konumuz açısından üçüncü grup olan, yani “göçmen” olarak kabul edilen kişiler, önem kazanmaktadır. Aşağıda “göçmen” kavramını açıklamakta yarar vardır.

⁴⁰ Nomer, 82-83; Doğan, s. 82; Erdem, s. 117.

⁴¹ Doğan, s.83.

bb) Göçmen Tanımı

Çeşitli nedenlerle (ekonomik, siyasi, dini vb) bağlı bulunduğu ülkeyi terk ederek, yerleşmek amacı ile başka bir ülkeye giden kişiye *göçmen (muhacir)* denir. Muhacerette önemli olan ilgilinin o ülkede yerleşme niyetinin bulunmasıdır. Göçmen kabulü her ülkenin iç düzenlemesine ve siyasi ve sosyal politikasına bağlıdır⁴².

Muhaceret Türk hukukunda, 5543 Sayılı 19.09.2006 tarihli İskân Kanunu⁴³ ile düzenlenmiştir. Yasaya göre, göçmen, “*Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelip, bu Kanun gereğince kabul olunanlardır* (İskân Kanunu, m.3 d).

cc) Göçmen Sayılmanın Şartları

Kanun'daki tanıma göre, göçmen sayılabilmek için: a) Türk soyundan olmak, b) Türk kültürüne bağlı olmak, c) Türkiye'ye yerleşmek amacı ile gelmek gereklidir.

Göçmen olarak kabul edilmeyenler ise, İskân Kanunu'nun 4. maddesinde tespit edilmiştir. Hükme göre, “*Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olmayan yabancılar ile Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı bulunup da sınır dışı edilenler ve güvenlik bakımından Türkiye'ye gelmeleri uygun görülmeyenler göçmen olarak kabul edilmezler*”.

Yasa, özelliklerine göre, dört çeşit göçmen kabul etmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi,

- **Serbest göçmen:** Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup yerleşmek niyetiyle tek ya da toplu olarak Türkiye'ye gelip Devlet eliyle iskan edilme talebi olmadan yurda kabul edilenlerdir (İsk.K m.3 e).

- **İskanlı göçmen:** Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup yerleşmek niyetiyle özel kanunlarla yurt dışından getirilen ve bu kanun hükümlerine göre taşınmaz mal verilerek iskanları sağlanan göçmenlerdir (İskçK. M.3 f).

⁴² **Çelikel, Aysel/(Öztekin) Gelgel, Günseli,** Yabancılar Hukuku, İstanbul, 2011,s. 22.

⁴³ RG. 26.09.2006-26301.

- **Münferit göçmen:** Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yurdumuza yerleşmek amacı ile bir aile olarak gelenlerdir (İsk.K m.3 g).

- **Toplu göçmen:** Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, iki ülke arasında yapılan anlaşmaya göre yurdumuza yerleşmek amacıyla toplu olarak gelen ailelerdir (İsk.K.m.3 ğ).

Yukarıda sayılan göçmen çeşitlerinden, Ahıska Türkleri ile ilgili olan ilk ikisi, yani serbest göçmen ile iskânlı göçmen. Zira, 3835 Sayılı 1992 tarihli Kanun'la, Ahıska Türklerinin serbest veya iskânlı göçmen olarak kabul edilecekleri belirtilmiştir. Nitekim, "göçmen" tanımından da anlaşıldığı gibi, Ahıska Türkleri, "göçmen" sayılma sıfatını haizdir. Şöyle ki, Türk soyundan ve Türk kültürüne en sıkı bağlı olan bu Türk topluluğu, çektiği bunca çilelerden sonra, Türkiye'ye yerleşmek amacıyla göç etmektedirler. Neticede, günümüzde yaklaşık yetmiş (70.000) bin Ahıska Türkü Türkiye'ye göç edip yaşamını burada sürdürmekte ve halen göç süreci devam etmektedir. Dolayısıyla, Ahıska Türklerinin herhangi bir yabancı olarak genel yoldan değil de, kolay yol olarak, istisnai yoldan "göçmen" statüsünde Türk vatandaşlığına alınması söz konusudur.

Şimdi genel yoldan Türk vatandaşlığının kazanılmasını ele almakta yarar vardır.

d. Genel Olarak Türk Vatandaşlığına Alınma (Adi Telsik)

aa) Genel olarak

Genel olarak vatandaşlığa alınma yetkili makam kararı ile vatandaşlığa alınmanın normal yoludur. Yetkili makam kararıyla vatandaşlığa alınma, yabancı veya vatansız bir kişinin kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde, kendi isteğiyle, daha önce vatandaşlık bağı ile bağlı olmadığı bir devlet vatandaşlığını yetkili makam kararıyla kazanmasıdır⁴⁴.

⁴⁴ **Nomer**, s.70; **Turhan/Tanrıbilir**, s. 51-52; **Doğan**, s. 72; **Erdem**, s. 101-102.

Yabancıların vatandaşlığa alınmaları için kanunlarda aranan şartlar, kişinin ülke ile sıkı irtibatı, uyum ya da entegre olmasının tespitine yöneliktir.

Kanunda genel olarak vatandaşlığa alınmanın şartları dokuz bent halinde sayılmıştır. Kanunda sayılan bu şartları taşıyan kişinin isteği ve yetkili makamın kararı ile kişi Türk vatandaşlığını kazanabilecektir. Başka bir deyişle, yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için;

- Kişinin İradesi,
- Kanunda Aranan Şartların Geçekleşmesi,
- Yetkili Makamın Kararı

olmak üzere üç temel şart gereklidir⁴⁵.

bb) Genel Olarak Vatandaşlığa alınmanın Şartları

5901 Sayılı TVK'da yetkili makam kararı ile genel olarak Türk vatandaşlığının kazanılabilmesinin şartları sekizi asli, biri takdire bağlı olmak üzere dokuz şart olarak düzenlenmiştir.

Şöyle ki, TVK madde 11'e göre, "Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılarda;

- a) Kendi milli kanununa, vatansız ise Türk kanunlarına göre ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmak,
- b) Başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etmek,
- c) Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit etmek,
- d) Genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden bir hastalığı bulunmamak,
- e) İyi ahlak sahibi olmak,
- f) Yeteri kadar Türkçe konuşabilmek,
- g) Türkiye'de kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire veya mesleğe sahip olmak,

⁴⁵ Doğan, s. 72-73.

h) Milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak

Şartları aranır.

(2) Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılarda, yukarıda sayılan şartlarla birlikte, taşıdıkları devlet vatandaşlığından çıkma şartı da aranabilir. Bu takdirin kullanılmasına ilişkin esasların tespiti Bakanlar Kurulunun yetkisindedir.

2. Ahıska Türklerinin Türk Vatandaşlığına Alınması

Yukarıda bahsettiğimiz gibi, Ahıska Türkleri, 3835 Sayılı Kanun gereğince, Türkiye'ye "göçmen" olarak kabul edilmektedirler. Bunun neticesinde, Ahıska Türkleri, Türk vatandaşlığına 5901 Sayılı TVK madde 12'ye göre istisnai yoldan "göçmen" olarak alınmalıdır.

Türk hukukunda "göçmen" olarak kabul edilen kişilerin Türk vatandaşlığına kabulüne ilişkin ikinci bir imkân da İskân Kanunu hükümlerine göre bu kişilere tanınan haktır⁴⁶. Buna göre, göçmenlerin Türk vatandaşlığına kabulü 5543 sayılı İskan Kanunu madde 8'e göre belirlenmiştir. Hükme göre, "(3) Özel kanunlarla yurdumuza getirilen iskânlı göçmenler, sınırlarımızdan yurda girdikten sonra geçici veya kesin iskânları için belirlenen yerlerin, serbest göçmenler ise yerleştikleri yerlerin en büyük mülki amirine müracaatla kendileri ve aile fertleri için "Vatandaşlığa Girme Beyannamesi"ni imzalayarak "Göçmen Belgesi" almaya mecburdur. Göçmen Belgesi, iki yıl için geçerli olup, geçici kimlik belgesi olarak kullanılır. (4) Göçmen olarak kabul edilenler, gerekli işlemlerin ilgili kuruluşlarca tamamlanmasından sonra Bakanlar Kurulu kararıyla vatandaşlığa alınırlar. Küçükler; baba ve annelerine, baba veya anneleri yoksa kan ve kayın hısımlarına bağlı tutulurlar. Kimsesiz gelen küçükler, yaşlarına bakılmaksızın vatandaşlığa alınırlar".

Görüldüğü üzere, İskan Kanunu hükümleri uyarınca "göçmen" olarak kabul edilen yabancılardan, Vatandaşlık Kanunu'nun 12.maddesine göre "istisnai yolla" vatandaşlığa kabullerinin yanında sahip oldukları

⁴⁶ Erdem, s. 120.

ikinci bir vatandaşlık kazanım yolu da İskan Kanunu'nun hükümlerinden istifade etmektir⁴⁷.

Görüldüğü gibi, Ahıska Türklerinin göçmen statüsünde Türk vatandaşlığını kazanmalarına hukuki açıdan hiçbir engel bulunmamaktadır. Zira, bu Türk Topluluğu "göçmen" sıfatını kanunlarda belirtildiği gibi tam anlamıyla haizdir. Bunun yanı sıra, Ahıska Türkleri'ne özgü 3835 Sayılı 2 Temmuz 1992 tarihli Kanun TBMM tarafından da kabul edilmiş bulunmaktadır ki, Ahıska Türklerinin söz konusu Kanun gereğince "serbest veya iskânlı göçmen" olarak Türkiye'ye kabulü Kanunla öngörülmüştür. Hal böyle iken, bundan sonra da Ahıska Türkleri genel yoldan değil de, bilakis, istisnai yoldan Türk vatandaşlığını kazanabilmelidir.

Ayrıca, Ahıska Türklerinin Türk vatandaşlığına kabulü ile ilgili 3835 Sayılı 1992 tarihli Kanun'da çifte vatandaşlıkla ilgili de hüküm bulunmaktadır. Şöyle ki, "*Gerek Türkiye'de iskan edilecek ve gerekse Türkiye dışında, eski Sovyetler hudutları dahilinde halen buldukları yeni devletlerde kalacak "Ahıska" Türklerinden Bakanlar Kurulunca tespit edileceklere çifte vatandaşlık statüsü sağlanır*" (m.6). Ayrıca, 3835 sayılı Ahıska Türklerinin Türkiye'ye Kabulü ve İskânına Dair Kanun'a, 28 Şubat 2009 tarihli ve 5838 sayılı Kanun'un⁴⁸ 19.maddesi ile eklenen Geçici madde 1 hükmü gereğince⁴⁹, "*1 Ocak 2009 tarihinden önce ikamet tezkeresi almak suretiyle Türkiye'de ikamet eden Ahıska Türklerine bu maddenin yürürlüğünden itibaren 3 ay içinde müracaat etmeleri halinde; milli güvenlik açısından sakıncası olmamak şartıyla, 11.02.1964 tarihli ve 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu*⁵⁰ ve diğer ilgili mevzuatta öngörülen şartlar aranmaksızın, başvuru tarihinden itibaren 6 ay içinde Türk vatandaşlığına alınarak çifte vatandaşlık

⁴⁷ **Erdem**, s. 120.

⁴⁸ Mükerrer RG.,28.02.09-27155.

⁴⁹ Burada belirtilmesi gereken bir husus da, Geçici 1 .maddenin yalnız bir kereye mahsus uygulanmış olması.

⁵⁰ Eski Türk Vatandaşlığı Kanunu, RG. 01.07.1964-11742.

statüsü sağlanır. Çifte vatandaşlık statüsü sağlananlar, Bakanlar Kurulunca belirlenen yerlerde iskân edilirler”.

Görüldüğü üzere, Ahıska Türklerine, Türk vatandaşlığına alınmasında Türk Devleti tarafından ayrıcalık tanınmakta ve kolaylıklar sağlanmaktadır. Ancak, yukarıda da belirtildiği gibi, bunların yanı sıra, konuyla ilgili bazı sorunlar da yaşanmaktadır.

III. Ahıska Türklerinin Türk Vatandaşlığına Alınması ile İlgili Hukuki Sorunlar

Ahıska Türklerinin Türkiye’ye ve Türk vatandaşlığına kabulü ile ilgili hukuki sorunları toparlayacak olursak, bahsi geçen sorunların başında 3835 Sayılı 1992 tarihli “Ahıska Türklerinin Türkiye’ye Kabulü ve İskânına Dair Kanun”un yürürlükte olup da, ancak uygulanmadığı gelmektedir. Hal böyle olunca da, çelişkili durum kaçınılmazdır. Zira, Kanun gereğince Ahıska Türkleri “göçmen” olarak kabul edilmiş ancak genel olarak Türk vatandaşlığını kazanmaktadır. Neticede, Ahıska Türklerinin Türk vatandaşlığına alınması ile bir takım hukuki sorunlar da ortaya çıkmaktadır.

Bu durumdan kaynaklanan hukuki sorunları özetleyecek olursak, söz konusu sorunları şu şekilde sıralamak mümkündür:

1. Günümüzde Ahıska Türklerinin “göçmen” olarak kabul edilmemesi ve Türk vatandaşlığına alınmasında genel yolun uygulanması. Görüldüğü gibi, genel yoldan Türk vatandaşlığının kazanılmasında TVK madde 11’de belirtilen şartların yerine getirilmesi aranmaktadır. Dolayısıyla, Ahıska Türkleri diğer yabancılarla aynı şekilde vatandaşlık işlemine tabi tutulmaktadırlar. Halbuki, konuyla ilgili TBMM tarafından kabul edilmiş 3835 Sayılı 1992 tarihli Kanun mevcut. Ayrıca, Ahıska Türkleri, İskân Kanunu’nun 3.maddesinde belirtilen “göçmen” sıfatını da haiz olduğundan, “göçmen” statüsünde istisnai yoldan Türk vatandaşlığına alınmalılar.

2. Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, 3835 Sayılı 1992 tarihli “Ahıska Türklerinin Türkiye’ye Kabulü ve İskânına Dair Kanun”un, yürürlükten kaldırılmadığı gibi, aynı zamanda uygulanması da söz konusu değildir. Bu durum da, Ahıska Türklerinin “göçmen”

sıfatını haiz olduğu halde istisnai yoldan Türk vatandaşlığına alınmasını engellemektedir. Bunun neticesinde, Ahıska Türkleri 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu madde 11 doğrultusunda, genel yoldan Türk vatandaşlığını kazanmaktadır. Bu durum da hem zaman açısından Türk vatandaşlığını kazanma sürecini etkilemektedir (5 yıl kesintisiz ikamet şartı), hem de buna ilişkin çalışma hakkına tesir etmektedir.

