

**Ankara Hacı Bayram
Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

ISSN 2651-4141

**Ankara Hacı Bayram
Veli University
Faculty of Law Review**

ISSN (online) 2667-4068

Cilt XXIII, Nisan 2019, Sayı 2

Vol. XXIII, April 2019, No. 2

Ankara 2019

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ankara Hacı Bayram Veli University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review**

Sahibi: Owner:

Prof. Dr. Yusuf TEKİN Prof. Dr. Yusuf TEKİN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü*: Editor in Chief:**

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Editörler*: Editors:**

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Dr. Öğr. Üyesi M. Çelebi CAN Asst. Prof. Dr. M. Çelebi CAN

Editör Yardımcıları*: Deputy Editors:**

Arş. Gör. Dr. Fahri Erdem KAŞAK Res. Assist. Dr. Fahri Erdem KAŞAK

Arş. Gör. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Res. Assist. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

Yayın Kurulu*: Editorial Board:**

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

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

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Doç. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU Assoc. Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

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

Yayın Sekreteri / Secretary of Publication

Günay KANDEMİR

ISSN 2651-4141 ISSN (online) 2667-4068

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri: Asil Organizasyon A.Ş.

Aşağı Öveçler Mahallesi, 1332. Sk. No:7/8, 06460 Çankaya/Ankara

Tel: 0312 911 27 45

Basım Tarihi: Mayıs 2019

* Yukarıda adları geçen editörler, editör yardımcıları ve yayın kurulu üyeleri, halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editors, deputy editors and members of editorial board listed above currently work at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin devamıdır. C. I-XXI Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adıyla yayımlanmış olup C. XXII ve devamı Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi adıyla yayımlanacaktır.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayımlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi konu sınırlaması olmaksızın hukuk alanında yapılan tüm akademik çalışmalara yer vermektedir. Derginin amacı hukuk literatürüne katkı sağlamaktır.

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yedigörmüş İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge TANRIBİLİR	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK
FAKÜLTESİ DERGİSİ (AHBVÜ-HFD)
YAYIN İLKELERİ**

1. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AHBVÜ-HFD), ULAKBİM tarafından taranan “*Hakemli Dergi*” statüsünde yılda dört sayı olarak yayımlanır. 2016 Temmuz ayından itibaren iki hakemli sisteme geçilmiştir.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler; “*Microsoft Word*” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman 12 punto, normal stil; dipnotlar Times New Roman 10 punto, normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve elektronik posta ile gönderilmelidir.
4. Dergiye gönderilen makalelerin metin kısmının, 40 sayfayı veya 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.
5. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
6. Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan öz ve özün yazıldığı dillerde başlık ve beşer anahtar kelime eklenmelidir. Türkçe makaleler için Türkçe öze ek olarak; İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde daha öz eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dilde makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde ve Türkçe özün eklenmesi gerekmektedir.
7. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
8. Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “*basıma*” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulunca yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.
9. Editörler kurulunca ön değerlendirmesi yapılan makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Hakemlere gönderilen makalelere “*Makale ID*” numarası verilir ve bu numaralar yazarlara bildirilir. Yazarlar, makalenin durumunu makale takip sisteminden görebilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumun-

da yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale, üçüncü bir hakeme gönderilir. Hakemlerin raporlarının olumsuz olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılmaz. Hakem incelemesine göre yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

10. Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler ve çeviriler dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, bilgilendirici notlar ve yargı kararı tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
11. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi'ne ait olur. Yazarlar telif haklarını Üniversite'ye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.
12. Makalenin sonunda, makalede yararlanılan kaynakların listelendiği kaynakça yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır.
13. Yararlanılan kaynaklar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:

Kitaplar:

SOYAD, Ad: **Eserin Adı**, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl.

Örnek: AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, II. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Makaleler:

SOYAD, Ad: "Makalenin Başlığı", **Makalenin Yer Aldığı Eserin Adı**, Cilt No., Sayı No., Makalenin Yer Aldığı Sayfa Aralığı.

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

İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir.

Örnek: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim: 13.06.2010)

Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

Örnek: OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

14. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. İlk atıfta kaynakçada yer alan tüm bilgiler yer almamıştır. Kaynakçadan farklı olarak, ilk atıfta yazarların adı ve soyadı (Adı SOYADI) şeklinde yazılmalı ve çalışmanın adından (.) ile ayrılmalıdır. Yararlanılan sayfa, künyenin en sonunda yer almalıdır.

Örnek: Rıza AYHAN, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 33.

Aynı kaynağa daha sonra yapılacak atıflarda SOYAD, sayfa numarası belirtilmelidir.

Örnek: AYHAN, s. 36.

Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ve çalışmaların yılları farklı ise parantez içerisinde çalışmanın yılı belirtilmelidir.

Örnek: AYHAN, (2007), s. 53.

AYHAN, (1997), s. 33.

Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örnek: AYHAN, İşletme, s. 76.

AYHAN, Tasarruf, s. 33.

İletişim Adresi: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Emniyet Mah.
Muammer Bostancı Cad. No: 4
(Beşevler Metroyu Yakını) Beşevler/ANKARA

Tel: (312) 216 20 72

Faks: (312) 215 01 69

web: <http://hukuk.hacibayram.edu.tr/>

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

ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW (AHBVÜ-HFD) EDITORIAL POLICY

1. Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review (AHBVÜ-HFD) is published four times per year as a “*peer-reviewed journal*” and indexed by ULAKBİM. Since July 2016 “*double peer-review*” system has started to be applied.
2. Articles submitted to the Journal should not have been published or submitted elsewhere to be published. Submittal of the article to our Journal constitutes a commitment by the author.
3. Articles should be written in “*Microsoft Word*” software. Body of the article should be formatted as Times New Roman 12 points, normal style; footnotes should be formatted as Times New Roman 10 points, normal style and submitted via e-mail to the Editor.
4. Text of the articles submitted to the Journal, should not exceed 40 pages or 15.000 words.
5. The main language of the Journal is Turkish; however articles in English, German or French are also published.
6. Articles submitted to the Journal should be accompanied by abstract comprised of minimum 100 maximum 200 words and five keywords in the languages of the abstracts. If the article is in Turkish; an abstract in English, German or French must also be supplemented. If the article is in a foreign language; it must be accompanied by an abstract in Turkish.
7. Names of the authors, their institutions and e-mail addresses should be provided clearly and correctly along with the article.
8. It is assumed that the authors have submitted the articles to the Journal after proof-reading and the articles are ready to be published. Upon the preliminary audit of the Editorial Board, articles that are determined to be not compliant with scientific standards and/or editorial policy of the Journal or articles that contain mistypes above the ordinary are declined.
9. Following the preliminary audit of the Editorial Board, the articles are sent to two peer reviewers without the name of the author in accordance with the blind review format. An “*Article ID*” number is given to the articles sent to reviewers. Authors are also informed about this number. Authors can see the review process with the help of article tracking system. Authors are not informed regarding the identity of the reviewers. If the reviewers demand

corrections, the author may amend the article only in reference to these corrections. Following the corrections made by the author, the article may be re-presented to the reviewer as per the reviewers' wish. If the article is declined by the reviewers; no subsequent reviews are carried out. If the article is declined by one reviewer but accepted by other, then the article will be sent to third reviewer. Declined articles are not sent back to their authors. The author will be informed regarding the circumstance.

10. Book reviews, opinions on legislation, advisory notes and court decision analyses may also be published in the Journal along with peer reviewed articles and translations. Such materials may be accepted or declined by the Editorial Board.
11. All publishing rights of articles that are accepted to be published, including full-text publication online, but not limited to it, will belong to Ankara Hacı Bayram Veli University. Authors are assumed to have transferred these rights to the University and they are not paid any royalties.
12. A bibliography, comprised of the resource materials cited in the article, should be provided at the end of each article. The bibliography should be arranged alphabetically with regards to the surnames of the authors and the first line hanging.
13. Materials cited in the bibliography should be styled as such:

Books:

SURNAME, Name: **Title**, Edition, Publisher, Place published, Year published.

Example: AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, 2nd Edition, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Articles:

SURNAME, Name, "Title of the Article", **Title of the Book/Journal**, Volume, Number, pp.

Example: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

URLs of online materials should be indicated in brackets along with the date of access.

Example: AYHAN, Rıza: "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40. (<http://www.hukuk.gazi>).

edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, Date accessed: 13.06.2010)

If the material is co-authored; names of each author should be fully provided.

Example: OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, Revised 11. Edition, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

14. Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. First citation should include complete information regarding the resource material. Dissimilarly to the bibliography, first citation to any resource material must include the name of the author as (Name SURNAME) and a comma must be placed between the name of the author and the title of the material. Relevant page of the material should be at the end of the citation.

Example: Rıza AYHAN, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, p. 33.

Subsequent citations to same resource material should be as such: SURNAME, page number.

Example: AYHAN, p. 36.

If more than one material by a single author are referred to and the publication years of these materials differ, year for each material should be indicated in brackets.

Example: AYHAN, (2007), p. 53.

AYHAN, (1997), p. 33.

If the years for each material are same, title of the material should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

Example: AYHAN, İşletme, p. 76.

AYHAN, Tasarruf, p. 33.

Contact Information: Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Emniyet Mah.
Muammer Bostancı Cad. No: 4
(Beşevler Metroyu Yakını)
Beşevler/ANKARA/TURKEY

Tel: +90 312 216 20 72

Fax: +90 312 215 01 69

web: <http://hukuk.hacibayram.edu.tr/>

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

**Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi**

Cilt XXIII

Nisan 2019

Sayı 2

İ Ç İ N D E K İ L E R

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

Yeni Medyada Nefret Söylemi ve Nefret Söyleminden
Doğan Hukukî Sorumluluk

Sibel Serpil AYDOS/Oğuz Sadık AYDOS 3-36

Avrupa Birliği Adalet Divanının C-463/09 Sayılı Kararı İle
Alt İşveren İlişkisi- İşyerinin Bir Bölümünün Devri Tartışması

Mehtap Yücel BODUR 37-78

Yargı Kararlarına Göre 5510 Sayılı Kanunun 56/Son
Maddesi Uyarınca Boşandığı Eşiyle Birlikte Yaşayanın
Ölüm Aylığının Kesilmesi

Barış DUMAN 79-120

Türk ve ABD Hukukunda Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden
Doğan Hukuki Sorumlulukta Zararın Doğduğu An

Nevin MERAL 121-154

KAMU HUKUKU

AB'nin Temel Dayanaklarının Parçası Olarak Azınlıkların Korunması

A.Fusun ARSAVA 157-176

Malvarlığı Üzerinde Mülkiyet, Buna Bağlı
Yükümlülükler ve Ceza Hukuku Sorumluluğu

İzzet ÖZGENÇ 177-184

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 121. Maddesinin
Doğu Akdeniz'de Etkisi: Meis, Karaada ve Fener Adası'nın
Statüsüne İlişkin Bir Değerlendirme

Uğur BAYILLIOĞLU 185-224

* Makaleler, birinci yazarlarının unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

İdari Teşkilatta Yapılan Yeni Düzenlemelere Göre Yenilenebilir Enerji Kaynakları Konusunda Görev ve Yetkiler	
N. Münci ÇAKMAK	225-236
Mücbir Sebebin İdari Dava Açma Süresine Etkisi	
F.Ebru GÜNDÜZ	237-266
“Usul Ekonomisi İlkesi” Çerçevesinde Türk İdari Yargılama Usulünde Sözlülük İlkesine İlişkin Bazı Değerlendirmeler	
Dilşat YILMAZ	267-320

Ankara Hacı Bayram Veli University

Faculty of Law Review

Vol. XXIII

April 2019

Number 2

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

Hate Speech In New Media And Civil Liability From Hate Speech
Sibel Serpil AYDOS / Oğuz Sadık AYDOS3-36

*The Decision Of The Court Of Justice Of The European Union
Numbered C-463/09 And Discussion Of Subcontracting
Relationship- Transfer Of Part Of A Business*
Mehtap YÜCEL BODUR 37-78

*According to the Judicial Decisions The last paragraph of Article
56 of 5510 Law Ending Of The Death Pension Of The Wife
Living With The Divorced Husband*
Barış DUMAN79-120

*The Time Loss Occurs In Civil Liability Arising From
Disclosure Documents In Turkish And U.S.A. Law*
Nevin MERAL..... 121-154

KAMU HUKUKU

The Protection of Minorities as a Part of European Union Core Principles
A.Fusun ARSAVA..... 157-176

Property Ownership, Obligations Thereof And Criminal Responsibility
İzzet ÖZGENÇ 177-184

*The Effect of Article 121 of the United Nations Convention on the
Law of the Sea on Eastern Mediterranean: An Evaluation
of the Status of Meis, Karaada and Fener Islands*
Uğur BAYILLIOĞLU..... 185-224

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

*Duties And Authorities On The Subject Of Renewable Energy Resources
According To The New Regulations In Administrative Organization*

N. Münci ÇAKMAK..... 225-236

*The Effect of Force Majeure on the Term of
Administrative Litigation*

F.Ebru GÜNDÜZ..... 237-266

*Some Assessments Relating To Oral Trial Principle In Turkish
Administrative Proceedings Law From The Point Of
“Judicial Economy Principle”*

Dilşat YILMAZ..... 267-320

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

YENİ MEDYADA NEFRET SÖYLEMİ VE NEFRET SÖYLEMİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

Sibel Serpil AYDOS*

Oğuz Sadık AYDOS**

ÖZ

Toplum hâlinde yaşayan insanları, etnik kökenleri, dinleri, inançları, cinsiyetleri, dilleri gibi nedenlerle ayırıştırarak, beraberce yaşamak istenilmediği duygusu uyandırmak ve bu suretle onların kişilik haklarını ihlâl etmek nefret söylemidir. Mobil gibi ağlar üzerinden oluşturulan haber siteleri, arama motorları, bloglar, wikiler, web siteleri, sosyal medya ve benzeri iletişim araçlarından oluşan yeni medyanın hızı ve editoryal denetimden uzak olması nefret söyleminin artmasına ve normalleşmesine yol açmaktadır. Toplumsal huzur ve barışın bozulmaması için nefret söylemi ile etkin mücadele yöntemleri geliştirilmelidir. Öncelikle yeni medya okuryazarlığı eğitiminin yaygınlaştırılması ve hukuki yaptırımların etkin şekilde uygulanması gerekmektedir. Haksız fiil olarak vasıflandırıldığında eylemi gerçekleştiren kişinin tazminat yaptırımına tâbi olması dinamik bir koruma sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Nefret söylemi, yeni medya, kişilik hakları, haksız fiil, toplumsal barış.

HATE SPEECH IN NEW MEDIA AND CIVIL LIABILITY FROM HATE SPEECH

ABSTRACT

Driving a wedge between people in a society based on their ethnic background, religion, gender, language and so on, arousing the feeling that they do not want to live together and thus violating their personal rights is hate speech. The new media which is largely independent of editorial control and include news sites, search engines, blogs, wikis, websites, social media and other similar media, created a space for the rising of hate speech. In order to protect social peace and tranquility, means of effective combat against hate speech should be developed. Firstly, it is necessary to disseminate new media literacy education and to apply legal sanctions effectively. Characterizing hate speech as a tort and sanction the person commit hate speech with damages would ensure a dynamic prevention.

Key Words: Hate speech, new media, personal rights, tort, social peace.

* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İletişim Fakültesi Halkla İlişkiler Bölümü Öğretim Üyesi e-posta: sibel.aydos@hbv.edu.tr

** Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi e-posta: oguz.aydos@hbv.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 09/04/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 02/05/2019

GİRİŞ

Yeryüzünde hemen hemen tüm büyük devletler içlerinde farklı birçok kimliği barındırır. Demokratik işleyişe sahip devletlerde bu kimlikler hukukî korunma altına alınır. Farklı etnik, dini, mezhebi ve cinsiyet kimliklerini barındıran bu ülkelerin birlik ve huzuru ancak bu farklılıkların tanınması ve bunlara saygı duyulması ile mümkündür. Kamusal alanda azınlıkta ya da güçsüz olduğu düşünülen çeşitli kimliklere yönelik hakaret ve hedef gösterme gibi olgular hem bu kesimlerin topluma olan güven ve bağlılığını zedeleyeceğinden hem de çeşitli suçlara sebebiyet vereceğinden toplumsal barışı baltalayacaktır.

Demokratik müzakere sürecinin gerçekleştiği zemin olan kamusal alanda kimliklerin eşit temsili sağlıklı demokratik işleyişin bir göstergesidir. Kamusal alanda müzakere sürecinin gerçekleşmesine zemin hazırlayan temel aktörlere geleneksel medyanın yanı sıra bugün yeni medya ve sosyal ağlar da eklenmiştir. Örneğin *Twitter*'da birçok kullanıcı haber ya da bilgiye geleneksel medyadan çok daha hızlı bir şekilde ulaşabilmekte ve takipçileri ile paylaşabilmektedir. Öyle görünmektedir ki ilerleyen teknoloji ile birlikte yeni medyanın bu rolü gelecekte çok daha fazla artacak, geleneksel medyayı geride bırakacaktır. Bu nedenle yurttaşların bu mecrayı en sağlıklı şekilde kullanmaları ve yanlış kullanımından doğabilecek suç ve haksız fiillerden haberdar olmaları büyük önem arz etmektedir. “*Yeni medya okuryazarlığı*” adı altında ele alınabilecek bu olgu başka bir çalışmanın konusu olduğundan bu çalışmada üzerinde durulmayacaktır. Buna karşın hızla gelişen bu alanda farkı kimliklere yönelik gerçekleştirilen nefret söylemlerinin hukukî çerçevesinin belirlenmesi de ivedilikle gerekmektedir.

Nefret söyleminden doğan suç konusu yeterli düzeyde olmasa da bugüne değin çeşitli çalışmalarda ele alınmıştır. Ne var ki nefret söyleminin neden olduğu haksız fiillere ilişkin henüz kayda değer bir çalışma yapılmadığı gözlenmiştir. Bu nedenle bu makalede özellikle bu konu üzerinde durulacaktır. Çalışma iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde nefret söyleminin tarihsel süreci ve tanımı ele alındıktan sonra yeni medyanın nefret söyleminin yayılmasında nasıl bir etkisinin olduğu ele alınacaktır. İkinci bölümde ise nefret söyleminin haksız fiil boyutu incelenecektir. İlgili hukukî kurumlara kavramsal düzeyde değinilerek çalışma ile bağlantıları tespit edilecek, suç ve ceza bağlamına sadece ihtiyaç nispetinde yüzeysel olarak temas edilecektir.

I- NEFRET SÖYLEMİ

A) Genel Olarak

Medyanın gerçeklikle ilişkisi onu yorumlamak ve simgesel anlamda yeniden üretmekle sınırlıdır. Bu nedenle medyada gerçekleştirilen ayrımcılık ve nefret söylemleri, gerçek yaşamdakilerle benzerlik gösterse de sınırlıdır. Çünkü burada yapılan ayrımcılık temsil düzeyindedir. Daha açık bir ifade ile gazete, televizyon ve İnternet ortamında herhangi bir kişi veya grubun üyesi, renginden, ırkından, dininden ya da başka sebeplerden dolayı aç bırakılamaz, fiziksel olarak zarar göremez. Ancak medya, bu olumsuz sonuçlara aracılık edebilir ya da zemin hazırlayabilir. Medyadaki ayrımcılık ve nefret söylemi gerçek yaşamdaki ötesine geçen zararlar üretme potansiyeline sahiptir. Yakın tarihimizde medyanın tahriki ve hedef göstermesi ile birçok suikast ve linç girişiminin yaşandığını düşünmek için birçok kanıt vardır¹. Bunlardan ilk akla geleni Hrant DİNK cinayetidir. Oğün SAMAST'ın, DİNK'i şahsen tanımadığını, fikirlerini okumadığını ve bilmediğini ancak medyada DİNK ile ilgili olarak yapılan haberlerden onun bir “*vatan haini*” olduğunu öğrendiğini, bu nedenle böyle bir cinayeti işlediğini söylemesi medyada kullanılan nefret söyleminin toplum üzerindeki etkisini gösteren çarpıcı bir örnektir². Bu cinayetin oluşturduğu siyasal ve toplumsal sarsıntı, nefret söyleminin sonuçlarının bireysel olmanın çok ötesine geçtiğini göstermiştir. Nitekim ATAMAN da nefret söyleminden kaynaklı nefret suçlarına yönelik geliştirilen hukukî düzenlemelerin yaşamın belli bir alanında, belli zaman ve mekânlarda gerçekleşen ve fail(ler)le mağdur(lar) arasında, sınırlı sayıda bireyi içeren eylem(ler) olduğu varsayımı üzerinde temellendiğini ancak bu yaklaşımın sakıncalar doğurabileceğini belirtmiştir. Bu çerçevede, genel olarak insan hakları ile ilgili sorunlara, özel olarak ise nefret suçlarına geniş bir bağlamda ve beklenmeyen biçimlerde zamana yayılan dinamik bir süreç olarak bakılmalıdır. Çünkü günümüzde gerçekleşen çok sayıdaki nefret suçu vakasında mesaj, mağdur üzerinden mağdurun ait olduğu topluma gönderilmektedir. Belli bir zamanda işlenen nefret suçu, yaşamın farklı alanları üzerinde yankılanabilmekte ve kuşaklar üzerinde bir tür çarpan etki yaratabilmektedir. Bu çarpan etki ise yaşamın her alanına dağılabilmektedir. Dolayısıyla sosyal bilimlerin farklı alanlarından yararlanmadan bu süreçleri yalnızca hukukî terimlerle açıklamaya çalışmak zorlayıcı bir yorum olacaktır³.

¹ ÇELENK, s.222.

² İNCEOĞLU/SÖZERİ, s.26; KAYMAK, s.258; VARDAL, s.139.

³ ATAMAN, s.48, 49.

B) Tarihsel Süreç

Nefret suçlarının hukukî temelini 1969 yılında ABD’de yürürlüğe konulan “Önyargı Yasaları” oluşturmaktadır. Konuya ilişkin yasal düzenlemeler sonraki yıllarda Avrupa’da da yapılmıştır. Sırasıyla yerli halkların, köleliğe bağlı olarak siyah halkların, cinsiyetçi yaklaşımlarla mücadelenin ve günümüzde vatandaşlar ile göçmen haklarının mevzuatta yer bulması ile birlikte nefret suçları ile mücadele ivme kazanmıştır⁴.

“Nefret Suçları” (*hate crimes*) kavramı ilk olarak 1980’lerde Amerikan Sivil Hak Hareketi (*American Civil Right Movement*)⁵ tarafından ortaya atılmıştır. Toplum içinde yer alan bazı grupları nefret kökenli suçlara karşı korumak amacıyla İftira ve İnkârla Mücadele Birliği (*Anti-Defamation League*), Ulusal Gey ve Lezbiyen Görev Gücü Kuruluşu (*National Gay and Lesbian Task Force Foundation*), Önyargı ve Şiddete Karşı Ulusal Enstitü (*National Institute Against Prejudice and Violence*) ve Güney Yoksulluk Hukuk Merkezi (*Southern Poverty Law Center*) 1981 yılında bir yasa tasarısı hazırlamışlardır⁶. Söz konusu yasa tasarısının temel hedefleri; kurumların vandalizmden korunması, mağdurların bazı özellikleri nedeniyle işlenen suçlara verilecek cezaların artırılması, böylesi suçlar için mağdurlara tazminat hakkı tanınması ve ülke çapında veri toplanmasıdır⁷.

C) Tanım

“Bir kimsenin kötülüğünü, mutsuzluğunu istemeye yönelik duygu”, “Tiksinme, tiksinti”⁸ şeklinde tanımlanabilecek nefret, bir kişiye yönelik olumsuz duyguyu/duyguları ifade etmektedir. Bu duygunun beyan edilmesi ise “nefret söylemi” (*Hate speech/hassrede*) olarak ifade edilir. Geçmişte bu olgu için “kötü niyetli mesajlar” (*abusive messages, hostile*

⁴ KILIÇ, s.171.

⁵ Irka dayalı ayrışmayı destekleyen hukukî düzenlemelerin ortadan kaldırılarak siyahî vatandaşların da eşit haklara sahip olduğu mevzuata ulaşmak bu hareketin temel çıkış nedenidir. Martin Luther KING’in sembol isimlerinden biri olduğu Hareket, 1950’li yıllardan itibaren etkisini artırmıştır: <https://www.britannica.com/event/American-civil-rights-movement>: E. T. 21/1/2019.

⁶ KILIÇ, s.172, 173.

⁷ Bu hedeflerin tamamı veya bazıları çeşitli ülkelerde kanunî koruma altına alınmıştır. ABD Yüksek Mahkemesi de 1993 yılında verdiği kararlarda bu hedefleri benimsemiştir: KILIÇ, s.173.

⁸ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=nefret. E.T. 22/1/2019.

messages), “siberzorbalık” (cyberbullying) gibi kavramlar da kullanılmıştır⁹. Tahammülsüzlüğün ve hoşgörüsüzlüğün dışı vurumu olan nefret söylemi, hedefteki gruba “toplumda size yer yok” mesajını örtük ya da açık olarak tekrar tekrar vermektedir. Bu ise kimi durumlarda nefret suçuna giden yolun başlangıcını teşkil eder¹⁰.

Nefret söyleminin toplum üzerinde kendini yoğun şekilde hissettiren “*çarpan etkiler*”i, hukukî tanımının yapılmasını güçleştirmektedir¹¹. Uluslararası alanda tek tanım Avrupa Konseyi tarafından yapılmıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından yayımlanan 97(20) sayılı tavsiye kararında “*nefret söylemi*”, “*ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, Yahudi düşmanlığını veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan ulusalcılık ve etnik merkezilik, ayrımcılık ve düşmanlık şeklinde ifadesini bulan, dinsel hoşgörüsüzlük dâhil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı başka nefret biçimlerini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimi*” şeklinde tanımlanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de kararlarında bu tavsiye kararına gönderme yapmış ve nefret söylemini “*(dinsel hoşgörüsüzlük dâhil olmak üzere) hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimi*” olarak tanımlamıştır¹². AİHM, ulusal mahkemelerin içtihatlarında yer alan sınıflandırmalardan bağımsız hareket etmektedir. Şöyle ki, ulusal mahkemelerin nefret söylemi sınıflandırmalarını bazı kararlarında reddeden AİHM, bazen de ulusal mahkemelerin bu söyleme dâhil etmediği ifadeleri kabul etmektedir. Hülasa kavram, özerk bir niteliği haizdir¹³.

Yargıtay bir kararında nefret suçunu şu şekilde tanımlamıştır: “*Türk Ceza Yasasında nefret saiki ile işlenen suçlar için cezayı artıran bir genel hüküm*

⁹ SCHMIDT/WIEGARD, s. 1, 2.

¹⁰ İNCEOĞLU/SÖZERİ, s.24; Anayasa Mahkemesi Baş. No: 2014/12225, K. T. 14/7/2015; Y. 4. HD, 29/1/2015 T., 2014/5097 E., 2015/1152 K.; Y. 4. HD, 2/2/2015 T., 2014/16557 E., 2015/1240 K.: Yayımlanmamış karar.

¹¹ ATAMAN, s.49; ÇELİK, s.209.

¹² Bkz. Gunduz v Türkiye, Baş. No: 59997/00. Bu kararda “*nefret söylemi oluşturan ve belirli birey veya gruplar tarafından aşağılayıcı bulunabilecek olan somut ifadeler, Sözleşmenin 10 uncu maddesi kapsamında korunmaz.*” İfadeleri yer almıştır. Erbakan v Türkiye, Baş. No: 59405/00. Mahkeme, başvuru sahibinin yerel seçim kampanyası sırasında halka açık olarak yaptığı bir konuşma nedeniyle uygulanan yaptırımın, Sözleşmenin 10 (2)’nci maddesini ihlâl ettiği sonucuna varmıştır. Féret v Belçika, Baş. No: 15615/07 kararında “*Belçika’nın İslamlaştırılmasına karşı çık*”, “*Entegrasyon politikası kandırmacasına dur de*”, “*Avrupalı olmayan işsizleri evlerine geri yolla*” ifadeleri nefret söylemi olarak değerlendirilmiştir.

¹³ WEBER, s.3. Aynı doğrultuda bkz. Anayasa Mahkemesi Baş. No: 2014/12225, K. T. 14/7/2015.

bulunmamaktadır. Türk Ceza Kanununun 122. maddesine nefret ibaresi eklenerek bu konuya yasa koyucumuz duyarlılık göstermiş ancak gerçek anlamda nefret suçlarına yönelik bir düzenleme yapılmamıştır. Nefret suçu bir kişiye veya guruba veya bunların mallarına karşılık, cinsiyet, ırk, dil, din gibi mağdurların sahip oldukları temel özellikler nedeniyle duyulan nefret, önyargı saiki ile işlenen suçlardır. Burada kişinin sahip olduğu aidiyetin korunabilmesi için toplumsal bir grup olmanın temelini oluşturan bir özellik olması, sosyal paylaşım nedeni ve tarihsel bir geçmiş birlikteliği olmalı. Bu aidiyete karşı toplumda mahkûm edilmesi gerekli bir önyargı saikine sahip gruplar bulunmalıdır. Bu koşulların varlığı hâlinde bu aidiyetlere karşı önyargı saiki ile işlenen suçlar nefret suçu olup yaptırıma bağlanmalıdır.”¹⁴

Geçmişte mevzubahis olmayan “din”/“inanç”, “cinsiyet”, “yaş”, “engellilik” gibi hususlar günümüzde ayrımcılık konuları olarak karşımıza çıkabilmektedir. Uluslararası insan hakları hukukunda yer alan sözleşmeler ile ulusal mevzuatın yer vermediği yeni nefret söylemi biçimleri, içtihatlar yoluyla zaman içerisinde ayrımcılık yasağının bir parçası hâline gelebilmektedir¹⁵.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında; toplumun belli kesimlerini din, inanç, dil, ırk, engellilik, cinsiyet gibi nedenlerle ayırarak, kendileri ile birlikte yaşamak istenilmediği, kendilerinin hoş görülmediği düşüncesini onlarda uyandırmak ve bu suretle kişilik haklarını ihlâl eden her türlü ifade nefret söylemidir.

Ç) Unsurları

Nefret söylemini, üç temel unsura dayandırabiliriz. Bunlar, belirli özellikleri nedeniyle bir kişi veya gruba yönelik olma, bu özelliklerin olumsuz olarak nitelendirilmesi ve son olarak bu kişi veya grubun varlığının hoş karşılanmamasıdır. Nefret söyleminin doğrudan şiddete davet eden bir içeriğe sahip olmasına ihtiyaç yoktur. Hedefteki kişi veya gruba, toplumun diğer kesimleri ile eşit şekilde yaşamayacakları mesajı verilmektedir¹⁶.

Bir ifadeyi “*nefret söylemi*” olarak kabul etmek yönünde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Kişi veya grupların varoluşsal farklılığından kaynaklı nefret

¹⁴ Y. 18. CD, 7/12/2016 T., 2015/33232 E., 2016/18820 K.; Y. 18. CD, 30/3/2016 T., 2015/26353 E., 2016/6373 K.:Yayımlanmamış karar.

¹⁵ KARAN, s.84, 85; ÇELİK, s.210, 211; Anayasa Mahkemesi Baş. No: 2013/1461, K. T. 12/11/2014.

¹⁶ DEMİRBAŞ, s.2697.

gibi bir güdüyle yapılan şiddet, dışlanma, ötekileştirilme gibi çeşitli eylem ve söylemleri bu kategoride değerlendiren görüş, eylemi/söylemi gerçekleştiren kişinin güdüsünü ölçüt olarak almaktadır¹⁷. Buna karşılık başka bir görüş, yeni medya ortamlarında nefret söyleminin sınırlarının belirlenmesinin farklı yaklaşımları gerektirdiğini savunmaktadır. Şöyle ki, *Twitter* ve *Whisper*'da ifade özgürlüğü, grup hakları, itibar, özgürlük ve eşitlik kavramlarıyla karmaşık bir bağlantı noktasında yer alan “*nefret söylemi*”ne ilişkin tüm tanımlar, bu hassas konum nedeniyle itiraza maruz kalabilecektir. Bu çekinceye rağmen “*bir grup insana yönelik motive edilmiş saldırgan bir mesaj*” şeklinde bir tanım ortaya koyan görüş, tüm çevirim içi nefret söylemlerinin suç olarak vasıflandırılmasa da tazminata yol açabileceğini ileri sürmüştür. Başka bir ifadeyle rencide edici yaklaşımlarırka, dine, engelliliğe, cinsel tercih ve etnik kökene dayalı nefret suçları içinde yer alabilirken, ceza gerektirmeyen fiziksel ya da davranışsal yönler de içerebilir¹⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına atıf yapan Yargıtay, şiddeti teşvik edici ve övücü söylemler ile azınlıklara karşı nefret söyleminin ifade hürriyetinin istisnaları olduğunu içtihadı bağlamıştır. Yüksek Mahkeme, a) şiddeti bir araç olarak öngören, b) kişileri hedef gösterip kanlı bir intikam arzulayan, c) benimsenen düşünceler için şiddete başvurmayı meşru gösteren, ç) saldırgan duygular uyandıracak şekilde anlamsız bir nefret yaratan ifadelerin korunmayacağı yönünde hüküm kurmuştur¹⁹.

¹⁷ KAYMAK, s.253. Yapılan konuşmanın bütün hâlinde değerlendirilerek sonuca varılması gerektiği yönünde bkz. Anayasa Mahkemesi Baş. No: 2013/9343, K. T. 4/6/2015. “...Somut olayda sanık mağdura “kim oluyorsun sen çingene” diyerek toplumda çingene olarak kabul edilen topluluğun taşıdığı bu aidiyete, bu karakteristik özelliği karşı nefret saiki ile hareket etmiş olabilir. Toplumda çingene olarak kabul edilen bir grubun varlığı mevcuttur. Bu özelliği taşıyan guruba karşı yine toplumda bir önyargının varlığı da bir realitedir. Çingenelik tabii ki utanılacak, hakaret olarak kabul edilecek bir özellik değildir. Çingeneliği küçümseyen, onları aşağılayan, önyargı ile hareket eden patolojik bir tarihsel düşüncenin toplumda varlığı realitesi karşısında bu patolojik anlayışın cezalandırılması, mahkûm edilmesi gerekir. Bu nedenle somut olayda sanığın nefret saiki ile hareket edip etmediği mahkemece araştırılıp tartışıldıktan sonra sanığın nefret söylemi ile hareket ettiğinin kabulü halinde TCK.nın 125/1. maddesi uyarınca mahkûmiyetine karar verilmelidir. Sanığın nefret söylemi ve önyargı saiki ile bu sözleri söylemediğinin tespiti halinde ise beraatine karar verilmeliydi.”: Y. 18. CD, 7/12/2016 T., 2015/33232 E., 2016/18820 K.; Y. 18. CD, 27/4/2015 T., 2015/997 E., 2015/580 K.: Yayınlanmamış karar.

¹⁸ MONDAL/SILVA/BENEVENUTO, s.87. Aynı doğrultuda bkz. Anayasa Mahkemesi Baş. No: 2014/12225, K. T. 14/7/2015.

¹⁹ AİHM, Sürek /Türkiye, No: 1, Büyük Daire No: 26682/95, Güzel ve Özer/Türkiye 6/7/2010 Kararı.

Söz konusu ifadenin kim tarafından ve hangi koşullar altında beyan edildiğinin değerlendirilmesi gerekir. Şöyle ki, sözleri söyleyen kişinin etki düzeyi, yer ve zaman bakımından söylemin şiddet doğurmaya uygun olup olmadığı, vasıflandırmada önemli ölçüttür. Eş deyişle, “*yakın ve mevcut tehlike*” ölçütüne yakın bir analiz yapılması gerekmektedir²⁰.

Devlet veya milletin bir kısmı için rahatsız edici, kural dışı, endişe verici olmakla birlikte hakaret ve şiddet/şiddet kışkırtıcılığı içermeyen sözler ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilmelidir (Anayasa m. 13, 14, 25, 26 ve AİHS m. 9/II, 10/II, 17)²¹. Zira özgürlük, insanlara duymak istemediklerini söyleyebilmektir²². Buna karşın kişilere hakaret ve suçluyu övme olarak algılanabilecek kimi ifadeler ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği gibi nefret suçu kapsamında da değerlendirilemez. Örneğin değerli bilim insanı Ceren DAMAR ŞENER’in katledilmesinden sonra “*Bu örnek hareket umarım sınavlarımıza yansır*” şeklinde sosyal medyada yapılan paylaşımdan sonra paylaşımcı hakkında “*suçu ve suçluyu övmek*” suçundan soruşturma başlatılmıştır. Burada matufiyet olsaydı, daha açık anlatımla failin okuduğu üniversite ve başarısız olduğu dersler dikkate alındığında belli bir öğretim üyesini kastettiği anlaşılıysaydı, nefret söylemi olur muydu? Kanaatimizce olmazdı. Zira yukarıda da ayrıntılı bir şekilde incelendiği üzere, nefret söyleminin ön koşulu olan din, inanç, dil, ırk, engellilik, cinsiyet gibi nedenlerle toplumun belli bir kesimini ötekileştirmek somut olayda gerçekleşmemiştir. Nasıl ki “*senden nefret ediyorum*” ifadesi nefret söylemi olarak vasıflandırılmıyorsa burada da aynı durum söz

²⁰ AİHM, Zana v. Türkiye, 25/11/1997 Kararı. Şiddeti, silahlı direnmeyi veya isyanı teşvik eden yaklaşımların yanı sıra azınlıkları hedef alan nefret söylemi içeren açıklamalar, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmez: AİHM, Kızılyaprak v. Türkiye, 2/10/2003 Kararı; AİHM, Yurttaş v. Türkiye, 27/5/2004 Kararı; AİHM, Abdullah Aydın v. Türkiye, 9/3/2004 Kararı.

Yazının içeriği, şiddeti teşvik edip etmediği değerlendirilmelidir: AİHM, Gözel ve Özel v. Türkiye, 6/7/2010 Kararı.

²¹ “*Somut olayda, sanıkların infaz hâkimliği önündeki savunmalarında; Şiddeti, silahlı direnmeyi veya ayaklanmayı teşvik eden ifadelerin kullanılmadıkları, işlenen bir suçu yahut işlediği suç nedeniyle kişiyi övücü nitelikte bulunmayan, başka bir hükümlü hakkında “sayın” denilerek onun infaz koşulları ile ilgili kendi değer yargularını içeren düşüncelerini açıklayan sanıkların eyleminde ... yüklenen suçun yasal unsurları oluşmadığı...*” şeklindeki kararında Yargıtay, “*Sayın Abdullah Öcalan, önderimiz*” ifadesinde hukuka aykırılık oluşmadığına hükmetmiştir: Y. 8. CD, 15/2/2013 T., 2013/1567 E., 2013/5627 K.: NALBANT, s.234. Aynı doğrultuda bkz. Anayasa Mahkemesi Baş. No: 2013/9343, K. T. 4/6/2015.

²² ÇELİK, s.207.

konusudur. Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararında²³, botoks yaptıran bir sunucuya ithafen fotoğraflarını da ekleyerek sarf edilen “*sunucu Z ne kadar iğrenç (hasslich) değil mi?*” şeklindeki ifadeyi nefret söylemi olarak değerlendirmiş ve kişilik haklarının ihlâline hükmetmiştir. Kanaatimizce burada da bir din, inanç, dil, ırk, cinsiyet, engellilik gibi toplumda bir gurubu ötekileştirmeye yönelik bir durum olmadığından nefret suçu işlenmemiştir.

D) Nefret Söyleminin Artmasında Yeni Medyanın Rolü

İletişim teknolojilerindeki yeni gelişmelerle birlikte geleneksel medyanın (radyo, televizyon, sinema, basın) yanı sıra yeni medya, dijital medya, İnternet, sosyal medya gibi kavramlar da medya literatüründe kullanılmaya başlanmıştır. Bu yeni medya teknolojilerinin ortaya çıkışı ise bilgisayar ve iletişim teknolojilerindeki gelişmelerle mümkün olmuştur. Bilhassa sosyal medyanın gelişimi için 2000’li yıllardan itibaren Web 2.0’nın kullanılmaya başlaması kırılma noktasıdır. Web 2.0 dönemiyle birlikte kullanıcılar gelişen teknolojinin de yardımıyla internette kolayca içerik üretmeye başladılar. “Kullanıcı türevli içerik” olarak adlandırılan bu süreçle birlikte kontrolsüz bir üretim alanı içerisinde yapılan kimi paylaşımlar nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlâlinden nefret söylemine kadar çeşitli etik ihlâllerle karşılaşmıştır. İnternet ortamında çoğunlukla duyuma dayalı yanlış bilgilerin hızla yayılması yeni medya alanındaki bir başka önemli etik ihlâl olan “*üretilen içeriklerin olgunlaşmadan ve doğruluğunun teyit edilmeden yayılması sorunu*” gündeme getirmektedir. Bu, aynı zamanda yalan haberlerin Web 2.0 teknolojisiyle yazı ve görsellerin yeniden kurgulanarak gerçekmiş gibi sunulduğu içeriklere de ortam sağlamaktadır²⁴. Kullanıcının içerik üretir konuma gelmesi sosyal medya ağlarında nefret içerikli konuşmaların miktarının artmasında önemli bir paya sahiptir. Bu ağlardaki nefret söylemine ilişkin en tehlikeli boyut ise hızla yayılması ve paylaşılması dolayısıyla sıradan insanlar tarafından bile farkında olmadan içselleştirilmeleridir. Sürekli bu tarz paylaşımlara maruz kalan kullanıcı için bir süre sonra bunlar normalleşmeye başlamaktadır²⁵.

Bu durumun toplum üzerindeki etkisinin hissedilmesi, çevirim içi nefret söyleminin tespitine yönelik ilginin artmasını beraberinde getirmiştir. Böyle

²³ BGer 5A_888/2011, 20/6/2012.

²⁴ KARAGÖZ, s.681.

²⁵ VARDAL,s.141.

bir tespit için temel sözcük filtreleri yeterli bir çözüm sağlamamaktadır. Zira nefret içerikli bir konuşma olarak kabul edilen söylemin bağlamı, birlikte görüldüğü görüntü, video, ses, o anda dünyadaki gelişmeler, yazarın kimliği ve hedef kitlesi tarafından etkilenmiş olabilir²⁶. Bu da yeni medya ortamında nefret söyleminin tespitinin zorluklarına işaret etmektedir. Nefret söylemini neyin inşa ettiğini tanımlamak için tutarlı bir dil modeli geliştirmeye ihtiyaç duyulduğunu öne süren görüş, örneğin bir örgütten yalnızca bahsetmenin ve hatta övmenin nefret söylemini oluşturmayacağını savunmaktadır²⁷. Bu anlamda olmak üzere, “*Ku Klux Klan*” adının bir tarih makalesinde, bir resmî evrakta ya da herhangi bir meşru iletişim biçiminde geçmesi tek başına nefret içeriği değildir. Hatta örgütün onaylanması da bir başka gruba sözlü bir saldırıyı oluşturmaz. Aynı nedenle bir yazarın kendi ırksal gurubuna yönelik aşırı gururlu ifadeleri de nefret söylemi niteliğini haiz değildir. Böyle bir övünme rahatsız edici görünebilir ama nefret diliyle birlikte olma olasılığı yüksek olsa da öteki kötülenmediği sürece bir hukuka aykırılıktan bahsetmek mümkün değildir²⁸.

Kimi zaman doğrudan kimi zaman da abartma, çarpıtma, ima ve kinaye gibi dolaylı yollardan gerçekleştirilen nefret söylemiyle, geleneksel medyada da karşılaşmaktadır. Ancak kullanıcıların da içerik üretimine katılabildikleri ve editoryal denetimden çoğu kez azade olan yeni medya ortamında nefret söylemi daha çok küfür, hakaret, aşağılama gibi daha görünür ve doğrudan biçimlerde gerçekleştirilmeye başlanmıştır. Kimi çevrelerce tartışmalı bir şekilde ifade özgürlüğünün bir parçası ya da bir “*iç dökme eylemi*” olarak kabul edilen bu söylemler sosyal ağların, blogların, mikroblogların, forumların, katılımcı sözlüklerin, fotoğraf, video ve müzik paylaşım sitelerinin, dijital oyun sitelerinin, okur yorumlarının neredeyse doğal bir parçası hâline gelmiştir²⁹.

²⁶ SCHMIDT/WIEGARD, s. 1; VARDAL, s.140, 141.

²⁷ WARNER/HIRSCBERG, s.20. Aynı doğrultuda bkz. Anayasa Mahkemesi Baş. No: 2013/1461, K. T. 12/11/2014.

²⁸ WARNER/HIRSCBERG, s. 20. Yargıtay da bir kararında onur, şeref ve saygınlığı rencide edici boyutta olmayan ifadelerin suç teşkil etmeyeceğini hükme bağlamıştır; “... Somut olayda, sanığın, katılana yönelik söylediği “kim oluyorsun sen çingene” şeklindeki ifadesinde geçen “çingene” sözü, Türk Dil Kurumunun Güncel Sözlüğünde “Hindistan’dan çıktıkları söylenen, dünyanın çeşitli yerlerinde yaşayan bir topluluk” olarak tarif edilmiş olup, sanığın “çingene” ifadesi ile halen ülkemizde kendilerini “roman” olarak nitelendiren ve Avrupa’dan Türkiye’ye göçetmiş vatandaşlarımızı kast etmesi karşısında; bu sözlerin katılanın onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmaması nedeniyle, hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığı...”: Y. 18. CD, 7/12/2016 T., 2015/33232 E., 2016/18820 K.: Yayınlanmamış karar.

²⁹ ÖZTEKİN, s.926.

Dijitallik, etkileşimsellik, hipermetinsellik, yayılım, sanallık ve multimedya biçimselliği gibi, geleneksel medyadan farklılaştıran özellikleri nedeniyle yeni medya, nefret söyleminin daha doğal, daha yaygın, daha kolay erişilebilir, daha kolay üretilebilir ve sonuçta da normal kabul edilebilir olduğu bir mecra hâline gelmiştir. Yeni medya ortamında nefret söylemi, dolaşıma girdiği andan itibaren kullanıcılar tarafından yorumlanabildiği için nefretin artarak büyümesine neden olur. Yeni medyanın *multimedya biçimselliğine* sahip olması telekomünikasyon, veri iletimi, kitle iletişimi gibi iletişimin farklı boyutları ile imge, ses, metin ve sayısal veri türlerinin bir arada bulunması anlamına gelmektedir. Ağ üzerinden başka mecralara kolayca erişimin gerçekleşmesi anlamına gelen *hipermetinsellik* nefret söyleminin hızla yayılmasını kolaylaştırmaktadır. Bu da bir nefret sitesinden başka nefret sitelerine, belli bir konuda etnik guruplara, cinsel kimliklere ve yönelimlere karşı nefret söylemini yayan çevrimiçi haber sayfasından yine böyle bir video paylaşımına ya da *Facebook* gibi toplumsal paylaşım ağlarında örgütlenmiş nefret gruplarının duvarlarında paylaşılan nefret söylemi içerikli video paylaşımına ulaşmayı çok kolaylaştırmaktadır³⁰.

Yeni medyanın nefret söylemini arttırmasına neden olan özelliklerinden biri de kullanıcılarının *anonim* olabilesidir. Zira sosyal psikoloji araştırmaları, anonim olma hâlinin bir kişinin davranışlarını güçlü bir şekilde etkilediğine dair birçok kanıt bulmuştur. Bunlardan biri de anonim olduklarını hissettikleri durumlarda insanların daha saldırgan olma eğiliminde olmalarıdır. Kullanıcılar anonim sosyal medya sitelerinde daha az engellenebilmekte ve bastırılmış hislerini ya da fikirlerini daha rahat ifade edebilmektedir³¹.

Yeni medya ortamlarından olan video paylaşım ağlarının nefret söylemi üretilmesinde ve yayılmasında oynadığı rol, tek bir tıklamayla aynı anda çok sayıda kişiye ulaştırılabilmesinde yatmaktadır. Bu nedenle yeni medya ve özellikle video paylaşım ağları geleneksel medya araçlarına kıyasla hedef kitleye ulaşmada çok daha güçlüdür. Mesajların ulaştırılması kullanıcının amacı doğrultusunda farklı şekillerde gerçekleşebilir. Video paylaşım ağının ara yüzü, bloglar veya forumlar üzerinden benzer ya da yakın görüşleri olan diğer kullanıcılar ile söz konusu video buluşabilmektedir. Ayrıca toplumsal paylaşım ağları üzerinden bir videoyu kullanıcının ağında yer alan tüm kullanıcılarla rastgele paylaşması da söz konusu olabilir. Bu durumda alıcı/

³⁰ BİNARK, s.26, 27; VARDAL, s.141. Bu durum da tazminat miktarını tayinde rol oynayan önemli hususlardan biridir: Anayasa Mahkemesi Baş. No: 2013/1461, K. T. 12/11/2014.

³¹ MONDAL/SILVA/BENEVENUTO, s.90.

kullanıcı videodaki görüşleri benimsemiş olmasa bile bu türden videolarla sık sık karşılaştığından nefret söylemini normal olarak algılayabilmektedir³².

Sosyal paylaşım ağları, hizmet kullanım şartlarında genellikle nefret söylemini yasaklar. Örneğin, *Yahoo*’da “*kanunsuz, zararlı, tehdit edici içerik içeren, küfürlü, taciz edici, çarpık, küçük düşürücü, kaba, müstehcen, aldatıcı, mahremiyete saldıran, ırksal, etnik ya da başka türlü sakıncalı*”, *Facebook*’ta “*nefret dolu, tehdit edici, pornografik, şiddeti kışkırtan*” içerikleri yasaklayan hükümler vardır. Ancak kullanıcı gönderimleri genellikle rahatsız edici sözcüklerin sabit bir listesi kapsamında filtrelenirken, nefret söyleminin kendisini tanımlamak için şu anda halka açık otomatik bir sınıflandırıcı yoktur³³.

Yeni medyadaki iletilerin cüz’i maliyetlerle sağlanması, bunların sınıflandırılmasını güç hâle getirmekte ve böylelikle denetime ilişkin sorunlar ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, bu platformların aynı zamanda haber paylaşımı için de kullanılması, başka sorunlara yol açmaktadır. Geleneksel gazetelerin İnternet ortamına taşınmasının dışında, habercilik webloglarının ortaya çıkması ve bunların bilinen anlamda gazetecilik rutinini ve kodlarını takip etmemesi gazetecilik etik ilkelerini ihlâl eden sonuçları beraberinde getirmiştir³⁴.

Almanya’da mültecilere karşı *Facebook* üzerinden işlenen nefret suçları ve anti-mülteci söylemleri arasındaki ilişkinin ele alındığı bir çalışmada sosyal medyanın habere ulaşmada ne ölçüde kullanıldığı ortaya koyulmuştur. Buna göre, özellikle genç insanlar için sosyal medya giderek daha çok haber kaynağı olarak kullanılmaktadır. Almanya’da sosyal medya 18-25 yaş aralığındaki kişiler için ana haber kaynakları arasında yer almasına karşılık Amerika’da yetişkinlerin yaklaşık yarısı sosyal medyayı haber almak için kullanmaktadır³⁵. Sosyal medyada sadece metinleri değil görüntüleri, video ve sesleri de içeren bu mesajların düzenli olarak yorumlanması da bu platformların nefret söyleminin yayılmasındaki etkisini daha çok arttırmaktadır. Yorumların ve paylaşımların yaptığı etkiyi fark eden online ana akım medya da daha çok ilgi çekmek için “*şok*” ve “*flaş*”larla sunduğu haberlerine yorum alabilmek için yeni yöntemler denemeye başlamıştır. Artık haberlere yorum almak ya da

³² Anayasa Mahkemesi Baş. No: 2014/12225, K. T. 14/7/2015; ÇOMU, s.175, 176.

³³ WARNER/HIRSCBERG, s.19.

³⁴ GERAY/AYDOĞAN, s. 310.

³⁵ Yine bu ülkede Facebook kullanıcılarının üçte ikisi bu platformu haber kaynağı olarak kullanmaktadır: MÜLLER/SCHWARZ, s.2.

herhangi bir paylaşım sitesinde paylaşmak olağan bir durum hâline gelmiştir. Medya endüstrisi bu gücü daha yaygın bir şekilde kullanmak istediği için okurları yorum yapmaya teşvik etmektedir³⁶. Ancak nefret söyleminin en çok üretildiği alanlardan biri de bu okuyucu yorumlarıdır.

II- Nefret Söylemine Karşı Hukukî Koruma Yolları

Çalışmamızın bu bölümünde nefret söylemi ile mücadelede cezaî değil hukukî koruma yolları incelenecektir.

A) Haksız Fiil Sorumluluğu

Nefret söylemi nedeniyle ortaya çıkan zararlardan sorumluluk haksız fiil sorumluluğudur.

1. Sorumluluğun Şartları

Sorumluluğun şartlarını haksız saldırı, zarar, illiyet bağı, kusur ve matufiyet olmak üzere beş başlık altında inceledik.

a) Haksız Saldırı

Haksız fiilin (TBK m. 49 vd.) ilk koşulu olan hukuka aykırısı³⁷ fiilde, fiil nefret söylemidir ve bir önceki bölümde ayrıntılı olarak incelenmiştir. Fiilin haksızlığı yahut hukuka aykırılık unsurunun tespiti bakımından ise nefret söylemi neticesinde ihlâl edilen normun ortaya koyulması gerekmektedir. Nefret söyleminin doğrudan veya dolaylı olarak düzenlendiği mevzuat hükümleri; AİHS m. 10, Anayasa m. 26, TCK m. 122, m. 125 ilâ 131, 216, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun m. 8/I-b, TMK m. 24, 25, TBK m. 58'dir.

aa) İlgili Hukuk

aaa) Genel Olarak

“Herkes ifade özgürlüğüne hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar.” (AİHS³⁸ m.

³⁶ DİRİNİ, s.57, 58.

³⁷ Hukuka aykırılık teorileri bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 695 vd.

³⁸ 10/12/1948'de BM Genel Kurulu tarafından ilân edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, 4/11/1950'de Roma'da imzaya açılmış, 3/9/1953'te yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti, 10/3/1954'te Sözleşmeyi onaylamış, 28/1/1987'de bireysel başvuru hakkını tanımış, AİHM'nin zorunlu yargı yetkisini ise 28/1/1990'da kabul etmiştir.

10/I) şeklinde ifade özgürlüğü güvence altına alındıktan sonra “*Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ... kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi... ahlâkın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması... için ... gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tâbi tutulabilir.*” (AİHS m. 10/II) hükmü ile de bu özgürlüğün sınırları ortaya konmuştur. Ezcümle, nefret söylemi ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez.

İfade özgürlüğü, beraberinde bazı ödev ve sorumlulukları da getirmektedir (AİHS m. 10/II). Kamu yararı, diğer kişilerin haklarının korunması, yargının bağımsızlığının ve gücünün korunması ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamalardır. Politikacılar hakkında yapılan eleştirilerin sınırı sıradan insanlara nazaran daha geniştir. Eş deyişle, politikacılar daha hoşgörülü olmalıdır. Hâl böyle olmakla birlikte, politikacıların da itibar ve haklarının korunmasının bu madde kapsamında değerlendirileceğine şüphe yoktur. Konu ile ifade arasında makul bir düşünsel bağ kurulmadan ırk ayrımı ve itibarıyla nefret söylemi kullanılması öze biçim arasındaki dengeyi bozmaktadır. Politikacı da olsa bir kişinin başka etnik kökenden olduğunu imayı da aşar şekilde iddia etmek TCK’da koruma altına alınan alenen aşağılama suçunu oluşturur (m. 216). Bu ifadelerin sokakta kullanılması mazur görülebilir fakat basında yer alması³⁹ etki gücünü artırmakta ve hoşgörü sınırlarını aşmaktadır⁴⁰.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası⁴¹ düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini güvence altına aldıktan (m. 26/I) sonra sınırlarını düzenlerken “*başkalarının şöhret veya haklarının*” korunmasını da hükme bağlamıştır (m. 26/II). Daha açık anlatımla, başkalarının şöhret veya haklarının korunması

³⁹ Mevzuatımızda (Anayasa m. 28, Basın Kanunu m. 1 ve 3) basına tanınan özgür yayın yapma güvencesinin amacı, sağlıklı, mutlu ve güvenlik içinde yaşayan bir toplum oluşturmaktır. Şöyle ki, dünyada ve bilhassa ait olduğu toplumda meydana gelen ve kendisini ilgilendiren konularda bilgi sahibi olmak insanlar için önemlidir. Bu ise basının özgür bir şekilde olayları izleme, araştırma, değerlendirme, yayma ve böylelikle de kişileri bilgilendirme, aydınlatma ve yönlendirme görev ve sorumluluğunu yerine getirmesi ile mümkündür. Ezcümle, basına yüklenen bu kamu görevi, haksız fiil sorumluluğunun değerlendirilmesinde farklı bir yöntemin izlenmesine yol açmaktadır. Şöyle ki, normalde hukuka aykırı olarak değerlendirilebilecek bir fiil, basın yolu ile yapıldığında hukuka uygun olarak kabul edilebilir: Y. 4. HD, 6/12/2017 T., 2016/942 E., 2017/8002 K.: Yayınlanmamış karar. Aynı doğrultuda bkz. Anayasa Mahkemesi Baş. No: 2013/2602, K. T. 23/1/2014; Anayasa Mahkemesi Baş. No: 2013/724, K. T. 25/6/2015.

⁴⁰ Y. 4. HD, 15/12/2014 T., 2014/2413 E., 2014/17146 K.: Yayınlanmamış karar.

⁴¹ RG, 9/11/1982, S. 17863 (Mükerrer).

noktasında düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin söz konusu olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere “nefret” kavramından bahsetmeyen temel norm, yorum yolu ile ulaşılabilecek bir koruma sağlamaktadır.

“Nefret ve Ayrımcılık”⁴² başlıklı hüküm ile TCK⁴³ “Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasî düşünce, felsefî inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini, b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını, c) Bir kişinin işe alınmasını, d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde bir suç ihdas etmiştir (m. 122)⁴⁴. Bunun yanı sıra hakaret suçları (genel tahkir) (TCK m. 125 ilâ 131)⁴⁵, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama (TCK m. 216) suçları da dolaylı olarak nefreti düzenlemektedir.

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun⁴⁶ “Yayın Hizmetleri İlkeleri” başlıklı hükmünde yayın hizmetlerine ilişkin olarak “İrk, dil, din, cinsiyet, sınıf, bölge ve mezhep farkı gözeterek toplumu kin ve düşmanlığa tahrik edemez veya toplumda nefret duyguları oluşturmaz” ifadesini kullanmıştır (m. 8/I-b).

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun⁴⁷ nefret söylemine doğrudan yer vermediği gibi erişimin engellenmesine dair hükmünde de dolaylı da olsa nefrete dair bir hüküm içermemektedir (m. 8). Hâl böyle olmakla birlikte, kişilik haklarına ilişkin düzenlemede İnternet ortamında yapılan yayın nedeniyle kişilik haklarının ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak veya

⁴² Sadece “Ayrımcılık” olan madde başlığı 2/3/2014 tarih ve 6529 sayılı Kanun m. 15 ile “Nefret ve Ayrımcılık” şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklikteki temel amaç, söz konusu suçun nefrete dayalı ayrımcılık olduğuna vurgu yapmaktır: Değişiklik gerekçesi.

⁴³ RG, 12/10/2004, S. 25611.

⁴⁴ Ayrımcılığa dayanan bu suç, doğrudan kast ve nefret saikiyle işlenebilen bir niteliği haizdir: Madde gerekçesi.

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s.468 vd.; ÜZÜLMEZ, s.43 vd.; AYDIN, s. 881 vd. “Cumhurbaşkanı’na hakaret” (TCK m. 299), “Devletin egemenlik alametlerini aşağılama” (TCK m. 300), “Türklüğü, cumhuriyeti, devletin kurum ve organlarını aşağılama” (TCK m. 301) ve “Yabancı devlet bayrağına karşı hakaret” (TCK m. 341) başlıkları altında da hakaret suçlarının özel hâlleri düzenlenmiştir.

⁴⁶ RG, 3/3/2011, S. 27863.

⁴⁷ RG, 23/5/2007, S. 26530.

sulh ceza hâkimine müracaatla içeriğin yayından kaldırılmasını isteyebilir (5651 sayılı Kanun m. 9/I). İçerik veya yer sağlayıcısı tarafından bu taleplerin en geç 24 saat içinde cevaplandırılması gerekir. Keza hâkim de kendisine yapılan müracaatı en geç 24 saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar ve takdir yetkisi doğrultusunda erişimin engellenmesine karar verebilir (5651 sayılı Kanun m. 9/II, III, VI).

Yukarıda da ifade edildiği gibi, Türk hukukunda nefret söylemi konusunda henüz net bir düzenleme bulunmamaktadır. Nitekim Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (ECRI) beşinci izleme dönemine ilişkin Türkiye raporunda⁴⁸ nefret söylemi ile mücadele konusunda Türkiye'nin yetersiz kaldığına vurgu yapılmıştır⁴⁹. ECRI, nefret söylemiyle mücadele etmek için kullanılacak enstrümanları, farkındalık artırma, öz denetim, hukukî ve idarî yaptırımlar olarak ifade etmektedir. Ayrıca, her

⁴⁸ 29/6/2016 Kabul, 4/10/2016 Yayın Tarihi.

⁴⁹ “Türkiye nefret söylemiyle ilgili çok az miktarda resmi veri yayınlamıştır. AGIT (OSCE)/ODIHR nefret suçu bildirme sistemine göre Türkiye sadece nefret duygularını kışkırtma ile ilgili veri sağlamakta (TCK Madde 216) ancak, örneğin, ırkçı veya homofobik/transfobik hakaretler gibi suç sayılan nefret söylemi türleriyle ilgili veri sağlamamaktadır. Ayrıca, Türkiye sadece yargı ile ilgili bilgileri vermekte, polisle ilgili bilgileri sağlamamaktadır. Bu istatistiklere göre, 2015 yılında 658 vaka ile ilgili dava açılmış (bu sayı 2013 yılında 535, 2012 yılında ise 497 idi), bunlardan 202’si hüküm giymiştir (bu sayı 2013’te 334, 2012’de ise 158 idi). Şu ana kadar polis ve yargı organları mağdurların etnik kökeniyle ilgili bilgi toplamamaktadır ancak kısa bir süre önce İçişleri Bakanlığı bünyesinde kurulan Mağdur Hakları Bölümünde istatistiklere bu bilgilerin de eklenmesine çalışılmaktadır. Türk yazılı basınında nefret söylemiyle ilgili geniş bilgi mevcuttur. Hrant Dink Vakfı 2012 yılından beri günlük bazda izlediği 100 adet ulusal ve yerel yazılı basın unsurunda çıkan suç sayılan ve sayılmayan nefret söylemleriyle ilgili düzenli raporlar yayınlamaktadır. Son dört raporda tespit edilen nefret söylemi sayısı 141’den 313’e yükselmiştir. Eylül-Aralık 2014’ü kapsayan son raporda 143 söylem Yahudilere, 115 Hıristiyanlara, 60 Ermenilere, 59 Kürtlere, 29 LGBTİ bireylere, 19 Türkiye’de yaşayan Rumlara, 18 İngilizlere, 16 Suriyeli göçmenlere, 14 genelde Rumlara, 11 batı toplumlarına, 8 Alevilere ve 7 de Araplara yönelik olarak tespit edilmiştir. Raporlardan, Kürtlerin protesto eylemleri, Papanın Türkiye’yi ziyareti veya Kudüs’te, Mescidi Aksaya saldırı gibi olayların nefret söylemi dalgasına katkıda bulunduğu ve bu olaylara göre nefret söyleminin hedefinin değişiklik gösterdiği anlaşılmaktadır. 2013 Eylül ayından Aralık ayına kadar en çok sayıda nefret söylemi Alevilere ve Yahudilere (her bir grupta ilgili 57 söylem), 2014 Ocak ayından Nisan ayına kadar Ermenilere (75), 2014 Mayıs’ından Eylül ayına kadar ise tekrar Yahudilere (143) yöneltilmiştir. Nefret söyleminin nispeten yeni hedefi, zaman zaman suç işlemekle ve düşük ücretle çalışarak “iş çalmakla” suçlanan Suriyeli mültecilerdir. 5000 yazılı basılı yayınlara ilgili olarak yapılan bir araştırmada nefret söyleminin en fazla etnik köken nedeniyle (%46,98), dinle (%20,92), milli kimlikle (%13,2), cinsel yönelimle (%5), sosyal statüyle (%4,69) ve cinsel kimlikle (%2,87) bağlantılı olduğu ortaya konmuştur...” Raporun tam metni için bkz. https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/10/27/ecri_turkey_report_5_tr.pdf.

kademedeki resmî yetkililer ile siyasî liderlerin nefret söylemine son vermeleri tavsiye edilmektedir. Nefret söylemini kullananların yaptırımla karşılaşmaması, nefret söyleminin hedef aldığı kişilerin korumasız kalması sonucunu doğurmaktadır⁵⁰.

bbb) Medenî Hukuk

Nefret söyleminin tazminat boyutu kişilik haklarının ihlâliyle ilişkilidir. TMK m. 24, 25 ve TBK m. 58’de güvence altına alınan bu haklar – her ne kadar Kanunda açıkça ifade edilmemiş olsa da doktrinde –; a) yaşam, sağlık ve vücut tamlığı, b) şeref ve haysiyet, c) hayat alanı (sır, özel ve kamuya açık), ç) resim üzerindeki hak ile d) meslek sanat ve ticarete dair itibar olmak üzere beşe ayrılır⁵¹.

Çalışma konumuz itibarıyla saldırıya uğrayanın kişilik hakları arasında ilk olarak şeref ve haysiyet akla gelmektedir. TDK, şerefi “*Başkasının, birine gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, onur; toplumca benimsenmiş iyi şöhrat*”, haysiyeti ise “*değer, saygınlık, itibar; öz saygı*” şeklinde tanımlamıştır⁵². Şeref ve haysiyet, belli bir toplumda ve belli bir zamanda kişide bulunması gerektiğine inanılan değer yargılarının bütünüdür. Bu cümleden yola çıkarak söz konusu yargılar, toplumdan topluma değiştiği gibi aynı toplumda da zamanla farklılık gösterebilir⁵³. Nefret söylemi, kişilik haklarından şeref ve haysiyete saldırı niteliği taşımaktadır.

Şeref ve haysiyetin yanı sıra sağlık da ihlâl edilen kişilik değerleri arasında yer alır. Yaşam hakkı içinde değerlendirilen⁵⁴ sağlık, kanaatimizce beden bütünlüğünden farklı olarak ele alınması gereken kişilik hakkıdır⁵⁵.

⁵⁰ ECRI, şu fiillerin kasten gerçekleştirilmesi durumunda cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır: “*şiddetin, nefretin veya ayrımcılığın alenen kışkırtılması, aleni aşağılama ve karalama; bir kişinin veya bir grup insanın ırk, renk, dil, din, milliyet veya ulusal veya etnik köken gerekçesiyle tehdit edilmesi; bir grup insanın ırk, renk, dil, din, milliyet veya ulusal veya etnik köken gerekçesiyle üstün gören veya hor gören veya aşağılayan bir ideolojinin ırkçı amaçlar doğrultusunda alenen ifade edilmesi; soykırım suçlarının, insanlığa karşı işlenen suçların veya savaş suçlarının ırkçı amaçlar doğrultusunda alenen inkâr edilmesi, önemsizleştirilmesi, haklı gösterilmesi veya hoş görülmesi*”.

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. ERDOĞAN/KESKİN, s. 239 vd.; OĞUZ, s. 14 vd.; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s.340 vd.

⁵² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=şeref. E.T. 22/1/2019.

⁵³ Benzer doğrultuda bkz. YHGK 28/3/2001 T., 2001/2-276 E., 2001/289 K.: www.kazanci.com.tr.

⁵⁴ ARPACI, s.111.

⁵⁵ Aynı doğrultuda bkz. DURAL, s 117.

Nefret söylemi, mağdurun ruh sağlığını doğrudan doğruya olumsuz etkileyen bir haksız fiildir.

Nefret söyleminin, resim üzerinden yapılması akla resim üzerindeki hakkı getirmektedir. Keza, ticaret ile uğraşan bir kişiye yönelik nefret söyleminin, uygun illiyet bağı içinde olduğu sürece ticarî itibara yönelik bir saldırı niteliğinde olduğu söylenebilir.

Bir kişiyi, nefret söylemlerine konu edilen kişi veya gruplarla ilişkilendirmek de uygun illiyet bağı içerisinde değerlendirilerek kişilik hakkı ihlâli olarak mütalaa edilebilir⁵⁶.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, nefret söylemi ile kişilik haklarının birçoğunun saldırıya uğradığını ifade edebiliriz.

Kişilik hakları ihlâllerinde hukuka uygunluk nedenleri, zarar görenin rızası, üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılmasıdır (TMK m. 24/II). Yargıtay'ın, taciz niteliğindeki davranışların konu olduğu haberler nefret boyutuna ulaşırsa dahi toplumsal yararın bulunduğu hâllerde hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmediğini kabul eden bazı kararları mevcuttur⁵⁷.

bb) Zarar

En basit ifade ile malvarlığında irade dışı meydana gelen eksilme olarak ifade edilecek zararın, çeşitli türleri vardır. Kişilik hakları ihlâllerinde ilk akla gelen zarar türü, kişinin ruhsal dünyasında meydana gelen eksilme şeklinde ifade edebileceğimiz manevî zarardır⁵⁸. Böyle olmakla birlikte Yargıtay bir kararında, davacının kişiliğine değil, basın toplantısında yaşananlara yönelik eleştiri ve tepkilere – ağır da olsa – mesleği gereği (gazeteci) katlanmak zorunda olduğunu ve manevî zararın oluşmadığını hükme bağlamıştır⁵⁹.

⁵⁶ Y. 4. HD, 26/1/2015 T., 2014/2523 E., 2015/889 K.: Yayımlanmamış karar.

⁵⁷ Y. 4. HD, 6/12/2017 T., 2016/942 E., 2017/8002 K.: Yayımlanmamış karar. "...2013 yılbaşı gecesini İstanbul'daki kutlamalarda meydana gelen taciz olayı fotoğraflanarak mizahi bir anlatımla kamuoyuna duyurulmuştur. Davacı kutlamaların yapıldığı yerde sivil polis olarak görev yaptığına göre, üzerinde üniforma bulunmayan davacının mesleğinin ve hangi maksatla kutlamalarda bulunduğu davalılarca bilinmesi mümkün değildir. Dosya kapsamından davalıların özel bir kastına veya kötüniyetine de rastlanılmamıştır. Şu durumda davanın reddine karar verilmesi gerekirken kısmen kabulüne karar verilmesi doğru değildir..."

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. AYDOS, s.11 vd.; KESKİN, 42 vd.

⁵⁹ Y. 4. HD, 14/3/2016 T., 2015/5136 E., 2016/3265 K.: Yayımlanmamış karar.

Nefret, manevî zararın yanı sıra maddî zararlara da yol açabilir. “..... *Şarküteri dükkânında domuz eti satıyor!*”, “*Ermeni ticaretinden elde ettiği geliri acaba nereye harcıyor?*” şeklindeki ifadeler, söz konusu şahsın ticaret hacmini doğrudan olumsuz etkiler ve maddî zarara neden olur.

Nefretin doğurduğu zarar, doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilir. Keza cismanî zarara neden olabileceği gibi ölüme dâhi yol açabilir. Örneğin, “..... *hukuk fakültesinde derse giren isimli hoca ki eşçinseldir kendisi!*” şeklindeki bir beyanın sosyal medya üzerinden hızla yayılması neticesinde söz konusu akademisyenin darp edilmesi ve hatta öldürülmesi durumunda cismanî zarar ve ölüm hâlinde ortaya çıkacak zarar söz konusu olabilecektir.

cc) İlliyet Bağı

Hayatın olağan akışı ve yaşam tecrübelerine göre, nefret söyleminin (telafisi) talep edilen zarara yol açmış olması gerekir⁶⁰. Bir esnafın kafasında kipa ile ağlama duvarı önünde çekilmiş bir fotoğrafının, İsrail Devleti ile ilişkilerin gerildiği bir dönemde yeni medya yolu ile yayılması ve söz konusu esnafın dükkânına taşlı sopalı saldırı neticesinde dükkânda zarar ortaya çıkması durumunda uygun illiyet bağı gerçekleşmiş olur. Zira böyle bir hâlde ortaya çıkan zarar, gerçekleştirilen nefret söyleminin hayatın olağan akışına uygun bir sonucu olarak kabul edilebilir niteliktedir. Bu fotoğrafın hakikate taalluk etmesi hâlinde dahi nefret söyleminin yol açtığı haksız fiil ortaya çıkacak iken, fotoğrafın montaj olması durumunda sorumluluğun doğacağı şüpheye yer bırakmayacak şekilde açıktır⁶¹.

İlliyet bağının kesilmesi sorumluluğun kalkması sonucunu doğurur. Yukarıdaki örnek üzerinden gidecek olursak, ağlama duvarının önünde çekilen fotoğrafın sınırlı sayıda, o ilde yaşamayan ve şiddete eğilimi olmayan kişilere gönderilmesine rağmen, fotoğrafın hızla yayılması neticesinde kişinin maddî zarara uğraması hâlinde illiyet bağının kesildiğinden söz edebiliriz. Zira fotoğrafı gönderen kişinin eylemi ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağından bahsedilemez. Bu durumda ortaya çıkan zarar, fotoğrafın sınırlı bir veya birkaç kişiye gönderilmesinin uygun bir sonucu olmayıp, esnafın dükkânına yapılan saldırının sonucudur.

⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ERDOĞAN, s.127 vd.; EREN, s.536 vd.

⁶¹ “... *davacının geçmiş yaşantısı, etnik ve dini kökenleri, meslekî geçmişi hakkında halkın kin ve nefretine maruz kalmasına neden olacak gerçek dışı karalamalar ve haksız ithamların yer alması...manevî tazminatı gerektirmiştir.*”: Y. 4. HD, 16/10/2017 T., 2015/12872 E., 2017/5882 K.: Yayımlanmamış karar. İnternet sitelerine düşen haberlerin, doğruluğunu kontrol etmeden yayımlanması, yayımlayan kişinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz: Y. 4. HD, 16/10/2017 T., 2015/12872 E., 2017/5882 K.: Yayımlanmamış karar.

Aynı örneğe devam edecek olursak, fotoğrafı *Whatsapp*'tan beş kişi ile paylaşması, ardından da o beş kişinin de beşer kişiye dağıtması ve böylelikle söz konusu fotoğrafın dalga dalga yayılarak dükkânın saldırıya uğraması durumunda ortak illiyetten söz etmek mümkündür. “*Lütfen paylaşalım*” gibi bir etiketleme söz konusu ise tam teselsül, paylaşılan kişilerin kendi ihtiyarı ile fotoyu dağıtması durumunda ise eksik teselsülden bahsedilebilir. Burada şu nokta önemlidir, dükkâna zarar veren ve kimlikleri tespit edilen kişiler hiç şüphe yok ki ortaya çıkan zarardan doğrudan sorumludur. Bu fotoğrafı ilk olarak paylaşan kişinin sorumlu olacağına da duraksamaya yer yoktur. Hâl böyle olmakla birlikte, mağduru tanımayan, mağdurun Türkiye’de yaşadığını bilmeyen, söz konusu iletiyi her hangi bir amaç gütmeyen öylesine dağıtan kişiler de sorumlu olacak mıdır? Bu sorunun cevabı kusur bahsinde incelenecektir.

çç) Kusur

Kusursuz sorumluluğun istisna olması, nefret söyleminin mevzuatımızda yeterli düzenlemeye konu olmaması karşısında, çalışma konumuz kusura dayanan sorumluluk olarak mütalaa edilmelidir. Kısaca hukuken kınanan davranış olarak ifade edilen kusur⁶², haksız fiilin subjektif unsurunu oluşturur ve failin durumu ile ilgilenir.

Toplumsal barışı ve huzuru olumsuz etkileyen nefret söylemi, niteliği gereği ağır neticelere sebebiyet verdiği için, yeni medya kullanıcılarının bu hususta dikkat ve özen seviyelerinin yüksek olması beklenir. Şöyle ki, ayrımcılığa yol açan veya açabilecek türden paylaşımların hiç yapılmaması gerekir. “*Böyle bir sonucu öngörmemiştim!*”, “*Bu olanları asla istemezdim!*”, “*İnsanların böyle bir tepki vereceğini nereden bilecektim!*”, “*Fotoğrafta yer alan giysi, kıyafet veya sembollerin belli bir dini, ırkı, mezhebi, cinsel tercihi ifade ettiğini bilmiyordum*” gibi savunmalar asla dikkate alınmamalıdır. Zira orta zekalı, makul bir kişiden beklenen davranış, anlamını bilmediği, tam olarak yorumlayamadığı fotoğrafları, resimleri, videoları paylaşmaktan imtina etmesidir.

dd) Matufiyet

Yargıtay içtihatlarıyla hukukumuzda dâhil olan matufiyet, “*yöneliklik, yönelmiş olmaklık*” anlamında kullanılmaktadır⁶³. Kişilik haklarına yapılan

⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. ERDOĞAN, s.118 vd.; EREN, s.529 vd.

⁶³ TDK Türkçe Sözlükte matufiyet kavramı yer almamakta, kök kelime “*matuf*” ise “*Bir*

saldırılara karşı açılan davalarda matufiyet, dava şartıdır. Buna göre matufiyet, kişilik hakları saldırıya uğrayanın ya açıkça belirtilmesi (önad ve soyad şeklinde) ya sıfatının zikredilmesi (..... Bakanı gibi) ya da şüpheye mahal bırakmayacak şekilde ima edilmesini ifade eder. Ezcümle, açıkça anlatılmasa da söylemin o kişiye/kişilere yönelik olduğunun anlaşılması veya anlaşılabilir olması, matufiyet koşulunun gerçekleşmesi için yeterlidir⁶⁴. Bu çerçevede matufiyet unsurunun gerçekleşmemesi de davanın reddi nedenidir⁶⁵. Matufiyetin açık insan hakları ihlallerine yol açacağı iddiası⁶⁶ kanımızca mesnetten yoksundur.

b) Nefret Söyleminden Sorumlu Olan Kişiler

Nefret söylemini ilk gerçekleştiren kişinin yanı sıra bunu yeni medyada yayan kişiler de doğan sonuçtan duruma göre sorumlu tutulabilirler. Bu noktada ayrıca *ekşi sözlük*, *uludağ sözlük* gibi, web sitelerinin editörlerinin de zararlardan sorumlu tutulup tutulmayacakları meselesi tartışılabilir. 15/3/2019'da Yeni Zelanda'da iki camiye yapılan terörist saldırıda 51 kişi katledilmiştir. Bunun üzerine ülkemizde bulunan ekşi sözlük sitesine bir kişi "videoyu izlerken keşke türkiyeye gelip bu Cuma günü camileri temizlese diye iç geçirdim" ifadelerini yazmıştır. *Ekşi sözlük*ten ise "... "yeni zelanda'da camiye saldırı" başlığına yazılan kabul edilemez bahse konu entry, birkaç dakika içerisinde fark edilerek aynı dakikalar içerisinde silinmiş, entry'i yazan kullanıcının hesabı ise nefret söylemi sebebiyle kapatılmıştır.

Her sosyal paylaşım sitesinde olduğu gibi, ekşi sözlük'te de içerikler kontrolden geçmeden yayına alınmaktadır. Herhangi bir nefret söyleminin, hukuka aykırı nitelikte içeriklerin ekşi sözlük'te barındırılması mümkün

yöne eğilmiş, yöneltilmiş" şeklinde tanımlanmaktadır: http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=matuf. E.T. 22/1/2019.

⁶⁴ "...Hukuka aykırı eylemde bulunan kişi mağdurun ismini açıkça belirtmemiş veya isnat ettiği fiili üstü kapalı bir biçimde geçiştirmişse, isnadın mahiyetinde ve mağdurun şahsına matufiyetinde tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa, hem isim zikredilmiş, hem de hakaret vaki olmuş sayılır (Hukuk Genel Kurulu 16/09/2015 gün ve 2014/4-85 E 2015/1774 K- 07/07/2010 gün ve 2010/4-377 E 2010/365 K).": Y. 4. HD, 14/3/2018 T., 2016/2998 E., 2018/1856 K.: Yayımlanmamış karar; Y. 4. HD, 22/11/2018 T., 2016/13407 E., 2018/7257 K.: Yayımlanmamış karar;

⁶⁵ "... davalı kendi Facebook hesabında herhangi bir isme veya muhatabını tarif eden ibare ve görüntüye yer vermeksizin söz konusu ifadeleri kullanmış olmasına göre matufiyet unsuru gerçekleşmemiştir. Bu durumda davalının ifadelerinin davacıya matuf olmadığı kabulü gerekir...": Y. 4. HD, 12/12/2018 T., 2016/11487 E., 2018/7910 K.: Yayımlanmamış karar. Aynı doğrultuda bkz. Anayasa Mahkemesi Baş. No: 2013/2602, K. T. 23/1/2014.

⁶⁶ Y. 4. HD, 2/2/2015 T., 2014/16557 E., 2015/1240 K.: Yayımlanmamış karar.

değildir. Bu içeriklerle ilgili gelen şikâyetler hızlı bir şekilde incelenmekte ve hukuka aykırı olanlar silinmektedir. Ziyaretçilerimiz de rastladıkları hukuka aykırılıkları, ilgili entry'nin yanında yer alan "şikâyet" butonuna basarak bize iletebilir ve bu sürece katkıda bulunabilirler." şeklinde bir açıklama gelmiştir. Bu noktada, nefret söylemini içeren ifadeyi derhal silen sosyal paylaşım sitesinin sorumluluğundan bahsedemeyiz. Hâl böyle olmakla birlikte, bu şekilde bir nefret söylemi, matufiyet unsurunu da sağlamak kaydıyla, uzunca bir süre o sosyal paylaşım sitesinde kalsa idi kanaatimizce sorumluluğun doğacağından bahsedilebilirdi. Ezcümle, ortaya çıkan zarara uygun illiyet bağı içinde katkıda bulunan herkes, ortaya çıkan zarardan ötürü sorumludur⁶⁷.

2. Nefret Söylemine Karşı Hukukî Korunma Yolları

Nefret söylemi ile ihlâl edilen temel normun kişilik hakları olması münasebetiyle hukukî koruma yollarını da üçe ayırarak inceleyebiliriz. Bunlar savunma davaları, tazminat davaları ve vekâletsiz iş görme davasıdır (TMK m. 25).

a) Savunma Davaları

Savunma davaları kendi içinde önleme, durdurma ve tespit olmak üzere üçe ayrılır. Nefret söylemine ilişkin saldırı tehlikesi ortaya çıktıktan sonra önleme, başlamış ve devam etmekte olan saldırıya karşı durdurma ile sona ermiş olmakla birlikte etkileri devam etmekte olan saldırılar için de tespit davaları açılabilir (TMK m. 25/I). Kısaca ifade etmek gerekirse saldırı henüz başlamadan önleme, devam ederken durdurma, sona erdikten sonra ise tespit davası açılır. Bu üç davanın veya herhangi ikisinin eş zamanlı açılma ihtimali söz konusu değildir.

Yeni medyada nefrete ilişkin bir söylemin yayılacağı tehlikesi ortaya çıktığı anda önleme davasına müracaat edilir. "*Öğretim üyesi ... e, 1 Nisan şakası yapacağız*" ifadesinin sosyal medyada duyurulması durumunda, öğretim üyesine dair nefret içeren beyanların yapılacağı konusunda güçlü ve inandırıcı deliller var ise 1 Nisan gelmeden ilgili kişinin sosyal medya hesabına erişim engellenebilir.

Eşcinsel öğretim üyesi nin, sadece eşcinsellerin gittiği mekânlarda çekilmiş fotoğraflarının sosyal medyada yayımlanmaya başlaması hâlinde

⁶⁷ Bir dizinin yapımcısı da dava ehliyetini haizdir. Dizi hakkında eleştiri yapılırken kullanılan fuhuş kelimesinin, eleştiri sınırlarını aşarak davacının kişilik haklarına saldırı olarak kabul edilir. Ayrıca yapılan karalama kampanyası da hukuka aykırıdır: Y. 11. HD, 12/12/2016 T., 2015/14495 E., 2016/9502 K.: Yayımlanmamış karar.

durdurma, söz konusu fotoğraflar hesaptan kaldırılmasına rağmen insanlar arasında bu durumun konuşulmaya devam etmesi hâlinde ise tespit davası gündeme gelir. Önemle belirtilmelidir ki, mesele fotoğrafların gerçek ya da montaj olması değildir. Başka bir ifadeyle tespit davasından amaç görüntülerin gerçek olup olmadığının ortaya çıkarılması değildir. Kişilerin cinsel tercihleri nedeniyle ayrımcılığa tâbi tutulması hukukun ihlâlidir. Tespit davasında hedef, insanların bu hukuksuzluğa hizmet etmesinin önüne geçmektir.

Savunma davaları ile birlikte davacı, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması talebinde de bulunabilir (TMK m. 25/II). Bir öğretim üyesinin eşcinsel olduğuna işaret eden fotoğrafların sosyal medyada paylaşılması neticesinde, açılmış ve kazanılmış olan durdurma davasının yayımlanması nasıl bir amaca hizmet edecektir? Şöyle ki, davacının talebi doğrultusunda hâkimin bu kararı yayımlaması, hukukî durumu bilmeyen insanların bu durumun nefret söylemi olduğu ve hukuka aykırı olduğu bilgisine ulaşması dışında mağdur açısından nasıl bir kazanım doğuracaktır? Bu bilginin daha çok yayılması, belki de failin amacına hizmet edecek ve mağduriyetin artmasına yol açacaktır. Dolayısıyla, hâkimin – toplumsal barışı etkileyen niteliği haiz bu ihlâllerde – yayıma karar vermeden önce olası sonuçları özenle incelemesi, mamafih davacıya da bu konuda izahta bulunması gerektiği kanaatindeyiz.

b) Tazminat Davaları

Nefret söyleminin yol açtığı zararların giderilmesi, maddî ve manevî tazminat davaları ile talep edilebilir (TMK m. 25/III).

Nefret söyleminin neden olabileceği maddî zararlar, zarar bahsinde incelenmiştir. Bu noktada önemli olan ortaya çıkan maddî zararın nefret söylemi ile uygun illiyet bağı içerisinde olmasıdır.

Manevî tazminatın ise ölçüsünü, hâkim takdir eder. Hâkimin takdirinde, tarafların kusur oranı, sıfatı, işgal ettikleri makam ile diğer sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınır. Takdir hakkına etki eden tüm hâl ve şartların gerekçede objektif olarak gösterilmesi gerekir. Takdir edilen bu paranın zarara uğrayanda manevî huzuru gerçekleştirecek nitelikte olması gerekir. Ceza niteliğini haiz olmayan manevî tazminat, maddî bir zararın karşılanmasına yönelik de değildir⁶⁸.

⁶⁸ Y. 4. HD, 25/10/2018 T., 2016/9080 E., 2018/6577 K.; Y. 4. HD, 5/11/2018 T., 2016/11653 E., 2018/6653 K.: Yayımlanmamış karar.

c) Vekâletsiz İş Görme Davası

Haksız saldırı nedeniyle elde edilen haksız kazancın kendisine verilmesine ilişkin talep olan vekâletsiz iş görme de, nefret söyleminde söz konusu olabilir. Zira nefret söylemini içeren ifadenin yer aldığı sosyal medya sağlayıcısının bulunduğu mecrada bir kazanç ortaya çıkmış bulunabilir. Örneğin bir youtuber, *Youtube*'a yüklediği bir videoda “*Ankara’da bir devlet üniversitesinde görev yapmakta olan, lisansüstü eğitimini Ermenistan’da tamamlayan doçent ünvanlı öğretim üyesinin, Ermeni diasporası ile olan yoğun bağları, dedelerinin Ermenistan’dan geldiğine işaret etmektedir*” ifadelerini kullandığında, nefret söylemi ve matufiyet⁶⁹ koşulları oluşmuştur. O hâlde, bu videonun izlenme oranına mütenasip youtubera ödenecek meblağı, mağdur olan öğretim üyesi vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca talep edebilir.

ç) Talebin Mirasçılara Geçmesi

Nefret söylemi yolu ile kişilik hakları ihlallerinde dava taleplerinin mirasçılara geçip geçmeyeceği hususu ikili bir ayrımla incelenecektir. Mağdur talepte bulunduktan⁷⁰ (savunma, tazminat, vekâletsiz iş görme davaları) sonra ölürse, mirasçılarının buna devam edeceği yönünde tereddüt yoktur. Mağdur henüz talebini ileri sürmeden öldüğünde savunma davalarına ilişkin davaların mirasçılar tarafından açılacağını düşünüyoruz. Zira toplumsal barışa tehdit niteliği taşıyan nefret söyleminin engellenmesi, ortaya çıkmışsa durdurulması, sona ermiş ise de hukuka aykırılığının tespiti kamu yararına ilişkindir.

Maddî tazminat talebi, malvarlığına ilişkin olması, mirasbırakanın ölümü ile tüm hak ve borçlarının başkaca herhangi bir işlem yapılmasına gerek kalmaksızın mirasçılara geçeceğine ilişkin küllî halefiyet ilkesi gereği mirasçılar tarafından ileri sürülebilecektir. Vekâletsiz iş görmeye dair istemi de aynı çerçevede değerlendirebiliriz.

İhtilaf manevî tazminat talebinde ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki “*Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.*” (TMK m. 25/IV) hükmü gereği nefret söyleminin mağduru, manevî tazminata ilişkin talebini ileri sürmeden öldüğünde mirasçıları bu davayı açabilecek midir? Manevî tazminat talebi, hem şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olması

⁶⁹ İlgili öğretim üyesinin resmî internet sitesinde yer alan özgeçmişinde tahsilini Ermenistan’da yaptığı bilgisi yer alıyorsa matufiyet koşulu sağlanmıştır.

⁷⁰ Bu talep salt dava olmamakla birlikte, noter marifetiyle ihtar çekme, ihlâlê dair avukat ile konuşup vekâlet verme gibi konuya dair verilen tepkiler de bu bağlamda değerlendirilebilir.

hem de mirasbırakan tarafından ileri sürülmemiş ise af edilmiş olabileceği gerekçeleri ile mirasçılara geçmez görüşüne katılmıyoruz. Zira henüz tazmin edilememiş bu zararın talep edilmesi; ölenin hatırasına saygının yanı sıra, kamu yararı niteliği ağır basan nefret söylemleri ile mücadele olgusunda da faydalıdır. Mirasçıların açtığı davada, mirasbırakanın bu söylem nedeniyle kendisini affettiğini herhangi bir delille ispatlayan davalı, tazminat ödemekten kurtulacaktır⁷¹.

B) Usule Dair Hükümler

Çalışmamızın bu bölümünde nefret söyleminin hukukî sonuçları bağlamında yetkili ve görevli mahkemenin yanı sıra ispat kuralları ile belirsiz alacak talebi kısaca incelenecektir.

1. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Genel yetki kuralı olan davalının yerleşim yerinin (HMK⁷² m. 6/I) yanı sıra Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlara karşı Türkiye’de mutad meskeninin olduğu mahalde de (HMK m. 9/I) dava açılabilir. Yeni medya yolu ile yapılan ihlâlde husumetin birden fazla kişiye yöneltilmesi durumunda her bir davalının yerleşim yerinde dava açılabilir (HMK m. 7/I). Davalının sosyal medya sağlayıcısı olması durumunda, bu tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yerde dava açılabilmesi gibi (HMK m. 6/I), şubelerinin bulunduğu yerler de yetkilidir (HMK m. 14/I). Davacının kişilik haklarına ilişkin korumaya en kısa, basit ve ucuz yoldan ulaşabilmesi eş deyişle kişiliğin üst düzey korunması için getirilen özel yetki kuralı ile davacı, kendi yerleşim yerinde de bu davaları açabilir (TMK m. 25/V). Son olarak, nefret söyleminin kişilik haklarında yaptığı ihlâl daha açık anlatımla buna dayanarak doğacak borç haksız fiile dayandığı için haksız fiilin gerçekleştiği yer mahkemesi de yetkilidir (HMK m. 16). Bu anlamda olmak üzere örneğin, herkese açık *Twitter* hesabından yapılan nefret söylemine karşı Türkiye’nin her yerinden dava açmak mümkün olacaktır, yeter ki orada İnternet erişimi olsun.

Değer ve miktara bakılmaksızın malvarlığı ile şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olması karşısında (HMK m. 2/I) nefret söyleminden kaynaklanan maddî ve manevî tazminat davaları asliye hukuk mahkemesinde açılacaktır.

Nefret söylemini yapan kişinin memur olması hâlinde, saldırının göreve ilişkin olup olmadığının değerlendirilmesi uyuşmazlığın çözüme

⁷¹ AYDOS, s.27.

⁷² RG, 4/2/2011, S. 27836.

kavuşturulacağı yargı yolunun tespitinde önemlidir. Şöyle ki, kişisel kusura dayanıyorsa adli yargı, memuriyete ilişkin görevin ifası esnasında yapılan haksız saldırılarda idarî yargı görevli olacaktır⁷³. Örneğin, üniversiteye kayıt esnasında siyahî öğrencilerin işlerini zorlaştıran, geciktiren, onlara ten renklerine vurgu yaparak hakarete bulunan idarî personele karşı idarî yargıda dava açılacaktır.

2. İspat Kuralları

Yeni medya yoluyla yapılan nefret söyleminin hangi kişilik değerlerini ihlâl ettiğini, söylem ile ortaya çıkan zarar arasındaki illiyet bağı, matufiyeti ve davalının kusurunu ispat külfeti davacıdadır (TMK m. 6). Bu süreçte en önemli en hassas ve en güç husus uygun illiyet bağının ispatıdır. Zira uğranıldığı iddia edilen zarardan sorumluluk nefret söylemi ile illiyet bağına bağlıdır. Matufiyetin ispatı da bu sürecin esaslı noktalarından biridir. Bu noktada hâkimin esnek davranarak, en basit delilleri de değerlendirerek görünüş ispatına (*anscheinsbweis*) önem vermesi gerektiğini düşünüyoruz. Kanaatimizce matufiyet unsurunu taşıyan nefret söylemi, manevî zarara yol açar. Eş deyişle nefret söyleminin ruhsal âlemde eksilmeye yol açtığı, objektif manevî zarar teorisinin burada geçerli olduğu kanaatindeyiz⁷⁴. Son olarak manevî tazminatın miktarını belirlerken hâkimin, takdir yetkisini sonuna kadar davacı lehine kullanması gerektiği kanaatindeyiz. Zira birlik ve beraberliğe kasteden nefret söyleminin üst düzey bir yaptırıma tâbi tutulması gerekir.

3. Belirsiz Alacak

Maddî tazminat taleplerinde mümkün olan “*belirsiz alacak*” davaları (HMK m. 107/I-II), manevî tazminat taleplerinde uygulamada kabul edilmemektedir⁷⁵. Bu yerleşik içtihada katılmıyoruz⁷⁶. Zira nefret söylemi zaman geçtikçe etkilerini artıracak, kişinin mağduriyetini yükseltecek ağır bir haksız fiildir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, çarpan etkileri olan nefret söylemi plânlanmadığı veya öngörülmediği ölçüde büyük, yıkıcı sonuçlara yol açabilir. Bu sonuçlar dava devam ederken ortaya çıkabileceği gibi, dava sonuçlandıktan sonra dahi kendini gösterebilir. Bu durumda, kesin hüküm

⁷³ Haksız şikâyetten ötürü kişilik haklarına yapılan saldırılarda, memur olan davalının göreviyle ilgili bir eylemine değil kişisel kusuruna dayanan davalar adli yargıda çözüme kavuşturulur: YHGK, 23/10/2018 T., 2017/4-1355 E., 2018/1553 K.: Yayınlanmamış karar.

⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. KESKİN, s. 67 vd.

⁷⁵ YHGK 14.11.2001 T., 2001/21-993 E., 2001/1019 K. : Yayınlanmamış karar.

⁷⁶ Aynı doğrultuda bkz. AYDOS, 28, 29.

itirazının ya da Yüksek Mahkemenin ifade ettiği gibi “...zarar görenin daha önce belirttiği istemi ile zararını açıkladığı ve belirttiği için artık geriye bir alacağı kalmadığı için...”⁷⁷ talebin reddinin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Daha açık anlatımla, dava devam ederken yahut dava sona erdikten sonra ortaya çıkan zararların da tazminin uygun olduğunu düşünüyoruz.

4. Ceza Hukuku ile İlişki

Zarar verenin kusurlu olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığına karar veren hukuk hâkimi, ceza hukukunun konuya ilişkin yaklaşımlarıyla bağlı değildir. Bununla birlikte, ceza hâkimi tarafından verilen kusurun değerlendirilmesi, zararın belirlenmesi ve beraat kararı da hukuk hâkimini etkilemez (TBK m. 74). Buradan çıkan sonuca göre ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararlarının hukuk hâkimini bağlaması (TBK m. 74) karşısında, haksız fiilin koşullarının gerçekleştiğinin kabulü gerekmektedir⁷⁸. Hâl böyle olmakla birlikte, çalışma konumuz itibarıyla nefret söylemi suçunun her daim haksız fiile sebebiyet vermeyeceğinin de dikkatten kaçırılmaması gerekir. Şöyle ki, TCK m. 122 doğrultusunda suç oluşturan bir söylemde, matufiyet unsuru bulunmuyor ise haksız fiil de söz konusu olmayacaktır. Eş deyişle, nefret içeren söylemin belli bir kişi veya kişileri kastetmesi tazminat için gerekli bir unsurdur. Öte yandan, suç niteliği taşımamakla birlikte aynı eylemin haksız fiil olarak vasıflandırılması da mümkündür. Şöyle ki, bir söylem TCK m. 122’de düzenlenen eylemleri içermemekle birlikte kişilik haklarını ihlâl ediyor olabilir. Sözelimi, nefret söylemi, hedef aldığı kişinin şeref ve haysiyetine zarar verebilir.

Ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararının hukuk hâkimini etkilemeyeceği (TBK m. 74/I) hükmü, fiilin sanık tarafından işlenmediği noktasında verilmiş ise hukuk hâkimini bağlayacaktır. Daha açık anlatımla, temel hedefi hakikat olan ve hukuk hâkimine nazaran daha güçlü araştırma imkânlarına sahip olan ceza hâkiminin, nefret söyleminin adı anılan kişi tarafından yapılmadığı, yeni medyada kullanılan takma adın ilgili kişiye ait olmadığı gerekçesi ile verdiği beraat kararının hukuk hâkimini bağlayacağı konusunda şüphe yoktur. Dolayısıyla böyle bir durumda ilgili kişi aleyhinde açılmış olan tazminat davasının reddedilmesi gerekir.

⁷⁷ YHGK 14.11.2001 T., 2001/21-993 E., 2001/1019 K. : Yayımlanmamış karar.

⁷⁸ Y. 4. HD, 25/10/2018 T., 2016/9080 E., 2018/6577 K.: Yayımlanmamış karar.

C) Zamanaşımı

Savunma davalarının açılma süreleri davanın türüne göre farklılık gösterir. Buna göre, önleme davası söylem başlamadan tehlike devam ettiği sürece, durdurma davası söylem tekrarlandıkça, tespit ise söylemin etkileri var oldukça açılabilir. Nefret söyleminin başlangıç ânı, üçüncü kişilerin erişimine izin verilme lahzasıdır. Nefrete ilişkin fotoğraf, kişinin cep telefonunda yer almakla birlikte, yeni medyadan henüz yayımlanmamışsa, söylem gerçekleşmemiştir. Örneğin, eşcinsellerin gittiği bir mekânda çekilen fotoğrafın cep telefonunda tutulması, yeni medyadan paylaşılmaması, telefon bozulunca fotoğrafı bulan tamircinin bunu erişime açması hâlinde nefret söylemini gerçekleştiren kimdir? Burada ortak illiyet mi, illiyet bağının kesilmesi mi söz konusudur? Kanaatimizce bu durumda tamircinin eylemi fotoğrafı çeken kişinin fiili bakımından illiyet bağını kesen bir nedendir. Buna göre, zamanaşımının başlangıcı olarak tamircinin eylemi dikkate alınmalıdır.

Tazminat taleplerine ilişkin olarak özel hukuka dair mevzuatta özel bir düzenleme olmaması karşısında nefret söyleminin neden olduğu zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenildiği tarihten itibaren iki yıl ve her hâlde söylemin gerçekleştiği tarihten itibaren on yılın geçmesi ile talep zamanaşımına uğrar (TBK m. 72/I).

SONUÇ

Nefret söylemi yöneltildiği grupların yaşadıkları topluma güven ve bağlılığını zedelemesinin yanı sıra nefret suçunun da tetikleyicisi olması hasebiyle toplumsal barış ve huzuru tehdit eder. Bu söylemle mücadelenin yolu ise öncelikle tüm boyutlarıyla tanımlanması ve sınırlarının belirlenmesinden geçer. Kanaatimizce, nefret söylemi toplumun belli kesimlerini din, inanç, dil, ırk, engellilik, cinsiyet gibi nedenlerle ayırarak, kendileri ile birlikte yaşamak istenilmediği, kendilerinin hoş görülmediği düşüncesini onlarda uyandırmak suretiyle kişilik haklarını ihlâl eden her türlü ifade biçimidir.

Şüpheye yer bırakmayacak şekilde yeni medya nefret söyleminin artmasında etkin bir rol oynamıştır. Erişimin kolaylığı, yaygınlığı, içeriğin kullanıcı tarafından da kolaylıkla üretilebiliyor olması, verilerin sayısız kere çoğaltılabilme özelliği, kullanıcının kimliğini gizleyebilmesi bu artışın temel nedenleridir. Nefret söylemiyle mücadelede en etkili yol öncelikle yurttaşların yeni medya okuryazarlığı noktasında yaygın eğitim süreci içinde bilgilendirilmesidir. Bu şekilde genç yaştan itibaren İnternet’i bilinçli şekilde

kullanan, buradaki risk ve tehlikelerin farkında olan, etik ihlallerden kaçınan yurttaşlar yetişebilecektir. Ancak medya okuryazarlığının seçmeli ders olarak çok da talep görmediği ülkemizde bu noktadaki bilinç düzeyinin yetersiz kaldığı görülmektedir. Nefret söylemiyle mücadelede etkili ikinci yol ise bu söyleme yönelik hukukî yaptırımların caydırıcı olması noktasındadır.

Nefret söylemi ile hukukî mücadelede ilk akla gelen ceza hukuku ve itibarıyla cezaî yaptırımlardır. Hâl böyle olmakla birlikte söylemin, matufiyet koşulunu sağlamak kaydıyla medenî hukuku da ihlâl etmesi mümkündür. Şöyle ki, kişilik haklarına zarar veren söylem haksız fiil sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Bu sonucun doğması için gerekli olan uygun illiyet bağı ve kusur koşullarını değerlendiren hâkimin, kamu yararını da göz önünde bulundurarak takdir hakkını daha esnek kullanması gerektiğini düşünüyoruz.

Nefret söyleminin sebebiyet verdiği zarar sadece manevî değil, maddî de olabilir. Eş deyişle, uygun illiyet bağı içinde olmak kaydıyla ortaya çıkan maddî zararlardan da sorumluluk söz konusu olabilir. Ayrıca, söylemi gerçekleştiren kişinin kazanç elde etmesi vekâletsiz iş görmeye dayanan talepleri de olanaklı hâle getirmektedir. Son olarak niteliklerine uygun düştükleri ölçüde savunma davalarının açılması da mümkündür. Çalışma konumuzun kamu yararını doğrudan ilgilendirmesinden ötürü, taleplerin mirasçılara geçmesi gerektiğini düşünüyoruz.

İnternet erişiminin olduğu her yerde ve asliye hukuk mahkemelerinde açılan davalarda, etki ve sonuçlarının toplumsal barışı tehdit edici niteliği haiz olması münasebetiyle hâkimin davacı lehine daha esnek davranması gerektiği kanaatindeyiz. Hâkimin, tüm delilleri değerlendirerek takdir yetkisini nefret söylemi ile mücadele konusunda kullanması etkili olacaktır. Manevî tazminatta belirsiz alacak talebini kabul etmeyen Yüksek Mahkeme içtihatlarının adil olmadığını düşünüyoruz. Hem haksız fiil hem de suç niteliği taşıyan nefret söyleminin, her iki hukuk disiplininin kendi işleyişi, ölçütleri ve aradığı unsurlar açısından ayrı ayrı ve titizlikle incelenmesi gerekmektedir.

Açılacak davalarda zamanaşımı sürelerinin başlama ânı, nefret söyleminin üçüncü kişilerin erişimine açıldığı andır. Son olarak, sadece hedef aldığı kişiyi değil tüm toplumu da yakından ilgilendiren nefret söylemi ile etkin mücadelenin, mevzuatımızda açık düzenlemelerle ve ayrıca hukuk uygulamasında emsal içtihatlarla mümkün olacağını düşünüyoruz.

Kaynakça

- AKINCI, Şahin: **Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler**, B. 10, Sayram Yayınları, Konya, 2017.
- AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: **Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku**, C. I, B. 14, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.
- AKKURT, Sinan Sami: “*Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlâli Hâlinde Ortaya Çıkacak Cezaî Sorumluluğa Medenî Hukuk Bağlamında Bir Bakış*”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXV, S. 2, Y. 2017, s. 329 – 373.
- ANTALYA, O. Gökhan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- ARPAÇI, Abdülkadir: **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)**, B. 2, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.
- ATAMAN, Hakan: “*Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları*”: **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**. Der. Yasemin İNCEOĞLU, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012.
- AYDIN, Devrim: “*Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu*”, Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. XIX, S. 2, Y. 2013, s. 879 – 918.
- AYDOS, Oğuz Sadık: “*Basın Yolu İle Kişilik Hakları İhlâllerinde Manevî Tazminat*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, Y. 2012, S. 2, s. 1 – 36.
- BİNARK, Mutlu: “*Nefret Söyleminin yeni Medya Ortamında Dolaşıma Girmesi ve Türetilmesi*”: **Yeni Medyada Nefret Söylemi**, Der. Altuğ AKIN, Kalkedon Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- ÇELENK, Sevilay: “*Ayrımcılık ve Medya*”: **Televizyon Haberciliğinde Etik**, Der. ÇAPLI, Bülent/TUNCEL, Hakan, Ankara, 2010, s. 211 - 229.
- ÇELİK, Elif: “*Nefret Söylemi İfade Özgürlüğünün Neresinde?*”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 2, Y. 2013, s. 205 – 239.
- ÇOMU, Tuğrul: “*Video Paylaşım Ağlarında Nefret Söylemi*”: **Yeni Medyada**

- Nefret Söylemi**, Der. Altuğ AKIN, Kalkedon Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- DEMİRBAŞ, Timur: “*Nefret Söylemi ve Nefret Suçları*”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. XIX, Özel Sayı – 2017, s. 2693 – 2701.
- DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan: “*Aldatılan Eş Tarafından Üçüncü Kişiye Yöneltilen Manevî Tazminat Taleplerinde Hukuka Aykırılık Unsuru*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. LXV, S. 3, Y. 2016, s. 687 – 721.
- DİRİNİ, İlden: “*Okur Yorumlarıyla Yeniden Yeniden Üretilen Nefret Söylemi*”: **Yeni Medyada Nefret Söylemi**, Der. Altuğ AKIN, Kalkedon Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: **Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku**, B. 19, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018.
- ERDOĞAN, İhsan: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 3, Gazi Kitabevi, Ankara, 2017.
- ERDOĞAN, İhsan/KESKİN, A. Dilşad: **Türk Medenî Hukuku (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku)**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2018.
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B. 23, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- GERAY, Haluk/AYDOĞAN, Aylin: “*Yeni İletişim teknolojileri ve Etik*”: **Televizyon Haberciliğinde Etik**, Der. ÇAPLI, Bülent/TUNCEL, Hakan, Ankara, 2010.
- İNCEOĞLU, Yasemin/SÖZERİ, Ceren: “*Nefret Suçlarında Medyanın Sorumluluğu: “Ya sev ya terk et ya da ...”*”: **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**, Der. İNCEOĞLU, Yasemin, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012.
- KAYMAK, Ayşe: “*Yeni Medyada Nefret Söyleminin Hukuki Boyutu*”, **Yeni Medyada Nefret Söylemi**, Der. Altuğ AKIN, Kalkedon Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- KARAGÖZ, Kezban “*Post-Truth Çağında Yayıncılığın Geleceği*”, **TRT Akademi**, 2018, 3(6), s. 678-708.
- KARAN, Ulaş: “*Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk*”: **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**. Der. Yasemin

İNCEOĞLU, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012.

KESKİN, A. Dilşad: **Objektif Manevî Zarar Teorisi Açısından Manevî Tazminat**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

KILIÇ, Taner: “*Nefret Suçları ile Mücadelede bir Örnek: Güney Yoksulluk Hukuk Merkezi (SPLC)*” **Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları**. Der. Yasemin İNCEOĞLU, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012.

MONDAL, Mainack/SILVA, Leandro Araújo/BENEVENUTO, Fabrício: “*A Measurement Study of Hate Speech in Social Media*”, **HT ’17**, July 04-07, s. 85 - 94, 2017.

MÜLLER, Karsten/SCHWARZ, Carlo: “*Fanning the Flames of Hate: Social Media and Hate Crime*”, December 2017.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3082972.

NALBANT, Atilla: “*İnsan Hakları Avrupa Hukuku İlkeleri Işığında Yüksek Mahkemelerin Yaklaşımı Hakkında Bir Değerlendirme*”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, C. IV, S. 7, Y. 2015, s. 227 – 243.

OĞUZ, Habip: **İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlâli ve Korunması**, B. 2, Adalet Yayınları, Ankara, 2012.

ÖZTEKİN, Hülya: “*Yeni Medyada Nefret Söylemi: Ekşi Sözlük Örneği*”, **USAD (The Journal of International Social Research)**, C. 8, S. 38, Y. 2015.

SCHMIDT, Anna/WIEGAND, Michael: “*A Survey on Hate Speech Detection using Natural Language Processing*” <http://www.aclweb.org/anthology/W17-1101>, E. T. 3/11/2018.

