



**Cilt: 8, Sayı 2, Yıl 2018, ISPARTA**

**Vol: 8, No 2, Year 2018, ISPARTA**

**SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ  
(SDÜHFD)**

**SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW**

ISBN 2146-7129

**Sahibi / Owner**

Prof. Dr. Haluk SONGUR

**Editor**

Prof. Dr. Haluk SONGUR

**Editör Yardımcıları / Co- Editors**

Prof. Dr. Yüksel METİN

Prof. Dr. Fahrettin Önder

Dr. Öğretim Üyesi Meltem İNELİ CİĞER

**Yayın Yardımcıları / Editorial Assistants**

Arş. Gör. Burak ERECE

Arş. Gör. Didem ERDOĞAN

Arş. Gör. Numan TEKELİOĞLU

Arş. Gör. Özgenur YİĞİT

Arş. Gör. Veli ÇİÇEKKAYA

Arş. Gör. Ömer YILDIRIM

## Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof.Dr. Haluk SONGUR	Arş.Gör. Esra DURSUN
Prof.Dr. Faruk TURHAN	Arş.Gör. Fatma SIRTAKAYA
Prof.Dr. Yüksel METİN	Arş.Gör. Fırat KESKİN
Prof.Dr. M. Fahrettin ÖNDER	Arş.Gör. Gamze KIRLIOĞLU
Dr. Öğretim Üyesi Vahdettin AYDIN	Arş.Gör. Gökçe TUNÇ
Dr. Öğretim Üyesi Süleyman DOST	Arş.Gör. Hikmet TOKGÖZ
Dr. Öğretim Üyesi Burcu ÖZKUL	Arş.Gör. İsmail AKBAŞ
Dr. Öğretim Üyesi Abdurrahman KAVASOĞLU	Arş.Gör. Merve AKKAYA
Dr. Öğretim Üyesi Meltem İNELİ CİĞER	Arş.Gör. Mustafa Can ERMİŞ
Dr. Öğretim Üyesi Mücahit AYDIN	Arş.Gör. Neslihan DEMİRKOL
Dr. Öğretim Üyesi Selim CİĞER	Arş.Gör. Numan TEKELİOĞLU
Öğr. Gör. Dr. Muhammed Emre TULAY	Arş.Gör. Ömer ÇON
Arş.Gör. Aylin ÇIRAKÇI	Arş.Gör. Ömer YILDIRIM
Arş.Gör. Ayşe YAMAN KAPLAN	Arş.Gör. Özgenur YİĞİT
Arş.Gör. Betül AZAKLI ARSLAN	Arş.Gör. Semiha ÖNDER BALAMAN
Arş.Gör. Burak ERECE	Arş.Gör. Şulenur GÖZTEPE
Arş.Gör. Didem ERDOĞAN	Arş.Gör. Veli ÇİÇEKKAYA
Arş.Gör. Efe BİLKE	Arş.Gör. Zehra KORKMAZ
Arş.Gör. Esin YÜĞRÜK	Arş.Gör. Zühre ELVAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) yılda iki sayı olarak yayımlanan HAKEMLİ bir dergidir. Dergimiz ULAKBİM TR dizin ve Asos İndeks tarafından taranmaktadır. Dergide yayınlanan eserlerdeki görüşler ve sorumluluk yazarına aittir. Yayın hakları saklıdır, izinsiz hiçbir şekilde çoğaltılamaz. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Yazara, eserin yayınlandığı sayı gönderilir.

Kapak Tasarım / Cover Design

S.D.Ü. Basın ve Halkla İlişkiler Dizgi

Baskı / Published By

SDÜ Basımevi Isparta

ISBN 2146-7129

İletişim Adresi / Contact Info

Web: <http://hukuk.sdu.edu.tr/tr/dergi.html>

e-mail: [hukukdergi@sdu.edu.tr](mailto:hukukdergi@sdu.edu.tr)

Tel: 0 246 211 0002

Fax: 0 246 237 07 71 32260

SDÜ Hukuk Fakültesi Yayın Komisyonu, Doğu Yerleşkesi, ISPARTA

## Danışma Kurulu/ Advisory Board

Prof.Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr.Dr. h.c. Albin ESER, M.C.J.	Max - Planck - Institut /Almanya
Prof.Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Bahri ÖZTÜRK	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Cumhuriyet ŞAHİN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Durmuş TEZCAN	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Ethem ATAY	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Feridun YENİSEY	İstanbul Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Güzin ÜÇİŞİK	Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hakan HAKERİ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hakan PEKANITEZ	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan TUNÇ	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İlyas DOĞAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İsmail KAYAR	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İzzet ÖZGENÇ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. M.Selami MAHMUTOĞLU	Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet Emin ARTUK	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Muhammet ÖZEKES	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa KOÇAK	Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Silvia TELLENBACH	Max - Planck - Institut /Almanya
Prof.Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Timur DEMİRBAŞ	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Turan YILDIRIM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yavuz ATAR	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ	Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof.Dr. Mehmet ALTUNKAYA	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Helene LAMBERT	University of Westminster
Dr.Lisa MARDIKIAN	University of Portsmouth



## SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1- Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) "Hakemli Dergi" statüsünde yılda iki sayı (Aralık ve Haziran) olarak yayınlanır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın hakları Süleyman Demirel Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

2- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, dönemine göre ilgili sayıda yayınlanır. Fakat Yayın Kurulu, makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış yazının bir sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir.

3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.

4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

5- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılar da yayınlanacaktır. Hangi dilde kaleme alınırsa alınsın yazıların başlığı, özetleri ile anahtar sözcüklerinin Türkçe ve İngilizcesi eklenerek gönderilmesi gerekir.

Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle "basılı" verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı

1- ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, yayın komisyonu tarafından geri çevrilir.

2- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.

3- Yazılar bilgisayarda times new roman, ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 12 punto, yazı aralığı 1.2 aralık şeklinde ve A4 boyutunda hazırlanıp, iki nüsha bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Yazılar, [hukuk@sdu.edu.tr](mailto:hukuk@sdu.edu.tr) adresine başvuru yazısıyla birlikte gönderilebilir.

4- Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, yazarların isteğine bağlı olarak hakem denetimine sunulmayacak makalelere de yer verilecektir. Ayrıca dergimize kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlar da gönderilebilir. Bu nitelikteki yazılar, Yayın Kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

5- Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yaza soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.

6- Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Dipnotlarda, yazarın soyadı, adı gösterilmeli; eser adı, yayın yeri, tarihi ve sayfa numarası yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekiyorsa kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir.

Örnek:

(1) Kitap

TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 55.

(2) Dergi

TURHAN, Faruk, "Anayasa ve Milletvekili Seçimi Kanununa Göre Seçilmeye Engel Suç ve Cezaların Yeni Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XI, Sayı: 1-2 (Haziran 2007), s. 55-85.

(3) İnternet ulaşımına sahip çalışmalar

BOZBEL, Savaş, "5651 Sayılı Kanuna Göstinen Bazı İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Tedbirlerine Eleştirel Bir Yaklaşım" (internet linki, 23.02.2011)

(4) Yargıtay kararları



Y, 19. HD, 01.10.2009, E. 4528, K. 4880 (Kaynak dergi, içtihat bilgi bankası veya internet ulaşım adresi).

(5) Çeviriler

ESER, Albin, "Uluslar arası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsü, Statünün Ortaya Çıkması ve Temel Özellikleri", Çeviren: Faruk Turhan, in: Uluslar arası Ceza Divanı, İstanbul 2007, s. 281-297.

Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı usûl izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.



## EDİTÖRDEN

Saygıdeğer okuyucularımız,

“Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi”nin 2018 yılının ikinci ve son sayısında yeniden karşınızda olmanın mutluluğunu yaşıyoruz.

Fakülte olarak hukuk alanındaki yayınlara katkı sağlamak amacıyla 2011 yılından itibaren yoğun ve titiz çalışmalara devam etmekteyiz. Değerli yazarlarımızın çeşitli kategori ve dillerden hazırlamış olduğu makalede, kitap incelemesi ve tercüme eserlerine yer verdiğimiz dergimiz Haziran ve Aralık aylarında yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir. Kör hakemlik sistemi uygulanarak makaleler akademik ölçütlere uygunluk açısından bağımsız olarak tarafsız hakemlerce değerlendirilmektedir. Memnuniyetle belirtiyoruz ki, dergimiz 2017 yılından itibaren ULAKBİM TR dizin ve Asos İndeks tarafından taranmaya başlanmıştır.

Dergimizin bu sayısının hakemli makale kategorisinde Prof. Dr. Faruk TURHAN, 5.5.2016 tarih ve 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli ve İşbirliği Kanunu'na ilişkin değerli tespit ve önerilerini sunmakta; Dr. Lâle AYHAN İZMİRLİ, uluslararası uyumsuzluklarda zaman zaman büyük önem taşıyan “yatırım” kavramının tanımlanma sorunuyla ilgili incelemelerini paylaşmakta; Irak uyruklu yazarımız Anaam Mahdi Jaber KHAFAJA, Irak'ta Federal Yüksek Mahkeme'nin anayasa değişikliklerinin denetlenmesi bakımından yetki sorununa ışık tutmakta; ve Dr. Pakize Ezgi Akbulut, anlamsız-absürt edimli sözleşmeleri Alman Federal Mahkemesi'nin kararları ışığında değerlendirmektedir. Bununla birlikte Merve Öykü Kaya'nın “Uluslararası Hukuk, Avrupa Hukuku ve Türk Hukukunda Mülteci ve Sığınmacıların Etkili Başvuru Hakkı” adlı kitabı ele alan incelemesi ve Maurice Hauriou'nun, 1927 yılında M. Kemaleddin tarafından tercüme edilerek Darülfunun Hukuk Fakültesi Mecmuası'nda yayımlanan “Hukuk Fakülteleri ve Gayeleri” adlı makalesinin Hatice ALKAN tarafından yapılan transliterasyon çalışması istifadelerinize sunulmuştur.

Gönderdiğimiz makaleleri titizlikle inceleyen, kıymetli fikirlerini bizlerle paylaşan hakemlik yaparak bizlere katkıda bulunan bütün hocalarımıza teşekkürü bir borç biliriz. Yayın aşamasında çalışmalarınızda bizlere destek olan tüm ekibimize teşekkür ediyor, bu çalışmamızın bilim ve akademik dünyaya sunduğumuz konular üzerinden bir tartışma zemini açması, yeni çalışmalara uç vermesi ve bir nebze de olsa katkı yapmasını temenni ediyor, hepinize saygılar sunuyorum. Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle...

Prof. Dr. Haluk Songur

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Editörü

## İÇİNDEKİLER

### HAKEMLİ MAKALELER

CEZAI KONULARDA ULUSLARARASI ADLİ İŞ BİRLİĞİ KANUNUNA GÖRE İADENİN KABUL EDİLEBİLİRLİK KOŞULLARI: DOKTRİN VE ULUSLARARASI GELİŞMELER İŞİĞİNDA BİR DEĞERLENDİRME

Prof. Dr. Faruk TURHAN .....1-87

ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA 'YATIRIM' KAVRAMI

Dr. Lâle AYHAN İZMİRLİ.....89-131

IRAK ANAYASA HUKUKUNDA ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

Anaam Mahdi Jaber KHAFAJA.....133-176

ANLAMSIZ-ABSÜRT EDİMLİ SÖZLEŞMELERİN İMKÂNSIZLIĞI (13.1.2011 Tarihli Alman Federal Mahkemesi Kararının Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi)

Dr. Öğr. Üyesi Pakize Ezgi AKBULUT.....177-214

### KİTAP İNCELEMESİ

ULUSLARARASI HUKUK, AVRUPA HUKUKU VE TÜRK HUKUKUNDA MÜLTECİ VE SİĞİNMACILARIN ETKİLİ BAŞVURU HAKKI

Merve Öykü KAYA.....215-219

### ÇEVİRİ

M. KEMALİDİN "HUKUK FAKÜLTELERİ VE GAYELERİ" (Teşrinievvel,Eylül. 1927)YIL:5 SAYI:32 DARÜLFUNUN HUKUK FAKÜLTESİ MECMUASI, YENİ MATBAA- İSTANBUL,s.909-913 OSMANLI TÜRKÇESİ ASLINDAN GÜNÜMÜZ TÜRKÇESİNE ÇEVİRİ

Hatice ALKAN.....221-228

## CONTENTS

### PEER-REVIEWED ARTICLES

THE CONDITIONS OF ADMISSIBILITY FOR EXTRADITION APPLICATIONS IN LINE WITH THE INTERNATIONAL JUDICIAL COOPERATION LAW: AN ASSESSMENT IN THE LIGHT OF DOCTRINE AND INTERNATIONAL DEVELOPMENTS

Prof.Dr.Faruk Turhan.....1-87

THE NOTION OF ‘INVESTMENT’ IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW

Dr. Lâle AYHAN İZMİRLİ.....89-131

JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS IN THE CONSTITUTIONAL LAW OF IRAQ

Anaam Mahdi Jaber KHAFAJA.....133-179

IMPOSSIBILITY OF MEANINGLESS-ABSURD CONTRACTS (EVALUATION OF THE GERMAN FEDERAL COURT DECISION ON 13.01.2011 IN VIEW OF TURKISH AND SWISS LAW)

Dr. Öğr. Üyesi Pakize Ezgi AKBULUT.....177-214

### BOOK REVIEW

RIGHT TO EFFECTIVE REMEDY IN INTERNATIONAL LAW, EU LAW AND TURKISH LAW

Merve Öykü KAYA.....215-219

### TRANSLATION

TRANSLATION OF MAURICE HAURIOU’S “LAW FACULTIES AND THEIR OBJECTIVES”

Hatice ALKAN.....221-228

## HAKEMLİ MAKALE/ PEER REVIEWED ARTICLE

### CEZAI KONULARDA ULUSLARARASI ADLİ İŞ BİRLİĞİ KANUNUNA GÖRE İADENİN KABUL EDİLEBİLİRLİK KOŞULLARI: DOKTRİN VE ULUSLARARASI GELİŞMELER IŞIĞINDA BİR DEĞERLENDİRME\*

Prof. Dr. Faruk TURHAN\*\*

#### ÖZET

05.05.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6706 Sayılı Kanun ile TCK'nın 18. maddesi yürürlükten kaldırılarak, iadenin kabul edilebilirlik koşulları, iade muhakemesi ve iade sürecinde başvurulabilecek koruma tedbirleri ile iadenin karar süreci detaylı bir şekilde düzenlenerek doktrinde uzun süreden beri talep edilen iade hukukuna ilişkin konuların özel bir kanunla düzenlenmesi önerisi önemli oranda yerine getirilmiş olmaktadır.

Çalışmada, yabancı devletlerin Türkiye'ye yapacakları iade talebinin temel ilkeleri ve kabul edilebilirlik koşulları Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi, iade konusundaki bazı yabancı ülke kanunları ve iade hukukundaki güncel gelişmeler ışığında incelenmiştir. Bu kapsamda önce 6706 sayılı Kanunun 10. maddesine göre Türkiye'den yurt dışına iadenin temel özellikleri değerlendirilmiş,

---

\* Bu Çalışma, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü ile Türkiye Adalet Akademisi işbirliği kapsamında 13 - 14 Nisan 2018 tarihlerinde Antalya'da düzenlenmiş olan "Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Sempozyumu"nda sunulmuş olan tebliğe dayanmaktadır. Çalışmada, tebliğin konusu genişletilerek güncellenmiş ve dipnotlar eklenmiştir. Tebliğ konusuyla ilgili kısa bir özet yayınlanmak üzere 6 Ağustos 2018 tarihinde Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne gönderilmiştir. Sempozyum hakkında bilgi için bkz. Harun Mert, "Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Sempozyumu Üzerine", *Uluslararası Hukuk Bülteni*, Mayıs 2018, Sayı: 14, s. 2-4 ([http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/makaleler/sayii4makaleler/h\\_mert.pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/makaleler/sayii4makaleler/h_mert.pdf)) (erişim tarihi 20.09.2018)

\*\* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı. (e-posta: farukturhan@sdu.edu.tr). (Makale Gönderim Tarihleri:22.10.2018-22.10.2018/Makale Kabul Tarihleri: 23.10.2018-20.11.2018)

arkasından da iadenin kabul edilebilirlik koşullarına ilişkin 11. maddesinde yer alan iadenin kabul edilebilirlik koşulları doktrin ve iade hukukundaki yeni gelişmeler ışığında eleştirel bir bakışla ele alınmıştır. Bu kapsamda özellikle çifte cezalandırılabilirlik, iade talebine esas teşkil eden suçun cezasının ve mahkûmiyetin süresinin belli ağırlıkta olması, iadeye esas teşkil eden suç hakkında Türkiye’de devam eden herhangi bir soruşturma veya kovuşturma bulunmaması ve Türkiye’nin yargı yetkisinin bulunmaması, talep eden devlette siyasi nedenlerle kovuşturma, işkence veya kötü muameleye maruz kalma, ölüm cezası veya insan onuru ile bağdaşmaya maruz kalma tehlikesi, vatandaşın iadesi yasağı, siyasi ve askeri suçlarda iade yasağı ile hususilik ilkesi incelenmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** *Uluslararası adli işbirliği, iade, 6706 sayılı Kanun, iadenin kabul edilebilirlik koşulları, iade engeli olarak siyasi nedenlerle kovuşturma, işkence veya kötü muameleye maruz kalma, ölüm cezasını gerektiren suçlarda iade sorunu, siyasi ve askeri suçlarda iade yasağı, vatandaşın iadesi yasağı, hususilik ilkesi*



**THE CONDITIONS OF ADMISSIBILITY FOR EXTRADITION  
APPLICATIONS IN LINE WITH THE INTERNATIONAL JUDICIAL COOPERATION  
LAW: AN ASSESSMENT IN THE LIGHT OF DOCTRINE AND INTERNATIONAL  
DEVELOPMENTS**

**Prof. Dr. Faruk TURHAN**

**ABSTRACT**

With the Law No. 6706 entered into force on 05.05.2016, Article 18 of the Turkish Criminal Code was repealed, the conditions of admissibility of the extradition, the protection measures to be applied in the extradition procedure and the extradition process and the decision process of the extradition were arranged in detail, the proposal to regulate by a special law has been fulfilled significantly.

In this article the basic principles and acceptability conditions of an extradition requests to be made to Turkey from foreign states examined in the light of the Extradition European Convention, current developments in some foreign laws about extradition process and extradition law. In this context, firstly, reviewed the main features of the extradition abroad from Turkey according to 6706 Law No. Article 10, and then extradition's acceptability and admissibility conditions of the extradition have been addressed in a critical perspective in the light of doctrine and the conditions of new developments in the law. In this context, the terms that punishment which has been the basis of the request of extradition to inhere to reach certain level, there is no ongoing investigation or prosecution in Turkey and Turkey's jurisdictionless, prohibition of the prosecution of political reasons, torture or ill-treatment, the danger of being subject to death penalty or harmony with human dignity in demandant state and extradition of citizens and political or military crimes

**Key Words:** *International judicial cooperation, extradition, admissibility of extradition, prohibition of extradition for political crimes, prohibition of extradition for military crimes, prohibition of extradition of citizen, torture or ill-treatment, prohibition of extradition for prosecution of political reasons.*

## I. GİRİŞ

Cezai konularda uluslararası klasik adli yardımlaşma usullerinden olan iade ve dar anlamda adli yardımlaşma ile birlikte modern adli işbirliği türlerinden olan soruşturma ve kovuşturmanın devri, infazın devri ve hükümlü naklinin Türk iç hukukunda yasal temelini oluşturan 6706 sayılı **Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu (UAİK)**<sup>1</sup> içerdiği hükümler ve kapsamı bakımından cezai konularda uluslararası adli işbirliği alanında bir reform kanunu niteliğindedir. 05.05.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6706 sayılı Kanun ile TCK'nın 18. maddesi yürürlükten kaldırılarak, iadenin koşulları, iade muhakemesi ve iade sürecinde başvurulabilecek koruma tedbirleri ile iadenin karar süreci detaylı bir şekilde düzenlenmiş ve böylece doktrinde uzun süreden beri ileri sürülen suçluların iadesine ilişkin konuların özel bir kanunla düzenlenmesi talebi önemli oranda yerine getirilmiş olmaktadır.<sup>2</sup> 6706 sayılı Kanunda ayrıca adli işbirliği türlerinin bütünü için geçerli bazı temel ilkelerle, merkezi makamın yetkilerine ilişkin genel ilkelere de yer verilmiştir.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Kanun adının tam kısaltması CKUAİK olmakla birlikte, ifade edilmesini kolaylaştırmak bakımından Kanunun esasını teşkil eden "uluslararası adli işbirliği"ni ifade edecek şekilde UAİK olarak kısaltılması uygun olacaktır. Bu Çalışmada ifade yerine göre kanun numarası veya kısaltma olarak UAİK kullanılmıştır.

<sup>2</sup> İade hukukuna ilişkin konuların özel bir kanunda düzenlenmesinin gerekli olduğu hakkında bkz. Faruk Turhan, Die Rechtsstellung des Auszuliefernden nach türkischem Recht unter rechtsvergleichender Berücksichtigung des deutschen Rechts, Frankfurt am Main, 1993, s. 41, 61, 300-301, 306-307; Eralp Özgen, Suçluların Geri Verilmesi, Ankara 1962, s. 63; Feridun Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuatı, İstanbul 1988, s. 273; İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Ankara 2017, s. 1004; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Ankara 2017, s. 1042

<sup>3</sup> 6706 sayılı Kanunun Genel Hükümler adını taşıyan Birinci Bölümünde yer alan hükümlerin (md. 1-6) eleştirel bir değerlendirmesi ile kanunun yapılış sürecine ilişkin açıklamaları içeren bir çalışmayı yakın zamanda yayınlamayı planlamaktayız.

6706 sayılı Kanun cezai konularda adli işbirliği hukukunda birçok önemli yenilik ve değişiklik getirmektedir. Bu yenilik ve değişikliklerden her biri ayrı bir çalışma konu olabilecek derecede önem arz etmektedir.<sup>4</sup> Bu Çalışma kapsamında, doktrin ve uygulamada genellikle “suçluların iadesi” , “suçluların geri verilmesi” veya “geri verme” olarak adlandırılan, 6706 sayılı Kanunun Üçüncü Bölümünde ise “iade” adı altında düzenlenmiş olan cezai konularda uluslararası adli işbirliğinin en eski çeşidi olan iadenin bu kanuna göre kabul edilebilirlik koşulları incelenecektir. Çalışmada, önce kanundaki düzenlemeye göre iadenin temel özelliklerine değinilecek arkasından iadenin kabul edilebilirlik koşulları, Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (SİDAS),<sup>5</sup> iade konusundaki bazı yabancı ülke kanunları ve doktrindeki görüşler ışığında eleştirel bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> 6706 sayılı Kanunun getirdiği yeniliklerden birisi olan “rıza dayalı iade usulü” hakkında bilgi için bkz. Burcu Baytemir Kotancı, “Suçluların Geri Verilmesinde Yeni Arayışlar: Geri Vermede Basitleştirilmiş Usul”, *Dr. Dr.h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan*, Editörler: Feridun Yenisey/İzzet Özgenç/Ayşe Nuhoglu/Adem Sözüer/Faruk Turhan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 115 vd.

<sup>5</sup> Çalışmada iade konusundaki sözleşmelerden SİDAS ve ek protokollerindeki düzenlemeler dikkate alınmıştır. Kapsamı genişletmemek için Türkiye'nin taraf olduğu iadeye ilişkin hükümler içeren çok taraflı sözleşmeler ile yine Türkiye'nin bir çok devlet ile yapmış olduğu iki taraflı iade sözleşmelere zorunlu olmadıkça değinilmemiştir. Türkiye'nin yapmış olduğu iki taraflı münhasıran iade sözleşmeleri ile iadeye ilişkin hükümler içeren adli işbirliği sözleşmelerinin güncel listesi için bkz. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/ikili.html> (erişim tarihi: 03.07.2018). Bu konuda ayrıca bkz. Özgenç, 13. Bası, s. 999 vd.

<sup>6</sup> İadeye ilişkin sözleşme hükümleri ile 6706 sayılı Kanun hükümleri arasında farklı düzenlemelerin bulunması halinde sözleşme hükümlerinin öncelikle uygulanacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Çünkü 6706 sayılı Kanunun md. 1/3'e göre, “Türkiye'nin taraf olduğu adli iş birliğine ilişkin milletlerarası anlaşmalar ile diğer kanun hükümleri saklıdır.” Bu düzenleme uyarınca Türkiye'nin taraf olduğu iadeye ilişkin sözleşme hükümleri karşısında 6706 sayılı Kanun hükümleri ikincil derecede uygulama alanı bulacaktır. Diğer bir ifade ile sözleşmelerde aksine bir hüküm bulunmayan hallerde ancak kanun

Çalışmanın kapsamını genişletmemek için Kanunun genel hükümler bölümünde yer alan md. 4'te düzenlenen bütün adli işbirliği türleri için geçerli olan red sebeplerinden, adli işbirliği talebinin Türkiye'nin egemenliği, milli güvenliği, kamu düzeni ve temel çıkarlarını ihlal edecek olması ve talep eden devlette savunma hakkına ilişkin güvencelerin bulunmaması koşullarına değinilmemiştir.

## II. 6706 SAYILI KANUNDAKİ DÜZENLEMeye GÖRE İADENİN TEMEL İLKELERİ

Doktrinde yöneltilen eleştiriler de göz önünde bulundurularak 5237 sayılı TCK mülga md. 18'de olduğu gibi 6706 sayılı Kanunda da "suçluların iadesi" veya "suçluların geri verilmesi" terimleri kullanılmaktan kaçınılarak, bu işbirliği kurumunu ifade etmek üzere sadece "iade" terimi kullanılmıştır.<sup>7</sup> Bir hukuk kurumu olarak iadeden bahsedilince ülkede bulunan şüpheli, sanık veya hükümlünün talep üzerine yargı yetkisine sahip olan başka bir devlete teslim edilmesi anlaşıldığı için 6706 sayılı Kanunda da esas itibarıyla Türkiye'den yurt dışına iade konusu düzenlenmiştir.<sup>8</sup> Ancak Kanun'un 22. maddesinde, Türkiye'nin yurt dışına yapacağı

---

hükümleri uygulanacaktır. Bu nedenle Çalışmada kanun hükümleri ile sözleşme hükümleri arasında farklı düzenlemelerin bulunması halinde hangisinin uygulanacağı tartışmasına girilmemiştir.

<sup>7</sup> "Suçluların iadesi" veya "suçluların geri verilmesi" terimlerine yönelik eleştiri için bkz. **Turhan**, Die Rechtsstellung des Auszuliefernden, s. 7-11; Kayhan **İçel/Süheyl Donay**, Ceza Hukuku Genel Kısım, 1. Kitap, 3. Bası, 1999, s. 206; Fatih Selami **Mahmutoğlu/Serra Karadeniz**, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Ankara 2017, s. 219-220.

<sup>8</sup> 17.04.2014 tarih ve 6532 sayılı Kanun ile 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 26. maddesine eklenen bir fıkra ile, "Türk vatandaşları hariç olmak üzere, tutuklu veya hükümlü bulunanlar, millî güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hâllerde Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebilir veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebilir." şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. Bu hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine 15.08.2017 tarih ve 694 sayılı KHK md. 74 ile aynı fıkra yeniden düzenlenmiştir. 01.02.2018 ve -7078 sayılı Kanun ile (md. 70) aynen kabul edilen düzenlemeye göre; "Türk vatandaşları hariç olmak üzere tutuklu veya hükümlü bulunanlar; ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı nedeniyle cezalandırılmayacağı, onur kırıcı

iade taleplerine ilişkin usul kuralları ile 21. maddesinde iadenin farklı bir görünümü olan transit geçişe ilişkin temel ilkelere de yer verilmiştir. Çalışmada, yabancı devletlerin Türkiye'ye yapacakları iade talebinin temel ilkeleri ve taleplerin kabul edilebilirlik koşulları ele alınacaktır.

ceza veya muameleye tabi tutulmayacağı ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalmayacağına ilişkin güvenceler bulunması kaydıyla, milli güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Dışişleri Bakanının talebi üzerine Adalet Bakanının teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile başka bir ülkeye iade edilebilir veya başka bir ülkede tutuklu ya da hükümlü bulunanlar ile takas edilebilir." Söz konusu bu düzenlemede her ne kadar tutuklu veya hükümlünün iadesinden bahsediliyorsa da bu düzenlemeyi cezai konularda devletlerarası bir adli işbirliği olan iade kurumu olarak nitelendirmek ve iade hukukuna ilişkin usul kurallarını uygulamak mümkün değildir. Çünkü, aşağıda açıklanacağı üzere iadenin amacı, yabancı bir devletin yargı yetkisini kullanabilmesine yardım amacı taşıyan devletler arası iki taraflı bir sözleşme niteliğindedir. Halbuki söz konusu düzenleme ile – takas konusu bir tarafa bırakılırsa – bir yabancı, Türkiye'nin milli güvenliği veya menfaatleri gerektirdiği için başka bir devlete teslim edilmektedir. Yine iadede Türkiye'nin - en azından asli - yargı yetkisi olmayan bir suç nedeniyle ve esas itibarıyla suçun işlendiği yer devletine yargı yetkisini kullanabilmesi amacıyla teslimi söz konusuyken, bu düzenlemede Türkiye'nin yargı yetkisine giren – esas itibarıyla de Türkiye'de işlenmiş - bir suç nedeniyle tutuklanmış veya mahkum olmuş bir yabancı hakkında Türkiye'nin yargı yetkisinden feragat etmesi söz konusu olmaktadır. İade hukukunun aşağıda açıklanacak olan diğer birçok ilkesi ile bağdaşmayan söz konusu hüküm ile bir devletin egemenliğinin en temel unsurlarından olan yargı yetkisinden feragat etmesi söz konusu olup, olağanüstü koşullarda başvurulabilecek kendine özgü bir düzenlemedir. Bir yönüyle sınır dışı etmeye benzeyen bu düzenlemede, insan haklarının korunması için güvence şartı ekleniştir de yabancı ülkeye teslim edilecek kişinin teslim edildiği devlette siyasi görüşleri nedeniyle soruşturulması ve kovuşturulması ya da işkence veya kötü muameleye tabi tutulması tehlikesine yer verilmemiş olması önemli bir eksikliklerdir. Kanunun bu düzenlemesi doktrinde eleştirilmiştir. Eleştiriler için bkz. Özgenç, 13. Bası, s. 991-995. Özgenç'e (13. Bası, s. 992) göre, bu düzenleme uluslararası hukukta uygulanabilirliği bulunmayan bir takas niteliğindedir. Yazara göre (s. 992-993), 2937 sayılı Kanun md. 26'ya eklenen bu fıkra ile "birbirleriyle herhangi bir ilgisi olmayan iade ile takas arasında sanki bir ilişki mevcutmuş gibi düzenleme yapılmıştır. Aslında bu düzenleme ile iade hukukunda söz konusu olan karşılıklılık (mütekabiliyet) ile "takas" birbirine karıştırılmıştır." " Oysa 2937 sayılı Kanununun 26. maddesinde söz konusu olan 'takas'ın iade ve iadede karşılıklılık ilkesiyle herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır."

6706 sayılı Kanunda iadeye ilişkin doğrudan bir tanım yapılmamakla birlikte md. 10/1'de iadenin temel özelliklerini içeren bir hükme yer verilmiştir. Md.10/1'e göre, "Yabancı ülkede işlenen bir suç nedeniyle hakkında adlî merciler tarafından ceza soruşturması veya kovuşturması başlatılan ya da mahkûmiyet kararı verilen bir yabancı, talep üzerine, soruşturma veya kovuşturmanın sonuçlandırılabilmesi ya da hükmedilen cezanın infazı amacıyla talep eden devlete iade edilebilir."<sup>9</sup> Kanunun bu düzenlemesi doktrindeki iade tanımlarıyla önemli oranda örtüşmektedir. Doktrinde iadeye ilişkin farklı ve kapsayıcı tanımlar verilmekle birlikte iadeyi kısaca, hakkında ceza soruşturması veya kovuşturması yapılan bir kişinin veya bir hükümlünün bir devletin yargı yetkisi alanından başka bir devletin yargı yetkisi alanına teslimini amaçlayan cezai konularda devletlerarası bir adli yardımlaşma işlemi olarak tanımlamak mümkündür.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> 6706 sayılı Kanunun hazırlık aşamasında göz önünde bulundurulmuş Alman ve Avusturya kanunlarında da benzer hükümler bulunmaktadır. Almanya'nın 1982 tarihli Cezai Konularda Uluslararası Adli Yardımlaşma Kanunu'nun (Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen = IRG; bu çalışmada kısaca Alman Kanunu olarak da ifade edilecektir) iadeye ilişkin temel ilkelerin düzenlendiği § 2 fık 1'de iadeye ilişkin temel ilke şu şekilde ifade edilmiştir: "Cezayı gerektiren bir fiil sebebiyle yabancı bir devlette soruşturulmakta veya kovuşturulmakta olan ya da mahkum edilmiş olan bir yabancı, söz konusu devletin yetkili makamlarının talebi üzerine, bu suçun soruşturulması veya kovuşturması ya da hükmedilmiş ceza veya başka bir yaptırımın infazı amacıyla bu yabancı devlete iade edilebilir." Avusturya'nın 1979 tarihli İade ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşmaya İlişkin Federal Kanunu'nunda (Bundesgesetz über die Auslieferung und die Rechtshilfe in Strafsachen (Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz = ARHG, bu çalışmada kısaca Avusturya Kanunu olarak ifade edilecektir) iadeye ilişkin temel ilke § 10'da, "Mahkemece ceza yaptırımı uygulanmasını gerektiren bir nedenle soruşturma veya kovuşturma yapılması ya da böyle bir fiil nedeniyle hükmedilmiş olan hürriyeti bağlayıcı bir ceza veya güvenlik tedbirinin infazı amacıyla bir başka devletin talebi üzerine kişilerin o devlete iadesi bu Federal Kanun hükümlerine kabul edilebilir." şeklinde ifade edilmiştir. Yine İsviçre'nin 1981 tarihli Cezai Konularda Uluslararası Adli Yardımlaşma Kanunu (Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsache = IRSG; bu çalışmada kısaca İsviçre Kanunu olarak da ifade edilecektir) md. 32'de de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir.

<sup>10</sup> X. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresinde yapılan bu kısa tanım için bkz. Klaus Schwaighofer, Auslieferung und Internationales Strafrecht, Viyana 1998, s. 59. İadenin tanımı konusunda ayrıca bkz.

7607 sayılı Kanun md. 10 fık. 1 ve fık. 2'deki düzenlemeye göre Türkiye'den yurt dışına iadenin temel özelliklerini şu şekilde belirtmek mümkündür:

1) Md. 10/1'e göre, iade için yabancı bir devletin talebi gerekmektedir. İade, devletlerarası bir adli işbirliği olup, iadenin gerçekleşebilmesi için öncelikle yabancı bir devletin talepte bulunması gerekmektedir. Çünkü her bir iade talebi uluslararası hukuk açısından bir sözleşme yapma teklifi olup, teklifin kabul edilmesi ile iki devlet arasında bir sözleşme gerçekleştirilmekte ve iadesi istenen kişinin teslimi ile de sözleşmenin hükümleri yerine getirilmektedir. Her bir iade ilişkisinin devletler arasında bir sözleşme olarak kabul edilmesinin sonucu olarak talep olmadan, hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmakta olan bir kimsenin (rızası olsa bile) yabancı bir ülkeye teslimini iade olarak nitelendirmek mümkün değildir.<sup>11</sup> Bu anlayıştan hareketle md. 10/1'de yabancı devletin talebi iade için zorunlu bir unsur olarak kabul edilmiştir. Ancak bu düzenleme Türkiye'nin bir yabancı devlete iade teklifinde bulunmasına engel olarak görülmemelidir. Nitekim TCK md. 12 fık. 3-b'de "Suçluların geri verilmesi anlaşmasının bulunmaması veya geri verilme isteminin suçun işlendiği ülkenin veya failin uyuğunda bulunduğu devletin hükûmeti tarafından kabul edilmemiş olması"ndan bahsedilerek, Türkiye tarafından yabancı bir devlete iadenin teklif edilebileceği ifade edilmiştir.<sup>12</sup> Tereddütlü durumları

---

Turhan, Die Rechtsstellung des Auszuliefernden, s. 9 vd.; Artuk/Gökçen, s. 1037; Özgenç, 13. Bası, s. 985; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, 2016, s. 180; İçel/Donay, s.205; Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 220; Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2017, s. 789; Ahmet Ulutaş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Suçluların Geri Verilmesi, 2012, s. 25.

<sup>11</sup> Joachim Vogel/Christoph Burchard, in: Heinrich Grütznher/Paul-Günter Pötz/Claus Kress/Nikolaos Gazeas, Internationale Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 2012, Cild II, IRG – Kommentar, § 2 No. 7.

<sup>12</sup> Özgenç, 13. Bası, s. 1045.

ortadan kaldırmak ve iade teklifinin hangi merci tarafından yapılacağını göstermek açısından yabancı devlete iadenin teklif edilebilmesine imkan sağlayan açık bir düzenlemeye - bazı yabancı ülke kanunlarında olduğu gibi - Kanunda yer verilmesi yararlı olurdu.<sup>13</sup>

2) İade talebinde bulunan tarafın bir “yabancı devlet” olması gerekmektedir. Çünkü md. 10’da “Türkiye’den yabancı devlete iade”den<sup>14</sup> ve “talep eden devlete iade”den bahsedilmektedir. Ayrıca iade ilişkisi için de geçerli olan 6706 sayılı Kanunun Genel Hükümler Bölümü’nde kanunun amacının, “cezaî konularda uluslararası adli iş birliğinin usul ve esaslarını düzenlemek” (md. 1/1) olduğu ve kanunun kapsamının da “yabancı devletlerle cezaî konularda yapılacak adli iş birliği” olduğu (md. 1) belirtilip, “uluslararası adli iş birliği” kavramı “cezaî konularda bir devletin adli mercilerinin diğer bir devletin adli mercileri adına yerine getirdiği işlemler” (md. 2/1-c) olarak tanımlanmıştır. Bu hükümler, Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) ve BM Güvenlik Konseyi tarafından kurulmuş veya kurulacak geçici nitelikteki uluslararası ceza mahkemelerine kişilerin tesliminin kanun kapsamında düzenlenmediğini göstermektedir. Bu nedenle md. 11/1-a’da “Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere” Türk vatandaşlarının iade edilmeyeceğine ilişkin düzenleme yanlıtıcı niteliktedir. Çünkü Kanunda, UCM’ye iade konusu düzenlenmediği için md. 11/1-a hükmüne de gerek bulunmamaktadır.

Kanunun hazırlık aşamasında “uluslararası kuruluşlarla cezai konularda yapılacak adli işbirliğinin” de kanunun kapsamında olduğuna ilişkin bir hükme yer

<sup>13</sup> Avusturya Kanunu § 28’de yabancı bir ülkeye iade teklifi yapılabilmesi açıkça düzenlenmiştir. Yine İsviçre Kanun md. 32’de iadenin teklif edilebileceğine ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Avusturya Kanununun 1988 tarihli tercümesi için bkz. Yenisey, s. 337-372. Bu çalışmanın Avusturya Kanunu ile ilgili kısımlarında Yenisey’in çevirisinden de yararlanılmıştır.

<sup>14</sup> 6706 sayılı Kanun md. 10 madde başlığı “Türkiye’den yabancı devlete iade” adını taşımaktadır.



verilmişse de (2014 Tasarısı md. 2/1) Tasarıdaki<sup>15</sup> bu öneri kanuna alınmamıştır.<sup>16</sup> 2014 Tasarısındaki söz konusu düzenleme ile özellikle Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin, Birleşmiş Milletler Şartına dayanarak kurduğu veya kuracağı uluslararası geçici ceza mahkemeleri veya soruşturma komisyonlarından gelen adli işbirliği talepleri ve Avrupa Birliğinin kurumuş olduğu "Europol" gibi kuruluşlardan gelen işbirliği talepleri ile UCM'den gelecek adli işbirliği taleplerine yasal bir dayanak oluşturulması amaçlanmıştır.

3) İade talebine esas teşkil eden suçun, yabancı bir ülkede ve bir yabancı tarafından işlenmiş olması gerekmektedir. Suçun Türkiye'de işlenmiş olması halinde Türkiye'nin yargı yetkisine giren bir suç olacağı için iade kabul edilmeyecektir. Bu husus md. 11/1-c-4'de ayrıca belirtilmiştir. Md. 10/1'de iade edilecek kişinin yabancı olması gerektiği belirtildikten sonra, md. 11/1-a'da vatandaşın iade edilmeyeceği UCM'ye iade ile bağlantılı olarak tekrar düzenlenmiştir. Vatandaşın iadesi yasağı aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

---

<sup>15</sup> Türk Uluslararası Adli İşbirliği Kanun Tasarısı (Çalışmada Tasarı olarak belirtilecektir), Türk Ceza Adalet Sisteminin Etkinliğinin Geliştirilmesi Projesi (CAS) kapsamında Projenin 3. Bileşeni olan Adli Yardım/İstinabe Bileşeni çerçevesinde Adli Yardımlaşma Kanunu ve Rehberi Çalışma Gruplarının çalışmaları ile oluşturulmuştur. Çalışma gurupları tarafından hazırlanan kanun taslağı 2014 yılında yayınlanmıştır. Çalışma guruplarının faaliyetleri, Kanun taslağının hazırlık çalışmaları ve taslak metni için bkz. **Türk Uluslararası Adli İşbirliği Kanun Tasarısı**, T.C. Adalet Bakanlığı, Ekim 2014 Ankara. Hazırlanan çalışma kanun taslağı niteliğinde olmakla birlikte "Türk Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu Tasarısı" adıyla yayınlanmıştır. Bu Çalışmada da Tasarı veya 2014 Tasarısı olarak belirtilecektir.

<sup>16</sup> Ancak 2014 Tasarısı md. 2/1 hükmü ile md. 3/1-d hükmü arasında da çelişki bulunmaktaydı. Çünkü md. 2/1'de "Bu Kanun, yabancı devletler ve uluslararası kuruluşlarla cezai konularda yapılacak adli işbirliğini kapsar" denilirken, md. 3/1-d'de uluslararası adli işbirliği, "cezai konularda bir devletin yetkili bir makamının diğer bir devletin adli makamı adına yerine getirdiği işlemlerin tümü" şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre adli işbirliği talebi başka bir devletin adli makamından gelmesi gerekmektedir; uluslararası bir kuruluştan gelecek adli işbirliği talebi Tasarı kapsamına giriyordu.

4) İade talebinin kabul edilebilmesi için gerekli bir diğer koşul da talebe esas teşkil eden suç nedeniyle kişi hakkında talep eden devlette en azından bir ceza soruşturması başlatılmış olmasıdır (md. 10/1). Hükmedilmiş bir mahkumiyet kararının infazı amacıyla iade talebinde bulunuluyorsa, mahkumiyetin “hürriyeti bağlayıcı ceza” olması ve kararın da kesinleşmiş olması gerekmektedir (md. 10/2). Mahkumiyet kararı kesinleşmediği sürece soruşturma ve kovuşturma amaçlı iade söz konusu olacaktır. Diğer taraftan bir suçun soruşturulması ve kovuşturulması ya da mahkûmiyet kararının infazı amacı dışında, - örneğin suç teşkil eden bir fiil nedeniyle de olsa tazminat talebinin yerine getirilmesi gibi - bir amaç için iade veya diğer adli işbirliği talepleri kabul edilmeyecektir.

5) Bir suçun soruşturulması ve kovuşturulması amacıyla yapılan iade talebinde suç, hem talep eden devletin kanunlarına, hem de talep edilen devlet olarak Türk kanunlarına göre hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmelidir (md. 10/2). TCK md. 45'te ceza yaptırımı olarak “hapis cezası” terimi kullanılmışken, 6706 sayılı Kanunda iade sözleşmelerindeki ifade esas alınarak “hürriyeti bağlayıcı ceza” terimi tercih edilmiştir. SİDAS md. 2 ve iadeye ilişkin bazı yabancı kanunlarda kişisel özgürlüğü kısıtlayıcı nitelikteki güvenlik tedbirlerinin infazı için de (örneğin, suç işlemiş akıl hastaları hakkında hükmedilmiş güvenlik tedbirleri nedeniyle) iade kabul edilirken, **6706 sayılı Kanunda güvenlik tedbirlerinde iade kabul edilmemiştir.**<sup>17</sup>

Diğer taraftan Kanundaki düzenlemeden adli para cezasını gerektiren suçların söz konusu olduğu durumlarda ve adli para cezasına veya seçenek yaptırımlara ilişkin mahkûmiyet hükümlerinin yerine getirilmesi amacıyla iadenin kabul edilmeyeceği anlaşılmaktadır. Adli para cezasını gerektiren suçlarda iade konusu aşağıda ele alınacaktır.

---

<sup>17</sup> 2014 Tasarısında (md. 90) hükmedilmiş güvenlik tedbirinin infazı amacıyla iadenin kabul edileceği belirtilmişti. Güvenlik tedbiri gerektiren suçlardan dolayı iade konusunda bkz. Özgenç, 13. Bası, s. 1015.

6) İade talebinin kabul edilebilmesi için **Türkiye ile talep eden devlet arasında bir sözleşmenin bulunması gerekli değildir.** Md. 10'da sözleşmenin bulunması şartından bahsedilmediği gibi md.3/1-a'da, "mütekabiliyet ilkesi çerçevesinde, yabancı devletlerin adli iş birliği taleplerinin" kabul edilebileceği açıkça gösterilmiştir. 6706 sayılı Kanunun yapılış amaçlarından birisinin de adli işbirliğine ilişkin bir sözleşme yapılmamış olan devletlerle Türkiye arasında cezai konularda adli işbirliğini düzenlemek olduğu için sözleşmeye dayanmayan iade talepleri bu Kanuna göre yerine getirilecektir. Ancak sözleşmeye dayanmayan bir iade talebinin kabulü konusunda mütekabiliyete ilişkin md. 3/2 hükmünün dikkate alınması gerekecektir.

7) **Mahkûmiyet kararının infazı amacıyla yapılan iade talebinin kabul edilebilmesi için mahkûmiyet kararının talep eden devlet mahkemelerince verilmiş olması zorunlu değildir.** Çünkü md. 10 ve 11'de, hükmedilen cezanın infazı amacıyla iadenin kabul edilebileceğinden bahsedilmiş ancak bu mahkûmiyet kararının talep eden devlet mahkemesinden verilmiş olması veya bu mahkûmiyete esas teşkil eden suç hakkında talep eden devletin yargı yetkisine sahip olmasından bahsedilmemiştir. Bu nedenle başka bir ülkede verilmiş olan hapis cezasına mahkûmiyetin infazını devralmış olan bir devletin, hükümlünün kaçması üzerine infaza devam edebilmek amacıyla yaptığı iade talebi (iadeye ilişkin diğer koşulların da varlığı halinde) kabul edilebilecektir.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Bu husus Alman Cezai Konularda Uluslararası Adli Yardımlaşma Kanunu'nun (Alman Kanunu) § 2/2'de açıkça düzenlenmiştir: "Yabancı bir devlette cezai bir yaptırım altına alınmış bir suç nedeniyle mahkum olmuş bir yabancı, infazı devralmış başka bir yabancı devlete, bu devletin yetkili makamlarının talebi üzerine, suç nedeniyle hükmedilen cezanın veya başka bir yaptırımın infazı amacıyla iade edilebilir." Bu Kanunun iadenin koşullarına ilişkin ilk dokuz paragrafının (§§ 1- 9) Türkçe

### III. 6706 SAYILI KANUNA GÖRE İADENİN KABUL EDİLEBİLİRLİK KOŞULLARI VE BU KOŞULLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

İadeye ilişkin uluslararası sözleşmelerde de benzer şekilde yer alan iade taleplerinin kabul edilebilirlik koşulları 6706 sayılı Kanununun 10 ve 11. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu koşulların bir kısmı **iade talebine esas teşkil eden fiil** ile ilgili (fiilin her iki devlet hukukuna göre de suç teşkil etmesi, suçun siyasi veya askeri suç olmaması, ölüm cezası veya insan haysiyetine aykırı cezayı gerektirmemesi), bir kısmı **iadesi istenen kişi** (vatandaş olmaması, siyasi görüşleri nedeniyle soruşturma veya kovuşturma tehlikesi olmaması gibi) veya **talep eden devletteki yargılama** ile ilgili (hususilik ilkesinin güvence altında olması gibi), bir kısmı da **talep eden devletin yargı yetkisi** ile ilgili (talep eden devletin yargı yetkisinin olmaması, iadeye esas teşkil eden suç nedeniyle talep eden devlette soruşturma veya kovuşturma bulunmaması gibi) olmakla birlikte, bunlar arasında kesin bir ayırım yapmak her zaman isabetli olmayacağı için aşağıda bu koşullar herhangi bir sınıflandırma yapılmadan doktrin ve iade hukukundaki gelişmeler ışığında incelenmiştir. İadenin kabul edilebilirlik koşullarına ilişkin 6706 sayılı Kanundaki düzenlemelerin, iadeye ilişkin sözleşme hükümleri karşısında ikincil nitelikte olup, farklı hükümler içermesi halinde md. 1/3 uyarınca sözleşme hükümlerinin öncelikli olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>19</sup>

---

çevrisi için bkz. Faruk Turhan, Alman Suçluların İadesi Hukukunun Esasları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 3-4, Yıl 2003, s. 108-113

<sup>19</sup> 6706 sayılı Kanun ile cezai konularda uluslararası adli işbirliğine ilişkin sözleşmeler arasındaki ilişki yakın zamanda yayınlanacak olan bir başka çalışmamızda ele alınmaktadır.

### 1. Fiilin, hem talep eden devlet hukukuna hem de talep edilen devlet olarak Türk hukukuna göre suç teşkil etmesi (her iki tarafça cezalandırılabilirlik ilkesi)

Çifte cezalandırılabilirlik, karşılıklı cezalandırılabilirlik veya her iki tarafça cezalandırılabilirlik ilkesi olarak da adlandırılan, iade talebine esas teşkil eden fiilin hem talep eden devlet hukukuna hem de talep edilen devlet hukukuna göre suç teşkil etmesi, uluslararası hukukun bir temel ilkesi olarak kabul edilmekte ve SİDAS (md. 2/1) ve iki taraflı iade sözleşmeleri ile iadeye ilişkin birçok yabancı kanunda yer almaktadır.<sup>20</sup> Ancak ilke, uluslararası hukukta talep eden devlet hukuku yanında talep edilen devlet hukukuna göre de suç teşkil etmesi halinde ancak iadenin kabul edilebileceği şeklinde değil, talep edilen devlete, fiilin kendi hukukuna göre suç teşkil etmediği durumlarda iadeyi red edebilme yetkisi verdiği şeklinde anlaşılmaktadır.<sup>21</sup> Bir devletin kendi iç hukukuna göre suç teşkil etmeyen bir fiilden dolayı bir kimseyi iade amacıyla tutuklaması ve iade etmesinin hukuk devleti ilkesine aykırı olacağı, aynı fiilin ülke içinde işlenmiş olması halinde özgürlüğün kısıtlanamayacağı bir durumda başka bir devlete iade amacıyla da olsa özgürlüğün kısıtlanamayacağı,<sup>22</sup> hiçbir devletin kendi hukuk düzeninin haklı bulmadığı yabancı bir devletin

<sup>20</sup> Alman Kanunu § 3/1, Avusturya Kanunu § 11/1; İsviçre Kanunu md. 35/1.

<sup>21</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi ve ilkeye yönelik eleştiriler için bkz. *Vogel/Burchard*, IRG – Kommentar, § 3, Nr. 8; *Otto Lagodny*, in: Wolfgang Schomburg/Otto Lagodny/Sabine Gless/Thomas Hackner, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, IRG § 3 Nr. (kenar numarası) 2 vd.; *Peter Conrad*, *Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit im Rechtshilferecht und Strafanwendungsrecht*, Hamburg 2013, s. 67 vd., 147 vd.; *Arne Zeidler*, *Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit im Auslieferungsrechts*, Hamburg 2008, s. 61 vd.

<sup>22</sup> *Zeidler*, s. 184, 186;

cezalandırma talebine yardımcı olmak durumunda olamadığı<sup>23</sup> gibi gerekçelerle sözleşme ve kanunlarda bu ilkeye yer verilmektedir.

UAİK md. 10/2'de yer alan "Talep eden devlet hukuku ile Türk hukukuna göre, soruşturma veya kovuşturma aşamasında üst sınırı bir yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlardan dolayı iade talebi kabul edilebilir." hükmü ile fiilin, her iki devlet hukukuna göre de suç teşkil etmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Diğer taraftan kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da hükmedilmiş bir cezanın infazı amacıyla yapılmış bir iade talebinin kabul edilebilmesi için de mahkûmiyet hükmünün dayandığı fiilin Türk hukukuna göre de cezalandırılabilir bir suç teşkil etmesi gerektiği hususunda tereddüt edilmemelidir.

İade talebine esas teşkil eden fiilin her iki devlet hukukun göre de suç teşkil etmesi açısından **fiilin talep edilen devlet olarak Türk hukukuna göre suç teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesinde şu hususların göz önünde bulundurulması gerekir:**

1) İki taraf hukukuna göre de cezalandırılabilirlik ilkesine göre iade talebine esas teşkil eden fiilin, **talep edilen devlet kanunundaki bir suç tipine uyması yeterli olup, fiilin her iki devlet kanununda da aynı suçu oluşturması gerekli değildir.**<sup>24</sup> Bu açıdan iade talebine esas teşkil eden fiili, talep edilen devlet olarak Türk hukukunda herhangi bir şekilde cezalandırılan bir ceza normunun bulunması yeterli kabul edilmelidir.

2) Fiilin talep edilen devlet hukukuna göre suç teşkil edip etmediğinin belirlenmesi açısından **fiilin fail tarafından işlendiğini ispatlamaya yeterli delil**

---

<sup>23</sup> Artuk/Gökçen, s. 1047.

<sup>24</sup> Lagodny, in: Schomburg/ Lagodny/Gless/Hackner, IRG § 3, Nr. 13; Vogel/Burchard, IRG – Kommentar, § 3, Nr. 29; Özgenç, 13. Bası, s. 1011.

**bulunup bulunmadığı** talep edilen devletçe **inceleme konusu yapılmamalıdır.**<sup>25</sup> Türk hukukunda bu konuda şekli inceleme ilkesi kabul edildiği için iade yargılaması sırasında fiilin iadesi istenen kişi tarafından işlenip işlenmediği incelenmemelidir. İade talebi ile ekindeki açıklama ve belgelerin doğruluğuna güven ilkesi esas olup, iadesi istenen kişinin kendisine isnad edilen suç işlemediği yönündeki iddialar Türk mercileri tarafından araştırma konusu yapılmamalıdır.<sup>26</sup> Ancak iadesi talep edilen kişinin, fiili işlemediğini, örneğin suç yerinde olmadığını veya suçu işleyen kişi ile kimliğinin karıştırıldığını gösteren inandırıcı nitelikte ciddi deliller ileri sürmesi halinde, UAİK md.18/2 uyarınca talep eden devletten bu konuda ek bilgi ve belge istenerek inceleme yapılması yoluna gidilmelidir.<sup>27</sup>

3) İade talebine esas teşkil eden **fiilin** talep edilen devlet hukuku açısından da **kusurlu olarak işlenmiş olduğunun kabulü gerekli değildir.** Bu açıdan Alman Kanununda iadeye esas teşkil eden fiilin Alman hukukuna göre hukuka aykırı olmasından bahsedilerek, fiilin işlenişi sırasında failin kusurluluğunu ortadan kaldıran bir durumun iadeye engel olmayacağı ifade edilmiştir.<sup>28</sup> Türk hukuku açısından da iade talebine esas teşkil eden fiilin UAİK md. 10/2 anlamında suç teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde, failin kusurlu olup olmadığı ve TCK'daki

---

<sup>25</sup> Lagodny, in: Schomburg/ Lagodny/Gless/Hackner, IRG § 3, Nr. 4; Vogel/Burghard, IRG – Kommentar, § 3, Nr. 25.

<sup>26</sup> Alman Kanunu § 10/2'de, iadeye esas teşkil eden olayın özel durumları gerektirdiği takdirde ancak iadesi istenen kişinin kendisine isnat edilen suç işlediği konusunda yeterli şüphenin bulunup bulunmadığı araştırılabilecektir. Yeterli suç şüphesinin varlığının araştırılmasını gerektirebilecek durumlara ilişkin uygulamadan örnekler hakkında bkz. Lagodny/Schomburg/Hackner, in: Schomburg/ Lagodny/Gless/Hackner, IRG, § 10, Nr. 29.

<sup>27</sup>Bu konudaki Alman uygulaması için bkz. Lagodny/ Schomburg/Hackner, in: Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner, IRG § 10, Nr. 44-48

<sup>28</sup> Alman hukuku için bkz. Lagodny, in: Schomburg/ Lagodny/Gless/Hackner, IRG § 3, Nr. 15.

kusurluluğu ortadan kaldıran hallerden birinin bulunup bulunmadığı inceleme konusu yapılmamalıdır. Çünkü failin kusur yeteneğine ve kusurluluğu kaldıran bir durumun varlığına yönelik iddiaların talep eden devletteki ceza muhakemesi sırasında tespit edilmesi gerekir.

4) İade talebine esas teşkil eden fiilin talep edilen devlet hukukuna göre de suç teşkil etmesi açısından üzerinde tartışma olan bir diğer husus, söz konusu fiil hakkında talep edilen devlet hukukuna göre **hukuka uygunluk nedeninin bulunmasının** iadeye engel teşkil edip etmeyeceği sorunudur. Alman doktrin ve uygulamasında, Alman Kanunu § 3/1'de fiilin Alman ceza kanunlarındaki bir suç tanımına uyan, hukuka aykırı bir fiil olması gerektiği hükmünden<sup>29</sup> hareketle, Alman hukuku açısından bir hukuka uygunluk nedeninin varlığının iadenin kabulüne engel teşkil edeceği kabul edilmektedir. Ancak bunun için iade talebi ve eklerindeki belge ve açıklamalardan somut olayda Alman hukuku açısından bir hukuka uygunluk nedeninin varlığının açıkça anlaşılıyor olması aranmaktadır.<sup>30</sup> Türk hukuku

---

<sup>29</sup> § 3/1: Fiilin Alman hukukuna göre de bir ceza kanunundaki suç tanımına uyan hukuka aykırı bir fiil olması veya olayın Alman hukuku açısından değerlendirilmesi halinde fiilin hukuka aykırı bir fiil olarak kabul edilebilecek olması halinde ancak iade talebi kabul edilebilir.

<sup>30</sup> Alman mahkemelerin bazı kararlarında Türkiye'nin iade taleplerine esas teşkil eden olayda Alman hukuku bakımından hukuka uygunluk nedeni bulunduğu gerekçesi ile talebin kabul edilemez olduğuna karar verildiği görülmektedir. Bu konuda bkz. **Turhan**, Alman Suçluların İadesi, s. 80: "Stuttgart Eyalet Yüksek Mahkemesi (Oberlandesgericht Stuttgart) 12.3.1986 tarihli bir kararında, iadeye esas teşkil eden fiilin, Alman hukuku açısından bakıldığında, hukuka aykırı olmadığı gerekçesi ile Türkiye'nin yapmış olduğu bir iade talebinin kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Türkiye'nin iade talebine esas olan olay Oltu Ağır Ceza Mahkemesinin verdiği bir mahkumiyet kararına dayanmaktadır. Oltu Ağır Ceza Mahkemesinin tespitine göre olayın meydana gelişi şu şekildedir: İki grup arasındaki bir kavgada gruplardan birine mensup olan A, tarafların arasını bulmak ve yatıştırmak isterse de bunda başarılı olamaz. Kendi grubundan birisinin yaralanması üzerine de, yakındaki kendi seyahat bürosuna kaçar. Karşı gruptan olan iki kişi ellerinde sopa ve taşlarla birlikte onun arkasından büroya saldırırlar. Bunun üzerine A, ruhsath tabancasını çekerek, kısa mesafeden saldırganların üzerine ateş ederek ikisini de ağır yaralar. Oltu Ağır Ceza Mahkemesi An'ın karşı saldırısını meşru müdafaa olarak nitelendirir; ancak An'ın meşru müdafaa savunmanın sınırını aştığı gerekçesi ile dört yıl 5 ay hapse mahkum eder.



açısından da aynı sonucun geçerli olacağını söylemek mümkündür. Ancak iade dosyasındaki bilgi ve belgelerin incelenmesiyle olayda Türk hukuku açısından bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı açıkça anlaşılıyor olmalıdır.

5) Talep edilen devletin hukuku açısından **objektif cezalandırılabilirlik şartları, şahsi cezasızlık sebepleri ve cezayı kaldıran şahsi sebeplerin** iadeye engel teşkil edip etmeyeceği konusunda doktrin ve uygulamada tartışma bulunmakla birlikte,<sup>31</sup> kanaatimce iade hukukundaki şekli inceleme ilkesi nedeniyle bu sebeplerin talep edilen devlet mercilerince **inceleme konusu yapılmaması gerekir**. Bu nedenle iadeye esas teşkil eden fiilde Türk hukuku açısından şahsi cezasızlık veya cezayı kaldıran şahsi sebeplerden birinin bulunması ya da suç tanımında yer alan

---

Hükümlünün Almanya'ya kaçması üzerine Türkiye, Almanya'dan iade talebinde bulunur. Stuttgart Eyalet Yüksek Mahkemesi Türkiye'nin talebi ilgili kararının gerekçesinde, SIDAS'a göre somut olayda hukuka uygunluk sebeplerinin bulunup bulunmadığının sadece dosyada bulunan belgeler üzerinden incelenebileceğini, sanığın gerçekten suçu işleyip işlemediğine ilişkin delil toplanamayacağını, ancak talep eden devletin sunduğu belgelerden talep edilen devletin hukukuna göre kusuru ortadan kaldıran nedenlerin bulunması veya cezalandırmaya engel nedenlerin veya hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmasının her iki devletçe cezalandırılabilirlik şartını ortadan kaldıracığını belirtmiştir. Daha sonra olayı Alman hukuku açısından değerlendiren Eyalet Yüksek Mahkemesi, Alman Ceza Kanununun 32. paragrafına göre sanığın yaptığı savunmanın saldırıyı püskürtmek için gerekli olduğunu ve savunma için kullanılan aracın ve savunmanın yapılış şeklinin müsaade edilen savunma sınırını aşacak nitelikte olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme kararının devamında Alman doktrin ve uygulamasında meşru müdafaa savunmanın şartlarına ilişkin içtihatları açıklayıp bu içtihatları olaya uygulayarak, fiilin Alman hukuku açısından hukuka uygun olduğu ve bunun sonucu olarak da Alman hukukuna göre cezalandırılabilirlik şartının gerçekleşmediği gerekçesi ile iadenin kabul edilemez olduğuna karar vermiştir." Hukuka uygunluk nedeninin iadeye engel teşkil etmesi konusunda Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin (Kammergericht Berlin) 7.5.1971 tarihli kararı için bkz. **Turhan**, Alman Suçluların İadesi, s. 81-82.

<sup>31</sup> Alman hukukunda çoğunluk görüşü bu hallerin iade engeli olarak kabul edilmemesi gerektiği yönündedir; bkz. **Lagodny**, in: Schomburg/ Lagodny/Gless/Hackner, IRG § 3, Nr. 16; **Vogel/Burchard**, IRG – Kommentar, § 3, Nr. 53. Aksi yöndeki görüş için bkz. **Conrad**, s. 156-157.

failin cezalandırılmasını sağlayan bir objektif cezalandırılabilirlik şartının gerçekleşmemiş olması, failin Türk hukukuna göre cezalandırılabilir olmadığı gerekçesi ile iade engeli olarak değerlendirilmemelidir.

6) İki taraf hukukuna göre de cezalandırılabilirlik ilkesi ile bağlantılı olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise **zamanaşımı ve affin** iadeye etkisidir. Zamanaşımı ve af konusunun iade sözleşmeleri ile iadeye ilişkin yabancı kanunlarda farklı şekillerde ele alınıp düzenlendiği görülmektedir.<sup>32</sup>

Türk hukukunda zamanaşımı ve affin iadeye engel teşkil edeceği açıkça kabul edilmiştir. UAİK md. 11/1-c-5'e göre, **iadeye esas teşkil eden failin, zamanaşımına veya affa uğramış olması halinde iade talebi kabul edilmeyecektir.** Ancak bu hükümde zamanaşımı ve af açısından sadece talep eden devletin hukukunun mu, yoksa talep eden devlet hukuku yanında talep edilen devlet hukuku olarak Türk hukukun da mı dikkate alınacağı belirtilmemiştir. Doktrinde bu konuda hem talep eden devletin hukukunun hem de talep edilen devlet olarak Türk hukukunun dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir.<sup>33</sup> Yine zamanaşımı ve affa ilişkin düzenlemenin aynen alındığı TCK mülga md. 18 gerekçesinde, iade talebine esas teşkil eden suçun hem talep eden devlet hukukuna hem de talep edilen devlet olarak Türk hukukuna göre dava ve ceza zaman aşımının dolmamış olması gerektiği

<sup>32</sup> Bu konuda bkz. SİDAS md. 10 (zamanaşımı); SİDAS 2 Nolu Ek Protokol md. 4 (af), Alman Kanunu § 9, Avusturya Kanunu § 18, İsviçre Kanunu md. 5/1-c ve md. 13. Alman Kanunu § 9'a göre, failin Alman hukukuna göre zamanaşımına uğramış olması, sadece iadeye esas teşkil eden suç nedeniyle Almanya'nın da yargı yetkisi bulunuyorsa ancak iade engeli teşkil edecektir. İade talebine esas teşkil eden suç için Alman Ceza Kanunu § 3 vd. hükümlerine göre Almanya'nın yargı yetkisinin bulunması ve suçun Alman Ceza Kanunu § 76-79b hükümlerine göre zamanaşımına uğramış olması halinde ancak iade engeli söz konusu olacak, buna karşın iadeye esas teşkil eden suç nedeniyle Almanya'nın yargı yetkisi bulunmuyorsa sadece talep eden devletin zamanaşımı kuralları göz önünde bulundurulacaktır: bu konuda bkz. **Schomburg/Lagodny**, in: Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner, IRG § 9, Nr. 19-20.

<sup>33</sup> **Özgenç**, 13. Bası, s. 1013-1014; **Koca/Üzülmez**, s. 803; **Tezcan/Erdem/Önok**, 4. Bası, s. 190; **Artuk/Gökçen**, s. 1048; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 157.

belirtilmişti. Diğer taraftan md. 11/1-c-5 hükmünde sadece “iade talebine iadeye esas teşkil eden fiilin; ... zamanaşımı”na uğramamış olmasından bahsedilerek, iadeye esas teşkil eden mahkûmiyetin ceza zamanaşımına uğramasının iadeye engel teşkil edip etmeyeceği konusuna açıklık getirilmemiştir.<sup>34</sup>

**SİDAS** md. 10'da iadeye esas teşkil eden suçun veya mahkûmiyetin talep eden devletin veya talep edilen devletin hukukuna göre zamanaşımına uğraması halinde iadenin kabul edilmeyeceği belirtilerek, **zamanaşımı bakımından hem talep eden devletin hem de talep edilen devletin hukukunun göz önünde bulundurulması kabul edilmiştir.** Bu düzenlemeye göre, iadeye esas teşkil eden suç hakkında talep edilen devletin de yargı yetkisine sahip olup olmadığı dikkate alınmayacaktır. Ancak Türkiye tarafından 26.04.2016 tarih ve 6712 Kanun ile onaylanmış olan **SİDAS'a Ek Dördüncü Protokol**<sup>35</sup> md. 1 ile iade hukukundaki yeni gelişmeler dikkate alınarak SİDAS m. 10 hükmü değiştirilmiştir. Bu hükme göre, sadece talep eden devletteki zamanaşımı iade engeli teşkil edecektir. Buna karşın talep edilen devlet hukukuna göre gerçekleşen bir zamanaşımı ise artık iadeyi red nedeni oluşturmayacaktır. Ancak iade talebine esas teşkil eden suç hakkında talep edilen devletin de yargı yetkisinin bulunması veya talep edilen devletin kanununda zamanaşımı nedeniyle iadeyi yasaklayan bir hükmün bulunması halinde talep edilen

---

<sup>34</sup> Koca/Üzülmüş'e (s. 802) göre, “Maddede sadece zamanaşımından bahsedildiğinden, bunu *dava ve ceza zamanaşımını* kapsar şekilde düşünmek gerekmektedir.” Madde metninde “fiilin” zamanaşımına uğramasından bahsedildiği ve fiil ile kastedilenin suç olduğu için kanaatimce maddenin ifadesi mahkumiyeti kapsar şekilde anlamaya uygun görünmemektedir. 2014 Tasarısında açıkça “dava ve ceza zamanaşımı” ifadesine yer verilmiştir.