3. 3835 Sayılı Kanun'un 6.maddesinde, "*Gerek Türkiye'de iskân edilecek ve gerekse Türkiye dışında, eski Sovyetler hudutları dahilinde halen buldukları yeni devletlerde kalacak Ahıska Türklerinden Bakanlar Kurulunca tespit edileceklere çifte vatandaşlık statüsü sağlanır*" hükmü yer almaktadır. Fakat bu hüküm de uygulanmaksızın sadece kâğıt üstünde kalmıştır.

4. Ayrıca, çok önemli bir konu da, çalışma izni ile ilgilidir. Zira, Ahıska Türklerine oturma izni verilirken, ikamet tezkerelerinde "çalışma hakkı vermez" diye hüküm yer almaktadır. Bu da Ahıska Türkleri için ciddi sıkıntılara yol açmaktadır. Neticede çalışma izni olmadığı için, kaçak işçi çalıştırmanın Türkiye'de maddi cezası ağır olduğundan, Ahıska Türklerinin işe alınmalarına da imkân tanınmamaktadır. Bu durum da Ahıska Türklerinin maddi açıdan sıkıntı çekmelerine neden olmaktadır.

Nitekim bu sıralamaya devam edilebilir de, zira vatandaşlık sorunları dışında, emeklilik, çalışma izni, diploma denklikleri gibi çözüme kavuşmasını bekleyen diğer sorunlar da vardır. Fakat, konumuz Ahıska Türklerinin Türkiye'ye göç etmesi ve Türk vatandaşlığına alınması ile sınırlı olduğundan, çalışmamızı bu çerçeveye içerisinde irdelemeye gayret gösterdik.

Sonuç

Çalışmamızın konusunu Ahıska Türklerinin Türkiye'ye göç etmesi ve Türk vatandaşlığına alınması teşkil etmektedir.

Konunun daha iyi anlaşılması açısından, Ahıska Türklerinin tarihini kısaca ele almaya çalıştık. Görüldüğü gibi, Ahıska Türklerinin tarihi acılar ve çilelerle doludur.

Ahıska Türkleri, 1944 yılında çeşitli sebepler ileri sürülerek, o zamanın Sovyetler Birliği üyesi olan Gürcistan'dan, Orta Asya ülkelerine sürgün edilmiştir. Aradan uzun yıllar geçmesine rağmen, Ahıska Türklerinin öz vatana dönüş sorunu halen çözüme kavuşmamıştır. Oysaki, Gürcistan, 1999'da Avrupa Konseyi'ne üye olurken, giriş şartı olarak Ahıska Türklerinin anavatanlarına dönüş sorununu çözeceğini taahhüt etmişti. Fakat, ne yazık ki söz konusu taahhütler sadece kâğıt üstünde yazılı olarak kalmıştır. Halbuki, bu taahhütler, uluslararası hukuk çerçevesinde bağlayıcı niteliğe sahiptir.

Ahıska Türkleri, anavatanlarına dönüş sorunu çözüme kavuşmayınca, çektiği bunca acılar ve çilelerden sonra, Sovyetler Birliği'nin dağılmasını müteakiben Türkiye'ye göç etmektedirler. Nitekim, TBMM tarafından 2 Temmuz 1992 tarihinde 3835 Sayılı "Ahıska Türklerinin Türkiye'ye Kabulü ve İskanına Dair Kanun" kabul edilmiştir. Kanun gereği, Ahıska Türkleri, Türkiye'ye serbest ve iskânlı göçmen olarak kabul olunabilirler. Ancak bir defasında yaklaşık 150 aile iskânlı göçmen olarak kabul edildikten sonra, Ahıska Türkleri serbest olarak gelmeye devam etmektedirler.

Türkiye'ye geldikten sonra, günümüzde Ahıska Türklerinin Türk vatandaşlığına alınması ile ilgili hukuki açıdan bazı çelişkili durumlar söz konusudur. Bunlar da, aslında 3835 Sayılı Kanun'un uygulanmamasından kaynaklanmaktadır. Burada bir önemli hususu daha belirtmeliyiz ki, bu da söz konusu 3835 Sayılı Kanun gereğince, Ahıska Türkleri "göçmen olarak" kabul edilmektedirler. Fakat, günümüzde Ahıska Türklerinin Türk vatandaşlığına alınması "göçmen" olarak istisnai yoldan değil de, 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu madde 11'de belirtilen şartların yerine getirilmesinden sonra "genel yoldan" gerçekleşmektedir. Bu da demek oluyor ki, Ahıska Türkleri, her hangi bir yabancı gibi (Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olması ve Türkiye'ye yerleşmek amacıyla gelmeleri nazara alınmaksızın) genel olarak Türk vatandaşlığını kazanabilmektedirler. Oysaki, Ahıska Türkleri, Türk soyundan olup, Türk kültürüne en sıkı bağlı olan Türk topluluğudur.

Bu sorunların çözüme kavuşmasında bazı öneriler sunulabilir. Şöyle ki,

a. 3835 Sayılı 1992 tarihli Kanun'un yeniden uygulanmaya başlaması. Nitekim, söz konusu Kanun yürürlükten resmen kaldırılmamıştır ve halen yürürlükte sayılmaktadır.

b. En azından zor durumda bulunan Ahıska Türklerinin 3835 Sayılı Kanun'a istinaden "iskanlı göçmen" olarak Türkiye'ye getirilmesi. Zira, bu gruba giren Ahıskalı'ların serbest olarak Türkiye'ye gelmeleri maddi açıdan imkânsızdır.

c. Serbest olarak Türkiye'ye gelen Ahıska Türklerinin 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu madde 12/1-c gereğince, "göçmen" statüsünde istisnai yoldan Türk vatandaşlığını kazanabilmesi.

d. 3835 Sayılı Kanun'un madde 6 hükmünün uygulanması, yani Türkiye'de ve Türkiye dışında kalacak Ahıska Türklerinden Bakanlar Kurulunca tespit edileceklere çifte vatandaşlık statüsünün sağlanması.

e. Ve son olarak da, Ahıska Türklerine ikamet tezkeresi verilirken, aynı zamanda "çalışma hakkı"nın da bahsedilmiş olması, zira Türk vatandaşlığını kazanma açısından bu husus büyük öneme sahiptir.

Kaynakça

Kitaplar

Bayraktar Rasim, Ahıska 21.Yüzyılda İnsanlık Dramı, İstanbul, 1999.
Çelikel, Aysel/(Öztekin) Gelgel Nurseli, Yabancılar Hukuku, İstanbul, 2011.

Doğan, Vahit, Türk Vatandaşlık Hukuku, 11.Baskı, Ankara, 2012.

Erdem, B.Bahadır, Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul, 2011.

Nomer, Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, 18çBası, İstanbul, 2010.

Turhan, Turgut/Tanrıbilir Feriha Bilge, Vatandaşlık Hukuku, Ders Notları, Ankara, 2010

Zeyrek, Yunus, Ahıska Bölgesi ve Ahıska Türkleri, Ankara, 2001.

Makaleler

Kütükçü, M.Akif, Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Ahıska Türklerinin Anavatanlarına Dönüş sorunu, Selçuk Üniversitesi

- Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı:13, 2006, Konya, s. 271-284.
- Seferov, Rahman/Akış, Ayhan, Sovyet Döneminden Günümüze Ahıska Türklerinin Yaşadıkları Coğrafyaya Göçlerle Birlikte Genel Bir Bakış, Türkiyat Araştırmaları Dergisi, 24.Sayı, Güz 2008, Selçuk Üniversitesi, s. 393-409.
- Yahya,Harun, <http://harunyahya.org/tr/Makaleler8312/Ahıska>, 17.07.2008
- İbrahimoglu,Mikail,<http://www.ahıska.net/makale/1/102/ahıska-tur>
- İzzetoğlu, Muhammet, <http://www.ahıskahaber.com>, 23.04.2012
- Agara, İbrahim, Ahıska Türkleri (Sürgününün 60.Yılı Anısına) İnsanlık Dramı, İzmir Ahıska Türkleri Kültür va Dayanışma Derneği, İzmir; Karaca Matbaası Yayınları, 2004.
- Oğan, Sinan, Yüzyılın Dramı...Azerbaycan'da Göçmen (Kaçkın)Sorunu, <http://www.turksam.org/tr/a466.html>
- Agara,İbrahim, <http://www.ahıskalim.org/index.php?option=co>, 15.11.2008

AVRUPA İNSAN HAKLARI HUKUKU AÇISINDAN KIYI DEVLETİNİN DENİZLERDE KONTROL UYGULAMA YETKİSİ

Dr. Said Vakkas GÖZLÜGÖL*

Özet

Kıyı devletinin bir bütün olarak uluslararası hukuktan kaynaklanan sınır-ötesi alanlarda kullanabileceği birtakım yetkileri bulunmaktadır. Kıyı devleti, bir taraftan, deniz ülkesi sınırlarını koruma, yabancıları durdurma ve geri gönderme gibi yetkilerini kullanırken, diğer taraftan da denizde tehlikede bulunan veya devletin eylem ve işlemleri sonucu tehlikeye atılacak kişileri koruma yükümlülüğünü uluslararası hukukun öngördüğü şekilde yerine getirmek zorundadır. Kıyı devletinin denizlerde kontrol uygulama yetkisi doğrudan devletin sınır-ötesi alanda yargı yetkisi uygulamasına ilişkindir. Bu makalede, yarımada Türkiye açısından önem arzemesi itibarıyla, özellikle Avrupa insan hakları hukuku bağlamında kıyı devletinin denizlerde yargı yetkisi uygulaması incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Devletin sınır-ötesi yargı yetkisi uygulaması, denizde göçmen kontrolü, Avrupa insan hakları hukuku.

The Competence of the Coastal State to Exercise Control at Sea under the International Human Rights Law

Abstract

Under the international law as a whole, the coastal state has certain competence to exercise power on the seas beyond its borders. While exercising governmental power on the seas to protect its border, to prevent irregular immigration and expel aliens to their origin countries on the one hand, coastal state has to comply with the international human rights law in order to protect the life and the rights of those travelling the

* Vali, Merkez Valileri Kurulu, İçişleri Bakanlığı, Ankara

seas, to fulfil the humanitarian obligation to assist and rescue persons in distress at sea, on the other. The competence of the coastal state to exercise power on the seas is intertwined with the extraterritorial jurisdiction of the state. In this article, for it is important to Turkey as a peninsula, the exercise of jurisdiction on the seas has been examined in terms of the European human rights law, in particular.

GİRİŞ

Genel olarak, kaynakları sorumsuzca istismar edilmiş bölgelerden ve kötü uygulamaların yapıldığı ülkelerden daha gelişmiş ve yaşam standartları daha iyi ülkelere bir insan akımı söz konusudur. Bu akım, genellikle zulümden, silahlı çatışmalardan ve insan hakları ihlallerinden kaçma ve daha iyi yaşam şartlarına ulaşma umuduyla gerçekleşmektedir. Bu şekilde çıkılan yolculuğun herhangi bir aşamasında insanlar köle tacirlerinin ellerine düşebilmekte ve durumları giderek daha da kötüleşebilmektedir. İnsanlar daha iyi yaşam şartlarına kavuşmak yerine, genellikle kölelik şartlarında onur kırıcı ve kötü muameleyle karşı karşıya kalabilmektedirler.¹ Özellikle, teknik açıdan uygun olmayan deniz araçlarıyla yolculuklarında veya kontrol uygulaması yapan devletlerin güvenlik otoritelerinden kaçma esnasında ölümlü olaylar gerçekleşebilmektedir. Hedef ülkelere ulaşabilseler bile, insanlar genellikle kaçmış buldukları fakirlikle ve kırılganlıkla yeniden yüzleşebilmekte, daha da kötüsü bağımlı duruma düşmektedirler. Sınıraşan insan hareketliliği, uluslararası hukukun korumasında bulunmaktadır. Bu hareketlilik hukuki olmayan şekillerde de olsa bu insanlar hayat, güvenlik ve uluslararası koruma isteme gibi haklara sahiptirler.

İnsanların bu amaçla buldukları yeri terk ederek başka yerlere göç etmeleri, alıcı/hedef veya transit devletlerin ülkelerinde

¹ Siddharth Kara (2011), 'Supply and Demand: Human Trafficking in the Global Economy,' Harvard International Review, Vol. 33, Issue 2, Summer 2011, s. 68.

işgücü piyasalarını düzenleme, ek ekonomik yüklerden kaçınma, ekonomik istikrarı sağlama ve sınırlarını koruyarak ülkelerini güvenli liman haline getirme ihtiyaç ve görevi ile karşı karşıya gelmektedir. Bu insanlar, kimi zaman devletlerin özellikle insan ticareti, uyuşturucu madde ve silah kaçakçılığı suçlarıyla mücadele uygulamalarında güç kullanımına konu olabilmektedirler. Bu bakımdan devlet, muhtelif şekillerde durdurma, geri gönderme veya gözaltına alma gibi uygulamalarla bu insanları etkilemektedir.

Kıyı devletinin denizlerde kontrol uygulaması konuları ve sınırları uluslararası toplumun güncel sorunlarından birisidir. Sorun, bir yarımada ve göç akımı bakımından transit ülke durumunda bulunması itibarıyla Türkiye'yi de aktif olarak etkilemektedir.

Türkiye'nin bir yarımada konumunda bulunmasından dolayı insanların daha iyi yaşam şartlarına ulaşma yolculuğu genellikle Türkiye üzerinden gerçekleşmektedir. Bu bakımdan Türkiye transit ülke konumundadır. Bu itibarla, Türkiye, suçlu-mağdur veya sadece masum yolcu-insan taciri ayırımını özenle yaparak bu insan akımını yönetme ve insan hak ve özgürlüklerini koruma sorumluluğu taşımaktadır. Özellikle son zamanlarda Ege denizi ve Akdenizde onlarca dramatik olayın gerçekleşmesi, yüzlerce insanın umuda yolculuğunun ölümle sonuçlanması konuyu daha da önemli kılmaktadır. Uluslararası hukuk, egemen devletlere kontrol uygulama yetkisi tanırken birtakım düzenlemeler çerçevesinde uygulanmasını öngörmektedir. Bu anlamda devlet, şartlar ne olursa olsun, olaya insan onuru ve insan hak ve özgürlükleri perspektifinden yaklaşmak durumundadır. Zira, uluslararası hukukun ve devletlerin birincil temel amacı bilhassa kırılgan ve ihtiyaç halindeki insanları korumaktır. Bu bakımdan, bu makalede, konu genel olarak uluslararası hukuk ve uluslararası deniz hukukunu ilgilendirmekle birlikte, esas itibarıyla, Türkiye dahil 47 Avrupa ve Asya devletinin tarafı bulunduğu en etkin bölgesel insan hakları hukuk sistemi olan Avrupa insan hakları hukuku çerçevesinde devletin denizlerde kontrol uygulama yetkisi

incelenmektedir.

I. ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLETİN YARGI YETKİSİ

1. Tanımı ve Kapsamı

Uluslararası insan hakları belgelerinde yargı yetkisi, devletin bir ülkede veya insanlar üzerinde ‘gerçek otorite ve kontrol uygulamasını’ ifade etmektedir.² *De facto veya de jure* olabilen devletin bir ülke parçası veya insanlar üzerinde kontrol uygulamasının kapsamlı ve etkin olması gerekmektedir.

Hemen ifade etmek gerekir ki, ‘devletin yargı yetkisi’ *jurisdiction* dar anlamda ‘yargılama yetkisi’nden öte devletin kamu kudreti uygulama kapasitesini ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle, devletin işlem tesis etme ve eylemde bulunma, ülke ve insanlar üzerinde hükümet gücü uygulamasını ifade etmektedir. Bu bakımdan yargı yetkisi, münhasıran devlete aittir ve yargılama, yasama ve yürütme yetkilerini de kapsamaktadır.

2. Kural Olarak: Ülkesel Yargı Yetkisi

Devlet, genel olarak, yargı yetkisi alanında uluslararası hukuka aykırı olmamak şartıyla her türlü idari tedbiri alma, hukuki düzenlemede bulunma ve kontrol uygulama hak ve yetkisine sahip bulunmaktadır. Uluslararası hukuka göre, devletin yargı yetkisi alanı esas itibarıyla devletin ülkesini -kara, deniz ve hava- kapsamaktadır. Kısa bir ifadeyle, devletin yargı yetkisi prensipte ülkeseldir. Bu anlamda yargı yetkisi devletin egemenlik veya mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkisi olarak ifade edilebilir.³

² Marko Milanovic (2011), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press, Oxford, s. 8.

³ Ayşe Nur Tütüncü (2004), *Gemi Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin Önlenmesi, Azaltılması ve Kontrol Altına Alınmasında Devletin Yetkisi*, Yenilenmiş 3. Bası, Beta, İstanbul, s. 46-48; Derya Aydın Okur (2009), *Deniz Hukukunda Liman Devleti Yetkisi ve Denetimi*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 7-69.

Egemenlik ülkeseldir ve devletlere tanıdığı hak ve yetkilerin kullanılması ülke sınırlarını kapsamaktadır. Oysa, yargı yetkisi bundan daha geniş olarak, ülke sınırları ötesinde uygulama alanı bulabilmektedir. Bu anlamda, denize kıyısı bulunup bulunmadığına bakılmaksızın devletlerin yargı yetkisi alanı hükümet gücü kullandıkları sınır-ötesi deniz alanlarını da kapsamaktadır. Böylece, bir bütün olarak uluslararası hukuk yerkürenin herhangi bir yerinde devletlerin insan hakları ve uluslararası yükümlülüklerinden kaçınabilmesini mümkün kılacak bir alan bırakmamayı amaçlamaktadır.

Uluslararası deniz hukuku, uluslararası insan hakları hukuku ve bir bütün olarak uluslararası hukukun hükümlerine göre, devlet tartışmasız bir şekilde ülkesel kontrol uygulama hak ve yetkisine sahip bulunmaktadır. İç sular ve karasuları kıyı devletinin deniz ülkesi alanlarının ayrılamaz alanlarından. Kıyı devleti bu alanlarda (denizde, üzerindeki gemiler ve insanlar, deniz yatağı, toprak altı ve hava sahasında) tam yargı yetkisine sahip bulunmaktadır (KBBS m. 1, 2; BMDHS m. 2, 3). Ancak, uluslararası deniz hukuku hükümlerince bu alanlarda yargı yetkisi kullanımına birtakım sınırlamalar getirilmiştir.⁴

Kıyı devletinin kontrol uygulama yetkisi deniz ülkesinde gerçekleştirebileceği gibi deniz ülkesi ötesinde de gerçekleştirebilmektedir. Diğer bir ifadeyle, kıyı devleti hem ülkesel hem de ülke-dışı yargı yetkisi uygulaması yapabilmektedir. Ancak, kıyı devletinin uluslararası hukuk çerçevesinde farklı deniz alanlarında farklı yetkilere sahip olması ve bu yetkilerin devletin iç

⁴ Genel olarak karasularında yargı yetkisi ve Türk karasularında zararsız geçiş hakkı ve yargı yetkisine ilişkin hukuki rejimi hakkında bkz. Selami Kuran (2009), Uluslararası Deniz Hukuku, 3. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul, s. 132-187; Enver Bozkurt, M. Akif Kütükçü ve Yasin Poyraz (2012), Devletler Hukuku, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 123-128. 205

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 20, Sayı 1, Yıl 2012

sularından itibaren açık denize doğru azalması söz konusu iken,⁵ devletin uluslararası insan hakları hukukundan doğan yetki ve sorumlulukları deniz alanlarına göre farklılık arzetmemekte ve azalmamaktadır.

3. İstisnai Olarak: Sınır-ötesi Yargı Yetkisi

Devletin ülkesi her zaman devletin yargı yetkisi alanını ifade etmemektedir. Bu anlamda devlet, ülkesi dışında bitişik bölge, münhasır ekonomik bölge, kıta sahanlığı, açık denizler gibi alanlarda uluslararası hukukun öngördüğü birtakım hak ve yetkilere sahip bulunmaktadır. Bunun gibi, devletin başka ülkelerdeki diplomatik misyon binaları, bayrağını taşıyan uçak ve gemilerde uluslararası hukukun bayrak devletine sağladığı birtakım hak ve yetkilere sahip olmakla birlikte, bu yerler devletin ülkesi sınırları dışında kalmaktadır.⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin içtihatlarıyla açıkça belirlendiği üzere, kimi istisnai durumlarda devletin yargı yetkisi alanı ülkesinin sınırları ötesine genişlemektedir. Örneğin, devletin askeri kuvvetlerince etkin hükümet gücü kullandığı alanlarda,⁷ diplomatik temsilcilerinin yurt dışındaki eylem ve işlemleri ile bayrak devleti gemi ve uçaklarını da kapsayabilmektedir.⁸ AİHM'nin yerleşik içtihadıyla açık olduğu üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 1. maddesi hükmüyle ifade edilen 'taraf bir devletin yargı yetkisi alanı içinde' kavramı 'ülkesi içinde'

⁵ Melda Sur (2011), *Uluslararası Hukukun Esasları*, Güncellenmiş 5. Baskı, Beta, İstanbul, s. 307.

⁶ Sur, s. 99.

⁷ *Loizidou v Turkey (Preliminary Objections)*, (App no. 15318/89) [GCJ] 23 March 1995, para 62.

⁸ *Bankovic and Others v Belgium and 16 Other Contracting States (Admissibility)* (App no. 52207/99) [GCD] 12 December 2001, para 73; *Assanidze v Georgia* (App no. 71503/01) [GCJ] 8 April 2004, paras 137-139; *Al-Saadoon and Mufdhi v the United Kingdom*, (App no. 61498/08) [CJ] 2 March 2010 (Final 4 October 2010), para 85.

kavramını ifade etmemektedir. Bir devletin işlem, eylem veya ihmallerinin *de jure* veya *de facto* etkin hükümet gücü kullanımına konu olması halinde, devletin yargı yetkisi bu işlem, eylem veya ihmalin gerçekleştiği yerlere de ulaşmaktadır. Örneğin, hem taraf bir devletin tabiiyetinde bulunan gemilerde veya uçaklarda, açık denizlerde veya uluslararası hava sahasında, hem de bayrağını taşıyan bir geminin başka bir devletin izniyle sularında bulunması⁹ hallerinde taraf devletin yargı yetkisi bu alanlara da ulaşmaktadır. Şu halde, ülkesinde veya sınır-ötesinde yargı yetkisi uygulaması, devletin AİHS hukukunda tanınan insan hak ve özgürlüklerini etkin şekilde koruma pozitif yükümlülüğünü gerektirmektedir.¹⁰ Eklemek gerekir ki, devletin ihlal oluşturan işlem, eylem veya ihmallerinin sınır-ötesinde gerçekleştirilmesi zorunluluğu yoktur. Bunlar ülke içinde gerçekleştirilmekle birlikte, etkileri itibarıyla sınır-ötesinde ihlale yol açıyorsa devletin bu ihlallerden sorumluluğu söz konusudur.¹¹

Devletin sınır-ötesinde etkin kontrol uygulama yetkisine sahip olabilmesi tabiatıyla devletlere birtakım yükümlülükler de yüklemektedir. Devlet bu yetkisini kullanırken kontrolü altında bulunan insanları korumak ve haklarını güvence altına almak için her türlü hukuki düzenlemeyi yapmak ve pratik tedbiri almak zorundadır.¹² Bu düzenlemeler ve tedbirler hem önleyici hem de

⁹ Andrea Gioia (2011) ‘The Role of the European Court Human Rights in Monitoring Compliance with Humanitarian Law in Armed Conflict’, in Orna Ben-Naftali (ed), *International Humanitarian Law and International Human Rights Law*, Pas de Deux, Oxford University Press, Oxford, s. 206.

¹⁰ Galina Cornelisse (2010), *Immigration Detention and Human Rights: Rethinking Territorial Sovereignty*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, London.

¹¹ *Drozd and Janousek v France and Spain* (App no. 12747/87) [Plenary J] 26 June 1992, para 91.

¹² Mariagiulia Giuffrè (2012), ‘Watered-Down Rights on the High Seas: *Hirsi Jamaa and Others v Italy* (2012)’, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 61, Issue 3, July 2012, s. 730-731. Ayrıca bkz. *Banković and Others v Belgium and 16 Other Contracting States* (App no. 52207/99) [GCD]

cezalandırıcı olmalıdır. Şüphesiz, kıyı devletinin bu yönde alacağı her tedbir, uygulayacağı her politika uluslararası hukuka uygun olmak zorundadır.¹³ Diğer bir ifadeyle, ülke sınırları dışında, örneğin hiçbir devletin münhasır yetkisinde bulunmayan açık denizlerde devletin herhangi bir keyfi uygulamada bulunma lüksü yoktur. Zira, açık denizler de hukuki bir statüye sahip bulunmaktadır.¹⁴ Nitekim, uluslararası örf ve adet hukukunda zaten var olan açık denizlerin hukuki rejimi, 1958 Açık Deniz Sözleşmesi (ADS) ve 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS) ile de kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, bütün devletler insanlığın ortak malı anlayışıyla açık denizden serbest ve barışçıl bir şekilde yararlanabilirler. Şu halde açık denizler herhangi bir devletin egemenliğine bırakılmamış, barışçıl ve serbestlik ilkesi üzerine

12 December 2001; *Al-Skeini and Others v the United Kingdom* (App no. 55721/07) [GCJ] 7 July 2011.

¹³ Aslan Gündüz (2003), *Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar*, 5. Bası, Beta, İstanbul, s. 7.

¹⁴ Devletin deniz ülkesi dışında kalan diğer deniz alanlarından birisi de açık denizdir. Açık deniz, kıyı devletinin karasuları (veya takımada devletinin takımada suları) veya münhasır ekonomik bölgesi dışında kalan deniz alanlarını ifade eder (BMDHS m. 86). ADS, açık denizi, bir devletin iç suları ve karasuları dışında kalan deniz alanları şeklinde tanımlamaktadır (m. 1). Uluslararası hukukta açık deniz, insanlığın ortak malı kabul edilmektedir (BMDHS m. 89). Bu itibarla açık denizde, denize kıyısı olsun veya olmasın bütün devletler açık denizde eşit ve serbest şekilde hak ve yetkilere sahip bulunmaktadır (ADS m. 2; BMDHS m. 87). Bu haklar (a) seyrüsefer özgürlüğü, (b) balıkçılık yapma ve deniz canlılarını avlama, (c) deniz altına kablo ve boru döşeme, (d) yapay ada ve diğer tesisleri inşa etme (BMDHS m. 76-85), (e) denizde bilimsel araştırma yapma (BMDHS m. 76-85, 238-265) hususlarını kapsamaktadır. Şüphesiz, denizlerde hukuki düzen, uluslararası düzen ve barışın ayrılmaz bir parçasıdır. Bu bakımdan açık denizlerde de gemilerin barış ortamında seyrüseferi ile insanların hukukun korumasında bulunması ve deniz kaynaklarının insanlığın ortak malı anlayışıyla kullanılması gerekmektedir. İnsanlığın ortak malı kavramı için bkz. Antonio Cassese (2005), *International Law, Second Edition*, Oxford University Press, Oxford, s. 92-94; Yoshifumi Tanaka (2012), *The International Law of the Sea*, Cambridge University Press, Cambridge, s. 19.

temellendirilmiş hukuki bir rejime tâbi bulunmaktadır (ADS m. 2; BMDHS m. 87).

II. DEVLETİN DENİZLERDE KONTROL UYGULAMASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI

1. Genel Olarak Uluslararası Hukuk Açısından

Devletin denizlerde kontrol uygulaması, denize kıyısı bulunmayan devletler açısından sadece sınır-ötesi yargı yetkisi uygulamasıdır. Kıyı devletleri açısından ise hem ülkesel yargı yetkisi, hem de sınır-ötesi yargı yetkisi uygulamasıdır.

Uluslararası hukukun temel aktörü olarak devlet, bütün hak ve yetkilerini uluslararası hukuka uygun olarak kullanmak durumundadır. Uluslararası barış ve düzenin tesisi devletlerin bu alandaki uygulamalarına bağlı bulunmaktadır. Bu bakımdan uluslararası hukuk, kuşkusuz uluslararası deniz hukuku ve uluslararası insan hakları hukukunu da kapsayan gelişen dinamik bir hukuktur. Bugün, bir bütün olarak uluslararası hukuk insan hak ve özgürlüklerinin ayırimsız herkes bakımından korunmasını amaçlamaktadır. Zira, küresel barışın tesisi ve insani gelişimin sağlanması bu amacın gerçekleşme düzeyine bağlı bulunmaktadır.

Uluslararası hukukun öngördüğü küresel barış ve kamu düzeninin sağlanması için, uluslararası hukuk devletlere bir taraftan bu amacın gerçekleştirilmesi için birtakım hak ve yetkiler tanıırken, diğer taraftan da belirli yükümlülükler yüklemektedir. Daha açık bir ifadeyle, uluslararası hukukun birey lehine tanıdığı hak ve özgürlükler devletlerin hak ve yetkilerinden önce ve üstün gelmektedir.