ÜZÜLMEZ, İlhan: “*Hakaret Suçu*”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. V, S. 12, Nisan 2010, s. 41 – 71.

VARDAL, Zeynep Burcu: “*Nefret Söylemi ve Yeni Medya*”, **Maltepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi**, 2015 Bahar 2(1), s. 132 – 156.

WARNER, William/HIRSCHBERG, Julia: “*Detecting Hate Speech on the WorldWideWeb*” **Proceedings of the 2012 Workshop on Language in Social Media (LSM 2012)**, Montre’al, Canada, June 7, 2012, s. 19 – 26.

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
ECRI	: European Commission against Racism and Intolerance
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
RG	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TMK	: Türk Medenî Kanunu
v.	: versus
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANININ C-463/09 SAYILI KARARI İLE ALT İŞVEREN İLİŞKİSİ- İŞYERİNİN BİR BÖLÜMÜNÜN DEVRİ TARTIŞMASI

Mehtap YÜCEL BODUR*

ÖZ

20.01.2011 tarihli C-463/09 sayılı Avrupa Birliği Adalet Divanı kararı çalışma kapsamında incelenmektedir. Karara konu olayda uyumsuzluk, devrin sonuçlarına ilişkin değil, bir devrin söz konusu olup olmadığına ilişkindir. Bu nedenle çalışmada da işyeri devrinin sonuçları üzerinde durulmamaktadır. Yönerge kapsamında “işyerinin devri” kavramı kısaca incelenmekte, karara konu olayda mevcut olan salt faaliyet devrinin AB hukuku, İngiliz hukuku ve Türk hukukunda işyeri devri kapsamına girip girmediği belirtilmektedir. Hukukumuzda işin devri, şartlar da sağlandığında asıl işveren alt işveren ilişkisi içinde mülahaza edilmekte ve işçiler işyeri devri düzenlemelerinden daha sıkı bir yaklaşım içinde alt işverenlik düzenlemeleri ile korunmaktadır. Türk hukukunda salt faaliyet devri alt işverenlik ilişkisine vücut verebilen bir konudur. Bu nedenle çalışmada Türk hukukunda işyerinin bir bölümünün devri ile asıl işveren- alt işveren ilişkisinin bağdaşıp bağdaşmayacağına dair olan tartışmalara yer verilmektedir. Bu konudaki görüşümüz izah edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: 2001/23 sayılı AB Yönergesi, işyeri devri, işyeri bölümü, faaliyet devri, asıl işveren- alt işveren ilişkisi.

THE DECISION OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION NUMBERED C-463/09 AND DISCUSSION OF SUBCONTRACTING RELATIONSHIP- TRANSFER OF PART OF A BUSINESS

ABSTRACT

The decision of the CJEU numbered C-463/09 dated 20.01.2011 has been examined within the scope of the study. The dispute in the subject matter of the decision is not related to the results of the transfer; it is about whether or not there is a transfer. Therefore, the results of the transfer of a business is not discussed in the study. Within the scope of the Directive, the concept of the transfer of a business is briefly examined and it is stated that whether or not the only transfer of activity in the subject matter is included in the scope of the transfer of a business in EU law, English law and Turkish law. In our law, the transfer of the activity, when the conditions are provided, is considered in the principal employer subcontractor relationship. Employees are

* Arş. Gör. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: mehtapyucel@gazi.edu.tr

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 06/03/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/03/2019

protected by subcontracting arrangements in a tighter approach than the business transfer arrangements. In Turkish law, the transfer of activities is a subject that can create subordinate relationship. For this reason, the study includes discussions on whether a part of the business in Turkish law will be compatible with the principal employer subcontractor relationship. Our opinion on this subject is explained.

Key Words: 2001/23/EC Directive, transfer of a business, part of a business, transfer of activity, principal employer- subcontractor relationship.

GİRİŞ

Küresel dünyada uluslararası işbirliğinin artması, ticari hayatın getirdiği değişimler işyeri devirleri ile daha sık karşılaşılmasına sebebiyet vermiştir. İşveren girişim özgürlüğü çerçevesinde işyerinin tamamını veya bir bölümünü başka birine devretme hakkına sahiptir. Dolayısıyla işveren değişlikleri işçilerin korunması yönünde işyeri devri hakkındaki düzenlemelerin önemini artırmıştır. Zira işveren değişikliği durumunda iş ilişkilerinin devam etmesi işçiler bakımından bir iş güvencesi olarak tanımlanabilir¹. İşyerlerinin devri ile ilgili ilk olarak 1977 tarihli 77/187 sayılı Yönerge kabul edilmiş, daha sonra bu Yönerge 1998 tarihli ve 98/50 sayılı Yönerge ile değiştirilmiştir. İki Yönergeyi birleştirmek için 2001 tarihinde hali hazırda yürürlükte olan 2001/23 sayılı İşletme ve İşyerinin Tümüyle veya Kısmen Devrinde İşçi Haklarının Korunması Konusunda Üye Ülkelerin Mevzuatlarının Uyumlaştırılmasına Dair Yönerge kabul edilmiştir. 2001/23 sayılı Yönerge hükümlerinin yorumlanması hakkında çalışma konumuzu oluşturan 20.01.2011 tarihli C-463/09 sayılı Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararına konu olay belediyenin temizlik işlerinin alt işverene devri ve daha sonra belediye tarafından tekrar üstlenilmesi üzerinedir. Kararda bir işyeri/işyerinin bir bölümünün devrinin var olup olmadığı tartışılmıştır. Salt faaliyet devrinin işyeri devri olmayacağı sonucuna varılmıştır. Türk hukuku bakımından da sadece işin devri eğer hukuka uygun bir biçimde gerçekleşti ise asıl işveren-alt işveren ilişkisine vücut vermektedir. Çalışmada karardan hareketle hukukumuzda işyeri bölümünün devrinden anlaşılan, faaliyetin devredilmesinden anlaşılan ve asıl işveren alt işveren ilişkisi ile işyeri bölümünün devrinin aynı olay bakımından çakışıp çakışamayacağı konuları tartışılmıştır.

¹ İREN, s.175.

Salt faaliyet devri bizim hukukumuz açısından işyeri devrine sebebiyet vermez, ancak alt işveren uygulaması kapsamında değerlendirilmesi gereken bir konudur. Oysa aynı konu İngiliz hukukunda işyeri devri kapsamında incelenmektedir. Dolayısıyla bir mesele farklı hukuk sistemlerinde normatif düzenlemeler sebebiyle farklı hukuki kurumların kapsamına girebilir. Öğretide tartışma konusu olan işyerinin bir bölümünün devri ile alt işveren ilişkisinin çakışıp çakışamayacağı meselesi de bu konu ile bağlantılıdır. Bu nedenle karara konu olaydan hareketle çalışmada tartışılmıştır.

I.KARARIN ÇEVİRİSİ²

İlk derece mahkemesi İspanya olan davada, davacı taraf CLECE SA, davalı taraf Ayuntamiento de Cobisa ve María Socorro Martín Valor'dur. Raportörün görüşü dinlendikten sonra; 26 Ekim 2010 tarihinde şu karar verilmiştir:

1. Dava işletmelerin, işyerlerinin veya bunların bir kısmının devri halinde işçi haklarının korunması hakkında üye devlet hukuklarının uyumlaştırmasını amaçlayan 2001/23 sayılı Yönergenin 1. maddesinin yorumu ile ilgilidir.
2. Soru CLESE SA tarafından Bayan Martin Valor ve Ayuntamiento de Cobisa'ya karşı Bayan Martin Valor'un işten çıkarılması ile ilgili yasal süreçte mahkeme önüne getirilmiştir.

Yasal Çerçeve

AB Hukuku

3. 2001/23 sayılı Yönerge, 29 Haziran 1988 tarihinde 98/50 sayılı Yönerge ile değiştirilen 14 Şubat 1977 tarihli 77/187 sayılı İşletme ve İşyerinin Tümüyle veya Kısmen Devrinde İşçi Haklarının Korunması Konusunda Üye Ülkelerin Mevzuatlarının Uyumlaştırılmasına Dair Yönergeyi yenilemekte, düzenlemektedir.
4. 2001/23 sayılı Yönergenin başlangıç bölümünde gerekçe 3'e göre Yönerge, özellikle bir işveren değişikliği olması durumunda, işçilerin korunmasını sağlamak için gereklidir.

² Kararın metni için bkz.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d59c528e970fa24262b3b1d8eefa9a4da1.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OahiQe0?text=&docid=83848&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=554250> Erişim Tarihi: 4.4.2018.

5. Yönergenin 1/1. madde hükmüne göre; Yönerge devrin hukuki işlem yanında birleşme yoluyla gerçekleşmesi durumunda da uygulanacaktır. Yönergedeki devir işlemi, bir işletmenin veya işyerinin ekonomik amaçlarını gerçekleştirmek üzere organizasyona dâhil edilmiş kaynakları ile ekonomik bütünlüğü korunarak bir başka işverene kısmen veya tamamen devrini ifade etmektedir. Kamu kurum ve kuruluşlarının görevli ve yetkili oldukları kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ekonomik bir faaliyet sayılmadığından, bunların devri ya da yeniden yapılandırılmaları veya idari faaliyetlerinin birbirine devri Yönergenin kapsamına girmemektedir.

6. Yönerge madde 3/1'e göre; devir tarihinde mevcut bir iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan tüm hak ve borçlar, bu devir nedeniyle işletmeyi veya işyerini devralan işverene geçecektir.

7. Yönerge madde 4/1'in ilk cümlesine göre; işletmenin veya işyerinin tamamen ya da kısmen devri, devreden ve devralan işveren bakımından işçilerin işten çıkarılması için tek başına bir fesih gerekçesi oluşturamaz. Ancak bu hüküm ekonomik, teknolojik ya da iş organizasyonu nedeniyle yapılacak fesihlerde uygulanmayacaktır.

Ulusal Hukuk

8. 2001/23 sayılı Yönerge 1/1995 sayılı ve 24 Mart 1995 tarihli İşçi Tüzüğü Kraliyet Kanun Hükmünde Kararnamesini değiştiren 44. maddenin onaylanması ile İspanyol hukukuna aktarılmıştır.

9. 44. maddenin 1. ve 2. fıkrasına göre; işletmenin, işyerinin veya işyerindeki bağımsız bir üretim biriminin devri tek başına iş ilişkisini sona erdirmeyecektir. Yeni işveren, emeklilik, ilgili özel bir mevzuat tarafından öngörülen durumlar, iş sözleşmesi ve sosyal güvenlik ile ilgili tüm taahhütler de dâhil olmak üzere, eski işverenin iş sözleşmesinden ve sosyal güvenlikle doğan tüm hak ve borçlarını üstlenmektedir. Bu madde, bir işletmenin veya işyerinin ekonomik amaçlarını gerçekleştirmek üzere organizasyona dâhil edilmiş kaynakları ile ekonomik bütünlüğü korunarak bir başka işverene kısmen veya tamamen devrini kapsamaktadır.

10. Toledo'da Bina ve Tesislerin Temizliğinde Çalışan İşçiler ile İlgili Toplu İş Sözleşmesinin 14. maddesi şu şekildedir: Temizlik işleri bir yüklenici tarafından yerine getirilen bir işletme, eğer bu işleri kendisi yerine getiren bir işletme tarafından devralınırsa, devralan işveren, yüklenici lehine çalışan işçilerin çalışmaya devam etmesini sağlamakla yükümlü değildir. Ancak

eğer temizlik işini yürütmek için yeni personel istihdam etmek isterse bu yapılmalıdır.

Ön karar ve yorum için dava ABAD'a taşınmıştır.

11.12.13. 27 Mayıs 2003 tarihinde, temizlik hizmetleri sağlayan bir firma olan CLECE, belediyeye ait okul ve binanın temizliği için Ayuntamiento de Cobisa (belediye yetkilisi) ile bir anlaşma yapmıştır. Söz konusu hizmetlerin sağlanması için gerekli olan herhangi bir 'özel ekipman' kurulmuş değildir. Bu sözleşmeye göre Bayan Martín Valor 25 Mart 2004'ten beri CLECE'de temizlikçi olarak çalışmaktadır. 9 Kasım 2007'de Ayuntamiento de Cobisa sözleşmesinin 31 Aralık 2007'de sona ereceği konusunda CLECE'yi bilgilendirmiştir.

14. 2 Ocak 2008 tarihinde CLECE, Bayan Martín Valor'a 1 Ocak 2008 itibariyle, bundan böyle söz konusu binanın temizliğini yapmayı üstlenen Ayuntamiento de Cobisa'nın personelinin bir üyesi olacağını bildirmiştir. CLECE'ye göre, Toledo'da Bina ve Tesislerin Temizliğinde Çalışan İşçiler ile İlgili Toplu İş Sözleşmesinin 14. maddesi uyarınca, Ayuntamiento de Cobisa o şirketin konusunu oluşturan iş ilişkisi ile ilgili tüm hak ve yükümlülükleri devralmıştır.

15.16.17. Aynı gün, Bayan Martín Valor Ayuntamiento de Cobisa tesislerinde çalışmak için iş görme edimini sunmuş, ancak orada iş görmesine izin verilmemiştir. CLECE de ona alternatif bir iş teklifi sunmamıştır. 10 Ocak 2008 tarihinde, Ayuntamiento de Cobisa bir iş bulma kurumu aracılığıyla, kendi tesislerinin temizliği için beş işçi kiralamıştır. Sonra Bayan Martín Valor sözleşmesinin hukuka aykırı feshedildiği gerekçesiyle CLECE ve Ayuntamiento de Cobisa'ya karşı dava açmıştır.

18. 13 Mayıs 2008 kararı ile Mahkeme (Juzgado de lo Social No 2 de Toledo), olayda Toledo'da Bina ve Tesislerin Temizliğinde Çalışan İşçiler ile İlgili Toplu İş Sözleşmesinin 14. maddesinin uygulanmayacağını, bu nedenle, Ayuntamiento de Cobisa'nın dava edilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Mahkeme CLECE'nin Bayan Martín Valor'ı hukuka aykırı bir şekilde işten çıkardığını tespit etmiş ve CLECE'yi ya Bayan Martín Valor'ı yeniden işe almak ya da ona 6.507,10 Euro tutarında tazminat ödemekle yükümlü tutmuştur. Her iki durumda da CLECE Bayan Martín Valor'a işten ayrı olduğu döneme ilişkin alamadığı ücretini ödemelidir.

19. 26 Aralık 2008 tarihinde, CLECE bu karara itiraz edip temyize gitmiştir.

İtirazında CLECE, Toplu İş Sözleşmesinin 14. maddesi ve İşçi Tüzüğü'nün 44. maddesinin bağlantılı olduğunu, Ayuntamiento de Cobisa'nın Bayan Martín Valor'la olan iş ilişkisinde kendisinin yerine geçtiğini iddia etmiştir.

20. Mahkeme 10 Aralık 2008'de, içtihadı birleştirme kararı haline gelen bir karara da atıf yaparak, bu toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, temizlik şirketi ile sözleşmesini sona erdiren ve farklı bir iş icra eden ana işletmeye uygulanamayacağını, kendi binalarının temizliğini kendisinin yürüteceğine karar verdiğini, böylece toplu iş sözleşmesinin kapsamının dışında kaldığını hükme bağlamıştır.

21. 22. 23. Bu şartlar altında Mahkeme, daha önceden temizlik işini yürütmesi için bir temizlik şirketiyle imzaladığı sözleşmesini sona erdiren ve kendi personeli kullanarak binalarının temizliğini kendisi yürüten bir belediyeye toplu iş sözleşmesinin 14. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağını, 2001/23 sayılı Yönergenin 1/1/a ve b maddesinin kapsamına girip girmediğini sormaktadır. Özellikle Mahkeme, toplu iş sözleşmesinin uygulanmadığı ve İspanyol Anayasası'nın 103/3. maddesi uyarınca iş ilişkilerinin özel bazı özellikler içerdiği bir kamu otoritesi olan Ayuntamiento de Cobisa hakkında 2001/23 sayılı Yönergenin 1/1/a ve b maddesine uygun sonuçlar çıkarmanın gerekli olup olmadığını sormaktadır.

“Binalarının temizliği işinin daha önceden bir yüklenici tarafından yerine getirildiği belediyenin kendisi tarafından üstlenilmesi veya sürdürülmesi, bunun için yeni işçi de işe almışsa, belediyeyi 2001/23 sayılı Yönergenin 1/1/a ve b maddesinin kapsamına dâhil eder mi?”

Önkarar için sevk edilen soru;

24. Bu soru ile Mahkeme esasında, 2001/23 sayılı Yönergenin 1/1/a ve b maddeleri Yönergenin özel bir şirkete binalarının temizliği işini devreden ancak sonra bu sözleşmeyi sonlandırıp, bu amaçla yeni işçi işe alarak kendisi temizliği üstlenen belediyeye de Yönergenin uygulanacağı anlamında yorumlanmalı mıdır, sorusunu sormaktadır.

25.26.27.28. Belirtmelidir ki 2001/23 sayılı Yönergenin 1/1/c maddesine göre Yönerge ekonomik faaliyet yürüten kamu işletmelerine kâr elde etsin ya da etmesin uygulanacaktır. Dolayısıyla devirde bir kamu tüzel kişiliğinin olması, olayda belediye otoritesi, bu devri Yönergenin kapsamından çıkarmak için bir neden olamaz. Yönergenin 1/1/a maddesine göre, Yönerge, işletmenin, işyerinin tamamının veya bir kısımlarının bir başka işverene devri sonucunu

doğuran hukuki işlem yanında birleşme yoluyla gerçekleşmesi durumunda da uygulanacaktır.

29. 30. 31. Bu konuda yerleşmiş içtihatlarla göre hükmün kapsamı sadece lafzi yorum yöntemiyle belirlenemez. Bu Yönergenin dil sürümleri ve üye devlet hukukları arasındaki yasal devir kavramı ile ilgili farklılıklar nedeniyle, Mahkeme devir kavramını bu Yönergenin amacı doğrultusunda yeterince esnek yorumlamalıdır. Nitekim başlangıç gerekçe 3'te belirtildiği gibi Yönerge, bir devir halinde çalışanların haklarını korumayı amaçlamaktadır. Bu nedenle işletmeyi devralan ve böylece devralınan işçilere karşı yükümlülükleri de üstlenen kişi gerçek veya tüzel kişi olsun, akdi ilişkiler bağlamında 77/187 sayılı Yönergeyi kodifiye eden 2001/23 sayılı Yönerge her yerde geçerlidir. Benzer bir biçimde Yönerge söz konusu olay için de geçerli olacaktır.

32. Buna göre belediyenin tek taraflı olarak özel işletme ile sözleşmesini sona erdirip temizlik işlerini kendisinin üstlenmesi doğrudan 2001/23 sayılı Yönergenin olaya uygulanmasını dışlamayacaktır.

33. Bununla birlikte 2001/23 sayılı Yönergenin 1/1/b maddesine göre işyeri ya da işletmenin devrinde, işveren değişmekte ancak o işyerinin ya da işletmenin ekonomik bütünlüğü ve niteliği korunmaktadır.

34. Bir işletmenin kendi kimliğini koruduğuna karar vermek için devre karakterini veren tüm unsurların birlikte değerlendirilmesi gerekir. Buna maddi varlıklar, örneğin binalar ve taşınır eşyalar ve maddi olmayan varlıklar örneğin, müşteri portföyü devri, işçilerin çoğunun devri, yapılan işlerin devri ki bu işler askıda olsa bile dâhildir.

35. Mahkeme önceki kararlarında, belli sektörlerde ekonomik bir teşebbüs (işletme) önemli maddi veya maddi olmayan varlıklar olmaksızın işlemeye devam ediyor ise, böyle bir işletmenin kimliğini koruması bu tür varlıkların devrine bağlı değildir, şeklinde karar vermiştir.

36. Mahkeme bazı emek yoğun sektörlerde, sürekli olarak ortak faaliyet yapan bir grup işçinin ekonomik bir varlık teşkil edebileceğini, böyle bir işletmenin devredildikten sonra da kimliğini koruyabileceğini belirtmiştir. Böyle bir işletmede yeni işveren sadece söz konusu faaliyeti takip etmez, aynı zamanda selefi tarafından bu göreve özel olarak atanmış işçilerin sayıları ve yetenekleri açısından önemli bir rol üstlenir. Bu koşullar altında, yeni işveren, işletmenin faaliyetini sürdürmesine yarayan veya devredilen işletmenin düzenli olarak belirli faaliyetlerini sürdürmesine yarayan varlıkları devralır.

37. Bu kararın 31. paragrafında da açıkça belirtildiği gibi, çalışanların çoğunluğunun devreden ve devralan arasındaki müzakerede devre dâhil edilmesinin ya da yeni işverenin aynı işçilerin çoğunluğuyla aynı işi yürütmek konusunda tek taraflı bir kararını takiben eski işveren tarafından tek taraflı bir kararın sonucu olarak işçilerin iş sözleşmelerinin sona erdirilmesinin bir önemi yoktur.

38. İşçilerin oğunluğuunun devredildiği durumda, devrin varlığı için 2001/23 sayılı Yönerge anlamında işçilerin de devrinin gerektiği yönünde bir sözleşme şart olsaydı, işçilerin korunması işverenin takdirine bırakılmış olurdu. Sözleşmeyi kabul etmeyerek Yönergenin uygulanmasından kaçınılmasının n açılmış olur, 2001/23 sayılı Yönerge 3/1. maddenin gerektirdiği devredilen işçilerin haklarının korunması hükmü zarar görürdü.

39. Mahkemenin içtihadına göre somut davadaki uyuşmazlık konusu gibi, temizlik hizmetlerinin, aslında insan gücüne dayalı bir faaliyet olarak kabul edilebilirliği doğrudur. Dolayısıyla sürekli olarak genel temizlik işi için görevlendirilen bir grup işçi, üretim diğer faktörlerinin yokluğuunda bir ekonomik varlık anlamına gelir. Ancak yine de işletmenin kimliği söz konusu devir sonrasında muhafaza edilmelidir.

40. Söz konusu olayda Ayuntamiento de Cobisa okullarının ve binalarının temizliğini kendisi üstlenmek yerine önce CLECE'ye devretmiştir. Sonra yeni işçi istihdam etmiş ve daha önceden CLECE için çalışan işçilere yer vermemiştir. Ayrıca işletmeyi maddi olan ve olmayan varlıkları ile devralmıştır. Bu şartlar altında, CLECE ve Ayuntamiento de Cobisa'nın yrttği faaliyetler arasında bağlantı oluşturan tek faktör binanın temizliği faaliyetidir.

41. CLECE ve Ayuntamiento de Cobisa tarafından yrtlen faaliyetin benzer, hatta aynı olduğu gerçeği ekonomik varlığın kimliğini koruduğu sonucuna yol açmaz. Bir işletme, kendisine bırakılan faaliyete indirgenemez. İşletmenin kimliği, işgücü, yönetim kadrosu, işin nasıl organize edileceğinin yöntemi, işletme yöntemleri gibi çeşitli ayrılmaz faktörlerden doğer. Özellikle, ekonomik varlığın kimliği somut olayda olduğu gibi esasen insan gücüne dayanıyorsa ve çalışanların çoğunluğu devralan tarafından alınmazsa bu takdirde kimlik muhafaza edilemez.

42. Herhangi bir ulusal koruma kuralına rağmen, sadece Ayuntamiento de Cobisa tarafından önceden CLECE tarafından üstlenilen temizlik işinin devralınması 2001/23 sayılı Yönergeye göre bir devrin varlığına işaret edemez.

43. Bu nedenle sözü edilen sorunun cevabında, 2001/23 sayılı Yönerge madde 1/1 a ve b hükümleri şu anlamda yorumlanmalıdır ki, Yönerge, binalarının temizliğini önce bir özel şirkete devredip daha sonra bu şirketle sözleşmesini sonlandırıp, bu amaç için yeni işçi istihdam eden belediye hakkında uygulanmaz.

Sonuç;

44. Bu gerekçelerle, Mahkeme (Üçüncü Daire) şu hükme varmıştır:

İşletme ve İşyerinin Tümüyle veya Kısmen Devrinde İşçi Haklarının Korunması Konusunda Üye Ülkelerin Mevzuatlarının Uyumlaştırılmasına Dair 2001/23 sayılı ve 12 Mart 2001 tarihli Yönergenin 1/1 a ve b maddesi şu anlamda yorumlanmalıdır: Yönerge, binalarının temizliğini önce bir özel şirkete devredip daha sonra bu şirketle sözleşmesini sonlandırıp, bu amaç için yeni işçi istihdam eden ve kendi binalarının temizliğini kendisi üstlenen belediye hakkında uygulanmaz.

II. ABAD KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE KONU İLE İLGİLİ TÜRK İŞ HUKUKUNDAKİ TARTIŞMALAR

Uluslararası işbirliğinin yeniden yapılandırılması ve işletmeler bünyesinde işlerin yeni yöntemlerle düzenlenmesi işyeri devri kavramını ve bu konudaki düzenlemelerin önemini artırmıştır³. İşyerlerinin devri ile ilgili ilk olarak 1977 tarihli 77/187 sayılı Yönerge kabul edilmiş, daha sonra bu Yönerge 1998 tarihli ve 98/50 sayılı Yönerge ile değiştirilmiştir. İki Yönergeyi birleştirmek için 2001 tarihinde hali hazırda yürürlükte olan 2001/23 sayılı İşletme ve İşyerinin Tümüyle veya Kısmen Devrinde İşçi Haklarının Korunması Konusunda Üye Ülkelerin Mevzuatlarının Uyumlaştırılmasına Dair Yönerge kabul edilmiştir⁴. Somut olayda uyuşmazlık konusu bu Yönergenin 1. maddesinin yorumu ile ilgilidir.

Karara konu olayda uyuşmazlık, devrin sonuçlarına ilişkin değil, bir devrin söz konusu olup olmadığına ilişkindir. Bu nedenle çalışmada da işyeri devrinin sonuçları üzerinde durulmayacaktır. Öncelikle kısaca Yönerge kapsamında “işyerinin devri” kavramının incelenmesi ve devrin gerçekleştiğinin kabulü için gerekli şartların neler olduğundan bahsedilecektir.

³ JORENS/ LHERNOULD/ ROBERTS, s.40; ULUCAN, s.34; İREN, s.175; KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ, s.86.

⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., GÜZEL/ UGAN ÇATALKAYA, s.153.

Karara konu olayda salt faaliyet devri söz konusudur. Salt faaliyet devri de alt işverenlik ilişkisine vücut verebilen bir konudur. Bu nedenle çalışmada işyeri devri kavramının kısaca değerlendirilmesinin ardından Türk hukukunda işyerinin bir bölümünün devri ile asıl işveren- alt işveren ilişkisinin bağdaşıp bağdaşmayacağına dair olan tartışmalara yer verilip, bu konudaki görüşümüz izah edilmeye çalışılacaktır.

A. İşyerinin veya Bir Bölümünün Devrinin Kapsamı

İşyerinin veya bir bölümünün devri 2001/23 sayılı Yönergenin madde 1/1,b hükmünde; “*Bu Yönerge anlamında devir, asıl ya da yardımcı nitelikte bir ekonomik faaliyetin icrası için gerekli unsurların örgütlendiği bir bütün teşkil eden ve kimliğini koruyan bir ekonomik birliğin devri*” olarak tanımlanmıştır. İşyerinin bir bölümünün devri ise, işyerinin bir parçası olan ayrı bir birimin ayrı bir varlık olarak tanımlanabilmesiyle gerçekleşir. İşyeri, düzenli bir ekonomik varlıkla ilgili olan, bu anlamda özel bir amacı olan, ekonomik bir faaliyetin gerçekleştirilmesini kolaylaştıran, örgütlenmiş malvarlığı ve kişi topluluğu anlamına gelmektedir⁵. Bu Yönergedeki anlamıyla devir ise, organize edilmiş bir biçimde bir araya getirilmiş kaynakların bir kimliğe sahip olan ve ana ya da yardımcı faaliyet niteliğinde olup olmadığına bakılmaksızın sürdürülen faaliyetin aktarılması anlamına gelmektedir⁶. Esasında ekonomik birim “devre konu birim”i ifade etmektedir⁷. Kararda da belirtildiği üzere (29. paragraf) Yönergenin farklı dillerdeki metinleri farklı ifadeler içermektedir. Örneğin İngilizce versiyonda “bir işletmenin, işin, bir işletme veya işin bir bölümünün” devrinden; Fransızca ve Almanca versiyonda ise “bir işletmenin, işyerinin veya bir işletme ya da işyerinin bir bölümünün” devrinden bahsedilmektedir. Bu nedenle devir kavramının lafzi değil amaçsal yorumla tanımlanması yoluna gidilmektedir⁸. Yine Fransızca versiyonda “cession conventionnelle”, Almanca versiyonda “vertragliche Übertragung” ifadeleri ile yasal devir için bir sözleşme ile bağlantı kurulmaya çalışılmış gibi gözükse de, İngilizce versiyonda yer alan “legal transfer”- yasal devir ifadesi ile çok geniş bir şekilde yorumlandığı belirtilmekte olup, ABAD kararlarında da genişletici yorum benimsenmektedir⁹.

⁵ JORENS/ LHERNOULD/ ROBERTS, s.42.

⁶ JORENS/ LHERNOULD/ ROBERTS, s.42; ALPAGUT, s.28; SÜZEK, s.203; İREN, s.176; DOĞAN YENİSEY, s.141; ULUCAN, s.35; MANAV, s.1345; KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ, s.87; SÖNMEZ TATAR. s.33; KILIÇOĞLU/ ŞENOCAN, s.93 vd.

⁷ ALPAGUT, Fesih Hakkı, s.30.

⁸ DOĞAN YENİSEY, s.176; KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ, s.87; ALPAGUT, Fesih Hakkı, s.29.

⁹ TITZE, s.241. Devreden ve devralan arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisinin bulunmasının

Devredilen işletmenin kamuya ait olması ya da özel hukuk kişisi olması veya gerçek bir kişiye ait olması önem arz etmediği gibi kar amacı güdüp gütmemesi de önemli değildir. İşyerinin ekonomik bir faaliyette bulunması yeterlidir¹⁰. Bu nedenle somut olayda ekonomik bir faaliyette bulunan belediyeye, yani kamu kurumuna bu Yönergenin uygulanamayacağı iddiası Mahkemece yerinde görülmemiştir. Nitekim kamu kurum ve kuruluşlarının sadece görevli ve yetkili oldukları kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi ekonomik bir faaliyet sayılmadığından, bunların devri ya da yeniden yapılandırılmaları veya idari faaliyetlerinin birbirine devri Yönergenin kapsamına girmemektedir (md.1/1c).

Yönerge kapsamında işyerinin devri için kaynakların bir araya getirilmesi gerekir. Bir araya gelecek kaynaklar işyerinin maddi unsurları, maddi olmayan unsurları ve işgücüdür. İşyerinin maddi unsurları bina, makine, araç gereç, hammadde gibi varlıklar; maddi olmayan unsurları buluşlar, know-how, deneyim, müşteri çevresi, patent, alacak hakları gibi varlıklardır¹¹.

İşyerinin devrinden bahsedebilmek için karara da konu olduğu üzere, gerekli en önemli unsur, işyerinin kimliğinin korunmasıdır¹². Divan bu kararda işyerinin kimliğini koruyup korumadığına karar verirken; işyerinin yapısı, maddi varlıkların devredilip devredilmediği (binalar, taşınabilir mallar vs.), devir esnasında işyerine ait maddi olmayan varlıkların değeri, işyeri çalışanlarının çoğunun yeni işveren tarafından devralınıp alınmadığı, müşteri çevresinin devredilip edilmediği, devir işleminden önce ve sonra gerçekleştirilen faaliyetler arasındaki benzerlik derecesi ve eğer varsa bu faaliyetlerin askıya alındığı süreler gibi birçok faktörün söz konusu olabileceğine, somut gerçeklere dayanan bir değerlendirmeye bağlı olduğuna hükmetmiştir¹³.

gerek olmadığına yönelik ABAD karar örnekleri için; C-171/94 ve C-172/94 Merckx [1996] ECR I-1253, para. 28. ALPAGUT, Fesih Hakkı, s.66.

¹⁰ İREN, s.176; DOĞAN YENİSEY, (2007), s.179; KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ, s.87. GÜZEL/ UGAN ÇATALKAYA, s.160.

¹¹ EKONOMİ, s.339. DOĞAN YENİSEY, (2007), s.18. ALPAGUT, Fesih Hakkı, s.32. SÜZEK, (2018), s.203. KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.95.

¹² JORENS/ LHERNOULD/ ROBERTS, s.42; ULUCAN, s.36; SÜZEK, (2018), s.202; ALPAGUT, Fesih Hakkı, s.46; KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ, s.88. KÖSEOĞLU, s.59. KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.92.

¹³ JORENS/ LHERNOULD/ ROBERTS, s.44; ALPAGUT, Fesih Hakkı, s.49; SENYEN KAPLAN, s.31; AKI, s.7; DOĞAN YENİSEY, (2009), s.141-142; ÖZKARACA, s.22; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL, s.242; MANAV, s.1348; KÖKKİLİNÇ

Karara konu olayda işyerinin kimliğinin muhafazasında yürütölen faaliyetin aynılığı ve benzerliği unsuru gerçekleşmiştir. Ancak somut olayda da olduğu gibi emek yoğun işyerleri bakımından işyerinin kimliğinin muhafaza edilmesi için, o işte gerekli olan işgücü ve varlığın da devredilmesi gerekir¹⁴. Zira burada kimliği belirleyici unsur, üretimin esaslı unsuru olan işgücüdür¹⁵. Yahut benzer bir olayda maddi işyeri vasıtalarının devri işyerinin kimliğini oluşturabilir. Bu durumda da onların devredilmesi ile ancak işyeri devri gerçekleşir, aksi halde sadece faaliyet devredilmiş olur. Örneğin otobüs taşımacılığı işini yapan bir işyerinde otobüslerin devredilmeyip, yalnızca şoförlerin devri işyeri devri olmayacaktır¹⁶. Nitekim kararda da ifade edildiği üzere sırf bir faaliyetin devri veya işyerinde yürütölen işlerin bir kısmının bir başkasına gördürölmesi işyerinin/işyerinin bir bölümünün devri değildir. Zira işyeri yalnızca takip edilen faaliyetten (teknik amaç) ibaret olmadığından işyerinde izlenen teknik amaca indirgenemez¹⁷. O halde tek başına faaliyetin devri bir işyeri devri olmasa da, işyeri veya bir bölümünün devrinden bahsedebilmek için işyerinin konusunu oluşturan “faaliyet”in de devri, bir başka deyişle işyerindeki faaliyetin devralan tarafından sürdürölmesi şarttır¹⁸.

Türk hukuk sistemi için ise, İş Kanununda açıkça kimliğin korunmasından söz edilmemesinin bu koşulun aranmayacağı anlamını taşımadığı belirtilmektedir. Zira işyerinin devrinde sözleşmelerin devam edeceğinin öngörölmesi ancak kimliğin korunması ile mümkün olduğundan bu durum kurumun özünde yer almaktadır¹⁹.

Yargıtay 2009 yılında verdiği bir kararında ilk kez işyeri devri ile ilgili AB Yönergesi ve ABAD içtihatlarına yer vermiştir²⁰. Bu kararda ve daha sonraki tarihlerde verdiği kararlarında, “...*madde gerekçesi dikkate*

ERALTUĞ, s.88; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.94.

¹⁴ JORENS/LHERNOULD/ROBERTS, s. 44; DOĞAN YENİSEY, (2007), s.209; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.242-243; GÜZEL/UGAN ÇATALKAYA, s.164; TITZE, s.243.

¹⁵ DOĞAN YENİSEY, (2007), s.209.

¹⁶ ALPAGUT, Fesih Hakkı, s.52-53.

¹⁷ DOĞAN YENİSEY, (2007), s.214; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.241-242; ŞAHLANAN, s.16.

¹⁸ ŞAHLANAN, (2001), s.16.

¹⁹ ALPAGUT, Fesih Hakkı, s.28; SÜZEK, (2018), s.202-203; “İşyerinin bireysel karakterinin korunmuş olması” noktasında aynı yönde EKONOMİ, s.343.

²⁰ Y.9.HD, E.2009/13501, K.2009/9655, T. 06.04.2009 www.legalbank.net

alındığında, işyeri veya işyerinin bir bölümünün devri kavramının yorumunda 1977/187 sayılı yönerge, 19.06.1998 tarih ve 98/50 sayılı yönerge değişikliği ve Avrupa Adalet Divanının 11.03.1993 tarihli “A. Süzen” davasına ilişkin kararında belirtilen kıstasların dikkate alınması gerekir. Yönerge ve karar esas alındığında devir, bir ekonomik bütünlüğü olan işletme veya işyeri ya da işyerinin bir kısmının kendi kimliğini koruyarak devrini ifade eder. Bütünlük ise, ekonomik bir faaliyetin icrası ve her birisi için ayrı ayrı belirlenmiş amaçlar doğrultusunda organize edilmiş insan ve eşyalardan oluşan bir bütünlük olarak algılanmalıdır. Kimliğini muhafaza edecek şekilde bir ekonomik bütünlüğün devredilip devredilmediği, her somut devir olayında ayrı ayrı incelenmelidir. Bu değerlendirmede,

a) İşyeri yada işletmenin türü,

b) İşletmenin maddi malvarlığını oluşturan bina ve menkul gibi araçların devredilip devredilmediği,

c) Devir anındaki işletmenin gayri maddi varlığını oluşturan aktifin değeri,

d) Personelin devralınıp alınmadığı,

e) Müşteri çevresinin devredilip edilmediği, değişip değişmediği,

f) Devirden önce ve sonra işyeri ya da işletmede icra edilen faaliyetin benzerlik gösterip göstermediği,

g) Bu faaliyetlerin icra edilmesinde kesintinin süresi,

gibi kriterler önem kazanır. Bunların bir veya birkaçı faaliyetin türü, üretim ve işletme metotlarına göre farklı ağırlıkta önemli olabilir.

İşletmenin maddi ve gayri maddi malvarlığı unsurlarının devri, işletmenin devrinin kabulü için önem teşkil edecektir. Ancak bu unsurların devir kapsamında yer almaması, işletme devrinin reddi sonucuna götürmemelidir. Ağırlıklı olarak işgücünün önem arzettiği bazı hizmetlerde, işçilerin tamamı ekonomik bütünlüğü oluşturabilir. Bu tür bir faaliyette yeni işletme sahibi, hem selefının icra ettiği faaliyetlerin aynısını sürdürüyor, hem de önceki işverenin ilgili faaliyeti için kullandığı işçilerin sayı ve uzmanlık yönü itibari ile önemli sayılabilecek bir kısmını da devralarak çalıştırmaya devam ediyorsa, devralınan ekonomik bütünlüğün kimliğini koruduğu söylenebilecektir. Adalet Divanı işyeri veya işyerinin bir bölümü kavramını tariflemeyerek, onun yerine ekonomik bütünlük kavramını merkez olarak kabul etmektedir. Ekonomik bütünlük, mal veya hizmet yönetimine teknik amacın

izlendiği fonksiyon görebilen bir organizasyon bütünlüğüdür.” ifadelerine yer vermektedir²¹.

Bu içtihat hukukunun sonucunda hem AB hukukunda hem Türk hukukunda varlığa dayalı ve işgücüne dayalı işletmeler arasında bir ayırım yapılmıştır. Varlığa dayalı işletmelerde işi gerçekleştirmek için gerekli olan malların devredilmesi önemli iken, işgücüne dayalı işletmelerde sayı olarak ve becerileri de değerlendirilerek işgücünün önemli bir bölümünün devralana aktarılması gerektiği önem kazanmıřtır²². Öğretide bu işlere örnek olarak reklam ajansı, modaevi, danışmanlık, bilgisayar yazılımı, ar-ge faaliyetleri gibi yaratıcılığın ön planda olduğu işler verilmektedir²³. Somut olaydaki temizlik hizmetleri de emek yoğun işlerdir ve bu sebeple işletme devredilmeden önce personelin büyük çoğunluğunun devredilmesi gerekir²⁴.

İşyerinin devrinden söz edilebilmesi için, işyerine kimliğini veren unsurların devri gerekli ve yeterlidir²⁵. İşyerindeki mal veya hizmet üretimi için gerekli olan bina, makine, araç ve gereç gibi mallar, işyerinin maddi unsurları olup, işyeri veya işyerinin bir bölümünün devri için bu maddi unsurların tümünün devredilmesi gerekmez. İşyerine kimliğini veren, bir diğer ifadeyle teknik olarak işin sürdürülebilmesini sağlayan maddi unsurların devri nemlidir²⁶.

İşyerinin devri bakımından işgücünün devri konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre bazı durumlarda işgücü devredilmedike işyeri devri ortaya çıkmazken, bazı durumlarda işgücünün devredilmemesi devre engel oluşturmaz. Bir diğer ifadeyle işçi devri bulunmadan da işyeri devri söz konusu olabilir. Bu noktada, devir bakımından

²¹ Y.9. HD, E. 2012/35458, K. 2014/27383, T. 22.09.2014; Aynı yönde benzer ifadelerle bkz.: Y.9. HD, E. 2012/22989, K. 2014/20004, T. 17.06.2014; Y.9. HD, E. 2012/32965, K. 2014/20734, T. 20.06.2014; Y.9. HD, E. 2014/32192, K. 2015/17809, T. 14.05.2015; Y.9. HD, E. 2016/383, K. 2016/13383, T. 06.06.2016; Y.9. HD, E. 2015/7077, K. 2017/52, T. 16.01.2017; Y.9. HD, E. 2016/14804, K. 2016/12528, T. 26.05.2016; Y.22. HD, E. 2014/32722, K. 2016/4413, T. 18.02.2016; Y.22. HD, E. 2015/1891, K. 2015/6204, T. 19.02.2015; Y.22. HD, E. 2018/11390, K. 2018/21209, T. 08.10.2018; Y., www.legalbank.net

²² JORENS/ LHERNOULD/ ROBERTS, s.44.

²³ SÜZEK, (2018), s.204.

²⁴ JORENS/ LHERNOULD/ ROBERTS, s.46; KKKILIN ERALTUğ, s.89; TITZE, s.243.

²⁵ ALPAGUT, Karar Değerlendirme, s.37; EKONOMİ, s.343.

²⁶ CENTEL, s.7; EKONOMİ, s.345.

işyerini karakterize eden unsurların tespiti ve somut olayda bunların devredilip devredilmediği önem taşımaktadır²⁷. Ancak kanımızca işçi devri olmadan işyeri devri olup olmaması noktasında ikili bir ayrıma gitmek gerekir. Burada ticaret hukuku anlamında ticari işletmenin devri yahut şartları varsa tam/kısmi bölünme²⁸ mümkün olsa da, iş hukukunda işyerinin devri ve İş Kanunu (İK) md. 6'daki düzenlemenin uygulanabilmesi, İK md. 2 anlamında bir işyerinin bulunmasını gerektirir. Burada işyeri “*İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim*” şeklinde tanımlanmıştır. İşçi olmadan işyeri olmayacağından işçilerin devri olmadan işyeri devri de olamayacaktır²⁹. Kaldı ki işçilerin devri olmadan işyeri devrini kabul etmek iş hukuku bağlamında anlamsız da olabilir. Zira korunmak istenen menfaat devredilen işçilerin işçilik haklarına dairdir.

B. İşyerinin Bir Bölümünün Devri ile Alt İşveren İlişisinin Karşılaştırılması

İşyeri bölümü, işyerinin teknik amacının gerçekleştirilmesi işlevi olan ve iş organizasyonu içinde yer alan, işyerinden ayrıldığı zaman bu amacını bağımsız olarak sürdürebilen birimdir³⁰. Örneğin pazarlama bölümü, bilgi teknolojileri bölümü ya da temizlik ve bakım bölümü, müessesenin bir parçası olarak işyerinin bir bölümünü oluşturabilecektir³¹. Bunların yanı sıra örneğin on misafirhanesi olan bir sendikanın bu misafirhanelerinden iki tanesi de işyerinin bölümüdür. Esasında burada birim olarak bütün oluşturan işyerinin bölümlere ayrılıp devredilmesi değil, işyeri bölümünün devri ifade

²⁷ ALPAGUT, Karar Değerlendirme, s.38; EKONOMİ, s.343; SÜZEK, (2018), s.203; ÖZKARACA, s.31; DOĞAN YENİSEY, (2009), s.150; karşı. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 243.

²⁸ TTK md. 159; “(1) Bir şirket tam veya kısmi bölünebilir. a) Tam bölünmede, şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılır ve diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler. Tam bölünüp devrolunan şirket sona erer ve unvanı ticaret sicilinden silinir. Kısmi bölünmede, bir şirketin malvarlığının bir veya birden fazla bölümü diğer şirketlere devrolunur. Bölünen şirketin ortakları, devralan şirketlerin paylarını ve haklarını iktisap ederler veya bölünen şirket, devredilen malvarlığı bölümlerinin karşılığında devralan şirketlerdeki payları ve hakları elde ederek yavru şirketini oluşturur.”

²⁹ Aynı yönde KÖSEOĞLU, s.64.

³⁰ CENTEL, s.6; SENYEN KAPLAN, s.31; EKONOMİ, s.340; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.241; AKI, s.7; DOĞAN YENİSEY, (2007), s.240; ÖZKARACA, s.17; GÜZEL/UGAN ÇATALKAYA, s.158; KÖSEOĞLU, s.59.

³¹ JORENS/ LHERNOULD/ ROBERTS, s.42; ÖZKARACA, s.17.

edilmektedir³². İşyerinin bir bölümünün devri için işyerinin ayrı biçimde işletmeye uygun bir bölümünün bulunması gerekmektedir³³. Buna örnek olarak işyerinin sosyal tesislerinin satımı ya da iplik üreten bir işyerinde boya imalathanesinin devri gösterilmektedir³⁴.

İşin devri tek başına işyeri devri anlamını taşımaz. Öğretide bir görüşe göre işin devri ile birlikte fiziki mekânın da devri gerekmektedir³⁵. Bu görüş işyeri kavramının kanuni tanımından yola çıkarak işyerinin bir bölümünün devrinde de fiziki mekân devredilmeksizin bir devri hukuken mümkün görmemektedir³⁶. Örneğin işyerinde fiziki mekânın değil, orada yürütülen faaliyete ilişkin lisans sözleşmesinin devredilmesi işyerinin veya bir bölümünün devri anlamına gelmeyecektir³⁷.

Türk hukukunda diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisi ile işyerinin bir bölümünün devrinin aynı olayda söz konusu olup olamayacağı hususu tartışmalıdır. Esasında bu konu AB Yönergesi ile Türk iş mevzuatı arasındaki farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Zira Yönerge asıl etkisini işletmelerin faaliyetlerinin bir bölümü dışsallaştırıldığında (outsourcing) göstermiştir³⁸. Nitekim ABAD, Rask kararı ile ilk kez, dış kaynak kullanımı konusunda işyeri devrini kabul etmiştir. Bu karara konu olayda Philips Şirketi kantinlerini sözleşme ile yeni servis sağlayıcılarına devretmiştir. İşverenin değişmesine odaklanan Divan, dış kaynak kullanımını “yasal devir” olarak değerlendirmiştir. Burada faaliyetin asıl mı yoksa yardımcı mı olduğunun ve yeni sağlayıcının birden fazla müşterisinin olup olmadığının önemli olmadığı belirtilmiştir³⁹.

Her ne kadar 4857 sayılı İş Kanununda 6. madde ile işyeri devri konusu düzenlenirken AB Yönergesi de esas alındığından Yönergenin yorumu bizim için yol gösterici olsa da⁴⁰ aynı Kanun ile alt işverenlik de ayrıntılarıyla

³² CENTEL, s.6.

³³ ÇANKAYA/ ÇİL, s.392; ÖZKARACA, s.18.

³⁴ ÇANKAYA/ÇİL, s.393.

³⁵ CENTEL, s.8; MANAV, s.1346.

³⁶ CENTEL, s.8.

³⁷ CENTEL, s.8.

³⁸ DOĞAN YENİSEY, (2007), s.175.

³⁹ C-209/91; TITZE, s.241.

⁴⁰ ALPAGUT, Fesih Hakkı, s.21.

düzenlenmiştir. Burada esas sorun işyerinde yürütülen asıl işin bir bölümü ya da yardımcı işin bir başka işverene verilmesinin aynı anda bir işyeri bölüm devri oluşturup oluşturmadığı hususudur. Öğretide bu tartışmaların çıkmasının nedeninin Türk iş hukukunda alt işverenlik ve buna dair güvencelerin çok eski bir geçmişe sahip olması, ancak işyeri devrine dair düzenlemelerin AB ülkelerine kıyasla gecikmeli kabul edilmesi olduğu belirtilmektedir⁴¹. Çalışmada bu konuda Türk iş hukuku doktrininde yer alan tartışmalara yer verilecektir. Öğretide bu iki kurumun birbirini dışladığı ve çakışamayacakları görüşü ile bu iki kurumun birbirini dışlamadığı ve iki kurumun çakışabileceği görüşü olmak üzere iki farklı görüş bulunmaktadır.

Bu konuda Yargıtay kararlarında doğrudan iki kurum arasındaki ilişkiyi irdeleyen bir karar bulunmamaktadır. Kanımızca Yargıtay işyerinin bir bölümünün devrini alt işverenlik kapsamında görmemekte bu nedenle de tartışma konusu yapmamaktadır. Vardığımız kanıyı haklılaştıran bir kararında⁴²; “*Mahkemece yapılacak iş; ... iki davalı arasındaki ilişkiyi açıklığa kavuşturduktan sonra; davalılar arasında 1475 sayılı İş Kanununun 1/son maddesi gereğince bir ilişki varsa hesaplanan tek bir miktardan iki davalının müşterek sorumluluğuna karar vermektir. Eğer bir işyeri devri söz konusu ise, her işverenin kendi dönemlerinde gerçekleşen miktarlardan sorumluluğuna hükmedilmelidir.*” ifadeleri ile işyeri devri ile alt işverenlik kurumlarını ayırıştırır biçimde hüküm tesis etmiştir. Ancak alt işverenler değişmesine rağmen işçinin çalışmaya devam etmesini alt işverenler arasında işyerinin devri olarak görmekte ve İK 6. maddeyi uygulamaktadır. Ancak bu konu, işin ilk kez alt işverene verilmesi ile ilgili değil, birbiri ardına aynı yerde iş alan alt işverenler arasında işyeri devri düzenlemelerinin uygulanmasına ilişkindir⁴³. Bu nedenle çalışma kapsamını aşacağından hakkında açıklama yapılmayacaktır.

1. İşyerinin Bir Bölümünün Devri ile Alt İşveren İlişkisinin Çakışabileceği Görüşü

2001/23 sayılı Yönerge ve ABAD kararlarından hareketle işyerinin bir bölümünün devri ile asıl işveren alt işveren ilişkisinin belli şartlarda aynı olay üzerinde gerçekleşebileceği savunulmaktadır. Bu konuda öğretide yer alan çoğunluk görüşüne göre, bir olayda hem asıl işveren-alt işveren ilişkisinin

⁴¹ ÖZKARACA, s.91.

⁴² Y.9.HD, E.2004/3733, K. 2004/15620, T.24.06.2004, www.legalbank.net

⁴³ ALPAGUT, Fesih Hakkı, s.103; ÖZKARACA, s.100 vd.

kurulması hem de işyeri bölümü devri gerçekleşebilir. Hukukumuzda açık ayrı yasal düzenlemelerin bulunması bu iki kurumun çakışmasına engel olmaz⁴⁴. Devralınan işyeri bölümü devreden işverenin organizasyon bütünlüğü içinde faaliyet gösteriyorsa bu iki kurum çakışacaktır. Örneğin işyerinin kantininin ya da bir fabrikanın yemekhanesinin işletilmesi işinin işçilerle birlikte devri hem bir işyeri bölümünün kira yoluyla devrine hem de yardımcı işte asıl işveren-alt işveren ilişkisine vücut verecektir⁴⁵. Yahut işyerinin temizlik işinin işgücü ve teçhizatla birlikte devri halinde hem işyerinin bir bölümünün devri hem alt işverenlik ilişkisi kurulmuş olacaktır⁴⁶. Bir diğer ifadeyle ekonomik birliğin kimliğini koruduğu bir işyeri bölümü devri aynı zamanda alt işverenlik ilişkisi de kurabilir⁴⁷. Hatta bir görüş böyle açık bir ayrıma gitmeksizin çoğunlukla işyerinin bir bölümünün alt işverene devrinin işyerinin kısmen devri niteliğinde olduğunu belirtmektedir⁴⁸. İşyerinin bir bölümünün devri uygulamasının asıl işveren-alt işveren ilişkilerinde sıklıkla görüldüğü, işyerinin devredilen bu bölümünde asıl işverenden bağımsız ayrı bir organizasyon doğduğu, özellikle burada “işyerinin bir bölümü”nün yardımcı işlerin görüldüğü bir bölüm niteliğinde olabileceği ifade edilmektedir⁴⁹. Öğretide bir görüş tarafından İş Kanununda alt işverenliğin işyerinin kısmen devri yoluyla gerçekleşmesini engelleyen bir kural bulunmadığı da belirtilmektedir⁵⁰. Bu iki kurumu ayırmak için getirilen kriterlerin yapay bir sınıflandırma olduğu ifade edilmektedir⁵¹.

Öğretide yer alan bir görüşe göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinde fiziki olarak tek işyeri olan yerler, hukuken hem asıl hem alt işverenin işyeridir, bir

⁴⁴ EKONOMİ, s.336-337; DOĞAN YENİSEY, (2009), s.163; ÖZKARACA, s.92; ÇELİK, s.50 (Ancak Çelik, sonraki baskılarda görüşünü değiştirerek bu iki kavramın bağdaşamayacağını savunmuştur.); ALPAGUT, Fesih Hakkı, s.97; CANIKLIOĞLU, s.29-30; SÜZEK, s.323-324; ENGİN, s.185; AYKAÇ, s.178-180; AKYİĞİT, s.100; SÜZEK, (2018), s.209 (SÜZEK eserinin 2008 yılı baskısında bu iki kurumun bağdaşamayacağını belirtmiş ve ayırt edici kriterleri sıralamıştır. Ancak sonraki baskılarda buna dair olan görüşünü değiştirmiştir. SÜZEK, (2008), s.189-190); SÖNMEZ TATAR, s.48; EYRENCİ, s.21; EKMEKÇİ, s.88 ve 116; AKI, s.11.

⁴⁵ EKONOMİ, s.345; DOĞAN YENİSEY, (2009), s.163; ÖZKARACA, s.92; ÇELİK, s.50; ALPAGUT, Fesih Hakkı, s.97; CANIKLIOĞLU, s.29-30; SÜZEK, (2014), s.323-324; ENGİN, s.185; AYKAÇ, s.178-180; AKYİĞİT, s.100; SÜZEK, (2018), s.209.

⁴⁶ ALPAGUT, Fesih Hakkı, s.97.

⁴⁷ ÖZKARACA, s.93; AYKAÇ, s.179; SÜZEK, (2018), s.209.

⁴⁸ EKMEKÇİ, s.88 ve 116.

⁴⁹ AKI, s.11.

⁵⁰ AKYİĞİT, s.100.

⁵¹ ALPAGUT, Fesih Hakkı, s.200.

diğer ifadeyle fiziken tek hukuken iki işyeri bulunmaktadır⁵². Zira alt işverenin işlerini gördüğü yer ile asıl işverenin işyeri arasında teknik bir bağıllık bulunsa da hukuki bir bağıllık bulunmamaktadır. Zira buranın yürütümü ayrı bir işverende olup, bağımsız bir organizasyon niteliğindedir⁵³. Bağımsızlığın tespitinde ise işe giriş çıkışların ayrı belgelenmesi, ücret bordrolarının ayrı düzenlenmesi gibi hususlar dikkate alınacaktır⁵⁴. Dolayısıyla örneğin çimento üretimi yapan bir işverenin yemek bölümünün depo, mutfak, yemekhane ve orada çalışan işçilerle birlikte işletme amacıyla bir işverene devrinde hem alt işveren ilişkisi hem işyerinin kısmi devri söz konusu olacaktır⁵⁵. Alt işverene (aynı zamanda devralan işveren) tahsis edilen yer, bağımsız bir işyeri niteliği kazanacaktır⁵⁶.

İşyerinin bir bölümünün devri ile alt işveren ilişkisinin çakışabileceği yönündeki öğretide bir görüş, her ne kadar işyerinin devri için gerekme de, asıl işin bir bölümünün devri durumunda “işletme ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme” koşulunun aranması gerektiğini, zira aksi halde alt işverenlik oluşmayacağından bir çakışmanın da olmayacağını belirtmektedir. Yine daha önce yanında çalıştırdığı kişi ile alt işveren ilişkisi kuramama kuralının da uygulanması gerektiğini, aksi halde işyerinin bir bölümünün devri uygulaması ile alt işverenliğe ilişkin sınırlamaların dolanılması yoluna gidilebileceğini belirtmektedir⁵⁷.

İşyerinin bir bölümünün devri ile alt işveren ilişkisinin bağdaşabileceğini savunan görüşün içinde bu durumda sorumluluğun ne şekilde tesis edileceği noktasında görüş ayrılıkları bulunmaktadır. İlk görüş bir çözümsüzlüğün söz konusu olduğu yönündedir. Nitekim işyerinin bir bölümünün devrinde işçilerin de devri zorunlu olmakla birlikte İK md. 2’ye göre asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından çalıştırılması mümkün değildir⁵⁸.

Her iki kurumun çakışabileceğini savunan bir diğer görüş ise gerek alt işverenliğe getirilen sınırlandırmalar nedeniyle, gerekse İK md. 2’de getirilen

⁵² CANBOLAT, s.13; aynı yönde AYKAÇ, s.178.

⁵³ CANBOLAT, s.47.

⁵⁴ CANBOLAT, s.55.

⁵⁵ EKONOMİ, s.345.

⁵⁶ EKONOMİ, s.346.

⁵⁷ AYKAÇ, s. 167 ve 183; ÖZKARACA, s.95-96. Birleşmeyi savunan bir yazara göre bu durumda hakları kısıtlanarak çalıştırılmaz düzenlemesi işyerinin kısmi devri hariç olmak üzere, diğer alt işverenlik ilişkilerinde uygulanacaktır, EYRENCİ, s.21; ÇELİK, s.50.

⁵⁸ EKMEKÇİ, s.88.

düzenlemelerin işçi bakımından daha koruyucu olmasından hareketle İK md. 2 (alt işverenlik) hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündedir. Bu görüş işyerinin bir bölümünün devri ile alt işverenliğin çakıştığı noktalarda artık alt işverenlik kurulmasından hareketle geçerli nedenle iş sözleşmesinin feshinin ise mümkün olmayacağını savunmaktadır⁵⁹.

Alt işverenlik ile işyeri bölüm devrinin çakışabileceğini savunan yazarlardan bir kısmı ise İK md. 2 ile İK md. 6'nın bir arada uygulanabileceğini savunmaktadır. Buna göre İK md. 6 gereği devreden asıl işveren ve devralan alt işveren devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan iki yıl boyunca birlikte sorumlu olacaktır. Devreden asıl işveren bu iki yılın sonunda devrettiği işçilerin kendi döneminde gerçekleşen çalışmasından doğan borçlardan sorumlu olmayacaktır. Devirden sonra doğan borçlardan ise İK md. 2 gereği devreden asıl işveren ve devralan alt işveren müteselsilen sorumlu olacaktır⁶⁰.

İş sözleşmesinin feshi konusunda iki kurumun sonuçlarını birden uygulamak bir çelişki yaratmaktadır⁶¹; Devir nedeniyle fesih yasakken, alt işveren ilişkisinin kurulması bir geçerli fesih nedeni olarak görülmektedir. Bu durumda iki kurumun birleşebileceğini savunan görüş, İK md. 6'nın uygulanması gerektiğini belirtmektedir⁶². Ancak burada iki kurumun aynı anda meydana gelebileceği savunulurken bazen 2. madde bazen 6. madde hükümleri uygulanmakta ve Kanunun öngörmediği yeni sorumluluk tipleri yaratılmaktadır⁶³.

2. İşyerinin Bir Bölümünün Devri ile Alt İşveren İlişkisinin Çakışmayacağı Görüşü

İşyerinin bir bölümünün devri ile alt işverenlik ilişkisinin aynı olayda çakışabileceği yönündeki çoğunluk görüşe karşılık, öğretide aksi yöndeki bir başka görüşe göre, işyerinin bir bölümünün devri ile işin bir bölümünün alt işverene bırakılması farklı hususlardır⁶⁴. Bu yöndeki bir görüşe göre alt

⁵⁹ ALPAGUT, Fesih Hakkı, s.111.

⁶⁰ DOĞAN YENİSEY, (2007), s.248-249; SÜZEK, (2014), s. 324; AYKAÇ, s.182; SÜZEK, (2018), s.209; ÖZKARACA, s.94-95.

⁶¹ AYKAÇ, s.183.

⁶² AYKAÇ, s.183-184.

⁶³ Konunun ayrıntılı eleştirisi için bkz. Başlık: 3. Görüşümüz.

⁶⁴ ÇİL, s.27; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.242; ÇELİK/CANİKLİOĞLU / CANBOLAT, s.129; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.37; GÜZEL, s.39; ÇANKAYA/ÇİL,

işverenlikte geçici bir durum mevcut olup, asıl işverenden belli bir işin alınması söz konusudur. Oysa devirde iş organizasyonu tamamen bağımsız bir biçimde oluşturulabilir. Kaldı ki iki müesseseye uygulanacak sonuçlar da farklıdır. İşyerinin devrinde devirden sonra doğacak işçi alacakları için devreden bir sorumluluğu bulunmazken, asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulduktan sonra, alt işverenin işçileri için müteselsil sorumluluk söz konusudur⁶⁵.

Alt işverence üstlenilen işlerde işyerinin bir bölümünün devrinden söz edilemeyeceğini kabul eden bir görüş alt işverenlikte kural olarak işçilerin devri söz konusu olmadığından, işyerinin devri değil, bir nevi işyeri fonksiyonu devrinden bahsetmektedir⁶⁶.

Her iki kurumun aynı olayda bağdaşamayacağını savunan bir görüş asıl işveren-alt işveren ilişkisinin doğumu açısından aranacak ilk temel koşulun, İK md.2/6'da belirlenen asıl işverene ait bir işyerinin bulunması ve burada işçi çalıştırılması olduğunu ifade etmektedir. Bir başka deyişle alt işveren de, asıl işveren olarak adlandırılan başka bir işverenin işyerinde iş alan kimsedir. Oysa işyerinin devrinde işyeri başka bir işverene devredilmektedir⁶⁷. Alt işverenlikte söz konusu olan işyerinin bir bölümünün değil, bir işin bırakılmasıdır. Bu nedenle devralan devraldığı işyeri bölümünü kendi iş organizasyonu içinde bağımsız bir biçimde örgütleyebilir. Ancak alt işveren kendisine bırakılan işte, asıl işverenin iş organizasyonuna dâhil bir işi görmekte ve devralan işverenle aynı bağımsızlığa sahip olamamaktadır⁶⁸.

Bu yöndeki bir görüşe göre birbirinden bağımsız hukuki mekanizmalardan işyerinin devri halinde, devredilen kısım artık yeni işverene geçmiştir ve bu yer açısından devreden işverenin işverenlik sıfatı bulunmamaktadır. Burada çalışan işçiler, sadece devralan işveren yararına çalışmaktadırlar⁶⁹.

Alt işveren bağımsız bir işyeri olsa da asıl işverenin ürettiği mal veya hizmet organizasyonuna dâhildir. Üçüncü kişilerde hizmetin asıl işverenden alındığı algısı vardır ve hatta tüketici hakları bakımından asıl işveren

s.393; TUNCAY, s.70; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.4; BAKIRCI, s.123; ŞAHLANAN, s.3; AYDINLI, s.293.

⁶⁵ ÇİL, s.27; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.242; BAKIRCI, s.123.

⁶⁶ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.101.

⁶⁷ GÜZEL, s.39.

⁶⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.241.

⁶⁹ GÜZEL, s.58.

sorumludur. İşyerinin bir bölümünün devrinde ise devralan işveren mal ve hizmet üretimini asıl işverenden bağımsız bir biçimde örgütlemekte ve planlamaktadır⁷⁰.

Bu tartışmalar arasında alt işverenin işyerini bağımsız olarak görenlerin yanı sıra buna karşı çıkanlar da bulunmaktadır. Öğretide alt işverenin üstlendiği işler niteliği yönünden asıl işyerine bağlı olduğu için, işlerini gördüğu yerin asıl işyerinin kapsamına dâhil edilmesi ve asıl işverenin işyeri ile alt işverenin işini yaptığı yerin aynı işyeri sayılacağı yönünde bir görüş bulunmaktadır⁷¹. Başka bir görüş ise alt işverenin doğrudan kendine yönelik faaliyette bulunmaması, işinin organizasyonu başka işverenlere hizmet sunmak şeklinde olduğundan kaçınılmaz bir şekilde başka işverenlerin işyerlerinde çalışmasından hareketle, burada alt işverenin işyerini bağımsız bir işyeri olarak görmemektedir⁷². Alt işveren bağımsız bir işveren olsa da yürüttüğu iş asıl işverenin işidir⁷³. Bu nedenle öğretide bir görüşe göre, alt işverenin işyeri hukuken bağımsız bir nitelik taşısa da, burayı bazı durumlarda asıl işverenin işyerinden kesin olarak ayırabilmek mümkün olmayabilir. Örneğin bir fabrikada makinelerin bakım onarım işini üstlenen alt işverenin işyeri fiziken bağımsız ve bölünmüş bir alan olarak tespit edilemeyecektir⁷⁴.

İşyerinin bir bölümünün devri ile işin bir bölümünün alt işverene bırakılmasının birbirinden farklı olduğü yönündeki bir görüşe göre alt işverenlikte geçici bir durum söz konusu olup, alt işveren asıl işverene ait işyerinden belli bir işi almakta, devralan işveren ise işyerini elde etmektedir⁷⁵. Bu elde etme kiralama suretiyle de olabilir. İşyerinin/bir bölümünün devrinde devreden işin yürütümü ile ilgili bir tasarruf hakkı bulunmamaktadır⁷⁶. İşyerinin bir bölümü kiralanmasına rağmen bu bölümde her iki işveren işçilerinin birlikte çalışması ve işyerinde mal veya hizmet üretimine yardımcı donanım üzerinde tasarruf yetkisinin kiraya veren işverende kalması durumunda her iki işveren arasındaki ilişkinin ise asıl işveren-alt işveren ilişkisi niteliğünde olduğü düşünülmektedir⁷⁷.

⁷⁰ ÇİL, s.27; aynı yönde BAKIRCI, s.123.

⁷¹ OĞUZMAN, s.11.

⁷² MOLLAMAHMUTOĞLU, s.5. MOLLAMAHMUTOĞLU, (2004), s.143.

⁷³ AKIN, s.166.

⁷⁴ AKIN, s.213.

⁷⁵ ÇANKAYA/ÇİL, s.393-394; BAKIRCI, s.123.

⁷⁶ ÇANKAYA/ÇİL, s.394.

⁷⁷ ÇANKAYA/ÇİL, s.395.

Doktrinde özellikle bir ilaç fabrikasının ilaç şişesi üreten bölümünün, bir tekstil fabrikasının iplik boyama bölümünün, bir otelin lokantasının bir başka işverene devri örnekleri üzerinden işyerinin bir bölümünün devri ve alt işverenlik ilişkisi tartışması yapılmıştır. Bu görüşe göre şayet böyle bir devirden sonra devreden işyeri veya diğer işyeri başka kişilere de mal/hizmet üretimi veya mal/hizmet alımı gerçekleştiriyorsa bu durumda asıl işveren-alt işveren ilişkisi söz konusu olmaz, işyerinin bir bölümünün devri söz konusu olur. Zira ekonomik olarak birbirini tamamlayan bölümler olsa da birbirinden bağımsız sonuçlara yönelik, ayrı, bağımsız işyerleridir⁷⁸.

İşyerinin bir bölümünün devri ile alt işverenlik ilişkisinin aynı anda kurulamayacağı yönündeki bir görüş, yürürlükteki (pozitif) hukukun göz ardı edildiğini belirterek, aksini savunmanın daha AB üyesi bile olmayan Türkiye'nin ve Türk hukukunun ABAD yorumuyla bağlı olduğunu savunmak anlamına geleceğini ifade etmektedir⁷⁹. Türk İş Kanununda diğer AB üyesi devlet hukuklarından farklı olarak alt işverene ilişkin özel ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. İK md. 2 ve 6'da işyeri devrine ve alt işverene birbirinden kesin çizgilerle ayrılan farklı hukuki sonuçlar öngörülmüştür⁸⁰.

3.Görüşümüz

İşyerinin/işyerinin bir bölümünün devrinde de, alt işverenlikte de getirilen hukuki sonuç bakımından birinde devreden diğerinde alt işverenin işçileri olsa da, korunmak istenen işçilerin haklarıdır. Bir başka ifadeyle ikisi de işçilerin haklarını korumaya açılan iki kapıdır. Bu kapılardan hangisine gireceğimizi tespit edebilmek bakımından çeşitli açıklamalar yapılacaktır.

Öğretide bir görüş tarafından İş Kanununda alt işverenliğin işyerinin kısmen devri yoluyla gerçekleşmesini engelleyen bir kural bulunmadığı belirtilmektedir⁸¹. Kanımızca burada kanunda engel bir kuralın bulunmaması bunu serbest görmesinden değil, birbirinden ayrı görmesinden ve ayrı sonuçlar bağlamasından ileri gelmektedir. Her ne kadar 4857 sayılı İş Kanununda işyeri devri konusu düzenlenirken AB Yönergesi esas alındığı için⁸² Yönergenin yorumu bizim için yol gösterici olsa da aynı Kanun ile alt

⁷⁸ TUNCAY, s.70; aynı yönde CANIKLIOĞLU, s.29.

⁷⁹ BAKIRCI, s.123.

⁸⁰ BAKIRCI, s.123.

⁸¹ AKYİĞİT, s.100.

⁸² GÜZEL/UGAN ÇATALKAYA, s.153.

işverenlik de ayrıntılarıyla düzenlenmiştir. Burada yorum yapabilmek için Kanunda bir boşluk olduğundan da söz edilemez. Bu hususta herhangi bir düzenleme getirilmemesi menfi çözümdür, zira İş Kanununda alt işverenlik ve işyeri devri ayrı ayrı müesseseler olarak düzenlenmiş ve bunlara bağlanmış bağımsız iki ayrı hukuki sonuç doğmuştur. Bu iki kurumun iç içe geçmesi teknik olarak doğru olmadığı gibi, hukuki sonuçları bakımından da izah edileceği üzere sakıncalıdır⁸³.

AB hukukunda alt işverenlik hakkında ayrı ve özel başka bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle hizmetlerin dışsallaştırıldığı bazı haller de 2001/23 sayılı Yönerge içinde telakki edilmektedir. Ancak bizim ayrı ve bağımsız bir düzenlememiz vardır. Artık bizim işyeri devri düzenlemesi ile birlikte düşünmemiz için bir gereklilik de yoktur.

Yönerge, 8. maddesi ile işçinin daha lehine olması şartıyla yerel ülke mevzuatlarında başka türlü düzenlemeler yapılabileceğini de öngörmektedir. AB üyesi olmamakla birlikte mevzuatını bu standartlara çıkarmayı hedefleyen Türk iş hukukunun, kanaatimizce tartışma konumuz bakımından AB düzenlemelerinden daha geride olduğu söylenemeyecektir. Öncelikle belirtilmelidir ki her ne kadar İK md. 6'nın hazırlanmasında Yönerge de dikkate alınsa dahi, birebir uyum söz konusu değildir. Bu gerekçede de belirtilmektedir: *“İşyerinin devrine ilişkin konular eklenirken, Avrupa Birliği müktesebatından başka diğer ülkelerin yararlanılabilecek maddeleri ve özellikle konu ile bağlantısı bulunan Türk toplu iş sözleşmesi sisteminin ilkeleri göz önünde tutulmuştur”* şeklinde bu durum ifade edilmiştir. Kaldı ki Yönergede örneğin çalışma konumuzu oluşturan kararda olduğu gibi salt faaliyetin devri işyeri devri sayılmadığından Yönergenin koruma kapsamı dışında kalmaktadır. Oysa hukukumuzda işin devri, şartlar da sağlandığında asıl işveren-alt işveren ilişkisi içinde mülhaza edilmekte ve işçiler İK md. 6'dan daha sıkı bir yaklaşım içinde İK md. 2'de korunmaktadır. Bu Yönergeden daha ileri bir yaklaşımdır.

Örneğin İngiliz hukukunda salt faaliyet devri hizmet tedarik sözleşmesi kapsamında işyerinin devri hükümlerine tabi tutulmaktadır. AB içerisinde Yönergenin kapsamına girmediği düşünölmekte olan bu konu, yani salt faaliyet devri için yerel kurallara tabiyet kabul edilmekte ve daha ileri düzenlemeler içeriyorsa buradaki düzenlemenin de uygulanmayabileceği ifade edilmektedir. Bu konu Metropolitan Resources Ltd - Churchill Dulwich Ltd

⁸³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.243.

davasında da aynı yönde hükme bağlanmıştır⁸⁴. Bizim hukuk sistemimizde de salt Yönergeden esinlenerek hazırlandığı iddiası ile AB hukukundaki yorum metotlarının uygulanacağı söylenemese gerektir. Nitekim bu konu hukukun genel ilkelerine ilişkin de değildir. Türk hukukundaki düzenlemeler, normların korumayı hedeflediği kitleleri korumasız da bırakmamaktadır. Bu nedenle burada yorumlamanın “yerel kurallara tabi” olması gerekecektir.

Ayrıca işyerinin bir bölümünün devri ile alt işverenlik ilişkisinin çakışabileceği durum olarak gösterilen hallerde muhakkak işçilerin de devri gerekmektedir. Alt işveren ilişkisinde işçilerin devrinin hukuka uygun olabilmesi için haklarında bir geriye gidişin söz konusu olmaması gerekir. Bu da hem ücret ve işçilik alacakları bakımından hem de kıdem ve kıdeme bağlı yıllık izin, tazminat gibi haklar bakımından herhangi bir geriye gidişin olamayacağı anlamına gelir. Bu nedenle hukuka uygun bir biçimde alt işverenlik ilişkisinde işçilerin alt işverene devri isteniyorsa taraflar aralarında kıdeme bağlı haklarda da geriye gidişin olmayacağı bir biçimde anlaşmak zorundadır. Aksi halde kanunen asıl işverenin işçileri alt işverenin işçisi olarak çalıştırılmayacaktır. Dolayısıyla bu halde de işyeri devri hükümlerine gitmeye gerek bulunmamaktadır. İşyerinin bir bölümünün devri ile alt işverenlik ilişkisinin bağdaştırılmasına lüzum olmadığı gibi bunun sakıncaları da bulunmaktadır.

İK md. 2’ye göre “*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir*”. Kanun hukuken ayrı bir biçimde tescil edilen alt işverenin işyerini asıl işverenin işyeri ile örtüştürmektedir. Burada zorunlu bir kesişim söz konusudur. Örneğin X temizlik A.Ş.nin bir işyeri bulursa ve tescil edilmiş olsa da, alt işveren olarak Y’nin işlerini üstlendiğinde Y işyeri bakımından yeni bir işyeri tescili yapmaktadır. Burada hukuken böyle bir ayrışmaya gitmenin sebebi işçilik haklarını korumak bakımından bir aleniyetin sağlanması ihtiyacıdır. Hukuken ayrı bir işyeri olarak tescil edilse de kanuni bir zorunluluk olarak alt işverenin işyeri asıl işverenin iş organizasyonu kapsamı içindedir. Oysa işyerinin bir bölümünün devrinde devreden işverenin organizasyonundan tamamen bağımsız bir işyeri söz konusudur, velev ki devreden iş sahasında bulunsun. Devralınan işyeri bölümü tamamen bağımsız bir organizasyondur⁸⁵.

⁸⁴ TITZE, s.247.

⁸⁵ DOĞAN YENİSEY, (2009), s.163.

Alt işverenin işyerinin bağımsız olup olmadığına ilişkin tartışmalar, işyerinin devri ile alt işverenlik ilişkisini ayırt etmede önem taşıdığı için muhakkak değerlendirilmelidir. Kanaatimizce öğretilerde ileri sürülen ve karma görüş olarak ifade edilebilecek bir yöntem benimsenmesi daha adil olacaktır. Zira alt işverenin işyeri, asıl işverenin işyerinin bir kısmı kabul edilemeyeceği gibi tamamen bağımsız bir işyeri olarak da değerlendirilemez⁸⁶. Buna göre alt işverenin işyerinin asıl işverenin işyerinin fer'i nitelikte farklı bir işyeri olarak değerlendirilmesi uygun olacaktır. Nitekim asıl işverenin işyeri olmadan alt işverenin işyerinden de söz edilemez⁸⁷. Mevzuatımızda bu fer'iliği ve alt işverenin işyeri ile asıl işverenin işyeri arasındaki ekonomik ve teknik bağı gösteren pek çok düzenleme mevcuttur. Asıl işverenin, alt işverenin mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden ve iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden birlikte sorumluluğu öngörülerek kurulan ekonomik bağı, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun öngördüğu şekilde iş sağlığı ve güvenliği kurulu kurma yükümlülüğu, işyerinde diğer işverenin çalışanlarına yönelik eğitim ve aydınlatma yükümlülüğu, alt işverenin sigortalı çalışanı SGK'ya bildirmemesi ya da prim borcunun bulunmasının, asıl işverenin 5510 sayılı Kanunun 81/i maddesine öngörülen %5 prim indiriminden yararlanmasını engellemesi, 6552 sayılı Kanunla kamu işyerlerindeki alt işveren işçilerinin kıdem tazminatından borçlu sıfatıyla, yıllık ücretli izinde ise birlikte sorumluluğu iki işyeri arasındaki teknik ve ekonomik bağı göstermektedir. Böyle bir bağı iki bağımsız işyeri arasında olamaz. Ayrıca hukukumuzda alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için paylaşılan işin işyerindeki üretim ve hizmet ile doğrudan ya da dolaylı ilgisinin olması gerekir. Bu nedenle alt işverenin işyerinin asıl iş ile bağlantısı kesilmemektedir⁸⁸. Devirle birlikte devredilen bölüm ile devreden işyerinin hukuki bağı kopmaktadır. Orası artık ayrı, müstakil bir işyeridir. Nitekim devirden sonra doğan borçlardan devredenin sorumlu olmayışı da bu sebeptendir. Oysa alt işverenlikte burası alt işveren için hukuken ayrı bir işyeri olsa da esasında tamamen bağımsız bir işyeri değil, fer'i bir işyeridir. Hukuki bağı devam etmektedir.

Öğretilerde bizim de katıldığımız bir görüş alt işverene işin bir bölümünün bırakılması ile işyerinin bir bölümünün devrini farklı görmekte ve bu farkı gerekçelerine bizim de katıldığımız şu ifadelerle açıklamaktadır: asıl işveren alt işveren ilişkisinde alt işverene verilen iş (asıl işin bir parçası ya da yardımcı

⁸⁶ BAŞBUĞ, s.132; BAŞBUĞ/ YÜCEL BODUR, s.102-103.

⁸⁷ BAŞBUĞ, s.132; BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s.102-103.

⁸⁸ BAŞBUĞ, s.133; BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s.102-103.

iş), işyerinde asıl işveren tarafından, kendi işyerinde üretilen mal veya hizmet üretimine ilişkin işin bir parçası olmalıdır. Alt işverene devredilen işte alt işverenin yaptığı üretim asıl işverenin üretimini tamamlar ve bu üretim asıl işveren dışında üçüncü kişilere yönelik olamaz⁸⁹. Burada asıl işverenin faaliyetini tamamlayan üretimin (mal/hizmet satımının) üçüncü kişilere yönelik olamaması, işyerinin bir bölümünün devri ile alt işverenlik kurumunu ayırt etmeye temel olmasa da yardımcı unsurlardan biri olarak sayılabilir. Zira alt işveren ilişkisinde asıl işverenin üretimini tamamlayan iş yalnızca o işverene hasredilmelidir. Oysa işyerinin/bir bölümünün devrinde devralanın üçüncü kişilere mal/hizmet üretimi yapması kural olarak yasaklanamaz. Kural olarak devreden işveren devrettiği bölüme ilişkin, devralan işverene yalnızca kendisine mal/hizmet satımı yapılmasını dayatamaz. Bu durum ancak belirli bir süre için, belirli bir gerekçeyle, konu ve kapsamı bakımından sınırlamalar yapmak suretiyle mümkün olabilecektir. Aksi halde rekabet hukuku devreye girecektir⁹⁰. 2002/2 sayılı Tebliğ md.3'e göre "*Alıcının anlaşma konusu mal veya hizmetlerle rekabet eden mal veya hizmetleri üretmesini, satın almasını, satmasını ya da yeniden satmasını engelleyen doğrudan veya dolaylı her türlü yükümlülük*" rekabet yasağının kapsamına girmektedir⁹¹. Devir durumlarında yalnızca 3 yıl süre için rekabet yasaklarının makul olduğu kabul edilmektedir⁹². Bir şeker fabrikasında şekerin ambalajlanması işinin daha önce bu işte çalışan işçilerle birlikte alt işverene devredildiğini düşünelim. Alt işverenlik ve işyeri bölümünün devredilmesi durumunun bağdaştığını kabul eden düşünceye göre bu anda iki kurum birden oluşmuş olacaktır. O halde bu ambalajlama işini devralan işveren bir başka şeker fabrikasının daha ambalajlama işlerini üstlenemeyecek midir? Üstlenirse bu işi o işyerinde çalışan işçilerinden başka işçilerle mi yürütmek zorunda olacaktır ya da ilk fabrikada ikincinin de ambalajlama işlerini yürütebilecek midir? Yahut asıl devreden işveren alt-devralan işveren arasında başka bir yerden iş alamayacağı konusunda anlaşma

⁸⁹ ŞAHLANAN, (2007), s.3.

⁹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZŞAHİN, s.84; Rekabet üzerindeki etkisi hissedilecek kadar olmayan çok küçük işletmeler arasındaki anlaşmaların yasaklama dışında tutulması "de minimis" kuralı Kanunda yer almayan ancak fiili uygulama ile Rekabet Kurulu kararları ile kabul edilen bir durumdur. Ancak bu ihlalin olmadığı değil, soruşturma açmaya gerek olmadığı anlamında kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ASLAN, s.47. Örnekler ve eleştirisi için bkz. ÖZKAN, s.529.

⁹¹ 2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliğleri ile Değişik, Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği Tebliğ No: 2002/2, 14.7.2002 Tarihli, 24815 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁹² ÖZŞAHİN, s.85.

mı yapılacaktır? Örneğin A isimli bir işyerinde yemekhane bölümünün, bütün personeli ve araç-gereç teçhizatıyla Burger King'e devredildiğini düşünelim. Velev ki aynı binanın içinde olsun bu Burger King'in sadece A işyerine hizmet sunabileceği, başkaca bir satış gerçekleştiremeyeceği kararlaştırılabilir mi? A ile devredilen işyeri bölümü arasında artık iki ayrı işveren, iki ayrı işyeri, iki ayrı organizasyon söz konusu olmaktadır. Bu örnek özelinde Burger King alt işveren olmayacaktır. Oysa bu yemekhanenin alt işverene bırakıldığı düşünöldüğünde, yemekhane hala A'nın işyerine dâhil, A'nın işyerinin bir parçasıdır. Asıl işveren –alt işveren ilişkisinin geçerli olabilmesi için işçilerin yalnızca A işyerinde faaliyet göstermesi gerekir.

Ayrıca asıl işverenin işin yürütümü ve denetimi konusunda söz hakkı bulunurken, işyerinin kısmi devrinde devreden işverenin herhangi bir tasarruf yetkisi söz konusu değildir⁹³. Doktrinde bu görüşü eleştiren bir yazara göre, alt işveren ile asıl işveren aralarında anlaşarak asıl işverenin işin yürütümü ve denetimi konusunda hiçbir yetkisinin bulunmadığını kararlaştırabilirler. Bu nedenle iki kurumu ayırt etmek için bu ölçüt yetmeyecektir⁹⁴. Ancak kanaatimizce aralarında yapacakları böyle bir yetkisizlik anlaşması yalnızca iç ilişkide etkili olan işçi alacaklarına ilişkin bir sorumsuzluk anlaşması anlamına gelecektir. Zira Kanunen asıl işverene getirilmiş yükümlölükler asıl işverenin işin yürütüm ve denetiminde zorunlu olarak birtakım yetkileri yüklemektedir. Aksi halde yetkisiz ancak sorumlu olacağı sonucuna varılır ki bu hakkaniyetli de değildir. Örneğin asıl işverenin beş puanlık prim indiriminden faydalanabilmesi için gerek kendisinin gerekse alt işverenin işçilerinin sigorta primi, işsizlik sigortası primi, idari para cezası ile bunlara ilişkin gecikme cezası ve gecikme zammı borcunun bulunmaması gerekmektedir. Bu vb. yükümlölükler asıl işverene zorunlu bir denetim yetkisi yükler.

İşyerinin kısmen devrinde devreden işverenin devrettiği o yer bakımından faaliyeti tamamen sona ermekte, kendi organizasyonunun dışına çıkmakta ve kendi sorumluluk alanından bağımsızlaşmaktadır. Devredilen işyeri bölümü başka bir işverenin bağımsız, müstakil bir işyeri olmaktadır. Zira işyeri devri söz konusu olduğunda faaliyet tamamen bir başka işverene devredilmekte ve orada işyerinin kalan bölümlerinde faaliyet gösteren işveren o işyerindeki faaliyetten tamamen el çekmekte, artık o kısımda hiçbir şekilde faaliyet göstermemektedir. Çünkü orası artık başka bir işverenin bağımsız

⁹³ ŞAHLANAN, (2007), s.3.

⁹⁴ AYKAÇ, s.177.

bir işyeridir. Oysa alt işverenlikte alt işverene devredilen iş asıl işverenin işyerinde yürütülmektedir. Dolayısıyla o işin yürütüldüğü yer fer'i işyeridir. Asıl işverenin o işyerinde faaliyeti sona ermemekte, kendi organizasyonunun dışına çıkmamakta ve kendi sorumluluk alanından bağımsızlaşmamaktadır. Asıl işverenin oradaki hukuki bağı, asıl işverenin sorumluluk sahasında işin yürütülmesinden dolayı getirilen hukuki yükümlülükleri devam etmektedir. Bu kanunen kurulmuş hukuki bir bağıdır.

İki müessesenin birleştiği durumda normların birbirini dışlamadığı yönündeki görüş normların koruma amacının farklı gruplara yönelik olduğunu belirtmektedir⁹⁵. Esasında yazar, bu ifadesinde haklıdır. Zira alt işverenin işçileri ve devreden işçileri birbirinden bağımsız bir olayda farklı işçi gruplarıdır. Oysa bu iki kurumun birleştiği düşünüldüğünde iki norm ile de korunmaya çalışılan grup aynı olacaktır. Alt işverenin işçileri aynı zamanda devreden işçileri olmuş olmaktadır. Dolayısıyla normun koruma amacından hareketle iki kurumun birbirini dışlayıp dışlamadığı sonucuna varılamaz. Kaldı ki farklı grupları koruma amacı olan normlar aynı olay üzerinde birleştirilirse hangi normun uygulanacağı konusunda büyük bir sorun doğar.

İki ayrı normun aynı olayda birleşebileceği kabul edilirse pek çok husus çözüme muhtaç kalacaktır. Bunlardan biri de 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 38. maddesinde yer alan hükmün nasıl uygulanacağıdır. Bu hükme göre; *“İşletme toplu iş sözleşmesi kapsamında olan ya da toplu iş sözleşmesi bulunan bir işyeri veya işyerinin bir bölümünün devrinde, devralan işverenin aynı işkoluna giren işyeri veya işyerlerinde yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi var ise; devralınan işyeri veya işyerlerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar; iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder.”* Oysa alt işverenlik ilişkisinin kurulduğu işler bakımından böyle bir düzenlemeye gidilmemiştir. Orada tamamen bağımsız ve yeni bir toplu iş sözleşmesi kurmak gerekmektedir. Bu iki kurum birleşirse nasıl bir çözüm öngörülebileceği izaha muhtaçtır. Bu konuda bir başka örnek de iş sözleşmesinin feshi konusunda iki kurumun sonuçlarını birden uygulamanın yarattığı çelişkidir. Bu çelişki iki kurumun birleşebileceğini savunan görüş tarafından da kabul edilmektedir⁹⁶. Devir nedeniyle fesih yasakken, alt işveren ilişkisinin kurulması bir geçerli fesih nedeni olarak görülmektedir. Bu durumda iki kurumun birleşebileceğini savunan görüş, İK md. 6'nın

⁹⁵ DOĞAN YENİSEY, (2009), s.164.

⁹⁶ AYKAÇ, s.183.

uygulanması gerektiğini belirtmektedir⁹⁷. Ancak burada iki kurumun aynı anda meydana gelebileceği savunulurken bazen 2. madde bazen 6. madde hükümleri uygulanmakta ve Kanunun öngörmediği yeni sorumluluk tipleri yaratılmaktadır.

İfade ettiğimiz üzere bu iki kurumun aynı olayda bağdaşabileceği görüşünde değiliz. Ancak birleştide düşünülse idi dahi birden fazla kanun hükmünün birleşerek uygulanacağı savunulamazdı. Kanunda düzenlenmiş bir hukuki kuruma iki ayrı sorumluluk yüklenmesi bir davranışa iki ayrı yaptırım uygulanması gibidir. Kanun koyucu alt işverenlik ilişkisini ve işyerinin bir bölümünün devrini birbirinden farklı iki ayrı kurum olarak düzenlemiş ve sonuçlarını buna göre tesis etmiştir. Bir hukuki soruna iki ayrı kurumun sonuçlarını birden bağlamak kanunkoyucunun murad etmediği yeni bir müteselsil sorumluluk tipi yaratmak anlamına gelir, ki bu ancak kanunla getirilebilir. Bir hukuki mesele ile karşılaştığımızda iki kurumun özelliklerini de sağladığını düşündüğümüzde sorumluluk tiplerinin birleşmesi değil, ancak yarışması (hakların telahuku) söz konusu olabilir. Bir diğer ifade ile iki kurumun birleştide düşünülse idi dahi birden fazla kanun hükmünün birlikte uygulanması değil, hakların yarışması söz konusu olabilirdi. Yani ya İK md. 2 ya da İK md. 6'nın uygulanması gerekirdi. Ancak bu durumda seçim yapılacak; aynı hukuki soruna birbirinden farklı hükümler uygulanabilecek ve aynı meselede farklı sonuçlarla karşılaşılabilirdi. Bu durum ise bir hukuki istikrarsızlığa yol açardı. Her hâlükârda sonuçları bakımından aksaklıklara yol açmaktadır. Kanun koyucunun bu ikisinin birleşebileceğini öngörmediğini değil, birleşemeyeceğini öngördüğü için iki ayrı kurum olarak düzenlediği kanaatindeyiz.

İki kurumun birleşebileceğini savunmanın en büyük sıkıntısı, bu iki kuruma uygulanacak düzenlemelerin farklı hukuki sonuçlara yol açmasıdır. Kurumları ayırştırmak hukuk sistemimizdeki kavramsal bütünlüğü korumak bakımından önemli olduğu kadar; pratik sonuçları itibariyle de pozitif hukuk düzenine daha uygun sonuçlar vermektedir. Bu bakış açısı konuyu çözümünü bakımından karmaşık denklemlere bağlı bir matrise çevirmekten kurtarır, basit ve sağduyulu bir temel hukuk kavramına oturtur.

C. Salt Faaliyet Devrinin Değerlendirilmesi

ABAD kararlarında işyerinin bir bölümünün devri ile alt işverenlik ilişkisinin alakası hususu genellikle, işgücü devredilmeksizin salt faaliyet

⁹⁷ AYKAÇ, s.183-184.

devrinin işyeri devri oluşturup oluşturmadığı noktasındadır⁹⁸. Çalışma konusu karar, kürsü örneği haline gelmiş Süzen kararından farklıdır. Süzen kararında Almanya’da bir ortaokulun temizlik işlerini üstlenen bir şirkette çalışan Ayşe Süzen, okulla temizlik şirketi arasındaki sözleşmenin sona ermesi ile şirket tarafından diğer işçilerle birlikte işten çıkarılır. Bu noktaya kadar olaylar benzerlik arz etmektedir. Ancak devamında okulun temizlik işleri başka bir şirkete ihale edilmiş ve bu yeni şirket, eski şirketin bir işçisini de işe almıştır. Bu halde bir işyeri devri kabul edilmektedir⁹⁹. Oysa somut olayda belediye temizlik şirketi ile sözleşmesini sona erdirdikten sonra işi tekrar kendisi yürütmeye başlamış ve eski şirketin işçileri ile değil, yeni işe aldığı işçilerle bu işi yürütmüştür. Bir diğer ifadeyle yalnızca alt işverene devredilen bölümde, yardımcı işte alt işverenlik ilişkisi kurulmaktan vazgeçilmiş ve belediye işi kendisi üstlenmiştir. Bu nedenle bir faaliyet devri söz konusudur. O halde Divan kararı isabetlidir. Nitekim olayda bir işyeri bölümü devri değil asıl işveren- alt işveren ilişkisi söz konusudur. İşyerinde veya bir bölümünde salt yürütülen faaliyetin bir başkasına devri ise işyeri devri olarak nitelendirilemez¹⁰⁰. İşyeri varlıklara ya da işgücüne bağlı olabilir. Bir devrin gerçekleştiğini kabul edebilmek için, işyeri varlıklara bağlı ise bunların devri, emek yoğun ise işçilerin çoğunun devri gerekir¹⁰¹.

İşyerinde yürütülen yardımcı işlerin, örneğin somut olaydaki gibi temizlik işinin bir başka işveren tarafından kendi işçileri ile yerine getirilmesi asıl işveren alt işveren ilişkisine temel teşkil edecektir. ABAD’ın Süzen kararında da belirttiği gibi sadece işyeri bölümünde yürütülen faaliyetin bir başkasına devri, işyeri salt bir faaliyetten oluşmadığından işyeri devri olarak nitelendirilemez. Bu nedenle alt işverenle yapılan sözleşmede faaliyetin alt işveren tarafından sağlanması dışında başka hiçbir unsurun devri söz konusu değilse bir işyeri bölümünün devrinden değil, asıl işveren-alt işveren ilişkisinden bahsedilmelidir¹⁰².

Ancak kanaatimizce Türk hukukunda AB hukukundan farklı olarak işyerinin devri ve alt işverenlik birlikte değerlendirme konusu yapılamayacaktır.

⁹⁸ ALPAGUT, Fesih Hakkı, s.90.

⁹⁹ ABAD, C-13/95, 11.3.1997.

¹⁰⁰ SÜZEK, (2018), s.209; CENTEL, s.8; ÖZKARACA, s.93; EKONOMİ, s.347; McMULLEN, s.221.

¹⁰¹ McMULLEN, s.221..

¹⁰² SÜZEK, (2018), s.209; DOĞAN YENİSEY, (2009), s.165; ÖZKARACA, s.29; ALPAGUT, (2009), s.291.

Zira İş Kanunundaki alt işverenliğe ilişkin hŭkŭm, ũlke Őartlarının gerektirdiği sorunlara Őozŭm bulmayı hedefleyerek kaleme alınmaya Őalıřılmıř yerli bir dŭzenlemedir. Diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak ayrı ve Özel bir alt işverenlik dŭzenlemesi vardır.

Tŭrk hukukundaki tartışmalardan bağımsız olarak YÖnerge kapsamında söz konusu olayda ABAD'ın benzer kararlarında da olduğu gibi işletmenin amacı ile zorunlu bir bağlantısı olmayan yan faaliyetlerin devri, bir başka deyişle istihdamın dışsallaştırılması (outsourcing) işyeri bŐlŭmŭnŭn devrine yol aĐabilir¹⁰³. Örneğin temizlik işlerinin bir başka işverene verilmesi bir faaliyet devridir. Ancak bunun iÇin maddi olan ve olmayan unsurlarla bir ekonomik birlik olarak nitelendirilen bir işyeri bŐlŭmŭ ve bu kimliğin korunması gerekir. Bu da ancak, temizlik işi salt beden gŭcŭne dayandığı iÇin, bu işle görevli personelin Önemli bir bŐlŭmŭnŭn devri ile mŭmkŭn olabilir¹⁰⁴. Dolayısı ile YÖnerge kapsamında alt işverenlik durumu da işyerinin bir bŐlŭmŭnŭn devri hallerinden biri olarak sayılacak ve işyeri devri olarak sonuÇ bağlanacaktır. Nitekim alt işverenlik ya da genel anlamda alt işverenliği de kapsayan "outsourcing" iÇin AB hukukunda ayrı ve Özel bir dŭzenleme bulunmamaktadır. Dolayısı ile istihdamın dışsallaştırdığı alanlarda Őalıřan iřĐileri koruyucu Özel başka dŭzenlemeler mevcut değildir. Bu iřĐiler işyeri devri dŭzenlemeleri kapsamında korunmaktadır.

İngiliz hukukunda ise 2001/23 sayılı YÖnergenin Ötesinde iřgŭcŭ yoğun faaliyetler iÇin hizmet tedarik değişimi (SPC) adı verilen bir kavram yaratılmış ve salt faaliyet devri ve alt işverenlik de tamamen işyeri devri iÇerisinde mŭlahaza edilmeye bařlanmıřtır¹⁰⁵. Dış kaynak kullanımı, kamu sektŐrŭ de dâhil olmak ũzere İngiliz ekonomisinde yaygın olarak kullanılmaktadır. Hatta Oxford Economics tarafından yapılan bir araştırmaya göre, Birleşik Krallık'taki tŭm "dış kaynaklı" faaliyetlerin değerleri 207 milyar sterlindir, bu da toplam ekonomik Őıktının % 8'ine eşittir. Bu hizmetlerin % 40'ı ise kamu sektŐrŭ iÇin sađlanmaktadır¹⁰⁶.

¹⁰³ ALPAGUT, (2009), s.292. ALPAGUT, Fesih Hakkı, s.94.

¹⁰⁴ ALPAGUT, (2009), s.293.

¹⁰⁵ McMULLEN, s.220. Employment Rights on the Transfer of an Undertaking (TUPE), A guide to the 2006 TUPE Regulations (as amended by the Collective Redundancies and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (Amendment) Regulations 2014) for employees, employers and representatives, January 2014, s.7, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/275252/bis-14-502-employment-rights-on-the-transfer-of-an-undertaking.pdf Erişim Tarihi: 20.01.2019.

¹⁰⁶ TITZE, s.240.

2006 yılında İngiliz hukukunda işyeri devrini düzenleyen yönetmelik olan TUPE'ye getirilen “Hizmet Tedarik Değişimi” konsepti 2014 yılında yapılan reformda da korunmuştur¹⁰⁷. 31 Ocak 2014 değişikliği ile hizmet tedarik değişiminde yalnızca, “daha önce yürütülen faaliyetlerle temelde aynı” yapılan faaliyetler TUPE'ye dâhil edilmiştir¹⁰⁸. Hizmet tedarik değişimi, bir kişinin münhasıran organize edilmiş bir grup işçi ile bir başka kişiden (müşteri) belli bir faaliyetin yapılması işini almasını ifade eder. Dolayısıyla ilişki doğrudan müşteri (işveren) ile yüklenici (alt işveren) arasında gerçekleşir. Kavram bir işin yükleniciye verilmesi, yükleniciden işverene geçmesi, bir yüklenici ile ilişkinin sona ermesi üzerine başkasına verilmesini (retendering) kapsar. Tamamı işyeri devri kapsamındadır. Burada artık ekonomik birlik aranmamakta, “ekonomik birlik” yerine ondan daha geniş bir şekilde “faaliyet” testi söz konusu olmaktadır¹⁰⁹. Avrupa hukukundan ayrılan bu durum, işçilere en azından kâğıt üzerinde Yönerge'deki korumanın da ötesine geçen bir güvence sağlamaktadır¹¹⁰. Nitekim Yönerge'nin amacı da istihdam ilişkisinin sona ermesini önlemek olduğundan İngiliz hukukuna göre hizmet tedarik değişimi ile Yönerge anlamında devrin hukuki etkileri aynıdır¹¹¹.

2001/23 sayılı Yönergenin 8. maddesi Üye Devletlerin işçiler için Yönergenin öngördüğünden daha uygun tedbirler alabileceklerini yani asgari standartları koyduğunu açıkça belirtmektedir. Bu nedenle İngiliz hukukundaki uygulama işçiler için daha elverişli olduğundan hukuka uygun kabul edilmektedir. ABAD Alemo-Herr davasında Yönergenin amacının yalnızca çalışanların korunması değil, çalışanların çıkarlarıyla devralan iş dünyası arasında ‘adil bir denge’ sağlamak olduğuna hükmetmiştir. Ama bu durum daha üst bir koruma sağlayan İngiliz hukukunun AB hukuku ile uyumlu olmadığı anlamına gelmemektedir. Hizmet tedarik değişimi, Yönergenin kapsamı dışında ancak md. 8 anlamında Yönergenin üstündedir¹¹². Bu nedenle İngiliz hukukunda TUPE'yi yorumlarken AB hukukundan türetilmemiş, tamamen yeni bir kavram olan Hizmet Tedarik Değişimi hükümlerinin yorumlanması AB'nin yorum kurallarına değil, yerel kurallara tabi görülmektedir. Bu konu

¹⁰⁷ TITZE, s.245-246.

¹⁰⁸ TITZE, s.248; McMULLEN, s.223. TUPE, s.6.

¹⁰⁹ ALPAGUT, Fesih Hakkı, s.101-102; McMULLEN, s.220.

¹¹⁰ McMULLEN, s.222.

¹¹¹ TITZE, s.254,257-258.

¹¹² TITZE, s.246.

Metropolitan Resources Ltd - Churchill Dulwich Ltd davasında da aynı yönde hükme bağlanmıştır¹¹³. Örneğin çalışma konumuzu oluşturan CLECE SA davası İngiliz hukukuna göre hizmet tedarik değişimi kapsamında kalacak ve istihdam ilişkisi yerel yönetim ile devam etmiş olacaktır. Yönerge tam aksi yönde karar verse de bunun AB hukukuna aykırı olduğu söylenemeyecekti. Zira işçiler bakımından daha üst bir koruma sağlanmaktadır¹¹⁴.

İşyerinin devri kapsamında olup olmadığını belirlemek esasında yerel bir meseledir. İnceleme konusu için bu kararın seçilme sebebi de budur. Karara konu olay 2001/23 sayılı Yönerge uyarınca ABAD tarafından bir işyerinin veya bir bölümünün devri olarak değerlendirilmezken; İngiliz hukukuna göre tam da bu olay “hizmet tedarik değişimi” kapsamında bir işyeri devridir. Konu bizim hukukumuz açısından işyeri devrine sebebiyet vermez, ancak alt işveren uygulaması kapsamında değerlendirilmesi gereken bir konudur. Dolayısıyla bir mesele farklı hukuk sistemlerinde normatif düzenlemeler sebebiyle farklı hukuki kurumların kapsamına girebilir. Öğretide tartışma konusu olan işyerinin bir bölümünün devri ile alt işveren ilişkisinin çakışıp çakışamayacağı meselesi de bu konu ile bağlantılıdır. Bu nedenle karara konu olaydan hareketle çalışmada tartışılmıştır.

Sonuç olarak bir işyerinin salt temizlik işinin bir başka işverene verilmesi bir faaliyet devri niteliği taşıyacak ve işyeri bölümü devredilmiş olmayacak, asıl işveren alt işveren ilişkisi kurulmuş olacaktır¹¹⁵.

SONUÇ

İşletmenin devrinden bahsedebilmek için gerekli en önemli unsur, işletmenin kimliğinin korunmasıdır. Bunun saptanabilmesi için çeşitli ölçütler getirilmiştir. Bu ölçütlerden biri de işgücünün devridir. Karara konu olayda belediyenin binalarının temizlik işlerinin bir şirkete verilmesi söz konusudur. Ancak daha sonra belediye şirketin sözleşmesini sona erdirmiş ve kendisi yeni işçi alarak işi görmeye devam etmiştir. Bir başka şirkete ihale etmemiş ve o şirketten hiçbir işçiyi de çalıştırmamıştır. Temizlik işleri emek yoğun işler olduğundan işyeri devrinden bahsedebilmenin ön koşulu işgücünün önemli bir çoğunluğunun devridir. Olayda öncelikle bu durum gerçekleşmemiştir. Ayrıca olayda bir faaliyet devri bulunduğu ve sadece faaliyetin devri işyerinin/

¹¹³ TITZE, s.247.

¹¹⁴ TITZE, s.252.

¹¹⁵ SÜZEK, (2018), s.209. ALPAGUT, Fesih Hakkı, s.97.

bir bölümünün devri anlamına gelmeyeceğinden Yönergenin kapsamı dışında kalmıştır. Olay İngiliz hukuku bakımından değerlendirildiğinde işyeri devri iken, Türk hukuku bakımından değerlendirildiğinde bir işyeri devri değil, asıl işveren- alt işveren ilişkisi söz konusudur.

İşyerinin devri bakımından işgücünün devri konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Kanımızca işçi devri olmadan işyeri devri olup olmaması noktasında ikili bir ayrıma gitmek gerekir. Burada ticaret hukuku anlamında ticari işletmenin devri yahut şartları varsa tam/kısmi bölünme mümkün olabilir. Ancak iş hukukunda işyerinin devri ve İş Kanunu md. 6'daki düzenlemenin uygulanabilmesinin anlamlı olabilmesi açısından İş Kanunu anlamında işyeri olması ve işçilerin de devri gerekmektedir.

Türk hukukunda diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisi ile işyerinin bir bölümünün devrinin aynı olayda söz konusu olup olamayacağı hususu tartışmalıdır. Esasında bu konu AB Yönergesi ile Türk iş mevzuatı arasındaki farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Zira Yönerge asıl etkisini işletmelerin faaliyetlerinin bir bölümü dışsallaştırıldığında (outsourcing) göstermektedir. Kanımızca Yargıtay işyerinin bir bölümünün devrini alt işverenlik kapsamında görmemekte bu nedenle de tartışma konusu yapmamaktadır.

İşyerinin bir bölümünün devri ile alt işverenlik ilişkisinin aynı olayda çakışabileceği yönündeki çoğunluk görüşe karşılık, öğretide aksi yöndeki bir başka görüşe göre, işyerinin bir bölümünün devri ile işin bir bölümünün alt işverene bırakılması farklı hususlardır. Kanaatimizce bu konuda Kanunda bir boşluk yoktur. Bu hususta herhangi bir düzenleme getirilmemesi menfi çözümdür, zira İş Kanununda alt işverenlik ve işyeri devri ayrı ayrı müesseseler olarak düzenlenmiş ve bunlara bağlanmış bağımsız iki ayrı hukuki sonuç doğmuştur. Kaldı ki Yönerge, 8. maddesi ile işçinin daha lehine olması şartıyla yerel ülke mevzuatlarında başka türlü düzenlemeler yapılabileceğini de öngörmektedir. Türk iş hukukunun tartışma konumuz bakımından AB düzenlemelerinden daha geride olduğu söylenemeyecektir. Hukukumuzda işin devri, şartlar da sağlandığında asıl işveren alt işveren ilişkisi içinde mülahaza edilmekte ve işçiler İK md. 6'dan daha sıkı bir yaklaşım içinde İK md. 2'de korunmaktadır. Bu Yönergeden daha ileri bir yaklaşımdır. İşyerinin bir bölümünün devri ile alt işverenlik ilişkisinin bağdaştırılmasına lüzum olmadığı gibi bunun sakıncaları da bulunmaktadır.

Hukuken ayrı bir işyeri olarak tescil edilse de kanuni bir zorunluluk olarak alt işverenin işyeri asıl işverenin iş organizasyonu kapsamı içindedir.

Oysa işyerinin bir bölümünün devrinde devreden işverenin organizasyonundan tamamen bağımsız bir işyeri söz konusudur, velev ki devreden iş sahasında bulunsun. Devralınan işyeri bölümü tamamen bağımsız bir organizasyondur. Alt işverenin işyeri, asıl işverenin işyerinin bir kısmı kabul edilemeyeceği gibi tamamen bağımsız bir işyeri olarak da değerlendirilemez. Bu nedenle alt işverenin işyerinin asıl işverenin işyerinin fer'i nitelikte farklı bir işyeri olarak değerlendirilmesi uygun olacaktır.

Asıl işverenin faaliyetini tamamlayan üretimin (mal/hizmet satımının) üçüncü kişilere yönelik olamaması, işyerinin bir bölümünün devri ile alt işverenlik kurumunu ayırt etmeye temel olmasa da yardımcı unsurlardan biri olarak sayılabilir. Zira alt işveren ilişkisinde asıl işverenin üretimini tamamlayan iş yalnızca o işverene hasredilmelidir. Oysa işyerinin/bir bölümünün devrinde devralanın üçüncü kişilere mal/hizmet üretimi yapması kural olarak yasaklanamaz.

Ayrıca asıl işverenin işin yürütümü ve denetimi konusunda söz hakkı bulunurken, işyerinin kısmi devrinde devreden işverenin herhangi bir tasarruf yetkisi söz konusu değildir. Aksi halde asıl işverenin yetkisiz ancak sorumlu olacağı sonucuna varılır ki bu hakkaniyetli de değildir.