<sup>35</sup> Onay Kanunu: RG 05.05.2016 – 29703. Protokolün resmi Türkçe metni için bkz. : [http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/ak/turkce/212\\_tur.pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/ak/turkce/212_tur.pdf) (erişim tarihi: 01.07.2018)

devlet Protokolün bu hükmüne çekince koyarak kendi hukukuna göre zamanlaşımının gerçekleşmesi halinde de iadeyi red edebilecektir.<sup>36</sup> Protokolün bu düzenlemesi ile SİDAS md. 10 hükmü Protokol'e taraf olan devletler açısından değiştirilmiş olmaktadır. Ancak Türkiye Ek Protokolün 1. maddesinin 3. fıkrasına çekince koyarak, Türkiye'nin talep eden devlet olması halinde Türk hukukuna göre zamanlaşımına uğramış talepleri kabul etmeyeceğini beyan etmiştir.<sup>37</sup>

Protokolün 13/3 maddesi, Sözleşmenin kanallar ve iletişim yollarını düzenleyen 6. maddesine ve transit geçişi düzenleyen 21. maddesinin 5. fıkrasına çekince koyma hakkı tanımaktadır. Çekince konulmasına müsaade edilen bir diğer hüküm, Sözleşmenin zamanlaşımını düzenleyen 10. maddesinin 3. fıkrasıdır. Bu hüküm, Ek Protokolün 1. maddesinin 3. fıkrası ile değiştirilmekte olup, söz konusu düzenleme, 6706 sayılı yasaya aykırılık teşkil ettiğinden söz konusu maddeye " Türkiye 1. madde uyarınca iade talep edilen taraf olduğunda, Türk hukukuna göre zamanlaşımına uğramış talepleri kabul etmeyecektir" şeklinde çekince konulmuştur

Af konusunda ise SİDAS'ta herhangi bir düzenlemeye yer verilmemişti. Türkiye tarafından 1992 tarihinde onaylanmış olan SİDAS'a **Ek İkinci Protokol**<sup>38</sup> md. 4'te, "İadeye konu olan suçun Talep edilen Devlette çıkarılan bir af kanunu kapsamına girmesi ve bu Devletin kendi ceza kanununa göre bu suç kovuşturma yetkisi olması halinde iade talebi kabul edilmeyecektir." denilerek, yeni gelişmeler doğrultusunda af konusu düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, iade talebine esas teşkil eden ve af kapsamına giren suç hakkında talep edilen devletin de yargı

<sup>36</sup> Protokol 1. maddesinin Türkçe çevrisinde çeviri hataları ve ifade bozuklukları bulunmaktadır. Bu nedenle İngilizce orijinal metin göz önünde bulundurulmalıdır.

<sup>37</sup> Bkz. Nursan Erdem, Suçuların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesine Ek Dördüncü Protokol, *Uluslararası Hukuk Bülteni*, Mayıs – Ağustos 2016, Sayı: 8, s. 30.

<sup>38</sup> Protokolün resmi Türkçe metni için bkz. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/> sozlesmeler/coktarafli-soz/ak/turkce/098\_tur.pdf (erişim tarihi: 01.07.2018)

yetkisine sahip olması (örneğin mağdura göre şahsılık ilkesi uyarınca) halinde iade talebi kabul edilmeyecektir.

2014 Tasarısında zamanaşımına ilişkin olarak, “İade talebine konu fiil, Türk hukukuna veya talep eden devletin hukukuna göre dava veya ceza zamanaşımına veya affa uğramış ise iade talebinin kabul edilmeyeceği” şeklinde bir düzenlemeye yer vermişse de (md. 91/1-g), bu hüküm 6706 sayılı Kanuna alınmayarak, TCK mülga md. 18 hükmü aynen yeni Kanuna alınmıştır.

İade sözleşmelerinde hüküm bulunmayan hallerde uygulama alanı bulacak olan 6706 sayılı Kanunun zamanaşımı ve affa ilişkin söz konusu düzenlemesi uygulamada tereddüde neden olacak niteliktedir. SİDAS’a ek protokollerdeki hükümler göz önünde bulundurularak konunun talep edilen devlet olarak Türk hukuku açısından da açıkça düzenlenerek, Türkiye’nin yargı yetkisi bulunan hallerde zamanaşımı ve affın iadeye engel teşkil edeceğinin kabul edilmesi amaca uygun olurdu. Ayrıca düzenleme kapsamında dava zamanaşımı yanında ceza zamanaşımına da yer verilmesi eksikliği gidermek açısından yerinde olurdu.

7) Fiilin iki taraf hukukuna göre suç teşkil etmesi ilkesiyle bağlantılı olarak üzerinde durulması gereken konulardan biri de talep eden ve talep edilen devlet hukukuna göre kovuşturma veya ceza muhakemesi şartlarının gerçekleşmesinin **gerekip gerekmediğidir**. 6706 sayılı Kanunda bu konuda bir düzenleme yapılmamıştır. Talep eden devletteki bir muhakeme engelinin iadeye engel teşkil edeceğinden şüphe etmemek gerekir. Buna karşın çoğunluk görüşüne göre kural olarak fiilin talep edilen devlet hukuku açısından kovuşturulabilir olması gerekli değildir.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Schwaighofer, s. 101.

Kovuşturulabilirlik açısından üzerinde durulması gereken konulardan birisi iadeye esas teşkil eden **filin izin veya Őikayete bağlı olması veya dokunulmazlığın bulunmasıdır**. Soruşturulması ve kovuşturulması izne bağlı suçlarda izin verilmemiş, Őikayete bağlı suçlarda Őikayetin yapılmamış olması ya da yasama dokunulmazlığı olan kişiler açısından dokunulmazlığın kaldırılmamış olmasının iadeye engel teşkil edip etmeyeceği konusunda 6706 sayılı Kanunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Doktrinde, soruşturulması ve kovuşturulması izin veya Őikayet gibi Şartların gerçekleşmesine bağlı suçlarda bu Şartların **talep eden devlet hukukuna göre gerçekleşmemiş** olması iade engeli olarak kabul edilmektedir. Çünkü söz konusu kovuşturma Şartları gerçekleşmeden bir devletin iade talebinde bulunmayacağından hareket edilmelidir.<sup>40</sup> Buna karşın iade talebine esas teşkil eden suç hakkında talep edilen devletin de yargı yetkisinin bulunması halinde ancak ceza muhakemesi Şartlarının talep edilen devlet hukukuna göre de gerçekleşmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu nedenle iadeye esas teşkil eden suç hakkında talep edilen devletin yargı yetkisi bulunmuyorsa, dokunulmazlığın kaldırılması, izinin verilmiş veya Őikayetin yapılmış olması gibi kovuşturma Şartlarının gerçekleşmiş olması aranmamaktadır.<sup>41</sup>

**2. İade talebine esas teşkil eden suçun cezasının veya mahkumiyetin belli ağırlıkta olması**

**a) Hapis cezasının st sınırının bir yıl veya daha fazla olması**

İade kapsamına giren suçların belirlenmesinde 6706 sayılı Kanun, SİDAS ve birçok iade sözleşmesinde oluğu gibi suç karşılığı kanunda öngörülen cezanın belli bir ağırlıkta olmasını arayarak basit suçları iade kapsamı dışında tutmuştur. UAİK md. 10/2'ye göre, iade talebine esas teşkil eden suç, "Talep eden devlet hukuku ile

<sup>40</sup> Schwaighofer, s. 101. Őikayet açısından bkz. zgen, 13. Bası, s. 1014; Ulutaş, Suçluların Geri Verilmesi, s. 94.

<sup>41</sup> Schwaighofer, s. 102; Avusturya Kanunu § 11/1.

Türk hukukuna göre, soruşturma veya kovuşturma aşamasında üst sınırı bir yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı” gerektirmelidir. Bu hükümlerle kanun koyucu UAİK md. 3/6’da yer alan, “Adli işbirliği talebine esas teşkil eden suçun ağırlığı ile talebin yerine getirilmesi için sarf edilecek emek, mesai ve masraf arasında açık orantısızlık bulunması” halinde, adli işbirliği talebinin reddedilebileceğine ilişkin orantılılık ilkesini iade talepleri açısından somutlaştırmış olmaktadır.

TCK mülga md. 18’de yer almayan UAİK md. 10/2’deki bu düzenleme, SİDAS md. 2/1 ile **paralellik taşımaktadır**. SİDAS md. 2/1’ye, iade talebine esas teşkil eden suç, hem talep eden devlet, hem de talep edilen devlet kanununa göre üst sınırının en az bir yıl hapis cezasını gerektirmelidir.<sup>42</sup>

Bazı yabancı iade kanunlarında da iade talebine esas teşkil eden suçun cezasına ilişkin asgari sürelerin kabul edildiği görülmektedir. Örneğin, **Avusturya Kanunu § 11/1’e** göre, iadeye esas teşkil eden suç, hem Avusturya hukukuna hem de talep eden devlet hukukuna göre “bir yıldan fazla” hapis cezası veya hürriyeti bağlayıcı bir tedbiri gerektirmelidir.<sup>43</sup> İsviçre Kanunundaki düzenleme, Avusturya Kanunu ile benzerlik taşımakla birlikte, hapis cezasının üst sınırının bir yıldan fazla

---

<sup>42</sup> SİDAS md. 2/1 resim Türkçe metninde “Gerek iadeyi talebeden tarafın ve gerek kendisinden iade talep edilen tarafın kanunlarınca en aşağı bir sene müddetle hürriyeti selbedici mahiyette olan bir cezayı veya emniyet tedbirini veya daha ağır bir cezayı mucip filler suçlunun iadesini istilzam eder.” ifadesinden, hapis cezasının alt ve üst sınırları arasında belirlenmiş olması halinde alt sınırın mı yoksa üst sınırın mı bir yıl ve üstü olması gerektiği anlaşılmamaktadır. Doktrinde çoğunluk, Sözleşmenin İngilizce ve Fransızca orijinal metinde olduğu gibi burada kastedilenin cezanın üst sınırı olduğu görüşündedir. Bkz. **Ulutaş**, Suçluların Geri Verilmesi, s. 102 (ve orada dipnot 102’de belirtilen kaynaklar); **Özgenç**, 13. Bası, s. 1012. UAİK md. 10/2’deki ’da düzenlemede SİDAS md. 2/1’in orijinal metni esas alınmıştır.

<sup>43</sup> Diğer taraftan Avusturya Kanunu §11’de, iade talebine esas teşkil eden suçun kasıtlı bir suç olması gerektiği için taksirli suçlarda iade kabul edilmemiştir.

olması değil, SİDAS ve UAİK'daki gibi "bir yıl veya daha fazla" olması aranmaktadır. **İsviçre Kanunu md. 35/1'e göre**, iade talebine esas teşkil eden suç, "hem İsviçre hukukuna hem de talep eden devlet hukukuna göre üst sınırı bir yıl veya daha fazla özgürlüğü kısıtlayıcı yaptırımı gerektirmelidir." **Alman Kanununa göre** de iadeye esas teşkil eden suç, Alman hukukuna göre üst sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektirmelidir (§ 3/2). Alman Kanunundaki bu düzenlemede, SİDAS ve UAİK'dan farklı olarak suçun süresiyle ilgili sınırlama sadece Alman hukuku bakımından aranmaktadır. Ancak bu düzenleme doktrinde eleştirilerek, SİDAS ve Avusturya Kanununda olduğu gibi asgari ceza süresi koşulunun sadece Alman hukuku açısından değil, "talep eden devlet hukuku" açısından da aranmasının ceza politikası bakımından daha isabetli olacağı belirtilmektedir.<sup>44</sup>

Görüldüğü gibi iade kapsamına girecek suçlar için hem talep eden devlet hukuku hem de talep edilen devlet hukuku bakımından asgari bir ceza sınırı getirilerek basit suçların iade kapsamı dışında bırakılması sadece Türk kanununa özgü ve gereksiz bir düzenleme<sup>45</sup> olmayıp, hem SİDAS'ta hem de yabancı ülke kanunlarda yer verilen genel bir ilke niteliğindedir. Diğer taraftan UAİK md. 1/3 hükmü uyarınca kanunun bu düzenlemesi iade sözleşmeleri karşısında ikincil nitelikte oluşu için ceza süresine ilişkin asgari sınır Türkiye ile arasında iade sözleşmesi olmayan veya sözleşmede hüküm bulunmayan ülkelerle olan iade ilişkisinde uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle de söz konusu düzenleme gereksiz veya çelişkili değildir. Yine iade talebine esas teşkil eden suçun **talep eden devlet hukukuna göre de** en az bir yıl ve üstü hapis cezasını gerektirmesi arandığı için

<sup>44</sup> Vogel/Burchard, IRG – Kommentar, § 3, Nr. 56.

<sup>45</sup> Özgenç'e göre (13. Bası, s. 1006, 1008) Kanunun bu düzenlemesi gereksiz olup, Türkiye'nin yapmış olduğu iade sözleşmelerinde yer alan hükümlerle çelişkilidir. Koca/Üzülmez (s. 801), suçun ağırlığı konusunda kanuna bir hüküm konulmamsının daha isabetli olacağı görüşündedir.



UAİK md. 10/2'de ceza miktarı ile ilgili olarak getirilen bu ölçünün sadece Türk kanunlarına göre tayin edilmesi<sup>46</sup> de söz konusu değildir.

#### b) Mahkumiyet süresinin en az dört ay olması

Hapis cezasının infazı amacıyla iade talebinde bulunulması halinde de asgari bir mahkumiyet süresi aranmaktadır. SİDAS md. 2/1 hükmüne paralel olarak UAİK md. 10/2 uyarınca, kesinleşmiş mahkumiyet kararları bakımından iade talebinin kabul edilebilmesi için hapis cezasının en az dört ay veya daha fazla olması gerekmektedir.<sup>47</sup> Ancak bazı yabancı kanunlarda olduğu gibi hükmolunmuş hapis cezasının değil, hükümlünün iadesi halinde infazı gereken bakiye cezanın esas alınması yerinde bir düzenleme olurdu.<sup>48</sup> Kanunun düzenlemesine göre, hükmolunmuş hapis cezası dört ay olmakla birlikte infazı gereken bakiye hapis cezası bir ay bile olsa hükümlünün yabancı ülkeye iadesi söz konusu olabilecektir.<sup>49</sup> Bu düzenleme UAİK md. 3/6'da yer alan adli işbirliğinde ölçülülük ilkesine uygun

---

<sup>46</sup> Bu yönde Özgenç, 13. Bası, s.1008.

<sup>47</sup> Hükmedilmiş hapis cezasının infazı amacıyla yapılan iade talebinde mahkumiyetin dayandığı suç için her iki ülke hukukuna göre de üst sınırı en az bir yıl ve üstü hapis cezası öngörülmüş olmasının gerekip gerekmediği kanunda belirtilmemiştir. Alman kanununda açıkça iade talebinin hükmedilmiş bir yaptırımın infazı amacıyla yapılması halinde mahkumiyetin dayandığı suçun da iade kapsamında olması, yani üst sınırın bir yıl veya daha fazla hapis cezası öngörülmüş olması gerektiği belirtilmiştir (§ 3/2). Türk doktrininde bu husus tartışmalıdır: Bkz. Özgenç, 13. Bası, s. 984. Bu konunun da kanunda düzenlenmesi yerinde olurdu.

<sup>48</sup> Örneğin, Alman Kanunu § 3/4'e göre, bir yaptırımın infazı amacıyla iadede, infazı gereken bakiye hürriyeti bağlayıcı yaptırımın veya infazı gereken bir den çok hürriyeti bağlayıcı yaptırımda toplamının, en az dört ay olması gerekmektedir.

<sup>49</sup> Ancak böyle bir durumda iade talebi sözleşmeye dayanmıyorsa md. 3/6 uyarınca talebin reddi yoluna gidilebilir.

değildir. Ancak somut olayda infazı gereken hapis cezasının dört aydan az olması halinde iade talebi md. 3/6 hükmüne dayanılarak kabul edilmeyebilir.<sup>50</sup>

### c) İade talebine esas teşkil eden suçlardan bazılarının süre şartını taşımaması halinde birlikte (ek) iade ve adli para cezasını gerektiren suçlarda iade konusu

Bir devletin birden fazla suç nedeniyle iade talebinde bulunulması ancak bu suçlardan bir kısmının cezasının belirlenen sürenin altında olması halinde kanunlarda ve iade sözleşmelerinde bu suçlardan dolayı da iadenin kabul edilmesine imkan veren düzenlemelere yer verilmektedir. Doktrinde fer'i veya ek iade<sup>51</sup> olarak ifade edilen bu husus SİDAS md. 2/2'de, süre bakımından iade kapsamında olmayan bir suçun iade kapsamındaki bir suça bağlı olarak iadesi kabul edilebilir, denilerek düzenlenmiştir.<sup>52</sup> SİDAS'ın bu hükmüne paralel olarak UAİK md. 10/2'de, "İadesi istenen kişinin birden fazla suçu bulunması halinde bunlardan bazılarının cezası belirlenen sürelerin altında olsa dahi birlikte iadeye konu edilebilir" denilerek, iade

<sup>50</sup> Yurt dışından yapılacak iade talepleri açısından Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'un denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazını öngören md. 105/A hükmü ve koşullu salıvermeye ilişkin hükümleri uyarınca dört aydan daha az bir mahkumiyetin infazı amacıyla Türkiye'nin yapacağı bir iade talebinde cezanın Türkiye'de infaz kurumunda çekilmesi pek mümkün görünmemektedir. Hatta uygulamacılar, Türk hukukundaki denetimli serbestlik ve koşullu salıverme hükümleri dikkate alındığında dört yıldan az hapsi gerektiren suçlarda ve bu nitelikteki mahkumiyet hükümlerinin infazında bile yurt dışından iade talebinde bulunmak yerine ifade almak için adli yardımlaşma yoluna başvurulması veya ulusal yakalama emrinin infazının beklenmesi seçeneklerin de düşünülmesini önermektedirler: Bkz. Abdullah Murat, "Adli İşbirliği Türü ve Yönteminin Belirlenmesinde Merkezi Makamın Yetkisi", *Uluslararası Hukuk Bülteni*, Sayı: 14, Mayıs 2018, s. 21.

<sup>51</sup> Almanca: Akzessorische Auslieferung.

<sup>52</sup> SİDAS md. 2 fık. 2: "İade talebi, iadeyi talebeden taraf ve kendisinden iade talep edilen tarafın kanunlarınca hürriyeti selbedici bir ceza veya mevkûfiyet kararı ile cezalandırılan müteaddit hareketlere taallük etmekle beraber bunlardan bazıları ceza müddetlerine ait şarta uymuyorsa, kendisinden iade talep edilen taraf bu sonuncu suçlar için dahi iade etmek ihtiyarını haiz olacaktır." Maddedeki "mevkufiyet kararı" Türkçeye yanlış çevrilmiş olup burada kastedilen güvenlik tedbiridir.

kapsamındaki bir suç yanında ceza süresi bakımından kapsamda olmayan diğer suçlar bakımından da iadenin kabul edilebileceği belirtilmiştir. Ancak hüküm ek iade kurumunu ifade etme açısından yetersiz ve özensiz bir şekilde ifade edilmiştir. Çünkü SİDAS md. 2/2'de de ifade edildiği gibi ek iadede kastedilen iadesi istenen kişinin “birden fazla suçu bulunması” değil, talep eden devletin birden fazla suçun soruşturulması veya kovuşturulması ya da hapis cezasının infazı amacıyla talepte bulunması ancak bunlardan bazılarının cezasının iade kapsamında olmamasıdır. Diğer taraftan burada “birlikte iadeye konu edilebilmesi değil”, daha doğru bir ifade ile talep edilen devlet olarak Türkiye tarafından iade talebinin kabul edilebilirliği söz konusudur.

UAİK md. 10/2'deki suçlardan bazılarının cezasının “belirlenen sürenin altında” olmasını, kanunda öngörülen hapis cezasının üst sınırının bir yıldan az olması şeklinde anlamak gerekir. Diğer taraftan madde metninde belirtilmemekle birlikte SİDAS md. 2/2'de belirtildiği üzere süre bakımından iade kapsamında olmayan fiillerin her iki devlet kanuna göre cezalandırılabilirlik koşulunu da taşıması gerekir.

UAİK'da sadece “hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlardan” dolayı iade kabul edildiği için **iade kapsamında olan esas suç ile birlikte “güvenlik tedbirleri”<sup>53</sup> veya adli para cezasını gerektiren diğer suçlar nedeniyle iade kabul edilmemiştir.**

---

<sup>53</sup> SİDAS md. 2/1'de hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirlerinde de iadeyi kabul etmektedir. Ancak SİDAS anlamında güvenlik tedbiri (Sözleşmedeki ifadesi ile “detention order”) kavramı TCK md. 53 vd. anlamında güvenlik tedbirleri ile aynı anlama gelmeyebilir. Güvenlik tedbiri tanımının Sözleşmeye taraf ülkelerde farklı anlamlara gelebileceğinden hareketle Sözleşmeye göre güvenlik tedbirinden neyin anlaşılması gerektiği tanımlanmıştır. SİDAS md. 25'e göre güvenlik tedbirleri, “bir ceza mahkemesi tarafından cezaya ek olarak veya ceza yerine geçmek üzere emredilen her türlü hürriyeti bağlayıcı tedbirlerdir.”

Buna karşın Türkiye tarafından 1992 yılında onaylanmış olan SİDAS'a Ek İki Nolu Protokol ile iade kapsamındaki esas suç ile birlikte adli para cezasını gerektiren diğer suçlar için de iade talebinin kabul edilmesine imkan tanınmıştır (İki Nolu Ek Protokol md.1).<sup>54</sup> Ancak İki Nolu Ek Protokol sırf adli para cezasını gerektiren suçlarda tek başına iadeyi kabul eden bir düzenleme değildir. Protokolün 1. maddesi, SİDAS md. 2/2'nin uygulama alanını genişletmektedir. Diğer bir ifade ile İki Nolu Ek Protokolün bu düzenlemesi sonucu SİDAS md. 2/1 kapsamındaki bir suç veya mahkumiyete bağlı (ona ek) olarak adli para cezasını gerektiren başka bir suçtan dolayı da iadenin kabul edilmesine imkan tanınmaktadır. Bu nedenle İki Nolu Ek Protokolün 1. maddesindeki "Bu hak sadece nakdi müeyyideleri müstelzim suçlara da teşmil edecektir" hükmünü, sırf adli para cezasını gerektiren suçlarda da iadenin kabul edildiği anlamında değil, **hapis cezasını gerektiren suç ile birlikte ve ona ek olarak adli para cezasını gerektiren bir başka suç veya mahkumiyet için de iadenin kabul edileceği**<sup>55</sup> şeklinde anlaması gerekir.<sup>56</sup>

Diğer taraftan İki Nolu Ek Protokolün 2. maddesi ile SİDAS md. 5 değiştirilerek, mali suçlar da iade yükümlülüğü kapsamına alınmıştır. Ancak Protokol md. 2'de mali suçlarda iade yükümlülüğü kabul edilirken mali suçların

---

<sup>54</sup> İki Nolu Ek Protokol doğrudan adli para cezasını gerektiren suçlarda iadeyi kabul eden bir düzenleme getirmemekte, Protokolün 1. Maddesi, SİDAS md. 2 fik. 2'nin uygulama alanını genişletmektedir. Bun göre SİDAS md. 2/1 kapsamındaki bir suç (hapis cezasını gerektiren suçlar veya hapse mahkumiyet) ile birlikte (ona ek olarak) adli para cezasını gerektiren suçlardan dolayı da iadenin kabul edilmesine imkan tanımaktadır. Ek Protokol md. 2 ile mali suçlar da iade kapsamına alınmışsa da mali suçların yaptırımı ile ilgili herhangi bir düzenleme öngörülmediği için bu suçları açısından da SİDAS md. 2'deki hapis cezasını gerektirme koşulunun bulunması gereklidir.

<sup>55</sup> Aynı yönde bkz. **Ulutaş**, Suçluların Geri Verilmesi, s. 106.

<sup>56</sup> Doktrinde bu ayrım yapılmadığı için yanlış anlamaya yol açacak şekilde SİDAS'a taraf olan devletler arasında adli para cezasını gerektiren suçların da iade kapsamında olduğu belirtilmektedir: Bkz. **Koca/Üzülmez**, s. 801; **Berrin Akbulut**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2016, s. 175; **Özgenç**, 13. Bası, s. 1015; **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 228-229; **Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç**, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 1, 2. Bası, Ankara 2014, s. 400.

yaptırımları ile ilgili herhangi bir düzenleme öngörülmeden, mali suçlar “Sözleşme hükümlerine göre iade konusu olacaktır” denilerek, suç karşılığı yaptırım bakımından diğer suçlarda olduğu gibi SİDAS md.2'deki koşulların bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Bu nedenle iadesi istenen kişinin hapis cezasını gerektiren başka bir suçtan dolayı da iadesi talep edilmediği sürece sadece adli para cezası öngörülmüş olan mali suçlardan dolayı iade SİDAS kapsamında değildir.

İki Nolu Ek Protokolün adli para cezasında iadeye sınırlı bir şekilde izin veren düzenlemesinin temelinde adli para cezasını gerektiren suçların da toplum hayatı bakımından cezalandırmayı gerektirecek ağır sonuçlara sebep olabileceği düşüncesi yatmaktadır. 6706 sayılı Kanun md. 10/2, İki Nolu Ek Protokolün düzenlemesini kabul etmemiştir. Çünkü md. 10/2'de, “bunlardan bazılarının cezası belirtilen sürelerin altında olsa dahi birlikte iadeye konu edilebilir” ifadesi ile kastedilen, sadece hapis cezasını gerektiren suçlardır. Bu nedenle adli para cezasını gerektiren suçlar tek başına iade kapsamında olmayıp, iadesi mümkün olan diğer suçlarla birlikte iadesi kabul edilebilecektir.<sup>57</sup>

**Adli para cezalarının öneminin artması ve çevreye karşı işlenen suçlarda olduğu gibi adli para cezasını gerektiren bazı suçların toplum için ağır sonuçlar doğurması nedeniyle en azından Ek Protokolün düzenlemesine paralel bir düzenlemeyle hapis cezasını gerektiren suçlarla bağlantılı (ek) olarak adli para cezasını gerektiren suçların da iade kapsamına dahil edilmesi yerinde olurdu.<sup>58</sup>**

<sup>57</sup> Bkz. Harun Mert, “Türkiye’den Yabancı Devlete İadenin Şartları”, *Uluslararası Hukuk Bülteni*, Ocak 2018, Sayı: 13, s. 4.

<sup>58</sup> Nitekim yabancı kanunlarda da bu durumlarda iadenin kabul edileceğine ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir: Alman Kanunu § 4, Avusturya Kanunu § 11/3 ve İsviçre Kanunu md. 36/2'de iade kapsamındaki esas suç veya mahkumiyet ile birlikte iade kapsamında olmayan adli para cezasını

Sonuç itibariyle İki Nolu Ek Protokol kapsamında yapılan adli para cezasına ilişkin ek iade talepleri açısından UAİK md. 10/2 hükmü değil, Protokolün hükmü uygulama alanı bulacaktır.

#### **d) Mali suçlarda iade konusu**

6706 sayılı Kanun mali suçlarda iadeyi yasaklayan bir düzenleme getirmediği için mali suçlar da iade kapsamında yer almaktadır. SİDAS md. 5 ile mali suçlarda iade yasaklanmamış ancak iade yükümlülüğü de getirilmemişti. Yukarıda belirtildiği üzere SİDAS'a Ek İki Nolu Protokol'ün 2. maddesi ile SİDAS md. 5 değiştirilerek, mali suçlar da iade yükümlülüğü getirilmiştir. Son zamanlarda yapılan bazı uluslararası sözleşmelerde mali suçlarda iade yükümlülüğü getirildiği görülmektedir. Örneğin, Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair BM Sözleşmesi (md. 11, 13) ve Sınırşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (md. 16/15) sözleşme kapsamındaki suçların mali suç olduğu gerekçesi ile iade talebinin reddedilemeyeceğine ilişkin hükümlere yer vermiştir.<sup>59</sup>

Mali suçların giderek artan bir şekilde ve örgütlü olarak işlenmesi ve ağır vergi suçlarının toplum hayatı bakımından sebep olduğu zararlar düşünüldüğünde UAİK'm mali suçlarda iadeyi yasaklayan bir hükme yer vermemiş olması isabetli ve uluslararası ceza hukukundaki gelişmelerle de uyumludur.

### **3. İade talebine esas teşkil eden fiil hakkında Türkiye'de devam eden herhangi bir soruşturma veya kovuşturmanın bulunmaması**

İadenin kabul edilebilirlik koşullarıyla ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir diğer konu, talep edilen devletteki devam eden bir soruşturma veya

---

gerektiren suçlar ve hapis cezası dışındaki diğer mahkumiyetlerde de iadenin kabul edileceği hüküm altına alınmıştır.

<sup>59</sup> Bkz. Ulutaş, Suçluların Geri Verilmesi, s. 185-186.

kovuşturmanın iadeye engel teşkil edip etmeyeceğidir. Talep edilen devletin yargı yetkisini kullanarak iade talebine esas teşkil eden suç hakkında yapmakta olduğu bir ceza soruşturması veya kovuşturması iade sözleşmeleri ve kanunlarda genel olarak iade engeli olarak kabul edilmektedir. SİDAS md. 8'e göre de, iade talebine esas teşkil eden suç nedeniyle talep edilen devlet soruşturma veya kovuşturma yapılmıyorsa iade talebini red edebilecektir. Ancak bu hüküm, talep eden devlet ülkesi dışında işlenmiş olan suçlar için geçerli olup, talep eden devletin ülkesinde işlenmiş suçlarda Sözleşme md. 7 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

İadeye esas teşkil eden suç nedeniyle Türkiye'de yapılmakta olan bir soruşturma veya kovuşturmanın iadeye engel teşkil edip etmeyeceğine ilişkin UAİK'da doğrudan bir düzenlemeye yer verilmemiş olmakla birlikte, aşağıda incelenecek olan md. 11/1-c bent 3 ve bent 4 hükümleri uyarınca suçun "Türkiye Devletinin güvenliğine karşı, Türkiye Devletinin veya bir Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenmesi" veya "Türkiye'nin yargılama yetkisine giren bir suç olması" halinde iade talebi kabul edilemeyeceği için bu durumlarda Türkiye'de devam eden bir soruşturma veya kovuşturmanın bulunup bulunmamasının iade talebinin kabul edilebilirliği açısından herhangi bir önemi olmayacaktır.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> Söz konusu hallerde TCK hükümleri uyarınca Türkiye'de soruşturma ve kovuşturma yapılması zorunluluğu öngörülmüş olmakla birlikte iade açısından kanunda farklı düzenleme getirilmesine engel bir durum bulunmamaktadır.

#### 4. İadeye esas teşkil eden suç hakkında daha önceden yargılama yapılmamış olması (ne bis in idem)

Devletlerin iç hukukunda geçerli olan aynı fiil nedeniyle aynı kişi hakkında daha önceden verilmiş bir hükmün bulunması halinde bu hususta yeniden yargılama yapılamayacağını ifade eden ne bis in idem kuralı (AİHS 7 Nolu Ek Protokol md. 4, CMK md. 223/7) belli koşullar altında iadenin red nedeni olarak kabul edilmektedir.<sup>61</sup> Nitekim SİDAS md. 9 cümle 1’de, iadesi istenen kişi hakkında talep edilen devletin yetkili makamlarınca iade talebine esas teşkil eden fiiller nedeniyle kesin bir hüküm (karar) verilmiş iade talebi kabul edilmeyecektir, denilerek ne bis in idem ilkesi kesin bir iade engeli olarak düzenlenmiştir.

UAİK md. 11/1-ç’de ise, “iadesi talep edilen kişi hakkında, talebe konu fiil nedeniyle daha önce Türkiye’de beraat veya mahkumiyet kararı verilmiş olması” halinde iade talebinin kabul edilmeyeceği belirterek, SİDAS hükmüne kısmen paralel bir düzenlemeyle ne bis in idem ilkesine yer vermiştir. Hükümde yer alan “beraat veya mahkumiyet kararı verilmiş olması”nı SİDAS md. 9’da olduğu gibi hükmün kesinleşmiş olması şeklinde anlamak gerekir.

Diğer taraftan md. 11/1-ç’de iade engeli olabilecek Türk mahkeme kararları, beraat ve mahkûmiyet kararlarıyla sınırlı olarak kabul edilmiştir. Halbuki yargılama sonunda mahkemece verilebilecek kararlar CMK md. 223’te, “beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı” olarak sayılmıştır. İadeye esas teşkil eden suç nedeniyle Türkiye’de yargılama yapılmış ve yargılama sonucunda uyuşmazlığı kesin olarak sona erdiren ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmedilmesi ve **davanın düşmesi** kararlarının da beraat ve mahkumiyet kararlarında olduğu gibi iade engeli olarak kabul edilmesi yerinde olurdu. Kanaatimce kanunda iade engeli

<sup>61</sup> Ne bis in idem kuralını uluslararası ceza hukukundaki özellikleri konusunda bkz. Yenisey, s. 236 vd.



olarak düzenlenmemiş olsa da söz konusu kararlar da iadeye engel teşkil edecektir.<sup>62</sup> Nitekim SİDAS md. 9'da iadeye esas teşkil eden fiilin talep edilen devlette yargılanarak kesin bir karar verilmiş olmasından bahsedilerek, talep edilen devletteki kararların beraat ve mahkumiyetle sınırlandırmadığı görülmektedir. Yine bazı yabancı ülke kanunlarında beraat ve mahkumiyet kararları dışındaki kararların da iade engeli olarak kabul edildiği görülmektedir.<sup>63</sup>

İade talebine esas teşkil eden fiil nedeniyle talep eden devlette yapılan **soruşturma sonucunda kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmiş olmasının** iadeye engel teşkil edip etmeyeceğine ilişkin UAİK'da herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. SİDAS md. 9 cümle 2'de ise, "Kendisinden iade talep edilen tarafın salâhiyeti makamlarınca aynı fiil veya fiiller hakkında takibat yapılmamasına veya yaptıkları takibata son verilmesine karar verilmiş ise iade talebi ret olunabilir" denilerek, bu husus iade talebini red konusunda seçimlerlik bir yetki olarak düzenlenmiştir.

UAİK md. 11/1-ç hükmünün uygulama alanının çok sınırlı bir halde söz konusu olabileceğini belirtmek gerekir. Çünkü aşağıda açıklanacağı üzere md. 11/1-c-4 uyarınca, iade talebine esas teşkil eden suçun Türkiye'de işlenmesi (md. 10/1), yurt dışında işlenmiş olmasına rağmen suçun "Türkiye Devletinin güvenliğine karşı, Türkiye Devletinin veya bir Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenmiş olması (md. 11/1-c-3) ve "Türkiye'nin yargılama

---

<sup>62</sup> İadeye esas teşkil eden suç nedeniyle Türkiye'de verilmiş olan bir ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi kararının varlığı iade engeli teşkil edecekken, düşme kararının gerekçesine göre farklı bir değerlendirme yapılması gerekebilir. Örneğin suç yurt dışında işlendiği için Türkiye'nin yargı yetkisinin bulunmadığı gerekçesi ile verilmiş bir düşme kararı iadeye engel teşkil etmeyecektir.

<sup>63</sup> Örneğin, İsviçre Kanunu md. 5; Alman Kanunu § 9; Avusturya Kanunu § 16/3.

yetkisine giren bir suç olması” (md. 11/1-c-4) halinde iade talebi kabul edilmeyeceği için bu suçlar nedeniyle Türkiye’de bir yargılama yapılarak hüküm verilmiş olup olmadığına veya suç nedeniyle Türkiye’de bir soruşturma yapıp soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilip verilmediğine bakılmaksızın iade talebi red edilecektir. Aşağıda açıklanacağı üzere UAİK md. 11/1-ç düzenlemesi ancak Türkiye’nin yargı yetkisinin ikincil nitelikte olduğu TCK md. 12/3 ve Adalet Bakanının talebi üzerine soruşturma ve kovuşturması yapılan TCK md. 13’teki suçlar açısından etkili olabilir.

İadeye esas teşkil eden suç hakkında **üçüncü bir ülkedeki yargılamanın iadeye engel teşkil edip etmeyeceği** konusu iade sözleşmeleri ve iadeye ilişkin kanunlarda genellikle düzenlenmemektedir. Ancak Türkiye tarafından 6709 sayılı Kanunla onaylanmış bulunan Suçluların İadesine İlişkin Ek Protokol (SİDAS 1 Nolu Ek Protokol)<sup>64</sup> ile üçüncü bir devletteki mahkumiyet hükmü iade engeli olarak kabul edilmiştir. Ek Protokül’ün 2. maddesi ile SİDAS md. 9 değiştirilerek, iadeye esas teşkil eden suç nedeniyle iadesi talep edilen kişinin üçüncü bir devlette **kesinleşmiş bir hükümle beraat etmiş, hapis cezasına mahkum olup cezası infaz edilmiş veya cezasının affa uğramış olması** belli koşullar altında iade engeli olarak kabul edilmiştir.<sup>65</sup> Protokolün 2. maddesindeki düzenlemeden esinlenilerek Tasarı md.

---

<sup>64</sup> Suçluların İadesine İlişkin Avrupa Sözleşmesine Ek Protokolün onaylanmasının uygun bulunduğu dair 25.04.2016 tarih ve 6709 sayılı Kanuna istinaden Bakanlar Kurlunun 22.05.2016 tarih ve 2016/8846 sayılı Kararı ile söz konusu Protokol onaylanmıştır. Protokolün Türkçe metni 22.05.2016 tarih ve 29719 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır.

<sup>65</sup> Ancak Protokolün söz konusu 2. maddesindeki kural ve istisnalar oldukça karmaşık bir şekilde ifade edilmiş olup, anlaşılması ve uygulanmasında güçlüklerle karşılaşılması muhtemeldir. Protokolün Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanmış olan Türkçe metninin 2. maddesi çok ciddi çeviri hataları içermekte olup, maddenin bu haliyle uygulanması önemli yanlışlıklara neden olabilecektir. Bu nedenle çeviri hataları düzeltilinceye kadar Protokolün orijinal İngilizce metni esas alınması yerinde olacaktır.

91/1-g'de<sup>66</sup> üçüncü devletteki yargılamanın iade engeli olarak dikkate alınmasına ilişkin bir hükme yer verilmişse de, bu hüküm UAİK'ya alınmamıştır.

##### **5. İadeye esas teşkil eden suç hakkında Türkiye'nin yargı yetkisinin bulunmaması**

Bazı ülke kanunlarında olduğu gibi UAİK'da da iadeye esas teşkil eden suç hakkında Türkiye'nin yargı yetkinin bulunması iade engeli olarak kabul edilmiştir. TCK mülga md. 18/1-c deki, "Türkiye'nin yargılama yetkisine giren bir suçun olması" halinde iade talebinin kabul edilmeyeceğine ilişkin hüküm, UAİK md. 11/1-c-4'e aynen alınarak, Türkiye'nin yargı yetkisi iade engeli olarak açıkça düzenlenmiştir. 11/1-c-4 hükmünü yurt dışında işlenmiş olup da Türkiye'nin yargı yetkisine giren suçlar olarak anlamak gerekir. Çünkü, md. 10/1'de iade talebinin "yabancı ülkede işlenen bir suç nedeniyle" kabul edilebileceği ifadesinden Türkiye'de işlenmiş olan suçlarda iadenin kabul edilmeyeceği de ifade edilmiş olmaktadır. Bu nedenle md. 11/1-c-4 hükmünü bir yabancı tarafından yurt dışında işlenmiş olup da TCK hükümleri uyarınca Türkiye'de cezalandırılacağı belirtilen suçlarda iadenin kabul edilmeyeceği şeklinde anlamak gerekir.

UAİK'dan farklı olarak SİDAS md. 7/1'de ise, iadeye esas teşkil eden suçun talep edilen devletin ülkesinde veya ülkesi sayılan bir yerde işlenmesi halinde talep edilen devlete iadeyi ret edebilme yetkisi verilmektedir. İade talebine esas teşkil eden suçun talep eden devlet ve talep edilen devletin ülkeleri dışında üçüncü bir

---

<sup>66</sup> Tasarımın söz konusu madde hüküm şu şekildedir: "(g) iadesi talep edilen kişi talebe konu fiil sebebiyle suçun işlendiği yer mahkemesince kesin hükümle beraat ettirilmiş veya üçüncü bir devlet mahkemesince kesin olarak mahkum edilmiş ve cezası infaz edilmiş, zamanaşımına uğramış veya affedilmiş ya da kişi koşullu salıverilmiş ise" iade talebi kabul edilmez.

**devlette işlenmesi halinde** ise ancak talep edilen devletin mevzuatının bu suçların kovuşturulmasına ya da iadesine izin vermediği hallerde iade talebi red edilebilecektir (SİDAS md. 7/2).

Hangi suçların Türkiye'nin yargı yetkisine girdiği TCK md. 8-13'te düzenlenmiştir.<sup>67</sup> Buna göre, Türkiye'de işlenmiş olan ve Türkiye'de işlenmiş sayılan suçlar (md. 8), yabancı ülkede Türkiye adına memuriyet veya görev üstlenmiş kişinin yurt dışında işlediği suçlar (md. 10), Türk vatandaşının yabancı ülkede işlediği suçlar (md. 11), yabancının yurt dışında Türkiye veya Türk zararına işlediği suçlar (md. 12 fık. 1, 2, 4 ve 5), yabancının yurt dışında yabancıya karşı işlediği suçlar (md. 12/3), yurt dışında Türkiye'nin güvenliğine karşı işlenen suçlar (md. 13 fık. 1-b), yurt dışında uluslar arası hukuka veya menfaatlere karşı işlenen suçlar (md. 13 fık.1-a, fık.1-c,-i) ilgili hükümlerde belirtilen koşullara göre Türkiye'de yargılanacaktır.<sup>68</sup> Yurt dışında işlenen suçlardan sadece TCK md. 12/3 kapsamındaki suçlarda Türkiye'nin yargı yetkisi ikincil nitelikte olup UAİK md. 11/1-c-4 hükmü uyarınca iadesi mümkün olacaktır.

TCK'da oldukça geniş kapsamlı olarak düzenlenmiş olan Türk mahkemelerinin yargı yetkisine giren suçların önemli bir kısmının UAİK md. 11/1-c-4 ile iade kapsamı dışında bırakılması yerinde olmamıştır.<sup>69</sup> Yabancı ülke kanunlarında da talep eden devletin yargı yetkisi iade engeli olarak kabul edilmekle birlikte, ulusal yargı yetkisi bulunsa bile bazı koşullar altında ülkede yargılama yerine iadeye öncelik tanındığı görülmektedir. Örneğin Alman Kanunu § 9'a göre, iadeye

<sup>67</sup> TCK md. 252/10'de, aynı maddenin 9. Fıkra kapsamına giren rüşvet fiillerinin yurt dışında bir yabancı tarafından işlenmesi halinde Türkiye'nin yargı yetkisine ilişkin özel bir düzenleme yapılmıştır.

<sup>68</sup> Bu suçların Türkiye'de cezalandırılmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Faruk Turhan, "Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (md. 13)", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı: 4, Ağustos 2005, s. 197-211.

<sup>69</sup> Md. 11/1-c- 3'teki düzenleme ile SİDAS md. 7/2 hükmü arasındaki fark için bkz. Özgenç, 13. Bası, s. 1033.

esas teşkil eden suç nedeniyle Almanya'nın yargı yetkisinin bulunması tek başına iadeyi red nedeni teşkil etmemektedir. Almanya'nın yargı yetkisine sahip olduğu bir suç nedeniyle § 9'da sınırlı şekilde sayılan Alman mercilerinin soruşturmayı ve kovuşturmayı sona erdiren hüküm ve kararları ancak iadeyi red nedeni olarak kabul edilmiştir.<sup>70</sup>

Diğer taraftan UAİK md. 11 fık. 1-c-4 hükmü yanında bir de md. 11 fık. 1-c-3'te suçun "Türkiye Devletinin güvenliğine karşı, Türkiye Devletinin veya bir Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenmesi" halinde iade talebinin kabul edilmeyeceğine ilişkin düzenlemeye yer vermesi gerekli olmadığı gibi, her iki hükmün birlikte nasıl anlaşılması gerektiği konusu da ciddi tereddütlere neden olmaktadır. TCK mülga md. 18/1-c hükmü doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Söz konusu eleştiriler dikkate alınmadan aynı düzenlemenin UAİK'ya alınması isabetli olmamıştır.<sup>71</sup>

Yurt dışında işlenmiş olan Türkiye'nin yargı yetkisine giren suçlarda genel bir iade yasağı yerine, **Türkiye'nin güvenliğine karşı ve zararına olarak işlenmiş suçlar dışındaki suçlarda belli koşullar altında iadeye izin veren bir düzenleme** suçla etkin bir mücadele açısından **yerinde olurdu**. Çünkü yurt dışında yabancılar tarafından işlenen suçlar nedeniyle iadenin kabul edilmeyip yargılamanın Türkiye'de yapılmak istenmesi halinde suçun işlendiği yer devletinden adli yardım talebinde bulunulması gerekecektir. Suç kendi ülkesinde işlendiği ve kendisinin birincil yargı yetkisi bulunduğu gerekçesiyle yabancı devletçe Türkiye'nin adli yardım talebinin kabul edilmemesi halinde ise Türkiye'de yargılama ve mahkumiyet kararı verilmesi de çoğunlukla mümkün olmayacaktır.

<sup>70</sup> Bu konuda bkz. Turhan, Alman Suçluların İadesi, s. 85.

<sup>71</sup> Eleştiriler için bkz. Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 236-237; Koca/Üzülmez, s. 804.

Bu gibi sakıncaların önüne geçmek için SİDAS hükümleri de dikkate alınarak 2014 Tasarısı md. 91/4-a'da Türkiye'nin yargı yetkisinin bulunduğu yurt dışında işlenen suçlarda belli koşullar halinde iadeye imkan veren bir düzenleme öngörülmüştü.<sup>72</sup> Tasarının bu hükmü yerine, mülga TCK md. 18 hükmünün esas alınması yerinde olmamıştır.

Diğer taraftan TCK md. 12 ve 13'te yer alan ve Adalet Bakanı'nın talebi üzerine soruşturulup kovuşturulan suçlarda Adalet Bakanı tarafından Türkiye'de yargılama yapılmasına ilişkin bir talepte bulunulmayarak suçun işlendiği yer devletine iade sağlanabilir.<sup>73</sup>

## **6. Talep eden devlette siyasi nedenlerle kovuşturma, işkence ya da kötü muameleye maruz kalma tehlikesinin bulunmaması**

### **a) İade engeli olarak siyasi nedenlerle kovuşturma, işkence veya kötü muameleye maruz kalma tehlikesi**

Doktrinde "siyasi nedenlerle kovuşturma tehlikesi"<sup>74</sup> olarak da ifade edilen bu ilkeye göre, bir kimsenin talep edilen devlette siyasi nedenlerle kovuşturulma,

---

<sup>72</sup> Tasarı (md. 91/1-d ve md. 91/4-a), TCK'da Türkiye'nin yargı yetkisini düzenleyen hükümleri dikkate alarak suçun Türkiye'de işlenmesi veya Türkiye'de işlenmiş sayılması hali ile Türkiye adına yurt dışında görev yapanların işlediği suçlar ve Türkiye'nin güvenliğine karşı işlenen suçlarda iadeyi kesin red nedeni olarak kabul etmekte, buna karşı Türkiye'nin veya bir Türkün zararına işlenen suçlar (md. 12/1-2) ile uluslararası suçlarda (md. 13/1-b dışındaki bu maddede sayılan suçlar) iade talebinin kabul edilmeyebileceğine dair bir düzenlemeye yer vermişti.

<sup>73</sup> Bu açıdan örneğin yurt dışında yabancı tarafından işlenmiş (TCK md. 13/1- e) uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK md. 188) suçunun Türkiye'de yargılanması Adalet Bakanının talebi üzerine mümkün olduğu için (TCK md. 13/2) yargılanması kabul edilmiş olduğu için Adalet Bakanı, failin Türkiye'de yargılanması için talepte bulunmayarak suçun işlendiği ülkeye iadesine imkan sağlayabilir. Diğer taraftan iade sözleşmesinde bu gibi durumlarda iade yükümlülüğü bulunması halinde sözleşmenin kanuna göre önceliği hükmü (UAİK md. 1/3) uyarınca Türkiye'de yargılama yerine iadeye öncelik verilmesi gerekecektir.

<sup>74</sup> Almancası: politische Verfolgung

işkence veya kötü muameleye maruz kalma tehlikesinin bulunması halinde adli işbirliği talebi kabul edilmeyecektir. SİDAS md. 3/2'den TCK mülga md. 18/3'e aktarılan bu ilke, 6706 sayılı Kanunda da aynı şekilde iade engeli olarak düzenlenmiştir. 6706 sayılı Kanun md. 11/1-b'ye göre, "iadesi talep edilen kişinin ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri nedeniyle bir soruşturma veya kovuşturmaya maruz bırakılacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence veya kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması" halinde iade talebi kabul edilmeyecektir.

İade sözleşmelerinde de yer alan bu düzenlemenin kaynağı esas itibariyle 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesidir. Bu Sözleşmenin 33. maddesinin 1. fıkrası, Sözleşmeye taraf olan devletlerin, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelere her ne şekilde olursa olsun sınır dışı etmesini veya geri göndermesini (refouler) yasaklamaktadır.<sup>75</sup> Geri gönderme yasağı (Non-Refoulement) olarak ifade edilen bu ilke, daha sonra iadeye ilişkin sözleşmeler başta olmak üzere diğer sözleşmelerde de yer almıştır.<sup>76</sup> Geri

<sup>75</sup> Md. 33 fık. 1: "Hiçbir Taraf Devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade ("refouler") etmeyecektir." Ancak 33. Maddenin 2. Fıkrası bu yasağa istisna getirmiştir: "Bununla beraber, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, işbu hükümden yararlanmayı talep edemez."

<sup>76</sup> Geri gönderme yasağının uluslararası hukuktaki kaynakları ve koruma kapsamı hakkında bkz. Bianca Hofmann,

"Grundlagen und Auswirkungen des völkerrechtlichen Refoulement-Verbots", *Studien zu Grund- und Menschenrechten*, Heft 3, (internet erişimi: <https://publishup.uni-potsdam.de/opus4-ubp/frontdoor/deliver/index/docId/4857/file/SGM03.pdf>). İlkenin Türk hukukundaki düzenlenişi

göndermeme ilkesi iade yasağı olarak açık bir şekilde SİDAS md. 3/2'de düzenlenmiştir.<sup>77</sup> UAİK md.11/1-b'deki düzenleme, SİDAS md. 3/2'ye dayanmakla birlikte, Kanun ile Sözleşme arasındaki en önemli fark, işkence ve kötü muamele tehlikesi açısından söz konusu olmaktadır. Çünkü UAİK md. 11/1-b'deki, iade edilecek kişinin “işkence veya kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması” halinde iadenin reddedileceğine ilişkin düzenleme, SİDAS md. 3/2'de yer almamaktadır. Ancak Kanunun düzenlemesi daha isabetlidir. Çünkü **İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele ve Cezaya Karşı BM Sözleşmesi bir kimsenin iadesi halinde işkenceye tabi tutulacağına dair ciddi sebeplerin bulunması halinde taraf devletlere iade etmeme yükümlülüğü getirmektedir.**<sup>78</sup> Md. 11/1-b düzenlemesi bu Sözleşmeden kaynaklanan iade etmeme yükümlülüğünü de içermektedir. Ayrıca iadesi istenen kişinin talep eden ülkede işkenceye, insanlık dışı ceza veya muameleye maruz kalabileceğini gösteren ciddi nedenlerin bulunmasının

---

hakkında bkz. Ersan **Barkın**, “1951 Tarihli Mülteciliğin Önlenmesi Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/1, s. 346 vd.; Süleyman **Dost**, “Ulusal ve Uluslararası Mevzuat Çerçevesinde Ülkemizdeki Suriye’li Sığınmacıların Hukuki Durumu”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1, Yıl 2014, s. 41 vd., 50; Özgenç, 14. Bası, 1023.

<sup>77</sup> SİDAS md. 3 fık. 2: “Kendisinden iade talep edilen taraf, âdi bir suç için vâki iade talebinin bir şahsı ırk, din, milliyet veya siyasî kanaat cihetinden takip veya cezalandırmak gayesiyle yapıldığına veya bu şahsın vaziyetinin bu sebeplerden biri dolayısı ile ağırlaşabileceğine dair ciddi sebepler mevcut olduğuna kanaat hâsıl ettiği takdirde de aynı kaide tatbik edilecektir.”

<sup>78</sup> İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçük Düşürücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi md. 3: “1. Hiçbir Taraf Devlet bir şahsı, işkenceye tabi tutulacağı tehlikesinde olduğuna dair esaslî sebeplerin bulunduğu kanaatini uyandıran başka devlete geri göndermeyecek, sınır dışı etmeyecek veya iade etmeyecektir.

2. Bu gibi esaslî sebeplerin bulunup bulunmadığını tayin maksadıyla, yetkili merciler, söz konusu devlette mümkün olduğu kadar sistemli biçimde yaygın, açık seçik veya kütleli insan hakları ihlalleri bulunup bulunmadığı dahil tüm ilgili hususları göz önünde tutacaktır.”



iadenin reddi nedeni oluşturacağı doktrin ve uygulamada genel kabul gören bir ilkedir.<sup>79</sup>

Ayrıca UAİK md. 11/1-d ile insan onuru ile bağdaşmayan cezayı gerektiren suçlarda da iade yasaklanmaktadır. Ancak 11/1-b'de iadesi istenen kişinin ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri nedeniyle cezalandırılması tehlikesi söz konusuysen, md. 11/1-d'de suç karşılığı uygulanacak cezanın insan onuru ile bağdaşmayan bir ceza olması gerekmektedir. Ancak her iki halde de kişinin iadesi, anayasa ve insan hakları sözleşmelerinde güvence altına alınmış olan insan haysiyetine aykırı ceza ve muamele yasağını ihlal etmektedir.

Diğer taraftan bir kimsenin **ışkenceye, insanlık dışı muamele veya cezaya uğrama ya da siyasi nedenlerle kovuşturulma veya cezalandırılma konusunda ciddi bir tehlikenin bulunduğu diğer bir devlete iade edilmesi AIHS md. 3'ün ihlalini oluşturacaktır.** Bu husus AIHM'nin çok sayıda kararında vurgulanmaktadır. Örneğin AIHM, Mamatkulov ve Askarov/Türkiye kararında, Soering/İngiltere kararına da atıfta bulunarak, iade halinde Sözleşmenin 3. maddenin ihlal edilebileceğine ilişkin yerleşik içtihadını şu şekilde ifade etmiştir:

“Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, Sözleşmeciler Devlet tarafından yapılan bir iade, söz konusu kişinin iade edildiği ülkede 3. maddenin hilafına bir muamele görme konusunda gerçek bir riske maruz kalacağını gösterecek önemli nedenler varsa, 3. madde çerçevesinde bir soruna yol açabilir ve bu nedenle söz konusu Devlet Sözleşme gereğince yükümlülük altına girebilir. Böyle bir

---

<sup>79</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Lagodny**, in: Schomburg/ Lagodny/Gless/Hackner, IRG § 73, Nr. 54 vd.,

sorumluluğun tesis edilmesi, talep eden ülkedeki koşulların 3. maddenin standartları çerçevesinde değerlendirilmesini kaçınılmaz bir şekilde icap ettirecektir. Bununla birlikte, ne genel uluslararası hukukta, ne de işbu Sözleşme veya başka sözleşmeler çerçevesinde, kabul eden ülkenin sorumluluğu hakkında karar verme veya bu devletin sorumluluğunu tesis etme söz konusu değildir. Sözleşme gereğince bir sorumluluğun ortaya çıktığı ölçüde, bir bireyi yasaklanan kötü muameleye doğrudan doğruya maruz bırakma sonucuna neden olan iadeyi yapan Sözleşmeci Devlet sorumluluk sahibi olacaktır.”

“Bir Sözleşmeci devletin bir kişiyi bu kişinin işkence veya gayri insani ya da aşağılayıcı muamele ya da cezaya maruz kalacağı konusunda önemli nedenlerin bulunduğu diğer bir devlete bilerek teslim etmesinin, Sözleşme Önsözü'nün göndermede bulunduğu 'ortak siyasi gelenekler, idealler, özgürlük ve hukuk devleti mirası' ile uyumu zor olacaktır.”<sup>80</sup>

Ancak Mahkeme'ye göre soyut bir tehlike yeterli olmayıp, somut olayın bütün özellikleri dikkate alındığında kişinin iade edilmesi halinde talep eden ülkede işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulma riskiyle karşılaşacağı yönünde gerçek bir tehlike bulunduğuna inanmayı gerektirecek sağlam gerekçelerin bulunması gerekir.<sup>81</sup>

Diğer taraftan kişinin iadesi halinde maruz kalacağını iddia ettiği kötü muamelenin, Sözleşmenin 3. maddesi kapsamına girebilmesi için asgari ciddiye seviyesinde olması gerekmektedir. Bu husus değerlendirilirken, davanın tüm

---

<sup>80</sup> Mamatkulov ve Askarov/Türkiye Davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire Kararı (4 Şubat 2005), Nr. 67-68 (çeviren: Bülent Çiçekli, <http://www.multeci.org.tr/wp-content/uploads/2016/12/Mamatkulov-ve-Askarov-Turkiye.pdf>). Mamatkulov ve Askarov/Türkiye kararı hakkında değerlendirmeler için bkz. Ergin Ergül, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sınır Dışı Etme ve Geri Verme, Ankara 2012, s. 130-131.

<sup>81</sup> AİHM, Soering/İngiltere, Nr. 91.

koşulları dikkate alınmalıdır.<sup>82</sup> Aynı husus **İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi md. 3/2'de**, iadesi istenen **kişinin iade edildikten sonra işkenceye maruz kalması konusunda ciddi bir tehlikenin bulunup bulunmadığını tespit amacıyla** “yetkili merciler, söz konusu devlette mümkün olduğu kadar sistemli biçimde yaygın, açık seçik veya kütleli insan hakları ihlalleri bulunup bulunmadığı dahil tüm ilgili hususları göz önünde tutacaktır.” denilerek ifade edilmiştir.

AİHM içtihatları ve **İşkenceye Karşı BM Sözleşmesi hükümleri** doğrultusunda 6706 sayılı Kanun md. 11/1-b'de talep eden devletteki kişinin ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşleri nedeniyle bir soruşturma veya kovuşturmaya maruz bırakılacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence veya kötü muameleye maruz kalacağına dair **kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması** halinde iadenin reddedileceği belirtilerek, soyut tehlike veya ihtimalin yeterli olmayacağı açıkça ifade edilmiştir.

6706 sayılı Kanun md. 11/1-b hükmü ile Türkiye'nin AİHS ve **İşkenceye Karşı BM Sözleşmesinden** kaynaklanan işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı ceza veya muamele tehlikesi bulunan hallerde iade etmeme yükümlülüğüne yasal bir dayanak oluşturulmuştur. Diğer taraftan md. 4/1-c hükmü ile iade dışındaki diğer adli işbirliği taleplerinde de bu yasağın dikkate alınması kabul edilmiştir.<sup>83</sup> Talep eden devletteki siyasi nedenlerle soruşturma ve kovuşturma, işkence veya insanlık dışı ceza veya

<sup>82</sup> AİHM, Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye Kararı (Başvuru no: 30471/08), 22 Eylül 2009; Karar özeti için bkz. hudoc.echr.coe.int

<sup>83</sup> Kanunun bütün adli işbirliği türleri için geçerli olan md. 4/1-c hükmü md. 11/1-d hükmü ile bazı ifade farklılıkları olsa da esas itibarıyla örtüşmektedir. Ancak md. 4/1-c'de adli işbirliği talepleri “reddedilebilir” denilerek bu konuda Merkezi Makama değerlendirme ve takdir yetkisi verilmişken, md. 11/1-d'de “iade talebi kabul edilmez” denilerek, Merkezi Makam ve mahkemeyi bağlayan kesin bir red nedeni öngörülmüştür.

muamele tehlikesi halinde iade yasağı yanında diğer adli işbirliği şekillerinin de yasaklanmış olması, insan haklarının ihlaline karşı uluslararası adli işbirliği yoluyla da mücadele edilmesi açısından yerinde bir düzenlemedir.

**b) Siyasi nedenlerle kovuşturma, işkence veya kötü muamele tehlikesi bulunan devletlere sınır dışı etme yasağı**

İadesi talep edilen kişinin talep edilen ülkede sığınma talebinde bulunması nadir rastlanan bir durum değildir. Talep eden devlette siyasi, dini, ırkı vb. nedenlerle hakkında soruşturma, kovuşturma yapıldığı, işkence veya kötü muameleyle maruz kaldığı iddiası ile sığınma talebinde bulunan kişinin iadesinin talep edilmiş olması halinde, sığınma başvurusunun kişinin iadesine engel teşkil edip etmeyeceğinin kanunlarda düzenlenmesi ihtiyacı nedeniyle UAİK md. 12 hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme göre hakkında iade talebi yapılmış olan bir kişi ancak Merkezi Makamın görüşü alındıktan sonra sınır dışı edilebilecektir (md. 12/1). Ancak sığınma başvurusu yapılmış olması iade talebi hakkında karar verilmesine engel teşkil etmeyecektir. Yabancı kanunlarda genellikle iade muhakemesi ile sığınma başvurusu incelemesinin birbirinden bağımsız olduğu kabul edilmektedir. Md. 12/2'de sadece Merkezi Makamın görüşü alınmadan iade talebi reddedilen kişinin talep eden devlete sınır dışı edilmesi yasaklanmaktadır. **İadesi talep edilen kişinin talep eden devlette siyasi nedenlerle kovuşturma, işkence veya insanlık dışı muamele, insan haysiyetine aykırı cezalandırma, ölüm cezasına mahkum edilme gibi iade engelleri nedeniyle iadenin kabul edilmemesi halinde artık talep eden devlete sınır dışı yapılması mümkün olmamalıdır.** Aksi takdirde hususilik ilkesinin korumasına rağmen işkence, insanlık dışı muamele veya cezaya maruz kalma riski olan bir ülkeye iadesi reddedilen kişinin hiçbir koruma olmaksızın sınır dışı edilmesi ciddi bir çelişki oluşturacaktır. Kanunda bu konuda açık bir hükme yer verilmesi yerinde olurdu. Merkezi Makamın görüşünün alınacağına ilişkin md. 12/2 hükmü yeterli değildir. Ancak UAİK md. 12 hükmünün, 6458 sayılı Yabancılar ve

Uluslararası Koruma Kanunu md. 4,<sup>84</sup> md. 55<sup>85</sup> ve md. 63'te<sup>86</sup> yer alan siyasi nedenlerle kovuşturma, işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalma tehdidi altında bulunan bir ülkeye sınırdışı etme yasağı ve koruma statüsü verilmesine ilişkin hükümleri birlikte göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu hallerde hem iade hem de sınırdışı etme yasağının bulunduğu sonuncu çıkmaktadır.

### 7. Talep eden devletteki ölüm cezası veya insan onuru ile bağdaşmayan cezanın iadeye etkisi

Yeni Kanunun getirdiği önemli yeniliklerden birisi de iade talebine esas teşkil eden suçun ölüm cezasını veya insan onuru ile bağdaşmayan bir cezayı gerektirmesi halinde güvence olmadan iadenin kabul edilmeyecek olmasıdır. UAİK md. 11'deki düzenlemeye göre, "iade talebinin, ölüm cezası veya insan onuru ile bağdaşmayan bir ceza gerektiren suçlara ilişkin olması" halinde iade talebi kabul edilmeyecektir (md. 11/1-d). Ancak, "talep eden devlet tarafından, öngörülen cezanın

---

<sup>84</sup> Md. 4: "Bu Kanun kapsamındaki hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez."

<sup>85</sup> Md. 55/1-a: "Sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunanlar" "54 üncü madde kapsamında olsalar dahi, aşağıdaki yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınmaz"

<sup>86</sup> Md. 63/1: "Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak, olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında ikincil koruma statüsü verilir."

infaz edilmeyeceğine dair yeterli teminat verilmesi halinde, iade talebi kabul" edilebilecektir (md. 11/3).

İadeye ilişkin bazı yabancı kanunlarda da ölüm cezasına mahkûmiyet veya ölüm cezasının infazı tehlikesi iade talebinin red nedeni olarak kabul edilmektedir. Bu açıdan örneğin **Avusturya Kanununda**, ölüm cezasına mahkûmiyetin infazına yönelik iade talebinin kabul edilmeyeceği, talep eden devlette ölüm cezası ile cezalandırılan bir suçtan dolayı ise iade talebinin ancak ölüm cezasına hükmedilmeyeceği garanti edilmesi halinde kabul edilebileceği hüküm altına alınmıştır (§ 20/1-2). Dolayısıyla ölüm cezasını gerektiren bir suçtan dolayı iade talebi, ancak talep eden devletin ölüm cezasına hükmedilmeyeceği yönünde bir güvence vermesi halinde kabul edilebilecektir. **İsviçre Kanunu md. 37/3**'te de aynı yönde bir düzenleme yer almaktadır. **Alman Kanunu § 8**'de de, ancak talep eden devletin ölüm cezasına hükmedilmeyeceğini veya ölüm cezasının infaz edilmeyeceğini garanti etmesi halinde iade talebinin kabul edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Alman Kanunundaki bu düzenlemeden, sanık ölüm cezasına mahkum olsa bile talep eden devletin cezanın infaz edilmeyeceğini garanti etmesi halinde iade talebinin kabul edilebileceği anlaşılmaktadır.<sup>87</sup>

Sayısı her geçen gün azalsa da dünyanın birçok ülkesinde hala ölüm cezasına hükmedilmekte ve bu cezalar da infaz edilmektedir. Hukuk sisteminde ölüm cezası olmayan bir devletin ölüm cezasını gerektiren bir suç nedeniyle yapılmış bir iade talebini reddedip reddedemeyeceği iade hukukunun en temel sorunlarından birini teşkil etmektedir.<sup>88</sup> AİHS'ye Ek 6 ve 13 Nolu protokolleri onaylayıp anayasalarından da ölüm cezasını çıkaran Avrupa Konseyine üye

---

<sup>87</sup> Vogel, IRG – Kommentar, § 8, Nr. 36.

<sup>88</sup> Konuya ilişkin 1990'lı yıllardaki hukuki durum ve tartışmalar için bkz. Faruk Turhan, "Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Gelişmeler ve Suçluların İadesi Hukukuna Etkisi", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 4 (Güz 1999), s. 239-258.

devletlerden mevzuatında ölüm cezası bulunan diğer devletlere yapılacak bir iadenin Sözleşmeyi ihlal edip etmeyeceği sorunu güncelliğini korumaktadır.