Uluslararası insan hakları hukukunun temel belgesi 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, her insana ülkesinden ayrılma hakkı (m. 13(2)) ve dolayısıyla başka bir ülkede iltica arayışına girme hakkı (m. 14) tanımaktadır. AIHS'ne Ek 4 Nolu Protokolün 2. maddesi hükmü serbest dolaşım özgürlüğünü tanımaktadır. Buna göre, 'bir devletin ülkesi içinde usulüne uygun olarak bulunan herkes, orada

serbestçe dolaşma ve ikametgahını seçebilme hakkına sahiptir (m. 2(1)). Herkes, kendi ülkesi de dahil, herhangi bir ülkeyi terk etmekte serbesttir (m. 2(2)). Fakat, bu hak mutlak nitelikte değildir; ‘ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörülmüş sınırlamalara tâbi tutulabilir’ (m. 2(3)). İşte bu şekilde uluslararası pozitif belgelerde insanlar için güvence altına alınmış bulunan hak ve özgürlüklerin gerçek anlamda kullanılabilmelerinin sağlanması, bir bütün olarak uluslararası hukuk tarafından devletlere yüklenmiş bulunan temel bir yükümlülüktür.

Devletin düzenleme yetkisi sadece vatandaşlarını değil, ülkesine girmek isteyen veya ülkesinde bulunan yabancıları da kapsamaktadır. Kısaca, uluslararası hukuka aykırı olmamak şartıyla devlet yargı yetkisi alanında ihtiyaç duyduğu düzenlemeleri yapmakta ve politikalar geliştirebilmektedir. Bu anlamda, devlet, kural olarak, ülkesine girmek isteyen yabancıları kabul etmek zorunda olmadığı gibi, ülkesinde bulunan yabancıları sınır dışı etme yetkisine sahiptir. Zira, devletin ülkesine kabul ettiği yabancılar devletin ulusal düzeyde yabancılara ilişkin olarak düzenlediği hukuk rejimine tâbi bulunmaktadırlar. Devletin buradaki temel sorumluluğu, yabancıları da insan hakları hukuku bakımından herhangi bir ayırıma tâbi tutmaksızın eşit şekilde korumaktır.¹⁵

Uluslararası deniz hukuku rejimi esas itibarıyla iki düzenlemeyle belirlenmiş bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin birincisi, BM Uluslararası Hukuk Komisyonu’nca Cenevre’de düzenlenen

¹⁵ Gündüz, s. 559; Okur, s. 8-24. Ayrıca, uluslararası hukuk bakımından göçmenlerin bir ülkeye girişleri, ikametleri ve statüleri, sınır dışı etme, gözaltına alma, iade etmeme ilkesi ve devletlerin esas ve usule ilişkin yükümlülükleri hakkında kapsamlı bir çalışma için bkz. International Commission of Jurists (2011), Migration and International Human Rights Law, Practitioners Guide No. 6, Geneva.

Birinci Deniz Hukuku Konferansı (28 Şubat – 28 Nisan 1958)'nda kabul edilerek 28 Nisan 1958 tarihinde imzalanan 1958 Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmeleri'dir. İkincisi, 1958'de yapılmış bulunan düzenlemelerin zaman içinde gelişen yeni ihtiyaçlar ve teknolojik gelişmeler ışığında yeniden değerlendirilmesi için yapılan Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı (1973-1982)'nda kabul edilen ve 16 Kasım 1994 tarihinde yürürlüğe giren 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'dir.¹⁶ Bugün, bu sözleşmeler antlaşma hukuku olarak birlikte yürürlükte bulunmaktadır.¹⁷ Tabiatıyla, BMDH, 1958 Deniz Hukuku Sözleşmeleri'ne göre daha güncel ve kapsamlı bir rejim niteliğindedir. Bugün itibarıyla Türkiye, bu düzenlemelere taraf bulunmamaktadır.¹⁸ Avrupa Birliği (AB), 1 Nisan 1998 tarihinde BMDHS'ne taraf olmuş bulunmaktadır.¹⁹ Bu itibarla, muhtemel AB üyeliğinin gerçekleşmesi halinde, Türkiye'nin bu belgelere taraf olması gerekecektir. Ayrıca, bu belgelerde yer alan hükümler esas itibarıyla uluslararası örf ve adet hukuku olarak Türkiye açısından da yürürlükte bulunmaktadır.

Uluslararası hukuka göre denizlerde bireylerin hayat hakkını koruma hem uluslararası örf ve adet hukukunun bir parçasıdır, hem de antlaşmalardan kaynaklanan bir yükümlülüktür.²⁰ Bu yükümlülüğün normatif çerçevesi genel olarak, ADS,²¹ 1974 Denizde Can

¹⁶ United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 (1982) 21

ILM1261[http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf, erişim 21 Mart 2012].

¹⁷ Gündüz, s. 331.

¹⁸ Sur, s. 305-306; Bozkurt, Kütükçü ve Poyraz, s. 115.

¹⁹ Kuran, s. 3.

²⁰ Sophie Cacciaguideri-Fahy (2007), 'The Law of the Sea and Human Rights', Panóptica, Vitória, Ano 1, No. 9, Julho/Agosto 2007, s. 5.

²¹ Convention on The High Seas 1958, UNTS 6465, 29 Nisan 1958'de hazırlanmış ve 30 Eylül 1962'de yürürlüğe girmiştir. [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_1_1958_high_seas.pdf, erişim 20 Mayıs 2012].

Güvenliğine İlişkin Uluslararası Sözleşme,²² 1979 Denizde Arama ve Kurtarmaya İlişkin Uluslararası Sözleşme,²³ BMDHS ve 1989 Uluslararası Kurtarma Sözleşmesi²⁴ ile düzenlenmiş bulunmaktadır.²⁵

İlk olarak, ADS'nin 12. maddesi hükmü denizde kaybolma tehlikesi altında bulunan herhangi bir kişiye bayrak veya kıyı devletinin yardım etme yükümlülüğünü öngörmüştür.

Daha güncel ve daha kapsamlı olarak, BMDHS, devletin denizlerde hak ve yükümlülüklerini bağlayıcı hükümlerle düzenlemekle denizlerde de hukukun üstünlüğünü ifade etmektedir. Bu sözleşmenin kimi hükümlerinin etkin olarak uygulanması insan hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından olumlu sonuçlara yol açabilir niteliktedir.

BMDHS'nin 98. maddesi hükmü, esas itibarıyla denizdeki gemilere risk altında bulunan gemilere yardım etme ve batmış bulunan gemilerden insanları kurtarma yükümlülüğünü düzenlemektedir. Bu

²² International Maritime Organisation, International Convention for the Safety of Life at Sea 1974 (SOLAS), adopted on 1 November 1974 and entered into force on 25 May 1980 [http://www.imo.org/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/International-Convention-for-the-Safety-of-Life-at-Sea-(SOLAS)-1974.aspx, erişim 27 Mayıs 2012]. Türkiye bu sözleşmeye 25 Mayıs 1980 tarihi itibarıyla tarafıdır. Bkz. 16988 sayılı ve 25 Mayıs 1980 tarihli Resmi Gazete.

²³ International Convention on Maritime Search and Rescue 1979 (SAR), 27 Nisan 1979 tarihinde Hamburg'da imzalanan bu sözleşme 22 Haziran 1979 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Denizde tehlike altında bulunan kişilerin kurtarılması ve güvenliğine ilişkin olarak devletlerarası işbirliği ve örgütlenmeyi öngören Mayıs 2004'de yapılan değişiklik de 1 Temmuz 2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir [http://www.admiraltylawguide.com/conven/searchrescue1979.html, erişim 11 Ocak 2012].

²⁴ International Maritime Organisation, International Convention on Salvage 1989 (SALVAGE), 28 Nisan 1989 tarihinde imzalanan bu sözleşme 14 Temmuz 1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir [http://www.imo.org/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/Default.aspx, erişim 3 Mart 2012].

²⁵ Cacciaguidi-Fahy, s. 5-16.

insanların hukuki statüleri ile şartlar ne olursa olsun durum farketmemektedir.²⁶ Bayrak veya kıyı devletinin yardım etme ve kurtarma yükümlülüğünün kapsamını belirleyen bu hükme göre, her devlet bayrağını taşıyan gemilerin kaptanlarından gemisini, mürettebatını ve yolcularını ciddi olarak tehlikeye atmaksızın, denizde tehlikede bulunan herhangi bir kişiye yardım etmelerini (m. 98(1)(a)); bilgilendirildikleri takdirde, tehlikede bulunan kişileri kurtarmak için mümkün olan yüksek hızla harekete geçmelerini (m. 98(1)(b)); bir çarpışma sonrasında, mümkün olduğunda diğer gemiye, mürettebatına ve yolcularına yardım etmek, diğer gemiye kendi gemisinin adını, kayıtlı bulunduğu limanı ve bildireceği en yakın limanı bildirmelerini (m. 98(1)(c)) istemek durumundadır. Her kıyı devleti, ayrıca, komşu devletlerle bölgesel işbirliği yoluyla deniz güvenliğini sağlamak üzere uygun ekipmanlarla donatılmış operasyonel ve etkin bir arama kurtarma sistemini tesis ve geliştirmek durumundadır (m. 98(2)).

Denizde Can Güvenliğine İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin denizde bütün gemilerin seyrüseferine ilişkin 5. Bölümü, gemi güzergahına ilişkin 10(a). Regülasyonu ve tehlike mesajlarına (yükümlülükler ve prosedürler)'na ilişkin 33. Regülasyonu, herhangi bir kaynaktan denizde bir kişinin veya kişilerin tehlikede bulunduğu sinyali alındığında, sinyali alan geminin yardıma gitmek üzere tam hızla hareket etmesini hüküm altına almıştır. Uluslararası Kurtarma Sözleşmesi'nin 10. maddesi hükmü denizde kaybolma tehlikesi altında bulunan herhangi bir kişiye yardım etme yükümlülüğünü öngörmektedir. Denizde Arama ve Kurtarmaya İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin Ek 2.1.10 Regülasyonu, taraf devletlere denizde tehlikede bulunan herkese, hangi şartlarda olursa olsun statü ve tabiiyetlerine bakmaksızın yardım sağlamayı güvence altına alma sorumluluğunu yüklemektedir.

²⁶ Cacciaguidi-Fahy, s. 6-7.

BMDHS 98. maddesi 1. fıkrası hükmü ile Denizde Can Güvenliğine İlişkin Uluslararası Sözleşme 5. Bölüm, 7., 10(a) ve 33. Regülasyonları hükümleri bayrak devletine kurtarma veya yardım etme yükümlülüklerini yerine getirmeyen gemi kaptanlarına karşı cezai tedbirler alma sorumluluğu yüklemektedir. Kıyı devletinin de uygun bir şekilde etkin bir arama kurtarma yükümlülüğü bulunmaktadır (BMDHS m. 98(2)). Kıyı devletinin ayrıca kıyı bölgelerinde uygun arama kurtarma araçlarını bulundurma ve gerekli operasyonel ayarlamaları yapma yükümlülüğü bulunmaktadır (Denizde Arama Kurtarmaya İlişkin Uluslararası Sözleşme, 5. Bölüm).

Devlet, bu şekilde uluslararası hukuktan kaynaklanan hak ve yetkilerini bireysel olarak kullanabileceği gibi, uluslararası veya bölgesel örgütlere üye olarak veya bir veya daha fazla devletle uluslararası işbirliğine gitmek suretiyle de kullanabilir. Her halükarda devlet, uluslararası hukukun öngördüğü amaçları gerçekleştirmek veya yükümlülükleri tam olarak yerine getirmek için aktif olarak inisiyatif almak zorundadır.

2. Avrupa İnsan Hakları Hukuku Açısından

A) Genel Olarak

Konumuz bakımından, Türkiye'nin ilgi alanları da dikkate alındığında, bölgemizde hem Avrupa Konseyi (AK) üyesi devletlerin hem de AB üyesi devletlerinin bireysel olarak kendi iç hukuk düzenlemeleri ve uygulamaları veya tâbi buldukları ulus-üstü (*supranasyonal*) hukuk düzenlemeleri ve uygulamaları önem arz etmektedir. Burada, hem AK üyesi 47 devletin hem de AB üyesi 27 devletin tamamının AİHS'ne taraf bulunduğunu ve AİHS ile geliştirilmiş bulunan ulus-üstü (*supranasyonal*) Avrupa insan hakları hukukuna tâbi olduklarını tespit etmek yerinde olacaktır.

Bugün itibarıyla, her ne kadar AB kurumsal olarak AİHS'ne taraf bulunmasa da, üye devletlerin taraf bulunmasından dolayı AİHS bu devletler bakımından yargısal olarak tam bağlayıcı bulunmaktadır.

Bu açıdan üye devletler bireysel veya kollektif olarak alacakları bütün tedbirler veya uygulayacakları politikaların Avrupa insan hakları hukukuna uygun olması gerekmektedir.

Uluslararası hukukun temel sujesi olarak devlet, denizlerde etkin kontrol uygulamasını bireysel olarak yapabileceği gibi, başka devlet/devletler veya uluslararası hukuk çerçevesinde kurulmuş uluslararası kuruluşlarla birlikte kollektif olarak da yürütebilir. Bunun tabii bir sonucu olarak, uluslararası hukuka göre bireysel veya kollektif olarak sorumluluk üstlenmiş olmaktadır.

İnsan hakları hukuku, genel olarak prensipte, her nerede uygulanırsa uygulansın gücün nasıl kullanıldığının kontrolünü gerektirmektedir. Bu bakımdan devletin sınır kontrolü, sınırları dışında göç kontrolü gibi konularda hükümet gücü kullanması, yani etkin kontrol uygulaması tartışmasız bir şekilde sorumluluğunu gerektirmektedir.²⁷

Konuya AB bağlamında bakıldığında, her devletin olduğu gibi, AB ve üye devletlerinin uluslararası hukuktan kaynaklanan hak ve sorumlulukları bulunmaktadır. Bu hak ve sorumluluklar, AB'nin veya üye devletlerin sınırlarında bitmemektedir. Bu devletler doğrudan veya otoriteleri aracılığıyla AB veya ulusal sınırları dışında bireyler üzerinde etkin kontrol uygulamasında bulunabilmektedirler. Örneğin, AB üye devletleri göçmen kontrolünde yargı yetkisi kullanırken 1951 Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme (1951 Cenevre Sözleşmesi), AIHS ve diğer insan hakları belgelerine göre hareket etmek durumundadırlar. Diğer bir ifadeyle, bu devletler sınır-ötesi alanlarda kontrol uygulama yetkisi kullanırken, örneğin açık denizde yabancı bir gemiye durdurma operasyonu yaparken uluslararası hukukun

²⁷ Bjarte Vandvik (2008), 'Extraterritorial Border Controls and Responsibility to Protect: A View from ECRE', Amsterdam Law Forum, Vol. 1, Issue 1, s. 28-29.