Bu iki kurumun aynı olayda bağdaşabileceği düşünülse idi dahi birden fazla kanun hükmünün birleşerek uygulanacağı savunulamazdı. Bu da yeni bir müteselsil sorumluluk tipi yaratmak anlamına gelir. Ancak hakların yarışması (hakların telahuku) söz konusu olabilirdi. Yani ya İK md. 2 ya da İK md. 6'nın uygulanması gerekirdi. Bu durumda ise seçim yapılacak; aynı hukuki soruna birbirinden farklı hükümler uygulanabilecek ve aynı meselede farklı sonuçlarla karşılaşılabilirdi. Her hâlükârda sonuçları bakımından aksaklıklara yol açmaktadır. Kanun koyucunun bu ikisinin birleşebileceğini öngörmediğini değer, birleşemeyeceğini öngördüğü için iki ayrı kurum olarak düzenlediği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- AKI, Erol: “İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2013, Yıl 8, Sayı 29, s.5-12.
- AKIN, Levent: **İş Sağlığı Güvenliği ve Alt İşverenlik**, Yetkin, Ankara, 2013.
- AKYİĞİT, Ercan: **İçtihatlı Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, 3. Baskı, C.1, Seçkin, Ankara, 2008.
- ALPAGUT, Gülsevil: “İşyerinin Devri ve Fesih İlişkisi”, **İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri**, İstanbul, 2009, s.226-300. (ALPAGUT, (2009))
- ALPAGUT, Gülsevil: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, (<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/yargitaykarsemineri2010.pdf> Erişim Tarihi: 12.21.2018) (ALPAGUT, (Karar Değerlendirme))
- ALPAGUT, Gülsevil: **İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı**, Beta, İstanbul, 2010. (ALPAGUT, (Fesih Hakkı))
- ASLAN, İ. Yılmaz: **Rekabet Hukuku Dersleri**, 5. Baskı, Ekin, Bursa, 2015.
- AYDINLI, İbrahim: **Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu**, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015.
- AYKAÇ, Hande Bahar: **İş Hukukunda Alt İşveren**, Beta, İstanbul, 2011.
- BAKIRCI, Kadriye: “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin İşyeri Bölümünün Devriyle Bağlantısı-Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi Kurulurken İş Sözleşmelerinin Feshi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2010, Yıl 5, Sayı 18, s.114-127.
- BAŞBUĞ, Aydın: “Fer’i İşyeri Olarak Alt İşveren İşyerleri ve Alt İşveren İşçisi ile Kurulan Edimden Bağımsız Borç İlişkisi”, **Emeğin Hukuku Kurultayı**, Ankara, 2016, s.125-143.
- BAŞBUĞ, Aydın/ YÜCEL BODUR, Mehtap: **İş Hukuku**, 5. Baskı, Beta, İstanbul, 2018.
- CANBOLAT, Talat: **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri**, Kazancı, İstanbul, 1992.
- CANİKLİOĞLU, Nurşen: “İstihdamda Yeni Eğilimler”, **II. Çalışma Yaşamı**

Kongresi Tartışma ve Panel Notları, 26-27 Nisan 2008, Ankara, s.29-30.

CENTEL, Tankut: “İşyerinin Bir Bölümünün Devri”nde Fiziki Mekan”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2008, Yıl 3, Sayı 9, s.5-9.

ÇANKAYA, Osman Güven/ÇİL, Şahin: “4857 Sayılı İş Kanununa Göre İşyeri Devri”, **Yargıtay Dergisi**, Temmuz 2006, Cilt 32, Sayı 3, s.387-424.

ÇELİK, Nuri: **İş Hukuku Dersleri**, 16. Bası, Beta, İstanbul, 2003.

ÇELİK, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: **İş Hukuku Dersleri**, 31. Bası, Beta, İstanbul, 2018.

ÇİL, Şahin: “Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkisi”, **İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri**, İstanbul, 2009, s.5-126.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: “İşyerinin Devri Çerçevesinde “İşyeri” ve “İşyeri Bölümü” Kavramları”, **İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri**, İstanbul, 2009, s.128- 168. (DOĞAN YENİSEY, (2009))

DOĞAN YENİSEY, Kübra: **İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, İstanbul, 2007. (DOĞAN YENİSEY, (2007))

EKMEKÇİ, Ömer: “26 Haziran 2002 Tarihli İş Kanunu Tasarısının Bazı Hükümleri Üzerine”, **Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem Seminer Notları**, 25-29 Eylül 2002, Marmaris, s.65-96.

EKONOMİ, Münir: “İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi”, **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, Ankara, 2000, s.325-361.

ENGİN, E. Murat: **Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren**, Basisen, İstanbul, 1993.

EYRENCİ, Öner: “4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2004/1, s.15-55.

GÜZEL, Ali: “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren. İlişkisinin Sınırları”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2004, Sayı 1, s.31-65.

GÜZEL, Ali/ UGAN ÇATALKAYA, Deniz: “İşyerinin veya Bir Bölümünün

- Devrinin Toplu İş Sözleşmesine Etkisi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, Basım Yılı: 2014, s.147-199.
- İREN, Ertan: **Avrupa Birliği İş Hukuku Yönergeleri Karşısında 4857 Sayılı İş Kanununun Durumu**, ÇEİS, Ankara, 2008.
- JORENS, Yves/LHERNOULD, Jean-Philippe/ROBERTS, Simon: **Avrupa Birliği’nde Sosyal Güvenlik Hukuku El Kitabı**, 2011.
- KILIÇOĞLU, Mustafa/ŞENOCAK, Kemal: **İş Kanunu Şerhi**, Cilt I, 3. Baskı, Legal, İstanbul, 2013.
- KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ, Ayşegül: “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İşyeri ve İşletmelerin Devri Halinde İşçi Haklarının Korunması”, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 30. Yıl Armağanı**, Ankara, 2006, s.85-118.
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz: **İşyerinin Kapanmasının İş Sözleşmelerine Etkisi**, Beta, İstanbul, 2004.
- MANAV, Eda: “İşyeri Devrinde İş Güvencesi”, **Prof. Dr.Sarper Süzek’e Armağan**, Cilt 2, İstanbul, 2011, s.1343-1384.
- McMULLEN, John: “The Developing Case Law on TUPE and Service Provision Change”, **Industrial Law Journal**, Vol. 45, No. 2, July 2016, 220-230.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu’nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler”, **Kamu-İş Dergisi**, Cilt 7, Sayı 4/2004, s.1-37.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: **İş Hukuku**, 1. Bası, Turhan, Ankara, 2004.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş: **İş Hukuku**, 6. Bası, Turhan, Ankara, 2014.
- OĞUZMAN, Kemal: **Hukuki Yönden İşçi İşveren İlişkileri**, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fak. Yay., İstanbul, 1987.
- ÖZKAN, Ahmet Fatih: “Rekabet Savunuculuğunda Yeni Bir Araç: Rekabet Kurumu’nun Basın Bültenleri”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 5, Sayı 2, Yıl 2014, s.515-558.

- ÖZKARACA, Ercüment: **İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu**, Beta, İstanbul, 2008.
- ÖZŞAHİN, Ahmet Baybars: **Birleşme ve Devralmalarda Yan Sınırlamalar**, Yetkin, Ankara, 2018.
- SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay: “İşyeri Devrinin Türk Ticaret Kanunu m.178 ve İş Kanunu m.6 Hükümleri Çerçevesinde İş İlişkilerine Etkisi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2013, Yıl 8, Sayı 29, s.24-39.
- SÖNMEZ TATAR, Gülsüm: **İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi**, TÜHİS, Ankara, 2011.
- SÜZEK, Sarper: **İş Hukuku**, 4. Bası, Beta, İstanbul, 2008. (SÜZEK, (2008))
- SÜZEK, Sarper: **İş Hukuku**, 16.Bası, Beta, İstanbul, 2018. (SÜZEK, (2018))
- SÜZEK, Sarper: “İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 15, Özel Sayı, 2013, Basım Yılı 2014, s.311-330. (SÜZEK, (2014))
- ŞAHLANAN, Fevzi: “İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve İş Hukukuna İlişkin Sonuçları”, **TÜHİS**, Kasım 2000-Şubat 2001, s.14-24. (ŞAHLANAN, (2001))
- ŞAHLANAN, Fevzi: “İşyeri Devri ile Asıl İşveren-Alt İşveren (Karar İncelemesi)”, **Tekstil İşveren Dergisi**, Kasım 2007, Sayı 333, Hukuk 18, s.2-4. (ŞAHLANAN, (2007))
- TITZE, Julian: Service Provision Changes – Lessons For The Continent?, **European Labour Law Journal**, Volume 6, 2015, No. 3, pp.239-258.
- TUNCAY, Can: “Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi, Asıl İşverenin Alt İşverenin İşçilerine Karşı Sorumluluğu, Alt İşveren İşçilerinin Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanmaları”, **Uygulamada Toplu İş Sözleşmeleri Grev ve Lokavt Semineri**, 16-19 Mayıs 1991 Abant, Ankara, 1991, s.65-74.
- TUPE; Employment Rights on the Transfer of an Undertaking (TUPE), A guide to the 2006 TUPE Regulations (as amended by the Collective Redundancies and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (Amendment) Regulations 2014) for employees, employers and representatives, January 2014

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/275252/bis-14-502-employment-rights-on-the-transfer-of-an-undertaking.pdf Erişim Tarihi: 20.01.2019.

ULUCAN, Devrim: “İşyeri Devrinin İş İlişkilerine Etkisi ve Devir Nedeni ile Yapılan Fesihlerin Hukuki Sonuçları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Haziran 2009, Yıl 4, Sayı 14, s.34-45.

İnceleme konusu kararın orijinal tam metni için:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d59c528e970fa24262b3b1d8eefa9a4da1.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OahiQe0?text=&docid=83848&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=554250> (Erişim Tarihi: 04.04.2018)

Yargıtay kararları için: www.legalbank.net

**YARGI KARARLARINA GÖRE
5510 SAYILI KANUNUN 56/SON MADDESİ UYARINCA
BOŞANDIĞI EŞİYLE BİRLİKTE YAŞAYANIN ÖLÜM
AYLIĞININ KESİLMESİ**

Barış DUMAN*

ÖZ

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 56. maddesinin son fıkrasıyla, yaşamını yitirmiş sigortalı annesi/babası üzerinden ölüm aylığına hak kazanabilmek için evlilik bağına son verip, boşandığı eşiyile birlikte yaşamayı sürdüren kız çocuklarının veya hayatta bulunmayan sigortalı eski eşi üzerinden ölüm aylığı tahsisi için mevcut evlilik birliğini sonlandırmasına karşın sonraki eşiyile beraberliğini devam ettiren kişilerin durumu üzerinde durularak; kanuna karşı hile yoluyla evlilik birliğine resmen son verip fiilen birlikte yaşama olgusu Sosyal Güvenlik Kurumunun denetimleriyle aynı Kanunun 96. maddesi çerçevesinde fazla ve yersiz ödemelerin geri alınması sonucuna bağlanmış olup, bu konuda yaşanan hukuki uyumsuzluklarsa Kurum ile hak sahibi olduğunu iddia eden kişi arasında icra dairelerinde takip ve de iş mahkemelerinde dava konusu yapılacaktır. Söz konusu düzenlemenin esasını da, hakkın kötüye kullanılması prensibi oluşturur.

Anahtar Kelimeler: İş mahkemesi, ölüm aylığı, boşanma, dul eş, kız çocuğu.

**ACCORDING TO THE JUDICIAL DECISIONS
THE LAST PARAGRAPH OF ARTICLE 56 OF 5510 LAW
ENDING OF THE DEATH PENSION OF THE WIFE LIVING WITH THE
DIVORCED HUSBAND**

ABSTRACT

5510 numbered Social Insurance and General Health Insurance Law, the last paragraph of Article 56, the life of the insured mother / father to be entitled to a death pension in order to end the marriage bond and divorced with their spouses to live with their daughters or the life of the insured ex-wife to allocate death pension for the allocation Although the current marriage ended, the status of the people who continued to co-operate with his / her next spouse; The fact that the association of the Social Security Institution with the audits of the Social Security Institution has been terminated by means of the cheating of the Social Security Institution and the legal

* Dr., İzmir Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı, (barisduman@hotmail.com)

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 02/02/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 01/04/2019

disputes in this matter is followed up by the Authority in the enforcement offices and in the labor courts, the subject of the case will be made. The principle of this regulation constitutes the principle of abuse of right.

Keywords: *Labor court, death pension, divorce, widow, daughter.*

I. GİRİŞ

Birey için sosyal güvenlik hakkı ve devlet için sosyal güvenlik ödevi, kamu kurum ve kuruluşlarınca, toplumda yaşayan her kesimi gelirleri ne olursa olsun, hiçbir ayırım gözetmeksizin, sosyal adalet ve dayanışma düşüncesiyle, genel anlamda toplumun refahını da bozucu etkisi olan çeşitli sosyal risklerine karşı ekonomik güvence altına alarak yarın endişesinden kurtarmaya, yoksul ve muhtaç insanlara yardım ederek onlara insan onuruna yaraşır en az yaşam düzeyi sağlamaya çalışır¹.

Tüm ülkelerin pozitif hukuklarında yer alan ve gelişen sosyal güvenlik kavramı, uluslararası düzeyde ilk defa 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde temel bir hak olarak düzenlenmiştir Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen Bildirge'nin 22'nci maddesinde, herkesin, toplumun bir bireyi olarak sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, sosyal güvenliğin, bireyin onuru, kişiliğinin geliştirilmesi için kaçınılmaz ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmesi temeline dayandığı belirtilmiştir. Ulusal normlar yönünden bakıldığında, anılan belgeden esinlenilerek ülkemizde de 1961 tarihli Anayasa'da sosyal güvenlik, herkes için anayasal hak olarak düzenlenmiştir.

1982 Anayasası'nın "Sosyal güvenlik hakkı" başlığını taşıyan 60'nci maddesinde, herkesin, sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli önlemleri alıp teşkilatı kuracağı, "Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler" başlıklı 61'inci maddesinde, devletin, savaş ve görev şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malûl ve gazileri koruyacağı ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlayacağı, sakatların korunmalarını ve toplum yaşamına intibaklarını sağlayıcı önlemleri alacağı, yaşlıların devletçe korunacağı ve kendilerine yapılacak yardım ile

¹ GÜZEL / OKUR / CANIKLIOĞLU, s. 1; ŞAKAR, s. 3; ÜÇİŞİK., s. 18; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 1; ARICI, s. 4; TURAN, (2003), s. 2.

sağlanacak diğerk hak ve kolaylıklara ilişkin düzenlemeler yapılacağı, devletin, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü önlemi alacağı, bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kuracağı veya kurduracağı, “Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları” başlığını taşıyan 65’inci maddesinde, devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği açıklanmıştır.

Uluslararası Çalışma Örgütü (İLO) tarafından 28 Haziran 1952 günü benimsenen Sosyal Güvenliğin Asgari Standartlarına İlişkin 102 Sayılı Sözleşme’de ise dokuz adet temel sosyal sigorta kolu; hastalık durumunda gelir kaybını karşılayan ödenekler, hastalık halinde sağlık yardımları, iş kazası ve meslek hastalığı, sakatlık, analık, yaşlılık, ölüm, aile yardımları (ödenekleri) ve işsizlik olarak sıralanmış olup, anılan Sözleşme’ye 1975 yılından itibaren taraf olan ülkemizde de bu sigorta türlerinden aile yardımları (ödenekleri) dışında kalanların tümü, tarihsel süreç içerisinde aşamalı olarak kabul edilerek ilgili sosyal güvenlik kanunlarında düzenlenmiştir.

Ülkemizde, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 1479 sayılı Esnaf Ve Sanatkarlar Ve Diğerk Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu olmak üzere üç temel sosyal güvenlik yasası bulunup, bu mevzuatlarda düzenlenen sosyal güvenlik hakkı, Sosyal Sigortalar Kurumu, kısaca Bağ – Kur olarak adlandırılan Esnaf Ve Sanatkârlar Ve Diğerk Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu ve Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı tarafından yerine getirilmekte iken; öncelikle 20.05.2006 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, örgütlenme yasası niteliğindeki 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu ile kamu tüzel kişiliğine sahip, idari ve mali açıdan özerk Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) kurularak, anılan üç kurum tek çatı altında birleştirilmiş, sonrasında norm birliğini sağlamaya yönelik olarak, istisnaları dışında 01.10.2008 günü yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kabul edilmiştir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 3. maddesinin (17) numaralı bendine göre aylık; malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile vazife malullüğü hâlinde yapılan sürekli ödemeyi ifade etmektedir. Aynı Kanun’un 34. maddesine göre kendilerine ölüm sigortası yardımı yapılacak, özellikle (dul ve yetim) aylık bağlanacak hak sahipleri, ölen sigortalının eşi, çocukları ve ana babası olarak belirtilmiştir.

Kanunkoyucu, 5510 sayılı Kanunun 32. maddesinde ölen sigortalının hak sahiplerine yapılacak aylık ölüm aylığı ödemesi için gerekli şartları sıralamış olup; sigorta süresi ve prim ödeme gün sayısı biçimindeki şartların yanında Kanun'un 96. maddesinde ise olumsuz koşul olarak, ölüm (dul ve ya yetim) aylığı alan kişinin boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşadığının belirlenmesi hâlinde, aylığının kesilerek yersiz yapılan ödemelerin geri alınacağı hüküm altına alınmıştır.

5510 sayılı Kanun'un 32. ve 34. maddeleri ile bir geliri bulunmayan ve evli olmayan kadınlara, ölen eş ya da babalarının elde ettiği haklara bağlı olarak aylık ödenmesine imkân sağlayarak maddi destekten yoksun olan bu kişilere hayatlarını idame ettirmeleri için imkân sağlanmıştır. Sosyal devlet ilkelerince sağlanan bu desteğin, muvazaalı boşanmalar ile yersiz ve haksız biçimde elde edilmesini engellemek için ise Kanun'un 56. ve 96. maddeleriyle, boşandığı hâlde eşiyile birlikte yaşadığı tespit edilenlerin aylığının kesileceği ve yersiz yapılan ödemelerin geri alınacağı hüküm altına alınmıştır.

Daha önceki temel sosyal güvenlik kanunlarında yer almayan inceleme konusu norm, ilk kez 5510 sayılı Kanunun "Gelir ve aylık bağlanmayacak haller" başlığını taşıyan 56'ncı maddesinin son fıkrasında düzenlenerek 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Fıkra "Eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan tutarlar, 96'ncı madde hükümlerine göre geri alınır." düzenlemesine yer verilmiştir.

Ekonomik koşulları itibariyle darlık yaşayacağı düşüncesi ya da var olan aile gelirini arttırma isteğiyle, eşlerin anlaşarak boşanmaları sonrası, kadın eşe, ölen eski eşinden veya ana-babasından ölüm aylığı bağlanması; 5510 sayılı Kanun öncesinde önleyici nitelikte herhangi bir düzenlemenin bulunmayışı nedeniyle, muvazaalı boşanmalarla hakkın kötüye kullanılması neticesini doğuracak şekilde yaygın bir hal almıştır².

Bu olanak 5510 sayılı Kanunun 56'ncı maddesinin son fıkrası ile ortadan kalkmıştır. Oldukça yalın biçimde kaleme alınmış olan norma ilişkin madde başlığında "bağlanmayacak" sözcüğüne yer verildikten sonra fıkra metninde "bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir" ibareleri kullanılarak, boşanılan eşle fiilen birlikte yaşama olgusu, gelir/aylık kesme nedeni ya da bir başka ifadeyle engeli olarak düzenlenmiştir.

² CENTEL, s. 190.

İfade etmek gerekir ki, yargı kararlarıyla çerçevesi belirlenmiş olan söz konusu düzenlemenin hukuki temelini, hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturmuştur³.

II. BOŞANMANIN ÖLÜM AYLIĞI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

A. Genel Olarak

Sigortalının ölümüyle geride bıraktığı ve geçimlerini sağladığı yakınlarının içine düşebileceği sosyal tehlike karşısında, hak sahiplerine sosyal güvenlik garantisi sağlamak amacıyla düzenlenen ve uzun vadeli sigorta kolları içinde yer alan ölüm sigortasının sağladığı haklardan olan ölüm aylığıyla, asgari de olsa aile fertlerinin (sigortalı yakının ölümüyle) muhtaç duruma düşmesine yönelik bir koruma amaçlanmıştır⁴.

5510 sayılı Kanunun 32 ve devamı maddelerinde yer verilen ölüm sigortası ve sağladığı haklar, ölen sigortalının eşi, çocukları ve ana babasıyla sınırlı olarak düzenlenmiştir. Sigortalının ölüm tarihi ve ya hak sahibi olma niteliğinin ölüm tarihinden sonra kazanılması halinde, bu tarihten itibaren bağlanacak ölüm aylığı; Kanunun 34. maddesindeki koşulların ortadan kalktığı ayı takip eden ödeme döneminden itibaren sona erecektir (md.35).

Kanunkoyucu hak sahiplerinden eş için dul olma, kız çocuğu için evlenmemiş olmayı; aylık bağlanması ya da aylığın devamı için koşul olarak hükme bağlamıştır (md.34). Kanuni düzenlemenin lafzından anlaşılacağı üzere, sigortalının ölümüyle dul kalan eşin ya da kız çocuğunun evlenmeleri halinde aylıkları kesilse de; yeniden boşanmaları durumunda ya da ölüm tarihinde evli olmasına rağmen daha sonradan boşanmış olan kız çocuğu için, ölüm aylığına hak kazanılması neticesi doğacaktır ki; ekonomik olarak zor duruma düşeceği düşünülen kadınlar için bu kabul koruyucu, pozitif bir yaklaşım modeli oluşturacaktır.

B. Birlikteliğin Ölüm Aylığına Etkisi

Ölen sigortalıdan kaynaklı hak sahipliğinde dul eş ya da kız çocuğuna ilişkin, hak ettikleri ölüm aylığını kesintiye uğratacak hal olarak, 5510 sayılı Kanunun 56/son madde ve fıkrası metninde “fiilen birliktelik” kavramından söz edilmiştir.

³ ÖZDEMİR, s. 3.

⁴ ŞAKAR, s. 269; CENGİZ, s. 3; ALPER, s. 340.

Ölen sigortalının dul eşinin, bir başkasıyla evlenmeden, fiilen ya da başka bir ifadeyle resmi olarak bağitlanmadan bir arada yaşayabileceği; evlenip, bir süre sonra resmi olarak boşanıp, boşandığı yeni eşi ya da bir başkasıyla bir arada bulunabileceği; ölen sigortalının kız çocuğunun da benzer şekilde evlenmeden biri ya da birileriyle beraber yaşayabileceği veya resmi olarak evlenip, sonradan boşanıp, boşandığı ya da bir başka kişiyle birlikte yaşayabileceği sosyolojik birer gerçekliktir.

5510 sayılı Kanun sistematığı, aylığa engel hal olarak sadece boşanma sonrası, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşanılması halini düzenlemiş olup, yukarıda yer verilen farklı olasılıklara ilişkin bir yasal hüküm getirilmemiştir. Diğer bir anlatımla, resmi/medeni nikah yapmaksızın yaşanılması haliyle, boşandığı eşinden başkaca kişilerle fiilen beraber olunması durumları, anılan düzenlemenin kapsamı dışında bırakılmıştır.

Kanun metni çok sade biçimde düzenlenmiş ise de, aylık ödenmesini engelleyen “fiili birliktelik” kavramının, ne kadarlık bir zaman aralığını ifade edeceği ve de objektif ölçülerde bu olgunun ne şekilde belirlenmesi gerektiği ortaya konulmamıştır. Hal böyle olunca, fiili birliktelik kavramı, Sosyal Güvenlik Kurumu personelinin denetim raporlarıyla; her somut olaya göre ayrı ayrı, genel usul hukuku prensiplerince uygulamada şekillenen ispat vasıtaları kullanılarak verilen yargı kararlarıyla şekillenmektedir. Öğretide, Centel tarafından fiilen birlikte yaşama olgusunun ortaya konulmasında, süre ve birlikteliğin şekli konusunda yapılacak idari tespitin özellikle ne ölçüde özel hayata müdahale etmeye yetki verdiği konusunun açık olmadığı belirlenmesiyle, hukuki güvenliği tehdit edici idari uygulamalara fırsat verilmemesi bakımından, yasal düzenlemenin daha nesnel ve belirgin biçimde kaleme alınması gerektiğini ortaya koymuştur⁵.

C. Aylık Kesilmesi Şartları

1. Eşinden Boşanma

5510 sayılı Kanunun 56/son madde ve fıkrasından söz edebilmek için, 4721 sayılı Medeni Kanunun 139. maddesi çerçevesinde evliliğin resmi olarak gerçekleştirilmesi; boşanmanın da aynı Kanunun 167 ve devamı maddeleri uyarınca kesinleşmiş mahkeme kararına dayalı olması gerekir. Gayri resmi birliktelikler ya da devam eden boşanma davası süreci ve ya belirli süreye bağlı olarak mahkemece verilmiş olan ayrılık kararı 5510 sayılı Kanunun 56/son maddesi çerçevesinde hak kaybını doğuracak bir hal değildir.

⁵ CENTEL, s. 192.

Kanun koyucu tarafından 56. maddede, örneğin; “sosyal güvenlik kanunları kapsamında ölüm aylığına hak kazanmak amacıyla eşinden boşanan”, “hak sahibi sıfatını haksız yere elde etme amacıyla eşinden boşanan”, “gerçek boşanma iradesi söz konusu olmaksızın eşinden boşanan” veya bunlara benzer ifadelere yer verilmeden, sade olarak “eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşadığı belirlenen” şeklinde ifade kullanarak, fıkranın uygulama alanını geniş tutulmuştur.

Yine 5510 sayılı Kanun metninde, 4721 sayılı Kanunun 161. maddesinde yer verilen boşanma sebeplerine dayalı bir ayırım yapılmamıştır. 5510 sayılı Kanunun 56. maddesine dayalı olarak önüne hukuki uyumsuzluk gelen mahkeme, ön koşul kabul edilecek boşanma mevzuunun hukukiliğini araştırmayacaktır. Sadece bu boşanma olgusunun varlığı öncelikle ortaya konulacaktır.

Bu konu Yüksek Mahkeme kararlarında, “... Maddede boşanma amacına/saikine yönelik herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğinden, gerek Kurumca, gerekse yargı organlarınca uygulama yapılırken; eşlerin boşanma iradelerinin gerçekliğinin/samimiliğinin araştırılıp ortaya konulması söz konusu olmamalı, boşanmanın muvazaalı olup olmadığına ilişkin herhangi bir araştırma/irdeleme ve boşanma yönündeki kesinleşmiş yargı kararının geçerliliğinin sorgulaması yapılmamalı, özellikle, kesinleşmiş yargı organının verdiği karara dayanan “boşanma” hukuki durum ve sonucunun eşlerin gerçek iradelerine dayanıp dayanmadığının araştırılmasının bir başka organın yetki ve görevi içerisinde yer almadığı, kaldı ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda “anlaşmalı boşanma” adı altında hukuki bir düzenlemenin de bulunduğu dikkate alınmalıdır...” şeklinde ifade edilmiştir⁶.

Öğreti ve yargı kararlarında, inceleme konusu çerçevesinde boşanma eylemi, çoğunlukla hakkın kötüye kullanılması ve muvazaa ifadeleriyle birlikte ele alınmaktadır. Gerçek iradeyle fiili davranış arasındaki bilinçli ve danişıklı farklılığı ifade eden muvazaa olgusu, inceleme konumuz kapsamında, anlaşmalı boşanma davalarındaki taraflar için söz konusu olabileceken; çekişmeli boşanma davaları ve sonrasındaki birlikteliklerde geçerli olmayacağından, Kanunun 56/son maddesi hükmünü daha geniş bir kabulde hakkın kötüye kullanılması kuralına bağlı olarak vasıflandırmak daha uygun olmalıdır⁷.

⁶ Y. 21. HD, 31/05/2018 tarih ve 2017/5041 E, 2018/5183 K sayılı Karar (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 24/01/2019)

⁷ CENGİZ, s. 4.

2. Fiilen Birlikte Yaşama Koşulu

Sigortalının ölümü üzerine hak sahibinin, boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşaması her ne niyetle olursa olsun, Anayasamızda öngörülen bireysel özgürlük kapsamında kalıp, birlikte olunmaması konusunda herhangi bir yasak getirilmesi söz konusu olamasa da; devletin sosyal görevlerini, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmesine ilişkin Anayasa'nın 65. maddesi uyarınca sosyal sigorta yardımlarına hak kazanma koşullarını düzenleme yetkisi kapsamında; boşanan eşlerin (boşandıkları eşleriyle) fiilen birlikte yaşaması halinde sosyal sigorta yardımları kapsamı dışında bırakılması mümkündür⁸.

5510 sayılı Kanunun 56'ncı maddesinin son fıkrasıyla, boşanılan eşle fiilen birlikte yaşama olgusu, gelir-aylık kesme nedeni olarak düzenlendiği gibi, eylemli olarak birlikte yaşama, aynı zamanda gelir-aylık bağlama engeli olarak da benimsenmiştir. Yukarıda yer verdiğimiz gibi, bu noktada yapılacak en önemli tespit "fiilen birliktelik" olgusuna ilişkin olup, Kanun lafzında fiilen birlikte olunmasının şekli unsurları tahdidi olarak sayılmadığından, yargı sürecinde bu birlikteliğin niteliği mahkeme tarafından belirlenecektir.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi de boşanma sonrası fiili birliktelik kavramının üzerinde özenle durulması gerektiğini, verdiği kararlarla ortaya koymuştur: "...Eylemli olarak birlikte yaşama olgusunun/durumunun tanımlanması, hukuki sınır ve çerçevesinin çizilip ortaya konulması önem arz etmektedir. Taraflar arasında hangi hukuki sebep ve maddi vakıya dayanmış olursa olsun sona ermiş evlilik birliğinin hak ve yükümlülüklerinin sürdürüldüğü beraberlikler veya kesinleşmiş yargı kararına bağlı olarak gerçekleşmiş boşanmanın var olan-olası sonuçlarını ortadan kaldırııcı/giderici nitelikteki birliktelikler madde kapsamında değerlendirilmeli, ortak çocuk-çocuklar yönünden, boşanma kararına bağlanan veya bağlanmayan kişisel ilişkilerin yürütülmesini sağlamaya yönelik olarak, eşlerin belirli aralıklarda ve günlerde zorunlu şekilde bir araya gelmeleri durumunda ise kanun koyucunun bu türden ilişkinin varlığının gelir-aylık bağlanmaması veya kesilmesi nedeni olarak öngörmediği kabul edilmeli, boşanılan eşle kurulan-yürütülen ilişkinin, eylemli olarak birlikte yaşama kavramı kapsamında yer alıp almadığı dikkatlice irdelenerek saptama yapılmalıdır"⁹.

⁸ Y. HGK., 27.06.2018 tarih ve 2015/10-1267 Esas, 2018/1283 Karar sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 24/01/2019)

⁹ Y. 10. HD., 21.05.2018 tarih ve 2016/8180 Esas, 2018/4974 Karar sayılı Karar, (Erişim:

Uygulamada, eşinden boşanan hak sahiplerinin Sosyal Güvenlik Kurumu İl veya Merkez Müdürlüklerine hitaben “5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 56 ncı maddesinin son fıkrasındaki “Eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan tutarlar; 96 ncı madde hükümlerine göre geri alınır.” hükmü gereğince; boşandığım eşimle fiilen birlikte yaşamadığımı, bu beyanımın aksi durumunun tespiti halinde hukuki sorumluluğumla birlikte, tarafıma yersiz ödenen/ ödenecek gelir/aylık/evlenme ödeneğini 5510 sayılı Kanunun 96 ncı maddesi hükümleri doğrultusunda Kurumunuza geri ödeyeceğimi beyan ve taahhüt ederim.” içeriğinde dilekçe sundukları görülmektedir.

D. Sosyal Güvenlik Kurumunun İstirdatı

Sosyal Güvenlik Kurumu, sigortalı, işveren ve diğer hak sahipleri arasında kurulan kamu hukuku karakterli sosyal sigorta ilişkisinde, sosyal sigorta yardımlarına hak kazanma ve devamına ilişkin yasal koşullar yerine getirilmeksizin bu haklardan yararlanılması yersiz ödeme oluşturur ve Kuruma iadesi gerekir¹⁰.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun sebepsiz zenginleşme başlıklı 77. maddesi “Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, özellikle zenginleşmenin geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanması durumunda doğmuş olur” şeklinde düzenlenmiştir. 5510 sayılı Kanunun 56/son maddesi kapsamında, dul ve yetim aylığı alırken Kanun hükümlerine aykırı olarak boşanıp fiilen birlikte yaşayan eş içinde sebepsiz zenginleşme halinden söz edilerek Sosyal Güvenlik Kurumunca yersiz ödemelerin geri alınması yoluna gidilecektir.

5510 sayılı Kanun’un 96.maddesiyle, sebepsiz zenginleşmede geri verme konusunda Borçlar Kanunundaki genel düzenlemelere nazaran özel bir düzenleme getirilmiştir. Şu duruma göre, aynı konu hakkında bir tarafta genel kanunda kabul edilen yasa kuralı, bir tarafta da özel bir yasal düzenleme ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanununa atıfla verdiği ve bu konuyu da değerlendirdiği bir kararda, “....Bu nedenle

UYAP Bilişim Sistemi, 24/01/2019)

¹⁰ HACIOĞLU, s. 31.

sorunun normlar hiyerarşisi kurallarına göre çözümlenmesi gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır. “Yasaların çatışması” olarak da adlandırılan bu gibi durumlarda; sonraki norm, öncekinin yerini alır (Lex Pesterior deraget priori); özel kanun, genel kanundan önce gelir, (Le Specialis Per generalem non derogatur); açık anlamlı norm, kapalı anlamlı normdan önce gelir, biçiminde kabul edilen temel ilkelerden yararlanılarak sonuca ulaşılmaktadır. Belirtilen ilkeler doğrultusunda yapılan değerlendirmede ise; 5510 sayılı Kanun’un 818 sayılı Borçlar Kanunu’na göre özel nitelikte olduğu; bu kapsamda 5510 sayılı Kanun’un 96.maddesi hükmünün sebepsiz zenginleşme nedeniyle yersiz ödemelerin Kuruma iadesi konusunda özel nitelikte düzenleme içerdiği açıktır. Bu durumda özel kanun niteliğindeki 5510 sayılı Kanun’un, yine özel düzenleme içeren 96.maddesi hükmü, genel nitelikteki 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 63.maddesi hükmüne nazaran uygulama önceliğine sahiptir... Ayrıca, 5510 sayılı Kanun’un 96/1-b bendinin son cümlesi uyarınca ilgililerin Kurumdan alacakları yoksa yersiz ödemelerin genel hükümlere göre geri alınması gerektiğine ilişkin yasal düzenlemede göz ardı edilmemelidir...” şeklinde hüküm kurmuştur¹¹.

5510 sayılı Kanunun “Yersiz Ödemelerin Geri Alınması” başlıklı 96. maddesinde de: “*Kurumca işverenlere, sigortalılara, isteğe bağlı sigortalılara gelir veya aylık almakta olanlara ve bunların hak sahiplerine, genel sağlık sigortalılarına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere, fazla veya yersiz olarak yapıldığı tespit edilen bu Kanun kapsamındaki her türlü ödemeler;* a) *Kasıtlı veya kusurlu davranışlarından doğmuşsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla on yıllık sürede yapılan ödemeler, bu ödemelerin yapıldığı tarihlerden,* b) *Kurumun hatalı işlemlerinden kaynaklanmışsa, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla beş yıllık sürede yapılan ödemeler toplamı, ilgiliye tebliğ edildiği tarihten itibaren yirmidört ay içinde yapılacak ödemelerde faizsiz, yirmidört aylık sürenin dolduğu tarihten sonra yapılacak ödemelerde ise bu süre sonundan itibaren hesaplanacak olan kanunî faizi ile birlikte, ilgililerin Kurumdan alacağı varsa bu alacaklarından mahsup edilir, alacakları yoksa genel hükümlere göre geri alınır...*” şeklinde düzenlemeye yer verilmiş olup, fazla ve yersiz yapılan ödemelerin geri alınmasındaki usul ve esaslara ilişkin Yönetmelik de 27/09/2008 tarih ve 27010 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹¹ Y. 21. HD., 27.12.2012 tarih ve 2011/6569 Esas ve 2012/24/943 Karar sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 25/01/2019)

5510 sayılı Kanun öncesinde, 506 sayılı Kanun'un 121. maddesinde yersiz ödemelerin kayıtsız şartsız iadesinin öngörüldüğü, yersiz ödeme halinde iade yükümünün kapsamının farklı hukuki durumlara özgü olarak değişiklik göstermediği görülmektedir. 5510 sayılı Kanun ise 96. maddesiyle 506 sayılı Kanunda yer almayan yeni bir düzenleme getirmiş; sebepsiz zenginleşmenin sigortalı veya hak sahibinin kasıtlı veya kusurlu davranışı ile Kurumun hatalı işleminden kaynaklanması hallerine bağlı olarak istirdadı mümkün ödeme miktarlarının belirlenmesini ayrı ayrı esaslara bağlamıştır.

İlgili Yönetmeliğin 5. maddesinin 1/d fıkrasında, “*Boşanma nedeniyle gelir veya aylık bağlandıktan sonra boşandığı eşiyle füilen birlikte yaşanması*” hali, *ilgililerin kasıtlı ve kusurlu davranışlarından doğan fazla ve yersiz ödeme kapsamında ele alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında, “Birinci fıkrada sayılan durumların tespit edildiği tarihten geriye doğru en fazla on yıllık süre içinde yapılan fazla veya yersiz ödemeler, her bir ödemenin yapıldığı tarihten itibaren hesaplanacak kanunî faizi ile birlikte tahsil edilir.”* düzenlemesine yer verilmiştir.

5510 sayılı Kanun kapsamında yapılan ve Kurumca tespit edilecek her türlü fazla veya yersiz ödeme için Borç Tablosu ve Alacak Takip Tablosu düzenlenir (Yön. md. 9). Düzenlenen borç tablosu üzerinde ilgilinin kasıtlı ve kusurlu davranışı sebebiyle yapılan fazla veya yersiz ödemelerin her biri için, ödemenin yapıldığı tarihten hatalı işlemin tespit edildiği tarihe kadar kanunî faiz hesaplanır. Yapılan ödemeler ve hesaplanan faiz toplamı ilgilisi adına borç kaydedilir. Bu şekilde tahakkuk ettirilecek borçlarda daha sonra hesaplanacak faizler için faiz başlangıç tarihi borcun tespit edildiği tarihtir (Yön.md.10). Fazla veya yersiz ödemeden kaynaklanan alacaklar, merkezde ilgili birimlerce, taşrada ise sosyal güvenlik kurumu il müdürlüklerince düzenlenen Borç Bildirim Belgesi ile 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanununa göre ilgililere tebliğ edilir (Yön. md.11). Kurumca ilgililere fazla veya yersiz olarak yapıldığı tespit edilen ödemeler, ilgililerin Kurumdan alacaklarından mahsup edilmek, gelir ve aylıklarından kesinti yapılmak suretiyle tahsil edilir. Kurumdan her hangi bir alacağının bulunmaması hâlinde, genel hükümlere göre tahsil edilir. Fazla veya yersiz ödemeler, öncelikle ve her durumda kişinin varsa Kurumdan birikmiş aylık, gelir ve diğer her türlü alacaklarının tamamından mahsup suretiyle tahsil edilir... Kesinti yapmak suretiyle geri alma süresinin beş yılı aşacağına anlaşılması durumunda, Kurumun hatalı işlemlerinden doğan fazla veya yersiz ödemeler hariç olmak üzere, ayrıca icrai takibata da geçilir. (Yön.md.13). Fazla veya yersiz ödemelerin geri

alınmasında 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun hükümleri uygulanır (Yön. md.12).

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 14.11.2018 tarihinde verdiği 2018/1928 Esas-2018/9403 Karar sayılı Kararında¹², “Gelirin/aylığın kesilme tarihi ile Kurumun geri alım (istirdat) hakkının kapsamına ilişkin olarak; eylemli birlikte yaşama olgusunun gerçekleşme/başlama tarihi esas alınarak bu tarih itibarıyla gelir/aylık kesme veya iptal işlemi tesis edilip ilgiliye, anılan tarihten itibaren yapılan ödemeler yasal dayanaktan yoksun/yersiz kabul edilmeli, ancak, söz konusu madde 01.10.2008 günü yürürlüğe girdiğinden, eylemli birliktelik daha önce başlamış olsa dahi maddenin yürürlük günü öncesine gidilmemeli, başka bir anlatımla 01.10.2008 tarihi öncesine ilişkin borç tahakkuku söz konusu olmamalı, böylelikle açıklığa kavuşturulacak yersiz ödeme dönemine ilişkin olarak 5510 sayılı Kanun’un 96’ncı maddesine göre uygulama yapılmalıdır.” şeklinde yerinde bir tespitte bulunmuştur.

19.01.2013 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6385 sayılı Yasanın 12. maddesi ile 5510 sayılı Yasaya eklenen “Yersiz yapılan sağlık giderlerinin terkinin” başlıklı Geçici 45. maddesinde:“*Bu Kanuna göre genel sağlık sigortalısı ya da bakmakla yükümlü olunan kişi kapsamına girmekle birlikte, asli olarak hak etmediği bir kapsamda sağlık hizmeti alanlara 31/1/2012 tarihine kadar verilen sağlık hizmetlerine ilişkin Kurumca tahakkuk ettirilmiş veya ettirilecek borçlar, varsa ilgililerin bu nedenle açtıkları davadan vazgeçmeleri halinde tahsil edilmez. Bu borçlara ilişkin açılmış olan dava ve icra takiplerinden Kurumca vazgeçilir.*” hükmüne yer verilmiştir. Anılan hükmün gerekçesinde ise, 5510 sayılı Kanuna göre, vatandaşların genel sağlık sigortası kapsamına alınmasına ilişkin işlemlerin 2012 yılı Ocak ayı itibarıyla tamamlanması nedeni ile, bu tarihe kadar yaşanan geçiş sürecinde, tabi olduğu genel sağlık sigortası statüsünün aradığı şartlarla sağlık yardımı alması gerekirken, Kanunun diğer statülerine göre ya da bakmakla yükümlü olunan kişi statüsünde hak etmediği halde sağlık yardımı yapılanlara ilişkin sağlık giderlerinin ilgililerden tahsil edilmemesi ve bu suretle oluşacak mağduriyetlerin önlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

Ölüm aylığının yanı sıra, ödenen sağlık giderlerine yönelik de Sosyal Güvenlik Kurumunca tahsiline ilişkin açılan davada verilen kararın kanun yolu konusu yapılması neticesi, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi açıklayıcı bir şekilde, “01.10.2008 tarihinden itibaren yürürlükte bulunan 5510 sayılı Kanunun

¹² Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 25.01.2016.

“Genel sağlık sigortalısı sayılanlar başlıklı 60. maddesinin -g- bendi gereğince “ Yukarıdaki bentlerin dışında kalan ve başka bir ülkede sağlık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan vatandaşlar, genel sağlık sigortalısı sayılır.” hükümlerine yer verilmiştir. Anılan hüküm sağlık sigortasının uygulanma alanını olabildiğince genişletmiş bulunmaktadır. şayet bir vatandaşın konumu, 60. maddede belirtilen bentlerin hiçbirine girmiyor ve o kimse başka bir ülkede sağlık sigortası yardımlarından yararlanamıyorsa genel sağlık sigortalısı sayılır. Amaç, hiç kimseyi genel sağlık sigortası kapsamı dışında tutmamaktır. O nedenle ülkemizde “herkes genel sağlık sigortası kapsamına alınmiştır” diye bir sonuca varılabilir. Zira 60. maddede kimlerin genel sağlık sigortası sayılacağı ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş, durumları bu ayrıntılı hükümlere uymayanlar genel sağlık sigortalısı sayılmıştır.... Her ne kadar 5510 sayılı Yasanın 67. maddesinde genel sağlık sigortasından yararlanma şartları bu şekilde belirtilmiş ise de, eldeki davada davalının bu çerçevede prim ödemesi bulunmasa dahi anılan yasanın 60. maddesinin -g- bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayıldığı belirgin olup, davalının 67. madde kapsamında gelir testine tabi tutulmasıyla oluşacak ihtilafa konu dönemdeki prim borcunun Kurum tarafından her zaman tahsili mümkün olduğundan yersiz sağlık giderlerinden de sorumlu tutulamayacağı açıktır. Somut olayda; yukarıda belirtildiği üzere, yersiz ödendiği ileri sürülen sağlık giderleri anılan Kanunun geçici 45,60,67. maddeleri gereği talep edilemeyeceğinden mahkemece, davanın sağlık giderleri yönünden reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar vermesi, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” şeklinde oyçokluğuyla hüküm kurmuşken, 21. Hukuk Dairesi, “Geçici 45.madde, 31.01.2012 tarihi öncesindeki tüm yersiz sağlık giderlerini affeden, bir madde değildir. Nasıl ki sahte sigortalılık ve buna dayalı olarak haksız sağlık yardımı alan kişileri Kurum Geçici 45. madde kapsamında faydalandırmamışsa, aylık alabilmek için muvazaalı şekilde boşanan kişilerin de bu hükümden yararlanması mümkün olmamalıdır...5510 sayılı Kanunun 60/1-g bendi ile artık herkesin genel sağlık sigortası kapsamına alındığı ve her durumda sağlık hizmeti alabileceği kanısı hatalıdır. Koşulları taşımayan kişi sağlık hizmeti alamaz. Koşulları Kurum sağlayabilirdi mantığıyla (davalının 67. madde kapsamında gelir testine tabi tutulmasıyla oluşacak ihtilafa konu dönemdeki prim borçlarının Kurum tarafından tahsilinin mümkün olması) Kurum’un yersiz tedavi giderlerini tahsil imkanının engellenmesi hem sosyal güvenlik sistemini aksatacak bir durum olup hem de yasa koyucunun amacını

aşar mahiyettedir.”¹³ şeklinde hüküm kurmuş ise de sosyal adalet düşüncesiyle 10. Hukuk Dairesinin vardığı sonuç kanaatimizce daha isabetlidir .

III.AYLIK KESME VE ÖDENMİŞ OLANLARIN GELİ ALINMASI DÜZENLEMESİNİN ANAYASAYA AYKIRILIĞI İDDİASI

Diyarbakır 2. İş, Zonguldak 1. İş ve Malatya İş Mahkemelerinin, 5510 sayılı Kanunun 56. maddesinin son fıkrasının, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 17., 20., 35., 60. ve 138. maddelerine aykırılığı iddiasıyla, iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine itiraz yoluna gitmiş olup, inceleme konumuz olan bu düzenleme, (itiraz başvurularına ilişkin davalar arasındaki hukuki ve fiili irtibat nedeniyle birleştirilmesi sonrası) 28/04/2011 tarih ve 2009/86 Esas, 2011/70 Karar sayılı Anayasa Mahkemesi kararına konu yapılmıştır¹⁴.

Anayasa Mahkemesine düzenlemenin iptali yoluna giden ilk derece mahkemelerindeki dava dosyalarının konusunun, “boşandıkları eşleriyle ortak ikametgâhta yaşamaya devam ettikleri Sosyal Güvenlik Kurumunca tespit edilen kadınların, babalarından bağlanan ölüm aylıklarının itiraz konusu kural gereğince Kurum tarafından kesilmesi ve ödenmiş olan aylıkların geri istenmesi üzerine, Kurum kararının iptali talebi” olduğu; açılan davalarda itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemelerin iptal için Anayasa Mahkemesine başvurdukları anlaşılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 5510 sayılı Kanunun 56/son madde düzenlemesinin Anayasaya aykırılığı iddiasını incelerken,

Genel hukuk ilkesi dürüstlük kuralına bağlı yaptığı değerlendirmede “...İtiraz konusu kuralın gerekçesinde de belirtildiği gibi ölüm aylığı alma hakkının kötüye kullanılmasının engellenmesi amaçlanmaktadır. Uygulamada ölüm aylığı almaya hak kazanmak için gerekli olan “evli olmama” koşulu, boşanma ile aşılarak yasa koyucunun bir geliri bulunmayan dul veya bekâr kadınları koruma gayesi istismar edilmektedir. Bu şekilde gerçekleştirilen boşanmadaki erkek bir ailede koca olarak kendisine düşen sorumluluklardan kurtulma çabasına girmekte, eşler sanki resmi evliliklerini sürdürüyor gibi bir arada yaşamaya devam etmektedirler. Başka bir ifadeyle, ölüm aylığı alabilmek için gerçekleştirilen boşanmada, taraflar iyi niyetli davranmamaktadırlar.

¹³ Y.10.HD. 02.07.2018 tarih ve 2016/7009 Esas,2018/6265 Karar sayılı Karar; Y. 21. HD., 05.07.2018 tarih ve 2018/2013 Esas ve 2018/6071 Karar sayılı Karar (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 23.01.2019)

¹⁴ RG 15.12.2011, S. 28143.

5510 sayılı Yasa'nın 34. maddesinde öngörülen ölüm aylığını alabilmek için "evli olmamak" koşulunu aşmak amacı ile iyi niyete dayanmayan ve dürüst olmayan boşanma isteği ve çabası ile boşanma kararı elde edilip buna bağlı olarak ölüm aylığı alınması, açıkça hakkın kötüye kullanılmasıdır. Hakkın kötüye kullanılması hukuk devletinin koruması altında değerlendirilemez. Bu nedenle hakkın kötüye kullanılmasını engellemeyi amaçlayan itiraz konusu kural hukuk devletine aykırı bir düzenleme olarak görülemez ...";

Eşitlik ilkesi bakımından yaptığı karşılaştırmada "...Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez. Resmi evliliği olmadan birlikte yaşayanlar ile ölüm aylığı alabilmek için hakkını kötüye kullanarak resmi evliliğini boşanma ile sonlandırıp boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşamaya devam edenler söz konusu hakkı kullanmak bakımından eşit kabul edilemeyeceklerinden, bunlar arasında eşitlik karşılaştırması yapılamaz..",

Devletin sosyal güvenlik ödevi ve sistemin aktüeryal yapısı gözetilerek vardığı görüşte "...Sosyal güvenlik, bireylerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin, kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerlerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerini en aza indirmek, ayrıca sağlıklı ve asgari hayat standardını güvence altına alabilmektir. Bu güvencenin gerçekleştirilebilmesi için sosyal güvenlik kuruluşları oluşturularak kişilerin yaşlılık, hastalık, malûllük, kaza, ölüm ve işsizlik gibi sosyal risklere karşı asgari yaşam düzeylerinin korunması amaçlanmaktadır. Ölüm aylığı, doğrudan sigortalıya ilişkin bir ödeme değildir. Yasa koyucunun sosyal güvenlik konusuna geniş bir yaklaşımının sonucu sigortalının ölümü ile aranan koşulların sağlanması halinde sigortalının geride kalan hak sahipleri açısından getirdiği bir ödemedir. İtiraz konusu kural, hak edilmediği halde ölüm aylığı alınarak hakkın kötüye kullanılmasına engel olma amacını taşıdığından ölüm aylığı almayı hak edenler açısından SGK'nın mali kaynakları çerçevesinde Anayasa'nın 60. maddesinde ifade edilen güvenceyi sağlamaya çalışmanın bir gereğidir. Ölüm aylığı alabilmek için öngörülen koşulun hakkın kötüye

kullanılarak sağlanmak istenmesi sosyal güvenlik hakkıyla bağdaştırılamaz. Bunun yanında ölüm aylığı, sosyal güvenlik sisteminin aktüeryal yapısıyla doğrudan ilgilidir. Anayasa'nın 65. maddesine göre, "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir." Ölüm aylığı alabilmek için boşanarak eşiyile birlikte fiilen yaşamaya devam eden kadınlara haksız ve yersiz ödeme yapılması ile oluşacak maliyetin, SGK'nın aktüeryal dengelerini olumsuz etkilememesi için yasa koyucunun bu düzenlemeyi getirdiği anlaşılmaktadır." şeklinde yaptığı değerlendirme yaparak; söz konusu itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 10., ve 60. maddelerine aykırı olmadığından reddine ve itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 5., 11., 12., 17., 20., 35. ve 138. maddeleriyle ilgisi olmadığına oyçokluğuyla karar vermiştir¹⁵.

¹⁵ Karara muhalif kalan Üye Fulya Kantarcıoğlu karşı oy yazısında, "...Anayasa'nın 20. maddesinde herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiştir. Bu özgürlüğün, Madde'de belirtilen sınırlama nedenleri arasında yer almadığı halde, itiraz konusu kuralın uygulanabilmesi için Kurum yetkililerince yapılacak araştırma ve tespitlerin özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine müdahale oluşturacağı açıktır..." görüşüne; Üyeler Serdar Özgüldür ve Engin Yıldırım da kaleme aldıkları karşı oyla, "... Boşanılan eşle yeniden birlikte yaşama hali (durumu), Anayasa'nın 20. maddesinin koruması altındaki bir "özel hayat" tercihidir. Bu madde uyarınca da, herkesin bu özel hayat tercihine saygı göstermesi ve bu hayatın gizliliğine dokunamaması ve sorgulayamaması gerekli bulunmaktadır. Oysa 5510 sayılı Kanun'un 55. maddesi "yoklama" adı altında, Sosyal Güvenlik Kurumu görevlilerine özel hayatların sorgulanması ve irdelenmesi, bu konuda tutanak (rapor) düzenlenmesi görevini yükleyerek; itiraza konu 56. maddenin son fıkrasının tatbikatını sağlamaktadır. Kural, bu şekliyle Anayasa'nın 20. maddesine açıkça aykırı düşmektedir. Diğer yandan, kural boşandığı eşiyile bir arada yaşayan kişiyi aylıktan yoksun bırakırken, eşinden boşanmış, ancak gayri ahlâki ilişkiler ve yaşam tarzını benimsemiş kişiler yönünden hiçbir yaptırım öngörmediğinden, bu kişiler aylıklarının almaya devam edeceklerdir. Diğer bir deyişle, yasakoyucu Anayasa'nın koruması altındaki özel hayat biçimlerinden bir bölümünü bir hak yoksunluğu nedeni sayarken, kalanını bu kapsamda değerlendirmemektedir. Bu düşünce ve yaklaşım biçiminin toplumsal, ahlâki ve etik yönlerden haklı yönleri olabileceği düşünülebilir ve savunulabilirse de, Anayasa'nın koruması altındaki tüm özel hayat biçimlerinin toplumsal ve insani yaptırımlar (kınama, ayıplama v.b) dışında hukuki yaptırımlarla ve hak yoksunluğu sonucunu doğuran kurullarla cezalandırılması, aynı zamanda Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "Hukuk Devleti" ilkesine de aykırıdır. Kurumun aktüeryal dengesi, haksız maaş alma, diğer çalışanların haklarının ihlâl edilmesi vb. nedenlerin gerçekte var olması, Anayasa'ya aykırı kurullar koymak suretiyle bu "haksızlığın" giderilmesini haklı kılamaz. Anayasa'nın 60. maddesinin öngördüğü sosyal güvenlik hakkının yitirilmesi sonucunu doğuran bir olgunun aynı zamanda yine Anayasa'nın meşru gördüğü hukuki bir nedene dayanması gerekir. Dava konusu kural, bir sosyal güvenlik hakkının (aylık) haksız biçimde yitirilmesi sonucunu doğurduğundan, Anayasa'nın 60. maddesine aykırıdır..." şeklindeki görüşlerini ortaya koymuşlardır.

Kanaatimizce de ön koşul olarak kabul etmemiz gereken temel husus, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin korumayacağıdır. Herkes haklar kullanılırken dürüstlük kuralına uymak zorunludur. Bu kural tüm haklar için öncü olması nedeniyle, (muvazaalı boşanan dul eş ya da kız çocuğunun, eşiyile fiilen yaşamak suretiyle) sosyal güvenlik hakkının, sosyal hukuk devletinde hakkın kötüye kullanılması yoluyla, elde edilmesinin kabulü söz konusu olamaz¹⁶.

Elbetteki hangi biçimde olursa olsun hakkın kötüye kullanılması hallerinin kanun karşısında korunmaması gerekir. Ancak ifade etmemiz gerekir ki, bu noktada Kanunun hak yoksunluğu saydığı tek koşul hak sahibinin boşandığı eşiyile beraber yaşamaya devam etmesidir. Bu kabul, toplumsal değer yargıları bakımından evlilikle hoş karşılanmayacak olan, boşandığı eşi dışında bir başkasıyla ya da birileriyle birlikte yaşayan kız çocuğu veya hiç evlenmese de gayri resmi olarak, bir adım daha ötesi çocuk sahibi olup aile kuracak şekilde bir yaşam süren dul eş ya da kız çocuğu için hak sahipliğinin devam edeceği neticesini doğurmaktadır.

Hiç kuşkusuz sosyal güvenlik mevzuatında yer alan düzenlemelerin etkin uygulanırlığı ve finansal açık sorunun çözümlenebilmesi açısından sistem katılımcılarının sistemin kurallarına uyması son derece önemlidir. Bu uyumun sağlanmasında temel faktörlerden biri de toplumun sahip olduğu genel ahlaki bilinç düzeyiyle orantılı değer taşıyacak olan sosyal güvenlik ahlakıdır¹⁷. Bu düzey nedeniyledir ki sosyal hayatta ölüm aylığını almaya devam saikiyle, dürüstlük kuralına aykırı biçimde hukuk dolanılarak fiili birlikteliklere devam edilmektedir¹⁸.

¹⁶ ÖZTÜRK, s. 196 ; CENTEL, s. 195; CENGİZ, s. 7.

¹⁷ CANBAY/DEMİR, s. 310; EROL, s. 56; ORGAN/YAVUZ, s. 115.

¹⁸ Sosyal güvenlik ahlakı ve devletin mali olanaklarına göre sosyal güvenlik ödevini yerine getireceği prensibi Yüksek Mahkeme tarafından verilen bir kararda irdelenerek, “Kamuoyunda uzun yıllardır varlığı konuşulan, yaşamını yitirmiş sigortalı/ iştirakçi annesi/ babası üzerinden ölüm aylık veya gelirine/yetim aylığına hak kazanabilmek için evlilik bağına son verip boşandığı eşiyile birlikte yaşamayı sürdüren kız çocuklarının veya hayatta bulunmayan sigortalı/iştirakçi eski eşi üzerinden ölüm aylık veya geliri/dul aylığı tahsisi için mevcut evlilik birliğini sonlandırmasına karşın sonraki eşiyile beraberliğini devam ettiren kişilerin durumu etik değerler, ahlaki algı ve kurallar yönünden ele alınabilir. Uzun bir sürece yayılmış bu türden birlikteliklerin toplum nezdinde oluşturduğu rahatsızlıklar, varsa tarafların ortak çocuklarının ruhsal dünyasında meydana getirdiği olumsuz etkiler dile getirilebilir ise de, kuşkusuz bu yönde yapılacak herhangi bir inceleme yargının görev, hak ve yetki alanı içerisinde bulunmadığı gibi yargısal metinlerde bu tür değerlendirmelere yer verilmesinin sakıncaları da ortadadır. İlgili hak sahibinin seçimini, her ne sebeple olursa olsun boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşama yönünde kullanması mutlak surette

Eşitlik iş hukukunda mutlak anlamda değil, aynı ya da benzer hukuki durumda bulunanlar arasında eşit davranma borcu olarak karşımıza çıkacak olup; objektif ve haklı nedenlerin bulunması durumunda eşit davranma borcunun ihlalden söz edilemeyecektir¹⁹.

Eşitlik ilkesi gereğince, Yasal çerçevede hakkını kötüye kullandığı belirli olanın, Yasal düzenlemesi bulunmadığından bahisle hakkını kötüye kullanmasına rağmen aylığı kesilmeyenle aynı konuma getirilmesini beklemek yerine; Kanuni değişiklik ile yersiz ödeme nedeniyle aylığın geri alınmasına dair inceleme konusu düzenlemede her türlü dürüstlük kuralına aykırı tutumu kapsayacak biçimde, hukuki güvenlik gereğince çerçevesi net çizgilerle belirli bir düzenleme yoluna gidilmesi değerlendirilmelidir.

Kamu düzeniyle doğrudan ilgisi bulunan sosyal güvenlik denetimi, sosyal barışın ve hukuk düzeninin korunmasında önemli bir unsur olup, denetim yapılırken uyulması gereken ilkelere biri de insani gereklerle gizliliğe riayet ödevidir²⁰.

Anayasa Mahkemesi kararında, özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği iddiası incelenmemiş ise de, özel hayatla ilgili tercih ve Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yoklama esasıyla, denetleme yetkisine dayalı olarak yapılacak belirlemede, hakkın kötüye kullanılmasının Kanun tarafından korunup korunmayacağına öncelikle ortaya konulması; Kurum tespitlerinde de özel hayata ilişkin hak ihlallerinin önüne geçecek tedbirlerin alınarak hareket edilmesi gerekir²¹.

bireysel özgürlük çerçevesinde ele alınmalı, bununla beraber Anayasanın 65. maddesinde de ifade edildiği üzere, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile saptanan görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri göz önünde bulundurarak mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirme görevi olan devletin, sosyal güvenliğin yaşama geçirilip ülkede yaşayan diğer fertlere de bu hakkın dağıtılmasında sosyal sigorta yardımlarına hak kazanma koşullarını düzenleme yetkisine sahip olduğu gözden uzak tutulmamalı, daha açık anlatımla boşanılan eşle fiilen beraber yaşama durum ve olgusuna müdahale edemeyecek olan devletin yöntemince kabul edeceği yasal düzenlemeyle bu tür ilişkiyi sürdürenleri sosyal sigorta yardımından yararlandırmama (yoksun bırakma) yetkisi olduğu benimsenmeli," görüşüyle ortaya konulmuştur...Y.21.HD., 21.04.2016 tarih ve 2015/21508 Esas, 2017/7072 Karar sayılı Kararı, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 24.01.2019)

¹⁹ DOĞAN, s. 183; SUR, s. 39; ÇOLAKOĞLU, s. 8; KANDEMİR/YARDIMCIOĞLU, s. 5; KAPLAN, s. 226.

²⁰ ÇAVUŞ, s. 528.

²¹ CENTEL, s. 193; İncelenen düzenlemeyle eşitlik ve özel hayatın gizliliği haklarının ihlal edildiği şekilde benzer görüşünü ortaya koyduğu makalesi için bkz TURAN, (2010), s. 13; CENGİZ, s. 11.

Sosyal Güvenlik Kurumu, 2015 yılında ölüm aylığı alan 4/a (SSK) statüsündeki 15 bin 488 kişinin, 4/b (Bağ-Kur) statüsündeki 684 kişinin ve 4/c (Emekli Sandığı) statüsündeki 3 bin 105 kişi olmak üzere toplamda 19 bin 277 kişinin boşandığı eşi ile fiilen birlikte yaşadığını tespit ederek aylıklarını kesdiği gerçeği karşısında²², düzenlemenin sistemin aktüryal dengesiyle yakından ilgisi olduğu gerçeğiyle beraber; hükmün Anayasaya aykırılığı iddiasında, başlı başına bir gerekçe olarak kabul edilemeyecektir²³.

Anayasa Mahkemesi önüne gelen ve "... boşanma sonrası eski eşiyle fiilen birlikte yaşadığı ve bu nedenle kendisine yersiz olarak yetim aylığı ödendiği gerekçesiyle hakkında yapılan icra takibine karşı açtığı itiraz davası reddedilen..." Emel Kavas'ın bireysel başvurusunda da, inceleme konusu norma ilişkin değerlendirme de bulunmuş olup; 09/09/2015 tarihinde verdiği Kararda, "...Bu çerçevede Anayasa'nın ve Sözleşme'nin ortak koruma kapsamında yer alan mülkiyet hakkının, boşanmış kadınlara babalarının elde ettiği emeklilik hakkına bağlı olarak belirli bir miktar yetim aylığı almaya ilişkin bir güvence sağlamadığı açıktır...Başvurucunun yetim aylığı almaya devam etme ve tahsili istenen yersiz ödemelerin iadesini durdurma talebinin, mevcut düzenlemeler ve yerleşik yargı içtihatları ile başvurucunun boşandığı eşiyle birlikte yaşamaya devam ettiğine yönelik Mahkeme kararı karşısında mülkiyet hakkı kapsamında meşru beklenti olarak nitelendirmeye yeterli somutluğa

²² <https://www.haberturk.com/ekonomi/is-yasam/haber/1263879-sgk-hileli-bosanmayi-afetmiyor> (Erişim Tarihi: 23/01/2019)

²³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce 3976/05 numaralı davada verilen 02.11.2010 tarihli karara konu olayda, Şerife Yiğit (başvuran) adlı Türk vatandaşı, Türkiye aleyhine 06.12.2004 tarihinde yaptığı başvuruda, Türk Medeni Kanunu hükümleri kapsamında geçerli evlilik (resmi nikah) ilişkisi kurulmaksızın yıllardır birlikte yaşadığı kişinin yaşamını yitirmesi üzerine sosyal güvenlik kurumuna başvurarak ölen kişi üzerinden kendisine sosyal sigorta yardımı yapılmasını istediğini, başvuranın bu talebinin Kurum ve mahkemelerce reddedildiğini iddia etmesi sonrasında Mahkeme; "... AİHM'nin yerleşik içtihadına göre, ayrımcılık, tarafsız ve makul bir gerekçe olmaksızın nispeten benzer koşullardaki kişilere farklı davranmak anlamına gelir...Farklı muamelenin, meşru bir amaç güdülmüyorsa veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir ilgi yoksa, tarafsız ve makul bir gerekçesi yoktur. ... 14'üncü madde, farklı olgusal koşulların tarafsız olarak değerlendirmesine dayanan, kamu çıkarına dayalı olarak toplumun çıkarlarını koruyan ve Sözleşme'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesi arasında adil denge sağlayan muamele farklılıklarının önüne geçmez. ... Yüksek Sözleşmeciler Devletler, kanunda benzer durumlardaki farklılıkların farklı bir muameleyi haklı gösterip göstermeyeceği veya ne dereceye kadar haklı göstereceğinin belirlenmesinde belirli bir takdir payını kullanmaktadırlar. ... Bu pay devletin, mali kaynaklarıyla yakından ilintili olan genel mali, ekonomik ve sosyal tedbirlerinin uygulanmasında daha geniştir..." şeklinde karar vermiştir...Karar için bkz. Erişim: <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=17394> 26.01.2019.

sahip bir beklenti olmadığı ve başvuruçunun, Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına ilişkin korumadan yararlandırılmasının mümkün olmadığı... ” şeklinde görüşe yer vermiştir²⁴.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 41. maddesindeki “Mahkemenin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapılamaz” düzenlemesi uyarınca, inceleme konusu norma ilişkin 15/12/2021 tarihine kadar Anayasa'ya aykırılığı gerekçesiyle itiraz yoluna başvurulamayacaktır.

IV. 5510 SAYILI KANUNUN 56/SON MADDESİNE DAYALI YARGI YOLU

1. Taraf Sıfatı

Uygulamada 5510 sayılı Kanunun 56/son maddesini konu yapan uyuşmazlıklar farklı şekillerde mahkemeler önüne gelebilir:

Bunlardan ilki Sosyal Güvenlik Kurumunca haksız ve yersiz ödenen aylıkların aynı Kanununun 96. maddesi ve Yönetmelik hükümlerince yasal faiziyle birlikte tahsilini teminen başlatılan icra takibine, aylık almakta olan kişi tarafından yapılan itiraz sonrası, Kurum tarafından vaki itirazın iptali ile icra inkar tazminatı istemine ilişkin açılacak davadır. Bu şekilde açılacak davanın davacısı Sosyal Güvenlik Kurumu, davalısı ölüm aylığı kesilen dul eş ya da kız kardeş olacaktır.

Diğer yandan, hak sahibi olduğu iddiasında bulunan kişiler, aldığı ölüm aylığını, 5510 sayılı Kanununun 56/2 fıkrası uyarınca iptal eden Kurum işleminin iptali ile aylıkların kesildiği tarihten itibaren işlemin iptali, aylığın yeniden bağlanması ve ödenmeyen aylıkların ödeme tarihlerinden itibaren işleyecek yasal faizi ile ödenmesi istemine ilişkin dava açabilirler. Bu durumda davacı sıfatında olanlar ölüm aylığından yararlanmış olan dul eş ya da kız çocuğu iken davalı Sosyal Güvenlik Kurumu olacaktır.

2. Görevli Mahkeme

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 5. maddesi hükmünce, Sosyal Güvenlik Kurumunun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından

²⁴ RG. 22.10.201, S. 29510.

kaynaklı bu uyuşmazlığın dava konusu olması halinde, yargılama yeri iş mahkemesi olacaktır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 101. maddesinde “Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür” hükmüne yer verilmekle, inceleme konusu norma dayalı açılacak davalar İş Mahkemelerinde görülecektir .

İş mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki asliye hukuk mahkemesince, bu Kanundaki usul ve esaslara göre bakılır (7036 sy. K. md.2).

Görev kamu düzenine ilişkin olduğundan, mahkemece her zaman kendiliğinden göz önünde bulundurulması gereken bir husustur.6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 114. maddesi hükmünce, mahkemenin görevli olması dava şartıdır. Mahkeme bu dava şartının var olup olmadığını davanın her aşamasında inceleyerek; görevli olmadığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verecektir (md.115).

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi verdiği bir kararda, “Davaya dayanak olan 5510 sayılı Yasanın 56. maddesi hükmünün 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmesi ve bu tarihten önce benzer bir yasal düzenlemenin bulunmaması, aynı Yasanın 101. maddesinde bu yasadaki kaynaklanan uyuşmazlıkların aksine hüküm bulunmadıkça iş mahkemelerinde görüleceği amir hükmüne yer verilmesi ve davalı kurum kontrol memuru tarafından ilgili maddenin yürürlük tarihinden sonraki bir tarih olan 29.03.2012 tarihinde davacı ve boşandığı eşinin fiilen birlikte yaşadığına ilişkin denetim raporu düzenlenmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu uyuşmazlığın adli yargı yolu içerisindeki iş mahkemelerinde; iş mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde ise iş mahkemesi sıfatı ile asliye hukuk mahkemelerinde görüleceği, dolayısı ile hükmü veren mahkemenin görevli olduğu açık olup; mahkemesince, işin esasına girilerek davacı ve boşandığı eş arasında kanunun yürürlük tarihi olan 01.10.2008 ve sonrasında fiilen birlikte yaşamın bulunup bulunmadığı usulünce araştırılıp tespit edilerek, sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin; davanın yargı yolu yokluğu ve görevsizlik nedeni ile usulden reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” şeklinde hüküm kurmuştur²⁵.

²⁵ 31.03.2104 tarih ve 2013/13459 Esas, 2014/6345 Karar sayılı Karar (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 25.01.2019)

Yine, "...vefat eden babasından dolayı yetim aylığı bağlanan davacı tarafından, boşandığı eşiyle fiilen yaşamaya devam ettiğinin tespit edilmesi üzerine yetim aylığının kesilmesine ilişkin davalı İdare işleminin iptali ile 2011 yılı Ocak ayından itibaren ödenmeyen maaş tutarının faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle..." Ankara 10. İdare Mahkemesine açılan davada süre aşımı nedeniyle hükmedilen red kararının davacı tarafından temyiz konusu yapılması üzerine, Danıştay 11.Dairesi de haklı olarak, "...5510 sayılı Kanun ile getirilen kuralın uygulanmasından kaynaklandığı tartışmasız olan uyuşmazlığın görüm ve çözüm yerinin, aynı Kanunun 101. maddesi uyarınca iş mahkemeleri olduğu anlaşıldığından, İdare Mahkemesince davanın görev yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, 2577 sayılı Kanunun 14. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen sıra gözetilmeksizin davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmesinde usul hükümlerine uyarlık bulunmamaktadır..." şeklinde karar vermiştir²⁶.

Yetkili Mahkeme

5510 sayılı Kanunun 101. maddesinde uyuşmazlıkların giderilmesinde başvurulacak yargı merciinin görevi konusunda açık düzenleme bulunmakta ise de; Kanunda hangi mahkemenin yetkili olacağı konusunda herhangi bir genel düzenleme yapılmamıştır.

5510 sayılı Kanunun 88. maddesinde Kurumun prim ve diğer alacaklarının tahsilinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsiline İlişkin Kanunun uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların çözümlenmesinde Kurumun alacaklı biriminin bulunduğu yer iş mahkemesinin yetkili olacağı açıkça düzenlenmiş ise de, Aynı Kanunun 56/son maddesi gerekçesiyle 96. madde hükmünce yapılacak işlemler sonrası açılacak davalar, bu kapsamda değerlendirilemez²⁷.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun²⁸ 6. maddesinde mahkemenin yetki kuralı: "İş mahkemelerinde açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi ile işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesidir" şeklinde temel olarak düzenlenmiştir.

²⁶ 19.09.2012 tarih ve 2012/1381 Esas, 2012/5536 Karar sayılı Karar.

²⁷ ÖZDEMİR, s. 198.

²⁸ RG. 25/10/2017, 30221.

Davanın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından (yetkili icra dairesinde yapılacak takip sonrası) itirazın iptali ve inkar tazminatı biçiminde açılması durumunda, dul eş veya kız çocuğuna yönelecek davada, bu kişilerin davanın açılış tarihindeki (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 19. madde ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu hükümlerince adres kayıt sisteminde bulunan) yerleşim yerinin diğer bir ifadeyle sürekli oturma niyetiyle buldukları yerin bağlı bulunduğu yargı mercii ya da (çok zaman aynı yere karşılık geleceği üzere) yersiz ödemenin yapıldığının belirlendiği, sigortalılık işlemlerinin yürütüldüğü SGK Müdürlüğünün bulunduğu yerdeki iş mahkemesi davaya görmeye yetkili kabul edilecek olacaktır.

Dul eş ve kız çocuğunun açacağı kurum işleminin iptali temeline dayalı dava yargılaması ise, Fazla ve Yersiz Ödemelerin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmeliğin 9. maddesince merkezde Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı, taşrada ise Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü veya Merkez Müdürlüğünce alacak takip dosyasının oluşturulacağı; 11. maddesinde de "... alacaklar, merkezde ilgili birimlerce, taşrada ise sosyal güvenlik kurumu il müdürlüklerince düzenlenen Borç Bildirim Belgesi ile ,, Tebligat Kanununa göre ilgililere tebliğ edilir..." düzenlemesi de gözetildiğinde, seçimlik yetki prensibince idari işlemi gerçekleştiren Sosyal Güvenlik Kurumunun merkezinin bağlı bulunduğu Ankara mahkemelerinde veya işlemin yer verilen maddelerdeki biçimde nihayete bağlandığı Kurum il merkezi ya da ilçelerde bulunan merkez müdürlükleriyle aynı yere karşılık gelecek yerleşim yeriyle uyumlu ve esasında aylık alma işleminin gerçekleştirildiği yerin bağlı bulunduğu mahkemelerde dava açılacaktır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 14. maddesindeki "Bir şubenin işlemlerinden doğan davalarda, o şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir" şeklindeki yetkiye dair genel kural yer verdiğimiz değerlendirmeyi destekleyen bir başka gerekçe olacaktır.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, yetkili mahkemenin neresi olduğunun uyuşmazlık konusu olduğu dosyada, "İş mahkemesinin yetkisi kamu düzeni ile ilgili olduğundan, davalı tarafça süresinde yetki itirazı yapılmamış olsa bile, mahkeme tarafından bu husus kendiliğinden göz önünde bulundurulmalıdır. Bir başka anlatımla hâkim, davanın her aşamasında yetki itirazını dikkate alabileceği gibi, kendisi de resen yetkisizlik kararı verebilir." şeklinde bireysel iş hukuku ihtilafında hüküm kurmuş ise de; Yargıtay 21. Hukuk Dairesi de inceleme konusu norma ilişkin davanın ispat araçları bakımından kamu

düzenine ilişkin olduğuna hükmetmesine²⁹ karşın, 56. madde çerçevesinde açılacak davalarda 6183 sayılı Kanun uygulaması bulunmayıp, genel hükümlerce takip yoluna gidildiğinden, yetki hususu kamu düzenine ilişkin kabul edilmeyerek; bu konu HMK'nın 142. maddesi hükmünce ele alınacak ve de ilk itiraz olarak ileri sürülmediği takdirde resen mahkemece değerlendirme konusu yapılmayacaktır³⁰.

3. Yargılama Usulü

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 4. maddesi uyarınca, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile diğer sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, (hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talepleri hariç olmak üzere) dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurulması zorunludur. Diğer kanunlarda öngörülen süreler saklı kalmak kaydıyla yapılan başvuruya altmış gün içinde Kurumca cevap verilmezse talep reddedilmiş sayılır. Kuruma karşı dava açılabilmesi için taleplerin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması şarttır. Kuruma başvuruda geçirilecek süre zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.

Dava açılmadan önce başvuru şartı getirilmesinin amacı, Kurum aleyhine gereksiz dava açılmasının önüne geçerek, adli makamlardaki yargılama süreci öncesinde, mümkün olduğunca idari aşamada uyuşmazlığı çözümlenektir³¹.

İş mahkemelerinde basit yargılama usulü uygulanır. Davaların yığılması hâlinde, her bir talebe ilişkin vakıalar bakımından ispat yükü ve deliller ayrı ayrı değerlendirilir. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun kanun yollarına ilişkin hükümleri, iş mahkemelerince verilen kararlar hakkında da uygulanır. Kanun yoluna başvuru süresi, ilamın taraflara tebliğinden itibaren işlemeye başlar. Kanun yoluna başvurulanan kararlar, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtayca ivedilikle karara bağlanır (7036 sy. K. md.7).

Basit yargılama usulü 6100 sayılı Kanunun 316 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

²⁹ Y. 22. HD. 02.09.2014 tarih ve 2014/21539 Esas, 2014/22537 Karar sayılı Karar, (Erişim: http://www.calismatoplum.org/sayi47/xyz/10_73.pdf Tarih: 25/01/2019) ; Y. 21. HD.,27.12.2012 tarih ve 2011/13691 Esas, 2012/24874 Karar sayılı Karar (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 24/01/2019)

³⁰ KAR, s. 467; ÖZDEMİR, s. 198.

³¹ TUNCAY/EMKEMÇİ, s. 158.

4. Zamanaşımı ve Dava Açma Suresi

5510 sayılı Kanunun 56. maddesi özüne dayalı, 96. madde hükmünce dava konusu yapılacak uyuşmazlığın temeli, daha önce ayrıntılı olarak ‘‘Sosyal Güvenlik Kurumunun istirdati’’ başlığı altında yer verdiğimiz üzere, sebepsiz zenginleşme kurumudur. Diğer bir ifadeyle 5510 sayılı Kanunun 56 ve 96. maddeleri uygulaması, Borçlar Hukukunda düzenlenmiş bulunan sebepsiz zenginleşme prensibinin özel bir görünümüdür.

5510 sayılı Kanunun 96. maddesinin (a) bendi kapsamında kabul görecek olan 56. madde uygulamasında, kasıtlı ve kusurlu davranış sonrası ölüm aylığı alımının devam ediyor olması durumunda, hatalı işlemin tespit tarihinden geriye doğru en fazla on yıllık sürede yapılan ödemeler, genel hükümlere göre geri alınacaktır. Kanun metninde yer verilen on yıllık süre zamanaşımı süresi değil, dava veya takip tarihinden geriye doğru talep konusu yapılabilecek haksız ödeme miktarının alacak konusu yapılabilecek sınırlarını çizen bir takvimdir³².

5510 sayılı Kanunun zamanaşımı başlığı altında düzenlenen 97. maddesinde, yersiz ödenen ölüm aylığının dul eş ya da kız çocuğundan geri alınmasına ilişkin özel bir hükme yer verilmediğinden; 6098 sayılı Borçlar Kanununun 82. maddesindeki genel hükme göre hareket edilmesi gerekir. Bu çerçevede, sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten itibaren iki yılın ve her halde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Bu süreler dava açma zamanaşımı süreleri olup, resen nazara alınmaz, davalı tarafından ileri sürülmesi halinde dikkate alınır.

5510 sayılı Kanunun 56 ve 96. maddelerine dayalı olarak Sosyal Güvenlik Kurumunca başlatılan icra takibine yapılan itirazla, Kurumun açacağı dava üzerine giderilecek uyuşmazlıkta, dava açma süresi İcra İflas Kanununun 67. maddesi hükmünce, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir yıldır. Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta bu konuya temas ederek, ‘‘ İnceleme konusu davada; davalıya yersiz ödenen 6.784,59 TL’nin tahsili amacıyla Yozgat 2. İcra Müdürlüğünün 2010/104 sayılı esasında başlatılan ilamsız icra takibinde davalının 26.10.2010 tarihinde yaptığı itiraz üzerine takibin 12.11.2010 tarihinde durdurulmasına karar verildiği, icra takibine itiraz edildiğinin davacı Sosyal Güvenlik Kurumuna tebliğ edilmediği anlaşılmaktadır. 2004 sayılı İcra

³² ÖZKARACA, s. 175.

İflas Kanununun 62/2. maddesinde takibe itiraz edildiğinin 59. maddeye göre alacaklının yatırdığı avanstan karşılanmak suretiyle üç gün içinde bir muhtıra ile alacaklıya tebliğ edileceği, 67/1. maddesinde takip talebine itiraz edilen alacaklının itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak itirazın iptali davası açabileceği düzenlenmiştir. İnceleme konusu davada; davalıya yersiz ödenen 6.784,59 TL'nin tahsili amacıyla Yozgat 2. İcra Müdürlüğünün 2010/104 sayılı esasında başlatılan ilamsız icra takibinde davalının 26.10.2010 tarihinde yaptığı itiraz üzerine takibin 12.11.2010 tarihinde durdurulmasına karar verildiği, icra takibine itiraz edildiğinin davacı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na tebliğ edilmediği anlaşılmaktadır. Takibe itiraz edildiğine dair Kuruma tebligat yapılmamış olduğundan 2004 sayılı Kanunun 67/1 maddesinde yer alan dava açma süresi işlemeye başlamamıştır. Bu nedenle davanın esasına girilerek karar verilmesi gerekirken süre nedeniyle reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.” hükmüne varmıştır³³.

5. İspat Hukuku

5510 sayılı Kanunun 56'ncı maddesinin uygulanmasında üzerinde durulması gereken önemli bir husus da, madde metninde yer alan “*boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşadığı belirlenen*” unsurunun, diğer bir ifade ile boşanılan eşle fiilen birlikte yaşama olgusunun nasıl kanıtlanması gerektiğidir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunun “İspat yükü” başlıklı 6'ncı maddesinde, Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her birinin, hakkını dayandırdığı olguların varlığını kanıtlamakla yükümlü olduğu belirtilmiş olup, ispat yükünün Kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi yararına hak çıkaran tarafa ait olduğu, yasal bir karineye dayanan tarafın, sadece karinenin tarafını oluşturan vakıya ilişkin ispat yükü altında bulunduğu, Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı tarafın yasal karinenin aksini ispat edebileceği kabul edilmektedir. Bu çerçevede, boşanan eşlerin, hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek şekilde fiilen birlikte yaşadıkları iddiasının ispat yükü öncelikle Kuruma aittir³⁴.

Yargılama makamları, taraflarca ileri sürülen iddiaları ve gösterdikleri delilleri gereği gibi incelemek zorundadır. Bununla birlikte, belirli bir davaya

³³ Y.10.HD., 13.03.2017 tarih ve 2016/12726 Esas, 2017/1997 Karar sayılı Karar, (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 23/01/2019)

³⁴ CENGİZ, s. 10.

ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi esasen mahkemelere aittir. Genel anlamda hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri ışığında, taraflara iddialarını sunmak hususunda uygun olanakların sağlanması şarttır. Taraflara tanık delili de dâhil olmak üzere delillerini sunma ve inceletme noktasında da uygun imkânların tanınması gerekir. Bu anlamda delillere ilişkin dengesizlik veya hakkaniyetsizlik iddialarının da yargılamanın bütünü ışığında değerlendirilmesi gerekir.

Yargıtay, söz konusu davalarda kendiliğinden araştırma ve taraflarca getirme prensiplerinin birlikte uygulandığı bir modelle, hak sahibinin boşanma sonrası boşandığı eşle fiilen birlikte yaşadığı olgusunun araştırılması gerektiğini artık yerleşik hal almış kararlarında açıkça ortaya koymuştur: “Bu tür davalarda davacının boşandığı eş ile eylemli olarak birlikte yaşama olgusunun tüm açıklığıyla ortaya konulması önem arz etmektedir. Bu aşamada, özellikle, Anayasa’nın 20., 5510 sayılı Kanununun 59., 100., 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanununun 28., 45., 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 3., 45 – 53., 4857 sayılı İş Kanunu’nun 32., 01.10.2011 günü yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 6., 24 – 33., 189., 190., 191., 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 6., 19., 20., maddeleri ve diğer ilgili mevzuat hükümleri göz önünde bulundurulmak suretiyle yöntemince araştırma yapılmalı, tarafların göstereceği tüm kanıtlar toplanmalı, bildirilen ve dinlenilmesi istenilen tanıkların ifadeleri alınmalı, davacı ile boşandığı eşinin yerleşim yerlerinin saptanmasına ilişkin olarak; muhtarlıktan ikametgah senetleri elde edilmeli, ilgili Nüfus Müdürlüklerinden sağlanan nüfus kayıt örnekleri ile yerleşim yeri ve diğer adres belgelerinden yararlanılmalı, adres değişiklik ve nakillerine ilişkin bilgilere ulaşılmalı, özellikle ilgili Nüfus Müdürlüğü’nden adres hareketleri, tarihleriyle birlikte istenilmeli, ilgililerin su, elektrik, telefon aboneliklerinin hangi adreste kimin adına tesis edildiği saptanmalı, seçmen bilgi kayıtları getirilmeli, varsa çalışmaları nedeniyle resmi/özel kurum ve kuruluşlara verilen belgelerde yer alan adresler dikkate alınmalı, medula sisteminde kayıtlarda görülen adresler ilgili sağlık kuruluşlarından araştırılmalı, eşlerin boşanma sebebi, boşanma ilamında velayet, çocukla kişisel ilişki, nafaka, tazminat hükümleri varsa nasıl yerine getirildikleri belirlenmeli, boşanılan eş 4857 sayılı Kanun hükümleri kapsamında yer almakta ise ödeme için adına açılan banka hesabında kayıtlı yerleşim yeri saptanmalı, boşanan eşlerin kayıtlı oldukları bölge/bölgeler yönünden geniş kapsamlı Kolluk araştırması yapılmalı, anılan mahallelerde görev yapmış/yapmakta olan muhtar ve azalardan istem hakkında düşünce

edinmeye yetecek kadarının tanık sıfatıyla bilgi ve görgülerine başvurulmalı, Kurum işlemine dayanak tutanakları tutan görevliler dinlenilmeli, böylelikle “boşanılan eşle eylemler olarak birlikte yaşama” olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği, toplanan kanıtlar ışığı altında değerlendirildikten sonra elde edilecek sonuca göre hüküm kurulmalıdır.”³⁵

Medeni Hukuk prensiplerine de değinilen bir başka Kararda, “Söz konusu davada kanıt yükü ister istemez, davayı açacak olan kadın eş/kız çocuğa düşecek ve bunlar ölüm aylığına hak kazanmak amacıyla boşanmış olmadıklarını değil, Kurumun iddia edilen aksine olayda “fiilen birlikte yaşama”nın söz konusu olmadığını kanıtlamak durumunda kalacaklardır” ifadesine yer verilmiştir”³⁶.

Sosyal Güvenlik İletişim Merkezi ALO 170’e yapılan ihbar ve şikayetlerle, muvazaalı boşanma, sahte işyeri ve sahte sigortalı denetimleri yapan Sosyal Güvenlik Kurumu denetmenleri tarafından sosyal güvenlik açıklarını azaltmaya yönelik önemli tespitler yapılmaktadır³⁷. Bu noktada boşanılan eşle fiilen birlikte yaşama olgusunun nasıl kanıtlanması gerektiği ve ispat yükü hususunda 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Kurumun denetleme ve kontrol yetkisine ilişkin 59 ve bilgi belge isteme hakkına ilişkin 100’üncü maddeleri ve bu maddeler çerçevesinde Kurum personeli tarafından tanzim edilen belgelerin inceleme konusu norma ilişkin ispat değeri üzerinde de ayrıca durulması gerekmektedir:

5510 sayılı 59’uncu maddesinde Kurumun denetleme ve kontrol yetkisi belirtilmiş, 59/2’inci maddesinde “Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarının görevleri sırasında tespit ettikleri Kurum alacağını doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemler, yemin hariç her türlü delile dayandırılabilir. Bunlar tarafından düzenlenen tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir.” hükmüne yer verilmiştir. Öte yandan 5510 sayılı Kanunun 100’üncü maddesinde ise bilgi ve belge isteme hakkı, bilgi ve belgelerin Kuruma verilme usulü düzenlenmiştir. Özellikle belirtilmelidir ki 5510 sayılı Kanunun 59’uncu ve 100’üncü maddeleri uyarınca Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları tarafından tutulan tutanaklar aksi sabit

³⁵ Y.10. HD 29.03.2018 tarih ve 2016/784 Esas, 2018/2720 Karar sayılı Karar (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 24/01/2019)

³⁶ Y.21.HD, 20/02/2017 tarih ve 2016/11775 Esas, 2017/1120 Karar sayılı Karardaki Karşı Oy görüşünden. (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 24/01/2019)

³⁷ DEMİR / CANBAY, s. 467.

oluncaya kadar geçerli kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla, yetkili kişilerce düzenlenen ve tarafların ihtirazi kayıt koymaksızın imzaladığı tutanaklar aksi kanıtlanıncaya kadar geçerli olup, aksi ise ancak yazılı delille kanıtlanabilir. Ne var ki, Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları tarafından yapılan incelemelere dayalı tutanakların değerlendirildiği ve varılan sonucun yazıya geçirildiği raporların, sadece memur veya müfettiş tarafından düzenlenmiş olmaları, anılan raporların 4857 sayılı İş Kanunu'nun 92/son maddesi ile 5510 sayılı Kanunun 59'uncu ve 100. maddeleri kapsamında aksinin yazılı delille kanıtlanması gereken belgeler olarak kabulleri için yeterli değildir. Ayrıca 5510 sayılı Kanunun 59/2'inci maddesinde belirtilen aksi sabit oluncaya kadar geçerli olan tutanakların Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları tarafından belgelere dayalı olarak düzenlenmiş olması veya belgeye dayalı olmamakla birlikte hazır bulunan işveren, işçi veya üçüncü kişi beyanları uyarınca düzenlenerek doğruluğu ilgili kişilerin imzaları ile tasdik edilen ve imza inkârına konu olmayan tutanaklar olması gerekmektedir. Buna göre 5510 sayılı Kanunun 59'uncu ve 100'üncü maddelerinde sözü edilen görevliler tarafından düzenlenen tutanaklar üçüncü kişilerin imzalı beyanları alınarak düzenlenmiş ve imza inkârına da konu olmamış ise artık aksi sabit oluncaya kadar geçerli kabul edilecektir. Bu tutanakların aksi ise ancak yazılı delille ispatlanabilir³⁸. Ancak ifade etmek gerekir ki, rapor ve eki tutanaklarda imzası bulunmayanlar için, söz konusu belgelerin aksinin, yazılı delille ispatı zorunluluğundan söz edilemez³⁹.

Söz konusu davalarda keşif deliline de başvurulabileceği yargı kararlarıyla ortaya konulmuştur: “Yapılacak iş; davanın kamu düzenine ilişkin olduğu gözetilerek davacının eşinin yaşadığı iddia olunan berber dükkanında keşif yapılarak gerektiğinde bu iş yerine komşu işyeri sahipleri de dinlenmek suretiyle işyerinin davacının boşandığı eşi tarafından ikametgah olarak kullanılıp kullanılmadığı ve ikametgah olarak kullanıma uygun olup olmadığı ,bu adresin elektrik su faturalarının davacının eşi Birol adına kayıtlı olup olmadığı araştırılıp dosyada davacı ve eşi adına kayıtlı adreslerde fiili oturma olgusu tespit edilip tüm deliller birlikte değerlendirilmek suretiyle davacı yanca Sosyal Güvenlik Kurumu kontrol memurunun tutanak aksinin kanıtlanıp kanıtlanmadığı tespit edilip oluşacak sonuca göre karar vermekten ibarettir.”⁴⁰.

³⁸ Y. HGK. 07.03.2018 tarih ve 2015/10-1109 Esas, 2018/444 Karar sayılı Karar (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 24/01/2019)

³⁹ CENGİZ, s. 11.

⁴⁰ Y. 21. HD, 2011/13691 Esas, 2012/24874 Karar sayılı Karar (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi,

Hukuki uyumsuzluğun çözümlenmesi esnasında, bir ceza soruşturması ya da davası dosyası da delil olarak ibraz edilebilir. Bu durumda, 5520 sayılı Kanunun 56 ve 96. maddeleri çerçevesinde yargılama yapan hukuk hakimi, ceza davasının neticesi verilen kararlar değil, sadece belirlenen maddi olgularla bağlı olacaktır⁴¹.

7.Netice Karar

5510 sayılı Kanunun 56/son madde ve fıkrasına dayalı olarak “boşanılan eşle eylemli olarak birlikte yaşama” olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği, toplanan deliller ışığı altında değerlendirildikten sonra, elde edilecek sonuca göre davanın reddi ya da kabulü temelli bir hüküm kurulmalıdır.

Aksi takdirde, maddi ve hukuki olgular göz önünde bulundurulmaksızın, mahkemece eksik inceleme ve araştırma sonucu karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı netice doğuracaktır.

6100 sayılı HMK'nın 26. maddesi gereğince hakim, kural olarak iki tarafın iddia ve savunmaları ile bağlı olup, talep sonucundan daha azına karar verebilecekken, talepten fazlasına hüküm veremez. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi verdiği bir kararında “Somut olayda, davacının talebi; Kurum tarafından davacının ölüm aylığı üzerinde yaptığı yersiz ve haksız kesintinin iptali ile karar tarihine kadar yapılacak kesintilerin dava tarihi itibarıyla yasal faiziyle olduğu halde, mahkemece talep aşularak davacının babası Hüseyin CAN'dan ölüm aylığı almaya hak kazandığının tespiti ile, davalı kurum tarafından çıkartılan borcun iptaline de karar verilmesi bozma nedenidir.” şeklinde karar vererek, talepten fazlaya hükmedilemeyeceğini ortaya koymuştur⁴².

İlgili norma dayalı olarak yapılan iade talepleri kusur temelli olduğu için, Kurumun dava dilekçesinde faize ilişkin bir talep bulunması halinde, ödemenin yapıldığı tarihten itibaren, diğer bir ifadeyle borçlunun (yersiz ödemeyi alan dul eş ya da kız çocuk) temerrüde düştüğü yani zenginleşmenin gerçekleştiği andan itibaren başlatılacak olup, temerrüdün sona erdiği (aylık ödemesinin son bulunduğu) tarihe kadar faiz hesabı yapılacaktır⁴³.

25/01/2019)

⁴¹ SÖZER, (2017), s. 535.

⁴² Y. 21. HD, 2018/4092 Esas, 2018/8830 Karar sayılı Karar (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 25/01/2019)

⁴³ HACIOĞLU, s. 109.

8. Ceza Soruşturması ve Yargılaması

27.09.2008 tarih ve 27010 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Fazla veya Yersiz Ödemelerin Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesine, 04.05.2013 gün ve 28637 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan değişiklikle; “Birinci fıkranın (b) ve (d) bentlerinde belirtilen durumlar ile aynı fıkranın (f) bendi kapsamında, bir aylık döneme ilişkin gelir ve aylıkların her hangi bir kişi tarafından tahsil edilmesi hali hariç olmak üzere, Kurumun yanlış işlem ve ödeme yapmasına sebebiyet veren ve bu suretle adına borç tahakkuk ettirilen ve/veya borç tahakkuk ettirilmesine neden olan kişiler hakkında, ayrıca Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur” şeklindeki 3. fıkra eklenmiştir. Yapılan düzenleme, maddenin “Boşanma nedeniyle gelir veya aylık bağlandıktan sonra boşandığı eşle fiilen birlikte yaşanması” konulu (d) bendini ayırık tuttuğu için, bahse konu yönetmelikte yapılan bu değişiklikle boşanma nedeniyle aylık bağlandıktan sonra boşanılan eşle fiilen birlikte yaşanması halinde yapılan yersiz ödemelerin kanuni faizi ile tahsil edileceği, ancak ilgili kişiler hakkında Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulmayacağı öngörülmüştür.

Yönetmelik değişikliği öncesinde, Cumhuriyet Başsavcılıklarına kimi zaman yapılan suç ihbarlarıyla, dolandırıcılık iddiasıyla soruşturma ve yargılamalar, hukuk yargılaması süreci dışında ayrıca devam etmekteydi.

Yargıtay 15. Ceza Dairesi verdiği bir kararda, “Dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için; failin bir kimseyi, kandırabilecek nitelikte hileli davranışlarla hataya düşürüp, onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına yarar sağlaması gerekmektedir. Hile nitelikli bir yalandır. Fail tarafından yapılan hileli davranış belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte bir takım hareketler olmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla mağdur yanılgıya düşürülmeli ve bu yanıltma sonucu yalanlara inanan mağdur tarafından sanık veya bir başkasına haksız çıkar sağlanmalıdır. Hilenin kandırıcı nitelikte olup olmadığı olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli, kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı ayrı nazara alınmalıdır. Somut olayda; Alaplı Asliye Hukuk Mahkemesinin 20.06.2003 tarih ve 2003/172-164 sayılı kesinleşmiş ilamıyla boşanmalarına karar verilen sanıkların, gerçekte birarada yaşamaya devam ederek muvazaalı boşanma yaptıklarından ve bu boşanma kararına istinaden sanık Nuret’in babasından kalan yetim maaşını almak suretiyle kamu kurumu niteliğinde olan Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı’nı

5.587,20 TL zarara uğrattıklarından bahisle dolandırıcılık suçundan cezalandırılmaları istemiyle açılan kamu davasında; sanıkların kesinleşmiş bir mahkeme kararı ile boşandıkları, sanıkların böyle bir kararın varlığına rağmen birlikte yaşamaya devam etmelerinin dolandırıcılık suçunun hileli davranış unsurunu oluşturmayacağı, bu durumda olan kişiler hakkında ilgili kurumca idari işlem yapıp sağlanan maddi menfaatlerin sona erdirilebileceği, bu nedenle sanıklara isnat edilen dolandırıcılık suçunun yasal unsurlarının suç konusu olayda oluşmadığına yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir. Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, katılan vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün ONANMASINA, 16.10.2012 gününde oyçokluğuyla karar verildi.” şeklinde kurduğu hükümlerle, atılı suçun unsurları itibariyle oluşmadığını ortaya koymuştur⁴⁴.

İlk derece mahkemesinin beraat hükmünü oyçokluğuyla onaylayan Yargıtay 15. Ceza Dairesinin benzer mahiyetteki bir başka kararı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca, “...Sanıklardan Ayşe'nin vefat eden babasından kalan aylığı almak amacıyla diğer sanık Muzaffer ile muvazaalı olarak boşandıkları, boşanmalarına rağmen aynı evde yaşamaya devam ettikleri, bu durumu ilgili kuruma bildirmedikleri, aynı evde yakalanmamak için gizlenmeye çalıştıkları ve farklı adres vermeleri birlikte değerlendirildiğinde sanıkların üzerlerine atılı nitelikli dolandırıcılık suçundan cezalandırılmaları gerektiği” görüşüyle itirazın Ceza Genel Kurulu önüne gelmiş olup, Yüksek Mahkeme de oyçokluğuyla “sanıkların beraatına ilişkin yerel mahkeme hükmü ile bu hükmü onayan Özel Daire kararında bir isabetsizlik bulunmadığından, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine” karar vermiştir⁴⁵. Yargı kararlarıyla söz konusu eylemin dolandırıcılık suçu olarak vasıflandırılmaması gerektiği, öğretinin tarafından da olumlu bir yaklaşım olarak ifade edilmiştir⁴⁶

Sosyal Güvenlik Kurumu, 2012/40 sayılı genelgesinde⁴⁷, benzer şekilde “Kurum uygulamasında bu yönde görülen karışıklıkların giderilebilmesi ve

⁴⁴ 2011/16252 Esas, 2012/43509 Karar sayılı Kararı (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 24.01.2019)

⁴⁵ Y. CGK. 26/11/2013 tarih ve 2012/15-1363 Esas ,2013/533 Karar sayılı Kararı (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 24.01.2019)

⁴⁶ AYDIN, s. 808.

⁴⁷ 28/12/2012 tarih ve 55645529 sayılı duyurulan 2012/40 sayılı genelge. (Erişim: <http://www.alomaliye.com/wp-content/uploads/2015/07/sgk-genelgesi-2012-40.pdf> 26/01/2019)

ilgili Cumhuriyet Başsavcılıklarınca “kovuşturmaya yer olmadığına dair karar” verilmesi ile neticelenen gereksiz suç duyurularının engellenebilmesini teminen, Kurum zararının doğmasına sebebiyet veren eylemin, TCK bakımından suç teşkil etmeyip, Kurumu zarara sokan bir haksız fiil olması durumunda, Kurum zararının ilgili kişi ya da kişilerden tahsilini sağlamak amacıyla, genel hükümlerin ve/veya sağlık hizmeti satın alma sözleşmeleri hükümlerinin işletilmesi yeterli olup, suç duyurusunda bulunulmasına gerek bulunmamaktadır. Bu hususta, tereddüt hasıl olması durumunda Sosyal Güvenlik il müdürlükleri bünyesindeki hukuk servislerinden görüş alınması uygun olacaktır.” hükmüne yer vermiştir.

V. DÜZENLEMENİN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

Hukuk devletinin önemli bir unsuru da hukuki güvenlik ilkesi olup, bu ilkenin gereği olarak, esas olan kanunların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uygulanmaya başlamasıdır. Diğer bir ifadeyle hukuki güvenlik ilkesi gereğince, kanunlar yürürlükte buldukları zamandaki olaylara uygulanabilir.

Anayasa Mahkemesi kanunların geriye yürümezliği prensibini, “Toplum barışının temel dayanağı olan hukuka ve özellikle kanunlara karşı güveni sağlamak ve hatta kanun koyucunun keyfi hareketlerine engel olmak için, öğretide tersine öngören bir hükmü kendi bünyesinde taşımayan bir kanunun kural olarak geriye yürümeyeceği (geçmişe etkili olmayacağı) esası kabul edilmiştir.” şeklinde gerekçeyle ortaya koymuştur⁴⁸.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, kanunların geçmişe etkili oldukları durumları, “Kanunların geriye yürümemesi kuralının istisnalarından birini de kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin kurallar oluşturmaktadır. Beklenen (ileride kazanılacağı umulan) haklar yönünden de kanunların geriye yürümesi söz konusudur. Yargılama hukukunu düzenleyen kanunlar da, ilke olarak geçmişe etkilidir” ifadeleriyle karar konusu yapmıştır⁴⁹.

5510 sayılı Kanunun 56 (ve bu maddeye bağlı olarak 96. maddesinin) zaman bakımından uygulanması yönünden 5510 sayılı Kanunun Geçici 1.maddesinin değerlendirilmesinde de zorunluluk bulunmaktadır.

⁴⁸ Anayasa Mahkemesi, 2016/186 Esas, 2016/176 Karar sayılı Kararı (Erişim: http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2016-176.pdf 25/01/2019)

⁴⁹ Y HGK 24.02.2016 tarih, 2015/10-1756 Esas ve 2016/161 Karar sayılı Kararı (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 24.01.2019)

5510 sayılı Kanunun “Malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortasına ilişkin bazı geçiş hükümleri” başlıklı 17.04.2008 tarihinde yayınlanan 5754 sayılı Kanunun 68’inci maddesi ile değişik Geçici 1’inci maddesi: “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olanlar, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu ve bu Kanunla mülga 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olanlar, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa tabi olanlar, bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında kabul edilir. 17.07.1964 tarihli ve 506 sayılı, 2.9.1971 tarihli ve 1479 sayılı, 17.10.1983 tarihli ve 2925 sayılı, bu Kanunla mülga 17.10.1983 tarihli ve 2926 sayılı kanunlara göre bağlanan veya hak kazanan; aylık, gelir ve diğer ödenekler ile 8.2.2006 tarihli ve 5454 sayılı Kanunun 1 inci maddesine göre ödenmekte olan ek ödemenin verilmesine devam edilir. Bu gelir ve aylıkların durum değişikliği nedeniyle artırılması, azaltılması, kesilmesi veya yeniden bağlanmasında, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ilgili kanun hükümleri uygulanır...Bu Kanunun 4’üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre sigortalı sayılanlara ve bunların hak sahiplerine bağlanmış olan aylık ve gelirler, 55’inci maddenin ikinci fıkrasına göre artırılır...” şeklinde düzenleme içermektedir.

Anılan geçici madde ile kanun koyucu tarafından, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğü öncesinde sosyal güvenlik kanunları uygulanmak suretiyle hak sahiplerine bağlanan gelir veya aylığın, durum değişikliği sebebine bağlı olarak kesilmesi veya yeniden bağlanmasında, yine anılan hükümlerinin esas alınması gerektiğinin benimsendiği anlaşılmaktadır. Söz konusu kanunlarda, boşanılan eşle fiili olarak birlikte yaşama olgusu, gelirin veya aylığın bağlanması engeli veya kesilmesi nedeni olarak öngörülmediğinden, 56’ncı maddenin zaman bakımından uygulanması hususu da çözüme kavuşturulmalıdır.

Bu kapsamda, yine maddenin amacında da belirtilen 4721 sayılı TMK’nun “Dürüst davranma” başlıklı 2’nci maddesinde yer alan ve maddenin düzenleniş amacı olan dürüstlük kuralı çerçevesinde çözüme gidilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

TMK’nun anılan 2’nci maddesi uyarınca:“Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”

Anılan madde uyarınca bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumayacağı gibi, hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı ilkesi de birlikte gözetilmek suretiyle, 5510 sayılı Kanununun 56.maddesi açısından 01.10.2008 tarihinden önce hakkın kazanıldığı durumlarda, anılan yasal düzenleme öncesinde ilgililer her ne amaçla boşanmış olursa olsun, fiili birlikteliklerini 5510 sayılı Kanunla getirilen yeni düzenleme sonrasında da sürdürdüklerinin veya söz konusu düzenlemeden itibaren anılan tür ve nitelikte bir beraberliğe başladıklarının kanıtlanması durumunda, başka bir anlatımla fiili olarak birlikte yaşama olgusunun saptandığı durumlarda, anılan 2'nci madde kapsamında hakkın kötüye kullanımının varlığı kabul edilerek ilgililere gelir veya aylık tahsisi yapılmaması, bağlanan gelir veya aylığın bu hükmün yürürlüğe girdiği tarihten itibaren kesilmesi gerekmektedir⁵⁰.

Öğretide Sözer, "...5510 SK aylık ve ödeneklerin bağlandıkları tarihte geçerli olan düzenlemeler esas alınarak işlem yapılması esasını getirmiştir. Aylık ve ödeneklerin bağlandığı tarihte meri olan düzenlemelerde boşanılan eşle eylemli olarak birlikte yaşama olgusunun gelirin/aylığın bağlanması engeli veya kesilmesi nedeni olarak kabul edilmemiştir. Değineni nedenle, tamamlanmış bir hukuki işleme sonradan getirilen bir düzenleme ile yeni bir hukuki sonuca neden olacak şekilde müdahale edilmeyeceği düşünülebilir. Ancak, aktarılan olayda etkisi süren bir hukuki durum yani, dinamik (dış etkiye açık) bir statü bulunmakta dolayısıyla, önceye etki değil yeni kanunun derhal (geleceğe yönelik olarak) uygulanması söz konusu olmaktadır" şeklinde görüşle Yüksek Mahkeme kararlarını yorumlamışken; genel kural gereğince 5510 sayılı Kanununun 96. maddesi yürürlüğe girdiği tarihten sonra ortaya çıkan uyuşmazlıklara uygulanırken, kazanılmış haklara dokunmamak kaydıyla geriye yönelik olarak da uygulanabileceği Aslanköylü tarafından ifade edilmiştir⁵¹.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi taraflarca kanun yolu konusu yapılan bir uyuşmazlıkta, "08.06.2008 tarihinde vefat eden babası Ali Erkan üzerinden, 17.06.2008 tarihinde yaptığı yazılı başvuru ile ölüm aylığı bağlanmasını isteyen; 03.07.1996 tarihinde boşanan davacının, yürütülen yoklama memuru soruşturması sonucu, boşandığı eşi ile fiilen birlikte yaşadığının tespit edildiği ve bu durumun ölüm aylığı bağlanmasına engel teşkil ettiği gerekçesiyle isteğinin reddine karar verildiği" şeklinde gelişen uyuşmazlıkta, davanın

⁵⁰ ŞAHLANAN, s. 7; ERTÜRK, s. 987.

⁵¹ SÖZER, (2013), s. 2517 ; ASLANKÖYLÜ, s. 28.

506 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde sonuçlandırılması gerektiğini ifade ederek “506 sayılı Kanun çerçevesinde davacının ölüm aylığı bağlanmasına hak kazanıp kazanmadığına ilişkin araştırma ve inceleme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; 5510 sayılı Kanunun, eldeki davada uygulanma imkanı olmayan 56 maddesindeki; ‘Eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyile fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir.’ hükmü dayanak alınarak eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” şeklinde hüküm kurmuştur⁵².

VI. TEKRAR AYLIK BAĞLANMASI VE EVLİLİK ÖDENEĞİ

1. Tekrar Aylık Bağlanması

5510 Sayılı Kanunun 35. maddesinde “Ölüm sigortasından sigortalının hak sahiplerine bağlanacak aylıklar;..aylığın kesilmesine yol açan sebebin ortadan kalkması halinde, 34 üncü maddede belirtilen şartlar saklı kalmak kaydıyla, müracaat tarihini takip eden ay başından itibaren yeniden aylık bağlanır” düzenlemesine yer verilmiştir. Kanunun 56/son madde ve fıkrası kapsamında, kanuna karşı hile mahiyetinde fiilen birlikte yaşama olgusu nedeniyle gelir veya aylıkları kesilenler, fiilen birlikte yaşama engeli ortadan kalktığında tekrar gelir/aylığa hak kazanacaklardır. Ancak, yeniden gelir/aylık talebi halinde, fiilen birlikte yaşanmadığı olgusu yine Kurumun denetim elemanları tarafından tespit edilmelidir⁵³.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği bir kararda yerinde bir tespitle, “Kuşkusuz hak sahibine fiili birlikteliğin sona erdiği tarihten itibaren, diğer koşulların da varlığı durumunda gelir veya aylık bağlanabileceği açıktır.” ifadesiyle tekrar aylık bağlanabileceğini koşuluyla ortaya koymuştur⁵⁴.