**AİHS ve ek protokollerinde ölüm cezası olan bir ülkeye iadeyi yasaklayan bir düzenleme bulunmamaktadır.** Ancak konuyla doğrudan ilgili **AİHM'nin ilk önemli kararı olan 1989 tarihli Soering/İngiltere kararında**, Sözleşmenin ölüm cezası bulunan bir ülkeye iadeyi yasaklamadığını, ancak talep eden devlette ölüm cezası hükümlüsünün ölüm koridoru örneğinde olduğu gibi yargılama ve infaz aşamasında maruz kalabileceği koşulların Sözleşmenin 3. maddesi anlamında insanlık dışı ceza ve muamele teşkil edebileceğine karar vererek, **ölüm cezası bulunan bir devlete iadenin Sözleşmeye aykırılık teşkil edebileceğine karar vermişti.**<sup>89</sup>

Ölüm cezasının barış zamanlarında kaldırılmasına ilişkin AİHS'ye **Ek 6 Nolu Protokol** ve savaş zamanları da dahil olmak üzere bu cezanın tamamen kaldırılmasını öngören **Ek 13 Nolu Protokolün** yürürlüğe girmesinden sonra<sup>90</sup> **AİHM, ölüm cezası olan bir devlete iadenin AİHS'nin 2. maddesini de ihlal edebileceğine karar vererek AİHS'ye taraf devletlerin ölüm cezası olan ülkelere iade etmeme yükümlülüğü yönündeki içtihadını kuvvetlendirmiştir.** Bu kararlardan **19.11.2009 tarihli Kaboulov/Ukrayna kararında Mahkeme**, bir kimsenin iade edilmesi halinde

<sup>89</sup> AİHM'nin Soering/İngiltere kararına ilişkin değerlendirmeler için bkz. Faruk Turhan "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Suçluların İadesinde Ölüm Cezası ve Avrupa İnsan Hakları Divanının Soering Kararı", *Yargıtay Dergisi*, Cilt 24, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 1998. s.84-106.

<sup>90</sup> 6 Nolu Ek Protokol Avrupa Konseyine üye 47 devletten Rusya dışındaki bütün devletlerce onaylanmıştır (onay durumu için bkz. [https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/114/signatures?p\\_auth=6SKOicJw](https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/114/signatures?p_auth=6SKOicJw)). 13 Nolu Ek Protokol Konseye üye 47 devletten 43'ü tarafından onaylanmıştır. Onaylamayan devletler: Rusya, Ermenistan ve Azerbaycan'dır. Onay durumu için bkz.: [https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/187/signatures?p\\_auth=6SKOicJw](https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/187/signatures?p_auth=6SKOicJw)

orada ölüm cezası ile cezalandırılma konusunda gerçek bir tehlikeyle karşılaşacağını kabul etmeyi haklı gösteren ciddi nedenlerin bulunması halinde Sözleşmenin 2. maddesinin bu kişinin iade edilmemesi yönünde bir yükümlülük içerdiğine karar vermiştir.<sup>91</sup>

**Mahkeme**, 2.3.2010 tarihli **Al-Saadoon ve Mufdhi/Birleşik Krallık** kararında ise, Sözleşmenin **ciddi ölüm cezası riski bulunan bir ülkeye iadeyi yasakladığını** daha açık bir şekilde ifade etmiştir. Mahkemeye göre, Sözleşmenin 2. maddesi yanında 13 Nolu Ek Protokolün 1. maddesi de, bir kimsenin ölüm cezasına çarptırılma konusunda gerçek bir tehlikeyle karşılaşacağını kabulünü gerektiren ciddi bir tehlikenin bulunması halinde iade ve sınırdışı etmeyi yasaklamaktadır.<sup>92</sup>

**AİHM'nin içtihatlarından çıkan sonuca göre, iadesi istenen kişinin talep edilen ülkede ölüm cezasına maruz kalacağına ilişkin somut bir tehlikenin bulunması ve talep eden devletin ölüm cezasına hükmedilmeyeceği konusunda**

---

<sup>91</sup> AİHM, **Case of Kaboulov v. Ukraine** (*Application no. 41015/04*): “99. The Court observes that, in the context of extradition and positive obligations under Article 2 of the Convention, in complying with their obligations in the area of international legal cooperation in criminal matters, the Contracting States must have regard to the requirements enshrined in that provision of the Convention. Thus, in circumstances where there are substantial grounds to believe that the person in question, if extradited, would face a real risk of being liable to capital punishment in the receiving country, Article 2 implies an obligation not to extradite the individual (see, among many other authorities, *S.R. v. Sweden* (dec.), no. 62806/00, 23 April 2002; *Ismaili v. Germany* (dec.), no. 58128/00, 15 March 2001; and *Bahaddar v. the Netherlands*, judgment of 19 February 1998, *Reports* 1998-I, opinion of the Commission, p. 270-71, §§ 75-78).”

<sup>92</sup> **Case of AL-Saadoon and Mufdhi v. The United Kingdom** (*Application no. 61498/08*): “Similarly, Article 2 of the Convention and Article 1 of Protocol No. 13 prohibit the extradition or deportation of an individual to another State where substantial grounds have been shown for believing that he or she would face a real risk of being subjected to the death penalty there (see *Hakizimana v. Sweden* (dec.), no. 37913/05, 27 March 2008; and, *mutatis mutandis*, *Soering*, cited above, § 111; *S.R. v. Sweden* (dec.), no. 62806/00, 23 April 2002; *Ismaili v. Germany* (dec.), no. 58128/00, 15 March 2001; *Bader and Kanbor*, cited above, § 42; and *Kaboulov v. Ukraine*, no. 41015/04, § 99, 19 November 2009).”



**güvence vermemiş olması halinde AİHS'ye taraf olan bir devletin iade etmeme yükümlülüğü bulunmaktadır.**

SİDAS dışında Türkiye'nin taraf olduğu adli işbirliği ve iade sözleşmelerinde ölüm cezasına mahkumiyet veya ölüm cezasının infazı tehlikesi halinde iadeyi reddetme veya güvence verilmesini istemeyi öngören bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak uygulamada AİHM içtihatları da göz önünde bulundurularak iade talebinde bulunan devletten ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine ilişkin güvence istenmektedir.<sup>93</sup> **UAİK md. 11/3 ile kabul edilen güvence sistemi ölüm cezasına hükmedilmeyeceğine değil, sadece ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine ilişkin sınırlı bir koruma sağlamaktadır.** Bu düzenleme, AİHM'nin yukarıda zikrettiğimiz içtihatlarını karşılama bakımından yetersiz olmakla birlikte uygulamada tereddütleri gidermek ve talep eden devletten güvence istenmesine ilişkin yasal dayanak oluşturmak bakımından olumlu bir gelişmedir.

Yukarıda AİHS md. 3 ile bağlantılı olarak belirtildiği üzere iadesi istenen kişinin insan onuru ile bağdaşmayan bir cezaya mahkum edilecek olması da iade engeli teşkil etmektedir.<sup>94</sup> **UAİK md. 11/3** uyarınca, ölüm cezasında olduğu gibi, kişinin iade edilmesi halinde insan onuru ile bağdaşmayan cezanın infaz edilmeyeceğine ilişkin talep eden devletin yeterli teminat vermesi halinde iade talebi

---

<sup>93</sup> Bu konuda bkz. AİHM, Mamatkulov ve Askarov/Türkiye Kararı, Nr. 99. Ayrıca bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 205-206.

<sup>94</sup> Türkiye'nin taraf olduğu iade sözleşmelerinde sadece hapis cezasını gerektiren suçlarda iade kabul edildiği için suç karşılığı talep eden devlette sürgün, bedeni ceza veya benzeri cezalar öngörüliyorsa iade talebi kabul edilmeyecektir. Ancak suç karşılığı talep eden devlette hükmedilecek ceza insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza olmamakla birlikte hapis cezasına ek olarak hükmedilebilecek ek ceza veya cezanın infaz şekli insan onuru ile bağdaşmayan bir ceza veya muamele niteliği taşıyabilir.

kabul edilebilecektir. Bu düzenleme sonucu, insan onuru ile bağdaşmayan bir cezaya hükmedilebilecek olması tek başına iadeye engel teşkil etmeyecektir.

İnsan onuruna aykırı cezanın iade engeli olarak kabulüne ilişkin düzenlemelere yabancı kanunlarda da yer verilmektedir. Örneğin Avusturya Kanunu § 20/3'te, AİHS'nin 3. maddesine aykırı bir cezaya mahkumiyet veya böyle bir cezanın infazı iade engeli olarak kabul edilerek, bu konuda Sözleşme hükmü ve AİHM kararları referans kabul edilmiştir. Doktrinde, ağır bedeni cezaların bu kapsamda olduğu kabul edilmektedir.<sup>95</sup>

Hangi cezaların insan onuru ile bağdaşmayan ceza olarak kabul edileceği tartışmalara neden olacak niteliktedir. AİHM, Türk infaz hukuku sisteminde de bulunan serbest kalma ümidi olmadan müebbet hapis cezasının infazının hükümlünün ölümüne kadar devam etmesini Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali olarak kabul etmektedir. AİHM'nin yerleşik içtihadına göre müebbet hapis cezasının yeniden incelenmesi için herhangi bir mekanizma ya da ihtimalin bulunmaması halinde, sonraki aşamalara bakılmaksızın, müebbet hapis cezasına hükmedildiği anda Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali söz konusu olacaktır.<sup>96</sup> Mahkemeye göre, müebbet hapis cezası ile cezalandırılan bir mahkumun, hükmedilen cezanın bir gün gözden geçirilerek serbest bırakılacağı ümidi olmadan, ölüncüye kadar hürriyetinden mahrum bırakılması, Sözleşmenin 3. maddesine aykırıdır. Sözleşmeye taraf devletler, müebbet hapis cezasıyla ilgili olarak, hukuken ve fiilen hükümlüye "serbest kalma ümidi sunmalı" ve bu amaçla, "infazın herhangi bir aşamasında cezanın yeniden gözden geçirilmesine" imkan veren bir sistem oluşturmalıdır.<sup>97</sup> Mahkeme bu konudaki içtihadını 18.03.2014 tarihli Öcalan/Türkiye (no. 2) kararında da devam

<sup>95</sup> Barbara Göth-Flemmich, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Bası, 90. Lieferung, Viyana 2013, ARHG § 20 Nr. 3; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 158.

<sup>96</sup> Bu konuda bkz. Mehmet Öncü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi ve İndirimsiz Müebbet Hapis Cezaları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2014 (115), s. 13-36.

<sup>97</sup> Öncü, s. 22.

ettirerek, Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun (CGTİHK) hükümleri<sup>98</sup> uyarınca ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının koşullu salıverme hükümlerinden yararlanmadan hükümlünün ölümüne kadar devam etmesini Sözleşmenin 3. maddesine aykırı bulmuştur.<sup>99</sup>

AIHM ölünceye kadar devam edecek müebbet hapis cezasına ilişkin içtihadını 04.09.2014 tarihli **Trabelsi/Belçika** kararında iade talebinde bulunan devletteki cezalar açısından da inceleyerek, **talep eden devletin hukuk sisteminin umut hakkı tanıyıp tanımadığının araştırılmasını, eğer böyle bir hakkın bulunmaması halinde bu devlete bir kimsenin iadesinin Sözleşmenin 3. maddesini ihlal edeceğine karar vermiştir.** Belçika'dan ABD'ye iadenin söz konusu olduğu bu kararda Mahkeme, ABD hukuk sisteminin, başvuranın iadesine esas oluşturan filler açısından öngördüğü müebbet hapis cezasının “indirimli olarak nitelendirilemeyeceğini”, diğer bir ifade ile hükümlünün koşullu salıverilme hakkının bulunmadığını tespit ettikten sonra, Belçika Hükümetinin başvuranı iade ederek, onu Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir muamele riski ile karşı karşıya bıraktığına ve böylece Sözleşmenin 3. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>100</sup>

**Federal Alman Anayasa Mahkemesi** de Türkiye'nin Almanya'dan yapmış olduğu bir iade talebiyle ilgili olarak 16.01.2010 tarihli kararında, **iadeye esas teşkil eden suç nedeniyle sanığın Türkiye'de ağırlaştırılmış müebbet hapsi cezasına**

---

<sup>98</sup> CGTİHK md. 107/16, geçici md. 2 ve Terörle Mücadele Kanunu md. 17/4 hükümleri kapsamına giren ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarında koşullu salıverilme hükümlerinin uygulanmaması kabul edilmiştir.

<sup>99</sup> Kararın değerlendirilmesi hakkında bkz. **Öncü**, s. 27 vd. Konuyla ilgili AIHM'nin 20.05.2014 tarihli László Magyar/Macaristan ve 15.09.2015 tarihli Kaytan/Türkiye kararları hakkında özet bilgi için bkz. [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Life\\_sentences\\_TUR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Life_sentences_TUR.pdf).

<sup>100</sup> **Öncü**, s. 27.

mahkum olabilecek ve bu cezanın da koşullu salıverme hükümlerinden yararlanmadan infaz edilecek olmasının Alman Anayasasına aykırı olduğuna karar vermiştir.<sup>101</sup>

Talep eden devletçe ölüm cezasının veya insan onuruna aykırı cezanın infaz edilmeyeceğine ilişkin teminat istenmesine ve verilen teminatın yeterli olup olmadığına öncelikle Merkezi Makam karar verecektir. Ancak UAİK md.18/1'de, ağır ceza mahkemesinin iade şartlarını inceleyerek karar vereceği belirtildiği ve md. 11/1-d ve md.11/3'te ölüm cezası ve insan onuruna aykırı cezanın infazı tehlikesi halinde yeterli güvence olmadan iadenin kabul edilmeyeceği belirtildiği için, teminat konusunu inceleyip karar vermek aynı zamanda ağır ceza mahkemesinin de görevine girmektedir.

### 8. İnsani nedenlerle iadenin reddi

İadenin bütün koşullarının bulunmasına rağmen somut olaydaki özel bazı durumlar iadenin orantısız bir şekilde ağır ve insani olmayan bir işlem olarak görülmesine neden olabilir. Bu durumları göz önünde bulunduran kanun koyucu insani nedenlerle iadenin reddi imkanı getirmiştir. UAİK md. 11/4'e göre, "iadesi talep edilen kişinin, talep tarihinde on sekiz yaşını doldurmamış olması, uzun zamandan beri Türkiye'de bulunuyor olması veya evli bulunması gibi kişisel hâlleri nedeniyle, iadenin kişinin kendisini veya ailesini, fiilin ağırlığı ile orantısız şekilde mağdur edecek olması durumunda iade talebi kabul edilmeyebilir."

Öncelikle iade talebinin sözleşmeye dayanmadığı hallerde uygulama alanı bulacak olan bu düzenleme, mutlak bir red nedeni olarak değil, iade talebinin kabulü

---

<sup>101</sup> Federal Alman Anayasa Mahkemesi 16.01.2010 tarih ve 2BvR2299/09 sayılı kararı: [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/01/rk201001u6\\_2bvr229909.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/01/rk201001u6_2bvr229909.html) (erişim tarihi: 12.08.2017)

konusunda yetkili merciin (Merkezi Makamın) somut olayın koşullarını dikkate alarak talebi red etme yetkisi verdiği şeklinde anlamak gerekir.

Bir yönüyle AİHS md. 8'de yer alan aile hayatının korunması hakkını da dikkate alan bu iade engeli<sup>102</sup> iade sözleşmelerinde açıkça yer almamakla birlikte, bu engele doğrudan veya dolaylı olarak yabancı kanunlarda yer verildiği görülmektedir.<sup>103</sup> Örneğin, Avusturya Kanunu § 22'ye göre, iadesi istenen kişinin henüz genç yaşta (çocuk yaşında) olması, uzun süredir Avusturya'da oturuyor olması veya diğer önemli bir kişisel durumu nedeniyle iadeye esas teşkil eden suçun ağırlığı ile karşılaştırılınca hakkındaki iade işleminin açıkça orantısız bir şekilde ağır olacağı anlaşılan hallerde iade talebi kabul edilmeyecektir. UAİK md. 11/4 hükmünün Avusturya Kanundaki söz konusu hükümden esinlenerek düzenlendiği görülmektedir.

Md. 14/4'de dikkat edilmesi gereken husus, iadesi istenen kişinin iade edilmesi halinde kişisel durumu açısından karşılaşılabileceği olağan dışı mağduriyetler ile iadeye esas teşkil eden suçun cezasının ağırlığı arasında bir karşılaştırma yapıp, kişinin iadesinin işlenen suçun cezasına göre daha ağır mağduriyetlere neden olarsa ancak iadenin reddi yoluna gidilebilmesidir. Bu yönüyle hüküm, bir

---

<sup>102</sup> Vatandaş ile evli olmanın AİHS md. 8 hükmü açısından iadeye engel teşkil edip etmeyeceği konusunda bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 222-224.

<sup>103</sup> İsviçre Kanunu md. 37/1'de, iadeye esas teşkil eden suçun İsviçre'de kovuşturulması veya mahkumiyet hükmünün infazının İsviçre'ye devri mümkünse ve bu durum iadesi istenen kişinin tekrar topluma uyumu açısından uygun olacak ise iade talebi reddedilebilir" hükmü ile de dolaylı olarak kişisel ve ailevi durumların iade talebinin kabul edilebilirliğinde dikkate alınmasına imkan tanınmaktadır.

oranlılık ilkesini içermektedir. Yani failin özel durumları ile iadeye esas teşkil eden suçun ağırlığı arasında bir tartım yapılacaktır.<sup>104</sup>

İade nedeniyle uğranılabilecek kişisel mağduriyetlere Kanunda örnek olarak, kişinin talep tarihinde henüz 18 yaşını doldurmamış olması, uzun süredir Türkiye’de oturuyor olması veya Türkiye’de evli olması gibi durumlar örnek olarak belirtmiş, bunlara benzer durumların da iadenin reddi nedeni olabileceğini belirlemek üzere “gibi kişisel haller” ifadesi kullanmıştır.

Uygulamada söz konusu nedenlerin nadiren bir iade talebinin reddine yol açabileceğini belirtmek gerekir. Çünkü iadesi istenen kişinin 18 yaşını tamamlamış olması tek başına bu hükmün uygulanması sonucunu doğurmayacaktır; ayrıca kişinin ailesi ile birlikte uzun süredir Türkiye’de yaşıyor ve Türk toplumuna uyum sağlamış olması, iade edilmesi halinde ailesi ve sosyal çevresi ile bağlarının kopacak olması, buna karşın iadeye esas teşkil eden suçun cezasının iade halinde kişinin uğrayacağı kişisel mağduriyetlere kıyasla hafif olması da göz önünde bulundurulacaktır. İadesi istenen kişinin uzun zamandan beri Türkiye’de bulunuyor olması veya eşinin Türk vatandaşı olması halinde kişinin iadesi halinde aile fertlerinin talep eden devlete gidebilme imkânı olup olmadığının da dikkate alınması gerekecektir.

---

<sup>104</sup> Schwaighofer, s. 90; Göth-Flemmich, ARHG § 22, Nr. 1 vd. Innsbruck Eyalet Yüksek Mahkemesinin 7.4.2010 tarih ve Bs78/10 sayılı kararına esas teşkil eden olayda, Türkiye’nin iadesi talep ettiği kişi 7 yıla yakın bir süredir kesintisiz olarak Avusturya’da ikamet etmektedir. İadesi isten kişi 2009 yılına kadar temizlik işlerinde çalışmış ve bu tarihten itibaren işsizlik parası almaktadır. Sosyal olarak Avusturya’ya tamamen uyum sağlamış, evli, 2 ve 6 yaşlarında iki kızı bulunmaktadır. Mahkemeye göre, 10 yıl önce işlemiş olduğu bir suç nedeniyle mahkumiyetten dolayı Türkiye’de 1 yıl 7 gün infazı gereken hapis cezasının infazıyla amaçlanan kamu yararı karşısında failin somut olayda belirtilen kişisel ve ailevi durumu daha ağır basmaktadır. Diğer taraftan mahkumiyete esas teşkil eden suç, ölüm ve yaralama ile sonuçlanan alkollü olarak trafik kazasına neden olmak suçudur ve failin işlediği suç bakımından dikkate çeken bir suç enerjisini göstermemektedir (aktaran Göth- Flemmich, ARHG § 22, Nr. 6).

## 9. Vatandaşın iadesi yasağı

### a) Vatandaşın iadesi yasağı ve yasağa yönelik eleştiriler

TCK mülga md. 18'de olduğu gibi UAİK md. 11/1-a ile de vatandaşın suç nedeniyle iadesi yasaklanmıştır. Bu yasak Anayasa md. 38/son hükmüne dayandığı için kanunda farklı bir düzenleme yapılması mümkün değildir. Ancak uzun bir tarihi geçmişi olan vatandaşın iadesi yasağının dayandığı gerekçelerin günümüzde aynen geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Yasağın gerekçesi olarak ileri sürülen devletin vatandaşını koruma yükümlülüğü, yabancı hukuk ve yabancı yargıya karşı güvensizlik gibi hususların, hukuk devleti ve insan haklarının güvence altında olduğu ülkelere karşı geçerliliğini devam ettirdiğini ileri sürmek pek mümkün görünmemektedir.<sup>105</sup>

Diğer taraftan iade edilmeyen Türk vatandaşının, suçun işlendiği devlet kanunlarına göre Türkiye'de daha ağır cezalandırılması söz konusu olabileceği için iade yasağı ile vatandaşın korunması söz konusu olmayabilecektir. Çünkü Türk vatandaşlarının yurt dışında işlediği suçların Türkiye'de yargılanmasında TCK md. 19 uyarınca suçun işlendiği yabancı devlet kanununun sınırlı hallerde göz önünde bulundurulması kabul edildiği ve göz önünde bulundurulacak hallerde de sadece yabancı kanunundaki soyut cezanın üst sınırı dikkate alınacağı için, vatandaşın iade edilmeyip Türkiye'de cezalandırılması somut olayın özelliğine göre

---

<sup>105</sup> Vatandaşın iadesi yasağına karşı ileri sürülen görüşler için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 219-220; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 12. Bası, Ankara 2012, s. 108-109; Ahmet Ulutaş, "Suçluların Geri Verilmesinde Vatandaşlığın Rolü ve Türk Vatandaşlığı Kanununun 28 inci Maddesinin Geri Verme Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Ankara Barosu Dergisi 2011/4, s. 188-189.

vatandaş aleyhine bir sonuç doğurabilecektir.<sup>106</sup> Diğer taraftan vatandaşın iade edilmeyip Türkiye’de yargılanması kişisel ve ailevi bakımdan da mağduriyetine neden olabilir. Örneğin, Almanya’da doğup büyümüş, ailesi de Almanya’da yaşayan ve hatta Türk vatandaşlığı yanında Alman vatandaşlığına da sahip olan bir Türkün Almanya’da işlediği bir suç nedeniyle iade edilmeyip Türkiye’de yargılanması onun korunmasına değil, mağduriyetine neden olabilecektir.<sup>107</sup>

Yabancı kanunlarda da vatandaşın iadesi yasağının sınırlandırılması yoluna gidildiği görülmektedir. Örneğin; **İsviçre hukukunda, vatandaşın rıza göstermesi halinde iadesi kabul edilmektedir.** Yine, Hollanda hukuku, talep eden devletin sanığı yargıladıktan sonra verilen ceza mahkumiyetinin infazı için tekrar Hollanda’ya teslim etmeyi garanti etmesi koşuluyla vatandaşın iadesine izin vermektedir.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> TCK md. 19 uyarınca yabancı kanunun göz önünde bulundurulması yöntemi hakkında bkz. Harun Mert, Yurt Dışında İşlenen Suçlardan Dolayı Türkiye’de Yapılan Yargılamalarda Yabancı Ceza Kanununun Göz Önünde Bulundurulması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2015, s. 127 vd.

<sup>107</sup> İşte tam da bu nedenle 6706 sayılı Kanun vatandaşın mağduriyetini önlemek için yabancı bir ülkelye güçlü sosyal bağları olan bir Türk vatandaşının, talebi üzerine mahkum olduğu cezasının infazı amacıyla Türkiye’den bu devlete nakline izin vermektedir. Md. 32’e göre, Türk mahkemeleri tarafından hakkında mahkûmiyet kararı verilen ve ceza infaz kurumunda bulunan hükümlü bir Türk vatandaşı, talepte bulunması halinde “güçlü sosyal bağlarının bulunduğu” bir başka devlete nakledilebilmektedir. Suçun, nakledilecek yabancı ülkede işlenmiş olması gerekmemektedir. Ancak “naklin, hükümlünün sosyal rehabilitasyonuna katkı sağlamayacağı, ceza adaletinin amaçlarına hizmet etmeyeceğinin veya Türkiye’nin millî güvenliği ile temel çıkarlarına uygun düşmeyeceğinin anlaşılması hâlinde”, nakil talebi Merkezi Makam tarafından kabul edilmeyecektir. Kanunun bu düzenlemesi hukuk politikası bakımından yerinde olmakla birlikte, hukuk sistemimiz içinde bir çelişkiye de neden olmaktadır. Çünkü, bir Türk vatandaşının yabancı ülkede işlendiği bir suçun o ülkede yargılanmasına izin verilmezken, Türkiye’de işlediği bir suçun cezasının yabancı ülkede infazına izin verilmektedir. Ayrıca kanundaki bu düzenlemenin Anayasa md. 38/son’daki “vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez” hükmüne uygunluğu da tartışma götürür. Çünkü hükümlünün iadesinde olduğu gibi hükümlünün naklinde de esas itibarıyla vatandaşın işlemiş olduğu bir suçun cezasının infazı amacıyla yabancı ülkeye teslimi söz konusudur.

<sup>108</sup> Turhan, Alman Suçluların İadesi, s. 76.



İade sözleşmelerinde de vatandaşın iadesi yasağına sınırlamalar getirildiği görülmektedir. **SİDAS md. 6, vatandaşın iadesini yasaklamamakta, bu konuda taraf devletlere vatandaşın iade etmeme yetkisi vermektedir.** Diğer taraftan 2002 tarihinde yürürlüğe konan Avrupa Tutuklama Müzekkeresi Avrupa Birliğine üye ülkeler arasında vatandaşın iadesi yasağını kaldırılarak, Birliğe üye ülkelere vatandaşların iadesi yükümlülüğü getirmiştir.<sup>109</sup> Bu yükümlülük doğrultusunda **Almanya'da Anayasanın 16. maddesinin 2. fıkrası değiştirilerek, hukuk devleti ilkelerinin güvence altında olması şartıyla Alman vatandaşlarının Avrupa Birliğine üye ülkelere iadesi kabul edilmiştir.**<sup>110</sup>

Bu gelişmeler ve yukarıda belirtilen gerekçeler dikkate alınarak hukuk sistemimizde vatandaşın açık rızası üzerine yabancı bir ülkeye iadesine izin veren bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

#### **b) Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın getirdiği yükümlülükler sorunu**

TCK mülga md. 18/2'deki "Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, vatandaş suç sebebiyle yabancı bir

---

<sup>109</sup> Ancak Birliğe üye devletler vatandaşın iadesini hükmedilen cezanın ülkesinde infazı koşuluna bağlayabilirler (Avrupa Tutuklama Emri md. 4/6, md. 5/3). Avrupa Tutuklama Müzekkeresi hakkında geniş bilgi için bkz. Mehmet **Gündoğdu**, Avrupa Birliği İnsan Hakları Rejimi Işığında Avrupa Tutuklama Müzekkeresi, Ankara 2018, s. 61 vd.; **Hackner**, in: Schmoburg/Lagodny/Gless/Hackner, 5. Bası, s. 1174 vd.

<sup>110</sup> Alman vatandaşlarının Avrupa Birliğine üye ülkelere iadesi Alman Kanunu § 80'de detaylı olarak düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Lagodny**, in: Schmoburg/Lagodny/Gless/Hackner, 5. Bası, IRG § 80 Nr. 1 vd.

ülkeye verilemez” hükmünün, Türkiye’nin Uluslararası Ceza Divanı’na<sup>111</sup> değil, Divanın kuruluş statüsü olan Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsüne taraf olabileceği, bu nedenle hükmün ifade şeklinin yerinde olmadığına ilişkin eleştirilerin,<sup>112</sup> AY md. 38’deki kesin ifade nedeniyle UAİK md. 11/1-a düzenlemesinde dikkate alınmadığı görülmektedir.

2004 yılında AY md. 38/son’da yapılan değişiklik, Türkiye’nin UCM Statüsünü onaylamasına hazırlık amacıyla taşımaktaydı. Çünkü UCM Statüsüne göre, Statüyü onaylayarak Mahkemenin yargı yetkisini tanıyan devletler gerektiğinde kendi vatandaşlarını da Mahkemeye teslim etmekle yükümlüdür.

Yukarıda açıklandığı üzere 6706 sayılı Kanun sadece yabancı devletlerle olan adli işbirliği ilişkisini (md. 1/2, md. 2/1-c) ve iade açısından da sadece yabancı bir devlete iadeyi düzenlediği (md. 10/1) için UCM’ye teslim bu kanun kapsamında değildir. Bu nedenle vatandaşın UCM’ye iadesine ilişkin md. 11/1 hükmü kanunun diğer hükümleri ile uyumlu değildir. Diğer taraftan iade kavramı devletlerarası işbirliğinde kullanılan bir terim olup, UCM ile işbirliği kapsamında iade yerine teslim kavramı kullanılmaktadır.<sup>113</sup> Çünkü UCM’nin yargı yetkisine giren suçlardan dolayı

<sup>111</sup> Doktrinde yerleşik ifade olan “Uluslararası Ceza Mahkemesi” terimi yerine Anayasada “Uluslararası Ceza Divanı” terimi kullanılmıştır.

<sup>112</sup> Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, 2016, s.188; Ulutaş, Suçluların Geri Verilmesinde Vatandaşlığın Rolü, s. 198.

<sup>113</sup> UCM Statüsünde iadesi için kullanılan “*extradition*” (*Auslieferung*) terimi yerine, “*surrender*” (*Überstellung*), yani teslim terimini kullanılarak, Statüde kastedilenin geleneksel anlamdaki iadeden farklı olduğu belirtilmektedir. Bu nedenle Statü’nün 102. maddesinde teslim ve iadenin tanımlarına yer verilmiştir. Bu madde de, “*surrender*” terimi, bir kimsenin bir devlet tarafından Mahkeme’ye teslim edilmesi (“*the delivering up a person by a State to the Court*”) olarak tanımlanırken, “*extradition*” ise, bir kimsenin bir devlet tarafından başka bir devlete bir sözleşmede veya iç hukukta öngörülen teslimi (“*the delivering up a person by one State to another as provided treaty, convention or national legislation*”) olarak tanımlanarak ikisi arasında fark bulunduğu vurgulanmıştır. Bu nedenle UCM’ye “iade” yerine “teslim” kavramının kullanılması yerinde olacaktır.

Mahkemeye teslim, Mahkemenin kuruluş statüsünde düzenlenmiş olup, devletlere iadeden farklı kurallara tabidir.<sup>14</sup>

Türkiye'nin UCM Statüsünü onaylamaya karar vermesi halinde vatandaşını Mahkemeye teslimi de dahil olmak üzere adli işbirliğine ilişkin diğer konuların çıkarılacak özel bir kanunla düzenlenmesi yerinde olacaktır.<sup>15</sup> Çünkü Türkiye'nin UCM ile işbirliğinin kapsamı sadece vatandaşın teslimi konusuyla sınırlı değildir. AY md. 38/son uyarınca Türk vatandaşının UCM'ye teslimi UCM Statüsünün Türkiye tarafından onaylanması halinde mümkün olacaktır. Ancak UCM Statüsü Türkiye tarafından onaylanmamış olsa bile Türkiye'nin UCM ile işbirliği yapma ve bu kapsamda da vatandaşını Mahkemeye iade etme yükümlülüğü ile karşı karşıya gelebileceğini gözden uzak tutmamak gerekir.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Zafer, s. 619.

<sup>15</sup> Nitekim Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 827 (1993) sayılı Kararı ile kurulan Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesinin yetkisine giren suçlarla ilgili olarak Türkiye ile bu Mahkeme arasındaki işbirliğini düzenlemek için 26.06.2003 tarih ve 4912 sayılı Kanun çıkarılmıştır. Kanun için bkz. RG: 01.07.2003 – 25255. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ile adil işbirliği yükümlülüğü konusunda bkz. Faruk Turhan, "Eski Yugoslavya Topraklarında İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçların Yargılanmasına İlişkin BM Milletlerarası Ceza Mahkemesi", Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000.

<sup>16</sup> Çünkü UCM Statüsü md. 13-b uyarınca Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, işlenen suçların BM Sözleşmesi'nin VII. Bölümüne göre Dünya barışını ihlal edici veya tehdit edici nitelikte ve Statü kapsamında bir suç olduğuna karar vererek, bu suçların kovuşturulmasını UCM savcısından isteyebilir. Bu durumda Statüyü onaylamamış devletlerin de Mahkeme ile işbirliği yükümlülüğü bulunmaktadır. UCM'nin yargı yetkisi konusunda bkz. Faruk Turhan, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi", in: Feridun Yenisey, *Uluslararası Ceza Divanı*, İstanbul 2007, s. 125 vd.

**c) Türk vatandaşlığı konusunun iade sürecinin her aşamasında re'sen dikkate alınması gereği**

Anayasa md. 38/son hükmü vatandaş açısından iade edilmeme konusunda temel bir hakkı güvence altına aldığı için, iadesi istenen kişinin vatandaşlığı ağır ceza mahkemesi tarafından kendi sorumluluğu dahilinde incelenmesi gerekir. Yine iade konusunda yetkili olan Merkezi Makamın da vatandaşlık konusu ileri sürülmemiş olsa bile iadesi istenen kişinin Türk vatandaşı olup olmadığı re'sen inceleme konusu yapması gerekir.

Yeni Türk Vatandaşlığı Kanunu<sup>117</sup> md. 28 uyarınca doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin bu maddede belirtilen istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri belirtilmişse de, bu kişiler AY md. 38/son anlamında Türk vatandaşı olmadıkları için iade yasağı kapsamında değildirler.<sup>118</sup>

**d) İade açısından hangi aşamadaki vatandaşlığın dikkate alınacağı sorunu**

Vatandaşın iadesi yasağı açısından hangi andaki vatandaşlığın esas alınacağına ilişkin 6706 sayılı Kanunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. SİDAS md. 6/1-c'ye göre, vatandaşlığın belirlenmesi açısından karar tarihindeki vatandaşlık esas alınacaktır. Ancak iadeye karar verildikten sonra ve kişi henüz teslim edilmeden önce vatandaşlığın kazanılması halinde de talep edilen devlet iadeyi red edebilecektir.

Doktrinde iade sözleşmelerinde aksine hüküm bulunmayan hallerde TCK md. 6/1-a hükmü uyarınca fiilin işlendiği sıradaki vatandaşlığın iade bakımından da dikkate alınması gerektiği ve fiilin işlendiği tarihten sonra kazanılan Türk

<sup>117</sup> 29.5.2009 tarih ve 5901 sayılı Kanun.

<sup>118</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. Ulutaş, Suçluların Geri Verilmesinde Vatandaşlığın Rolü, s. 201 vd.

vatandaşlığının iadeye engel teşkil etmeyeceği ileri sürülmüştür.<sup>119</sup> 6706 sayılı Kanunla TCK md. 19 ilga edilerek iade konusu TCK'dan çıkarıldığı için TCK md. 6/1-a düzenlemesinin 6706 sayılı Kanun açısından geçerliliği tartışmaya açıktır. Kanaatimce esas itibarıyla yurt dışında işlenen suçların Türkiye'de yargılanması açısından uygulanma alanı bulacak olan TCK md. 6/1-a'daki vatandaşlığa ilişkin belirlemenin iade açısından uygulama imkanı bulunmamaktadır. Çünkü iade yasağı Türk vatandaşı açısından temel hak olarak düzenlendiği için suçun işlendiği tarihteki vatandaşlığın değil, karar anındaki vatandaşlığın esas alınması gerekir.<sup>120</sup> Hatta iadesine karar verildikten sonra teslim anına kadar kazanılan vatandaşlığın da iadeye engel teşkil edeceğini belirtmek gerekir.<sup>121</sup> Ağır ceza mahkemesince hakkındaki iade

<sup>119</sup> Özgenç, 13. Bası, s. 1036; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 402.

<sup>120</sup> Vatandaşın iadesi yasağını kabul eden Avusturya hukukunda bu yasağın teslim anına kadar dikkate alınması gerektiği ve ceza kanundaki suçun işlendiği zamanki vatandaşlığa ilişkin hükmün iade açısından uygulanmayacağı kabul edilmektedir; Schwaighofer, s. 87-88; Göth-Flemmich, ARHG § 13, Nr. 3. Anayasasında vatandaşın iadesi yasağına yer veren Alman hukukunda da teslim anına kadar kazanılan vatandaşlığın iadeye engel teşkil edeceği kabul edilmektedir; bkz. Vogel/Burchard, IRG-Kommentar, § 2 Nr. 39.

<sup>121</sup> Türk doktrininde de çoğunluk görüşü iadenin gerçekleştiği tarihteki vatandaşlığın esas alınması gerektiği yönündedir; Tezcan/Erdem/Önok'a göre (s. 221), "geri vermenin gerçekleştiği tarihte söz konusu olan vatandaşlığın esas alınmasında aynasal bir zorunluluk bulunmamaktadır." Öztürk/Erdem (s. 110), iadenin gerçekleştiği tarihteki vatandaşlığın esas alınması gerektiği görüşündedir. Hakan Hakeri'ye göre (Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Ankara 2017, s. 107), fiilin işlendiği sıradaki vatandaşlık değil, "geri verme anındaki vatandaşlık esas alınacaktır". Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut'a göre (Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, İstanbul 2017, s. 187), "vatandaşlığın belirlenmesinde, esas alınacak an, karar anı olmalıdır. Bu açıdan Türk Ceza Yasası'nda fiilin işlendiği anın esas alınması yerinde değildir." Zafer'e göre (Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m.1-75, 4. Bası, İstanbul 2015, s. 621), fiilin işlendiği sıradaki vatandaşlık dikkate alınacaktır; ancak SİDAS kapsamındaki iade taleplerinde ise bu sözleşmenin hükümleri esas alınmalıdır. SİDAS md. 6/1-c) hükmü ile TCK md. 6/1-a) hükmü arasında çelişki ortaya çıkabileceği yönündeki görüş için bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 62.

talebinin kabul edilebilir olduğuna karar verilen bir yabancıнын teslim tarihine kadar geçen sürede Türk vatandaşlığını kazanması halinde bu husus iade yargılamasının yenilenmesi nedeni oluşturabilecektir. Ancak iadesi talep edilen bir yabancıya Türk vatandaşlığının verilerek iadesinin engellenmesi uluslararası hukuktaki iyi niyet kurallarıyla bağdaşmayacağı gibi talep eden devlet ile olan ilişkiye de ağır zararlar verebileceğini gözden uzak tutmamak gerekir.

#### 10. İadeye esas teşkil eden suçun siyasi suç veya siyasi suçla bağlantılı suç olmaması

İade hukukunun yerleşmiş ilkelerinden olan siyasi suçlarda iade yasağına 6706 sayılı Kanun ile “siyasi suçla bağlantılı” suçlar da dahil edilerek yasağın kapsamı genişletilmiştir (md. 11/1-c-1).<sup>122</sup> Kanunda siyasi suçun tanımı yapılmamakla birlikte md. 11/2’de iade yasağının kapsamını sınırlandıran bir düzenleme yapılmıştır.<sup>123</sup> TCK mülga md. 18’de yer almayan bu yeni düzenlemeye göre, “iade talebin dayanağını teşkil eden fiilin bütün unsurları, özellikle işleniş şekli, suçun işlenmesinde kullanılan araçların veya ortaya çıkan sonuçların ağırlığı dikkate alınarak fiil siyasi suç olarak kabul edilmeyebilir. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar, siyasi suç olarak kabul edilemez.” Doktrinde nisbi siyasi suç olarak adlandırılan ve siyasi amaç veya saikle işlenmiş adi suçlarda iade yasağının kapsamını daraltma amacı güden bu düzenlemenin iade konusunda karar verecek olan mahkemenin değerlendirmesini

<sup>122</sup> TCK mülga md. 18’de sadece siyasi suçlarda iadenin kabul edilmeyeceğinden söz edilirken, 765 sayılı TCK md. 9’da siyasi suçlar veya siyasi suçlarla bağlantılı suçlardan dolayı iadenin kabul edilmeyeceği belirtilmişti. UAİK md. 11/1-c-1) düzenlemesi 765 sayılı Kanunun düzenlemesi ile paralellik teşkil etmektedir.

<sup>123</sup> Siyasi suçlarda iade yasağının kapsamı ile ilgili Türk hukukundaki görüşler ve tartışmalar için bkz. Köksal Bayraktar, Siyasal Suç, İstanbul 1982; Özgenc, 13. Bası, s. 1016 vd.; Artuk/Gökçen, s. 1060 vd.; Yenisey, s. 110 vd.; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2016, s. 161 vd.; Zafer, s. 622 vd.

dayandırabileceği bir kriter ortaya koyması açısından yararlı olduğu söylenebilir.<sup>124</sup> Benzer düzenlemelere bazı yabancı ülke kanunlarında da yer verildiği görülmektedir.<sup>125</sup> Örneğin, **Avusturya Kanunu** §14/1'de siyasi suçlardan dolayı iade talebi kabul edilmeyecektir, denildikten sonra §14/2'de, temelinde siyasi saik veya amaçlar bulunan diğer suçlardan dolayı da iade talebinin kabul edilmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Ancak siyasi bir amaç veya saikle işlenen suçlarda, somut olaydaki bütün durumlar, özellikle fiilin işleniş şekli, fiilin işlenmesinde kullanılan veya kullanılma tehdidine bulunulan araçlar veya fiilin işlenmesi ile ortaya çıkan veya amaçlanan sonuçlar dikkate alındığında, fiilin adi suç (kriminal) özelliği siyasi özelliğine baskın gelen hallerde, fiil siyasi suç olarak kabul edilmeyecektir. Avusturya Kanununun bu düzenlemesine göre, mutlak siyasi suçlarda iade talebi kabul edilmeyecektir. Buna karşın **siyasi bir saik veya amaçla işlenen adi suçlarda ise siyasi amaç veya saik ile suçun adi suç karakteri arasında bir karşılaştırma yapılarak, siyasi özelliğin ağır bastığı hallerde de iade talebi kabul edilmeyecektir.**<sup>126</sup>

<sup>124</sup> Tezcan/Erdem/Önok'a göre (4. Bası, s. 202) ise bu düzenleme siyasi suç kavramını belirsiz hale getirmiştir.

<sup>125</sup> Alman Kanunu § 6/1; Avusturya Kanunu § 14 Nr. 2. İsviçre Kanunu md. 3/2: Siyasi nitelik (özellik, karakter) itirazı şu hallerde kesinlikle dikkate alınmayacaktır:

- a) Soykırım suçunda
- b) İnsanlığa karşı işlenmiş bir suçta
- c) Bir savaş suçunda veya
- d) Failin, cebir, tehdit veya şantaj ile, özellikle uçak kaçırma, toplu yok imha maddelerinin kullanılması, bir felaketin tetiklenmesi veya rehin alma yoluyla, insanların vücut bütünlüğü veya hayatını tehlikeye düşürmüş olması veya tehlike ile karşı karşıya bırakması nedeniyle, fiilin özellikle menfur bir görünüm arz etmesi halinde.

<sup>126</sup> Bu konuda bkz. Göth-Flemmich, ARHG, § 14, Nr. 7 - 9.

UAİK md. 11/2'deki düzenlemenin esas itibariyle Avusturya Kanunu § 14/2 hükmü ile benzerlik taşıdığı görülmekle birlikte, UAİK md. 11/2'de, suçun siyasi özelliği ile adi suç özelliği arasında bir karşılaştırma yapılacağı açıkça belirtilmemiştir. Ancak maddenin ifade şekli karşılaştırma yapamaya engel değildir. Yine Avusturya kanununda siyasi özelliğinin ağır basması halinde suçun siyasi suç olarak kabul edilerek iadenin kabul edilmeyeceği belirtilmişken, UAİK'da ise "fiil siyasi suç olarak kabul edilmeyebilir" denilerek, takdir yetkisine ilişkin bir ifade tarzı kullanılmıştır. UAİK'nın bu ifade tarzı yerinde değildir. Çünkü, söz konusu unsurlar dikkate alındığında fiilin siyasi suç özelliğinin ağır bastığının tespit edilmesi halinde fiili siyasi suç olarak kabul edip etmeme konusunda bir takdir yetkisi söz konusu olamaz. Böyle bir durumda iade konusunda karar verecek mahkemenin talebe esas teşkil eden suçun siyasi suç olduğunu tespit ederek iadenin kabul edilemez olduğuna karar vermesi gerekir. Md. 11/2'de, belirtilen durumların dikkate alınarak suçun siyasi özelliğinin ağır bastığının tespit edilmesi halinde iade talebinin kabul edilmeyeceğine ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmesi isabetli olurdu.

Diğer taraftan bütün adli işbirliği talepleri için geçerli olan UAİK md. 4/1-b'de yabancı devletlerin adlı iş birliği talepleri, "talebe konu fiilin ... siyasî suç veya siyasî suçla bağlantılı bir suç olması hâllerinde reddedilebilir." denilerek, md. 11/1-c-1'deki düzenlemeden farklı bir ifadeye yer verilmiştir. Ancak iade bakımından md 11 fık.1-c-1 ve fık. 2 hükmü, md. 4/1-b'ye göre özel hüküm niteliği taşıdığı için öncelikle uygulanması gerekir.

Uluslararası sözleşmelerde siyasi suç sayılmayacağı kabul edilen soykırım ve insanlığa karşı suçlara md. 11/2'de yer verilmiş olması yerinde ancak eksiktir.<sup>127</sup> Çünkü

<sup>127</sup> Bu konuda bkz.: 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme md. 7: Soykırım fiili ve üçüncü maddede belirtilen diğer fiiller, suçluların iadesi bakımından siyasal suçlar



uluslararası sözleşmelerde soykırım ve insanlığa karşı suçlar yanında, savaş suçlarının da siyasi suç sayılmayacağı açıkça kabul edilmektedir. **Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına Dair 1948 tarihli BM Sözleşmesi** soykırım suçunu oluşturan fiillerin suçluların iadesi bakımından siyasi suç olarak kabul edilmeyeceği ve taraf devletlerin bu fiilleri kendi kanunlarına göre cezalandırma veya iade etmekle yükümlü oldukları hüküm altına alınmıştır (md. 7). Türkiye tarafından 2016 yılında onaylanmış olan SİDAS'a Ek 1 Nolu Protokolün 1. maddesinde soykırım ve insanlığa karşı suçlar ile 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinde tanımlanan savaş suçlarının SİDAS md. 3 kapsamında siyasi suç sayılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Yine 1998 tarihli UCM Statüsüne göre, Mahkemenin yargı yetkisine giren soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ile saldırı suçunda taraf devletlerin talep edilen kişiyi Mahkemeye teslim yükümlülüğü bulunmaktadır. Çünkü Statü md. 89/1'e göre Mahkeme, sanığın bulunduğu tahmin edilen devlete bu kişinin yakalanması ve teslimi için talepte bulunabilir. Statü'ye taraf olan devletler, böyle bir talebi, Statü ve ulusal hukukundaki usule uygun olarak yerine getirmekle yükümlü olup suçun siyasi suç olduğu gerekçesi ile talebi reddedemezler. **Uluslararası ceza hukukundaki söz konusu bu gelişmelere paralel olarak UAİK md. 11/2'ye savaş suçlarının da siyasi suç sayılmayacağına ilişkin hüküm konması yerinde olurdu.**

Siyasi suçlarda iade yasağının kapsamı terör suçları bakımından da sınırlandırılmıştır. Avrupa Konseyinin terörizmle mücadeleyle ilişkin sözleşmeleri başta olmak üzere 1970'li yıllardan itibaren terör suçlarının siyasi suç sayılmayıp iadesi gerektiğine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, **1977 tarihli**

---

olarak kabul edilmez. Sözleşmeci Devletler bu tür olaylarda kendi yasalarına ve yürürlükteki sözleşmelere göre suçluları iade etmeyi üstlenir.

**Tedhişçiliğin (Terörizmin) Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 1. maddesinde sayılan suçların taraf devletler arasında suçluların iadesi amacıyla, siyasi suç, siyasi suça bağlantılı suç veya siyasi nedenle işlenmiş suç olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmiştir.** <sup>128</sup> 15.05.2003 tarihli “Terörizmin (Tedhişçiliğin) Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi Tadil Protokolü” ile siyasi suç sayılmayacak suçlar listesine yeni suçlar eklenerek 1977 tarihli Sözleşmenin 1. maddesinin kapsamı oldukça genişletilmiştir.<sup>129</sup>

Siyasi suçlarda iade yasağına getirilen önemli sınırlamalardan bir diğeri de “**Belçika Kuralı**” olarak da adlandırılan devlet başkanı veya aile bireylerinin hayatına yönelik fiillerin siyasi suç sayılmamasıdır. İlk defa 1856 tarihli Belçika Kanununda düzenlendikten sonra neredeyse bütün iade sözleşmelerinde yer alan ilke SİDAS md. 3/3'te, “İşbu Sözleşmenin tatbikatı bakımından, bir Devlet Reisinin veya ailesi efradından birinin hayatına kasıt siyasî bir suç sayılmayacaktır.” denilerek ifade edilmiştir. Yine Türkiye ile ABD arasında Suçluların Geri Verilmesi ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Anlaşması md. 3/1-a'ya göre de, devlet başkanı veya hükümet başkanına veya aile üyelerinden birine karşı işlenen suçların siyasi suç sayılmayacaktır.<sup>130</sup>

6706 sayılı Kanunda devlet başkanına yönelik suçlara ilişkin bir istisnaya yer verilmemiştir. UAİK md.11'deki siyasi suçlara ilişkin düzenleme sözleşme hükümleri

<sup>128</sup> Bu Sözleşmenin hükümleri hakkında bkz. Özgenç, 13. Bası, s. 1023-1024.

<sup>129</sup> Değişiklik Protokolü Türkiye tarafından onaylanmıştır: RG. 2005/8613.

<sup>130</sup> Bu nedenle TCK md. 309 uyarınca “Cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs” suçunun siyasi suç veya siyasi suça bağlantılı suç olduğu gündeme gelse de bu fiiller kapsamında Cumhurbaşkanının hayatına yönelik fiillere iştirak veya azmettirme bu Sözleşmenin 3. maddesi kapsamında siyasi suç sayılmayacaktır. Ayrıca darbeye teşebbüs kapsamında icra edilen cebirin ağırlığı ve bu kapsamda kişilerin hayat ve sağlığına yönelik kasten öldürme ve yaralama suçları da işlenmiş olduğu için adi suç özelliğinin ağır basması nedeniyle siyasi suç sayılması söz konusu olmamalıdır.

karşısında ikincil nitelikte olup, fiilin siyasi suç sayılmayıp taraf devletin iade ile yükümlü olduğuna ilişkin sözleşme hükümlerinin öncelikle uygulama alanı bulacağını da belirtmek gerekir.

Diğer taraftan TCK mülga md. 18/1-c'de olduğu gibi UAİK md. 11/1-c'de siyasi suç yanında “düşünce suçu” nedeniyle de iadenin kabul edilmeyeceğinden bahsedilmektedir. Ancak iadeye ilişkin sözleşmeler, yabancı kanunlar ve doktrinde siyasi suçlar yanında bir de düşünce suçu kategorisine yer verilmemektedir. Düşünce suçu olarak nitelendirilebilecek suçlar esas itibariyle siyasi suç kapsamında değerlendirilebilecek suçlardır. TCK mülga md. 18/1-c deki düzenlemeye yönelik doktrinde ileri sürülen eleştiriler dikkate alınmayarak aynı kavrama 6706 sayılı Kanunda da yer verilmesi isabetli olmamıştır.<sup>131</sup> Eğer bu yasak ile kişinin siyasi düşünceleri nedeniyle talep eden devlette cezalandırılması tehlikesi kastediliyorsa, yukarıda açıklandığı gibi bu durum iade sözleşmeleri (SİDAS md. 3/2) ve kanunda (UAİK md. 11/1-b; TCK mülga md. 18/3) iade yasağı olarak zaten açıkça düzenlenmiştir.<sup>132</sup>

### 11. Sırf askeri suçlarda iade yasağı

İade hukukunun yerleşmiş ilkelerinden olan askeri suçlarda iade yasağına yeni kanunda da yer verilmiştir. Ancak TCK mülga md. 18'den farklı olarak UAİK md. 11/1-c-2'de, fiilin “sırf askeri suç niteliğinde olması” halinde iadenin kabul

<sup>131</sup> İade engeli olarak düşünce suçuna yer verilmesine yönelik eleştiriler için bkz. Artuk/Gökçen, s. 1056; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/ Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2017, s. 160; Öztürk/Erdem, s. 101; Tezcan/Erdem/Önok, 4. Bası, s. 205; Ulutaş, Suçluların Geri Verilmesi, s. 172-175; Demirbaş, 12. Bası, s. 185; Centel/Zafer/Çakmut, 10. Bası, s. 188;

<sup>132</sup> TCK'daki hangi suçların düşünce suçu olarak görülebileceği konusunda bkz. Zafer, s. 621-622; Yaşar/Gökcan/Artuk, s. 403.

edilmeyeceği hükmüne yer verilerek, askeri suç benzeri suçlar veya karma askeri suçlar olarak nitelendirilen suçların iade yasağı kapsamında olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Uygulamada ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermek açısından Kanunda “sırf askeri suç” kavramına yer verilmesi yerinde olup, bu hüküm iade sözleşmeleri ve yabancı kanunlardaki düzenlemelerle de uyumludur.<sup>133</sup> Nitekim SİDAS md. 4’te genel ceza hukukuna göre suç teşkil etmeyen askeri suçlar dolayısıyla iadenin Sözleşme kapsamında olmadığı belirtilmiştir. Sözleşmenin bu hükmüne göre, sırf askeri suçlarda iade kabul edilmeyecek, buna karşın askeri suç benzeri suçlar ise yasak kapsamında olmayıp iadesi kabul edilebilecektir.<sup>134</sup>

## 12. Hususilik ilkesinin güvence altında olması

Uluslararası hukukun bir ilkesi olarak kabul edilen hususilik ilkesi SİDAS ve iade sözleşmeleri yanında iadeye ilişkin yabancı kanunlarda da iade şartı olarak açıkça düzenlenmiştir. Bu ilkeye göre, talep eden devlet yargı yetkisini sadece iade talebinde yer alan ve talep edilen devletçe iadesi kabul edilen suçlar ve mahkumiyetler hakkında kullanabilir. Buna göre hususilik ilkesinin iki anlamı bulunmaktadır. Birincisi, **iade talebinin kabul edilebilirlik şartı olarak talep edilen devleti ilgilendirmekte ve hususilik ilkesinin güvence altında olması halinde iadenin kabul edilebileceğini ifade etmektedir.** Bu açıdan, bir iade talebi ancak, iadesi istenen kişi hakkında talep eden devlette iade talebinde belirtilen ve talep

<sup>133</sup> Sırf askeri suçlar ile askeri suç benzeri suçlar arasındaki fark için bkz. Turhan, Alman Suçluların İadesi, s. 81-82; Kammergericht Berlin, 7.5.1971 tarih ve 1 Ausl. 31/70 ((75/0) sayılı kararı. Türkiye’nin Almanya’dan yapmış olduğu bu iade talebinde, emre itaatsizlik ve üstüne karşı fiilen taarruzda bulunmak (yaralama) suçlarından bir Türk askeri mahkemesince hükmedilen cezanın infazı amacıyla iadesi istenen bir hükümlü söz konusudur. Kammergericht Berlin emre itaatsizlik suçunun sırf askeri suç olduğu gerekçesi ile iade talebinin kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

<sup>134</sup> SİDAS md. 4’deki hükmündeki Türkçe çevri hatası ve bu hüküm ile TCK mülga md. /18/1’deki askeri suça ilişkin hükmün nasıl anlaşılması gerektiği konusunda bkz. Ulutaş, Suçluların Geri Verilmesi, s. 179-182

edilen devletçe kabul edilen suçlardan başka bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma yapılamayacağı, özgürlüğünün kısıtlanmayacağı ve başka bir devlete teslim edilmeyeceği garanti edilirse ancak iade talebi kabul edilebilecektir. **Hususilik ilkesinin ikinci anlamı ise talep eden devlete yönelik olup, bu devletin yargı yetkisini sınırlandırmaktadır. Talep eden devlet hususilik ilkesi uyarınca iade edilen kişiyi sadece iadesi kabul edilen suçlardan dolayı yargılayabilecek veya hükmedilmiş cezayı infaz edebilecektir.** Diğer bir ifade ile iade edilen devlet, iadeden önce işlenmiş olup iade kapsamında olmayan bir suçtan dolayı iade eden devletin onayı olmadan soruşturma veya kovuşturma yapamayacağı gibi, kişinin hürriyetini kısıtlayan herhangi bir tedbire de başvuramayacaktır. Yine iade eden devletin onayı olmadan kişi üçüncü bir devlete teslim edilemeyecektir. Bu açıdan hususilik ilkesi öncelikle talep edilen devletin egemenlik haklarını güvence altına almaktadır.<sup>135</sup>

İadeye ilişkin yabancı kanunlarda hususilik ilkesinin bu iki yönü dikkate alınarak hem iade talebinin kabul edilebilirlik koşulu olarak kapsam ve koşullarına yer verilmekte hem de iadenin gerçekleşmesi halinde iade edilen devletin iç hukukunda soruşturma ve kovuşturma organlarının hususilik ilkesini dikkate almalarını sağlamak amacıyla kapsam ve koşulları ile sonuçlarına ilişkin düzenlemeye yer verilmektedir. Nitekim Avusturya Kanunu § 23'te iade koşulu olarak hususilik ilkesinin kapsam ve koşulları düzenlenmişken, § 70'te ise yurt dışından Avusturya'ya iade halinde Avusturya makamlarının hususilik ilkesine uymasını sağlayacak bir düzenleme yapılmıştır.

---

<sup>135</sup> Bu konuda bkz. *Schwaighofer*, s. 122-123; *Vogel/Burchard*, IRG-Kommentar, § 11, Nr. 27 vd.; *Göth-Flemmich*, ARHG § 23, Nr. 1.; *Tezcan/Erdem/Önok*, s. 221.

6706 sayılı Kanunda hususilik ilkesi yabancı iade taleplerinin kabul edilebilirlik şartı olarak düzenlenmek istenmiştir. Md. 10/4'e göre, "İade hâlinde, kişi ancak iade kararına dayanak teşkil eden suçlardan dolayı yargılanabilir veya kişinin mahkûm olduğu ceza infaz edilebilir." Yukarıda belirtildiği üzere iadede hususilik ilkesini düzenleyen bir kanun hükmünün öncelikle iade talebinin kabul edilebilirliği açısından ilkenin kapsamını ve hususilik ilkesinin getirdiği sınırlamaların hangi hallerde sonra ereceğini belirlemesi beklenirdi. Ancak SİDAS md. 14'ü esas alan UAİK md. 10/4 düzenlemesi, **Türkiye'nin talep eden devlet olması halinde hususilik ilkesinin güvencelerinin yerine getirileceğine ilişkin bir düzenleme gibi ifade edilmiştir.** Halbuki md. 10/4, Türkiye'nin talep edilen devlet olması halinde iadenin kabul edilebilirlik şartı olarak hususilik ilkesini düzenlemeyi amaçlamaktadır. Yabancı ülke kanunlarında olduğu gibi kanundaki ifade şeklinin iadenin kabul edilebilirlik şartı olarak düzenlenmesi gerekirdi.<sup>136</sup> **Türkiye'nin talep eden devlet olması ve Türkiye'ye iadenin gerçekleşmesi halinde Türk soruşturma ve kovuşturma makamlarının hususilik ilkesini dikkate almalarını sağlamak amacı**

---

<sup>136</sup> Özgenç'e (13. Bası, s. 1007)' göre ise, "bütün iade anlaşmalarında iadede hususilik kuralına yer verilmiştir. Bu nedenle, söz konusu hüküm de haşiv kabilinden bir hükümdür". Kanaatimce hususilik ilkesine iade sözleşmelerinde yer verilmiş olması yeterli değildir. Nitekim sözleşmelerde hususilik ilkesine yer verilen hallerde bile talep edilen devletin somut olayda hususilik ilkesine uyacağına ilişkin talep eden devletten güvence istediği görülmektedir. Örneğin, Türkiye ile Almanya arasındaki iade ilişkisinden geçmiş dönemlerde Türkiye'nin bu ilkeye uymadığı gerekçesi bazı problemler yaşanmış, hatta bu nedenle bir ara Almanya ile Türkiye arasındaki iade işlemleri durma noktasına gelmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi 23.2.1983 tarihli bir kararında, SİDAS'ın 14. maddedeki genel hususilik güvencesinin, Türkiye ile olan iade ilişkilerinde siyasi nedenlerle kovuşturma tehlikesini önlemeye yeterli olmadığını ve bu nedenle, Türkiye'den gelen iade taleplerinde, Türkiye'nin hususilik kuralına uyup uymayacağını yetkili eyalet yüksek mahkemelerince her olayda ayrıca incelenmesi ve gerektiğinde bu konuda güvence istenmesi gerektiğine hükmetmiştir: bkz. Turhan, Alman Suçluların İadesi, s. 86. TCK mülga md. 18/8 hükmünün söz konusu olaylar da dikkate alınarak Türk merci ve mahkemelerinin hususilik ilkesini dikkate almalarını sağlama amacıyla kanuna konduğu söylenebilir.

**taşıyan TCK mülga md. 18/8'deki düzenlemenin aynen yeni Kanuna alınması isabetli olmamıştır.**<sup>137</sup>

Diğer taraftan UAİK md. 10/4'de sadece yargılama yasağından bahsedilmekte, iade edilen kişi hakkında soruşturma yapma yasağı ile özgürlüğünü kısıtlayıcı koruma tedbirlerine başvurma veya üçüncü bir devlete iade yasağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Yukarıda açıklandığı üzere iadede hususilik ilkesi sadece talep eden devlete yargılama yasağı getirmemekte, iadeden önce işlenmiş olup da iade kapsamında yer almayan suçlardan dolayı herhangi bir soruşturma işlemi yapılmasını ve kişi özgürlüğünün kısıtlamasını da yasaklamaktadır. Hususilik ilkesini düzenleyen yabancı kanunlarda da sadece yargılama yasağı değil, kişisel özgürlüğü sınırlayan her türlü tedbirin de yasaklandığı görülmektedir. Nitekim **Avusturya Kanunu** § 23/1-1'e göre, bir iade talebi, iadesi talep edilen kişinin talep eden devlete tesliminden önce işlenmiş ancak iadesi kabul edilmemiş bir suçtan dolayı soruşturulmayacağı, kovuşturulmayacağı, cezalandırılmayacağı, kişisel özgürlüğü sınırlandırılmayacağı ve üçüncü bir devlete iade edilmeyeceği güvence altında ise ancak kabul edilebilir. Yine **SİDAS** md. 14/1'de, "İade edilen şahıs iadeden evvel ika ettiği ve iadeye esas olandan başka bir fiilden dolayı takip veya muhakeme edilemeyeceği gibi bir ceza veya emniyet tedbirinin infazı için tevkif edilemez ve kezalik herhangi bir surette hürriyeti kısılamaz." denilerek, yargılama yasağı yanında, soruşturma yapılması ve özgürlük kısıtlamasının da yasak kapsamında olduğu ifade edilmiştir. **SİDAS** md. 14'ü değiştiren ve hususilik güvencesinin kapsamını genişleten **Dört Nolu Ek Protokol**<sup>138</sup> ile yargılama yasağı yanında açıkça yakalama, gözaltına alma, bir cezanın veya

<sup>137</sup> Bkz. bu yönde eleştiri için bkz. **Özgenç**, 13. Bası, s. 1006-1007.

<sup>138</sup> Protokolün 3. maddesinin Türkçe çevirisinde bir takım hatalar ve ifade bozuklukları bulunmaktadır.

güvenlik tedbirinin infazı amacıyla hapsedme ve kişisel özgürlüğü herhangi bir şekilde sınırlayan tedbirlerin yasak olduğu ifade etmiştir (md. 3).<sup>139</sup>

Diğer taraftan md. 10/4 hükmü hususilik ilkesinden vazgeçmeye ve zamaşımına ilişkin herhangi bir düzenleme içermediği için de eksiktir. Çünkü iade edilen devletin veya iade edilen kişinin soruşturma, kovuşturmayaya veya cezanın infazına onaya vermesi ve koruma süresinin geçmesi gibi hususilik ilkesinden vazgeçilebilecek haller ile iade edilen devletin zamaşımını kesen tedbirlere başvurulabilmesi gibi ilkenin kapsamına ilişkin önemli hususlara madde metninde yer verilmemiştir.

2014 Tasarısı yukarıda bahsedilen iade sözleşmeleri ve yabancı kanunlardaki düzenlemeleri de dikkate alarak hem iadenin kabul edilebilirlik koşulu olarak hususilik ilkesinin kapsamı ve istisnalarını (md. 96)<sup>140</sup> hem de Türkiye'nin talep eden

---

<sup>139</sup> Ancak Dört Nolu Ek Protokol md. 3/2'de, talep eden devletin, iade edilen kişinin özgürlüğünü kısıtlamayan soruşturma tedbirlerine başvurabileceği, gıyapta yargılama da dahil olmak üzere kendi hukukuna göre zamaşımını kesmek için gerekli tedbirleri alabileceği ve kişiyi ülke dışına çıkarmak için gerekli tedbirlere başvurabileceği belirtilmiştir.

<sup>140</sup> Tasarı md. 96: "Hususilik İlkesi

(1) Yabancı bir devletin iade talebi;

a) Türkiye'nin muvafakati olmaksızın, talep edilen kişinin daha önce işlediği ve iadeye esas olandan başka bir fiilden dolayı soruşturma veya kovuşturma yapılamayacağı ya da bir ceza veya güvenlik tedbirinin infazı amacıyla da olsa, hürriyetinin kısıtlanmayacağı,

b) Türkiye'nin muvafakati olmaksızın, kişinin üçüncü bir devlete herhangi bir şekilde teslim veya sınır dışı edilmeyeceği,

c) İade talebine konu soruşturma, kovuşturma ya da ceza veya güvenlik tedbirinin infazının neticelenmesinden sonra kişinin talep eden devletten ayrılabilmesi, Hususlarında teminat verilmesi halinde kabul edilebilir.

(2) Talep eden devletin hususilik ilkesine uyması şartından aşağıdaki hallerde vazgeçilebilir:

a) İadesi istenen kişinin, iade talebine konu soruşturma veya kovuşturmanın nihai olarak sonuçlanması veya ceza veya güvenlik tedbirinin infazından sonra 45 gün içinde talepte bulunan devleti terk etme imkânı ve hakkına sahip olmasına karşın, terk etmemiş olması,

b) İadesi istenen kişinin, talepte bulunan devleti terk ettikten sonra bu devlete geri dönmesi



ülke olması ve iadenin gerçekleşmesi halinde Türk makamlarına yönelik olarak ilkenin kapsam ve istisnalarını (md. 125) içeren kapsamlı bir düzenleme öngörmüştü. İade hukukundaki güncel gelişmeleri de dikkate alan Tasarının bu hükümlerinin göz önünde bulundurulmadığı görülmektedir.

#### IV. SONUÇ VE DEĞERLENDİRMELER

I. Cezai konularda uluslararası adli işbirliğinin Türk iç hukukunda yasal temellerini oluşturan 6706 sayılı Kanun diğer alanlarda olduğu gibi iade konusunda da önemli değişiklikler getirmiştir. İade ile ilgili değişiklikler esas itibariyle iade usulü, iade süreci ve koruma tedbirleri konusunda olmakla birlikte, iadenin kabul edilebilirlik koşulları konusunda da iade hukukundaki yeni gelişmeleri göz önünde bulundurulurken bazı önemli düzenlemelerin kabul edildiği görülmektedir. Ancak TCK mülga md. 18'de yer alıp doktrinde eleştiri konusu olan bazı hükümlerin yeni kanuna aynen alınması uygun olmamıştır. 6706 sayılı Kanundaki iadenin kabul edilebilirlik koşulları ile ilgili düzenlemelerine yönelik eleştirilerin önemli bir kısmı

---

veya bir üçüncü devlet tarafından geri gönderilmesi.