öngördüğü birtakım yükümlülükleri yerine getirerek yapmak zorundadırlar.²⁸

Örneğin, AB, 26 Ekim 2004 tarihli bir regülasyonla AB Üye Devletleri Dış Sınırlarında Operasyonel İşbirliğinin Yönetimi İçin FRONTEX'i²⁹ kurmuş ve AB üyesi devletlerin karasularında sınır kontrolünü yönetmekle yetkilendirmiştir. Bu bağlamda, buralarda durdurma uygulamaları genellikle denizde risk altında bulunan insanlara ve gemilere yardım etme yükümlülüğüyle örtüşmektedir. Bu yükümlülük bizatihi uluslararası örf ve adet hukukundan kaynaklanmaktadır. AB üyesi devletler ayrıca kıyılarında tehlikede bulunan gemileri kurtarma yükümlülüğü altındadırlar. AB üyesi devletler, yargı yetkisi uygulamasında bulunmadıkları zaman bile 1951 Cenevre Sözleşmesi ve uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmek zorundadırlar. Aksi halde, uygulamada görülebileceği gibi devletlerin sorumluluk almakta isteksiz duruşları insan hayatını riske

²⁸ AIHS, 1951 Cenevre Sözleşmesi, AB Temel Haklar Şartı ve diğer düzenlemeleri bağlamında AB'nin ve münferit olarak üye devletlerinin göçmen, mülteci ve insan hak ve özgürlüklerini, özellikle sınır-ötesi deniz alanlarında etkin şekilde koruma yükümlülüklerine ilişkin geniş bilgi için bkz. Ruth Weinzierl and Urszula Lisson (2007), *Border Management and Human Rights: A Study of EU Law and the Law of the Sea*, German Institute for Human Rights, Berlin; Vandvik, s. 27; Martin Scheinin, Ciaran Burke and Alexandre Skander Galand (2012), 'Rescue at Sea - Human Rights Obligations of States and Private Actors, with a Focus on the EU's External Borders', Robert Schuman Centre for Advanced Studies, RSCAS Policy Paper2012/05, Florence [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/22389/RSCAS_PP_2012_05.pdf?sequence=1], erişim 11 Temmuz 2012].

²⁹ Council Regulation (EC) 2007/2004, Official Journal of the European Union L 349/1, 25 November 2004 [http://www.frontex.europa.eu/assets/About_Frontex/frontex_regulation_en.pdf], erişim 21 Nisan 2012]. Bu regülasyon Hızlı Sınır Müdahale Timleri için bir mekanizma kurmak üzere değiştirilmiştir. Bkz. Regulation (EC) No 863/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007, Official Journal of the European Union L 199/30, 31 July 2007 [http://www.frontex.europa.eu/assets/Legal_basis/rabit_regulation-863-2007.pdf], erişim 7 Haziran 2012].

atabilmektedir.³⁰ Bu regülasyon FRONTEX'e AB üyesi olmayan üçüncü bir ülkenin karasularında operasyon yetkisi vermemektedir.³¹ Ancak, AB üyesi devletlerin sınırları ötesinde kontrol uygulamaları bu yükümlülüklerinden kaçmalarına imkan vermemektedir. Çünkü, AB ve üyesi devletlerin ülkelerine girişleri engelleme kapasite ve yetkileri ihtiyaç halindeki insanları koruma sorumluluğunu taşımaktadır.³²

Türkiye dahil Avrupa devletlerinin tamamı hem AİHS'ne, hem de 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne³³ taraf bulunmaktadır. Mültecilerin korunması alanında, geri göndermeme ilkesi (non-refoulement ilkesi) Cenevre Sözleşmesi'ne taraf devletlerin sorumluluğunun esasını oluşturmaktadır (m. 33(1)). Bu hüküm taraf devletlerin mültecileri koğuşturulacakları ülkelere geri gönderilmesini yasaklamaktadır. Geri göndermeme yükümlülüğü sadece devletin ülkesinde bulunan mültecileri değil, ayrıca bir mültecinin devletin ülkesi dışında başka

³⁰ Vandvik, s. 32-33.

³¹ Vandvik, s. 34. AB, zamanla insan hakları ve özgürlüklerinin korunması çabalarını artırmış, 2000 Temel Haklar Şartı'nı yürürlüğe koymuş ve 2007'de Temel Haklar Ajansı'nı kurmuştur. Ayrıca, insan hakları ve evrensel insani ilkeler AB'nin temelleri olarak değerlendirilmekte ve bunlara saygı yeni üyelikler için önşart durumundadır. Bkz. Articles 6 and 49 of the Consolidated Version of the Treaty on European Union, Official Journal of the European Union C 326/13, 26 October 2012 [<http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/new-2-48.htm>, erişim 7 Mart 2012].

³² Vandvik, s. 35.

³³ 1951 Cenevre Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1950 tarih ve 429 (V) sayılı Kararıyla toplanan Konferansta kabul edilerek 28 Temmuz 1951 tarihinde Cenevre'de imzalanmış ve 22 Nisan 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Genel olarak, Sözleşme ve Protokol metni için bkz. Convention Relating to the Status of Refugees 1951, and the Protocol 1967 [<http://www.unhcr.org/pages/49da0e466.html>, erişim 3 Şubat 2012]. Bu sözleşmeyi 24 Ağustos 1951 tarihinde imzalayan Türkiye, 29 Ağustos 1961 tarihinde "Bu sözleşmenin hiçbir hükmü, mülteciye Türkiye'de Türk uyruklu kimselerin haklarından fazlasını sağladığı şeklinde yorumlanamaz" şeklindeki ihtirazi kayıtla onaylamıştır. Bkz. 359 sayılı Onay Kanunu 5 Eylül 1961 tarih ve 10898 sayılı Resmi Gazete. Ayrıca, Türkiye ve diğer ülkelerin bu sözleşme ve ek protokolüne ilişkin onay durumları için bkz. <http://www.unhcr.org/3b73b0d63.html> [erişim 3 Mayıs 2012]. Ayrıca bkz. Giuffré, s. 730.

bir devletin ülkesinde veya karasularında veya açık denizler dahil etkin kontrol uygulaması veya *de facto* yargı yetkisi altında bulunduğu zaman da geçerlidir.³⁴

Konuya Avrupa Konseyi üyesi devletler açısından bakıldığında, devletin yargı yetkisi alanının daha geniş olduğu, dolayısıyla daha geniş bir sorumluluk gerektirdiği görülmektedir. Kıyı devletinin denizlerde kontrol uygulama yetkisi, Avrupa insan hakları hukuku bakımından AİHS'nin 1. maddesi hükmünden kaynaklanmaktadır. Bu hükme göre, devlet yargı yetkisi alanında bulunan kişilerin AİHS koruma sistemi ile tanınan hak ve özgürlüklerini koruma yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Şüphesiz, bu yükümlülük sadece vatandaşlar açısından değil, yargı yetkisi alanında bulunan *istisnasız* herkesin korunmasını kapsamaktadır. Bu, ülkede kanunsuz olarak bulunan kişiler bakımından da böyledir.

AİHS'nin 34. maddesi hükmüne göre, AİHS'ne taraf bir devletin yargı yetkisi alanında bulunan kişiler (gerçek veya tüzel), bu devlete atfedilebilecek insan hak ve özgürlükleri ihlallerini *bireysel başvuru yoluyla* AİHM nezdinde dava konusu yapma hakkına sahiptirler. AİHS'nin 1. maddesi hükmü uyarınca, taraf devletler yargı yetkileri altında (veya alanında) bulunan herkesin insan hak ve özgürlüklerini korumakla yükümlüdürler. Fakat, taraf devletin yargı yetkisi kapsamı, devletin işlem ve eylemlerine veya ihmallerine göre değişebilmektedir. Taraf devletin yargı yetkisi kapsamı, devletin, yani devlet otoritelerinin tesis ettikleri işlem, yaptıkları eylem, aldıkları tedbir veya ihmallerinin doğrudan veya dolaylı sonucu olarak gerçekleşen sınır-ötesi alanları da kapsayabilmektedir. Örneğin, bir bireyin AİHS'nin 3. maddesi hükmüyle tanınan işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı kötü muamele veya ceza yasağına veya 6. maddesi hükmüyle tanınan adil yargılanma hakkına ilişkin hak ve

³⁴ Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam (2007), *The Refugee in International Law*, Third Edition, Oxford University Press, Oxford, ss. 244-253.

özgürlüklerinin ihlal edileceği muhtemel olan bir ülkeye geri gönderilmesi durumunda, bu olaya münhasır olmak üzere devletin yargı yetkisi bu ülkeye genişlemektedir. Dolayısıyla, sınır dışı eden veya geri gönderen devletin bu muhtemel ihlalin gerçekleşmesinde, Avrupa insan hakları hukuku nezdinde pozitif yükümlülüğünün ihlali sorumluluğu söz konusu olmaktadır.³⁵

Kıyı devletinin denizlerde kontrol yetkisi uygulaması ile yargı yetkisi alanı iç içe ilişkili bulunmaktadır. Zira, Avrupa insan hakları hukuku bakımından yargı yetkisi alanı ulusal sınırları aşabilmektedir. Bu yetkinin kullanılması etki ve nüfuz itibarıyla küresel olarak herhangi bir ülkeye veya açık denizlere ulaşabilmektedir.

Ayrıca, tekrar etmek gerekirse, AİHS'nin 1. maddesi hükmünün ifadesi ve AİHM'nin yerleşik içtihadına göre, taraf devletlerin insan hak ve özgürlüklerine ilişkin yükümlülükleri ülke sınırlarında tükenmemektedir.³⁶ Devletler, etkileri yargı yetkileri alanı dışında gerçekleşse bile, yargı yetkileri alanında gerçekleştirdikleri eylemlerinden sorumlu görülmektedirler.³⁷ Özellikle, AİHS uygulanması taraf bir devletin hem ülkesini, hem de yargı yetkisi kullandığı ülkesi dışında herhangi bir yeri kapsamaktadır.³⁸ Ülke dışında yargı yetkisi birey üzerinde etkin kontrol uygulaması şeklinde olabileceği gibi başka bir devletin ülkesi üzerinde de olabilmektedir.³⁹

³⁵ Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak (2006), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, Intersentia, Oxford, s. 13-14.

³⁶ *Loizidou v Turkey* (App no. 15318/89) [GCJ] 18 December 1996; *Banković and Others v Belgium and 16 Other Contracting States* (App no. 52207/99) [GCD] 12 December 2001.

³⁷ *Öcalan v Turkey* (App no. 462211/99) [CJ] 12 March 2003; *Issa and Others v Turkey* (App no. 31821/96) [CJ] 16 November 2004 (Final 30 March 2005).

³⁸ *Denizlerde AİHS'nin uygulanması bakımından yargı yetkisi için bkz. Gunnar and Annika Bendréus v Sweden (Admissibility)* (App no. 31653/96) [Commission Plenary Decision] 8 September 1997; *Lennart Berglund and 92 Others v Sweden* (App no. 34825/97) [Commission Decision] 16 April 1998.

³⁹ *Öcalan v Turkey* (App no. 462211/99) [CJ] 12 March 2003; *Ilaşcu and Others v Moldova and Russia* (App no. 48787/99) [GCJ] 8 July 2004.

AİHS, iade etmeme, sınır dışı etme ve mülteci hukukuna ilişkin hükümleri içermemektedir. Bununla birlikte, AİHS’ni yaşayan dinamik bir belge olarak okuyan AİHM, AİHS ile öngörülen güvence sisteminin zayıflatılmasına imkan verecek uygulamalara meydan vermemek bakımından bu ve benzeri konuları AİHS bağlamında değerlendirmekte tereddüt göstermemektedir. Nitekim, *Vilvarajah and Others v the United Kingdom* kararında, AİHM, AİHS’ne taraf devletlerin yabancıların ülkelerine girişi, ikameti ve sınır dışı edilmelerini kontrol hak ve yetkilerinin uygulanmasında AİHS ile tanınan hak ve özgürlük güvencelerini zayıflatmama, aksine güçlendirme yükümlülüğü bulunduğu hükmetmiş bulunmaktadır.⁴⁰

Bundan sonraki bölümde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin hükme bağladığı bu uygulamaya ilişkin iki önemli dava örnek olarak inceleme konusu yapılacaktır.

B) Viron Xhavera and Fifteen Others v Italy and Albania Davası

İtalyan hükümeti 1997’de Arnavutluk üzerinden yoğun bir göçmen akımıyla karşılaşmıştır. Bu bağlamda, AİHS’ne taraf iki komşu devlet, İtalya ve Arnavutluk aralarında yaptıkları bir antlaşmayla düzensiz göçmen kontrolü konusunda işbirliğine gitmişlerdir. Bu işbirliği antlaşması, Arnavut sularında göçmen taşıyan gemilerin kontrolü, yolcuların kimlik tespitleri ve gemilerin Arnavut limanlarına geri gönderilmeleri gibi hususları kapsamaktadır. Bu kapsamda, İtalyan hükümeti bu akımı kontrol etmek ve düzensiz

⁴⁰ *Vilvarajah and Others v the United Kingdom* (Apps nos. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87) [CJ] 30 October 1991. Ayrıca bkz. *Mamatkulov and Askarov v Turkey* (App nos. 46827/99 and 46951/99) [GCJ] 4 February 2005, para 66. Ayrıca gönderilen ülkede kötü muamele yasağına ilişkin olarak AİHM’nin yeni kararları için bkz. *Sufi and Elmi v the United Kingdom* (Apps nos. 8319/07 and 11449/07) [CJ] 28 June 2011 (Final 28 November 2011); *Hirsi Jamaa and Others v Italy* (App no. 27765/09) [GCJ] 23 February 2012. Ölüm cezasına ilişkin olarak bkz. *Harkins and Edwards v the United Kingdom* (Apps nos. 9146/07 and 32650/07) [CJ] 17 January 2012.

göçleri önlemek için, İtalyan gemi kaptanlarına açık denizde ve Arnavut karasularında gemi blokajı, gemileri durdurma, gemilere çıkma ve yolcuların gerçek durumlarını inceleme yetkisi vermek gibi muhtelif tedbirler almıştır.

Bu kapsamda, İtalyan otoritelerinin denizlerde bir kontrol uygulaması, *Viron Xhavara and Fifteen Others v Italy and Albania* davasına konu olmuştur.⁴¹ Olayda, İtalya'nın yukarıda anılan işbirliği antlaşması kapsamında Mart 1997'de yaptığı bir kontrol uygulamasında, yani yargı yetkisi uygulaması esnasında, İtalyan askeri gemisi ile göçmenlerin bulunduğu geminin çarpışması sonucu göçmenleri İtalya'ya taşıyan Arnavut gemisi İtalya kıyılarından 35 mil açıkta batmış ve başvuruçuların ebeveynleri dahil 58 göçmen ölmüştür. Batan gemiden kurtulmuş olan başvuruçular, bir İtalyan gemisinin kendilerini taşıyan geminin kıyıya yaklaşmasını engellemeye çalışırken çarpışması sonucu batmasına neden olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Her iki gemi kaptanının insan ölümlerinden dolayı soruşturulmaları sonucunda, İtalyan kaptanın, ne göçmen taşıyan Arnavut gemisinin seyrüsefere uygun olmayan durumunu, ne de kötü hava şartları ile olay anındaki görüş mesafesini dikkate aldığı anlaşılmıştır. Bu şekilde kontrol uygulaması, İtalyan otoritelerinin ulusal güvenliği koruma meşru amacıyla orantısız şekilde Arnavut gemisindeki yolcuları tehlikeye maruz bırakmıştır.