2. Evlenme Ödeneği

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 56/son maddesiyle irtibatlı bir hüküm de 37. maddede yer verilen evlenme ödeneğine ilişkin düzenlemedir: “Evlenmeleri nedeniyle, gelir veya aylıklarının kesilmesi gereken kız çocuklarına evlenmeleri ve talepte bulunmaları halinde almakta

⁵² 03.05.2010 tarih ve 2010/1630 Esas, 2010/6383 Karar sayılı Kararı (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 25.01.2019)

⁵³ ÖZDEMİR, s. 205.

⁵⁴ Y. HGK, 18.04.2018 tarih ve 2015/10-1435 Esas ve 2018/809 Karar sayılı Kararı (Erişim: UYAP Bilişim Sistemi, 25/01/2019)

oldukları aylık veya gelirlerinin iki yıllık tutarı bir defaya mahsus olmak üzere evlenme ödeneği olarak peşin ödenir. Evlenme ödeneği alan hak sahibinin aylığının kesildiği tarihten itibaren iki yıl içerisinde yeniden hak sahibi olması halinde, iki yıllık sürenin sonuna kadar gelir veya aylık bağlanmaz...”.

Fazla ve yersiz olarak yapıldığı tespit edilen geçici iş göremezlik ödeneği, emzirme ödeneği, evlenme ve cenaze ödenekleri, yaşlılık ve ölüm toptan ödemeleri, sürekli iş göremezlik ve ölüm gelirleri, malullük, yaşlılık ve ölüm aylıkları ile bu aylıklarla birlikte ödenen ek ödemeler, uzun ve kısa vadeli sigorta kollarından karşılanan yol, gündelik ve refakatçi giderleri, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilere kurumca bedeli ödenen kişisel tedavi giderleri 5510 sayılı Kanunun 96. maddesi kapsamında talep konusu yapılacağından⁵⁵; 5510 sayılı Kanunun 56. maddesi kapsamını bu çerçevede okuduğumuzda, Kanunun yürürlüğe girdiği tarih sonrasında, boşanıp fiilen birlikte yaşayanların dürüstlük kuralına aykırılığı tespit edilmesi durumunda yeniden evlenmeleri halinde almış oldukları, evlenme ödeneklerinin mevzuat hükümlerince tahsili yoluna gidilmesi ya da evlenme ödeneğine ilişkin talep sonrası, hakkın kötüye kullanılması durumu denetim vd uygulamalarla tespit edilmesi halinde, haksız ve yersiz bir ödeme olacağından, Kurumca ödenmemesi gerekecektir⁵⁶. Her halukarda bu ödenek Kanun metninden de anlaşılacağı üzere bir defaya mahsus olarak verilir.

SONUÇ

01.10.2008 tarihinden önce yürürlükte bulunan ve sosyal güvenlik mevzuatının temelini teşkil eden, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu, 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu ile 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu’nda yer almayan inceleme konusu yaptığımız düzenleme, sosyal yaşamda görülen ihtiyaca karşılık, ilk kez 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nda yer almıştır.

5510 sayılı Kanunun 56’ncı maddesinin son fıkrasıyla ölen sigortalının kız çocuğu veya dul eşi yönünden, boşandıkları eşleriyle boşanma sonrasında fiilen birlikte olma statüsü gelir/aylık kesme nedeni ve bağlama engeli olarak düzenlenmiştir.

⁵⁵ ÖZKARACA, s. 155.

⁵⁶ ÖZDEMİR, s. 205.

Hukuk düzeninin korumayacağı bir kavram olarak hakkın kötüye kullanılması olgusu inceleme konumuz olan yasal düzenlemenin de gerekçesi olup; ölüm aylığından yararlanma hakkının kötüye kullanımının varlığı belirlendiği takdirde, hak sahipliğinin sağladığı maddi olanakları ortadan kaldıracak biçimde ilgiliyi haktan yararlandırmama, bir başka ifadeyle gelir veya aylık bağlanmaması, yersiz ve fazla ödemelerin de sebepsiz zenginleşme teşkil ederek geri istenmesi esasına dayanır.

Ülke ekonomisi, toplumda yaşayan bireylerin eğitim durumları ve ahlaki bakış açılarıyla yakından ilgisi olduğunu düşündüğümüz düzenleme, Sosyal Güvenlik Kurumundan ölüm aylığı bağlatmak için kanuna karşı hile yoluna gidilerek muvazaalı boşanmaların sosyal hayatta yaygınlaştığının tespit edilmesi sonrasında mevzuata girmiştir. Ancak herkes tarafından dürüstlük kuralına uygun biçimde hakkın kullanılması gerektiği beklentisi karşısında, sadece boşanıp fiilen birlikte yaşayanların haktan mahrum olmasını kabul edip; hiç resmi evlilik yapmaksızın gayri resmi bir arada yaşayanların ölüm aylığı almaya devam edecek olmalarını kabul etmek esasında düzenlemenin ruhuna da aktüeryal dengenin bozulmasının önlenmesi gerektiği genel kabulünün özüne de aykırıdır. Bu çerçevede yersiz ve fazla ödemenin tahsiline ilişkin düzenlemede herkes için geçerli prensiplere bağlı olarak, evlenip boşanarak ya da hiç evlilik yapmadan (ölüm aylığı almaya devam saikiyle) muvazalı birlikteliklerin sosyal güvenlik şemsiyesi altında hangi koşullara göre korunacağı ya da korunmayacağına yeniden düzenlenmesi gerekir.

Kanunun 56. maddesine aykırılığın ilk etapta tespiti, özellikle Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan ihbarlar sonrası, Kurum personelinin yaptığı denetimlerde tanzim edeceği tutanaklarla gerçekleştirilmektedir. Hukuki güvenliğin temini bakımından her türden incelemenin objektif usul ve esas kurallarının belirgin olması gerekir Genel anlamda bir muhtaçlık durumu içinde bulunan yetim ya da dul bayanın, özellikle söz konusu denetimler yapılırken özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği iddiasıyla karşı karşıya kalınmayacak özen ve tedbirle hareket edilmesi son derece önem arz edecektir. Önemli bir ispat aracı olan denetim raporlarının ötesinde, yargı mercileri önüne gelen uyumsuzlukta, birlikte yaşama kavramının kuşkuyla yer bırakılmayacak şekilde yazılı ve sözlü tüm deliller aracılığında ortaya çıkarılması gerekir.

KAYNAKÇA

- ALPER, Yusuf: **Türk Sosyal Güvenlik Sistemi**, Sosyal Sigortalar Hukuku, 9. Baskı, Dora Yayınevi, Bursa, 2018.
- ARICI, Kadir: **Türk Sosyal Güvenlik Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015.
- ASLANKÖYLÜ, Resul: “Sosyal Sigortalar Tarafından Yapılan Fazla ve Yersiz Ödemelerin Geri Alınması”, **Kamu-İş Dergisi**, C: 13, S: 3/2014, s. 23-35.
- AYDIN, Ufuk: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015**, Seminer İstanbul 25-26 Kasım 2016, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 557-869.
- CANBAY, Tülin/ DEMİR, Müslim: “Türkiye’de Sosyal Güvenlik Açıkları ve Sosyal Güvenlik Ahlakı”, **Celal Bayar Üniversitesi İİBF Yönetim ve Ekonomi Dergisi**, Y.2013, C. 20, S. 2, s. 303-315.
- CENGİZ, İstar: “Muvazaalı Boşanmanın Tespiti İle Ölüm Aylığının Kesilmesi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 8, S. 32, Ekim 2017, s. 1-17.
- CENTEL, Tankut: “Boşandığı Eşiyle Birlikte Yaşayanın Aylığının Kesilmesi –Anayasa Karşısında Bir Ülke Gerçeği”, **Sicil Dergisi**, Mart 2012, S. 25, s. 190-197.
- ÇAVUŞ, Hakan Ö.: “Sosyal Güvenlik Sisteminin Denetim Yapısı ve denetim Birimleri”, **CBÜ İ.İ.B.F Yönetim ve Ekonomi Dergisi**, Y. 2017, C. 24.,S. 2, s. 523-539.
- ÇOLAKOĞLU, Ebru: **Türk İş Hukukunda İşverenin Eşit Davranma Borcu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya, 2011.
- DEMİR, Müslim/ CANBAY, Tülin: “Türkiye’de Sosyal Güvenlik Açıklarının Azaltılmasında Denetimin Önemi (Manisa İli Örneği)”, **CBÜ Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2013, C. 11, S. 3, s. 451-467.
- DOĞAN, Sevil: “Türk İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin Anlamı”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 3, Nisan 2012, S. 9, s. 177-207.
- EROL, Sevgi Işık: “Türkiye’de Sosyal Güvenlik Sisteminin Sorunları ve

- Sosyal Güvenlik Ahlakı”, **Kamu-İş Dergisi**, C: 13, S: 3/2014, s. 37-70.
- ERTÜRK, Şükran: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016**, Seminer Ankara 01-02 Aralık 2017, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.745-1027.
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nurşen: **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Yenilenmiş 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2018.
- HACIOĞLU, Arzu: **Türk Sosyal Sigortalar Hukukunda Yersiz Ödemelerin Geri Alınması**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- KANDEMİR, Murat/YARDIMCIOĞLU, Didem: İş Hukukunda Eşitlik İlkesi, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 19, Sayı: 30-31, Yıl: 2014, s. 1-44.
- KAPLAN, E.Tuncay Senyen:”İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı”, **TBB Dergisi** 2017 Özel Sayısı, s. 225-268.
- KAR, Bektaş: **İş Yargılaması Usulü**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- ORGAN, İbrahim/YAVUZ, Ersin: “Sosyal Güvenlik Sistemi Açıklarının Analizi ve Ekonomi Üzerindeki Etkisi”, **Aydın İktisat Fakültesi Dergisi**, C. 2 S. 1, s. 105-123.
- ÖZDEMİR, Halil: “Yargı Kararları Işığında 5510 sayılı Yasa’nın 56/ son Maddesi Boşandığı Eşiyle Birlikte Yaşayanın Gelir ve Aylığının Kesilmesi İncelemesi”, **Sicil Dergisi**, Mart 2013, S. 29, s. 192-207.
- ÖZKARACA, Ercüment: “Sosyal Güvenlik Kurumu Tarafından Yapılan Fazla Veya Yersiz Ödemelerin Geri Alınması”, **LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C. 10,S. 38, Y. 2013, s. 151-180.
- SÖZER, Ali Nazım: “Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme”, **Yaşar Üniversitesi Dergisi**, Y. 2013, S. 8, s. 2477-2534.
- SÖZER, Ali Nazım: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, Seminer Ankara, 20-21 Kasım 2015, On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2017, s. 437-585.
- SUR, Melda: “İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Sicil Dergisi**,

Y. 2017,S. 37, s. 33-51.

şAHLANAN, Fevzi: “Boşandığı Eşiyle Birlikte Yaşayanın Aylığının Kesilmesi” Karar İncelemesi, **Tekstil İşveren Hukuk Dergisi**, Ocak-şubat 2018, S. 434, s. 2-7.

şAKAR, Mũjdar: **Sosyal Sigortalar Uygulaması**, 12. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.

TUNCAY, A.Can/ EKMEKÇİ, Ömer: **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, 19. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.

TURAN, Ercan: “Sosyal Güvenlik Hakkı”, **Kamu-İş Dergisi**, C. 7, S. 3/2003, s. 1-20.

TURAN, Ercan: “5510 Sayılı Yasa’nın 56/son Maddesindeki Düzenlemenin, Anayasal Eşitlik ve Özel Yaşama Saygı İlkeleri Yönünden Değerlendirilmesi”, **Sicil Dergisi**, Eylül 2010, Y. 5, S. 19, s. 125-133.

ÜÇİşİK, H. Fehmi: **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Ötüken Yayınevi, İstanbul, 2015.

TÜRK VE ABD HUKUKUNDA KAMUYU AYDINLATMA BELGELERİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUKTA ZARARIN DOĞDUĞU AN

Nevin MERAL*

ÖZ

Kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan hukuki sorumluluğun unsuru olarak zararın incelendiği bu çalışmada Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn) m. 32'ye dayanarak tazminat davası açılması durumunda yatırımcının ispatlaması gereken zararın, tam olarak ne zaman ortaya çıktığı belirlenmeye çalışılmıştır. Bu maddeye göre yanlış, yanıltıcı ve eksik bir bilginin yer aldığı kamuyu aydınlatma belgelerinin açıklanmasına dayanarak yapılan alım veya satım işleminin ardından düzeltici açıklama yapılması ile yatırımcının ters işlemi yapması sonucu malvarlığında meydana gelen zararların tazmin edilmesi söz konusudur. Bu çalışmada ise Türk hukukunda zararın hesaplanmasında kabul edilen fark teorisine uygun olarak burada tazmin edilmesi gereken zararın, tam olarak yatırımcının düzeltici açıklamadan sonra ters işlemi yapmasıyla malvarlığında meydana gelen azalma olduğu savunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kamuyu Aydınlatma, Kamuyu Aydınlatma Belgeleri, Sorumluluk, Zarar, Dura Kararı.

THE TIME LOSS OCCURS IN CIVIL LIABILITY ARISING FROM DISCLOSURE DOCUMENTS IN TURKISH AND U.S.A. LAW

ABSTRACT

In this work where the loss as an element of civil law liability arising from disclosure documents is examined, it is considered when the loss occurs exactly to be proved by investor plaintiffs in case of actions for damages based on Article 32 of the Capital Market Law. Pursuant to this article, after the transactions based on the disclosure of documents containing incorrect, misleading and missing information and the following corrective disclosure, an investor can compensate any loss in his property arising from his reverse transaction. In this work, in accordance with the difference theory accepted in Turkish law, the loss to be compensated here is argued to be the decrease in his property when an investor makes the reverse transaction after the corrective disclosure.

Keywords: Disclosure, Disclosure Documents, Liability, Loss, Dura Decision.

* Araştırma Görevlisi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, (nevinmeral@me.com)

** Bu makale, İ.D. Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü (Hukuk Fakültesi) bünyesinde yazılan doktora tezinden üretilmiştir.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 23/01/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 10/04/2019

I. GİRİŞ

Kurumsal yönetim ilkelerinden biri olarak kamuyu aydınlatma ilkesi, yatırımcıların, yatırım kararı vermeden önce ilgili ihraççı şirketin finansal durumuna, malvarlığına, faaliyetlerine ve ihraç ettiği sermaye piyasası aracına ilişkin bilgileri değerlendirip bilinçli bir karar vermesini sağlamayı amaçlamaktadır. Bu sayede, birikim sahiplerinin tasarruflarının piyasa aracılığıyla fon ihtiyacındaki şirketlere aktarılması ve yatırımcının da uzun vadede karlı bir yatırım yapması söz konusu olur. Dolayısıyla yatırım kararının sağlıklı bir şekilde oluşması için piyasaya açıklanan ve yatırımcıya sunulan ihraççı ve sermaye piyasası aracına ilişkin bu bilgilerin doğru, açık ve eksiksiz olması gerekmektedir. Özellikle halka açık anonim şirketlerdeki yöneticilerin şirkete, şirketin finansal durumuna ve sermaye piyasası aracına ilişkin daha doğru, ayrıntılı ve ilk elden bilgiye sahip olması ve ortaya bilgi dengesizliğinin çıkması kaçınılmazdır. Bu bilgilerin mevzuatta gösterilen zamanda ve belirlenmiş şekillerde kamuya paylaşılması, ihraççı şirkette halihazırdaki yatırımcıların, potansiyel yatırımcılar ile tüm ilgililerin doğru, tam ve açık bilgiye eş zamanlı olarak ulaşması açısından oldukça önemlidir. Aksi halde, özellikle Türkiye'deki şirket profili düşünüldüğünde yöneticiler, denetçiler veya çalışanlar gibi içerdekilerin ellerindeki bilgiyi kazanç sağlamak amacıyla henüz kamuya açıklanmadan kullanması mümkündür. Nitekim bilgi dengesizliği sonucunda bazı kişilerin bilgi suiistimali gibi bir yol ile haksız kazanç sağlamaları, piyasada oluşan ve gerçeği yansıtmayan fiyatların ortaya çıkması ve nihayetinde yatırımcının zarar görmesi söz konusu olabilir¹.

Yatırımcının sermaye piyasalarına katılımının devamı için öncelikle bilinçli kararlar almasını sağlayarak onu aldatılmaktan korumak; ancak sistemik risk dışındaki başka bir sebeple zarara uğradıysa da zararını tazmin edici mekanizmalar öngörmek gerekmektedir². İlk halde kamuyu aydınlatma ilkesi oldukça önemli ve gerekli olsa da yatırımcı bir kere zarara uğradıktan sonra bu ilkenin tamamlayıcısı olarak kamuyu aydınlatmadan dolayı sorumluluğun öngörülmesi gerekmektedir. SPKn m. 32 uyarınca kamuyu aydınlatma belgelerini imzalayan veya bu belgeler kendi adına imzalanan kişilerle 10. maddede belirtilen kişiler, bu belgelerde yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden kaynaklanan zarardan dolayı sorumludurlar. Çalışmanın da konusunu oluşturduğu üzere SPKn m. 32'de düzenlenen kamuyu

¹ Mustafa Sencer KARA, "Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, Sa. 2, 2015, s. 133-134; Mustafa İHTİYAR, *Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi*, Beta, İstanbul, 2006, s. 182.

² Ünal TEKİNALP, *Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları*, Ekonomik ve Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1982, s. 7; Aysel GÜNDOĞDU, *6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Türkiye'de Sermaye Piyasasının Değişen Yüzü*, Seçkin, Ankara, 2015, s. 140.

aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluğun kanundan doğan bir sorumluluk olduğu doktrinde baskın görüş olarak kabul edilmektedir³. Ancak bu maddede hüküm bulunmayan hallerde, kanımızca uygun düştüğü ölçüde sözleşme veya haksız fiil sorumluluğunun düzenlendiği genel hükümlere başvurulması gerekir.

Bu çalışmada Türk hukukunda kamuyu aydınlatma belgeleriyle açıklanan veya bu belgelerin dayandığı raporlardaki yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgiye güvenerek yatırım yapmış olan yatırımcının, bu açıklama sebebiyle meydana gelen zararının tazminini talep etmesi halinde ispatlaması gereken zararının tam olarak ne zaman ortaya çıktığı belirlenmeye çalışılacaktır. Çalışmanın ilk bölümünde kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan hukuki sorumluluğun unsurlarına kısaca değinilecek ve bu sorumluluğun bir unsuru olarak zarar kavramı genel hatlarıyla açıklanacaktır. İkinci bölümde ise sermaye piyasasında zararın doğduğu ana ilişkin olarak ileri sürülen görüşler, Amerikan Birleşik Devletleri (ABD) hukukunda mevzuat ve dava temelinde yapılan tartışmalardan da yararlanılarak ayrıntılarıyla ele alınacaktır. ABD içtihat hukukunda zararın doğum anına ilişkin özellikle ters işlem yapma görüşünün ortaya atılması ve bu görüşün Türk sermaye piyasası hukukuna da uygun olması sebebiyle ters işlem yapma görüşü ABD içtihat hukukundan yararlanılarak açıklanacaktır. Son bölümde ise ABD hukukunda zararın doğum anına ilişkin benimsenen görüş açıklandıktan sonra Türk borçlar hukukunda ve SPKn m. 32 anlamında tazmin edilmesi gereken zararın doğduğu ana ilişkin olarak benimsenen görüş ayrıntılarıyla ele alınacaktır. Bu bölümde, sermaye piyasasında zararın doğduğu ana ilişkin olarak benimsenen görüş sebebiyle SPKn m. 32/4 hükmünde tazmin edilmesi gereken zarar kavramının, genel hükümlerdeki zarar kavramından daha dar olduğu vurgulanmıştır. Son bölümde ayrıca sermaye piyasası hukukunda benimsenen ters işlem yapma görüşünün zararın ve tazminatın belirlenmesi üzerindeki etkilerine değinilecektir. Sonuç olarak Türk hukukunda baskın görüş olarak benimsenen ‘fark görüşü’ doğrultusunda ters işlem görüşünde benimsenen zararın, hukuka aykırı açıklama sebebiyle yatırımcının bir sermaye piyasası aracına ilişkin yaptığı işlem fiyatı ile düzeltici açıklamadan sonra ters işlem yapılması ile ödediği fiyat arasındaki fark olduğunu belirtilmektedir.

³ Adı geçen her iki maddede belirtilen sorumlulukların hukuki niteliği farklı bir çalışma konusu oluşturacağı için ilgili tartışmalar hususunda burada ayrıntıya girilmeyecektir. Çağlar MANAVGAT, **Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıkla ve Halka Arz**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 260; KARA, s. 166; Buket ÇATAKOĞLU, “Halka Arzda İzahnamenin Hukuki Niteliği ve İzahnameden Doğan Hukuki Sorumluluk,” **Kastamonu Üniversitesi İİBF**, S. 11, 2016, s. 127; Mehmet Murat İNCEOĞLU, **Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuk Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara, 2004, s. 133; Gökçen TURAN, “Türk Hukukunda İzahnameden Doğan Hukuki Sorumluluğun Esasları,” **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, S. 1, 2016, s. 207.

II. KAMUYU AYDINLATMA BELGELERİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

1. Genel Olarak

Kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluk ile kastedilen, SPKn m. 32 uyarınca söz konusu belgelerde yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgiler dolayısıyla bu bilgilere güvenerek yatırım yapan yatırımcının uğradığı zararları bu belgelerin altında imzası bulunan kişilerin ve özellikle kanunda gösterilen kişilerin tazmin ile sorumlu tutulmalarıdır. Avrupa Birliği hukukunun aksine Türk hukukunda sermaye piyasası mevzuatında sorumluluk rejimi sorumluluğun sükreleri ve nedensellik bağı gibi konularda oldukça öngörülebilir bir şekilde düzenlenmiştir⁴.

Zarara uğrayan yatırımcının başvurabileceği diğere hukuki yolların başında ihraççının izahname açısından birinci derecede sorumlu olduğu, diğere sayılan aktörlerin de ikinci derecede ve müteselsilen sorumlu olduğu tazminat davaları gelmektedir. Buna ek olarak yatırımcı, kanunda yer alan yönetim kurulu kararlarına karşı iptal davası açma yoluna ya da sorumlu olduğu kısımlar uyarınca bağımsız denetim kuruluşuna tazminat için başvurabilir. Yatırımcı ayrıca Sermaye Piyasası Kurulu'ndan da aydınlatılmayı isteyebileceği için bu hakkın, dolaylı bir hak olarak görülebileceği ileri sürülmüştür⁵.

2. Sorumluluğun Niteliği

Sermaye piyasası hukukuna göre zararın oluştuğu durumlarda hangi sorumluluk hükümlerinin uygulanacağını iyi belirlenmesi gerekmektedir. Zarara sebep olan bilginin yer aldığı belgenin türüne ve hukuki niteliğine göre farklı sorumluluk hükümleri işletelebilecektir. Nitekim yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgi izahnamede yer alıyorsa bu durumda izahname sorumluluğunun hukuki niteliği gereği öncelikle SPKn m. 10 ve 32 hükümleri ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde de genel hükümlerdeki sözleşmesel veya sözleşme öncesi sorumluluk hükümleri uygulanacaktır. Eğer bu tür bir bilgi diğere kamuyu aydınlatma belgelerinden birinde yer alıyorsa yine öncelikle SPKn m. 32'nin uygulanması sonra da uygun düştüğü ölçüde genel hükümlere göre sözleşmesel sorumluluk, güven sorumluluğu veya haksız fiil sorumluluğuna başvurulması söz konusu olacaktır.

⁴ Nusret ÇETİN/ Hatice Ebru TÖREMİŞ/ Zeynep CANTİMUR, **6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistemantik Analizi**, Yetkin, Ankara 2014, s. 40-41.

⁵ Reha TANÖR, **Türk Sermaye Piyasası: Taraflar**, 1. Cilt, Beta, İstanbul 1999, s. 583-584.

Türk hukukunda SPKn m. 10/1 ve 32/1 uyarınca izahname ve kamuyu aydınlatma belgelerinde yer alan bilginin yanlış, yanıltıcı veya eksik olması sonucu bir zararın meydana gelmesi halinde sorumluluk doğmaktadır. SPKn m. 32 uyarınca kamuyu aydınlatma belgelerinde hukuka aykırı bilgilerin verilmesinden kaynaklanan sorumluluk, SPKn m. 32/3 hükmü göz önüne alındığında kural olarak kusur sorumluluğudur. Bu doğrultuda bir kimsenin, sözleşme ilişkisi olmaksızın herkese karşı uymak zorunda olduğu bir hukuki görevin veya ödevin ihlali karşısında bir diğer kimseye vermiş olduğu zararı tazmin etme yükümlülüğüne haksız fiil sorumluluğu denmektedir⁶. Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 49 vd. hükümlerinde bu sorumluluk düzenlenmektedir, nitekim yatırımcı SPKn hükümlerinin yanı sıra bu genel hükümlere göre de zararının tazmin edilmesini isteyebilir.

ABD hukukunda ise sermaye piyasasında yatırımcının kamuyu aydınlatma dolayısıyla uğradığı zarara ilişkin getirilen sorumluluk hükümlerinin niteliğine bakılacak olursa, sorumluluk hükümleri oldukça karmaşık bir şekilde mevzuata yayılmıştır⁷. İlk olarak birincil piyasaları düzenleyen 1933 tarihli Menkul Kıymetler Kanunu (*Securities Act*) §11 hükmünde genel olarak hukuka aykırı olan kayıt belgelerinden ve §12 hükmünde hukuka aykırı izahnameden doğan sorumluluk düzenlenmiştir⁸. Bu Kanunun §11 hükmüne göre, kayda alma başvurusu sırasında verilen kayıt belgelerinde yani halka arz için çıkarılacak izahnamede veya kayıt için istenen başka bir kamuyu aydınlatma belgesinde hukuka aykırı açıklama yapılması durumunda sorumluluk gündeme gelecektir. Maddede sayılan sorumlular arasında müteselsil sorumluluk bulunmaktadır⁹.

⁶ Selahattin Sulhi TEKİNAY/ Sermet AKMAN/ Haluk BURCUOĞLU/ Atilla ALTOP, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1988, s. 641.

⁷ Menkul Kıymetler Kanunu §11 hükmüne göre tazmin edilmesini istediği zararı da dahil olmak üzere tüm menkul kıymet hilesi davalarını, yatırımcı asıl olarak Menkul Kıymetler Borsası Kanununda düzenlenen sınıf davası açmak yoluyla ileri sürebilir. Sınıf davası, aynı davalıya karşı birden çok davacının benzer bir haksız fiil dolayısıyla meydana gelen zararlarına ilişkin taleplerini yönelttiği, resmi olarak yalnızca bir veya birkaç temsilcinin davacı olarak görüldüğü ve verilen hükmün tüm davacılar için geçerli olduğu bir dava türüdür, TURAN, s. 223. Sınıf davası uygulaması, diğer Anglo-Sakson hukuku ülkelerinde dışarda kalma seçeneği (*opt-out procedure*) olmadığı için yaygınlaşmamış olmasına rağmen ABD hukukunda sınıf davasına katılım için davacı yatırımcının sadece söz konusu davaya katılması, hakkında hüküm verilebilmesi için yeterli olmaktadır, Joanna KHOO, "Civil Liability For Misstatements in Offer Documents: Striking the Right Balance," **BYU International Law and Management Review**, Cilt 6, S. 2, 2010, s. 86-87.

⁸ §12 hükmünün zarar ile ilgili bölümü şu şekilde ifade edilmiştir: "... to recover the consideration paid for such security with interest thereon, less the amount of any income received thereon, upon the tender of such security, or for damages if he no longer owns the security:", bkz. 15 U.S. Code §77I, Section 12(a): Civil Liabilities Arising in Connection with Prospectuses and Communications.

⁹ Sadece bağımsız yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, başka bir maddeye atf yoluyla düzenlenmiştir. Bu yöneticilerin sorumluluğu, 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsası Kanunu §21D

ABD hukukunda bu genel hükmün yanı sıra Menkul Kıymetler Kanunu §12 hükmünde izahname özelinde bir sorumluluk hükmü daha öngörülmüştür¹⁰. Buna göre aynı kanunun (i) §5 hükmüne¹¹ aykırı olarak bir menkul kıymeti satan veya arz eden kişi ve (ii) esaslı bir bilgiye ilişkin yanlış bir açıklama içeren veya zorunlu olduğu halde hiçbir açıklama içermeyen izahname (veya sözlü iletişim araçları) aracılığıyla bir menkul kıymeti satan veya arz eden kişi sorumludur. Bu madde hükmüne göre kaydedilmemiş bir menkul kıymeti halka arz eden veya satan kimsenin kusursuz sorumluluğu bulunmaktadır.

ABD hukukunda sayılanların dışında öncelikle ikincil piyasaları düzenleyen Menkul Kıymetler Borsası Kanununun (*Securities Exchange Act*) yanıltıcı açıklamalardan sorumluluk kenar başlığını taşıyan §18 hükmüne göre¹² Menkul Kıymetler Borsası Komisyonuna (SEC) sunulan raporlardan herhangi birinde yanlış veya eksik bir bilginin bulunması dolayısıyla yatırımcının zarara uğraması söz konusuysa ihraççının sorumluluğu doğabilir. Ancak davacı, (i) söz konusu menkul kıymeti alıp satarken SEC'e sunulan hukuka aykırı rapora güvendiğini, (ii) yanlış raporlama sonucunda fiyatların etkilendiğini, (iii) iyi niyetli olduğunu kanıtlamalı ve (iv) mahkemenin talep edeceği sigortayı masrafları karşılayarak yaptırmalıdır. Ancak bu hükümde davacının ispat yükü ağır olduğu için son olarak Menkul Kıymetler Borsası Kanunu §10(b) hükmünde kendisine verilen yetkiye dayanarak SEC tarafından çıkarılan Kural 10b-5 (*Rule 10b-5*)¹³ aracılığıyla mahkemeler sorumluluğa hükmetmeye başlamışlardır¹⁴. Bu Kural, esaslı bilgilerin yanlış veya eksik açıklanması veya hiç açıklanmamasını; bir menkul kıymetin hileli şekilde alınıp satılmasını yasaklayan; hukuki ve cezai

[78u-4] '*Private Securities Litigation*' hükmündeki hile kuralına dayalı olarak açılan ve (f) fıkrasında düzenlenen sınıf davalarındaki davalının sorumluluğunun şartlarına göre belirlenecektir.

¹⁰ Bkz. 15 U.S. Code, Title 15, Chapter 2A, Subchapter I, §12 [77i]: *Civil liabilities arising in connection with prospectuses and communications.*

¹¹ 15 U.S. Code, Title 15, Chapter 2A, Subchapter I, §5 [77e]: *Prohibitions relating to interstate commerce and the mails.*

¹² 15 U.S. Code, Title 15, Chapter 2B, §78r: *Liability for Misleading Statements.*

¹³ 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsası Kanunu §10(b) hükmünde SEC'e düzenleme yetkisi verilmiştir ve söz konusu Kural, düzenleyici otorite olan SEC'in çıkarmış olduğu bir düzenlemedir. Kural 10b-5 için bkz. Code of Federal Regulations (CFR), Title 17, Chapter II, Part 240, Subpart A, §240.10b-5: *Employment of manipulative and deceptive devices: "It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce, or of the mails or of any facility of any national securities exchange ... [t]o make any untrue statement of a material fact or to omit to state a material fact necessary in order to make the statements made, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading..."*

¹⁴ Marvin FECHNER/ Travis TIPTON, "Securities Regulation in Germany and the US," **Comparative Corporate Governance and Financial Regulation**, Select Seminar Paper 5, 2016, s. 32.

sorumluluk doğuran ve yatırımcıyı korumayı amaçlayan bir kuraldır. Bu Kurala ilişkin olarak Federal Yüksek Mahkeme içtihatları, *common-law* dolandırıcılık ve hile görüşlerine dayanmaktadır.

3. Sorumluluğun Unsurları

Kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluğun unsurları sırasıyla ve kısaca, ancak zarar unsuru bütünlük açısından en son incelenecek olursa, söz konusu belgelerdeki bilgilerin gerçeği yansıtmaması durumunda hukuka aykırı eylem meydana gelmiş olmaktadır¹⁵. Bu belgelerdeki bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olması durumunda hukuka aykırılık meydana gelse de ne tür yanlışlık, yanıltıcılık ve eksikliklerin hukuka aykırılık oluşturacağı (*materiality*) önem arz etmektedir. Bir bilginin yatırımcıları aldatmasının (yani yanlış, yanıltıcı veya eksik olmasının) yanı sıra o bilginin yatırımcıların sermaye piyasası aracının fiyatına ilişkin değerlendirmesini de etkileyebilecek kadar esaslı bir bilgi olması gerekmektedir¹⁶. Esaslı bilgi, makul bir yatırımcının yatırım kararı verirken ancak yatırım yapmadan önce değerlendirebileceği kadar önemli bir bilgidir¹⁷.

Diğer taraftan SPKn m. 10'da sayılanlar, kamuyu aydınlatma belgelerini imzalayanlar veya bu belgeler kendi adına imzalanan kişilerin SPKn m. 32'ye göre sorumlu olabilmesi için kusurlarının bulunması gerekmektedir¹⁸. İzahname açısından SPKn m. 10'da kusur derecesi anlamında herhangi bir düzenleme yok iken diğer kamuyu aydınlatma belgeleri açısından SPKn m. 32/3'te kusurun ağır veya hafif olması arasında bir ayırım yapılmıştır. SPKn m. 32/3 uyarınca “[k]amuyu aydınlatma belgelerinde yer alan bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olması konusunda bilgi sahibi olmadığını ve bu bilgi eksikliğinin kast veya ağır ihmallerinden kaynaklanmadığını ispatlayan kişiler sorumlu olmaz.” Kusursuzluğun veya hafif kusurun ispatlanması noktasında sorumlular aleyhine bir

¹⁵ Ayrıca TTK m. 549 uyarınca kamuyu aydınlatma belgelerinde yer alan bilgilerin hileli, sahte olması ya da başka türlü kanuna aykırılıkların bulunması halinde de sorumluluk doğacaktır.

¹⁶ Andrew R. SIMMONDS / Kenneth A. SAGAT/ Joshua RONEN, “Dealing With Anomalies, Confusion and Contradiction in Fraud on the Market Securities Class Actions”, *Kentucky Law Journal*, Cilt. 81, 1992-93, s. 125.

¹⁷ Bilginin esaslı olup olmadığı belirlenirken ABD hukukunda nesnel ve öznel ölçütler bu şekilde bir arada kullanılmaktadır, Çağlar MANAVGAT, “Bilgiye Dayalı Manipülasyonda Menfaat Elde Etme Şartının Yerindeligi”, *BATİDER*, C. XXXIII, S. 2, 2017, s. 37.

¹⁸ Menkul Kıymetler Kanunu §11 hükmü uyarınca, kayıt belgesini imzalayan veya bu belge kendi adına imzalanan kişiler; o anda ihraççının ortağı veya yöneticisi olan kişiler; kayıt belgesinde yer alan veya bu belgelere dayanak olan raporları hazırlayıp veya onaylayıp rızası ile kayıt belgesinde adı yazan uzmanlar; bu menkul kıymete ilişkin aracı kurumlar sorumludur. Maddedeki sorumluların tek tek sayılması sebebiyle bu hükümlerde bir beklî modeli sorumluluk hükmünün öngörüldüğü belirtilmiştir, FECHNER/ TIPTON, s. 29.

ispat yükü öngörülmüş; ancak ağır kusur ve kast anlamında aksi ispatlanabilir bir kusur karinesi getirilmiştir. Bu şekilde ayırım yapılması, birincil piyasalarda yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilendirmeden daha fazla zarar görecektir yatırımcı ve arz edenin kazançlı olması halinde sosyal zararın artması; ikincil piyasalarda ise bu durumun nispeten az görülmesi açısından makul karşılanabilir¹⁹. Ancak zararının doğması noktasında herhangi bir fark oluşturmadığı düşünüldüğünde, yatırımcının etkin bir şekilde korunması amacına ters düştüğü için kusurun derecesi açısından bir ayırma gidilmesi doktrinde eleştirilmiştir²⁰. Ayrıca SPKn m. 32/3 uyarınca kamuyu aydınlatma belgelerindeki bilgilerin yanlış, yanıltıcı ve eksik olduğu durumlarda, bu hususta “*bilgi sahibi olmadığını ve bu bilgi eksikliğinin kast veya ağır ihmalden kaynaklanmadığını*” ispatlayanlar sorumlu olmayacaktır. ABD hukukunda ise, 1933 tarihli Menkul Kıymetler Kanunu §12 hükmüne göre izahnamede veya sözlü iletişim aracındaki açıklamadaki yanlışlığı veya eksikliği makul bir özeni gösterseydi dahi bilemeyeceğini veya nedensellik bağının kesildiğini ispatlayan kişi, sorumlu tutulmaz.

Yatırımcının, kamuyu aydınlatma belgelerindeki esaslı olan yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilerin hukuka aykırı bir eylem sonucu kamuya açıklanması dolayısıyla maddi zarara uğramış olması yani bu belgelerde bulunan bilgilerin niteliğinin zarara sebebiyet vermesi arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Özellikle piyasada, sermaye piyasası aracının değerini etkileyen birçok faktör düşünüldüğünde yatırımcının zararının aslında kamuyu aydınlatma belgelerindeki yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilerden kaynaklandığını ispatlaması gerekli ve önemlidir²¹. Nedensellik bağının yatırımcı tarafından ispatının zorluğu düşünüldüğünde SPKn m. 32/4’te sınırları belirli bir adi nedensellik bağı karinesi getirilmiştir²². İlk halka arzdan veya borsada satın alınan veya satılan sermaye piyasası araçlarının, gerçeğe uygun bilginin ortaya çıkmasından hemen sonra satın alınması veya satılması halinde zarar ile kamuyu aydınlatma belgesi arasında nedensellik bağı kurulmuş sayılır; ancak bunun için bir zaman sınırlaması

¹⁹ MANAVGAT, (2016), s. 233.

²⁰ ÇATAKOĞLU, s. 129-130; MANAVGAT, (2016), s. 233.

²¹ Ancak buradaki nedensellik bağını ikiye ayırarak incelemekte fayda vardır: Öncelikle yanlış, yanıltıcı veya eksik açıklanan bilgilerin piyasadaki fiyatları etkilediğinin (işlem nedenselliği: *transaction causation*; *common-law* kaynaklı hile ve hukuka aykırı açıklama davalarındaki muadili ise *reliance* olarak adlandırılır.) ve sonra da duruma göre bu fiyatlardaki düşüşün veya yükselişin de yatırımcının zararına sebep olduğunun (zarar nedenselliği: *loss causation*) ispatlanması gerekir.

²² Bu maddeye göre tazmin edilebilecek olan zararın tanımının da bu fıkradan anlaşılacağına ilişkin olarak bkz. Mustafa KESKİN, **Halka Açık Anonim Ortaklıkların Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü**, Oniki Levha, İstanbul, 2018, s. 114.

getirilmiştir: (i) yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgi içeren izahnameler geçerlilik süresi boyunca (ii) diğer kamuyu aydınlatma belgeleri kamuya açıklandığı tarihten hemen sonra, bu alım veya satımın gerçekleşmesi gerekir. Yani izahnamenin geçerli olduğu 12 ay boyunca (SPKn m. 9), bu belgedeki yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilere güvenilerek yatırımcı tarafından yapılan işlemler için illiyet bağı karanesi söz konusudur. Diğer kamuyu aydınlatma belgeleri açısından ise zararın, gerçeğe uygun bilginin ortaya çıkmasından hemen sonra sermaye piyasası aracının alım-satımının yapılmasıyla doğması gerekmektedir.

SPKn m. 32 uyarınca kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumlulukta zarar unsuruna, ayrıntılı olarak daha sonra değinileceği için bu kısımda, söz konusu madde anlamında zararın tanımı yapılarak genel çerçevesi çizilecektir. Zararın bir tanımını kanun koyucu tarafından yapılmadığı için doktrin ve yargı, zararı geniş anlamda ve dar anlamda zarar olarak ikiye ayırmak suretiyle tanımlamaktadır. Zarar, malvarlığının zarar verici eylemden sonra zarar görenin rızası dışında oluşan son durumu ile bu eylem meydana gelmeseydi malvarlığının o durumu arasındaki farktır. Malvarlığının bu iki durumu arasındaki fark, zarar görenin menfaatidir; nitekim Yargıtay bu görüşü içtihatlarında benimsemiştir²³. Buna göre dar anlamda zarar, malvarlığında zarar görenin rızası dışında meydana gelen azalma yani maddi zarardır. Geniş anlamda zarar, bir kimsenin maddi veya manevi varlığında iradesi dışında meydana gelen azalma olarak tanımlanmakta ve maddi ve manevi zararı kapsamaktadır²⁴. Sorumluluk hukukunda tazminat

²³ Zararın tanımında fark teorisinin açıklaması için bkz. Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Yetkin, Ankara, 2017, s. 545 vd.; Tamer İNAL, **Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih**, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s. 478-479; Yargıtay uygulaması için örnek olarak bkz. Yargıtay 4. H. D. 27.02.1975 tarihli ve 13954/274 sayılı Kararı.

²⁴ Zarar, maddi-manevi zarar, malvarlığı-şahıs varlığı zararı, fiili zarar-kazanç kaybı veya normatif zarar şeklinde çok çeşitli ayrımlara tabi tutulabilmektedir ve bunlardan en önemlisi maddi ve manevi zarar ayrımıdır. Diğer taraftan hukuka aykırı bir eylemin zarar verdiği varlığın türüne göre malvarlığı ve şahıs varlığı zararları şeklinde yapılan bir ayrım da mevcuttur. Zarar gören kişinin malvarlığına yönelik zararlar, malvarlığı zararı iken kişinin şahıs varlığına yönelik zararlar şahıs varlığı zararını oluşturmaktadır. Yapılan diğer bir ayrıma göre, zarar görenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen ve zarar verici olay meydana gelmeseydi kişinin malvarlığının durumu değişmeyecek idiyse burada gerçekleşen fiili azalma, fiili zarardır. Diğer bir ifadeyle zarar görenin rızası dışında malvarlığının aktifindeki fiili bir azalma veya pasifindeki bir artış, fiili zarardır.

Tüm bu ayrımların yanı sıra Alman ve Avusturya doktrininde çokça tartışılan normatif zarar olarak adlandırılan başka bir zarar türü de mevcuttur. Buna göre şeyin, hasar görmesi sebebiyle ticari anlamda değerinde bir azalma meydana gelmesi veya şeyi kullanmaktan yoksun kalınması sonucunda kişinin zarara uğradığı kabul edilmektedir. Normatif zarar, içerisinde maddi ve manevi zararın unsurlarını barındırmakta ve malvarlığında fiili bir azalmaya yol açmasa da kişinin dinlenme zamanının harcanması gibi zararları dahi kapsamaktadır. Burada ticarileşmiş bazı değerlerin malvarlığına dahil edilmesi sonucu bu değerlerin azalması veya kaybolması sonucunda, şeyin kullanım değeri dolayısıyla bir kimsenin malvarlığında meydana gelen herhangi bir azalma olmasa dahi maddi zarar oluşacağı ve

yükümlülüğü doğuran zarar türü ile daha çok, dar anlamda zarar yani maddi zarar kastedilmektedir. Maddi zarar, malvarlığı veya şahıs varlığı değerlerinden herhangi birine yönelik olan hukuka aykırı bir eylem sonucunda bir kimsenin malvarlığında meydana gelen eksilmedir²⁵, ²⁶.

Zararın olmadığı yerde hukuki sorumluluk meydana gelmez; dolayısıyla zarar vermeye teşebbüs, zarar görme ihtimali veya farazi zarar gibi durumlarda gerçek zarar meydana gelmediği için sorumluluk da doğmayacaktır²⁷. Zararın gerçekleşmiş olması veya gerçekleşmesinin kesin olması halinde zarar doğduğu kabul edilir ve zararı tazmin yükümlülüğü doğar. Dolayısıyla zarar gören TBK m. 50/1 uyarınca hukuka aykırı bir eylem ile zarara uğradığını ve zarar verenin kusurunu ispatlamak yükümlülüğü altındadır. Burada sözleşmesel sorumluluktan farklı olarak zarar gören, zarar verenin kusurunu ve zararı her türlü delille ispatlayabilir²⁸.

Sorumluluk hukukunda hukuka aykırı her fiil zarara sebep olmamakta ve her zarar da tazminatı gerektirmemektedir; dolayısıyla ihlal edilen hukuk kuralı zarar

tazminat istenebileceği öngörülmektedir, bkz. Kemal OĞUZMAN/ Turgut M. ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, 14. Baskı, Vedat, İstanbul, 2016, s. 392-393, no. 1293-1294; TEKİNAY, s. 737. Özellikle Türk hukukunda baskın olarak kabul edilen ve zararın hesaplanmasında kullanılan fark teorisinin geleneksel zarar anlayışına uygun olmasına rağmen artık günümüze uygun olmadığı gerekçesiyle ortaya çıkmıştır (Ahmet M. KILIÇOĞLU, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Bası, Turhan, Ankara, 2017, s. 395-396. Alman hukukunda BGB §651f hükmü ile tatilin sonuçsuz kalması veya zamanının önemli ölçüde harcanması nedeniyle tatil imkanından yoksun kalan kişinin zarara uğradığı ve bunun tazminini isteyebileceği kabul edilmiştir. Benzer şekilde İsviçre hukukunda da ev işlerini yürüten eşin vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi halinde işgücü kaybı nedeniyle uğradığı zararlar bu kapsamda kabul edilmiştir, KILIÇOĞLU, s. 396). Ancak Türk hukukunda gerçek ve fiili bir zarar olmadan tazminat isteme imkanı doğduğu için normatif zarar teorisi eleştirilmektedir (OĞUZMAN/ ÖZ, Cilt I, s. 393, no. 1294; Kemal OĞUZMAN/ Turgut M. ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II, 12. Baskı, Vedat, İstanbul, 2016, s. 42-43, no. 125; TEKİNAY, s. 740 ve 742-743). Türk hukukunda bu zarar türü ayrıca bulunmamakta, şartları varsa tabii zarar (gerçek zarar) olarak nitelendirilmekte ve manevi zarar yönü ağır basmakla birlikte maddi ve manevi zarar içerisinde değerlendirilmektedir (Nitekim hasar görmüş arabanın bağımsız sürüm değerindeki azalmalar sonucunda alacaklının oluşan bu maddi zararını tazmin edeceği Türk hukukunda halihazırda kabul edilmektedir, TEKİNAY, s. 739; KILIÇOĞLU, s. 396. Bu tür normatif zararların MK m. 24, TBK m. 49 ve 58'e göre tazmin edileceği doktrinde ileri sürülmüştür, KILIÇOĞLU, s. 397). Normatif zarar ve ayrıntıları için bkz. EREN, s. 545 vd.; TEKİNAY, s. 736-751.

²⁵ KILIÇOĞLU, s. 389.

²⁶ Maddi zararda var olan eksilme, malvarlığında kendini göstereceği için kolayca ispatı mümkündür, KILIÇOĞLU, s. 389-390. Bu durumda uğranılan manevi zararın bir şekilde dışa yansıyan değerlerle ifade edilerek kanıtlanması gerekmektedir, KILIÇOĞLU, s. 390.

²⁷ EREN, s. 542; Mehmet AYAN, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 10. Baskı, Mimoza, Ankara, 2015, s. 520; TEKİNAY, s. 732-733.

²⁸ Burada haksız fiillere HMK m. 200'deki belgeyle ispat kuralı uygulanmaz. Ayrıca HMK m. 187/2 uyarınca davacının, bilinen olayları ispatlamasına gerek yoktur.

görenin mutlak bir hakkını ihlal etmiyorsa veya menfaatini korumak amacıyla getirilmemişse, zarar görenin, tazmini gerektiren bir zarara uğradığı söylenemez²⁹. Burada da ilgililerin sorumlu tutulabilmesi için yatırımcının, kamuyu aydınlatma belgelerindeki bilginin yanlış, yanıltıcı veya eksik olması nedeniyle rızası dışında bir zararının doğması gerekmektedir. Sermaye piyasasında mevzuata uygun bir şekilde faaliyet gösteren yatırımcının, özellikle fiyat dalgalanmaları sebebiyle oluşan olağan risk dışında kendinden kaynaklanmayan risklerle karşılaşması halinde ortaya çıkan zararının karşılanması gerekmektedir³⁰. Açılacak tazminat davasının konusu, kamuyu aydınlatma belgelerinde yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgi bulunmasından dolayı sorumlu bulunan kişilerin, bu hukuka aykırılıktan dolayı zarar görmüş olan yatırımcının zararını tazmini olacaktır. Hukuki niteliği itibariyle bir eda davası veya alacak davası olan tazminat davası ile davacı yatırımcı, zarar verici eylemle uğradığı zararının nakden giderilmesini talep eder. Buradaki zarar kavramının ortaya çıktığı an ve buna bağlı olarak zararın kapsamının belirlenmesi, tazminat sorumluluğunun doğması açısından gereklidir.

III. SERMAYE PİYASASINDA ZARARIN DOĞDUĞU ANA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

1. Genel Olarak

Kamuyu aydınlatma belgelerinde hukuka aykırı bir açıklama yapılmasından dolayı ortaya çıkan zararın tanımı ve dolayısıyla kapsamının belirlenmesine ilişkin bazı görüşler ileri sürülmüştür. Birinci görüşe göre, yatırımcının yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilerin kamuya açıklanması ile salt yapay fiyattan işlem yapmış olması, zararın ortaya çıkması için yeterlidir. İkinci görüş uyarınca yapay fiyattan alım veya satım yapılmış olmasının yanı sıra gerçek bilginin kamuya sunulmasının fiyatlar üzerinde etkili olmasıyla gerçek fiyatın belirlenmesi sonucunda ortaya çıkan yapay fiyat ve gerçek fiyat arasındaki fark, yatırımcının zararını oluşturmaktadır. Ancak sonrasında ortaya çıkan üçüncü bir görüşe göre yatırımcının düzeltici açıklamadan sonra ters işlemi yapmasıyla zararın meydana geleceği savunulmaktadır.

2. Yapay Fiyattan İşlem Yapma Görüşü

ABD’de ekonomi biliminde ortaya atılan etkin piyasa teorisine (*Efficient Market Theory*)³¹ dayanarak hukuk alanında Piyasada Dolandırıcılık (*Fraud on-*

²⁹ TEKİNAY, s. 734-735; OĞUZMAN/ÖZ, Cilt I, s. 15; KESKİN, s. 113-114

³⁰ Serdar KARABABA, *Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması*, Seçkin, Ankara 2001, s. 41.

³¹ Etkin piyasa teorisine göre fiyatlar, bir menkul kıymetin gerçek değerini yansıtmada anlamında ölçü

the-Market) teorisi adıyla yeni bir teori kendini göstermiştir. Piyasada dolandırıcılık teorisine göre fiyatların açıklanan tüm bilgileri yansıttığı ve piyasanın bir bütün olarak etkin bir şekilde işlediği ve bu fiyatların, menkul kıymetlerin gerçek değerini yansıttığı kabul edilir. Dolayısıyla bu fiyatlara güvenerek yatırım kararı veren yatırımcıların, belirli açıklamalardan sonra zarara uğraması, piyasanın etkin olmadığını gösterir. Buna sebep olan kişilerin ise yaptıkları açıklamadan dolayı sorumlu olması ve yatırımcının zararını tazmin etmesi beklenir. Piyasada dolandırıcılık teorisinde yatırımcının, piyasanın etkin olmaması sebebiyle bir menkul kıymete, olması gerekenden daha yüksek bir bedel ödemiş olması doğrudan onun zarara uğradığının göstergesidir³².

Yapay fiyattan işlem yapılmasını, zararın oluşması için yeterli gören bu görüşe göre, kamunun yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilendirilmesi veya hiç bilgilendirilmemesi sonucunda fiyatlarda yapay bir etki görülecektir. Kamudan olumsuz bir bilginin saklanması halinde, yatırımcının yapay yüksek fiyat üzerinden bir menkul kıymeti alması sonucunda malvarlığında, o aracı gerçek fiyatından alsaydı malvarlığında oluşacak azalmadan daha fazla oranda azalma meydana gelecektir. Örneğin bir menkul kıymetin piyasadaki fiyatının üç birim olduğu durumda, şirketin aslında borca batık olduğuna yönelik bilginin kamuya açıklanması halinde bu aracın fiyatı bir birime düşecekse, içsel bilginin kamuya açıklanmaması ile yatırımcının bu aracı üç birimden satın alması anında yatırımcı zarara uğramaktadır. Yatırımcının malvarlığında bu şartlarda üç birimlik bir azalma meydana gelmiştir; ancak içsel bilgi kamuya açıklansaydı, bir birimlik azalma meydana gelecekti. Dolayısıyla, bu görüşe göre yatırımcı daha işlemi yaptığı anda menkul kıymetin fiyatının hileli şekilde oluşması sonucu zarara uğramıştır.

Bu görüşe göre yatırımcının uğradığı zararı belirlemek için genel hükümlerdeki kuralların uygulanması uygun değildir³³. Nitekim genel hükümlerdeki zarar kavramına göre, yapay fiyat ile gerçeğe uygun bilginin ortaya çıkmasından sonra fiyatların sabitlendiği gerçek fiyat arasındaki fark, zararı oluşturmaktadır. Daha çok, satarken düşük fiyata satma veya hala elinde bulunan menkul kıymetin değerinin

olarak kabul edildiğinde piyasalar güçlü, yarı güçlü ve zayıf olarak üçe ayrılmaktadır. Bunlardan güçlü piyasa modelinde, bir şirket tarafından açıklanmış ve açıklanmamış tüm bilgilerin fiyatlara yansıdığı kabul edilirken, yarı güçlü piyasa modeli uyarınca piyasa fiyatlarının sadece açıklanan tüm bilgileri yansıttığı varsayılmaktadır. Ancak günümüz piyasalarının yarı güçlü piyasa modeline benzediği genel olarak kabul edilmektedir.

³² Merritt FOX, "Demystifying Causation in Fraud-on-the Market Actions," **The Business Lawyer**, Cilt 60, 2005, s. 523-524. Bu yönde örnek niteliğindeki temyiz mahkemesi kararı için bkz. *In re Control Data Corp. Sec. Lit.*, 993 F.2d 616 (8th Cir. 1991).

³³ FOX, s. 514.

düşmesi suretiyle zarara uğrama şeklinde gerçekleşen geleneksel zarar kavramının, ABD hukukundaki Kural 10b-5'te kabul edilen menkul kıymet hilesi davalarında da yanlış bir şekilde uygulandığı düşünülmektedir³⁴. Nitekim geleneksel anlamda zarar, yüz yüze veya halka arz gibi doğrudan yapılan sözleşmelerde meydana gelebilecek iken bu görüşte ikincil piyasada yapılan işlemler için meydana gelen zararın farklı bir niteliği olduğu kabul edilir³⁵. Burada zarar, yatırımcının, aslında kamuya yapılan açıklamayı duymamış olsa bile piyasadaki fiyatların gerçeği yansıtması dolayısıyla aldatılması ve bir menkul kıymete ederinden daha fazla ödemiş olmasından kaynaklanır³⁶.

Bu görüşün en önemli savunucularından *Fox*'a göre sorumluluğun doğabilmesi için piyasanın tepki verip gerçeğe uygun bilgiyi algılaması ve fiyatlara yansıtması ile bu süreçte fiyatları etkileyen başka herhangi bir gelişmenin yaşanmaması gerekir³⁷. Piyasanın ne zaman doğru bilgiyi algılayıp tepki vereceğinin de bu durumda belirlenmesi önemli hale gelmektedir, çünkü düzeltici açıklamadan sonra piyasa doğru bilgiye tepki vermeden önce elindeki menkul kıymeti satan yatırımcının bir de hukuka aykırı açıklamadan dolayı tazmin edilmesi hakkaniyete aykırı olacaktır³⁸. Ancak günümüz piyasa koşullarında sadece bilginin fiyatı etkilediği söylenemez. Fiyatı etkileyen başka etkenler özellikle kişisel etkenler düşünüldüğünde sermaye piyasasındaki zarar kavramının genel hükümlerdeki zarar kavramından oldukça farklı olduğu söylenebilir³⁹. Bunların da ötesinde kamuyu aydınlatmanın yanlış, yanıltıcı veya eksik yapıldığı durumlarda, gerçek bilgi ortaya çıkmadan istenebilecek tazminatlar açısından zararın belirlenebilmesi için menkul kıymetin gerçek fiyatının varsayımsal olarak tespit edilmesi gerekir.

Bu noktada yapay fiyatlardan alım veya satım yapan yatırımcının, gerçeğe uygun bilgi ortaya çıkmadan önce yine yapay fiyatlar üzerinden satım veya

³⁴ FOX, s. 512; CHAMBLEE BURCH, s. 351. Federal Yüksek Mahkeme şimdiye dek Kural 10b-5'e dayanan tazminat davalarında işlem ve zarar nedenselliğinin aranmasına ilişkin olarak hiçbir yorum yapmamış olsa da bu yanlış uygulama aslında daha alt derecelerdeki mahkemeler tarafından oluşturulmuştur. Bu hükümde düzenlenen dava, gerek geleneksel güvene dayanarak gerekse de piyasada dolandırıcılığa dayanarak açılabilir; ancak ilk halde açılacak davada geleneksel zarar kavramı ile diğerindeki zarar kavramı farklı kavramlardır, FOX, s. 515.

³⁵ FOX, s. 513-514.

³⁶ FOX, s. 517.

³⁷ FOX, s. 524.

³⁸ FOX, s. 523.

³⁹ Robbins v. Koger Properties, Inc. 116 F.3d 1441 (11th Cir. 1997), s. 1447; MANAVGAT, (2016), s. 246.

alım yapması durumunda zararının yine de ilk işlem yapıldığında oluştuğu ileri sürülebilir. Yatırımcının aslında bir menkul kıymeti aldığı fiyata satması ya da sattığı fiyattan alım yapması halinde malvarlığında oluşacak herhangi bir azalma olmayacağı için gerçekten zarara uğradığı ve dolayısıyla sorumluluğun doğduğu söylenemez⁴⁰. Bu yüzden, yatırımcının yapay fiyat üzerinden ilk kez işlem yaptığında zararının oluştuğunu kabul edenler bile bu durumda istisnai olarak yatırımcının tazminata hak kazanamayacağını belirtmektedirler⁴¹. Ayrıca kamuya açıklamanın hiç yapılmadığı durumlarda piyasa fiyatının değişmeksizin sabit kalması, ortaya bir yapay fiyat çıkmaması sonucu zararın varsayımsal fiyat üzerinden hesaplanması oldukça zordur. Söz konusu varsayımsal fiyatın, özellikle de kamunun hiç bilgilendirilmediği hallerde, tam olarak ya da gerçeğe yakın bir şekilde tespit edilebilmesi mümkün değildir⁴². Diğer taraftan hukuka aykırı birden fazla bilgilendirmenin yapılması sonucu yapay fiyatların oluşmasında; ya da gerçeğe uygun bilginin ortaya çıkmasıyla fiyatların değişmesinin sonucunda yatırımcının hangi bilgilendirme dolayısıyla zarara uğradığını kanıtlamasına gerek yoktur. Yatırımcının ilk durumda kanıtlanması gereken tek şey, yapay fiyattan işlem yaptığına dair maddi vakiydir; ikinci durumda ise alım veya satım yaptığı yapay fiyat ile piyasada fiyatların gerçek bilginin açıklanmasından sonra değiştiği olgusudur. Bu durumda her iki görüşe göre de temel alınan zarar kavramının mutlak olarak fiyattaki etkilenmeyle tanımlanmasının, sorumluluk davalarının sınırını ciddi ölçüde genişlettiği görülmektedir⁴³.

3. Fark Görüşü

Etkin piyasa teorisine dayanan piyasada dolandırıcılık teorisine göre nedensellik bağının varsayımsal olarak yapay fiyattan menkul kıymet alımıyla birlikte kurulduğu ve dolayısıyla zararın meydana geldiği kabul edilmektedir⁴⁴. Ancak fark görüşünü destekleyenlere göre, yatırımcının bir menkul kıymeti için piyasada hukuka aykırı açıklama sonrasında yapay fiyattan alım veya satım yapması, sadece ileride zararın doğmasını tetikleyici niteliktedir; ancak tek başına bu hususun, zarar doğurucu bir niteliği bulunmamaktadır⁴⁵. Sorumluluğun ve ödenecek tazminat kapsamının zarara göre belirlendiği düşünüldüğünde zarar

⁴⁰ MANAVGAT, (2016), s. 250.

⁴¹ FOX, s. 522.

⁴² MANAVGAT, (2016), s. 250 ve 253.

⁴³ MANAVGAT, (2016), s. 253.

⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Supreme Court of United States, *Katyle v. Penn Nat'l Gaming, Inc.* 637 F.3d 462 (4th Cir. 2011), s. 472; ayrıca bkz. *Taylor v. Keycorp*, 680 F.3d 609 (6th Cir. 2012), s. 613.

⁴⁵ MANAVGAT, (2016), s. 251.

kavramının içeriğinin tam olarak belirlenmesi önem arz etmektedir; nitekim zararın varsayımsal fiyat üzerinden belirlenmesini eleştiren *Coffee* öncülüğünde ikinci bir görüş ortaya çıkmıştır. Ekonomi biliminin hukuk biliminden çok farklı bir anlayışa sahip olması sebebiyle etkin piyasa teorisinin hukuki platformda uygulama alanı bulması pratikte çeşitli sorunlara sebep olur⁴⁶. Zararın varsayımlarla mahkemelerde kabul edilmesi, piyasa açısından söz konusu bilginin esaslı bulunduğu anlamına gelmeyeceği gibi, mahkemelerin tarihi güçlerinin ötesine geçmesine sebep olur⁴⁷. İlk görüşte zararın farazi ve belirsiz bir zarar olarak tanımlanması eleştirilmiş ve yargının, açıklamadaki hukuka aykırılığın esaslı olduğuna karar verebilecek yetkinlikte olduğu kabul edilse bile doğru bilginin açıklanmasının ardından piyasanın nasıl tepki vereceğini güvenilir şekilde ölçemeyeceği doktrinde vurgulanmıştır⁴⁸. Fiyatların varsayımsal olarak mahkemeler tarafından değil piyasada belirlenmesi gerektiğine inanan bu görüş, piyasa odaklı bir zarar tespiti yapmaktadır⁴⁹.

ABD haksız fiil hukukunda da bir şirketin finansal durumu hakkında yanıltıcı açıklamada bulunan bir kişinin, bu açıklamaya güvenip alım işlemi yapmış ancak doğru bilginin piyasadaki düzeltici açıklama ile öğrenilmesi sonrasında fiyatlar düştüğü için zarara uğramış kişiye karşı sorumlu olduğu belirtilmiştir⁵⁰. Yatırımcının, bu durumda hukuka aykırı bir açıklama dolayısıyla açacağı tazminat davasında, doğru bilgi açıklansaydı işlem yapmayacağını ve dahası, açıklamaya güvenip işlem yaptığı için zarara uğradığını kanıtlaması gerekmektedir⁵¹. Esaslı olan bir olumsuz bilginin ve olumlu bilginin benzer zamanlarda kamuya açıklanmaması söz konusu olduğunda piyasa fiyatı aslında payın gerçek değerini de yansıtır olabileceğinden, yatırımcının bundan zarara uğradığı söylenemez⁵². Diğer taraftan ikincil piyasadan pay satın alan yatırımcının, herhangi bir hukuka aykırılıkla bağlaştıramayacak piyasa balonu sebebiyle yüksek bir bedel ödemesi sonucu

⁴⁶ COFFEE, s. 541.

⁴⁷ COFFEE, s. 534.

⁴⁸ COFFEE, s. 538.

⁴⁹ COFFEE, s. 534; MANAVGAT, (2016), s. 251.

⁵⁰ The Restatement (Second) of Torts, §548A, Comment b, s. 107. Dolayısıyla düzeltici açıklamanın aslında ne zaman yapıldığının belirlenmesi de gerekmektedir. Dura kararından sonra, düzeltici açıklamaların piyasada aslında her gün yapıldığı belirtilmektedir, NIELSEN/PROWSE, s. 21. Bazen yatırımcı, hukuka aykırı açıklama yapıldığı ve hatta düzeltici açıklamanın yapıldığını bile anlayamamaktadır. Düzeltici açıklamadan sonra piyasanın tepki verdiği an, fiyatların normal seyrinden farklı şekilde ve istatistiksel olarak da ciddi şekilde düşmesi (*'noise'*) sonucu anlaşılabilir, NIELSEN/PROWSE, s. 21-22.

⁵¹ MANAVGAT, (2016), s. 252.

⁵² COFFEE, s. 538.

zarara uğradığı söylenemez⁵³. Ancak bazen esaslı bilginin piyasaya açıklanması da hiç açıklanmaması ile aynı sonuçları doğurabilir: hukuka aykırı bilgi sonucunda oluşan yapay fiyatların ardından doğru bilginin açıklanması üzerine piyasa fiyatlarının düşmesi ile söz konusu bilginin piyasaya doğrudan açıklanması sonucu fiyatların düşmesi aynı şekilde olabilir⁵⁴.

Bu görüş, gerçek bilginin kamuya açıklanmasından önce piyasada yapay fiyattan bir menkul kıymetin alım veya satımının yapılmasını müteakip gerçek bilginin ortaya çıkması ve fiyatların etkilenmesi sonucu oluşan gerçek fiyat ile alım veya satım işleminin yapıldığı yapay fiyat arasındaki farkı zarar olarak nitelendirmektedir. Dolayısıyla zarardan söz edebilmek için, yapay fiyattan işlem yapılmasının yanı sıra, gerçek bilginin düzeltici bir açıklama ile kamuya sunulması ve piyasadaki fiyatların bu bilgiden etkilenmesi sonucu değişerek gerçek fiyatta sabitlenmesi gerekmektedir⁵⁵. Burada yatırımcının zararının doğduğu an, gerçek bilginin düzeltici açıklamadan sonra piyasaya etki etmesi sonucu fiyatların değişime uğradığı ve gerçek fiyatın oluştuğu andır. Zararın kapsamını yani ödenecek tazminatın kapsamını ise işlem yapılan fiyatla gerçek bilginin piyasayı etkilemesi sonucu değişen son fiyat arasındaki fark belirlemektedir.

4. Ters İşlem Yapma Görüşü

Fark teorisine göre bir yatırımcının menkul kıymete ilişkin işlem yaptığı fiyat ile düzeltici açıklamadan sonra piyasanın bu düzeltmeye tepki vermesi sonucunda o aracın fiyatının değişiklik göstermesi ve ilk işlemin yapıldığı yapay fiyat ile sonradan gerçekleşen gerçek fiyatın arasında bir farkın olması gerekmektedir. İşte bu iki fiyat arasındaki fark, fark teorisine göre yatırımcının zararını oluşturmaktadır. Ancak ABD Federal Yüksek Mahkemesi *Dura* kararında⁵⁶ yatırımcının düzeltici açıklamadan sonra ters işlemi yapmamış olması halinde gerçek bir zararının oluşmayacağını, bir zarar doğsa bile bunu ihtimaller sonucu ifade etmenin uygun olmadığını vurgulamıştır.

⁵³ COFFEE, s. 538-539.

⁵⁴ Daniel R. FISCHER, "Efficient Capital Markets, the Crash and the Fraud on the Market Theory," *Cornell Law Review*, Cilt 74. 1989, s. 910, dn. 6.

⁵⁵ Nitekim bu görüş, ABD hukukunda 1933 tarihli Kanunu §12(b) hükmünde de birincil piyasalar için açıkça kabul edilmiştir. *Semenko v. Cendant Corp.* 223 F.3d 165 (3rd Cir. 2000), s. 185. Ayrıca bkz. MANAVGAT, (2016), s. 247.

⁵⁶ Supreme Court of United States, *Dura Pharmaceuticals, Inc. v. Broudo et al.* (No. 03-932) 544 U.S. 336 (2005).

2005 tarihli *Dura* davasında Bölge Temyiz Mahkemesinin kararını⁵⁷ bozan Federal Yüksek Mahkeme, sadece yanlış, yanıltıcı veya eksik kamuyu aydınlatma sonucu yükselen yapay fiyattan alım yapmanın ve bu hususun ispat edilmesinin, zararın doğması için yeterli olmadığını belirtmiştir⁵⁸. Dolayısıyla Mahkeme, birinci görüşün tanımladığı zarar kavramını reddetmiş ve salt işlem yapmakla zararın doğmayacağını belirtmiştir. Yapay fiyattan alım yaptıktan sonra, düzeltici açıklama yapılmadan ve doğru bilgi ortaya çıkmadan payların yine yüksek bir fiyattan satılabilmesi ihtimali⁵⁹ olduğu için zarar, malvarlığında gerçek bir azalma ile ortaya çıkmalıdır⁶⁰. Nitekim geleneksel hile davalarında davacının, gerçek bir ekonomik zararının olduğunu ispatlaması gerekmektedir ve menkul kıymet hilesi davalarının temelinde bu *common-law* hilesi olduğu için menkul kıymet hilesindeki zarar anlayışı, buradaki zarar anlayışına (*actual damage*) dayanmalıdır⁶¹. Bu geleneksel yorum tarzı, piyasada dolandırıcılık teorisinin kabul edildiği davalarda bile uygulanmalı ve zarar nedenselliği yoluyla, yatırımcının gerçek bir zarara uğradığını kanıtlaması beklenmelidir⁶². Mahkeme bu noktada normatif zararın tazminat yükümlülüğüne yol açmayacağını ancak gerçek zararın tazmininin gerek kanunen gerekse de içtihat hukuku ile geliştirilen ilkeler sebebiyle istenebileceğinin mümkün olduğunu belirtmiştir⁶³.

⁵⁷ Bölge Temyiz Mahkemesinin 9. Dairesi, satın alma gününde menkul kıymetin fiyatının yapay olarak yüksek olduğunun iddia edilmesi ve ispatlanmasının tek başına zarar nedenselliği ve de zararın doğduğunun ispatlanması için yeterli saymaktadır, *Broudo v Dura Pharmaceuticals, Inc.* 339 F.3d 933 (9th Cir., 2003), s. 938.

⁵⁸ *Dura Kararı*, s. 342 ve s. 347: "... the 'artificially inflated purchase price' is not itself a relevant economic loss."

⁵⁹ *Dura Kararı*, s. 342.

⁶⁰ Bu açıdan Yüksek Mahkeme, menkul kıymet hile davasının, *common-law*'daki hile (*deceit*) ve hukuka aykırı açıklama (*misrepresentation*) davalarına benzediğini itiraf etmektedir, *Dura Kararı*, s. 343-344.

⁶¹ Mahkeme bu hususta hakimlerce oluşturulan menkul kıymet hilesi davalarının *common-law* hilesi temeline ve ayrıca davacının gerçek zararını kanıtlamasını gerektiren ilkeye dayanması sebebiyle 9. Dairenin kararının diğer temyiz mahkemelerince reddedilmesinin çok da şaşırtıcı olmadığını vurgulamıştır: "*Given the common-law roots of the securities fraud action (and the common-law requirement that a plaintiff show actual damages), it is not surprising that other Courts of Appeals have rejected the Ninth Circuit's 'inflated purchase price' approach to proving causation and loss*", *Dura Kararı*, s. 344. Mahkeme aynı kararında, sermaye piyasası hukukunun temel amacı olan yatırımcının piyasaya duyduğu güveninin korunması için getirilen menkul kıymet hilesi davalarının amacının gerçek zararları gidermek olduğunu vurgulamıştır: "... but to protect them against those economic losses that misrepresentations actually cause.", *Dura Kararı*, s. 345.

⁶² *Robbins v. Koger Properties, Inc.* 116 F.3d 1441 (11th Cir. 1997), s. 1448; NIELSEN/PROWSE, s. 18.

⁶³ Yüksek Mahkeme burada menkul kıymet hilesi davasında davacının sadece ve yalnızca ekonomik zararının ve nedensellik bağının geleneksel anlayışa uygun ve yeterli bir şekilde kanıtlanması ile zararını tazmin edilebileceğini belirtmektedir. Mahkeme ayrıca 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsası

Kural 10b-5'e dayanan hile davalarında zarar nedenselliğinin kanıtlanmasının aslında geleneksel inanç ölçütü (*reliance*) ile de bağdaştığı ve buradaki zararın da davacı yatırımcının gerçekten katlandığı zarar olması gerektiği, yapay fiyattan işlem yapma görüşünü destekleyen *Fox* tarafından da kabul edilmiştir⁶⁴. Dolayısıyla zararın doğması henüz olasılıkla ifade ediliyorken ve malvarlığında gerçek bir azalma görülmezken, fiyatı etkileyen değişen ekonomik beklentiler veya koşullar, yatırımcı beklentileri, firma veya sektöre bağlı olgular veya fiyat dalgalanmaları gibi diğer etkenler de düşünüldüğünde hukuken bir zararın doğması söz konusu olamaz⁶⁵. Bir menkul kıymetin ilk işlemi ile ters işlemi arasındaki süre ne kadar uzarsa, hukuka aykırı kamuyu aydınlatmadan ziyade diğer etkenlerin zarara sebep olma olasılığı artar⁶⁶. Nitekim yapay fiyattan işlem yapan yatırımcının ileri sürdüğü olası zararı, halihazırda elinde bulunan aynı değerdeki paylar sebebiyle dengelenmiştir⁶⁷. Dava sonucunda ise davacı yatırımcı da yükselen fiyatların, kamuya yanlış, yanıltıcı veya eksik bilginin açıklandığının ortaya çıkmasından sonra düştüğünü kanıtlayamadığı için haksız bulunmuştur⁶⁸.

Federal Yüksek Mahkemeye göre sadece kamunun yanıltılması sonucu yapay fiyatlardan alım yapılması ile zararın meydana geldiği kabul edilirse fırsatçı ve temelsiz tazminat davalarının hukuken önünün açılmasına sebebiyet verilmiş olacaktır⁶⁹. Bu durumda ilkesel olarak zarar esasen yanıltıcı şekilde yükselmiş fiyatlardan alım yapılması anında değil piyasanın yanıltıcı veya eksik açıklamaya tepki vermesi sonucu fiyatların düştüğü anda meydana gelmektedir⁷⁰. Ancak piyasada yanlış veya eksik açıklamanın yapıldığının ortaya çıkmasına rağmen fiyatların buna tepki vermemesi söz konusuysa artık zararın doğduğundan bahsedilemez. Mahkemenin buradaki yorumu ikinci görüşte tanımlanan zarar kavramıyla örtüşmektedir; ancak kararda yatırımcının, kamunun yanlış, yanıltıcı

Kanunu §21D-(b)(4) hükmünün ve *common-law* hilesi davasında kabul edilen geleneksel ilkelerin de bu sonucu gerektirdiğini belirtmektedir, Dura Kararı, s. 346.

⁶⁴ FOX, s. 511-512.

⁶⁵ MANAVGAT, (2016), s. 250; Dura Kararı, s. 343.

⁶⁶ Dura Kararı, s. 343.

⁶⁷ Dura Kararı, s. 342.

⁶⁸ Dura Kararı, s. 348.

⁶⁹ Dura Kararı, s. 346-348; ve s. 345: "... not to provide investors with broad insurance against market losses, but to protect them against those economic losses that misrepresentations actually cause". Aynı doğrultuda bkz. Supreme Court of United States, Basic, Inc. et al. v. Levinson et al. (No. 86-279) 485 U.S. 224 (1988), (Dissenting Opinion of Justice White and O'Connor) s. 252: "A nonrebuttable presumption of reliance ... would effectively convert Rule 10b-5 into 'a scheme of investor's insurance'."

⁷⁰ MANAVGAT, (2016), s. 242.

veya eksik bilgilendirilmesi sonucu yatırım kararı almasını ifade eden işlem nedenselliği dışlanmıştır⁷¹. Yatırımcı hukuka aykırı bilgilendirmeden haberdar olmadan, tamamen kendi başına yatırım kararı almış ve zarara uğramışsa, bu durumda her iki görüşe ve Mahkemeye göre bu yatırımcının zararının tazmin edilmesi gerekir.

Bir yatırımcının yapay yüksek fiyattan bir pay satın aldıktan sonra olumsuz gerçek bilginin açıklanmasını takiben o payın fiyatının düşmesi halinde paylarını satmayan yatırımcının fiyatlar eski seyrine ulaştıysa zararının tazmin edilmesi, ödüllendirilmesi anlamına gelir⁷². Yine benzer şekilde, halihazırda pay sahibi olan mevcut yatırımcının, hukuka aykırı açıklamadan sonra fiyatlar yükselmesine rağmen payını satmaması durumunda olumsuz gerçek bilginin açıklanması ile fiyatların satın alma fiyatının altına düşmesine rağmen yine satmayıp payları elinde tutması ve en nihayetinde fiyatların eski seyrine ulaşması sonucunda herhangi bir zarara uğradığı söylenemez. Dolayısıyla sonrasında *Dura* kararını yorumlayan ve genişleten federal bölge mahkemeleri, bir payın fiyatının düzeltici açıklama öncesindeki fiyata ulaştığı veya onu aştığı hallerde davacının ekonomik bir zarara uğramadığı; dolayısıyla davacının iddia ettiği hilenin yaklaşık ne kadar zarara sebebiyet verdiğini kanıtlamayacağı yorumunda bulunmuşlardır⁷³.

IV. TÜRK VE ABD HUKUKUNDA ZARARIN DOĞDUĞU AN

1. ABD Hukukunda Benimsenen Görüş

ABD hukukunda sermaye piyasasında tazmin edilmesi gereken zararın 1934 tarihli Kanun uyarınca açılacak sınıf davasında sorumluluğun ayrı bir unsuru olarak kabul edilmesi zaman almıştır. Menkul kıymet hilesi davalarının gerçek güven, nedensellik bağı ve zarar gibi bazı unsurlarının yargı tarafından geliştirilen karinelerle kolaylaştırılması ile yatırımcının zararının kolaylıkla tazmin edilmesi sonucunda sorumluluk davasının eziyetli bir dava haline geleceği ve ihraççıların ciddi bir tazminat yükümlülüğüne maruz kalacağı korkusu oluşmuştur⁷⁴. Bunun sonucunda Menkul Kıymetler Borsası Kanunu §10(b) hükmünün ihlalinin hukuki yollarla önceki gibi kolay bir şekilde dava edilmesini hem mahkemeler hem de

⁷¹ MANAVGAT, (2016), s. 252.

⁷² COFFEE, s. 538.

⁷³ ARGANBRIGHT, s. 280.

⁷⁴ Donald C. LANGEVOORT, "Deconstructing Section 11: Public Offering Liability in a Continuous Disclosure Environment," **Law and Contemp. Probs.** Cilt. 63, 2000, s. 51. Nitekim bu davaların ABD ekonomisine zarar verdiği kabul edilmiştir, Elizabeth CHAMBLEE BURCH, "Reassessing Damages in Securities Fraud Class Actions" **Maryland Law Review**, Cilt 66, S. 2, s. 356.

Kongre engellemiştir⁷⁵. Tazminat davalarına ilişkin PSLRA⁷⁶ ile sorumluluğun şartlarına bazı sınırlamalar getirilmiş ve bazı standartlar güçlendirilmiştir.⁷⁷ Zarar nedenselliği gibi 1974'lü yıllardan beri Kural 10b-5'e dayalı tazminat davalarında mahkemeler tarafından getirilen bazı şartlar da açık bir şekilde PSLRA ile yasalaştırılmıştır.

PSLRA'dan sonra yanlış, yanıltıcı veya eksik bir esaslı bilginin davalı tarafından kasten açıklanması dolayısıyla Türk hukukundaki anlayışa da uygun olarak ekonomik anlamda bir zarara uğradığını ispat eden yatırımcı, zararını tazmin edebilecektir⁷⁸. Nitekim menkul kıymet hilesine ilişkin açılacak davanın şartları, esaslı bir bilginin yanlış, yanıltıcı veya eksik bir şekilde açıklanması, davalının kusurunun bulunması⁷⁹, işlem nedenselliği (*transaction causation*)⁸⁰, ekonomik bir zarar ve zarar nedenselliği olarak belirtilmektedir⁸¹. PSLRA, Kural 10b-5'e dayanan tazminat davasının bir şartı olarak ekonomik zararı açıkça öngörmese bile Federal Yüksek Mahkeme, çok önemli bir karar olan *Dura* kararında⁸² bunu ayrı ve temel bir şart olarak değerlendirmiştir.

Ekonomik zarar, ABD hukukunda uzun zamandır kabul edildiği üzere geleneksel ölçüde göre, yatırımcının bir menkul kıymete ödediği fiyatı ve o menkul kıymetin satın alma anındaki varsayımsal gerçek değerinin farkının, o menkul kıymete ödenen fiyat ile satma anındaki varsayımsal gerçek değeri

⁷⁵ 15 U. S. Code, Title 15, Chapter 2B, §78j-(b): *Regulation of the use of manipulative and deceptive devices*; FENCHER/ TIPTON, s. 33.

⁷⁶ Private Securities Litigation Reform Act of 1995, Public Law No. 104-67.

⁷⁷ John ARGANBRIGHT, "No Loss, No Problem: How the Second Circuit Altered *Dura* and the Concept of Economic Loss in Securities Fraud Cases in *Acticon AG v. China North East Petroleum Holdings, Ltd.*", *Seton Hall Law Review*, Cilt. 44, 2014, s. 282.

⁷⁸ 15 U. S. Code, Title 15, Chapter 2B, §78u-4(b)(4): *Private securities litigation*.

⁷⁹ Kredi derecelendirme kuruluşlarına veya hakim ortağa karşı açılacak tazminat davaları açısından bilerek veya dikkatsizce kredi riskini değerlendirirken makul bir araştırma yürütmemiş veya ihraççı ve aracı kurumdan bağımsız kaynaklardan makul bir doğrulama sağlamamış olması hile davasının kusur şartını sağlamaya yetecektir.

⁸⁰ Bir yatırımcının hukuka aykırı olarak açıklanan esaslı bilgiye gerçekten güvenerek işlem yaptığına ilişkin kanıtlanması gereken nedensellik bağıdır. Nedensellik bağı özellikle ABD hukukunda menkul kıymet hilesi davalarında işlem nedenselliği ve zarar nedenselliği olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. Nedensellik bağının zarar nedenselliği türünde, yatırımcının meydana gelen zararının hukuka aykırı bilgi veya belgeden kaynaklandığını ispatlaması gerekirken, işlem nedenselliği türünde, kamuyu aydınlatma belgesini gerçekten okumuş ve içerdiği bilgilere inanarak işlem yapmış olması aranmaktadır.

⁸¹ 15 U. S. Code, Title 15, Chapter 2B, §78u-4(b)(4): *Private securities litigation*.

⁸² *Dura Pharmaceuticals, Inc. v. Broudo* (No. 03-932) 544 U.S. 336 (2005), s. 341-342.

arasındaki farkından çıkarılmasıyla bulunur⁸³. Ekonomik zarar, zarar nedenselliği şartı ile birbirine bağılıdır; çünkü davacı yatırımcı öncelikle ekonomik bir zarara uğradığını kanıtlamalı ve sonra da uğradığı zararın hukuka aykırı yapılan açıklama sonucu değişen fiyatlardan kaynaklandığını kanıtlamalıdır⁸⁴. Davacı ayrıca menkul kıymetin fiyatında, söz konusu yanlışlık veya eksiklikten veya açıklama yapılmamasından kaynaklanan artış veya azalış sonucu gerçekleşen zararının miktarı ile bu hukuka aykırılık olmasaydı gerçekleşecek borsadaki genel değişim miktarını davada birbirinden ayırt etmelidir⁸⁵.

Sonuç olarak zarar kavramına ilişkin ayrıntılı olarak yapılan tartışmalar neticesinde ABD hukukunda fark görüşü benimsenmiştir. Yatırımcının Menkul Kıymetler Kanunu §11 ve 12 hükümleri uyarınca talep edebileceği zararı, menkul kıymetin halka arz edilen fiyatını geçmeyecek şekilde o menkul kıymete ödenen satın alma fiyatı ile; o menkul kıymet hala elindeyse dava tarihindeki fiyatı, dava açılmadan önce elden çıkarıldıysa satıldığı tarihteki fiyatı veya mahkeme kararı verilmeden önce, ancak dava açıldıktan sonra elden çıkarıldıysa satıldığı tarihteki fiyatı arasındaki farktır⁸⁶.

2. Türk Hukukunda Benimsenen Görüş

a. Borçlar Hukukunda

Türk borçlar hukukuna bakıldığında genel hükümler uyarınca zarar kavramının tespitinde haksız fiiller için fark görüşünün doktrinde hakim olduğu görülmektedir⁸⁷. Fark görüşüne göre düşünüldüğünde, hukuka aykırı bilgilendirme

⁸³ Zararın ABD haksız fiil hukukunda geleneksel olarak kabul edilen bu ölçüde göre hesaplanması, 1943 tarihli Menkul Kıymetler Borsası Kanunu §10(b) hükmüne dayanarak açılan davalarda uzun zamandır uygulanmaktadır, Peri NIELSEN/Stephen PROWSE, "Securities Litigation: Dura's Impact on Damages" *Insights*, Cilt 22, S. 7, 2008, s. 16.

⁸⁴ ARGANBRIGHT, s. 282.

⁸⁵ FENCHER/ TIPTON, s. 33; NIELSEN/PROWSE, s. 19. Bu görüş, Dura davasından sonra In re Intelligroup Sec. Lit. [468 F. Supp. 2d 670 (D.N.J. 2006)] davasında uygulama bulmuş ve davacı yatırımcıların, zararlarının hukuka aykırı açıklama dışında başka hiçbir unsurdan kaynaklanmadığını da ispatlaması gerekmiştir,

⁸⁶ Ancak burada 1933 tarihli Menkul Kıymetler Kanunu §11 hükmüne dayanarak açılacak davalarda istenebilecek zarar, hukuka aykırı açıklamadan başka bir sebebe dayanan zararları kapsamaz; dolayısıyla bu hükmeye göre açılacak davalardaki zarar kavramı, 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsası Kanunu §10(b) hükmüne göre açılacak davalardaki zarar kavramı ile benzerdir, NIELSEN/PROWSE, s. 23-24, dn. 2.

⁸⁷ EREN, s. 545 vd.; OĞUZMAN/ ÖZ, Cilt II, s. 38; Haluk NOMER, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, 1996, s. 8; TEKİNAY, s. 736; İNAL, s. 670; Burak ADIGÜZEL, **Sermaye Piyasası Hukuku**, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2018, s. 120.

sonucu oluşan yapay fiyatlardan alım veya satım yapıldığında zarar meydana gelmez. Borçlar hukukuna göre zarar öncelikle kural olarak gerçek bilginin kamuya açıklanmasını takiben fiyatların değişmesi ile ters işlem yapılmazsa yapay fiyat ve değişen fiyat arasındaki fark dolayısıyla malvarlığında meydana gelen azalma sonucu oluşur. Nitekim Kütükçü, bir sermaye piyasası aracının ilk halka arzında yatırımcının ödediği fiyatla düzeltici açıklamadan sonra değişen fiyat arasındaki farkın zararı oluşturduğunu düşünmektedir⁸⁸. İkinci olarak eğer gerçek ve doğru bilginin kamuya açıklanmasının ardından ters işlem yapılırsa bu durumda zarar, ilk işlemin yapıldığı ve yatırımcı tarafından ödenen yapay fiyat ve ters işlemin yapıldığı fiyat arasındaki farktan oluşur.

Genel hükümler uyarınca zarara sebebiyet verebilecek diğer bir durum da hukuka aykırı bilgilendirme yapılmadan önce alım veya satım işleminin yapılması ancak ters işlemin hukuka aykırı bilgilendirme sonrasında yapılması durumudur. Bu durumda her iki işlemin yapıldığı fiyatlar arasındaki fark, zarar olarak kabul edilebilecektir; ancak ABD hukukunda ilk işlem hukuka aykırı bilgilendirmeden önce ve ondan bağımsız olarak yapıldığı için sorumluluğun doğmayacağı belirtilmiştir⁸⁹. Söz konusu içtihat, ABD hukukundaki Kural 10b-5'in hukuka aykırı bilgilendirme ile alım veya satım işlemi arasında bir bağlantı bulunmasını gerektirmesi (*in connection with*) sebebiyle; ayrıca sınıf davaları (*class actions*) yoluyla sorumluluğun genişletilmesini engellemek amacıyla geliştirilmiştir⁹⁰.

Ancak yatırımcı, gerçek ve doğru bilginin kamuya açıklanmasının hemen ardından ters işlemi yaptığında oluşacak fark ile bir süre bekledikten sonra ters işlemi yaptığında oluşacak fark da aynı olmayacaktır⁹¹. Benzer şekilde, yatırımcının açtığı tazminat davasında hükmün verilmesine kadar geçecek sürede sermaye piyasası aracının değeri eski seyrine ulaşmışsa artık yatırımcının zararının olduğundan söz edilemez⁹². Nitekim hala yatırımcının elinde bulunan bir sermaye piyasası aracının değerinin düşmesinde olduğu gibi normatif zararların gerçek anlamda zarar olmadığı; ancak zarar tehlikesinin olduğu durumlarda ilgililerin sorumluluğu doğmamaktadır⁹³.

⁸⁸ Doğan KÜTÜKÇÜ, **Sermaye Piyasası Hukuku**, 1. Cilt, Beta, İstanbul, 2004, s. 240.

⁸⁹ Gurary-Winehouse; Roots Partnership-Lands' End, Inc.; Binder-Gillespie; Kaplan-Utilicorp United, Inc. kararları

⁹⁰ MANAVGAT, (2016), s. 258.

⁹¹ MANAVGAT, (2016), s. 257.

⁹² MANAVGAT, (2016), s. 259.

⁹³ Cengiz KOÇİSARLIOĞLU, "Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi" **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 2, Sayı 2, 1984, s. 284. Kusursuz sorumlulukta dahi, zarar doğmadan zarar

b. Sermaye Piyasası Hukukunda

SPKn m. 32 uyarınca yatırımcının, tazmin edilebilecek zararı, kamuyu aydınlatma belgesinde yer alan eksik, yanlış ya da yanıltıcı bilgiye dayanarak aldığı bir yatırım kararı sonucunda malvarlığında meydana gelen aktif bir azalmadır. Zarar, öncelikle sermaye piyasası aracının satın alındığı andaki gerçek değeri ile satın alınan bu araç için yapay fiyattan ödediği bedel arasındaki farktan oluşan maddi zarardır⁹⁴ ve dolayısıyla yatırımcının malvarlığındaki aktif bir azalma olarak düşünülmelidir. Sermaye piyasası aracının gerçek değeri belirlenirken gerçek ve doğru bilginin düzeltici açıklama ile kamuya açıklanmasının ardından değişen fiyatların hesaplamada kullanılması, SPKn m. 32/6'daki zamanaşımının bu açıklama ile başlayacağı hükmüyle örtüşmektedir⁹⁵. Yani genel hükümlerin aksine, alım veya satım işleminin yapay fiyat üzerinden yapılması suretiyle başkaca bir işleme gerek olmaksızın malvarlığında bir azalma meydana gelmesi sebebiyle tazminat sorumluluğunun doğduğu kabul edilmez⁹⁶. Bu hususun önemi pay teminatlı kredili menkul işlemlerinde, payın fiyatının düşmesi ile teminat miktarında azalma olan yatırımcının bu düşüş ile ortaya çıkan zararını karşılama hakkının doğmasıyla ortaya çıkmaktadır⁹⁷.

Buradaki zarar kavramı, yukarıda açıklanan ve yapay fiyatlar üzerinden işlem yapılmasıyla meydana geldiği savunulan birinci görüşteki zarar kavramından farklıdır. Nitekim zararın işlem yapılan yapay fiyat ile hukuka aykırı açıklama yapılmasaydı oluşacak varsayımsal fiyat arasındaki farktan meydana gelmediği; piyasada oluşan gerçek fiyatlar üzerinden hesaplama yapıldığı görülmektedir⁹⁸. Dolayısıyla sermaye piyasası hukukundaki zarar kavramı, genel hükümlerdekinden farklıdır ve kapsamı da daha dardır. SPKn m. 32/4'te her ne kadar nedensellik bağına ilişkin özel bir düzenleme getirilmiş olsa da, aynı

tehlikesi ile tazminat yükümlülüğü doğmamaktadır. Nitekim fiyatların düşmesi ile elindeki sermaye piyasası aracının fiyatı azalan bir yatırımcı, düzeltici açıklamadan sonra fiyatların eski seyrine ulaşması sonucunda zarara uğramamıştır. Ancak fiyatlar eski seyrine ulaşana dek, elindeki aracı satmaya niyetlenen yatırımcı zarar görme tehlikesiyle karşı karşıyadır. Ayrıca Alman hukukunda kabul edilen normatif zarar kavramı Türk hukukunda şartları varsa sadece maddi zarar olarak değerlendirilebilir. Ancak bu durumda normatif zararın maddi zarar çerçevesinde talep edilebilmesi mümkün değildir.

⁹⁴ KARA, s. 149; ADIGÜZEL, s. 120.

⁹⁵ MANAVGAT, (2016), s. 255.

⁹⁶ MANAVGAT, (2016), s. 258. Bu noktada normatif zararın, malvarlığında gerçek zarar şeklinde ortaya çıkmasıyla tazmin edilebileceğine ilişkin olarak bkz. KILIÇOĞLU, s. 396 ve 397.

⁹⁷ MANAVGAT, (2016), s. 258-259.

⁹⁸ MANAVGAT, (2016), s. 261; KESKİN, s. 114-115.

maddede zararın tanımında ne gibi ölçütlerin kullanılması gerektiği de açıkça belirtilmiştir⁹⁹.

SPKn m. 32'deki zararın, genel hükümlerden ayrılan en önemli hususu, SPKn m. 32/4'ten anlaşıldığı üzere hukuka aykırı açıklamadan sonra belirli süreler içerisinde alım veya satım işlemlerinin yapılmasının ardından, düzeltici açıklama sonucunda yalnızca ters işlemin yapılmasından sonra doğan zararların tazmin edilmesidir¹⁰⁰. Öncelikle alım veya satım işleminin yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgi içeren kamuyu aydınlatma belgelerinin açıklanmasından sonra belirli süreler içerisinde yapılması gerekmektedir. Bu sürelere illiyet bağının düzenlendiği bu fıkrada işaret edilmiş ve izahnamenin geçerlilik süresi boyunca, diğer kamuyu aydınlatma belgelerinin ise kamuya açıklandığı tarihten hemen sonra ilk alım veya satım işleminin yapılması gerektiği belirtilmiştir. İkinci olarak ise ters işlemin yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgiler içeren kamuyu aydınlatma belgelerinin açıklanmasından sonra yapılmış olması gerekmektedir.

Gerek ihraççı şirket tarafından resen gerekse de Kurulun müdahalesi sonucu kamuya gerçek ve doğru bilgi açıklanabilir; ancak hangi yöntemle açıklanırsa açıklansın piyasada bu bilginin algılanması ve fiyatlara yansması zaman alacaktır. Bu sürecin sonunda fiyat değişikliğinin yegane sebebinin doğru ve gerçek bilginin herhangi bir yöntemle kamuya duyurulmasıyla hukuka aykırı aydınlatmanın etkisinin ortadan kalkması olduğu her zaman söylenemez¹⁰¹. Çünkü fiyatın o süreçte meydana gelen başka bir olaydan veya açıklamadan etkilenmesi ve hukuka uygun kamuyu aydınlatma sonucu beklenenden az bir artış veya azalma göstermesi de mümkündür. Dolayısıyla fiyattaki değişmelerin sınırlarını belirlemek ve SPKn m. 32/4'te gösterilen açıklamadan hemen sonraki fiyat değişimini tespit edebilmek için fiyatın BİST endeksleriyle paralel bir endekse oturması yeterli olabilmektedir¹⁰².

Diğer taraftan buradaki zarar, yatırımcının herhangi bir kazançtan mahrum kalması yani kar kaybı şeklinde de olabilir. Özellikle sermaye piyasası aracının gerçek değerinin yüksek olduğu durumda, kamuya hiç açıklanmayan ya da yanlış, yanıltıcı veya eksik açıklanan bilgi dolayısıyla yatırımcının elindeki sermaye piyasası aracını düşük fiyatla satması halinde gerçek durum bilinse daha yüksek fiyata satabileceği kardan mahrum kalması buraya örnek olarak verilebilir¹⁰³.

⁹⁹ MANAVGAT, (2016), s. 254; KESKİN, s. 114-115.

¹⁰⁰ MANAVGAT, (2016), s. 254; KESKİN, s. 115.

¹⁰¹ MANAVGAT, (2016), s. 255; KESKİN, s. 116.

¹⁰² MANAVGAT, (2016), s. 255.

¹⁰³ KARA, s. 150.

Ancak bunun ilgili maddedeki sorumluluğun genişletilmesi olarak kullanılmaması gerekmektedir¹⁰⁴. Örneğin yatırımcının, kamuyu aydınlatma belgesinde yer alan bilgilerden ötürü, satın almaya niyetlendiği sermaye piyasası araçlarını satın almadığı için bir kazanç mahrumiyetinin bulunduğu iddiası dinlenilmemelidir¹⁰⁵.

Zararın kapsamı belirlenirken yatırımcının malvarlığında meydana gelen her azalmanın değil, belirli azalmaların dikkate alınması gerekir; nitekim yatırımcının malvarlığında esasen SPKn m. 32 uyarınca tazmin edilmesi gerekmeyen bazı azalmalar olabilir. Zarar kapsamına dahil olmayacak azalmalar açısından kural olarak bilginin esaslı olup olmadığını ve bu bilginin ne kadar zarara sebep olduğunu, yargı öngöremeyeceği için, piyasa belirler ve yargı sistemi de bu zararın nasıl ve kimlerce tazmin edileceğine karar verir¹⁰⁶. Ancak piyasa, hukuka aykırı açıklamaya tepki vermediyse veya tamamen farklı bir sebeple tepki verdiyse zarar oluşmamış olabilir; oluştuysa bile belirlenemeyebilir¹⁰⁷. Bu durumların bir kısmı asıl olarak illiyet bağını kesen sebeplerin düzenlendiği 5. fıkrada bentler halinde sayılmıştır, illiyet bağının kesilmesi ile aslında zararın hiç doğmadığı hallerin veya bu maddeye göre tazmin edilmeyecek olan zararların belirlendiği görülmektedir.

Öncelikle SPKn m. 32/5/b hükmünde de ifade edildiği üzere, zarar görenin rızası dahilinde malvarlığında meydana gelen azalmalar zarar olarak kabul edilmez¹⁰⁸. Ayrıca SPKn m. 32/5/a ve ç’de ifadesini bulduğu üzere yatırımcının kamuyu aydınlatma belgesinin konusu olan sermaye piyasası aracına ilişkin zararı, bu belgede yer alan hukuka aykırı açıklamadan veya hiç açıklama yapılmamasından farklı bir sebeple meydana gelmiş olabilir. SPKn m. 32’deki sorumluluk hali, yatırımcının kamuyu aydınlatma belgesinde yer alan bilgilerin doğruluğuna güvenerek yatırım yaptığı durumlarla sınırlıdır. Benzer şekilde ABD hukukunda da Menkul Kıymetler Kanunu §11 hükmündeki zararın herhangi bir miktarının, kayıt belgesinin yanlış, yanıltıcı veya eksik bir bilgi içeren ve sorumluluk doğuran kısmından kaynaklanan değer azalmasından farklı bir sebeple meydana geldiği kanıtlanırsa, o miktar tazmin edilmez.

¹⁰⁴ İNCEOĞLU, s. 134.

¹⁰⁵ İNCEOĞLU, s. 134.

¹⁰⁶ John C. COFFEE, “Causation By Presumption? Why the Supreme Court Should Reject Phantom Losses and Reverse Broudo?” **Columbia Law and Economics Working Paper**, No. 264, 2005, s. 533.

¹⁰⁷ COFFEE, s. 533; KESKİN, s. 116.

¹⁰⁸ OĞUZMAN/ ÖZ, Cilt II, s. 40, para. 115.

Buna ek olarak SPKn m. 32/5/c'de de belirtildiği gibi bir yatırımcı hukuka aykırı kamuyu aydınlatmadan önce bir sermaye piyasası aracına ilişkin alım veya satım işlemi yapmış ve düzeltici açıklamadan sonra fiyatlar normal seyrine ulaşana kadar söz konusu araca ilişkin ters işlem yapmamış ise bu yatırımcının zarara uğradığı da ileri sürülemez. Nitekim SPKn m. 32 uyarınca gerçek ve doğru bilginin ortaya çıkması sonucu sermaye piyasası aracının değeri düşmüş ancak yatırımcının bu aracı sattığı sırada dış etkenler sonucu piyasa fiyatı yeniden yükseldiği için yatırımcının malvarlığında bir azalma olmamışsa, burada yine zarardan bahsedilemeyecektir¹⁰⁹. Özellikle Alman hukukunda tartışılan ve normatif zarar olarak adlandırılan kavram uyarınca, yatırımcının, hala elinde bulunan sermaye piyasası aracının fiyatının hukuka aykırı açıklamalar sonucu düşmesi nedeniyle bu aracın uğradığı değer kaybı, Türk hukukundaki zarar kavramına girmemektedir. Malvarlığında herhangi bir azalma belirtisi görülmemesine rağmen yatırımcının elindeki sermaye piyasası aracının değerinde meydana gelen geçici azalmalar, eğer yatırımcı ters işlem yaparak gerçek bir zarara uğramadıysa, bu maddeye göre tazmin edilmez.

Son olarak da kamuyu aydınlatma belgelerinde hukuka aykırı bir bilginin yer almasına rağmen ilgili sermaye piyasası aracına ilişkin yatırımcının işlem yaptığı fiyat, düzeltici açıklamadan sonra oluşan gerçek fiyattan her durumda daha yüksekse zararın oluştuğundan söz edilemez. Benzer sebeple ABD hukukunda da Menkul Kıymetler Kanunu §11 hükmü uyarınca dava veya satın alma tarihindeki fiyat, sermaye piyasası aracının halka arz edildiği fiyattan daha fazla ise yatırımcının zararından bahsedilemez¹¹⁰. Sonuç olarak sermaye piyasası hukukunda tazmin edilmesi gereken zarar kavramı genel hükümlere nazaran daha dar kapsamlıdır.

3. Zararın Doğduğu Ana İlişkin Türk Hukukunda Benimsenen Görüşün, Zararın ve Tazminatın Belirlenmesine Etkisi

a. Zararın Belirlenmesi

Zarar miktarını aşan tazminata hükmedilemeyeceği ve zarar tazminat davasında hükmedilecek tazminatın üst sınırını oluşturacağı için zararın, doğduğu ana göre belirlenmesi önemlidir¹¹¹. Zararın belirlenmesinde malvarlığının zarar

¹⁰⁹ KARA, s. 150; MANAVGAT, (2016), s. 256.

¹¹⁰ Tolga AYOĞLU, *Sermaye Piyasası Hukukunda Halka Arz Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmeleri*, Vedat, İstanbul, 2008, s. 138-139; Allan HORWICH, "Section 11 of the Securities Act: The Cornerstone Needs Some Tuckpointing" *The Business Lawyer*, Cilt 58, 2002, s. 13.

¹¹¹ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt II, s. 85, no. 255; KILIÇOĞLU, s. 533; Haluk TANDOĞAN, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 2. Baskı., Vedat, İstanbul, 2010, s. 261; TEKİNAY, s. 785; İNAL, s. 203.

verici olay veya işlemten önceki ve sonraki durumu arasındaki fark göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılır¹¹². Türk borçlar hukuku doktrininde benimsenen fark teorisi uyarınca zararın hesaplanmasında istisnai olarak bir kanun hükmüyle öngörülmüşse objektif¹¹³ aksi halde somut olay bazında uygulanan subjektif hesaplama yöntemleri kullanılır¹¹⁴. Malvarlığı zararları açısından Türk ve İsviçre hukukundaki hakim görüş uyarınca hakimin karar vereceği tarihin esas alınarak zararın hesaplanması söz konusudur; ancak uygulamada Yargıtay, zarar verici olay veya işlemin gerçekleştiği tarihi zararın hesaplanmasında esas almaktadır^{115,116}. Nitekim bu tarihte halihazırda gerçekleşmiş zararların hesaplanması mümkün olduğu için kural olarak zararın hesaplanabilir olması gerekmektedir; dolayısıyla henüz gerçekleşmemiş zararların tazmini kural olarak istenemez.

Fiili zararın genel hükümlere göre hesaplanması malvarlığının zarar verici olay veya işlemten önceki durumu ile sonraki durumu arasındaki farkın hesaplanması suretiyle yapılır¹¹⁷. Zararın mevcudiyeti konusunda ispatta bir zorluk yaşanmasa bile zararın tam anlamıyla belirlenmesi ve hesaplanması her zaman mümkün

¹¹² Bu değerlendirmede zarara uğrayan şeyin, zarar gören için taşıdığı ekonomik değer ve kişinin malvarlığının diğer unsurlarıyla birlikte meydana getirdiği bütünlük göz önüne alınır, EREN, s. 546. TBK m. 50/2 uyarınca zararın varlığı ve miktarının belirlenmesine yönelik ispata ilişkin delillerin takdirinde hakim geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak bu hükmün uygulama alanı daha çok bedensel bütünlüğün ihlali ve ekonomik geleceğin sarsılması halidir; bkz. EREN, s. 748.

¹¹³ Objektif hesaplama yönteminde bir şeyin belirli bir anda herhangi bir etkiden uzak olarak serbest piyasada belirlenen değeri esas alınır, EREN, s. 761-762; TANDOĞAN, s. 273. Şeye verilen zarar için genel olarak objektif hesaplama yönetiminin kullanılmasına yönelik olarak bkz. İNAL, s. 204-205.

¹¹⁴ Kural olarak Türk ve İsviçre hukukunda subjektif hesaplama yöntemi kullanılarak zarar görenin somut malvarlığının hangi kayıplara uğradığı tespit edilir, EREN, s. 762.

¹¹⁵ Beden bütünlüğünün ihlalden doğan zararlarda hüküm tarihinin esas alınacağı TBK m. 75'ten anlaşılrsa da malvarlığında meydana gelen zararın hesaplanacağı tarih doktrinde tartışmalıdır. Bedensel zararlar için TBK m. 75'te öngörülen karar tarihi uygulamasından hareketle malvarlığı zararlarının hesaplanmasında da karar tarihi esas alınır, EREN, s. 748. Benzer görüş için bkz. TANDOĞAN, s. 265; TEKİNAY, s. 812-813; İNAL, s. 203.

¹¹⁶ Yargıtay 4. HD, 2.12.1972 tarih ve 7606/10156 sayılı Karar. Tandoğan'a göre, hüküm tarihinin esas alınmasının mümkün olmadığı durumlarda zarar verici olay tarihi esas alınarak zarar hesaplaması yapılır; ancak olay tarihinden itibaren faize de hükmedilmelidir, TANDOĞAN, s. 265-266. Benzer doğrultudaki görüş için bkz. Kılıçoğlu, s. 524-525. Burada Kılıçoğlu, enflasyon nedeniyle, zarar verici olaydan sonraki bir tarihte dava açan zarar görenin, olay anına göre hesaplanan tazminat ile zararının karşılanması mümkün olmazsa karar tarihinden itibaren gecikme faizi isteyebileceğini; bu faiz de zararının karşılanmasına yetmezse, TBK m. 122'ye dayanarak gecikme faizi ile karşılanamayan münzam zararını talep edebileceğini belirtmektedir.

¹¹⁷ Zararın hesaplanmasında zarar verici olay meydana gelmeseydi kişinin malvarlığının ne durumda olacağını tespit edilmesi, farazi ve özel bir değerlendirmeyi gerektirir ki bu en çok yoksun kalan karın belirlenmesinde problem oluşturmaktadır, EREN, s. 546; TANDOĞAN, s. 263.

olmayabilir¹¹⁸ ve bu durumda TBK m. 50/2 uyarınca hakim olayların olağan akışı ve zarar görenin aldığı önlemleri değerlendirerek zarar miktarını hakkaniyete uygun bir şekilde takdir eder. Genel hükümlere göre zarar verici olay veya işlem aynı zamanda zarar gören açısından bir menfaat veya ekonomik anlamda bir fayda sağlamışsa doktrinde ve uygulamada kabul edildiği üzere bu miktarın da maddi zararın belirlenmesi esnasında düşülmesi gerekmektedir¹¹⁹. Aksine bir hüküm veya taraf iradesi bulunmaksızın zarar verici olayın zarar gören lehine ekonomik bir yarar sağladığı davalı tarafından kanıtlanırsa, zarar verici olayın uygun bir sonucu olan yararlar, maddi zarardan düşülür. Nitekim bu uygulama ile zarar görenin zenginleşmesi değil; zarar görenin “net zararının bulunması” amaçlanmaktadır¹²⁰.

SPKn m. 32’ye göre tazmin edilmesi gereken zararın belirlenmesi, ters işlem görüşüne uygun olarak, yatırımcının işlem yaptığı yapay fiyat ile ters işlemi yaptığı fiyat arasındaki farktır. Bu fark, yatırımcının hukuka aykırı bilgi açıklandıktan sonra ve bu sebeple sermaye piyasası aracına ilişkin alım veya satım işlemi yaptığı fiyat ile düzeltici açıklamadan sonra ters işlemi yaptığı fiyat arasındaki farkın matematiksel hesaplanması ile bulunur. Buradaki hesaplama oldukça nesnel ve net olmakla birlikte herhangi bir değerlendirmeyi gerektirmediği gibi olası bir tereddüde de yol açmaz. Sonuç olarak sermaye piyasası hukukunda benimsenen ters işlem görüşü, fiili zararın hesaplanmasını kolaylaştırır ve yukarıda açıklanan zorlukların doğmasını engeller.

b. Tazminatın Belirlenmesi

Hükmedilecek tazminat miktarının üst sınırını zarar oluşturacağından zararın doğum anının belirlenmesi, tazminatın da belirlenmesi açısından büyük önem arz etmektedir¹²¹. Tazminatın belirlenmesi açısından zararın doğduğu ana ilişkin Türk borçlar hukuku ve sermaye piyasası hukukunda benimsenen farklı görüşlerin bulunmasının bir etkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu konuda genel

¹¹⁸ zarar görenin hırsızın ne değerdeki eşyasını çaldığını ispatlayamaması gibi bazı hallerde haksız fiilin neden olduğu zararı, zarar gören davacının ispatlaması oldukça zor hatta imkansızdır, TANDOĞAN, s. 262.