3) Kişinin, talep eden devlette, iade talebine konu suçtan dolayı hareket hürriyetini sınırlayan bir koruma tedbiri veya karar olmaksızın salıverilmesi halinde de bu maddenin 3. Fıkrasının (a) bendi uygulanır.

(4) Talep eden devlet, mevzuatına göre zamanaşımını kesmek amacıyla uygun göreceği tedbirleri alabilir.

(5) Talep eden devlet tarafından bu maddenin 1. Fıkrasında öngörülen işlemlerin yapılması hususundaki muvafakat taleplerine, iade edilen kişinin talebin dayanağını teşkil eden suça ilişkin olarak yaptığı beyanın tutanağı eklenir.

(6) Muvafakat talepleri, iadenin kabul edilebilirliğine karar vermiş olan ağır ceza mahkemesi tarafından incelenir. Mahkemenin muvafakat talebinin kabul edilebilirliği konusundaki kararı ve devamındaki işlemlerde bu Kanunun 99uncu maddesi uygulanır.”

2014 tarihli Tasarıda dikkate alınmıştı. Ancak yeni düzenlemede Tasarı hükümlerinin göz önünde bulundurulmadığı görülmektedir.

## **II. 6706 sayılı Kanunun iadenin temel özelliklerine ilişkin düzenlemeleri ile ilgili tespitlerimizi şu şekilde özetleyebiliriz:**

1) 6706 sayılı Kanun iadenin temel özelliklerinin içeren md. 10/1'deki, "Yabancı ülkede işlenen bir suç nedeniyle hakkında adli merciler tarafından ceza soruşturması veya kovuşturması başlatılan ya da mahkûmiyet kararı verilen bir yabancı, talep üzerine, soruşturma veya kovuşturmanın sonuçlandırılabilmesi ya da hükmedilen cezanın infazı amacıyla talep eden devlete iade edilebilir." hükmü doktrindeki iade tanımlarıyla önemli oranda örtüşmektedir.

2) İade devletlerarası bir adli işbirliği olup, iadenin gerçekleşebilmesi için öncelikle yabancı bir devletin talepte bulunması gerekmektedir. Yabancı bir devletin talebi olmadan, hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmakta olan bir kimsenin yabancı bir ülkeye teslimini iade olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bu anlayıştan hareketle md. 10/1'de yabancı devletin talebini iade için zorunlu bir unsur olarak kabul edilmiştir. Ancak bu düzenleme Türkiye'nin bir yabancı devlete iade teklifinde bulunmasına engel değildir. Tereddütlü durumları ortadan kaldırmak ve iade teklifinin hangi merci tarafından yapılacağını göstermek açısından kanunda yabancı devlete iadenin teklif edilebilmesine imkan sağlayan açık bir düzenlemeye yer verilmesi yararlı olurdu.

3) İade talebinde bulunan tarafın bir "yabancı devlet" olması gerekmektedir. UCM ve BM Güvenlik Konseyi tarafından kurulmuş veya kurulacak uluslararası ceza mahkemelerine kişilerin teslimi kanun kapsamında değildir.

4) Bir suçun soruşturulması ve kovuşturulması amacıyla yapılan iade talebinde suç, hem talep devlet, hem de talep edilen devlet olarak Türk kanunların göre hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmelidir. Kanundaki düzenlemeye göre

güvenlik tedbirlerinde ve adli para cezasını gerektiren suçlar ile adli para cezasına, seçenek yaptırımlara ve müsadereye ilişkin mahkumiyet kararlarının yerine getirilmesinde iade kabul edilmeyecektir.

5) İade talebinin kabul edilebilmesi için Türkiye ile talep eden devlet arasında bir sözleşmenin bulunması gerekli değildir. Md. 10'da sözleşmenin bulunması şartından bahsedilmediği gibi md.3/1-a'da, "mütekabiliyet ilkesi çerçevesinde, yabancı devletlerin adli iş birliği taleplerinin" kabul edilebileceği açıkça gösterilmiştir.

6) Mahkumiyet kararının infazı amacıyla yapılan iade talebinin kabul edilebilmesi için mahkumiyet kararının talep eden devlet mahkemelerince verilmiş olması zorunlu değildir.

**III. 6706 sayılı Kanuna göre iadenin kabul edilebilirlik koşulları ile ilgili tespit ve önerilerimizi şu şekilde özetleyebiliriz:**

1) Fiilin, hem talep eden devlet hukukuna hem de talep edilen devlet olarak Türk hukukuna göre suç teşkil etmesi gerektiği md. 10/2'de açıkça ifade edilmiştir.

2) Fiilin talep edilen devlet hukukuna göre suç teşkil edip etmediğinin belirlenmesi açısından fiilin fail tarafından işlendiğini ispatlamaya yeterli delil bulunup bulunmadığı talep edilen devletçe inceleme konusu yapılmamalıdır. İade talebi ile ekindeki açıklama ve belgelerin doğruluğuna güven ilkesi esas olup, iadesi istenen kişinin kendisine isnad edilen suçu işlemediği yönündeki iddialar Türk mercileri tarafından araştırma konusu yapılmamalıdır

3) İade talebine esas teşkil eden fiilin talep edilen devlet hukuku açısından da kusurlu olarak işlenmiş olduğunun kabulü gerekli değildir. Failin kusur

yeteneğine ve kusurluluğu kaldıran bir durumun varlığına yönelik iddiaların talep eden devletteki ceza muhakemesi sırasında incelenmesi gerekir.

4) İadeye esas teşkil eden fiilde Türk hukuku açısından şahsi cezasızlık veya cezayı kaldıran şahsi sebeplerden birinin bulunması ya da suç tanımında yer alan failin cezalandırılmasını sağlayan bir objektif cezalandırılabilirlik şartının gerçekleşmemiş olması, iade engeli olarak değerlendirilmemelidir.

5) İade sözleşmelerinde hüküm bulunmayan hallerde uygulama alanı bulacak olan 6706 sayılı Kanunun zamaşımı ve affa ilişkin düzenlemesi uygulamada tereddüde neden olacak niteliktedir. SİDAS'a ek protokollerdeki hükümler göz önünde bulundurularak konunun talep edilen devlet olarak Türk hukuku açısından da açıkça düzenlenerek, Türkiye'nin yargı yetkisi bulunan hallerde ancak zamaşımı ve affın iadeye engel teşkil edeceğinin kabul edilmesi amaca uygun olurdu.

6) İade talebine esas teşkil eden suçun cezasının, hem talep eden devlet hukukuna hem de Türk hukukuna göre, soruşturma veya kovuşturma aşamasında üst sınırı bir yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmesi aranarak basit suçların iade kapsamı dışında bırakılması sadece Türk kanununa özgü ve gereksiz bir düzenleme olmayıp, hem SİDAS'ta hem de yabancı ülke kanunlarda yer verilen genel bir ilke niteliğindedir.

7) Kanuna göre kesinleşmiş mahkumiyet kararları bakımından iade talebinin kabul edilebilmesi için hapis cezasının en az dört ay veya daha fazla olması gerekmektedir. Bazı yabancı kanunlarda olduğu gibi hükmolunmuş hapis cezasının değil, hükümlünün iadesi halinde infazı gereken bakiye cezanın esas alınması yerinde bir düzenleme olurdu.

8) Kanunda iadesi istenen kişinin birden fazla suçu bulunması halinde bunlardan bazılarının cezası belirlenen sürelerin altında olsa dahi birlikte iadeye

konu edilebilir denilerek, iade kapsamındaki bir suç yanında ceza süresi bakımından kapsamda olmayan diğer suçlar bakımından da iadenin kabul edilebileceği belirtilmiştir. Ancak hüküm ek iade kurumunu ifade etme açısından yetersiz ve özensiz bir şekilde kaleme alınmıştır. Çünkü SİDAS md. 2/2'de de ifade edildiği gibi ek iadede kastedilen iadesi istenen kişinin “birden fazla suçu bulunması” değil, talep eden devletin birden fazla suçun soruşturulması veya kovuşturulması ya da hapis cezasının infazı amacıyla talepte bulunması ancak bunlardan bazılarının cezasının iade kapsamında olmamasıdır.

9) Kanunda sadece “hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlardan” dolayı iade kabul edildiği için iade kapsamında olan esas suç ile birlikte “güvenlik tedbirleri veya adli para cezasını gerektiren suçlar nedeniyle iade kabul edilmemiştir. Adli para cezalarının öneminin artması ve çevreye karşı işlenen suçlarda olduğu gibi adli para cezasını gerektiren bazı suçların toplum için ağır sonuçlar doğurması nedeniyle en azından Ek Protokolün düzenlemesine paralel bir düzenlemeyle hapis cezasını gerektiren suçlarla bağlantılı (ek) olarak adli para cezasını gerektiren suçların da iade kapsamına dahil edilmesi yerinde olurdu.

10) Mali suçların giderek artan bir şekilde ve örgütlü olarak işlenmesi ve ağır vergi suçlarının toplum hayatı bakımından sebep olduğu zararlar düşünüldüğünde kanunda mali suçlarda iadeyi yasaklayan bir hükme yer verilmemiş olması isabetli olup uluslararası ceza hukukundaki gelişmelerle uyumludur.

11) Kanunda, iadesi talep edilen kişi hakkında, talebe konu fiil nedeniyle daha önce Türkiye’de beraat veya mahkûmiyet kararı verilmiş olması halinde iade talebinin kabul edilmeyeceği belirterek, ne bis in idem ilkesine yer vermiştir. Ancak kanunda iade engeli olabilecek Türk mahkeme kararları beraat ve mahkumiyet kararlarıyla sınırlı olarak kabul edilmesi isabetli olmamıştır. İadeye esas teşkil eden

suç nedeniyle Türkiye’de yargılama yapılmış ve yargılama sonucunda uyuşmazlığı kesin olarak sona erdiren ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmedilmesi veya davanın düşmesi kararlarının da beraat ve mahkumiyet kararlarında olduğu gibi iade engeli olarak kabul edilmesi yerinde olurdu.

12) 6706 sayılı Kanunda da iadeye esas teşkil eden suç hakkında Türkiye’nin yargı yetkinin bulunması iade engeli olarak kabul edilmiştir. Ancak yargı yetkisine giren suçların önemli bir kısmının UAİK md. 11/1-c-4 hükmü ile iade kapsamı dışında bırakılması yerinde olmamıştır. TCK mülga md. 18/1-c hükmü doktrinde haklı olarak eleştirilmekteydi. Söz konusu eleştiriler dikkate alınmadan aynı düzenlemenin UAİK’ya alınması isabetli olmamıştır

13) TCK mülga md. 18’de olduğu gibi yeni kanunda da iade edilecek kişinin talep edilen ülkede siyasi nedenlerle kovuşturma, işkence veya kötü muameleye maruz kalma tehlikesi iade engeli olarak kabul edilmiştir. Bu düzenlemenin kaynağı esas itibarıyla 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesidir. Bir kimsenin işkenceye, insanlık dışı muamele veya cezaya uğrama ya da siyasi nedenlerle kovuşturulma veya cezalandırılma konusunda ciddi bir tehlikenin bulunduğu diğer bir devlete iade edilmesi AIHS md. 3’ün ihlalini oluşturacaktır. Bu husus AIHM’nin çok sayıda kararında vurgulanmaktadır. 6706 sayılı Kanun md. 11/1-b hükmü ile Türkiye’nin AIHS ve İşkenceye Karşı BM Sözleşmesinden kaynaklanan işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı ceza veya muamele tehlikesi bulunan hallerde iade etmeme yükümlülüğüne yasal bir yasal bir dayanak oluşturulmuştur.

14) İadesi talep edilen kişinin talep eden devlette siyasi nedenlerle kovuşturulma, işkence ve insanlık dışı muamele, insan haysiyetine aykırı cezalandırma, ölüm cezasına mahkum edilme gibi iade engelleri nedeniyle iadenin kabul edilmemesi halinde artık talep eden devlete sınır dışı yapılması da mümkün olmamalıdır. Kanunda bu konuda açık bir hükme yer verilmesi yerinde olurdu.

15) Kanunun getirdiği önemli yeniliklerden birisi de iade talebine esas teşkil eden suçun ölüm cezasını veya insan onuru ile bağdaşmayan bir cezayı gerektirmesi halinde güvence olmadan iadenin kabul edilmeyecek olmasıdır. AİHM'nin içtihatlarına göre, iadesi istenen kişinin talep edilen ülkede ölüm cezasına maruz kalacağına ilişkin somut bir tehlikenin bulunması ve talep eden devletin ölüm cezasına hükmedilmeyeceği konusunda güvence vermemiş olması halinde AİHS'ye taraf olan bir devletin iade etmeme yükümlülüğü bulunmaktadır. UAİK md. 11/3 ile kabul edilen güvence sistemi ölüm cezasına hükmedilmeyeceğine değil, sadece ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine ilişkin sınırlı bir koruma sağlamaktadır. Kanundaki bu düzenleme, AİHM'nin içtihatlarını karşılama bakımından yetersiz olmakla birlikte uygulamada tereddütleri gidermek ve talep eden devletten güvence istenmesine ilişkin yasal dayanak oluşturmak bakımından olumlu bir gelişmedir.

16) İadesi istenen kişinin insan onuru ile bağdaşmayan bir cezaya mahkum edilecek olması da iade engeli teşkil etmektedir. AİHM ölünceye kadar devam edecek müebbet hapis cezasına ilişkin içtihadını Trabelsi/Belçika kararında iade açısından da inceleyerek, talep eden devletin hukuk sisteminin umut hakkı tanıyıp tanımadığının araştırılmasını, eğer böyle bir hakkın bulunmaması halinde bu devlete bir kimsenin iadesinin Sözleşmenin 3. maddesini ihlal edeceğine karar vermiştir.

17) TCK mülga md. 18'de olduğu gibi UAİK md. 11/1-a ile de vatandaşın suç nedeniyle iadesi yasaklanmıştır. Bu yasak Anayasa md. 38/son hükmüne dayandığı için kanunda farklı bir düzenleme yapılması mümkün değildir. Yasağın gerekçesi olarak ileri sürülen devletin vatandaşını koruma yükümlülüğü, yabancı hukuk ve yargıya karşı güvensizlik gibi hususların, hukuk devleti ve insan haklarının güvence altında olduğu ülkelere karşı geçerliliğini devam ettirdiğini ileri sürmek pek

mümkün görünmemektedir. Anayasa md. 38/son'da değişiklik yapılarak, vatandaşın açık rızası üzerine yabancı bir ülkeye iadesine izin verilmesi yerinde olacaktır.

18) İade hukukunun yerleşmiş ilkelerinden olan siyasi suçlarda iade yasağına “siyasi suçla bağlantılı” suçlar da dahil edilerek yasağın kapsamı genişletilmiştir (md. 11/1-c-1). Kanunda siyasi suçun tanımı yapılmamakla birlikte md. 11/2'de iade yasağının kapsamını sınırlandıran bir düzenleme yapılmıştır. Ancak Uluslararası sözleşmelerde siyasi suç sayılmayacağı kabul edilen soykırım ve insanlığa karşı suçlara md. 11/2 yer verilmiş olması yerinde ancak eksiktir. Uluslararası ceza hukukundaki gelişmelere paralel olarak savaş suçlarının da siyasi suç sayılmayacağına ilişkin hüküm konması yerinde olurdu.

19) SİDAS, iade sözleşmeleri ve iadeye ilişkin yabancı kanunlarda iadenin kabul edilebilirlik şartı olarak düzenlenen hususilik ilkesinin kanundaki düzenleniş şekli isabetli olmamıştır. Yabancı ülke kanunlarında olduğu gibi ilkenin iadenin kabul edilebilirlik şartı olarak düzenlenmesi gerekirdi.



## YARARLANILAN KAYNAKLAR

**AKBULUT, Berrin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2016.

**ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet**, Ceza Hukuku Genel Hükümler,  
11. Bası, Ankara 2017.

**BARKIN, Ersan**, “1951 Tarihli Mülteciliğin Önlenmesi Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/1, s. 331-360.

**BAYRAKTAR, Köksal**, Siyasal Suç, İstanbul 1982.

**BAYTEMİR KOTANCI, Burcu**, “Suçluların Geri Verilmesinde Yeni Arayışlar: Geri Vermede Basitleştirilmiş Usul”, *Dr. Dr.h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan*, Editörler: Feridun Yenisey/İzzet Özgenç/Ayşe Nuhoglu/Adem Sözüer/Faruk Turhan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 1097-1026.

**CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, İstanbul 2017.

**CONRAD, Peter**, Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit im Rechtshilferecht und Strafanwendungsrecht, Hamburg 2013.

**DEMİRBAŞ, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, 2016

**DOST, Süleyman**, “Ulusal ve Uluslararası Mevzuat Çerçevesinde Ülkemizdeki Suriye’li Sığınmacıların Hukuki Durumu”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 1, Yıl 2014, s. 27-69.

**ERDEM, Nursan**, “Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesine Ek Dördüncü Protokol”, *Uluslararası Hukuk Bülteni*, Mayıs – Ağustos 2016, Sayı: 8, s. 28-30.

**ERGÜL, Ergin**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku'nda Sınır Dışı Etme ve Geri Verme, Ankara 2012.

**GÜNDOĞDU, Mehmet**, Avrupa Birliği İnsan Hakları Rejimi Işığında Avrupa Tutuklama Müzekkeresi, Ankara 2018.

**GÖTH-FLEMMICH, Barbara**, in: Frank Höpfel/ Eckart Ratz, Wiener Kommentrar zum Strafgesetzbuch, 2. Bası, 90. Lieferung, ARHG, Viyana 2013.

**HACKNER, Thomas**, in: Wolfgang Schomburg/Otto Lagodny/Sabine Gless/Thomas Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Bası, München 2012.

**HAKERİ, Hakan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Ankara 2017.

**HOFMANN, Bianca**, "Grundlagen und Auswirkungen des völkerrechtlichen Refoulement-Verbots", *Studien zu Grund- und Menschenrechten*, Heft 3 (internet erişimi: <https://publishup.uni-potsdam.de/opus4-ubp/frontdoor/deliver/index/docId/4857/file/SGM03.pdf>)

**İÇEL, Kayıhan/DONAY, Süheyl**, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım 1. Kitap, 3. Bası, 1999.

**KOCA, Mahmut /ÜZÜLMEZ, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2017.

**LAGODNY, Otto**, in: Wolfgang Schomburg/Otto Lagodny/Sabine Gless/Thomas Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Bası, München 2012.

**MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/KARADENİZ, Serra**, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, 2017

**MERT, Harun**, Yurt Dışında İşlenen Suçlardan Dolayı Türkiye’de Yapılan Yargılamalarda Yabancı Ceza Kanununun Göz Önünde Bulundurulması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2015.

**MERT, Harun**, “Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Sempozyumu Üzerine” *Uluslararası Hukuk Bülteni*, Mayıs 2018, Sayı: 14, s. 2-4. ([http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/makaleler/sayii4makaleler/h\\_mert.pdf](http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/makaleler/sayii4makaleler/h_mert.pdf))

**MERT, Harun**, “Türkiye’den Yabancı Devlete İadenin Şartları”, *Uluslararası Hukuk Bülteni*, Ocak 2018, Sayı: 13, S. 2-4.

**MURAT, Abdullah**, “Adli İşbirliği Türü ve Yönteminin Belirlenmesinde Merkezi Makamın Yetkisi”, *Uluslararası Hukuk Bülteni*, Sayı: 14, Mayıs 2018, s. 19-22.

**ÖNCÜ, Mehmet**, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 3. Maddesi ve İndirimsiz Müebbet Hapis Cezaları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 2014 (115), s. 13-36.

**ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2017.

**ÖZGEN, Eralp**, Suçluların Geri Verilmesi, Ankara 1962.

**ÖZGENÇ, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası Ankara 2017.

**ÖZGENÇ, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası Ankara 2018.

**ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 12. Bası, Ankara 2012.

**TEZCAN, Durmuş /ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, Murat Rıfat**, Uluslararası Ceza Hukuku, 4. Bası, Ankara 2017

TURHAN, Faruk, Die Rechtsstellung des Auszuliefernden nach türkischem Recht unter rechtsvergleichender Berücksichtigung des deutschen Rechts, Frankfurt am Main, 1993.

TURHAN, Faruk, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Suçluların İadesinde Ölüm Cezası ve Avrupa İnsan Hakları Divanının Soering Kararı”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt: 24, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 1998. s. 84-106

TURHAN, Faruk, “Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Gelişmeler ve Suçluların İadesi Hukukuna Etkisi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 4 (Güz 1999), s.239-258

TURHAN, Faruk, “Alman Suçluların İadesi Hukukunun Esasları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 3-4, Yıl 2003, s. 75-113.

TURHAN, Faruk, “Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (md. 13)”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı: 4, Ağustos 2005, s. 197-211.

TURHAN, Faruk, “Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi”, in: Feridun Yenisey, *Uluslararası Ceza Divanı*, İstanbul 2007, s. 123-134.

TURHAN, Faruk, “Eski Yugoslavya Topraklarında İnsanlık Aleyhine İşlenen Suçların Yargılanmasına İlişkin BM Milletlerarası Ceza Mahkemesi”, *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2000, s. 333-365.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2016.

SCHOMBURG, Wolfgang/LAGODNY, Otto in: Wolfgang Schomburg/Otto Lagodny/Sabine Gless/Thomas Hackner, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 5. Bası, Münih 2012.

SCHWAIGHOFER, Klaus, *Auslieferung und Internationales Strafrecht*, Viyana 1998.

**ULUTAŞ, Ahmet**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Suçluların Geri Verilmesi, Ankara 2012,

**ULUTAŞ, Ahmet**, “Suçluların Geri Verilmesinde Vatandaşlığın Rolü ve Türk Vatandaşlığı Kanununun 28 inci Maddesinin Geri Verme Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi* 2011/4 s. 178- 210.

**VOGEL, Joachim/BURCHARD, Christoph**, in: **Heinrich Grützner/Paul-Günter Pötz/Claus Kress/Nikolaos Gazeas**, Internationale Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Cild II, IRG – Kommentar, 2012.

**YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa**, **Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt 1, 2. Bası, Ankara 2014.

**YENİSEY, Yenisey**, Milletlerarası Ceza Hukuku, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuatı, İstanbul 1988.

Türk Uluslararası Adli İşbirliği Kanun Tasarısı, T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara, Ekim 2014

**ULUTAŞ, Ahmet**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Suçluların Geri Verilmesi, Ankara 2012

**ULUTAŞ, Ahmet**, “Suçluların Geri Verilmesinde Vatandaşlığın Rolü ve Türk Vatandaşlığı Kanununun 28 inci Maddesinin Geri Verme Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi* 2011/4, s. 178- 210

**ZAFER, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m.1-75, 4. Bası, İstanbul 2015.

**ZEIDLER, Arne**, Der Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit im Auslieferungsrechts, Hamburg 2008



## HAKEMLİ MAKALE/ PEER REVIEWED ARTICLE

### ULUSLARARASI YATIRIM HUKUKUNDA 'YATIRIM' KAVRAMI

*Dr. Lâle AYHAN İZMİRLİ\*\**

#### ÖZET

'Yatırım' kavramı uluslararası yatırım hukukunun ana unsurudur. Yatırımın tanımı, özellikle çok taraflı ve iki taraflı antlaşmalar kapsamındaki hakların ve yükümlülüklerin belirlenmesinde kilit role sahiptir. Zira uluslararası yatırım hukukunda, bir ekonomik faaliyetin öngörülen koruma mekanizmalarından yararlanması, uyuşmazlıkların çözümlenmesi, hakem heyetinin yetkisinin kabul edilmesinin ön şartı faaliyetin 'yatırım' olarak nitelendirilmesidir.

Doktrin, çok taraflı veya iki taraflı antlaşmalar, milli mevzuat gibi farklı kaynaklar çerçevesinde kavrama ilişkin farklı tespitler yapılmakla birlikte, bu kaynaklar tek başına 'yatırım' kavramının kavramsal anlamının tespitinde yeterli olmamaktadır.

Çalışmada çok taraflı antlaşmalar, iki taraflı antlaşmalar ile hakem kararları ve ayrıca Türk iç hukukundaki düzenlemelerde yatırım kavramının tanımına yer verilip verilmediği araştırılmış ve yatırımı karakterize eden unsurlar üzerinde durulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** *Yatırım kavramı, yatırım hukuku, milletlerarası tahkim, yatırım antlaşmaları, ICSID.*

## THE NOTION OF 'INVESTMENT' IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW

### ABSTRACT

The notion of 'investment' is a core element of the international investment law. The definition of investment has the key role determining the scope of application of rights and obligations especially under the multilateral and bilateral investment treaties. The prerequisite for benefiting from the envisaged protection mechanism of an economic activity, dispute resolution, acceptance of the authority of the arbitral tribunal is that the activity is supposed to qualify as 'investment'.

Even though there are some determinations regarding the concept of investment in different sources such as doctrine, multilateral or bilateral treaties, national legislation, solely these sources are not enough to determine the conceptual meaning of investment.

This study examines whether there's any definition of notion of investment under multilateral treaties, bilateral treaties and arbitration awards and also Turkey's national regulations and dwells on the elements which characterises investment.

**Key Words:** *Notion of Investment, investment law, international arbitration, investment treaties, ICSID.*



## GİRİŞ

İkinci Dünya Savaşı'na kadar ülkelerin ekonomik ilişkileri genellikle egemenlik yetkileri çerçevesinde düzenlenirken, İkinci Dünya Savaşı sonrasında ekonomik ilişkiler gerçek anlamda uluslararası boyut kazanmıştır.<sup>1</sup> Bu çerçevede dünya ekonomisinde yabancı sermaye yatırımları 1950'li yıllardan itibaren yoğunluk kazanmaya başlamış, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Avrupa'nın yeniden inşası ile uluslararası sermaye akımları önemli boyutlara ulaşmıştır.<sup>2</sup> Günümüzde yabancı yatırımlar gerek zengin sanayileşmiş ülkeler, gerekse gelişmekte olan ülkeler açısından ekonomik hayatta önemli bir yere sahiptir.<sup>3</sup> Bir ülkede yabancı yatırımların varlığı ve büyüklüğü, o ülkenin piyasalarının güvenilirliğini gösterdiği gibi,<sup>4</sup> ülke ekonomisine de katkıda bulunmaktadır. Ülkeler açısından bu kadar önem taşıyan bir kavramın içeriğinin tespit edilmesi önemlidir. Yabancı yatırımların sahip olduğu öneme rağmen, 'yabancı yatırım'a ilişkin çalışmalarda 'yatırım'ın genel bir tanımının yapılmadığı göze çarpmakta, yapılan tanımların genellikle ilgili düzenleme çerçevesinde şekillendiği görülmektedir. Bu çalışmada 'yatırım' kavramının tanımı çeşitli kaynaklardan hareketle ortaya konulmaya çalışılacaktır.

---

\*\* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, (e-posta: [ayhanlale@gazi.edu.tr](mailto:ayhanlale@gazi.edu.tr)) (Makale Gönderim Tarihleri: 14.11.2018-26.11.2018/03.12.2018-05.12.2018)

<sup>1</sup> IŞIK, Olcay, "Uluslararası Hukukta Yatırım Kavramı: Antlaşmalar Temelinde Bir Değerlendirme", Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt:7, Sayı:28, 2011, S:125-145, s.126.

<sup>2</sup> BERKSOY, Taner / DOĞRUEL, A. Suut / DOĞRUEL, Fatma, *Türkiye'de Yabancı Sermaye*, YY, Aralık, 1989, s.1; DOLZER, Rudolf / SCHREUER, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Newyork, 2008, s.1.

<sup>3</sup> TİRYAKİOĞLU, Bilgin, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, Dayınlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2003, s.1.

<sup>4</sup> ALGÜNER, Ayhan, *Kurumsal Yatırımcılar, Finansal Piyasalara Etkileri ve Türkiye Örneği*, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Yayın No: 199, Ankara, 2006, 35.

## I. GENEL OLARAK YATIRIM KAVRAMI

### A. Kavramın Belirsizliği

Uluslararası hukukta yabancı yatırımın tanımı yapılmamıştır.<sup>5</sup> Hatta birçok uluslararası sözleşmede yabancı yatırımın tanımına bilinçli olarak yer verilmemiş, buna karşılık bazı iki taraflı antlaşmalarda, yabancı yatırımın antlaşma çerçevesinde tanımı yapılmıştır.<sup>6</sup> Yatırıma ilişkin uluslararası antlaşmalarda, antlaşma hükümleri

<sup>5</sup> TİRYAKİOĞLU, s.9; BAKLACI, Pınar / AKINTÜRK, Esen, "Foreign Direct Investment in Turkey: Legal Framework", International Journal of Emerging and Transition Economies, Vol. 1, No: 2, 2008, S:231-245, s.234; Yabancı yatırımlara ilişkin olarak uluslararası alanda oldukça ön planda yer alan ICSID, MIGA gibi antlaşmalarda da 'yatırım' kavramının tanımı yapılmamış, buna karşılık hangi türden yatırımların antlaşma kapsamında 'yatırım' olarak kabul edileceği belirtilmiştir.

<sup>6</sup> TİRYAKİOĞLU, s.9; SORNARAJAH, M., *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, Cambridge University Press, New York, 2011, s.10. Örneğin Türkiye ile Çek Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması (22.10.2011 tarih ve 28092 sayılı R.G.) m.1/ye göre yatırım terimi "*Uluslararası Para Fonu'nun tanımlanması çerçevesinde, ülkesinde yatırım yapan âkit tarafın kanun ve mevzuatına uygun olmak koşuluyla bir âkit tarafın yatırımcısının diğer âkit tarafın ülkesinde yaptığı doğrudan yatırımları ifade eder ve sınırlayıcı olmayacak şekilde her türlü malvarlığını ve özellikle aşağıdakileri içerir;*

- (a) bir şirketteki hisseler ve şirket tahvilleri ve şirketlere iştirakin diğer her türlü şekli,
- (b) yeniden yatırılan gelirler, para alacakları veya bir yatırımla ilgili mali değeri olan diğer haklar,
- (c) taşınır ve taşınmaz mallar ve ipotek, tedbir, rehin gibi diğer haklar,
- (d) patent ve ticari marka, ticari isim, teknik yöntem, sınai tasarım, know-how ve peştemaliye gibi sınai ve fikri mülkiyet hakları
- (e) doğâl kaynaklar ile ilgili imtiyazlar da dahil olmak üzere, kanun veya sözleşme ile verilmiş iş imtiyazları."

Benzer şekilde Türkiye Cumhuriyeti ile Senegal Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması (15.12.2011 tarih ve 28143 sayılı R.G.) m.1'de, "*anlaşmanın amacı bakımından yatırım terimi, âkit taraflardan birinin ülkesinde, bu âkit tarafın kanun ve düzenlemelerine uygun olarak, uzun süreli ekonomik ilişkiler kurma amacı olan faaliyetlerle bağlantılı her türlü mal varlığı ve bunlarla kısıtlı olmamak koşuluyla özellikle aşağıdaki içerir;*

- (a) taşınır ve taşınmaz malların yanında ipotek, rehin ve malvarlığının bulunduğu âkit tarafın kanun ve düzenlemelerine uygun olarak tanımlanan diğer benzeri haklar,
- (b) yeniden yatırılan gelirler, para alacakları veya bir yatırımla ilgili mali değeri olan diğer haklar,
- (c) hisseler, hisse senetleri ya da şirketlere iştirakin her türlü şekli,

bağlamında korunan 'yabancı yatırım'ın ne olduğu belirtilmekte, dolayısıyla yapılan tanımlar amaca göre farklılık göstermektedir.<sup>7</sup> Bazı hakem kararları da bir faaliyetin yatırım olup olmadığı konusunda ilgilenecek yatırımın tanımını yapmıştır. Ancak yapılan bu tanımlar yalnızca konuyla ilgili olan yatırım antlaşmasının sağladığı koruma çerçevesinde ele alınmıştır. Oysa yabancı yatırım kavramı, yatırım antlaşmalarında yapılan tanımlardan daha geniş kapsamlı bir kavramdır.<sup>8</sup>

Yatırım kavramı uluslararası hukukta tanımlanmamakla birlikte, yatırım kavramının kapsamına hangi unsurların dahil edilebileceği bazı kaynaklardan hareketle tespit edilmeye çalışılabilir. Uluslararası hukukta yabancı yatırıma ilişkin kaynaklar, çok taraflı antlaşmalar, bölgesel antlaşmalar, iki taraflı antlaşmalar,<sup>9</sup> uluslararası teâmül, hukukun genel ilkeleri, mahkeme kararları, hakem kararları ve

---

(d) patentler, sınai tasarımlar, teknik yöntemler gibi sanayi ve fikri mülkiyet haklarının yanında ticari markalar, peştemaliye, know-how ve benzer diğer haklar,

(e) doğal kaynaklara yönelik imtiyazlar da dahil olmak üzere, kanun veya bir yatırım sözleşmesi ile verilmiş iş imtiyazları" hükmüne yer verilmiştir. Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu diğer iki taraflı yatırım anlaşmalarında da, bu örneklerdeki benzer ifadelerle yer verilmiş ve kavramsal bir tanım yapılmamıştır. Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı yatırım anlaşmaları için bkz. Erişim adresi: [www.mfa.gov.tr](http://www.mfa.gov.tr), erişim tarihi: 6.11.2018.

<sup>7</sup> SORNARAJAH, s.8.

<sup>8</sup> SORNARAJAH, s.10.

<sup>9</sup> Yabancı yatırımlara ilişkin iki taraflı antlaşmalar 'dostluk, ticaret ve denizcilik antlaşmaları' ve 'yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması antlaşmaları' şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Bkz. ERTEN, Rifat, *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 425, Ankara, 2005, s.155. Fakat dostluk, ticaret ve denizcilik antlaşmaları yalnızca yatırım değil, birçok konuda hükümler içerdiğinden ve daha genel bir yapı gösterdiğinden, çalışmada yalnızca yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin antlaşmalardan bahsedilmiş ve 'ikili antlaşmalar' tabiri, yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması antlaşmaları'nı ifade eden şekilde kullanılmıştır.

doktrin olarak kabul edilmektedir.<sup>10</sup> Konuya Türk hukuku açısından bakarak bir ayrım yapmak gerekirse, yabancı yatırımlara ilişkin düzenlemeleri kaynakları açısından ulusal mevzuat ve uluslararası antlaşmalar şeklinde ikiye ayırmamız mümkündür.<sup>11</sup>

## B. Yatırım Kavramına İlişkin Farklı Tanımlar

Uluslararası yatırım hukukundaki geleneksel yaklaşım, yatırımın korunması bağlamında korunan unsurların ‘mallar, haklar ve menfaatler’ olduğunu belirterek,<sup>12</sup> bu üç unsuru yatırım kapsamında mütalaa etmiştir. Ancak 1960’lı yıllardan itibaren bu üç unsur yetersiz görülmüş olsa gerek ki, yatırım kavramını daha genel bir çerçevede tanımlayan ekonomik yaklaşımlar ön plana çıkmaya başlamıştır.<sup>13</sup>

En basit tanımıyla yatırım, “bir gerçek veya tüzel kişi tarafından kâr veya hasılat elde etmek özel amacıyla kaynak temin edilmesidir”.<sup>14</sup> Yatırım terimi genellikle yatırım yapan gerçek veya tüzel kişinin yaptığı hukuki işlem (*process or transaction*) veya yatırımın sonucu olarak ortaya çıkan aktif varlıklar (*assets*) olmak üzere genellikle iki durumu işaret etmek için kullanılmaktadır.<sup>15</sup> Bir tanıma göre yabancı yatırım, “bir ülkenin, kaynağını sonradan ödemek üzere, dış kaynaklardan elde edip, ekonomik gücüne ekleyebileceği mali veya teknolojik kaynaklardır”<sup>16</sup>. Bir

---

<sup>10</sup> Bu kaynaklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERTEN, 2005, s.151 vd.; SORNARAJAH, s.79-87; TIRYAKIOĞLU, s.51-62; SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, *International Economic Law*, Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1992, s.31-37.

<sup>11</sup> EKŞİ, Nuray, *Millîlerarası Ticaret Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s.471.

<sup>12</sup> SCHEFER, Krista Nadakavukaren, *International Investment Law, Text, Cases and Materials*, Edward Elgar Publishing, 2013, s.59.

<sup>13</sup> SCHEFER, s.58.

<sup>14</sup> SALACUSE, Jeswald W., *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford University Press, 2013, s.3.

<sup>15</sup> SALACUSE, s.3.

<sup>16</sup> AÇIKALIN, Sezgin / ÜNAL, Seyfettin, *Doğrudan Yatırımlar ve Portföy Yatırımları, Global ve Yerel Faktörlerin Türkiye Üzerindeki Göreceli Etkisi*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008, s.6.

diğer tanım ise yatırımın, halihazırdaki belirli bir değeri, gelecekteki belirsiz bir karşılığa feda etmek anlamını taşıdığını belirtmiştir.<sup>17</sup> Başka bir tanıma göre ise yabancı yatırım, yabancı bir ülkede, bir işin yürütülmesi için paranın kullanılmasıdır.<sup>18</sup> Ancak bununla kastedilen yalnızca sıcak para akışı olmayıp, lisans, patent, know-how, franchise sözleşmeleri gibi unsurlar da bu kavrama dahil edilmektedir.<sup>19</sup> Yatırımın en belirgin kriterlerinin kâr ve sürekliliği amaçlayarak ve hukuki, politik ve ekonomik değişikliklerden doğan riskleri<sup>20</sup> barındıran bir projeye varlıkların bağlanması olduğu belirtilmektedir.<sup>21</sup>

Tanımlarda da görüldüğü gibi doktrinde yatırım kavramı farklı şekillerde yorumlanmaktadır.<sup>22</sup> Günümüzde gelinen noktada yatırım kavramına ilişkin üç farklı yaklaşım mevcuttur,<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> BHALLA, V.K., *Investment Management, Security Analysis and Portfolio Management*, Fourteenth Edition, Chand&Company Ltd., New Delhi, 2008, s.3; LUND, Philip J., *Investment, The Study of an Economic Aggregate*, North-Holland Publishing Company, 1979, s.1.

<sup>18</sup> CAMPBELL, Dennis, *International Protection of Foreign Investment*, Vol. II, Yorkhill Law Publishing, 2008, s.593.

<sup>19</sup> ERTEN, Rifat, "ICSID Tahkimi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: XIX, Sayı: 4, Ankara, 1998, S:207-228, s.208.

<sup>20</sup> Yabancı yatırıma ilişkin riskler genellikle 'yatırım iklimi' kavramının çatısı altında ele alınmaktadır. Yatırım iklimi, ev sahibi ülkedeki, o ülkede iş yapılabilmesine ilişkin politik, ekonomik ve hukuki koşulların tümünden oluşmaktadır. Ev sahibi ülkedeki siyasi, ekonomik, hukuki ve sosyal koşullar yanında psikolojik ortam dahi yatırımcı için önem taşımaktadır. Esasen bu unsurlar daha çok doğrudan yabancı yatırımları ilgilendirmektedir. Zira doğrudan yabancı yatırım, ev sahibi ülkenin hukuki, siyasi ve ekonomik sistemiyle yakından ilgilidir. Bu unsurlar, genellikle yatırımcının kendi ülkesinde yaptığı iş sırasında karşılaşmayacağı türden ilave riskler olup, işin başarısını tehdit edebilen tüm unsurlar yatırım riskleri olarak belirtilmektedir. Bkz. CAMPBELL, 2008, s.596; YILMAZ, İlhan, "Dünyada ve Türkiye'de Yabancı Sermaye Yatırımları ve Beklentiler", YASED Yayın No: 33, İstanbul, 1988, s.48.

<sup>21</sup> Bkz. SORNARAJAH, s.10.

<sup>22</sup> BHALLA, s.3.

<sup>23</sup> BHALLA, s.3-4.

- Bu yaklaşımların ilki daha çok ekonomistlerin yaptığı 'yatırım' tanımlarında yer alan 'ekonomik yatırım'ı ifade etmektedir.

- İkinci grubu ise, sokaktaki insanı dahi 'yatırım' kapsamına alacak kadar geniş bir şekilde 'yatırım'ı yorumlayanların bulunduğu görüş oluşturmaktadır.

- Nihayet, 'yatırım' kavramını 'finansal yatırım' olarak yorumlayanlar üçüncü grubu oluşturmaktadır.

'Ekonomik yatırım', "bir ekonomide herhangi bir dönem içerisinde sermaye stokunu, yani üretim araçları toplamını artırmaya yönelik olarak yapılan harcamaları"<sup>24</sup> ifade etmektedir. Bu tanım, diğer ürünlerin üretiminde kullanılan malları da kapsayan, diğerlerinden daha kesin bir anlama işaret eder.<sup>25</sup> Ekonomik yaklaşımda bir faaliyetin yatırım olarak kabul edilebilmesi için kaynakların aktarımı, faaliyetin uzun vadeli olması, gelir amacının bulunması, yatırımcının faaliyete iştirak etmesi ve risk unsurunu barındırması şeklinde başlıca beş kriter ortaya konmuştur.<sup>26</sup>

İkinci yaklaşımda ise 'yatırım' kavramı oldukça geniş bir biçimde ele alınmakta, akla gelebilecek her husus bu kavrama dahil edilebilmektedir. Bu yaklaşımda, örneğin bir birey açısından bakıldığında, kişinin aldığı yeni bir araba, bu kişi açısından bir yatırımı ifade etmektedir. Ancak bu yaklaşımda harcanan değer bir geri dönüşü olmadığı gibi, mali bir kazanç veya sermaye artışı da beklenmemektedir.<sup>27</sup>

Finansal yatırım ise, tahvil, bono ve benzeri menkul kıymetler, ipotekler, taşınmazlar gibi finansal araçların değişimini ifade eden daha geniş bir tanıma işaret

---

<sup>24</sup> ARIKAN, Deniz, *Türkiye'de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları*, Arkan Yayınları, İstanbul, 2006, s.3.

<sup>25</sup> BHALLA, s.4.

<sup>26</sup> SCHEFER, s.59-60.

<sup>27</sup> BHALLA, s.4.

etmektedir. Buna ek olarak finansal yatırım terimi, yatırımcılar tarafından, iş adamlarının yaptığı gerçek yatırımlara işaret etmek ve bu yatırımları, tüketici konumunda bulunan kişilerin yaptığı gerçek olmayan yatırımlardan ayırmak amacıyla da kullanılmaktadır.<sup>28</sup>

### C. Kavramın Kapsamının Belirlenmesi

En genel tanımıyla yabancı yatırım veya uluslararası yatırım, kaynakların başka bir ülkeye taşınmasını ifade etmektedir.<sup>29</sup> Bu tanım kanaatimizce yukarıdaki yaklaşımların üçünü de kapsayacak genişliktedir. Bununla birlikte, sermaye akımlarının her türü 'yatırım' olarak nitelendirilmemektedir. Örneğin, yabancı yardımlar da sermayenin başka bir ülkeye akışını sağlamaktadır, ancak bunlar, kâr payı, parasal bir kazanç şeklinde bir geri dönüş sağlamamaktadır.<sup>30</sup>

Kaynakların başka bir ülkeye taşınması doğrudan yatırım veya dolaylı yatırım şeklinde gerçekleştirilebilir.<sup>31</sup> Doğrudan yatırımlar maddi ve maddi olmayan

---

<sup>28</sup> BHALLA, s.4.

<sup>29</sup> AÇIKALIN / ÜNAL, s.6; SORNARAJAH, s.8; PETROCHIOS, George A., *Foreign Direct Investment and the Development Process, The Case of Greece*, Avebury, 1989, s.6.

<sup>30</sup> PETROCHIOS, s.6.

<sup>31</sup> AÇIKALIN / ÜNAL, s.6; ARIKAN, s.6; DOLZER / SCHREUER, s.60; ERTEN, 2005, s.25; ERTEN, 1998, s.209; PETROCHIOS, s.6; SALACUSE, s.14 vd.; SORNARAJAH, s.8 vd.; TİRYAKIOĞLU, s.10; EKŞİ, s.472; BULUTOĞLU, Kenan, *100 Soruda Türkiye'de Yabancı Sermaye*, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1970, s.8; İTO (İSTANBUL TİCARET ODASI), *Türkiye'den Yurtdışına Doğrudan Sermaye Yatırımları ve Türk Yatırımcıları*, Haz.: İlky Çapraz / İpek Demircioğlu, İTO Yayınları, Yayın No: 2003/14, İstanbul, 2003, s.15; DOST, Süleyman, *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi*, Asil Yayınları, Ankara, 2006, s.106; ERDEM, Bahadır, *Foreign Direct Investment Law*, Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul, Vol. 36, No: 53, İstanbul, 2004, S:377-386, s.378; PLUM, Lester V. / HUMPHREY, Joseph H. / BOWYER, John W., *Investment Analysis and Management*, Revised Edition, Richard D. Irwin Inc., 1961, Illionis, s.5; PRITCHARD, Robert, *The Contemporary Challenges of Economic Development*, Economic Development, Foreign Investment and The Law: Issues of Private Sector Involvement, Foreign Investment and The Rule of Law in a New Era, Ed: Robert Pritchard, Kluwer Law International and

varlıkların, bu varlıkların sahibinin kısmen veya tamamen kontrolü altında, bir ülkeden başka bir ülkeye aktarılmasıdır.<sup>32</sup> Tanımı biraz daha somutlaştıracak olursak, kaynak ülkeden ev sahibi ülkedeki<sup>33</sup> şirket hisselerinin yatırımcılar tarafından belli bir kısmını alarak sermaye transferi şeklinde veya şirket birleşmesi, devri, özelleştirme uygulamaları veya ortak girişim şeklinde gerçekleştirilebilir.<sup>34</sup> Dolaylı yatırımlar terimi ise paranın yatırımı için kullanılmaktadır.<sup>35</sup> Başka bir deyişle, bir ülkenin para ve sermaye piyasaları tarafından çıkarılan, hisse senedi ve tahvil gibi finansal araçların uluslararası sermaye piyasaları tarafından satın alınması yoluyla yapılan yatırımlar 'dolaylı yatırımlar' olarak ifade edilmektedir.<sup>36</sup> Bu çerçevede geniş anlamda dolaylı yatırımlar, bankalar veya yatırım fonları gibi aracı kurumlar vasıtasıyla yapılan<sup>37</sup> sahibinin aktif yönetimi ve kontrolünü gerektirmeyen menkul kıymet ve diğer mali varlıkların pasif olarak elde bulundurulması şeklinde tanımlanabilir.<sup>38</sup>

---

International Bar Association, 1996. Bazı yazarlar bu iki yabancı yatırım çeşidine ek olarak, 'yatırımın yeni şekilleri' şeklinde üçüncü bir gruptan daha bahsetmektedirler. Bkz. CAMPBELL, s.594.

<sup>32</sup> ÇALIŞKAN, Zeynep, "Türkiye'nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 29, Sayı:1-2, 2009, S:85-118, s.85-86.

<sup>33</sup> Yabancı yatırıma ilişkin olarak yapılan milletlerarası anlaşmalarda veya hakem kararlarında geçen kaynak ülke (*home country*) tabiri yatırımcının tabiiyetinde olduğu ülkeyi, ev sahibi ülke (*host country*) tabiri ise yatırımın yapıldığı ülkeyi ifade etmektedir. Bkz. IŞIK, s.128 dn.9.

<sup>34</sup> AÇIKALIN / ÜNAL, s.6-7; İTO, s.15; SALACUSE, s.14-15; TİRYAKİOĞLU, s.10.

<sup>35</sup> AÇIKALIN / ÜNAL, 2008, s.7; CAMPBELL, 2008, s.593. Benzer yöndeki görüş için bkz. SORNARAJAH, s.8.

<sup>36</sup> ARIKAN, s.7; DOST, s.107; ERTEN, 1998, s.209; PETROCHILLOS, s.7-8; SALACUSE, s.15; SORNARAJAH, s.8.

<sup>37</sup> SALVATORE, Dominick, *International Economics*, 7. Bası, New York, John&Wiley Sons, 2001, 400'den aktaran ARIKAN, s.7; DOST, s.107.

<sup>38</sup> TURANLI, Hüsnü, *Doğrudan Yabancı Yatırımların Hukuki Çerçevesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2008, s.11.



Doğrudan yatırımlar ve dolaylı yatırımlar arasında herhangi bir fark bulunmadığı ileri sürülmüş olsa da, bu görüşün kabul gördüğü söylenemez.<sup>39</sup> Bunların sınıflandırılmasında yönetimin kontrolü<sup>40</sup> ve buna bağlı olarak girişimcinin katlanmak zorunda olduğu riskin derecesi ve yapılan katkı ayırıcı unsurlar olarak karşımıza çıkar.<sup>41</sup> Bunun dışında yatırımın korunması konusunda da farklılıklar bulunmaktadır. Portföy yatırımlarında, yatırımcının farkında olması gereken olağan ticari riskler dikkate alınmakta ve yapılan yatırım uluslararası örf ve âdet hukuku tarafından korunmamaktayken, doğrudan yatırımlar uluslararası örf ve âdet hukuku tarafından korumaya konu olabilmektedir.<sup>42</sup> Ayrıca doğrudan yatırımlarda yatırımcının fiziki olarak ev sahibi ülkede bulunması gerekirken, dolaylı yatırımlarda yatırımcının fiziki olarak ev sahibi ülkede bulunması gerekmemektedir.<sup>43</sup> Başka bir ifade ile doğrudan yatırımlarda yabancı yatırımcı organizasyonunu, teknolojisini, girişimciliğini, sahip olduğu çeşitli imkanları da yatırım yaptığı ülkeye aktarmakta ve yatırım sürecinde ev sahibi ülkede fiilen bulunmaktadır.<sup>44</sup> Bu nedenle doğrudan yabancı yatırımcının herhangi bir risk karşısında ülkeyi terk etmesi, dolayısıyla yabancı sermayenin ülkeden çıkması daha zordur.<sup>45</sup> Ayrıca doğrudan yatırımlarda yatırımcının, şirketin denetimi ve idaresi üzerinde etkili olmasına karşın, dolaylı yatırımlarda yatırımcı, şirketin karar alma mekanizmalarına katılmamaktadır.<sup>46</sup>

---

<sup>39</sup> Bu görüş için bkz. SORNARAJAH, s.15.

<sup>40</sup> ERDEM, s.378; PETROCHIOS, s.9; SORNARAJAH, s.8; TİRYAKİOĞLU, s.10.

<sup>41</sup> CAMPBELL, s.593; DOLZER / SCHREUER, s.60; ERDEM, s.378; TİRYAKİOĞLU, s.11.

<sup>42</sup> SORNARAJAH, s.9.

<sup>43</sup> EKŞİ, s.472; ERDEM, s.378; TİRYAKİOĞLU, s.11.

<sup>44</sup> AÇIKALIN / ÜNAL, s.8; ARIKAN, s.8; EKŞİ, s.472; ERDEM, s.378; ERTEN, 1998, s.209; TİRYAKİOĞLU, s.11.

<sup>45</sup> EKŞİ, s.472; TİRYAKİOĞLU, s.11.

<sup>46</sup> CAMPBELL, s.593; ERDEM, s.378; ERTEN, 1998, s.209; TİRYAKİOĞLU, s.10-11.

Uluslararası hukukta önceleri yatırım kavramı doğrudan yabancı yatırımları ifade etmek için kullanılmaktaydı.<sup>47</sup> Ancak zamanla yabancı yatırımların büyümesiyle birlikte bu kavramın kapsamı genişletilmiş ve dolaylı yatırımları da içine alacak şekilde anlaşılmaya başlanmıştır. Önceleri, bir ülkede bulunan yabancının, o ülkedeki fiziksel mallarının koruma kapsamına alınması, yabancı yatırımın korunması içinde değerlendirilirken, zamanla yabancının maddi varlıklarının tümü koruma kapsamına alınmaya başlanmıştır. Nihayet gelinen noktada, patent marka, ticari unvan gibi gayrimaddi varlıklar da ‘yabancı yatırım’ kavramı içerisinde mütalaa edilmeye başlanmış, hatta kredi, ödünç gibi değerler dahi bu kavrama dahil edilmiştir.<sup>48</sup> Daha da ötesi, günümüzde yabancı yatırımcının ev sahibi ülkede kazandığı yönetime ilişkin hakları dahi yatırım kavramı içerisinde görülmektedir.<sup>49</sup>

## II. ULUSLARARASI HUKUK KAYNAKLARINA GÖRE YABANCI YATIRIM KAVRAMI

Milletlerarası alanda ‘yatırım’ kavramına dahil olan unsurları tespit edebilmek için başvurulabilecek başlıca kaynaklar çok taraflı yatırım antlaşmaları, ikili yatırım antlaşmaları ve milletlerarası hakem kararlarıdır.

### A. Çok Taraflı Antlaşmalar

Yabancı yatırımların artması ve gelişmesi çok taraflı yatırım antlaşmalarının yapılması sonucunu ortaya çıkarmıştır.<sup>50</sup> Halihazırda yatırımı tüm veçheleri ile

<sup>47</sup> SORNARAJAH, s.11. Benzer şekilde Işık da, ‘yabancı yatırım’ denildiğinde akla, ‘doğrudan yabancı yatırımların’ geldiğini ve ulusal veya uluslararası düzeyde korumadan yararlanması gereken yatırım türünün de doğrudan yabancı yatırımlar olduğunu belirtmektedir. Bkz. IŞIK, s.128.

<sup>48</sup> ‘Yatırım’ teriminin anlamına ilişkin gelişim süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SORNARAJAH, s.11-18. Benzer yönde bkz. LUND, s.1.

<sup>49</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. SORNARAJAH, s.15.

<sup>50</sup> IŞIK, s.131.

düzenleyen çok taraflı bir yatırım antlaşması bulunmasa da, yatırımın çeşitli veçhelerini düzenleyen çok taraflı antlaşmalar bulunmaktadır.<sup>51</sup> Söz gelimi Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi (*International Centre for Settlement of Investment Disputes – ICSID*) ve Çok Taraflı Yatırımları Garantileme Ajansı (*Multilateral Investment Guarantee Agency - MIGA*) kuruluş anlaşmaları yatırımların korunması hususunu ele alırken, Enerji Şartı Anlaşması (*Energy Charter Treaty -ECT*) yalnızca enerji sektörüne ilişkin yatırımları konu almaktadır.

Çok taraflı yatırım antlaşmalarında, genellikle yatırım kavramının anlamının geniş tutulması yönünde bir eğilim göze çarpmaktadır.<sup>52</sup> Yapılan tanımlarda “ev sahibi ülke hukukuna uygun olan her türlü mal varlığı”nın yatırım olabileceği belirtilmekte ve örnek kabilinden bazı unsurlar sıralanmaktadır.<sup>53</sup> Söz konusu antlaşmalardan Türkiye'nin taraf olduğu ve uluslararası yatırım hukukunda ciddi önemi haiz ECT, MIGA ve ICSID'de yatırım kavramı, aşağıdaki şekilde ele alınmıştır:

#### 1. Enerji Şartı Anlaşması (Ect)<sup>54</sup>

Enerji Şartı Anlaşması, dünyanın ilk ve en geniş çok taraflı yatırım antlaşmasıdır.<sup>55</sup> Antlaşma, 'yatırım' kavramını ayrıntılı şekilde tanımlaması sebebiyle önemli bir belge olarak görülmektedir.<sup>56</sup> Ancak antlaşma yalnızca enerji sektörünü düzenlediği için 'yatırım' kavramı, enerji sektörüne ilişkin özellikler dikkate alınarak

---

<sup>51</sup> ÇALIŞKAN, 2009, s.98.

<sup>52</sup> ERTEN, 2005, s.163; SORNARAJAH, s.16.

<sup>53</sup> ERTEN, 2005, s.163.

<sup>54</sup> Enerji Şartı Anlaşması 1998 yılında yürürlüğe girmiş, Türkiye ise 2000 yılında antlaşmaya taraf olmuştur. Bkz. 06.02.2000 tarih ve 23956 sayılı R.G.

<sup>55</sup> TURINOV, Anna, “ ‘Investment’ and ‘Investor’ in Energy Charter Treaty Arbitration: Uncertain Jurisdiction”, *Journal of International Arbitration*, 26(1), 2009, S1-23, s.3.

<sup>56</sup> IŞIK, s.136.

tanımlanmıştır.<sup>57</sup> Antlaşma'nın 1/6. maddesinde hangi tür yatırımların bu kapsamda değerlendirileceği belirtilmiştir. Bu çerçevede yatırım, aşağıdakiler de dahil olmak üzere doğrudan veya dolaylı olarak yatırımcının sahip olduğu veya kontrolünde olan her türlü varlığı ifade eder:

- Maddi ve maddi olmayan mallar ile taşınır ve taşınmaz mallar ile bunlar üzerindeki kira, ipotek, haciz, teminat gibi her türlü mülkiyet hakları;

- Bir şirket veya ticari kurum, veya bir şirket veya ticari kurumun hisse senetleri, tahvilleri veya diğer iştirak şekilleri ile bonoları, ve şirket veya ticari kurumun diğer borçları;

- Ekonomik bir değere sahip ve bir yatırımla ilgili bir antlaşmaya istinaden yapılan parasal talepler ve performans talepleri;

- Fikri mülkiyet;

- Enerji sektöründeki yüklenilen herhangi bir ekonomik faaliyet sebebiyle, kazanç, kâr ve benzeri gelirleri, kanunlarla veya çeşitli antlaşmalarla tanınmış bir herhangi bir hakkı içerir.<sup>58</sup>

Bu tanımın, ICSID'de genellikle kabul edilen 'yatırım' faaliyetlerinden daha geniş yelpazedeki faaliyetleri 'yatırım' olarak kabul ettiği belirtilmektedir.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> ÇALIŞKAN, 2009, s.101.

<sup>58</sup> Enerji sektöründeki ekonomik faaliyetler ise antlaşmanın 1(5). maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, Ek N'de sayılanlar dışındaki enerji maddeleri ve ürünlerini arama, çıkarma, rafine etme, üretim, depolama, kara taşımacılığı, iletim, dağıtım, ticaret, pazarlama ve satışı, veya çok katlı konut alanlarına ısı dağıtımına ilişkin faaliyetler ekonomik faaliyetlerdir.

<sup>59</sup> TURINOV, s.10.

## 2. Çok Taraflı Yatırımları Garantileme Ajansı (Miga)<sup>60</sup>

MIGA'nın amacı, taraf ülkelerdeki yatırımcıların, diğer taraf ülkelerdeki yatırımlarının siyasi riskler de dahil olmak üzere ticari olmayan risklere karşı korunmasıdır.<sup>61</sup> Yapılan bir yatırımın MIGA kapsamında bir yatırım olarak kabul edilebilmesi için 'uygun yatırım' (*eligible investment*) olması gerekir.<sup>62</sup> Antlaşma'nın 12. maddesinde uygun yatırımın unsurları belirtilmiştir. MIGA Konvansiyonu m. 12/a'ya göre uygun yatırımlar, "bu tür bir yatırımında sermaye sahipleri tarafından açılan veya garanti edilen orta veya uzun vadeli krediler de dahil olmak üzere sermaye yatırımlarını ve Kurul tarafından belirlenecek olan doğrudan yatırım türlerini kapsar".<sup>63</sup>

Görüldüğü gibi ECT'de olduğu gibi MIGA'da da yalnızca bu antlaşma çerçevesinde korunmaya şayan uygun yatırımın kapsamı belirtilmiş, buna karşılık genel anlamda 'yatırım' kavramının tanımına yer verilmemiştir.

## 3. ICSID Konvansiyonu<sup>64</sup>

Uluslararası yatırım hukukundaki en önemli belgelerden birisi ICSID Konvansiyonu olup, uluslararası yatırım uyuşmazlıkların çözümlenmesinde ICSID tahkimi en çok başvurulan uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Bir yatırımdan doğan

---

<sup>60</sup> MIGA 12.5.1988 tarihinde çok taraflı bir antlaşma ile kurulmuş ve Türkiye 1988 yılında taraf olmuştur. Bkz. 06.12.1988 tarih ve 20011 sayılı R.G.

<sup>61</sup> MIGA Konvansiyonu'nun uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, Alper Çağrı, "MIGA Konvansiyonunun Uygulama Alanı ve Konvansiyon Kapsamındaki Uyuşmazlıklara İlişkin Çözüm Yöntemleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018, S: 374-399.

<sup>62</sup> ÇALIŞKAN, 2009, s.104; HAMIDA, Walid Ben, "Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control", Journal of International Arbitration 24(3), 2007, S:287-306, s.294.

<sup>63</sup> MIGA Konvansiyonu'nun İngilizce metni için bkz. Erişim adresi: <http://www.gwb.com.au/gwb/news/mai/miga.html>, erişim tarihi: 09.01.2017.

<sup>64</sup> Türkiye ICSID Konvansiyonu'na 1988 yılında taraf olmuştur. Bkz. 02.06.1988 tarih ve 19830 sayılı R.G.

uyuşmazlıkta tarafların ICSID tahkimine başvurabilmesi için aralarındaki uyuşmazlığın bir 'yatırım uyuşmazlığı' olması gerekir. Dolayısıyla ICSID çerçevesinde 'yatırım' kavramı esaslı bir öneme sahiptir. Kavramın konvansiyon kapsamındaki temel rolüne karşılık ICSID Konvansiyonu'nda yatırım kavramının tanımına yer verilmemiş, yatırımın tanımı iki taraflı yatırım antlaşmalarına bırakılmıştır.<sup>65</sup> Oysa özellikle yabancı yatırımcıları kabul eden devletler ve yatırımcılar açısından Konvansiyon'da yatırımın tanımlanmaması bir hukuki güvenlik meselesi olarak görülebilmektedir.<sup>66</sup> Yatırım kavramının tanımına Konvansiyon'da yer verilmemesinin temel gerekçesi, kavramın kapsamının gereksiz şekilde sınırlandırılmak istenmemesidir.<sup>67</sup> Tanım yapılmaması esneklik sağladığı gibi, yatırım kavramının işlevselliğini de sağlamaktadır.<sup>68</sup> Bununla birlikte uluslararası yatırım uyuşmazlıklarında sıklıkla ICSID tahkimine başvurulması ve hakemlerin uyuşmazlığın esasına girmeden önce ortada bir yatırımın bulunup bulunmadığını incelemeleri sebebiyle, ICSID tahkiminde verilen bazı kararlarda yatırımı oluşturan unsurlar ele alınmıştır.<sup>69</sup> Konvansiyon'da tanıma yer verilmemesi, hakem heyetlerini, yetkilerinin bulunup bulunmadığını tespit edebilmek için yatırım kavramına ilişkin bir yaklaşım benimsemeye sevk etmiştir.<sup>70</sup>

---

<sup>65</sup> ÇALIŞKAN, 2009, s.118.

<sup>66</sup> MANCIAUX, Sébastien, "The Notion of Investment: New Controversies", The Journal of World Investment & Trade, 9, 2008, S:443-466, s.448.

<sup>67</sup> MUSURMANOV, İlyas U., "The Implications of Romak v. Uzbekistan for Defining Concept the Concept of Investment", Australian International Law Journal, 20, 2013, S:105-129, s.110.

<sup>68</sup> MANCIAUX, s.447.

<sup>69</sup> Hakem heyetlerinin 'yatırım' kavramına ilişkin değerlendirmeleri çalışmanın ilerleyen kısmında ele alınmıştır.

<sup>70</sup> DEMİRKOL, Berk, "The Notion of Investment' in International Investment Law", The Turkish Commercial Law Review, Vol.1, Issue 1, February 2015, S:40-50, s.41.

#### 4. Çok Taraflı Antlaşmalarda Yer Alan Tanımların Değerlendirilmesi

Görüldüğü gibi uluslararası yatırım hukukunda oldukça önemli yeri olan ICSID ve MIGA gibi antlaşmalarda yatırımın tanımı yapılmamıştır. ECT'de ise yatırımın kavramsal bir tanımı yapılmamakla birlikte, antlaşma çerçevesinde 'yatırım' kavramının kapsamında mütalaa edilen unsurlar belirtilmiştir.<sup>71</sup> ECT'ye benzer şekilde diğer milletlerarası antlaşmalarda da yapılan tanımlarda dikkate değer bir farklılık olmamakla birlikte genellikle her tür varlıklar ve ilgili haklar 'yatırım' kapsamında mütalaa edilmiştir.<sup>72</sup>

Çok taraflı antlaşmalarda yatırım tanımının geniş yapılmasının sebebi, gelecekte ortaya çıkabilecek tüm yatırımları da kapsamına alarak, uzun vadeli çözüm sağlayabilme düşüncesidir.<sup>73</sup> Yatırım antlaşmaları çerçevesinde sağlanan korumaya ilişkin olarak;

- Yatırımcının fiziksel malları,
- Eşya gibi kabul edilen ve korunan (daha çok fikrî mülkiyet haklarını içeren) gayrimaddi haklar,
- Yatırım projesinin yönetimi için önemli olan ve ev sahibi ülke tarafından verilen yönetim hakları

şeklindeki üç temel hususun 'yatırım' kapsamında mütalaa edildiği görülmektedir.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> Konuya ilişkin olarak farklı antlaşmalarda yer alan yatırım tanımına ilişkin karşılaştırmalı tablo için bkz. BISHOP, R. Doak / CRAWFORD, James / REISMAN, William Michale, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, Netherlands, 2005, s.137.

<sup>72</sup> BISHOP / CRAWFORD / REISMAN, s.193; ERTEN, 2005, s.163.

<sup>73</sup> ÇALIŞKAN, 2009, s.118.

<sup>74</sup> SORNARAJAH, s.16.

Antlaşmalarda yer alan 'yatırım' kavramına ilişkin bir diğer tespit ise, antlaşma çerçevesinde yapılan tanımların genellikle ICSID'e yargılama yetkisi verecek şekilde kaleme alınmış olduğudur. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi ICSID Konvansiyonu'nda yatırımın tanımı yapılmamış, bu konu ikili ve çok taraflı anlaşmalara bırakılmıştır. Enerji Şartı Antlaşması'nın 1. maddesi ve benzer şekilde NAFTA'nın<sup>75</sup> 'yatırım'ı tanımlayan 1139. maddesi, Çok Taraflı Yatırım Antlaşması (MAI)<sup>76</sup> Taslağı ICSID'e yargı yetkisi verecek şekilde kaleme alınan tanımlara örnek gösterilmektedir.<sup>77</sup> Bu örneklerde maddi ve maddi olmayan mallar, bu mallar üzerinde ekonomik değere sahip unsurlar, parasal değere sahip talepler, doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan veya kontrol edilen her tür varlık gibi çok geniş bir yelpazedeki unsurlar 'yatırım' olarak kabul edilmiştir. ICSID Konvansiyonu kapsamında yatırımın tanımı yapılmamışsa da, Konvansiyon ile yatırım uyumsuzluklarının çözümü amacıyla kurulan Merkez'in yargı yetkisinin bulunduğu kabulü için, uyumsuzluğun bir 'yatırım' uyumsuzluğu olması gerekmektedir. Başka bir ifadeye, ICSID Konvansiyonu bağlamında 'yatırım' kavramı,

---

<sup>75</sup> *North American Free Trade Agreement* (Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması) ABD, Kanada, Meksika gibi ülkeler arasında imzalanmış olan bir serbest ticaret bölgesi anlaşmasıdır. Ancak içeriği dikkate alındığında aslında bir serbest yatırım anlaşması olarak da nitelenmektedir. Bkz. SAMUR, Cengiz, "MAI (*Multilateral Agreement on Investment, Çok taraflı Yatırım Anlaşması*)", İktisat Fakültesi Mecmuası, Cilt 63, 2013/2, S: 53-138, Erişim adresi: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/8868>, erişim tarihi: 1.11.2018, s.58.