Başvuruçular, İtalyan hükümetinin uygulamasının ailelerinin hayat haklarının ihlali (AİHS m. 2); kendilerinin insanlık dışı ve küçültücü muameleye tâbi tutulduğu (m. 3 ve 5(1)); düzensiz göçmen önleme tedbirlerinin hak arama özgürlüklerini ihlali (m. 13); bu tedbirlerin ayrıca ayırimcılığa yol açtığı (m. 14) ve toplu olarak

⁴¹ *Viron Xhavara and Fifteen Others v Italy and Albania* (Admissibility), (App no. 39473/98) [CD] 11 January 2001.

sınır dışı edilmeleriyle (4 Nolu Protokol, m. 4) sonuçlandığını iddia etmişlerdir.

AİHM, AİHS'nin 2. ve 3. madde hükümlerine ilişkin iddiaları *ratione temporae* açısından kabul edilebilir bulmamıştır. AİHM'ne göre, muhtelif İtalyan karar ve emirleri AİHS'nin 13. ve 14. maddeleri ile 4 Nolu Protokolün 4. maddesi hükümlerine *in abstracto* aykırı olabilirler. Fakat, başvuru bunlardan doğrudan etkilendiklerini ileri süremeyeceklerinden, AİHS hükümleri ihlallerinden AİHS'nin 34. maddesi hükmü anlamında mağdur olarak değerlendirilemezler.

Bu kabul edilebilirlik kararı ile, AİHM, AİHS'nin 2. maddesi hükümlerine göre, devletin bireyleri koruma ve şüpheli ölümleri teferruatlı şekilde soruşturmak için etkin prosedürler uygulama yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin tespiti kriterlerini ortaya koymuştur.

AİHM, denizde kontrol uygulamasında bulunan İtalyan gemisinin sebep olduğu gemi batması olayındaki sorumluluğunu tespit değerlendirmesinde, *Osman v the United Kingdom* kararındaki içtihadını⁴² hatırlatarak, AİHS'nin 2. maddesi hükmünün devletin yargı yetkisi alanında sadece ölüme sebep olmaktan kaçınmasını, yani öldürmemesini değil, ayrıca bireylerin hayat haklarını korumak için bütün önleyici ve/veya koruyucu tedbirleri almasını gerektirdiğini vurgulamıştır. Ayrıca, AİHS'nin 2. maddesi hükmü ile 1. maddesi hükmünün birlikte değerlendirilmesi devletin her ölüm olayı için uygun, resmi, bağımsız bir kamu soruşturması sağlamasını gerektirmektedir.⁴³ Bu bakımdan, AİHM, somut olayda devletin bu yükümlülüğünü, gemi kaptanı için bağımsız kamusal prosedürler uygulamakla yerine getirdiği sonucuna ulaşmıştır.

⁴² *Osman v the United Kingdom* (App no. 23452/94; Case no. 87/1997/871/1083) [GCJ] 28 October 1998.

⁴³ *McCann and Others v the United Kingdom* (App no. 18984/91) [GCJ] 27 September 1995.

AİHM, açık denizde ve Arnavutluk karasularında İtalyan ve Arnavutluk otoritelerince yürütülen ortak göçmen durdurma operasyonu ile ilgili bu kararında İtalya'nın açık denizde ve Arnavutluk karasularında uyguladığı göçmen kontrol uygulamasının sınır-ötesi etkin yargı yetkisi uygulaması olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Görülüyor ki, AİHM içtihadında açıkça ortaya konulduğu üzere, belirli şartlarda devlet sınır-ötesi alanda –açık denizde veya başka bir devletin ülkesinde– yargı yetkisi uygulamasının sonuçlarından sorumlu bulunmaktadır. Şüphesiz bu devletin göçmenleri her durumda ülkesine kabul etmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Fakat, devlet burada, örneğin mültecilerin gönderildikleri üçüncü ülkelerden geri gönderilmeyle karşılaşmayacaklarını sağlamaktan sorumlu bulunmaktadır.⁴⁴

C) Hirsi Jamaa and Others v Italy Davası

Kıyı devletinin denizlerde kontrol uygulamasının konu olduğu diğer önemli bir dava, *Hirsi Jamaa and Others v Italy* davasıdır. Başvurucu 11 Somalili ve 13 Eritreli göçmen kendilerinin Libya'ya geri gönderilmeleri suretiyle AİHS'nin 3. maddesi hükmünde yer alan işkence, insanlık-dışı veya onur kırıcı muamele yasağı, 13. maddesi hükmünde yer alan etkin hak arama özgürlüğü ve 4 Nolu Protokolün 4. maddesi hükmüyle tanınan toplu olarak sınırdışı edilmeme hak ve özgürlüklerinin ihal edildiği iddiasıyla 26 Mayıs 2009 tarihinde AİHM nezdinde başvuruda bulunmuşlardır.

Olayda 231 göçmen/mülteci taşıyan gemi Libya karasularından İtalya kıyılarına doğru yola çıkmış, 6 Mayıs 2009'da üç İtalyan mali polis gemisi (Guardia di Finanza) tarafından açık denizde Lampedusa'nın yaklaşık 35 mil güneyinde, Malta'nın yetkisinde bulunan arama ve kurtarma bölgesinde durdurularak göçmenlerin uluslararası koruma taleplerine karşılık, kimlik tespiti ve uluslararası

⁴⁴ Vandvik, s. 31.

korumaya ihtiyaçları olup olmadığını değerlendirmesi yapılmaksızın Libya'ya geri gönderilmiştir.⁴⁵

Uygulama, sınırlarını güçlendirmek ve Avrupa'ya düzensiz göçü önlemek için Libya ve İtalya arasında yürürlüğe konulan 2009 tarihli Göçmen Kontrolü Anlaşması çerçevesinde yapılmıştır.⁴⁶ Bu uygulamada, her iki devlet birlikte düzenledikleri polis operasyonları sonucu durdurulan göçmenler Libya'ya geri gönderilmiştir.

AIHM, bu dava vesilesiyle, devletlerce bugüne kadar uygulamaya konulmuş en tartışmalı denizde hukuk-dışı göçle mücadele politikası konusunda, İtalyan örneğinde olduğu gibi, devlete ne Avrupa, ne de uluslararası hukuk engeliyle karşılaşmaksızın uygulama yapmasına imkân veren bir politika hakkında karar vermiş bulunmaktadır.⁴⁷

AIHM'nin bu kararı ilk kez bir Avrupa devletini *açık denizlerde* göçmen ve mültecileri durdurması ve herhangi bir güvence prosedürü uygulamaksızın üçüncü bir ülkeye göndermesinden dolayı insan haklarının ihlâl edildiğine oybirliğiyle hükmetmiş bulunması bakımından önemli görülmektedir. İtalya'nın AIHS'nin 1. maddesi hükmü kapsamında yargı yetkisi uygulamasında bulunduğu konusunda tereddüt göstermeyen AIHM'ne göre, ülkesel sınırlama olmaksızın denizdeki insanlara koruma sağlama hem insanî hem de hukuki bir sorumluluktur. Bu karar hem AK üyesi devletleri, hem de diğer devletler için mülteci ve insan hakları hukuku düzenlemeleri ve uygulamaları bakımından belirleyici nitelikte yol gösterici olmuştur. Bu anlamda, devletler durdurma ve geri gönderme programları ile politikalarını insan hak ve özgürlükleri yükümlülüklerine uygun olarak geliştirmek ve uygulamak durumundadırlar.⁴⁸

⁴⁵ Hirsi Jamaa and Others v Italy (App no. 27765/09) [GCJ] 23 February 2012.

⁴⁶ Geniş bilgi için bkz. Amnesty International (2012), S.O.S. Europe: Human Rights and Migration Control, United Kingdom.

⁴⁷ Giuffré, s. 729.

⁴⁸ Giuffré, s. 729-730.

AİHM'ne göre, başvuruçular AİHS'nin 1. maddesi hükmü anlamında İtalyan yetkililerin gemiye çıkma ve Libya yetkililerine teslim edildikleri zaman periyodunda İtalyan otoritelerinin devamlı ve kapsamlı *de facto* ve *de jure* kontrolü altında bulunmuşlardır. Bu bakımdan, bu periyotta başvuruçuların İtalyan yargı yetkisi altında bulduklarında şüphe bulunmamaktadır.⁴⁹

Bu davada, AİHM ayrıca ilk kez 4 Nolu Protokolün 4. maddesi hükmünün bir devletin ülkesi dışında bulunan yabancıları üçüncü bir ülkeye göndermesine uygulanıp uygulanmayacağı sorunuyla karşılaşmıştır. AİHM, sınır dışı etme kavramının yargı yetkisi kavramı gibi açık bir şekilde ülkesel olduğunu gözlemlemiştir. Fakat, bir devletin ülkesi dışında istisnai olarak yargı yetkisi uygulaması durumunda, toplu sınır dışı etme formunda devletin sınır-ötesi yargı yetkisi uygulamasının kabul edilebileceği sonucuna ulaşmıştır. Bu durumda da başvuruçular İtalyan yargı yetkisi alanına dahil bulunmaktadırlar.

İtalya'nın yargı yetkisi uygulamasında başvuruçuların Libya'ya transferi, bireysel durumları tespit edilmeksizin yapılmıştır. İtalyan yetkililer başvuruçuları gemiye almış ve Libya'da indirmiştir. AİHM, başvuruçuların bu şekilde toplu transferinin 4 Nolu Protokolün 4. maddesi hükmü anlamında toplu sınır dışı etme yasağının ihlâlini oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır.

AİHM, ayrıca, başvuruçuların Libya'da kötü muamele görme riskine maruz bırakılması ve kendi ülkeleri olan Somali ve Eritre'ye geri gönderilmelerinin, işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağına ilişkin AİHS'nin 3. maddesi hükmünün ihlâlini oluşturduğunu hükme bağlamıştır. Zira AİHM'ne göre, İtalyan yetkililerin olaya ilişkin bütün gerçeklerin farkında olarak başvuruçuları Libya'ya transfer etmesinin AİHS ile tanımlanan kötü

⁴⁹ Hirsi Jamaa and Others v Italy (App no. 27765/09) [GCJ] 23 February 2012, para 81.

muameleye maruz bırakmış olacağı ve başvuru Libya'ya transfer edildiklerinde ve kendi ülkelerine geri gönderildiklerinde karşılaşacakları risklerde koruma güvencelerinin yetersiz olduğunu bilmeleri veya bilmek durumunda olmaları gerekirdi.

Olayda, AİHS'nin etkin başvuru hakkı, diğer bir ifadeyle hak arama özgürlüğüne ilişkin 13. maddesi hükmünün işkence, onur kırıcı ve insanlık dışı muamele yasağına ilişkin 3. maddesi hükmüyle birlikte değerlendirilmesinde, başvuru uygulamayı yetkili bir makama şikayet etme imkanı bulamamış ve geri gönderilme tedbirleri uygulanmadan taleplerine tam ve eksiksiz karşılık bulamamışlardır.

AİHS'nin 13. maddesi hükmünün 4 Nolu Protokolün 4. maddesi hükmü ile birlikte değerlendirilmesinde, kontrol yetkisi kullanan İtalyan gemisindeki askeri personele ilişkin ceza hukuku çerçevesinde başvuru beklenen etki kriterini karşılamıştır.

AİHM, İtalyan Seyrüsefer Kanunu'nda yer alan 'açık denizde seyrüsefer halindeki bir gemi bayrak devletinin tam yargı yetkisine tâbidir' şeklindeki uluslararası hukuk ilkesini (KBBS m. 6(1); BMDHS m. 92(1), 94) tekrar etmiştir. Olaylar tamamen bütün mürettebatı İtalyan askeri personelinden oluşan İtalyan silahlı kuvvetlerinin gemilerinde gerçekleşmiştir.

15 Şubat 2011 tarihinde AİHM Dairesi yargılama yetkisinden Büyük Daire lehine vazgeçmiştir. Bir kısım sivil toplum kuruluşu uluslararası mülteci ve insan hakları örgütlerinin üçüncü taraf olarak dava sürecine yazılı olarak katılmalarına izin verilmiştir.

23 Şubat 2012 tarihinde görülen davada AİHM, başvuruların AİHS'nin 1. maddesi hükmü anlamında İtalyan yargı yetkisi içinde bulduklarını; başvuruların Libya'da kötü muamele ve Somali ve Eritre'ye geri gönderilmeleri riskine maruz bırakıldıkları tespit edildiğinden işkence, insanlık-dışı ve onur kırıcı muamele ve ceza yasağına ilişkin AİHS'nin 3. maddesi hükmünün; 4 Nolu Protokolün 4. maddesi hükmünün tanıdığı toplu olarak sınır dışı edilme yasağının; AİHS'nin 3. maddesi ve 4 Nolu Protokolün 4. maddesi ile birlikte

değerlendirilmesinde AİHS'nin 13. maddesi hükmünün tanıdığı hak arama özgürlüğünün ihlâl edildiğine oybirliğiyle karar vermiştir.⁵⁰

Devletin yer bakımından *ratione loci* yetkisini inceleyen AİHM, yargı yetkisinin ülke sınırları ötesinde kullanımı hakkında önceki içtihadını güçlendirerek, devletin yetkililerince ilgili bireyler üzerinde etkin güç ve kontrol uygulaması halinde AİHS'nin *ratione loci* uygulanmasının *açık denizleri* de kapsadığını hüküm altına almış bulunmaktadır.

AİHS'nin 1. maddesi hükmünün sağladığı koruma vatansız kişiler, mülteciler ve kanun-dışı göçmenler dahil herkesi kapsamaktadır. AİHS'ne taraf her devlet yargı yetkisi alanında bulunan herkesin AİHS hukukuyla tanınmış bulunan hak ve özgürlüklerini korumak ve geliştirmek yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Bu dava vesilesiyle de, devletin yargı yetkisi alanının coğrafik bir sınırlamaya tâbi tutulmadığı, etkin ve kapsamlı kontrol uyguladığı herkesi ve heryeri kapsadığı teyid edilmiş bulunmaktadır.⁵¹

Nihayet, bir devletin sınırları ötesinde insan hakları ihlallerinden sorumlu tutulabilmesi için o devletin o alanda etkin yargı yetkisi uygulaması gerekmektedir. Şu halde, sınır-ötesinde devletin, örneğin, bir gemi veya birey üzerinde tam kontrol uygulaması sorumluluğunu gerektirmektedir. AİHM, sonuçta, somut dava konusunun İtalyan devletinin sınır-ötesi yargı yetkisi uygulaması ve dolayısıyla bundan sorumluluğuna hükmetmiş bulunmaktadır.⁵²

SONUÇ

Devlet, hem ülkesinde, hem de sınırları ötesinde hükümet faaliyetleri çerçevesinde işlem tesis edebilmekte ve eylemlerde bulunabilmektedir. Devlet bu eylem ve işlemlerden, örneğin, bir yabancıyı sınırda veya deniz alanlarında ülkesine girme girişimini

⁵⁰ Hirsi Jamaa and Others v Italy (App no. 27765/09) [GCJ] 23 February 2012.