¹¹⁹ EREN, s. 751-752. Denkleştirme uygulaması doğrudan bir kanun hükmünden kaynaklanmasa da bu uygulama, Alman ve İsviçre hukukunda fark teorisine dayandırılmıştır, TEKİNAY, s. 791; TANDOĞAN, s. 268. Sadece maddi zararın hesaplanmasında denkleştirme uygulanırken manevi zararlar açısından bu denkleştirme yapılamayacağı kabul edilmiştir, İNAL, s. 211-213.

¹²⁰ OĞUZMAN/ ÖZ, Cilt II, s. 89, no. 266; tazminatın belirlenmesinden ziyade, zarar görenin lehine bir durum olması sebebiyle uygulamada zararın hesaplanmasında resen denkleştirme yapıldıktan sonra gerçek zarar tespit edilmektedir, EREN, s. 751-752; Yargıtay 4. HD. 31.03.2004 tarihli ve 2003/14455 Esas ve 2004/4104 Karar sayılı Kararı.

¹²¹ OĞUZMAN/ ÖZ, Cilt II, s. 114, no. 347.

hükümlere göre yapılan açıklamalar sermaye piyasası hukukunda da geçerlidir. Genel hükümlere göre hakim TBK m. 51/1 uyarınca tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini durumun gerekleri ve kusurun ağırlığını göz önüne alarak takdir ve tayin eder¹²². Tazminat miktarını belirlerken hakim borçlunun kusurunun ağırlık derecesini ve durumun gereğini göz önüne alır¹²³. TBK m. 52’de öngörülen bazı indirim sebepleri başta olmak üzere hakim belirli sebeplerle tazminat miktarından indirim yapabilmektedir¹²⁴.

Tazminatın belirlenmesinde sermaye piyasası hukuku açısından farklı bir düzenleme getiren¹²⁵ ABD hukukunda, 1934 tarihli Kanunun §21(D)(e) hükmüne göre davacı yatırımcıya ödenecek tazminatın tutarı, davacının gerçekten o sermaye piyasası aracı için ödediği fiyat ile doğru bilginin kamuya açıklandığı tarihten başlayarak doksan günlük dönemde hesaplanacak ortalama fiyat arasındaki farkı geçemez. Düzeltici açıklamanın hemen ardından piyasanın tepki vermesi gerektiği gibi bu hüküm sayesinde kısa sürede yapılan piyasa düzeltmelerine

¹²² Tazminatın ödenme biçiminin nakden ödeme olacağı şüphe götürmese de hakim, tazminat miktarının belirlenmesine ilişkin bir değerlendirme yapacaktır. Maddi tazminatı isteme hakkı alacak hakkı niteliğinde olup bu tazminatın ödenmesinde, aynen veya nakden tazmin mümkündür. Zararın nakden tazmin edilmesinde tazmin sermaye veya irat şeklinde gerçekleştirilebilir. Alman hukukunda BGB §249 Abs. 1 hükmü ile kural olan aynen tazmine karşın Türk hukukunda hakimin takdiri doğrultusunda her iki tür de eşit derecede uygulamaya sahiptir.

¹²³ BGB’de bu yönde bir hüküm bulunmamasına rağmen kanunumuzda bu yönde bir hüküm olması temel ilke olan kusur sorumluluğu ilkesiyle de uyumludur, OĞUZMAN/ ÖZ, Cilt II, s. 119-120, no. 370.

¹²⁴ Tazminatın hesaplanmasında bazı kanunlarda öngörülen indirim sebepleri vardır. Zarar görenin zarara razı olması, zarar görenin ortak veya kişisel kusurunun bulunması, kusur sorumluluğunun hesaplanmasında zarar verenin kusurunun ağır veya hafif olması; veya somut olayın özelliklerine göre başka indirim sebeplerinin de bulunması mümkündür. İndirim sebeplerinden olan zarar verenin kusurunun derecesi, sözleşmesel sorumlulukta tazminat borcunun doğumuna etki etmezken, tazminat miktarının belirlenmesinde kural olarak önemli bir rol oynamaktadır. Ödenecek tazminatın miktarı ile zarar verenin kusurunun ağırlığı doğru orantılıdır, ancak TBK m. 114/1’de sözleşme sorumluluğu açısından borçlunun her türlü kusurundan sorumlu olacağı belirtilmiştir. Haksız fiil sorumluluğunda ise zarar belirlendikten ve hesaplandıktan sonra tazminatın belirlenmesi aşamasında zarar verenin ağır kusuru, tazminat miktarının zarar miktarına eşit olmasına neden olabilir.

¹²⁵ Zararın doğum anına ilişkin benimsenen herhangi bir görüşle ilgili olmaksızın, Kanada hukukunda ihraççının kamuya yaptığı hukuka aykırı açıklamalardan ötürü zarar gören yatırımcıya karşı sorumlu olacağı tazminat miktarı bir milyon Kanada Doları ve ihraççının piyasadaki paylarının değerinin %5’in toplamını geçemez, Christopher C. NICHOLLS, “Civil Enforcement in Canadian Securities Law”, *Journal of Corporate Law Studies*, Cilt 9, S. 2, 2009, s. 399. Benzer şekilde fark teorisinden kaynaklanmasa da tazminatın belirlenmesi açısından ABD hukukunda Menkul Kıymetler Kanunu §11 hükmü, aracı kurumun kendisi tarafından ihraçtan önce üstlenilmeyen menkul kıymetin toplam fiyatını aşan zararlardan hiçbir şekilde sorumlu olmayacağını belirterek aracı kurumlar açısından sorumluluğun sınırını çizmiştir. Ancak, eğer ihraççıdan aracı kurum olması sebebiyle doğrudan veya dolaylı olarak bir menfaat sağlamışsa halka arz edilen menkul kıymetin toplam fiyatını aşmayacak şekilde doğacak zararlardan sorumlu olacaklardır.

karşı sorumluluk davası açılması engellenmiş olacaktır¹²⁶. 1933 tarihli Menkul Kıymetler Kanunu §12 hükmünde herhangi bir kimse, elindeki menkul kıymeti sattıysa, karşılığında aldığı bedeli düşmek suretiyle o kıymeti satın alırken ödediği bedeli faiziyle birlikte zarar kalemi olarak tazmin edebilir. Buna göre dava açmadan önce menkul kıymet satılmışsa, davacı yatırımcının o menkul kıymeti satın alırken ödediği bedel ve sattığı bedel arasındaki fark; dava açtıktan sonra ancak karar verilmeden önce söz konusu kıymet satıldıysa satın alma bedeli ile sattığı bedel arasındaki farkı; ve son olarak da kararın verilmesi tarihinde hala yatırımcı menkul kıymeti elinde bulunduruyorsa satın alma bedeli ile kararın verildiği tarihte menkul kıymetin değeri arasındaki fark tazminat miktarını oluşturacaktır.

Son olarak kamuyu aydınlatmanın kamusal yarar sağlayan bir uygulama olması¹²⁷ dolayısıyla yatırımcıların zararının tazmininde, sadece bireysel bazda malvarlığı zararının tazmininin değil kamusal anlamda bu tür hukuka aykırı fiyatların oluşumunu engellemek için caydırıcı tazminatların da öngörülmesi gerekmektedir. Özellikle ülkemizde yatırımcıların hukuka aykırı bilgilendirmeler dolayısıyla şimdiye kadar zararlarının tazminini talep etmedikleri de düşünüldüğünde¹²⁸, hak aramada farkındalığın artırılması, yatırımcıların sorumluluk davası açma konusunda teşvik edilmesi amacıyla hükmedilebilecek tazminat miktarlarının caydırıcı nitelikte olması faydalı olacaktır¹²⁹.

V. SONUÇ

SPKn m. 32 hükmünde yer alan kamuyu aydınlatma belgelerinden sorumluluk uyarınca bu belgeleri imzalayan veya bu belgeler kendi adına imzalanan kişilerle izahname açısından SPKn m. 10'da belirtilen kişiler, bu belgelerde yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden kaynaklanan zarardan dolayı sorumludurlar. SPKn m. 32'de düzenlenen sorumluluk kuralı olarak kusur sorumluluğudur ve yatırımcı bu hükmün yanı sıra genel hükümlere göre de zararının tazmin edilmesini isteyebilir. Açılacak tazminat davasının konusu, hukuka aykırı açıklamadan dolayı zarar gören yatırımcının zararının tazmini olacaktır. SPKn m. 32 uyarınca kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan hukuki sorumluluk borçlar hukukundaki klasik unsurlarına ayrılmak suretiyle bu çalışmada incelenmiştir. Kamuyu aydınlatma belgelerindeki bilgilerin yanlış,

¹²⁶ COFFEE, s. 546.

¹²⁷ MANAVGAT, (2016), s. 247; Zühtü AYTAÇ, "Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü", **BATİDER**, Cilt 10, 1979, s. 177.

¹²⁸ TURAN, s. 224.

¹²⁹ MANAVGAT, (2016), s. 247.

yanıltıcı veya eksik olması sebebiyle gerçeği yansıtmaması yatırımcının zararına sebep olmuşsa, m. 10'da sayılanlar, kamuyu aydınlatma belgelerini imzalayanlar veya bu belgeler kendi adına imzalanan kişilerin kusurlarının bulunması halinde sorumlulukları gündeme gelecektir. Ayrı bir unsur olarak zarar, yatırımcının, kamuyu aydınlatma belgelerindeki bilginin yanlış, yanıltıcı veya eksik olması nedeniyle malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalmadır.

Zararın tanımı ve dolayısıyla kapsamının belirlenmesine ilişkin ileri sürülen görüşlerden ilkinde göre, yatırımcının yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilerin bulunduğu belgelerin kamuya açıklanması ile yapay fiyattan alım veya satım işlemi yapmış olması, zararın ortaya çıkması için yeterlidir. İkinci görüşe göre yatırımcının ilk alım veya satım işlemi yaptığı yapay fiyat ile düzeltici açıklamadan sonra ortaya çıkan gerçek fiyat arasındaki fark, yatırımcının zararını oluşturmaktadır. Son görüşe göre yatırımcının düzeltici açıklamadan sonra ters işlemi yapmasıyla zararın doğacağı ve malvarlığında açıkça meydana gelen farkın zararı oluşturacağı savunulmaktadır. Türk hukukuna genel hükümler uyarınca zarar kavramının tespitinde haksız fiiller için fark görüşünün doktrinde hakim olduğu görülmektedir. Borçlar hukukuna göre zarar, gerçek bilginin kamuya açıklanmasını takiben fiyatların değişmesi ile ters işlem yapılmazsa yapay fiyat ve değişen fiyat arasındaki fark; ters işlem yapılırsa ilk işlemin yapıldığı ve yatırımcı tarafından ödenen yapay fiyat ve ters işlemin yapıldığı fiyat arasındaki farktan oluşur. SPKn m. 32'deki zararın işlem yapılan yapay fiyat ile hukuka aykırı açıklama yapılmıyorsa oluşacak varsayımsal fiyat arasındaki farktan meydana gelmediği; piyasada oluşan gerçek fiyatlar üzerinden hesaplandığı görülmektedir. Dolayısıyla SPKn m. 32/4'te dolaylı olarak belirtildiği üzere sermaye piyasası hukukundaki zarar kavramı genel hükümlerdekinden farklıdır ve kapsamı da daha dardır. Nitekim buradaki zarar, SPKn m. 32/4'ten anlaşıldığı üzere yalnızca hukuka aykırı açıklamadan sonra belirli süreler içerisinde alım veya satım işlemlerinin yapılmasının ardından gelen düzeltici açıklama sonucunda ters işlemin yapılmasından doğan zararlardır. Yine de genel hükümler de sermaye piyasasındaki sorumlulukta uygulama alanı bulabilir; eğer kamuyu aydınlatma belgelerinde yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgi yer alıyorsa öncelikle SPKn m. 32'nin uygulanması sonra da uygun düştüğü ölçüde genel hükümlerdeki haksız fiil veya sözleşme sorumluluğunun uygulanması söz konusu olacaktır.

Zararın doğduğu ana ilişkin benimsenen ters işlem görüşü, Türk hukukunda tazminatın belirlenmesi açısından bir fark oluşturmasa da; zararın belirlenmesinde önemli bir rol oynamakta ve bu durum da, Türk borçlar hukuku ve sermaye piyasası hukuku arasında bir farklılık doğmaktadır. Zararın hesaplanması

açısından Türk borçlar hukukundaki hakim görüş uyarınca hakim karar vereceği tarih esas alınmaktadır; ancak uygulamada Yargıtay zararın hesaplanmasında zarar verici olay veya işlemin gerçekleştiği tarihi zararın hesaplanmasında esas almaktadır. Sermaye piyasası hukukunda benimsenen ters işlem görüşü, zararın belirlenmesine ilişkin oldukça net bir zaman dilimi sunmaktadır. Buna göre hukuka aykırı bilgi açıklandıktan sonra ilk işlemin yapıldığı fiyat ile düzeltici açıklamadan sonra ters işlemin yapıldığı fiyat arasındaki fark, SPKn m. 32 uyarınca zararı oluşturur. Sonuç olarak, bu çalışmada SPKn m. 32’ye dayanarak açılacak tazminat davalarında tazmin edilmesi gereken zarar, hukuka aykırı bilgilerin yer aldığı kamuyu aydınlatma belgelerinin açıklanması ile alım veya satım işleminin yapılmasını takiben gelen düzeltici açıklama sonrasında yatırımcının ters işlem yaptığı anda doğduğu savunulmuştur.

KAYNAKÇA

- ADIGÜZEL, Burak: **Sermaye Piyasası Hukuku**, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2018.
- ARGANBRIGHT, John: “No Loss, No Problem: How the Second Circuit Altered Dura and the Concept of Economic Loss in Securities Fraud Cases in Acticon AG v. China North East Petroleum Holdings, Ltd.”, **Seton Hall Law Review**, Cilt. 44, 2014, ss. 279-304.
- AYAN, Mehmet: **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, 10. Baskı, Mimoza, Ankara, 2015.
- AYOĞLU, Tolga: **Sermaye Piyasası Hukukunda Halka Arz Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmeleri**, Vedat, İstanbul, 2008.
- AYTAÇ, Zühtü: “Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **BATİDER**, Cilt 10, 1979, ss. 177-218.
- CHAMBLEE BURCH, Elizabeth: “Reassessing Damages in Securities Fraud Class Actions” **Maryland Law Review**, Cilt 66, S. 2, ss. 348-397.
- COFFEE, John C.: “Causation By Presumption? Why the Supreme Court Should Reject Phantom Losses and Reverse Broudo?” **Columbia Law and Economics Working Paper**, No. 264, 2005.
- ÇATAKOĞLU, Buket: “Halka Arzda İzahnamenin Hukuki Niteliği ve İzahnameden Doğan Hukuki Sorumluluk,” **Kastamonu Üniversitesi İİBFD**, S. 11, 2016, ss. 118-132.

- ÇETİN, Nusret/ TÖREMİŞ, Hatice Ebru/ CANTİMUR, Zeynep: **6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistematiik Analizi**, Yetkin, Ankara, 2014.
- EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Yetkin, Ankara, 2017.
- FENCHER, Marvin/ TIPTON, Travis: "Securities Regulation in Germany and the US," **Comparative Corporate Governance and Financial Regulation**, Select Seminar Paper 5, 2016.
- FISCHEL, Daniel R.: "Efficient Capital Markets, the Crash and the Fraud on the Market Theory," **Cornell Law Review**, Cilt 74, 1989, ss. 907-922.
- FOX, Merritt: "Demystifying Causation in Fraud-on-the Market Actions," **The Business Lawyer**, Cilt 60, 2005, ss. 507-532.
- GÜNDOĞDU, Aysel: **6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Türkiye'de Sermaye Piyasasının Değişen Yüzü**, Seçkin, Ankara, 2015.
- HORWICH, Allan: "Section 11 of the Securities Act: The Cornerstone Needs Some Tuckpointing" **The Business Lawyer**, Cilt 58, S. 1, 2002, ss. 1-43.
- İHTİYAR, Mustafa: **Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi**, Beta, İstanbul, 2006.
- İNAL, Tamer: **Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih**, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.
- İNCEOĞLU, Mehmet Murat: **Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuk Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara, 2004.
- KARA, Mustafa Sencer: "Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk," **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 23, S. 2, 2015, ss. 131- 172.
- KARABABA, Serdar: **Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması**, Seçkin, Ankara, 2001.
- KHOO, Joanna: "Civil Liability For Misstatements in Offer Documents: Striking the Right Balance," **BYU International Law and Management Review**, Cilt 6, S. 2, 2010, ss. 49-91.
- KESKİN, Mustafa: **Halka Açık Anonim Ortaklıkların Kamuyu Aydınlatma Yükümlülüğü**, Oniki Levha, İstanbul, 2018.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Bası, Turhan, Ankara, 2017.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: "Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi" **Dicle**

- Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 2, Sayı 2, 1984, ss. 175-305.
- KÜTÜKÇÜ, Doğan: **Sermaye Piyasası Hukuku**, 1. Cilt, Beta, İstanbul, 2004.
- LANGEVOORT, Donald C.: “Deconstructing Section 11: Public Offering Liability in a Continuous Disclosure Environment,” **Law and Contemp. Probs.** Cilt. 63, 2000, ss. 45-70.
- MANAVGAT, Çağlar: “Bilgiye Dayalı Manipülasyonda Menfaat Elde Etme Şartının Yerindeligi”, **BATİDER**, C. XXXIII, S. 2, 2017, ss. 29-41.
- MANAVGAT, Çağlar: **Hukuki Bakımdan Halka Açık Anonim Ortaklıkla ve Halka Arz**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2016.
- NICHOLLS, Christopher C.: “Civil Enforcement in Canadian Securities Law”, **Journal of Corporate Law Studies**, Cilt 9, S. 2, 2009, ss. 367-408.
- NIELSEN, Peri/ PROWSE, Stephen: “Securities Litigation: Dura’s Impact on Damages” **Insights**, Cilt 22, S. 7, 2008, ss. 16-25.
- NOMER, Haluk: **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul 1996.
- OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt I, 14. Baskı, Vedat, İstanbul 2016.
- OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut M.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II, 12. Baskı, Vedat, İstanbul 2016.
- SIMMONDS, Andrew R./ SAGAT, Kenneth A./ RONEN, Joshua: “Dealing With Anomalies, Confusion and Contradiction in Fraud on the Market Securities Class Actions”, **Kentucky Law Journal**, Cilt 81, 1992-93, ss. 123-186.
- TANDOĞAN, Haluk: **Türk Mes’uliyet Hukuku**, 2. Baskı., Vedat, İstanbul 2010.
- TANÖR, Reha: **Türk Sermaye Piyasası: Taraflar**, 1. Cilt, Beta, İstanbul 1999.
- TEKİNALP, Ünal: **Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları**, Ekonomik ve Sosyal Yayınlar, İstanbul 1982.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul 1988.
- TURAN, Gökçen: “Türk Hukukunda İzahnameden Doğan Hukuki Sorumluluğun Esasları,” **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, S. 1, 2016, ss. 191-231.

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

AB'NİN TEMEL DAYANAKLARININ PARÇASI OLARAK AZINLIKLARIN KORUNMASI

A.Fusun ARSAVA*

ÖZET

AB anlaşmasının 2.maddesi AB'nin istinat ettiği üye devletlerde ortak olan değerlerden biri olarak insan haklarına, azınlık hakları dahil olmak üzere saygı gösterilmesinden söz etmektedir.

Makalede azınlık mensubu bireylerin haklarının somutlaştırılması bağlamında AB Temel Haklar Şartı'nın ve AB üyesi devletlerin taraf olduğu anlaşmaların rolü yanısıra, AB hukukunda azınlık haklarının korunmasında uygulanan yöntem, azınlık hakları korumasının AB'ne katılımda ve AB'nin dış ilişkilerinde oynadığı rol ele alınmaktadır.

***Anahtar Kelimeler:** Azınlık kavramı, AB değerleri, AB Temel Haklar Şartı, Avrupa Konseyi bölgesel ve azınlık dilleri, Çerçeve Sözleşmesi, AGİT (Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı) standardı*

THE PROTECTION OF MINORITIES AS A PART OF EUROPEAN UNION CORE PRINCIPLES

ABSTRACT

Article 2 of the EU Treaty refers to respect for human rights including minority rights as one of European values common to the member states.

In this article, the roles of the EU Charter of Fundamental Rights and of the treaties to which EU member states are parties in the protection of individuals belonging to minorities are analyzed. And the method used in the protection of minority rights in EU law, the role of the protection of minority rights in the EU's enlargement policy and in its foreign relations are also examined.

***Key Words:** concept of minority, EU values, EU Charter of Fundamental Rights, regional and minority languages of the Council of Europe, Framework Convention, OSCE standard*

* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi (fusun.arsava@atilim.edu.tr)

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 29/12/2018

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 02/05/2019

A – Giriş

Lizbon Sözleşmesinin 01.12.2009'da yürürlüğe girmesi ile AB azınlıkların korunması alanında yeni bir sayfa açmıştır. AB anlaşmasının 2.maddesi yanlış anlamaya imkan bırakmayacak şekilde AB'nin istinat ettiği üye devletlerde ortak olan değerlerden biri olarak çoğulculuk, ayrımcılık yasağı ve hoşgörü yanısıra insan haklarına azınlık hakları dahil olmak üzere saygı gösterilmesinden söz etmektedir. Lizbon Sözleşmesi'ne göre primer hukuk hiyerarşisine sahip olan Temel Haklar Şartı'nın 21.madde, 1.fıkrası (AB anlaşması madde 6, fıkrası 1) kişilere ulusal azınlığa mensubiyetleri nedeniyle ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. Her iki hükmün de yenilik taşımadığı, şimdiye dek mevcut olan düzenlemeleri teyit ettiği doğrudur¹. Ancak şimdiye dek Avrupa entegrasyon tarihinde ilk kez AB primer hukukunda açık bir şekilde azınlıklara atıf yapılmıştır. Yapılan bu atıf AB'nin kapsamlı bir azınlık politikası kabul ettiği sonucu çıkarılmasa da, bu düzenlemelerin üye devletlerde azınlıklarla ilgili mevcut politikaların geliştirilmesine katkı sağlayacağı kesindir². AB'de geçerli olacak azınlık hakları standardı ve kimlerin azınlık mensubu olarak kabul edileceği belirlenmeden Lizbon Sözleşmesinde AB'de azınlıkların korunmasının bir anayasa prensibi olarak açıkça tanınması eleştiri konusu olmaktadır³.

B – Tarihi Nedenler

Azınlıkların korunması sorunu oldukça geç, normatif olarak dolaylı şekilde Avrupa entegrasyonunun konusu olmuştur. Azınlıkların korunması 90'lı yılların başına kadar Avrupa Parlamentosu'nun azınlıkların korunmasına ilişkin gayretleri dışında o zamanki AET'nin gündeminde olan bir konu değildir⁴. Sovyetler Birliği'nin ve Yugoslavya'nın dağılması ertesinde Avrupa'nın doğu ve güneyinde yaşanmaya başlanan etnik-ulusal uyuşmazlıklar Avrupa Topluluğu'nun ve üye devletlerin azınlıkların korunması konusuna

¹ Frank HOFFMEISTER, “Grundlagen und Vorgaben für den Schutz der Minderheiten im EU-Primärrecht”, *ZaöRV (Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht)*, Bd. 68, 2008, s.175

² Maximilian OPITZ, *Die Minderheitenpolitik der Europäischen Union*, Lit Verlag, Münster, 2007

³ AB Parlamentosunun bu çerçevedeki eleştirileri için bkzn.: ABl.C-124 E, 25.5.2006, 405 (*Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften*)

⁴ Peter HILPOLD, “Minderheiten im Recht der Europäischen Union”, *Zur Entstehung des modernen Minderheitenschutzes in Europa*, Christoph PAN, Beate SYBILLE (ed.), Springer Verlag, New York, 2006, s.487

şimdiye dek olduğundan daha fazla şekilde yoğunlaşmasına yol açmıştır⁵.

Takip eden gelişmelerde konu AT/AB'nin eski komünist devletlerin halefi devletlerle ilişkilerinde yer almaya başlamıştır. Topluluğun 1992'den itibaren ulusal azınlıkların haklarına saygıyı ilgili devletlerle yaptığı işbirliği anlaşmalarında vurgulamaya başlaması ve ünlü Kopenhag kriterlerinin 1993'te Avrupa Birliği tarafından kabulü ile birlikte azınlıkların korunması AB'nin genişleme politikasının önemli bir kriteri haline gelmiştir. AB ilk olarak Arnavutluk ve Baltık devletleriyle yaptığı ticaret ve işbirliği anlaşmalarında ulusal azınlık haklarının korunması vurgusunu yapmıştır. Bu uygulama doğu Avrupa ülkeleriyle yapılan işbirliği ve ortaklık anlaşmalarında devam ettirilmiştir⁶. Demokrasi, hukukun üstünlüğü, azınlıkların korunması dahil olmak üzere insan haklarına saygıyı temin eden istikrarlı kurumsal yapı bu şekilde AB'ne tam üyeliğin ön koşulu haline gelmiştir⁷.

Benzer şekilde bir süre sonra batı Balkan ülkeleri için Konsey tarafından ihdas edilen koşulluluk direktifinde de azınlıkların korunması bağlamında uluslararası seviyede tanınan standardın sağlanması, AB'nin mali ve teknik yardımının, aynı şekilde anlaşma ile doğan ilişkilerin sürdürülebilirliğinin ön koşulu olarak öngörülmüştür⁸. İlk etapta Doğu Avrupa ülkeleriyle ilişkilerde gündeme gelen azınlıkların korunması konusunun zaman içinde bir Birlik politikasının oluşmasına yol açtığı görülmektedir. AB'nin bu şekilde üçüncü devletlerle ilişkilerinde katı bir şekilde öngördüğü azınlık haklarının korunması kriterinin kendi iç ilişkilerinde de çifte standart eleştirilerini önlemeye matuf olarak telâfi edilmeye çalışıldığı görülmektedir. AB Temel Haklar Şartı'nın hazırlandığı konvansiyon çalışmalarında kimi konvansiyon üyeleri tarafından kapsamlı bir azınlık hakları düzenlemesinin gereğine dikkat çekilmekle beraber Temel Haklar Şartı'nın nihai metninde bu yaklaşım benimsenmemiştir⁹.

⁵ Avrupa Konseyi 29.06.1991 tarihli insan haklarının korunmasına ilişkin deklarasyonunda Topluluğun bundan böyle üçüncü devletlerle ilişkilerinde gelecekte azınlıkların korunmasını daha çok dikkate alacağını ifade etmiştir. Bknz.: Bull.EG (*Bulletin der Europäischen Gemeinschaften*) 6-1991, Ziff.I.45

⁶ AT ve üye devletlerin Arnavutluk'la yaptığı istikrar ve ortaklık anlaşmasının dibacesinin 4.paragrafi için bknz.: ABl. L 107, 28.04.2009, 166

⁷ 21/22.06.1993 tarihli Kopenhag kriterleri için bknz.: Bull.EG 6-1993, Ziff.I.13

⁸ bknz.: EU 4-1977,Ziff. 2.2.1

⁹ Sven HÖLSCHIEDT, "Artikel 22: Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprache", **Charta der Grundrechte der Europäischen Union**, Jürgen Meyer (ed.) 3.bası, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2011, Rn.8ff (*Randnummer*)

Ekim 2004'te imzalanan AB anayasa tasarısının I-2.maddesinde azınlık haklarının korunması ile ilgili hükmün açık bir şekilde yer almasına ilişkin inisiyatifin Kopenhag kriterleri ışığında AB'ne katılan Macaristan menşeli olması da şaşırtıcı görülmemektedir¹⁰. AB anayasa tasarısının I-12.maddesi "AB'nin istinat ettiği değerleri "insan onuru, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukuk devleti ve azınlık hakları dahil olmak üzere insan hakları" olarak düzenlemiştir. Düzenlemenin devamında çoğulculuk, ayrımcılık yasağı, hoşgörü, adalet, dayanışma ve kadın-erkek eşitliği de AB değerleri olarak ifade edilmiştir.

C – Değerler Topluluğunun Temel Normu Olarak AB Anlaşmasının 2.maddesi

Bir anayasa anlaşması yapma projesinin gerçekleşmemesi ertesinde anayasa tasarısının I-2.maddesi içerik olarak herhangi bir değişikliğe uğramadan Lizbon Sözleşmesinin 2.maddesi tarafından üstlenilmiştir. Bu şekilde, şimdiye dek AB anlaşmasının 6.madde, 1.fikrasında insan haklarının korunması şeklinde düzenlenen hüküm primer hukukta azınlıklara mensup bireylerin hakları dahil olmak üzere insan haklarına saygı şeklinde düzenlenmiştir. Bireyselleştirilen azınlık koruması bu şekilde AB'nin değerlerine dahil olmuş ve Avrupa Birliği hukukunun temel normu olma özelliği kazanmıştır¹¹. Bu değerlerin bağlayıcı olduğu sadece AB'nin istinat ettiği değerleri öngören AB anlaşmasının 2.maddesinden değil, bu değerlerin AB'nin kimliğinin bir özelliği olarak geliştirilmesini öngören anlaşma hükümlerinden de istihraç edilmektedir. Diğer bir ifade ile AB anlaşmasının 2.maddesinin sadece AB organlarının anlaşmada öngörülen yetkilerini kullanırken esas aldıkları yetki dayanağı olarak değil, aynı zamanda madde hükmünde öngörülen değerlerin yönlendirici prensipler olarak dikkate alınması ve onlara gerektiği gibi geçerlilik sağlanması yükümlülüğü getiren hüküm olarak anlaşılması gerekmektedir. 2.madde, 2.fıkraya göre söz konusu değerler tüm üye devletlerde ortaktır. Bu şekilde Birlik anlaşmasının değerlerle ilgili normu bu prensiplerle bağlı olan Birliğin kendisi gibi üye devletleri de (özellikle AB anlaşmasının 7.maddesi bağlamında) bağlamaktadır¹².

¹⁰ HOFFMEISTER, s.181

¹¹ Francesco PALERMO, "Annäherungen and den "Verfassungsrecht der Europäischen Verfassungsraums", **Vom Verfassungsstaat am Scheideweg**, Karl WEBER, Norbert WIMMER (ed.), Springer, Vienna/New York, 2005, s.295

¹² Roland BIEBER/Astrid EPINEY/Marcel HAAG, **Die Europäische Union**, 9.bası, Nomos Verlag, 2011, s.101

AB anlaşmasının 2.maddesi iki fonksiyon yerine getirmektedir. Bunlardan birincisi kaynağı itibariyle ulusal hukuk nitelikli prensiplerin supranasyonal seviyede anayasa prensibi kategorisine yükseltılarak avrupalılaştırılması, diğeri federal yahut federal devlet benzeri bir yapıya sahip AB’de “homojenlik kuralı” işlevi görmesidir. Diğeri bir ifade ile AB anlaşmasının 2.maddesi bir taraftan vertikal (dikey) homojenlik prensibi olarak AB’nin anayasal değerleri ile üye devletlerin anayasalarına esas olan değerler arasında, diğeri taraftan da horizontal (yatay) homojenlik kuralı olarak üye devletlerin anayasal yapıları arasında uyumluluğu dile getirmektedir¹³.

D – AB Anlaşmasının 2.madde 1.fıkrasının Normatif İçeriğinin Belirlenmesi

AB değerlerine AB’nin karakterine uygun bir içerik verilmesinde AB anlaşmasının 2.maddesinin işaret ettiği üzere bu değerlerin ulusal anayasa hukuku menşei esas olmaktadır. Bu değerlerin somutlaştırılmasında normlara ve prensiplere içerik kazandırılması bağlamında öncelikle üye devletlerin ortak anayasal geleneklerine istinat edilmektedir¹⁴. Azınlık haklarının korunması konusunda ancak üye devletler arasında önemli farklılıklar görülmektedir. AB’nin istinat ettiği değer olarak ve üye devletlerin ortak anayasal değeri olarak ilan edilen azınlık haklarının normatif içeriğinin belirlenmesinde bu nedenle üye devletlerin uluslararası seviyede yaptıkları açıklamaların ve taahhütlerin dikkate alınması gerekmektedir.

I – Normatif Lâfzın Esas Alınması

AB anlaşmasının 2.maddesinden öncelikle AB’nin istinat ettiği söz konusu temel değer madde hükmünde bireysel bir hak olarak kabul edildiği ve bu nedenle münhasıran azınlık mensubu bireylerin haklarının korunmasına matuf olduğu, ulusal grup haklarının veya kolektif hakların düzenlenmediği istihraç edilmektedir¹⁵. AB anlaşmasının 2.madde hükmü

¹³ Frank SCHORKOPF, “Homogenität in der Europäischen Union – Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art.6, Abs.1 und Art.7 EUV” , **Hamburger Studien zum Europäischen und Internationalen Recht**, Bd. 21, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, s.101

¹⁴ Christian CALLIESS, “Art.2 EUV”, **EUV/AEUV (Der Vertrag über die Europäische Union/Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union): Das Verfassungsrecht der Europäischen Union – Kommentar**, Matthias RUFFERT (ed.), 4.bası, Beck Verlag, Münih/Frankfurt, 2011), Rn.14

¹⁵ Nicola WENZEL, **Das Spannungsverhältnis zwischen Gruppenschutz und Individualschutz im Völkerrecht**, Springer Verlag, Berlin/ Heidelberg/New York, 2008, s.17vd.

Temel Haklar Şartı'nın ulusal azınlıklarla ilgili 21.maddesinden farklı olarak genel bir kavram olarak azınlık kavramını kullanmaktadır. Temel değerlere ilişkin madde hükmünün lâfzı bu nedenle azınlık kavramının yeni azınlık mensuplarını da kapsar şekilde yorumunu gerektirmektedir¹⁶.

Bölgesel olarak Avrupa'da da genel olarak kabul gören bir azınlık tanımının bulunmadığının ve özellikle Avrupa Konseyi'nin ve AGIT'in ilgili dokümanlarının devletlerin çoğu tarafından yeni azınlıkları kapsar şekilde yorumlanmadığının ve uygulanmadığının gözardı edilmemesi gerekmektedir. Buna karşılık uluslararası seviyede artan şekilde ikâmet edilen devletin vatandaşı olma kriterinin bir kişinin ulusal azınlık mensubu olarak mütalâa edilmesinde önemini kaybettiği görülmektedir. Bundan bağımsız olarak temel değerlere ilişkin hükümde azınlık korumasının insan hakları korumasının bir boyutu olarak vurgulanması, bu hükmün sadece herkese verilen hak ve özgürlüklerin ayrımcılık yapmadan azınlık mensupları için de temin edilmesi ile sınırlı olmayıp, daha çok azınlık mensupları için özel hakların teminine matuf olarak düzenlendiğini göstermektedir¹⁷.

II – AB Temel Haklar Şartı ve AİHK İlişkisi

AB Adalet Divanı 1970'li yıllardan itibaren temel hakları üye devletlerin ortak anayasal geleneklerinden ve özellikle AİHK'dan doğan hali ile Birlik primer hukukunda geçerli genel hukuk ilkeleri olarak nitelendirmektedir. AB Adalet Divanı'nın sürekli içtihatına göre insan haklarına saygı–AB anlaşmasının 2.maddesine göre azınlık haklarını da kapsar şekilde- AB organlarının tasarruflarının hukuka uygunluğunun ve AB hukukunun uygulanma alanında ihdas edilen üye devlet tasarruflarının hukuka uygunluğunun önkoşuludur. İnsan haklarına aykırı olan önlemlerin AB hukukuna uygun mütalâa edilmesi mümkün değildir¹⁸. AB Adalet Divanı temel haklarla ilgili içtihadında şimdiye dek azınlıklara mensup bireylerin somut hakları bağlamında sadece açık bir

¹⁶ Geleneksel yaklaşıma göre ulusal azınlıklar kavramından kuşaklardan beri belli bir devletin egemenlik alanında doğan, yaşayan ve bu devletin vatandaşı olan etnik, kültürel, dini yahut dil azınlıkları anlaşılmalıdır. Yeni azınlıklar kavramı ise buna karşılık ağırlıklı olarak o ülkede doğmayan göçmen azınlıkları ifade etmektedir; bkz: Peter HILPOLD, “Neue Minderheiten im Völkerrecht und im Europarecht”, *AVR*, Bd.42, Sayı 1, 2004, s.80

¹⁷ Waldemar HUMMER, “Minderheitenschutz im Recht der EU vor und nach dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon. Vom bloßen Diskriminierungsverbot zu ‘affirmative actions’”, *EJM (Europäisches Journal für Minderheitenfragen)*, No.2, 2011, s.81

¹⁸ AB Adalet Divanı'nın 2/94 sayılı, 28.03.1996 tarihli danışma görüşü için bkz.: Slg.1996, I-17/63, Rn.34; AB Adalet Divanı, Kadi und Al Barakaat davası, karar 03.09.2008, Rs. C-402/05 P ve C-415/05 P, Slg.2008, I-6351, Rn.281 vd.

şekilde Birlik hukuku genel ilkelerine gönderme yapmamış, aynı zamanda azınlıkların korunmasını AB hukukunun gereği olarak ulusal politikaların meşru hedefi olarak kabul etmiştir¹⁹.

AB Adalet Divanı içtihatında azınlık haklarının korunması prensibinin maddi içeriğine ilişkin daha kapsamlı bir ipucu bulunmamasına rağmen negatif azınlık korumasının (ayrımcılık yapılmaması) AB müktesebatının doğal parçası olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. AB Temel Haklar Şartı yargıcın hukuk yaratma yöntemi ile yazısız hukuk olarak uygulanan AB temel haklarını somutlaştırmıştır. Temel Haklar Şartı'nın 21.maddesi ulusal bir azınlığa mensubiyet nedeniyle ayrımcılığı yasaklamış ve gerek AB organlarını ve kurumlarını, gerekse üye devletleri²⁰ bu yasağın gereğini yerine getirmekle mükellef kılmıştır. Doğrudan uygulanma özelliğine sahip olan bu normun somutlaştırılması AB Adalet Divanı'na saklı tutulmuştur. AB Adalet Divanı bu çerçevede ulusal azınlık kavramının ne ölçüde dar yorumlanacağını, diğer bir ifade ile ulusal azınlık kavramının vatandaşlık bağına istinat ettirilip ettirilmeyeceğini açıklığa kavuşturma yetkisine sahiptir²¹. AB, AB Temel Haklar Şartı'nın ayrımcılık yasağı öngören 21.maddesi yanısıra AB'ni kültür, din ve dil çeşitliliğine saygı göstermekle yükümlü kılan 22.maddesi ile de yükümlülük altına sokulmuştur. Temel Haklar Şartı'nın 22.maddesi Avrupa Birliği'ni sadece münferit üye devletler tarafından temsil edilen çeşitliliğe saygı göstermekle değil, üye devletlerde mevcut kültür, din ve dil çeşitliliğine saygı göstermekle de yükümlü kılmıştır. Bu norm AB Temel Haklar Şartı'nın 52.madde, 5.fıkrası muvacehesinde temel bir norm teşkil etmektedir. Bu nedenle ulusal azınlığa mensup bireylerin sübjektif hakları ellerinden alınamaz. AB Temel Haklar Şartı'nın 22.maddesi objektif hukuk nitelikli bir düzenleme olarak AB organlarına anlaşmalarda öngörülen yetkilerini kullanmaları bağlamında alacakları kararlar için kriter öngörmektedir.

Madde hükmünde bunun ötesine giden çeşitliliği koruma yahut desteklemekle ilgili özel bir yükümlülük kabul edilmemiştir. AB'nin istinat ettiği temel bir değer olarak azınlık korumasının somut içeriğinin belirlenmesinde ortak anayasal gelenekler yanısıra, AB Adalet Divanı

¹⁹ AB Adalet Divanı, Bickel und Franz, 24.11.1998 tarihli karar için bkz.: Rs. C-274/96, Slg.1998, I-7637, Rn.29; Roman Angonese/Cassa di Risparmio di Bolzano SpA, 06.06.2000 tarihli karar için bkz.: Rs.C-281/98, Slg.2000 I-4139, Rn.44

²⁰ Temel Haklar Şartı'nın 51.madde, 1.fıkrası muvacehesinde üye devletler sadece AB hukukunun icrası bağlamında yükümlülük altına sokulmuştur

²¹ HILPOLD, s.103

tarafından temel haklar alanında yargıcın hukuk yaratması bağlamında birincil kaynak olarak işaret edilen AİHK'nu da büyük ölçüde önem taşımaktadır. AİHK'nun 14.maddesi de ulusal bir azınlığa mensubiyet nedeniyle ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. 14.maddenin koruma standardının madde hükmünde genel bir ayrımcılık yasağı öngörmek yerine sadece Konvansiyonda öngörülen hakların kullanılması bağlamında ayrımcılığın yasaklanması nedeniyle AB Temel Haklar Şartı'nın gerisinde kaldığı kabul edilmektedir²². AİHM içtihatında kimi konvansiyon haklarının (örgütlenme, düşünce ve inanç özgürlüğü, özel ve aile yaşamı) potansiyel azınlık hakları boyutuna dikkat çekmiş ve konvansiyonla uyumlu yegane siyasi model olarak çoğulcu demokrasi prensibine atıf yapmıştır²³. AB Adalet Divanı'nın temel haklar standardının arada geçen süre içinde büyük ölçüde AİHK standardı ile uyum sağlaması paralelinde Strazburg Mahkemesi içtihadının AB'de temel hak korumasında önem kazandığı görülmektedir²⁴. Bununla beraber AİHK'nun (AB Temel Haklar Şartı bakımından da söz konusu olduğu üzere) azınlıklar için özel temel haklar öngörmediğinin ve bu nedenle azınlık mensubu bireylerin kimliklerinin korunmasına matuf pozitif koruma önlemlerinin alınmasına ilişkin hak iddia etme olanağına sahip olmadıklarının göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

III – Ulusal Azınlıkların Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Çerçeve Sözleşmesi

Ulusal azınlık mensubu bireyler için özel haklar öngören şu an için 39 Avrupa Konseyi üyesini taahhüt altına sokan sözleşmenin²⁵ AB anlaşmasının 2.maddesinde yer alan azınlık mensubu bireylerin haklarını korunmasına ilişkin Avrupa Birliği'nin istinat ettiği değerlerin yorumunda dayanak olarak alınması sorunlu gözükmektedir. Bunun en önemli nedeni beş AB üyesi

²² Genel ayrımcılık yasağı AİHK'na ek 12 nolu protokolle kabul edilmiştir. Protokol şimdiye dek 7'si AB üyesi olan 18 devlet tarafından onaylanmıştır

²³ AİHM, Baczkowski-Polonya, karar 03.05.2007, Nr.1543/06, Rn.63; Wolfram KARL, "Der Schutz der Minderheitenrechte im Rahmen des Europarats", **Schutz und Durchsetzung der Rechte nationaler Minderheiten**, Gerhard HAFNER/Martin PANDEL (ed.), Nomos, Baden-Baden, 2008, s.79

²⁴ Eckart KLEIN, "Das Verhältnis des EuGH zum EGMR", **Handbuch der Grundrechte VI/1: Europäische Grundrechte I**, Detlef MERTEN/Hans-Jürgen PAPIER (ed.), Mohr Siebeck, Heidelberg, 2010, §167

²⁵ Sözleşme 01.02.1998'de yürürlüğe girmiştir. Avrupa Konseyi'nin azınlıkların korunmasıyla ilgili olan diğer sözleşmesi 05.11.1992 yürürlüğe giren Bölgesel ve Azınlık Dilleri Avrupa Şartı şimdiye dek 16'sı AB üyesi olan 25 Avrupa Konseyi üyesi tarafından onaylanmıştır

devletin sözleşmeyi henüz onaylamamış olmasıdır²⁶. AB Adalet Divanı da temel haklarla ilgili içtihatında şimdiye dek bölgesel ve azınlık dilleri Şartı'na atıf yapmamıştır. Bununla beraber AB Adalet Divanı'nın içtihatında ortaya koyduğu temel haklarla ilgili yaklaşım bu sözleşmenin AB temel hakları bağlamında dikkate alındığını göstermektedir. Birlik temel haklarının nitelendirilmesi ve yorumunda AB Adalet Divanı üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri dışında insan haklarının korunması alanında AB üyesi devletlerin taraf olduğu yahut katıldığı uluslararası anlaşmaları da esas almaktadır²⁷. Literatürde temsil edilen kimi görüşlere göre AB Adalet Divanı'nın bu yaklaşımının sözleşmenin müzakerelerine tüm AB üyesi devletlerin katılmış olması ve Fransa dışında tüm AB üyesi devletlerin imzalamış olması nedeniyle Bölgesel ve azınlık dilleri sözleşmesine de uygulanması mümkündür²⁸. Nold davasının İngilizce kaleme alınan metninde “*treaties on which member states have collaborated or to which they are signatories*” şeklinde yer alan ifade Adalet Divanı'nın AB temel haklarının yorumu bağlamında zorunlu şekilde uluslararası anlaşmaların onaylanmış olmasından hareket etmediğini göstermektedir²⁹.

AB Adalet Divanı'nın içtihatında Avrupa Konseyi çerçeve sözleşmesine ne ölçüde yer verdiği sorusunun cevabından bağımsız olarak AB'nin diğer organlarının kendi yetkilerini kullanırken AB değerlerinin temini ve geliştirilmesi bağlamında çerçeve sözleşmeye ne ölçüde istinat ettiği hususunun da değerlendirilmesi önemlidir; örneğin Parlamento Haziran 2005 tarihli Komisyona azınlıkların korunmasına ilişkin olarak yaptığı çağrıda ulusal azınlıkların, ulusal azınlıklar çerçeve sözleşmesinin 4.madde, 2.fıkrasının esas alınarak korunması gereğinin altını çizmiştir³⁰. Konvansiyon ulusal azınlık mensuplarına somut, bireysel olarak korunmasını talep edebilecekleri haklar tanımamıştır. Konvansiyon, devletlerin iki taraflı, çok taraflı anlaşmalarla yahut ulusal yasama tasarrufları veya siyasi tasarrufları ile

²⁶ Belçika, Hollanda, Lüksemburg ve Yunanistan sözleşmeyi imzalamış olmakla beraber henüz onaylamamıştır. Fransa ise sözleşmeyi imzalamaktan imtina etmektedir

²⁷ AB Adalet Divanı Nold-Komisyon davasında verdiği 14.05.1974 tarihli kararı için bkz.: Rs. 4/73, Slg.1974, 491, Rn.13

²⁸ Kirsten SHORAKA, **Human Rights and Minority Rights in the European Union**, Taylor and Francis Group, London/New York, 2000, s.148

²⁹ Roland WINKLER, **Die Grundrechte der Europäischen Union**, Springer Verlag, Wien/New York, 2006, s.73

³⁰ ABl. C 124 E, 25.05.2006, 405, §6

gerçekleştirilecekleri genel hedefler öngörmüştür³¹. Sözleşme bunun dışında ulusal azınlıkların tanımını yapmamaktadır; kolektif hakların verilmesi bütünüyle devletlerin takdirine bırakılmıştır. Çerçeve sözleşmenin bununla beraber Avrupa'da azınlıkların korunmasında taşıdığı önemin inkâr edilmesi mümkün değildir.

IV – Azınlıkların Korunmasında AGİT Standardı

AB anlaşmasının 2.maddesinde AB'nin istinat ettiği temel değerler arasında yer alan azınlıkların korunmasına ilişkin hükmün somutlaştırılması bağlamında Avrupa Güvenlik ve İşbirliği teşkilatının standardı da dikkate alınmaktadır. AB'nin tüm üyeleri aynı zamanda AGİT'in de üyeleridir; AGİT bünyesinde insan hakları ile ilgili olarak kabul edilen tüm belgeler, o zamanki adı ile AT üyesi devletlerin de dahil oldukları prosedürlerle oybirliği ile karara bağlanmıştır³². AGİT bünyesinde kabul edilen yükümlülükler sadece siyasi nitelikli olup, hukuken doğrudan bağlayıcı karakterde değildir. Bununla beraber kabul edilen bu metinler bu özellikleri dikkate alınmaksızın Avrupa kamu düzeninin ayrılmaz bir parçası olarak mütalâa edilmektedir³³. AİHM bu nedenle tereddütsüz şekilde içtihatında AİHK'nun azınlık mensuplarının hakları ile bağlantılı olarak 1990 tarihli AGİT Kopenhag belgesine gönderme yapmıştır³⁴.

Avrupa Konseyi'nin yaklaşımı paralelinde AGİT bünyesinde de azınlıkların korunması bağlamında açık şekilde ulusal azınlıklar esas alınmaktadır. Yeni bir Avrupa için Paris Şartı'nda ulusal azınlıkların etnik, kültür, dil ve din kimliklerinin korunması katılımcı devletler tarafından azınlık mensuplarının bu çerçevede sahip olacakları haklar spesifik olarak dile getirilmeksizin ortak prensip olarak ilan edilmiştir. Bu durum 1990 tarihli insani boyut konferansı sonunda kabul edilen Kopenhag belgesine bireysel hakların

³¹ Konvansiyon hükümlerinin kural olarak tanıdığı takdir hakkı ile ilgili olarak bkz.: Karl, Wolfram. Schutz der Minderheiten im Rahmen des Europarats, bkz.: Hafner, Gerhard/Pandel, Manfred (Hrsg.). Schutz und Durchsetzung der Rechte nationaler Minderheiten (2008), 85

³² AGİT'in insani boyut konferansı sonunda kabul ettiği 29.06.1990 tarihli AGİT Kopenhag dokümanı, 19.11.1990 tarihli yeni bir Avrupa için Paris Şartı için bkz.: (<http://www.osce.org/me/39516>) (1.3.2012)

³³ Christiane HÖHN, **Zwischen Menschenrechten und Konfliktprävention: Der Minderheiten-schutz im Rahmen der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE)**, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 2005, s.205 vd.

³⁴ AİHM'nin Sidiropoulos-Yunanistan davasında verdiği 10.07.1998 tarihli karar için bkz.: Nr.26695, Rn.41,44

korunması yaklaşımının esas alındığını göstermektedir. Avrupa Konseyi'nin ulusal azınlıklar çerçeve sözleşmesinin şekillendirilmesine dayanak teşkil eden Kopenhag belgesinin bütünü itibariyle katılımcı devletlerin gerektiği takdirde azınlık mensuplarının eşitliğini temin etmek için pozitif önlemler alabileceğini dile getiren ifadesi azınlıkların korunmasında negatif haklar yaklaşımının aşıldığını göstermektedir. Ulusal azınlık mensubu bireyler için tanınacak özel haklarla bağlantılı olarak AGİT ulusal azınlıklar yüksek komiserliği periyodik olmayan şekilde üye devletlere yükümlülükleriyle ilgili olarak tavsiyeler ve direktifler ilan etmektedir³⁵.

V – BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

AB Adalet Divanı'nın AB değerlerinin normatif içeriğinin tespiti bağlamında içtihatında insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası hukuk enstrümanı olarak bütün AB üyesi devletlerin taraf olduğu BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ne de yer verdiği görülmektedir³⁶. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 27.maddesi taraf devletlere etnik, dini yahut dil azınlıkları mensuplarının, gruplarının diğer mensuplarıyla birlikte kültürlerini, inançlarını din ve/veya dillerini geliştirme, icra etme haklarından mahrum etmeme mükellefiyeti getirmektedir. Engellememe yaklaşımı ile düzenlenen 27.madde hükmü evrensel azınlık koruması alanında öngördüğü asgari standart nedeniyle Avrupa Konseyi ve AGİT standardının gerisinde kalmaktadır. 27.madde ulusal azınlıklarla sınırlı bir düzenleme öngörmediği gibi ikâmet edilen ülke devletinin vatandaşlığını da madde hükmünde öngörülen haklardan yararlanmak için önkoşul olarak kabul etmemiştir. Madde hükmünün bununla beraber pozitif azınlık koruması bakımından tatmin edici olmadığı açıktır. Sözleşmeyi yorumlama yetkisine sahip olan insan hakları komitesinin görüşüne göre taraf devletler azınlık mensuplarını azınlık haklarından mahrum edilmeyi önleyen gerekli önlemleri almakla mükelleftir. BM insan hakları komitesi bu bağlamda azınlıkların kimliklerini koruması ve mensuplarının haklarının korunması için destekleyici önlemlerin alınmasının gerekli olabileceğine sadece bir işaret yapmıştır³⁷. Üye devletlerin

³⁵ şimdye dek bağımsız uzmanlar tarafından hazırlanan altı tavsiyenin ilan edildiği görülmektedir; bknz.: ([http://www.osce.org/hcnm/66209\(1.3.2012\)](http://www.osce.org/hcnm/66209(1.3.2012)))

³⁶ Fransa'nın BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin azınlıkların korunmasına ilişkin 27.madde ile ilgili çekincesi AB'nin istinat ettiği temel değerlerin normatif içeriğinin tespiti amaçlı BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesine gönderme yapılması nedeniyle önem taşımamaktadır

³⁷ United Nations Human Rights Committee, General Comment No.23: The Rights of Minorities (Art.27), CCPR/C/21/rev.I/Add5(08.04.1994), 2.5.2

bu bağlamda somut bir yükümlülüğünün bulunduğu sözleşmeden istihraç edilmemektedir.

E – AB Anlaşmasının 2.madde, 1.cümlesinin AB Primer Hukukundaki Yeri

AB'nin istinat ettiği değerlerden biri olarak azınlık mensubu bireylerin haklarına saygı, AB anlaşmasının 3.maddesinde öngörülen amaçlar muvacehesinde bu hakların geliştirilmesi mükellefiyetini de beraberinde getirmektedir. Aynı şekilde AB anlaşmasının 13.madde 1.fıkrası Birlik organlarına bu değere geçerlilik sağlama mükellefiyeti getirmiştir. Her iki yükümlülüğün yerine getirilmesi de anlaşmalarda öngörülen yetkilerin kullanılması bağlamında söz konusu olmaktadır. Bu çerçevede AB anlaşmasının hiçbir hükmünün AB organlarına azınlıkların korunması konusunda düzenleme yapma veya uluslararası anlaşmalar akdetme yetkisi vermediğinin gözardı edilmemesi gerekmektedir³⁸. Bu nedenle AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 10.maddesinde ve 19.madde, 1.fıkrasında ayrımcılıkla mücadele bağlamında yapılan özel yetkilendirme bir istisna teşkil etmektedir.

Ulusal azınlığa mensubiyet nedeniyle yapılan ayrımcılıkla mücadeleye matuf önlemlerin bu hükümlere istinaden alınması prensip olarak caiz değildir³⁹. Konsey şimdiye dek (AT anlaşmasının AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 19.maddesi) ırk yahut etnik köken ayrımı yapılmadan eşit muamele yapılmasına ilişkin bir direktifi (ABl. L180, 19.07.2000, 22) ve istihdam ve meslek icrasında eşit muamele yapılması ile ilgili genel çerçeve belirleyen 78/2000sayılı direktifi (ABl. L 303, 02.12.2000, 16) ihdas etmiştir. Komisyonun inanç yahut dünya görüşü, engellilik, yaş yahut cinsel tercih nedeniyle ayrımcılığı yasaklayan direktif önerisi Konseyin gündemindedir. Bunun dışında primer hukukta sosyal dışlanma ile mücadele, dil ve kültür çeşitliliğinin teşviki, bölgesel teşvik, göç politikası alanlarında yer alan yetki normlarına azınlıkların korunması bağlamında dolaylı olarak istinat edilmesi mümkündür. Ancak bu tablo AB'nin ikincil hukuk araçlarıyla kapsamlı bir azınlık politikasının şekillendirilmesi olanağını tanıdığı sonucunu

³⁸ AB Adalet Divanı'nın Bickel ve Franz davasında verdiği 24.11.1998 tarihli karar için bkz.: Rs. C-274/96, Slg.1998, I-7637, Rn.29; AB Adalet Divanı'nın Angonese davasında verdiği 06.06.2000 tarihli karar için bkz.: Rs. C-281/98, Slg.2000, I-4139, Rn.44

³⁹ Oliver de SCHUTTER, **Die Anerkennung der Rechte von Minderheiten und die Gleichbehandlungs-agenda der EU**, Europäische Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht #11-2010, s.25

doğurmamaktadır. Bu çerçevede Birliğe belli koşullar altında şekli anlaşma değişikliği dışında muhtar olarak yetki oluşturma olanağı veren AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 352 maddesi (eski AT anlaşmasının 308.maddesi) işlevsel bir önem taşımaktadır. Söz konusu hükme göre Konsey anlaşmalarda öngörülen politika alanları itibariyle anlaşmalarda yer alan amaçları gerçekleştirmek için anlaşmalarda gerekli yetkilerin öngörülmemesi halinde uygun önlemleri ihdas etme yetkisine sahiptir. Lizbon anlaşması ile getirilen değişikliklerden itibaren bu hüküm genel bir amaç olan Birlik değerlerinin desteklenmesi bağlamında bu değerlerden biri olan azınlık mensubu bireylerin haklarının korunmasına matuf olarak kullanılabilir.

AB'nin yetkilerinin AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 352. maddesine istinaden azınlıkların korunması alanına genişletilmesi olanağına şüphesiz anlaşmalarda saptanan politika alanları üzerinden sınırlama getirilmiştir⁴⁰. Anlaşmaların kapsamına giren alanlarda azınlık mensuplarının gereksinimlerinin sınırlı şekilde karşılanması AB tarafından caiz kabul edilirken, AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın tamamlayıcı şekilde yetkileri genişletilen 352.maddesine (gerekli gözükmese de) bu çerçevede istinat edilmesi tereddüt yaratmaktadır. Bu tür kararların Konsey'de ancak oybirliği ile alınabilmesi de ayrı bir sorun teşkil etmektedir.

II – AB Değerlerinin Horizontal (yatay) Homojenliğinin Temini

AB anlaşmasının 2.madde, 2.cümlesi AB değerlerinin tüm üye devletlerin anayasal yapılarında herhangi bir şekilde yansması gerekliliğine işaret etmektedir. Söz konusu bu yatay homojenlik gereğinin temini için AB anlaşmasının 7.maddesi azınlık mensubu bireylerin haklarının bir üye devlet tarafından ağır ihlâli veya ihlâl tehdidi durumunda uygulanması mümkün bir yaptırım mekanizması öngörmektedir. AB anlaşmasının 7.maddesi AB değerlerinin sadece AB hukukunun üye devletler tarafından icrası bağlamında ihlâli durumunu değil, üye devletlerin bu değerlerin AB hukuku ile bağlantısı olmayan bir bağlamda ihlâli durumunu da düzenlemektedir⁴¹.

Lizbon sözleşmesinde çok sınırlı değişikliğe (şekilde değişiklik) uğrayan 7.maddede öngörülen prosedür Komisyon, Parlamento yahut 1/3 üye devlet tarafından işletilebilmektedir. Bir erken uyarı süreci ertesinde Konsey'in

⁴⁰ Matthias ROSSI, "Art.352 AEUV", **EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union – Kommentar**, Christian CALLIESS /ManfredRUFFERT (ed.), 4.bası, 2011, Rn.37 vd.

⁴¹ Manfred RUFFERT, Rn.4

nitelikli çoğunlukla aldığı karara istinaden ihlâl yapan devletin üyelik haklarından bazılarının askıya alınması mümkündür. Bunun önkoşulu Avrupa Konseyi'nin, AB Parlamentosu'nun uygun görüşüne istinaden oybirliği ile AB anlaşmasının 2.maddesinde yer alan değerlerin ağır ve devam eden ihlâlini saptamasıdır⁴². Bununla beraber AB'nin, AB anlaşmasının 7.maddesinde öngörülen yaptırım prosedürü üzerinden üye devletlerdeki azınlıkların haklarına saygıyı temin etme potansiyeli oldukça sınırlı gözükmektedir. Bu durum herşeyden önce karmaşık prosedürden ve Konsey kararı için öngörülen oybirliği koşulundan ileri gelmektedir. Buna ilave olarak 7.maddeye sadece çok istisnai durumlarda –konu bağlamında ya azınlık haklarının açıkça ağır ihlâli tehlikesi içinde olması ya da bu ihlâlin sürekli olarak ortaya çıkması-başvurabileceğinin gözdürü edilmemesi gerekmektedir⁴³. Lizbon sözleşmesi ile sütunlu yapının ortadan kaldırılması ve AB Adalet Divanı'nın yargı yetkisinin AB anlaşmasının hükümlerine de teşmil edilmesi sonucu olarak AB anlaşmasının 2.maddesinde öngörülen değerlerden birinin ihlâli prensip olarak anlaşmalardan doğan yükümlülüklerin ihlâli gerekçesi ile Komisyonun AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 258.maddesine istinaden ihlâl davası açmasına yol açabilir⁴⁴.

İnsan onuru, özgürlük yahut eşitlik kavramları yoruma açık olmaları nedeniyle çok sınırlı olarak yargı kararlarına esas alınabilirken, insan haklarının korunması bağlamında insan haklarının AB Temel Haklar Şartı ile primer hukukta (birincil hukukta) açık şekilde düzenlenmiş olması nedeniyle durum farklılık göstermektedir. Komisyon, Temel Haklar Şartı'nda yer alan bir hakkın ihlâlini davasına esas aldığı takdirde Temel Haklar Şartı'nın 51.madde, 1.fıkrası muvacehesinde bu ihlâlin AB hukukunun icrası bağlamında ortaya çıktığını kanıtlaması gerekmektedir⁴⁵. AB Komisyonu'nun üye devletlerde AB hukukunun icrası problemlerini de ele almayı düşündüğü yıllık raporlar AB değerlerine riayet bağlamında şimdiye dek üye devletlere uygulanan “Monitoring” mekanizmasının (denetim) daha fazla işletilmesine

⁴² Katharina SERINI, “Sanktionen der Europäischen Union bei Verstoß eines Mitgliedstaats gegen das Demokratie – oder Rechtsstaatsprinzip”, **Schriften zum Europäischen Recht**, Vol.141, DunckerHumboldt, Berlin, 2009, s.121 vd., s.181 vd.

⁴³ Katharina SERINI, s.136 vd.

⁴⁴ Dietrich MURSWIEK, **Die heimliche Entwicklung des Unionsvertrages zur europäischen Oberverfassung –zu den Konsequenzen der Auflösung der Säulenstruktur der europäischen Union und der Erstreckung der Gerichtsbarkeit des EU- Gerichtshofs auf den EU-Vertrag**, NVwZ (Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht), Heft 8, 2009, s.481

⁴⁵ EU, KOM (2010) 573 endg. 19.10.2010

yol açabilir⁴⁶. Avrupa Parlamentosu tarafından 2001’den itibaren AB’de insan hakları durumuna ilişkin düzenlenen raporlar önemli hususlara işaret etmekle beraber sistematik bir gözetim ve denetim mekanizması olarak mütalâa edilmemektedir⁴⁷.

Aynı durum 2007’de kurulan AB Temel Haklar Ajansı için geçerlidir. AB Temel Haklar Ajansı yetki alanlarında önlem almaları yahut tasarrufta bulunmaları bağlamında Birlik organlarına ve üye devletlere temel haklara saygılarını kolaylaştırmak için önemli bilgiler ve veriler toplamakta ve analiz etmektedir⁴⁸. AB Temel Haklar Ajansı Tüzüğü’nün 10 nolu mülâhazası, AB Temel Haklar Ajansının faaliyetlerinin azınlık mensubu bireylerin haklarını kapsadığını öngörmektedir. Ajans aynı şekilde temel hak sorunları ve spesifik konular hakkında, bu meyanda AB’nde genel olarak azınlıkların korunması konusunda raporlar hazırlamaktadır⁴⁹. AB Temel Haklar Ajansı da üye devletlerdeki temel hak sorunlarını sadece Birlik hukukunun üye devletlerde icrası bağlamında ele alabilmektedir. Üye devletlerin AB anlaşmasının 2.maddesinde yer alan değerlere riayetine ilişkin kapsamlı bir gözetim yetkisi AB Temel Haklar Ajansına tanınmamıştır. Buna karşılık AB anlaşmasının 7.maddesi muvacehesinde uygulanan prosedür bağlamında AB organlarının AB Temel Haklar Ajansından danışma görüşü alması caiz kabul edilmektedir⁵⁰.

III – AB’ne Katılım Koşulu Olarak Azınlık Haklarının Korunması

AB anlaşmasının 2.maddesinde öngörülen AB’nin istinat ettiği değerler AB’nin genişlemesi bağlamında önem taşımaktadır. Ekonomik kriterler yanısıra belli anayasal temel esasların gereğinin yerine getirilmesi AB’ne katılımın maddi hukuk koşulu olarak kabul edilmektedir⁵¹. Azınlık hakları

⁴⁶ Bu çerçevede hazırlanan ilk raporda üye devletlerdeki somut durumlara yer verilmemiştir. Krştl.:”Bericht 2000 über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union”, SEK (2011) 396.endg., 30.03.2011

⁴⁷ Bericht über die Lage der Grundrechte in der Europäischen Union (2009) –wirksame Umsetzung nach Inkrafttreten der Vertrags von Lissabon”; A7-0344/2010, 1.12.2010

⁴⁸ AB Temel Haklar Ajansının kurulmasına ilişkin 168/2007 sayı ve tarihli tüzük için bkz.: ABl. L.53, 22.02.2007,1

⁴⁹ Respect for and Protection of Persons Belonging to Minorities, 2008-2010, Report (2010), 23

⁵⁰ Armin von BOGDANDY/Jochen von BERNSTORFF, “Die Europäische Agentur für Grundrechte in der europäischen Menschenrechtsarchitektur und ihre Fortentwicklung durch den Vertrag von Lissabon“, **Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa**, Gret HALLER et al. (ed), Campus Verlag, Frankfurt/New York, 2011, s.242

⁵¹ Matthias HERDEGEN, “Europäische Union als Wertegemeinschaft: aktuelle Herausforde-

korumasına atıf yapan AB anlaşmasının 2.maddesi içeriği itibariyle Avrupa Topluluklarına aidiyetin temel unsurlarını parlamenter demokrasiye ve insan haklarına saygı olarak belirleyen Avrupa Konseyi'nin Kopenhag kriterleri olarak bilinen 1993 tarihli AB'ne katılım kriterlerini belirleyen kararını aşmıştır⁵². Bu durum başlangıçtan itibaren –soft law karakterli olsa da- AB'ne katılım koşullarının gelişmeye devam ettiğini göstermektedir. Amsterdam anlaşmasının 1999 Mayıs'ında yürürlüğe girdiği tarihe kadar AB'ne katılımın yegâne koşulu “Avrupalı” olmak iken, AB anlaşmasının Amsterdam metninin 49.madde, 1.cümlesinde AB'nin anayasal değerlerine atıf yapılmıştır. AB'ne katılacak devletler söz konusu hükme göre sadece bu değerlere saygı göstermekle değil, aynı zamanda bu değerleri yerine getirmekle mükelleftir. AB anlaşmasının katılımı ilgili 49.maddesi, 4.cümlesinde anlaşmanın 2.maddesine yapılan atıf ve Avrupa Konseyi'nin kararlaştırdığı kriterlerin tam üyelik başvurularında dikkate alınacağına ilişkin vurgu AB organlarının da AB'nin genişlemesi bağlamında bu tür bir mükellefiyete tâbi olduğunu göstermektedir.

Bu tablo, AB'nin azınlık mensubu bireylerin hakları konusunda aday devletlerden beklentilerini ortaya koymaktadır⁵³. Bu beklentilerin gerçekleşmesi 1990'lı yıllardan itibaren AB'de azınlık hakları bağlamında geliştirilen tüm araçların aday devletlerde azınlık haklarının koruması bağlamında kullanılmasına bağlıdır. AB'nin anlaşmaya dayanan ve otonom karakterli ilişkilerinde uygulanan koşulluluk prensibi nedeniyle ilgili proje ve önlemlerin AB tarafından mali olarak desteklenmesi katılım kriterlerine riayetin düzenli olarak Komisyonun ilerleme raporları ile takibi sonucu mümkün olmaktadır. Başlangıçta orta ve doğu Avrupa ülkeleri için geliştirilen bu uygulamanın bugün AB ile katılım ortaklığı ilişkisi olan veya AB'ne potansiyel aday devletler için uygulandığı görülmektedir.

IV – Birliğin Dış İlişkilerinde Azınlık Korumasının Yeri

AB'nin dış ilişkilerinin AB anlaşmasının 49.maddesinde düzenlenen katılım prosedürü dışında Lizbon anlaşmasının yürürlüğe girmesinden itibaren

rungen”, **Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik**, Rainer PITSCHAS Arnd UHLE (ed.), Duncker&Humboldt, Berlin, 2007, s.139 (s.141 vd.)

⁵² krş.: Avrupa Konseyi'nin 08.04.1978 tarihli demokrasi açıklaması, Bull.EG 3-1978, 5

⁵³ Christian PIPPAN, “Minderheitenschutz in den Außenbeziehungen der Europäischen Union und dessen Auswirkungen auf den Minderheitenschutz innerhalb der Union”, **ETC European Training and Research Centre) Occasional Papers**, No.18A, Graz, 2005, s.4 vd.

AB primer hukukunda iki yerde düzenlendiği görülmektedir. AB anlaşmasının Birliğin ortak dış politikasının ve güvenlik politikasının detaylarının da düzenlendiği V nolu başlığında Birliğin dış ilişkileri bağlamında kimi temel hükümler öngörülmektedir. AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın beşinci bölümü ise buna karşılık genel hüküm karakterli 205.madde yanısıra AB'nin dış ilişkiler alanında gelişmiş ülkelerle ortak dış ticaret politika, kalkınmada işbirliği, ekonomik, teknik mali işbirliği alanlarında operatif yetkilerini düzenlemektedir. AB hukukunun hiçbir normu açık bir şekilde AB'ne uluslararası anlaşmalar yahut sekonder hukuk tasarrufları üzerinden üçüncü devletlerle azınlık haklarının korunması konusunda kooperasyon ilişkisi kurma yetkisi vermemektedir. Azınlıkların korunmasının ancak insan hakları korumasının bir kategorisi olması nedeniyle⁵⁴ şimdide dek geçerli hukuki durum azınlık haklarının AB'nin insan hakları (dış) politikasının bir boyutu olarak mütalâa edilmesini mümkün kılmıştır. Bugün geçerli AB primer hukuku bu durumu teyit etmekte ve güçlendirmektedir. AB'nin dış ilişkilerinde program norm rolü oynayan AB anlaşmasının 21.maddesi AB'nin tüm dış ilişkilerinin öngörülen yetkiler dahilinde belli prensip ve amaçlara göre yürütülmesini düzenlemektedir. Anlaşmanın beşinci bölümünde düzenlenen uluslararası tasarrufların anlaşmanın 21.maddesinde yer alan prensiplere ve amaçlara göre yürütülmesi yükümlülüğünü AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın 205.maddesi teyit etmektedir. AB'nin çalışma usulleri hakkındaki anlaşmanın spesifik yetki normları da aynı formülasyonla Birliğe 3.devletlerle ve uluslararası örgütlerle ilişkilerini, Birliğin dış ilişkilerdeki prensipleri ve amaçları ışığında şekillendirme ve icra etme yükümlülüğü getirmiştir. AB anlaşmasının 21.maddesi yakından incelendiğinde gerek genel hukuk ilkesi, gerekse normatif düzenleme olarak ortaya çıkan demokrasinin, hukuk devletinin ve insan haklarının yerleştirilmesinin ve geliştirilmesinin Birliğin dış ilişkilerinin somut hedefi olduğu ortaya çıkmaktadır (AB anl. md.21, fıkra 1). Bunun ötesinde 21.madde, 2.fıkra, a-bendine göre dış ilişkilerde AB değerlerinin korunması dikkate alınacak bir hedeftir.

5 – Sonuç

AB son yıllarda farklı seviyelerde ve farklı aksiyon alanlarında azınlıkların korunması ile iştigal etmiştir. Bu zaman zarfında hernekadar AB azınlık hukukunun kimi esasları ortaya çıkmış ise de bunun henüz tam gerçekleşmediği, hattâ kimi bölümleri itibariyle tenakuzlu olduğu

⁵⁴ bkz.: Ulusal Azınlıklar Çerçeve Sözleşmesi md.1; yeni bir Avrupa için Paris Şartı, insani boyut bölümü

görülmektedir⁵⁵. Azınlık haklarının korunması AB'nin insan haklarının ve demokrasinin desteklenmesi politikaları bağlamında dış ilişkilerinde deklare ettiği bir hedeftir.

AB anlaşmasının temel değerlerle ilgili 2.maddesi ve ulusal azınlığa mensup olma nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağını öngören 21.maddesi ve AB Temel Haklar Şartı'nın Lizbon sözleşmesi ile kazandığı primer hukuk hiyerarşisi AB'nin üçüncü devletlere karşı geliştirdiği söz konusu politikanın kendi alanında da azınlık haklarına güçlü bir şekilde saygı gösterilmesine yol açtığını göstermektedir. Anlaşmalarda açıklığa kavuşturulmayan AB'nin istinat ettiği bir değer olarak azınlıklara mensup bireylerin haklarının korunmasının somutlaştırılması bağlamında AB Temel Haklar Şartı'nın ve AB üyesi devletlerin akdine taraf olduğu yahut sonradan katıldığı konuyla ilgili uluslararası hukuk anlaşmalarının esas alınması mümkündür. Bu çerçevede gözden kaçırılmaması gereken bir husus da azınlık korumasının AB hukukunda eskiden olduğu gibi henüz status nascendi aşamasında bulunmasıdır. Wolfram Karl'ın bir süre önce Avrupa Konseyi ile bağlantılı yaptığı yorum AB için de geçerlidir. Wolfram Karl'ın bu bağlamda Avrupa azınlık haklarını koruma bilançosunun bütünü itibariyle kötü gözükmediğine, bununla beraber demokrasi, insan hakları, hukuk devleti konusunda kendini özel olarak yükümlü kılan ve kültürel zenginlikleri nedeniyle gurur duyan bir örgütün, azınlıkların korunması konusunda çok daha fazla şeyler yapma olanağı bulunduğuna, bunun hattâ gerekli olduğuna ilişkin yapmış olduğu açıklamanın gözardı edilmemesi gerekmektedir.

BİBLİYOGRAFYA:

BIEBER,Roland/EPINEY,Astrid/HAAG,Marcel, **Die Europäische Union**, 9.bası, Nomos Verlag 2011

BOGDANDY,Armin von./BERNSTORFF,Jochen von, “Die Europäische Agentur für Grundrechte in der europäischen Die Europäische Agentur für Grundrechte in der europäischen Menschenrechts-architektur und ihre Fortentwicklung durch den Vertrag von Lissabon”, **Menschenrechte und Volkssouveränität in Europa**, Gret Haller et al. (ed.), Campus Verlag, Frankfurt/NewYork,2011

⁵⁵ Peter HILPOLD, s.487

- CALLIESS,Christian, “Art.2 EUV”, **EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union – Kommentar**, Matthias Ruffert (ed.), 4.bası, Beck Verlag, Münih/Frankfurt, 2011
- HERDEGEN,Matthias, “Europäische Union als Wertegemeinschaft: aktuelle Herausforderungen”, **Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik**, Rainer Pitschas/Arnd Uhle (ed.), Duncker&Humboldt, Berlin, 2007
- HILPOLD, Peter, “Minderheiten im Recht der Europäischen Union”, **Zur Entstehung des modernen Minderheitenschutzes in Europa**, Christoph Pan/Beate Sybille Pfeil (ed.), Springer Verlag, New York, 2006
- HILPOLD,Peter, “Neue Minderheiten im Völkerrecht und im Europarecht”, **AVR**, Bd.42, Sayı 1, 2004
- HOFFMEISTER,Frank, “Grundlagen und Vorgaben für den Schutz der Minderheiten im EU-Primärrecht”, **ZaöRV**, Bd.68, 2008
- HÖHN, Christiane, **Zwischen Menschenrechten und Konfliktprävention: Der Minderheiten-schutz im Rahmen der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE)**, Springer Verlag, Berlin/Heidelberg, 2005
- HÖLSCHIEDT, Sven, “Artikel 22: Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen”, **Charta der Grundrechte der Europäischen Union**, Jürgen Meyer (ed.), 3.bası, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2011
- HUMMER,Waldemar, “Minderheitenschutz im Recht der EU vor und nach dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon - vom bloßen Diskriminierungsverbot zu ‘*affirmative actions*’”, **EJM**, No.2, 2011
- KARL,Wolfram, “Der Schutz der Minderheitenrechte im Rahmen des Europarats”, **Schutz und Durchsetzung der Rechte nationaler Minderheiten**, Gerhard Hafner/Martin Pandel (ed.), Nomos, Baden-Baden, 2008
- KLEIN,Eckart, “Das Verhältnis des EuGH zum EGMR”, **Handbuch der Grundrechte VI/1: Europäische Grundrechte I**, Detlef Merten/Hans Jürgen.Papier (ed.), Mohr Siebeck, Heidelberg, 2010
- MURSWIEK, Dietrich, **Die heimliche Entwicklung des Unionsvertrages zur europäischen Oberverfassung –zu den Konsequenzen der Auflösung der Säulenstruktur der europäischen Union und der Erstreckung der Gerichtsbarkeit des EU- Gerichtshofs auf den EU-**

Vertrag, NVwZ Heft 8, 2009

OPITZ, Maximilian, **Die Minderheitenpolitik der Europäischen Union**, Lit Verlag, Münster, 2007

PALERMO, Francesco, “Annäherungen and den Verfassungsrecht der Europäischen Verfassungsraums”, **Vom Verfassungsstaat am Scheideweg**, Karl Weber/Norbert Wimmer (ed.), Springer, Vienna/New York, 2005

PIPPAN, Christian “Minderheitenschutz in den Außenbeziehungen der Europäischen Union und dessen Auswirkungen auf den Minderheitenschutz innerhalb der Union”, **ETC Occasional Papers**, No.18A, Graz, 2005

SCHORKOPF, Frank “Homogenität in der Europäischen Union – Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art.6, Abs.1 und Art.7 EUV”, **Hamburger Studien zum Europäischen und Internationalen Recht**, Bd. 21, Duncker & Humblot, Berlin, 2000

SCHUTTER, Oliver de **Die Anerkennung der Rechte von Minderheiten und die Gleich-behandlungsagenda der EU**, Europäische Zeitschrift zum Anti-diskriminierungsrecht, #11, Dec. 2010, s.25

SERINI, Katharina “Sanktionen der Europäischen Union bei Verstoß eines Mitgliedstaats gegen das Demokratie – oder Rechtsstaatsprinzip”, **Schriften zum Europäischen Recht**, Vol.141, Duncker & Humboldt, Berlin, 2009

SHORAKA, Kirsten **Human Rights and Minority Rights in the European Union**, Taylor and Francis Group, London/New York, 2000

ROSSI, Matthias “Art.352 AEUV”, **EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union – Kommentar**, Christian Calliess/Manfred Ruffert (ed.), 4.bası, C.H.Beck Verlag, Münih/Frankfurt, 2011

RUFFERT, Manfred, “Art.7 EUV”, **EUV/AEUV: Das Verfassungsgericht der Europäischen Union – Kommentar**, Christian Calliess/Manfred Ruffert (ed.), 4.bası, C.H.Beck Verlag, Münih/Frankfurt, 2011

WENZEL, Nicola, **Das Spannungsverhältnis zwischen Gruppenschutz und Individualschutz im Völkerrecht**, Springer Verlag, Berlin/ Heidelberg/ New York, 2008

WINKLER, Roland, **Die Grundrechte der Europäischen Union**, Springer Verlag, Wien/New York, 2006

MALVARLIĞI ÜZERİNDE MÜLKİYET, BUNA BAĞLI YÜKÜMLÜLÜKLER VE CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU

İzzet ÖZGENÇ*

ÖZ

Kişiler, çeşitli ihtiyaçlarını giderebilmek amacıyla, malvarlığı edinme hakkına sahiptir. Gerek malvarlığının edinme biçimi gerek edinilmiş olan malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma bakımından kişiler çeşitli yükümlülükler altındadır. Malvarlığına ilişkin yükümlülük ihlalleri dolayısıyla, öncelikle ihlalin sebebiyet verdiği zararı mümkün olduğunca gidermeye matuf yaptırımların uygulanması gerekir. Ancak bazı durumlarda, özellikle yükümlülük ihlalinin gerçekleştirilen kişi bakımından bir uyarı ve önleme fonksiyonu görmesi bakımından ceza hukuku yaptırımlarının da uygulanması yoluna gidilebilmelidir. Ceza hukuku yaptırımlarının belirlenme ve uygulanmasında esas alınması gereken ölçüt, yükümlülük ihlalinin gerçekleştirilen kişi ve toplumu oluşturan diğer bireyler bakımından etkin bir uyarı ve önleme fonksiyonu icra etmesi ve yükümlülük ihlali ile ölçülü olmasıdır.

Anahtar Kelimeler: *Malvarlığı ile ilgili yükümlülük, edimin yerine getirilmesi, zararın tazmini, uyarı ve önleme fonksiyonu, etkin pişmanlık*

PROPERTY OWNERSHIP, OBLIGATIONS THEREOF AND CRIMINAL RESPONSIBILITY

ABSTRACT

Persons have the right to acquire property in order to fulfil several needs. Persons are under various obligations with regard to the type of acquiring property and disposing of acquired property. Breach of property related obligations should, first, be met with sanctions aiming at the remedy of the harm done – as far as possible. However, in certain cases and especially in order to act as a warning and deterrent against the violator, criminal sanctions could also take place. The criterion of determining and implementing the criminal sanctions should be to create an effective warning and deterrent both against the violator and for the society and the principle of proportionality.

Key Words: *Obligations with regard to property, carrying out deeds, compensation for damage, warning and deterrence function, effective remorse.*

* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD. Öğretim Üyesi. (oezgenic@gmail.com)

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 25/04/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 06/05/2019

EIGENTUMSRECHT, VERPFLICHTUNGEN ÜBER DAS EIGENTUM UND DIE STRAFRECHTLICHE HAFTUNG

Zusammenfassung

Personen haben das Recht, Vermögen zu erwerben, um ihren verschiedenen Bedürfnissen zu erfüllen. Personen sind einer Vielzahl von Verpflichtungen unterworfen, in Bezug auf die Art und Weise, wie sie ihr Vermögen erwerben und erworben haben, und wie sie über ihr erworbenes Vermögen verfügen.

Wegen den Verstößen gegen die Vermögensverpflichtungen sollten zunächst Sanktionen angewandt werden, um den durch den Verstoß verursachten Schaden so weit wie möglich zu beheben.

In bestimmten Fällen und insbesondere um eine Warn- und Präventionsfunktion gegen den Übertreter zu fungieren, können jedoch auch strafrechtliche Sanktionen angewendet werden.

Das Kriterium für die Festlegung und Umsetzung der strafrechtlichen Sanktionen sollte darin bestehen, eine wirksame Warn- und Vorbeugungsfunktion sowohl für die Person, die seine Pflicht verletzt zu schaffen als auch für die Gesellschaft und dies sollte an der Pflichtverletzung gemessen werden.

Schlüsselwörter: *Eigentumsbezogene Verpflichtungen, Erfüllung der Tat, Schadensersatz, Warn- und Vorbeugungsfunktion, tätige Reue.*

Giriş

Kişiler, çeşitli ihtiyaçlarını giderebilmek amacıyla, malvarlığı edinme hakkına sahiptir. Gerek malvarlığının edinme biçimi gerek edinilmiş olan malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunma bakımından kişiler çeşitli yükümlülükler altındadır. Bu yükümlülükler, mülkiyet hakkının mutlak olmadığının en önemli göstergesini oluşturmaktadır. Keza bu yükümlülükler, ihlal edilmeleri halinde, ilgili kişiler bakımından yaptırım uygulanmasını da gerekli kılmaktadır. Bu yaptırımlar, esas itibarıyla yükümlülüğe aykırı davranmanın ortaya çıkardığı olumsuzluğun, zararın telafisi amacına matuftur. Hatta bazı durumlarda malvarlığına ilişkin yükümlülüklerin ihlali dolayısıyla son çare olarak ceza hukuku yaptırımlarının da uygulanması gerekebilmektedir. Bu çalışmada, malvarlığı ile ilgili yükümlülüklerle ve bu yükümlülüklerin ihlali halinde uygulanabilecek yaptırımların amacına davranış normları temelli bir izah getirilmeye çalışılmıştır.

I. Kişi, taşınır veya taşınmaz malvarlığının “mülkiyet”ini meşru yollarla iktisap edebilir. Ancak bu “mülkiyet” mutlak anlamda mülkiyet değildir¹.

Kişi, meşru yolla elde etmiş bulunduğu malvarlığı üzerinde belirli ölçülere riayet etmek koşuluyla tasarruf yetkisini haizdir².

Mülkiyet hakkının mutlak olmaması sebebiyle, kişi meşru yolla elde etmiş bulunduğu malvarlığı ile ilgili olarak, aşağıda belirtileceği üzere, belirli yükümlülüklerle yükümlü kılınmıştır.

Kişiler, mallarını aralarında meşru olmayan (batıl) yol ve yöntemlerle yememekle yükümlü kılınmıştır^{3,4}.

Bu yükümlülük, öncelikle bir başkasının malının haksızlıkla yenilmemesini ifade etmektedir. Bu itibarla kişinin, başkasına ait bir malvarlığı değerini;

- a) meşru zilyedinin bilgisi ve rızası dışında,
- b) meşru zilyedine cebir veya tehdit ika ederek,
- c) meşru zilyedini aldatarak, hile ile⁵,

iktisap etmesi yasaklanmıştır. Bu yasakların ihlali, başta ceza hukuku sorumluluğu gelmek üzere, çeşitli yönlerden sorumluluğu gerektirmektedir.

¹ Mülk sahibi olan, malvarlığının mutlak sahibi olan, Allah’dır: Göklerin ve yerin ve onların arasında bulunan her şeyin, yani bütünüyle tabiatın mülkiyeti münhasıran Allah’a aittir: Bakara (2), Ayet 107; Âl-i İmrân (3), Ayet 189; Mâide (5), Ayet 17, 18, 120. Bu mülkiyette Allah’a ortaklık söz konusu değildir: İsrâ (17), Ayet 111; Furkân (25), Ayet 2. Mutlak mülkiyet münhasıran Allah’a ait olmakla birlikte; Allah, dilediği kişiye nispi mülkiyet yetkisi verebilir, verdiği bu yetkiyi geri alabilir: Âl-i İmrân 3, Ayet 26. Kişi, iktisap ettiği malvarlığına emanetçi (“müstahlif”) olarak vaziyet (“vaz’ı yed”) etmektedir: Hadîd (57), Ayet 7. Bu emanetçilik durumuna, nispi anlamda mülkiyet de denebilir.

Meşru yolla elde edilmiş malvarlığına ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmesi bağlamındaki “Allah’ın size verdiği malvarlığından (ihtiyaç sahibi olanlar)a verin” (Nûr [24], Ayet 33) buyruğunda yer verilen “Mâlu-llah” (“Allah’ın malı”) ibaresi, mutlak mülkiyet ilişkisini ortaya koymaktadır.

² Bakara (2), Ayet 219; A’raf (7), Ayet 31; İsrâ (17), Ayet 29; Furkan (25), Ayet 67.

³ Bakara (2), Ayet 188; Nisâ’ (4), Ayet 29.

⁴ İnsanların malını meşru olmayan (batıl) yol ve yöntemlerle yemek, Allah’ın cezalandırmasını mucip bir davranıştır: Nisâ’ (4), Ayet 161.

⁵ Bu itibarla, kişiler, ölçü ve tartıda adaletli olmakla yükümlü kılınmıştır: A’raf (7), Ayet 85; Hûd (11), Ayet 85; İsrâ (17), Ayet 35.

Keza kişiler, girdikleri akdi ilişkilerde kendilerine terettüp eden edimi yerine getirmekle yükümlü kılınmıştır⁶. Bu itibarla, örneğin bir alacak borç ilişkisi doğuran akdi ilişkide taraflardan birinin kendisine yüklenen borcu yerine getirmemesi, diğer taraf bakımından bir haksızlık oluşturacaktır. Bu haksızlık, alelittak özel hukuk sorumluluğunu gerektirmektedir.

Kişi, kamu görevlisi veya sair bir sıfatı haiz olması dolayısıyla, gözetimine tevdi edilmiş olan, idaresi ile görevlendirilmiş olduğu malvarlığı ile ilgili olarak da, bu malvarlığını gözetmekle, hak sahiplerinin bu malvarlığı üzerindeki haklarını korumakla^{7,8} ve hatta, bu görevin sona ermesi halinde, malvarlığını sahibine iade etmekle⁹ yükümlü kılınmıştır. Bu yükümlülüğe aykırılık, çeşitli yönlerden sorumluluğu gerektirmektedir.

Malvarlığının meşru olmayan (batıl) yol ve yöntemlerle yenmemesi yönündeki yükümlülüğün kapsamı bunlarla sınırlı değildir. Kişinin, meşru yollarla elde ettiği malvarlığı ile ilgili olarak da çeşitli yükümlülükleri bulunmaktadır¹⁰.

Kişi, meşru yolla elde ettiği malvarlığından ihtiyaç sahiplerine “hakkını”, yani belirli bir payı vermekle yükümlüdür¹¹. Bu mülahazayla, kişi mensubu olduğu toplumda belirli kamusal harcamaların karşılanmasına, sahip bulunduğu malvarlığı itibarıyla belli bir oranda katkıda bulunmakla hukuken yükümlü kılınabilmektedir. Bu yükümlülüğe aykırılık da, çeşitli yönlerden sorumluluğu gerektirmektedir.

Kişi, kamu görevlilerine rüşvet vermemekle yükümlü kılınmıştır¹². Bu itibarla, kamu görevlisine rüşvet olarak tevdi edilen maddi menfaat, meşru yollarla elde edilmiş olsa bile, bu rüşvet ilişkisi dolayısıyla gayrimeşru kazanca

⁶ Mâide (5), Ayet 1.

⁷ İnsanlar, başkalarının malvarlığı değerleri bakımından güveni kötüye kullanmamak yükümlülüğü altındadır: A'râf (7), Ayet 85; Hûd (11), Ayet 85.

⁸ “Yetimin malına yaklaşmayın”: İsrâ (17), Ayet 34. Malı üzerindeki gözetim yükümlülüğü, yetimin rüşdüne (“eşüdd”) kadar devam eder. Gözetim yükümlülüğünün devamı süresince bu malvarlığı üzerinde yetimin yararına (“ahsen”) olarak, meşru ölçüler çerçevesinde tasarrufta bulunulabilir: İsrâ (17), Ayet 34.

⁹ Bakara (2), Ayet 283.

¹⁰ Allah, meşru yolla elde edilmiş olan malvarlığına yönelik yükümlülüklerini yerine getirmemekte ısrar eden kişilerin malvarlığını heba etmek suretiyle, onları daha dünyada iken de cezalandırmaktadır: Kalem (68), Ayet 17-33.

¹¹ İsrâ (17), Ayet 26.

¹² Bakara (2), Ayet 188.

dönüşmektedir. Bu yükümlülüğe aykırılık, başta ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmektedir.

Kişilere, kamu görevinin icrasıyla bağlantılı olarak sağlanan her menfaat, rüşvet olarak değerlendirilmelidir. Rüşvet karşılığı olarak kişilere sağlanan menfaatin, başkalarının veya kamunun malvarlığında bir eksilme meydana getirmesi gerekmemektedir. Rüşvetle, başkalarının da yaralanma hakkına sahip bulunduğu bir imkanın önüne geçilmektedir. Rüşvetin yaygınlaşması, kişilerin esasen sahip buldukları bir hakkı meşru yolla kullanmasını güçleştirmekte ve hatta, imkansız hale getirmektedir.

Malvarlığı edinme bakımından karşılıklı rızaya dayalı olma ve ticaret, bir meşruiyet yolu olarak kabul edilmekle birlikte¹³; karşılıklı rızaya dayansa bile, faiz yoluyla elde edilen kazanç gayrimeşru addedilmiştir. Bu itibarla, verilen ödünç para karşılığında faiz geliri elde edilmesi, hem veren hem alan bakımından yasaklanmıştır^{14, 15}.

Nihayet belirtmek gerekir ki, kişi sahip bulunduğu malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunurken ölçülü hareket etmekle yükümlüdür¹⁶. Bu yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla, ceza hukuku sorumluluğu cihetine gidilirse bile; malını idare etme bakımından zaafiyet, acziyet gösteren kişiye, bir hukuki tedbir olarak, “kayyim”, “vasi” gibi adlarla görevli tayini yoluna gidilebilmektedir.

II. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, kişi, bir başkasının sahip bulunduğu malvarlığı değerlerine tecavüz etmemek, başkalarının mülkiyet veya meşru zilyetlik haklarına saygı göstermek, hürmet etmek, dokunmamak yükümlülüğü altındadır¹⁷. Bir başkasının mülkiyetinde veya meşru zilyetliğinde bulunan malvarlığı değerlerine tecavüz etmek, bir haksızlık oluşturmaktadır¹⁸.

¹³ Nisâ (4), Ayet 29.

¹⁴ Bakara (2), Ayet 275-279; Âl-i İmrân (3), Ayet 130.

¹⁵ Kumar oyunu gibi şans ve talih oyunları, insanların kazanç elde etmek ümidiyle başvurdukları bir yöntem olmakla birlikte, çoğu zaman ellerinde bulunanın da kaybedilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, kazanç ümidiyle şans ve talih oyunu oynamak ve bu suretle, sahip olunan malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmak, rızaya dayalı olup olmamasına bakılmaksızın, gayrimeşru addedilmiştir: Bakara (2), Ayet 219; Mâide (5), Ayet 90, 91. Hukuk sistemlerinde, kumar gibi şans ve talih oyunlarının oynanmasına yer ve imkan sağlamak, aracılık etmek gibi fiiller, kapsamında farklılıklar bulunmakla birlikte, suç olarak tanımlanmaktadır.

¹⁶ İsrâ (17), Ayet 27, 29.

¹⁷ Nisâ (4), Ayet 29; Mumtehine (60), Ayet 12.

¹⁸ Kur'an, Nisâ (4), Ayet 30.

Bir başkasının malvarlığına tecavüz etmek, yaygın ifadesiyle “hırsızlık” olarak telakki edilmektedir. Ancak, bu bağlamda “**hırsızlık**”, ceza kanunlarında yer verilen suç tanımlarından “hırsızlık suçu” ile sınırlı değil, **bir başkasının malvarlığına tecavüz etmenin bütün şekillerini kapsayan kasıtlı haksızlıkları** ifade etmektedir. Bu itibarla, örneğin;

a) hile ile, yani bir başkasını aldatarak, malının iktisap edilmesi,

b) kamu görevlisi veya sair bir sıfatı haiz olması dolayısıyla, gözetimine tevdi edilmiş olan, idaresi ile görevlendirilmiş olduğu malvarlığı ile ilgili olarak, bu malvarlığını gözetmekle, hak sahiplerinin bu malvarlığı üzerindeki haklarını korumakla ve hatta, bu görevin sona ermesi halinde, malvarlığını sahibine iade etmekle¹⁹ yükümlü kılınan kişinin, yükümlülüklerine aykırı olarak bu malı kendisinin veya bir başkasının zimmetine geçirmesi,

gibi fiiller, “hırsızlık” olarak tavsif edilmektedir. Kamudaki ve hatta özel sektördeki “**yolsuzluk**” fiillerini ve bu çerçevede, ihalelere ve edimin ifasına fesat karıştırma fiillerinin işlenmesi suretiyle, bir başkasına ve kamuya ait bulunan malvarlığı değerlerinin iktisap edilmesi, bu suretle haksız zenginleşme hallerinde de bu fiilleri “hırsızlık” olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır.

Hatta, örneğin **hileli imar uygulamaları** ile haksız zenginleşme fiillerini de “hırsızlık” olarak nitelendirmek mümkündür. Bu son örnekte, başvuru hileli yöntemle zenginleşme halinde, herhangi bir kişinin malvarlığına tecavüz edilmemiş olduğu ileri sürülebilir. Belirtmek gerekir ki, haksız bir kazancın meydana geldiği her durumda, belirli veya belirsiz, mutlaka birilerinin mağdur edildiği göz ardı edilmemelidir. Bu haksız zenginleşme halinde, başkalarının haklarına çeşitli suretlerde tecavüz edildiği inkar kabul etmez bir gerçektir.

Bu itibarla, Kur’an’daki “hırsızlık” kavramına, ceza kanunlarındaki “hırsızlık suçu” tanımı ile sınırlı bir anlam yüklemek gerekir.

Toplum düzenini önemli ölçüde etkileyen bir haksızlık olarak tavsif edilen hırsızlık fiillerini işlemeyi düşünen kişiye Kur’an, önleme bakımından en etkili bildirim yapmakta ve uyarıda bulunmaktadır: Bir başkasının malvarlığına tecavüz eden, haksız müdahalede bulunan “*el kesilir*”²⁰. Bu kural, söz konusu haksızlıkları gerçekleştiren kişiler bakımından ceza veya güvenlik

¹⁹ Bakara (2), Ayet 283.

²⁰ Maide (5), Ayet 38. Bu kuralın geleneksel fıkıh kaynaklarında anlatılan biçimiyle değerlendirilemeyeceği, günümüz ceza hukuku anlayışının zorunlu bir sonucudur.

tedbiri olarak belirlenecek ve uygulanacak olan yaptırımların, kişiyi bir daha bu tür haksızlıklarda bulunmaktan, bu tür suçları işlemeye tevessül etmekten alıkoyacak etkinlikte olması gerektiği mesajını vermektedir. Bu bildirim/uyarının muhatabı; söz konusu tecavüz fiillerini işlemeyi düşünen, işleyen **kişilerin** yanı sıra; malvarlığına tecavüz fiilleri karşılığında belirlenmesi gereken yaptırımların genel ve özel önleme bakımından etkinliğini sağlama hususunda, **kanun koyucu** ve hatta; söz konusu tecavüz fiilleri dolayısıyla yargılama faaliyeti icra eden **hakimlerdir**.

Keza belirtmek gerekir ki, Kur'an'da malvarlığına tecavüz fiilleri bakımından etkin pişmanlık yolu açık tutulmuştur²¹. Bu itibarla, suçu işleyen kişinin, hakkında;

a) henüz soruşturma başlatılmadan önce,

b) soruşturma devam ederken ve fakat henüz kovuşturma başlamadan önce,

c) kovuşturma başladıktan sonra ve fakat, henüz hüküm verilmeden önce, ve hatta,

d) hükmolunan ceza henüz infaz edilmeden önce,

etkin pişmanlık göstermesi, yani gönüllü olarak mağdurun (kamunun) zararını tamamen veya kısmen karşılması, ceza hukuku sorumluluğu üzerinde etkili olabilmelidir. Kanuni düzenlemede, bu etkin pişmanlığa bağlanan sonuçların da, her bir ihtimal dikkate alınarak belirlenmesi gerekmektedir.

Hırsızlık mağdurunun, faili bağışlaması, yani hırsızlık konusu malvarlığı değerinin aynen iadesinden veya bedelinin tamamen veya kısmen tazmin edilmesinden sarfınazar etmesi, haksızlığı ortadan kaldırmamaktadır. Bilahare açıklanan rıza, haksızlığın oluşumuna etkili değildir. Ancak bu durumun, fail hakkında hırsızlık nedeniyle hükmolunacak ve uygulanacak yaptırımın belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Hırsızlık faili hakkında cezaya hükmedilmesi ve hatta bu cezanın infazı, hırsızlık dolayısıyla mağdurun uğradığı mağduriyeti gidermeye engel teşkil etmemelidir. Mağdurun uğradığı zarar, **aynen iade** veya **tazmin** suretiyle tamamen giderilmelidir. Ancak bu husus, bir **ceza** olarak **değil**, suçun işlenmesi ile ilgili de olsa, bir tazmin sorumluluğu, yani özel hukuk sorumluluğu olarak

²¹ Maide (5), Ayet 39.

telakki edilmelidir. Bu nedenledir ki, hırsızlık mağdurunun mağduriyetini gidermek, fail bakımından bir yükümlülük olmakla birlikte, bu yükümlülüğün bizzat fail tarafından yerine getirilmesi şart değildir. Bu tazmin olgusu, örneğin failin bir yakını tarafından da yerine getirilebilir.

Sonuç

Geleneksel fıkıh kaynaklarında özellikle hırsızlık suçu ile ilgili yaptırım temelli açıklama getirildiği ve bu açıklamalar nedeniyle genel olarak İslam dinine eleştiriler yöneltildiği müşahede edilmektedir. Yaptırımla güdülen amacın izahından önce, malvarlığı ile bağlantılı olarak yükümlülüklerin neler olduğunun ve hangi davranışların yükümlülüğe aykırılık oluşturduğunu açıklığa kavuşturmak gerekir. Malvarlığına ilişkin yükümlülük ihlalleri dolayısıyla, öncelikle ihlalin sebebiyet verdiği zararı mümkün olduğunca gidermeye matuf yaptırımların uygulanması gerekir. Ancak bazı durumlarda, özellikle yükümlülük ihlalini gerçekleştiren kişi bakımından bir uyarı ve önleme fonksiyonu görmesi bakımından ceza hukuku yaptırımlarının da uygulanması yoluna gidilebilmelidir. Ceza hukuku yaptırımlarının belirlenme ve uygulanmasında esas alınması gereken ölçüt, yükümlülük ihlalini gerçekleştiren kişi ve toplumu oluşturan diğer bireyler bakımından etkin bir uyarı ve önleme fonksiyonu icra etmesi ve yükümlülük ihlali ile ölçülü olmasıdır. Keza, suç olarak tanımlanan yükümlülük ihlalleri ile bağlantılı olarak, etkin pişmanlık hükümlerine geniş yer verilmesi, toplum barışı bakımından büyük bir önem taşımaktadır.

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER DENİZ HUKUKU SÖZLEŞMESİ'NİN 121. MADDESİNİN DOĞU AKDENİZ'DE ETKİSİ: MEİS, KARAADA VE FENER ADASI'NIN STATÜSÜNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

Uğur BAYILLIOĞLU*

ÖZ

Meis, Karaada ve Fener Adası, Yunanistan'ın Doğu Akdeniz'de geniş bir deniz yetki alanı iddiası için dayanak teşkil etmektedir. Yunanistan, bu adaları bir "grup" olarak nitelemek suretiyle deniz yetki sınırlandırmasında, tam etki göstermeleri gerektiğini iddia etmektedir. Türkiye ise sınırlandırma hukuku kurallarına dayanarak bu iddiayı kabul etmemektedir. Bu bağlamda, Meis, Karaada ve Fener Adası'nun münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırması açısından etki göstermemesi ve sadece karasuları ile yetinmesi gerekir. Söz konusu adaların etkisizliğini sağlamak üzere Türkiye'nin dayanabileceği bir başka kural, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 121/3. maddesidir. Gerçekten de eğer bu adalar bahsi geçen madde anlamında kaya statüsünde iseler zaten münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı üretemeyecekleri için bu alanların sınırlandırılmasında da etkisiz olacaklardır. Bu da Doğu Akdeniz'e ilişkin Türk tezlerine katkı sağlayan bir dayanak teşkil edecektir. Bu çalışmada, söz konusu adaların statüsü, Güney Çin Denizi Tahkiminde tespit edilen ölçütler bağlamında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanı Sınırlandırma Uyuşmazlığı, Meis, Karaada ve Fener Adası, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 121. maddesi, Güney Çin Denizi Tahkimi, tam yetkili ada ve kaya statüsü.*

THE EFFECT OF ARTICLE 121 OF THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA ON EASTERN MEDITERRANEAN: AN EVALUATION OF THE STATUS OF MEIS, KARAADA AND FENER ISLANDS

ABSTRACT

Meis, Karaada and Fener Islands are the basis for Greece's claim for a wide range of maritime jurisdiction areas in the Eastern Mediterranean. Greece claims that these islands should have a full effect in the delimitation of maritime jurisdiction areas by qualifying them as a "group". Turkey does not accept this claim by virtue of delimitation rules. In this context, Meis, Karaada and Fener Islands should have no influence in terms of delimitation of exclusive economic zone and continental shelf

* Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ABD Öğretim Üyesi (ugurbayil@cankaya.edu.tr)

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 14/01/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 29/04/2019

and should only be content with territorial waters. Another rule on which Turkey can based its claims to ensure the ineffectiveness of the islands concerned is the article 121/3 of United Nations Convention on the Law of the Sea. Indeed, whether these islands are rock in the sense of the aforementioned article, they will be ineffective in delimiting these areas since they cannot generate the exclusive economic zone and the continental shelf. This will be an argument that contributes to the Turkish theses on the Eastern Mediterranean. In this study, the status of these islands are evaluated in the context of the criteria determined in the South China Sea Arbitration.

Key Words: *Eastern Mediterranean Maritime Delimitation Dispute, Meis, Karaada and Fener Islands, The South China Sea Arbitration, Article 121 of United Nations Convention on the Law of the Sea, status of fully entitled islands and rocks.*

I) Konunun Takdimi ve Önemi:

Türkiye ile Yunanistan arasındaki Ege Denizi'ne ilişkin uyuşmazlık konularından birisini teşkil eden kıta sahanlığı sınırlandırma sorunu, yıllardır çözümsüz kalmıştır. Buna bir de son yıllarda Doğu Akdeniz'deki deniz yetki alanları sınırlandırma sorunu eklenmiştir. Bu sınırlandırma sorunlarındaki temel tartışma noktası, taraflar arasındaki temel görüş ayrılığı, adaların, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge sınırlandırmasına etkileri meselesidir. Adaların sınırlandırmaya etkileri meselesiyle doğrudan ilgili bir mesele de Yunanistan'ın, Ege ve Doğu Akdeniz'de bulunan bazı adalara yönelik iskân politikasıdır.

Kasım 1995'den itibaren Yunan basınında, aralarında bu çalışmanın temel odağı yapılan Karaada ve Fener Adası'nın da bulunduğu 11 adanın, Yunanistan Ege ve Mili Savunma Bakanlıklarının işbirliğiyle iskâna açılacakları ve bu adalara yerleşecek kişilere bazı teşvikler verileceği ve bina, su, yakıt deposu, bayrak direği, sığınak ve kilise gibi tesisler yapılacağı yönünde haberler çıktığı aktarılmıştır.¹ Kurumahmut, iskân faaliyetinin nedeninin, Yunanistan'ın söz konusu adalar üzerindeki egemenliğe ilişkin tereddütlerinden kaynaklanan bir nevi egemenlik gösterisi olduğunu, bu faaliyetin, tarafların kıta sahanlığı sınırlandırmasına ilişkin tezleri karşısında Ege'de kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge sınırlandırmasına bir

¹ Ali KURUMAHMUT, "Ege'de Egemenliği Tartışmalı Adalar Sorununun Ortaya Çıkışı", **Ege'de Temel Sorun: Egemenliği Tartışmalı Adalar**, (Yayına Hazırlayan, Ali KURUMAHMUT), Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1998, s. 10-11. Ayrıca bkz: Turgay CİN, **Türkiye ve Yunanistan Bakımından Ege'deki Karasuları Genişliği Sorunu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000, s. 49.

etkisi olamayacağını ve BMDHS'nin 121/3. maddesi anlamında bir sonuç doğurmayacağını belirtmiştir.² Ak da aynı görüşü paylaşmakta ve bunu, Doğu Akdeniz'deki sınırlandırma sorunu açısından Karaada ve Fener Adası için ayrıca ifade etmektedir.³ Aşağıda belirtileceği gibi Türk doktrininde özellikle Meis, sınırlandırmaya etkisizliği vurgulanmak suretiyle sınırlandırma hukuku verileri çerçevesinde değerlendirilmektedir. Aynı durum Ege sınırlandırma uyumsuzlukları için de geçerlidir.⁴

Doğu Akdeniz için Yunanistan'ın iskân politikasını egemenlik uyumsuzluğuna bağlayan ve Meis'in sınırlandırma hukuku verileri çerçevesinde sınırlandırmadaki etkisizliğini ortaya koyan görüşler, Türk tezleri lehine önemli ve değerli dayanaklar sunmaktadır. Fakat kanımızca Doğu Akdeniz deniz yetki alanları sınırlandırma uyumsuzluğu açısından Türk tezleri lehine sonuç doğuracak, Türk tezlerini çeşitlendirecek, dışlanmaması gereken bir ihtimal daha bulunmaktadır. Bu ihtimal, iskâna açılan veya açılacak adaların durumunu, özellikle Karaada ve Fener Adası açısından ve Meis'i de hesaba katarak Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin (BMDHS)⁵ 121/3. maddesinde öngörülen şartlar çerçevesinde gündeme getirmek ve değerlendirmektir. Dolayısıyla yukarıda belirtilen ve Yunanistan'ın iskân politikasını salt egemenlik tartışmasına hasreden ve bu iskân politikasında, BMDHS'nin 121/3. maddesini dışlayan önemli ve değerli görüşlere, Doğu Akdeniz'de bulunan Karaada ve Fener Adası açısından katılmıyoruz. Nitekim Çin de genel olarak, Yunanistan'ın iskân politikası ile BMDHS'nin 121/3. maddesi arasında bağ kurmuştur.⁶ Kanımızca, BMDHS'nin 121/3. maddesi asıl etkisini Doğu Akdeniz için gösterecek, Türk tezlerini çeşitlendiren asıl değerli

² KURUMAHMUT, (1998), s. 11–12. Yazar aynı görüşü, daha sonraki bir çalışmasında da yinelemiştir. Bkz: Ali KURUMAHMUT, “Karaada (Ro), Meis ve Fener Adası (İpsili)”, **Doğu Akdeniz'de Hukuk ve Siyaset**, (Yayıma Hazırlayan, Sertaç Hami BAŞEREN), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası Siyasi ve Ekonomik İlişkiler Araştırma Merkezi, Ankara, 2013, s. 329–330.

³ Gökhan AK, “Meis, Karaada ve Fener Adası'nın Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sorununa Etkileri”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, C. 11, Sa. 41, 2015, s. 141–142.

⁴ Mesela Acer, Ege'ye ilişkin yaptığı genel tespit, Ege adalarının, hak sahipliği esasında değil de sınırlandırmadaki rolleri açısından incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Yücel ACER, **The Aegean Maritime Disputes and International Law**, Ashgate Publishing Limited, Burlington, 2003, s. 98.

⁵ Çalışmada, BMDHS'den yapılan alıntılarda, şu çeviri esas alınmıştır: , M. Aydoğan ÖZMAN (çev.), **Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi**, İstanbul Deniz Ticaret Odası, İstanbul, 1984.