<sup>76</sup> *Multilateral Agreement on Investment* (Çok Taraflı Yatırım Antlaşması), Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD) ülkeleri arasında hazırlanıp 1995-1998 yılları müzakere edilen çok taraflı bir milletlerarası yatırım anlaşmasıdır. anlaşma metni üzerinde uzlaşılabilmesi sebebiyle halen taslak halindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI), *Multilateral Agreement on Investment Report by the Chariman of the Negotiating Group*, 20 April 1998, Erişim adresi: <https://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng989fe.pdf>, erişim tarihi: 5.11.2018. MAI hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. SAMUR, s.56 vd.

<sup>77</sup> DOLZER / SCHREUER, s.62-63.



Merkezin yargı yetkisinin sınırlarını belirlemektedir.<sup>78</sup> İşte bu noktada, yukarıda genel hatlarıyla ele alınan anlaşmalar içinde esasen ICSID kapsamında 'yatırım'ın tanımının tespit edilmesi gerekir.<sup>79</sup>

## B. İki Taraflı Antlaşmalar

Modern dünyada ilk yatırım antlaşmasının 1959 yılında imzalanmasının ardından ülkeler arasında doğrudan yabancı yatırımların kolaylaştırılması amacıyla yapılan ikili yatırım antlaşmalarının sayısı oldukça artmıştır.<sup>80</sup> Bu tür antlaşmalarda yabancı yatırımların getirilmesi, yönetimi, kamulaştırma, uyuşmazlıkların çözümü gibi konular düzenlendiği gibi, yatırımın yapılması açısından risklerin azaltılması da sağlanmakta ve yatırımcının belirli haklardan yararlanması garanti altına alınmaktadır.<sup>81</sup> İkili yatırım antlaşmalarında antlaşma çerçevesinde 'yatırım'ın tanımının yapılmasında dört farklı yöntem izlenebilmektedir: Malvarlığı esas alınarak yatırımı tanımlayan yöntem; yatırımın özelliklerine dayanarak yatırımı tanımlayan totolojik yöntem; hangi unsurların yatırım olarak kabul edilebileceğini belirten kapalı liste yöntemi ve son olarak bazı malvarlıklarının ve işlemlerin yatırım kapsamı dışında tutulması için uygulanan yatırım tanımının kapsamının sınırlandırılması yöntemiyle 'yatırım' kavramı tanımlanabilmektedir.<sup>82</sup> Bu noktada, Türkiye'nin akdettiği birçok ikili yatırım antlaşmasında malvarlığı esas alınarak

---

<sup>78</sup> Merkezin yetkisi bağlamında 'yatırım' kavramı için bkz. AVŞAR, Melis, "ICSID Konvansiyonu'na Göre Yatırım Kavramı", MHB Cilt: 37, Sayı: 2, S: 95-140, s.95 vd.

<sup>79</sup> ICSID Hakem heyeti kararları çerçevesinde 'yatırım' kavramına ilişkin değerlendirmeler çalışmanın 'Hakem Kararları' başlığı altında yer almaktadır.

<sup>80</sup> EGGER, Peter / PFAFFERMAYR, Michael, "The Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment", Journal of Comparative Economics 32 (2004), S:788-804, s.789; IŞIK, s.139.

<sup>81</sup> EGGER / PFAFFERMAYR, s.789; DESBORDES, Rodolphe / VICARD, Vincent, "Foreign Direct Investment and Bilateral Investment Treaties: An International Political Perspective", Journal of Comparative Economics, 37 (2009), S:372-386, s.372-373.

<sup>82</sup> Yöntemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇALIŞKAN, 2009, s.89-97.

yatırımın tanımlanması yönteminin kullanıldığını söyleyebiliriz.<sup>83</sup> Bu yöntemde yatırımın tanımı yapılırken her türlü malvarlığını içeren ve örnek kabildinden sayılan bir liste belirtilmekte, ancak bu liste sınırlayıcı nitelikte olmayıp, listedeki kategoriye girmeyen varlıklar da 'yatırım' olarak kabul edilebilmektedir.<sup>84</sup> Türkiye'nin taraf olduğu ikili yatırım antlaşmalarında da bu çerçevede, aynen çok taraflı antlaşmalarda olduğu gibi 'yatırım'a ilişkin bir tanım verilmediği, ancak hangi değerlerin 'yatırım' olarak kabul edileceğinin örnekleme yoluyla sayıldığı görülmektedir. Bunun yanında ilk üç yöntemden hangisini kullanılırsa kullanılсын, birçok devletle yapılan antlaşmalarda bazı varlıklar veya işlemlerin 'yatırım' tanımının dışında tutularak sınırlandırma yönteminin de uygulandığını belirtmeliyiz. Kapsamın sınırlandırılması ise genellikle ekonomik kazanç temin etmek amacıyla edinilmemiş taşınır ve taşınmaz mallar ile ev sahibi ülkedeki yabancı yatırımcı tarafından yapılan aynı menfaat sağlamayan finansal işlemler açısından söz konusu olmaktadır.<sup>85</sup>

Geçmişten günümüze kadar yapılan ülkemizin taraf olduğu ikili yatırım antlaşmalarının yapısı, yukarıda da belirttiğimiz gibi genellikle ortak özellikler göstermekte, bu antlaşmalarda yer alan 'yatırım' tanımlarında genellikle birbirine

---

<sup>83</sup> Örneğin Türkiye ile Çek Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması (22.10.2011 tarih ve 28092 sayılı R.G.) ile Türkiye Cumhuriyeti ile Senegal Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşması'nın (15.12.2011 tarih ve 28143 sayılı R.G.) ilk maddelerinde anlaşma çerçevesinde yatırımın tanımı verilmiş ve verilen tanımlarda, sınırlayıcı olmayacak şekilde şu unsurların 'yatırım' sayılacağı belirtilmiştir; şirket hisseleri, tahviller, taşınır ve taşınmaz mallar ve ipotek, tedbir, rehin gibi diğer haklar, yeniden yatırımların gelirler, para alacakları veya bir yatırımla ilgili mali değeri olan diğer haklar, patentler, sınai tasarımlar, teknik yöntemler gibi sanayi ve fikri mülkiyet haklarının yanında ticari markalar, peştemaliye, know-how ve benzer diğer haklar, doğal kaynaklara yönelik imtiyazlar da dahil olmak üzere, kanun veya bir yatırım sözleşmesi ile verilmiş iş imtiyazları. Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı yatırım anlaşmaları için bkz. Erişim adresi: [www.mfa.gov.tr](http://www.mfa.gov.tr), erişim tarihi: 10.12.2018

<sup>84</sup> ÇALIŞKAN, 2009, s.89.

<sup>85</sup> ÇALIŞKAN, 2009, s.95.

denk veya eşdeğer hukuki kavramlar kullanılmaktadır.<sup>86</sup> Bu tür antlaşmalarda genellikle nakit sermaye, makine-teçhizat, yönetim, patent, marka, lisans, sınai tasarım, hisse senetleri, rehinler, hacizler gibi birçok husus 'yatırım' kavramına dahil edilmiştir.<sup>87</sup> Ancak yapılan tanımlar, antlaşmalar kapsamındaki yatırımları sınırlayıcı nitelikte olmayıp, örnek kabildinden sayılmaktadır.<sup>88</sup> İkili yatırım antlaşmaları kapsamında yapılan yatırım tanımlamalarında genellikle şu değerleri ihtiva eden faaliyetlerin yatırım olarak kabul edildiği görülmektedir<sup>89</sup>:

- Hisse senetleri, sermaye hisseleri veya şirketlere diğer iştirak şekilleri,
- Yeniden yatırımlarda kullanılan gelirler, para alacakları veya bir yatırımla ilgili mali değeri olan diğer haklar,

---

<sup>86</sup> BAKLACI, Pınar / AKINTÜRK, Esen, "İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları Hakkında Genel Bir İnceleme", S:477-536, Prof. Dr. Reha Poroy'un Anısına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: XXV, Sayı: 4, Ankara, 2009, s.489. Benzer yönde bkz. IŞIK, s.140.

<sup>87</sup> BAKLACI / AKINTÜRK, 2009, s.494; DOST, s.135-136; SCHEFER, s.60.

<sup>88</sup> DOLZER / SCHREUER, s.63; SCHEFER, s.60; BAKLACI / AKINTÜRK, 2009, s.493; ÇALIŞKAN, 2009, s.88.

<sup>89</sup> DOST, s.134; ERTEN, 2005, s.163. Türkiye'nin yaptığı yatırımların karşılıklı teşviki ve korunmasına ilişkin bazı iki taraflı antlaşmalarda yer alan 'yatırım' tanımları için bkz. Türkiye Cumhuriyeti ile Ukrayna Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma m. 1/2 (27.11.1996 tarih ve 23316 sayılı R.G.); Türkiye ile Japonya Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma m. 1/2 (16.03.1993 tarih ve 21467 sayılı R.G.); Türkiye Cumhuriyeti ile Türkmenistan Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşması, m. 1/2 (15.01.1995 tarih ve 22172 sayılı R.G.); Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Katar Devleti Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma, m. 1/2 (02.08.2007 tarih ve 26601 sayılı R.G.); Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma, m. 1/2(16.05.2000 tarih ve 24051 sayılı R.G.); Türkiye Cumhuriyeti ile İtalya Cumhuriyeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Antlaşma m. 1/1 (02.03.2004 tarih ve 25390 sayılı R.G.).

- Taşınır ve taşınmaz mallar ile ülkesinde söz konusu malın bulunduğu tarafın kanuna uygun olarak tanımladığı şekilde ipotek, tedbir, rehin ve benzeri diğer haklar,
- Patent, marka, ticari unvanlar, endüstriyel tasarımlar, know-how ve peştemaliye dahil olmak üzere sınai mülkiyet hakları ve fikri haklar,
- Doğal kaynaklarla ilgili imtiyazlar da dahil olmak üzere, kanun veya sözleşme ile verilmiş imtiyazlar.

Görüldüğü gibi, ikili yatırım antlaşmalarına lisanslar, izinler, kanun veya sözleşme ile verilen haklar, doğal kaynakları araştırma ve kullanmaya ilişkin imtiyazlar, imalat hakları, ürünleri kullanma ve satma hakları gibi haklar da dahil edilmektedir.<sup>90</sup> Elbette salt bunların varlığı, ikili yatırım antlaşması bağlamında bir yatırımın bulunduğu kabulü için her zaman yeterli olmayabilir. Zira özellikle bazı yatırımların ev sahibi ülkedeki kalkınmayı olumsuz etkileyebileceği kaygısıyla bu tür antlaşmalarda yer verilen yatırım tanımlarını dar kapsamlı tutma eğilimi görülebilmektedir.<sup>91</sup> Buna karşılık yukarıda belirtildiği şekilde birçok ikili yatırım antlaşmasında 'yatırım' tanımı, her türlü malvarlığını kapsayacak şekilde geniş tutulmuştur.<sup>92</sup> İkili yatırım antlaşmalarında yapılan yatırım tanımlarında genellikle 'ev sahibi ülkenin kanunlarına uygun olarak' veya benzer bir ifadeye yer verilmektedir.<sup>93</sup> Ancak uyuşmazlık çıkması ve tahkim yoluna başvurulması halinde hakem heyetleri bu tür bir yaklaşımı genellikle kabul etmemekte ve 'ev sahibi ülkenin kanunlarına uygun olma' unsurunun, 'yatırım' kavramının tanımıyla ilgili

---

<sup>90</sup> BAKLACI / AKINTÜRK, 2009, s.494.

<sup>91</sup> IŞIK, s.140; ÇALIŞKAN, 2009, s.89.

<sup>92</sup> ÇALIŞKAN, 2009, s.88.

<sup>93</sup> DOLZER / SCHREUER, s. 65.

olmadığını, yalnızca 'yatırımın kanuniliği' ile ilgili olduğunu belirtmektedirler.<sup>94</sup> Hakem heyetleri, antlaşmalarda yapılan tanımları genellikle geniş yorumlama eğilimi göstermektedirler.<sup>95</sup>

### C. Hakem Kararları

İkili veya çok taraflı yatırım antlaşmalarının ihlali iddiasıyla tahkim yoluna başvurulduğunda hakem heyetleri, bir faaliyetin yatırım olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini belirlemek için birtakım unsurlar üzerinde durmaktadır. Hakem kararlarında yatırımcının ortaya koyduğu katkı, süre, risk, ev sahibi ülke ekonomisine katkı ve bu unsurların karakteri ve derecesi, kâr ve kazancın düzenli olması, yatırımın kanuniliği, malvarlıklarının iyiniyetle kazanılmış olması ve ev sahibi ülkenin kanunlarına uygun olarak yatırımın yapılmış olması, ev sahibi ülkenin ekonomisine katkının 'dikkate değer' olması gibi kriterlerden söz edilmektedir. Bunların bir kısmının yatırımı oluşturan unsurlar olduğu konusunda ihtilaf olmamasına rağmen, diğer bir kısım unsurlar konusunda hakem kararlarında yeknesak bir yaklaşımın bulunmadığını da belirtmemiz gerekir.<sup>96</sup>

Özellikle ICSID tahkimi ile çözülen uyuşmazlıklarda heyetler, yatırıma ilişkin olarak farklı sayıda, farklı kriterler ortaya koymuşlardır. ICSID Konvansiyonu'nun 25. maddesinde 'yatırım'dan bahsedilmekle birlikte, Konvansiyonu'nun hazırlandığı

---

<sup>94</sup> DOLZER / SCHREUER, s.65. Benzer bir tutum, *Saba Fakes v. Turkey* yargılamasında görev alan heyette de görülmektedir. Bkz. *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, Case No: ARB/07/20, Award, July 14, 2010, erişim adresi:

[https://icsid.worldbank.org/en/Parties%20Publications/C3765/Claimants%20Reply%20\(Redacted%20per%20PO8\)/Legal%20Authorities/CL-0045.PDF#search=salini%20kingdom%20of%20morocco](https://icsid.worldbank.org/en/Parties%20Publications/C3765/Claimants%20Reply%20(Redacted%20per%20PO8)/Legal%20Authorities/CL-0045.PDF#search=salini%20kingdom%20of%20morocco), erişim tarihi: 9.12.2018.

<sup>95</sup> SCHEFER, s.60.

<sup>96</sup> MUSURMANOV, 2013, s.107. Benzer yönde bkz. ÇALIŞKAN, Yusuf, "ICSID Jurisdiction: Whose Dictionary Will be Used for the Definition of 'Investment' and the 'Scope of Consent' ", Foreign Investment Law, Ed: Ceyda Süral / Ekin Ömeroğlu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, S:91-106, s.106.

dönemde ‘yatırım’ kavramının tanımı konusunda uzlaşılabilmesi, ICSID tahkiminin ihtiyari nitelikte olması ve bir tanım yapılarak merkezin yetkisinin sınırlandırılmak istenmemesi gibi sebeplerle adı geçen hüküm yatırıma ilişkin bir tanım ihtiva etmemektedir.<sup>97</sup> Ancak ICSID tahkiminde heyetin yargılama yetkisine sahip olabilmesi için bir ‘yatırım’ bulunması gerektiğinden, ortaya çıkan uyuşmazlıklarda heyetler öncelikle bir ‘yatırım’ın var olup olmadığını tespit etmektedir.<sup>98</sup> Heyetler bir yatırımın bulunup bulunmadığının tespitinde genellikle ilk etapta *double keyhole approach*, *two-fold test*, *dual approach* veya *double bareled test* olarak adlandırılan çifte test veya çift yönlü yaklaşım yöntemini uygulamaktadır. Buna göre heyetler hem ICSID anlamında hem de ikili yatırım antlaşması anlamında bir yatırım bulunup bulunmadığını incelemektedir.<sup>99</sup> Bununla birlikte ICSID Konvansiyonu'nda yatırımın tanımına yer verilmediği için genellikle taraflar arasında ikili yatırım

<sup>97</sup> TIMMER, Laurens J.E., “The Meaning of ‘Investment’ as a Requirement for Jurisdiction Ratione Materiae of the ICSID Centre”, Journal of International Arbitration, 29 (2012), Issue 4, S:363-373, s.364; HAMIDA, s.288-289; DOLZER / SCHREUER, s.61. ICSID Konvansiyonu'nun hazırlanması sırasında ‘yatırım’ın tanımına ilişkin çeşitli öneriler getirilmiştir. Önerilen bir tanıma göre yatırım, “belirsiz bir süre için veya süre belirtilmemişse beş yıldan az olmayacak şekilde, parasal veya ekonomik değeri olan herhangi bir katkı” olarak belirtilmiştir. Başka bir madde tasarısında ise, “yatırım kavramının, (i) endüstriyel, ticari zirai, mali veya hizmet işletmesinin yürütülmesi için veya kurulması için kazanılan (bir imtiyaz altındakilerde dahil olmak üzere) sözleşmesel hakları veya mülkiyet hakları; (ii) bu tür herhangi bir işletmedeki iştirakler veya hisseleri; veya (iii) özel veya kamu kişilerinin kısa dönem bankacılık veya kredi kolaylıkları dışındaki yükümlülükler dışındaki yükümlülüklerden doğan mali yükümlülükleri” ifade ettiği belirtilmiştir. Ancak ICSID’i hazırlayanlar, bu ve benzeri tanımların hiç birisine Konvansiyon metninde yer vermemişlerdir. Bkz. KRYVOI, Yaroslau, *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, Kluwer Law International, Netherlands, 2010, s.57.

<sup>98</sup> DOLZER / SCHREUER, s.60-62; SCHEFER, s.59-60.

<sup>99</sup> MUSURMANOV, s.108; MANCIAUX, s.449. Bu yöntem ICSID hakem heyetinin yargılama yetkisi bulunup bulunmadığının tespitinde iki aşamalı olarak uygulanan bir yöntemdir. Heyet, önüne gelen iddiayı öncelikle ICSID Konvansiyonu anlamında bir ‘yatırım’ olarak değerlendirip değerlendiremeyeceğini incelemekte, bu inceleme sonucunda ICSID Konvansiyonu anlamında bir ‘yatırım’ bulunduğu kanaat getirdiği takdirde ikinci aşamada ikili yatırım antlaşması çerçevesinde bir ‘yatırım’ bulunup bulunmadığını incelemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DOLZER / SCHREUER, s.61-62; SCHEFER, s.74.

antlaşması bulunması durumunda heyetin bu tanımı esas alarak değerlendirme yapması gerekmektedir. Ancak ikili yatırım antlaşması bulunmaması halinde veya ikili yatırım antlaşması bulunmakla birlikte uyumsuzluk konusunun söz konusu ikili antlaşma kapsamında yatırım olarak kabul edilmemesi halinde heyet, doğrudan merkezin yetkisine girmedikinden bahisle reddedemeyip, ICSID Konvansiyonu anlamında bir yatırımın bulunup bulunmadığını taraflar arasındaki antlaşma ile birlikte yorumlayarak tespit etmektedir.<sup>100</sup> Belirttiğimiz bu sebeple ve ICSID Konvansiyonu'nda yatırımın tanımına yer verilmemesi birlikte değerlendirildiğinde hakem heyetlerinin 'yatırım' kavramını nasıl değerlendireceği ve ortada bir yatırım olup olmadığının tespiti için hakem kararlarında yatırıma ilişkin birtakım kriterler geliştirilmiştir.

Yatırımı ortaya çıkaran kriterlere değinmeden önce ICSID Konvansiyonu anlamında 'yatırım' kavramına ilişkin temel yaklaşımlardan bahsetmek yerinde olacaktır. *Saba Fakes v. Turkey* davasında heyet, ICSID Konvansiyonu altında yatırım kavramına ilişkin iki farklı yaklaşım bulunduğunu belirtmiştir.<sup>101</sup> Dava, Ürdün ve Hollanda vatandaşı Saba Fakes'in, Uzan ailesine ait Telsim hisselerini devralması, Telsim'in ise TMSF'ye devredilmesi nedeniyle zarara uğradığı iddiasıyla, Türkiye-Hollanda İkili Yatırım Anlaşmasına aykırılık iddiası ve tazminat talebi ile Türkiye'ye karşı açılmıştır. Türkiye, Saba Fakes'in söz konusu hisseleri gerçekte almadığını, satış belgelerinin Uzan ailesinin talimatı ile geçmiş tarihli olarak düzenlendiği, Uzanların Türkiye'ye karşı dava açma imkanı bulunmadığı içi Saba Fakes üzerinden bu talepleri ileri sürdüğünü ve bu sebeplerle Merkez'in yetkisinin olmadığını ileri sürmüştür. Neticede heyet, ortada gerçek bir yatırım ve gerçek bir yatırımcı bulunmaması nedeniyle yetkisinin bulunmadığını belirtmiş ve davanın reddine

---

<sup>100</sup> ÇALIŞKAN, 2009, s.108.

<sup>101</sup> *Saba Fakes v. Turkey*, para. 98.

karar vermiştir. Kararda, söz konusu faaliyetin yatırım olup olmadığı tartışılmış ve ICSID Konvansiyonu anlamında 'yatırım' kavramına ilişkin iki farklı yaklaşım bulunduğu belirtilmiştir. Bazı yazarlar bu yaklaşımları subjektif (kavramsal) yaklaşım ve objektif yaklaşım olarak ayırmaktadır.<sup>102</sup> İlk yaklaşıma göre bazı kriterler dikkate alınmakla birlikte, yatırımın unsurlarının önceden tek tek tespit edilmesi gerekmekte, herhangi bir sayıda unsur, duruma göre bir yatırımı karakterize edebilmektedir.<sup>103</sup> Bu yöntem, bir ekonomik faaliyetin yatırım olarak tanımlanmasında tarafların iradesine önem vermektedir.<sup>104</sup> Objektif yaklaşım olarak adlandırılan ikinci yaklaşıma göre ise, bir faaliyetin yatırım olarak değerlendirilebilmesi için zorunlu olarak belirli sayıda unsur içermesi gerekmektedir.<sup>105</sup> Yani ilkinin aksine yatırım kurucu unsurları içermelidir.<sup>106</sup> Objektif ve subjektif yaklaşımlar olarak adlandırılan iki temel yaklaşım dışında üçüncü bir yaklaşım daha bulunmaktadır. Bu iki yaklaşımın sentezi olarak nitelenebilecek ve geleneksel veya klasik yaklaşım olarak adlandırılan üçüncü yaklaşıma göre bir faaliyetin yatırım olarak kabul edilebilmesi için hem belirli sayıda kriterler dikkate alınmakta (objektif yaklaşım) hem de uygulanması mümkün olan diğer kriterler göz önünde bulundurulmaktadır.<sup>107</sup>

ICSID yargılamasında, yargı yetkisinin bulunup bulunmadığının ve dolayısıyla ortada bir 'yatırım' bulunup bulunmadığının tespitinde yatırıma ilişkin kriterleri kapsamlı olarak ortaya koyan ilk ve en önemli karar ise Salini kararıdır.<sup>108</sup> Bu kararda

<sup>102</sup> Bkz. SCHEFER, s.75; HAMIDA, s.289.

<sup>103</sup> *Saba Fakes v. Turkey*, para. 99; MUSURMANOV, s.110.

<sup>104</sup> YALA, Farouk, "The Notion of 'Investment' in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement?", *Journal of International Arbitration*, 22(2), 2005, S:105-126, s.106; HAMIDA, s.189.

<sup>105</sup> *Saba Fakes v. Turkey*, para. 101; SCHEFER, s.75; MUSURMANOV, s.110.

<sup>106</sup> *Saba Fakes v. Turkey*, para. 101.

<sup>107</sup> MUSURMANOV, s.111-112.

<sup>108</sup> *Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, Case No: ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 23, 2001, erişim adresi:



ortaya konulan kriterler, ICSID Konvansiyonu anlamında bir yatırım bulunup bulunmadığının tespitinde doktrin ve uygulamada da kabul edilen kriterlerdir. İtalyan Şirketleri Salini ve Italstrade ile Fas hükümeti tarafından finanse edilen özel bir kurum arasında otoyol yapım sözleşmesi yapılmış, ancak otoyolun inşası sırasında uyuşmazlık çıkması üzerine İtalyan şirketler ICSID'e başvurmuştur. Fas hükümeti, yapılan faaliyetin hem ICSID Konvansiyonu anlamında hem de İtalya-Fas İkili Yatırım Anlaşması anlamında yatırım olarak kabul edilemeyeceğini, dolayısıyla Merkezin yetkisi olmadığı itirazını ileri sürmüştür. Bunun üzerine heyet, inşaat işlerinin ICSID anlamında yatırım olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini incelemiştir. Heyetin incelemeyi yaparken ortaya koyduğu kriterler sonraki davalarda 'Salini Test' olarak adlandırılmış ve bu kriterler yatırımı ortaya çıkaran kriterler olarak kabul edilmiştir. Söz konusu kriterlere göre bir faaliyetin 'yatırım' olarak kabul edilebilmesi için yatırımcının yaptığı katkı, sözleşmenin süresi ve söz konusu faaliyet sebebiyle yatırımcının üstlendiği risk olmak üzere en az üç unsur taşınması gerekmektedir. Heyet bunlara ek olarak yatırımın ev sahibi ekonomisine katkı kriterini de bir faaliyetin yatırım olarak kabul edilebilmesi için bulunması gereken kriterler içinde mütalaa etmiştir.

*Saba-Fakes v. Turkey* uyuşmazlığında da *Salini Test* olarak adlandırılan unsurlar dikkate alınmakla birlikte, hakem heyeti, yatırımın kurucu unsurlarının kesin sayısı konusunda bir görüş birliği bulunmadığını belirtmiştir.<sup>109</sup> Nitekim aşağıda da görüleceği gibi, hakem heyetlerinin yatırımı karakterize eden kurucu unsurların tespitinde, bütünüyle yeknesak bir yaklaşımının olduğunu söylemek güçtür.

---

[https://icsid.worldbank.org/en/Parties%20Publications/C3765/Claimants%20Reply%20\(Redacted%20per%20PO8\)/Legal%20Authorities/CL-0045.PDF#search=salini%20kingdom%20of%20morocco](https://icsid.worldbank.org/en/Parties%20Publications/C3765/Claimants%20Reply%20(Redacted%20per%20PO8)/Legal%20Authorities/CL-0045.PDF#search=salini%20kingdom%20of%20morocco), erişim tarihi: 9.12.2018.

<sup>109</sup> *Saba Fakes v. Turkey*, para. 102.

Birçok uyuşmazlıkta, ICSID hakem heyetleri, faaliyetin ‘yatırım’ olarak değerlendirilebilmesi için faaliyetin gerçekleştirilmesi amacıyla yatırımcının yaptığı katkı, sözleşmenin süresi ve söz konusu faaliyet sebebiyle yatırımcının üstlendiği risk unsuru olmak üzere en az üç kriteri dikkate almıştır.<sup>110</sup> ‘Salini Test’ olarak adlandırılan ve sık kullanılan bu yöntem ICSID anlamında yatırımın gayri resmi tanımı olarak değerlendirilmektedir.<sup>111</sup>

Salini davasında olduğu gibi, bazı uyuşmazlıklarda heyetler bu üçüne ek olarak ‘ev sahibi ülke ekonomisine katkı’yı dördüncü bir kriter olarak belirtirken,<sup>112</sup> ‘kâr ve kazancın düzenli olması’nın beşinci bir kriter olarak kabul edildiği kararlar da bulunmaktadır.<sup>113</sup> Heyetler, hangi kriterlerin ‘yatırım’ tanımında dikkate alınacağı konusunda karar vermek durumunda oldukları gibi, bazı unsurların bulunmamasına nasıl bir sonuç bağlanacağı konusunda da karar vermek durumundadırlar.<sup>114</sup> Heyetler karar verirken bu kriterlerin tümünü veya bir kısmının kabul etse dahi, kriterler

<sup>110</sup> *LESI-Dipenta v. People’s Democratic Republic of Algeria*, Case No: ARB/03/0 Award, January 10, 2005, 12, erişim adresi: [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C228/DC645\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C228/DC645_En.pdf), erişim tarihi: 10.12.2018. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan*, Case No: ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, November 14, 2005, para. 131-137, erişim adresi: [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C27/DC523\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C27/DC523_En.pdf), erişim tarihi: 9.12.2018.

<sup>111</sup> KRYVOI, s.58. Benzer yönde bkz. MUSURMANOV, s.109.

<sup>112</sup> *Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, para. 50-58; MUSURMANOV, s.109; YALA, s.106; TIMMER, s.367.

<sup>113</sup> *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, Case No: ARB/03/11, Award on Jurisdiction, August 6, 2004, para 53, erişim adresi: [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C229/DC647\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C229/DC647_En.pdf), erişim tarihi: 12.12.2018; *Helnan International Hotels v. Egypt*, Case No: ARB/05/19, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, October 17, 2006, para 77, erişim adresi: [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C64/DC773\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C64/DC773_En.pdf), erişim tarihi: 12.12.2018. Ayrıca bkz. DOLZER / SCHREUER, s.66; KRYVOI, s. 58; SCHEFER, s.79.

<sup>114</sup> SCHEFER, s.81.

oldukça geniş nitelikte olup yoruma ihtiyaç göstermektedir.<sup>115</sup> Nitekim bir faaliyetin yatırım olarak kabul edilmesinde salt bu kriterlerin varlığı yeterli görülmemiş olsa gerek ki, bazı uyumsuzluklarda heyetler yukarıda belirtilen unsurların doğasını ve derecesini de bu kriterlere dahil etmiştir.<sup>116</sup>

Yukarıda belirttiğimiz kriterlerden bir faaliyetin gerçekleşebilmesi için yatırımcının yaptığı *katkı*, sözleşmenin *süresi* ve söz konusu faaliyet sebebiyle yatırımcının üstlendiği *risk* unsurları fazlaca tartışılmamıştır. Bu halde, bu üç unsurun yatırımı meydana getiren unsurlar olduğu hususunda mutabakat bulunduğunu söylememiz mümkündür. Fakat özellikle faaliyetin 'yatırım' olarak kabul edilebilmesi için ev sahibi ülke ekonomisine mutlaka katkıda bulunması gerekip gerekmediği çok tartışılmıştır. Doktrinde bazı yazarlar, 'ev sahibi ülke ekonomisine katkı' kriterini, yatırımı oluşturan faaliyetin sosyal ve kültürel katkılarını bir kenara iterek, yalnızca ekonomik katkıyı ön plana çıkarması nedeniyle eleştirmektedir.<sup>117</sup> Yatırım tanımında bu unsurun dikkate alınması gerektiğini savunanlar ise ev sahibi ülkenin, ekonomik gelişme uğruna yabancı faaliyeti koruma altına aldığı ve kendisini kısıtladığını, dolayısıyla ekonomik katkı yoksa faaliyeti koruması yükümlülüğünün de bulunmaması gerektiğini belirtmektedirler.<sup>118</sup> Bir yatırımın, ev sahibi ülkenin ekonomik gelişimine katkıda bulunması gerektiği genel olarak kabul edilmekle birlikte, ekonomik gelişime katkı olarak nitelenen her türlü

---

<sup>115</sup> TIMMER, s.368.

<sup>116</sup> Bkz. *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia*, Case No: ARB/05/10, Award on Jurisdiction, May 17, 2007, para. 106(e), erişim adresi: [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C247/DC654\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C247/DC654_En.pdf), erişim tarihi: 9.12.2018.

<sup>117</sup> Bkz. MANCIAUX, s.458-459.

<sup>118</sup> SCHEFER, s.79.

faaliyetin ‘yatırım’ olarak nitelenmesinin fazlasıyla geniş bir yorum olacağı ve kabulünün mümkün olmayacağı belirtilmektedir.<sup>119</sup>

Son dönemlerde yatırımın ‘kanuniliği’ de yatırım antlaşmaları çerçevesinde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda gündeme gelmektedir.<sup>120</sup> Bu durum, yatırım antlaşmalarının oldukça geniş biçimde yorumlanmasının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>121</sup> ICSID hakem heyetinin verdiği kararlarda da ‘yatırım’ tanımına ‘*malvarlıklarının iyiniyetle kazanılması ve ev sahibi ülkenin kanunlarına uygun olarak yatırımın yapılmış olması*’ altıncı bir kriter olarak ortaya çıkmıştır.<sup>122</sup> *Saba Fakes v. Türkiye* davasında Türkiye, yapılan faaliyetin ‘kanunilik’ koşulunu sağlamadığını, dolayısıyla ikili yatırım antlaşması çerçevesinde bir ‘yatırım’ olarak nitelendirilemeyeceğini ileri sürmüştür. Heyet ise, ortada bir yatırım varsa bunun ‘kanuni olmaması’ veya ‘kötüniyetle yapılmış olması’nın önemli olmadığını belirtmiştir.<sup>123</sup> Buna göre ICSID hakem heyetlerinin bu gibi durumlarda fiili durumu ön plana çıkardığını ve iyiniyet, kanunilik gibi kriterleri dikkate almadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bunun dışında, ‘ev sahibi ülke ekonomisine katkı’ unsurunun ICSID Konvansiyonu’nun önsözüne dayanılarak geliştirildiğini, ancak Konvansiyon’un lafzından açıkça anlaşılamayan bir unsura aşırı görev yüklenmesinin sakıncalı olabileceği üzerinde durulmuştur.<sup>124</sup> Çünkü bir yatırımdan olağan olarak beklenen onun verimli olması veya ülke ekonomisine olumlu bir

<sup>119</sup> SORNARAJAH, s.16-17.

<sup>120</sup> SORNARAJAH, s.17; SCHEFER s.103.

<sup>121</sup> SORNARAJAH, s.17.

<sup>122</sup> *Phoenix v. Czech Republic*, Case no: ARB/06/5, Award, April 15, 2009, para.111-114, erişim adresi: [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C74/DC1033\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C74/DC1033_En.pdf), erişim tarihi: 10.12.2018; *Saba Fakes v. Turkey*, para 104. Buna karşılık *Saba Fakes v. Türkiye* uyuşmazlığında heyet, ‘kanunilik’ ve ‘iyiniyet’in, yatırım tanımı için zorunlu unsurlar arasında bulunmadığına karar vermiştir. Bkz. *Saba Fakes v. Turkey*, para 112.

<sup>123</sup> *Saba Fakes v. Turkey*, para. 112.

<sup>124</sup> *Saba Fakes v. Turkey*, para. 111.

katkıda bulunmasıdır. Fakat bir yatırım yapıldığı zaman bunun başarısızlıkla da sonuçlanması mümkündür. Dolayısıyla bazı yazarlara göre bu unsur, yatırım tanımına doğrudan dahil edilebilecek bir kriter değildir.<sup>125</sup>

ICSID heyetlerinin yine öncelikle yatırımın mevcudiyetini incelediği *Fedax v. Venezuela* uyuşmazlığında heyet, bir faaliyetin yatırım olarak nitelenebilmesi için 'yatırımın ev sahibi devletin ülkesinde bulunması' gerekmediğini belirtmiştir.<sup>126</sup> Oysa Enerji Şartı Antlaşması m. 26(1), NAFTA m. 1101(1) gibi hükümlerinde bazı uluslararası antlaşmalarda yapılan yatırım tanımlarında da, yatırımın ev sahibi devletin ülkesinde bulunması gerektiğine yer verilmiştir.

Bir faaliyetin yatırım olup olmadığının tespitinde kullanılan kriterlerden bir diğeri de tarafların tâbiyetidir. Örneğin, yine ICSID Konvansiyonu anlamında yatırımın bulunup bulunmadığı belirlenirken, yatırımın menşei değil, yatırımcının tâbiyeti belirleyici olmaktadır.<sup>127</sup>

Bunlar dışında yatırımın süresi, iş taahhüdünün derecesi gibi kriterler de dikkate alınabilmektedir.<sup>128</sup>

Yukarıda genel hatlarıyla belirttiğimiz çerçevede hakem kararları değerlendirildiğinde, hakem heyetlerinin, yatırımcının yaptığı katkı, süre ve risk unsurlarının bir faaliyetin yatırım olarak değerlendirilmesinde mutlaka bulunması gereken unsurlar olarak addedildiği görülmekte, buna karşılık diğer unsurlar somut

---

<sup>125</sup> Bkz. DUPONT, Pierre-Emmanuel, "The Notion of ICSID Investment: Ongoing 'Confusion' or 'Emerging Synthesis'?", *The Journal of World Investment & Trade*, 12, 2011, S:245-272, s.259.

<sup>126</sup> *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela*, Case no: ARB/96/3, Decision on Jurisdiction, July 11, 1997, para 43, erişim adresi: <https://icsid.worldbank.org/en/Parties%20Publications/C3765/Claimants%20Amended%20Memorial/Legal%20Authorities/CL-0028.PDF#search=fedax%20v%20E%20venezuela>, erişim tarihi: 9.12.2018.

<sup>127</sup> DOLZER / SCHREUER, s.67-68.

<sup>128</sup> KRYVOI, s.58.

olaya göre yatırım kavramının unsurları arasına dahil edilmekte veya edilmemektedir. Bazı yazarlar ICSID anlamında bir yatırımın varlığının kabulü için katkı, süre ve risk unsurlarının yeterli olduğunu, diğer ek unsurların ICSID Konvansiyonu bağlamında esaslı unsurlar arasında olmadığını belirtmektedir.<sup>129</sup> Ancak bize göre ev sahibi devletin ekonomisine katkı sağlamayan veya en azından ev sahibi ülke ekonomisine katkıyı amaçlamayan her tür faaliyetin yatırım olarak kabul edilmesi, Konvansiyon ile gerçekleştirilmek istenen amacı aşacaktır. Zira yabancı bir yatırım söz konusu olduğunda, bu yatırımın ev sahibi ülke ekonomisine katkı sağlaması beklenir. Başka bir deyişle uluslararası yatırımlarda, işin doğası gereği bu kriterin yatırım tanımının zorunlu bir unsuru olarak dikkate alınması gerekir.

Yukarıda görüldüğü gibi ICSID tahkimiyle verilen hakem kararlarında, yatırımın tanımı için gereken kurucu unsurlar genellikle dört başlık altında toplanmakla birlikte, bunların hangi kapsamda ele alınacağı açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu unsurların ne derecede olması gerektiğinin belirtilmemesi bir anlamda esneklik sağlamak ve somut olaya göre değerlendirilmesini gerektirmektedir.<sup>130</sup> Bununla birlikte salt bu unsurların varlığı 'yatırım' için kabul edilmemelidir. Bütün bu unsurlar ev sahibi ülkeyle olan ilişkiler çerçevesinde tartılarak gerçekten yatırım olarak kabul edilip edilmeyeceği belirlenmelidir.<sup>131</sup>

Hakem kararları ile belirginleşen ve yukarıda açıklamaya çalıştığımız unsurlar dikkate alınarak en genel şekilde uluslararası yatırım hukuku bağlamında yatırım, 'amacı kâr elde etmek olan yatırımcının, başka bir ülkede belirli nitelikteki riskleri üstlenerek giriştiği, görece uzun bir süre boyunca devam eden ve ev sahibi ülke ekonomisine katkı yapması beklenen faaliyet' olarak tanımlanabilir.

---

<sup>129</sup> DUPONT, s.260.

<sup>130</sup> DOLZER / SCHREUER, s.69; SCHEFER, s.81.

<sup>131</sup> SCHEFER, 2013, s.81.

#### D. Türk Hukukuna Göre Yabancı Yatırım Kavramı

Uluslararası yatırım kavramını milli mevzuat açısından inceleyecek olursak Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'na<sup>132</sup> (DYYK) bakmak gerekecektir.

DYYK, yabancı yatırımı yurtdışından getirilen değerler ve yurt içinden sağlanan değerler olmak üzere ikiye ayırmıştır.<sup>133</sup> DYYK'ya göre yurt dışından getirilen ve yatırım sayılan değerler şunlardır;

- Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası tarafından alım ve satımı yapılan Konvertibl para şeklinde nakit sermaye,
- Devlet tahvilleri hariç olmak üzere şirket menkul kıymetleri,
- Makine ve teçhizat,
- Sınai ve fikrî mülkiyet hakları.

Yurt içinde sağlanan ve yatırım olarak kabul edilen değerler ise;

- Yeniden yatırımda kullanılan kâr, hasılat, para alacağı veya mali değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar,
- Doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklardır.

Bu çerçevede yukarıda örnek kabilinden sayılan iktisadi kıymetler aracılığıyla yeni şirket kurmak veya şube açmak ya da menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az %10 hisse oranı veya aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olmak 'doğrudan yabancı yatırım' olarak tanımlanmıştır (m.2/b-i ve m.2/b-ii). Yabancı yatırıma ilişkin değerler kanun metninde sayılanlarla sınırlı olmayıp,<sup>134</sup> yapılan tanım, İktisadi

---

<sup>132</sup> 17.06.2003 tarih ve 24141 sayılı R.G.

<sup>133</sup> ERTEEN, 2005, s.99.

<sup>134</sup> ERTEEN, 2005, s.100.

Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (Organisation for Economic Cooperation and Development - OECD)<sup>135</sup> ve Uluslararası Para Fonu (International Monetary Fund - IMF)<sup>136</sup> gibi uluslararası organizasyonların yaptığı tanımlar ile uyumludur.<sup>137</sup>

## SONUÇ

Yatırım kavramının çerçevesinin çizilmesi, özellikle uluslararası yatırım uyumsuzluklarında önem taşımaktadır. Zira yatırım uyumsuzluklarının çözümünde başvuru tahkimde, söz konusu yatırımın, belirli bir antlaşma çerçevesinde yatırım olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışılmaktadır.

<sup>135</sup> Örneğin OECD, doğrudan yabancı yatırımı, kendi ülkesi dışında bulunan yatırımcının, sürekli bir menfaat elde etmek amacıyla başka bir ülkeye yaptığı yatırım olarak tanımlamıştır. Yapılan tanımın akabinde, bir faaliyetin yatırım olarak kabul edilmesi için gereken bir kısım özellikler ele alınmıştır. Örneğin bir faaliyetin yatırım olarak kabul edilmesi için faaliyetin sürekli olması gerektiğini belirtmiş ve yatırımcının oy hakkı sağlayan en az %10 oranında hisse sahibi olması halinde yatırımda süreklilik unsurunun gerçekleştiğini kabul etmiştir. Yine milli mevzuatımızdakine benzer şekilde nakit sermaye, makine-teçhizat, sinai ve fikri mülkiyet hakları gibi unsurları da yatırım olarak kabul etmektedir. OECD'nin yatırım tanımı ve bu tanım kapsamında mütalaa edilen unsurlar hakkın da ayrıntılı bilgi için bkz. OECD, *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, Fourth Ed., 2008, Erişim adresi: <https://www.oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf> , erişim tarihi: 11.12.2018. Ayrıca bkz. IMF Committee on Balance of Payments Statistics and OECD Workshop on International Investment Statistics, Direct Investment Technical Expert Group, *Definition of Foreign Direct Investment (FDI) Terms*, 2004, erişim adresi: <https://www.imf.org/External/NP/sta/bop/pdf/diteg20.pdf>, erişim tarihi: 11.12.2018.

<sup>136</sup> IMF doğrudan yabancı yatırımları tanımlarken, kendi ülkesi dışında bulunan yatırımcının, başka bir ülkede / ekonomide sürekli bir menfaat elde etmek amacıyla yaptığı faaliyetler olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda ev sahibi ekonomideki şirket payının veya ilgili şirketteki oy hakkının en az %10'unu elinde bulundurması, diğer şekillerde nakit sermaye, menkul kıymetler, kar, hasılat, para alacağı ve benzeri değerler yatırım olarak kabul edilebilmektedir. Bkz. IMF, *Glossary of Foreign Direct Investment Terms*, s. 3,4,9, erişim adresi: <https://www.imf.org/external/np/sta/di/glossary.pdf>, erişim tarihi: 11.12.2018. Görüldüğü gibi IMF'nin doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin tanımlar da OECD'nin yaptığı tanımlara benzemektedir.

<sup>137</sup> ARIKAN, s.45.



'Yatırım' kavramı uluslararası hukukta tanımlanmamıştır. Ancak yatırımın kaynaklarından hareketle bu kavrama nelerin dahil edilebileceği tespit edilmeye çalışılabilir. Doktrinde 'yatırım' kavramını tüm yönleriyle kapsayan bir tanım bulunmamaktadır. Çok taraflı antlaşmalar veya ikili yatırım antlaşmaları incelendiğinde ise genellikle bir 'yatırım'a ilişkin bir tanım verilmediği, ancak nelerin 'yatırım' olarak kabul edilebileceğinin belirtildiği görülmektedir. Değerlendirilen kaynaklar bağlamında yukarıda belirtildiği üzere yatırımın tanımına bilinçli veya bilinçsiz olarak yer verilmediği açıkça görülmektedir. Bununla birlikte bir faaliyetin yabancı yatırım olarak nitelenebilmesi için genellikle; amacı kâr elde etmek olan yatırımcı, kendi ülkesi dışında bulunan yatırımcının yatırım yaptığı ev sahibi devlet ve yatırımcının tâbi olduğu kaynak devlet olmak üzere üç temel unsurun bulunması gerektiğini söylememiz mümkündür.<sup>138</sup> Belirtilen bu unsurlar uluslararası alanda 'yatırım'ı tanımlayan ve kavramsal çerçevesini çizen temel unsurlar olarak değerlendirilebilir. Bu temel unsurlar dışında, bir faaliyetin 'yatırım' olarak kabul edilip edilmeyeceğinin tespitinde yatırımı karakterize eden unsurlar üzerinde de durulması gerekir. Özellikle hakem kararlarında ele alınan yatırımı karakterize eden unsurlar belirsiz sayıda olmakla birlikte, yatırımcının yaptığı katkı, süre ve yatırımcının katlandığı risk unsurlarını barındırması gerektiği konusunda tereddüt bulunmadığı görülmektedir. Bize göre bu unsurlara 'ev sahibi ülke ekonomisine katkı' unsurunun da eklenmesi gerekir. Böylece; amacı kâr elde etmek olan yatırımcı, kendi ülkesi dışında bulunan yatırımcının yatırım yaptığı ev sahibi devlet, yatırımcının tâbi olduğu kaynak devlet ve ev sahibi ekonomisine katkı şeklindeki dört kriterin, bir faaliyete uluslararası alanda 'yatırım' olma özelliği kazandıran, başka bir ifade ile yatırımı karakterize eden zorunlu asgari kriterler olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır. Hakem kararlarında incelenen (yatırımın iyiniyetle

---

<sup>138</sup> Aynı yöndeki görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TİRYAKİOĞLU, s.32-41.

yapılması, kar ve kazancın düzenli olması gibi) diğer kriterlerin faaliyeti 'yatırım' olarak karakterize edip etmediğini belirlemek için ise somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerecektir.

Bir kavramın tanımının yapılması elbette kolay bir iş değildir. Zira tanım yapılırken, kavramın kapsamı içinde mütalaa edilen tüm hususları içermesi ve aynı zamanda kavramın kapsamı dışında kalan hususları da dışarıda bırakacak şekilde tanımlanması gerekir. Bu halde kavramın kapsamı belirgin şekilde çizilmiş olacaktır. Yukarıda belirttiğimiz hususlar çerçevesinde ve özellikle hakem kararlarında yer verilen kriterler dikkate alındığında, uluslararası yatırım hukuku bağlamında yatırım kavramı en genel ifadesiyle 'amacı kâr elde etmek olan yatırımcının, başka bir ülkede belirli nitelikteki riskleri üstlenerek giriştiği, görece uzun bir süre boyunca devam eden ve ev sahibi ülke ekonomisine katkı yapması beklenen faaliyeti' olarak tanımlanabilir. Bununla birlikte bir önceki paragrafta belirttiğimiz gibi, bu tanım asgari unsurları içerdiğinden, somut olayda diğer kriterlerin de bir faaliyetin yatırım olarak değerlendirilmesinde dikkate alınması gerekebilir.

## KAYNAKÇA

**AÇIKALIN, Sezgin / ÜNAL, Seyfettin** : *Doğrudan Yatırımlar ve Portföy Yatırımları, Global ve Yerel Faktörlerin Türkiye Üzerindeki Göreceli Etkisi*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2008.

**ALGÜNER, Ayhan** : *Kurumsal Yatırımcılar, Finansal Piyasalara Etkileri ve Türkiye Örneği*, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Yayın No: 199, Ankara, 2006.

**ARIKAN, Deniz** : *Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları*, Arkan Yayınları, İstanbul, 2006.

**AVŞAR, Melis**: *“ICSID Konvansiyonu’na Göre Yatırım Kavramı”*, MHB Cilt: 37, Sayı: 2, S: 95-140.

**BAKLACI, Pınar / AKINTÜRK, Esen** : *“Foreign Direct Investment in Turkey: Legal Framework”*, International Journal of Emerging and Transition Economies, Vol. 1, No: 2, 2008, S: 231-245.

**BAKLACI, Pınar / AKINTÜRK, Esen**: *“İki Taraflı Yatırım Antlaşmaları Hakkında Genel Bir İnceleme”*, Prof. Dr. Reha Poroy’un Anısına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: XXV, Sayı: 4, Ankara, 2009, S: 477-536.

**BERKSOY, Taner / DOĞRUEL, A. Suut / DOĞRUEL, Fatma** : *Türkiye’de Yabancı Sermaye*, YY, Aralık, 1989.

**BHALLA, V.K.** : *Investment Management, Security Analysis and Portfolio Management*, Fourteenth Edition, Chand&Company Ltd., New Delhi, 2008.

**BISHOP, R. Doak / CRAWFORD, James / REISMAN, William Michale** : *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, Netherlands, 2005.

**BULUTOĞLU, Kenan** : *100 Soruda Türkiye’de Yabancı Sermaye*, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1970.

**CAMPBELL, Dennis** : *International Protection of Foreign Investment*, Vol. II, Yorkhill Law Publishing, 2008.

**ÇALIŞKAN, Yusuf**: “*ICSID Jurisdiction:Whose Dictionary Will be Used for the Definition of ‘Investment’ and the ‘Scope of Consent’* ”, *Foreign Investment Law*, Ed: Ceyda SÜRAL / Ekin ÖMEROĞLU, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, S: 91-106.

**ÇALIŞKAN, Zeynep**: “*Türkiye’nin Taraf Olduğu İkili ve Çok Taraflı Anlaşmalarda Yatırım Kavramı*”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 29, Sayı: 1-2, 2009, S:85-118.

**DEMİRKOL, Berk**: “*The Notion of ‘Investment’ in International Investment Law*”, *The Turkish Commercial Law Review*, Vol.1, Issue 1, February 2015, S:40-50.

**DESBORDES, Rodolphe / VICARD, Vincent**: “*Foreign Direct Investment and Bilateral Investment Treaties: An International Political Perspective*”, *Journal of Comparative Economics*, 37 (2009), S:372-386.

**DOLZER, Rudolf / SCHREUER Christoph** : *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Newyork, 2008.

**DOST, Süleyman** : *Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi*, Asil Yayınları, Ankara, 2006.

**DUPONT, Pierre-Emmanuel**: “*The Notion of ICSID Investment: Ongoing ‘Confusion’ or ‘Emerging Synthesis’?* ”, *The Journal of World Investment&Trade*, 12, 2011, S:245-272.

**EGGER, Peter / PFAFFERMAYR, Michael**: “*The Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment*”, *Journal of Comparative Economics* 32 (2004), S:788-804.

**EKŞİ, Nuray** : *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

**ERDEM, Bahadır** : “*Foreign Direct Investment Law*”, *Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul*, Vol. 36, No: 53, İstanbul, 2004, S: 377-386.

**ERTEN, Rifat** : *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 425, Ankara, 2005.

**ERTEN, Rifat** : “*ICSID Tahkimi*”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt XIX, Sayı 4, Ankara, 1998, S:207-228.

**HAMIDA, Walid Ben**: “*Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control*”, *Journal of International Arbitration* 24(3), 2007, S:287-306.

**HOHENVELDERN, Ignaz Seidl** : *International Economic Law*, Second Revised Edition, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1992.

IMF: *Glossary of Foreign Direct Investment Terms*, erişim adresi: <https://www.imf.org/external/np/sta/di/glossary.pdf>, erişim tarihi: 11.12.2018.

IMF Committee on Balance of Payments Statistics and OECD Workshop on International Investment Statistics, Direct Investment Technical Expert Group: *Definition of Foreign Direct Investment (FDI) Terms*, 2004, erişim adresi: <https://www.imf.org/External/NP/sta/bop/pdf/diteg20.pdf>, erişim tarihi: 11.12.2018

**İŞİK, Olcay**: “*Uluslararası Hukukta Yatırım Kavramı: Antlaşmalar Temelinde Bir Değerlendirme*”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt:7, Sayı:28, 2011, S:125-145.

İstanbul Ticaret Odası : *Türkiye'den Yurtdışına Doğrudan Sermaye Yatırımları ve Türk Yatırımcıları*, Haz.: İlkay ÇAPRAZ / İpek DEMİRCİOĞLU, İTO Yayınları, Yayın No: 2003/14, İstanbul, 2003.

**KRYVOI, Yaraslau** : *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, Kluwer Law International, Netherlands, 2010.

**LUND, Philip J.** : *Investment, The Study of an Economic Aggregate*, North-Holland Publishing Company, 1979.

**MANCIAUX, Sèbastien**: “*The Notion of Investment: New Controversies*”, The Journal of World Investment & Trade, 9, 2008, S:443-466.

**MUSURMANOV, İlyas U.**: “*The Implications of Romak v. Uzbekistan for Defining Concept the Concept of Investment*”, Australian International Law Journal, 20, 2013, S:105-129.

**OECD**: *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*, Fourth Ed., 2008,  
Erişim adresi:  
<https://www.oecd.org/daf/inv/investmentstatisticsandanalysis/40193734.pdf> , erişim tarihi: 11.12.2018.

**PETROCHIOS, George A.** : *Foreign Direct Invetsment and the Development Process, The Case of Greece*, Avebury, 1989.

**PLUM, Lester V. / HUMPHREY, Joseph H. / BOWYER, John W.** : *Investment Analysis and Management*, Revised Edition, Richard D. Irwin Inc., Illionis, 1961.

**PRITCHARD, Robert** : “*The Contemporary Challenges of Economic Development*”, Economic Development, Foreign Investment and The Law: Issues of Private Sector Involvement, Foreign Investment and The Rule of Law in a New Era, Ed: Robert PRITCHARD, Kluwer Law International and International Bar Association, 1996.

**SALACUSE, Jeswald W.**: *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*, Oxford University Press, 2013.

**SAMUR, Cengiz:** “MAI (*Multilateral Agreement on Investment, Çok taraflı Yatırım Anlaşması*)”, İktisat Fakültesi Mecmuası, Cilt 63, 2013/2, S: 53-138, Erişim adresi: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/8868>.

**SCHEFER, Krista Nadakavukaren:** *International Investment Law, Text, Cases and Materials*, Edward Elgar Publishing, 2013.

**SORNARAJAH, M. :** *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, Cambridge University Press, New York, 2011.

**TİRYAKİOĞLU, Bilgin :** *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2003.

**TIMMER, Laurens J.E.:** “*The Meaning of 'Investment' as a Requirement for Jurisdiction Ratione Materiae of the ICSID Centre*”, *Journal of International Arbitration*, 29 (2012), Issue 4, S:363-373.

**TURANLI, Hüsnü:** *Doğrudan Yabancı Yatırımların Hukuki Çerçevesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2008.

**TURINOV, Anna:** “*'Investment' and 'Investor' in Energy Charter Treaty Arbitration: Uncertain Jurisdiction*”, *Journal of International Arbitration*, 26(1), 2009, S:1-23.

**YALA, Farouk:** “*The Notion of 'Investment' in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement?*”, *Journal of International Arbitration*, 22(2), 2005, S:105-126.

**YILMAZ, Alper Çağrı:** “*MIGA Konvansiyonunun Uygulama Alanı ve Konvansiyon Kapsamındaki Uyuşmazlıklara İlişkin Çözüm Yöntemleri*”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018, S: 374-399.

YILMAZ, İlhan: “Dünyada ve Türkiye’de Yabancı Sermaye Yatırımları ve Beklentiler”, YASED Yayın No: 33, İstanbul, 1988.

### İNTERNET SİTELERİ

Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü; [www.oecd.org](http://www.oecd.org)

ICSID ; [www.icsid.worldbank.org](http://www.icsid.worldbank.org)

Mevzuat Bilgi Sistemi; [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr)

Uluslararası Para Fonu; [www.imf.org](http://www.imf.org)

T.C. Dışişleri Bakanlığı; [www.mfa.gov.tr](http://www.mfa.gov.tr)

T.C. Resmi Gazete; [www.resmigazete.gov.tr](http://www.resmigazete.gov.tr)

### YARARLANILAN ICSID HAKEM HEYETİ KARARLARI

*Fedax N.V. v. Republic of Venezuela*, Case No: ARB/96/3, Decision on Jurisdiction, July 11, 1997, erişim adresi: <https://icsid.worldbank.org/en/Parties%20Publications/C3765/Claimants%20Amenaded%20Memorial/Legal%20Authorities/CL-0028.PDF#search=fedax%20v%2E%20venezuela>, erişim tarihi: 9.12.2018.

*Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, Case No: ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, July 23, 2001, erişim adresi: [https://icsid.worldbank.org/en/Parties%20Publications/C3765/Claimants%20Reply%20\(Redacted%20per%20PO8\)/Legal%20Authorities/CL-0045.PDF#search=salini%20kingdom%20of%20morocco](https://icsid.worldbank.org/en/Parties%20Publications/C3765/Claimants%20Reply%20(Redacted%20per%20PO8)/Legal%20Authorities/CL-0045.PDF#search=salini%20kingdom%20of%20morocco), erişim tarihi: 9.12.2018.

*Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, Case No: ARB/03/11, Award on Jurisdiction, August 6, 2004, erişim adresi: [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C229/DC647\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C229/DC647_En.pdf), erişim tarihi: 12.12.2018.



*LESI-Dipenta v. People's Democratic Republic of Algeria*, Case No: ARB/03/0 Award, January 10, 2005, erişim adresi: [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C228/DC645\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C228/DC645_En.pdf), erişim tarihi: 10.12.2018.

*Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan*, Case No: ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, November 14, 2005, erişim adresi: [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C27/DC523\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C27/DC523_En.pdf), erişim tarihi: 9.12.2018.

*Helnan International Hotels v. Egypt*, Case No: ARB/05/19, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, October 17, 2006, erişim adresi: [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C64/DC773\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C64/DC773_En.pdf), erişim tarihi: 12.12.2018.

*Malaysian Historical Savors, SDN, BHD v. Malaysia*, Case No: ARB/05/10, Award on Jurisdiction, May 17, 2007, erişim adresi: [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C247/DC654\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C247/DC654_En.pdf), erişim tarihi: 9.12.2018.

*Phoenix v. Czech Republic*, Case no: ARB/06/5, Award, April 15, 2009, erişim adresi: [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C74/DC1033\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C74/DC1033_En.pdf), erişim tarihi: 10.12.2018

*Saba Fakes v. Republic of Turkey*, Case No: ARB/07/20, Award, July 14, 2010, erişim adresi: [https://icsid.worldbank.org/en/Parties%20Publications/C3765/Claimants%20Reply%20\(Redacted%20oper%20PO8\)/Legal%20Authorities/CL-0045.PDF#search=salini%20kingdom%20of%20morocco](https://icsid.worldbank.org/en/Parties%20Publications/C3765/Claimants%20Reply%20(Redacted%20oper%20PO8)/Legal%20Authorities/CL-0045.PDF#search=salini%20kingdom%20of%20morocco), erişim tarihi: 9.12.2018.



## HAKEMLİ MAKALE

### IRAK ANAYASA HUKUKUNDA ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ\*

*Anaam Mahdi Jaber KHAFAJA \*\**

#### ÖZET

Irak'ta Federal Yüksek Mahkemenin görevlerinden biri de anayasaya uygunluk denetimi yapmaktır. Federal Yüksek Mahkeme, hem temyiz mahkemesi hem de anayasa mahkemesi konumundadır. Bu mahkeme, kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek suretiyle anayasanın üstünlüğü ilkesini gerçekleştirir. Ancak Irak Anayasası, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Bu durumda Federal Yüksek Mahkemenin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisine sahip olup olmadığı sorusu cevaplandırılması gereken önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Irak'ta 2005 Anayasası yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar hiç değiştirilmediği için Federal Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin bir kararı da yoktur. İşte bu makalede karşılaştırmalı hukuktan da yararlanılarak Federal Yüksek Mahkemenin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisine sahip olup olmadığı, denetim yetkisinin bulunduğu kabul edilir ise, denetim yetkisinin şekil denetiminin yanı sıra esas denetimini de içerip içermediği sorularına cevap aranmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** *2005 Irak Anayasası, Anayasa Değişikliklerinin Denetimi, Federal Yüksek Mahkeme.*

---

\* Bu makale, doktora tezinden üretilmiştir.

\*\* Süleyman Demirel Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Doktora Programı Öğrencisi. (Makale Gönderim Tarihleri: 10.12.2018-11.12.2018/Makale Kabul Tarihleri: 12.12.2018-13.12.2018)

*JUDICIAL REVIEW OF CONSTITUTIONAL AMENDMENTS IN THE  
CONSTITUTIONAL LAW OF IRAQ*

**ABSTRACT**

One of the duties of the Federal Supreme Court in Iraq is the constitutionality check. The Federal Supreme Court is both a court of appeal and a constitutional court. This court performs the principle of the rule of the constitution by overseeing the constitutionality of the laws. However, the Constitution of Iraq does not include any regulation on judicial review of constitutional amendments. In this case, the question of whether the Federal Supreme Court has the power to monitor constitutional amendments is an important problem that needs to be answered. Since the Constitution of 2005 in Iraq has never changed since the date of its entry into force, the Federal Supreme Court has no decision. In this article, the question of whether the Supreme Supreme Court has the power to control the constitutional amendments and if the supervisory authority includes the form supervision as well as its main control is sought.

**Key Words:** The Constitution of 2005, Judicial Review of Constitutional Amendments, Federal Supreme Court.

## I. GİRİŞ

Anayasalar, devletin kuruluş ve işleyişini düzenleyen ve temel hak ve özgürlükleri güvence altına alan toplumsal sözleşmelerdir. Bu yüzden de, anayasalarda iki temel bölüm bulunur. Bu bölümlerden birisi, bireyin hak ve hürriyetlerini tanımlar; diğeri de, bu hak ve hürriyetleri koruyup güvence altına alacak olan devlet aygıtının temel çerçevesini çizer.

Bir devletin anayasasını yapma veya değiştirme, başka bir deyimle o devletin temel siyasal yapısını belirleme iktidarına, kurucu iktidar veya kuruculuk fonksiyonu adı verilir. Bir devletin hukuksal yapısının temelini oluşturan, ulus adına yetki kullanacak anayasal organları, yetkilerin sınırlarını ve birbirleriyle olan ilişkilerini belirleyen, hak ve özgürlükleri düzenleyen anayasayı yapma veya değiştirme işlevi asli ve tali kurucu iktidar işlevidir. Asli kurucu iktidar ülkenin siyasal rejiminde çeşitli etkenlere dayalı olarak ortaya çıkan kesintilerin ürettiği ve ortaya çıkış biçimi itibarıyla hukuksal çerçeve dışında yer alan, yeni hukuksal düzenin temel esaslarının ne olacağını belirleyen anayasa koyucu iradedir.<sup>1</sup>

Anayasa yapmak çok sık rastlanan bir durum değildir. Anayasacılık tarihine bakıldığında genellikle özel birtakım şartların ortaya çıkması halinde anayasa yapımına gidildiği görülmektedir. İlk defa veya yeni baştan anayasa yapılmasına yol açan birçok neden bulunmaktadır. Bugüne kadar ki uygulamalara bakıldığında ilk defa veya yeni baştan anayasa yapımının arkasında çoğunlukla bağımsızlığın kazanılması, rejim değişikliği veya savaş yenilgisinden sonra devleti yeniden inşa etme nedeninin yattığı gözlemlenmektedir. Ancak bu durum yeni bir anayasanın sadece bu gibi istisnai durumlarda yapılabileceği anlamına gelmemektedir.<sup>2</sup> Zira bazen toplumlar herhangi bir olağandışı olay veya siyasal sistemde bir kesinti

<sup>1</sup> AYM, E. 2008/16, K. 2008/116, 05.06.2018.

<sup>2</sup> Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2005, s. 18-19.

olmadan da yeni bir anayasa yapmak isteyebilirler. Nitekim birçok Avrupa ülkesi, olağan dönemlerde yeni anayasalarını kabul etmişlerdir. Özbudun'un da belirttiği gibi, birçok Avrupa ülkesinde yeni anayasalar veya radikal anayasa değişiklikleri, milli kriz dönemlerinde değil, normal siyaset dönemlerinde yapılmıştır.<sup>3</sup>

Tali kurucu iktidar, anayasayı değiştirme iktidardır. Tali kurucu iktidar, bir ülkenin anayasasını, yine o anayasada belirlenmiş usullere uymak suretiyle değiştirir. Burada her şeyden önce, bir anayasanın tümden yeniden yaratılması değil, mevcut bir anayasanın bazı hükümlerinin değiştirilmesi söz konusudur. Üstelik bu değişiklikler, mevcut anayasanın anayasa değişiklikleri için öngördüğü usullere uygun olarak yapılır ve hukuki geçerliliğini bu uygunluktan alır. Bu anlamda tali kurucu iktidar, hukuken sınırlı bir iktidardır. Diğer bir deyimle, asli kurucu iktidarın hukuk dışı bir olay olmasına karşılık, tali kuruculuk tamamen hukuki bir fonksiyondur.<sup>4</sup> Hukukidir çünkü ortada mevcut bir anayasa olduğundan ve tali kurucu iktidar yürürlükteki bu anayasaya göre hareket etmesi gerektiğinden hukuk boşluğundan söz edilemez. Tali kurucu iktidar, atacağı her adımda anayasada öngörülen şartlara uygun hareket etmelidir. Diğer taraftan tali kurucu iktidar sınırlı bir iktidardır. Tali kurucu iktidar, ortada hukuk boşluğu olmadığından kendini sınırlayan anayasa hükümlerine riayet etmelidir. Asli kurucu iktidarın aksine tali kurucu iktidar anayasa uygun olmak kaydıyla mevcut anayasada düzenlemeler yapabilir. Anayasanın kendisine tanımış olduğu yetki kapsamının dışına çıkmamalıdır. Tali kurucu iktidarın mevcut anayasayı nasıl değiştireceği, bunun usul ve esasları her devletin anayasasında düzenlenmiştir ve bu konuda ortak bir uygulama bulunmayıp farklı düzenlemeler söz konusudur.

---

<sup>3</sup> Ergun Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015, s. 31.

<sup>4</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 17. Baskı, Yetkin Yayınları*, Ankara-2017, s. 168; Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt 1*, Ekin Yayınevi, Haziran 2011, s. 339-340.

Hemen bütün yazılı anayasalar, değiştirilmelerine ilişkin usulleri kendileri belirlemişlerdir. Gene hemen her yazılı anayasa, anayasa hükümlerinin değiştirilmesini adi kanunların kabul veya değiştirilmelerindeki usullerden daha farklı ve daha güçleştirici birtakım kurallara bağlamıştır. Teorik olarak, tali kurucu iktidar yoluyla, anayasanın –varsa değiştirilemeyecek maddeleri hariç– bütün maddeleri değiştirilebilir. Ancak bu teorik olarak mümkün olmasına rağmen, uygulamada genellikle tali kurucu iktidar yoluyla anayasanın bir veya birkaç maddesi veya 20-30 maddesi değiştirilir. O hâlde “anayasa değişikliği” veya “anayasayı değiştirme” ifadelerinden çoğunlukla anayasanın bir veya birkaç maddesinin değiştirilmesi anlaşılır.