⁵¹ Giuffré, s. 731-732.

⁵² Hirsi Jamaa and Others v Italy (App no. 27765/09) [GCJ] 23 February 2012, paras 70, 73, 78.

durdurma ve geri göndermesinin insan hak ve özgürlükleri bakımından hüküm ve sonuçlarından sorumludur. Diğer bir ifadeyle, devletin sınır-ötesinde yaptığı uygulamaları, insan hak ve özgürlüklerini korumak bakımından ülke sınırlarında yaptığı uygulamalarla aynı hüküm ve sonuçları doğurmaktadır.

Devlet, ülkesinde (yargı yetkisi alanında) finansal ve ekonomik piyasaların düzenlenmesi, adil gelir ve kaynak dağılımı, bölgesel farklılıkların ve fakirliğin ortadan kaldırılması, iş gücünün güvenli bir ortama kavuşturulması ve suçla mücadele gibi sorunlarla iç hukuk araçları ve pratik önlemlerle mücadele edebilir. Bu, bizatihi devletin vatandaşlarına karşı temel yükümlülüğü ve meşruluğunun da kaynağıdır.

Fakat, özellikle düzensiz (hukuk dışı) göçler ve insan kaçakçılığı olayları devletleri ülkelerini bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı haline getirmeleri ihtiyacı karşısında daha sıkı sınır kontrolleri uygulamalarına zorlamaktadır. Devletler için bu durum, insanların özgürlük ve güvenlik hakkı, yer değiştirme hakkı, göç ve iltica hakkı, haksız olarak tutuklanmama veya gözaltına alınmama hakkı ile iade etmeme veya geri göndermeme ilkeleriyle karmaşık bir hale gelmekte, devletlerin bireysel iç hukuk araçları ve politikalarını yetersiz kılmaktadır. Dolayısıyla, bir taraftan, kıyı devletinin denizlerde kontrol uygulamasının uluslararası hukukla öngörülen amaçlar çerçevesinde gerçekleşebilmesi, bu uygulamanın etkin olarak sorumluluk ve yük paylaşımı ile uluslararası dayanışma halinde yapılmasıyla mümkün olabilir. Diğer taraftan, devlet yargı yetkisini kullanırken, üzerinde kamu gücü kullandığı kişilerin aslında silahlı çatışmaların, yoksulluğun, baskıcı yönetimlerin insan hak ve özgürlükleri ihlallerinin mağdurları olduğunu özenle dikkate almalıdırlar. Yani devletin bu konuda yapacağı her düzenlemenin, alacağı her tedbirin bir bütün olarak uluslararası hukuk çerçevesinde mağdur merkezli, insan onuru ve insan hak ve özgürlüklerini koruma yaklaşımı temelinde olması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Amnesty International (2012), *S.O.S. Europe: Human Rights and Migration Control*, United Kingdom.

Bozkurt, Enver, Kütükçü, M. Akif ve Poyraz, Yasin (2012), *Devletler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

Cacciaguidi-Fahy, Sophie (2007), 'The Law of the Sea and Human Rights', *Panóptica*, Vitória, Ano 1, No. 9, Julho/Agosto 2007, ss. 1-21.

Cassese, Antonio (2005), *International Law*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford.

Cornelisse, Galina (2010), *Immigration Detention and Human Rights: Rethinking Territorial Sovereignty*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, London.

Dijk, Pieter van, Hoof, Fried van, Rijn, Arjen van and Zwaak, Leo (2006), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, Intersentia, Oxford.

Gioia, Andrea (2011), 'The Role of the European Court Human Rights in Monitoring Compliance with Humanitarian Law in Armed Conflict', in Orna Ben-Naftali (ed), *International Humanitarian law and International human Rights Law*, Pas de Deux, Oxford University Press, Oxford, ss. 201-249.

Giuffré, Mariagiulia (2012), 'Watered-Down Rights on the High Seas: *Hirsi Jamaa and Others v Italy (2012)*', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 61, Issue 3, July 2012, ss. 728-750.

Goodwin-Gill, Guy S. and McAdam, Jane (2007), *The Refugee in International Law*, Third Edition, Oxford University Press, Oxford.

Gündüz, Aslan (2003), *Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar*, 5. Bası, Beta, İstanbul.

International Commission of Jurists (2011), *Migration and International Human Rights Law*, Practitioners Guide No. 6, Geneva.

Kara, Siddharth (2011), 'Supply and Demand: Human

Trafficking in the Global Economy,' *Harvard International Review*, Vol. 33, Issue 2, Summer 2011, ss. 66-71.

Kuran, Selami (2009), *Uluslararası Deniz Hukuku*, 3. Baskı, Türkmen Kitabevi, İstanbul.

Milanovic, Marko (2011), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press, Oxford.

Okur, Derya Aydın (2009), *Deniz Hukukunda Liman Devleti Yetkisi ve Denetimi*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul.

Scheinin, Martin, Burke, Ciaran and Galand, Alexandre Skander (2012), 'Rescue at Sea - Human Rights Obligations of States and Private Actors, with a Focus on the EU's External Borders', Robert Schuman Centre for Advanced Studies, RSCAS Policy Paper 2012/05, Florence [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/22389/RSCAS_PP_2012_05.pdf?sequence=1, erişim 11 Temmuz 2012].

Sur, Melda (2011), *Uluslararası Hukukun Esasları*, Güncellenmiş 5. Baskı, Beta, İstanbul.

Tanaka, Yoshifumi (2012), *The International Law of the Sea*, Cambridge University Press, Cambridge.

Tütüncü, Ayşe Nur (2004), *Gemi Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin Önlenmesi, Azaltılması ve Kontrol Altına Alınmasında Devletin Yetkisi*, Yenilenmiş 3. Bası, Beta, İstanbul.

Vandvik, Bjarte (2008), 'Extraterritorial Border Controls and Responsibility to Protect: A View from ECRE', *Amsterdam Law Forum*, Vol. 1, Issue 1, ss. 27-36.

Weinzierl, Ruth and Lisson, Urszula (2007), *Border Management and Human Rights: A Study of EU Law and the Law of the Sea*, German Institute for Human Rights, Berlin.

MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER ÇERÇEVESİNDE KÜÇÜK ALACAKLARIN TAHSİLİ KONUSUNDA ÖNERİLER

Doç. Dr. İbrahim ERCAN*

ÖZET

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun aksine, malvarlığına ilişkin davalarda görevli mahkemenin belirlenmesinde dava konusunun miktar veya değerini ölçüt olarak almamıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre dava konusunun değer ve miktarı ne kadar olursa olsun, kural olarak bütün davalar asliye hukuk mahkemesinde görülecektir. Bu düzenlemeden sonra dava değeri düşük olan alacaklar ile dava değeri yüksek olan alacakların aynı yargılama usulüne tabi olması haklı eleştirilere yol açmıştır.

Buna karşılık karşılaştırmalı hukukta genellikle küçük alacakların takip ve tahsili için basit, ucuz ve hızlı usuller benimsenmiştir. Ayrıca bu alacakların takip ve tahsili için Avrupa Birliği'nde de Avrupa Küçük Taleplerin Tahsili Usulü Hakkındaki Tüzük kabul edilmiştir. Türk hukukunda da küçük alacakların takip ve tahsili için ayrı bir usulün kabul edilmesi zarureti gittikçe daha çok dile getirilmektedir. Bu çalışmada küçük alacakların takip ve tahsili için yabancı hukuklar ve Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin tüzüğü de dikkate alınarak genel hatlarıyla bir sistem önerisi getirilmeye çalışılmıştır.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra – İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Anahtar Kelimeler: Küçük alacaklar, basit, ucuz ve hızlı yargılama; AB Küçük Alacakların Tahsili Hakkındaki Tüzüğü.

THE SUGGESTIONS ON THE COLECTION OF SMALL RECEIVABLE DEBTS IN THE LIGHT OF COMPARATIVE LAW REGULATIONS

ABSTRACT

The Law Cases Law opposite to the Law Procedures Hearings Law, while determining the Court in charge about the property cases does not take into account the value or size of the subject property. According to the Law Cases Law as a rule all property cases would be heard by civil court of first instance no matter what is the size and value of the subject property. After this regulation hearing of the cases of law value and high value by the same Court has been rightly criticised.

On the other hand, in comparative law, generally for small receivable debts fast, basic and cheap procedures are adopted. Besides, in Europe Union too, to collect such receivable debts Directive on Collection Procedure for Small Demands is accepted. In Turkish Law too strong arguments to accept a separate procedure for small demands are voiced. In this study, it is tried to suggest a new system for collection of small demands by taking into account the comparative law and European Directive on Collection Procedure for Small Demands.

Key Words: Small Demands, Basic, cheap and fast adjudication, EU Directive on Collection Procedure for Small Demands

I. GİRİŞ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen dava konusunun değerine görevli mahkemenin belirlenmesine ilişkin kuralı terk ederek, dava

konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarda görevli mahkeme olarak aksine bir düzenleme olmadığı sürece asliye hukuk mahkemesini öngörmüştür. Buna göre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre dava konusunun değer ve miktarı ne kadar olursa olsun, kural olarak¹ bütün davalar asliye hukuk mahkemesinde görülecektir (HMK m. 2). Bu düzenlemeden sonra dava değeri düşük olan alacaklar ile dava değeri yüksek olan alacakların aynı yargılama usulüne tabi olması, örneklendirmek gerekirse dava değeri 1 TL olan bir dava ile değeri 1 milyon TL olan bir dava için mahkemenin aynı yargılama usulünü uygulamak zorunda olması haklı eleştirilere yol açmıştır.

Türk hukukundaki düzenlemelerin aksine karşılaştırmalı hukukta genellikle küçük alacakların takip ve tahsili için basit, ucuz ve hızlı usuller benimsenmiştir. Ayrıca bu alacakların takip ve tahsili için Avrupa Birliği'nde de Avrupa Küçük Taleplerin Tahsili Usulü Hakkındaki Tüzük kabul edilmiştir. Türk hukukunda da küçük alacakların takip ve tahsili için ayrı bir usulün kabul edilmesi zarureti gittikçe daha çok dile getirilmektedir. Bu çalışmada küçük alacakların takip ve tahsili için yabancı hukuklar² ve Avrupa Birliğinin konuya ilişkin tüzüğü³ de dikkate alınarak genel hatlarıyla bir sistem önerisi getirilmeye çalışılmıştır.

¹ İstisna için bkz., meselâ HMK m. 4 1/a.

² Karşılaştırmalı hukukta Avrupa Birliğine üye olan ülkelerin hukukları incelenmiştir. Bu konudaki bütün bilgilere şu sayfadan ulaşılabilir: http://ec.europa.eu/civiljustice/simplif_accelerat_procedures/simplif_accelerat_procedures_bel_de.htm. (Ulaşma tarihi 10 Aralık 2012). Bu çalışmada yabancı hukuklara ilişkin bütün bilgiler bu sayfadaki verilerden alınmıştır. Bu nedenle yabancı hukuklardan her söz edilişte sayfaya atıf yapılmayacak, sadece bu genel atıfla yetinilecektir.

³ AB Parlamentosu ile AB Konseyinin Küçük Taleplerin Tahsili Usulü Hakkındaki 11 Temmuz 2007 Tarihli Tüzüğü (Eg Nr. 861/07) (*Resmî Gazete L 199, 31.07.2007 P. 0001-0022*).

II. KÜÇÜK ALACAKLARA İLİŞKİN YARGILAMA VE TAKİP USULÜNE KONU OLABİLECEK ALACAKLAR

Bu sistemde cevaplandırılması gereken en önemli sorulardan birisi, hangi alacaklar için bu sisteme başvurulabileceği meselesidir. Zira sistemin uygulama alanının genişletilmesi iş yükünü ve hızı azaltırken, gereğinden fazla daraltılması da sistemden beklenen faydanın gerçekleşmemesi sonucunu doğuracaktır. Bu sorun, karşılaştırmalı hukukta genellik konu ve miktar bakımından sınırlandırılma getirilmek suretiyle çözümlenmeye çalışılmaktadır.

1. Miktar Bakımından Sınırlandırılma

Küçük alacaklara ilişkin yargılama ve takip usulünde miktar bakımından sınırlandırılma getirilmesi, dolayısıyla prosedürün küçük alacaklara hasredilmesi için doğası gereğidir. Bu konuda karşılaştırmalı hukukta farklı miktarların kabul edildiği görülmektedir. Meselâ, İspanya'da 3000 Avro, Fransa'da 3800 Avro, Almanya'da 600 Avroya kadar olan miktarlar için küçük alacaklara ilişkin takip usulüne başvurulması kabul edilmektedir. İngiltere'de ise, küçük alacaklar için ayrı bir prosedür ve belirli bir miktar öngörülmüş olmakla birlikte, miktarın daha fazla olması halinde bile taraflara kendi aralarında anlaşarak bu prosedüre başvurabilme imkânı tanınmıştır.

Türk hukukunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 200'de senetle ispat zorunluluğunun sınırı olarak kabul edilen 2500 TL tutarındaki değer burada da ölçü olarak kabul edilebilir.

2. Konu Bakımından Sınırlama

Karşılaştırmalı hukukta miktar bakımından sınırlama getirilmesinin yanında, konu bakımından da birçok alacağın dava ve takip hakkı, bu prosedürün dışında tutulmaktadır. Meselâ, Avrupa Küçük Taleplerin Tahsili Usulü Hakkındaki Tüzük'te (AB Tüzüğü), vergi, gümrük ve idari yargının görevine giren işlerle egemenlik haklarının kullanılması çerçevesinde bir eylem veya ihmali

davranıştan dolayı devletin sorumluluğunu gerektiren işlerde bu prosedürün uygulanmayacağı öngörülmüştür.

- Ayrıca Tüzük;
 - a) Şahsi hallere, gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti ile kanuni temsililerine ilişkin işler,
 - b) Mal rejimleri, nafaka, tereke de dâhil olmak üzere miras hukuku,
 - c) İflas, ödeme güçlüğü içindeki işletmeler veya diğer tüzel kişilerin tasfiyelerine ilişkin davalar, adli konkordato, mahkeme dışı sulh ve benzer davalar,
 - d) Sosyal güvenlik,
 - e) Tahkim,
 - f) İş hukuku,
 - g) Kira alacağına ilişkin davalar hariç olmak üzere, taşınırlara ilişkin kira veya hâsılat kirası,
 - h) Özel hayatın veya şeref de dâhil olmak üzere kişilik haklarının ihlaline ilişkin işlerde de uygulama alanı bulamamaktadır.