⁶ Bkz: CİN, s. 48–49 ve eşlik eden dipnotlar.

dayanakları, Doğu Akdeniz için ortaya koyacaktır. Bu nedenle çalışmada, BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde yapılacak değerlendirmeler, Doğu Akdeniz'de bulunan Meis, Karaada ve Fener Adası ile sınırlı tutulacaktır.

BMDHS'nin "Adaların Rejimi" başlıklı 121. maddesi şu düzenlemeyi içermektedir:

"Bir ada, sularla çevrili olan ve sular yükseldiğinde su üstünde kalan, doğal olarak meydana gelmiş kara parçasıdır.

3. paragraf hükümleri saklı kalmak üzere, bir adanın karasularının, bitişik bölgesinin, münhasır ekonomik bölgesinin ve kıta sahanlığının sınırlandırılması, işbu Sözleşmenin diğer kara parçalarına uygulanabilir hükümlerine uygun olarak yapılır.

"İnsanların oturmasına elverişli olmayan veya kendilerine özgü ekonomik bir yaşamı bulunmayan kayalıkların münhasır ekonomik bölgeleri veya kıta sahanlıkları olmayacaktır."

Adaların sahip olacakları deniz alanlarını düzenleyen maddenin 3. paragrafına göre eğer maddenin 1. paragrafı çerçevesinde, sularla çevrili olan ve sular yükseldiğinde su üstünde kalan, doğal olarak meydana gelmiş kara parçası niteliğindeki bir ada, insanların oturmasına elverişli değilse veya kendine has ekonomik bir yaşamı bulunmuyorsa, kaya statüsündedir. Söz konusu düzenlemede, kaya statüsüne bağlanan hukuki sonuç ise münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı hakkına sahip olmamaktır. Fakat eğer bir ada, maddenin 3. paragrafındaki şartları karşılıyorsa, kaya statüsünde nitelendirilmeyecek ve münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı hakkına sahip olacağı gibi söz konusu deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasında, anakaralarla aynı hükümlere tabi şekilde değerlendirilecektir. Ayrıca bu düzenlemeden çıkan, inceleme konumuzla bağlantılı bir diğer sonuç, maddenin 1. paragrafındaki şartları taşıyan tüm adaların, iç suları ve karasuları haklarının bulunduğu şeklindedir.

Aşağıda ayrıntılı şekilde değinilecek olan Filipinler ile Çin arasındaki Güney Çin Denizi Tahkiminde verdiği kararda Hakem Mahkemesi,⁷

⁷ Karar metni için bkz: PCA Case No: 2013-19, In The Matter Of The South China Sea Arbitration –before – An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII To The 1982 United Nations Convention On The Law Of The Sea, –between– The Republic Of The Philippines –and– The People's Republic Of China, Award, 12 July 2016, <http://www.pcacases.com/pcadocs/PH-CN%20-%2020160712%20-%20Award.pdf>. (erişim tarihi 1.10.2016). Karar hakkında tespit ve değerlendirmeler için bkz: Uğur BAYILLIOĞLU, "Güney Çin Denizi

BMDHS'nin 121. maddesine ilişkin olarak bir terminoloji benimsemiştir. Buna göre Hakem Mahkemesi, med zamanı su üstünde kalan ve med yüksekliği olarak adlandırdığı adaları iki alt kategoriye ayırmış, ilk alt kategori olarak belirlediği “kaya” terimini, insan oturmasına elverişli olmayan veya kendine has bir ekonomik yaşamı bulunmayan ve dolayısıyla münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı hakları bulunmayan adalar için kullanmış, ikinci alt kategori olarak benimsediği “tam yetkili adalar” terimini ise kaya olmayan ve BMDHS'nin 121/2. maddesine göre diğer kara parçaları ile aynı haklara sahip adalar için kullanmıştır.⁸ Bu çalışmada, aynı terminoloji kullanılacaktır.

Meis, Karaada ve Fener Adası'nın statüsünü, BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde incelemeyen önce Yunanistan'ın, Doğu Akdeniz'deki sınırlandırma uyumsuzluğunda, söz konusu adalara atfettiği etkiyi ortaya koymak gerekir. Bu da bize, Doğu Akdeniz deniz yetki alanları sınırlandırmasında, söz konusu adaların etkisizliğini sağlamak için Türkiye'nin neden elindeki tüm hukuki imkanları kullanmasının hayati bir zorunluluk olduğunu gösterecektir. Gerçekten de Meis, Karaada ve Fener Adası açısından Doğu Akdeniz'deki can yakıcı manzarayı, Yunanistan ile Kıbrıs Cumhuriyeti sıfatını kullanan Güney Kıbrıs Rum Yönetimi'nin (GKRY) ileri sürdüğü deniz yetki alanı sınırlarını gösteren harita oluşturmaktadır.⁹ Söz konusu haritadan açıkça görüldüğü gibi neredeyse bir eşkenar üçgen deniz alanı, salt Meis, Karaada ve Fener Adası nedeniyle Yunanistan'a verilmiş gözükmektedir. Vurgulamak gerekir ki söz konusu haritadaki eş kenar üçgen oluşturan deniz alanı, Rodos, Kerpe, Kaşot, Girit Adaları veya Mora Yarımadası tarafından değil, doğrudan

Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi'nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl. 2017, Sa. 130, s. 419–456.

⁸ The South China Sea Arbitration Award, para, 280. Hakem Mahkemesinin terminolojiye ilişkin tespitinin tamamı için bkz: Ibid, s. 429–430. Hakem Mahkemesi kararda, tam yetkili ada, kaya ve cezir yüksekliklerini kümülatif olarak ifade etmek üzere, adasal yapı olarak Türkçeye çevrilebilecek olan “insular features” ibaresini kullanmıştır. İnceleme konumuz cezir yüksekliklerini kapsamadığı için, Hakem Mahkemesi kararına atf yapılrken, Mahkemenin “insular features” veya “features” ibarelerini kullandığı yerlerde, ada ibaresini kullanmayı tercih ettik. Fakat Hakem Mahkemesinin bazı genel tespitlerini aktarırken, orijinal ifadeye sadık kaldık.

⁹ Harita için bkz: J.R.V. PRESCOTT, **The Maritime Political Boundaries of the World**, Methuen, London–New York, 1985, s. 307; Sertaç Hami BAŞEREN, “Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sınırlandırması Sorunu: Tarafların Görüşleri, Uluslararası Hukuk Kurallarına Göre Çözüm ve Sondaj Krizi”, **Doğu Akdeniz'de Hukuk ve Siyaset**, (Yayıma Hazırlayan, Sertaç Hami BAŞEREN), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası Siyasi ve Ekonomik İlişkiler Araştırma Merkezi, Ankara, 2013, s. 260.

Yunanistan'ın resmi tezlerinde ve Yunan doktrininde “Meis Grubu” olarak adlandırılan ve Antalya'ya bağlı Kaş ilçesinin hemen karşısında konumlanan adalar nedeniyle Yunanistan'a verilmiş gözükmemektedir. Dolayısıyla, Karaada ve Fener Adası'na yönelik iskân faaliyeti, salt egemenlik tartışmasına odaklı şekilde değerlendirilmemelidir. Gerçekten de Yunanistan'ın, Türkiye'nin Doğu Akdeniz'de TPAO'ya verdiği ruhsatları protesto eden 20 Şubat 2013 tarihli notası, Yunanistan'ın bu konudaki resmi tezini ortaya koymaktadır.¹⁰ Buna göre Yunanistan, Türkiye'nin ruhsat verdiği parsellerden, 5033 numaralı olanının, Meis Adalar Grubu'nun mevcut 6 mil karasuları sınırına değecek kadar yakın mesafede yer aldığını, BMDHS ve örf ve adet hukuku kurallarına göre, Meis Adalar Grubu'nun da BMDHS'nin 121/2. maddesi ve içtihat tarafından da kabul edildiği gibi karasularının ötesinde ana karalar gibi deniz alanlarına sahip olduğunu iddia etmiştir. Şu halde Yunanistan, Karaada ve Fener Adası'nı da dahil ederek, Meis'i bir adalar grubu olarak kabul etmekte ve bu adaların tam yetkili ada statüsünde olduğunu iddia etmektedir.

Yunan doktrini de Yunan resmi tezleri ile paralel görüşleri sürmüştür. Poulantzas, Meis Grubu ve çevresindeki adacıklar ile Anadolu sahili arasındaki münhasır ekonomik bölge sınırlandırmasının eşit uzaklık çizgisi temelinde yapılması ve Yunanistan'ın bu adalara dayanarak 200 mil münhasır ekonomik bölge iddia ederek güneybatı yönünde bu adaların münhasır ekonomik bölgelerinin, Kıbrıs'ın münhasır ekonomik bölgesinin sınırına kadar götürülmesi gerektiğini ileri sürülmüştür.¹¹ Yine GKRY'nin Doğu Akdeniz'deki sınırlandırma girişimlerinden önce Rozakis de bu meseleye parmak basmıştır. Yazar Meis'i, “küçük bir takımada”, “küçük adalar grubu” ve “Yunan adalar kompleksi” olarak nitelemiş ve bu kompleksin, Doğu Akdeniz'deki Türk–Yunan sınırlandırmasında, Kıbrıs'a kadar doğu ve güney yönlerindeki deniz alanları üzerinde Yunanistan'ın kesin iddiasını oluşturacağını belirtmiştir.¹²

¹⁰ Nota metni için bkz: Permanent Mission of Greece to the United Nations, Verbal Note, Ref. 389, February 20, 2013, aktaran, BAŞEREN, (2013), s. 277–278.

¹¹ Nicholas M. POULANTZAS, “The Status of Islands in the International Law of the Sea: The Megisti Case”, **Contemporary Developments in International Law: Essays in Honour of Budislav Vukas**, (Ed. Rüdiger WOLFRUM / Maya SERSIC / Trpimir M. SOSIC), Brill Nijhoff, Leiden / Boston, 2015, s. 256.

¹² Christos L. ROZAKIS, “The Greek Continental Shelf”, **Greece and the Law of the Sea**, (Ed. Theodore C. KARIOTIS), Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 1997, s. 73, 108 ve 18 no'lu dipnot. Yazar ayrıca, söz konusu adaların mevcudiyetinin, bir tarafta Yunanistan ve Türkiye diğer tarafta Mısır ve Kıbrıs arasındaki kıta sahanlığı sınırlandırması açısından sorun yarattığını belirtmiş ve Meis Adaları'nın, Türkiye, Mısır ve Kıbrıs tarafında da paylaşılan Doğu Akdeniz'in bu kısmındaki deniz yatağı ve toprak altına

Aynı şekilde Kariotis de Meis'i, "Adalar" olarak nitelemek suretiyle, Meis'in, Kıbrıs ile münhasır ekonomik bölge sınırlandırmasına etkisine ilişkin tespitler yapmıştır.¹³ Görüldüğü gibi Meis ve çevresindeki adalar, Yunanistan için önemli miktarda deniz yetki alanı elde etmek açısından temel bir dayanaktır. Kanımızca, Meis ve çevresine yayılmış olan içlerinde Karaada ve Fener Adası'nın da bulunduğu adalar,¹⁴ bir takımada, bir grup veya kompleks olarak değerlendirilmek suretiyle sınırlandırmada tam etki, tüm bu gruba verilmek istenmektedir. Nitekim Prescott, Meis'ten küçük bir adalar grubu olarak bahsetmiş ve Yunanistan'ın bu adalar nedeniyle 5240 mil² boyutunda deniz alanı elde etme ihtimali bulunduğunu belirtmiştir.¹⁵ Şüphesiz Meis, bölgedeki en büyük ada olduğu için de öne çıkmaktadır. Şu halde Meis ile Karaada ve Fener Adası'nın varlığı ve konuları, Doğu Akdeniz'e ilişkin Yunan iddialarının merkezindedir. Yunanistan böylece, Mısır'la yapmayı planladığı antlaşmada öngörülecek sınırlandırma istikametinin izin vereceği ölçüde, siyasi açıdan bütünleşemediği Kıbrıs Adası ile en azından münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı bütünleşmesi sağlamış olacaktır.¹⁶ Bu bağlamda Türk

Yunanistan'ın açılan kapısı olduğunu ileri sürmüştür. Ibid, s. 73.

¹³ Theodore C. KARIOTIS, "Greek Fisheries and the Role of the Exclusive Economic Zone", **Greece and the Law of the Sea**, (Ed. Theodore C. KARIOTIS), Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 1997, s. 209.

¹⁴ Meis'in çevresinde özellikle Meis ile Kaş arasında birçok küçük ebatlı ada bulunmaktadır. Yunan resmi tezinde ve doktrininde, Meis Adası tekil olarak değil de bir grup veya takımada olarak nitelenirken, buna, söz konusu küçük ebatlı adaların da dahil edildiği anlaşılmaktadır. Çalışmada bunların durumuna değinilmeyecektir. Zira Karaada ve Fener Adası'nın söz konusu adalardan daha büyük olması nedeniyle, Karaada ve Fener Adası için BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde yapılacak tespitler, bu küçük adalar için de evveliyetle geçerli olacaktır.

¹⁵ PRESCOTT, s. 308.

¹⁶ Yunanistan, bu amaca ulaşmak için GKRY ile bir sınırlandırma antlaşması yapmayı düşünmektedir. Bunun ilk ayağını da Mısır ile bir sınırlandırma antlaşması yapmak oluşturmaktadır. Nitekim Yunan haber ajansı AMNA'nın Yunan hükümet kaynaklarına dayandırdığı bir haberinde, Yunanistan, Mısır ve GKRY devlet başkanlarının Girit'te düzenledikleri üçlü zirvede, Yunanistan ile Mısır arasında münhasır ekonomik bölge sınırlandırma antlaşmasına ilişkin teknik müzakerelerin, 2018 yılının sonuna kadar tamamlanması konusunda Yunan ve Mısır devlet başkanlarının mutabakata vardıkları belirtilmiştir. "Tsipras: Technical negotiations for the delimitation of EEZ to be concluded this year" (<https://www.amna.gr/en/article/299864/Tsipras-Technical-negotiations-for-the-delimitation-of-EEZ-to-be-concluded-this-year>, erişim: 30.10.2018). Yunanistan'ın önce Mısır sonra GKRY ile bu antlaşmaları yapabilmesi için de öncelikle Meis'in güneyindeki deniz alanlarında, Türkiye'nin haklarını reddetmesi gerekir. Nitekim Yunanistan, 24 Şubat 2005 tarihli notası ile bu yöndeki iddialarını ortaya koymuş ve Başeren'in tespitiyle, tüm adalara kıta sahanlığı verilmesini ve Türkiye ile kıta sahanlığı sınırlandırmasının Meis de dahil en yakın Yunan adaları ile Anadolu arasındaki ortay hattın esas alınarak yapılmasını

doktrininde Ege egemenlik uyuşmazlığı ve Karaada ile Fener Adası'na yönelik egemenlik tartışmasında önemli ve değerli argümanlar sunan Kurumahmut,

“... Meis Adası ve bitişik adacıklarının yanında Karaada ve Fener Adası'nın da Yunanistan egemenliğinde olması ve karasuları dışında adalara da deniz yetki alanları tanınması durumunda, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge sınırlandırmasında Türkiye'nin pozisyonu zayıflayabilecek ve aynı ölçüde Yunanistan'ın pozisyonu kuvvetlenebilecektir...”

Karaada ve Fener Adası'nın Türkiye'nin egemenliğinde kalması durumunda, Doğu Akdeniz'de kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgenin paylaşımında Meis Adası'nın herhangi bir etkisinin olabileceğini söylemenin ve iddia etmenin mantıklı bir hukuki izahı olamayacaktır.”¹⁷ tespitini yapmıştır.

İşte bu nedenle ve yazarın Karaada ve Fener Adası'na yönelik egemenlik pozisyonunun, Ege'deki kadar kuvvetli olmadığını ve Türkiye'nin zemin veya inisiyatif kaybetmesi halinde gündeme getirilebilecek bir argüman olduğunu belirtmesi karşılığında,¹⁸ söz konusu iki adayı ve üzerinde bir egemenlik tartışması yapılamayan Meis'i, BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde sorgulamak, Türkiye'nin Doğu Akdeniz'e ilişkin tezleri açısından etkili bir argüman teşkil edecektir.

Doğu Akdeniz'deki sınırlandırma sorunu bağlamında, Meis, Karaada ve Fener Adası merkezi önemdedir. Türk doktrininde deniz yetki alanı sınırlandırması açısından Meis Adası'nın, iki ana kara arasındaki ortay hattın ters tarafında kalması ve boyutu nedeniyle ihmal edilerek açık deniz tarafında sadece karasuları ile yetinmesi gerektiği içtihadı da dayanarak haklı olarak ileri sürülmüştür.¹⁹ Aynı değerlendirme, Yunan tezi çerçevesinde Meis Grubu

istemmiştir. Sertaç Hami BAŞEREN, **Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Uyuşmazlığı**, TÜDAV, İstanbul, 2010, s. 7–8. Söz konusu Yunan notasının metni için bkz: Ibid, s. 110. Tüm bunlar, Yunanistan'ın resmi tezinde, Meis'in Karaada ve Fener Adası ile beraber bir grup olarak kabul edildiği de göz önüne alınca, söz konusu adaların Doğu Akdeniz'deki sınırlandırma açısından merkezi önemlerini teyit etmektedir.

¹⁷ KURUMAHMUT, (2013), s. 330'dan naklen.

¹⁸ Ibid, s. 330.

¹⁹ Bkz: Yücel ACER, “Doğu Akdeniz'de Deniz Alanlarının Sınırlandırılması ve Türkiye”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, C. 1, Sa. 1–2, 2005, s. 97–100; BAŞEREN, (2010), s. 43–46, BAŞEREN, (2013), s. 290–291. Kesme etkisi temelinde yapılan değerlendirme için bkz: Yunus Emre AÇIKGÖNÜL, “Uluslararası Adalet Divanı'nın Nikaragua/Kolombiya Kararının Türkiye'nin Deniz Uyuşmazlıklarına Yansımaları”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, C. 10, Sa. 40, 2014, s. 22. Yine yabancı doktrinde, Meis'in sınırlandırmadaki etkisinin, hakça ilkeler ve kesme etkisi temelinde sınırlanması yönünde görüşler

içinde kabul edilen Karaada ve Fener Adası için de geçerlidir. Fakat içtihat, ters taraftaki adalara karasuları dışında deniz yetki alanı verilen örnekler de bulunmaktadır; nitekim Ak da bu riske dikkat çekmiştir.²⁰

Dolayısıyla her ne kadar Türk tezlerini haklı çıkarır gözüke de sınırlandırma hukukuna ilişkin tartışmalardan ve bazı içtihat müphemliklerinden (hatta zikzaklarından) kaçınmak için kanımızca önümüzde iki yol bulunmaktadır. İlki, Türk doktrinin de Kurumahmut'un başını çektiği ve Ak tarafından da savunulan Karaada ve Fener Adası üzerindeki Yunan egemenliğini sorgulamaktır.²¹ Fakat Meis üzerinde bu sorgulamanın yapılabilmesi mümkün gözükmemektedir. Karaada ve Fener Adası'na yönelik egemenlik sorgulaması tezinin fayda ve sakıncaları olabilir. Bu bizim burada inceleyeceğimiz bir konu değildir. Biz burada, sınırlandırma hukukunun farklı tartışmalarından kurtulmak için Karaada ve Fener Adası üzerindeki egemenlik tartışması yerine veya yanına, bir de Meis Adası'nı da dahil ederek, söz konusu adaların tam yetkili ada statülerinin sorgulanmasını öneriyoruz. Kanımızca, söz konusu adaların statülerinin, BMDHS'nin 121/3. maddesindeki şartlar çerçevesinde sorgulamaya açılması, Türkiye'nin Doğu Akdeniz'e ilişkin tezlerinin çeşitlendirilmek suretiyle berkitilmesi açısından olumlu sonuçlar doğuracaktır.

Bu sorgulama faaliyeti neticesi, Meis, Karaada ve Fener Adası'nın BMDHS'nin 121/2. maddesi anlamında tam yetkili ada değil de 121/3. maddesi anlamında kaya olarak kabul edilmeleri halinde söz konusu adaların

bulunmaktadır. Bkz: PRESCOTT, s. 308–309; Faraj Abdullah AHNISH, **The International Law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean**, Clarendon Press, Oxford, 1993, s. 377. İnan, bu bağlamda, Türkiye'nin bu tezini destekleyen ve Yunanistan tarafından yapılan bir tek taraflı işleme dikkat çekmiştir. Yazara göre Yunanistan'ın, Mayıs 2003'te Meis'in güneyindeki bir bölgenin deniz yatağında bilimsel araştırma için Türkiye'den izin istediğini, bu talebin uluslararası hukuk açısından bir kabul ve forum prorogatum/acquiescence yarattığını ve böylece Yunanistan'ın Türkiye'nin haklarını tescil ettiğini belirtmiştir. Yüksel İNAN, "Doğu Akdeniz'deki Deniz Alanları Sınırlandırılması ve KKTC'nin Gözetilmesi Gereken Hakları", **Prof. Dr. Aydoğan Özman Sempozyumu, Kıbrıs Ekseninde Uluslararası Deniz Hukukunda Güncel Gelişmeler** (Ed. Arzu ALİBABA), Doğu Akdeniz Üniversitesi Yayınları, Gazimağusa, 2010, s. 86–87. Başeren, Uluslararası Adalet Divanı'nın Romanya–Ukrayna kararında, Serpents Adası'na deniz yetki alanı sınırlandırmasında etki tanımama gerekçesi olarak BMDHS'nin 121. maddesini göstermemesinin, Ege ve Doğu Akdeniz'deki sınırlandırma uyumsuzluklarında, meskün olanlar da dahil Anadolu'ya yakın Yunan adalarına deniz yetki alanı tanımayan Türk tezlerini teyit ettiğini belirtmiştir. BAŞEREN, (2010), s. 45–46.

²⁰ Bkz: AK, s. 135 ve 33 no'lu dipnot.

²¹ Bu konudaki önemli ve değerli argümanlar için bkz: KURUMAHMUT, (2013), s. 327–335; AK, 137–144.

zaten kendilerine has bir kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgeleri olmayacağından, bu alanların sınırlandırılmasına da bir etkileri olmayacaktır. Zira hak sahibi olmayanlar, sınırlandırmada da etki doğurmaz. Dolayısıyla bu durumda, adaların sınırlandırmaya etkileri meselesini tartışmak gereksiz olacaktır ve bu da Türkiye'nin Doğu Akdeniz sınırlandırma uyuşmazlığında elini güçlendiren bir dayanak teşkil edecektir. Bu nedenle incelemeye ve tartışmaya, en azından gündeme getirmeye değerdir.

Mesela eğer Meis Adası, BMDHS'nin 121/2. maddesi anlamında tam yetkili ada ise ancak o zaman sınırlandırma hukukuna ilişkin kural ve ilkeler, içtihat çerçevesinde gündeme gelecektir. Bu ihtimalde, adaların sınırlandırmaya etkileri açısından konum yanında, ebat ve sosyo-ekonomik yapıları da önem arz ettiğinden, Meis'e ilişkin bu yönde yapılacak bir değerlendirme, Ada'nın sınırlamadaki etkisizliğini de ortaya koymak açısından Türk tezleri lehine bir dayanak sağlayacaktır. Ayrıca, salt Karaada ve Fener Adası'nın kaya statüsünde olduklarının tespiti de Meis'i bir adalar grubu olarak kabul eden ve tüm bu grup için deniz yetki alanı iddia eden Yunan resmi tezleri aleyhine sonuç doğuracaktır.

Yine de şu husus göz ardı edilmemelidir. Bilindiği gibi Türkiye BMDHS'yi imzalamamış ve onaylamamıştır. Antlaşmalar hukuku bağlamında söz konusu antlaşma ile bağlı değildir. Türkiye'nin bu tutumunun çeşitli nedenleri vardır ve bu nedenler 10 Aralık 1982 tarihli kapanış oturumunda Türk temsilci Kırca tarafından etraflıca açıklanmıştır.²² Söz konusu açıklamada, Kırca'nın konumuzla ilgili tespitleri şöyledir:

“Adaların rejimi hakkındaki 121. madde, bizim düşüncemize göre sınırlandırmada adalara bırakılacak deniz alanlarını belirlemeyen genel nitelikli bir maddedir. Sınırlandırılması söz konusu olan alanda adaların varlığı, daha önce belirttiğim gibi, hakkaniyete uygun bir çözüme ulaşmak için gözönüne alınması gereken ilgili unsurlardan biridir...”

...Sınırlandırılması söz konusu olan bölgelerde bulunan adaların deniz alanları, hakkaniyet ilkeleri uygulanarak tespit edilmektedir. Bu nedenle 121. madde, sınırlandırmaya konu olan bölgelerdeki adalara uygulanamaz...

...Nihayet, her ne kadar deniz hukuku anlaşmasının yukarıda belirtilen hükümlerinin objektif bir yorumu, ancak belirtilen şekilde yapılabilir ise de, bu çeşit taleplerin hukuki geçerliliği olamayacağı için, bu anlaşmanın hiçbir

²² Açıklamanın Türkçe çevirisi için bkz: Aydoğan ÖZMAN, **Deniz Hukuku I: Kaynaklar, Kişiler, Nesnelere, Ulusal Deniz Alanları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 47-54.

şekilde Türkiye'ye karşı ne uygulanabileceğini ve ne de Türkiye'nin anlaşmanın her hangi bir hükmü ile bağlı olacağını resmen beyan ediyoruz.”²³

Şurası açıktır ki açıklamanın adalarla ilgili bölümü, Türkiye'nin Ege kıta sahanlığı sınırlandırmasında o dönem benimsediği doğal uzantı, adaların ilgili şart oluşturması ve hakça ilkeler çerçevesinde çözüm tezinin bir sonucudur.²⁴ Açıklamada, hem antlaşma hükümlerinin Türkiye'ye karşı uygulanamayacağı ve Türkiye'yi bağlamayacağı hem de Türkiye tarafından nasıl yorumlandığı belirtilmiştir. Böylece Türkiye'nin, bu düzenlemelerle sadece antlaşmalar hukuku bağlamında değil aynı zamanda antlaşma düzenlemelerinden kaynaklanan veya ileride kaynaklanması muhtemel örfi karakterli bir normla da bağlı olmadığı ortaya konulmak istenmiştir. Ayrıca ileride antlaşma hükümlerinin örf ve adet kuralı niteliği kazanması ihtimali gözetilerek ileri sürülmesi muhtemel ısrarlı muhalefet iddiası için dayanak olarak kullanılmak üzere, Türkiye'nin antlaşma hükümlerinin objektif yorumunu nasıl değerlendirdiği de belirtilmiştir. Dolayısıyla Türkiye tezlerini, bu temeller üzerine de kurabilir ve BMDHS'nin 121/3. maddesi ile bağlı olmadığını ve/veya bu maddeye nasıl anlam verdiğini ileri sürebilir. Biz bu teze ilişkin tartışmalara girmiyoruz; bu belki başka bir çalışmanın konusu olabilir. Bizim düşüncemiz, Meis, Karaada ve Fener Adası'nın durumunun, sınırlandırma hukuku verileri yanında, BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde gündeme getirilmesinin ve bu çerçevede yapılacak bir değerlendirmenin, Türkiye lehine sonuç doğurabileceğini yönündedir. Tabiidir ki gerek Ege gerek Doğu Akdeniz sınırlandırma uyuşmazlıklarında hangi dayanaklar Türk tezlerini kuvvetlendirip çeşitlendirecekse şüphesiz onlara ağırlık verilip kullanılmalıdır. Bu bağlamda Meis konusunda Türkiye'nin resmi tezi, 12 Mart 2013 tarihli notasından anlaşılmaktadır.²⁵ Buna göre Türkiye, TPAO'ya Doğu Akdeniz'de verdiği ruhsatların Türkiye'nin kıta sahanlığı içinde kaldığını ve fakat Meis

²³ Ibid, s. 53–54'den naklen.

²⁴ Aynı şekilde bu açıklama, Türkiye'nin III. Deniz Hukuku Konferansı'nda adaların rejimine ilişkin olarak verdiği teklifin kabul edilmemesinin de bir sonucudur. Söz konusu teklif için ve Türk temsilcinin teklifi değerlendiren açıklamaları için bkz: **The Law of the Sea: Regime of Islands, Legislative History of Part VIII (Article 121) of the United Nations Convention on the Law of the Sea**, Office for Ocean Affairs and the Law of the Sea, United Nations, New York, 1988, s. 43–45. Konferans'ta adaların rejimine ilişkin olarak Türkiye'nin diğer devletlerle verdiği teklif ve Türk temsilcilerin açıklamaları için bkz: Ibid, s. 26, 61, 88, 95, 99, 103, 109 ve 111.

²⁵ Nota metni için bkz: BM Nezdinde Türkiye Daimi Temsilciliği'nin 12 Mart 2013 tarih ve 2013/14136816/22273 sayılı notası, <http://tr.scribd.com/doc/130244784/Planet-greece-Turkey-Verbal-Note> uzantılı web adresinden aktaran BAŞEREN, (2013), s. 271–272.

Adası gibi bölgedeki Yunan adalarının karasularının hayli dışında kaldığını belirtmiştir. Başeren, Türkiye'nin bu şekilde, hakça ilkeler temelinde, kesme etkisi ve Meis gibi iki devletin ana kararlarına bakarak ters tarafta kalan Yunan adalarına sınırlandırmada etki verilmeyeceği veya sınırlı etki verileceği tezlerini savunduğunu belirtmiştir.²⁶ Böylece Türkiye'nin resmi tezinin, sınırlandırma hukuku çerçevesinde teessüs etmiş olduğu görülmektedir. Türkiye'nin resmi tezi ve Başeren'in görüşü, naçizane kanaatimize göre sınırlandırma hukuku verilerine uygundur. Fakat Yunanistan da sınırlandırma hukuku verilerini kendi tezlerine uyarlamaktadır.²⁷ Şurası açıktır ki her iki devlet de aynı sınırlandırma kurallarını ve bunları somut olaya uygulayan uluslararası yargı kararlarını, kendi tezleri ile ifade edip, bambaşka sonuçlara ulaşmaktadırlar. Tam olarak bu nedenle kanaatimiz, Meis, Karaada ve Fener Adası'nın durumunun BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartlar çerçevesindeki değerlendirmesinin, sınırlandırma hukukuna ilişkin dayanaklar yanında, bir başka dayanağın daha geliştirilmesi anlamına geleceği ve sonuçta Türk tezlerini çeşitlendirip, kuvvetlendirilmesini sağlayacağı yönündedir. Konunun önemi bize budur.

II) Yunan Doktrinindeki Tespit ve Değerlendirmeler:

Yunan doktrinini genellikle, BMDHS'nin 121/3. maddesine mesafeli yaklaştığı görülmektedir. Bunda, III. Deniz Hukuku Konferansı'nda Yunanistan'ın söz konusu maddeye karşı izlediği resmi tutumunun etkisi bulunduğu açıktır. Gerçekten de Yunanistan, III. Deniz Hukuku Konferansı'nda istisnasız tüm adaların münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sahibi

²⁶ Ibid, s. 272–273. Türkiye'nin, 17 Şubat 2003 tarihli GKRY–Mısır Münhasır Ekonomik Bölge Sınırlandırması Antlaşması'nı protesto eden ve 32° 16' 18" meridyeninin batısında yer alan münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı alanları üzerindeki haklarını saklı tuttuğu 2 Mart 2004 tarihli notası da bu tezin bir sonucudur. Nota metni için bkz: BAŞEREN, (2010), s. 107. GKRY–Mısır Antlaşması'nın metni ve sınırlandırma hattını gösteren harita için bkz: Ibid, s. 104–106. Aynı sonuç, Bakanlar Kurulu'nun ilan ettiği ruhsat sahaları için de geçerlidir. Farklı tarihlerde Resmi Gazete'de yayımlanan Bakanlar Kurulu kararlarının oluşturduğu ruhsat sahalarının birleştirilmiş haritası için bkz: BAŞEREN, (2013), s. 269.

²⁷ Mesela Yunanistan, Türkiye'nin hakça ilkeler temelinde ve uluslararası hukuka uygun olan, 32° 16' 18" meridyeninin batısında yer alan münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı alanları üzerindeki haklarını saklı tuttuğu 2 Mart 2004 tarihli karşı verdiği yukarıda da değinilen 24 Şubat 2005 tarihli notada, bölge açısından ilgili devlet olduğunu ve münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırmasının uluslararası hukuk çerçevesinde ortay hatla yapılması gerektiğini belirtmiştir. Yine mesela Yunan doktrininde Poulantzas, sınırlandırma hukukuna ilişkin son dönem bazı uluslararası yargı kararlarını, Meis'e ilişkin Yunan tezlerini haklı çıkarır şekilde değerlendirmiştir. Bkz: POULANTZAS, s. 258 vd.

olmasını sağlama yönünde teklifler vermiş²⁸ ve Japonya'nın verdiği 121/3. maddenin kaldırılması teklifini²⁹ desteklemiştir. Bu bağlamda Yunan temsilci, Yunanistan'ın, 121/3. maddenin keyfi ölçüt getirmesi nedeniyle söz konusu düzenlemenin kaldırılmasını desteklediğini belirtmiştir.³⁰ Bu çerçevede, ulaşabildiğimiz kaynaklardan tespit edebildiğimiz kadarıyla Yunan doktrinde, Ege ve Doğu Akdeniz'deki adaların, BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesindeki statülerine ilişkin bazı değerlendirmelerin bulunduğu görülmektedir. Mesela Strati bu konuda Ege'ye ilişkin, hiçbir maddi veriye dayanmayan genel bir değerlendirme yapmıştır. Yazar, BMDHS'nin 121/3. maddesi düzenlemesinin, Ege'deki Yunan adalarının kıta sahanlığı üzerinde hak sahibi olduğu yönündeki Yunanistan'ın uzun süredir devam eden tutumunu onayladığını iddia etmiştir.³¹ Yazar, kayalar söz konusu olduğunda ise BMDHS'nin 121/3. maddesinin örf ve adet hukukunu yansıtıp yansıtmadığının tartışmalı olduğunu ileri sürmüştür ve maddede kayaların da karasuları ve bitişik bölgeleri olduğunun kabul edildiğini belirtmekle yetinmeyi uygun bulmuştur.³² Roucounas da benzer şekilde BMDHS'nin 121. maddesinin, 3. paragrafı dışında, örf ve adet hukukunu yansıttığını ve fakat 3. paragrafın Yunanistan için önemsiz olduğunu, Yunanistan'ın durumunu değiştirmeyeceğini ileri sürmüştür.³³ Yazar bunun nedeni olarak, Yunan adalarının coğrafi, tarihi, geleneksel ve kültürel durumları ile söz konusu adalardaki devamlı ve canlı ekonomiyi göstermiştir.³⁴

²⁸ Söz konusu teklifler ve Yunan temsilcinin açıklamaları için bkz: **The Law of the Sea: Regime of Islands, Legislative History of Part VIII (Article 121) of the United Nations Convention on the Law of the Sea**, s. 31–34.

²⁹ Bkz: Ibid, s. 89.

³⁰ Ibid, s. 90.

³¹ Anastasia STRATI, “Greece and the Law of the Sea: A Greek Perspective”, **The Aegean Sea after the Cold War: Security and Law of the Sea Issues**, (Ed. Aldo CHIRCOP / Andre GEROLYMATOS / John O. IATRIDES), Macmillan Press London, 2000, s. 95.

³² Ibid, s. 95. Yazarın daha önceki bir çalışmasında yer alan bu konudaki tespitleri de hemen hemen aynıdır. Bkz: Anastasia STRATI, “The Ratification by Greece of the UN Convention on the Law of the Sea”, **Leiden Journal of International Law**, Vol. 9, 1996, s. 112–113. Cin'in, Yunan doktrinden aktardıkları da Yunanlı yazarların tıpkı Strati gibi adalar açısından genellikle karasuları hakkını ön plana çıkardıklarını ve deniz sınırının bu adalarla Türk Ankarası arasında ortay hat esaslı yapılması anlayışında olduklarını göstermektedir. Bkz: CİN, s. 44–46 ve eşlik eden dipnotlar.

³³ Emmanuel ROUCOUNAS, “Greece and the Law of the Sea”, **The Law of the Sea: The European Union and its Member States**, (Ed. Tullio TREVES / Laura PINESCHI), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague /Boston/ London, 1997, s. 231–232.

³⁴ Ibid, s. 232.

Bu genel değerlendirmeler dışında, ulaşabildiğimiz Yunan doktrin kaynaklarından tespit edebildiğimiz kadarıyla, konuyu daha somut olarak odak alan yazarlar bulunmaktadır. Bunlarda ilki, Yunanistan'ı çevreleyen tüm denizlerde meskûn olmayan adaların durumunu genel olarak değerlendiren Alexopoulos'tur.³⁵ Yazarın, Ege ve Akdeniz'deki adaların bir tasvirini yaptığını görmekteyiz. Buna göre, Yunan adalarında, özellikle de merkezi Ege'de yağmur miktarının düşüşüne paralel olarak, daimi bir kuraklık söz konusu olmakta, artan bir şekilde taze su ihtiyacı bulunmakta, nüfus sürekli azalmakta, birçok küçük ada, kendi kendine yetememekte ve adada yaşayanlar, balıkçılık, denizcilik ve geçmişte sünger avcılığı ile uğraşmaktadır.³⁶ Yazar bazı adaların izolasyonunu, göç örneği ile ekonomik ve sosyal açıdan anakaraya bağlı olmalarına ve haberleşme imkanının yokluğu ile ulaşım ağındaki sorunlara bağlamış ve fakat adacık, kayalık, cezir yüksekliği ve resif gibi adasal yapılara, bir büyük adanın eşlik ettiğini belirterek, bunları ada saçağı olarak değerlendirmiştir.³⁷ Yazar bu çerçevede, söz konusu adaları, ekonomik ve sosyal açıdan bir bütün olarak değerlendirmek suretiyle deniz yetki alanı sahibi olacaklarını iddia etmiştir.³⁸ Yazar, tüm Ege boyunca kayalar ve kayalık yapılar bulunduğunu, bunların bir kısmı üzerine seyrüsefer amacıyla deniz fenerleri veya dini nedenlerle kilise gibi yapılar inşa edilmiş bulunduğunu, bazılarının ise tatbikatlarda Yunan donanması tarafından hedef tahtası olarak kullanıldığını ve bazı kişilerin de bazı adalar üzerinde mülkiyet hakkı tesis ettiğini belirtmiştir.³⁹ Yine yazar, başka yerlerden, meskûn olmayan adalara nüfus taşınması siyasetinin izlenmesini gerektiğinin altını çizmiştir.⁴⁰

Alexopoulos'un, hem Ege hem de Doğu Akdeniz adalarını içeren tespitlerinin, Poulantzas tarafından Doğu Akdeniz'deki sınırlandırma meselesi için somutlaştırıldığı görülmektedir. Gerçekten de yazar, yukarıda

³⁵ Bkz: Aristotelis B. ALEXOPOULOS, "The Legal Regime of Uninhabited Islets and Rocks in International Law. The Case of Greek Seas, *Revue Hellenique de Droit International*, Vol. 56, 2003, s. 131–151.

³⁶ Ibid, s. 146.

³⁷ Ibid, s. 146–147.

³⁸ Ibid, s. 148–149. Yazar bu noktada Bowett'in Ege'yi Yunan adalarının domine ve karakterize ettiği ve bu adaların kaya değil, belirli bir nüfus ve ekonomik yaşama sahip olduğu yönündeki görüşlerini dayanak olarak kullanmıştır. Ibid, s. 148. Bowett'in Ege'ye ilişkin özellikle kıta sahanlığı sınırlandırma konusunu işleyen, Türk tezleri aleyhine görüşleri için bkz: Derek BOWETT, *The Legal Regime of Islands in International Law*, Oceana Publications, Inc. Dobbs Ferry, New York, 1979, s. 249–281.

³⁹ ALEXOPOULOS, s. 147 ve 149.

⁴⁰ Ibid, s. 150.

da belirtildiği gibi Meis Grubu olarak adlandırdığı adalar için açık deniz tarafında münhasır ekonomik bölge iddia etmekle, aslında, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge üzerinde hak sahipliği açısından Meis Adası ve Karaada ile Fener Adası'na tam yetkili ada statüsü atfetmiştir.⁴¹ Aynı durum, Kariotis'in, Meis Adaları şeklinde ifade ettiği adaların, Kıbrıs ile münhasır ekonomik bölge sınırlandırmasında, Yunanistan için esas nokta teşkil ettiği ve sınırlandırmanın eşit uzaklık çizgisi temelinde yapılması gerektiği iddiası açısından da geçerlidir.⁴² Aynı şekilde yukarıda da belirtildiği gibi Meis ve çevresindeki adaları, takımda ve kompleks olarak niteleyen Rozakis de tüm adalar gibi, bu adaların da kendilerine has kıta sahanlığına sahip olduklarını ve sahillerinin de Yunan kıta sahanlığı için esas nokta teşkil ettiğini ileri sürmüştür.⁴³

Görüldüğü gibi Yunan doktrini, Meis'i bir ada grubu olarak nitelemek suretiyle geniş bir deniz yetki alanını, tekil açıdan Meis için değil, bu grubun bileşenleri olarak kabul ettikleri, Meis, Karaada ve Fener Adası için istemektedir. Yine yukarıda aktarılan Yunan notasında belirtildiği gibi Yunanistan, Meis Adalar Grubu'nun da BMDHS'nin 121/2. maddesi bağlamında karasularının ötesinde anakaralar gibi deniz alanlarına sahip olduğunu iddia etmekle, hem Karaada ve Fener Adası'nı da dahil ederek, Meis'i bir adalar grubu olarak kabul etmekte hem de bu adaların tam yetkili ada olduğunu iddia etmektedir. Her halde Yunanlıların Meis, Karaada ve Fener Adası'na ne kadar önem verdikleri hem Yunan resmi tezinden hem de Yunan doktrininin tespitlerinden anlaşılmaktadır. Görüldüğü gibi gerek Yunan resmi tezi gerek Yunan doktrini, söz konusu adaların BMDHS'nin 121/2. maddesi anlamında tam yetkili ada statüsünde olduklarını sanki verili bir değermiş gibi kabul etmekte ve esas itibarıyla BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartları nitelikli şekilde sorgulama gereği duymamaktadır.

III) Güney Çin Denizi Tahkimi Çerçevesinde Meis, Karada ve Fener Adası'nın Durumu:

Yunan doktrinindeki bu iddialara karşın, Van Dyke, Meis Adası'nın boyut ve nüfus nedeniyle diğer adalara nazaran geniş deniz alanları

⁴¹ POULANTZAS, s. 256. Yazar, Türkiye'nin, Meis'in küçüklüğü nedeniyle kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge üzerinde hak sahipliğine itiraz ettiğini ve bir Fransız şirketine izin vermek suretiyle Meis bağlamında Yunanistan'ın sahip olduğunu iddia ettiği münhasır ekonomik bölge üzerinde araştırma ve keşif faaliyeti icra ettiğini ileri sürmüştür. Ibid, s. 253.

⁴² KARIOTIS, s. 209.

⁴³ ROZAKIS, s. 73.

üretmeyi en az hakedeni olduğunu belirtmiştir.⁴⁴ Bu tespitin, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölge üzerinde hak sahipliği çerçevesinde yapıldığı açıktır. Bu noktada Meis, Karada ve Fener Adası'nın BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesindeki statüsünü gündeme getirmek ve tartışmak için Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakem Mahkemesinin kararına başvurmak ve bu karardaki ölçüt ve değerlendirmeleri, söz konusu adaların maddi verilerine uygulamak gerekir. Filipinler ile Çin arasındaki Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakem Mahkemesi, BMDHS'nin 121/3. maddesi ve maddede yer alan şartları yorumlanmıştır. Söz konusu karar ile Hakem Mahkemesi, madde metninde yer alan şartları değerlendirmek suretiyle hukuken kaya ile tam yetkili ada arasında ayrımı yapmayı sağlayan ölçütleri tespit etmiştir.

Hakem Mahkemesi, insani çabaların, bir cezir yüksekliği veya deniz yatağını hukuken adaya çeviremeyeceğini ve bu bağlamda, arazi ıslahı neticesi, bir kayanın, tam yetkili adaya dönüştürülemeyeceğini; aslolanın adasal yapının doğal hali çerçevesinde değerlendirilmesi olduğunu vurgulamıştır.⁴⁵ Bu değerlendirmedeki temel etmenin, diğer devletlerin deniz yetki alanlarının korunması ile insanlığın ortak mirasını oluşturan ulusal yetki sınırları ötesindeki deniz yatağı ve onun toprak altının korunması olduğu görülmektedir.⁴⁶ Demek ki aslolan, adanın, modifikasyondan önceki doğal ve çıplak halidir. Şu halde Hakem Mahkemesine göre insan eliyle yapılan modifikasyonlar, BMDHS'nin 121/3. maddesi anlamında kaya niteliğindeki bir coğrafi formasyonu, BMDHS'nin 121/2. maddesi anlamında tam yetkili bir adaya çeviremeyecektir. Bu, söz konusu kararda yer alan, BMDHS'nin 121. maddesinin yorumu konusundaki en temel tespitlerden biridir. Bu temel tespiti Doğu Akdeniz'e uygularsak şöyle bir sonuca ulaşabiliriz. Özellikle Karaada veya Fener Adası üzerinde deniz feneri dikilmesi, balıkçı barınakları yapılması, kilise dikilmesi gibi veya arazi ıslahı, denizi doldurma veya genişletme gibi yapılan veya yapılması düşünülen bir inşaat faaliyeti mevcutsa,

⁴⁴ Jon M. VAN DYKE, "The Role of Islands in Delimiting Maritime Zones: The Case of the Aegean Sea", *Ocean Yearbook*, Vol. 8, 1989, s. 66.

⁴⁵ The South China Sea Arbitration Award, para, 508. Hakem Mahkemesinin bu tespiti, BMDHS'nin 13 ve 121. maddelerinde yer alan "doğal olarak meydana gelmiş olma" ibaresinin yorumu çerçevesinde, cezir yüksekliği ve ada statüleri açısından, bir adasal yapının doğal haliyle değerlendirilmesi gerektiği ve insan eliyle yapılan modifikasyonların, deniz yatağını cezir yüksekliğine veya cezir yüksekliğini adaya çeviremeyeceği yönündeki tespitinin devamıdır. Bkz: *Ibid*, para, 305-306; Hakem Mahkemesinin bu konudaki tespitleri ve değerlendirmesi için bkz: BAYILLIOĞLU, s. 432-435.

⁴⁶ Bkz: The South China Sea Arbitration Award, para, 389, 509 ve 550. Hakem Mahkemesinin bu konudaki tespitleri için bkz: BAYILLIOĞLU, s. 435-436.

bu faaliyet, bu adaların statüsünü etkilemeyecektir. Aynı durum Meis Adası için de geçerlidir. Mesela Meis Adası'na yapılan havaalanı, söz konusu adanın statüsü üzerinde etkili olmayacaktır.⁴⁷ Aynı tespit, Yunan doktrininde de iddia edildiği gibi eğer vaki ise Karaada veya Fener Adası üzerinde özel mülkiyet hakkı tesis edilmesi açısından da geçerlidir.

Şu halde Hakem Mahkemesinin BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde yaptığı temel tespit konusunda ulaştığımız sonuç açıktır: Eğer söz konusu adalar, BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde kaya statüsünde iseler üzerlerinde yapılan veya yapılması düşünülen inşaat faaliyetleri veya arazi ıslahı, bunların statüsünü tam yetkili adaya yükseltmeyecektir. Aynı şekilde Karaada ve Fener Adası'nın özel mülkiyete konu yapılmaları halinde, malikin yapacağı benzer faaliyetler de bu hukuki sonucu etkilemeyecektir.

Şüphesiz BMDHS'nin 121/3. maddesinin en önemli ve tartışmalı hükmü, tam yetkili ada ile kaya statüsünü ayırmak için aradığı insan oturmasına elverişli olma ve kendine has bir ekonomik yaşama sahip olma şartlarıdır. Bir defa, Hakem Mahkemesi, adaları doğal halleriyle değerlendirmek gerektiği şeklindeki yukarıda belirtilen tespitle paralel olarak, insan yerleşimi ve ekonomik yaşam için her türlü yapay katkı ve etkeni dışlamıştır.⁴⁸ Hakem Mahkemesi madde metninde yer alan iki şartı düzenlenme tarihçeleri ile beraber değerlendirmiş⁴⁹ ve yaptığı değerlendirme sonucu, söz konusu şartlar konusunda genel tespitler yapmıştır. Bu genel tespitlerden insan oturmasına elverişli olma şartını genel hatları ile karakterize eden şu şekildedir:

“İnsan yerleşimi için kritik etken, söz konusu yerleşimin geçici olmayan karakteridir. Öyle ki yerleşimcilerin, münhasır ekonomik bölgedeki kaynaklar üzerinde bulunan hakları kendi menfaatleri için korunan, adanın doğal nüfusunu oluşturdukları açıkça söylenebilir. İnsan yerleşimi terimi, söz konusu insanların, üzerinde kalabilecekleri ve kendileri için bir ev oluşturan bir ada üzerine yerleşmiş, sabit bir insan topluluğu şeklinde anlaşılmalıdır. Böyle bir topluluk geniş olmak zorunda değildir, uzak atollerde bulunan birkaç birey veya aile topluluğu yeterlidir. Bir ada üzerinde, göçebe bir halkın

⁴⁷ Bölükbaşı, Yunanistan'ın Meis Adası üzerinde bir havaalanı inşa edip, 22 Ekim 1986'da açılışını yaptığını ve Türkiye'nin de Ada'nın silahsızlandırılmış statüsü çerçevesinde, bu havaalanının askeri amaçlı kullanılmaması konusunda Yunanistan'ın dikkatini çektiğini belirtmiştir. Deniz BÖLÜKBAŞI, **Turkey and Greece The Aegean Disputes: A Unique Case in International Law**, Cavendish Publishing Limited, London, 2004, s. 726–727.

⁴⁸ Bkz: The South China Sea Arbitration Award, para, 510.

⁴⁹ Bkz: Ibid, para, 521–540.

dönemsel veya sürekli yerleşimi de bir yerleşim oluşturur ki III. Deniz Hukuku Konferansı tutanakları, Konferansın, küçük ada halklarının geçim kaynakları konusunda büyük duyarlılık sergilediğini kayıt altına almıştır. Yerli bir halk da yeterlidir; yerli olmayan yerleşim de söz konusu halkın niyeti gerçekten söz konusu adaya yerleşmek ve orada yaşamlarını kurmak ise bu ölçütü karşılayabilir.”⁵⁰

Hakem Mahkemesinin kendine has bir ekonomik yaşam şartı açısından yaptığı genel tespit ise şu şekildedir:

“Kendine has ekonomik yaşamı bulunma terimi, insan yerleşimi gerekliliği ile bağlantılıdır ve birçok örnekte bu iki şart beraber görülecektir. BMDHS'nin 121/3. maddesi, adanın ekonomik değer sahibi olmasını değil, ekonomik yaşamı sürdürülebilirliğini kastetmektedir. Mahkeme, söz konusu ekonomik yaşamın, bir adaya veya ada grubuna yerleşen ve orayı evleri yapan insan topluluğunun yaşam ve geçimini ifade ettiğini düşünmektedir. İlaveten, BMDHS'nin 121/3. maddesine göre söz konusu ekonomik yaşam, adanın kendisine ait olmalıdır. Bu nedenle ekonomik yaşam, adanın bizatihi kendisine yönelik bir şartı ifade eder; yoksa söz konusu adayı çevreleyen karasularındaki deniz alanı veya deniz yatağına odaklı değerlendirilmez. Tamamen dış kaynaklara dayanan veya yerleşik halkın katılımı olmaksızın yapılan ve adayı bir obje olarak çıkarılabilir kaynakların işletilmesine yönelik ekonomik faaliyetler için kullanmaya tahsis eden faaliyetler, doğası gereği, adanın bizatihi kendisiyle kurulması zorunlu olan bağlantıyı sağlamak için yetersizdir. Diğer herhangi bir yerde bulunan bir halkın menfaati uğruna doğal kaynakların çıkarılması için icra edilen ekonomik faaliyetler, ekonomik kazanç için kaynakların işletilmesi anlamına gelir. Fakat bir adanın kendine has ekonomik yaşamını oluşturur şekilde değerlendirilemez.”⁵¹

Görüldüğü gibi Hakem Mahkemesinin aradığı sabit bir nüfustur ve bu nüfus, bir adayı evleri yapmak amacıyla olan insanlardan oluşmalıdır. Ekonomik yaşam, bir ada veya ada grubuna yerleşen ve orayı evleri yapan

⁵⁰ Ibid, para, 542'den naklen.

⁵¹ Ibid, para, 543'den naklen. Daha önceki çalışmamızda, söz konusu paragrafta geçen “extractive activities” ibaresi, yeraltına yönelik ekonomik faaliyetler olarak tercüme edilmiştir. (Bkz: BAYILLIOĞLU, s. 439). Fakat kararda belirtildiği gibi bu, gübre madenciliği, deniz kabuğu toplayıcılığı ve balıkçılık gibi ekonomik faaliyetleri de içermektedir. (Bkz: The South China Sea Arbitration Award, para, 623). Dolayısıyla söz konusu ibarenin, sadece yer altına yönelik faaliyetleri kapsamadığı ve daha geniş kapsamlı olduğu görüldüğünden, bu çalışmada düzeltilme yoluna gidilmiş ve bu ibare Türkçeye “çıkarılabilir kaynakların işletilmesi” şeklinde tercüme edilmiştir.

insan topluluğunun yaşam ve geçimini ifade etmekte ve adanın kendisine has olması gerekmektedir. Böylece karasuları ve altındaki deniz yatağı da dahil, diğer deniz alanlarında, tamamen dış kaynaklara dayanan veya yerleşik halkın katılımı olmaksızın icra edilen çıkarılabilir kaynakların işletilmesine yönelik ekonomik faaliyetler dışlanmıştır. Bu tespitleri, Meis, Karaada ve Fener Adası'nın maddi verilerine uyguladığımızda şu sonuçların ortaya çıktığını görüyoruz.

Meis Adası'nın nüfusu, 1951 nüfus sayımında, 800 kişiye 1981 nüfus sayımında, 222 kişiye düşmüş,⁵² 2011 nüfus sayımında ise 490 kişiye yükselmiştir.⁵³ Demek ki Meis'in azalan nüfusu, 2011'de yükselmiştir ki bunda Yunanistan'ın 1996'da başlattığı iskân politikasının etkili olduğu açıktır. Aynı durum, daha önce meskûn olmayan, Karaada ve Fener Adası açısından da geçerlidir. 2011 nüfus sayımına göre Karaada'da 15, Fener Adası'nda da 9 kişinin bulunduğu belirtilmiştir.⁵⁴ Karaada ve Fener Adası'ndaki bu ufak nüfusun, Yunanistan'ın iskân politikası çerçevesinde, 1996'dan sonra bu adaya yerleştirildiği muhakkaktır. Yine bunların da Yunan idaresinin resmi rakamları olduğu unutulmamalıdır.

Hakem Mahkemesinin uzak atollerdeki birkaç birey veya aile topluluğu ile yerli ve göçebe halklara ilişkin tespitleri, genellikle Pasifik'te tesadüf edilen geleneksel yaşam şekilleri ve küçük ada halkları gözetilerek yapılmıştır. Yoksa Ege ve Doğu Akdeniz için sonuç doğurmaz. Hakem Mahkemesi, her ne kadar yerli olmayan yerleşimin de söz konusu halkın niyeti gerçekten söz konusu adaya yerleşmek ve orada yaşamlarını kurmak ise bu ölçütü karşılayabileceğini belirtse de daha sonra yaptığı tespitler ile bu tespitini nitelemiştir. Dolayısıyla bu tespit, Hakem Mahkemesinin aşağıda belirtilecek olan diğer tespitleri ile beraber okununca somutlaşır, anlam kazanacaktır.

Ekonomik yaşam için bakarsak, Kurumahmut, Karaada ve Fener Adası'nın 31 Ocak 1996 itibariyle gayrimeskûn olduğunu, sadece Fener

⁵² Statistical Yearbook of Greece (1984)'den aktaran VAN DYKE, s. 47. 1985 için de aynı nüfus verilmiştir. Statistical Yearbook of Greece (1986)'den aktaran AHNISH, s. 366.

⁵³ Theophanis CONSTANTINIDIS, "The Flora of the Kastellorizo Island Group (East Aegean Islands, Greece): New Records and Comments", *Flora Mediterranea*, Vol. 23, 2013, s. 69. Poulantzas, 1821 İsyarı sırasında nüfusun 17.000 kişi olduğunu, bugün Avustralya, Mısır ve Yunanistan'a yönelik göç nedeniyle nüfusun 500'e düştüğünü belirtmiş ve fakat kaynak göstermemiştir. Bkz: POULANTZAS, s. 252. Erinç-Yücel, Meis'in nüfusunu, 1890'da 8000, 1912'de 10.050, 1971'de ise 268 olarak aktarmıştır. Bkz: Sırrı ERİNÇ / Talip YÜCEL, *Ege Denizi: Türkiye ile Komşu Ege Adaları*, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınları, İkinci Baskı, Ankara, 1988, s. 67 ve eşlik eden dipnot.

⁵⁴ CONSTANTINIDIS, s. 69.

Adası'nda Osmanlı döneminden kalma ve halihazırda Yunanistan tarafından işletilen bir deniz feneri olduğu belirtmiştir.⁵⁵ Bu nedenle, Yunanistan'ın iskân politikası neticesi yerleştirilen ve 2011 nüfus sayımına göre Karaada'da bulunan 15 ve Fener Adası'nda bulunan 9 kişinin bir ekonomik faaliyet yürütmesi gerçekçi değildir. Kanımızca bu kişilerin icra etmesi muhtemel balıkçılık ve fener işletmeciliği faaliyeti ile dini bir kurum mevcutsa bu kurumda icra edilen çalışma, tamamen dışardan kaynak tedarikine bağlı olduğundan bu adalar üzerinde bir ekonomik faaliyetten ve bunun o adalara has olmasından bahsedilemez. Aslında, bu kişilerin söz konusu adalar üzerindeki mevcudiyetleri bile tamamen dışardan sağlanan destek ve tedarike bağlıdır. Dolayısıyla söz konusu adalar üzerindeki bu zoraki yerleşim, BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan iki şartı birden karşılamamaktadır. Aşağıdaki açıklamalar, bu tespitin haklılığını, çok daha açık şekilde ortaya koyacaktır. Aynı şekilde söz konusu 9 ve 15 kişinin Yunan idaresinin ajanları olma ihtimalleri yüksektir ve bunun tam yetkili ada statüsü açısından hukuki sonuçsuzluğu, aşağıda Hakem Mahkemesinin tespitleri ile değerlendirilecektir.

Taşkıran, Meis'in ekilebilir arazisi olmadığı için eskiden Harmansız Ada olarak anıldığını, Ada'da su olmadığını, tarıma elverişli alan bulmanın neredeyse imkansız olduğunu belirtmiştir.⁵⁶ Tarihi açıdan, halkın geçimini, balıkçılık, gemicilik ve süngercilikle sağladığı, ticaretin ise Anadolu, Afrika ve Asya ülkeleri ile yapıldığı görülmektedir.⁵⁷ Dolayısıyla Meis'in ekonomik yaşam bağlamında tarihi açıdan, Anadolu'ya ve çevreye bağlı bir ekonomik yapısının söz konusu olduğu açıktır.⁵⁸

Geçmişte nüfusu daha fazla olmasına rağmen bile Anadolu ve diğer kıta ülkeleri ile bağlantılı şekilde ekonomik yaşamını idame ettiren bir adanın, bugün nispeten daha az bir nüfusla sahip olduğu ekonomik yaşam tartışılabilir. Günümüzde Meis'te icra edilen ekonomik faaliyetler, küçük çaplı denizcilik faaliyetleri, balıkçılık, ticaret ve esas itibarıyla turizm odaklıdır. Ada halkının, geçimlerinde özellikle yaz aylarında Türk turistlere nasıl bel bağladıkları Ada'yı ziyaret eden herkesin malumudur ki bu da Ada'daki ekonomik

⁵⁵ KURUMAHMUT, (2013), 334.

⁵⁶ Cemalettin TAŞKIRAN, **Ürkek Bir Siyasetin Tarih Önündeki Ağır Vebali: Oniki Ada: Hatalı Kararlar, Acı Kayıplar**, Babıali Kültür Yayıncılığı, 2. Baskı, İstanbul, 2007, s. 31.

⁵⁷ Bkz: Ibid, s. 31; ERİNÇ / YÜCEL, s. 64.

⁵⁸ Aynı durum Menteşe Adalarını oluşturan diğer adalar için de geçerlidir. Meis ve diğer Menteşe Adaları hakkında tarihi ve ekonomik bilgi ve değerlendirmeler için bkz: Ibid, s. 59 vd.

yaşamın halen, hatırı sayılır derecede, Anadolu eksenli olduğunu gösterir. Aynı şekilde Ada'da, yiyecek ve içecek de büyük oranda diğer adalardan ve Yunan anakarasından sağlanmaktadır. Dolayısıyla Meis'in, dışardan kaynak tedariki olmaksızın, ekonomik anlamda tek başına ayakta kalma ihtimali mümkün görünmemektedir ve bunun, BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartlar bağlamında hukuki sonucu bulunmaktadır.

İnceleme konumuz olan Meis, Karaada ve Fener Adası'nın, BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartlar açısından durumlarını daha açık görebilmek için Hakem Mahkemesinin söz konusu şartlara ilişkin diğer genel tespitlerine değinmek ve bunları söz konusu adalara uygulamak gerekir.

Hakem Mahkemesi, BMDHS'nin 121/3. maddesindeki şartların kümülatif olmadığını tespit etmekle beraber,⁵⁹ pratik açıdan bir adanın ancak sabit bir insan topluluğunun yerleşimi halinde kendine has bir ekonomik yaşama sahip olabileceğini ve fakat bir ada topluluğunun bulunması halinde, bunların hepsinde yerleşim olması şartının aranmayacağını, bir ada şebekesinin yeterli olabileceğini belirtmiştir.⁶⁰ Hakem Mahkemesinin bu tespitinin, Yunanistan'ın iddia ettiği gibi Meis'in bir ada topluluğu olduğu ve Karaada ve Fener Adası'nda insan yerleşimi bulunmamasına rağmen veya resmi motivasyonlu bir yerleşimle beraber, birbirlerine destek olarak bir şebeke halinde yaşamalarının, BMDHS'nin 121/3. maddesindeki şartları karşıladığı şeklinde değerlendirilmesi, kararın bu bölümü açısından yanlış bir sonuç doğuracaktır. Zira Hakem Mahkemesi, ada şebekeleri açısından yaptığı bu tespiti, BMDHS'nin 121/3. maddesindeki şartların kümülatif olmamasına rağmen pratikte hep böyle olduğu gerçeğinin istisnasını ifade etmek için kullanmıştır. Son tahlilde bir ada grubunun, BMDHS'nin 121/3. maddesindeki şartlar bağlamında bir bütün olarak değerlendirilmesi için yine yukarıda belirtilen ve aşağıda belirtilecek diğer veri ve delillere bakılacaktır. Gerçekten de Hakem Mahkemesi, küçük bir ada grubunun söz konusu bu iki şart açısından kolektif olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş ve fakat dışarda kaynak tedarikine bağlı olan ve kaynak tedariki sayesinde insan yerleşimi sağlayan adaların, BMDHS'nin 121/3. maddesi kapsamı dışında olduğu yönündeki kararın tümüne hakim olan görüşlerini tekrarlamıştır.⁶¹ Demek ki Hakem Mahkemesine göre bir ada grubunda, bu grubu oluşturan

⁵⁹ Bkz: The South China Sea Arbitration Award, para, 493–496. Fakat Hakem Mahkemesinin bu tespiti, geleneksel yaşam şekilleri bağlamında yaptığı gözardı edilmemelidir.

⁶⁰ Ibid, para, 544.

⁶¹ Ibid, para, 547.

adalardan sadece birinde yerleşim olması BMDHS'nin 121/3. maddesi bağlamında yeterli olabilir; fakat bu adaların dışardan kaynak tedarikine bağlı olması, bu sonucu ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla Meis de dahil bu adaların esas itibarıyla dışardan kaynak tedarikine bağlı oldukları gerçeği karşısında, inceleme konusu adalar açısından BMDHS'nin 121/3. maddesindeki şartın gerçekleşmemiş olduğu söylenebilir. Kaldı ki Meis bağlamında aksi düşünülse dahi, Hakem Mahkemesinin ada gruplarına ilişkin yaptığı tespitler, uzak adalarda yaşayanların durumunu geleneksel yaşam şartları çerçevesinde değerlendirmek odaklıdır. Dolayısıyla Meis, Karaada ve Fener Adası için bir sonucu yoktur; Doğu Akdeniz için uygulanamaz.

Hakem Mahkemesinin bir diğer genel tespiti, BMDHS'nin 121/3. maddesindeki şartlar açısından, adanın kapasitesinin önemli olduğunu vurgulamasıdır. Gerçekten de Hakem Mahkemesi BMDHS'nin 121/3. maddesinin, bir adanın halen veya geçmişte meskûn olmasıyla veya ekonomik yaşama ev sahipliği yapmasıyla değil, insan yerleşimine elverişliliği ve kendine has ekonomik yaşam için kapasitesiyle ilgili olduğunu belirtmiş ve bu kapasitenin zorunlu olarak objektif bir ölçüt teşkil ettiğini vurgulamıştır.⁶² Bu çerçevede Hakem Mahkemesi, adanın kapasitesinin somut olay temelinde değerlendirilmesi gereğine dikkat çekmiş ve bu doğal kapasitenin tespitine yardımcı olacak temel etkenlerin tanımlanabileceğini belirtmiştir. Hakem Mahkemesine göre, bunlar, bir insan grubunun belirsiz bir süre adada yaşamasına imkan verecek yeterli miktarda su, yiyecek ve barınağın varlığıdır. Hakem Mahkemesi bunlar yanında, iklim, adanın diğer meskûn yerlere yakınlığı ve ada ve çevresindeki potansiyel geçim kaynaklarının da bu iki şart için değerlendirilebileceğini belirtmekle beraber, bu etkenleri göreceli olarak nitelenmiş ve bu göreceli etkenlerin, destek ve önemlerinin, somut olaya göre değişeceğinin altını çizmiştir. Hakem Mahkemesine göre ufak ve çorak adalar açıkça yerleşime müsait değilken büyük ve yoğun nüfuslu adalar, insan oturmasına elverişli olabilecektir.⁶³

Karada ve Fener Adası'nda su ve ekilebilir tarım arazisi yoktur. Meis'te yukarıda aktarıldığı gibi su yoktur ve ekilebilir tarım arazisi bulmak imkansızdır ki bulunanların da Ada'nın ihtiyacını karşılamayacağı açıktır. Karada ve Fener Adası'nda yiyecek ve (Fener Adası'nda eskiden beri bulunan Deniz

⁶² Ibid, para, 545. Hakem Mahkemesi buna ek olarak, ada üzerindeki egemenlik sorununun, adanın, BMDHS'nin 121/3. maddesine ilişkin kapasitesiyle ilgisi bulunmadığını belirtmiştir. Ibid, para, 545.

⁶³ Ibid, para, 546.

Feneri dışında ve eğer iskân faaliyetinin başlatılmasından sonra inşa edilenler mevcutsa bunlar dışında) barınak yoktur. Söz konusu adaların ebat ve diğer ada ve anakaraya mesafeleri ise şu şekildedir. Yunanistan'ın resmi verilerine göre Meis Adası'nın, 9 km² yüzölçümüne sahip olduğu anlaşılmaktadır.⁶⁴ Meis'in en yakın Yunan Adası olan Rodos'a uzaklığı Poulantzas tarafından 72 mil olarak verilmiştir.⁶⁵ Karaada'nın 1.6 km² yüzölçümüne, Fener Adası'nın ise 1 km² yüzölçümüne sahip olduğu belirtilmiştir.⁶⁶ Kurumahmut'un hesabıyla, Meis'in Anadolu sahiline mesafesi, 1950 metredir. Fener Adası'nın Anadolu sahiline mesafesi, 3.300 metre, Türkiye'ye ait Sariada'ya mesafesi, 1.900 metre, Meis'e mesafesi, 3.700 metredir. Karaada'nın Anadolu sahiline mesafesi, 5.350 metre, Türkiye'ye ait Gürmenli Adası'na mesafesi, 4.200 metre, Meis'e, mesafesi ise 5.200 metredir.⁶⁷ Söz konusu adalar, Yunanistan anakarasına oldukça uzaktır; en yakın Yunan adası olan Rodos'a da yakın konumlanmamışlardır. Buna karşın meskûn Türk sahillerine oldukça yakın bir konumdadırlar ve özellikle Kaş ilçesi ile Meis arasında bir ilişki vardır. Fakat Hakem Mahkemesinin bu tip etkenleri göreceli olarak nitelenmesi ve somut olaya göre değişeceğini vurgulaması karşısında, diğer verilere bakılması gerekmektedir. Bu anlamda Hakem Mahkemesi, ada üzerindeki fiziki şartların, BMDHS'nin 121/3. maddesindeki şartlara etkisine değinmiştir. Her ne kadar adaların fiziki şartları bağlamında yapılacak bir değerlendirmenin her zaman sonuç vermeyebileceği anlayışında olduğu görülse de Hakem Mahkemesi, bunun nedenini, bazı adaların fiziki şartları açısından insanları ancak hayatta tutmanın nerde bitip, yerleşik bir insan topluluğuna elverişlilik kapasitesinin nerede başladığını kestirmenin zor olmasına bağlamıştır. Bu bağlamda Hakem Mahkemesi, söz konusu eşğin, bir adadan diğerine farklılık göstereceğini vurgulamıştır. Fakat Hakem Mahkemesine göre fiziki şartlar, açıkça adanın durumunu ortaya koyuyorsa yeterli sayılabilecektir. Bu bağlamda, Hakem Mahkemesine göre tamamen çorak ve hayatta kalabilmek için gerekli içme suyu ve gıda maddelerinden yoksun bir ada, aynı zamanda insan oturması için de kapasiteden yoksundur; buna karşın geniş bir ada bu kapasiteye sahiptir.⁶⁸

⁶⁴ Bkz: Statistical Yearbook of Greece (1984)'den aktaran VAN DYKE, s. 47. Statistical Yearbook of Greece (1986)'den aktaran AHNISH, s. 366.

⁶⁵ POULANTZAS, s. 252. Constantinidis, bu mesafeyi, 125–128 km olarak vermiştir. CONSTANTINIDIS, s. 69, Buna karşın Prescott ve Ahnish, bu mesafeyi 60 mil olarak vermiştir. Bkz: PRESCOTT, s. 308, AHNISH, s. 377.

⁶⁶ CONSTANTINIDIS, s. 69.

⁶⁷ KURUMAHMUT, (2013), s. 327. Karaada ve Fener Adası ile Meis arasındaki mesafe için verilen farklı rakamlar için bkz: CONSTANTINIDIS, s. 69.

⁶⁸ The South China Sea Arbitration Award, para, 548.

Meis'in bir bitki örtüsüne sahip olduğu görülmekle beraber,⁶⁹ Erinç–Yücel'in Ege adalarına ilişkin genel tespitlerinden, bunun, bir insan grubuna yetecek veya hayvancılık gibi bir ekonomik faaliyeti karşılayacak derecede olmadığı anlaşılmaktadır.⁷⁰ Ayrıca yukarıda belirtildiği gibi tarihi kayıtlarda, Ada'da orman, içme suyu ve ekilebilir arazi bulunmadığı görülmektedir. Bunlar, Meis'in fiziki kapasitesi açısından Türkiye lehine deliller sağlayabilir. Karaada ve Fener Adası ise çoraktır; içme suyu ve gıda maddesine sahip değildir. Dolayısıyla Hakem Mahkemesinin yukarıdaki açık tespitiyle beraber, söz konusu iki adanın insan yerleşimine elverişli olmadığı sonucu açıkça ortaya çıkmaktadır. Bir an için Meis Adası'nın tüm yoksunluklarına rağmen, Hakem Mahkemesinin insanları ancak hayatta tutmanın nerde bitip, yerleşik bir insan topluluğuna elverişlilik kapasitesinin nerede başladığını kestirmenin zor olduğu bir nitelik gösterdiği düşünülürse, bu durumda, diğer verilerin incelenmesi bizi sonuca yaklaştıracaktır.

Hakem Mahkemesi, yukarıda belirttiği eşik sorununa çözüm olarak ve objektif ölçüt tespiti açısından, adanın tarihteki kullanımı meselesine değinmiştir. Bu bağlamda Hakem Mahkemesi, bir adanın kapasitesine ilişkin en muteber delilin, tarihteki kullanımı olduğunu, tarihi kayıtların, bir adada hiç sabit bir topluluğun yerleştiğini ortaya koymaması halinde bunun, söz konusu adanın doğal şartları itibarıyla insan yerleşimine elverişli olmadığını gösterdiğini belirtmiştir. Hakem Mahkemesine göre esas olan adanın diğer etkenlerden arı, gerçek kapasitesidir. Bu bağlamda, savaş, kirlilik ve çevresel zararlar uzun bir süre nüfus azalmasına neden olabilir; fakat bu, adanın doğal hali itibarıyla insan yerleşimine elverişsiz olduğunu göstermez. Fakat bu etkenlerin bulunmaması halinde, tarihte hiç yerleşilmemiş bir ada, insan yerleşimine elverişli olarak değerlendirilemez.⁷¹

Karaada ve Fener Adası, yukarıda belirtildiği gibi Yunanistan'ın iskân faaliyetini başlattığı 31 Ocak 1996'dan önce meskûn değildir. Söz konusu iki adanın, tarihte meskûn olduğuna ilişkin hiçbir tarihi kayıt tespit edilememiştir. Şu halde bugün için de insan yerleşimine uygun olmadıkları söylenebilir. Meis Adası ise tarihte kullanılmıştır. Yukarıda belirtildiği gibi Yunan İsyanı esnasında Ada'da 17.000 kişinin yaşadığı iddia edilmiştir. Adanın tarihçesine bakılınca çeşitli savaşlarda rol oynadığı ve birçok defa el değiştirdiği

⁶⁹ Bkz: CONSTANTINIDIS, 71 vd.

⁷⁰ Bkz: ERİNÇ / YÜCEL, s. 22.

⁷¹ The South China Sea Arbitration Award, para, 549.

görülmektedir.⁷² Nihayetinde Ada, 10 Şubat 1947 tarihli Paris Barış Antlaşması ile Yunanistan'a bırakılmıştır.⁷³ Demek ki Meis Adası, 1947'den beri savaş ve işgal görmemesine ve kayıtlara geçmiş herhangi bir çevre ve kirlilik sorunu yaşamamasına rağmen salt Ada'nın şartları nedeniyle nüfus kaybına uğramış ve kuvvetle muhtemel, iskân faaliyeti neticesi nüfus yeniden artsa da eski düzeyine ulaşamamıştır. Kaldı ki 2011 nüfus sayımına göre Ada'da yaşayan 490 kişiden kaçının, bu satırların yazıldığı 9 Kasım 2018 itibariyle Ada'da bulunduğu ve Ege'de bulunan benzer adaların bir bütün olarak mustarip olduğu dış göç sorununun, Meis'i nasıl etkilediği bilinmemektedir. Tüm bunlar, Meis'in insan yerleşimi ve ekonomik faaliyetler için dış destek ihtiyacı nedeniyle beraber değerlendirildiğinde, Ada'nın tam yetkili ada statüsünün sorgulanması açısından Türkiye lehine delil sağlamaktadır.

Hakem Mahkemesi akabinde bir diğer ihtimale değinmiş ve halihazırda meskûn olan veya tarihte meskûn olmuş adaların durumunu incelemiştir. Hakem Mahkemesi bu ihtimalde insan yerleşiminin dışardan yapılan destekle mümkün olup olmadığının incelenmesi gerektiğini, ticaret ve dış dünya ile bağlantının, yerleşik insanların hayat kalitesini arttırması mümkünse de dış desteğin bir adaya yerleşim için zorunlu bir şart oluşturduğu yerlerde, artık bu adanın insan yerleşimine elverişli olmadığını belirtmiştir. Bu bağlamda Hakem Mahkemesi, dışarıdan hizmet veren sadece resmi ve askeri nüfusun, bir adanın insan yerleşimine elverişliliğine ilişkin delil oluşturmayacağını açıkça ifade etmiştir.⁷⁴ Bu tespit önemlidir ve aşağıda ayrıntılı şekilde incelenecektir.

Yukarıda belirtildiği gibi Yunanistan, Karaada ve Fener Adası'na yönelik iskân faaliyetini Ocak 1996'te başlatmıştır ve bu tarihten önce söz konusu adalar meskûn değildir. Eğer iskân faaliyeti sonucu bu adalarda bir yerleşim

⁷² Meis ve Menteşe Adaları'nın tarihçesi için bkz: TAŞKIRAN, s. 63 vd. Meis ile ilgili 1911'den itibaren yaşanan gelişmeler için ayrıca bkz: BÖLÜKBAŞI, s. 681-698 ve 832-840. Genel olarak Doğu Ege Adaları ve Meis üzerindeki Türk egemenliği ve Türk egemenliğinin sona erme tarihçesi için bkz: Cevdet KÜÇÜK, "Ege Adalarında Türk Egemenliği Dönemi", *Ege'de Temel Sorun: Egemenliği Tartışmalı Adalar*, (Yayına Hazırlayan, Ali KURUMAHMUT), Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1998, s. 33-80.

⁷³ Paris Barış Antlaşması'nın Meis'i silahsızlandırılmış statüde Yunanistan'a bırakan 14. maddesinin ve silahsızlandırılmış statünün kapsamına ilişkin düzenlemesinin metni için bkz: *Ege'de Temel Sorun: Egemenliği Tartışmalı Adalar*, (Yayına Hazırlayan, Ali KURUMAHMUT), Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1998, Ek-17. Paris Barış Konferansı'nın hazırlık çalışmaları ve Yunanistan'ın tutumu için bkz: BÖLÜKBAŞI, s. 698-721.

⁷⁴ The South China Sea Arbitration Award, para, 550. Hakem Mahkemesi, bu analizin aynısını, bir adada geçmişte ya da halihazırda mevcut olan ekonomik yaşam şartı için de geçerli kılmıştır. Bkz: Ibid, para, 551.

ortaya çıkmışsa, bu, tamamen dış destek ve dışardan kaynak tedarikine dayanacaktır. Bu da BMDHS'nin 121/3. maddesindeki şartların tahakkuk etmediği sonucunu doğurmaktadır. Meis, her ne kadar nüfusu oldukça azalsa da geçmişte de halihazırda da meskündür. Fakat yukarıda belirtildiği gibi yerleşik nüfus ve ekonomik faaliyetler açısından dış destek Meis için hayatidir ki aksi durumda Ada'da yerleşim olmasını ve bir ekonomik faaliyet gerçekleştirilmesini kabul etmek mümkün görünmemektedir.

Dolayısıyla şimdiye kadar yapılan Hakem Mahkemesinin aktardığımız tespitlerinden, Karaada ve Fener Adası'nın tam yetkili ada statüsünün bulunmadığı çok açık bir şekilde söylenebilir. Meis'in ise özellikle dış desteğe dayalı şekilde insan yerleşimi ve ekonomik yaşam sürdürdüğü açıktır. Fakat yine de Meis'in sabit bir nüfusa sahip olması ve yerleşiklerinin, kendi geçimlerini adadaki faaliyetler (turizm gibi) ile Ada çevresindeki sulardan ve ticaretle sağlaması, ekonomik yaşamın sürdürülebilirliğine gerekçe olarak Yunanlılar tarafından ileri sürülebilir. Fakat bu noktada, Hakem Mahkemesinin ekonomik yaşam şartı için getirdiği alan sınırlamasına dikkat çekmek gerekir. Yukarıda belirtildiği gibi Hakem Mahkemesi, tamamen dış kaynaklara dayanan veya yerleşik halkın katılımı olmaksızın yapılan çıkarılabilir kaynakların işletilmesine yönelik ekonomik faaliyetleri dışlamış ve diğer herhangi bir yerde bulunan bir halkın menfaati uğruna doğal kaynakların çıkarılması için icra edilen ekonomik faaliyetlerin, bir adanın kendine has ekonomik yaşamını oluşturur şekilde değerlendirilemeyeceğine hükmetmiştir. Hakem Mahkemesi, bu değerlendirmesine paralel olarak, kendine has ekonomik yaşam şartına alan kısıtlaması getirmiştir.⁷⁵ Gerçekten de Hakem Mahkemesi, bir adanın sahip olması muhtemel münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı ile karasuları arasında bir ayırım yapmıştır. Bu bağlamda Hakem Mahkemesi, muhtemel münhasır ekonomik bölge veya kıta sahanlığından kaynaklanan ekonomik faaliyetlerin, BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde zorunlu olarak dışlanması gerektiğini, zira maddenin, bir adanın hangi şartlar altında münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sahibi olup olmayacağını düzenlediğini, dolayısıyla muhtemel münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı alanında mevcut bir ekonomik faaliyetin, bu adaya bu alanların bahşedilmesi için yeterli kabul edilmesinin abes olacağını belirtmiştir.⁷⁶

⁷⁵ Hakem Mahkemesinin bu konudaki tüm tespitleri ve değerlendirilmeleri için bkz: BAYILLIOĞLU, s. 439-442.

⁷⁶ The South China Sea Arbitration Award, para, 502.

Hakem Mahkemesi, BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde tüm adaların zaten karasularına sahip olduğunu belirtmiş ve bu nedenle karasuları için farklı bir yaklaşım benimsemiştir. Buna göre:

“... 121/3. madde, ekonomik yaşamın adanın bizatihi kendisiyle bağlantısını gerektirmektedir. Mahkeme'ye göre bu ibare, bitişik sulardan ziyade, ekonomik yaşam ile adanın bizatihi kendisi arasında bir bağlantı gerektirmektedir. Bu nedenle, karasularındaki ekonomik faaliyet, yerel halk sayesinde veya başkaca bir şekilde, adanın kendisi ile bağlantı kurulması şartıyla söz konusu adanın ekonomik yaşamının bir parçasını oluşturabilir. Küçük bir kayayı çevreleyen karasularında avlanan ve kayayı kullanmayan açık deniz balıkçıları, bu adaya kendine has bir ekonomik yaşam vermek için yeterli değildir. Aynı durum, kendisini kullanmadan bir adaya bitişik deniz yatağında bulunan mineral kaynakları çıkarma amacına tahsis edilen bir teşebbüs için de geçerlidir.”⁷⁷

Demek ki Hakem Mahkemesi, sadece söz konusu adanın kaynakları ile yürütülemeyecek, önemli miktarda yatırım gerektiren ve gelir getiren, söz konusu ada halkı dışındaki bir halk için daha fazla anlam ifade eden, petrol–doğalgaz (veya diğer ekonomik değeri fazla cansız kaynaklar) arama ve sondajı gibi doğası gereği büyük çaplı bir nitelik arz eden veya büyük çaplı açık deniz balıkçılığı gibi ekonomik faaliyetleri, kendine has terimi dışında bulmaktadır.⁷⁸

Böylece Meis Adası ile Karaada ve Fener Adası'nın açık deniz yönündeki muhtemel münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı alanlarında bulunması muhtemel petrol ve doğalgaz rezervleri ve bunların işletilmesi faaliyeti ile karasuları dışında icra edilen balıkçılık faaliyeti, söz konusu adalarda kendine has bir ekonomik yaşam bahşetmeyecek ve böylece bu adaların BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesindeki statüleri konusunda bir etkisi olmayacaktır. Dolayısıyla Yunanistan, bu adaların muhtemel münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı ve bu alanlardaki kaynaklara dayanarak, bu alanlar üzerinde hak sahipliği iddiasına bulunamayacaktır.

Sadece karasuları içindeki alanlardaki faaliyet, adanın kendine has ekonomik yaşamını tespititile kullanılabilecekse de bu da Hakem Mahkemesi tarafından şarta bağlanmıştır. Gerçekten de karasularında icra edilen ekonomik faaliyetin bir adanın kendine has bir ekonomik faaliyeti olarak kabulü için,

⁷⁷ Ibid , para, 503.

⁷⁸ BAYILLIOĞLU, s. 441.

hem ağırlıklı olarak dışarıdan tedarik edilen kaynaklara dayanmaması ve yerel halkın katılımı ile icra edilen bağımsız bir ekonomik yaşamın sürdürülmesini sağlayacak yeterliliğe sahip olması hem de yerleşik halkın bu faaliyetten pay alması ve söz konusu adanın bu faaliyette kullanılması gerekecektir.⁷⁹ Karaada ve Fener Adası'nda zaten bu nevi bir ekonomik faaliyet yoktur; zira yukarıda belirtildiği gibi bu adalarda, BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartı karşılayacak hiçbir ekonomik faaliyet yoktur. Meis açısından bakarsak, önemli bir gelir kaynağı olan turizmin yanında, Ada'da icra edilen küçük çaplı denizcilik faaliyetleri, balıkçılık ve ticaret faaliyetlerinde, Ada'nın çevresindeki karasuları alanı kullanılmaktadır. Söz konusu ekonomik faaliyetlere, Ada'da oturanların katıldığı ve bunlardan pay aldığı söylenebilir de bunların bağımsız bir ekonomik yaşamın sürdürülmesini sağlayacak yeterliliğe sahip olup olmadığı tartışmaya açıktır. Ayrıca burada, balıkçılık vb. gibi çıkarılabilir kaynakların işletilmesine yönelik ekonomik faaliyetler açısından kararın yukarıda aktarılan 543. paragrafında Hakem Mahkemesinin yaptığı tespitler gündeme gelmektedir. Bu bağlamda Hakem Mahkemesi, her ne kadar çıkarılabilir kaynakların işletilmesi ile sabit bir yerel topluluğun mevcudiyeti arasında bağ kurarsa da⁸⁰ ekonomik yaşamın, adanın bizatihi kendisine yönelik bir şartı ifade etmesi ve ada yönelimli olması gerektiğini, sadece adayı çevreleyen karasularındaki deniz alanı veya deniz yatağına odaklı değerlendirilemeyeceğini vurguladığı unutulmamalıdır.⁸¹ Hakem Mahkemesinin yukarıda aktarılan tespitlerinin birlikte değerlendirilmesi neticesi, odak noktasını sadece veya ağırlıklı şekilde karasuları olarak tutan bir ekonomik faaliyetin yeterli olup olmadığı noktasında soru işareti doğacaktır. Yunanistan buna karşı, Meis'te icra edilen turizm ve ticaret faaliyetleri ile karasularında icra edilen faaliyetlere yerel halkın katılımını, bir gerekçe olarak ileri sürecektir. Tam bu noktada Meis'in gerek insan yerleşimi gerek ekonomik yaşam açısından dışardan kaynak tedarikine bağlı olması Türkiye'nin temel dayanağını oluşturacaktır. Gerçekten de Hakem Mahkemesinin, kararın başından itibaren temel odak noktası sürekli dışardan destek olmuş ve BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartlar bağlamında hep dış desteği ölçüt olarak kullanmıştır. Dolayısıyla kanımızca Hakem Mahkemesinin tüm tespitleri, bu ölçüt çerçevesinde değerlendirilmelidir. Hakem Mahkemesinin vurguladığı gibi dış destek ve bunun ölçüsü her somut

⁷⁹ Ibid, s. 440–441.

⁸⁰ The South China Sea Arbitration Award, para, 623

⁸¹ Ibid, para, 543.

olayın kendi şartları içinde değerlendirilmelidir. Dolayısıyla burada, Meis somutunda sorulması gereken soru şudur: Dışardan destek ve kaynak tedariki olmadan, Meis'te insan yerleşimi veya bir ekonomik yaşam geliştirilmesi mümkün müdür? Meis somutunda bu soruya cevap, bu kadar küçük ve izole bir adanın, susuz olması, tarıma ve hayvancılığa uygun olmaması, gıda vb. yönlerden ve ekonomik olarak dışarıya bağlı ve bağımlı olması karşısında dış desteksiz üzerinde insan oturmasına elverişli olmadığı ve kendine has ekonomik bir yaşam geliştiremeyeceği şeklinde olmalıdır. Yukarıda belirtilen tarihi kayıtlar, Meis'in hemen daima çevreye ve özellikle Anadolu'ya bağlı ve bağımlı bir sosyo-ekonomik yaşam sürdürdüğünü göstermektedir. Tüm bunlar çerçevesinde, Meis'in tek başına BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartları sağlamadığı söylenebilir. Fakat şüphesiz Yunanistan aksi görüşte olacaktır.

Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakem Mahkemesinin BMDHS'nin 121/3. maddesinde öngörülen şartlar bağlamında verdiği kararda değinilmesi gereken diğer önemli tespitleri resmi motivasyonlu yerleşim ve tesisleşme ile ilgilidir.⁸²

Hakem Mahkemesi öncelikle, Spratly grubunu oluşturan adaların önemli bir kısmının, sahildevletlerin biri veya diğeri tarafından kontrol edildiğini, bunlar üzerine tesisler inşa edilip, personel yerleştirildiğini ve fakat bu mevcudiyetin, askeri ve resmi bir mahiyet gösterdiğini ve dışarıdan tedarik ile yürütüldüğünü belirtmiş ve söz konusu yapılar üzerindeki yapılaşma ve insan yerleştirme faaliyetinin, uyuşmazlık halindeki devletlerin çıkarlarına bağlı olarak, bu adaların münhasır ekonomik bölgelerini azaltmak veya arttırmak için kasıtlı bir girişimin makyajı olma ihtimaline dikkat çekmiştir.⁸³ Hakem Mahkemesi bu bağlamda, Spratly Grubu üzerindeki tesisleşme faaliyetinin ve bunlar üzerinde genellikle resmi görev kapsamında önemli miktarda barındırılan personelin, insan yerleşimi ve kendine has bir ekonomik yaşam şartlarını karşılayıp karşılamadığı sorusunu sormuştur.⁸⁴ Hakem Mahkemesi bu soruyu BMDHS'nin 121/3. maddesindeki insan yerleşimi şartı açısından incelemiş ve olumsuz cevap vermiştir. Zira Hakem Mahkemesine göre bu insanlar, ağırlıklı olarak dışarıdan yapılan erzak tedarikine bağlı şekilde yaşamaktadır. Bu insanların mevcudiyeti, o adanın bizatihi kendisi

⁸² Hakem Mahkemesinin bu konudaki tüm tespitleri ve değerlendirilmeleri için bkz: BAYILLIOĞLU, s. 444-447.

⁸³ The South China Sea Arbitration Award, para, 578.

⁸⁴ Ibid, para, 617.

tarafından sağlanmamakta, aksine, anakara ile devamlılık arz eden bir erzak ve haberleşme kanalı ile sağlanmaktadır. Askeri ve diğer resmi personel, çeşitli egemenlik iddialarını destekleme çabası bağlamında söz konusu adalarda konuşlandırılmıştır. Yine Hakem Mahkemesine göre bu personelin kendi iradeleriyle oralara yerleştikleri konusunda bir delil yoktur ve eğer mevcudiyetleri için resmi ihtiyaç ortadan kalkmış olsa, hiçbiri oralarda kalmaya devam etmeyecektir. Bu çerçevede Hakem Mahkemesi, Thitu ve Itu Aba gibi yapılarıdaki sivilleri de içine alan insan yerleşiminin, resmi nedenli motivasyonlara dayandığını ve bu adalar üzerinde bir egemenlik uyumsuzluğu bulunmasaydı, gerçekleşmeyeceğini belirtmiştir.⁸⁵ Hakem Mahkemesi, bu şekilde söz konusu adalar üzerindeki insan mevcudiyetinin tipik bir yerleşim olmadığını, doğal olmayan bir yerleşim olduğunu, uyumsuzluk halindeki devletlerin egemenlik iddialarına dayandığını açıkça belirtmiştir. Bu bağlamda aslında Hakem Mahkemesi, söz konusu adalara insan yerleştirme faaliyetinin, hem münhasır ekonomik bölge alanı kazanmak hem de egemenlik gösterisi yapmak için bir makyaj olduğunu vurgulamıştır.⁸⁶

Yunanistan'ın, Karaada ve Fener Adası'na yönelik iskân ve tesisleşme faaliyeti, Türk doktrininde belirtildiği gibi egemenlik endişesi kaynaklı olabileceği gibi kanımızca, söz konusu adaları BMDHS'nin 121/2. maddesi anlamında tam yetkili ada statüsüne ulaştırmak amacını da bünyesinde barındırmaktadır. Söz konusu adalara yerleştirilen veya yerleştirilmesi düşünülen kişiler, mesela papazlar, askerler, memurlar veya balıkçılar ile bu kişilerin kullanması amacıyla inşa edilen veya edilmesi planlanan tesisler, Hakem Mahkemesinin yukarıda aktarılan değerlendirmeleri çerçevesinde, BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartların karşılanmasını sağlamayacaktır. Bu adaların statüsünü tam yetkili adaya yükseltmeyecektir. Bu kişiler arasında siviller bulunsa bile yerleşim esas itibarıyla resmi motivasyonlara dayandığı için sonuç değişmeyecektir. Şurası açıktır ki Karaada ve Fener Adası'na yönelik resmi motivasyonlu yerleşim nasıl egemenlik ve/veya tam yetkili ada statüsü için bir makyajsa, yerleştirilen ve/veya yerleştirilmesi planlanan ve Yunan idaresinin ajanları olma ihtimalleri yüksek kişiler için bu adalara yapılan ve/veya yapılması planlanan tesisler de bu yerleşim faaliyetinin makyajını oluşturmaktadır. Şu tespit açıkça yapılmalıdır ki esas itibarıyla Yunan iskân politikasının tamamı tipik bir makyaj hüviyetindedir. Bu makyaj kaç katmanlı olursa olsun, Hakem

⁸⁵ Ibid, para, 620.

⁸⁶ BAYILLIOĞLU, s. 446.

Mahkemesinin değerlendirmelerine göre Yunanistan'ın beklediği hukuki sonucu doğurmayacaktır. Aynı durum Meis için de geçerlidir. Yunanistan'ın, Meis'in nüfusunu arttırmak veya sosyo-ekonomik yaşamını geliştirmek için yapacağı resmi motivasyonlu faaliyetler, hukuken sonuçsuz kalacaktır.

Bu noktada Hakem Mahkemesinin, BMDHS'nin 121/3. maddesinin amacına ilişkin olarak yaptığı hayati önemi haiz tespit, yeniden gündeme gelmektedir. Hakem Mahkemesine göre:

“Unutulmamalıdır ki BMDHS'nin 121/3. maddesinin amacı, devletlerin aşırı ve haksız iddialarına sınır koymaktır ve bu amaç, eğer bir nüfus, insan yerleşimine elverişli olmayan bir adaya, egemenlik ve deniz yetki alanları konusunda kesin bir iddiada bulunmak için yerleştirilirse, baltalanmış olacaktır. İnsan yerleşimine ilişkin güncel delillerin, deniz alanı iddiaları için bariz bir girişim tarafından bulanıklaştırılması halinde, münhasır ekonomik bölgenin ortaya çıkmasından önceki deliller, daha önemli hale gelebilecektir.”⁸⁷

Hakem Mahkemesinin bu tespitleri yanında, kararın bütününe hakim olan BMDHS'nin 121/3. maddesinin temel amacına ilişkin değerlendirmesinin, hem diğer devletlerin deniz yetki alanlarını hem de insanlığın ortak mirasın oluşturan alanı korumak olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla Yunanistan'ın egemenlik endişesi yanında münhasır ekonomik bölge elde etme amacına dayanana iskân politikası, BMDHS'nin 121/3. maddesinin temel varlık amacı ile çelişmektedir. Zira Yunanistan iskân politikası neticesi, Hakem Mahkemesi kararı çerçevesinde, deniz yetki alanları korunan diğer devlet olan Türkiye'nin, deniz yetki alanlarına el koyacaktır. Hakem Mahkemesinin yaptığı tespit çerçevesinde önemli olan bir adanın münhasır ekonomik bölge kavramının ortaya çıkmasından önceki halidir ve münhasır ekonomik bölge kavramı da bir hukuki müessese olarak BMDHS ile pozitif uluslararası hukuka girmiştir. Eğer bu açıdan BMDHS'nin 320. maddesinin son paragrafı gereği 10 Aralık 1982 tarihi veya BMDHS'nin yürürlüğe girdiği 16 Kasım 1994 tarihi milat olarak alınır, bu tarihlerden önce Karaada ve Fener Adası'nın meskûn olmaması nedeniyle söz konusu adalar üzerinde bugün yapılan iskân faaliyetinin hukuki bir etkisi olmayacaktır. Milat olarak alınabilecek söz konusu tarihlerden önce, Meis meskûn olmakla beraber, yukarıda açıklandığı gibi Ada'nın esas itibarıyla dışardan kaynak tedarikine bağlı olan sosyo-ekonomik yaşamı, statüsü konusunda Türkiye lehine bir dayanak sağlamaktadır.

⁸⁷ The South China Sea Arbitration Award, para, 550'den naklen.

IV) Genel Değerlendirme ve Öneriler:

Doğu Akdeniz'de Türkiye ile Yunanistan arasında yapılacak münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırılmasında, Meis, Karaada ve Fener Adası'nın sınırlandırma hukuku verileri çerçevesinde sadece karasuları ile yetinmeleri ve münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı sınırlandırılması açısından etki göstermemeleri gerekir. Yine de söz konusu adaların, tam yetkili ada statülerinin sorgulanması, kanımızca önemsiz ve beyhude bir çaba olmayacaktır. Şüphesiz uluslararası hukukta adaların münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı üzerindeki hak sahipliği ile söz konusu deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasına etkileri farklı meselelerdir. Hal böyle olmakla beraber eğer söz konusu adalar, BMDHS'nin 121/3. maddesi anlamında kaya statüsünde iseler zaten münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı üzerindeki hak sahibi olamayacakları için bu alanların sınırlandırılmasında da etkisiz olacaklardır. Bu konuda yapılacak değerlendirmenin sağlayacağı en önemli avantaj, sınırlandırma hukukuna ilişkin tartışmalardan sıyrılmak ve söz konusu adalara etki verilmesi gibi bir riski engellemek olacaktır.

Hakem Mahkemesinin Güney Çin Denizi Tahkiminde yaptığı değerlendirmelerin, Karaada ve Fener Adası'na uygulanması halinde, söz konusu adaların BMDHS'nin 121/3. maddesi anlamında kaya statüsünde oldukları ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla söz konusu adalar, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı üretmeyecektir. Söz konusu adalar üzerinde, Yunanistan'ın iskân politikası çerçevesinde icra ettiği resmi motivasyonlu yerleşim ve tesisleşme faaliyeti de aksi bir hukuki sonuç doğurmayacaktır. Meis'in ise Karaada ve Fener Adası'na nazaran statüsü konusunda daha ihtiyatlı bir yaklaşım gerekse de tam yetkili ada statüsünün sorgulanmasını sağlayacak veriler mevcuttur ve görmezden gelinemeyecek noktalar içermektedir. Zira Meis'in, sosyo-ekonomik açıdan dışarıya bağımlı olması gerçeği açıkken, Hakem Mahkemesinin Güney Çin Denizi Tahkiminde, BMDHS'nin 121/3. maddesi için belirlediği ölçütlerden en temeli olan dış destek olmaksızın üzerinde insan oturmasına elverişli olma ve kendine has ekonomik bir yaşama sahip olma şartlarını karşılaması mümkün gözükmemektedir. Kanımızca bu veriler, Meis'in tam yetkili ada statüsünü sorgulamak ve kaya statüsünde olduğu tespitini yapmak için dayanak sağlamaktadır. Fakat Yunanistan, Meis'in sabit bir nüfusa sahip olmasını öne çıkararak, hem Ada'da hem de Ada'nın çevresindeki ekonomik faaliyetleri, tam yetkili ada statüsü açısından, dayanak olarak ileri sürecektir. Bu anlamda, Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakem Mahkemesinin verdiği karardaki tespitler, her iki devlet tarafından

farklı yorumlanmak suretiyle kendi tezlerine dayanak yapılacaktır. Dolayısıyla Türkiye'nin söz konusu kararı esas alarak, Meis'in yukarıda belirtilen şekillerde ve/veya daha başka gerekçelerle tam yetkili ada statüsünün sorgulanmasına ilişkin dayanaklar geliştirmesinde, Doğu Akdeniz'e ilişkin Türk tezlerinin çeşitlendirilmesi açısından fayda bulunmaktadır.

Kaldı ki, bir an için Meis, tam yetkili ada statüsünde kabul edilse bile Karaada ve Fener Adası'nın kaya olarak tespiti önemsiz değildir. Gerçekten de bir an için Karaada ve Fener Adası'nın Türkiye'nin egemenliğinde olduklarını veya hiç mevcut olmadıklarını varsayarsak, bu ihtimallerde Yunanistan'ın Meis'e dayandırarak iddia edeceği deniz yetki alanları daha sınırlı olacaktır. Şöyle ki: Bu iki ada, Meis ile beraber bir grup olarak değerlendirilmek suretiyle Doğu Akdeniz'de geniş bir alandaki Yunan deniz yetki alanı iddialarını güçlendirip desteklemektedir. Her ne kadar Hakem Mahkemesinin ada şebekelerine ilişkin tespitleri geleneksel yaşam şekilleri bağlamalı olması nedeniyle Ege ve Doğu Akdeniz'de uygulanabilir değilse de ada grubu nitelemesi, Yunan iddialarının merkezindedir. Gerçekten de yukarıda belirtildiği gibi Yunan doktrini, Meis'i bir ada grubu olarak nitelemek suretiyle geniş bir deniz yetki alanını, tekil açıdan Meis için değil, bu grubun bileşenleri olarak kabul ettikleri, Meis, Karaada ve Fener Adası için istemektedir. Yunanistan'ın resmi tezi de esas itibarıyla bu şekildedir. Dolayısıyla en azından, Karaada ve Fener Adası'nın BMDHS'nin 121/3. maddesine göre kaya statüsünde oldukları ortaya konulursa, Yunanistan'ın "Meis Grubu" için deniz yetki alanı iddia eden resmi tezinde önemli bir gedik açılmış olur. Bu ihtimalde, sadece Meis'in tam yetkili ada olduğu varsayılsa bile Karaada ve Fener Adası'nın kaya statüsünde kabulü, Meis'in sınırlandırmadaki etkisini de azaltacaktır. Zira tam yetkili tekil bir adanın sınırlandırmadaki etkisi ile bir grup tam yetkili adanın etkisi farklı olacaktır. Şu halde salt Karaada ve Fener Adası'nın kaya statüsünde olduklarının tespiti bile Yunanistan'ın Doğu Akdeniz'de hatırı sayılır miktarda deniz yetki alanı iddia eden tezi önüne konulmuş önemli bir engel oluşturacaktır. Demek ki Karaada ve Fener Adası'nın kaya statüsünde olduklarının tespiti, beyhude bir çaba olmadığı gibi önemsiz olarak ve sanki tali bir konuymuş gibi nitelendirilemez. Kaldı ki Meis'i nüfus ve ekonomik açılardan değerlendirmek, iş sınırlandırma hukukuna kalırsa, sınırlamadaki etkisizliğini ortaya koymak açısından da Türkiye lehine dayanak sağlayacaktır. Dolayısıyla bu konudaki dayanakların artması ve çeşitlenmesinde, Türkiye'nin Doğu Akdeniz'e ilişkin tezleri açısından faydalar vardır.

Meis, Karaada ve Fener Adası'nın Doğu Akdeniz'deki deniz yetki alanları sınırlandırılması açısından etkilerini ortadan kaldırmak için gereken tüm çabaların gösterilmesinin ve eldeki tüm hukuki imkan ve dayanakların

ileri sürülmesinin ne kadar hayati olduğu, güncel gelişmelerden görülmektedir. Yukarıda değinildiği gibi Yunanistan ve Mısır devlet başkanları, aralarında yapacakları münhasır ekonomik bölge sınırlandırma antlaşması için teknik müzakerelerin 2018 yılı sonunda tamamlanması konusunda mutabık kalmışlardır. Yunan AMNA haber ajansı, Yunanistan, Mısır ve GKRY devlet başkanlarının Girit'te düzenledikleri üçlü zirvede, Kıbrıs'ı, münhasır ekonomik bölge çerçevesindeki uluslararası hukuktan kaynaklanan egemen haklarının icrasına ilişkin faaliyetlere yönelik üçüncü taraf tehditlerine karşı destekledikleri ifade edilmiştir.⁸⁸ Şüphesiz burada kastedilen üçüncü taraf Türkiye'dir. Söz konusu üç devletin tehdit olarak niteledikleri eylem ve işlemler ise Türkiye'nin genelde uluslararası hukuktan ve özelde sınırlandırma hukukundan kaynaklanan haklarını ileri sürmesi ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin haklarını korumasıdır ki bunların hukuken tehdit teşkil etmediği şüpheden uzaktır. Söz konusu üç devletin amacının, Doğu Akdeniz'deki deniz yetki alanlarını kendi aralarında paylaşmak olduğu açıktır. Bunun sonucu da Türkiye'nin uluslararası hukuktan kaynaklanan münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı haklarının haleldar olmasıdır.

Yukarıda belirtildiği gibi GKRY ile Mısır arasında zaten münhasır ekonomik bölge sınırlandırma antlaşması mevcuttur ve bu antlaşma Türkiye'nin protestolarına maruz kalmıştır. Akabinde Yunanistan da meseleye dahil olmuştur. Yunanistan'ın amacı da yukarıda belirtildiği gibi önce Mısır'la bir münhasır ekonomik bölge sınırlandırma antlaşması yapmak akabinde de GKRY ile bir münhasır ekonomik bölge sınırlandırma antlaşması yapmaktır. Yunanistan ile GKRY'nin anlayış birliği içinde olmaları nedeniyle bu nevi bir antlaşmayı aralarında hiçbir sorun olmadan yapacakları muhakkaktır. Anlaşıldığı kadarıyla bu, bir zamanlama ve konjonktür meselesidir. Muhtemel bir GKRY–Yunanistan sınırlandırma antlaşmasında, Meis, Karaada ve Fener Adası'na tam etki verileceği ve Türkiye'nin söz konusu adaların karasuları dışındaki güney, güneybatı ve güneydoğu istikametlerindeki münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı alanlarına el konacağı açıktır. Türkiye açısından aynı risk, söz konusu üç devletin ulaşacağı uzlaşma çerçevesinde, muhtemel Mısır–Yunanistan sınırlandırma antlaşması için de mevcuttur.⁸⁹ Şu

⁸⁸ "Support for Cyprus' EEZ rights against 'any third-country threat'" (<https://www.amna.gr/en/article/299897/Support-for-Cyprus-EEZ-rights-against-any-third-country-threat>, erişim: 30.10.2018).

⁸⁹ Yunanistan ile Mısır arasındaki müzakerelerin, Haziran 2009'da başladığı, Yunanistan'ın Meis'e kıta sahanlığı hakkı tanımak ve sınırlandırmada tam etki vermek isteği karşısında, Mısır'ın Türkiye'yi incitmek istememesi nedeniyle müzakerelerin sonuçsuz kaldığı

halde, söz konusu üç devletin, Türkiye'nin bölgedeki münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı haklarını ihlal etme faaliyetinde, Meis, Karaada ve Fener Adası, Yunanistan'ın temel dayanağını oluşturmaktadır. Yine son olarak BBC Türkçe servisinin, 19 Aralık 2018 tarihli haberine göre, Yunanistan Savunma Bakanı Kommenos, Meis Adası'na yaptığı ziyarette, Yunanistan'ın önümüzdeki aylar içinde Meis'te münhasır ekonomik bölge ilan edeceğini açıklamıştır.⁹⁰ Haberin içeriğinden Kommenos'un tam olarak ne kastettiği anlaşılamasa da bu açıklamadan, Yunanistan'ın "Meis Grubu"na tam etki vermek suretiyle Doğu Akdeniz'de münhasır ekonomik bölge ilan etmek gibi bir hazırlık içinde olduğu veya en azından Yunan siyasetinin böyle bir gündemi olduğu sonucu çıkarılabilir. Dolayısıyla Türkiye'nin, haklarının ağır şekilde ihlaline yönelik bu faaliyetleri önlemek için elindeki tüm hukuki imkanları kullanması gerekir. Bu çalışmada mevcut bir hukuki imkan, bir eskiz olarak ortaya konmaya çalışılmıştır. Yoksa bu çalışmanın konuyu tüketme ve nihai hükme ulaşma iddiası bulunmamaktadır. Kanımızca Türkiye'nin, söz konusu adaların BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesindeki statüleri konusunda, Güney Çin Denizi Tahkimini dayanak alan görüşleri geliştirmesi ve derinleştirmesi gerekir. Böylece Türkiye'nin Doğu Akdeniz'e ilişkin tezlerinin çeşitlendirilip, kuvvetlendirilmesi sağlanacaktır. Dolayısıyla bu hukuki imkan ve dayanaklar, gerek Türk doktrini tarafından gerekse de Türkiye'nin resmi tezleri açısından ihmal edilmemelidir.

görülmektedir. BAŞEREN, (2010), s. 8; Cavid ABDULLAHZADE, "Doğu Akdeniz'de Mısır'la Antlaşma Şart", **Doğu Akdeniz'de Hukuk ve Siyaset**, (Yayıma Hazırlayan, Sertaç Hami BAŞEREN), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası Siyasi ve Ekonomik İlişkiler Araştırma Merkezi, Ankara, 2013, s. 343 ve 347. Halihazırda devam eden müzakerelerde Mısır'ın bu konudaki tutumuna ilişkin elimizde bir veri yoktur. Fakat Mısır'ın, Girit Zirvesi'nde, Yunanistan ve GKRY ile birlikte GKRY'nin eylemlerini destekleyen ortak açıklamaya katılması, bu konuda tutum değişikliği içinde olduğunu göstermektedir. Fakat Başeren'in hesabıyla eğer Mısır, Girit, Kaşot, Kerpe ve Meis Adalarını ilgili sahil kabul etmek suretiyle Yunanistan'la sınırlandırma antlaşması yapmak yerine, Türkiye ile ortay hattı esas alan bir antlaşma yaparsa, 7400 km² boyutunda deniz yetki alanı kazanacaktır. BAŞEREN, (2010), s. 22.