Her hukukî kurum gibi anayasalar da ebedi, kutsal, değişmez metinler değildir. Anayasaları tarih içinde bir kez saptayıp onlara değişmezlik tanımak onları fosilleştirmek olur. Şu halde anayasalar da değişecektir. Değişmelidir de. Bir kere, anayasa ile sosyal gerçeklik arasında doğal bir açıklık vardır. Zira sosyal gerçeklik dinamik, anayasa kuralları ise statik niteliktedir. Sosyal yaşam öyle bir hızla değişmektedir ki, anayasaların bu değişime ayak uydurabilmeleri için değiştirilmeleri gerekmektedir. İkinci olarak, Jefferson’un “yeni kuşaklar teorisi”ne göre, eski kuşakların iradesi yeni kuşakları bağlamaz. Zira dünya nimetlerinden ölümler değil, yaşayanlar yararlanabilir. O halde yeni kuşakların, önceki kuşakların yaptığı anayasaları değiştirebilmeleri gerekir. Üçüncü olarak, anayasa yapılması bir bakıma geleceğin planlanması anlamına gelir. Ne var ki, günümüzde, geleceğin uzun vadeli ve derinlemesine planlanmasının imkânsız olduğu görüşü ağırlık kazanmaktadır. Bu nedenle bir planlama belge si olarak anayasaların da başarısızlığa uğraması ihtimali hayli fazladır. Nihayet anayasanın hiçbir şekilde değiştirilemeyeceğinin hükme bağlanmasının herhangi bir değeri yoktur. Çünkü bir anayasa zorunluluk ortaya çıkınca şu ya da bu şekilde değişmeye mahkûmdur. Bu değişikliğin hukukî yollarla olması yasaklanırsa, devrim gibi, hükümet darbesi gibi hukuk-dışı yollarla olması

kaçınılmazdır. Bu argümanlar bize tali kurucu iktidarın gerekli olduğunu açıkça göstermektedir.

Anayasa yapma yetkisi salt siyasi bir yetki iken, anayasayı değiştirme yetkisi ise, sadece siyasi değil, aynı zamanda hukuki niteliği olan bir yetkidir.<sup>5</sup> Anayasa değişiklikleri, anayasanın öngördüğü organ tarafından, yine anayasanın belirlediği usul ve şartlara uyarak yürürlükteki anayasanın bazı hükümlerinin değiştirilmesi veya anayasaya yeni hükümler eklenmesidir. Dolayısıyla anayasayı değiştiren tali kurucu iktidar hukuki ve sınırlı bir iktidardır. Ancak bu noktada karşımıza şu sorular çıkmaktadır: Acaba anayasa değişiklikleri veya daha teknik bir deyimle anayasa değişikliği kanunları anayasa mahkemeleri tarafından denetlenebilir mi? Denetlenebilirse, yapılacak denetim şekil denetimiyle mi sınırlıdır, yoksa esas denetimi de mümkün müdür? Bu sorulara cevap aranırken kuşkusuz öncelikle ilgili devletin anayasasına bakmak gerekir. Keza anayasa değişikliklerinin denetlenip denetlenemeyeceği sorununa mantıki açıdan da bakmak gerekir.

Irak'ta Federal Yüksek Mahkemenin görevlerinden biri de anayasaya uygunluk denetimi yapmaktır. Federal Yüksek Mahkeme, kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek suretiyle anayasanın üstünlüğü ilkesini gerçekleştirir. Ancak Irak Anayasası, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bu durumda Federal Yüksek Mahkemenin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisine sahip olup olmadığı sorusu cevaplandırılması gereken önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Irak'ta 2005 Anayasası yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar hiç değiştirilmediği için Federal Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin bir kararı da yoktur.

İşte bu makalede karşılaştırmalı hukuktan da yararlanılarak Federal Yüksek Mahkemenin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisine sahip olup olmadığı,

---

<sup>5</sup> Cem Eroğul, *Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, s. 1.



denetim yetkisi var ise, denetim yetkisinin şekil denetiminin yanı sıra esas denetimini de içerip içermediği sorularına cevap aranmaktadır. Ancak önce Federal Yüksek Mahkemenin kuruluşuna ve anayasa mahkemesi olarak yerine getirdiği anayasaya uygunluk denetimi görevine değinilecektir.

## II. ANAYASA MAHKEMESİ OLARAK FEDERAL YÜKSEK MAHKEME

### A-Mahkemenin Oluşumu

Yargı organı ile ilgili düzenlemeler Irak Anayasasının 87 ve devamı maddelerinde yer almaktadır. Anayasanın 87. maddesine göre, “*Yargı organı bağımsızdır. Bu görevi çeşitli tür ve derecelerde mahkemeler yürütür ve kararlarını yasalara uygun verirler.*” Anayasanın 88. maddesi ise, yargı bağımsızlığını düzenlemektedir. Buna göre, “*Yargıçlar bağımsızdırlar. Yasalar haricinde hiç kimsenin yargı üzerinde otoritesi yoktur. Hiçbir makam yargı veya adalet mekanizmasının işlerine müdahale edemez.*” Anayasanın 89. maddesine göre, “*Federal yargı organı, Yüksek Yargı Kurulu, Federal Yüksek Mahkeme ve Federal Temyiz Mahkemesi (Yargıtay) ile Savcılık Teşkilatı, Yargı Denetim Kurulu ve yasayla düzenlenen diğer federal mahkemelerden oluşur.*”

Görüldüğü üzere Anayasanın 89. maddesi, Federal Yüksek Mahkemenin Federal yargı organının bir parçası olduğunu öngörmüştür. Irak Anayasası, diğer konular gibi, Federal Yüksek Mahkeme ile ilgili hususları çok ayrıntılı bir şekilde düzenlemiş değildir. Anayasanın 92. maddesinin 1. fıkrasında, Federal Yüksek Mahkeme'nin mali ve idari bakımdan bağımsız bir yargı kurumu olduğu ifade edilmektedir. 92. maddenin 2. fıkrası ise, Federal Yüksek Mahkeme'nin, belirli sayıda yargıç, İslam fihkî ve hukuk uzmanlarından oluşacağını belirtmekte, üye sayısı, üyelerin seçim usulü ve mahkemenin işleyişinin kanunla düzenleneceğini

öngörmektedir. Söz konusu kanun Millet Meclisi tarafından basit çoğunlukla değil, nitelikli bir çoğunlukla, yani üye sayısının üçte iki çoğunluğu ile çıkartılabilecektir.

Mahkeme üye sayısının Anayasada açıkça öngörülmemesi, doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Mahkeme üye sayısının Anayasada belirlenmemiş olması nedeniyle, yasa koyucu tarafından herhangi bir sebep göstermeksizin yasa ile değiştirilebilmesinin önü açıktır.

2005 tarih ve 30 sayılı Federal Yüksek Mahkeme Kanunu'nun 3. maddesine göre, *"Federal Yüksek Mahkeme, sekiz üye ve bir başkandan oluşur. Bunların atanmaları ise, Yüksek Yargı Kurulu'nun bölgelerin Yargı Kurulları'yla görüşerek gösterdiği adayların Başkanlık Konseyi tarafından yapılır. Bu atamalar da Geçiş Dönemi İçin Irak Devleti Yönetimi Kanunu'nun 44. maddesinin h fıkrasına göre yapılmaktadır"*.

Dolayısıyla, yeni anayasada bu mahkemenin kuruluşu Geçiş Dönemi İçin Irak Devleti Yönetimi Kanunu'na göre daha farklıdır. Çünkü yeni anayasaya göre mahkeme üç yargıç "hâkim", üç İslam fakihi ve üç hukuk uzmanından oluşmaktadır. Yani 2005 Anayasası Geçiş Dönemi İçin Irak Devleti Yönetimi Kanunu'ndaki gibi bu mahkemenin sadece yargıçlardan oluşmasına değinmemiştir. İşte bu yöntem Irak'ın siyasi, sosyal ve ekonomik şartlarını göz önüne almaktadır ve ayrıca bu yöntem birçok devletin uyguladığı bir yöntemdir<sup>6</sup>.

Federal Yüksek Mahkemesi'nin oluşumunu düzenleyen 92. madde, sadece Mahkeme'nin belirli sayıda yargıç, İslam fakihi ve hukuk uzmanından oluşumuna değinmiştir. Bu maddede, Federal Yüksek Mahkeme üyesi olmak için bulunması gereken nitelikler belirtilmemiştir. Oysa Anayasa Mahkemesi niteliğinde olan bir yüksek mahkemeye üye atanabilmenin belirli koşulları olması gerektiği gibi, bunların doğrudan Anayasada öngörülmesi de gerekirdi. Ne var ki, Anayasada üye

<sup>6</sup> HARB Tarık, EL Düstur Eliraki 2005 Fi Buhus ve Makalat, 1. Baskı, Bağdat 2007, s. 282.

sayısı belirtilmediği gibi, üyelerde bulunması gereken nitelikler, üç farklı gruptan gelen üyelerin sayısı veya oranı, İslam fıkhı ve hukuk uzmanlarının hangi özelliklere haiz olması gerektiği gibi birçok husus düzenlenmemiştir. Anayasanın üyelerde bulunması gereken nitelikleri düzenlememiş olması, mahkeme için uygun olmayan kişilerin atanmasına yol açabileceği için sakıncalıdır. Bu konuda bir boşluğun bulunduğu söylenebilir. Bu boşluğu gidermek için; İslam fıkhı uzmanlarının sayısının hukuk uzmanları sayısından fazla olmamak şartıyla mahkeme üyelerinin doktora veya yüksek lisans diplomasına sahip olmaları ve yargı alanında en az 10 yıl görev yapmış olmaları gibi koşullar getirilebilir.

### **B. Mahkemenin Çalışma Usulü ve Hâkimlerin Görev Süresi**

2005 tarih ve 30 sayılı Federal Yüksek Mahkemesi Kanunu'nun 5. maddesinin 1. fıkrası, mahkemenin çalışma ve oylama usulünü düzenlemiştir. Buna göre;

1. Toplantı gününden yeterli bir süre önce Mahkeme başkanı diğer üyeleri toplantıya davet eder ve bu davet olmadan mahkeme üyeleri toplanamaz. Yeterli sürenin ne kadar olduğuna dair takdir hakkı da mahkeme başkanına aittir. Üyelerin çalışma konusundan haberdar olmaları için mahkeme başkanı davet kâğıdıyla birlikte çalışma programını ve ek belgelerini gönderir.

2. Üyelerin hepsi gelmedikçe mahkeme toplanamaz. Çünkü mahkeme toplantısının yetersayısı, üyelerin hepsinin gelmesiyle tamamlanır. Bunun dışında hiçbir toplantı yapılamaz. Kararlar ve hükümler basit çoğunlukla alınır. Fakat federal hükümetin taraf olduğu davalarda kararlar ve hükümler üçte iki oy çoğunluğuyla alınır.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> NACİ Mekki, EL Mahkeme Ellittihadiye Elulya Fi El Irak, Dar Elziya Yayınevi, 1.Baskı, Necef 2007, s.72.

Hâkimlerin görev süresine gelecek olursak, 2005 yılında çıkarılan 30 sayılı Federal Yüksek Mahkemesi Kanunu'nun 6. maddesinin 3. fıkrasına göre, "*Kendi istekleriyle görevi terk etmedikçe Federal Yüksek Mahkeme başkanı ve üyeleri süre sınırı olmaksızın ömür boyu göreve devam ederler*". Dolayısıyla hâkimin, görevinin sona ermesi isteği başkanlık heyetinin onaylamasına bağlıdır. Fakat hâkimin yüz kızartıcı bir suç işlemesi, yolsuzlukta bulunması veya istifa isteğinin başkanlık heyeti tarafından kabul olması halinde görevi sona erer.<sup>8</sup>

Federal Yüksek Mahkemesi Kanunu'nun 8. maddesinin 1. fıkrası, "*mahkemenin yönetilmesini, mahkeme başkanına devretmiştir. Mahkeme başkanına bu maddeye istinaden; memurları atama, memurların işlerini yönetme ve yetkisinin bir kısmını mahkemenin bir üyesine devretme yetkisi verilmiştir*".

Şunu da unutmayalım ki Federal Yüksek Mahkeme Kanunu'nun 5. maddesinin 2. fıkrası, kamu düzeni ve genel çıkarın gereği olan mahkemenin gizli yapılması dışında bütün duruşmaların aleni bir şekilde yapılmasını öngörmüştür.

### C - Federal Yüksek Mahkemenin Görev ve Yetkileri

2005 Irak Anayasası'nın 93. maddesinde Federal Yüksek Mahkeme'nin görev ve yetkileri belirtilmiştir. Buna göre,

*"Federal Yüksek Mahkeme aşağıdaki yetkileri kullanır:*

- 1. Yürürlükte bulunan yasa ve nizamnamelerin anayasaya uygunluğunu denetler.*
- 2. Anayasadaki hükümlerin yorumunu yapar.*
- 3. Federal yasaların ve federal otorite tarafından uygulamaya konulan karar, yönetmelik, talimat ve emirlerin uygulanmasından kaynaklanan sorunları*

---

<sup>8</sup> NACİ Mekki, a.g.e, s. 73.

*hükme bağlar. Bakanlar Kurulu, ilgili kişiler ve başkalarının mahkemeye direkt olarak itiraz hakkı yasal güvence altındadır.*

4. *Federal Hükümet ile bölgesel hükümetler, vilayetler, belediyeler ve yerel idareler arasındaki anlaşmazlıkları hükme bağlar.*
5. *Bölgesel Hükümetler veya vilayetler arasında ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkları hükme bağlar.*
6. *Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Bakanlara yöneltilen suçlamaları karara bağlar. Bu husus bir yasayla düzenlenir.*
7. *Millet Meclisi için yapılan genel seçimlerin sonuçlarını onaylar.*
8. a) *Federal yargı ile bölgelerin ve bir bölgeye dâhil olmayan vilayetlerin yargı organları arasında görev alanları konusunda ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkları karara bağlamak,*  
b) *Bölgeler ve bir bölgeye dâhil olmayan vilayetlerin yargı organları arasında görev alanları konusunda ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkları karara bağlamak.”*

Görüldüğü üzere, Federal Yüksek Mahkemenin temel görevi anayasaya uygunluk denetimi yapmak ve anayasa hükümlerini yorumlamaktır. Bundan başka yetki uyuşmazlıklarını çözmek, devlet organları arasındaki anlaşmazlıkları karara bağlamak, Yüce Divan sıfatıyla yargılama yapmak ve parlamento seçim sonuçlarını onaylamak gibi görevleri de bulunmaktadır. Bahsi geçen bu görevlerin yanında anayasanın diğer maddeleriyle veya Anayasaya istinaden çıkarılan kanunlarla Federal Yüksek Mahkeme'ye verilmiş başkaca görevler de vardır. Örneğin Anayasanın 52. Maddesine göre, milletvekili seçilme yeterliliğinin bulunup bulunmadığı konusunda nihai kararı Federal Yüksek Mahkeme verir. Söz konusu madde hükmü şöyledir:

*“1. Millet Meclisi, milletvekili seçilen üyelerin gerekli şartları taşımadığı yönünde alınan itirazları dilekçe alındıktan sonraki 30 gün içerisinde karara bağlar. Karar, üye sayısının üçte ikisi çoğunluğuyla alınır.*

*2. Meclis’in aldığı kararı takip eden 30 gün içerisinde Federal Yüksek Mahkeme’ye itiraz edilebilir.”*

Keza 2006 yılında kabul edilen 20 sayılı Vatandaşlık Kanunu’nun 20. maddesi, istekleri reddedilen İçişleri Bakanı’na ve vatandaşlığa geçen kişiye, idari yargıya başvurma hakkı vermiştir. Bu konuyla ilgili idari mahkemenin verdiği karara karşı Federal Yüksek Mahkemede temyiz yoluyla itiraz edilebilmektedir.<sup>9</sup>

## II. ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

### A. 2005 Irak Anayasasına Göre Anayasaya Uygunluk Denetimi

2005 Irak Anayasası, anayasaya uygunluk denetimi konusunda “Avrupa modeli” anayasa yargısı sistemini, yani “özel mahkeme sistemi”ni benimsemiş ve Federal Yüksek Mahkeme adını taşıyan bir anayasa mahkemesi kurmuştur.

#### 1. Denetime Tabi Normlar

Yukarıda Federal Yüksek Mahkemenin görev ve yetkileri açıklanırken ifade edildiği üzere, Federal Yüksek Mahkemenin en başta gelen görevi, anayasaya uygunluk denetimi yapmaktır. Anayasanın 93. maddesine göre, Federal Yüksek Mahkeme, kanunların ve nizamnamelerin anayasaya uygunluğunu denetler. Görüldüğü üzere Irak Anayasası, anayasaya uygunluk denetimine tabi normların kapsamını oldukça dar tutmuştur. Anayasa, yalnızca kanunlar ve nizamnamelerden bahsetmektedir. Bu durumda Federal Yüksek Mahkeme, sadece

---

<sup>9</sup> NACİ Mekki, a.g.e, s.80- 81.

yürürlükte bulunan kanunların ve nizamnamelerin Anayasaya uygun olup olmadığını denetleyebilecektir.

Yürürlükte olan kanunların tümü denetime tabidir. Geçmiş dönemde Geçici Koalisyon Yönetimi veya Devrim Komuta Meclisi tarafından çıkarılan ve yürürlükte olan kanunlar da denetime tabidir.

Irak Anayasası, anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin yapılabileceği konusunda herhangi bir hüküm içermemektedir. Keza bölgesel anayasaların ve kanunların federal anayasaya uygunluğunun veya bölgesel yönetimlerin çıkardığı kanunların bölgesel anayasaya uygunluğunun denetimi konularında da bir hüküm yoktur. Federal sistemlerde federal hukukun üstünlüğü ilkesi geçerlidir. Nitekim federal devletlerde federal hukukun üstünlüğünü sağlamak üzere Federal Yüksek Mahkemeler federe devletlerin anayasa ve kanunlarının federal anayasaya uygunluğunu denetler. Ne var ki, Irak Anayasası, federasyonla ilgili birçok konuyu düzenlemediği gibi, bu konuyu da ihmal etmiştir. Düzenlenmemesi federal anayasanın eksik olduğunun bir göstergesidir.

Federal Yüksek Mahkemenin denetimine tabi normlardan ikincisi, nizamnamelerdir. Nizamnameler, idarenin düzenleyici işlemlerinden biridir ve kanunların uygulanmasını sağlamak amacıyla çıkarılır. Irak Anayasasının 80. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, Bakanlar Kurulu, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere nizamnameler çıkarabilir. Bakanlar Kurulunun çıkardığı nizamnamelerin anayasaya uygun olması gerekir. Aksi halde Federal Yüksek Mahkeme tarafından iptal edilebilecektir.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup>AL-SAEDI Haitham Muhi Radhi, Irak Federal Yüksek Mahkemesi, Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, Yüksek Lisans Tezi, 2015, s.51.

## 2. Denetim Yolları

### a) Defi Yolu

Irak hukukunda anayasaya uygunluk denetimi yollarından birincisi itiraz yolu ya da defi yolu olarak da adlandırılan somut norm denetimi yoludur. Defi yoluyla bir kanunun anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Federal Yüksek Mahkemeye başvurulabilir. Bir mahkeme, belli bir davaya baktığı sırada anayasallığından şüphelendiği bir yasayı, davacı ve davalıya bildirmeden Federal Yüksek Mahkemeye gönderebilir. Federal Yüksek Mahkeme İçtüzüğü'nün 3. Maddesine göre, *"Bir mahkeme, herhangi bir dava hakkında karar vermek için uygulamak istediği bir kanun, karar ve talimatın anayasallığından şüphelenip Anayasa Mahkemesi'ne gönderebilir. Böyle durumlarda mahkemeden kayıt ücreti alınmaz"*<sup>11</sup>.

Bu maddeden anlaşılıyor ki bütün mahkemelere, baktıkları dava ile ilgili uygulamak istedikleri herhangi bir karar veya kanunun anayasallığından şüpheleri olursa onu yazılı bir taleple bildirip sebebini de belirterek Federal Yüksek Mahkeme'ye gönderebilme yetkisi verilmiştir. Federal Yüksek Mahkeme İçtüzüğünde geçen "mahkeme" ifadesi genel bir ifade olduğundan her derecedeki tüm mahkeme türlerini kapsar. Dolayısıyla bir davaya bakan mahkeme ister ilk derece isterse istinaf ya da temyiz mahkemesi olsun, defi yoluna başvurabilir. Ayrıca ilgili mahkemenin gönderdiği yazılı talep kayıt ücretinden muaf tutulmuştur. Defi yoluna başvuran mahkeme, Anayasaya aykırı olduğunu düşündüğü kanun maddesini açıkça belirtmek ve Anayasaya aykırılık gerekçesini göstermek zorundadır. Böylece mahkeme, ilgili kanun veya kararı anayasaya aykırı görerek iptaline karar veremez, sadece Federal Yüksek Mahkeme'ye gönderir.

---

<sup>11</sup> 2005 yılı 1 sayılı Federal Yüksek Mahkeme İçtüzüğü için bkz. Elvakai Elirakiye (Irak Resmi Gazetesi), S: 3997, 2005, s.5.



Federal Yüksek Mahkeme ise, kararın veya kanunun anayasallığının doğru olup olmadığına baktıktan sonra kararını verir. Ancak şunu belirtmekte fayda vardır ki kanunun iptali gerekirse, bu kararı sadece Federal Yüksek Mahkeme verebilir, başka bir mahkeme bu kararı verme yetkisine sahip değildir. Çünkü Anayasa'nın 94. maddesinde bu yetki sadece Federal Yüksek Mahkeme'ye verilmiştir.<sup>12</sup>

Bir davada taraflardan herhangi birisi herhangi bir mahkemeye gidip açtığı davada kendisine uygulanmak istenilen bir karar veya kanunun anayasallığının olmadığını ileri sürdüğünde, Mahkeme kendisinden bu konu ile ilgili bir davayı açmasını ister. Açılan dava, ilk önce ilgili mahkeme tarafından gözden geçirilip incelendikten sonra, davada sunulan belgeler ile birlikte Federal Yüksek Mahkeme'ye gönderilir ve anayasallığının olup olmadığına karar verilmesi istenir. İlgili mahkemenin bu talebi, Federal Yüksek Mahkeme İçtüzüğü'nün 4. maddesine istinaden yapılır. Söz konusu hüküm şöyledir: *"Herhangi bir mahkeme bir karar veya bir yasanın anayasallığının olup olmadığından emin olmak isterse, kendisine gelip bu kararın anayasallığının olmadığını ileri süren davacıdan resmî bir dava açmasını ister. İlgili mahkeme kayıt ücretini alarak davacının talebini değerlendirir; uygun bulursa bütün belgeleriyle birlikte Federal Yüksek Mahkeme'ye gönderir ve ilgili hükmün anayasaya uygun olup olmadığına dair bir karar vermesini ister ve asli davanın karara bağlanmasını erteler. Ancak mahkemede açılan davanın reddedilmesi halinde mahkemenin kararına Federal Yüksek Mahkemesi'nde itiraz edilebilir."*<sup>13</sup>

Bu metinde davacı için açacağı davayla ilgili bir süreç belirlenmemiştir. Oysa sürecin belirlenmesi çok önemlidir. Çünkü bu sürece aykırı bir iş yapılamaz. Ayrıca

---

<sup>12</sup>Irak'ın 2005 Anayasası'nın 94. Maddesine göre *"Federal Yüksek Mahkeme kararları kesindir ve bütün diğer organlar için bağlayıcıdır"*.

<sup>13</sup> 2005 yılı 1 sayılı Yüksek Federal Mahkemesi'nin iç tüzüğü'nün 4. maddesi, Elvakai Elirakiye "Irak'ın Resmi Gazetesi", S: 3997, 02.05.2005, s. 5.

bu süreç davacının ciddi olup olmadığını araştıran mahkeme için de fayda sağlar. Defi yolunun işletilebilmesi için davanın taraflarından birinin ileri sürdüğü anayasaya aykırılık iddiasının davaya bakan mahkeme tarafından ciddi bulunması gerekir. Eğer davaya bakan mahkeme, “davanın boş yere açılmadığı ve davayı sürüncemede bırakma niyetinin bulunmadığı” kanaatine varır ise, ayrıca ileri sürülen anayasaya aykırılık iddiası savunulabilir nitelikte ise, anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bularak Federal Yüksek Mahkemeye başvuracaktır.<sup>14</sup> Burada zamanının belirlenmemesi, kanun için bir eksiklik sayılır ve dolayısıyla da bu eksikliğin giderilmesinin gerekli olduğu düşünülmektedir<sup>15</sup>.

Bununla birlikte mahkeme, baktığı asıl dava hakkında karar vermeyi Federal Yüksek Mahkeme'nin kararı çıkana kadar erteler. Çünkü davaya bakan mahkemenin karar verebilmesi, Federal Yüksek Mahkemenin o davada uygulanacak kanun hükmünün anayasaya uygun olup olmadığı hakkında vereceği karara bağlıdır. Uygulanan bu karar 1969 yılı 83 sayılı Medeni Duruşmalar Kanunu'nun 83. maddesinin 1. fıkrasına istinaden yapılır. Fıkraya göre: “*Mahkeme, bir dava hakkında karar vermek istediğinde vereceği karar bir başka karar neticesine bağlı ise, ilgili davada alacağı kararı erteler, diğer kararın sonucunu bekler ve ona göre kararını verir. İlgili kararın sonucu geldiğinde mahkeme davaya ertelediği yerden tekrar bakar ve kesin kararını verir.*”<sup>16</sup> Söz konusu karara Temyiz Mahkemesi'nde itiraz edilebilir.”

<sup>14</sup> ELZAMİLİ Sacid Muhammed, Elrikabe Ala Düstüriyet Elkavanin Fi Elirak Fi Zil Düsür Am 2005 Eldaim, Mukayeseli Kanun Dergisi'nde yazılan bir makale, Bağdat, Yıl 2009, S: 58, s.144.

<sup>15</sup> NACİ Mekki, a. g. e, s. 56.

<sup>16</sup>ELZAMİLİ Sacid Muhammed, a. g. m, s.139–140.

## b) İptal Davası

Anayasaya uygulama denetimini sağlayan yollardan ikincisi iptal davası yoludur. İptal davası yolu, Federal Yüksek Mahkeme İçtüzüğü'nün 5. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, *“Resmî kurumlardan biri; başka bir merci ile belli bir kanun, karar, talimat, emir yüzünden yaşadığı anlaşmazlığın çözülmesini isterse, bu isteği belge içerikli bir davayla Federal Yüksek Mahkemesi'ne gönderir. Ancak istek gönderilirken onunla birlikte başvuruda bulunan ilgili kurumun bağlı olduğu bakanlığın bakanı tarafından imzalanan resmî bir yazının gönderilmesi de gerekir”*.

Bu maddede resmî kurumla diğer bir taraf “resmi ya da resmi olmayan” arasında yaşanan anlaşmazlıklardan söz edilmiştir. Dolayısıyla diğer tarafın resmi bir merci olması şartı aranmamıştır.<sup>17</sup> Taraflardan biri bakanlığa bağlı resmi bir kurum ise ilgili bakan tarafından imzalanan resmi bir yazının gönderilmesi gerekir. Tarafın bakanlığa bağlı olmayan bir kurum olması halinde de ilgili kurumun başkanı tarafından imzalanan resmi bir yazının gönderilmesi gerekmektedir. İşte bu davaya iptal davası denir.<sup>18</sup>

İptal davası yolunun işletilebilmesi için öncelikle kanunların ve nizamnamelerin uygulanması konusunda resmi bir merci ile başka bir merci arasında bir anlaşmazlığın bulunması gerekir. Talimat ve emirler, iptal davasına konu olamazlar. İkinci olarak, resmi merci, Federal Yüksek Mahkemede dava açmalıdır. Açılan bu davada hangi hükümlerin hangi gerekçelerle anayasaya aykırı olduğunun belirtilmesi gerekir. Üçüncü olarak, dava dilekçesi, ilgili bakanın veya bakanlığa bağlı olmayan merciin başkanının imzası ile sunulmalıdır. Dördüncü olarak, başvuru yapan kişi “müdür” statüsünün altında olmamalıdır.

<sup>17</sup> ELZAMİLİ Sacid Muhammed, a. g. m, s.147.

<sup>18</sup> NACİ, Mekki a. g. e, s. 60 ve sonraki sayfalar.

Federal Yüksek Mahkeme, iptal davası yoluyla anayasaya uygunluk denetimi yaparken, 2005 yılında kabul edilen 30 sayılı Federal Yüksek Mahkemesi Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrasına dayanmaktadır. Söz konusu hüküm şöyledir: *“Federal Yüksek Mahkeme, herhangi bir kurumun yetkisi çerçevesinde çıkardığı kanun, karar, talimat, yönetmelik ve emirlerin yasal olup olmadığından kaynaklanan çekişmeleri hükme bağlar. Geçiş Dönemi İçin Irak Devleti Yönetim Kanun'u hükümlerine aykırı olan kanun, karar, talimat, yönetmelik ve emirleri iptal etme hakkına sahiptir. Bununla ilgili istek de bir mahkemeden, resmî kurundan veya herhangi bir talep sahibinden gelebilir.”*

Bu maddede herhangi bir talep sahibinden söz edilmiştir. Dolayısıyla, bir kurumun yetkisi çerçevesinde çıkardığı kanun, karar, talimat, yönetmelik ve emirlerin yasal olup olmadığından kaynaklanan çekişmelerin hükme bağlanması ve anayasa hükümlerine aykırı olanların iptal edilmesi için herkese, “vatandaşlara da” Federal Yüksek Mahkeme’de dava açma hakkı tanınmıştır.<sup>19</sup>

### **B. Anayasa Hükümlerinin Yorumlanması**

Irak Anayasasının 93. Maddesinin ikinci fıkrasına göre, Federal Yüksek Mahkemenin sahip olduğu yetkilerden biri de anayasa hükümlerini yorumlamaktır. Anayasa hükümlerini yorumlama yetkisi münhasıran Federal Yüksek Mahkemeye aittir. Yasama organının kanun çıkararak veya açıklayıcı kararlar alarak anayasayı yorumlama imkânı yoktur. Keza genel mahkemelerin de anayasa hükümlerini yorumlama yetkisi yoktur.

Yorum, bir hukuk kuralının gerçek anlamını ve kapsamını belirlemek demektir. Mahkemeler, önlerine yoruma açık hukukî bir sorun geldiğinde, yöntem

---

<sup>19</sup> ARYAN Basım, Irak Anayasaları'nda Yargı Organı, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s.79.

bilimi ve yorum kuralları çerçevesinde en doğru çözümü bulmaya çalışır. Herhangi bir kanun maddesinin nasıl yorumlanması gerektiği konusunda hukuk bilimi uyulması gereken metodolojik kurallar geliştirmiştir. Anayasa hukukuna ilişkin bir soruna, anayasa açık ve kesin bir şekilde cevap vermiyorsa, bu durumda anayasanın yorumlanması gerekir. Bir başka deyişle, anayasa hükmünün sözel anlamı kuşkuya yol açıyorsa, ancak bu halde yorum yapılmalıdır.

Anayasa hukukunda yorum sorunu çok önemlidir. Zira ayrıntılı hükümler içeren diğer hukuk dallarından farklı olarak anayasa, büyük ölçüde kapsamı geniş ve ucu açık hükümlerden oluşur. Anayasa normlarının pek çoğu oldukça soyut, kısa, öz ve genel nitelikte formüle edilmişlerdir. Anayasalarda yer alan düzenlemelerin çoğunlukla prensipler ve değerler biçiminde olması nedeniyle, somutlaştırılmadan uygulanmaları oldukça güçtür. Bu durum özellikle temel haklar ve temel ilkelere kendini gösterir. Anayasanın yorumlanmasının önemi, geniş yetkilerle donatılmış kapsamlı bir anayasa yargısı sisteminin bulunduğu anayasal düzenlerde daha da artmaktadır.

Yorumun görevi, anayasal “doğru” sonucu, rasyonel ve sınanabilir bir süreç içinde bulmaktır. Aynı zamanda bu sonuç, rasyonel ve doğrulanabilir gerekçelere dayandırılmalı ve böylelikle de hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik yaratılmalıdır.

### **1. Yorumlama İsteği Kim Tarafından İletilebilir?**

2005 yılında kabul edilen 30 sayılı Federal Yüksek Mahkemesi Kanunu’nda yorumlama isteğinin kimin tarafından iletileceğini görmemekteyiz. Gerçekten ne Geçiş Dönemi İçin Irak Devleti Yönetimi Kanunu’nda ne de Federal Yüksek Mahkeme Kanunu’nda anayasa hükümlerini yorumlama görevi Federal Yüksek Mahkeme’ye verilmiştir. Bu görev, 2005 Anayasası’nın 93. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Yorumlama isteğine gelince, devletin üç temel organından birini

temsil eden kişi tarafından iletilebilir. Millet Meclisi yasama organını oluşturur ve yorumlama isteği onu temsil eden Meclis Başkanı tarafından iletilebilir. Yargı organını temsil eden Yıksek Yargı Kurulu Başkanı isteği iletir. Aynı şekilde yorumlama isteği yurıtme organını temsil eden Başbakan tarafından iletilebilir. Dolayısıyla yorumlama isteği sadece devlet organlarıyla sınırlıdır.<sup>20</sup>Yorumlanması istenilen metnin de uygulamada ciddi bir anlaşmazlık yaratması gerekir.<sup>21</sup>

## 2. Federal Yıksek Mahkeme Tarafından Yapılan Yorumun Etkisi

Irak Anayasasının 94. maddesine göre, “*Federal Yıksek Mahkeme kararları kesindir ve bütün diğer organlar için bağlayıcıdır*”. Bu maddeden anlaşılıyor ki adı geçen mahkemenin yorumlama kararı kesindir ve bütün diğer organlar için bağlayıcıdır.

Anayasal demokrasilerde bütün devlet organları anayasa ile bağlıdır. Anayasaya bağlılık denildiğinde, anayasa mahkemelerinin anayasaya ilişkin yorumları da, anayasa kavramı içerisinde yer alır. Zira anayasa mahkemelerinin anayasa hakkındaki yorumları yalnızca vatandaşlar için değil, aynı zamanda bütün devlet organları için de bağlayıcıdır. Buna karşılık, anayasa mahkemeleri de, yorum yapmış olsa bile, yalnızca anayasanın iğeriğini belirleyen kararlar vermesi gerekir. Aksi halde, yorumun bağlayıcı etkisinin temeli ve meşruluğu ortadan kalkar. Anayasa mahkemeleri, anayasanın iğeriğini bağlayıcı şekilde belirlemeye yetkili olmalarına rağmen, varlığını boręlu olduğu anayasanın üzerinde değillerdir.

Burada şunu söylemekte yarar vardır. Federal Yıksek Mahkeme'nin metin yorumuyla ilgili verdiği karar, verildiği tarihten itibaren kesinleşir. Resmi Gazetede yayımlanması ise kesinleşme sıfatını kazandırmamaktadır. Fakat mahkemenin

---

<sup>20</sup> ELZAMİLİ, Sacid a.g.e, s. 136.

<sup>21</sup>NACİ Mekki, a.g.e, s.85.

verdiği karar, metnin anayasaya aykırı olduğunu içerirse o zaman verilen kararın resmi gazetede yayımlanması zorunludur. Çünkü burada ilgili metin anayasal değildir<sup>22</sup>.

### **C. Federal Yüksek Mahkemenin Anayasa Değişikliklerini Denetleme Yetkisine Sahip Olup Olmadığı Sorunu**

Bu başlık altında Irak hukukunda Federal Yüksek Mahkemenin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisine sahip olup olmadığı sorusuna cevap verilmeye çalışılacaktır. Yukarıda da bahsedildiği üzere Irak Anayasası, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bu durumda Federal Yüksek Mahkemenin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisine sahip olup olmadığı sorusu cevaplandırılması gereken önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Irak'ta yürürlükteki anayasada bugüne kadar herhangi bir değişiklik yapılmamış ve bunun bir sonucu olarak da Federal Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin bir karar verme imkânı da olmamıştır. Dolayısıyla yukarıdaki soruya karşılaştırmalı hukuktan elde edilen veriler ve doktrindeki görüşlerden hareketle bir cevap verilebilir.

Kuşkusuz anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde olduğu gibi, şekil ve esas olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilebilir. Anayasa değişikliklerinin şekil yönünden anayasaya uygunluğunun denetimi, yapılan değişikliğin anayasada öngörülen usul ve şekil şartlarına uygun olarak yapılıp yapılmadığının incelenmesi anlamına gelir.

Acaba anayasa değişiklikleri, hukuk tekniği bakımından daha doğru bir ifade ile anayasa değişikliği kanunları anayasa mahkemeleri tarafından denetlenebilir mi?

---

<sup>22</sup> ARYAN Basım, a.g.t, s. 82.

Bu soruya cevap verirken öncelikle ilgili devletin anayasasına bakmak gerekir. Eğer bir devletin anayasası anayasa mahkemesine anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi vermişse, bu durumda anayasa mahkemesinin denetim yetkisine sahip olduğu tartışmasızdır.<sup>23</sup> Ancak Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi veren ülkelerin bu denetimi şekil denetimiyle sınırlı tuttuğu görülmektedir. Gerçekten dünyanın hiçbir ülkesinde anayasa değişikliklerinin esas bakımından anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi anayasa mahkemesine veya herhangi bir organa verilmiş değildir.<sup>24</sup> Bir devletin anayasası belirli koşullarda anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine izin verebileceği gibi, tam tersine böyle bir denetimi yasaklamış da olabilir. Denetimin yasaklanmış olması durumunda anayasa mahkemesinin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisinin bulunduğundan söz etmek elbette mümkün değildir.<sup>25</sup>

Anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi konusunda anayasada denetime izin veren ya da denetimi açıkça yasaklayan bir hükmün bulunmaması halinde, bir başka deyişle anayasanın bu konuda suskun kalması halinde, acaba anayasa mahkemeleri anayasa değişikliklerini denetleyebilirler mi?

Kanunların anayasaya uygun olup olmadığının yargısal denetiminin yapılabildiği ülkelerde anayasa değişikliklerinin de bu denetime konu edilip edilmemesi hususu tartışma konusu olmaktadır.<sup>26</sup> Anayasada bir hükmün bulunmaması durumunda anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin yapıp yapılamayacağı sorununu şekil ve esas denetimi olmak üzere ikiye ayırarak ele almak gerekir. Nitekim anayasa değişikliklerinin esas açısından denetlenmesinin aleyhinde

---

<sup>23</sup> Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 10. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2018, s. 464.

<sup>24</sup> Ali Rıza Çoban, *Anayasayı Değişirme Yetkisi: Sınırları ve Denetimi*, Adalet Yayınları, Ankara 2011, s. 232.

<sup>25</sup> Gözler, s. 464.

<sup>26</sup> Sercan Coşkun Kulak, "Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi", *TBB Dergisi*, Sayı 87, 2010, s. 228.



olan pek çok yazar olmasına rağmen, aynı şey şekil açısından incelemede söz konusu değildir. Başka bir deyişle, anayasada bir hüküm olmasa bile, anayasa değişikliklerinin şekli açıdan yargı denetimine tabi tutulabileceği doktrinde büyük ölçüde kabul edilmektedir.<sup>27</sup> Bu konuda bir uzlaşmaya varılması, anayasa değişikliğine ilişkin hukuki işlemin şekli olarak aslında bir kanun niteliğine sahip olması; dolayısıyla “dış geçerlilik” kriterini yerine getirmiş sayılabilmesi için anayasada öngörülen usule uygun olarak yapılmak zorunda bulunmasından kaynaklanmaktadır.

Özbudun’a göre, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sistemini kabul etmiş olan bir ülkede, anayasa değişikliklerinin şekil yönünden anayasaya uygunluğunun denetiminde yadırganacak bir yön yoktur. Çünkü nihayet anayasa değişiklikleri de, biçimsel olarak birer kanundur. Bu değişikliklerin anayasada belirtilen usul ve şekil kurallarına aykırı olarak yapılması, ortada geçerli olarak belirmiş bir tali kurucu iktidar iradesinin mevcut olmaması demektir. Anayasayı yapan asli kurucu iktidar anayasanın değiştirilme usulünü belirlemekle, tali kurucu iktidarın anayasayı değiştirme yetkisini şekil yönünden sınırlamış olmaktadır. Şu halde kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli olan mahkemenin anayasada açık bir hüküm olmasa dahi, anayasa değişikliklerini anayasada belirtilen usul ve şekle uygunluğu açısından denetleyebileceğini kabul etmek gerekir.<sup>28</sup>

Onar’a göre, Anayasa değişiklikleri, daha zor bir sürece tâbi olsa da, yine "kanun" adı altında bir işlemle gerçekleştirildiğine göre, bu kanunun yapılışında

---

<sup>27</sup> Erdal Abdulkhakoğulları/Metin Baykan, “Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/3, s. 20.

<sup>28</sup> Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 179-180; Aynı yönde görüş için bkz. Mehmet Turhan, “Halk Egemenliği ve Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi”, *Liberal Düşünce*, Cilt 15, Sayı 57 - 58, Kış - Bahar 2010, s. 34.

Anayasada öngörülen usullere uyulup uyulmadığının Anayasa Mahkemesince denetlenebilmesinde kuşku olmamalıdır.<sup>29</sup>

Hakyemez'e göre, tali kurucu iktidar, sınırsız ve hukuk dışı olmayıp anayasada belirtilen yöntemden hareketle anayasayı değiştirebilen hukuki bir iktidardır. Anayasa mahkemesinin tali kurucu iktidarın anayasa değişikliklerini anayasada belirtilen kurallardan hareketle gerçekleştirip gerçekleştirmediğini yargısal yolla denetlemesinin mantıksal temeli de burada yatmaktadır.<sup>30</sup>

Şekil denetiminin amacı, değişikliği yapanın kimliğinin kontrolü, yani değişikliği yapanların Anayasanın tali kurucu iktidar yetkisi verdiği kişiler ve işlemin bir tali kurucu iktidar işlemi olup olmadığının denetlenmesidir. Bir anlamda bu yetki oyunun kurallarına göre oynanıp oynanmadığının kontrolünü içeren hakemlik yetkisidir.<sup>31</sup> Çoban, bu düşünceden hareketle, anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetimi konusu ister anayasada açıkça düzenlenmiş olsun isterse düzenlenmesin, daha az meşruiyet sorunu üreteceğini söylemektedir.<sup>32</sup>

Gözler'e göre, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi konusunda anayasada açık hüküm bulunmaması halinde, ilk bakışta anayasa mahkemelerinin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisine sahip olmadıkları düşünülebilir. Zira anayasalar anayasa mahkemelerine anayasa değişikliklerinin değil, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi vermişlerdir. Ancak anayasa değişikliğinin de hukuki biçim itibarıyla bir kanun olduğu kabul edilirse, anayasa mahkemeleri bu değişiklikleri de denetleme yetkisine kuşkusuz sahip olur. Bu noktada Gözler, anayasa değişikliğinin kanun kavramı içine

---

<sup>29</sup> Erdal Onar, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara 1993, s.137-138.

<sup>30</sup> Yusuf Şevki Hakyemez, Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 65.

<sup>31</sup> Teresa Stanton Collett, "Judicial Independence and Accountability in an Age of Unconstitutional Constitutional Amendments", *Loyola University Chicago Law Journal*, 2009'dan aktaran Çoban, s. 233.

<sup>32</sup> Çoban, s. 233.

dâhil edilip edilemeyeceği sorusunun gündeme geldiğini, eğer bu soruya olumlu yanıt verilirse, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetlenebileceği, buna karşılık olumsuz yanıt verilirse, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetlenemeyeceği tespitinde bulunmaktadır. Gözler, anayasa değişikliğinin kanun kavramı içine dâhil edilip edilemeyeceği konusunda iki ayrı görüşün bulunduğunu ifade etmektedir. Birinci görüşe göre, anayasa ve kanunlar normlar piramidinde farklı basamaklarda yer alırlar. Ayrıca kanunların ve anayasa değişikliklerinin yapılması usul ve şekil açısından birbirinden farklıdır. Bir başka deyişle anayasa değişiklikleri ve kanunlar birbirinden farklı iki işlemdir. Dolayısıyla anayasa değişiklikleri kanun kavramının kapsamına dâhil edilemez. Anayasa mahkemeleri kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi için yetki almışlardır; bu yetkileri sadece kanunlar için geçerlidir; anayasa mahkemeleri bu yetkilerine dayanarak anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini kendilerinde göremezler. Gözler'e göre, bu görüş, kanun kavramının dar yorumlanması üzerine kuruludur. Bu nedenle de oldukça tutarlıdır. Zira anayasa mahkemelerinin yetkileri "genel yetkiler" değil, "verilmiş yetkiler"dir ve verilmiş yetkiler dar toruma tabi tutulur. İkinci görüşe göre, anayasa değişiklikleri kanun kavramına dâhil edilebilir. Bu durumda kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahip bir anayasa mahkemesi, başka bir yetkiye ihtiyaç duymaksızın, anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini kendisinde görebilir. İkinci görüşün temel dayanağı, anayasa değişikliklerinin hukuki biçimleri itibarıyla birer kanun olmasıdır. Anayasada anayasa mahkemesine anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi açıkça verilmemiş olsa da, anayasa mahkemeleri kanunları denetleme yetkisine dayanarak kanun niteliğinde olan anayasa değişikliklerini denetleyebilir. Anayasa mahkemeleri anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini kendisinde görürken, genişletici yorum

yoluyla anayasa değişikliklerini kanun kavramı kapsamına dâhil etmiş olmaktadırlar.<sup>33</sup>

Anayasada bir hükmün bulunmaması durumunda anayasa değişikliklerinin esas bakımından yargısal denetiminin yapılıp yapılamayacağı konusunda öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetiminin yapılamayacağını savunan yazarlar olduğu gibi, aksi yönde görüş bildirenler de bulunmaktadır.

Öğretilerde birçok yazar, anayasa değişikliklerinin esas yönünden anayasaya uygunluğunun denetiminin şekil yönünden denetimden tamamen farklı olduğunu ve mantıki açıdan esas denetiminin mümkün olmadığını söylemektedir. Örneğin Özbudun'a göre, anayasada belirtilen usul ve şekil kurallarına göre gerçekleştirilmiş bir anayasa değişikliği, geçerli olan yeni bir anayasa normudur. Bu niteliği ile mevcut anayasanın diğer normlarıyla eşit değerde bir norm haline gelmiştir. Böyle bir norm hangi ölçüte göre anayasaya uygun veya aykırı sayılacaktır? Hukuk normları hiyerarşisinde bir norm, ancak kendisinden üstün düzeyde başka bir norma aykırı düştüğü takdirde geçersiz sayılabilir. Aynı düzeydeki normlar arasında astlık-üstlük ilişkisi olamaz. Aynı düzeydeki normlar arasında ancak zaman yönünden öncelik-sonralık ve konu yönünden de genellik-özellik ilişkisi söz konusu olabilir. Bu açıdan usulüne uygun olarak kabul edilmiş bir anayasa normunun, kendisiyle eşdeğer düzeyde olan başka bir anayasa normuna uygun olup olmadığını denetlemek, mantıken mümkün görünmemektedir.<sup>34</sup>

Çoban'a göre, anayasa değişikliklerinin esas yönünden anayasaya uygunluğunun denetiminden söz etmek çelişkili bir ifadedir. Yazara göre, böyle bir denetimden söz edebilmek için bazı anayasa değişikliklerinin anayasaya aykırı

---

<sup>33</sup> Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, s. 465-466.

<sup>34</sup> Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 180.

olabileceğini kabul etmek gerekir. Oysa anayasa değişikliğinin amacı, doğası gereği eski metni ortadan kaldırarak yerine yeni bir metin koymaktır. Şu halde her değişiklik kaçınılmaz olarak eski metne aykırılık oluşturur.<sup>35</sup> Nitekim öğretilerde bir yazar, esas yönünden anayasa aykırı anayasa değişikliği olabilir mi sorusunu İncil acaba İncil'e aykırı olabilir mi gibi bir soruya benzetmekte ve birçok ülkede böyle bir sorunun çok da fazla ciddiye alınmadığını belirtmektedir.<sup>36</sup> Çoban'a göre, anayasa değişikliği ile ortaya çıkan metin de anayasa olarak niteleneceği ve anayasanın bir parçası olacağına göre, anayasaya aykırı anayasa değişikliği kavramı anayasanın bazı maddelerinin diğer maddelerine aykırılığı olarak anlaşılacak durumundadır. Bu durumda yeni hükümlerin eski hükümlere göre hiyerarşik açıdan daha aşağı olduğunu varsaymaksızın anayasa değişikliğinin anayasaya aykırılığından söz edilemez. Anayasa hükümleri arasında bir hiyerarşi yoksa anayasa değişikliklerinin anayasaya aykırılığından söz edilemez, olsa olsa anayasa hükümleri arasındaki uyumsuzluktan söz edilebilir. Dolayısıyla anayasa değişikliklerinin esas yönünden anayasaya uygunluğunun denetimi ancak ya anayasa üstü normların varlığının kabulü ya da anayasa normları arasında bir hiyerarşi bulunması halinde söz konusu olabilecektir.<sup>37</sup>

Nitekim anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun esas yönünden de denetlenebileceğini savunan yazarlar, bunu ancak ya anayasanın da üstünde bir takım hukuk normlarının varlığını kabul etmek yahut da pozitif anayasa normları arasında bir derecelenme, bir hiyerarşi bulunabileceğini varsaymak suretiyle haklı göstermeye çalışmışlardır.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Çoban, s. 229.

<sup>36</sup> Gary Jeffrey Jacobsohn, "An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, No. 3 (Jul.2006), s. 460'dan aktaran Turhan, s. 34.

<sup>37</sup> Çoban, s. 229.

<sup>38</sup> Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 180.

Anayasanın bazı hükümlerinin diğer anayasa hükümlerine göre hiyerarşik açıdan daha üst norm olduğunu açıkça düzenleyen bir anayasaya rastlamak mümkün değildir. Değiştirilemez hükümler içeren anayasalar açısından bu hükümlerin diğer hükümlere göre daha üst norm olduğunu ileri sürme olanağı olsa da, bu tez oldukça sorunlu ve karmaşık sorunlar yaratabilecek bir tezdır.<sup>39</sup> Gözler'in isabetli bir şekilde belirttiği gibi, yazılı anayasa teorisinde içerik değil, biçim önemlidir. Anayasada yer alan her kural, aynı anayasada bulunması itibariyle aynı hukuki değere sahiptir.<sup>40</sup>

Anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetlenebilmesini sağlamak üzere ortaya atılan anayasa üstü değerler tezinde anayasa üstü bazı ilkelerin varlığına inanılmakta ve yapılan değişikliklerin bu ilkelere uygun olması gerektiği savunulmaktadır. Duguit'e göre anayasa üstü prensipler alelade yasaları olduğu kadar anayasaları da bağlar.<sup>41</sup> Daha ziyade Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen bu argümana göre henüz anayasalar yapılmadan önce var olan "tabii adalet", "objektif ahlak normları", "Supra-pozitif temel normlar" gibi isimler verilen ve tali kurucu iktidarı sınırlandıran bir takım anayasa üstü normlar mevcuttur.<sup>42</sup> Anayasa değişiklikleri bu normlara aykırı olacak olursa esas açısından denetim yapıp, bu değişikliklerin iptali yoluna gidilebilir. Ne var ki, bu tür üstün ilkelerin veya normların bulunup bulunmadıkları bir yana; buldukları kabul edilse bile, o zaman da hangi ilkelerin veya normların üstün konumda görülüp, denetimde ölçüt olarak alınıp alınmayacakları hususunun bir takım tartışmalara yol açacağında kuşku yoktur.<sup>43</sup> Kaldı ki tali kurucu iktidarın iktidar alanını çizen normlara aykırılık,

---

<sup>39</sup> Çoban, s. 230.

<sup>40</sup> Kemal Gözler, *Kurucu İktidar*, Ekin Yayınevi, Bursa 1998, s.134.

<sup>41</sup> Aktaran Bakır Çağlar, "Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri: Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi", *Anayasa Yargısı*, Cilt 3, Yıl 1986, s.174.

<sup>42</sup> Gözler, *Kurucu İktidar*, s.133.

<sup>43</sup> Onar, s. 134-135.

bu aykırılıklara açık bir hukuki sonuç bağlandığı ve aykırılıkları denetlemekle görevli bir “kurulu iktidar” öngörüldüğü sürece geçerli olabilir. Öngörülmemesine rağmen böyle bir denetimin yapılması kaynağını anayasadan almayan bir yetki kullanımı olacağı açıktır. Demokratik hukuk devletlerinde, kamusal yetkiler pozitif olarak somut tanımlı yetkililerdir. Bir anayasal organın anayasal sınırları aşması, bir diğer anayasal organın pozitif hukukta kendisine tanınmamış bir yetkiyi kullanmasını meşrulaştırmaz.<sup>44</sup>

Anayasa üstü değerler tezi, birçok açıdan problemlili gözükmektedir. Bir kere, bu tez tartışmayı metajüridik bir alana kaydırmaktadır. İkinci olarak, varsayılan bu değerlerin tali kurucu iktidarı bağlayıcılığını meşrulaştırmak zordur. Üçüncü olarak, hangi değerlerin anayasa üstü değerler olduğuna kim karar verecektir? Bu değerleri tespit etme yetkisinin anayasa mahkemesi yargıçlarına ait olduğu kabul edilecek olursa, bu durumda kurucu iktidar ile anayasa mahkemesi karşı karşıya gelecek ve anayasa mahkemesinin uygun görmediği bir anayasa değişikliğinin yapılması adeta imkânsız hale gelecektir.<sup>45</sup>

Karşılaştırmalı hukukta anayasa değişikliklerinin denetlenebileceğini öngören anayasalar çok az sayıdadır. Azerbaycan Anayasası ile Moldova Anayasası ön denetimle sınırlı olarak Anayasa Mahkemesine anayasa değişiklik teklifleri hakkında daha çok siyasi görüş bildirme yetkisi tanımıştır. Ukrayna ve Romanya Anayasaları ise, Anayasa Mahkemesine öndenetim yapma yetkisi vermiştir. Bu yetkinin esas yönünden incelemeyi de zorunlu kıldığı kabul edilmektedir. Sonradan denetim konusunda 1971 değişikliklerinden itibaren Türkiye dışında Anayasa Mahkemelerine yetki veren bir anayasa yoktur. Türkiye’de 1971 yılında yapılan

---

<sup>44</sup> Osman Can, “Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 62, Sayı 3, Yıl 2007, s.111.

<sup>45</sup> Çoban, s. 230.

değişiklikle Anayasa Mahkemesine anayasa değişikliklerini şekil bakımından denetleme yetkisi verilirken güdülen amaç, yargısal denetime alan açmak değil, tam tersine Anayasa Mahkemesinin fiili denetim çabalarına hukuksal sınırlar çizmek olduğu aşikârdır.<sup>46</sup>

Öğretideki tartışmaları ve anayasal düzenlemeleri bir kenara bırakıp uygulamaya bakıldığında anayasaya aykırı anayasa değişikliği olgusunun belli ölçüde kabul edildiği görülmektedir. Bazı ülkelerde anayasa değişikliklerinin şekil veya esas bakımından ya da şekil ile esasın bir arada yargısal denetim konusu olduğu yahut olabileceğinin potansiyel olarak kabul edildiği görülmektedir. Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimi hiçbir anayasada açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, kimi ülkelerde anayasa mahkemeleri içtihat yoluyla kendilerini esas denetimi konusunda yetkili görmüşlerdir. Esas bakımından denetim yapılabileceğini kabul eden mahkemeler bunu ya anayasanın değiştirilemez ilkelerine dayandırmışlar ya da anayasanın temel yapısının değiştirilemeyeceği tezini esas alarak böyle bir denetime kalkışmışlardır.<sup>47</sup>

Anayasa mahkemelerinin ya da yüksek mahkemelerin bu konudaki uygulamaları Çoban ve Can'ın konuya ilişkin açıklamalarından yararlanılarak kısaca şöyle özetlenebilir:

ABD Yüksek Mahkemesi çeşitli başvurularda anayasa değişikliklerini şekil yönünden denetlemiş ve yapılan değişiklikleri anayasaya aykırı bulmamıştır. Yüksek Mahkeme içtihat yoluyla kendisini denetim konusunda yetkili görmekle birlikte, denetim yetkisini şekil denetimiyle sınırlı tutmuş, esas denetimini kararlı bir şekilde reddetmiştir.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Osman Can, *Kurucu İktidar*, Alfa Yayınları, İstanbul 2013, s. 136.

<sup>47</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Çoban, s. 230 vd.

<sup>48</sup> Çoban, s. 259; Can, *Kurucu İktidar*, s. 137.



Avusturya Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetiminde denetimde kullanılacak bir ölçü norm olmadığı gerekçesiyle esas yönünden denetim yapamayacağına, ancak değişikliğin şekil yönünden Anayasada öngörülen usule göre değiştirilip değiştirilmediğini denetleyebileceğine karar vermiştir. Avusturya Anayasası, anayasanın tümüyle değiştirilmesi ya da köklü bir değişiklik yapılması ile kısmi değişiklik yapılmasını farklı usullere bağlamıştır. Anayasaya göre, anayasanın temel ilkelerinden birini etkileyen bir değişiklik esaslı bir değişiklik olduğundan ancak halkoylamasıyla kabul edildikten sonra Cumhurbaşkanınca imzalanıp yürürlüğe konulabilecektir. Avusturya Anayasa Mahkemesi bu tür bir değişikliğin halkoylamasına sunulmamasının denetimiyle ilgili ve şekil denetimiyle sınırlı bir denetim yetkisi kullanmaktadır.<sup>49</sup>

İrlanda Yüksek Mahkemesi, usul ve şekil şartlarına uyulduğu sürece tali kurucu iktidarın anayasayı istediği şekilde değiştirebileceğine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, doğal hukuka aykırı değişiklik tekliflerinin geçersiz sayılması gerektiği yönündeki görüşü kabul etmemiş, anayasanın bazı hükümlerinin temel nitelikte olduğu ve bu hükümlerin değiştirilemeyeceği şeklindeki görüşü de böyle bir ayırım yapmanın çok zor olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Mahkeme çoğunluğunun görüşüne göre, Anayasa değişikliklerinin denetiminde Yüksek Mahkemenin rolü, değişiklik teklifinin anayasanın yetkili kıldığı kişi veya organlar tarafından sunulup sunulmadığı ve anayasada öngörülen usule uyulup uyulmadığı hususlarının denetlenmesinden ibarettir. Ayrıca Yüksek Mahkemeye göre, referanduma sunulan bir anayasa değişikliği artık şekil yönünden de denetlenemez.<sup>50</sup>

Bazı mahkemeler ise, anayasa değişikliklerini denetleme konusunda kendilerini yetkili görmemişlerdir. Örneğin Fransız Anayasa Konseyi, çeşitli

<sup>49</sup> Çoban, s. 260; Can, *Kurucu İktidar*, s. 137.

<sup>50</sup> Çoban, s. 261; Can, *Kurucu İktidar*, s. 138.

vesilelerle anayasa değişikliklerini denetleyemeyeceğine karar vermiştir. Anayasa Konseyi, sahip olduğu yetkilerinin Anayasada açıkça öngöröldüğünü ve bunlar arasında anayasa değişikliklerini denetleme yetkisinin bulunmadığını söyleyerek şekil ve esastan denetim taleplerini reddetmiştir. Benzer şekilde Macaristan Anayasa Mahkemesi, Anayasada ve Anayasa Mahkemesi Kanununda, Mahkemeye anayasa değişikliklerini denetleme yönünde bir yetki tanınmadığı gerekçesiyle denetime yetkili olmadığına karar vermiştir. Slovenya Anayasa Mahkemesi de benzer bir gerekçeyle anayasa değişikliklerini denetleme konusunda yetkili olmadığı sonucuna ulaşmıştır.<sup>51</sup>

Bazı mahkemeler birtakım gerekçelerle anayasa değişikliklerini esastan inceleyebilecekleri yönünde kararlar vermişlerdir. Örneğin Peru Yüksek Mahkemesi, anayasa değişikliklerini iptal etmemekle birlikte, esas yönünden denetime yetkili olduğunu söylemiştir. Mahkemeye göre, tali kurucu iktidar da dâhil olmak üzere tüm anayasal organlar anayasaya uymakla yükümlüdürler. Anayasayı değiştirme yetkisinin siyasi bir yetki olduğu ve denetlenemeyeceği görüşü kabul edilemez. Anayasanın ilkelerini ve temel demokratik değerleri güvence altına alacak olan Yüksek Mahkemedir.<sup>52</sup>

İlkel olarak anayasa değişikliklerini denetleyebileceği yönünde içtihat geliştiren mahkemelerden biri de Alman Federal Anayasa Mahkemesidir. Federal Anayasa, anayasa değişikliklerinin Federal Anayasa Mahkemesince denetlenebileceğini öngörmemesine rağmen, Federal Anayasa Mahkemesi 1950'li yıllardan itibaren anayasa değişikliklerini denetlemiştir. Bu yöndeki ilk kararında anayasa kurallarının yasa niteliğinde olduğunu söyleyerek mahkemenin denetimi kapsamına girdiğini, temel adalet gereklerine açık ve tahammöl edilemez şekilde aykırı olan, bir başka deyişle adaletin son sınırının aşılması anlamına gelebilecek bir

---

<sup>51</sup> Çoban, s. 262-263.

<sup>52</sup> Çoban, s. 263.

anayasa değişikliğinin iptal edilebileceğine karar vermiştir. Federal Anayasa Mahkemesi daha sonraki yıllarda anayasa değişikliklerini denetleyebileceği sonucuna ulaşırken anayasanın değiştirilemez hükümlerine dayanmıştır. Federal Anayasa Mahkemesi her ne kadar kuruluşundan beri hiçbir değişikliği Anayasaya aykırı bulmamış olsa da yapılan anayasa değişikliklerinin anayasanın değiştirilemez hükümlerine uygunluğunu denetlemeye devam etmektedir.<sup>53</sup> Bu konuda iki hususun altını çizmek gerekir. Birincisi, Federal Anayasa Mahkemesinin denetimi, ilk yıllardaki birkaç istisnai karar dışında, yalnızca değiştirilemez kurallara aykırılık temelinde gerçekleşmiştir. İkincisi, bu denetimlerde anayasanın değiştirilemez hükümlerine aykırılık, değiştirilemez maddelere dokunulmazlık biçiminde anlaşılmamasıdır. Federal Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerini denetlerken tali kurucu iktidarın doğasını dikkate alarak kendini frenleme yoluna gitmiştir.<sup>54</sup>

Türkiye’de anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi konusuna baktığımızda, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine ilişkin zengin bir literatürün ve ayrıca siyasi ve hukuki çevrelerde tartışma yaratan birçok Anayasa Mahkemesi kararının bulunduğu görülmektedir. Gerçekten anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi sorunu, 1970’li yıllardan beri Türk anayasa hukuku doktrinini ve Anayasa Mahkemesi’ni epeyce meşgul etmiş olan bir sorundur.

Konuya ilişkin gelişmeleri kısaca özetlemek gerekirse, 1961 Anayasası’nın ilk metninde, anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi’nin denetimine tâbi olup olmayacakları hakkında bir kural bulunmamakta idi. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi, 1970 yılında verdiği bir kararında, bir anayasa değişikliğini şekil yönünden iptal etmiş olmakla beraber, kararın gerekçesinde Mahkemenin, anayasa değişikliklerini gerek şekil, gerek esas bakımından denetleyebileceğini ifade etmiştir.

---

<sup>53</sup> Çoban, s. 264.

<sup>54</sup> Can, Kurucu İktidar, s. 140.

Mahkemeye göre, "Anayasa değişikliğini öngören kanunlar üzerinde, Anayasa'nın 147. maddesi gereğince, Anayasa Mahkemesi'ne esas yönünden de denetim görevi düştüğü meydandadır. Bu nedenlerle söz konusu kanun, gerek biçim, gerekse esas yönünden Anayasa Mahkemesi'nce denetlenmelidir."<sup>55</sup>

Tali kurucu iktidar bu karara karşı bir tepki olarak, 1971 yılında anayasa değişikliğine gitmiş ve Anayasanın 147. maddesi yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, "Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İÇtüzüklerinin Anayasa'ya, anayasa değişikliklerinin de Anayasa'da gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler." Bu değişikliğin gerekçesinde, "Anayasa'nın sadece kanunlara ve içtüzüklere hasrettiği bir denetleme yetkisinin, Anayasa Mahkemesi'nce, anayasa değişikliklerine teşmil edilemeyeceği tabiidir... Bu denetim yetkisinin, sadece teklif, müzakere ve kabul edilmesine ait anayasa hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunup bulunmadığı noktasına münhasır olduğu, esasa teşmil edilemeyeceği... tespit olunmuştur." denilmiştir. Böylece, tali kurucu iktidar olan TBMM, anayasa değişiklikleri üzerindeki yargısal denetimin sadece şekil yönünden denetimle sınırlı olduğunu, esas yönünden denetime izin verilmediğini açıkça ortaya koymuştur. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, 1971 anayasa değişikliklerinden sonra da, anayasa değişikliklerinin anayasa uygunluğunu denetlemeye devam etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararlarında, Cumhuriyetin değişmezliği ilkesinin amacının sadece Cumhuriyet kelimesini değil, Anayasa'da nitelikleri belirtilmiş Cumhuriyet rejimini korumak olduğu yolundaki eski görüşünü tekrarlayarak, Cumhuriyet ilkesinin değişmezliğine ilişkin 9. maddenin "içerik bakımından biçime ilişkin" bir kural olduğunu ileri sürmüştür. Mahkemeye göre, değişmezlik kuralı ve teklif yasağı birer şekil kuralıdır. "Kanun ve o nitelikte bulunan anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümleri birer biçim kuralı olduklarına göre, bunu

---

<sup>55</sup> E.1970/1, K. 1970/31, K.T. 16.6.1970, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 8, s. 323.

yasaklayan bir kuralın dahi bir biçim kuralı olduğunda hiç kuşku yoktur."<sup>56</sup> Anayasa Mahkemesi, böylece şekil görüntüsü altında esas yönünden denetim yaptığı bu dönemde, dört anayasa değişikliğini iptal etmiştir.<sup>57</sup>

1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası dönemindeki aktivist tutumuna karşı tepki olarak, anayasa değişiklikleri üzerindeki yargısal denetimi daha da sınırlandırmıştır. Anayasa'nın 148'inci maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin "Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından" inceleyebileceğini ve denetleyebileceğini belirttiği gibi, şekil denetiminin kapsamını da açıkça sınırlandırmıştır. Buna göre, anayasa değişikliklerinde şekil denetimi, "teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır." "Sınırlıdır" kelimesinin açıkça ifade ettiği gibi, şekil denetimi, maddede tek tek sayılan üç hususun dışına taşacak şekilde yapılamaz.<sup>58</sup> Görüldüğü üzere anayasa koyucu, anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin şekil denetimiyle sınırlı olduğunu açıkça belirtmiş ve şekil denetiminin kapsamını da herhangi bir kuşkuya yer bırakmayacak şekilde tanımlamış ve daraltmıştır.

Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası döneminde 2008 yılına kadar verdiği kararlarda Anayasanın 148. Maddesinin çizdiği sınır içinde kaldığı görülmektedir. Örneğin, 1987 yılında verdiği bir kararda Anayasa Mahkemesi, sahip olduğu denetim yetkisinin çerçevesini şöyle çizmiştir:<sup>59</sup> "Anayasa'nın 148. maddesinde, anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama

<sup>56</sup> E.1973/19, K. 1975/87, K.T. 15.4.1975, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 13, s. 430-431.

<sup>57</sup> Bkz. Ergun Özbudun, "Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi", Zaman Gazetesi, 8 Mayıs 2008; Çoban, s. 276 vd.

<sup>58</sup> Özbudun, "Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi", Zaman Gazetesi, 8 Mayıs 2008.

<sup>59</sup> E.1987/9, K. 1987/15, K.T. 18.6.1987, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı: 23, s. 285-286.

çoğunluğunca ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptal istemi bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur... Bu itibarla işin esasına girilmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir." 2007 tarihli bir kararında ise, bu konudaki içtihadını daha da somutlaştırmıştır: "Kabul edilen yasa, Anayasa hükmü haline gelir ve esas yönünden denetimi olanaksız olup, şekil yönünden ise 148. maddede belirtilen çerçeve içinde denetlenebilir."<sup>60</sup> Ancak Mahkeme 2008<sup>61</sup> ve 2010<sup>62</sup> yıllarında Anayasa değişikliklerine ilişkin olarak verdiği iptal kararlarında değiştirilemeyecek hükümler başlığını taşıyan Anayasanın 4. maddesine uygun olmayan değişikliklerin teklif şartını sağlamadığı için denetlenmesinin ve iptal edilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir.