Almanya'da bu prosedür, Sulh mahkemesinin iş yükünün azaltılması düşüncesiyle öngörülmüştür. Bu bağlamda sulh mahkemesinin görevine girip de dava değeri 600 Avroyu geçmeyen tüm işlerde bu usul uygulanmaktadır (§ 495a ZPO)⁴.

Türk hukuku açısından bu prosedür, değeri 2500 TL'yi geçmeyen özel hukuktan doğan bütün para alacaklarının tahsilinde uygulanabilir.

Öte yandan karşılaştırmalı hukukta bu yola başvuru konusunda herhangi bir belge aranmamaktadır. Türk hukuku açısından da bu yola başvuru konusunda herhangi bir belgenin aranmaması uygun olacaktır.

⁴ **ROSENBERG, LEO/SCHWAB, KARL HEINZ/GOTTWALD, PETER**, Zivilprozessrecht, 16., neubearbeitete Auflage, München 2004, § 107 Nr. 8 vd.; **DAUBNER**, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Auflage 2012, § 495a Nr. 1 vd.

Bu konuda cevaplandırılması gereken önemli hususlardan birisi de, şartların mevcut olması halinde bu başvurunun zorunlu olup olmaması meseledir. Başka bir ifade ile meselâ, 2500 TL sınırı kabul edildikten sonra, 2000 TL alacağı bulunan alacaklı, bu prosedüre başvurmadan doğrudan doğruya genel hükümler çerçevesinde dava açabilecek midir? İspanya’da şartların mevcut olması halinde bu yola başvurulması zorunlu olmakla birlikte, taraflar başka bir yargılama usulüne de geçiş yapabilirler. İngiltere’de ise mahkeme, uyuşmazlığın genel yargılama usulü ile çözümlenmesinin daha uygun olacağı kanaatine varırsa, uyuşmazlığı genel mahkemelere gönderebilme yetkisine de sahiptir.

Türk hukuku açısından şartların gerçekleşmesi halinde bu yola başvurmanın zorunlu olması gerektiği düşüncesindeyim.

III. KÜÇÜK ALACAKLARA İLİŞKİN TAKİP VE DAVA USULÜNÜN AVANTAJLARI

Bu prosedür daha çok genel yargılamanın yavaş işlemesine karşın başvuru olan bir çözüm olduğuna göre, özellikle prosedürün hızlı, basit ve ucuz olması son derece önem arz etmektedir.

Avrupa küçük taleplere ilişkin yargılama usulünün avantajları şu şekilde sıralanmaktadır:

- Avukat ile temsil zorunluluğu bulunmaması,
- Talebin basit bir şekilde hazırlanmış matbu formun doldurulması ile gerçekleştirilebilmesi,
- Yargılama giderlerinin yüksek olmaması,
- Duruşma yapılmaması (Kural olarak),
- Kararın 60 ilâ 75 gün arasında verilmesi.

IV. PROSEDÜRÜN BAŞLAMASI

Prosedürün mümkün olan en basit şekilde başlatılması gerekir. Bunun için hem icra dairesi, hem de icra mahkemesi aşamalarında matbu form kullanılabilir. Prosedürün nereden başlatılması gerektiği konusunda iki alternatif söz konusu olabilir.

- 1. İcra dairesine yapılacak bir takip talebi ile başlatılması ve muhtemel bir itiraz üzerine konunun icra mahkemesine intikal ettirilmesi;
- 2. Doğrudan doğruya icra mahkemesinde başlatılması (Alacağını tahsil etmek isteyen alacaklıya dilerse, doğrudan doğruya mahkemeye başvuru imkânının da kapanmaması gerekir).

1. İcra Dairesinden Başlatılması

Bu durumda alacaklı takip talebinde olduğu gibi matbu olarak hazırlanacak bir form ile icra dairesine başvuracak; icra dairesi, borçluya ödeme emri gönderecek; ödeme emrine itiraz edilmezse takip kesinleşecek; itiraz edilirse, alacaklı itirazın giderilmesi için icra mahkemesine başvurabilecektir. Ayrıca haksız yere itiraz eden borçlunun inkâr tazminatına mahkûm edilmesi uygun olacaktır.

Bu arada icra takibinden önce borçluya ödemeye davet yazısının gönderilmesinin zorunlu tutulup tutulmaması da tartışılabilir⁵. Ancak, ödemeye davet yazısının icra takibine başlama ve dolayısıyla hak arama önünde engel oluşturmaması gerekir. Bu nedenle, burada alacaklının borçlunun adresini tahkik etmek zorunda olmaması; dolayısıyla ödemeye davet yazısının, daha önce alınmışsa borçlunun elektronik adresine veya adres kayıt sistemindeki adresine de gönderilebilmesi gerekir. Ayrıca yargılama giderlerinin düşük tutulması ve avukat ile yapılacak işe, makul bir avukatlık ücretinin (mevcut tarifenin altında) de öngörülmesi uygun olacaktır.

⁵ Ödemeye davet yazısı, İcra ve İflas Kanununda değişiklik yapan 2 Temmuz 2012 tarihli 6357 sayılı Kanununun tasarı aşamasındaki metninde öngörülmüştü. Ancak Tasarının kanunlaşma aşamasında bu kurum Tasarıdan çıkarıldı. Bu konuda bkz., ERCAN, İBRAHİM/AKCAN, RECEP, Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla İcra ve İflas Kanununda Yapılması Öngörülen Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Hukuk Biliminin Güncel Sorunları, III. Uluslararası Bildiri Kitabı, C. 2 (Özel Hukuk) Ekim Samsun 2012, s. 213 vd.

Burada tartışılması gereken başka bir husus da, takip talebine itiraz etmeyip borcunu ödeyen borçluya daha sonra istirdat davası açma hakkının tanınması meselesidir. Kanaatimce bu durumdaki borçluya istirdat davası açma hakkının tanınması uygun olur. Ancak bu davanın icra mahkemesinde açılması ve küçük alacaklara ilişkin yargılama ve takip usulünün tabi olduğu hükümler çerçevesinde sonuca bağlanması gerekir.

2. İcra Mahkemesinde Başlatılması

Alacaklı isterse, icra takibi ile uğraşmadan doğrudan doğruya icra mahkemesinde dava açmak suretiyle de alacağını talep edebilme hakkına sahip olmalıdır. Bu durumda icra mahkemesi, aşağıda izah edilecek olan, icra takibinden sonra itirazın giderilmesi yargılamasında uygulayacağı yargılama kurallarını burada da uygulamalıdır.

V. GÖREVLİ MAHKEME

İtirazın giderilmesi için görevli mahkeme kural olarak icra hukuk mahkemesi olmalıdır. Bununla birlikte özel mahkemelerin görev alanına giren işlerde, özel mahkemelere (örneğin, iş veya tüketici mahkemesi gibi) başvurulabilmelidir.

VI. YARGILAMA USULÜ

Yargılamanın basit, ucuz ve hızlı olması bu sistemin en önemli özelliğidir. Bu konuda öncelikle, yargılamanın yazılı mı yoksa sözlü mü yapılması konusunda karar verilmesi; daha sonra eğer yazılı yargılamaya karar verilmişse, mahkemenin duruşma yapmadan da karar verip veremeyeceğinin belirlenmesi gerekir.

Alman hukukunda, mahkeme yargılama usulünü kendisi belirleyebilmektedir. Bu bağlamda mahkeme, yargılamanın sözlü veya yazılı olmasını, aleni olup olmasını kural olarak serbestçe belirleyebilmektedir⁶. Ancak taraflardan birisinin talep etmesi halinde

⁶ **ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD** § 170 Nr. 10; **DAUBNER**, in Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, § 495a Nr. 11.

yargılamanın sözlü olarak yapılması gerekir. Keza mahkeme, tarafları genel kurallara bağlı olmadan dinleme yetkisine de haizdir. Ancak mahkeme, yargılamaya hâkim olan ilkelere ve özellikle hukuki dinlenilme hakkı ilkesine uymak durumundadır⁷. Alman hukukunda mahkeme kararının daha basit yazılması da kabul edilmektedir.

Avrupa Küçük Taleplerin Tahsili Usulü Hakkındaki Tüzük'te yargılamanın kural olarak yazılı olması öngörülmektedir. Tarafların talepleri ve/veya mahkemenin gerekli görmesi halinde duruşma yapılmaktadır. Fransız hukukunda yazılı yargılama kabul edilmemektedir. İngiliz hukukunda ise, tarafların muvafakat etmesi halinde duruşma yapılmaksızın evrak üzerinde karar verilmesi mümkündür.

Bu sistemde karar verilmesi gereken temel noktalardan birisi de, mahkemenin sulh için uğraş vermesinin gerekli olup olmadığıdır. Eğer bu soruya olumlu cevap verilecek olursa, duruşma yapılması zorunlu hale gelecektir. Bunun dışında, mahkemenin öncelikle evrak üzerinde bir inceleme yaparak, sulhtan ümitli olması durumunda bu konuda karar vermesi de kabul edilebilir. Fransa'da bu soruya olumlu cevap verilmektedir.

Türk hukuku açısından, yargılamaya hâkim olan temel ilkelere uymak şartıyla, mahkemeye yargılamanın yazılı veya sözlü olarak yapılması ve duruşma yapıp yapmama konusunda takdir yetkisi verilmesi gerektiği kanaatindeyim. Bu bağlamda, (örnek olarak) alacaklının alacağı belgeye bağlı ise ve alacaklı alacağını dava dilekçesinde ispat edebiliyor ve davalı da karşı bir husus ortaya koyamıyorsa, mahkeme, duruşma yapmadan da karar verebilmelidir. Ayrıca mahkeme, gerekirse duruşma salonuna bile gitmeden tarafları dinleme ve sonuca gitme konusunda takdir yetkisine sahip olmalıdır. Keza mahkemenin sonuç vereceği umulan hallerde tarafları sulha

⁷ **DAUBNER**, in Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, § 495a Nr. 11 ve 17.

teşvik etme konusunda da yetkili olması gerekir. Bu husus, bu prosedürde her türlü delile başvurulabilme imkânı olmasıyla da bağdaşmaktadır.

Yukarıda belirtilen öneriye alternatif olarak, basit yargılama usulünde olduğu gibi, taraflara birer defa dilekçe verme (önceden hazırlanan matbu formların doldurulması suretiyle) hakkı tanınmalıdır. Duruşma yapılacak ise, yargılamanın en geç iki duruşmada sonuçlandırılması planlanmalı ve duruşma aralarına sınırlandırılma getirilmelidir. Birçok ülkede ve AB Tüzüğünde yargılamanın sonuçlandırılması konusunda düzenleyici süreler öngörülmüştür.

VII. DELİLLER

Küçük alacaklara ilişkin yargılama ve takip usulünde mahkemenin her türlü delile başvurma imkânı olmalıdır. Ancak mahkeme, en kolay, en az masraflı ve en az zahmetli delilleri tercih etmelidir. Bu bağlamda bilirkişiye başvurma konusunda cimri davranmalıdır.

VIII. KANUN YOLLARI VE KESİN HÜKÜM MESELESİ

Küçük alacaklara ilişkin yargılama ve takip usulünde hızlı, basit ve ucuzluk ilkeleri ön planda olduğu için, kanun yollarına başvurma konusunda genel hükümlerin geçerli olmaması gerekir. Bu nedenle kararların verildiği anda kesin olması veya Avrupa Küçük Taleplerin Tahsili Usulü Hakkındaki Tüzük'te olduğu gibi, taraflara kararı veren mahkemeden kararını gözden geçirmesi imkânının tanınması ya da taraflara sadece istinaf kanun yoluna başvurma imkânının tanınması gerekir.

Son olarak küçük taleplere ilişkin olarak mahkeme tarafından verilen ve kanun yolu aşamasından geçen kararın kesin hüküm teşkil etmesi gerekir. Aksi takdirde (Türk hukukunda kural icra mahkemesi kararlarına karşı olduğu gibi), taraflara aynı alacak için genel

mahkemelerde dava açabilme imkânını tanımak sistemi anlamsızlaşacaktır.

KAYNAKÇA

http://ec.europa.eu/civiljustice/simplif_accelerat_procedures/simplif_accelerat_procedures_bel_de.htm. (Ulaşma tarihi 10 Aralık 2012).

AB Parlamentosu ile AB Konseyinin Küçük Taleplerin Tahsili Usulü Hakkındaki 11 Temmuz 2007 Tarihli Tüzüğü (Eg Nr. 861/07) (*Resmi Gazete L 199, 31.07.2007 P. 0001-0022*).

ROSENBERG, LEO/SCHWAB, KARL HEINZ/GOTTWALD, PETER, Zivilprozessrecht, 16., neubearbeitete Auflage, München 2004.

DAUBNER, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 4. Auflage 2012.

ERCAN, İBRAHİM/AKCAN, RECEP, Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla İcra ve İflas Kanununda Yapılması Öngörülen Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Hukuk Biliminin Güncel Sorunları, III. Uluslararası Bildiri Kitabı, C. 2 (Özel Hukuk) Ekim Samsun 2012.

YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler, gizli tutulan hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

1. Hazırlanan çalışmaların doc (word belgesi) olarak hazırlanmış **bir disket/cd.si** ile ikisi isimsiz diğeri isimli olmak üzere **üç adet A4 kâğıt çıktısı** gönderilmelidir.

2. Gönderilen makalelerin başına, makalenin **yabancı dildeki adı**, en fazla 100 kelimelik **Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin** ve beş adet **anahtar kelimenin (Keywords)** eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda **kaynakça** yer almalıdır.

3. **Sayfa yapısı:** Üst ve alttan 6'şar cm; yanlardan 4,5'ar cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

4. **Metin yazıları:** Times New Roman karakteri ile **11,5 punto tek satır** aralığı, ilk satırı özel **1,25 cm** değerinde **paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. **Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber "adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar * işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Times New Roman yazı karakteri, **10,5 punto, Tek satır** aralığı, **0,7 asılı**, paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda **dipnotlar** otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, (yayın yılı), Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı (yayın yılı), "Makale Adı" (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

7. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayımlanan yazılar üzerinde Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin, her türlü formatta yayımlamak dâhil, tüm yayın haklarına sahip olduğunu kabul ederler.

Bu şartları taşımayan başvurular kabul edilmeyecektir.

Haberleşme Adresi: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi Editörlüğü
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 **KONYA**

İnternet adresi: <http://www.hukuk.selcuk.edu.tr/dergi/dergi.html>

e-posta: hukukdergi@selcuk.edu.tr