⁹⁰ Bkz: "Meis münhasır ekonomik bölge ilan edecek", (<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-46627537>, erişim: 20.12.2018).

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler:

- ACER, Yücel: **The Aegean Maritime Disputes and International Law**, Ashgate Publishing Limited, Burlington, 2003.
- ACER, Yücel: “Doğu Akdeniz’de Deniz Alanlarının Sınırlandırılması ve Türkiye”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, C. 1, Sa. 1–2, 2005, s. 83–104.
- ABDULLAHZADE, Cavid: “Doğu Akdeniz’de Mısır’la Antlaşma Şart”, **Doğu Akdeniz’de Hukuk ve Siyaset**, (Yayıma Hazırlayan, BAŞEREN, Sertaç Hami), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası Siyasi ve Ekonomik İlişkiler Araştırma Merkezi, Ankara, 2013, s. 337–352.
- AÇIKGÖNÜL, Yunus Emre: “Uluslararası Adalet Divanı’nın Nikaragua/ Kolombiya Kararının Türkiye’nin Deniz Uyuşmazlıklarına Yansımaları”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, C. 10, Sa. 40, 2014, s. 1–34.
- AHNISH, Faraj Abdullah: **The International Law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean**, Clarendon Press, Oxford, 1993.
- AK, Gökhan: “Meis, Karaada ve Fener Adası’nın Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sorununa Etkileri”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, C. 11, Sa. 41, 2015, s.123–151.
- ALEXOPOULOS, Aristotelis B.: “The Legal Regime of Uninhabited Islets and Rocks in International Law. The Case of Greek Seas, **Revue Hellenique de Droit International**, Vol. 56, 2003, s. 131–151.
- BAŞEREN, Sertaç Hami: **Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Uyuşmazlığı**, TÜDAV, İstanbul, 2010.
- BAŞEREN, Sertaç Hami: “Doğu Akdeniz Deniz Yetki Alanları Sınırlandırılması Sorunu: Tarafların Görüşleri, Uluslararası Hukuk Kurallarına Göre Çözüm ve Sondaj Krizi”, **Doğu Akdeniz’de Hukuk ve Siyaset**, (Yayıma Hazırlayan, BAŞEREN, Sertaç Hami), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası Siyasi ve Ekonomik İlişkiler Araştırma Merkezi, Ankara, 2013, s. 253–305.
- BAYILLIOĞLU, Uğur: “Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi’nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz

- Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl. 2017, Sa. 130, s. 419–456.
- BOWETT, Derek: **The Legal Regime of Islands in International Law**, Oceana Publications, Inc. Dobbs Ferry, New York, 1979.
- BÖLÜKBAŞI, Deniz: **Turkey and Greece The Aegean Disputes: A Unique Case in International Law**, Cavendish Publishing Limited, London, 2004.
- CİN, Turgay: **Türkiye ve Yunanistan Bakımından Ege'deki Karasuları Genişliği Sorunu**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2000.
- CONSTANTINIDIS, Theophanis: “The Flora of the Kastellorizo Island Group (East Aegean Islands, Greece): New Records and Comments”, **Flora Mediterranea**, Vol. 23, 2013, s. 69–86.
- ERİNÇ, Sırrı / YÜCEL, Talip: **Ege Denizi: Türkiye ile Komşu Ege Adaları**, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınları, İkinci Baskı, Ankara, 1988.
- İNAN, Yüksel: “Doğu Akdeniz'deki Deniz Alanları Sınırlandırılması ve KKTC'nin Gözetilmesi Gereken Hakları”, **Prof. Dr. Aydoğan Özman Sempozyumu, Kıbrıs Ekseninde Uluslararası Deniz Hukukunda Güncel Gelişmeler** (Ed. ALİBABA, Arzu), Doğu Akdeniz Üniversitesi Yayınları, Gazimağusa, 2010, s. 74 – 88.
- KARIOTIS, Theodore C.: “Greek Fisheries and the Role of the Exclusive Economic Zone”, **Greece and the Law of the Sea**, (Ed. KARIOTIS, Theodore C.), Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 1997, s. 189–217.
- KURUMAHMUT, Ali: “Ege'de Egemenliği Tartışmalı Adalar Sorununun Ortaya Çıkışı”, **Ege'de Temel Sorun: Egemenliği Tartışmalı Adalar**, (Yayına Hazırlayan, KURUMAHMUT, Ali), Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1998, s. 1–32.
- KURUMAHMUT, Ali: “Karaada (Ro), Meis ve Fener Adası (İpsili)”, **Doğu Akdeniz'de Hukuk ve Siyaset**, (Yayına Hazırlayan, BAŞEREN, Sertaç Hami), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası Siyasi ve Ekonomik İlişkiler Araştırma Merkezi, Ankara, 2013, s. 327–335.
- KÜÇÜK, Cevdet: “Ege Adalarında Türk Egemenliği Dönemi”, **Ege'de Temel Sorun: Egemenliği Tartışmalı Adalar**, (Yayına Hazırlayan,

- KURUMAHMUT, Ali), Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1998, s. 33–80.
- ÖZMAN, M. Aydoğan (çev.): **Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi**, İstanbul Deniz Ticaret Odası, İstanbul, 1984.
- ÖZMAN, Aydoğan: **Deniz Hukuku I: Kaynaklar, Kişiler, Nesnelere, Ulusal Deniz Alanları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- POULANTZAS, Nicholas M.: “The Status of Islands in the International Law of the Sea: The Megisti Case”, **Contemporary Developments in International Law: Essays in Honour of Budislav Vukas**, (Ed. WOLFRUM, Rüdiger / SERSIC, Maya / SOSIC, Trpimir M.), Brill Nijhoff, Leiden / Boston, 2015, s. 250–262.
- PRESCOTT, J.R.V.: **The Maritime Political Boundaries of the World**, Methuen, London–New York, 1985.
- ROZAKIS, Christos L.: “The Greek Continental Shelf”, **Greece and the Law of the Sea**, (Ed. KARIOTIS, Theodore C.), Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 1997, s. 67–113.
- ROUCOUNAS, Emmanuel: “Greece and the Law of the Sea”, **The Law of the Sea: The European Union and its Member States**, (Ed. TREVES, Tullio / PINESCHI, Laura), Martinus Nijhoff Publishers, The Hague / Boston / London, 1997, s. 225–259.
- STRATI, Anastasia: “The Ratification by Greece of the UN Convention on the Law of the Sea”, **Leiden Journal of International Law**, Vol. 9, 1996, s. 99–121.
- STRATI, Anastasia: “Greece and the Law of the Sea: A Greek Perspective”, **The Aegean Sea after the Cold War: Security and Law of the Sea Issues**, (Ed. CHIRCOP, Aldo / GEROLYMATOS, Andre / IATRIDES, John O.), Macmillan Press London, 2000, s. 89–102.
- TAŞKIRAN, Cemalettin: **Ürkek Bir Siyasetin Tarih Önündeki Ağır Vebali: Oniki Ada: Hatalı Kararlar, Acı Kayıplar**, Babıali Kültür Yayıncılığı, 2. Baskı, İstanbul, 2007.
- VAN DYKE, Jon M.: “The Role of Islands in Delimiting Maritime Zones: The Case of the Aegean Sea”, **Ocean Yearbook**, Vol. 8, 1989, s. 44–69.

Hakem Mahkemesi Kararı:

PCA Case No: 2013–19, In The Matter Of The South China Sea Arbitration – before – An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII To The 1982 United Nations Convention On The Law Of The Sea, –between– The Republic Of The Philippines –and– The People’s Republic Of China, Award, 12 July 2016, <http://www.pcacases.com/pcadocs/PH-CN%20-%2020160712%20-%20Award.pdf>. (erişim tarihi 1.10.2016).

Deniz Yatağı Komitesi ve III. Deniz Hukuku Konferansı Tutanakları

The Law of the Sea: Regime of Islands, Legislative History of Part VIII (Article 121) of the United Nations Convention on the Law of the Sea, Office for Ocean Affairs and the Law of the Sea, United Nations, New York, 1988.

İnternet Kaynakları:

“Tsipras: Technical negotiations for the delimitation of EEZ to be concluded this year” (<https://www.amna.gr/en/article/299864/Tsipras-Technical-negotiations-for-the-delimitation-of-EZZ-to-be-concloded-this-year>, erişim: 30.10.2018).

“Support for Cyprus’ EEZ rights against ‘any third-country threat’” (<https://www.amna.gr/en/article/299897/Support-for-Cyprus-EEZ-rights-against-any-third-country-threat>, erişim: 30.10.2018).

“Meis münhasır ekonomik bölge ilan edecek”, (<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-46627537>, erişim: 20.12.2018).

İDARİ TEŞKİLATTA YAPILAN YENİ DÜZENLEMELERE GÖRE YENİLENEBİLİR ENERJİ KAYNAKLARI KONUSUNDA GÖREV VE YETKİLER

N. Münci ÇAKMAK*

ÖZ

Cumhurbaşkanlığı hükümeti sistemine geçişle birlikte Türk idari teşkilatı içerisinde önemli değişiklikler meydana gelmiştir. İdari teşkilat içerisinde yeni idari merciler oluşturulmuştur. Bu yeni mercilere çok çeşitli konularda görev ve yetkiler tanınmıştır. Ne yazık ki yenilenebilir enerji konusuyla ilgili hatta enerji konusuyla bile ilgili doğrudan görevlendirilmiş bir birim kurulmamıştır. Yeni sistemde yenilenebilir enerji konusunda görevli olan idari birimlerde de değişim olmuştur. Merkez teşkilatı içerisinde yer alan mercilerin görev ve yetkileri arasında yenilenebilir enerji konusuna yer verilmemesi yenilenebilir enerji kaynaklarından enerji üretiminin ve kullanımının gelişmemesine neden olacaktır. Yenilenebilir enerji kaynakları geleceğimiz açısından son derece önemlidir. Doğrudan yenilenebilir enerji kaynaklarının yönetimi ile ilgili merkez teşkilatı içerisinde bir birim oluşturulması bir gerekliliktir.

Anahtar Kelimeler: Yenilenebilir enerji, alternatif enerji, idare, enerji, idari teşkilat

DUTIES AND AUTHORITIES ON THE SUBJECT OF RENEWABLE ENERGY RESOURCES ACCORDING TO THE NEW REGULATIONS IN ADMINISTRATIVE ORGANIZATION

ABSTRACT

Turkish administrative organization has been changed significantly by shifting presidential government system. New administrative bodies has been established in the administrative organization. Duties and authorities are given to these new administrative bodies in many kind of differen subjects. Unfortunately there is not any administrative body that has been assigned directly for renewable energy subject, or even in energy subject. Also in the new system, there is a change in the subject of administrative bodies related with renewable energy. Lack of dutires and authorities of administrative institutions in the central administration will cause undevelopment of generation and consumption of renewable energy. Renewable energy sources have a great importance for our future. It is a need for us that, an institution must be set up in the central administration directly related with the administration of renewable energy sources.

Key Words: Renewable energy, alternative energy, administration, energy, administrative organization

* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (munci.cakmak@hbv.edu.tr)

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 30/04/2019

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 07/05/2019

1- Yenilenebilir Enerjinin Tanımı

Yenilenebilir enerji kaynakları, sürekli yenilenen doğal proseslerden elde edilen enerji türüdür.¹ Başlıca yenilenebilir enerji kaynakları güneş, rüzgâr, jeotermal, hidroelektrik enerjisi, hidrojen, biyokütle, dalga, gel-git, okyanus termal enerjisi olarak sayılabilir.

Konvansiyonel enerji kaynaklarının aksine yenilenebilir enerji kaynakları insan ömrü boyunca devamlı yenilenirler.²

Türkiye yenilenebilir enerji kaynakları açısından zengin bir ülke olmasına rağmen bu zengin potansiyel etkin bir şekilde değerlendirilememektedir.³

Yenilenebilir enerji teknolojisinin gelişmesi için büyük yatırımlara ve belli bir süreye ihtiyaç vardır.⁴

2- Yenilenebilir Enerjinin Önemi

Hiçbir enerji kaynağı tamamen temiz değildir, sadece bazı enerji türleri diğerlerine göre daha az olumsuz etkiye sahiptir.⁵

Yenilenebilir enerjinin çevre, sürdürülebilirlik, istihdam, ekonomi ve enerji güvenliği konuları açısından birçok faydası söz konusudur.⁶ Dışa bağımlılığı azaltır ve ucuz enerji etme konusunda önem taşır.⁷

Enerji tüketiminin her yıl % 4-5 oranında arttığı düşünüldüğünde⁸ gelecekte enerji ihtiyacımızı nasıl karşılamamız gerektiği sorusu ile karşı karşıya kalmaktayız. İnsanoğlu her açıdan gelişmektedir ve gelişim beraberinde enerji tüketimini de beraberinde getirmektedir. Günümüzde enerji ihtiyacımızı büyük ölçüde fosil yakıtlardan karşılamaktayız. Hem kıt olan hem de çevreyi kirleten fosil yakıtlar ise birçok olumsuzluğa neden olmaktadır. Çare ise yenilenebilir kaynaklarından üretilen enerjiye geçiş yapmaktır. Yenilenebilir enerjiye geçiş başlamış ve artan oranda devam etmektedir.

¹ MOHTASHAM, s. 1290.

² VEZMAR vd., s. 15.

³ BAĞCI, s. 109.

⁴ ÇITAK/KILINÇ PALA, s. 96.

⁵ ESEN vd., s. 10.

⁶ ALRIKABI, s. 61.

⁷ BAĞCI, s. 101.

⁸ AYDIN, s. 31.

Fosil yakıtların dünya birincil enerji içerisindeki payı 2009-2016 yılları arasında % 6,1 oranında düşmüş (% 87,2'den % 81,1'e), hidrolik enerji (barajlar) dışındaki yenilenebilir enerjinin payı ise % 11,4'e yükselmiştir.⁹ 2040'lı yıllarda fosil yakıtların elektrik üretimindeki payının % 50 seviyelerine ineceği, yenilenebilir enerji kaynaklarının payının ise % 40'lara yükseleceği tahmin edilmektedir.¹⁰

Türkiye'nin elektrik üretiminde kurulu gücü ortalama % 55 oranında termik santrallere, % 45 oranında ise yenilenebilir kaynaklara dayalıdır.¹¹

“Yenilenebilir enerjiye dayalı elektrik üretiminin yaygınlaşması, kendi tüketimlerini de karşılayabilecek on binlerce küçük üreticinin sektörde yer alması, yasal ve düzenleyici çerçevenin de uyumlaştırılmasını gerektirmektedir.”¹²

Refah ve milli güce önemli katkı sağlayan enerji olgusu, gelecekte temini konusunda sürekli endişe duyulduğu için hiçbir hükümet tarafından tamamen pazara bırakılmaz.¹³ Enerji piyasaları devamlı kontrol altında tutulmak zorundadır. Bu da enerji konusunda görevlendirilmiş idari birimleri görev ve yetkilendirilmesi ile sağlanır.

“Enerjinin tüm tüketicilere yeterli, kaliteli, sürekli, çeşitlendirilmiş kaynaklardan, ekosistemi gözeterek, ödenebilir koşullarda ve güvenilir bir şekilde sunulması hususları, enerji politikasının temel ilkeleri ve amacı olmalıdır.”¹⁴

Türkiye'nin sürdürülebilir ekonomik büyümeyi gerçekleştirebilmesi, cari işlemler dengesindeki bozulmaları giderebilmesi ve enerji güvenliğini sağlayabilmesi için yenilenebilir enerji kaynaklarına yapılacak olan yatırımları uzun vadeli planları içerisine eklemesi lazımdır.¹⁵

2035 yılında global enerji kullanımının %35-40 oranında, elektrik talebinin de %70 oranında artması beklenmektedir.¹⁶ Dünya'da enerji

⁹ ULUSALER, s. 138.

¹⁰ ULUSALER, s. 138.

¹¹ AYTAÇ, s. 77.

¹² DİLLİ, s. 103.

¹³ FELDER/ANDREWS/HULKOWER, “Which Energy Future?” için bkz. SİOSHANSİ, (Editör), s. 31.

¹⁴ BASA/PAMİR, s. 90.

¹⁵ BAĞCI, 2019, s. 102.

¹⁶ MADANI/KHATAMI, s. 11.

tüketim miktarı ise son 100 yılda ortalama 17 kat artmıştır.¹⁷ Bu rakamlar dikkate alındığında yeni enerji kaynaklarına ve özellikle temiz ve ucuz enerji kaynaklarına yönelmemiz kaçınılmazdır.

3- Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Getirdiği Teşkilat Düzeni

Yeni sistemde Cumhurbaşkanlığı Merkez Teşkilatı, Cumhurbaşkanının kendisi ve İdari İşler Başkanlığından oluşturulmuş, bakanlık sayısı onaltıya düşürülerek Cumhurbaşkanlığına bağlanmış, Politika Kurulları ile Ofisler kurulmuş ve son olarak da bağlı kurum ve kuruluşlar yeniden belirlenmiştir.¹⁸

a- Cumhurbaşkanlığı Ofisleri

1 sayılı CBK'nın 525/1. maddesine göre Cumhurbaşkanlığına bağlı, özel bütçeli, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip Dijital Dönüşüm Ofisi, Finans Ofisi, İnsan Kaynakları Ofisi ve Yatırım Ofisi adı altında ofisler kurulmuştur.

Ofislerden, politikalara temel olacak projelerin geliştirilmesinde kritik işlevler üstlenmesi beklenmektedir.¹⁹

Ofislerin görevleri 1 sayılı CBK'nın 527. maddesinde sayılmaktadır. Bu görevler arasında ne yazık ki doğrudan enerjiye veya yenilenebilir enerji yönelik hükümler yoktur. Enerji konusuna en yakın görevler Yatırım Ofisinin görevleri arasında yer almaktadır. Bu görevler de enerjiye yönelik yatırımların düzenlenmesine ilişkin olabilecektir. Enerji gibi önemli bir konuda doğrudan bir ofis olması yerinde olurdu. Eğer ofislerin kuruluş amaçları daha genel başlıklar altında toplanmak istendi ise o halde bu ofislerden birinin açıkça enerji ve yenilenebilir enerji konusunda görevlendirilmiş olması gerekirdi. Yenilenebilir enerji konusunu dolaylı olarak ofislerin görev ve yetki alanına dahil edebilmek de doğrudan düzenlenmiş hükümlerin daha faydalı olacağı açıktır.

Cumhurbaşkanlığı ofislerinin statik olmaktan uzak, esnek birer kurumsal yapı olduğu²⁰ iddia edilse de bu durumun yenilenebilir enerjinin üretimine, tüketimine ve geleceğine ilişkin ne gibi katkılar sağlayacağı şu an belirsizdir.

¹⁷ KARAYILMAZLAR vd., s. 64.

¹⁸ TURAN, s. 60.

¹⁹ TURAN, s. 74.

²⁰ OSMANBAŞOĞLU/KAYA, s. 587.

b- Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları

1 sayılı CBK m. 20/1. maddesinde Politika Kurulları “a) Bilim, Teknoloji ve Yenilik Politikaları Kurulu b) Eğitim ve Öğretim Politikaları Kurulu c) Ekonomi Politikaları Kurulu ç) Güvenlik ve Dış Politikalar Kurulu d) Hukuk Politikaları Kurulu e) Kültür ve Sanat Politikaları Kurulu f) Sağlık ve Gıda Politikaları Kurulu g) Sosyal Politikalar Kurulu ğ) Yerel Yönetim Politikaları Kurulu” olarak düzenlenmektedir.

Politika kurulları ilgili konularda politikalar üretmeleri ve üretilen politikaların uygulanma süreçlerini izlemek için kurulmuşlardır.²¹

Politika kurulları arasında bırakın yenilenebilir enerjiyi, enerjinin bile doğrudan adı geçmemektedir. Enerji gibi önemli bir konu diğer konu başlıkları altında yer almak zorunda bırakılmıştır. Halbuki enerji olmadan diğer politika kurullarının başlıkları adı altında düzenlenmek istenen alanlarda da faaliyet gösterilmesi mümkün değildir.

Enerji konusuna dolayısıyla yenilenebilir enerji kaynaklarına görev ve yetki açısından en yakın politika kurulları Bilim, Teknoloji ve Yenilik Politikaları Kurulu ile Ekonomi Politikaları Kuruludur. Aslında sadece enerji başlığı altında yeni bir politika kurulu oluşturulması son derece yararlı olacaktır. Enerji konusu çok önemlidir ve aşağıda göreceğimiz üzere enerjiye ilişkin doğrudan politika kurulu görevi mevcut olmadığı için bu konu dolaylı olarak yani başka hükümler üzerinden politika kurullarının görev alanlarına dahil edilebilmektedir.

Bilim, Teknoloji ve Yenilik Politikaları Kurulunun görev ve yetkileri arasında enerji konusu yer almamaktadır. Yenilenebilir enerji konusunu bu kurulun çalışma alanlarına dahil edebileceğimiz en yakın düzenlemelerin bazıları şöyle sıralanabilir: Kurulun “bölgesel ve küresel rekabette mukayeseli üstünlük kazandıracak alanları tespit edip bu alanlara yönelik tavsiyelerde bulunmak (1 sayılı CBK m. 23/1/a)”, “Türkiye’nin hedefleri doğrultusunda bilim ve teknoloji alanında politika önerilerinde bulunmak (1 sayılı CBK m. 23/1/b)”, “Ar-Ge çalışmalarının özendirilmesi, teşvik edilmesi ve sonuçların ürünleştirilmesi için politika önerilerinde bulunmak (1 sayılı CBK m. 23/1/ç)”, “bilim ve teknoloji alanındaki araştırma ve geliştirme politikalarının ekonomik kalkınma, sosyal gelişme ve milli güvenlik hedefleri doğrultusunda tespit edilmesi, yönlendirilmesi ve koordinasyonunun sağlanması amacıyla altyapı,

²¹ TURAN, s. 63.

insan kaynağı ve diğer tüm kaynakların geliştirilmesine yönelik araştırmalar yaparak öneriler oluşturmak (1 sayılı CBK m. 23/1/d)”, “teknolojik dönüşüm alanlarını tespit ederek orta ve uzun vadeli milli teknoloji politika önerileri oluşturmak” (1 sayılı CBK m. 23/1/f).

Yenilenebilir enerji uygulamalarının ileri teknoloji ve ar-ge desteği gerektirmesi nedeniyle bu kurulun görev ve yetkileri arasına dolaylı olarak dahil edilebilmesi mümkündür.

Ekonomi Politikaları Kurulu ise ekonomik alanlarla ilgili olarak görevlendirilmiştir. Görevleri arasında doğrudan enerjiyle ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık enerji konusu ekonomi ile yakından ilgilidir, gerek başarılı bir ekonomik kalkınma ve büyüme gerekse ekonomik güvenlik açısından istikrarlı bir enerji üretimi gerekmektedir. Kurulun görevleri arasında ekonomik istikrar, kalkınma, ekonomik güvenlik, gelişme ve devlet desteği gibi konularda düzenlemeler mevcuttur. Bu konular da dolaylı olarak yenilenebilir enerji konusunu kurulun görevleri arasına dahil edilebileceğini göstermektedir.

Politika Kurullarının görev ve yetkileri 1 sayılı CBK m. 22/1’e göre “a) Cumhurbaşkanınca alınacak kararlar ve oluşturulacak politikalarla ilgili öneriler geliştirmek. b) Geliştirilen politika ve strateji önerilerinden Cumhurbaşkanınca uygun görülenler hakkında gerekli çalışmaları yapmak. c) Küresel rekabetin getirdiği ani değişimlere karşı strateji ve politika önerileri geliştirmek. ç) Görev alanlarına giren konularda kamu kurum ve kuruluşlarına görüş vermek. d) Görev alanlarına giren konularda Bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar, sivil toplum ve sektör temsilcileri, alanında uzman kişiler ve ilgili diğer ilgililerin görüşünü alarak uygulanan politikaları ve gelişmeleri izlemek, yapılan çalışmalarla ilgili Cumhurbaşkanına rapor sunmak. e) Cumhurbaşkanına programına uygunluk açısından, bakanlıklar ile kurum ve kuruluşların uygulamalarını izlemek ve Cumhurbaşkanına rapor sunmak. f) Bakanlıklar, kurum ve kuruluşlar, sivil toplum ve sektör temsilcileri, alanında uzman kişiler ve ilgili diğer ilgililerin davet edilmesi suretiyle genişletilmiş kurul toplantıları yapmak. g) Görev alanına giren konularda talep, ihtiyaç ve etki analizi yapmak ve/veya yaptırtmak. ğ) Cumhurbaşkanınca verilen diğer görevleri yapmak” olarak belirlenmiştir. Politika kurullarının görev ve yetki alanlarının düzenlenmesine bakıldığında, her hangi bir politika kurulunun enerji veya yenilenebilir enerji konusunda çalışma yapabilmesi Cumhurbaşkanının isteği üzerine olabilir. Doğrudan enerjiyle görevlendirilmiş bir politika kurulunun olmaması, mevcut politika kurulları arasında da enerji

konusunda görevlendirilmiş bir politika kurulunun bulunmaması nedeniyle başka bir çözüm yolu mümkün görünmemektedir.

c- Enerji Ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın Görev ve Yetkileri Açısından Yenilenebilir Enerji

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile teşkilatta pek çok konuda değişikliğe gidilmiştir. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın teşkilatlanması ve görevlerinde önemli değişiklikler meydana gelmiştir. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (CBK) 168/1. maddesine göre Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın merkez ve yurtdışı teşkilatı "a) Enerji İşleri Genel Müdürlüğü, b) Nükleer Enerji Genel Müdürlüğü, c) Dış İlişkiler ve Uluslararası Projeler Genel Müdürlüğü, ç) Hukuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü, d) Denetim Hizmetleri Başkanlığı, e) Strateji Geliştirme Başkanlığı, f) Enerji Verimliliği ve Çevre Dairesi Başkanlığı, g) Personel Dairesi Başkanlığı, ğ) Destek Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, h) Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı, ı) Basın ve Halkla İlişkiler Müşavirliği ve i) Özel Kalem Müdürlüğü"nden oluşmaktadır. Eski sistemde sadece yenilenebilir enerji ve enerji verimliliği konusunda görevlendirilmiş olan Yenilenebilir Enerji Genel Müdürlüğüne yeni düzenlemelerde yer verilmemiş, yenilenebilir enerji konusunda Enerji İşleri Genel Müdürlüğü görevlendirilmiştir. Enerji İşleri Genel Müdürlüğünün görevleri 1 sayılı CBK'nın 169 maddesinde düzenlenmektedir.²² Enerji İşleri

²² 1 sayılı CBK madde 169: "(1) Enerji İşleri Genel Müdürlüğünün görev ve yetkileri ilgili mevzuatta piyasada faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlara bırakılmadığı takdirde şunlardır:

- a) Enerji kaynaklarını ve tesislerinin envanterini tutmak, memleketin her türlü enerji ihtiyacını karşılamak için gerekli planlamaları yapmak,
- b) Enerji kaynaklarının ve enerjinin plan ve programlara uygun miktar ve evsafıta üretilmesi, nakli ve dağıtım için gerekli tedbirleri almak ve aldrtmak,
- c) Enerji kaynaklarının üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin milli menfaatlere ve modern teknolojiye en uygun şekilde kurulmaları ve işletilmeleri için gerekli tedbirleri almak ve aldrtmak,
- ç) Enerji kaynaklarının araştırılması, geliştirilmesi, işletilmesi, değerlendirilmesi, kontrolü ve korunması ile ilgili çalışmaları teşvik ve koordine etmek,
- d) Enerji fiyatlandırma esaslarını tespit etmek, kamu yararı ve piyasa ihtiyaçlarını dikkate alarak tüketicilere yapılan her türlü enerji satışında taban ve tavan fiyatlarını belirlemek ve uygulanmasını denetlemek,
- e) Enerji konusunda teknolojik araştırma-geliştirme faaliyetlerini izlemek, değerlendirmek, envanterini hazırlayarak sonuçlarını ilgili mercilere iletmek ve koordine etmek,
- f) Ülkenin hidrolik, rüzgâr, jeotermal, güneş, biyokütle ve diğer yenilenebilir enerji kaynakları öncelikli olmak üzere tüm enerji kaynaklarının tespiti ve değerlendirilmesine yönelik ölçümler yapmak, fizibilite ve örnek uygulama projeleri hazırlamak; araştırma kurumları, yerel yönetimler ve sivil toplum kuruluşları ile işbirliği yaparak pilot sistemler

Genel Müdürlüğünün doğrudan görevi yenilenebilir enerjiye yönelik değildir, tüm enerji kaynakları ile birlikte yenilenebilir enerji kaynakları ile ilgili konular da görevleri arasında sayılmıştır. Yenilenebilir enerjinin günümüzde sahip olduğu ve gelecekte de giderek artacak olan önemi karşısında var olan ve görevi sadece yenilenebilir enerji kaynaklarının değerlendirilmesi olan bir kuruma yeni düzenlenen sistemde yer verilmemesi üzüntü vericidir. Bu eksiklik gerek idari teşkilat içerisinde gerekse yenilenebilir enerji piyasasında hissedilecek türden bir eksiklik. İdari teşkilatta hissedilecek olan eksiklik ve bunun olumsuz sonuçları zaten yeni gelişmekte olan yenilenebilir enerji piyasası açısından geriye gidiş anlamına gelmektedir. EPDK her yönüyle enerji piyasalarını düzenlese de ağırlıklı olarak enerjinin ekonomik yönü ve kolluk anlamında denetimi ile ilgilenen bir yapıdır. Kaldırılan Yenilenebilir Enerji Genel Müdürlüğü yenilenebilir enerji ile ilgili merkez noktası olarak hareket ettiğinden gerektiğinde EPDK'ya gerektiğinde de idari teşkilattaki birimlere yenilenebilir enerji kaynakları konusunda yol gösterici bir kurumdu. Yeni kurulan sistemde bu Genel Müdürlüğün yeniden kurulmasının (veya sadece yenilenebilir enerji konusunda faaliyet gösteren bir müdürlüğün kurulmasının) son derece faydalı olacağını düşünüyoruz. Enerji başka şeydir, yenilenebilir enerji başka şeydir. Enerji adı altında faaliyet gösteren tek bir birimin tüm enerji dallarına eşit olarak yaklaşması yetersiz kalacaktır. Yenilenebilir enerji kaynaklarının değerlendirilmesi hassas bir konudur ve ayrı bir ihtisaslaşma gerektirmektedir.

ç- Diğer Bakanlıkların Görev ve Yetkileri Açısından Yenilenebilir Enerji Kaynakları

Çalışmamızda dikkat çekmeyi istediğimiz husus, yenilenebilir enerji kaynaklarının önemidir. Bu konuda merkezi teşkilatta veya en azından Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına bağlı veya ilgili kurum statüsünde bağlanmış bulunan, özel olarak ve sadece yenilenebilir enerji kaynakları konusunda ihtisaslaşmış birimin/birimlerin varlığı gereklidir. Mevcut idari teşkilatımızda (merkezi teşkilat içerisinde) böyle bir yapılanma ne yazık ki yoktur.

geliştirmek, tanıtım ve danışmanlık faaliyetleri yürütmek,

g) Yenilenebilir enerji alanındaki çalışmaları ve gelişmeleri izlemek ve değerlendirmek, ülkenin ihtiyaç ve şartlarına uygun olarak araştırma ve geliştirme hedef ve önceliklerini belirlemek, bu doğrultuda araştırma ve geliştirme çalışmaları yapmak, yaptırmak, çalışma sonuçlarını ekonomik analizleri ile birlikte kamuoyuna sunmak,

ğ) Yenilenebilir enerji kaynaklarının değerlendirilmesine ve artırılmasına yönelik projeksiyonlar ve öneriler geliştirmek,

h) Bakan tarafından verilen diğer görevleri yapmak.”

Ülkenin yenilenebilir enerji konusunda teşkilat açısından eksikliği, diğer bakanlık ve kurumların görev ve yetkilerinde düzenlenen hükümlerle aşılabilir görünse de aksine koordinasyon sağlayacak kurum olmaması nedeniyle çeşitli sorunlar yaşanması ihtimali söz konusudur. Örneğin “yenilenebilir enerji kaynakları başta olmak üzere, temiz enerji kullanımını teşvik etmek, yakıtların hava kirliliğine yol açmayacak şekilde kullanılabilmesi için hedef ve ölçütlerin belirlenmesine ilişkin çalışmaları yapmak (1 sayılı CBK m. 103/1/ç)” ve atıkların enerjiye dönüştürülmesi için çalışmalar yapmak (1 sayılı CBK m. 103/1/i) Çevre Yönetimi Genel Müdürlüğü’nün görevidir. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı/Çevre Yönetimi Genel Müdürlüğü yenilenebilir enerjiyle ilgili kesişen bu görevi ile ilgili bir çalışma/faaliyet/teşvik uygulaması yapmak istediği takdirde yenilenebilir enerji konusunda görevli olan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ve EPDK ile koordinasyon halinde olması gerekmektedir.

4- Sonuç

Enerji yönetimi kavramı enerji kaynaklarının korunması, iklimin korunması ve enerji tasarrufu için enerjiyle ilgili süreçlerin planlanmasını, kontrolünü ve izlenmesini gerektirir.²³ Bu konuda da öncelikli görev idarenin merkez teşkilatı içerisinde Cumhurbaşkanına, Cumhurbaşkanlığı teşkilatına (Cumhurbaşkanlığı Politika Kurulları, Cumhurbaşkanlığı Ofisleri, Cumhurbaşkanlığına Bağlı Kurum ve Kuruluşlar) ve Bakanlıklara aittir. Cumhurbaşkanı görevlerini kendisine bağlı teşkilat aracılığıyla yerine getirdiğinden²⁴ yenilenebilir enerjiyle ilgili tüm uygulama ve tedbirlerin bu teşkilat birimlerinin görev alanında olması gerekmektedir.

Devletler, “yatırımlar için daha ucuz kredi desteği, yüksek birim fiyattan alım garantisi, vergilerde indirim, değişik oranlarda doğrudan devlet yardımı, iletim hatlarına bağlanmada kolaylık, yerli imalat zorunluluğu, finansal vergi teşvikleri, gümrük vergisi kolaylıkları, ihracat kredisi yardımları, kalite sertifikasyonu ve araştırma geliştirme desteği, sabit fiyat tarifeleri, hükümet ihaleleri gibi mali, vergi ve üretim teşvikleri”²⁵ gibi yöntemlerle yenilenebilir enerji üretimini geliştirmeye çalışmaktadırlar. Bu tür yöntemler devlet tarafından sağlandığından enerji konusuyla ilgili devlet kurum ve kuruluşları arasında işbölümü ve koordinasyona özen gösterilmesi gerekir.

²³ ESEN, vd., s. 12.

²⁴ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 198.

²⁵ OSKAY, s. 88.

Yeni kabul ettiğimiz sistemde Cumhurbaşkanı, Ofisler, Politika Kurulları, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (ve ilgili diğer birimler) yenilenebilir enerji kaynakları konusunda en üstte yer alan karar alma ve uygulama birimleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna rağmen çalışmamızda görüldüğü üzere yenilenebilir enerji kaynakları ile ilgili olarak ve hatta enerji ile ilgili olarak doğrudan görevlendirilmiş bir ofis veya politika kurulu yoktur. Enerji konusunda fosil yakıtlardan yenilenebilir enerji kaynaklarına doğru olan dönüşümün etkili bir şekilde yapılandırılması ve geç kalınmaması gerekir.²⁶ Yenilenebilir enerji kaynakları geleceğin enerji kaynaklarıdır ve altyapısının bugünden oluşturulması gerekir. Yenilenebilir enerji kaynaklarının böyle önemli olması nedeniyle sadece Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının görev ve yetki alanında sıkışıp kalmamalıdır. Hatta bu yönden dahi bir gerileme olmuş, sadece yenilenebilir enerji konusu ile görevli ve yetkili kılınmış olan Yenilenebilir Enerji Genel Müdürlüğü ortadan kaldırılarak bu konudaki görev ve yetkiler için Enerji İşleri Genel Müdürlüğü kurulmuştur. Enerji İşleri Genel Müdürlüğü sadece yenilenebilir enerji kaynakları konusunda görevli olmayıp başka konularda da görevlendirildiği için eskiden sahip olunan ihtisaslaşma bir ölçüde kaybedilmiştir. Bu sebeplerden dolayı ofis veya politika kurularından birisinin enerji veya yenilenebilir enerji konusunda görevlendirilmesi son derece faydalı olacaktır.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar – Murat SEZGİNER – Cemil KAYA, **Türk İdare Hukuku**, Yenilenmiş 9. Baskı, Ankara – Eylül 2018.

ALRIKABI, Nada Kh. M. A., “Renewable Energy Types”, **Journal of Clean Energy Technologies**, Vol. 2, No. 1, January 2014, s. 61-64.

AYDIN, İbrahim, “Balıkesir’de Rüzgâr Enerjisi”, **Eastern Geographical Review**, Cilt 18, Sayı 29, 2013, s. 29-50.

AYTAÇ, Orhan, “Santrallerimizin Kapasite Kullanım Oranları”, **Türkiye’nin Enerji Görünümü, TMMOB Makina Mühendisleri Odası Oda Raporu**, Nisan 2018, Ankara, Yayın No: MMO/691, s. 77-88.

²⁶ BAĞCI, s. 116.

- BAĞCI, Erdem, “Türkiye’de Yenilenebilir Enerji Potansiyeli, Üretimi, Tüketimi ve Cari İşlemler Dengesi İlişkisi”, **Research Studies Anatolia Journal**, Vol. 2, Issue 4, 2019, s. 101-117.
- BASA, Necdet – Necdet PAMİR (Derleyenler), **TBB Enerji ve Hukuk Sempozyumu Sonuç Bildirgesi**, Temel Saptamalar ve Sorunlar- Çözüm Önerileri, 9 Aralık 2014, Türkiye Barolar Birliği, Ankara.
- ÇITAK, Emre – Pınar Buket KILINÇ PALA, “Yenilenebilir Enerjinin Enerji Güvenliğine Etkisi”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 2016/3, Sayı 25, s. 79-102.
- DİLLİ, Budak, “Türkiye’de Enerji Sektöründe Gelişmeler Üzerine Notlar- Öneriler”, **Türkiye’nin Enerji Görünümü, TMMOB Makina Mühendisleri Odası Oda Raporu**, Nisan 2018, Ankara, Yayın No: MMO/691, s. 103-111.
- ESEN, Ayşe Nur – Zehra DÜZGİT – A. Özgür TOY – M. Erdem GÜNAY, “An Overview of Energy Technologies for a Sustainable Future”, **Energy Systems and Management**, Editörler: Ali Nezih BİLGE – Ayhan Özgür TOY – Mehmet Erdem GÜNAY, Springer Proceedings in Energy, Springer International Publishing Switzerland 2015, s. 1-18.
- FELDER, Frank A. – Clinton J. ANDREWS – Seth D. HULKOWER, “Which Energy Future?” için bkz. SİOSHANSİ, Fereidoon P. (Editör), **Energy, Sustainability and the Environment: Technology, Incentives, Behavior**, 2011 Elsevier Inc.
- KARAYILMAZLAR, Selman – Nedim SARAÇOĞLU – Yıldız ÇABUK – Rıfat KURT, “Biyokütlenin Türkiye’de Enerji Üretiminde Değerlendirilmesi”, **Bartın Orman Fakültesi Dergisi**, Cilt 13, Sayı 19, 2011, s. 63-75.
- MADANI, Kaveh – Sina KHATAMI, “Water for Energy: Inconsistent Assessment Standards and Inability to Judge Properly”, **Curr. Sustainable Renewable Energy Rep.**, 2015, 2, s. 10-16.
- MOHTASHAM, Javid, “Review Article – Renewable Energies”, **Energy Procedia**, 74, 2015, s. 1289-1297.
- OSKAY, Cansel, “Sürdürülebilir Kalkınma Çerçevesinde Rüzgâr Enerjisinin Önemi ve Türkiye’de Rüzgâr Enerjisi Yatırımlarına Yönelik Teşvikler”, **Niğde Üniversitesi İİBF Dergisi**, Cilt 7, Sayı 1, 2014, s. 76-94.

- OSMANBAŞOĞLU, Gülsen KAYA, “Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Sistemi: Bir “Siyasal İnnovasyon” Olabilir Mi?”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, 20/3, 2018, s. 578-599.
- TURAN, A. Menaf, “Türkiye’nin Yeni Yönetim Düzeni: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi”, **Social Sciences Research Journal**, Vol. 7, Issue 3, September 2018, s. 42-91.
- ULUSALER, Kemal, “Enerjide Geçiş Sürecinin Görünümü”, **Türkiye’nin Enerji Görünümü, TMMOB Makina Mühendisleri Odası Oda Raporu**, Nisan 2018, Ankara, Yayın No: MMO/691, s. 137-146.
- VEZMAR, Stanislav – Anton SPAZIC – Danijel TOPIC – Damir SLJIVAC – Lajos JOZSA, **International Journal of Electrical and Computer Engineering Systems**, “Positive and Negative Impacts of Renewable Energy Sources”, Volume 5, Number 2, 2014, s. 15-23.

MÜCBİR SEBEBİN İDARİ DAVA AÇMA SÜRESİNE ETKİSİ

F. Ebru GÜNDÜZ*

ÖZ

İdari dava açma hakkı İdari Yargılama Usulü Kanunu tarafından belirli bir süre ile sınırlandırılmıştır. Bu sınırlı sürenin kişinin iradesi ve kusuru dışında, önlenemeyen ve öngörülemeyen bir olay sebebiyle kullanılamaması halinde, kişiye bu hakkını kullanabilmesi için bir imkân tanınması gerekir. Mücbir sebep olarak adlandırılabilir olaylar dolayısıyla kullanılmayan dava açma hakkının kişiye tanınması hem hak arama hürriyetinin bir gereğidir hem de idarenin yargısal denetiminin kabul edildiği Anayasa'nın 125'inci maddesine uygun olacaktır. İdari dava açma süresinin hak düşürücü süreye benzediği ve bu yönde yasal bir düzenlemenin bulunmadığı iddiaları, kişilere kullanamadıkları dava açma hakkı için bir imkân vermemenin gerekçesi olarak kabul edilmemelidir.

Anahtar Kelimeler: -İdari dava açma süresi, mücbir sebep, hak arama hürriyeti, idarenin yargısal denetimi, hak düşürücü süre.

THE EFFECT OF FORCE MAJEURE ON THE TERM OF ADMINISTRATIVE LITIGATION

ABSTRACT

The right to bring an administrative action is limited by the Procedure of Administrative Justice Act- for a certain period of time. If this limited period cannot be used due to an unavoidable and unpredictable event, other than the will and defect of the person, an opportunity should be given to the person to use this right. The recognition of the right to bring an action which cannot be used due to the events that may be called as force majeure is a requirement of the right to legal remedies and will be in accordance with the Article 125 of the Constitution, where the judicial review of the administration is accepted. The claims that the term of administrative litigation is similar to final term and that there is no legal regulation in this regard should not be considered as the justification for not giving an opportunity to individuals the right to bring an action they cannot use.

Key Words: *The term of administrative litigation, force majeure, the right to legal remedies, judicial review of administration, final term*

* Doç. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku ABD. Öğretim Üyesi. e-posta: gunduzebru@gmail.com

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 14/12/2018

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 12/04/2019

Giriş

Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan Hukuk Devleti ilkesinin bir gereği olan idarenin yargısal denetimi, 125'inci maddede de, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" cümlesi ile açıkça bir anayasal hüküm altına alınmıştır. Bu doğrultuda idarenin eylem ve işlemleri de kural olarak idari yargı mercileri önünde idari davalar vasıtası ile yargısal denetime tabi tutulmuşlardır.

Hak arama hürriyetinin bir aracı olan dava açma hakkı, yasa koyucunun iradesi vasıtasıyla belirli bir süre ile sınırlandırılabilir. İdari davalar olarak kabul ettiğimiz iptal ve tam yargı davalarını açma hakkı da, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7'nci maddesi gereğince, özel kanunlarında ayrıca bir süre öngörülme hallerde 60 gün ile sınırlandırılmıştır. İdari dava açma hakkına getirilen süre sınırının hak düşürücü süre niteliğinde olduğu genel olarak kabul edilmekte ve bu niteliği gerekçe gösterilerek, kanun ile düzenlenen haller dışında durmayacağı ve uzamayacağı görüşü hem doktrinde hem de yargı kararlarında yaygın bir şekilde ifade edilmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda dava açma süresinin uzamasına veya durmasına ilişkin birtakım kurallar yer almakla birlikte; mücbir sebeplerin dava açma süresini etkileyip etkilemeyeceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Mücbir sebep pek çok hukuki müessese ile ilgili olmakla birlikte, bu konu genellikle idare hukuku ve idari yargılama hukuku kitaplarında, idarenin sorumluluğunu etkileyen bir diğer ifade ile idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran sebeplerden bir tanesi olarak yer almaktadır. Biz ise çalışmamızda mücbir sebebi, idari davalarda dava açma süresini etkileyip etkilememesi açısından ele alacağız.

A- İdari Yargılama Hukukunda Dava Açma Süresi ve Mücbir Sebep

Hak arama hürriyetinin en etkin kullanım aracı olan dava açma hakkı, Anayasa'nın 13'üncü maddesinin¹ bir gereği olarak ancak kanunen öngörülen

¹ **Madde 13:** "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." Görüldüğü üzere 13'üncü maddede, temel hak ve hürriyetlerin ancak ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak kanunla sınırlandırılabilmesi düzenlenmiştir. Ancak hak arama hürriyetinin düzenlendiği 36'ncı maddede herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemiş olmasına rağmen, hak arama özgürlüğünün sınırsız bir şekilde kabul edilmesi mümkün değildir. Bu hakkın kötüye kullanılmasının önlenmesi amacıyla, devletler tarafından gerekli tedbirlerin alınabileceği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da kabul edilmektedir. GÖZÜBÜYÜK A.

makul bir süre ile sınırlandırılabilir. İdari yargılama hukukuna özgü olan ve “idari davalar” olarak adlandırabileceğimiz, iptal ve tam yargı davalarını açma hakkı da İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 7’nci maddesi tarafından, özel kanunlarında ayrıca bir süre öngörülmemiş ise Danıştay ve idare mahkemelerinde 60 gün; vergi mahkemelerinde ise 30 ile sınırlandırılmıştır. “Dava açma süresi” olarak adlandırılan bu süre sınırı, idari davaların geçerli bir şekilde açılacağı, kanunen belirlenmiş ve sınırlı bir zaman dilimi olarak tanımlanabilir². İdarenin hukuka uygunluğunun sağlanması için idarenin eylem ve işlemlerine karşı dava açılabilmesi oldukça önemli olmakla birlikte, idari dava açma hakkının belirli bir süre ile sınırlandırılmasının, idari istikrar ve hukuki güvenliği, aynı zamanda da kamu hizmetinin daha hızlı ve verimli sunulmasını sağlamak amaçlarına hizmet ettiği genel olarak kabul edilmektedir³.

Danıştay tarafından da, dava açma hakkının belirli bir süre ile sınırlandırılmasının sebebi şöyle izah edilmiştir: “*Yasa koyucu, idari işlemlerin sürekli bir biçimde dava açma tehdidi altında kalmasını engelleyebilmek için, idari işlemlerin ilgililerince ve belli sürede dava konusu edilebileceğini öngörerek kamu hizmetinin hızlı ve etkin biçimde yürütülmesini sağlamak istemiştir*”⁴. Özellikle idari işlemlere karşı dava açma hakkının belirli bir süre ile sınırlandırılmasının bir diğer gerekçesi olarak, bu işlemlerin hukuka uygunluk karinelerinden faydalanmalarını gösterebiliriz. Şöyle ki, idari

Şeref/ GÖLCÜKLÜ Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 278. Bkz: Golder/İngiltere, 21.02.1975, A 18, & 37-38; Monnell et Morris/İngiltere, 02.03.1987, A 115, & 59; Geouffree de la Pradelle/Fransa, 16.12.1992, A 253-b, & 28; Nakleden; GÖZÜBÜYÜK/ GÖLCÜKLÜ, s. 278.

² DURAN Lütfi, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti”, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/9702>, s. 249, E.T., 01.11.2018.

³ AKYILMAZ Bahtiyar/ SEZGİNER Murat/ KAYA Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s.321. “*Gerçekten, idari eylem ve işlemler, devamlı olarak yargı denetiminin tehdidinde maruz bırakıldığı takdirde, toplum hayatında anormal olan ihtilaflı durumların sonu alınamayacağından, kamu düzeni ihlal edileceği gibi; idari işlemlerde istikrarın sağlanamaması ve bu işlemlerle tesis edilen hukuki durumların aydınlığa kavuşmaması, amme hizmetlerinin düzenli ve verimli bir şekilde işlenmesini engelleyecektir.*” ÇIRAKMAN Erol, “İdari Davalarda Süre”, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Güneş Matbaası, 1976, Ankara, (s. 190-216), s.191. “... *yönetmelik eylem ve işlemlerin hiçbir süreye bağlı kalınmaksızın, her zaman dava edilebilmesi, idarede istikrar ve kamu hizmetlerinde verimlilik ilkelerini olumsuz yönde etkileyecektir.*” ZABUNOĞLU Yahya K., “İdari Yargıda Dava Açma Süresi”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap: İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, (s. 187-208), s.190. KAPLAN Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa, 2017, s. 319.

⁴ Dan. 10.D., 31.01.2006, E.2005/9189, K.2006/664.

işlemlere karşı dava açma hakkının belirli bir süre ile sınırlandırılmaması halinde, tesis edildikleri anda hukuka uygunluk karinesinden yararlanan idari işlemlerin sürekli olarak dava tehdidi altında bulunması sonucu doğar. Bu durum da hukuka uygunluk karinesinin bertaraf edilerek, adeta bu karinenin tam aksinin gerçekleşmesine neden olur⁵. Tüm bu sebeplerle idari dava açma hakkının, makul bir süre ile sınırlandırılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır.

İdari davalara ilişkin dava açma süresinin niteliği, doktrinde uzun zamandır var olan bir tartışma konusu olarak karşımıza çıkmakta⁶ ve genellikle hem yargı kararlarında⁷ hem de doktrinde⁸, hak düşürücü süre olarak kabul edilmektedir. Diğer yandan idari davalara ilişkin dava açma süresi hak düşürücü süreye benzer özellikler göstermekle birlikte, hak düşürücü süreden farklılaştığı pek çok nokta da bulunmaktadır. Bu sebeple idari dava açma süresinin niteliğinden ziyade bu sürenin sonuçları üzerinde durmak yerinde olacaktır⁹.

Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında değinileceği üzere, mücbir sebebin dava açma süresine etkisi meselesinde hem doktrinde hem de yargı kararlarında tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Mücbir sebebin dava açma süresini etkilememesi gerektiği görüşü daha yaygın olarak

⁵ ZABUNOĞLU, s. 190.

⁶ Dava açma süresinin zamanaşımı süresi ve hak düşürücü sürelerle karşılaştırması için bkz: DURAN, s. 238-263; KAPLAN Gürsel, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 19-25.

⁷ “Dava açma süreleri hak düşürücü süre niteliğindedir ve yasada belirli bir sürenin geçmesi dava hakkını kullanılmaz duruma getirir.” Dan. 6.D., 20.10.1987, E.1987/33, K.1987/942. “İdari yargılamada dava açma ve kanun yoluna başvurma süreleri kendine özgü hak düşürücü süreler olup, kamu düzenini ilgilendirdiğinden taraflarca ileri sürülmesi bile davanın her aşamasında ilgili yargı mercii tarafından re’sen dikkate alınması gereken bir husus olduğu gibi, bu sürelerin durması veya kesilmesini gerektiren durumlar ancak yasal bir düzenlemeyle yapılabilir.” Dan. 3.D., 30.09.2009, E.2009/4122, K.2009/2814.

⁸ ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1961; AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, Türk İdari Yargılama Hukuku, s.321; ZABUNOĞLU, s. 192-193; KARAVELİOĞLU Celal, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 404.

⁹ Kaplan tarafından da dava açma süresine ilişkin farklı görüşlerin varlığının sebebinin terminoloji meselesi olduğu, bütün görüşlerin dava açma süresinin sonuçlarında birleştiği ifade edilmektedir. KAPLAN, İdari Yargı, s.319. Duran tarafından dava açma süresinin sui generis bir yapıda olduğu ifade edilmiştir. DURAN, s.249. Benzer görüş için bkz: ÇIRAKMAN, s.196. Aynı zamanda doktrinde dava açma süresinin düzenleyici nitelikte olduğu da ifade edilmektedir. ULER Yıldırım, “Yönetmelik Yargıda Dava Müddeti”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap: İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, (s. 209-262), s. 250.

benimsenmekte ve bu düşünceye gerekçe olarak da, dava açma süresinin hak düşürücü nitelikte olması gösterilmektedir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, biz dava açma süresinin niteliğini tespit etme çabasına girişmeden, dava açma süresi ile mücbir sebepler arasındaki ilişkiyi daha iyi belirleyebilmek için, hak düşürücü süre ile idari dava açma süresi arasındaki temel birkaç farklılığa değinmenin faydalı olduğu düşüncesindeyiz. Bu farklılıklara değinmekteki amacımız, mücbir sebeplerin dava açma süresini etkilemeyeceğinin gerekçesi olarak gösterilen hak düşürücü sürenin, dava açma süresinden farklı olduğunu ve dava açma süresinin uzamamasının bir gerekçesi olamayacağını ortaya koymaktır¹⁰.

Hak düşürücü süreler ile idari dava açma süresi arasındaki birinci farklılık; hak düşürücü sürelerin herhangi bir şekilde kesilmesi veya uzaması mümkün değil iken; idari dava açma sürelerinin uzamasının mümkün olmasıdır¹¹. İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndaki dava açma süresinin uzamasına ilişkin düzenlemelere örnek olarak, Kanun'un 9'uncu maddesinin 1'inci fıkrasını¹², 11'inci maddesinin 1'inci fıkrasını¹³ verebiliriz.

İkinci farklılık ise; hak düşürücü sürenin kabul edildiği hallerde, sürenin geçmesi ile birlikte süreye konu olan hakkın sona ermesidir. Bu sebeple hak düşürücü sürenin geçmesi ile kişinin hakkını herhangi bir şekilde talep etmesi mümkün değildir, hak artık nihayete ermiştir. İdari davalarda ise dava açma süresinin geçmesi ile kişi sadece yargı merciine başvuru hakkını kaybeder. Dava açma süresinin geçmesi ile iptal davasında, dava konusu işlem hukuka uygun hale gelmeyeceği gibi, tam yargı davasında da, idare tarafından verilen

¹⁰ Ayrıca dava açma süresinin hak düşürücü süre olarak kabul edilmesine rağmen aynı zamanda mahkemeye erişim hakkını imkânsız kılacak derecede katı yorumlanmaması gerektiği de ifade edilmektedir. AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, Türk İdari Yargılama Hukuku, s. 321-322.

¹¹ “Dava müddetinin bazı ahvalde uzaması mümkün ise de, esasa müteallik kanunlardaki süketu hak müddetlerinin kat’ veya tatile uğraması mevzuu bahis değildir. Hatta, kanunun emrettiği muamelelere tevessül dahi bu müddetlerin cereyanına mani olamaz.” DURAN, s. 256

¹² **Madde 9/1:** “Çözümlemesi Danıştayın, idare ve vergi mahkemelerinin görevlerine girdiği halde, adli (...) yargı yerlerine açılmış bulunan davaların görev noktasından reddi halinde, bu husustaki kararların kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz gün içinde görevli mahkemede dava açılabilir. Görevsiz yargı merciine başvurma tarihi, Danıştaya, idare ve vergi mahkemelerine başvurma tarihi olarak kabul edilir.”

¹³ **Madde 11/1:** “İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işleme başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.”

zararın ortadan kalktığı veya haklılık kazandığı kabul edilemez. Dolayısıyla idari davalara ilişkin süre sınırının, özel hukuktaki dava açma sürelerinden farklı olarak maddi hukuk ile değil, usul hukuku ile ilgili olduğunu söyleyebiliriz¹⁴. “... İdari yargıdaki dava süreleri maddi hukuku değil, usul hukukunu ilgilendiren bir nitelik taşıdığından, dava süresinin geçirilip geçirilmediği hususunun idari yargı yerince re’sen araştırılması gerekmektedir.... Dava açma süresi hak düşürücü bir süre niteliğindedir. Yani süresinde kullanılmayan dava hakkı düşmekte ve yargı yolu kapanmaktadır”¹⁵. İlgili bölümünü almış olduğumuz kararında da görüldüğü gibi Danıştay, idari yargıdaki dava açma sürelerinin usul hukukunu ilgilendiren bir nitelik taşıdığını ifade etmiş, ancak hak düşürücü süre niteliğinde olduğunu da kabul ederek, hak düşürücü süre niteliğini dava açma hakkının sona ermesi ile ilişkilendirmiştir.

Hak düşürücü süreler ile idari dava açma süreleri arasında bahsetmiş olduğumuz bu iki temel farklılık, idari dava açma süresinin bir hak düşürücü süre niteliği taşımadığını göstermektedir. Dolayısıyla dava açma süresinin hak düşürücü süre niteliğinde olduğunu ve bu sebeple de mücbir sebeplerin dava açma süresini etkilemeyeceğini söylemenin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

B- Danıştay’ın Konuya Yaklaşımı

Konuya ilişkin Danıştay kararlarının pek çoğu, mücbir sebebin dava açma süresini etkilemeyeceği yönündedir. Danıştay nispeten daha az sayıdaki kararında ise mücbir sebebin dava açma süresini etkileyebileceğini kabul etmiştir.

Danıştay’ın mücbir sebebin dava açma süresini etkileyebileceğini kabul ettiği kararlarını ve etkilemeyeceğini kabul ettiği kararları ile bu kararlarında dayandığı gerekçeleri ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz.

1- Mücbir Sebebin Dava Açma Süresini Etkileyebileceğini Kabul Eden Kararlar

Pek sıklıkla karşılaşılmamakla birlikte Danıştay’ın mücbir sebebin dava

¹⁴ ÇIRAKMAN, s. 195; KAPLAN, İdari Yargı, s. 320. DURAN ise, “müruru müddet idari davaların kabul şartlarından biri ve başlıcası ve bu itibarla usule değil, esasa taalluk eden bir unsurdur” değerlendirmesinde bulunmuştur. DURAN, s. 240. Benzer görüşte olan Aral tarafından da dava açma süresinin maddi hukuku ilgilendiren bir konu olduğu ifade edilmiştir. ARAL Kenan, Danıştay Muhakeme Usulü, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965, s. 198.

¹⁵ Dan. 7.D., 09.07.1987, E.1984/1081, K.1984/1385, Nakleden; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN Turgut, İdare Hukuku C.II, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 813.

açma süresine etki edebileceğini kabul ettiği kararlarına rastlanmaktadır. Bu yönde ilk örnek olarak verebileceğimiz eski tarihli bir kararında Danıştay, dava açma süresinin son gününün, 27 Mayıs 1960 tarihi olan bir davada, “Devrim hareketi”nin yapılmış olması ve o gün resmi dairelerin tatil edilmesi nedeniyle ertesi gün açılan davayı kabul etmiştir¹⁶.

Danıştay’ın 1995 yılında Afyon’da meydana gelen depremin dava açma süresini etkileyebilecek bir mücbir sebep olduğuna kabul ettiği kararında; “*Doğal afet gibi kişilerin iradeleri ile değiştiremeyecekleri veya önleyemeyecekleri durumlarda, mücbir sebep halinin gözönünde bulundurulması ve mücbir sebebin ortadan kalkmasından sonraki makul sürede açılan davaların esasının incelenerek karara bağlanması gerek(ir).*” tiğini ifade ettikten sonra, bu görüşünü somut olaya ilişkin olarak şöyle gerekçelendirmiştir; “*Davacının ikamet etmekte bulunduğu Afyon’da 01.10.1995 günü saat 17.57’de Richter ölçeğine göre, 5.9 şiddetinde bir deprem olduğu, sarsıntuların bu tarihten 15 gün kadar önce başlayıp depremden sonra da bir süre devam ettiği bilinmektedir. Depremin ölüm ve yaralanmalara neden olduğu çok sayıda binanın yıkıldığı, kalanının da oturulamaz hale geldiği, halkın uzun süre çadırlarda yaşamak zorunda kaldığı, basında yer alan haberlerden görülmektedir. Depremden sonra yörede yaşayanların tamamına yakınının can derdine düştüğü ve yaşam savaşı verdikleri, kişilerin normal zamanlarda yapabildikleri işlerin hiçbirini yapamayacak bir ortamda buldukları anlaşılmaktadır. Bu şartlar altında, normal süresinden 7 gün sonra açılan davanın, mücbir sebebin ortadan kalkmasından sonra makul sürede yargı yerine başvurulduğu göz önünde tutularak, esas incelenerek sonuçlandırılmak yerine süreaşımı noktasından reddedilmesinde isabet görülmemiştir*”¹⁷.

24.03.1999 tarihli bir diğer kararında ise, mücbir sebep sayılabilecek olaylar dolayısıyla dava açma süresinin etkilenebileceğini kabul eden Danıştay, bunun hak arama özgürlüğünün bir gereği olduğunu ifade etmiş ancak somut olaydaki sağlık raporunun dava açma hakkının kullanılmasını olanaksız kılacak nitelikte olmadığını bu sebeple de mücbir sebep olarak kabul edilemeyeceğini haklı olarak ifade etmiştir¹⁸.

¹⁶ Dan. 5.D., 07.03.1961, E.1960/947, K.1961/608, Nakleden; ÇIRAKMAN, s. 194.

¹⁷ Dan. 4.D., 20.06.1996, E.1995/6183, K.1996/2698.

¹⁸ “*Yukarıda sözü edilen İdari Yargılama Usulü Kanununun ilgili maddelerinde dava açma ve kanun yollarına başvurma sürelerini durduran sebepler sayılmış; ancak, hastalık hali bunlar arasında gösterilmemiştir. Bununla birlikte, söz konusu sürelerin mücbir sebep sayılan durumların varlığı halinde işlememesi de, hak arama özgürlüğünün niteliği ve önemi*

Görüldüğü üzere Danıştay'ın az da olsa “mücbir sebep” kavramını kullanarak dava açma süresinin etkilenebileceğini kabul ettiği kararları bulunmaktadır. Ayrıca Danıştay'ın mücbir sebep olmasa bile hukuken dava açma imkânı bulunmayan hallerde sürenin işlemeyeceğini kabul ettiği kararları da bulunmaktadır¹⁹.

2- Mücbir Sebebin Dava Açma Süresini Etkilemeyeceğini Kabul Eden Kararlar ve Dayanılan Gerekçeler

Danıştay'ın pek çok kararı, mücbir sebebin dava açma süresine etki etmeyeceği yönündedir. Danıştay bu kararlarının çoğunda gerekçe olarak, idari yargılama hukukunda dava açma süresinin kamu düzeninden olduğunu ve hak düşürücü süre niteliğinde bulunduğunu, aynı zamanda da mücbir sebebin dava açma süresini etkileyebileceği yönünde açık bir yasal düzenlemenin bulunmadığını ifade etmiştir.

Danıştay konuyla ilgili yasal bir düzenleme bulunmadığı gerekçesi ile davayı reddettiği kararında; *“İdari yargılamada dava açma ve kanun yollarına başvurma süreleri kendine özgü hak düşürücü süreler olup, kamu düzenini ilgilendirdiğinden taraflarca ileri sürülmesi bile davanın her aşamasında ilgili yargı merci tarafından re'sen dikkate alınması gereken bir husus olduğu gibi bu sürelerin durması veya kesilmesini gerektiren durumlar ancak yasal bir düzenlemeyle yapılabilir.”* diyerek, bu yöndeki kanaatini ifade etmiştir²⁰.

Danıştay'ın dava açma süresi hak düşürücü nitelikte olduğu için mücbir sebepler ile dava açma süresinin uzamadığını kabul ettiği bir kararının ilgili kısmı ise şu şekildedir; *“Temyiz isteyenin, tebliğ tarihinden bir süre sonra, 20.10.1983 tarihinde ameliyat geçirdiği, bu nedenle olayda mücbir sebep hali*

itibariyle gereklidir. Hak arama özgürlüğünün kullanılması bakımından, kişinin iradesi dışında gelişen afet ve felaketler, savaş hali ve benzeri durumlara, bu hakkın kullanılmasını olanaksız kılan çok ağır hastalık halleri, mücbir sebep sayılabilecek niteliktedir. / Olayda, kararın düzeltilmesi istemine ilişkin dilekçeye ekli raporun başvuruda bulunma hakkının kullanılmasını olanaksız kılacak ağırlıkta bir hastalık haline ilişkin olmaması ve esasen dilekçenin de raporun kapsadığı tarihler içerisinde verilmiş olması karşısında, anılan raporun, kararın düzeltilmesi başvurusu için kanunen öngörülen süreyi durduracak bir mücbir sebep hali olarak kabulü mümkün görülmemiştir.” Dan. 7.D., 04.03.1999, E.1999/653, K.1999/1305.

¹⁹ Örneğin, 5434 sayılı Emekli Sanığı Kanunu'nun yargı mercilerine başvurmayı engelleyen hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptali üzerine, bahse konu hüküm dolayısıyla hakkında dava açılmayan işlemlere karşı açılan davalarda Danıştay, dava açmanın hukuken mümkün olmadığı hallerde dava açma süresinin işlemeyeceğine karar vermiştir. Dan. 5.D., 20.04.1965, E.1963/2050, K.1965/934, Nakleden; ÇIRAKMAN, s. 194.

²⁰ Dan. 3.D., 18.11.2015, E.2015/111248, K.2015/8282.

bulunduğu yolundaki iddiasına gelince; Dava açma süresi hak düşürücü bir süre niteliğindedir. Yani, süresinde kullanılmayan dava hakkı düşmekte ve yargı yolu kapanmaktadır. Bu süre zorlayıcı nedenlerle (mücbir sebeplerle) durmaz ve kesilmez. Başka bir ifade ile, hastalık halinde dava açma süresinin uzatılması veya yeniden canlanması mümkün bulunmamaktadır./ Kaldı ki, davacı tarafından ibraz edilen 31.3.1984 günlü doktor raporu ve diğer belgeler de, olayda bir mücbir sebep halinin bulunduğunu kanıtlayacak nitelikte görülmemiştir”²¹. Görüldüğü üzere Danıştay bu kararında, mücbir sebeplerin dava açma süresini etkilemeyeceğini ifade etmiş, ardından da sağlık raporunun mücbir sebep olarak kabul edilemeyeceği değerlendirilmesinde bulunmuştur.

Danıştay bir diğer kararında da dava açma süresinin, hak düşürücü nitelik taşımamasına ilaveten kamu düzeniyle de ilgili olduğunu belirterek, süre aşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmesini hukuka uygun bulmuştur²².

Danıştay konu ile ilgili bazı kararlarında ise, davacıların Vergi Usul Kanunu ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun uygulanabileceği yönündeki iddialarını reddederek, dava açma süresinin uzamasını kabul etmemiştir. Örneğin Danıştay bu yöndeki bir kararında şu değerlendirmede bulunmuştur; *“Vergi Usul Kanunu ile vergi ödevlerinin yerine getirilmesine ilişkin süreleri keseceği öngörülen ‘mücbir sebep’ halleri, vergi mahkemesindeki dava açma süresini kesmez./ Bu nedenle, ‘hastalık’ hali, vergi mahkemesindeki dava açma süresini etkilemez.”²³.*

Danıştay kararına konu benzer bir olayda da davacı, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31’inci maddesiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’na ve

²¹ Dan. 7.D., 09.07.1984, E.1984/1081, K.1984/1385.

²² *“İdari yargılama hukukunda dava açma sürelerinin kamu düzeniyle ilgili olduğu ve hak düşürücü süre niteliği taşıdığı ancak, yasada öngörülen hallerde uzayacağı, duracağı ve kesileceği gözönüne alındığında, 26.12.1990 gününde kurulmuş sayılan dava konusu olumsuz işleme karşı davanın en geç 24.1.1991 tarihinde açılması zorunlu olduğu halde bu süre geçirildikten sonra ve 18.2.1991 tarihinde açılan davanın süre aşımı nedeniyle reddi gerekirken, davanın esası incelenerek verilen ısrar kararında yasaya uygunluk görülmemiştir.”* DİDDGK, 3.03.1998, E.1996/244, K.1998/45.

²³ Dan. 3.D., 05.10.2006, E.2006/1488, K.2006/2447. *“Vergi Usul Kanunu’nun vergi ödevinin zamanında yerine getirilmesini engelleyen zorlayıcı nedenlerin (mücbir sebeplerin) varlığı halinde sürelerin işlemeyeceği yolundaki 15. maddesi, vergi mahkemesi kararının temyizi için öngörülen süre yönünden uygulanmaz. / bu nedenle, davacı vekilinin vergi mahkemesi kararını, sağlık özü (geçici iş göremezlik) nedeniyle süresinde temyiz edemediği, bu nedenle de sonradan yapılan temyiz isteminin mahkemece süreden reddedilmesinin hukuka aykırı olduğu yolundaki iddiasına itibar edilmemiş ve temyiz isteminin süreden reddi yolundaki kararın temyizi isteminin reddine karar verilmiştir.”* Dan. 3.D., 02.10.2007, E.2006/4355, K.2007/2579.

Vergi Usul Kanunu'na atıfta bulunulduğunu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 167'nci maddesi ve Vergi Usul Kanunu'nun 13'üncü maddesinde usulüne uygun rapor ile belgelendirilen hastalık hallerinin süreyi uzatacağı açıkça hükme bağlanmış olmasına karşın, ağır hastalık nedeniyle aldığı 20 günlük raporun kabul edilmemesinin yasal olmadığını ileri sürerek kararın bozulmasını istemiştir. Danıştay'ın ilgili Dairesi ise, davacının iddialarını yerinde görmeyerek, dava açma süresinin uzamayacağını kabul eden ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır²⁴.

Danıştay, mücbir sebebin dava açma süresini etkilemeyeceğinin bir diğer gerekçesi olarak, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31'inci maddesi ile HMK'ya atıfta bulunulan konular arasında süreye ilişkin herhangi bir hususun bulunmamasını: *“Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar; sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmamaktadır. Her ne kadar davacı tarafından yetkili şirket müdürünün 16.1.2006 tarihinde hastalanması nedeniyle 16.1.2006 ila 31.1.2006 tarihleri arasında raporlu bulunduğu, bu sebeple söz konusu sürede dava ikame edilemediği ileri sürülmekte ise de; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mücbir sebepler başlığı altında yer alan 13. maddesinin 1. fıkrasında, vergi ödevlerinden birinin yerine getirilmesine engel olabilecek derecede ağır kaza ve ağır hastalık hallerinin mücbir sebep olarak kabulünün gerektiği belirtilmiş olup, anılan Yasanın 13. maddesinde sayılan mücbir sebepler vergi ödevlerinin yerine getirilmesine ilişkin süreleri keseceğinden, vergi ve ceza muhataplarının adlarına tarh olunan vergi ve kesilen cezalara karşı açacakları dava; dava açma sürelerini kesmeyip, dava açma mükellefin ödevlerinden sayılamayacağından ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ile bu Kanunun 31. maddesiyle yollamada*

²⁴ Dan. 4.D., 03.12.1998, E.1998/1954, K.1998/4715. Danıştay'ın iş göremezlik raporunun dava açma süresini etkilemeyeceğine ilişkin benzer gerekçe ile reddettiği bir diğer kararının ilgili bölümü şöyledir: *“İdari davaların açılması ve kanun yollarına başvurulmasında geçerli kılınan süreler ve bu sürelerin başlaması, durması ve uzaması İdari Yargılama Usulü Kanununda düzenlenmiştir. Yasanın 31'inci maddesinin 2'nci fıkrasında; 2577 sayılı Yasa ile maddenin yukarıda değinilen 1'inci fıkrasında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan gönderme uyarınca uygulanması gereken kurallar saklı tutularak, vergi uyumsuzluklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanacağını öngören düzenlemesi de vergi ödevi olmayan ve dava açma hakkının kullanılmasının uzantısı olan temyiz yoluna başvurmada, Vergi Usul Kanununun, vergi ödevinin zamanında yerine getirilmesini engelleyen zorlayıcı nedenlerin varlığında sürelerin işlemeyeceğine ilişkin 15'inci maddesinin uygulanmasına olanak bulunmamaktadır.”* Dan. 3.D., 01.10.2007, E.2006/4355, K.2007/2579.

bulunulan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun, İdari Yargılama Usulünde tatbik edilmesi gereken maddeleri arasında, dava açma süresinin hastalık veya sair mücbir sebepler halinde duracağına dair bir hüküm de yer almadığından ileri sürülen iddiada isabet bulunmamaktadır. Kaldı ki, rahatsızlığı nedeniyle davasını bizzat açamayan davacının davasını her zaman için tayin edeceği bir vekil vasıtasıyla süresinde açması da mümkündür.”²⁵.

Danıştay’ın mücbir sebebin dava açma süresini etkileyemeyeceğini kabul ettiği kararlarında ifade ettiği bir diğer gerekçesi ise vekil aracılığı ile dava açma olanağının bulunabilmesidir. Aynı zamanda Danıştay bu yöndeki bir kararında, mücbir sebebin dava açma süresini etkilememesinin bir diğer gerekçesi olarak İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda mücbir sebebe ilişkin bir düzenleme bulunmamasını göstermiştir. Danıştay bu kararında şu ifadeleri kullanmıştır; “Öte yandan davacı tarafından dava dilekçesinde hastalığına ilişkin bir rapor eklenerek, durumunun mücbir sebep olarak kabul edilip, davanın süresinde açılmış sayılması istenilmekte ise de; gerek davacının tayin edeceği bir vekille dava açabilme olanağının bulunması, gerekse de 2577 sayılı Yasada ‘mücbir sebep’ konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiş olması karşısında istemin kabulüne olanak bulunmamaktadır.”²⁶.

Danıştay’ın mücbir sebebin dava açma süresini etkilemeyeceğini kabul ettiği kararlarında, mücbir sebep olduğu iddia edilen şeyin genellikle bir sağlık raporu olduğu görülmektedir. Bu şekilde iş göremezlik raporlarının mücbir sebep olarak kabulü mümkün değildir. Bu sebeple mücbir sebebin dava açma süresini etkileyip etkilememesinin ve neyin mücbir sebep olarak kabul edilebileceğinin farklı şeyler olduğu gözden kaçırılmamalı ve her ikisi ayrı ayrı incelenmelidir. Biz de çalışmamızda her ikisini ayrı ayrı inceleyeceğiz.

C- Mücbir Sebebin İdari Dava Açma Süresini Etkileyebilmesinin Hukuki Dayanakları

Çalışmamızın buraya kadar ki kısmında da ifade ettiğimiz gibi, mücbir sebebin idari davalara etkisi bakımından hem doktrinde hem de Danıştay kararlarında genel eğilim, mücbir sebeplerin dava açma süresini etkilemeyeceği yönündedir. Bir üst başlıkta yer verdiğimiz Danıştay kararlarında görüldüğü üzere, genel eğilim genellikle dava açma süresinin hak düşürücü nitelikte olması, bu yönde bir yasal düzenleme olmaması, İdari Yargılama Usulü Kanunu ile HMK’ya atf yapılan konular arasında süreye ilişkin bir düzenlemenin yer

²⁵ Dan. 9.D., 20.05.2008, E.2007/906, K.2008/2530.

²⁶ Dan. 10.D., 19.06.1996, E.1996/4851, K.1996/3756.

almaması, davanın vekil aracılığı ile açılma imkânının bulunması gibi bazı gerekçelere dayanılmıştır.

Kanaatimizce mücbir sebebin idari dava açma süresini etkileyebileceği kabul edilmelidir. Bu yönde yapılacak bir yasal düzenleme ile konuya ilişkin tüm tereddütler giderilmelidir. Ancak mevcut durumda mücbir sebebin dava açma süresini etkileyebilmesi için yasal düzenleme bulunması da gerekmemektedir²⁷. Mücbir sebebin dava açma süresini etkileyebilmesi gerektiği yönündeki kanaatimizi bu şekilde belirttikten sonra, dayandığımız hukuki gerekçeleri ayrı başlıklar altında ele alacağız.

1- HMK ve CMK'daki Eski Hale Getirme Müessesesi ile Konunun Değerlendirilmesi

HMK ve CMK'da, kaçırılan sürelerle ilişkin “Eski Hale Getirme”²⁸ müessesesi kabul edilmiştir. Biz de öncelikle idari yargılama hukukunda kabul edilmeyen eski hale getirme müessesini genel hatları ile ele alarak, idari yargılama hukukundaki dava açma süresine ilişkin katı yorumun bu müessese ile değerlendirilmesini yapacağız.

HMK'nın 94'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında “*Kesin süre içinde yapılması gereken işlemi, süresinde yapmayan tarafın, o işlemi yapma hakkı ortadan kalkar*” düzenlemesine; 95'inci maddesinde ise “*Elde olmayan sebeplerle, kanunda belirtilen veya hâkimin kesin olarak belirlediği süre içinde bir işlemi yapamayan kimse, eski hâle getirme talebinde bulunabilir.*” düzenlemesine yer verilmiştir. 94'üncü maddenin 3'üncü fıkrasında açıkça ifade edildiği gibi, kesin süre içerisinde yapılması gereken bir işlem yapılmadığında, kişinin işlem yapma hakkı sona erecektir. Dolayısıyla medeni yargılamadaki eski hale getirme, hak düşürücü nitelikteki süreler için kabul edilmiş bir hukuki müessesedir. Eski hale getirme müessesesi maddi hukuka değil, yargılama hukukuna ilişkin süreler için kabul edilmiştir²⁹. Bu sürelerin kişi tarafından elde olmayan sebeplerle kaçırılması halinde Kanun'un 95'inci maddesine göre eski hale getirme talebinde bulunulabilir. Eski hale getirme müessesesinin hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve hukuki

²⁷ KAPLAN, Dava Açma Süresi, s. 148.

²⁸ HMK'da kullanılan “Eski Hale Getirme” kavramının yanıltıcı olduğu, burada eski hale getirilen bir işlemin bulunmadığı, sadece süresinde yapılamayan bir işlemin yapılmasına imkân tanındığı ifade edilmiştir. ATALI Murat/ ERMENEK İbrahim/ ERDOĞAN Ersin, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 317.

²⁹ ATALI/ ERMENEK/ ERDOĞAN, s. 317.

dinlenilme hakkı ile aralarında yakın bir ilişki bulunduğu³⁰, aynı zamanda eski hale getirme müessesesinin, silahların eşitliği ilkesinin de bir gereği olduğu ve bu müessese ile eşitsizliğin bertaraf edilmiş olduğu kabul edilir³¹.

Medeni yargılama hukukunda eski hale getirme müessesesinin kabul edilebilmesi için sürenin kesin olması ve sürenin elde olmayan bir sebep ile kaçırılması gerekir. Elde olmayan sebebin, tarafın iradesi dışında gerçekleşen ve objektif bir engel veya durum olması³² aynı zamanda bu sebebin, ilgilinin kusuru olmaksızın gerçekleşmiş olması gerekir³³. Somut olayda eski hale getirme sebebi olduğu iddia edilen olayın değerlendirmesi ise, yargı mercii tarafından yapılacaktır³⁴.

HMK'daki düzenlemeye benzer şekilde CMK'nın "Eski Hale Getirme" başlıklı 40'ıncı maddesinde de "*Kusuru olmaksızın bir süreyi geçirmiş olan kişi, eski hale getirme isteminde bulunabilir.*" düzenlemesi yer almaktadır. Görüldüğü gibi, maddede süreye ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Dolayısıyla eski hale getirme, CMK'da düzenlenmiş olan hak düşürücü süreler için de uygulanabilecek hukuki bir müessesedir. Eski hale getirme müessesesinin ceza muhakemesi hukukunda uygulanmasında da ilgili maddede ifade edildiği gibi, kişinin kusuru olmaksızın bir süreyi kaçırmış olması gerekir.

Taraflar arasında eşitlik ilkesine dayalı bir sistemin söz konusu olduğu medeni yargılama hukuku ile suç ve cezalara ilişkin ceza yargılamasında eski hale getirme müessesesinin kabul edilerek, kaçırılan sürelerle ilişkin kişilere yeni bir imkân tanımak mümkün olduğu halde, idarenin hukukilik denetiminin çok önemli olduğu ve daha güçsüz konumdaki bireylerin idare karşısında korunmasının en etkin vasıtası olan dava açma hakkına ilişkin sürenin katı yorumlanması, idari davaların varlık amacına uyum sağlamayacaktır.

³⁰ ERDÖNMEZ Güray, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. I, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 474-475.

³¹ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, s. 475.

³² KURU Baki/ ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 717; ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ Sema, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 176.

³³ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, s. 476.

³⁴ ATIL/ ERMENEK/ ERDOĞAN, s. 318; ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, s. 477.

HMK'daki eski hale getirme müessesesi, mücbir sebepleri de içermektedir, aynı zamanda ondan daha geniş bir içeriğe sahiptir³⁵. Medeni yargılama hukuku için, kişinin süreyi kaçırma sebebinin iradesi dışında gerçekleşmesi ve bunun ispatlanması yeterlidir. İdari yargılama hukukunda ise kaçırılan dava açma süresi için kişiye bir hak tanınması, HMK ve CMK'daki kadar geniş yorumlanamaz³⁶. İdari yargılama hukukunda sürelerin uzaması ancak kanunda ifade edilen sınırlı hallerde ve somut olayda yargı mercii tarafından mücbir sebep olarak değerlendirilecek durumlarda kabul edilebilir.

İdari davalara ilişkin dava açma süresi kamu düzeninden olduğu için dava açma süresini etkileyebileceği kabul edilen olayların hakkın kötüye kullanılmasına yol açmaması ve dava açma hakkının belirli bir süre ile sınırlandırılmasını anlamsız kılacak bir esnekliğe de fırsat vermemesi gerekir. İdari dava açma hakkının belirli bir süre ile sınırlandırılmasındaki temel sebeplerden bir tanesi olan, idari istikrarı sağlamak ilkesi de dava açma süresinin uzamasına ilişkin yapılan değerlendirmelerde göz önünde bulundurulmalı; medeni yargılamadaki ve ceza yargılamasındaki sürelerde olduğu gibi, dava açma süresinin idari yargılama hukukunda geniş yorumlanması kabul edilmemelidir. Ancak mücbir sebeplerin idari dava açma süresini etkilemeyeceği şeklindeki katı bir yorumdan da kaçınılmalıdır.

2- İYUK'ta HMK'ya Atıf Yapılmayan Hallerin İdari Yargılama Hukukunda Uygulanabilirliği

Bilindiği üzere İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31'inci maddesinde HMK hükümlerinin uygulanacağı konular tek tek sayılmıştır. Bu sayılan konular arasında sürelerle ilişkin herhangi bir hususa yer verilmemiştir. Bu noktada İdari Yargılama Usulü Kanunu ile açıkça atıfta bulunulmayan konularda HMK'nın uygulanıp uygulanamayacağı diğer bir ifade ile İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlenmeyen hallerde HMK'nın uygulanabilmesi için bu yönde açık bir yasal düzenlemenin gerekip gerekmediği tartışma konusu olmaktadır.

Doktrinde konuya ilişkin iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. İlk görüşe göre, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda açıkça atıfta bulunulmayan hallerde, karşılaşılan boşluklar idari davaların niteliğine uygun düştüğü ölçüde HMK

³⁵ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, s. 476.

³⁶ İdari davalara ilişkin sürenin uzamasının HMK'daki eski hale getirme müessesesinde olduğu gibi geniş yorumlanması yönündeki görüş için bkz: EVREN Çınar Can, "İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep", GÜHFD, C. XIV, Y. 2010, S.1, (s. 263-297), s. 279.

hükümleri uygulanarak doldurulabilir³⁷. Konuya ilişkin diğer görüş ise, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda açıkça atıfta bulunulmayan hallerde HMK hükümlerinin uygulanamayacağı yönündedir³⁸.

Danıştay da, HMK'daki eski hale getirmenin mülga Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu'ndaki karşılığı olan "hali sabıka irca" müessesinin, idari dava açma süresine ilişkin olarak da uygulanması gerektiği yönündeki iddia üzerine, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31'inci maddesinde yollamada bulunulmayan HMK hükümlerinin idari yargıda uygulanamayacağına karar vermiştir³⁹.

Kanaatimizce İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda açıkça atıfta bulunulmayan konularda idari yargılama hukukunun niteliğine uyduğu ölçüde HMK hükümlerinin uygulanmasında bir sakınca bulunmamaktadır. İdari yargılama hukukunda var olan bir boşluğun doldurulmasında HMK hükümlerinden faydalanılabilmelidir. Lakin idari yargılama hukukundaki boşluğun doldurulabilmesi için bir hükme ihtiyaç bulunmaktadır. HMK'da düzenlenmiş olan eski hale getirme müessesesinin idari yargılama hukukunda medeni yargılama hukukunda olduğu gibi geniş uygulanması daha önce de ifade ettiğimiz gibi mümkün kabul edilmemeli, ancak var olan boşluğun doldurulmasında idari yargılama hukukunun el verdiği ölçüde bu müesseseden faydalanılabilmelidir. Dolayısıyla İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31'inci maddesi ile HMK'ya atıfta bulunulan konular arasında süreye ilişkin bir hususun yer almamış olması, mücbir sebebin dava açma süresini etkilememesinin bir gerekçesi olamaz. HMK'daki düzenlemenin aynen idari yargılama hukukunda uygulanması gerekmemekte ancak mücbir sebeplerin dava açma süresini etkilemesi noktasında HMK'daki düzenlemeden kıyasen faydalanılabilmelidir.

3- Konunun AİHS'nin 6'ncı Maddesi ve Anayasa'nın 90'ıncı Maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi

AİHS'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile ilgili pek çok hak ve ilkeden bir kısmı, aynı maddede açıkça ifade edilmiştir. Bu hak ve ilkelerin diğer kısmının ise zımnen 6'ncı madde ile hüküm altına alındığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yapılan genişletici yorumlar ile kabul edilmektedir⁴⁰.

³⁷ ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 239.

³⁸ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, İdari Yargılama Hukuku, s. 706.

³⁹ Dan. 10.D., 06.02.1996, E.1994/7486, K.1996/346.

⁴⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 6'ncı maddenin geniş yorumlanması gerektiğini bir

Her ne kadar AİHS'nin 6'ncı maddesinde medeni hak ve yükümlülükler ile ceza hukukuna ilişkin olarak adil yargılanma hakkı ifade edildiyse de, AİHM, adil yargılanma hakkının kapsamını genişletici yorum yaparak, sonucu itibariyle medeni hak ve yükümlülükleri ihlal ettiği ölçüde tüm yargılamaları bu madde kapsamında değerlendirmektedir. Ayrıca uyuşmazlığa uygulanacak mevzuat ve uyuşmazlığı çözmek ile yetkili kılınmış organın yapmış olduğu nitelermeyi de belirleyici ölçüt olarak kabul etmemektedir⁴¹. Mahkeme, önüne gelen bir davanın konusunu oluşturan hakkın iç hukuktaki nitelendirmesi ile kendisini bağlı kabul etmemekte, devlet ile kişi arasındaki bir uyuşmazlığın konusu olan hakkın medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin olup olmadığını kendi içtihatlarına göre değerlendirmektedir⁴². Bu bağlamda mülkiyet hakkı, bir meslek, sanat veya başka bir iktisadi faaliyetin yürütülmesi, idarenin hizmet kusuru işleme sonucu oluşan zararın tazmini, idarenin takdir yetkisini kullanımı sonucu tesis edilen işlemler ile ilgili uyuşmazlıklar gibi pek çok uyuşmazlık Sözleşmenin 6'ncı maddesinin kapsamı içerisinde kabul edilmiştir⁴³. Bu sebeple 6'ncı maddenin özellikle ilk fıkrasının⁴⁴ medeni, idari ve ceza yargılama hukuku dâhil bütün yargılama sistemlerini etkilediği kabul edilmelidir⁴⁵.

kararında şöyle ifade etmiştir; “Sözleşme çerçevesindeki demokratik bir toplumda, adaletin hakkaniyete uygun olarak yerine getirilmesi hakkı çok önemli bir yer tuttuğundan, md. 6/1'in dar yorumlanması bu hükmün amacı ve gayesine uygun olmaz.” Delcourt v. Belgium, 17.01.1970, Series A, No. 1 EHRR 355, para.25, Nakleden; İNCEOĞLU Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı- Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 5.

⁴¹ GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ‘Adil Yargılanma’”, http://politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/49/1/15_feyyaz_golcuklu.pdf, s. 203, E.T., 26.10.2018.

⁴² İNCEOĞLU, s. 21.

⁴³ GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ‘Adil Yargılanma’”, http://politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/49/1/15_feyyaz_golcuklu.pdf, s. 204-205, E.T., 26.10.2018. DEMİRKOL Selami, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında ‘Adil Yargılanma Hakkı’”, http://www.danistay.gov.tr/upload/3_adilyargilamahakki.pdf, E.T. 26.10.2018.

⁴⁴ **Madde 6/1:** “Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hükmü açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.”

⁴⁵ İNCEOĞLU, s. 8.

AIHS'nin 6'ncı maddesinde açıkça ifade edilmemiş olsa da adil yargılanma hakkının mahkemeye başvurma hakkını da içerdiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kabul edilmektedir⁴⁶. Kişilere yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye başvurma hakkı tanınmadığı sürece, adil yargılanma hakkının varlığını kabul etmek anlamsız olacaktır.

AIHS'nin 6'ncı maddesinde ve Anayasa'nın 36'ncı maddesinde ifade edilmiş olan adil yargılanma hakkı gereğince, kişilere makul bir süre içerisinde yargı mercilerine başvurma hakkı tanınması ve aynı zamanda da kişilerin kendi kusurları dışında gerçekleşen, önlenemeyen ve öngörülemeyen olaylar sebebiyle kullanılamayan dava açma hakkının kullanılabilmesi için makul bir süre tanınması gerekir.

İdari yargılama hukukunda mücbir sebeplerin dava açma süresini uzatmayacağı görüşüne gerekçe olarak, bu yönde bir kanuni düzenleme bulunmaması gösterilmektedir. Ancak Anayasa'nın 90'uncü maddesinin son cümlesi gereğince, temel hak ve hürriyetlere ilişkin kanunlarımız ile uluslararası sözleşme hükümleri arasında bir çelişkinin varlığı halinde uluslararası sözleşmeye üstünlük tanınacaktır. Dolayısıyla mücbir sebep nedeni ile bireylerin kullanamadıkları dava açma haklarını kullanmalarına engel olarak hukukumuzda bu yönde bir kanuni düzenleme olmaması gerekçe olarak kabul edilmemelidir, kişilere kaçırdıkları dava açma süresi için makul bir dava açma hakkının tanınması, AIHS'nin 6'ncü maddesinde ifadesini bulan, adil yargılanma hakkının bir gereği olarak kabul edilmelidir. Mücbir sebepler dolayısıyla dava açma süresinin uzaması, adil yargılanma hakkının bir gereği olduğu için AIHS'nin 6'ncü maddesinin kapsamına dâhildir ve temel hak ve hürriyetler bakımından AIHS bizim iç hukukumuzda öncelikle uygulanmak zorundadır.

Mücbir sebebin varlığı halinde dava açma süresinin etkilenmeyeceği yolunda bir kanuni düzenleme bulunsa dahi, Anayasa'nın 90'uncü maddesinin son cümlesine göre Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine öncelik tanınarak, kişiye elinde olmayan bir sebeple kaçırdığı dava açma hakkının tanınması gerekirken; bu yönde açık bir yasal düzenleme bulunmamasını, kişiye dava açma hakkı verilmemesine gerekçe olarak sunmak mümkün değildir.

4- Konunun Anayasa'nın 13'üncü Maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi

Anayasa'nın 13'üncü maddesinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması konusu düzenlenmiş ve sınırlandırmanın sınırları, bir diğer

⁴⁶ İNCEOĞLU, s. 5.

ifade ile temel hak ve hürriyetler sınırlandırılırken dikkat edilmesi gereken hususlar hüküm altına alınmıştır. Bahsi geçen maddeye göre, bir temel hak ve hürriyet Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilmiş olan sınırlama sebeplerinden birine dayanılarak ve ancak kanunla sınırlanabilecektir. Bu sınırlama yapılırken de, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı hareket edilmemesi ve hakkın özüne dokunulmaması gerekecektir.

Bilindiği gibi dava açma hakkı, hak arama hürriyetinin bir gereğidir. Kişinin elinde olmayan ve mücbir sebep olarak değerlendirilebilecek bir olay nedeniyle kullanamadığı dava açma hakkının daha sonra kendisine tekrar tanınması da bu hakkın doğal bir sonucudur. Dolayısıyla mücbir sebep yüzünden kullanılamayan dava açma hakkının kişiye tanınmaması, hak arama hürriyetinin sınırlandırılması anlamına gelecektir. Herhangi bir sebeple bu hakkın sınırlandırılabilmesi için de açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. İdari dava açma süresinin mücbir sebep dolayısıyla kaçırılması halinde kişiye ilave bir dava açma hakkının tanınmamasının gerekçesi olarak, yasal bir düzenlemenin olmaması hem doktrinde⁴⁷ hem de yargı kararlarında dile getirilmektedir. Ancak bu iddiaların aksine, mücbir sebep yüzünden kaçırılan dava açma hakkının kişiye tanınması bu hakkın doğal bir sonucudur ve bu hakkın kısıtlanabilmesi için açık bir yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır⁴⁸. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda mücbir sebep dolayısıyla kaçırılan dava açma süresinin kişiye tanınmayacağı yönünde açık bir yasal düzenleme bulunmadığı sürece⁴⁹, kaçırılan süre dolayısıyla dava açma hakkının tanınmaması yönünde yapılan uygulamalar, Anayasa'nın 13'üncü maddesine açıkça aykırı olacaktır⁵⁰.

⁴⁷ Candan, kişilerin birbirleri ve idare ile olan ilişkilerinde etkili olan mücbir sebebin, idari yargılama usulünde rol oynamayacağını ifade etmiştir. CANDAN Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, PWC Yayınları, İstanbul, 2015, s. 397.

⁴⁸ Mücbir sebeplerin dava açma süresini etkileyebileceğine ilişkin açık bir yasal düzenleme olmasa dahi, bir üst başlıkta bahsettiğimiz gibi Anayasa'nın 90'ıncı maddesinin son cümlesi gereğince, dava açma süresinin uzaması gerektiği kanaatindeyiz.

⁴⁹ Ancak biz bu yönde yapılacak bir yasal düzenlemenin de bir üst başlıkta da ifade ettiğimiz gibi, Anayasa'nın 90'ıncı maddesi gereğince uygulama kabiliyeti olmadığı kanaatindeyiz.

⁵⁰ Doktrinde Karavelioğlu tarafından ise, temel hak ve hürriyetler madde 13'e göre sınırlandırılacağından, dava açma süresinin uzamasının, durmasının ve kesilmesinin ancak 13'üncü madde gereğince, kanunun gösterdiği hallerde mümkün olabileceği ifade edilmiştir. Ayrıca yazar, kanun ile belirlenen dava açma süresinin kıyas ve yorum yoluyla uzayıp kısaltılamayacağını belirtmiştir. Aynı zamanda yazar mücbir sebebin dava açma süresini etkilememesinin kabul edilmesinin hak kayıplarına neden olacağını bu sebeple de bir yasal düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak mücbir sebebin dava açma süresini

Yine bir temel hak ve hürriyete getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 13'üncü maddesine uygun olabilmesi için, yapılan sınırlamanın hakkın özüne dokunmaması gerekir. Konumuz açısından bu husus ile ilgili şöyle bir değerlendirmede bulunabiliriz; mücbir sebepten dolayı dava açma süresinin uzamayacağı yönündeki bir yasal düzenleme hem Anayasa'nın 90'ıncı maddesinin son cümlesi gereğince uygulanamayacak hem de bu sınırlama hakkın özüne müdahale niteliği taşıyacaktır. Kişilere tanınmış olan dava açma hakkının kullanılabilmesi belirli bir süre ile sınırlandırılabilir ancak bu hakkın kişinin iradesi dışında ve kusuru olmaksızın meydana gelen mücbir sebepler dolayısıyla kullanılmayacağını kabul etmek, ifade ettiğimiz gibi hakkın özüne müdahale içerir.

5- İdari Dava Açma Süresi Konusunda Anayasa Mahkemesi'nin Genişletici Yorumu

Anayasa Mahkemesi son dönemlerde idari dava açma süresi ile ilgili bireysel başvurular neticesinde vermiş olduğu kararlarında, dava açma süresinin hak arama hürriyeti ile olan yakın ilgisinden bahsederek, kişi lehine geniş yorum yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu pek çok kararında, dava açma süresinin ilgilinin işlemi öğrendiği tarihten itibaren başlaması gerektiğini, aksi bir değerlendirmenin adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlali anlamına geleceğini ifade etmiştir. Aynı zamanda Yüksek Mahkeme, dava açma süresinin başlamasının katı yorumlanmasının, Anayasa'nın 13'üncü maddesine göre temel hak ve hürriyetler sınırlandırılırken dikkat edilmesi gereken ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu da ifade etmiştir⁵¹.

etkilemesi bir hakkın kısıtlanması niteliğinde değildir, aksine bir haktan faydalandırmaya ilişkindir. Dava açma hakkının belirli bir süre ile sınırlandırılmasının Anayasa'nın 13'üncü maddesi gereğince mutlaka kanunla yapılması gerekirken; dava açma süresinin hak arama hürriyeti lehine geniş yorumlanması için mutlaka bir kanuni düzenlemenin varlığı gerekli değildir. KARAVELİOĞLU, s. 404-408.

⁵¹ “Anayasa Mahkemesi bir temyiz incelemesi yapmamakla birlikte, adil yargılanma hakkı çerçevesinde mahkemeye erişim hakkına yönelik sınırlamaların veya mevzuat yorumlamalarının dava açmak isteyen bir kişinin mahkemeye erişim hakkının özüne zarar verecek seviyeye ulaşmaması gerektiği açıktır. Bu yönden başvuru konusu olaya bakıldığında; başvuru aracının müsadere edilmesiyle ortaya çıkan zararın tazmini istemiyle açılan dava hakkında, dava açma süresinin el koyma işlemi ile başlayacağına dair ilk derece mahkemesinin kararı 2577 sayılı Kanun'un 12. maddesinin oldukça katı bir şekilde yorumlanması neticesinde ortaya çıkmış olup, zararın tam ve kesin olarak oluştuğu tarihten daha önceki bir tarih esas alınarak dava açma süresinin belirlenmesi neticesinde başvuru mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.” AYM, Bireysel Başvuru No: 2013/5516, KT: 22.01.2015; AYM, Bireysel Başvuru No:

Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin bir kararında ise, AİHM'in kararlarına atıfta bulunarak, AİHM'in, süre koşulu gibi dava açmaya ilişkin usul koşulları birden fazla yoruma neden olabilecek nitelikte ise, mahkemeye erişim hakkı kapsamında bireylerin dava açma haklarını engelleyecek şekilde katı bir yoruma tabi tutulmaması veya söz konusu koşulların kişilerin dava açma haklarını kullanmalarına zarar verecek katı bir biçimde uygulanmaması gerektiğini kabul ettiğini, ifade etmiştir⁵².

Yine Anayasa Mahkemesi AİHM'in kararlarına atıfta bulunarak, AİHM tarafından dava açma hakkını kullanmak yasal birtakım şartlara bağlansa da mahkemelerin usul kurallarını uygularken hem yargılamanın adil olmasına hanel getirecek aşırı şekilcilikten ve hem de yasalar tarafından konulan usul kurallarını ortadan kaldırma sonucunu doğuracak aşırı esneklikten kaçınmaları gerektiğinin; yapılan düzenlemelerin, hukuk güvenliği ilkesi ve adaletin iyi bir şekilde tecelli etmesi amaçlarına hizmet etmediği ve dava açmak isteyen kişinin önünde davasının esasını yetkili ve görevli mahkeme önünde incelemek bakımından bir engel oluşturduğu durumlarda, mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olacağına karar verildiğini vurgulamıştır⁵³.

Anayasa Mahkemesi tarafından dava açma süresi ile ilgili yapılan genişletici yorumlar ve yine Yüksek Mahkeme tarafından kararlarında AİHM'in yukarıda değinmiş olduğumuz değerlendirmelerine atıfta bulunulması, dava açma süresinin katı yorumlanmasının hak arama hürriyeti önünde oldukça büyük bir engel olduğu sonucuna bizi götürecektir. Bu sebeple, mücbir sebepler dolayısıyla kullanılamayan dava açma hakkının bireye tanınması, Anayasa Mahkemesi'nin dava açma hakkına getirilen süre sınırlarına ilişkin yaklaşımına da uygun olacaktır.

2014/7970, KT: 22.03.2018, AYM, Bireysel Başvuru No: 2013/5974, KT: 10.03.2016, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/7970>, E.T., 05.11.2018.

⁵² AYM, Bireysel Başvuru No: 2014/18578, KT: 05.07.2017, Anayasa Mahkemesinin bu kararında atıfta bulunduğu AİHM kararı ise bkz: Beles/Çek Cumhuriyeti, B. No: 47273/99, 12/11/2002, § 51; Tricard/Fransa, B. No: 40472/98, 10/7/2001, § 33. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/7970>, E.T., 05.11.2018.

⁵³ AYM, Bireysel Başvuru No: 2014/18578, KT: 05.07.2017, Anayasa Mahkemesinin bu kararlarında atıfta bulunduğu AİHM kararları için bkz: Walchli/Fransa, No. 35787 /03, 26/7/2007, § 29. Efsthathiou ve diğerleri Yunanistan, No. 36998/02, 27/7/2006, § 24. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/7970>, E.T., 05.11.2018.

6- Konunun Anayasa'nın 125'inci Maddesi Açısından Değerlendirilmesi

Mücbir sebeplerin dava açma süresini etkilemesi gerektiği yönündeki şu ana kadar saymış olduğumuz hukuki dayanakların hepsinde konuya davacı açısından yaklaşımıştır. Fakat dava açma süresinin geniş yorumlanmasının ve bu doğrultuda mücbir sebeplerin dava açma süreni etkileyebilmesinin Anayasa'nın 125'inci maddesinde ifadesini bulan, “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” hükmü açısından da değerlendirilmesi gerekir.

Bilindiği gibi idarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetimi, idarenin hukuka uygunluğunun sağlanmasında önemli bir fonksiyona sahiptir ve hukuk devleti ilkesinin de temel gereklerinden biridir. Ancak yargı mercilerinin kendiliğinden harekete geçerek idareyi denetlemeleri mümkün değildir. Bu sebeple de bireylerin dava açması yargı mercilerini harekete geçirecektir. Dava açıldıktan sonra ise re'sen araştırma ilkesi gereğince yargı mercii idarenin hukuka uygun hareket edip etmediğini kendisi değerlendirecektir. Dolayısıyla iptal davasında menfaati ihlal edilenlerin, tam yargı davasında da hakkı ihlal edilen kişilerin idarenin eylem ve işlemine karşı dava açması, hukuka uygunluk denetimi açısından kilit bir öneme sahiptir.

İdari davalarda objektif ve sübjektif dava açma ehliyetine sahip olan kişilerin kendi kusur ve iradeleri dışında meydana gelen bir olay sebebiyle kullanamadıkları dava açma haklarının kendilerine tanınmaması, idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimi dışında kalmasına sebep olacaktır ki, bu da hem hukuk devleti ilkesine hem de Anayasa'nın 125'inci maddesine aykırı olacaktır.

D- Mücbir Sebebin Dava Açma Süresini Etkileyebilmesinin Şartları

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi mücbir sebep, idare hukukunda genellikle idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran sebeplerden bir tanesi olarak ele alınmaktadır. Bu sebeple de mücbir sebep, idarenin iradesi dışında meydana gelen, önlenmesi ve öngörülmesi mümkün olmayan olaylar olarak tanımlanmaktadır⁵⁴. Ancak bu tanım, idare için yani idarenin sorumluluğu açısından yapılan bir tanımdır. Mücbir sebebin dava açma süresini etkilemesine ilişkin olarak ise bu tanım yeterli değildir. Dava açma süresini etkilemesi konusunda mücbir sebebin tanımının birey odaklı yapılması gerekir. Çünkü

⁵⁴ AKYILMAZ/ SEZGİNER/ KAYA, İdari Yargılama Hukuku, s. 365.

burada mücbir sebep olarak kabul edilen olayın davacının iradesini etkileyip etkilemediği önem taşımaktadır. Bu nedenle mücbir sebep en geniş anlamı ile “*bir hakkın kullanılmasını, bir borcun ya da yükümlülüğün yerine getirilmesini engelleyen, önceden öngörülmesi ve önlenmesi imkânsız olan, kişinin kusuru dışında meydana gelmiş olan tüm olaylar*”, şeklinde tanımlayabiliriz⁵⁵.

Yapmış olduğumuz bu tanımdan yola çıkarak, bir olayın mücbir sebep olarak kabul edilip, dava açma süresini etkileyebilmesi için şu şartlara sahip olması gerektiğini söyleyebiliriz:

1- Mücbir sebep olarak kabul edilecek olayda öngörülmezlik⁵⁶, önlenemezlik⁵⁷ ve dışsallık⁵⁸ olmak üzere üç unsurun kümülatif olarak bulunması gerekir.

2- Mücbir sebep olarak kabul edilen olay sebebiyle kişinin dava açma süresini kaçırmasında kişiye atfedilebilir bir kusurun bulunmaması gerekir.

3- Mücbir sebep olarak kabul edilen olay sebebiyle dava açma hakkının kullanılması, imkânsız veya çok zor bir hale gelmiş olmalıdır.

4- Mücbir sebep olarak kabul edilen olayın dava açma süresi başlamadan önce meydana gelmesi ve dava açma süresi boyunca etkisinin devam etmesi gerekir veya dava açma süresi içerisinde gerçekleşmesi ve dava açma süresi bitene kadar mücbir sebebin etkisinin devam ediyor olması gerekir. Bir diğer ifade ile mücbir sebebin etkisi, dava açma süresi bitene kadar ortadan kalkmamış olmalıdır. 60 günlük dava açma süresi bitmeden mücbir sebebin etkilerinin ortadan kalkması halinde kişi tekrar dava açma imkânına kavuşacağından, mücbir sebebin dava açma süresini etkilediği kabul edilmemelidir.

Danıştay kararına konu bir olayda da davacı vekili, dava açma süresinin kaçırılmasının sebeplerinden bir tanesi olarak, dava açma süresi içinde gerçekleşen sokağa çıkma yasağını göstermiştir. Ancak Danıştay, sokağa

⁵⁵ Benzer bir tanım Candan tarafından şu şekilde yapılmıştır; “*bir hakkın kullanılmasını, bir borcun ya da ödevin yerine getirilmesini engelleyen, önceden görülmesi ve önlenmesi imkânsız her türlü olay*”dır. CANDAN, s. 397.

⁵⁶ Öngörülmezlik; Mücbir sebep olarak kabul edilen olayın, meydana geleceğinin önceden bilinmemesi, olayın meydana geleceği düşünülse de ne zaman meydana geleceğinin ve sonuçlarının kestirilememesidir. ÇAĞLAYAN, s. 682-683.

⁵⁷ Önlenemezlik; Mücbir sebep olarak kabul edilen olayın kaçınılmaz olması, meydana gelmesinin veya sonuçlarının ortaya çıkmasının engellenememesi anlamına gelir.

⁵⁸ Dışsallık; Mücbir sebep olarak kabul edilen olayın, kişinin iradesi dışında gerçekleşmiş olmasıdır.

çıkma yasağının 02.03.2016 tarihinde kaldırıldığını ve bu tarihten itibaren 07.03.2016 tarihine kadar dava açma imkânı varken dava açılmadığını belirterek, davacı vekilinin iddialarını yerinde görmemiştir⁵⁹.

Tespit etmeye çalıştığımız bu şartlar dâhilinde her somut olayın bir mücbir sebep olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin takdiri yargı mercilerine kalmaktadır. Mücbir sebep olarak değerlendirilebilecek halleri tahdidi bir şekilde tek tek saymak mümkün değildir. Çeşitli mevzuatlarda mücbir sebep olarak kabul edilmiş hallerin tek tek sayılmaya çalışıldığı görülmektedir. Ancak mevzuatlarda sayılan mücbir sebep halleri genellikle tahdidi nitelikte değildir. Buna örnek olarak Vergi Usul Kanunu'nun 13'üncü maddesini verebiliriz⁶⁰. Bahsi geçen Kanun'un 13'üncü maddesinde⁶¹ mücbir sebep sayılan haller sayılmış, ancak mücbir sebep sayılan hallerin bu maddede sayılanlar ile sınırlı olmadığı da, maddenin en sonundaki "gibi hallerdir" ifadesi kullanılarak belirtilmiştir.

Bu sebeple somut olayın özellikleri yargı merci tarafından dikkate alınarak, saymış olduğumuz şartların varlığı halinde, olay bir mücbir sebep olarak nitelendirilebilmeli ve kaçırılan dava açma süresi için kişiye bir imkân tanınmalıdır.

E- Mücbir Sebep Dava Açma Süresini Ne Kadar Etkileyecektir?

Mücbir sebebin dava açma süresini etkileyebileceğini kabul ettikten sonra, mücbir sebebin etkilerinin ortadan kalkmasından itibaren kişiye ne kadar süre içinde dava açma hakkının tanınacağına da tespiti gereklidir.

Mücbir sebep dava açma süresinin ne kadarını etkilemiş ise dava açma süresi, mücbir sebebin etkisinin kalkmasından itibaren o kadar süre uzamış

⁵⁹ Dan. 15.D., 23.03.2017, E.2016/9948, K.2017/1354.

⁶⁰ Bu yöndeki diğer örnekler;

⁶¹ Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun "Mücbir sebepler" başlıklı 10'uncu maddesi: "Mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller aşağıda belirtilmiştir: a) Doğal afetler. b) Kanuni grev. c) Genel salgın hastalık. d) Kısmi veya genel seferberlik ilânı. e) Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller".

Maden Kanunu'nun 3'üncü maddesi, "Mücbir Sebep: Sel, yangın, deprem, grizu patlaması, çökme, heyelan ve benzeri haller."