Daha önce de ifade edildiği üzere bazı ülkelerde anayasalar, anayasayı değiştirme yetkisine hiçbir sınır getirmedeği gibi, anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi konusunda da herhangi bir hüküm öngörmemişlerdir. Bazı anayasalar anayasayı değiştirme yetkisine sınır getirmekle birlikte denetim konusunda herhangi bir düzenlemeye yer vermemişlerdir. Bazı anayasalar ise, hem anayasayı değiştirme yetkisini hem de anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini düzenlemiş ve sınırlandırmışlardır.

Irak Anayasasına bakıldığında tali kurucu iktidarın anayasayı değiştirme yetkisi düzenlenirken mutlak bir değişmezlik kuralının bulunmadığı görülmektedir. Bir başka deyişle değiştirilemez hükümler yoktur. Irak Anayasasında bazı ilkelerin ya da maddelerin değiştirilmesi yasaklanmamış olmakla birlikte, anayasa koyucunun özel bir değer atfettiği hükümlerin değiştirilmesinde, diğer anayasa değişikliklerine oranla daha özel ve daha güçleştirici yöntemler öngörülmüştür. Anayasanın 126.

---

<sup>60</sup> E. 2007/62, K. 2007/66, K.T. 5.7.2007.

<sup>61</sup> E. 2008/16, K. 2008/116, K.T. 5.6.2008.

<sup>62</sup> E. 2010/49, K. 2010/87, K.T. 7.7.2010.

maddesine göre, Anayasanın birinci bölümünde yer alan temel ilkeler ile ikinci bölümde yer alan haklar ve özgürlüklere ilişkin hükümler ancak arka arkaya iki seçim döneminden sonra, Millet Meclisi üye sayısının üçte ikisinin onayı, halkın referandumla kabulü ve Cumhurbaşkanı'nın yedi gün içerisinde onayı ile değiştirilebilir. Anayasanın diğer maddeleri ise, Millet Meclisi üyelerinin üçte ikisinin onayı, halkın referandumla kabulü ve Cumhurbaşkanı'nın onayı ile değiştirilebilecektir. Aynı maddeye göre, her iki halde Cumhurbaşkanı yedi gün içinde onay vermese dahi, değişiklikler onaylanmış sayılacaktır. Görüldüğü üzere, Irak Anayasası, anayasanın değiştirilmesini oldukça güçleştirmiştir. Anayasanın birinci bölümünde yer alan temel ilkeler ile ikinci bölümdeki haklar ve özgürlüklerin değiştirilmesi ise daha da zorlaştırılmıştır.

Değiştirilemez hükümler içermeyen, ancak temel ilkeler ile hak ve özgürlüklerin değiştirilmesini daha özel ve daha güçleştirici yöntemlere bağlayan Irak Anayasası, anayasa değişikliklerinin denetimi konusunda hiçbir hüküm içermemektedir. Bu durumda Federal Yüksek Mahkemenin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisine sahip olup olmadığı sorusu cevaplandırılması gereken önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Irak'ta 2005 Anayasası yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar hiç değiştirilmediği için Federal Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin bir kararı da yoktur. Irak'ta anayasal tartışmalar her zaman gündemde olmakla birlikte, anayasa değişikliklerinin denetimi konusu öğretilerde hemen hemen hiç tartışılmamıştır. Bu konuya ilişkin bilimsel çalışmalar yok denecek kadar azdır.

Öğretilerdeki bir görüşe göre, olağan bir yasanın denetimi ile anayasa değişikliklerinin denetimi arasında çok büyük bir fark yoktur. Kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenebildiği bir yerde anayasa değişiklikleri de denetlenebilir. Anayasa mahkemesi, açıkça yetkilendirilmemiş olsa da, anayasa değişikliklerini denetleme yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir. Böyle bir durumda kendisini

yetkili gören anayasa mahkemesi sonuçta geleneksel rolünü oynamış olur. Anayasa, anayasanın değiştirilmesi usulünü düzenlerken, tali kurucu iktidara anayasaya aykırı değişiklik yapma yetkisi tanımış değildir. Anayasayı değiştirme yetkisinin zımni sınırları vardır. Bu sınırlara uyulup uyulmadığının anayasa mahkemesince denetlenmesi gerekir.<sup>63</sup> Yazar, Federal Yüksek Mahkemenin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisine sahip olduğunu ileri sürerken Hindistan Yüksek Mahkemesinin görüşlerine dayanmaktadır. Yazarın anayasada bir hüküm bulunmamasına rağmen anayasa değişikliklerinin anayasa mahkemesince denetlenebileceğine dair görüşünü güçlendirmek için Hindistan örneğine dayanmasının nedeni anayasa değişikliklerinin denetimi konusunda en radikal tavır alan mahkemelerden birisinin Hindistan Yüksek Mahkemesi olmasıdır. Hindistan Yüksek Mahkemesi, anayasayı değiştirme yetkisinin zımni sınırlarının olduğunu ve bu sınıra uymayan değişikliklerin iptal edilebileceğini söylemektedir. Mahkeme, 1967 tarihli bir kararında temel hakları ihlal eden bir anayasa değişikliğinin anayasal olarak nitelendirilemeyeceğini söylemiştir. Mahkemeye göre, temel hakları ihlal eden ya da ortadan kaldıran her yasanın geçersiz olduğunu hükme bağlayan Anayasanın 13. maddesinin ikinci fıkrası, anayasa değişikliği de bir yasa olduğuna göre anayasa değişiklikleri için de geçerlidir. Dolayısıyla temel hakları ihlal eden anayasa değişiklikleri de geçersizdir. Bu kararı etkisiz kılmak amacıyla yapılan anayasa değişikliği ile 13. maddedeki hükmün anayasa değişikliklerine uygulanmayacağı hükmü getirilmiştir. Anayasa değişikliğinden sonra Yüksek Mahkeme anayasa değişikliklerinin normal bir kanun olmadığı, bu nedenle denetlenemeyeceği yönünde karar vermekle birlikte, anayasa değişikliklerinin denetlenmesine olanak tanıyan yeni bir teori ortaya atmıştır. Buna göre, anayasa değişiklikleri Anayasanın temel yapısını ya da esas özelliklerini ortadan kaldıramaz. Mahkemenin bu

---

<sup>63</sup> HASAN Duea, Elkuyd Elresmeye Liteedil Destur ELırak Liaam 2005, Kerbelaa Ünversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Kerbelaa 2017, s. 213.



yaklaşımına bir tepki olarak, anayasada değişiklik yapılarak anayasa değişikliklerinin hiçbir mahkeme tarafından hiçbir şekilde denetlenemeyeceği öngörülmüştür. Buna rağmen Yüksek Mahkeme sınırlı bir değiştirme yetkisinin Hindistan Anayasasının temel niteliklerinden birisi olduğu gerekçesiyle yapılan anayasa değişikliğini kısmen iptal etmiştir.<sup>64</sup> Anayasa değişikliklerinin denetimi yasaklanmış olmasına rağmen anayasa değişikliklerini esas yönünden denetlemeye devam eden, dolayısıyla aktivist bir tutum takınan Hindistan Yüksek Mahkemesinin yaklaşımının benimsenmesi doğru olmaz. Bu nedenle Hindistan örneğinden hareketle Irak'ta anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetlenebileceği söylenemez. Yukarıda da ifade edildiği üzere anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetimi anayasada açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, kimi ülkelerde anayasa mahkemeleri içtihat yoluyla kendilerini esas denetimi konusunda yetkili görmüşlerdir. Esas bakımından denetim yapılabileceğini kabul eden mahkemeler bunu ya anayasanın değiştirilemez ilkelerine dayandırmışlar ya da anayasanın temel yapısının değiştirilemeyeceği tezini esas alarak böyle bir denetime kalkışmışlardır. Irak Anayasası, değiştirilemez hükümlere yer vermediğine göre, Federal Yüksek Mahkeme, değiştirilemez hükümleri korumak amacıyla kendini esas yönünden denetim yapmaya yetkili görmesi de mümkün değildir. Bu durumda Federal Yüksek Mahkemenin kendini esas yönünden denetim yapmaya yetkili görebilmesi için ya anayasa üstü normların varlığını kabul etmesi ya da anayasa normları arasında bir hiyerarşi bulunduğunu kabul etmesi gerekir. Daha önce de ifade edildiği gibi, hem anayasa üstülük tezi hem de hiyerarşi tezi teorik olarak kabul edilmesi mümkün olmayan tezlerdir.

Acaba Irak Federal Yüksek Mahkemesi, anayasa değişikliklerini şekil yönünden denetleyebilir mi? Anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi konusunda anayasada açık bir hükmün bulunmaması durumunda

---

<sup>64</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Çoban, s. 267 vd.

anayasa mahkemelerinin şekil denetimi yapıp yapamayacağı hususu tartışmalıdır. Bu konuda öğretilerde iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, anayasa değişiklikleri ve kanunlar birbirinden farklı iki işlemdir. Kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemeye yetkili bir anayasa mahkemesi, anayasa değişikliklerini kanun kapsamına sokarak, anayasa değişikliklerini de denetleme yetkisini kendilerinde göremezler. Öğretilerde çoğunluğun benimsediği ikinci görüşe göre, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini kabul eden bir ülkede anayasa değişikliğinin şekil yönünden anayasaya uygunluğunu denetlenmesinin kabulünde gariptenecek bir şey yoktur; çünkü anayasa değişiklikleri de biçimsel olarak bir kanundur ve bu nedenle değişikliklerin anayasada belirtilen usul ve şekil kurallarına uygun olarak yapılması gerekir. Anayasayı yapan aslî kurucu iktidar anayasayı değiştirme usulünü belirtmiş ve bu yolla tali kurucu iktidarın anayasayı değiştirme yetkisini sınırlandırmıştır. Kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli olan mahkemenin anayasada açık bir hüküm olmasa dahi, anayasa değişikliklerini anayasada belirtilen usul ve şekle uygunluğu açısından denetleyebileceğini kabul etmek gerekir. Öğretilerdeki baskın görüşü benimseyerek Irak'ta Federal Yüksek Mahkemenin anayasa değişikliklerini şekil yönünden denetleyebileceğini söyleyebiliriz.

## SONUÇ

Değiştirilemez hükümler içermeyen, ancak temel ilkeler ile hak ve özgürlüklerin değiştirilmesini daha özel ve daha güçleştirici yöntemlere bağlayan Irak Anayasası, anayasa değişikliklerinin denetimi konusunda hiçbir hüküm içermemektedir. Kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahip olan Federal Yüksek Mahkemenin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisine sahip olup olmadığı sorusunun cevabı anayasada bulunmamaktadır. Irak'ta 2005 Anayasası yürürlüğe girdiği tarihten bugüne kadar hiç değiştirilmediği için Federal Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin bir kararı da yoktur.

Anayasada bir hükmün bulunmaması durumunda anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin yapıp yapılamayacağı sorununu şekil ve esas denetimi olmak üzere ikiye ayırarak ele almak gerekir.

Anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetiminden söz edilebilmesi için ya anayasa üstü normların varlığının kabul edilmesi gerekir ya da anayasa normları arasında bir hiyerarşi bulunması gerekir. Daha önce de ifade edildiği gibi, hem anayasa üstülük tezi hem de hiyerarşi tezi teorik olarak kabul edilmesi mümkün olmayan tezlerdir. Dolayısıyla Irak Federal Yüksek Mahkemesinin anayasa değişikliklerini esas yönünden denetlemeye yetkili olmadığı rahatlıkla söylenebilir.

Şekil yönünden denetime gelince, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi konusunda anayasada açık bir hükmün bulunmaması durumunda anayasa mahkemelerinin şekil denetimi yapıp yapamayacağı hususu tartışmalı olmakla birlikte, öğretilerdeki baskın görüş, kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli olan mahkemenin anayasada açık bir hüküm olmasa dahi, anayasa değişikliklerini anayasada belirtilen usul ve şekle uygunluğu açısından denetleyebileceği şeklindedir. Biz de bu görüşe katılarak Irak'ta Federal Yüksek Mahkemenin anayasa değişikliklerini şekil yönünden denetleyebileceğini kabul ediyoruz. Bununla birlikte en sağlıklı çözüm, bir anayasa değişikliği ile Federal Yüksek Mahkemenin anayasa değişikliklerini şekil yönünden denetlemeye yetkili olduğunun Anayasada açıkça belirtilmesidir. Böylece hem olası tartışmalar önlenmiş hem de belirsizlik ortadan kaldırılmış olacaktır.

### KAYNAKÇA

**ABDULHAKİMOĞULLARI Erdal / BAYKAN Metin**, “Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi”, Ankara Barosu Dergisi, 2012/3.

**AL-SAEDI Haitham Muhi Radhi**, Irak Federal Yüksek Mahkemesi, Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, Yüksek Lisans Tezi, 2015.

**ARYAN Basım**, Irak Anayasaları’nda Yargı Organı, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

**CAN Osman**, “Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 62, Sayı 3, Yıl 2007.

**CAN Osman**, *Kurucu İktidar*, Alfa Yayınları, İstanbul 2013.

**CARLOS Bernal**, Unconstitutional Constitutional Amendments in The Case of Columbia, International Journals of Constitutional law, Volume 11, Issue 2, 2013.

**ÇAĞLAR Bakır**, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri: Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi”, Anayasa Yargısı, Cilt 3, Yıl 1986.

**ÇOBAN Ali Rıza**, Anayasayı Değiştirme Yetkisi: Sınırları ve Denetimi, Adalet Yayınları, Ankara 2011.

**ELŞİNAVİ, Veleed Elrikabe Elkezaiye ala Elteedilat Eldesturiye**, Dar Elfikir Elerebi, Mısır, 2013.

**ELZAMİLİ Sacid Muhammed**, Elrikabe Ala Düstüriyet Elkavanin Fi Elirak Fi Zil Düsür Am 2005 Eldaim, Mukayeseli Kanun Dergisi’nde yazılan bir makale, Bağdat, Yıl 2009.

**ERDOĞAN Mustafa**, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2005.

**EROĞUL Cem**, Anayasayı Değiştirme Sorunu, Sevinç Matbaası, Ankara 1974.

**GÖZLER Kemal**, Judicial Review of Constitutional Amendments, Ekin Press.

İstanbul, 2008.

**GÖZLER Kemal**, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt 1, Ekin Yayınevi, Haziran 2011.

**GÖZLER Kemal**, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 10. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2018.

**GÖZLER Kemal**, Kurucu İktidar, Ekin Yayınevi, Bursa 1998.

**HAKYEMEZ Yusuf Şevki**, Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

**HARB Tarık**, EL Düstur Eliraki 2005 Fi Buhus ve Makalat, 1. Baskı, Bağdat 2007.

**HASAN Duea**, Elkuyd Elresmeye Liteedil Destur ELırak Liaam 2005, Kerbelaa Ünversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Kerbelaa 2017.

**KULAK Sercan Coşkun**, “Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi”, TBB Dergisi, Sayı 87, 2010.

**NACİ Mekki**, EL Mahkeme Elittihadiye Elulya Fi Elırak, Dar Elziya Yayınevi, 1.Baskı, Necef 2007.

**NEGİ Mohita**, Judicial Review in India, 10-3-2016, Web site: <https://www.yourarticlelibrary.com>

**ONAR Erdal**, 1982 Anayasasında Anayasayı Değişirme Sorunu, Ankara 1993.

**ÖZBUDUN Ergun**, Anayasalcılık ve Demokrasi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015.

**ÖZBUDUN Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 17. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara-2017.

**ÖZBUDUN Ergun**, “Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi”, **Zaman**

**Gazetesi**, 8 Mayıs 2008.

**ROZNAÏ Yaniv and YOLCU Serkan**, An unconstitutional Constitutional amendment The Turkish perspective, Oxford Journals, Vol. 10, No. 1, 2012.

**TURHAN Mehmet**, "Halk Egemenliği ve Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi", Liberal Düşünce, Cilt 15, Sayı 57 - 58, Kış - Bahar 2010.

**WARREN Michelsen**, The Supreme court and Judicial Review, 10-3-2016,  
Web site: [http // Constitutionality. Us](http://Constitutionality.Us)

HAKEMLİ MAKALE/ PEER REVIEWED ARTICLE

ANLAMSIZ-ABSÜRT EDİMLİ SÖZLEŞMELERİN İMKÂNSIZLIĞI  
(13.1.2011 Tarihli Alman Federal Mahkemesi Kararının Türk-İsviçre Hukuku  
Bakımından Değerlendirilmesi)

Dr. Öğr. Üyesi Pakize Ezgi AKBULUT\*

ÖZET

Alman Federal Mahkemesi 13.1.2011 tarihinde doğaüstü güç kullanımı iddiasıyla fal bakarak yaşam danışmanlığı faaliyeti gerçekleştiren kimsenin açtığı davada davalı alacaklının karşı edimi yerine getirmesi gerektiğine karar vermiş ve bu karar Alman Medeni Kanunu'nda yer alan imkânsızlık düzenlemeleri nedeniyle doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Çalışmamızda günümüzde kimi zaman iskambil, tarot kâğıtları ile kimi zaman astroloji (burç) yorumlama yöntemiyle fal bakma adı altında yapılan bu sözleşmelerin hukuki niteliği ve bu tür sözleşmelerin konusunun imkânsız olup olmadığı Alman Federal Mahkemesi'nin söz konusu kararı temel alınarak incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** *İmkânsızlık, hukuka aykırılık, tazminat*

---

\* İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı. (e-posta: ezgiakbulut@aydin.edu.tr). (Makale Gönderim Tarihleri: 19.11.2018-20.11.2018/Makale Kabul Tarihleri: 20.12.2018-27.12.2018)

**IMPOSSIBILITY OF MEANINGLESS-ABSURD CONTRACTS**  
**(Evaluation of the German Federal Court Decision on 13.01.2011 in view of**  
**Turkish and Swiss Law)**

**ABSTRACT**

German Federal Court decided on 13.1.2011 that the defendant (creditor) should fulfill the contract, which contains promises to foresee the future by cards with the help of psychic powers. This decision caused controversy in the doctrine due to the impossibility provisions of the German Civil Code. In this study, the legal nature of these contracts, which are sometimes made under the name of fortune-telling with tarot cards and sometimes using astrology (horoscope) interpretation method will be examined and whether the subject of such contracts are impossible will be evaluated on the basis of the decision of the German Federal Court.

**Key words:** *Impossibility, illegality, compensation*



## GİRİŞ

Anlamsız-absürt edimli sözleşmeler, sözleşmedeki edimlerden birinin ifasının kural olarak tabiat kanunlarına, bilim ve teknik kurallarına aykırı (ve mantık dışı) olduğunun ortalama bir kimse tarafından açıkça anlaşılabilirdiği sözleşmeler olarak tanımlanabilir<sup>1</sup>. Örneğin bugünkü teknoloji ile bir kimsenin zaman makinesi ile yolculuk sağlama taahhüdü veya bir kimsenin doğüstü güç kullanma iddiasıyla bir diğer kişiye mesleğinde para kazandıracağını vadetmesi halinde, bu edimlerin ortalama bir kimse tarafından imkânsız olduğu açıkça anlaşılabilir. Bu tür edim içeren sözleşmeler ilk etapta TBK m. 27/I (OR 20) uyarınca sözleşmenin konusundaki imkânsızlığa örnek olarak verilir. Nitekim çalışmamıza konu olan Alman Federal Mahkemesi'nin 13.1.2011 tarihli kararında doğüstü güç kullanacağı iddiasıyla, fal (tarot) bakarak karşı tarafa yaşam danışmanlığı yapma taahhüdü içeren sözleşmede tabiat kanunlarına veya bilim ve teknik kurallarına göre yerine getirilmesi mümkün olmayan edim olduğu gerekçesiyle objektif imkânsızlık (BGB § 275 (1)) bulunduğu karar verilmiştir<sup>2</sup>. Alman hukukunda, Alman Medeni Kanunu'nda 2002 yılında yapılan reform ile başlangıçtaki objektif imkânsızlığın Türk-İsviçre hukuklarının aksine, sözleşmenin geçersizliğine yol açmadığı; imkânsızlık halinde borçlunun asli edim yükümlülüğünden (ipso iure) kurtulacağı düzenlenmiştir (BGB § 275 (1))<sup>3</sup>. Bununla birlikte alacaklı da kural olarak karşı edim yükümlülüğünden kurtulmaktadır (BGB § 326 (1), 1). Alman Federal Mahkemesi söz konusu kararda, borçlunun asli ediminin objektif imkânsız olduğunu belirtmesine

---

<sup>1</sup> Çeşitli olay grupları bakımından anlamsız-absürt sözleşmelerin tanımı ve açıklamaları için bkz. **BECKER, Maximilian**, Absurde Verträge, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, s. 194 vd. Ayrıca bkz. **WALLOW, Astrid**, Risikozuweisung und Vertragshaftung: anfängliche Leistungshindernisse vor den Gerichten in den USA und in Deutschland, LIT Verlag, Münster 2008, s. 149; **KOLLER, Alfred**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2009, § 13, N. 56.

<sup>2</sup> BGH NJW 2011, 756, N. 10. Benzer nitelikte bkz. OLG Düsseldorf NJW 1953, 1953.

<sup>3</sup> Bkz. aşağıda I/B/1.

rağmen alacaklının karşı edimi yerine getirmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>4</sup>. Bunun yanında Federal Mahkeme kararda sözleşmenin BGB § 138 uyarınca ahlâka aykırılık (ve aşırı yararlanma) bakımından ayrıca değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Alman Federal Mahkemesi'nin bu kararı Alman hukuku doktrininde bu tür sözleşmeler bakımından temel nitelikte bir karar olarak ele alınmaya başlanmıştır<sup>5</sup>.

Türk-İsviçre hukukunda ise başlangıçtaki objektif imkânsızlık kural olarak sözleşmenin geçersizliğine yol açar (TBK m. 27/I, OR 20). Dolayısıyla ilk etapta doğüstü güç kullanma iddiasıyla fal bakıp yaşam danışmanlığı yapma taahhüdü objektif imkânsız edim kabul edilebilir. Fakat Türk hukukunda yer alan 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun gereğince Alman Federal Mahkemesi önüne gelen bu olayın Türk hukuku ile İsviçre hukuku bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bununla birlikte anlamsız-absürt nitelikli edim içeren bu tür sözleşmeler baştan itibaren objektif imkânsız kabul edilirse, Türk-İsviçre hukukundaki imkânsızlık düzenlemeleri nedeniyle yine Alman Federal Mahkemesi'nin kararı ile farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Bu çerçevede çalışmamızda öncelikle Türk-İsviçre ve Alman hukukları bakımından başlangıçtaki objektif imkânsızlık ve buna bağlanan hukuki sonuçlar incelenecek, ardından çalışmamıza konu olan 13.1.2011 tarihli Alman Federal Mahkemesi kararının ulaştığı sonuç bu hukuk sistemleri açısından değerlendirilecektir.

Konumuz anlamsız-absürt sözleşmelerin imkânsızlığı olduğundan bu tür sözleşmelerin ayrıca ahlâka aykırılık teşkil ettiği (yahut somut olaya göre aşırı

---

<sup>4</sup> Çalışmamızda doğüstü güç kullanacağı iddiasıyla, fal bakarak karşı tarafa yaşam danışmanlığı yapma taahhüdü veren taraf "borçlu" (karara konu olan olaydaki davacı), diğer taraf ise "alacaklı" (karara konu olan olaydaki davalı) olarak anılacaktır.

<sup>5</sup> BECKER, s. 1.

yararlanmanın bulunduğu) hallere çalışmada sadece kararın değerlendirilmesi bakımından değinilecek, bu konular ayrıca inceleme konusu yapılmayacaktır.

## I. TÜRK-İSVİÇRE-ALMAN HUKUKLARINDA İMKÂNSIZLIK KAVRAMI

### A. Türk-İsviçre Hukukunda

#### 1.Genel Olarak

Türk-İsviçre hukukunda sözleşmelerin imkânsızlığı iki temel gruba ayrılır. Bunlardan ilki sözleşmenin başlangıçtaki (başka bir anlatımla sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç kurulma anında oluşmuş) imkânsızlığı diğeri ise sözleşmenin sonraki (sözleşmenin kurulmasından sonra oluşan) imkânsızlığıdır. Sözleşmenin kurulması sırasında var olan imkânsızlık objektif ve subjektif başlangıçtaki imkânsızlık olarak ikiye ayrılır<sup>6</sup>. Başlangıçtaki objektif imkânsızlık TBK m. 27/I (OR Art. 20) uyarınca *kural olarak* sözleşmenin geçersizliği (kesin hükümsüzlük) sonucunu doğururken, başlangıçtaki subjektif imkânsızlık ise hakim görüş uyarınca sözleşmenin geçersizliğine yol açmaz, bu imkânsızlık ifa imkânsızlığı kapsamında kabul edilir<sup>7</sup>. Sözleşmenin kurulmasından sonra edimin imkânsız olması da ifa imkânsızlığı olarak nitelendirilir. Bu da borçlunun sorumlu olduğu (borçlu kusursuz olduğunu ispatlayamazsa TBK m. 112 uyarınca sorumludur) ve sorumlu olmadığı (TBK m. 136) ifa imkânsızlığı olarak ikiye ayrılarak incelenir. Bu

---

<sup>6</sup> Subjektif imkânsızlık yerine borçlunun ekonomik ve kişisel güçsüzlüğü ifadesinin kullanılması gerektiği yönünde bkz. EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, İstanbul 2017, Yetkin Kitapçılık s., 346. Karş. DURAL, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 79 vd.

<sup>7</sup> GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Schulthess, 2008, Band I, N. 634; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, n. 294; EREN, s. 346; NOMER, Halûk N., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 15. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2017, n. 178.1. Bu ayrıma yönelik eleştiriler için bkz. aşağıda I/A/3.

bağlamda Türk-İsviçre hukuklarında imkânsızlık rejimi sözleşmenin başlangıcında ve sonrasında oluşan imkânsızlık bakımından farklı hukuki sonuçlara tabi tutulur.

Konumuz itibariyle önem arz eden imkânsızlık türü esasen TBK m. 27/I uyarınca başlangıçtaki objektif imkânsızlık olmakla birlikte, doktrindeki eleştiriler ve başlangıçtaki imkânsızlığa ilişkin Alman Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklikler ve 2020 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu tasarısında yer alan hükümler dikkate alındığında özellikle başlangıçtaki imkânsızlığın hukuki sonuçları açısından ifa imkânsızlığına da çalışmamız kapsamında yer yer değinilecektir.

## 2.TBK m. 27/I (OR Art. 20) Uyarınca Sözleşmenin Konusunun İmkânsız Olması

TBK m. 27/I (OR Art. 20) uyarınca sözleşmenin konusunun imkânsız olması, sözleşmenin kural olarak kesin hükümsüzlüğü sonucunu doğurur. TBK m. 27/I uyarınca sözleşmenin geçersizliğine yol açması için imkânsızlığın sözleşmenin kuruluşu sırasında (başlangıçtaki imkânsızlık) mevcut olması gerektiği kabul edilir. Bu imkânsızlık maddi veya hukuki olabilir<sup>8</sup>. Başlangıçtaki imkânsızlık, hukuki sonuçlarının farklılığı bakımından ise objektif ve subjektif imkânsızlık olarak ikiye ayrılır.

Türk Borçlar Kanunu (TBK m. 27/I) ile İsviçre Borçlar Kanunu'nda (OR Art. 20) başlangıçtaki objektif imkânsızlık sözleşme özgürlüğünün sınırı olarak düzenlenmiştir<sup>9</sup>. Başlangıçtaki objektif imkânsızlık sözleşme konusunun

<sup>8</sup> OĞUZMAN/ÖZ, n. 290; EREN, s. 345; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Band I, N. 634; Çeşitleri için bkz. ALTUNKAYA, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 192 vd. Hukuki imkânsızlık hakkındaki tartışmalar için bkz. DURAL,15 vd.; ALTUNKAYA, 217 vd.; BAŞOĞLU, Başak, "Sözleşmenin Konusundaki İmkânsızlık", Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş'a Armağan, Derleyen: Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu, Der Yayınları, İstanbul 2012, s. 493 vd.

<sup>9</sup> Başlangıçtaki objektif imkânsızlığın sözleşmenin geçersizliğine yol açmasına yönelik eleştiriler için bkz. aşağıda I/A/3.

sözleşmenin yapıldığı sırada borçlu da dâhil olmak üzere kimse tarafından ifa edilemeyeceği anlamını taşır<sup>10</sup>. Bu imkânsızlığın sözleşmenin geçersizliğine yol açması için hakim görüş uyarınca sürekli nitelikte olması gerektiği kabul edilir<sup>11</sup>.

Başlangıçtaki subjektif imkânsızlık halinde ise imkânsızlık sadece borçlu için mevcuttur ve bu imkânsızlık türü hakim görüş uyarınca sözleşmenin geçersizliğine yol açmaz<sup>12</sup>. Subjektif imkânsızlık borçlunun yeteneğine, sağlığına, ekonomik güçsüzlüğüne bağlı olarak veya tasarruf yetkisinin bulunmaması gibi hallerde meydana gelebilir<sup>13</sup>. Dolayısıyla buradaki imkânsızlık kişiseldir. Oysa objektif imkânsızlıkta edim borçlu dâhil herkes için imkânsızdır. Örneğin A'nın B'ye sattığı mal, sözleşmenin kurulmasından önce yanmış ve yok olmuş ise başlangıçtaki objektif imkânsızlık meydana gelir. Çünkü edim sadece borçlu A için değil herkes

---

<sup>10</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Band I, N. 631 vd.; KOLLER, § 13, N. 43; SCHWENZER Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2009, N. 64.02; OĞUZMAN/ÖZ, n. 294; EREN, s. 346; SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 6. Bası, İstanbul 2014, § 14, n. 3; NOMER, n. 56; ALTUNKAYA, s. 91 vd. “Burada söz konusu olan imkânsızlık, başlangıçtaki, yani sözleşme yapıldığı sırada mevcut olan imkânsızlıktır (objektif imkânsızlık). Bu halde, konusu hukuki veya fiili sebeplerden dolayı imkânsız olan sözleşme butlan yaptırımına tabidir ve başlangıçtan itibaren geçersizdir. Burada geçerli olan butlan yaptırımından bahsedebilmek için, imkânsızlık sözleşmenin konusu ile ilgili olmalı ve yalnız borçlu bakımından değil, objektif mahiyette ve herkes için söz konusu olmalıdır”. Yarg. 3. HD., T. 17.9.2013, E. 2013/10595 K. 2013/12801 (LexPera Bilgi Bankası). Ayrıca sözleşmenin kurulmasından sonra imkânsızlığın ortadan kalkması sözleşmeyi geçerli hale getirmez. NOMER, n. 56.

<sup>11</sup> Bu konuda bilgi için bkz. TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 909; SCHWENZER, N. 64.02; EREN, s. 348; SEROZAN, § 14, n. 3.

<sup>12</sup> Bkz. yukarıda dn. 7. Eleştiriler hakkında bkz. KOLLER, § 13, N. 53 vd.; SEROZAN, § 14, n. 9 vd. Ayrıca bkz. ALTUNKAYA, s. 166 vd.

<sup>13</sup> Ekonomik güçsüzlüğün imkânsızlık kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği yönünde bkz. EREN, 346 vd. Kişisel ifa imkânsızlığı (örneğin konser verme taahhüdünde bulunan şarkıcının sesinin kısılması) hakkındaki tartışmalar için ayrıca bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Band I, N. 636; SEROZAN, § 14, n. 15; EREN, 347.

için imkânsızdır. A'nın kendisine ait olmayan bir malı B'ye satması halinde ise edim sadece A için imkânsızdır. Dolayısıyla burada baştan imkânsızlık mevcut olsa da bu imkânsızlık sadece A için olduğundan imkânsızlığın türü subjektiftir.

Başlangıçtaki objektif imkânsızlık halinde edimin imkânsız olmasında borçlunun kusurunun bulunup bulunmaması sözleşmenin geçersizliği bakımından bir rol oynamaz. Ancak imkânsızlığın hukuki sonuçları bakımından borçlunun kusuru önem teşkil eder ve eğer borçlu imkânsızlığı bilerek sözleşmeyi kurmuşsa bu halde tazminat sorumluluğu bakımından farklı sonuçlar doğar.

### 3. Başlangıçtaki Objektif İmkânsızlığın Hukuki Sonuçları

Türk-İsviçre hukukunda başlangıçtaki objektif imkânsızlık sözleşmeyi geçersiz kılar. Bu durumda borçlunun edim yükümlülüğü doğmaz. Dolayısıyla henüz yerine getirilmemiş edimin ifa edilme zorunluluğu yoktur, bununla birlikte karşılıklı sözleşmede alacaklı da karşı edimi yerine getirme yükümlülüğünden kurtulur. Başlangıçtaki objektif imkânsızlığa rağmen karşı edim ifa edilmişse de sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre veya istihkak davası ile talep edilir. Başlangıçtaki imkânsızlığın taraflarca bilinip bilinmemesi kural olarak sözleşmenin TBK m. 27/I uyarınca geçersiz olmasını etkilemez. Ancak bu halde imkânsızlığın hukuki sonuçları bakımından farklılıklar doğar. Eğer taraflardan biri taahhüt edilen edimlerden birinin başlangıçtaki objektif imkânsızlığını baştan biliyor veya bilmesi gerekiyorsa karşı tarafın sözleşmenin geçerliliğine güvenden doğan olumsuz zararını tazmin eder (culpa in contrahendo sorumluluğu)<sup>14</sup>. Ancak borçlunun taahhüt ettiği edimi

<sup>14</sup> KOLLER, § 13, N. 42; HUGUENIN, Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess, 2012, N. 429; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 977 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, n. 295; EREN, s. 346; SEROZAN, § 14, n. 3, 21; NOMER, n. 56; ENGİN, Baki İlkay, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2002, s. 75-76; ERGÜNE, Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, Beta Yayınevi, İstanbul 2008 (ERGÜNE, Olumsuz Zarar), s. 233 vd.

garanti altına aldığı varsayılabiliriyorsa (örneğin borçlu başlangıçtaki objektif imkânsızlığı bilerek sözleşmeyi yapmışsa) culpa in contrahendo sorumluluğuna gidilmeyebilir<sup>15</sup>. Bu durumda borçlunun, edimi zamanında ve gerektiği gibi ifa etmediği için oluşan zarara (olumlu zararın tazminine) yönelik garanti sorumluluğunun mevcut olduğu kabul edilir.

Belirtmek gerekir ki alacaklının da başlangıçtaki objektif imkânsızlığı bilerek sözleşmeyi kurduğu varsayılabiliriyorsa, kanımızca tazminat talep etme hakkı tamamen yok olmaz, artık culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanan tazminatta TBK m. 52 uyarınca indirimle gidilmesi uygun olur<sup>16</sup>. Alacaklının da imkânsızlığı bilerek sözleşmeyi yaptığı hallerde garanti sorumluluğundan dolayı olumlu zararın tazminin gündeme gelmemesi ve bu halde culpa in contrahendodan kaynaklanan olumsuz zarar tazminatında TBK m. 52 uyarınca indirim yapılması gerekir. Zira alacaklı da hiç kimse tarafından ifa edilemeyecek nitelikteki bu edimin

---

2002 reformu öncesinde Alman Medeni Kanunu'nda benzer nitelikte BGB § 307 (1) hükmü mevcuttu. Buna göre imkânsızlık halinde sözleşmenin kuruluşu sırasında bu imkânsızlığı bilen veya bilebilecek durumda olan taraf karşı tarafın sözleşmenin geçerliliğine olan güveni nedeniyle uğradığı olumsuz zararın tazmin etmeyle yükümlüydü. Ayrıntılı bilgi için bkz. LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987, s. 103 vd.

<sup>15</sup> Somut olayın özelliklerine göre imkânsız edimin bilerek borçlanılması halinde taraflar arasında örtülü bir garanti sözleşmesinin varlığının kabul edilebileceği yönünde bkz. ENGİN, s. 77 ve orada dn. 7; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 239. Ayrıca bkz. Berner Kommentar, Berner Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages Art. 19-22, OR, Bern 1991, KRAMER, Art.19/20, N. 257, (Berner Komm/işleyen yazar); GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Band I, N. 718; KOLLER, § 13, N. 31. Başlangıçtaki objektif imkânsızlığı bilerek sözleşmeyi kuran borçlunun culpa in contrahendo sorumluluğu sözleşmesel garanti sorumluluğuna göre ikincil niteliktedir. SEROZAN, § 14, n. 21. Bu konudaki tartışma ve görüşler hakkında bkz. ALTUNKAYA, s. 251 vd.; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 238-239.

<sup>16</sup> SEROZAN, § 14, n. 21. Ayrıntılı bilgi için bkz. ALTUNKAYA, s. 246. Ayrıca bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 235. Tarafların eşit kusurlu olduğu kabul edilebiliyorsa tazminat sorumluluğu doğmayacağı yönünde bkz. BAŞOĞLU, s. 516.

imkânsızlığını bilmekte ve bu sebeple güveni özel olarak korunmayı hak etmemektedir<sup>17</sup>. Tüm bunların yanında her iki tarafa da imkânsızlık hususunda kusur atfedilemiyorsa bu takdirde tazminat sorumluluğu doğmayacaktır<sup>18</sup>.

Türk-İsviçre hukukunda başlangıçtaki objektif imkânsızlığın TBK m. 27/I (OR Art. 20) çerçevesinde sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne yol açması, bu yaptırımın imkânsızlık bakımından tarafların menfaat dengesini sağlamadığı gerekçesiyle doktrinde tartışmalara neden olmuş ve bu bağlamda çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır<sup>19</sup>. Bu görüşlerden ilki kronolojik açıdan başlangıçtaki objektif imkânsızlığın TBK m. 27/I uyarınca sözleşmenin geçersizliğine neden olurken başlangıçtaki subjektif imkânsızlığın ifa imkânsızlığı olarak ele alınmasını (kıyasen sonraki imkânsızlık hükümlerinin uygulanmasını) hakkaniyete aykırı kabul etmektedir<sup>20</sup>. Bu görüşteki yazarlar, örnek olarak satım konusu tablonun sözleşmenin yapılmasından bir dakika öncesinde yanmış olması ile sözleşmenin kurulmasından bir dakika sonra yanmış olması halinde, bu iki imkânsızlığın farklı sonuçlara tabi tutulmasını eleştirmekte ve böyle bir ayrımın özellikle olumsuz zarar-olumlu zarar ayrımı açısından alacaklı için adaletli sonuçlar doğurmadığını savunmaktadırlar. Bu sebeple başlangıçtaki objektif imkânsızlığa (somut olayın niteliğine göre) sonraki imkânsızlık sonuçlarının uygulanması hâkimin boşluk doldurma faaliyetiyle (örtülü boşluğun amaca uygun sınırlanması) mümkün

<sup>17</sup> SEROZAN, § 14, N. 21, 31. Ayrıca bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 240.

<sup>18</sup> TOPUZ, Seçkin/CANBOLAT, Ferhat, "Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi", AÜHFD Yıl 2008, C.57 S.3 (s. 673-718), s. 683.

<sup>19</sup> Görüşler hakkında bkz. ERCOŞKUN ŞENOL, Kübra, Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 194 vd.

CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) uyarınca başlangıçtaki imkânsızlık bir geçersizlik sebebi olarak düzenlenmediğini eklemek gerekir. Bilgi için bkz.; SCHWENZER, 64.02; BECKER, s. 22; YÜCEDAĞ, Nafiye, Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 175 ve orada dn. 32.

<sup>20</sup> SCHWENZER, N. 64.03; KOLLER, § 13, N. 53 vd.; SEROZAN, § 14, n. 17. Ayrıca bkz. ALTUNKAYA, s. 166 vd.; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 235 vd.



olmalıdır<sup>21</sup>. Bu görüşteki bazı yazarlar ise TBK m. 27/I (OR Art. 20) uyarınca imkânsızlığın sadece kararlaştırılan edimin anlamsız/absürt olması halinde (mutlak imkânsızlık) sözleşmenin geçersizliğine yol açması gerektiğini, bunun dışında kalan başlangıçtaki imkânsızlık hallerinin ifa imkânsızlığı kapsamına alınabileceğini ifade etmektedirler<sup>22</sup>.

Başlangıçtaki subjektif imkânsızlık halinde ise sözleşme TBK m. 27/I kapsamında geçersiz olmaz, bu imkânsızlığa hakim görüş uyarınca sonraki imkânsızlığın hukuki sonuçlarının kıyasen uygulanacağı kabul edilir<sup>23</sup>. Dolayısıyla başlangıçtaki subjektif imkânsızlıkta karşı tarafın edimi talep hakkı mevcuttur. Eğer borçlu edimi ifa edememekteyse alacaklı olumlu zararının karşılanmasını isteyebilir. Bu halde sonraki imkânsızlıkta olduğu gibi borçlu kural olarak edimin imkânsızlığından kusurlu ise TBK m. 112 uyarınca zararı tazmin eder, kusursuzsa TBK m. 136 uyarınca borçtan kurtulur.

Bu çerçevede özellikle başlangıçtaki objektif imkânsızlık hakkında doktrinadaki tartışmalar nedeniyle kısaca sonraki imkânsızlığın hukuki sonuçlarına da değinmek gerekir<sup>24</sup>. Sözleşmenin kurulmasından sonra oluşan imkânsızlık halinde (ifa imkânsızlığı) TBK m. 112 ve m. 136 hükümleri uygulanır. Bu durumda borçlunun sorumlu olduğu ve sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı bakımından farklı sonuçlar

---

<sup>21</sup> SEROZAN, § 14, n. 22.

<sup>22</sup> KOLLER, § 13, N. 56-57; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 238. Yazarlar bu ayrım bakımından başlangıçtaki objektif imkânsızlık hallerine sadece mutlak imkânsızlık ve hukuki imkânsızlığın dahil edildiği Avusturya Medeni Kanunu (ABGB § 878) uygulamasını örnek vermektedirler.

<sup>23</sup> *Basler Kommentar*, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, (hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand), Basel 2015, WIEGAND, Art. 97, N. 12 (Basler Komm/ işleyen yazar); SEROZAN, § 14, n. 9. Ayrıca bkz. OĞUZMAN/ÖZ, n. 294; NOMER, n. 178.1 vd. Subjektif imkânsızlıkta borçlu temerrüdü (TBK 117 vd.) hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Band II, N. 3140; EREN, s. 1064. Bu konudaki tartışmalar için bkz. ALTUNKAYA, s. 256 vd.

<sup>24</sup> Sonraki imkânsızlığın hukuki sonuçlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. DURAL, s. 119 vd.

doğar. Borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlıkta (TBK m. 112) kural olarak borçlu edimin ifasının imkânsız hale gelmesinde hiçbir kusurunun bulunmadığını ispat etmedikçe karşı tarafın uğradığı olumlu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığının hukuki sonuçları ise TBK m. 136'ya göre belirlenir ve alacak sona ererek, borçlu borcundan kurtulur<sup>25</sup>. Dolayısıyla bu imkânsızlık türünde edim hasarı alacaklıya aittir. Ancak TBK m. 136/II'ye göre borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlık halinde karşılıklı sözleşmede karşı tarafın da borcu sona erer ve ifa edilmiş edimler de sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri verilir.

## B. Alman Hukukunda İmkânsızlık

### 1. Alman Hukukunda İmkânsızlık Düzenlemesi (BGB § 275)

Alman Medeni Kanunu'nda 2002 yılında yapılan borçlar hukuku reformuna kadar imkânsızlık konusu Türk-İsviçre hukuku ile benzer nitelikte başlangıçtaki imkânsızlık-sonraki imkânsızlık şeklinde ayrı ayrı düzenlenmişti<sup>26</sup>. Başlangıçtaki imkânsızlığa ilişkin BGB § 306 hükmünde sözleşmede kararlaştırılan edimin imkânsız olması halinde sözleşmenin geçersiz olacağı belirlenmişti<sup>27</sup>. Sonraki imkânsızlık ise BGB § 275'te borç ilişkisinin kurulmasından sonra gerçekleşen ve borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen olaylar sonucunda edimin imkânsız hale gelmesi durumunda borçlunun edim yükümlülüğünün sona ereceği düzenlenmekteydi.

Alman hukukunda borçlar hukukuna ilişkin yapılan 2002 tarihli reformla Alman Medeni Kanunu'nda başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlığa ilişkin ayrım

<sup>25</sup> Borçlunun sorumlu olduğu ve olmadığı ifa imkânsızlığı hakkında bkz. NOMER, n. 182 vd.

<sup>26</sup> Almanya'da borçlar hukukunun reformuna yönelik kanun "Schuldrechtsmodernisierungsgesetz" 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>27</sup> Bkz. LARENZ, s. 97 vd.

kaldırılmış ve imkânsızlık konusu tek maddede (BGB § 275) düzenlenmiştir. Hükümde imkânsızlık çeşitleri BGB § 275 (1)'de gerçek imkânsızlık, BGB § 275 (2)'de fiili imkânsızlık, BGB § 275 (3)'te kişisel ifa güçlüğü olarak sıralanmış ve hükmün son fıkrasında ise imkânsızlığın hukuki sonucuna ilişkin Alman Medeni Kanunu'nun diğer maddelerine (BGB § 280, 283-285, 311a, 326) atıf yapılmıştır. Böylece Alman Medeni Kanunu'nda başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ayrımı kaldırılmış, imkânsızlık çeşitleri BGB § 275 hükmünde toplanmıştır<sup>28</sup>. Ancak hemen eklemek gerekir ki her ne kadar Alman Medeni Kanunu'nda imkânsızlık türleri konusunda bu yöndeki ayrım ortadan kaldırılmış olsa da, imkânsızlık türlerinin hukuki sonuçları bakımından karşımıza farklı sonuçlar çıkabilmektedir<sup>29</sup>.

Çalışmamızı ilgilendiren ve Alman Federal Mahkemesi kararına konu olan imkânsızlık türü BGB § 275 hükmünün ilk fıkrasında yer almaktadır. BGB § 275 (1)'de edimin borçlu için veya herkes için imkânsız olması halinde edime ilişkin talep hakkının ortadan kalkacağı düzenlenmiştir. Alman hukukunda söz konusu imkânsızlık türü “gerçek imkânsızlık” (echte Unmöglichkeit) olarak nitelendirilir<sup>30</sup>. 2002 tarihli reformdan önceki dönemde yer alan objektif-subjektif imkânsızlık,

---

<sup>28</sup> **Bamberger/Roth Kommentar**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: §§ 1-480, 3. Auflage, C. H. Beck Verlag, UNBERATH, § 275, N. 20, (Bamberger/Roth Kommentar, işleyen yazar); **MEDICUS, Dieter/LORENZ, Stephan**, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 20. Auflage, C. H. Beck, München 2012, N. 416, **BROX, Hans/WALKER, Wolf Dietrich**, Allgemeines Schuldrecht, 42. Auflage, C. H. Beck, § 22, N. 4 vd.; **ERGÜNE, M. Serkan**, “Reform Sonrası Alman Medeni Kanunu'nda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları”, İÜHFMD, C. LXII, S.1-2, 2004, (s. 351-380), s. 352.

<sup>29</sup> Bkz. aşağıda I/B/2.

<sup>30</sup> **MEDICUS/LORENZ**, N. 413; **LOOSCHELDERS, Dirk**, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 15. Auflage, Vahlen Verlag, N. 416.

başlangıçtaki-sonraki imkânsızlık ve borçlunun sorumlu olduğu-sorumlu olmadığı imkânsızlık ayrımları günümüzde BGB § 275 (1) kapsamında değerlendirilir<sup>31</sup>.

Edimin teorik olarak yerine getirilememesi BGB § 275 (1)'in uygulanması için yeterlidir<sup>32</sup>. Dolayısıyla para borcu için BGB § 275 (1) uygulanamaz, ancak bu hükmün uygulanması (somut olayın niteliğine göre) cins borcu ve parça borcu için mümkündür<sup>33</sup>. Ayrıca edimin yerine getirilememesi geçici nitelikteyse Alman hukukunda borçlu temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>34</sup>. Bu sebeple BGB § 275 (1) hükmünün uygulanabilmesi için imkânsızlığın sürekli nitelikte olması gerekir<sup>35</sup>.

Gerçek imkânsızlık teknik olarak edimin yerine getirilememesi anlamını taşır ve bu imkânsızlığın hem fiziki hem de hukuki imkânsızlığı kapsadığı kabul

---

<sup>31</sup> **BT-Drs. 14/6040, 128; Palandt Kommentar**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 77. Auflage, C. H. Beck Verlag, 2018, **GRÜNEBERG**, § 275, N. 4 vd., (Palandt Komm/işleyen yazar); **Münchener Kommentar**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB §§ 241-432, Band 2: Schuldrecht - Allgemeiner Teil, 7. Auflage, C. H. Beck Verlag, **ERNST**, § 275, N. 6 vd., (Münchener Komm/işleyen yazar)

; **Bamberger/Roth Komm/Unberath**, § 275, N. 19; **MEDICUS/LORENZ**, N. 413 vd.; **BROX/WALKER**, § 22, N. 4 vd.; **SEROZAN, Rona**, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Bilimsel Yenilikler)”, **İÜHFMD. 2000, C.LVIII, S.1-2, (s. 231-248)**, (SEROZAN, Makale), s. 240; **TOPUZ/CANBOLAT**, s. 690.

<sup>32</sup> **BROX/WALKER**, § 22, N. 3.

<sup>33</sup> **LOOSCHELDERS**, N. 423. Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Staudinger Kommentar**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 255-304, Buch 2, Leistungsstörungenrecht 1, 2014, **CASPERS**, § 275, N. 20 vd., (Staudinger Komm/işleyen yazar); **Münchener Komm/Ernst**, § 275, N. 13; **Erman Kommentar**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 15. Auflage, Otto Schmidt Verlag, 2017, **WESTERMANN**, § 275, N. 3, (Erman Komm/işleyen yazar).

<sup>34</sup> **LOOSCHELDERS**, N. 430.

<sup>35</sup> Geçici-sürekli imkânsızlık ayrımı hakkında bilgi için bkz. **Staudinger Komm/Caspers**, § 275, N. 48 vd.; **İNCE, Nurten**, “Alman Hukukunda İfa İmkânsızlığı ile İşlem Temelinin Bozulması Arasındaki İlişki”, **LHD - C: 14/S: 165/Yıl: 2016 (s. 4846-4906)**, s. 4848.

edilir<sup>36</sup>. Fiziki imkânsızlık esasen sözleşme konusu edimin tabiat kanunlarına (Naturgesetzen) veya bilim ve tekniğe göre hiçbir şekilde yerine getirilememesidir<sup>37</sup>. Fiziki imkânsızlık tipik olarak sözleşme konusunun artık mevcut olmadığı hallerde söz konusudur. Örneğin sözleşme konusu tablonun yanması, yok olması, çalınması, bozulması fiziki imkânsızlığa tekabül eder. Aynı şekilde örnek olarak doğüstü güç kullanımının taahhüt edildiği veya batıl inançların konu edildiği sözleşmelerde kural olarak fiziki imkânsızlığın bulunduğu kabul edilir<sup>38</sup>. Buna karşılık hukuki imkânsızlık, edimin en azından borçlu için yasak olduğu durumda veya edimin hukuki nedenlerle imkânsız olup, ifa edilememesi halinde ortaya çıkar<sup>39</sup>. Örneğin borçlanılan edimin üzerinde borçlunun tasarruf yetkisinin olmaması, satım konusu malın ithalatının yasaklanması gibi haller hukuki imkânsızlık teşkil eder. BGB § 275 (1)'in uygulanabilmesi için gerçek imkânsızlığın objektif veya subjektif nitelikte olması fark yaratmaz<sup>40</sup>. Keza imkânsızlığın borçlunun kusuruyla ortaya çıkıp çıkmaması da imkânsızlığın BGB § 275 (1) çerçevesinde ele alınmasını

---

<sup>36</sup> Edim teknik olarak yerine getirilebiliyor fakat borçludan edimi ifa etmesini beklemek hakkaniyete aykırılık teşkil ediyorsa BGB § 275 (2), (3) veya BGB § 313 hükümlerinin uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. **İnce**, 4848. Edim teorik olarak yerine getirilebilir haldeyse BGB § 275 (1) uygulanmaz, ancak bu durumda BGB § 275 (2), (3)'ün uygulanması gündeme gelebilir. **BROX/WALKER**, § 22, N. 3.

<sup>37</sup> **Staudinger Komm/Caspers**, § 275, N. 12; **MEDICUS/LORENZ**, N. 413; **LOOSCHELDERS**, N. 417. Bazı yazarlar bu tanımlı doğrudan objektif imkânsızlığın açıklaması için kullanmaktadır. Bkz. **BROX/WALKER**, § 22, N. 3; **BARTELS, Florian**, "Ein Blick in die Zukunft und der Blick ins Gesetz: Der BGH und die Hellseherei", *ZJS* 2/2011, (s. 106-111), s. 106. Unberath ise tanımda yer alan imkânsızlığı objektif imkânsızlığın alt dalı olarak kabul etmekte ve bunu tabiat kanunları uyarınca imkânsızlık olarak nitelendirmektedir. **Bamberger/Roth Komm/Unberath**, § 275, N. 22.

<sup>38</sup> **MEDICUS/LORENZ**, N. 414; **LOOSCHELDERS**, N. 417.

<sup>39</sup> **Palandt Komm/Grüneberg**, § 275, N. 16; **Bamberger/Roth Komm/Unberath**, § 275, N. 25; **MEDICUS/LORENZ**, N. 415. Sözleşmenin hukuka veya ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz olması halinde ise BGB § 275 (1) uygulama alanı bulamaz. Bu durumda sözleşmenin geçersizliğine ilişkin sonuçlar uygulanır. **LOOSCHELDERS**, N. 422.

<sup>40</sup> **Münchener Komm/Ernst**, § 275, N. 7; **Bamberger/Roth Komm/Unberath**, § 275, N. 8, **MEDICUS/LORENZ**, N. 417 **LOOSCHELDERS**, N. 425.

değiştirmeyecektir. Örneğin satım konusu malı borçlunun kasıtlı olarak yok etmesi halinde yine BGB § 275 (1) çerçevesinde imkânsızlık meydana gelecektir<sup>41</sup>.

BGB § 275 (1) uyarınca edimin yerine getirilememesi kavramı ile kabul edilen esasen edim fiili (Leistungshandlung) değil, edim sonucu (Leistungserfolg) olduğundan “amacın çökmesi veya amaca ulaşılması” hallerinde de imkânsızlık meydana gelir<sup>42</sup>. Örneğin; hastanın doktor gelmeden iyileşmesi amaca ulaşılması, hastanın doktor gelmeden ölmesi ise amacın çökmesi nedeniyle edimin imkânsızlığına yol açar.

Burada önem arz eden husus Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak, yukarıda sayılan örneklerdeki imkânsızlığın sözleşmenin kurulmasından önce veya sonra meydana gelmiş olmasına ilişkin Alman Medeni Kanunu’nda nitelik farkının bulunmaması ve sözleşmenin başlangıcında var olan imkânsızlığın sözleşmenin geçersizliğine yol açmamasıdır. Alman Medeni Kanunu’nda 2002 yılında yapılan reformdan önce başlangıçtaki objektif imkânsızlığın (BGB § 306) Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi bir geçersizlik sebebi olduğuna değinmiştik. Reformdan sonra imkânsızlık çeşitlerinin BGB § 275 hükmünde düzenlenmesiyle birlikte artık başlangıçtaki imkânsızlık geçersizlik nedeni olmaktan çıkarılmış ve Alman Medeni Kanunu’nda başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık bakımından kural olarak aynı hüküm uygulanmaya başlamıştır<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> BROX/WALKER, § 22, N. 15. Ancak imkânsızlıktan borçlunun sorumlu olmaması tazminat bakımından farklı sonuçlar doğuracaktır. Bkz. Bkz. aşağıda I/B/2.

<sup>42</sup> MEDICUS/LORENZ, N. 414; LOOSCHELDERS, N. 418; TOPUZ/CANBOLAT, s. 691. Burada amaç ile ifade edilmek istenen, edim alacaklısının edimin ifasından beklediği asıl amaçtır. İNCE, s. 4849.

<sup>43</sup> Reformdan önce BGB § 306’da düzenlenen başlangıçtaki objektif imkânsızlık sözleşmenin geçersiz olmasına neden olmaktadır ve geçersizliği bilen ya da bilmesi gereken taraf diğer tarafın sözleşmeyen güvenden kaynaklanan olumsuz zararını tazmin etmek zorundaydı. Reformdan önce yürürlükte olan BGB § 306 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. LARENZ, s. 97 vd. Oysa günümüzde BGB § 311a (1)’in açık düzenlemesi karşısında başlangıçtaki objektif imkânsızlığın bulunduğu sözleşmeler geçersiz kabul edilemez. BROX/WALKER, § 22, N. 11; LOOSCHELDERS, N. 625-626.

## 2. Alman Hukukunda Başlangıçtaki İmkânsızlığın Hukuki Sonuçları

BGB § 275 (1) uyarınca gerçek imkânsızlığın mevcut olması halinde ortaya çıkacak hukuki sonuç borçlanılan asli edimi talep hakkının ortadan kalkmasıdır<sup>44</sup>. Başka bir ifadeyle sözleşmenin gerçek imkânsızlığı halinde borçlu asli edim yükümlülüğünden kendiliğinden (ipso iure) kurtulur<sup>45</sup>. Alacaklının edimi talep hakkı kendiliğinden ortadan kalktığından borçlu bunu davada itiraz olarak ileri sürecektir<sup>46</sup>. Bu halde borçlunun kural olarak edimin ifasının imkânsız olduğunu alacaklıya bildirme yükümlülüğü bulunmasa da dürüstlük kuralı uyarınca borçlunun bu hususu alacaklıya bildirmeye ilişkin yan edim yükümlülüğü doğabilir. Dürüstlük kuralı uyarınca borçlunun böyle bir yan edim yükümlülüğü doğmaktaysa ve borçlu bunu yerine getirmemişse BGB § 280 (1) uyarınca tazminat ödeme yükümlülüğünün doğacağı kabul edilir<sup>47</sup>.

İmkânsızlığın hukuki sonucunu düzenleyen BGB § 275 (4) uyarınca alacaklının karşı edimi yerine getirme yükümlülüğünden kurtulup kurtulamayacağı ise BGB § 326'ya göre belirlenir. BGB § 326 (1), 1 uyarınca borçlu imkânsızlık halinde (BGB § 275'te düzenlenen tüm imkânsızlık çeşitlerinde) karşı edimi talep etme hakkını da kaybeder<sup>48</sup>. Bu halde kural olarak imkânsızlıktan borçlunun sorumlu olup

---

<sup>44</sup> BGB § 275 (2) fiili imkânsızlık ve BGB § 275 (3) kişisel ifa güçlüğü nedeniyle oluşan imkânsızlıkta da borçlu kural olarak asli edim yükümlülüğünden kurtulur. Bu hallerde meydana gelen hukuki sonuçlar için bkz. TOPUZ/CANBOLAT, s. 702 vd.

<sup>45</sup> Eğer borçlu edimin imkânsız olmasından önce temerrüde düşmüşse artık edimin teknik anlamda ifası imkânsız olduğundan borçlu temerrüdü de son bulur. *Münchener Komm/Ernst*, § 275, N. 68; İNCE, s. 4849.

<sup>46</sup> *Palandt Komm/Grüneberg*, § 275, N. 31; *MEDICUS/LORENZ*, N. 427; *BECKER*, 27.

<sup>47</sup> *Münchener Komm/Ernst*, § 275, N. 68; İNCE, s. 4849.

<sup>48</sup> İmkânsızlık halinde eğer ifa kısmen gerçekleşmişse (kısmi imkânsızlık) bu durumda BGB § 326 (1) uyarınca ayıplı ifade semenin indirilmesini düzenleyen BGB § 441 (3) uygulama alanı bulur. Buna göre kısmi imkânsızlık halinde karşı edim, ayıplı ifade olduğu gibi indirime tabi tutulur ve alacaklı da sadece

olmaması yahut imkânsızlığın objektif veya subjektif nitelikte olması önem teşkil etmez<sup>49</sup>. Dolayısıyla alacaklı da imkânsızlık halinde karşı edim yükümlülüğünden kurtulur. Böylece karşı edim hasarını kural olarak borçlu taşır<sup>50</sup>. Eğer alacaklı karşı edimi ifa etmişse BGB § 326 (4) uyarınca sözleşmeden dönmeye ilişkin BGB § 346 vd. hükümlerine göre borçludan edimin iadesi talebinde bulunabilir<sup>51</sup>.

Borçlunun imkânsızlık halinde asli edim yükümlülüğünden ve bunun karşılığında alacaklının da karşı edim yükümlülüğünden kurtulması esasen tarafların birincil nitelikteki yükümlülüklerine ilişkin sonuçlardır. Bir de tarafların somut olayın şartlarına göre “borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık” halinde ikincil nitelikte yükümlülüklerine (tazminat talebi) ve yan borçlara ilişkin ayrıca sonuçlar doğabilir ve bu sonuçlar başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık bakımından farklılıklar içerir<sup>52</sup>. Buna göre başlangıçtaki imkânsızlığa ilişkin BGB § 311a (2) uyarınca alacaklı seçimine göre belirli koşullar altında ifa yerine tazminat<sup>53</sup> veya BGB § 284’e göre boşuna yapılmış harcamaların tazmini talebinde bulunabilecektir. Alacaklı, eğer

---

kısmen imkânsızlaşan kısım için tazminat talep eder. Kısmi imkânsızlık hakkında bkz. **BROX/WALKER**, § 22, N. 33; **ERGÜNE**, s. 362, 371; **TOPUZ/CANBOLAT**, s. 703 vd orada dn. 119.

<sup>49</sup> **BROX/WALKER**, § 22, N. 32; **LOOSCHELDERS**, N. 443 .

<sup>50</sup> **Palandt Komm/Grüneberg**, § 326, N. 1-2; **Staudinger Komm/Caspers**, § 275, N. 2. Oysa BGB § 326 (2) uyarınca ifa imkânsızlığından alacaklının tek başına veya ağırlıklı olarak sorumlu olduğu veya imkânsızlığın alacaklının temerrüdü zamanında borçlunun sorumlu tutulmadığı bir nedenden kaynaklandığı hallerde borçlunun karşı edimi talep hakkı devam eder. Bu durumda karşı edim hasarını alacaklı taşır. **MEDICUS/LORENZ**, N. 436-437. Bununla birlikte borçlu, eğer sözleşmeye uygun şekilde edimini ifa etmemişse ve BGB § 275 uyarınca kılık değiştirmiş ifayı (Nacherfüllung) yerine getirmek zorunda değilse karşı edimi talep hakkı devam eder (BGB § 326 (1), 2). “Nacherfüllung” terimi ise Türk hukukundaki ayıplı ifa halinde alacaklının malın onarımı veya yenisiyle değiştirme hakkını kapsar. **ERGÜNE**, s. 375.

<sup>51</sup> **MEDICUS/LORENZ**, N. 451 vd.; **BROX/WALKER**, § 22, N. 48; **TOPUZ/CANBOLAT**, 703.

<sup>52</sup> **MEDICUS/LORENZ**, N. 427, 428; 452 vd.; **BROX/WALKER**, § 22, N. 11; **LOOSCHELDERS**, N. 613 vd.; **ERGÜNE**, s. 368.

<sup>53</sup> Alacaklı başlangıçtaki imkânsızlık halinde BGB § 311a (2) uyarınca olumlu zararının tazminini talep eder. **Palandt Komm/Grüneberg**, § 311a, N. 7; **ERGÜNE**, s. 369.



ortada geçerli bir sözleşme mevcutsa (örneğin şekle aykırılık, emredici hükümlere aykırılık gibi nedenlerle sözleşme geçersiz değilse), başlangıçta oluşmuş imkânsızlık varsa ve bundan dolayı borçlu BGB § 275 uyarınca asli edimi yerine getirmek mecburiyetinde değilse ve son olarak borçlu da başlangıçtaki imkânsızlığı bilerek sözleşmeyi yaptıysa (veya bilmesede bilmemesinden dolayı sorumlu tutulabiliyorsa) BGB § 311a (2) uyarınca tazminat talep edebilecektir<sup>54</sup>. Alacaklının talep edebileceği bu tazminat, culpa in contrahendo ilkesinin (sözleşme öncesi aydınlatma, bilgi verme yükümlülüğü bakımından) BGB § 311a (2)'de vücut bulmuş halidir<sup>55</sup>. Alacaklı başlangıçtaki imkânsızlık halinde tazminat talebi yerine eğer koşulları mevcutsa, BGB § 284 uyarınca borcun ifasına güvenerek yaptığı ve boşa giden masrafının karşılanmasını da talep edebilir<sup>56</sup>. Bu hükme göre alacaklı, ifa imkânsızlığı halinde ifanın gerçekleşeceğine güvenerek, hakkaniyete uygun şekilde yapmış olduğu masrafın tazminini isteyebilir. Ancak bunun için alacaklının ifanın gerçekleşeceğine güvenerek yaptığı masrafın, sözleşmenin amacına ulaşmaması ile borçlunun imkânsızlığa sebep olan davranışları arasında illiyet bağı olmalı ve bu bağlamda borçlu imkânsızlıktan dolayı sorumlu tutulabilmelidir<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> MEDICUS/LORENZ, N. 452; BROX/WALKER, § 22, N. 64 vd.; ERGÜNE, s. 369; TOPUZ/CANBOLAT, s. 706.

<sup>55</sup> Palandt Komm/Grüneberg, § 311a, N. 14, ERGÜNE, s. 368; TOPUZ/CANBOLAT, s. 710-711.

<sup>56</sup> MEDICUS/LORENZ, N. 452; BROX/WALKER, § 22, N. 74; LOOSCHELDERS, N. 637. BGB § 311a (2) hükmünde ayrıca belitilmese de alacaklı kaim değerlerin de kendisine devredilmesini talep edebilir (BGB § 285). Palandt Komm/Grüneberg, § 311a, N. 13; ERGÜNE, s. 369 ve orada dn. 52. Ancak bu halde alacaklının da karşı edim yükümlülüğünün devam eder ve bu nedenle de alacaklının, kaim değerlerin kendisine devredilmesini istemesi, ayrıca tazminat talebinde bulunmasına engel olmaz. Ancak talep edilecek tazminat miktarı, elde edilecek kaim değerlere göre belirlenir. SEROZAN, Makale, s. 241. BGB § 285 BGB hükmü uyarınca kaim değerlerin talep edilmesi diğer tazminat taleplerinden farklı olarak imkânsızlıktan dolayı borçlunun sorumlu olmasını gerektirmez. TOPUZ/CANBOLAT, s. 707.

<sup>57</sup> Palandt Komm/Grüneberg, § 284, N. 4 vd.; Erman Komm/Westermann, § 284, N. 4 vd.; MEDICUS/LORENZ, N. 455 vd.

## II. ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ'NE KONU OLAN OLAYIN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. Genel Olarak

Alman Federal Mahkemesi'nin 2011 tarihli kararına konu olan olayda serbest meslek erbabı bir kimse doğüstü güç kullanmak suretiyle geleceği gördüğünü iddia ederek, internet üzerinden yaşam danışmanlığı (yaşam koçluğu) adı altında müşterisine kart kullanarak fal bakma taahhüdüde bulunmuş ve bu suretle müşterisine fal bakarak hem özel hem de mesleki yaşamına ilişkin danışmanlık hizmeti sunmuştur. Müşteri, bu hizmet karşılığında 2008 yılında 35.000 Euro'dan fazla ödemedeki bulunmuş; fakat 2009 yılında söz konusu hizmete karşılık anlaşılan 6.700 Euro civarındaki ücreti ödemiş ve yaşam danışmanlığı altında hizmet veren taraf bunu mahkemeye taşımıştır.

Dava sonucunda Federal Mahkeme doğüstü güçlerin kullanımı yoluyla yapıldığı iddia edilen bu yaşam danışmanlığının niteliğinin bir hizmet sözleşmesine dayandığını, bu sözleşmede taahhüt edilen edimin objektif imkânsızlık teşkil ettiğini; ancak buna rağmen BGB § 326 (1)'in (borçlunun karşı edimi talep edemeyeceğine ilişkin hükmün) uygulanamayacağını; çünkü tarafların sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde söz konusu hükmün uygulanmasından zımnen vazgeçtiğine karar vermiştir. Fakat Federal Mahkeme, İstinaf Mahkemesi'nin bu sözleşmenin alacaklının sözleşmeyi yaparken içinde bulunduğu koşullar sebebiyle BGB § 138 uyarınca (ahlâka aykırılık ve aşırı yararlanma) geçersiz olup olmadığını ayrıca değerlendirmesi gerektiğini de karara eklemiştir.

### B. Alman Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Alman hukukundaki BGB § 275 (1) uyarınca imkânsızlığın bulunduğu hallerde borçlunun asli edim yükümlülüğünden kurtulması ve karşılıklı sözleşmelerde alacaklının da karşı edim yükümlülüğünün son bulmasına yönelik

hükümlere (BGB § 326 (1), 1) rağmen Federal Mahkeme'nin bu hükmün uygulanmasından zımnen vazgeçilmiş olduğuna yönelik kararı doktrinde de tartışmalara neden olmuştur<sup>58</sup>.

Olayda Alman hukukundaki düzenlemeler nedeniyle BGB § 611 uyarınca bir hizmet sözleşmesinin mevcut olduğu kabul edilir<sup>59</sup>. Nitekim doğüstü güç kullandığını iddia ederek, fal bakıp yaşam danışmanlığı hizmeti veren taraf sonuca yönelik taahhütte bulunmamıştır. Bu sözleşme uyarınca sözleşme konusunun BGB § 275 (1) uyarınca objektif imkânsız olduğu (aynı zamanda gerçek imkânsızlık) hususunda tereddüt bulunmamalıdır. Zira edimin tabiat kanunlarına veya bilim ve teknik kuralları uyarınca hiçbir şekilde (borçlu veya herhangi biri tarafından) yerine getirilemeyeceği açıktır<sup>60</sup>. Ancak eklemek gerekir ki Alman hukukunda eğer sözleşmenin yorumundan bu edimin eğer bir eğlence yeri, panayır, fuar gibi alanlarda eğlence maksadıyla ücretsiz veya sembolik bir ücret karşılığında taahhüt edildiği anlaşılıyorsa, sözleşmede objektif imkânsızlığın bulunmadığı kabul edilir<sup>61</sup>. Böyle bir halde sözleşmede imkânsızlık bulunmadığından taraflar kural olarak edimlerin ifasını yerine getirmekle yükümlü olacaklardır<sup>62</sup>. Bu bağlamda Alman

---

<sup>58</sup> Bu karara ilişkin eleştiriler hakkında bkz. BECKER, S. 31 vd.

<sup>59</sup> FAUST, s. 359; LOOSCHELDERS, N. 417.

<sup>60</sup> Staudinger Komm/ Caspers, § 275, N. 13; Münchener Komm/Ernst, § 275, N. 36; MEDICUS/LORENZ, N. 414; LOOSCHELDERS, N. 417.

<sup>61</sup> Staudinger Komm/ Caspers, § 275, N. 13; Münchener Komm/Ernst, § 275, N. 36; BROX/WALKER, § 22, N. 5. Bu konuda Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH NJW 2011, 756, N. 11. Keza eğlence maksadıyla bu edimin televizyon programları veya internet uygulamalarıyla taahhüt edilmesi halinde de ortada imkânsızlığın bulunmadığı yönünde bkz. BARTELS, s. 107-108. Yazar bu halde ortada sonuca yönelik taahhüt bulunduğundan, bu tür sözleşmeleri eser sözleşmesi (BGB § 631) niteliğinde kabul etmektedir.

<sup>62</sup> Ayrıca taraflardan birinin diğerine sadece yaşam danışmanlığı adı altında tavsiye niteliğinde danışmanlık hizmeti vermesi de imkânsızlık kapsamında değerlendirilmez. FAUST, s. 360.

hukukunda 2002 tarihli reform ile birlikte başlangıçtaki objektif imkânsızlığın sözleşmenin geçerliğini etkilemediğini tekrar belirtmek gerekir.

Alman hukukunda mevcut olan imkânsızlık hükümlerine göre edimin imkânsızlığı halinde borçlu edim yükümlülüğünden kurtulduğu gibi, BGB § 326 (1), 1 uyarınca alacaklının da karşı edimi kural olarak yerine getirme yükümlülüğü bulunmaz. Ancak Federal Mahkeme söz konusu olayda tarafların BGB § 326 (1), 1 hükmünün uygulanmasından tarafların zımnen vazgeçtiğine karar vermiş ve bu nedenle Federal Mahkeme'nin bu uygulaması doktrinde "karşı edimin ifası gereken, bilinçli objektif imkânsızlık" (bewusst objektiv unmöglichen, aber zu entgeltenden Leistung) teriminin icat edildiği eleştirilerine neden olmuştur<sup>63</sup>. Belirtmek gerekir ki öncelikle Alman hukukunda genel görüş uyarınca BGB § 326 (1), 1 hükmünün emredici nitelikte olmadığı kabul edilir. Dolayısıyla taraflar açık veya zımni olarak bu hükmün aksine anlaşma yapabilirler<sup>64</sup>. Bununla birlikte edimin niteliği ve somut olayın özellikleri dikkate alındığında sözleşmesel riziko paylaşımına göre alacaklının ifa engeline yönelik tehlikeyi açıkça veya zımni olarak üstlendiği de kabul edilebilir<sup>65</sup>. Gerçekten karara konu olayda da alacaklı, doğüstü güç kullanımı vaadiyle yerine getirileceği taahhüt edilen edimin imkânsız olduğunun bilincinde olup, ayrıca bu surette aldığı hizmetin karşılığını da uzun süre ifa etmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin yorumu sonucunda tarafların bu sözleşmede kararlaştırılan asli edimin imkânsız olduğunu bildikleri ve alacaklının da bu nedenle borçlunun taahhüt ettiği

---

<sup>63</sup> BARTELS, s. 106.

<sup>64</sup> Palandt *Komm*/Grüneberg, § 326, N. 6; *Bamberger/Roth Komm*, Grothe, § 326, N. 12; *MEDICUS/LORENZ*, N. 438a; *LOOSCHELDERS*, N. 417. Türk hukukunda aynı önde bkz. *ERGÜNE*, s. 372 ve orada dn. 61. Tartışmalar için ayrıca bkz. *Münchener Komm*/Ernst, § 326, N. 115 vd.; *BARTELS*, s. 107.

<sup>65</sup> *BGH NJW* 2011, 756, N. 16. Kararda her iki tarafın da bilinçli olarak bilimsel güvence altına alınmış bilgi zeminini terk ettikleri için alacaklının sözleşmesel riski üstlendiği belirtilmektedir. Eleştiriler için bkz. *BARTELS*, s. 107. Burada esasen alacaklının BGB § 326 (2), 1 uyarınca imkânsızlık riskini üstlendiği (alacaklının sorumluluğu) ve bu sebeple borçlunun karşı edimi talep hakkının devam ettiği yönünde bkz. *FAUST*, s. 360.

doğüstü güç kullanmak suretiyle fal bakıp, yaşam danışmanlığı hizmeti sunmaya yönelik taahhüdünün akla, bilime uygun olmadığını farkında bulunduğu ve bu sebeple BGB § 326 (1), 1 hükmünün uygulanmasından vazgeçildiği sonucuna ulaşılır<sup>66</sup>.

Sözleşmede Alman hukukunda BGB § 138 hükmünde düzenlenen ahlâka aykırılık ve aşırı yararlanmanın bulunup bulunmadığı ayrıca değerlendirilebilir<sup>67</sup>. Nitekim Alman hukuku doktrininde davalı alacaklının sözleşmeyi yaparken özellikle psikolojik anlamda zor koşullar altında olduğu ve bu nedenle davacı borçlunun (karşı edim olarak belirlenen yüksek bedel bakımından) alacaklının bu durumundan yararlanmak suretiyle sözleşmeyi gerçekleştirip gerçekleştirmediği tartışılmıştır<sup>68</sup>. Bu tartışmanın önemi sözleşmede geçersizlik sebeplerinden birinin var olması halinde

---

<sup>66</sup> Burada ayrıca alacaklının BGB § 311a (2)'nin şartları gerçekleşmediğinden alacaklının ifa yerine tazminat talep etmesi kabul edilmez. Eğer BGB § 326 (1), 1'in uygulanmasından vazgeçilmediğine ve imkânsızlık sonucunda alacaklının da karşı edim yükümlülüğünden kurtulduğuna ilişkin bir karara varılsaydı dahi alacaklının BGB § 311a (2) uyarınca ifa yerine tazminat istemesi, tazminat ile taahhüdün yerine getirilmediği iddiası arasındaki nedensellik bağının bilimsel olarak ispatı zor olduğundan mümkün görülmez. Son olarak alacaklının BGB § 284 uyarınca ifanın gerçekleşeceğine güvenerek yaptığı ve boşa giden harcamaların tazminini istemesi de somut olayda alacaklının edimin anlamsız-absürt olmasından dolayı imkânsızlığını bilmesi gerektiğinden ifanın gerçekleşeceğine güvenerek harcama yaptığı söylenemez. Bu nedenle boşa yapılan harcamalar da talep edilemez. Ayrıntılı bilgi için LOOSCHELDERS, N. 627.

<sup>67</sup> Alman hukukunda BGB § 138 hükmünün ilk fıkrasında sözleşmenin ahlâka aykırılığı, ikinci fıkrasında ise sözleşmede aşırı yararlanma bulunması hallerinin hukuki sonucu düzenlenmiş ve her iki kurum da kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmuştur. Alman hukukunda aşırı yararlanma ahlâka aykırılığın özel görünümü olarak nitelendirilir ve genel görüş uyarınca sözleşmede aşırı yararlanmanın koşullarından biri gerçekleşmese dahi sözleşmenin ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz sayılması mümkün kabul edilir. Burada önem arz eden husus edimler arasında açık oransızlığın (objektif unsur) bulunduğu fakat aşırı yararlanmanın subjektif unsurunun gerçekleşmediği hallerde "aşırı yararlanma benzeri işlem" kavramı çerçevesinde sözleşmenin BGB § 138 (1) uyarınca geçersiz sayılabileceğidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Münchener Komm/Armbrüster*, BGB § 138, N. 141 vd.

<sup>68</sup> LOOSCHELDERS, N. 417; FAUST, s. 359 vd.; BARTELS, s. 108 vd.

imkânsızlık hükmüne (BGB § 275) başvurulamayacağı sebebine dayanmaktadır<sup>69</sup>. Belirtmek gerekir ki Alman Anayasası'nda yer alan (GG Art. 12) çalışma özgürlüğü prensibi nedeniyle falcılık (astroloji, kart falı vb.) faaliyeti kural olarak ahlâka aykırılık çerçevesinde değerlendirilmez<sup>70</sup>. Fakat fal bakan kimse eğer doğüstü güçlerini kullanmak suretiyle üçüncü kişiler üzerinde etki yapacağına ilişkin taahhütte bulunmuşsa ya da karşı tarafın inancı ve bulunduğu şartlar itibariyle ihtiyacından kaynaklı güvenini kötüye kullanmaktaysa, bu yönde yapılan sözleşmeler BGB § 138 uyarınca sözleşmenin geçersizliğine neden olabilir<sup>71</sup>. Bu durumda karara konu olan olayda BGB § 138 uyarınca geçersizliğin var olduğu kabul edilirse alacaklı edimini ifa etmek zorunda kalmaz ve ifa edilmişse de alacaklı edimini BGB § 812 (1), 1 uyarınca geri alır. Bu durumda ahlâka aykırı amacın gerçekleşmesi için ifa edilmiş edimin talep edilmesini önleyen BGB § 817 (2) hükmü karşılıklı ve sürekli edimli sözleşmelerde amaca uygun sınırlanır (teleolojik redüksiyon) ve alacaklının bu talebi önlenmez<sup>72</sup>.

### C. Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Alman Federal Mahkemesi'ne konu olan bu kararın Türk-İsviçre hukukunda değerlendirilmesi, hukukumuzda yürürlükte olan 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair

---

<sup>69</sup> BARTELS, s. 109.

<sup>70</sup> FAUST, s. 360. Ancak kanun koyucu batıl inanca yönelik taahhüt edilen edimlerin bulunduğu sözleşmeleri BGB § 138 anlamında geçersiz sözleşmelere örnek olarak göstermiştir. BT-Drs. 14/6040, 164.

<sup>71</sup> NJW-RR 1988, 1517. FAUST, s. 359-360; BARTELS, s. 110-111. Çalışmamıza konu olan somut olayda alacaklının, doğüstü güç kullanımı vaadiyle yerine getirileceği taahhüt edilen edimin imkânsız olduğunun bilincinde olup, ayrıca bu surette aldığı hizmetin karşılığını da uzun süre ifa etmiş olduğundan sözleşmede BGB § 138'in şartlarının oluşmasının mümkün olmadığı yönünde LOOSCHELDERS, N. 417.

<sup>72</sup> BARTELS, s. 110.

Kanun nedeniyle ayrıca ele alınmalıdır<sup>73</sup>. 677 sayılı Kanun'un 1. maddesinin ilk fıkrası uyarınca "Aleümmü tarikatlerle şehlik, dervişlik, müritlik, dedelik, seyitlik, çebebilik, babalık, emirlik, nakiplik, halifelik, falcılık, büyücülük, üfürükçülük ve gayıptan haber vermek ve murada kavuşturmak maksadıyla nüshacılık gibi unvan ve sıfatların istimaliyle bu unvan ve sıfatlara ait hizmet ifa ve kisve iktisası memnudur" hükmü düzenlenmiş ve devamında bu faaliyetlerde bulunanların cezai yaptırıma tutulacağı belirtilmiştir. Böylece Türk hukukunda falcılık, büyücülük veya gelecekte haber verme amacıyla verilen taahhütleri içeren sözleşmeler kural olarak öncelikle emredici hükümlere aykırılık teşkil edecektir<sup>74</sup>. 677 sayılı Kanun, Anayasa'nın 174. maddesinde Anayasa'ya aykırı olduğu yorumlanamayacak kanunlardan biri olarak sayıldığından Alman hukukunda olduğu gibi bu faaliyetlerin çalışma özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

Fakat uygulamaya bakıldığında çeşitli isimler altında gerek kahve, tarot, astroloji (burç yorumu) falları veya arzu edilen sonucun gerçekleştirilmesine ilişkin muskacılık gibi yöntemlerin kullanıldığı sözleşmelerle sıklıkla karşılaşıldığı ifade edilebilir. Hatta bu tür faaliyetler günümüzde televizyonda özel programlarla, gazetelerde köşe yazılarıyla veya cep telefonlarına ücret karşılığı veya ücretsiz indirilen uygulamalar vasıtasıyla dahi yapılmaktadır. O halde bu tür sözleşmelerin emredici hükümlere aykırılığının, eğer emredici hükümlere aykırılık kabul edilmiyorsa anlamsız-absürt edim içermesi nedeniyle imkânsızlığının ölçütü nedir?

---

<sup>73</sup> 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun 30.11.1925 tarihinde kabul edilmiş, 13.12.1925 tarih ve 243 sayılı Resmi Gazete' de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>74</sup> Emredici hükümlere aykırılık hem özel hukuk hem kamu hukukunda yer alan emredici hükümlere aykırılık hallerini kapsar. Ayrıntılı bilgi için bkz. **AKBULUT, Pakize Ezgi**, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 168.

Öncelikle Alman Federal Mahkemesi'ne konu olan olaydaki gibi yaşam danışmanlığı adı altında kart falı bakan ve müşterisine gelecekte haber vereceğini taahhüt eden kimsenin verdiği iddia ettiği hizmetin karşılığını almak için dava açabilmesi, 677 sayılı Kanun ile bu tür faaliyetleri yapan kimselerin cezai yaptırımı tabi tutulmuş olmaları nedeniyle çok mümkün görünmemektedir. Fakat buna karşılık müşterinin (alacaklının) sözleşmenin borçlu tarafından yerine getirilmediği gerekçesine dayanması yoluyla olayın hâkim önüne gelmesi söz konusu olabilir. Ayrıca konunun teorik açıdan incelenme gereği olduğu da açıktır. Türk-İsviçre hukukunda fal bakmaya yönelik faaliyetler eğer bir eğlence yeri, panayır, fuar gibi alanlarda eğlence maksadıyla ücretsiz veya cüzi bir ücret karşılığında taahhüt edilmişse bu yönde yapılan sözleşme, kanımızca Alman hukukunda da kabul edildiği gibi (Türk hukukunda emredici hükümlere aykırılık nedeniyle) geçersiz olmamalıdır<sup>75</sup>. Keza televizyon programları, internet uygulamaları vb. yollarla eğlence amacıyla yapılan falcılık faaliyetinin de aynı nedenlerle emredici hükümlere aykırılık (veya imkânsızlık) çerçevesinde sözleşmenin geçersizliğine yol açmadığı kabul edilebilir.

O halde öncelikle sözleşmenin geçersizliğinin tespiti için bu tür falcılık faaliyeti içeren sözleşmelerin yorumlanması gerekir. Eğer sözleşmeden falcılık faaliyetinin eğlence amacıyla, karşılıksız veya ( tarafların sosyal-ekonomik durumlarına göre) sembolik bir ücret karşılığında yapıldığı anlaşılabilirse bu

---

<sup>75</sup> Bu hususta Altunkaya şöyle bir ayrım yapmaktadır: Eğer bir kimse mantık veya parapsikolojik gücün kullanımı ile edimini yerine getirmeyi taahhüt etmişse bu halde sözleşmede başlangıçtaki objektif imkânsızlık bulunur ve sözleşme TBK m. 27/1 uyarınca geçersizdir. Buna karşılık bir kimsenin borcu hakkında bilgi alması veya el ya da kahve falına baktırması halinde, söz konusu edimleri içeren hizmet sözleşmesi geçerlidir. Çünkü borçlu talep edilen konuda bilgi vererek ifayı yerine getirir. ALTUNKAYA, s. 195. Yazının bu yönde yaptığı ayrımı yukarıda açıkladığımız doğrultusunda Türk hukukunda yer alan 677 sayılı Kanun'un 1. maddesi gereğince katılmamaktayız.



takdirde emredici hükümlere aykırılık oluşmadığı kabul edilebilir<sup>76</sup>. Dolayısıyla bir kimsenin eğlence amacıyla karşı tarafa burcu hakkında bilgi vermesi/yorum yapması, ona kahve veya kart falı bakması ya da tavsiyelerde bulunması sözleşmenin geçersizliğini doğurmaz. Taraflar arasındaki sözleşmenin geçerli şekilde kurulduğu kabul edilebilir. Fakat buna karşılık eğer fal bakan kimse bu sözleşme ile karşı tarafa hayatından, gelecekte haber vereceğini iddia edip, doğüstü gücünü kullanma iddiasıyla adeta bir yaşam danışmanlığı vazifesini üstlenmişse ve bunu bir geçim yolu olarak kullanmaktaysa o halde böyle bir sözleşmede Türk hukuku bakımından öncelikle emredici hükümlere aykırılık nedeniyle geçersizlik bulunur. Bu halde sözleşmenin konusunun aynı zamanda baştan objektif imkânsız olduğu ve bu nedenle geçersizlik nedenlerinin yarıştığı kabul edilebilse de, 677 sayılı Kanun'un Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyeti'nin laiklik niteliğini koruma amacını güden ve bu nedenle Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyen kanunlardan olması sebebiyle kanımızca Alman Federal Mahkemesi'ne konu olan olay bakımından emredici hükümlere aykırılık kurumuna öncelik verilmeli ve bu nedenle sözleşmenin 677 sayılı Kanun'un niteliği gereğince öncelikle emredici hükümlere aykırılık nedeniyle geçersizliği ele alınmalıdır.

İsviçre hukukunda ise falcılık faaliyetini yasaklayan genel bir düzenleme bulunmamaktadır. İsviçre hukuku doktrininde “doğüstü güç kullanılarak taahhüt

---

<sup>76</sup> Bu sonuca kanımızca 677 sayılı Kanun'un 1. maddesinin amacına göre dar yorumlanması sonucunda ulaşılabilir. Ceza hukukunda amaca göre daraltıcı yorum hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BAYTAZ, Abdullah Batuhan**, Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 271 vd. Yargıtay fikri sınai hakların tesciline ilişkin bir davada ticaret ünvanında yer alan “falcılık hizmetleri” ibaresinin iptaline karar vermemiştir “...*güvenlik hizmetleri, bakım hizmetleri, evlilik bürosu hizmetleri, tercüme hizmetleri, sanat alanında hizmetler, falcılık hizmetleri, cenaze hizmetleri, hukuki hizmetler, gazetecilik hizmetleri, özel mektup yazma hizmetleri, video kayıt hizmetleri, yangın söndürme hizmetleri, satış makinesi kiralama hizmetleri, örgü makinelerinin kiralanması hizmetleri*” hizmetleri dışında kalan tüm mal ve hizmetler bakımından kısmen iptaline”. Yarg. 11. HD., T. 29.12.2014, E. 2014/11310 K. 2014/20443 (Kazancı İçtihat Bankası)

edilen edimin yerine getirilmesi” başlangıçtaki objektif imkânsızlık hali için klasik örnek olarak gösterilir<sup>77</sup>. Zira doğaüstü güç kullanmak suretiyle taahhüt edilen bu edim kimse tarafından hiçbir şekilde yerine getirilemez. Dolayısıyla Türk hukuku doktrinindeki imkânsızlığa ilişkin tartışmalara benzer görüşler saklı kalmak üzere hakim görüş uyarınca bu tür edimler içeren sözleşmeler kesin hükümsüz olacaktır.

Alman Federal Mahkemesi kararına konu olan olay, Türk-İsviçre hukukları bakımından incelendiğinde öncelikle Türk hukuku bakımından şu sonuçlara ulaşılabilir:

Doğaüstü güç kullanımı iddiasıyla yaşam danışmanlığı adı altında borçlunun, karşı tarafa kart falı bakma yöntemiyle gelecekte haber vereceğini taahhüt etmesi ile yapılan sözleşme, öncelikle tarafların bunu eğlence amacı dışında gerçekleştirmesi ve ifa edileceği taahhüt edilen karşı edimin yüksek meblağ içermesi ve böylelikle borçlunun bu faaliyeti bir geçim kaynağı olarak kullanması nedeniyle, 677 sayılı Kanun’un 1. maddesi uyarınca emredici hükümlere aykırılık (TBK m. 27/1) içerir. Bu hüküm doğrudan kamu düzenini koruma amacı güttüğünden hüküm iki taraflı emredici hüküm sayılır ve hükümden taraflardan biri lehine ayrılması mümkün olamaz<sup>78</sup>. Emredici hükümlere aykırı yapılan sözleşme kesin hükümsüz olduğundan bu sözleşmede edim yükümlülüğü doğmaz. Sözleşmenin emredici hükümlere aykırı olması nedeniyle geçersizliği halinde de geçersiz sözleşmeye güvenerek zarara uğrayan tarafın culpa in contrahendo uyarınca olumsuz zararını talep edebilir; fakat zarar görenin de emredici hükümlere aykırılığı bilmesi TBK m.

<sup>77</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Band I, N.632 ve orada dn. 29; CHK, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen (Art. 1–183 OR), 3. Auflage, Schulthess Verlag, 2016, KUT, Art. 19/20, N. 33. (CHK/işleyen yazar). Ayrıca bkz. Berner Komm/Kramer, Art.19/20, N. 238; SCHWENZER, N. 63.03. Anılan son yazarlar bu tür edimlerin tabiat kanunlarına aykırılığı nedeniyle fiili (gerçek) imkânsız olduğunu belirtirler.

<sup>78</sup> Tek taraflı-iki taraflı emredici hüküm ayrımı hakkında bkz. AKBULUT, s. 202 vd.

52 uyarınca tazminatta indirim neden olur<sup>79</sup>. Eğer alacaklı edimini ifa etmişse bunu yerine göre sebepsiz zenginleşme veya istihkak davası hükümlerine göre geri ister. Eklemek gerekir ki emredici hükümlere aykırı kabul edilen bu sözleşmede alacaklının karşı edimi ifa ettiği hallerde TBK m. 81'de düzenlenen "hukuka veya ahlâka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi için verilen şeyin geri istenemeyeceği" hükmü uyarınca alacaklının sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanması engellenebilir<sup>80</sup>. Aynı hükmün devamı uyarınca buna yönelik açılan davada hâkim bu şeyin Devlete mal edilmesine karar verebileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle Türk hukuku bakımından karara konu olan olay çerçevesinde ortaya çıkacak temel farklılıklardan biri emredici hükümlere aykırılık teşkil eden sözleşmede ifa edilen karşı edimin TBK m. 81 uyarınca Devlete mal edilmesine yönelik hüküm kurulabileceğidir. Hâlbuki karara konu olan olayda Türk hukuku bakımından başlangıçtaki objektif imkânsızlık bulunduğu kabul edilirse TBK m. 81 hükmünün uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Bir an için 677 sayılı Kanun'un yürürlükte olmadığı düşünüldüğünde bu halde artık ortada baştan objektif imkânsız edim içeren bir sözleşmenin varlığı kabul edilebilir. Zira bir kimsenin bir diğerine fal bakarak ona yaşam danışmanlığı yapması, gelecekte bilgi vereceğini iddia etmesi akla ve bilime uygun olmayıp, bu anlamsız-absürt edim hiç kimse tarafından yerine getirilebilir nitelikte değildir. Bunun sonucunda başlangıçtaki objektif imkânsızlık sebebiyle yine sözleşme kesin hükümsüz olur ve sözleşmede kararlaştırılan edimlerin ifası kural olarak talep

---

<sup>79</sup> ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 230. Yazar bu halde "hukuku bilmemek mazeret değildir" ilkesinin olumsuz zarardan sorumluluğun tespitinde belirleyici bir rol oynamadığını ifade etmektedir.

<sup>80</sup> Bu hükmün (amaca uygun sınırlanması) teleolojik redüksiyonu hakkında bkz. SEROZAN, § 25, n. 13. Buna göre TBK 81 hükmü, ancak edimin iadesi talebini yasaklayıcı ve engelleyici geçersizlik hükmününün amacının bu edimin iadesini engellemeyi haklı gösterdiği hallerde uygulanabilecektir. Hukuka aykırılık halinde TBK 81'in uygulanması hakkında geniş bilgi için bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 230-231.

edilemez. Eğer alacaklı edimi ifa etmişse de sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri ister. Eğer borçlu edimin baştan imkânsız olduğunu bilerek sözleşmeyi kurmuşsa bu halde karşı tarafın culpa in contrahendoya dayanan olumsuz zararını tazmin etmekle yükümlü olur. Alman Federal Mahkemesi'ne konu olan olayın özellikleri incelendiğinde alacaklının da bu edimin imkânsız olduğunu bilmediği kabul edilemez. O halde eğer taraflara eşit kusur atfedilebiliyorsa veya en azından alacaklının da kusurunun bulunduğu kabul edilebiliyorsa kanımızca culpa in contrahendo uyarınca tazmin edilecek zarardan TBK m. 52 uyarınca indirim yapılması gerekir.

Bu konuda Türk-İsviçre hukuklarında imkânsızlık kurumu bakımından savunulan diğer görüşlere göre meydana gelecek sonuçlara da değinmek gerekir. TBK m. 27/I uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olması gereken imkânsızlık görüşü uyarınca Federal Mahkeme kararına konu olan olayda sözleşmenin mantık dışı (anlamsız-absürt) edim içerdiği kabul edilerek yine klasik imkânsızlık görüşü ile aynı hukuki sonuçlara ulaşılabileceği ifade edilebilir<sup>81</sup>. Buna karşılık başlangıçtaki objektif imkânsızlığa ifa imkânsızlığına ilişkin hükümlerin (TBK m. 112, m. 136) uygulanması gerektiği yönündeki görüş uyarınca<sup>82</sup> borçlunun bu sözleşmenin imkânsızlığından sorumlu olduğu kabul edilerek borca aykırılığa ilişkin TBK m. 112 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu halde kural olarak borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat edemedikçe alacaklının olumlu zararını karşılayacaktır. Fakat karara konu olan olay bakımından alacaklının da bu edimin imkânsızlığını bilebilecek durumda olması nedeniyle, esasen riski göze almış sayılarak yine olumlu zarar tazmininden TBK m. 52 uyarınca indirime gidilebilecektir<sup>83</sup>. Karşı edimin ifa edilip edilmeyeceği ise mübadele teorisi ve fark

---

<sup>81</sup> Mutlak imkânsızlığa ilişkin görüş için bkz yukarıda I/A/3.

<sup>82</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda I/A/3.

<sup>83</sup> SEROZAN, § 16, n. 6.

teorisine göre farklılık arz edecektir<sup>84</sup>. Mübadele teorisi uyarınca alacaklı karşı edimi yerine getirecek, edimler mübadele edilecektir<sup>85</sup>. Fark teorisi uyarınca borç ve alacaklar sona erecek ve zararın miktarı imkânsız hale gelen edim ile karşı edimin değeri arasındaki farka göre belirlenecektir.

Alman Federal Mahkemesi'ne konu olan olay İsviçre hukuku bakımından incelendiğinde öncelikle böyle bir sözleşmeden doğan edimin baştan objektif imkânsız olması nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğu kabul edilecektir. Buna ilişkin doğacak hukuki sonuçlar ise yukarıda Türk hukuku bakımından sözleşmenin başlangıçtaki objektif imkânsızlık nedeniyle geçersiz olması bakımından incelenen sonuçlar ile aynı olacaktır. Yine İsviçre hukuku doktrininde başlangıçtaki objektif imkânsızlığın sınırlandırılmasına veya bu imkânsızlığa sonraki imkânsızlık sonuçlarının uygulanması gerektiğine ilişkin görüşler çerçevesinde Türk hukukundaki eleştirilere paralel sonuçlara ulaşılabilecektir<sup>86</sup>. İsviçre Borçlar Kanunu 2020 tasarisında ise Alman Medeni Kanunu ile benzer nitelikte bir imkânsızlık rejimi öngörüldüğünden başlangıçtaki objektif imkânsızlık geçersizlik sebebi olmaktan çıkarılmış ve edimin baştan veya sonradan imkânsız hale gelmesi OR2020 Art. 118 vd. hükümlerine göre çözümlenmiştir<sup>87</sup>.

Böylece Alman Federal Mahkemesi'nin başlangıçtaki objektif imkânsız edimin taahhüt edildiği söz konusu olaya ilişkin verdiği kararda, Türk-İsviçre hukuku

---

<sup>84</sup> Alacaklının bu iki teoriden birini seçme hususunda seçimlik yetkisi bulunduğu yönünde bkz. SEROZAN, § 16, n. 12.

<sup>85</sup> Fark teorisi ve mübadele teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, n. 182 vd.

<sup>86</sup> Bu görüşler hakkında bkz. yukarıda I/A/3.

<sup>87</sup> 2020 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu tasarıncı incelendiğinde doktrinindeki görüşler (ve Alman hukuku ile CISG'teki imkânsızlık rejimi) dikkate alınarak başlangıçtaki objektif imkânsızlığın geçersizlik sebebi olmaktan çıkarıldığı görülmektedir. OR2020 tasarisında geçersizliğe ilişkin genel hükümde (Art. 30) sadece emredici hükümlere ve kamu düzenine aykırı sözleşmelerin (ihlal edilen hükmün amacı doğrultusunda) kesin hükümsüzlüğe yol açacağı düzenlenmiştir.

bakımından farklı sonuçlara ulaşılacaktır. Federal Mahkeme'nin fal bakmak suretiyle bir kimseye hayatı hakkında danışmanlık vereceğini taahhüt eden kişinin karşı edimi talep edebileceğine, çünkü ortada alacaklının edimin imkânsızlığına ilişkin riski bilerek sözleşmeyi gerçekleştirdiğine yönelik sonucu Türk-İsviçre hukukunda yürürlükte bulunan düzenlemeler bakımından mümkün görünmemektedir. Alacaklının bu edimin baştan objektif imkânsız olduğunu bilmesi halinde Türk-İsviçre hukukunda doğabilecek sonuç ancak culpa in contrahendo uyarınca talep edeceği olumsuz zararının tazmininde TBK m. 52 uyarınca indirim yapılabileceğidir.

### SONUÇ

Anlamsız-absürt edimli sözleşmeler, sözleşmedeki edimlerden birinin ifasının kural olarak tabiat kanunlarına, bilim ve teknik kurallarına aykırı (mantık dışı) olduğunun ortalama bir tüketici tarafından açıkça anlaşılabilirdiği sözleşmeler olarak tanımlanır ve falcılık, büyüçülük gibi doğüstü faaliyetler içeren taahhütler, TBK m. 27/I (OR Art. 20) uyarınca geçersizliğe yol açacak baştan objektif imkânsız edimlere örnek olarak verilir. Hâlbuki Türk hukukunda yer alan 677 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca bu faaliyetler yasaklanmış ve bu faaliyetler cezai yaptırma tabi tutulmuştur. Dolayısıyla Türk hukukunda bu yönde edim içeren sözleşmeler öncelikle TBK m. 27/I uyarınca emredici hükümlere aykırılık çerçevesinde ele alınmalıdır. Bu halde sözleşmenin konusunun aynı zamanda baştan objektif imkânsız olduğu kabul edilebilse de, 677 sayılı Kanun'un Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyeti'nin laiklik niteliğini koruma amacını güden ve bu nedenle Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyen kanunlardan olması sebebiyle kanımızca Alman Federal Mahkemesi'ne konu olan olay bakımından emredici hükümlere aykırılık kurumuna öncelik verilmeli ve bu nedenle sözleşmenin 677 sayılı Kanun'un niteliği gereğince öncelikle emredici hükümlere aykırılık nedeniyle geçersizliği ele alınmalıdır. Bunun en önemli sonucu TBK m. 81 hükmünün uygulama alanına ilişkin olacaktır.

İsviçre hukukunda, Türk hukukunda olduğu gibi bir genel yasaklayıcı düzenleme bulunmadığından doğüstü güç kullanma iddiasına yönelik bu tür edimler, başlangıçtaki objektif imkânsızlığa örnek kabul edilir. Bunun sonucunda başlangıçtaki objektif imkânsızlık sebebiyle (OR Art. 20) sözleşme kesin hükümsüz olur ve sözleşmede kararlaştırılan edimlerin ifası kural olarak talep edilemez. Borçlu edimin baştan imkânsız olduğunu bilerek sözleşmeyi kurduğu için karşı tarafın culpa in contrahendoya dayanan olumsuz zararını tazmin etmekle yükümlü olur, fakat alacaklının da kusuru bulunduğundan kanımızca culpa in contrahendo uyarınca tazmin edilecek zarardan TBK m. 52 (OR Art. 44) uyarınca indirim yapılması gerekir. İsviçre Borçlar Kanunu 2020 tasarısında ise Alman Medeni Kanunu ile benzer nitelikte bir imkânsızlık rejimi öngörüldüğünden başlangıçtaki objektif imkânsızlık geçersizlik sebebi olmaktan çıkarıldığını eklemek gerekir.

Bu halde Türk-İsviçre hukuku bakımından Alman Federal Mahkemesi'nin varmış olduğu sonuca yürürlükteki mevzuata göre ulaşılması güçtür. Alacaklının bu edimin baştan objektif imkânsız olduğunu bilmesi halinde Türk-İsviçre hukukunda doğabilecek sonuç; ancak culpa in contrahendo uyarınca talep edeceği olumsuz zararının tazmininde TBK m. 52 uyarınca indirim yapılabileceğidir. Bununla birlikte Türk hukuku bakımından sözleşmenin öncelikle emredici hükümlere aykırı olduğu kabul edilirse ifa edilmiş karşı edimin talebinde TBK m. 81 hükmünün uygulanması ihtimalinin bulunacağıdır.

Alman hukukunda ise 2002 yılında gerçekleşen borçlar hukuku reformundan sonra başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ayrımı kaldırılmış ve başlangıçtaki objektif imkânsızlık geçersizlik sebebi olmaktan çıkarılmıştır. Federal Mahkeme'nin çalışmamıza konu olan kararında doğüstü güç kullanarak yaşam danışmanlığı taahhüdü içeren borçlu edim yükümlülüğünden BGB § 275 (1) uyarınca kurtulacağı gibi, BGB § 326 (1), 1 uyarınca alacaklı da kural olarak karşı edim

yükümlülüğünden kurtulur. Ancak Federal Mahkeme'nin de belirttiği üzere BGB § 326 (1), 1 emredici nitelikte değildir ve taraflar hükmün aksine anlaşma yapabilirler. Karara konu olan olayda da edimin niteliği ve somut olayın özellikleri dikkate alındığında sözleşmesel riziko paylaşımına göre alacaklının ifa engeline yönelik tehlikeyi açıkça veya zımni olarak üstlendiği de kabul edilebilir. Bu nedenle alacaklının BGB § 326 (1), 1 hükmüne dayanması engellenebilir. Fakat bu durumda sözleşmenin ahlâka aykırı (BGB § 138) olup olmadığı ayrıca tartışılabilir.



## KAYNAKÇA

**AKBULUT, Pakize Ezgi**, Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama (Teleolojik Redüksiyon) Yöntemi ile Daraltılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

**ALTUNKAYA, Mehmet**, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2005.

**Bamberger/Roth Kommentar**: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 1: §§ 1-480, 3. Auflage, C. H. Beck Verlag (Bamberger/Roth Kommentar, işleyen yazar).

**BARTELS, Florian**, “Ein Blick in die Zukunft und der Blick ins Gesetz: Der BGH und die Hellseherei”, ZJS 2/2011, (s. 106-111).

**Basler Kommentar**, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage, (hrsg. von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand), Basel 2015 (Basler Komm/ işleyen yazar).

**BAŞOĞLU, Başak**, “Sözleşmenin Konusundaki İmkânsızlık”, Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş’a Armağan, Derleyen: Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu, Der Yayınları, İstanbul 2012.

**BAYTAZ, Abdullah Batuhan**, Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

**BECKER, Maximilian**, Absurde Verträge, Mohr Siebeck, Tübingen 2013.

**Berner Kommentar**, Berner Kommentar zum Schweizerisches Privatrecht, Band VI, Obligationenrecht 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages Art. 19-22, OR. Bern 1991 (Berner Komm/işleyen yazar).

**BROX, Hans/WALKER, Wolf Dietrich**, Allgemeines Schuldrecht, 42. Auflage, C. H. Beck.

**CHK**, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen (Art. 1–183 OR), 3. Auflage, Schulthess Verlag, 2016 (CHK/işleyen yazar).

**DURAL, Mustafa**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.

**ENGİN, Baki İlkay**, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2002.

**ERCOŞKUN ŞENOL, Kübra**, Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

**EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, İstanbul 2017, Yetkin Kitapçılık.

**ERGÜNE, Mehmet Serkan**, Olumsuz Zarar, Beta Yayınevi, İstanbul 2008 (Ergüne, Olumsuz Zarar).

**ERGÜNE, M. Serkan**, “Reform Sonrası Alman Medeni Kanunu’nda İmkansızlık Halleri ve Sonuçları”, İÜHFM, C. LXII, S.1-2, 2004, (s. 351-380).

**Erman Kommentar**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 15. Auflage, Otto Schmidt Verlag, 2017 (Erman Komm/işleyen yazar).

**GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Schulthess, 2008.

**HUGUENIN, Claire**, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess, 2012

**İNCE, Nurten**, “Alman Hukukunda İfa İmkansızlığı ile İşlem Temelinin Bozulması Arasındaki İlişki”, LHD - C: 14/S: 165/Yıl: 2016 (s. 4846-4906).

**KOLLER, Alfred**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2009.

**LARENZ, Karl**, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987.

**LOOSCHELDERS, Dirk**, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 15. Auflage, Vahlen Verlag.

**MEDICUS, Dieter/LORENZ, Stephan**, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 20. Auflage, C. H. Beck, München 2012.

**Münchener Kommentar**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB §§ 241-432, Band 2: Schuldrecht - Allgemeiner Teil, 7. Auflage, C. H. Beck Verlag (Münchener Komm/işleyen yazar).

**NOMER, Halûk N.**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 15. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2017.

**OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.

**Palandt Kommentar**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 77. Auflage, C. H. Beck Verlag, 2018 (Palandt Komm/işleyen yazar).

**SCHWENZER Ingeborg**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2009.

**SEROZAN, Rona**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 6. Bası, İstanbul 2014.

**SEROZAN, Rona**, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Bilimsel Yenilikler)”, İÜHFM. 2000, C.LVIII, S.1-2, (s. 231-248) (Serozan, Makale).

**Staudinger Kommentar**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 255-304, Buch 2, Leistungsstörungsrecht 1, 2014 (Staudinger Komm/işleyen yazar).

**TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

**TOPUZ, Seçkin/CANBOLAT, Ferhat**, “Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”, AÜHFD Yıl 2008, C.57 S.3 (s. 673-718).

**WALLOW, Astrid**, Risikozuweisung und Vertragshaftung: anfängliche Leistungshindernisse vor den Gerichten in den USA und in Deutschland, LIT Verlag, Münster 2008.

**YÜCEDAĞ, Nafiye**, Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değişirme Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

## KİTAP TANITIMI/ BOOK REVIEW

### ULUSLARARASI HUKUK, AVRUPA HUKUKU VE TÜRK HUKUKUNDA MÜLTECİ VE SIĞINMACILARIN ETKİLİ BAŞVURU HAKKI

Merve Öykü Kaya \*

Uluslararası Hukuk, Avrupa Hukuku ve Türk Hukukunda Mülteci ve Sığınmacıların Etkili Başvuru Hakkı adlı kitabın yazarı, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalında araştırma görevlisi olan Özgenur Yiğit'tir. Bu çalışma, ilk olarak Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans programı kapsamında yüksek lisans tezi olarak hazırlanmıştır. Kitabın ilk baskısı, On İki Levha Yayınları tarafından Eylül 2018'de İstanbul'da yayımlanmıştır. Kitabın temel amacı, mülteci ve sığınmacıların Uluslararası Hukukta, Avrupa Hukukunda ve Türk Hukukundaki etkili başvuru hakkının ve bu hakkın uygulanabilirliğinin uluslararası belgeler ve mahkeme kararları çerçevesinde incelenerek, bu hakkın sağlanabilmesi için gerekli ilke ve şartların belirlenmesidir. Bu belirlenme süreci, uluslararası hukuk bağlamında Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyanname, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Mültecilerin Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi çerçevesinde ele alınmıştır. Ayrıca, Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu sözleşmenin denetim mekanizması olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları çerçevesinde etkili başvuru hakkı analiz edilmiştir. Sonrasında ise, Türk Hukukunda Etkili Başvuru Yolları ele alınmış olup uluslararası koruma statüsü değerlendirme kararları, sınır dışı ve idari

---

\* Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi.

gözetim kararları ile etkili başvuru hakkının sağlanıp sağlanmadığı üzerinde durulmuştur. Bu çalışmada ağırlıklı olarak; mülteci, sığınmacı, göçmen, uluslararası koruma, etkili başvuru hakkı, adil yargılanma hakkı, uluslararası mülteci hukuku, Türk mülteci hukuku, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu gibi, çalışmanın ilgi odağına giren kavramlar, tarihsel süreç, uluslararası belgeler ve uluslararası örgütlerin tanımlamaları kapsamında açıklanmıştır. Ele alınan kavramlar ve kitabın genel dil yapısı göz önünde bulundurulduğunda, kitabın açık, sade ve anlaşılır bir içeriğe sahip olduğu söylenebilir. Yazar bu kavramları, kitabın amacı doğrultusunda okuyucuya yeterli ölçüde aktarabilmiştir. Kitabın diğer hukuk metinlerine göre daha kolay anlaşılır olması bu düşüncüyü destekler niteliktedir ve bunun anlatım yönünden bir başarı olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, bu çalışmanın hitap ettiği kitlenin genellikle hukuk fakültesi mezunları ve özel olarak uluslararası hukukla hemhâl olan kişiler olduğu kabul edildiğinde, yazarın vermiş olduğu bilgilerin doyurucu ve yararlı olduğu açıktır. Yazar, kitaba problematik bir bakış açısı ile yaklaşmıştır. Yazarın ele aldığı konu ve içerik düşünüldüğünde, bu bakış açısının sistematik olarak yerinde olduğunu söylemek mümkündür. Çalışmada, ilgili kavramlar tanımlandıktan sonra, etkili başvuru hakkının uluslararası hukuk içerisindeki yerini belirlemek, bu hakkın uluslararası hukukun ve Avrupa Birliği hukukunun temel haklar ve özgürlükler normları bakımından çerçevesini çizmek ve son olarak da Türk hukukundaki uygulamaları değerlendirmek amaçlanmıştır. Kitabın birinci bölümünde, mülteci ve sığınmacılar ile ilgili tarihsel süreç ve temel kavramlar, ikinci dünya savaşı öncesi ve sonrası durum ele alınmış, Türk mülteci hukuku tarihsel süreci ise ayrı bir başlıkta verilmiştir. Yukarıda da belirtilen mülteci, sığınmacı, göçmen gibi kavramlar, uluslararası belgeler ve uluslararası örgütlerin tanımlamaları kapsamında açıklanmıştır. İkinci bölümde, Uluslararası Hukuk ve Avrupa Hukukundaki belge ve mahkeme kararlarında etkili başvuru hakkı incelenmiştir. Birleşmiş Milletler bünyesindeki belgeler, Avrupa Birliği

tarafından kabul edilen belgeler ve mahkeme kararları, Avrupa Konseyi bünyesindeki belgeler ve mahkeme kararları, ilgili konulardaki örneklerden yola çıkılarak ayrıntılı şekilde işlenmiştir. Aynı zamanda, yazarın kitapta kullanmış olduğu örnek mahkeme kararları çeşitliliği, konunun anlaşılmasına katkıda bulunmuştur. Üçüncü bölümde, özel olarak Türk hukukunda mülteci ve sığınmacıların etkili başvuru hakkına yer verilmiştir. İdari, yargısal ve bireysel başvuru olmak üzere Türk hukukunda üç ayrı başvuru yolu olduğu belirtilmiştir. Zira hukuk devleti olmanın en önemli şartı, hukuk kurallarını koyma ve uygulama yetkisini elinde bulunduran devletin, söz konusu kuralların kendisine karşı da işletilebilmesinin yolunu açık tutması ve buna izin vermesidir. Hak arama özgürlüğü, ancak etkili başvuru hakkının kullanılabilmesinin yol ve yöntemlerinin bilinir olması ile mümkündür. Nitekim Anayasamızın hak arama hürriyeti başlıklı 36, maddesi de bahsi geçen durumu desteklemektedir. Aynı bölümde, Türk hukukunda uluslararası koruma çeşitleri ve uluslararası koruma için başvuru prosedürü detaylı olarak ele alınmıştır. Ayrıca, yazar, Türk Hukukunda mülteci ve sığınmacıların etkili başvuru hakkını, bu konuda önceden verilmiş olan kararlar çerçevesinde incelemiştir. Yiğit, bu kararları, kararı veren mercii'ye ve kararın niteliğine göre sınıflandırmaya tabi tutmuştur. Özellikle bu kısım, yazarın doldurmayı amaçladığı boşluğu da düşünecek olursak, çalışmanın amacına hizmet eden bir kısımdır. Özgür Yiğit'in bu çalışmasında, mülteci, sığınmacı ve göçmen kavramlarının, özellikle ikinci dünya savaşından sonra ortaya çıktığı belirtilerek, bu grupların insan hakları bağlamında hak ve özgürlüklerini etkili şekilde kullanamaması dolayısıyla gruplar "dezavantajlı" olarak nitelendirilmiştir. Yiğit'in de belirttiği üzere mevcut sistemin ana aktörü olan devlet, insan hak ve özgürlüklerinin korunmasında asıl ve öncelikli olarak sorumludur. Dolayısıyla bahsi geçen grupların etkili başvuru hakkını öncelikle ulusal hukuk düzeninde kullanabilmesi gerekmektedir. Bunu destekleyen bir durum

olarak, kişiler, ancak iç hukuk yollarından bir sonuç alamadığı takdirde, hak ihlallerini uluslararası hukuk kuruluşlarına taşıyabilmektedir. Ulusal mercilerin mülteci ve sığınmacılara etkili başvuru hakkını kullanabilme zemini sağlaması, bu grupların içerisinde bulunduğu çetin durum değerlendirildiğinde, onların sınır dışı edilmeleri durumunda ölüm, işkence ve kötü muamele gibi geri dönülmesi oldukça güç olan bir sonuçla karşılaşabilecek olmaları Yiğit'e göre bu konunun asıl önemini ortaya koymaktadır. Yiğit, bu gerekçeler ile öncelikle, uluslararası belgelerde ve Avrupa Birliği çerçevesinde etkili başvuru hakkını ve bu hakkın sağlanması için elzem olan şartları incelemiş ve bu hakkın mülteci ve sığınmacıları kapsayan mahkeme kararlarına Türk hukukundan örnekler sunarak araştırmasını bu doğrultuda yürütmüştür.

Etkili başvuru hakkı, mülteci ve sığınmacılar dâhil olmak üzere, herkes için tanınmış bir haktır. Yazar esas olarak, olması gerekenin, bu hakkın yalnızca uluslararası veya ulusal hukuk metinlerinde bir madde olarak yer alması değil, bu hakkın somut olarak işlevsel kılınması olduğunu söylemektedir. Dolayısıyla teori ile pratik arasındaki bu uyumsuzluk yazar için, çalışmanın temel problematiğini oluşturmaktadır. Yiğit buna çözüm önerisi olarak, uluslararası koruma kapsamında olan kişilerin korunması için, ulusal koruma sistemlerinin güçlendirilmesi gerektiğini söyler. Hak arama özgürlüğü, dolayısıyla adil yargılanma hakkı ve etkili başvuru hakkının içeriği bakımından Türk hukukunda temyiz yolunun zorunlu bir unsur olmadığı kabul edilir. Ancak, ilk derece mahkemelerinin kararlarına karşı yüksek mahkemelere başvuru hakkı; hukuka uygunluk denetimi, içtihat ve hukukta birliğin sağlanması ve yargılamanın çabukluğu bakımından önemlidir. Yiğit'e göre bir üst merciye başvurma imkânı aslında bireylere gerçek bir yargısal güvence sağlayacaktır. Ayrıca, mülteci ve sığınmacıların kararların kendilerine tebliğ edilmesinde yaşadıkları sorunlar, tercüman temin edilmesindeki yetersizlikler ve vekâlet ücreti hususundaki maddi imkânsızlıklar giderilmelidir. Temel soruna



yönelik Yiğit tarafından getirilen bu çözüm önerilerinin sağlanması, kamu gücünü elinde bulunduran idareler ile davacı şahıs veya kurumlar arasında eşit bir dengenin temini için olmazsa olmaz bir şarttır. Ayrıca yukarıda değinildiği üzere, idari yargıda taraflara yönelik ara kararların ve cevaplarının karşı tarafa tebliğ edilmemesi, silahların eşitliği ilkesine aykırı durumlar oluşturabilmektedir. Yazar, bu hususu belirterek Türk hukukundaki ciddi bir boşluğa değinmiş ve alternatif çözüm önerileri sunmuştur. Nihayet; mülteci ve sığınmacıların mevcut dezavantajlı durumlarına ek olarak, dış dünyayla irtibatlarını engellemek, yani bu grupları bir sosyal dışlanmaya maruz bırakmak, onları çifte dezavantajlı hâle getirmek olacaktır. Bu durum ise, hukuk yolunun etkili olup olmadığının değerlendirilmesinde belirleyici olan “uygulamada erişilebilirliğin” önünde büyük bir engel olarak durmaktadır.



## ÇEVİRİ/TRANSLATION

### OSMANLI TÜRKÇESİ ASLINDAN GÜNÜMÜZ TÜRKÇESİNE ÇEVİRİ/TRANSLATION

M. KEMALEDDİN "HUKUK FAKÜLTELERİ VE GAYELERİ" (Teşrinievvel,Eylül.  
1927)

YIL:5 SAYI:32 DARÜLFUNUN HUKUK FAKÜLTESİ MECMUASI, YENİ MATBAA –  
İSTANBUL,s.909-913

Hatice ALKAN\*

#### TAKDİM

M. Kemaleddin'in Darülfunun Hukuk Fakültesi Mecmuası'nda yer alan 1927 yılına ait bu çevirisi, Maurice Hauriou'nun kaleme aldığı ve başka konu başlıkları ile yayımlanmasına devam edileceği anlaşılan yazılardan biridir. Maurice Hauriou meşhur Fransız hukukçu ve sosyolog olarak Toulouse Hukuk Fakültesinde uzun yıllar ders vermiş ve görüşleri ile ülkesinin hukuk pratiğini etkilemiştir. Ona göre hukuk, toplumsal yaşamın düzenleyicilerindedir ve hukukun toplumun çağdaşlaşmasını ve sürekliliğini sağlayan bir işlevi vardır.<sup>1</sup>

Hukukçu ile hukukşinası tanımlayarak; hukukçunun, bir hukuk kaidesinin başka bir hukuk kaidesiyle bağını kurup uygulayabilen, hukukşinasın ise toplumsal prensiplerini hukuk kaidesine bağlayabilen kişi olduğunu söylemiştir. Buna göre hukukşinas şu andaki ifadesiyle "hukukçuyu" ifade ederken, hukukçu ise

---

\* Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi.

<sup>1</sup> <http://www.filozof.net/Turkce/filozof-biyografi-h/21336-maurice-hauriou-kimdir-hayati-eserleri-hakkinda-bilgi.html?showall=1&limitstart=>

günümüzünde “hukuk teknisyenleri” olarak adlandırılabilir gruba ifade eder. Hukuk fakülteleri nihayetinde gerçek hukukşinaslar yetiştirmelidir.

Nizam-ı ictimaî prensiplerinin hukuk kaidelerinden esinlendiğini, bu sebeple toplum bilimcilerin hukukşinaslardan ilim almaya mecbur olduğunu belirtmiştir. Zira hukuk sistemi ictimaî sistemi de ihtiva etmektedir. Hauriou, ictimaîyatçıların neden buna aykırı bir görüş benimsediği üzerinde durmuş ve maddelerle bunu açıklamıştır.

Metni çevirirken kelimeleri bugün sıkça kullanıldığı haliyle değil asıyla yazılmıştır. Çevirirken okunamayan yerler (?) ile gösterilmiştir. Fiziki sebeplerle okunamayan yerler de (...) ile gösterilmiştir.

## HUKUK FAKÜLTELERİ VE GAYELERİ

Hukukun ekseri bahislerini tecdîd eden Maurice Hauriou'nun halihazır hukukta ihrâz ettiği mevki', kâri'lerimizin ma'lumudur. Onun devlet nazariyesine ait mütalaâtını yakında neşr edeceğiz. Bu numaraya derc ettiğimiz makâle hukûk-u amme âlimi tarafından husûsi olarak bize gönderilmiş olup bu suretle kendisi İstanbul Hukuk Fakültesi hakkında perverde ettiği alâkayı göstermiştir.

Maurice Hauriou'nun bize yazdığı -ki henüz neşr edilmemiş son mesâisinin bir hülâsası olan bu makâlesinin derece-i ehemmiyetine işaret etmek lüzumsuzdur. Bu makale en âli mesâilin ta'mik (derinleşme) ve tedkîki hususuna orijinal bir surette medâr olacak bir fikrin semeresidir.

Hukuk fakültelerinin gayelerinden bahsetmek için Maurice Hauriou'den daha iyi sahib-i salâhiyet bir kimse olamaz. Kendisi uzun senelerce meşhur Toulouse Fakültesinin bânisi ve reisi olmuştur.

Hukuk fakülteleri nizâm-ı ictimâî prensiplerle hukuku daima canlandırarak tedrîs etmekle muvazzafturlar. Ancak bu şartladır ki fakülteler hukukşinaslar yetiştirebilirler yoksa sadece hukukçu değil. Hukukşinas ictimâî prensibine bir kâide-i hukuki rabt eden kimsedir. Hukukçu ise bir kâide-i hukuku diğer bir kâide-i hukuka rabt etmekle iktifâ eder.

Zaten hukuk kâideleriyle ictimaî prensipler arasında tahmin edildiği kadar bir mesafe yoktur. Zira medeniyet sayesinde tesis eden nizâm-ı ictimâî prensipleri medeni milletlerin kavâid-i hukukilerinden mülhemdir. Bu prensipler onların mevzu'alarıdır.

Şu halde hukukşinaslar nizâm-ı içtimaînin sırrını ictimâiyecilerden aramayacaklardır bilakis ictimâiyatçılar hukukşinaslardan tahsil-i ilim etmeye mecburdurlar. Garibi şudur ki ictimâiyatçılar hukuk sisteminin bir cihetle ictimâî

sistemi ihtiva ettiğini daha evvel anlayamamışlardır. Halbuki bütün hukuk kaideleri vukuat-ı ictimâiyenin bir tarz-ı ifadesidir.

1- İctimaîyatçılar tarafgirlik neticesi olarak önlerinde bulunan medenî milletlerin hukukundan yüz çevirip Rousseau'nun "hâl-i tabîî" (l'etat de nature) nazariyesinin eski bir hatası taht-ı tesirinde olarak esas nizâm-ı içtimâiyenin medenî milletlerde bozulmuş bulunması itibariyle orada aranılmayacağını fakat bunun en vahşi en ibtidâî binaenaleyh hâl-i tabîîye en yakın milletlerde taharrî edileceğini zan ettiler. İctimaîyatçıların bu tarafgirliği iki sebepten dolayı kâbil-i müdafaa değildir.

Evvelen halihazırdaki vahşi milletlerin hakikaten ibtidâî bir hâl-i tabîatta olduklarını hiçbir şey ispat etmiyor. İnsaniyetin bidayetinden beri binlerce sene güzerân etmiştir. Her hususta zamanın vücuda getirdiği tahavvülâta aşiretlerin müstağni kalabilmeleri gayri mümkündür.

Bundan maada müşâhede ilimlerinde kat'i olan bir metod varsa o da menşe'ilerle meşgul olmamak daha iyidir nazariyesidir. Eşyanın menşe'ileri müşahededen kaçarlar. Onlar farziyat kabilindedir. Ekseriya mebdeler intikal suretiyle vaki olup onların şahitleri ortadan çabuk gaip olurlar. Cemiyât-ı beşeriyenin bir hal-i tabîîyesi oldu ise bu geçici bir tarzda vaki' olmuş muhtelif şeylerin taht-ı tesirinde ortadan gaip olmuştur. İnsaniyetin hal-i ibtidâîsi insanların çocukluklarına benzer. İlm-i ruh (Psychology) ve ilm-i vezaif-i aza (psychology) çocuğun tekamül edeceği bir mahluk olup kendisine benzemeyen baliğ insanı hazırladığını tanımıştır. İlk insaniyet, intikal edeceği bir insaniyet olup kendisine benzeyen bugünkü medeni insaniyeti hazırlamıştır. Şu halde <<hal-i tabîî>> efsanesi, terk ile hal-i medeniyete rücu etmelidir. İnsanı tarif etmek lazım gelse bu, çocuğun tarifi değil fakat baliğ bir ademin tarifi olacaktır. Cemiyât-i beşeriyeyi ve onların esas nizâm-ı ictimâiyelerini tarif etmek istenirse asr-dide , yani medenî cemiyetlerin tarifini vermek münâsip olur.

2- Fakat metod ve akl-ı selimin meseleyi bu yeni tarzda ve vaaz edişi derhal mühim bir netice tevliid eder.

Hal-i medeniyyetde (l'etat de civilisation) efkâr-ı medenîyye, dinîyye, felsefîyye, manevîyye, hukukîyye nizâm-ı ictimâîyyenin birer amîli olurlar. Nizâm-ı ictimâî artık hâl-i tabîide olduğu gibi hangisinin diğerine fark ettiği bilinmeyen ferdî ve mâşerî şuurların bir muvazenesinden ibaret olmayacak; belki hâl-i medenîyyetin nizâm-ı ictimâîsi ferdî, mâşerî (topluluk) ve medeni olmak üzere üç amilin taht-ı tesîrinde bulunacaktır. Efkâr-ı medenîyyenin ferdî şuura müncer olduğunu kayıt edelim. Hiç şüphesiz, bu efkâr zihn-i beşer ve bunun inkişâfıyla idrak olunmuştur ; fakat zihn-i beşer onları eşyanın tabîatında kâinatın heyeti umumiyesindeki maddî ve ruhi (?) ihraç etmiştir. Şu halde bunlar afaki bir kıymeti haizdir. Cemiyetlerin teşekkülünde fikirlerin oynadıkları rolü bilemeyen var mıdır; demokrat cemiyetler adalet ve hürriyet gibi demokrat fikirler üzerine müesses değil midirler?

Hakikatte afaki efkar (idees objectives) amili hem ferdi ve hem de maşeri şuurı geçer ve o medeni milletlerin nizam-ı ictimailerini zabt ve idaresi altında bulundurur. O, ferdiyetçilik (individualisme) ve cemiyetçilik (collectivisme) arasındaki daimi mücadeleyle hiç şüphesiz ferdiyet lehine halleder. Bütün yüksek efkar-medeniyyetin mezhepleri, ruhiyat felsefeleri, ahlaki itikatı, hukuki prensipler, ferdiyete mütemayildirler. Hepsi birinci derecede ferdin saadetiyle meşgul oluyorlar, hepsi insanın cemiyet için değil, fakat cemiyetin insan için vücuda geldiğini tanıyorlar.

Hatta hukuk diğer nizamattan ileri gidiyor çünkü yalnız istihdaf edilen gayelerle meşgul olmayıp isti'mal edilmesi lazım gelen vasıtaları araştırarak bu vasıtaların ferdî olduklarını bize bildiriyor. Hukuk prensiplerinden şu nokta meydana çıkar ki nizâm-ı ictimâî hareket ve hayattan ibaret oldukça menfaati

şahsiyyenin teşvîki, yani hukukî şahsiyyenin isti'mali neticesi olarak ferdî iradelerle harekete gelir.

Hukuku hususîye sistemi prensiplerinin derin bir surette ferdî prensipler olduklarına hukukşinasların nazar-ı dikkatini celbetmekle onlara yeni bir şey öğretilmiş olmaz. Bu prensipler makalenin ve tasarruf-u şahsiyyenin serbestisine müncer olurlar: Bunlar iktisadi nokta-i nazardan nizâm-ı içtimâînin devamına hâdim tesisat ferdîye ve sanaiyenin iki büyük vasita-i hukukiyesidirler. Lakin devlet üzerine müesses hukuku amme sistemi daha az ferdi değildir. Bu bütün iktisadi kuvvet eşhasa münhasır olmak şartıyla siyasi kuvvetin hiçbir mahzur olmadan heyeti ictimaiyyeye terk edilebileceği fikr-i kat'isine müstenittir. Hatta siyasi kuvvet bile cemiyete veya bunun misillerine efradın ciddi murakabesi olmadan terk edilmemiştir ve bu murakabe yeni hürriyet-i siyasiye müesseseleri sayesinde kuvveden fiile çıkarılmıştır.

3-Nizâm-ı ictimaiyye-i medeniyetin zaman-ı müştereki addetmek mahzursuz değildir. Zira hali hazırdaki medeniyetin azgın muarızları vardır. Ne harici ve ne de dahili vahşi kimselerle münakaşa etmeye lüzum yoktur. Hepsiyile bu bir kuvvet meselesidir. Fakat bu kurnazca bir manevradır ki buna karşı fikirleri mücehhez bulundurmamak lazımdır. Bu manevra tekamül fikrine müstenittir. Medeniyet denilecek: fakat bugünün medeniyeti mi, yoksa yarınunki mi? Efkâr-ı medeniyye şimdiye kadar ferdiyeti kabul etmiş; istikbalde onun cemiyetçiliğe (collectivisme) rücu etmeyeceğini kimse te'mîn edemez. Bu halde de daima medeniyet olacaktır. Hakikat-i kat'iyeye yoktur. Her şey tekamül eder. İstihalevi bir tekamüle bu türlü(?) inanışa, kainatta yeni bir şey olmadığını ilan eden milletlerin felsefeleriyle itiraz edilebilir. Lakin hakikat ikisi yanındadır. Zira gayri kâbil-i itiraz bir tarzda tahavvülât vukua gelir. Daha kat'i bir nokta varsa o da istihalesiz bir tekamül nazariyesidir. Hakikaten insanियette tahavvülât vukua gelir; fakat bunlar bir hayat-ı mahlukat dahilinde nevinin hududunu tecavüz etmeksizin vücuda gelen



bütün tahavvülat gibi aynı ve (...) mahiyettedirler. Bir nevi insanı vardır ki bu bir çok çeşitleri meydana getirmek kabiliyetindedir. Vechen birbirinden ayrı birçok ırk şimdiye kadar dünya üzerinde bulunmuş ve ondan insan mefhumu vücuda gelmiştir. Bu suretle tenevvü' medeni meydana çıkmış ve onun hususiyeti bütün ırklara mensup insanları ihtiva etmek olmuştur. Bu medeniyetin tenevvüü' iki şeyi ispat eder: birincisi bunun terakiyeti ilanihaye devam etmeyecektir; Çünkü akli beşeri muhakkak surette sabit olan nevi insaniyenin çizdiği hudutları tecavüz edemez.

İkincisi şudur ki, bilinen tarihi el-yevm altı bin seneyi tecavüz eden bahr-ı sefid medeniyeti cinsi beşeriyeden evsafi manevisiyle yer yüzüne gelen en şayan-ı dikkat tenevvü' vücuda getirmiştir. Medeniyet, cins-i beşerde ruhi manada en insani numuneyi çıkarmıştır. Zaten bu medeniyetin esas fikirleri insaniyet tesmiye olunur. At tipi olarak arab veya hâlisü'ddem (safkan) at tipleri mevcut ise onun gibi bugün insan tipinden bir medeni insan vücuda gelmiştir. Yalnız nasıl hayvanın ıslahı ve teksiri at çeşitlerinin cinsinin vermek kabiliyetinde bulunduğu en son sürate îsal etti; halbuki diğer bir nevi ıslah ve teksir-i nesl olan medeniyet insan çeşitlerini cins-i beşerin verebileceği en yüksek ruhaniyete doğru çıkarmıştır.

Hiç şüphesiz medeniyetin istikameti hareketi veyahut medeniyet değiştirilebilir fakat bu tahavvül müterakki bir tekamül değil, bilakis ruhaniyette (...) bir adem tipinin neşvünevâsı mucib olacağında nihadat veya tedenni tesmiye olabilecektir.

Diğer taraftan ani bir tagayyürle nevi insaniyetin fevkinde bir beşeriyet kurulmadığından dolayı hayale kapılmamalıdır. İnsan sınaî(?) şekiller vücuda getirmeye başladığı günden itibaren kendisindeki canlı mevaddın temayülâtını yeni eşkal için sarf etmiştir.

İnsan tayyareyi icat ettiğinde dünyaya aslen uçucu insan gelmeyecektir Hatta daha kutlu bir dimağa malik insan doğmayacaktır. Çünkü insan lisan, yazı ve

matbuat, Őiirle dimağının kuvvetini ziyadeleŐtirmiŐtir. Her Şeyin hududunu tecavüz etmemek lazımdır. Ne fevkilbeŐerin yeni bir nevi ve ne de ruhî manada ve insaniyetin daha yüksek bir numunesi kuvveden fiili çıkması mümkün olmayan Őeylerdir. Bu suretle medeni nizâm-ı ictimâî ve hukuk prensipleri kat'i bir surette tayin etmiştir.

Toulouse Darlfunnu Mütercim

Hukuk-u Amme Müderrislerinden

Maurice Hauriou      M. Kemaleddin