⁶¹ **Madde 13:** "Mücbir sebepler: 1. Vergi ödevlerinden her hangi birinin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır kaza, ağır hastalık ve tutukluluk; 2. Vergi ödevlerinin yerine getirilmesine engel olacak yangın, yer sarsıntısı ve su basması gibi afetler; 3. Kişinin iradesi dışında vukua gelen mecburi gaybubetler; 4. Sahibinin iradesi dışındaki sebepler dolayısıyla defter ve vesikalarının elinden çıkmış bulunması; gibi hallerdir."

kabul edilmelidir. Daha öncede ifade ettiğimiz gibi, mücbir sebep dava açma süresi başlamadan veya dava açma süresi başladıktan sonra ancak dava açma süresinin içerisinde gerçekleşmeli ve dava açma süresi bitene kadar da etkisini devam ettirmelidir.

Mücbir sebep dava açma süresi başlamadan gerçekleşmiş ise, dava açma süresi işlemeye başlamayacaktır. Mücbir sebebin etkisinin ortadan kalkmasının ardından dava açma süresi işlemeye başlayacaktır.

Mücbir sebep, dava açma süresi başladıktan sonra ancak dava açma süresinin içerisinde gerçekleşmiş ise, dava açma süresinin kaçınıcı gününden itibaren etki etmeye başlamış ise, o tarihten itibaren dava açma süresi sona erene kadar kaç gün varsa, o kadar süre, kişiye ilave olarak verilmelidir. Örneğin, 60 günlük dava açma süresinin 50'nci gününde mücbir sebep olarak kabul edilen olay gerçekleşmiş ve 60 gün tamamlanana kadar etkisi devam etmiş ise, mücbir sebebin etkisinin kalkmasından itibaren 10 günlük bir sürede dava açılmasını beklemek makul bir çözüm olacaktır.

Danıştay ise Afyon depreminin dava açma süresini etkileyeceğini kabul ettiği kararında, mücbir sebebin ortadan kalkmasından itibaren “*makul sürede*” dava açıldığı vurgusunu yapmış ve dava açma süresinin bitmesin ardından 7 gün sonra açılan davayı kabul etmiştir⁶².

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi Vergi Usul Kanunu'nun 13'üncü maddesinde mücbir sebep olarak kabul edilen haller sayılmış ve aynı Kanun'un 15'inci maddesinde de, 13 üncü maddede yazılı mücbir sebeplerden herhangi birinin bulunması halinde bu sebep ortadan kalkıncaya kadar sürelerin işlemeyeceği ve bu durumda tarh zamanaşımının, işlemeyen süreler kadar uzayacağı düzenlenmiştir. Mücbir sebep dolayısıyla dava açma süresinin ne kadar uzayacağını tespitinde Vergi Usul Kanunu'nda getirilmiş olan çözüm kabul edilmeli, mücbir sebebin etkisini devam ettirdiği süre kadar dava açma süresi uzamış kabul edilmelidir. Ancak mücbir sebebin etkili olduğu süreyi somut olayda tespit etmekte sıkıntı yaşanması halinde, somut olayın özellikleri dikkate alınarak, makul bir süre içinde davanın açılabilceği de kabul edilmelidir.

GENEL DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

Hak arama hürriyetinin kullanılmasının en etkili yolu olan dava açma hakkının idari davalar açısından önündeki en büyük engel, bu hakkın

⁶² Dan. 4.D., 20.06.1996, E.1995/6183, K.1996/2698.

kullanılmasının belirli bir süreye tabi tutulmuş olmasıdır. Ancak idari istikrarın sağlanması gibi birtakım pratik sebeplerle dava açma süresi kanun koyucu tarafından 60 gün ile sınırlandırılmıştır.

Dava açma süresinin idari yargılama hukukunda kamu düzeninden olduğu ve hak düşürücü süre niteliğinde olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple de dava açma süresinin herhangi bir yasal düzenleme olmadığı sürece uzamasının mümkün olmadığı pek çok yargı kararıyla da ifade edildiği görülmektedir. Bununla beraber nadiren de olsa mücbir sebepler dolayısıyla dava açma süresinin uzayacağını kabul eden yargı kararlarına rastlanmaktadır.

İdari yargılama hukuku dışında, medeni yargılama hukuku ve ceza yargılama hukukuna baktığımızda, kendi hukuk dallarındaki sürelerin belli sebepler altında uzaması veya sürelerin kaçırılması halinde bireylere “eski hale getirme” müessesesi yeni bir hak tanınabilmektedir. Ancak idari yargılama hukukunda kişilerin süreleri kaçırmaları durumunda bu sürelerin uzatılıp uzatılamayacağı yönünde herhangi bir düzenleme bulunmamakta ve bir yasal düzenleme bulunmaması gerekçe gösterilerek idari dava açma sürelerinin uzamayacağı genel olarak ifade edilmektedir.

Bireylerin herhangi bir kusuru olmadan gerçekleşen, öngörülemeyen ve önlenemeyen olaylardan dolayı kaçırılan dava açma süreleri için kişilere yeni bir hakkın tanınması, hak arama hürriyetinin bir gereğidir⁶³. Nitekim Anayasa Mahkemesi de son dönemde vermiş olduğu pek çok kararında dava açma süresinin hak arama hürriyeti açısından önemine değinerek, bu konuda çok katı yorum yapılmaması gerektiğini vurgulamıştır.

Ayrıca idari davalarda dava açma süresi hak düşürücü sürenin tüm özelliklerini de taşımamaktadır. Dolayısıyla hak düşürücü süre niteliğinde olmasını, mücbir sebeplerden dolayı dava açma süresinin uzamamasının bir gerekçesi olarak kabul etmek de mümkün değildir.

İdare hukukunun ve idari yargılama hukukunun temelinde var olan eşitsizlik bireylere tanınan dava açma hakkı ile dengelenmektedir. Dolayısıyla daha güçlü olan idare karşısında bireylere tanınan dava açma hakkının kullanılabilmesi büyük öneme sahiptir. Kişinin kusuru dışında gerçekleşen bir olay sebebiyle dava açma süresini kaçırdığını ispatlaması halinde ve bu olayın mücbir sebep şartlarını taşıması durumunda dava açma imkânının tanınması gerekir. Aynı zamanda idari davaların, idarenin hukuka uygun davranmalarını

⁶³ Benzer yöndeki görüş için bkz: YILDIRIM Turan, İdari Yargı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s. 401-402.

sağlamaktaki fonksiyonları da göz önünde bulundurulduğunda, mücbir sebeplerden dolayı kullanılmayan dava açma hakkı için kişilere yeni bir hakkın tanınmasının, hukuk devleti ilkesinin ve idari davaların varlık amacının da bir gereği olduğu rahatlıkla söylenebilir.

İdarenin yargısal denetiminde bireylerin dava açma hakkını kullanması yargı mercilerini harekete geçirici bir mekanizmadır. İptal davasında menfaati ihlal edilenler, tam yargı davasında da hakkı ihlal edilenler tarafından dava açılmadığı sürece yargı mercilerinin idarenin eylem ve işlemlerini denetlemesi mümkün değildir. Bu sebeple idari dava açma hakkını, bu hakkın muhatabı açısından öneminin yanında, idarenin hukuka uygunluğunun sağlanmasındaki fonksiyonu da dikkate alınarak katı yorumlanmaması, Anayasa'nın 125'inci maddesindeki, "idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır" hükmüne de uygun olacaktır.

Bireylere açacakları idari davalara ilişkin dava açma süresi adı altında belirli bir süre tanınmasının sebebi, kişilerin idarenin faaliyetinin hukuka uygun olup olmadığını ve dava konusu yapmanın gerekli olmadığını değerlendirebilmesine imkân tanımak, aynı zamanda da idarenin işlemlerinde kararlılığı sağlamaktır⁶⁴. Dolayısıyla dava açma süresinin idare ile ilgili bir yönü olduğu gibi birey ile ilgili bir yönü de bulunmaktadır. Kişi kendisine tanınan bu süre içerisinde dava açıp açmamaya karar verecek ve dava açmaya karar verirse, açacağı davaya ilişkin hazırlık yapacaktır. Kişinin kendisine tanınmış olan bu süreyi, kendi kusuru ile neden olmadığı bir olaydan dolayı kullanamaması halinde, kişiye ilave bir imkân tanınmaması hak arama hürriyetinin özüne müdahale olacaktır.

Kişinin hak arama hürriyetinin bir gereği olarak açacağı davaya ilişkin hazırlık yapması için tanınmış olan bu sürenin, hukuki veya fiili imkânsızlık sebebiyle kullanılmaması durumunda, bir anlamı kalmayacaktır. Danıştay da eski tarihli bir kararında 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun yargı mercilerine başvurmayı engelleyen hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptali üzerine, bahse konu hüküm dolayısıyla hakkında dava açılmayan işlemlere karşı açılan davalarda, "90 günlük müddetin; idari kaza yoluyla Danıştay'a dava açmanın hukukten mümkün olduğu ahvalde ancak yürümeye başlayacağı" nı ifade ederek, dava açma imkânının olmadığı durumlarda dava açma süresinin işlemeyeceğini kabul etmiştir⁶⁵.

⁶⁴ GÖZÜBÜYÜK/ TAN, s. 812.

⁶⁵ Dan. 5.D., 20.04.1965,E.1963/2050, K.1965/934, Nakleden; ÇIRAKMAN, s. 194.

Yine Danıştay bir kararında da görüşümüzü destekler nitelikte dava açma süresine ilişkin şu yorumu yapmıştır; “*Adli süreçlerde tektipliği öngören usul kuralları ve bu kapsamda başvuru süreleri, başvuruçular açısından keyfilikten uzak, eşit muamele imkânı yoluyla öngörülebilirlik sağlamakta, böylece hukuki güvenliği temin etmektedir. Ancak adli süreçte istikrarı sağlamak için getirilmiş prosedürlerin hakkın özünü ortadan kaldıracak ve kişinin mahkemeye erişimini engelleyecek şekilde uygulanmamasına dikkat edilmesi gerekmektedir.*”⁶⁶.

Mücbir sebepler dolayısıyla kullanılmayan dava açma hakkının kişiye tanınmasının hak arama hürriyetinin ve mahkemeye erişim hakkının bir gereği olduğunu tespit ettikten sonra, AİHS'nin 6'ncı maddesi kapsamında değerlendirilebileceğini söylemek de yanlış olmayacaktır. Anayasamızın 90'ıncı maddesinin son cümlesine göre temel hak ve hürriyetler ile ilgili uluslararası antlaşmalara öncelik tanımamız gerektiğinden, dava açma süresinin uzayabileceğine ilişkin bir düzenlenmenin bulunmaması, mücbir sebeplerin dava açma süresine etkisine yönelik katı yorumu hukuka aykırı hale getirecektir.

Ayrıca Anayasa'nın 13'üncü maddesi gereğince, temel hak ve hürriyetler ancak kanunla ve hakkın özüne dokunmadan sınırlanabilecektir. Dolayısıyla hak arama hürriyeti de ancak kanunla makul bir süre ile sınırlanabilir. İdari dava açma hakkı da bu şekilde İdari Yargılama Usulü Kanunu tarafından makul bir süre ile sınırlandırılmıştır. Mücbir sebepler dolayısıyla kullanılmayan bu süre için kişiye bir imkân tanınması da hak arama hürriyetinin bir gereğidir. Bu hakkın sınırlandırılmasının da ancak kanunla olması ve hakkın özüne dokunmaması gerekir. Oysaki mücbir sebeplerden dolayı dava açma süresinin uzamayacağına ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu yöndeki bir yasal düzenleme de hakkın özüne müdahale niteliğinde olacak ve bir üst paragrafta ifade ettiğimiz gibi, AİHS'nin 6'ncı maddesine aykırı olacağından uygulanma kabiliyeti de olmayacaktır. Mücbir sebepler dolayısıyla dava açma süresinin uzamayacağı yönündeki bir yasal düzenlemenin varlığı halinde bile, bu hükmün uygulanması hukuka aykırı olacakken; bu yönde herhangi bir kısıtlayıcı hüküm yer almadan mücbir sebeplerin dava açma süresini etkilemeyeceğini söylemek mümkün değildir.

Ancak bu noktada mücbir sebep olarak kabul edilecek olayı doğru tespit etmek gerekir. Mücbir sebep olarak kabul edilecek olay; öngörülemez,

⁶⁶ Dan. 15.D., 23.03.2017, E.2016/9948, K.2017/1354.

önlenemez ve dışsallık özelliklerine sahip olmalı, dava açma süresi başlamadan veya dava açma süresi başladıktan sonra ancak dava açma süresi sona erene kadar etkisini devam ettirmelidir. Aynı zamanda mücbir sebep olarak kabul edilen olayın, dava açma hakkını kullanmayı imkânsız kılması veya çok zorlaştırması gerekmektedir.

Sonuç olarak, kişinin iradesi dışında ve kusuru olmaksızın gerçekleşen, önlenemeyen ve öngörülemeyen nitelikteki bir olay sebebiyle dava açma hakkını kullanması mümkün olmazsa, kişiye yeni bir dava açma hakkının tanınması hak arama hürriyetinin ve adil yargılanma hakkının bir gereğidir ve kişiye bu imkânın tanınması için açık herhangi bir yasal düzenlemeye gerek yoktur. Çalışmamız içerisinde de değindiğimiz AİHM'nin ve Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında belirttiği gibi dava açma hakkına ilişkin usuli kurallar çok katı yorumlanmamalıdır. Bu usuli kurallardan bir tanesi olan süre sınırı da bireylerin hak arama hürriyetine engel olacak şekilde yorumlanmamalıdır. Usul kuralları katı uygulanarak esas usule feda edilmemeli, asıl olanın idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı dava açılabilmesi gerçeği olduğu göz ardı edilmemelidir. Dava açma hakkına getirilen sınırlamalar özgürlükler lehine yorumlanmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ Bahtiyar/ SEZGİNER Murat/ KAYA Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- ARAL Kenan, Danıştay Muhakeme Usulü, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965.
- ATALI Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder / TAŞPINAR AYVAZ Sema, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- KURU Baki/ ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- CANDAN Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, PWC Yayınları, İstanbul, 2015.
- ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- ÇIRAKMAN Erol, “İdari Davalarda Süre”, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Güneş Matbaası, 1976, Ankara, (s. 190-216).
- DEMİRKOL Selami, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında “Adil Yargılanma Hakkı”, http://www.danistay.gov.tr/upload/3_adilyargilamahakki.pdf, E.T., 26.10.2018.
- DURAN Lütfi, “İdari Kazada Dava Açma Müddeti”, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/97021>.
- EVREN Çınar Can, “İdarenin Sorumluluğunu Etkileyen Neden Olarak Mücbir Sebep”, GÜHFD, C. XIV, Y. 2010, S.1, (s. 263-297).
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ‘Adil Yargılanma’”, http://politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/49/1/15_feyyaz_golcuklu.pdf, E.T., 26.10.2018.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/ GÖLCÜKLÜ Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/ TAN Turgut, İdare Hukuku C.II, İdari Yargılama Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- ERDÖNMEZ Güray, Pekcantez Usul Medeni Usul Hukuku, C. I, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- İNCEOĞLU Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil

Yargılanma Hakkı- Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.

KAPLAN Gürsel, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

KAPLAN Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa, 2017.

KARAVELİOĞLU Celal, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ULER Yıldırım, “Yönetmelik Yargıda Dava Müddeti”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap: İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, (s. 209-262).

YILDIRIM Turan, İdari Yargı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

ZABUNOĞLU Yahya K., “İdari Yargıda Dava Açma Süresi”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap: İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, (s. 187-208).

“USUL EKONOMİSİ İLKESİ” ÇERÇEVESİNDE TÜRK İDARİ YARGILAMA USULÜNDE SÖZLÜLÜK İLKESİNE İLİŞKİN BAZI DEĞERLENDİRMELER

Dilşat YILMAZ*

ÖZ

“Duruşma” ve bir ispat vasıtası olan “tanık beyanı”, yargılama hukukunda geçerli bulunanyazılılık ilkesinin esnemeleri olarak kabul edilmektedir. İdari yargılama hukukunda bu iki kurumun temel olarak anılan çerçevede ele alındığı bilinmektedir. Oysa bu iki kurum, aynı zamanda, Anayasal bir yargılama usulü ilkesi olan “usul ekonomisi” ni etkin hale getirebilmek için elverişli birer vasıtaadır. Bu çalışmada, söz konusu iki kurumun bahsedilen fonksiyonu ne şekilde yerine getirebilecekleri üzerinde durulacaktır. İnceleme sırasında, öncelikle usul ekonomisi ilkesine ana hatları ile değinilecektir. Ardından konunun yakın ilişkili olduğu adil yargılanma hakkı, temel unsurları çerçevesinde ele alınacaktır. Bunların akabinde, duruşma ve tanık beyanı hususları; daha önce incelenen konularla ve idari yargılama hukuku ilkeleri de dikkate alınarak incelenecektir. Konu bakımından ihtiyaç duyulduğu ölçüde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarına da değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Duruşma, tanık, adil yargılanma hakkı, usul ekonomisi, yazılılık ilkesi.

SOME ASSESSMENTS RELATING TO ORAL TRIAL PRINCIPLE IN TURKISH ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS LAW FROM THE POINT OF “JUDICIAL ECONOMY PRINCIPLE”

ABSTRACT

Hearing and witness expression that is known as a prove instruments; are the exceptions of written trial principle that is current in proceedings law. These two subjects are substantially discussed from this point of view in administrative proceedings law. However, each one is, at the same time, an applicable instrument to activate the Constitutional proceedings principle “judicial economy”. In this article, the manner of activation of mentioned principle by these instruments; will be handled. While the study, at first judicial economy principle will be examined generally. After this, because of the close relation, the right to fair trial will be taken hand from the point of essential elements. Finally, the hearing and witness expression will be

* Doç. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (dyilmaz@gazi.edu.tr)

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 27/11/2018

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 12/04/2019

examined in the light of the foregoing and administrative proceedings law principles. When it is required for the subject; the decisions of European Court of Human Rights and Turkish Constitutional Court will be mentioned.

Key Words: *Hearing, witness, right to fair trial, judicial economy, written trial principle*

I. GİRİŞ

Usul ekonomisi, bilindiği üzere medeni yargılama hukukunda detaylı incelemelere konu olmuş bir yargılama usulü ilkesidir. Söz konusu ilke, idari yargı yerleri tarafından da uygulanmakta ve idari yargı kararlarında da yer almaktadır¹. İlke, idari yargılama hukuku alanındaki münhasır bazı konular kapsamında inceleme konusu yapılmıştır. Bu çalışmada ise, ilkenin idari yargıdaki konumu; -idari yargılama hukuku alanının genişliği sebebiyle; idari yargılamanın temel ilkelerinden olan yazılılık ilkesinin istisnaları sayılabilecek “duruşma” ve aynı zamanda bir ispat vasıtası olan “tanık beyanı” bağlamında ele alınacaktır. Konu yargı kararları de dikkate alınarak Türk İdari Yargılama Hukuku bağlamında incelenecek olmakla beraber, konunun adil yargılanma hakkı ile bağlantısı sebebiyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasına da zaman zaman değinilecektir. Ancak bu yönde bir inceleme yapılmadan önce, usul ekonomisinin anlamı ve adil yargılanma hakkı ile bağlantısı ele alınmalıdır.

II. “USUL EKONOMİSİ” İLKESİNE GENEL BAKIŞ

A. BİR YARGILAMA HUKUKU İLKESİ OLARAK “USUL EKONOMİSİ” VE HUKUKİ DAYANAK

Yargılamanın makul emek harcanarak ve masraf yapılarak, makul sürede tamamlanması anlamına gelen usul ekonomisi ², medeni yargılama

¹ İdari yargı kararı örnekleri için bkz. dpn. 2.; Aksi ilgili dipnotta belirtilmediği sürece, makaledeki yargı kararlarına erişim, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası’ndan sağlanmıştır. Yine aksi belirtilmedikçe, yargı kararlarına, elektronik kaynaklara ve mevzuata son erişim tarihi: 18.10.2018.

² “...Kişiler arasındaki uyuşmazlıkların daha kısa süre içinde en az giderle çözümlenmesi, usul ekonomisi bakımından önemli olduğu gibi davanın taraflarını davanın uzaması nedeniyle oluşabilecek mağduriyetlere karşı korumak bakımından da önemlidir...” AYM, 22.06.2016, E. 2016/9, K. 2016/125; “...Anayasa’nın 141. maddesinin son fıkrasında “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir: “ denilmiş ve “usul ekonomisi” olarak da adlandırılan bu ilkeyle yargılama

hukukuna hâkim olan ilkelerden biri olup, bu ilkeler yargılamada güven sağlamak adına, yargılamayı önceden saptanmış esaslara tabi kılan ilkelerdir³. Usul ekonomisi ilkesinin de içinde yer aldığı, medeni yargılama hukukuna ilişkin bazı ilkeler, sistematik tercihin ötesinde esasen hukuk devletinin bir gereğini oluşturmaktadır⁴. Medeni yargılamaya hâkim olan ilkelerin bazılarının, Anayasa'nın dahi üstünde yer aldığı, anayasa koyucunun bu ilkelere aykırı düzenleme yapamayacağı da ifade edilmekte ve usul ekonomisi de bu kapsamda ele alınmaktadır⁵. Hatta usul ekonomisinde olduğu üzere, bu ilkeleri ihlalinin, aynı zamanda uluslararası kabul gören temel insan hakları belgelerine aykırılık oluşturması da söz konusu olabilecektir⁶. İşte usul ekonomisi, “adil yargılanma hakkı” ile birlikte, “ilkelerin ilkesi”, yani medeni usul hukukunda temel nitelikli iki ilkedен biri olarak nitelendirilmekte, diğer tüm ilkelerin bu iki ilkeye ya da onların amacını gerçekleştirmesine imkân tanıdığı belirtilmektedir⁷.

Medeni Yargılama Hukuku bağlamında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)⁸'nin 30. maddesinde “Usul Ekonomisi İlkesi” başlığı altında

maliyetinin en düşük şekilde olmasının ve bu sürecin mümkün olan en hızlı yöntemlerle gerçekleştirilmesinin yargının görevlerinden olduğu ifade edilmiştir...” AYM, 28.03.2018, E. 2017/120, K. 2018/33; “...yargılamaların makul süre içinde, düzenli bir şekilde ve gereksiz gider yapılmadan yürütülmesini temin etmek ve bu suretle usul ekonomisi ilkesini gerçekleştirmek düşüncesiyle...Yargılama usullerinin belirlenmesinde usul ekonomisinin gözetilmesi, bu suretle iyi adalet yönetiminin sağlanarak kamu yararının gerçekleştirilmesi Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin gereklerindedir...”, AYM, 24.05.2018, B.N. 2015/13950; AYM, 26.12.2017, B.N. 2014/14498; “...ve yargılamanın mümkün olan sınırlarda ve az masrafla sonuçlandırılması yani usul ekonomisi ilkesine aykırı olacağından...” D15D, 07.02.2018, E. 2015/704, K. 2018/1269; D15D, 16.01.2018; E. 2015/5679, K. 2018/67; D3D, 25.06.2007, E. 2006/2624, K. 2007/2106; Bkz. AYM, Karşı oy, 21.06.1991, E.1990/19, K. 1991/15.

³ Cumhur RÜZGARESEN , Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 27., Yazar ayrıca, bu ilkelerin yasa koyucu tarafından düzenlenmesi dahi, yargılamanın doğasından kaynaklandığına işaret etmektedir., RÜZGARESEN, s. 23.; Muhakeme hukukunda ilkelerin fonksiyonuna ilişkin tanımı için bkz. RÜZGARESEN, s. 29 vd.

⁴ ERDÖNMEZ Güray, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 781.; RÜZGARESEN, s. 23, 31.

⁵ RÜZGARESEN, s. 29., Erdönmez, usul ekonomisi ilkesinin ; ilkedен de öte; bir hak olduğunu ifade etmektedir. ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul , s. 783.

⁶ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul , s. 782.; RÜZGARESEN, s. 24.

⁷ RÜZGARESEN, s. 36., Söz konusu iki ilkenin ilişkisi için yine bkz. RÜZGARESEN, s. 36,37.

⁸ RG. 04.02.2011, S. 27836; 6100 sayılı HMK öncesinde yürürlükte olan 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HUMK), m. 77 : “*Hakim tahkikat ve muhakemenin mümkün olduğu*

“Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür” şeklinde ifadesini bulan ilke, 1982 Anayasası’nın 141. maddesinin 4. fıkrasında, bütün yargılama kollarını bağlayıcı şekilde “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.” biçiminde düzenlenmektedir⁹. O halde, bu ilkenin ihlali, aynı zamanda Anayasanın ilgili hükmünün de ihlali anlamına gelecektir¹⁰.

Türk Hukuk mevzuatındaki dayanakları aktarılan ilke, Anayasa hükmünden de anlaşılacağı üzere; medeni yargıç olduğu gibi ceza yargıcı ve idari yargıç için de bağlayıcı/emredici niteliktedir¹¹. Hatta ilkenin hâkimin yanı sıra taraflara da birtakım görevler yüklediği¹² ve ilke yargılamanın tüm

derecede sürat ve intizam dairesinde cereyanına ve beyhude masrafa meydan verilmemesine dikkatle mükelleftir”, İki tarafın hak ve vazifeleri başlığı altında.; Kaynak kanun hakkında bkz. Ejder YILMAZ, “Usul Ekonomisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, Sa. 1, 2008, s. 244. (Ankara Üniversitesi Dergiler Veri Tabanı), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/263/2367.pdf>

⁹ 2709, RG. 09.11.1982, d. 17863 (Mükerrer), Anayasa m. 36: “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir...” düzenlemesi de, usul ekonomisi ilkesinin iç hukuk dayanaklarından biri olarak kabul edilmektedir.; 1982 Anayasasının 2. maddesinde devletin nitelikleri olarak belirtilen “sosyal bir hukuk devleti” olma da bu kapsamdadır. Anılan hususlar ve diğer hukuki dayanaklar hususunda bkz. RÜZGARESEN, s. 96 vd., “...6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) 30’uncu maddesinde düzenlenen usul ekonomisi ilkesi, Anayasal dayanağı olan bir ilke olup 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 141’inci maddesinin dördüncü bendinde davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğuna açıkça işaret edilmiştir...”, YHGK, 27.06.2018, E. 2018/19-468, K. 2018/1257.

¹⁰ Bkz. Hakan PEKCANITEZ/Oğuz ATALAY/Muhammet ÖZEKES, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 171.; ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl , s. 886.; Mesut KÖKSOY, “Hukuki Güvenlik Açısından Takip Ekonomisi İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, Sa. 3, s. 57., http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/20_3_3.pdf

¹¹ Rüzgaresen, bütün yargılama dallarında geçerli olduğu için, usul ekonomisi ilkesinin Anayasa’da düzenlendiğinden bahsetmektedir., RÜZGARESEN, s. 23.; Bkz. Memduh ASLAN, “İdari Yargıda Usul Ekonomisi, Bağlantı, Doğal Hakim Çekişmesi”, Vergi Dünyası, Ekim 2011, Sa. 362, s. 117.; Ayrıca ucuzluk ve çabukluk bağlamında bkz. Süheyla Şenlen SUNAY, İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler, Karşısında İsbat ve Delil Hususları, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1997, s. 9, 10.; İlke, devlet ve hakim için bağlayıcı niteliktedir. ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl, s. 886.; Ayrıca bkz. KÖKSOY, s. 57.

¹² İbrahim ÇETİN, “Yargılama Hukukunda Etkinlik Arayışları: Medeni Usul Hukukunda Usul Ekonomisi”, Sayıştay Dergisi, 2010, Sa. 78, s. 82., <https://www.sayistay.gov.tr/tr/Upload/95906369/files/dergi/pdf/der78m4.pdf> ; Bkz. Süha TANRIVER, “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2004,

derecelerini kapsamına aldığı belirtilmektedir¹³. Söz konusu ilkenin hem adli hem idari yargıç hem de uyuşmazlığın tarafları bakımından geçerli olması anlayışının yansımaları 659 Sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri Ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin¹⁴ “İlkeler” başlıklı 3. maddesinde “*Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin uygulanmasında;... İdarelerin taraf oldukları davaların, usul ekonomisine uygun olarak, imkânlar ölçüsünde idarelerde istihdam edilen hukuk müşavirleri ve avukatları tarafından takibi, c) Davaların takibinde, mahkeme kararlarının hukuka uygun olarak, adil, süratli ve en az masrafla verilebilmesine yardımcı olunması, esastır*” şeklinde görmek mümkündür¹⁵.

Usul ekonomisinin de içinde yer aldığı medeni yargılama hukuku ilkelerinin yargılamanın doğasından kaynaklandığı ve açık yasal bir düzenleme olmasa dahi yargılamada kullanılabilecekleri kabul görmektedir¹⁶. Bazı ilkelerin hukuk devletinin bir gereği ve usul ekonomisi ilkesinin de bunlardan birisi olması¹⁷ sebebiyle, usul ekonomisinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu¹⁸ (İYUK) nda açık şekilde düzenlenmesi de uygulanması gerektiği

Sa. 53, s. 199., <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-53-44> ; Birinci derecede muhatap mahkeme olmakla beraber, tarafların da konuya gerekli özeni göstermeleri gerektiği yönünde bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 172.;Rüzgaresen , asli yükümlünün devlet olduğuna işaret etmektedir. Tarafların asli yükümlü olmamaları nedeni ile, ilkeye aykırı davranmalarının doğrudan dürüstlük kuralı, dolaylı olarak usul ekonomisi ihlali olduğu kanaatindedir. RÜZGARESEN, s. 79.; Tarafların usul ekonomisi ilkesine riayet yükümünün, “dürüstlük” kuralı ile bağlantılı olarak ele alınması için ayrıca bkz. ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl, s. 893.; Anayasa m. 141/4 hükmünün icra organları bakımından da bağlayıcı olduğu yönünde bkz. KÖKSOY, s. 57.

¹³ YILMAZ, (2008), s. 270.; İlkenin her derece yargı yerinde, her aşamada ve resen uygulanabilir niteliği için bkz. RÜZGARESEN, s. 59., Takip ekonomisinin, usul ekonomisinin takip hukukundaki görünüm şekli olduğu yönünde bkz. KÖKSOY, s. 55., YILMAZ (2008), s. 245.

¹⁴ RG. 02.11.2011, S. 28103.

¹⁵ Aynı KHK'nın Amaç ve Kapsam başlıklı 1. maddesindeki “*Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı; genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri (Türkiye Büyük Millet Meclisi, Cumhurbaşkanlığı, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay dâhil) ve özel bütçeli idarelerin hukuk hizmetlerinin etkili, verimli ve usul ekonomisine uygun şekilde yerine getirilmesine ve bu hizmetlerin yürütülmesinde uygulama birliğinin sağlanmasına yönelik usul ve esasların belirlenmesidir*” düzenlemesi, idari işleyiş bakımından da usul ekonomisinin gerekliliğine işaret etmektedir.

¹⁶ RÜZGARESEN, s. 23., Usul ekonomisi için bkz. ÇETİN, s. 84.

¹⁷ RÜZGARESEN, s. 23.

¹⁸ RG. 20.01.1982, S. 17580.

sonucuna ulaşılmaktadır. Bu sebeple, gerek İYUK da düzenlenen hususların yorumlanmasında gerekse düzenleme bulunmayan durumlarda, yargılama faaliyeti usul ekonomisi ilkesi de dikkate alınarak gerçekleştirilmelidir¹⁹. Anayasanın 141. maddesindeki düzenleme, bu zorunluluğu tek başına doğurmaktadır²⁰. Ancak söz konusu düzenleme bulunmamış olsa idi de, yukarıda değinildiği üzere, ilkenin hukuk devletinin gereği olması tek başına usul ekonomisinin tatbikine imkân verecektir. Devletin yargılama faaliyetini tekelinde tutması sebebiyle, toplumsal sözleşmenin gereği de anılan yükümlülüğün sebeplerinden sayılmaktadır²¹.

B. İLKENİN FONKSİYONU

Usul ekonomisi yoğun olarak gündemde olduğu medeni yargılama hukuku alanında “yargı ekonomisi” ya da “adalet ekonomisi” gibi kavramlarla ifade edildiği gibi²², icra ve iflas hukukunda “takip ekonomisi” şeklinde de belirtilmektedir²³. Bu şekilde çeşitli kavramlarla ifade olunmaya çalışılan usul ekonomisi Rüzgaresen tarafından “usulün usulü “şeklinde tanımlanmakta olup; yargı hizmetlerinin işleyişine ve belli bir kalite konfor ve ekonomi içinde yürütülmesine ilişkindir²⁴. O halde, söz konusu ilke, yargı hizmetlerinin yürütülmesine yönelik olduğuna göre, aynı zamanda yargılamanın amacına hizmet etmektedir ve anılan amaca yönelik bir “araç” konumundadır²⁵. Bu noktada, usul ekonomisinin fonksiyonuna anlam verebilmek, kısaca yargılama faaliyetinin amacını tespit etmeyi gerekli kılmaktadır.

¹⁹ RÜZGARESEN, s. 29.; Ayrıca bkz. ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl, s. 887.; Düzenleme bulunan konularda, usul ekonomisi gerekçe gösterilerek; mevcut kurallar uygulanmaktan alınmaz. RÜZGARESEN, s. 47., 80, 81.; YILMAZ, (2008), s. 251.; Kaldı ki; bekletici sorun örneğinde olduğu üzere, medeni yargılama hukukunun usul ekonomisi ilkesi ile çelişen istisnai düzenlemeleri olabilir. RÜZGARESEN, s. 49.

²⁰ ASLAN, s. 117.; Ayrıca Aslan’ın yine s. 117’de belirttiği üzere, idari yargılama usulü kanununda tek dilekçe ile dava açılması ya da bağlantılı davaya ilişkin düzenlemeler, usul ekonomisi ilkesinin özel bir görünümüdür.

²¹ RÜZGARESEN, s. 98.

²² RÜZGARESEN, s. 41.

²³ YILMAZ, (2008), s. 245.; ÇETİN, s. 84., KÖKSOY, s. 55.; Seçkin TOYDEMİR, Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Türk İdari Yargı Sistemi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 139., (YÖK Ulusal Tez Merkezi).

²⁴ RÜZGARESEN, s. 24.; Rüzgaresen, aynı eserin 49 vd. sayfalarında usul ekonomisinin farklı amaçları bulunduğuna da değinmektedir.

²⁵ YILMAZ, (2008), s. 246, 248; ÇETİN, s. 84.

Yargılama faaliyetinin amacını belirlemede pek çok görüş ileri sürülmüş olsa da, hukuk, ceza ve idari yargılama alanlarının hepsini kapsayacak şekilde bugün toplumsal barışı sağlanmasının kişisel menfaatlerin korunmaya çalışılması kadar önemli olduğu; yargılamanın amacının “adaletli karar vermek” olduğu belirtilmektedir²⁶. Kararın adaletli sayılması ise, uyuşmazlığın “tarafı tatmin eder biçimde ortadan kaldırılması” ve hatta bunun da ötesinde (önemli) “toplumsal barışı sağlanmaya yönelik olması” ile ilişkilendirilmektedir²⁷. Bu bağlamda adalet kavramının dinamik bir niteliği haiz olup; toplumsal algı ile bağlılık içinde bulunduğu belirtilmelidir²⁸. Yılmaz, adaletin sağlanarak uyuşmazlığın tatminkâr şekilde çözümlenmesi ve böylece toplumsal barışın gerçekleştirilmesi hususunda, idari yargılama, ceza yargılaması ya da hukuk yargılaması arasında fark bulunmadığını belirtmektedir²⁹. Usul ekonomisi ilkesi aynı zamanda, yargılamanın devlet tarafından gereği gibi ifasının sağlanmasına yönelik bir inanç oluşturacağından; bireylerin kendiliklerinden hak arama yolunu seçmelerine engel olarak kamu düzeninin bozulmasına

²⁶ YILMAZ, (2008), s. 248.; ÇETİN, s. 88, 89.; Aksi yönde ve farklı görüşler için bkz. Sema TAŞPINAR, “Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, Av. Dr. Faruk EREM Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, No: 8, Afşaroğlu Matbaası, Ankara, 1999, s. 759 vd.; Ayrıca detaylı bilgi için bkz. Hans Friedhelm GAUL, “Yargılamanın Amacı, Güncelliğini Koruyan bir Konu”, Çeviri: YILDIRIM DEREN Nevhis, in İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku, 8. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, Ekim 2016, s. 77 vd.; Bkz. Müjgan TUNÇ -TEMEL, “Hakimin Davada Özel Bilgisini Kullanması”, Argumentum, Y. 9-11, Sa. 58, s. 546 vd., <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/argumentum/179.pdf>

²⁷ Yaşar DEMİRCİOĞLU, Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 102.; Yine bu konuda bkz. Nedim MERİÇ, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümleri Çerçevesinde), Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 37, 38.

²⁸ YILMAZ, (2008), s. 248.; Ayrıca bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 102.; Murat YAVAŞ, “Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı”, Mehmet Akif AYDIN’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, C. 21, Sa. 2, 2015, s. 744 vd.; Uyuşmazlığın belirtilen şekilde çözümü ise maddi gerçekliğin dikkate alınarak, yargılamanın basit, hızlı ve ucuz şekilde yürütülmesi ile sağlanabilecektir. YILMAZ, (2008), s. 248.; DEMİRCİOĞLU, s. 102,103.

²⁹ YILMAZ, (2008), s. 248.

²⁹ YILMAZ,(2008), s. 249.; “...İdari yargının amacı; iptal davalarında re’sen araştırma ilkesi yoluyla idari işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleme, tam yargı davalarında idari faaliyetten doğan bir haksızlığın giderilmesidir. Sonuçta nihai ve genel amaç; adaletin tesisi, usul ekonomisinin sağlanması, idari yargılama hukukunun verimli hale getirilmesidir...”, Oğuz SANCAKDAR, “İdari Yargılama Usulünde İvedi Yargılama ve Grup Davaları”, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyum, 146. Yıl, 12 Mayıs 2014, Ankara, Danıştay Yayınları, Kasım 2014, No: 86.,s. 164., http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/17_12_2014_031912.pdf

engel olma görevi de görmektedir³⁰. Nitekim, Anayasa Mahkemesi yeni bir kararında şu ifadelerle yer vermektedir: “...Kişiler arasındaki uyuşmazlıkların kısa sürede ve kesin çözümü, usul ekonomisi bakımından önemli olduğu gibi davanın taraflarını davanın uzaması sebebiyle oluşabilecek mağduriyetlere karşı korumak bakımından da önem arz etmektedir...”³¹.

Yargı kararları³² ile bilimsel çalışmalarda³³ pek çok tanımlamaya tabi tutulan usul ekonomisi; temel olarak “basitlik”, “hızlılık” ve “ucuzluk” ekseninde ele alınmaktadır. Rüzgaresen bu tanıma bir de, “yargılamanın kalite standartlarına uygun hizmetle yapılması” unsurunu ekleyerek, usul ekonomisini “yargılamanın, makûl giderlerle ve makûl süre içinde, kalite standartlarına uygun bir hizmetle ve düzenli bir biçimde yürütülmesi” olarak açıklamaktadır³⁴. Yazar ayrıca ilkenin uygulama alanını geniş bir şekilde algılamaktadır. Başka bir ifade ile sadece davanın açılması ve sonuçlanması aralığında değil, yargılama hizmetlerinden yararlanmanın gündeme geldiği her aşamaya yaymaktadır³⁵. Usul ekonomisini yargılamanın şekli hususu ile ilgilendiren yazar, ilkeyi makul gider ve sürelerle maddi gerçeğe ulaşma amacına yardım ile ilişkilendirmektedir³⁶. Bu durumun doğal sonucu olarak, sadece davanın kazanılmış olması ya da maddi gerçeğe ulaşılmış olması usul ekonomisi ilkesine riayet edilerek hükme varıldığı anlamına gelmemektedir³⁷.

Yukarıda da ifade edilen farklı görüşler derlendiğinde; usul ekonomisi genel olarak hukuk devleti olmanın, yargılamanın amacının; yargılama hukuku ilkelerinin niteliklerinin ve de hukuk sistemimiz bakımından Anayasanın 141. maddesinin neticesinde; idari yargıç tarafından da dikkate alınması gereken

³⁰ RÜZGARESEN, s. 51, 52.; KÖKSOY, s. 54.; Takip ekonomisinin aynı zamanda hukuki güvenliğe ilişkin olduğu yönünde bkz. KÖKSOY, s. 54.

³¹ AYM, 28.03.2018, E. 2017/120, K. 2018/33.

³² Örneğin bkz. d.pn. 2.

³³ Örneğin bkz. ÇETİN, s. 83.; Mahmut CEYLAN, İdari Yargıya Hakim Olan İlkeler, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, Aralık 2017, s. 67.; RÜZGARESEN, s. 45., ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl, s. 886.; PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 171, 172.

³⁴ RÜZGARESEN, s. 45.; Yazar bu tanımda “makul gider” kavramını tercih etmektedir. Bu tercihin sebepleri için bkz. aynı eser, s. 134 vd.;

³⁵ RÜZGARESEN, s. 46, 47.

³⁶ RÜZGARESEN, s. 55, 56.

³⁷ Bkz. RÜZGARESEN, s. 51, 59,60.; Bu durum, aynı eserin 59. sayfasında “dava konusu haktan bağımsız olarak ihlâl edilebilme” olarak ifade edilmektedir.; Yine bkz. ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl, s. 886.

bir ilkedir³⁸. İlkenin İYUK'ta ayrıca düzenlenmemiş olması, bu zorunluluğu ortadan kaldırmamaktadır³⁹. Söz konusu kabul bizi, medeni yargılama hukukunda olduğu üzere; kanun koyucunun da düzenleme yaparken usul ekonomisini dikkate alma zorunluluğunu⁴⁰ kabul noktasına taşımaktadır.

Bu konuya daha sonra detaylı olarak değinilecek olmakla beraber, usul ekonomisinin yargı kolu ayrımı gözetilmeksizin yargıçların tamamı bakımından dikkate alınması gereken bir husus olması, "adil yargılanma hakkı" ile bağlantısının⁴¹ da bir sonucudur. Adil yargılanma hakkı, " *...tüm bireylerin, mensup oldukları devletlerden talep edebilecekleri ve uluslararası alanda güvence altına alınmış olan en temel haklardan birisidir...*"⁴². İleri de değinileceği üzere, usul ekonomisi söz konusu hakkın alt başlıklarından özellikle "makul sürede yargılanma hakkı" ile yakın ilişki içerisinde⁴³. Hatta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önündeki adil yargılanma ihlali iddialarının azımsanamayacak miktarı, yargılamada makul sürenin aşımına ilişkindir⁴⁴. Ancak özellikle vurgulanmalıdır ki, adil yargılanma hakkı içerik olarak usul ekonomisinin anlamını da içine alan bir kapsama ve daha hayati bir öneme sahiptir. Rüzgarezen, usul ekonomisi olmasa idi dahi, bu ilke ile arzulanan sonuçlara adil yargılanma hakkı ile de ulaşılabileceğine işaret etmektedir⁴⁵.

³⁸ İdari yargıç için de geçerli olması yönünde ASLAN, s. 117.; Ayrıca ucuzluk ve çabukluk bağlamında bkz. SUNAY, s. 9, 10.

³⁹ Bkz. ÇETİN, s. 96.

⁴⁰ RÜZGARESEN, s. 80,81.

⁴¹ Bkz. ASLAN, s. 117.

⁴² Yaşar DEMİRCİOĞLU s. 47.

⁴³ YILMAZ, (2008), s. 264.; TOYDEMİR, s. 140.; KÖKSOY, s. 56., "...53. Somut başvurunun dayanağını oluşturan makul sürede yargılanma hakkı da yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil olup, ayrıca davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirten Anayasa'nın 141. maddesinin de, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 39)...."AYM, 16.07.2014, B.N. 2013/2744.

⁴⁴ TOYDEMİR, s. 141.

⁴⁵ RÜZGARESEN, s. 36, 37.

III. “USUL EKONOMİSİ” İLKESİ VE “ADİL YARGILANMA HAKKI” İLİŞKİSİ

Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin⁴⁶ 6. maddesinde (6/1) düzenlenmiş⁴⁷ ve 2001 senesinde 1982 Anayasasının 36. maddesine eklenmiştir⁴⁸. Maddede yargı yerleri bakımından bir fark gözetilmemektedir⁴⁹. Söz konusu ilke aynı zamanda, Anayasa'nın 90. maddesi gereğince de⁵⁰, yargı yerleri tarafından dikkate alınmak durumundadır. AİHS'nin konuyu düzenleyen 6. maddesinin, pek çok ilkeyi içerdiği ve yargılamanın hakkaniyete uygun olarak yürütülmesi amacını hedeflediği belirtilmektedir⁵¹. Maddede her ne kadar medeni hak ve yükümlülükler ile suç isnadından bahsedilmekte ise de, AİHM özel nitelikteki hak ve yükümlülükleri etkileyen yargısal süreçleri medeni hak ve yükümlülükler bağlamında 6. madde kapsamında görmekte, bu noktada uygulanan ulusal hukukun kamu hukuku olmasını dikkate almamaktadır⁵². Mahkeme, kamu hukuku kaynaklı

⁴⁶ “Sözleşme” olarak ifade edilecektir.

⁴⁷ m. 6: “1. Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan, kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından dâvasının mâkul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir...”; <http://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/Sayfalar/merkezler/cmk/aihs.pdf>

⁴⁸ D15D, 07.02.2017, E. 2015/7308, K. 2017/555.

⁴⁹ TOYDEMİR, s. 71.

⁵⁰ m. 90: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”, Anayasadaki 2004 değişikliği ile getirilen düzenlemenin normlar hiyerarşisi anlamında sonuçlarına burada değinilmeyecektir.

⁵¹ Sibel İNCEOĞLU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı (Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler), Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, s. 4., İlkenin yargılama hukukuna ilişkin ilkeleri belirlemesi konusunda bkz. İNCEOĞLU, (2005), aynı sayfa.; TOYDEMİR, s. 28.

⁵² TOYDEMİR, s. 10, 11.; AİHM içtihadı konusunda detaylı bilgi için bkz. İNCEOĞLU, (2005), s. 22 vd.; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 6. madde kapsamında yer alacak uyuşmazlıklar konusunda yorumu konusunda detaylı bilgi için bkz. Durmuş TEZCAN , “Adil (Dürüst) Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı Açısından İdari Uyuşmazlıkların Durumu”, Yıldızhan Yayla'ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No: 4, İstanbul 2003, s. 469 vd.; “...AİHM adil yargılanma güvence ve ölçütlerini sağlamaları koşulu ile, ulusal mahkemelerdeki görev bölümünü çok fazla önemsememektedir. Sözleşme'nin korunması altındaki bir hakkın, adli ya da idari yargının görevine girmesi, yargılanma yöntem ve güvenceleri açısından farklı uygulamalara gerekece gösterilemez.

ancak kişilerin özel nitelikli haklarını etkileyen bu alanı geniş yorumlama eğilimi içindedir⁵³. O halde, ilkenin idari yargı kolundaki önemi ve anlamı da bu derece genişlemektedir⁵⁴. Mahkeme aynı şekilde” suç isnadı” nı da geniş algılamakta⁵⁵ ve ilkenin idari yargı bakımından ağırlığını ön plana çıkarmaktadır.

Adli yargılanma hakkı ile yargılamanın “etkin” ve “gerçek” bir hukuki koruma sağlayacak şekilde gerçekleştirilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır⁵⁶. Anayasa Mahkemesi’nin de ifade ettiği üzere “...*Adil yargılanma hakkı bireylere dava sonucunda verilen kararın değil, yargılama sürecinin ve usulünün adil olup olmadığını denetleme imkânı verir...*”⁵⁷. Adil yargılama hakkının genel kabul gören alt ilkelerine bakıldığında yargılama hukukuna ilişkin pek çok prensibi kapsamına aldığı dikkat çekmektedir⁵⁸. Sözleşmenin

Belirleyici olan uyumsuzluğun konusunu oluşturan haktır...”, Güney DİNÇ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Silahların Eşitliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2005, Sa. 57, s. 297.; <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-57-127>

⁵³ TOYDEMİR, s. 11., Erhan ÇİFTÇİ, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılama İlkesi ve İdari Yargı”, Danıştay Dergisi, Sa. 106, s. 79.; Örneğin Anayasa Mahkemesi AİHM nin bu eğilimini bazı kararlarında açıklamaktadır: “...28. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ilke olarak kamu görevlileri ile ilgili uyumsuzlukların adil yargılanma hakkı kapsamında ele alınabileceğini kabul etmektedir. Ancak devlet ile ona özel bir güven ve sadakat bağı ile bağlı olan kamu görevlileri (asker, polis vb.) açısından konuyu ayrı değerlendirmektedir. Bu çerçevede kamu görevlileri ile devlet arasındaki uyumsuzlukların adil yargılanma hakkının kapsamı dışında tutulabilmesi için şu iki koşulun birlikte gerçekleşmiş olması gerekir. İlk olarak devlet, söz konusu uyumsuzluğa ilişkin iç hukukunda mahkemeye başvuru hakkını tanımamış olmalıdır. İkinci olarak bu yoksun bırakma devletin menfaatiyle ilgili objektif sebeplerle haklı kılınmalıdır. Başka bir ifadeyle, devlet uyumsuzluk konusunun kamu gücünün icrası ve devlete özel bir sadakat ve güven bağı ile alakalı olduğunu açıkça ortaya koymalıdır (Bkz. Vilho Eskelinen/Finlandiya, B. No: 63235/00, 19/4/2007, § 62)...*”; “AYM, 07.11.2013, B.N. 2012/660.; “...Hukuk sisteminde yer alan mevzuat hükümleri gereğince “kamu hukuku” alanına dâhil olan, ancak sonucu itibarıyla özel nitelikteki haklar ve yükümlülükler üzerinde belirleyici olan uyumsuzlukları konu alan davalar da, Anayasa’nın 36. maddesi ve Sözleşme’nin 6. maddesinin koruması kapsamına girmektedir. Bu anlamda, belirtilen düzenlemelerde yer verilen güvenceler, başvurucunun haklarına zarar verdiği iddia edilen idari bir kararın iptali talebiyle açılan davalara da uygulanacaktır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. De Geouffre de la Pradelle/Fransa, B. No: 12964/87, 16/12/1992)....” AYM, 07.11.2013, B.N. 2012/1198.

⁵⁴ Bkz. TOYDEMİR, s. 12-20.

⁵⁵ Bkz. İNCEOĞLU, (2005), s. 83 vd.; TOYDEMİR, s. 21-25.; vergi uyumsuzlukları konusunda bkz. TOYDEMİR, s. 25 vd.

⁵⁶ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl , s. 845.; TANRIVER, s. 191.

⁵⁷ AYM, 21.11.2013, B.N. 2012/1061., AYM, 24.06.2015, B.N. 2013/4513., AYM, 20.11.2014, B.N. 2013/2349.

⁵⁸ İNCEOĞLU, (2005), s. 4.; Yine bkz. Müslüm AKINCI , İdari Yargıda Adil Yargılanma

6. maddesinin lafzı çerçevesinde, (adil yargılanma hakkı bağlamında) kişiler; kanun tarafından kurulan bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye başvurma; ayrıca makul sürede, aleni, hakkaniyete uygun şekilde yargılanma hakkına sahiptirler⁵⁹.

Öncelikle belirtilmelidir ki, 6. maddenin 1. fıkrasında açık bir biçimde “mahkemeye başvuru” dan bahsedilmeyip, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede hakkaniyete uygun şekilde yargılanmaktan bahsedilmektedir. Ancak bu durumun öncelikli olarak, bu özellikleri barındıran bir yargı yerine başvuru yapabilmeyi ifade etmesi olağandır⁶⁰. Öyle ki adil yargılanma hakkının bir parçası olması bakımından dava hakkının adil yargılanma hakkının kurucu unsuru olduğu ifade edilmektedir⁶¹.

Madde uyarınca, başvurulacak olan mahkeme aynı zamanda, “kanunla” kurulmuş olmak zorundadır. Durumun hukuk sistemimiz açısından yansımaları 1982 Anayasası’nın 142. maddesinde “*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.*” şeklinde yer bulmaktadır. Bu durum ise, mahkemelere uyumsuzluğun görev ve yetki alanında olup olmadığı noktasında denetleme yapma imkânını vermektedir⁶². Anılan hususun ayrıca, yargılamanın yapılacağı mahkemenin hangisi olduğunun uyumsuzluk ortaya çıkmadan belirli olması anlamına gelen “tabii hâkim ilkesi” ile yakından ilişkili olduğu, bu ilkeyi ortaya çıkardığı da hatırlatılmalıdır⁶³.

Kanuna uygun şekilde teşekkül edip yargılama yapan yargı yerinin aynı zamanda tarafsız ve bağımsız olması gerekmektedir⁶⁴. Bağımsızlık,

Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 1.

⁵⁹ TANRIVER, s. 193.; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince kabul edilen zımnî unsurların bazıları için (isim) bkz. İNCEOĞLU, (2005), s. 5.

⁶⁰ İNCEOĞLU, (2005), s. 5, 106.

⁶¹ Ayvaz CEBRE, “Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı,” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1, Y. 2, Sa. 5, Nisan 2011, s. 381, <http://www.taa.gov.tr/dosya/dergiler/taad5/files/assets/basic-html/page380.html> .; Cebre 381. sayfada dava açma hakkının neredeyse hak arama özgürlüğü ile aynı hususu ifade ettiğini belirtmektedir.; “Adil yargılanma hakkı”nın hak arama özgürlüğünün kullanılmasından (hak arama yoluna başvurulmasından) sonra ortaya çıkan bir farklı hak oluşu; hak arama özgürlüğünün “etkililiğini” teminine yardım eden haklardan olduğu yönünde bkz. İsmail KÖKÜSARI, “Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Sa.1, s. 165., http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/15_1_7.pdf ; Hak arama hürriyetinin kapsamına idari ve siyasi başvuruların da girmesi hakkında bkz. KÖKÜSARI, s. 166.

⁶² DEMİRCİOĞLU, s. 68.

⁶³ Bkz. ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl, s. 848.

⁶⁴ Bkz. 1982 Anayasası m. 9, m. 138.

emir almama ya da dış etkenlerin baskısı olmadan faaliyetini yürütmeye ilişkindir⁶⁵. Tarafsızlık⁶⁶ ise; hem mahkemelerin güven oluşturmaya yönelik yani “kurumsal”⁶⁷ yönüyle objektif, hem de hâkimin kişisel konumu ile ilgili olan sübjektif tarafsızlıktır⁶⁸.

Hakkaniyete uygun yargılama⁶⁹ ise oldukça soyut nitelikteki bir ilke olup⁷⁰, yargılamanın tamamı dikkate alınarak tespite varılabilen bir ilkedir⁷¹. Ancak genel olarak belirtmek gerekirse, hakkaniyete uygun bir yargılama yapıldığından söz edebilmek için, silahların eşitliği, çelişmeli yargılama, kararların gerekçeli olması gibi ilkelerin sağlanması, delillere ilişkin temel prensiplerin işletilmesi gerekmektedir⁷². Yargılamanın silahların eşitliği ilkesine uygun gerçekleştirildiğinden bahsedebilmek, tarafların yargılama makamları nezdinde eşit hak ve yükümlülükler sahip kılınmasını gerektirmektedir⁷³.

⁶⁵ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl, s. 850.; Ayrıca bkz. Münci KAPANI, İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1956, s. 1, 4.

⁶⁶ Bağımsızlık ve tarafsızlık konusunda detaylı bilgi için bkz. Gürsel KAPLAN, İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Ocak 2018, s. 53 vd.

⁶⁷ DEMİRCİOĞLU, s. 52.; İNCEOĞLU, (2005), s. 188.; ÇİFTÇİ, s. 88.

⁶⁸ DEMİRCİOĞLU, s. 52.; İNCEOĞLU, (2005), s. 188.; ÇİFTÇİ, s. 88.

⁶⁹ Bkz. İHEB, m.10.: “Herkes, haklarının, vecibelerinin veya kendisine karşı cezai mahiyette herhangi bir isnadın tespitinde, tam bir eşitlikle, davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil bir şekilde ve açık olarak görülmesi hakkına sahiptir.”, https://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17.html

⁷⁰ CEBRE, s. 386.

⁷¹ TOYDEMİR, s. 46vd.

⁷² Bkz. CEBRE, s. 386, DEMİRCİOĞLU, s. 104., ÇİFTÇİ, s. 91,92.

⁷³ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl, s. 854.; Bkz. Yasemin ÖZDEK, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, TODAİE Yayını, Ankara, 2004, s. 212.; İNCEOĞLU, (2005), s. 220.; İnceoğlu aynı sayfada, hak ve yükümlülükler konusundaki bu dengenin yargılamanın her aşamasında korunması gereğine dikkat çekmektedir.; Buradaki eşitlik hem taraflar arasında konumsal anlamda ayırım yapmamayı gerektiren “şekli”, hem de hakkın yerine getirilmesi noktasında taraflara eşit fırsat tanıma anlamındaki “maddi” eşitliği kapsamaktadır. ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl ,s. 855.; “...70. Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri silahların eşitliği ilkesidir. Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usuli haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelmektedir (B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 32). Kural olarak başvuru, davanın karşı tarafına tanınan bir avantajın kendisine zarar vermiş olduğunu veya bu durumdan olumsuz etkilendiğini ispat etmek zorunda değildirler. Taraflardan birine tanınan, diğerine tanınmayan avantajın, fiilen olumsuz bir sonuç doğurduğuna dair delil bulunmasa da silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş sayılır. (Bkz., AİHM, Zagorodnikov/Rusya, B. No: 66941/01, 7/6/2007, § 30)... 74. Ceza davaları ile medeni hak ve yükümlülükler ilişkili davaların usul kuralları da dâhil olmak üzere

İlke idari yargılama usulünü etkilemektedir ve “usuli eşitlik” olarak da ifade edilmektedir⁷⁴. Ayrıca idarenin kamu gücü kullanma yetkisi ile donatılması, anılan ilkeyi idari yargı bakımından daha da önemli hale getirmektedir⁷⁵. Hak ve yükümlülüklerle ilişkin bu dengenin sağlanması çelişmeli yargılamanın uygulanması ile de sıkı şekilde bağlantılıdır⁷⁶. Çelişmeli yargı ilkesi ise tarafların delil ve belgeler hakkında bilgi sahibi olup⁷⁷, bu konuda yargılama makamı nezdinde yorum yapma fırsatına sahip olmasını ifade etmektedir⁷⁸.

yargılamanın tüm aşamalarında silahların eşitliği ilkesi ve çelişmeli yargılama hakkının güvence altına alınarak adil yargılanma hakkının korunması hukuk devleti olmanın bir gereğidir.” AYM, 26.06.2014, B.N. 2013/6428.

⁷⁴ İNCEOĞLU, (2005), s. 220.

⁷⁵ TOYDEMİR, s. 47.

⁷⁶ İNCEOĞLU, (2005), s. 221.; CEBRE, s. 386.; ÖZDEK, s. 212.; Bkz. AYM, 16.07.2014, B.N. 2013/2744., “...25. Ceza davaları ile medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davaların usul kuralları da dâhil olmak üzere yargılamanın tüm aşamalarında silahların eşitliği ilkesi ve çelişmeli yargılama hakkının güvence altına alınarak adil yargılanma hakkının korunması hukuk devleti olmanın bir gereğidir....” AYM, 10.12.2014, B.N. 2012/774.; AYM, 20.11.2014, B.N. 2013/2349., “...Çelişmeli yargılama ilkesi, silahların eşitliği ilkesi ile yakından ilişkili olup, bu iki ilke birbirini tamamlar niteliktedir. Zira çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmesi durumunda, davasını savunabilmesi açısından taraflar arasındaki denge bozulacaktır...” AYM, 26.06.2014, B.N. 2013/6428.

⁷⁷ Dosyayı inceleme, dosyadan örnek alabilme, bilirkişi raporuna vakıf olabilme/itiraz edebilme gibi hususlar da hakkaniyete uygun yargılanma kapsamındadır. DEMİRCİOĞLU, s. 133; ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s. 855.

⁷⁸ İNCEOĞLU, (2005), s. 221, 249.; Delillere karşılık verebilme, tanıklara soru sorma gibi hususlar da çelişmelilik (çelişiklik) içinde yer almaktadır. Bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 133.; “...74. Adil yargılanma hakkının unsurlarından olan çelişmeli yargılama ilkesi, taraflara dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını ve bu nedenle tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmasını gerektirmektedir (B. No: 2013/4424, 6/3/2013, § 21). Bu ilke ve bu ilkeyle bağlantılı olan yargılamaya etkin katılım hakkı, adil yargılanma hakkının somut görünümleridir. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı bir çok kararında, ilgili hükmü Sözleşmenin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, gerek Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen bu ilke ve haklara, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38)...”, AYM, 16.07.2014, B.N. 2013/2738. ; AYM, 16.07.2014, B.N. 2013/2744., “...71. Çelişmeli yargılama ilkesi ise taraflara dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını ve bu nedenle tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmasını gerektirmektedir. Bu anlamda, mahkemece tarafların dinlenilmemesi, delillere karşı çıkma imkanı verilmemesi, yargılama faaliyetinin hakkaniyete aykırı hale gelmesine neden olabilecektir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Ruiz-Mateos/İspanya, B. No. 12952/87, 23/06/1993, § 63)... Çelişmeli yargılamanın medeni haklara ilişkin davalarda da kabul ediliyor olması, medeni bir hakka ilişkin yargılamada tarafların duruşmada hazır bulunması da dahil olmak üzere, yargılamanın bütününe aktif olarak katılmalarını gerektirir (B. No: 2013/1780, 20/3/2014, § 25)...”, AYM, 26.06.2014, B.N. 2013/6428.; AYM, 10.12.2014, B.N. 2012/774; AYM, 15.10.2014, B.N. 2013/997; AYM, 13.04.2016,

Bunların yanısıra duruşmada hazır bulunma, delillere ulaşma, mahkeme kararının gerekçeli olması, avukat ile temsil olunabilme gibi hususlar da hakkaniyete uygun yargılanma kapsamındadır⁷⁹. İnsan onuruna saygı da adil yargılanma ile ilişkisi yadsınmaz bir diğer husustur⁸⁰.

Adil yargılanma hakkının bir diğer unsurunu ise yargılamanın aleniliği oluşturmaktadır. Söz konusu aleniyet davanın tarafları dışındaki kimselerin yargılama sürecini takip edebilme olanağına sahip olmasıdır⁸¹. Bu olanağın getirilme amacı yargılama faaliyetinin objektifliğinin dolayısıyla yargıya olan güvenin sağlanması olmakla beraber, bu şekilde aleni gerçekleşen bir yargılamanın müdahaleye maruz kalma olasılığının azaldığı da vurgulanmalıdır⁸². Anayasanın 141. maddesi uyarınca da, duruşmalar kural olarak açık olarak yapılır⁸³. Yargılamanın aleniliğinden söz edildiğinde anlaşılması gereken bir diğer konu da, Sözleşmenin ilgili maddesinden türetilen ve daha sonra detaylı

B.N. 2013/6133., AYM, 20.11.2014, B.N. 2013/2349.

⁷⁹ İNCEOĞLU, (2005), s. 220 vd. ; TOYDEMİR, s. 46vd.; Ayrıca, silahların eşitliği ve çelişme ilkesini sağlamada duruşmada hazır olmanın önemi için bkz. CEBRE, s. 386.

⁸⁰ Silahların eşitliği ilkesinin eşitlik ilkesi, sosyal devlet ve insan onuruna dayanması hususunda bkz. ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl, s. 855. ; Adli yardım aracılığıyla hak arama hürriyeti kullanımı da hakkaniyete uygun yargılama sağlanabilmesi bakımından önem arz etmektedir. DEMİRCİOĞLU, s. 116 vd.; Hakkaniyete uygun yargılamanın unsurları hakkında detaylı bilgi için bkz. ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl, s. 854 vd.

⁸¹ TANRIVER, s. 201., "...Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birisi de Anayasa'nın 141. maddesinde düzenlenen yargılamanın açık ve duruşmalı yapılması ilkesidir. Yargılamanın açıklığı ilkesinin amacı adli mekanizmanın işleyişini kamu denetimine açarak yargılama faaliyetinin saydamlığını güvence altına almak ve yargılamada keyfiliği önlemektir. Bu yönüyle anılan ilke hukuk devletinin en önemli gerçekleştirme araçlarından birisini oluşturur..." YHGK, 21.03.2018, E. 2016/4-1514, K. 2018/493.

⁸² ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl, s. 895, 896., ÇİFTÇİ, s. 93.; Ayrıca bkz. "...Yargılamanın açıklığı ilkesinin amacı adli mekanizmanın işleyişini kamu denetimine açarak yargılama faaliyetinin saydamlığını güvence altına almak ve yargılamada keyfiliği önlemektir. Bu yönüyle hukuk devletinin en önemli gerçekleştirme araçlarından birisini oluşturur..." AYM, 05.11.2014, B.N. 2013/6986; AYM, 22.01.2015, B.N. 2013/5516; "...duruşmaların kamuya açık olarak yürütülmesine ilişkin gereklilik, adil yargılanma hakkının en önemli güvencelerinden biri olup temel gayesi; kişileri, kamu denetiminden uzak, kapalı kapılar ardında yürütülmekte olan gizli bir yargılama ve bunun doğuracağı endişelerden korumaktır. Dolayısıyla yargılamanın şeffaflığı, mahkemeye duyulması gereken güvenin pekişmesini sağlamak ve davaların adil bir şekilde görülmesini temin etmek bakımından önemlidir. 47. Yargılamanın açıklığı ilkesinin amacı, adli mekanizmanın işleyişini kamu denetimine açarak yargılama faaliyetinin saydamlığını güvence altına almak ve yargılamada keyfiliği önlemektir. ..." AYM, 05.11.2015, B.N. 2013/7011.

⁸³ İstisnalar için bkz. Anayasa m. 141.

olarak değinilecek olan “yargılamanın duruşmalı gerçekleştirilmesi” dir⁸⁴.

Adil yargılanma hakkının yukarıda aktarılan unsurları yargılama faaliyetinin adalete uygun gerçekleştirilmesi yanında; yargılamayı basitleştirmek, düzene sokmak yönüyle aynı zamanda dolaylı da olsa yargılamanın makul sürede tamamlanmasına hizmet etmektedir. “Makul sürede yargılanma” ise, usul ekonomisi ilkesinin adil yargılanma ile bağlantısı en belirgin yönünü oluşturmaktadır⁸⁵. Söz konusu unsura ilişkin açıklamalar aşağıda “usul ekonomisi” incelenirken yapılacaktır.

IV. GENEL OLARAK “USUL EKONOMİSİ” İLKESİ

Yargılamanın işleyişine yönelik⁸⁶ bir ilke olan “usul ekonomisi” ne ilişkin medeni yargılama hukuku eserleri⁸⁷ ve Yargıtay kararları⁸⁸ uyarınca yargılamanın “basit”, “makul sürede (hızlılık)” ve “makul giderlerle (gereksiz

⁸⁴ İNCEOĞLU, (2005), s. 343.

⁸⁵ YILMAZ, (2008), s. 264.; TOYDEMİR, s. 140.

⁸⁶ RÜZGARESEN, s. 37.

⁸⁷ Örneğin bkz. YILMAZ, (2008), s. 250 vd.; ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usul, s. 886 vd.; ÇETİN, s. 84 vd.

⁸⁸ “...Benzer ya da aynı doğrultuda karar vermeyi gerektiren durumlarda davalar birleştirilerek ortak yargılama sürecine girildiğinde, deliller birlikte toplanarak gereksiz zaman kaybı ve masraf yapılmasının önüne geçilmekte, böylece basit, ucuz ve hızlı yargılama ile usul ekonomisi amacı gerçekleştirilmiş olmaktadır...”, YHGK, 14.02.2018, E. 2017/15-246, K. 2018/206; “...Usul ekonomisi, medenî yargılama hukukuna egemen olan ilkelere dâir biridir. Anayasanın 141. maddesinin dördüncü fıkrasında ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 77. maddesinde ifade edilen emredici nitelikteki bu ilke, yargılamanın amacına hizmet eden araçlardan biridir. Usul ekonomisi, yasalarda öngörülen düzenleme çerçevesinde yargılamanın kolaylaştırılmasını, yargılamada öngörülen olağan zaman süresinin asılmamasını ve gereksiz gider yapılmamasını amaçlar ve bunu hâkime bir görev olarak yükler. (Yılmaz, E. Usul Ekonomisi, AÜHFD, 2008, s.243) Yargıtaya göre de usul ekonomisi adaletin ucuz, çabuk ve isabetli olarak sağlanmasının temel kurallarındandır. (HGK 10.4.1991, 15-91/202). İslahla dava konusunun artırılmamasına dair HUMK m. 87 hükmünün son cümlesinin Anayasa Mahkemesince iptali kararında usul ekonomisi de gerekçe olarak yer almıştır. (Anayasa Mahkemesi'nin 20.7.1999 tarihli ve 1/33 Sayılı kararı, Resmî Gazete 4.12.2000, s.24220) Bu kararda “...müddeabihin islah suretiyle artırılmasına olanak tanınmaması davaların en az giderle ve olabildiğince hızlı biçimde sonuçlandırılmasına engel olacağından, Anayasanın 141. maddesine aykırıdır.” şeklindeki gerekçe ile bu yöndeki kuralın iptali gerektiği sonucuna varılmıştır...” YHGK, 15.02.2017, E. 2015/7-917, K. 2017/265. , “...Davaların birleştirilmesi ve ayrılması müesseselerinin temelinde usul ekonomisi ilkesi yatar (Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, İstanbul 2001, s. 3392). 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 30'uncu maddesinde düzenlenen usul ekonomisi ilkesi, Anayasal dayanağı olan bir ilke olup 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 141'inci maddesinin dördüncü bendinde davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğuna açıkça işaret edilmiştir...”, YHGK, 27.06.2018, E. 2018/19-468, K. 2018/1257.

gider yapılmaksızın) yapılması (ucuzluk)” nı içermektedir⁸⁹. Nitekim Danıştay da ilkeyi benzer şekilde tanımlamaktadır: “...5233 Sayılı Kanun kapsamında yapılan başvurularda; mal varlığına ulaşamadığını ileri süren kişilerin her yıl başvuru yapmasını ve sonucuna göre dava açmasını beklemenin hak arama özgürlüğünü kısıtlayacağı **ve yargılamanın mümkün olan süratle ve az masrafla sonuçlandırılması yani usul ekonomisi ilkesine aykırı olacağından** ...⁹⁰”. Doktrinde adil bir yargılama ve etkin hukuki korumanın, yargılama yapılan alanın özellikleri de dikkate alınarak ve sayılan alt unsurlara uygunluk çerçevesinde ortaya çıkabileceği de belirtilmektedir⁹¹. Bu başlık altında; kısaca bu alt unsurların ne anlama geldiğine değinilecektir. Sonrasında ise, idari yargılama usulünde yazılılık ilkesinin giriş kısmında belirtilen istisnaları bu kapsamda ele alınacaktır.

A. BASİTLİK

Basitlik ilkesi doktrinde genel olarak tek başına, usul ekonomisi ilkesinin unsurları içinde sayılmakla beraber⁹², usul ekonomisinin unsurlarından birisi olarak “yargılamanın düzenli biçimde yapılması” kabul edilerek (yargılamanın kalite standartlarına uygun bir hizmetle ve düzenli biçimde yapılması), bunun alt unsurlarından bir tanesi olarak da kabul edilebilmektedir⁹³. Ancak unsurların belirlenmesi hangi kategorik şekilde

⁸⁹ Bu noktada ayrıca bkz. RÜZGARESEN, s. 45.

⁹⁰ D15D, K.T. 07.02.2018, E. 2015/704, K. 2018/1269; D15D, 16.01.2018, E. 2015/5679, K. 2018/67.; “...Yorumu ve çözümü hakime ait bulunan konularda birlikişkiye başvurulması, birlikişilik müessesesinin açıklanan amaç ve tanımına uygun düşmeyeceği gibi usul ekonomisi olarak adlandırılan davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılacağı yolundaki Anayasa hükmüne de aykırılık teşkil eder...” D3D, 25.06.2007, E. 2006/2624, K. 2007/2106; Ayrıca bkz. “...Anayasa'nın 141. maddesinin dördüncü fıkrası “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir” diyerek “usul ekonomisi” ilkesi gereğince, gereksiz yere dava açılmamasını, açılan davaların da en çabuk, basit ve ekonomik bir şekilde sonuçlandırılmasını emretmektedir...”, Bkz. Ek gerekçe, Erdal TERCAN, AYM, 16.02.2012, E. 2011/35, K. 2012/23; “...18. Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasında “Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir: “ denilmiş ve “usul ekonomisi” olarak da adlandırılan bu ilkeyle yargılama maliyetinin en düşük şekilde olmasının ve bu sürecin mümkün olan en hızlı yöntemlerle gerçekleştirilmesinin yargının görevlerinden olduğu ifade edilmiştir...” AYM, 28.03.2018, E. 2017/120, K. 2018/33.

⁹¹ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usül s. 888.

⁹² Bkz. YILMAZ, (2008), s. 251 vd.; ÇETİN, s. 84 vd.

⁹³ RÜZGARESEN, s. 217.; “Yargılamanın düzenli biçimde yürütülmesi, yargılamanın, hâkim tarafından devlet egemenliğine yaraşır bir şekilde, takdir yetkisini aşmadan usul kurallarına uygun olarak ve tarafların da desteği ile belli harmoni içinde yapılmasıdır” , RÜZGARESEN, s. 215.

yapılırsa yapılısın, “basitlik” usul ekonomisinin gereklerinden bir tanesini oluşturmaktadır. Basitlik, doktrinde iki kutuplu şekilde ele alınmaktadır: Bir yönünü yargılama faaliyetinin zorlaştırılmaması oluştururken, diğer yönünü de yargısal faaliyetin işleyişinin kolaylaştırılmasına imkân tanınmasıdır⁹⁴. Yargılama faaliyetinin zorlaştırılmaması, aynı zamanda hâkimin kanunu uygulama yükümlüğünün bir uzantısıdır⁹⁵. İlkenin ikinci yönü yani yargısal faaliyetin kolaylaştırılması ise, usul hükümlerinin tatbikinde ve yoruma imkân veren hallerde usul ekonomisi gereklerine uygun uygulama/yorumlamayı ifade etmektedir⁹⁶. Aslında bu durum, büyük oranda içtihatla şekillenen idari yargılama bakımından daha büyük bir anlam ifade etmektedir. Yargılamanın basit şekilde ve makul sürelerle tamamlanması, aynı zamanda yargıya olan güvenin sağlanması noktasında da zorunlu hususlardan sayılmaktadır⁹⁷.

B. YARGILAMANIN MAKUL SÜREDE YAPILMASI (HIZLILIK)

Yargılama faaliyetinde uyuşmazlığın makul süre içinde çözümlenmesi, etkili bir yargısal korunma sağlanması ile ilişkilidir⁹⁸ ve bu sürenin aşılması, yargının önemli sorunlarından bir tanesidir⁹⁹. Yargılamada hızlılığın temin edilmesi, esasen; gereksiz zaman harcanmasından kaçınmak suretiyle, yargılama faaliyetinin sona erdirilmesidir¹⁰⁰. Tanrıver yargılamanın makul sürede yapılmasının “yargılama işlemlerinin sürüncemede bırakılması” engelleme fonksiyonuna işaret etmektedir¹⁰¹. Bu fonksiyon (koruma), hükmün kesinleşmesi aşamasını da kapsamaktadır¹⁰². Ancak başlangıç anı

⁹⁴ YILMAZ, (2008), s. 252.; ÇETİN, s. 85.; RÜZGARESEN, s. 217-219.; ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl, s. 887vd.

⁹⁵ YILMAZ, (2008), s. 252.

⁹⁶ YILMAZ, (2008), s. 252.; ÇETİN, s. 85.; RÜZGARESEN, s. 217-219.

⁹⁷ Nurben ÖMERBAŞ, “İdari Yargılama Usulünde Hızlandırıcı Mekanizmalar”, Danıştay 141. Yıl Sempozyumu, Danıştay Matbaası, Ankara, 2010, s. 96., https://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_105314.pdf

⁹⁸ ÖMERBAŞ, 96.

⁹⁹ YILMAZ, (2008), s. 263.

¹⁰⁰ Bkz. ÇETİN, s. 86.

¹⁰¹ TANRIVER, 198., “...40. Makul sürede yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunması olup, hukuki uyuşmazlığın çözümünde gerekli özenin gösterilmesi gereği de yargılama faaliyetinde göz ardı edilemeyeceğinden, yargılama süresinin makul olup olmadığının her bir başvuru açısından münferiden değerlendirilmesi gerekir (B. No:2012/13, 2/7/2013, § 40)...” AYM, 07.11.2013, B.N. 2012/1198.

¹⁰² Makul sürenin başlangıç ve bitişi hususunda bkz. TANRIVER, s. 199.; RÜZGARESEN,

konusunda davanın açılmış olması, dava dilekçesinin davalıya tebliği hatta idari başvurunun yapılması gibi farklı anlar dikkate alınabilmektedir¹⁰³. Buradaki hızlılık, yargılama faaliyetinin “oldu bittittiye” getirilmesi anlamında anlaşılmalıdır¹⁰⁴. Çünkü bu tarz bir uygulama içerisinde sürat sağlamak, yargılama faaliyetinin tatminkâr sonuçlara ulaşmasına da engel niteliktedir¹⁰⁵. O halde, söz konusu olan hızlılık, tatmin edici sonuca gereksiz işlemler/faaliyetlerden kaçınarak ve zaman kaybına da yol açmadan ulaşılmıştır. Doktrinde bu durum, davanın hızlı karara bağlanması ile özenli yürütülmesi arasındaki çatışma olarak sayılıp, hâkimin bu noktada denge sağlama işlevine dikkat çekilmektedir¹⁰⁶. Usul ekonomisinin bu alt ögesinin etkin hale getirilmesi bireylerin haklarına gecikmeden ulaşmasını sağlama ya da iş yükünün artışının önüne geçilmesi gibi çeşitli amaçlara hizmet etmektedir¹⁰⁷. “Makul sürenin aşılp aşılmadığı”, emsal olaylardaki yargılama

s. 174.; Hatta hükmün icrasının da makul süre hesabında dikkate alınması söz konusu olabilmektedir., AKINCI, (2008), s. 272.; RÜZGARESEN, s. 181.; İdari yargılamada idari başvurular da bu bağlamdadır. AKINCI, (2008), s. 272.; İNCEOĞLU, (2005), s. 377.; Sibel İNCEOĞLU, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Şen Matbaa, Ankara, Kasım 2007, s. 114.; TANRIVER, s. 199.; Benzer yönde AYM kararı için örneğin bkz. AYM, 11.06.2018, B.N. 2014/8722.

¹⁰³ Detaylı bilgi için bkz. RÜZGARESEN, s. 178-180., Örneğin bkz. “...57. Yargılama faaliyetinin makul sürede gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanması için, öncelikle uyumsuzluğun türüne göre değişebilen, başlangıç ve bitiş tarihlerinin belirlenmesi gereklidir...” AYM, 16.07.2014, B.N. 2013/2744.; AYM, 07.11.2013, B.N. 2012/1198.; AYM, 28.05.2014, B.N. 2013/5049.

¹⁰⁴ Bkz. ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl, s. 888, 889.; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 171.; YILMAZ, (2008), s. 263, 264.; ÇETİN, s. 86, 102, 103.; “...Ne var ki; temelini basitlik, hızlılık ve ucuzluk kavramlarının oluşturduğu ve her davada uygulanma kabiliyeti bulunan emredici nitelikteki usul ekonomisi ilkesi mahkemeye ve taraflara acelecilik ve yargılamayı basite indirgeme sonucunu doğuracak şekilde sınırsız özgürlük tanımaz. Zira, yukarıda açıklanan usul hukukunun taraflara öngörülebilirlik koruması sağlayan şekilciliği ve bu ilkeden vücut bulan iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının usul ekonomisi ilkesi ile birlikte dengede tutulması “adaletli karar vermek” amacının sağlanması için zorunludur. ...” YHGK, 15.02.2017, E. 2015/7-917, K. 2017/265.; Rüzgaresen, makul sürede sınırı belirleyecek (üst sınır olarak) ölçüt olarak, maddi gerçeğin bulunması ve adli hata yapılmaması” nı görmektedir. RÜZGARESEN, s. 188.

¹⁰⁵ Bkz. RÜZGARESEN, s. 175 vd., Rüzgaresen 177. sayfada, usul ekonomisi ile maddi gerçeğe en makul sürede erişilmesinin hedeflendiğine işaret etmektedir., Ayrıca bkz. YILMAZ Ejder, (2008), s. 246.; DEMİRCİOĞLU, s. 103.

¹⁰⁶ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl, s. 888.; TANRIVER, s. 200.

¹⁰⁷ RÜZGARESEN, s. 176-178., “...54. Makul sürede yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunması ile adaletin gerektiği şekilde temini ve hukuka olan inancın muhafazası olup, hukuki uyumsuzluğun çözümünde gerekli özenin gösterilmesi gereği de yargılama faaliyetinde göz ardı edilemeyeceğinden, yargılama süresinin makul olup

süreci ve mevcut yargılamanın kendine özgü özellikleri dikkate alınmak suretiyle belirlenebilecektir¹⁰⁸. Bu noktada yargılamanın makul sürede tamamlanmış olmasının, davanın sonucunda farklılık yaratmayacağına, adil yargılanma hakkının ihlali iddiası durumunda bir savunma vasıtası olarak ileri sürülemeyeceği de belirtilmelidir¹⁰⁹. Yargılamanın makul sürede tamamlanmaması yargı yerlerine olan güveni azaltacağı gibi aynı zamanda bireylerin uyuşmazlıkları yargı organı önüne taşınma yolundan imtina etmeleri sonucunu da doğurabilecektir¹¹⁰. Yargılama sürelerinin uzaması; idareleri davanın sonucunu öngörmek istemeleri ve oluşan tereddüt nedeniyle; kamu

olmadığının her bir başvuru açısından münferiden değerlendirilmesi gerekir (B. No: 2012/13,2/7/2013, § 40)...” AYM, 16.07.2014, B.N. 2013/2744.

¹⁰⁸ ÇETİN, s. 87.; ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl , s. 889.; İNCEOĞLU , (2007), s. 112.; Bkz. AİHM, Alphan-Türkiye, 08.02.2011, B.N. 770/04, AİHM, Kan-Türkiye, 08.02.2011, B.N. 29965/05, AİHM, Akat- Kaynar Türkiye, 15.02.2011, B.N. 34740/04, 2399/06, AİHM, Terzi-Türkiye, 25.01.2011, B.N. 23086/07, AİHM, Zaman-Türkiye, 25.11.2011, B.N. 17839/07; “...49. Sözleşme metni ile AİHM kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümleri olan alt ilke ve haklar, esasen Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı bir çok kararında, ilgili hükmü Sözleşme'nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, gerek Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan gerek AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen ilke ve haklara, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir (B. No: 2012/13,2/7/2013, § 38). 50.Somut başvurunun dayanağını oluşturan makul sürede yargılanma hakkı da yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil olup, ayrıca davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirten Anayasa'nın 141. maddesinin de, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 39). 51. Makul sürede yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunması ile adaletin gerektiği şekilde temini ve hukuka olan inancın muhafazası olup, hukuki uyuşmazlığın çözümünde gerekli özenin gösterilmesi gereği de yargılama faaliyetinde göz ardı edilemeyeceğinden, yargılama süresinin makul olup olmadığının her bir başvuru açısından münferiden değerlendirilmesi gerekir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 40)...” AYM, 16.10. 2014, B.N. 2013/3771; “...59. Davanın karmaşıklığı, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvuruçunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar, bir davanın süresinin makul olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulması gereken kriterlerdir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, §§ 41-45). 60. Ancak, belirtilen kriterlerden hiçbiri makul süre değerlendirmesinde tek başına belirleyici değildir. Yargılama sürecindeki tüm gecikme periyotlarının ayrı ayrı tespiti ile bu kriterlerin toplam etkisi değerlendirilmek suretiyle, hangi unsurun yargılamanın gecikmesi açısından daha etkili olduğu saptanmalıdır (B. No: 2012/13,2/7/2013, § 46)...”AYM, 16.07.2014, B.N. 2013/2738; AYM, 07.11.2013, B.N. 2012/1198., AYM, 28.05.2014, B.N. 2013/5049 , AYM, 11.06.2018, B.N. 2014/8722.

¹⁰⁹ TANRIVER, s. 200.; RÜZGARESEN, s. 175.

¹¹⁰ TOYDEMİR, s. 56.

hizmetinin görülmesini de olumsuz yönde etkileyebilecektir¹¹¹.

“Hızlılık”, unsuru; daha önce de değinildiği üzere; adil yargılanma hakkının usul ekonomisi ile bağlantı noktasını oluşturmaktadır¹¹². Makul sürede yargılanma hakkı; usul ekonomisinin “hızlılık” ögesi ile örtüşmektedir¹¹³ ve adil yargılanma hakkının uluslararası dayanağı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesi uyarınca, “makul sürede yargılanma” hakkı bu hakkın bir parçasını oluşturmaktadır¹¹⁴. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu duruma işaret etmektedir: “*Sözleşme metni ile AİHM kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümüleri olan alt ilke ve haklar, esasen Anayasa’nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır. Anayasa Mahkemesi de Anayasa’nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında, ilgili hükmü Sözleşme’nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle, Sözleşme’nin lafzi içeriğinde yer alan ve AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen ilke ve haklara, Anayasa’nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir Somut başvurunun dayanağını oluşturan makul sürede yargılanma hakkı da yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil olup, ayrıca davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirten Anayasa’nın 141. maddesinin de, Anayasa’nın bütünselliği ilkesi gereği, makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır ...*”¹¹⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde Türkiye hakkında çıkan pek çok kararda “makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği” tespit edilmiştir¹¹⁶.

¹¹¹ Bkz. TOYDEMİR, s. 139.

¹¹² Aynı yönde bkz. YILMAZ, (2008), s. 264.; TOYDEMİR, s. 140.; KÖKSOY, s. 56.

¹¹³ Bkz. dpn. 112.

¹¹⁴ “...39. Somut başvurunun dayanağını oluşturan makul sürede yargılanma hakkı da yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil olup, ayrıca davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirten Anayasa’nın 141. maddesinin de, Anayasa’nın bütünselliği ilkesi gereği, makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır...” AYM, 07.11.2013, B.N. 2012/1198.

¹¹⁵ AYM, 22.01.2015, B.N. 2013/5516., Yine bkz. AYM, 16.10. 2014, B.N. 2013/3771.

¹¹⁶ İNCEOĞLU, (2007), s. 109.; TOYDEMİR, s. 141.; Ayrıca bkz. 23.06.2017 tarih 30105 sayılı Resmi Gazete ’de yayımlanan Soruşturma, Kovuşturma veya Yargılama Hedef Sürelerinin Belirlenmesi Ve Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, Amaç, m. 1: “(1) Bu Yönetmeliğin amacı, soruşturma, kovuşturma veya yargılamaların tamamlanması için öngörülen hedef sürelerin belirlenmesi ve uygulanmasına dair usul ve esasları düzenlemektir”.; Sürelerin başlangıcı ve sonu, m. 6 –(1) Hedef sürelerle uyumun ölçülmesi; soruşturma işlemlerinde suç şüphesinin yetkili mercilerce öğrenildiği, ceza mahkemelerinde iddianamenin kabul

C. YARGILAMANIN MAKUL GİDERLERLE YAPILMASI¹¹⁷ (UCUZLUK)

Devletintekelniteliğindeyürütmekteolduğuyargılama faaliyeti,kullanılan araç ve gereçler ya da personel istihdamı gibi masraf gerektiren unsurlar vasıtasıyla yerine getirildiğinden; hizmetin olması gereken standartlarda sunulabilmesi adına, tarafların bu sürecin masraflarına katılmalarını gerektirmektedir¹¹⁸. Başka bir deyişle, hizmetten yararlananların da yargılama giderlerine katılmaları ihtiyacı doğmaktadır. Yargılama giderleri, “ yargılama harçları” ve “dar anlamda yargılama giderleri” nden oluşmaktadır. Sayılan ilk grup, devletin yargılama faaliyeti karşılığında harç pulu yapıştırmak suretiyle aldığı miktardır. İkinci grup ise, davanın yürütülerek nihai aşamaya getirilmesi dahil tarafların ödediği miktarları ifade etmektedir¹¹⁹. Bu giderlerden harçlar yargılama faaliyeti bağlamında devletçe yapılan masraflara ufak oranda bir katılım niteliğinde iken, yargılama giderlerinde davanın yürütülebilmesi kapsamında olmak üzere, gerçekleşen faaliyetinin karşılığının ödenmesi söz konusudur¹²⁰. Yapılan sınıflandırmaları saklı tutmak kaydıyla, “yargılama gideri” kavramı en geniş şekliyle, yargılama faaliyetinin ilk aşamasından sonuna (uyuşmazlığın karar aşamasına varması) kadar hem devlet tarafından hem de taraflarca yapılan harcamaların tamamını ifade etmektedir¹²¹. Söz konusu ödemelerin usul ekonomisine ilişkin kısmı; adaletin gereksiz gider yapılarak pahalı hale getirilmesi ve bu miktarların kişilerin hak arama hürriyetini kullanmalarına engel olacak şekilde öngörülmesi/ uygulanması ihtimalidir¹²². Anılan bedellerin makul sınırların üzerinde olması; hak arama hürriyetini kullanamama yanında, devletin “sosyal devlet” olma niteliği

edildiği, hukuk, idare ve vergi mahkemelerinde davanın esas kaydının yapıldığı, bölge adliye ve bölge idare mahkemelerinde dosyanın daireye geldiği tarihte başlar. Soruşturma evresinde soruşturmayı bitiren kararlar, kovuşturma veya yargılamaalarda gerekçeli kararın yazımı ile son bulur.(2) Tatil günleri sürelerin hesabına dâhil edilir.”

¹¹⁷ HMK’da “gereksiz gider” kavram kullanılması eleştirisi için bkz. RÜZGARESEN, s. 134vd., Anayasa m. 141 de ise, davaların “en az gider” ile sonuçlandırılması ifadesi tercih edilmiştir.

¹¹⁸ RÜZGARESEN, s. 133.; Ejder YILMAZ, “Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti”, Ankara Barosu Dergisi, 1984/2, s. 200 vd.; <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1984-2/1.pdf>

¹¹⁹ YILMAZ, (1984), s. 200, 201., Ayrıca bkz. HMK m. 323.

¹²⁰ YILMAZ, (1984), s. 200, 201.; RÜZGARESEN, s. 137-139.

¹²¹ RÜZGARESEN, s. 134.

¹²² YILMAZ, (2008), s. 265.; YILMAZ, (1984), s. 201,202, 204, 205.; RÜZGARESEN, s.140.

kapsamında da ele alınacak bir durumdur¹²³. Yargılama giderlerinin makul olup olmadığı, hak arama hürriyetinin en iyi şekilde teminini sağlayabilmek adına, sadece dava sürecinde değil öncesindeki durumun da değerlendirilmesi suretiyle belirlenmelidir¹²⁴.

V. İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA USUL EKONOMİSİ İLKESİNİ GERÇEKLEŞTİRMEYE YÖNELİK BAZI ARAÇLAR

İdari yargılama hukukunda, yazılılık ilkesi geçerlidir. Sözlülük ilkesinin yansıması olan duruşma, idari yargıda belli koşullar altında söz konusu olabilmektedir. Sözlülük ilkesinin bir görünümü tanık beyanı ise, daha sonra değişebileceği üzere idari yargılama hukukunda üzerinde tartışmaların olduğu bir konudur. Her iki müessese klasik ele alınmış biçimleri ve fonksiyonları yanında, aynı zamanda “usul ekonomisi ilkesi” nin hayata geçirilmesi noktasında önemli faydalar sağlayabilecek özellikler barındırmaktadır. Şöyle ki, bu iki kurumun etkin ve gerektiği gibi kullanımını, aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere; yargılama faaliyetinin belli bir düzen içerisinde, makul gider ve sürelerle tamamlanmasına imkân verecektir. Başka bir ifadeyle, duruşma ve tanık beyanı “usul ekonomisi”ni sağlamanın vasıtası olabileceklerdir. İdari yargının kendine özgü yapısı ve kuralları, -mevcut şartlar altında- anılan kurumların belirtilen görevi yerine getirebilmesinin imkân ve yöntemini sunmaktadır.

A. İDARİ YARGIDA “DURUŞMA” VE “USUL EKONOMİSİ” İLİŞKİSİ

1. “YAZILILIK İLKESİ” VE İDARİ YARGIDA MEVCUT DURUM

İYUK’un 1. maddesinin 2. fıkrasında “*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır*” denilerek, idari yargıda yazılı yargılama usulünün geçerli olduğu açıkça belirtilmiştir. Yazılı yargılama usulünde, yargı yerine başvuru, iddialar ve savunmaların ileri sürülmesi hususları evrak üzerinden yapılmakta ve yargı yeri bu çerçevede karar vermektedir¹²⁵. İdari yargıda “sözlü yargılama” tamamen dışlanmamakla beraber¹²⁶; sözlülük

¹²³ YILMAZ, (1984), s. 201, 202.

¹²⁴ RÜZGARESEN, s. 158.

¹²⁵ Sıddık Sami ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esaslar, C. III, Akgün Matbaası, İstanbul, s. 1936.; Selçuk HONDU, “İdari Yargılama Usulünde “Duruşma” Yapılması ve Uygulamadaki Durum”, Danıştay Dergisi, Sa. 89, 1995, s. 3.; Sözlülüğün anlamı için bkz. HONDU, (1995), s. 3.

¹²⁶ HONDU, (1995), s. 4.

anlamına gelen “duruşma” istisna olup, daha sonra değinileceği üzere; Kanun’un 17. maddesinde belirtilen koşulların varlığı halinde söz konusu olabilmektedir¹²⁷. Duruşma, yargı yeri önünde yapılan tahkikat ve yargılama işlemi için ayrılan ve oturum (celse) denen zaman diliminde yapılan işlemlerdir¹²⁸.

Yazılı yargılamanın idari yargılama hukukunda kural olması, idari yargılamaya tabi olan dava konularının niteliği ile açıklanmaktadır. Çünkü idari yargıda dava malzemesi zımnî red kurumu dışında açık bir irade beyanı ile ortaya çıkan idari işlemler, idari sözleşmeler ya da idari eylem bağlamında “ön karar”dır¹²⁹. Doktrinde bu tercihin sebebi olarak; işlem ve sözleşmelerin hukuka uygunluğunun denetlenmesinde yazılı delillerin yeterli görülmesi de belirtilmektedir¹³⁰. Usul ekonomisi ile bağlantı kuracak olunursa, yazılı yargılamanın bilhassa yargılamayı hızlandırıcı fonksiyonuna da işaret edilmektedir¹³¹. Yazılı yargılama usulü ayrıca davanın taraflarını iddia ve savunmalarını daha iyi bir değerlendirmeye tabi tutmalarını sağlama ya da o an hemen yanıt verilemeyecek iddia ve savunmalara muhatap olmaya engelleme gibi fonksiyonları nedeniyle daha teminatlı görülmektedir¹³².

Ne var ki, yazılı yargılama usulünün hızlılığı mutlak şekilde sağlayabildiği sorgulanabilir. Yazılılığın zaman zaman yargılamada “yetersiz” kalabildiği

¹²⁷ Yazılı yargılama usulü dışındaki bir usulün açık yasal dayanak gerektirmesi hususunda bkz. Celâl İŞIKLAR , “İdari Yargıda Duruşma”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 2, Sa.2, Y. 4, Ocak 2011, s. 46.; <http://www.taa.gov.tr/indir/idari-yargida-durusma-bWFrYWxlFDU3NWM4LWYwZGIYLWE2M2Y3LWQ5OTI0LnBkZnw1NA/> , (İŞIKLAR, (2011)).

¹²⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 233.; Ayrıca Bkz. Ejder YILMAZ, Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetki Hukuk Yayınları, Ankara, 1996, s. 215, 216.; Ayrıca bkz. İŞIKLAR, (2011), s. 47.

¹²⁹ ONAR, s. 1936.; Gürsel KAPLAN , “İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme” (Yayın Yeri: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 13, Cilt: 13, Sa. 1, Ocak 2014, s. 33-46), Erişim Adresi: <http://www.idare.gen.tr/kaplan-tanik.pdf>, s. 2.; Melikşah YASİN, İdari Yargılama Usulünde İspat, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2015; s. 37.; Yasin; medeni yargılama usulü alanında da yazılı belgelerin dava konusu olduğunu belirtmekte, idari yargıda yazılılık ilkesinin tercihinin bu sebeple ilişkilendirilmesini eleştirmektedir. YASİN, s. 37.

¹³⁰ YASİN, s. 37.

¹³¹ Yahya ZABUNOĞLU , “İdari Yargılama Usulü, Genel İlkeler, Pozitif Düzenlemeler”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 1982, s. 97.; YASİN, s. 38.; Ramazan ÇAĞLAYAN, İdari Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ağustos 2018, s. 245, 246.; AKINCI, (2008), s. 239. ; Mukbil ÖZYÖRÜK, İdari Yargı Ders Notları, Ankara 1977, s. 253, 254.

¹³² ONAR, s. 1936.

bilinmektedir: Yazılı yargılama usulünün, dertlerini dilekçeler ile tam olarak ifade edememeleri kapsamında tarafların karara güvensizlik duymalarına, yargıcın gözünden kaçma ihtimali bulunan hususların varlığına; dahası maddi vakıalara ulaşmada yetersiz kalma gibi sorunlara yol açtığı belirtilmektedir¹³³. Hondu uygulamada, dava ve cevap dilekçelerini havale ettirmek için gelenlerin, sorunlarını yargı yerine sözlü olarak anlatma isteklerine yoğun olarak şahit olunduğunu belirtmektedir¹³⁴.

Yargılamada sözlülüğün tezahürü olan duruşma, yargılamanın aleniliğini sağlamak boyutuyla da adil yargılanma hakkı ile ilgilidir¹³⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulaması da, duruşmanın adil yargılanma hakkının bir şartı olması yönündedir¹³⁶. Mahkeme kural olarak, davanın esasını inceleyen ilk derece mahkemesinde (işin esasını inceleyen üst derece mahkemesi olmadığı sürece) istisnai durumlar dışında duruşma yapılması gerektiği kanaatindedir¹³⁷. Nitekim Onar, yazılı yargılamanın yukarıda belirtilen sakıncalarını engellemek adına “karma muhakeme usulü” adı verilen bir yargılama yönteminin ortaya konulduğundan; bu usulde davanın niteliği, yargılamanın derecesi gibi belli hususlar dikkate alınarak duruşmaya yer verildiğinden bahsetmektedir¹³⁸. Uygulamada; duruşmanın tutanağa bağlanmaması söz konusu olsa da¹³⁹ hâkimde vicdani kanaat oluşumuna etkisi göz ardı edilmemelidir¹⁴⁰. Duruşmanın tutanağa bağlanması ise, aynı zamanda duruşmada söylenenlerin kayda alınmasını sağlama ve iddia ve savunmayı genişletme ya da değiştirme olup olmadığını kontrol vazifesi görürken,

¹³³ Yazılılığın ortaya çıkarabileceği sorunlar hakkında bilgi için bkz. ONAR, s. 1936.; KAPLAN, (2014), s. 3, 4.; Ayrıca bkz. IŞIKLAR, (2011), s. 50.

¹³⁴ HONDU, (1995), s. 4.

¹³⁵ İNCEOĞLU, (2005), s. 341, dpn. 3, s. 343.; Ayrıca bkz. TOYDEMİR, s. 52 vd.

¹³⁶ Bkz. Müslüm AKINCI, “İdari Yargıda Duruşma”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Eylül 2010, Sa. 49, s. 128.; Bazı Avrupa ülkelerinde idari yargıda duruşma aşaması konusunda bilgi için bkz. AKINCI, (2010), s. 130 vd.; Duruşma ve “dinlenilme hakkı” ilişkisi için bkz. AKINCI, (2008), s. 232.; AKINCI, (2010), s. 133, 134.

¹³⁷ İNCEOĞLU, (2005), s. 344vd.;. dpn. 181.

¹³⁸ ONAR, s. 1936, 1937.

¹³⁹ AKINCI, (2008), s. 241.; AKINCI, (2010), s. 141.; Ayrıca bkz. HONDU, (1995), s. 10, 11.; IŞIKLAR, (2011), s. 82, 83.; Turgut CANDAN, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Baskı, PWC Yayınevi, İstanbul 2015, s. 607.

¹⁴⁰ IŞIKLAR, (2011), s. 50.; Farklı görüş için bkz. ZABUNOĞLU, (1982), s. 97.; Zabunoğlu Danıştay’daki duruşmalı işlerde, taraflara ikişer defa söz verilmesi durumunda duruşmanın doğruyu ve adili bulma noktasında olumlu sonuç yaratıcı izlenim yarattığını belirtmektedir. ZABUNOĞLU, (1982), s. 97.

tarafının yargı yerine/yargılama faaliyetine itimadı da sağlanmış olacaktır¹⁴¹. Danıştay bir kararında; duruşmanın uygulamadaki şeklini “... 2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Kanunu gereğince yazılı yargılama usulünün geçerli olduğu idare ve vergi mahkemeleri ile Danıştay’da, dosya üzerinden inceleme yapılmak suretiyle yargılama yapılması kural, duruşma yapılması ise istisna olup, bilgi ve belgelerle tevsik edilmedikçe taraflarca duruşma sırasında ileri sürülecek iddia ve savunmaların hükme esas alınabilmesi mümkün olmamaktadır. Öte yandan söz konusu duruşmalarda zabıt katibi marifetiyle tutanak düzenlenmediği gibi duruşmayı yöneten Başkan tarafından taraflara ikişer defa söz hakkı verilen ve tanık dinlenmeyen bir usulle yapılmaktadır...*” şeklinde özetlemektedir¹⁴². Aktarılan kararda, duruşmada ifade edilen hususların belgelenmedikçe hükme esas alınamayacağı belirtilmiş olmakla beraber, anılan beyanlar hâkimde kanaat oluşumuna yardımcı olacağı gibi; daha sonra da değinilecek olan re’sen araştırma yetkisi bağlamında, hâkime duruşma sırasında yapılan beyanlardan dikkatini çekenleri araştırma, gerekli bilgi ve belgeleri ulaştırmak için harekete geçme imkânını sağlamış olacaktır.

2. USUL EKONOMİSİ ARACI OLARAK DURUŞMA

a. İŞLEVSEL OLARAK

Daha önce değinildiği üzere doktrinde yazılı yargılama usulünden beklenenin davayı hızlandırarak¹⁴³, makul sürede çözümlenmesini sağlamak

¹⁴¹ Bkz. HONDU, (1995), s. 11.

¹⁴² D8D, 04.07.2014., E. 2014/898.

¹⁴³ “...59. Başvurucuların duruşma yapılmaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası benzer nitelikteki başvurularda Anayasa Mahkemesince daha önce incelenmiş olup Anayasa’nın 141. maddesinde düzenlenen yargılamanın açık ve duruşmalı yapılması ilkesi ile birlikte değerlendirilmiştir. Yargılamanın açıklığı ilkesinin amacı adli mekanizmanın işleyişini kamu denetimine açarak yargılama faaliyetinin saydamlığını güvence altına almak ve yargulamada keyfiliği önlemektir. Ancak bu her türlü yargılamanın mutlaka duruşmalı yapılması zorunluluğu anlamına gelmez. Adil yargılama ilkelerine uyulmak şartıyla usul ekonomisi ve iş yükünün azaltılması gibi amaçlarla bazı yargılamaların duruşmadan istisna tutulması ve duruşma yapılmaksızın karara bağlanması anayasal hakların ihlalini oluşturmaz (B. No: 2013/664, 17/9/2013)... 62. Başvurucuların AYİM’de gerçekleşen yargılama sürecinde, iddialarını ileri sürebildiği, AYİM’in, başvurucuların davası hakkında verdiği kararında Askeri Savcılık tarafından yürütülen soruşturma kapsamında başvurucuların müşteki sıfatıyla verdikleri ifadeler de dâhil olmak üzere elde edilen delillere istinaden, başvurucuların iddialarını niçin dikkate almadığını da açıklayarak davanın reddine hükmettiği görülmektedir. Bu bilgiler ışığında, yargılamanın evrak üzerinden yapılacağı kurala bağlanan ve duruşma yapılması talebe veya mahkemenin takdirine bağlı kılınan idari yargılama sürecinde, tarafların iddia veya savunmaları yazılı olarak alındıktan ve önceki ceza soruşturması sürecinde elde edilen deliller dikkate alındıktan sonra bir karara bağlanan yargılamanın salt dosya üzerinden yapılması nedeniyle

olduğu belirtilmektedir¹⁴⁴. Bu sebeple usul ekonomisi ve de adil yargılanma hakkı ile uyum içinde görünse, hatta uygulamada duruşmada (İYUK m. 16/4 nedeniyle¹⁴⁵, dava ve cevap dilekçesi sonrasında yeni bir iddiada bulunulamaması sebebiyle¹⁴⁶) esasında yeni bir iddia ortaya koymak mümkün olmayıp, dilekçelerde yer alan hususların tekrarı niteliğine bürünse de¹⁴⁷; duruşmanın vicdani kanaat oluşturma fonksiyonu bulunmaktadır¹⁴⁸. Kaldı ki, doktrinde ifade edildiği üzere, hâkimin gözünden kaçmış hususların duruşma esnasında ortaya konabilmesi¹⁴⁹ ya da idari eylemlerde olduğu üzere maddi vakıanın aydınlatılabilmesi açısından¹⁵⁰ duruşma önemli bir fonksiyonu ifa edebilecektir. Hatta, Akıncı “kağıt üzerinde belirtilen hukuki sonuç” şeklinde ifade ettiği idari işlemin sebep unsurunu yargıca açıklayabilme bakımından, duruşmanın çok önemli olduğuna dikkat çekmektedir¹⁵¹. Burada ayrıca vurgulanması gereken bir diğer husus, iddia ve savunmayı genişletme ve değiştirme yasağı alanına girmedikçe, tarafların dilekçelerde ileri sürmedikleri hususları duruşmada ileri sürebilecek olmalarının¹⁵², duruşmanın etki alanını daha da önemli bir hale getirmesidir.

Duruşmanın vakıayı aydınlatma noktasındaki işlevi dikkate alındığında; -gerek duyulmasına rağmen- salt yargılamayı “ekonomik şekilde tamamlamak” adına, olayın aydınlatılmasından feragat edilerek ve kanaate tam olarak varılmaksızın duruşma ihmal edilerek yargılama tamamlanmamalıdır. Çünkü daha önce de ifade edildiği üzere adil yargılanma hakkının ilkelerinden biri olan ”yargılamanın makul sürede tamamlanması” gereksiz süreçlerin tüketilmesini engellemeye yönelik olup, sırf yargılamayı bir an önce tamamlamak adına

adil yargılanma hakkının ihlaline yol açtığı söylenemez.” AYM, 07.03.2014, B.N. 2013/19; AYM, 23.01.2014, B.N. 2013/841.; Ayrıca bkz. İNCEOĞLU, (2005), s. 345.

¹⁴⁴ Bkz. dpn. 131.

¹⁴⁵ m. 16/4: “...Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler...”.

¹⁴⁶ İddia ve savunmayı genişletme ve değiştirme yasağı, davacı bakımından dava dilekçesinin kayda girmesi ile başlarken, davalı bakımından ise cevap dilekçesi ile başlamaktadır. ÇAĞLAYAN, (2018), s. 274.; KAPLAN, (2014), s. 4,5.

¹⁴⁷ IŞIKLAR, (2011), s. 49, 50.

¹⁴⁸ IŞIKLAR, (2011), s. 50.

¹⁴⁹ Bkz. KAPLAN, (2014), s. 3, 4.; yine bkz. IŞIKLAR, (2011), s. 50.

¹⁵⁰ Yazılılık ilkesinin yaratabileceği sorunlar ve sözlülüğün faydaları hakkında bkz. KAPLAN, (2014), s. 3, 4. ; Yazılılık ilkesinin yaratabileceği sorunlar için yine bkz. ONAR, s. 1936.

¹⁵¹ AKINCI, (2008), s. 241.; AKINCI, (2010), 141.

¹⁵² HONDU, (1995), s. 9.; Ayrıca bkz. IŞIKLAR, (2011), s. 78.

hâkimde kanaat oluşumuna engel olacak bir duruma dönüşmemelidir Ayrıca hâkimde bir kanaat oluşması, daha sonra yapılacak başka gereksiz usulü muamelelere engel olacak; söz konusu durumun da yargılamayı makul giderlerle ve sürede; düzen¹⁵³ içinde tamamlamayı mümkün kılarak; usul ekonomisi ilkesini hayata geçirmiş olacaktır. Bu noktada, duruşmadan anılan faydanın sağlanabilmesinin, duruşmanın görevli ve yetkili yargı yeri tarafından yapılmasına bağlı olduğu da vurgulanmalıdır. Başka bir ifade ile, yetkisiz idari yargı yerince yapılan duruşmaya dayanarak karar verilmemelidir¹⁵⁴.

Duruşmanın yargılamayı etkin hale getirebilecek bu fonksiyonunun ortaya konmasından sonra, idari yargı sistemimizde uygulanma koşullarına bakıldığında, iptal davaları bakımından meblağ sınırı bulunmaksızın; tam yargı davaları bakımından belirlenen limitin (şu an için 36.000TL) üstünde kalınması durumunda talep halinde zorunludur¹⁵⁵. Kanun yolları aşamasında ise, duruşma yapılması, tarafların talebi ve yargı yerinin (Danıştay ya da Bölge İdare Mahkemesi) kabulüne bırakılmıştır (m. 17/1, 2). Duruşma, sadece dava dilekçesi, cevap ve savunmalarda talep edilebilir (m. 17/3). Ancak Danıştay, hâkim ya da mahkeme, uyuşmazlığın aydınlatılması için gerekli olduğunun açıkça ortaya çıkması halinde, belirtilen kayıtlara tabi olmaksızın duruşmaya karar verme yetkisini (İYUK m. 17/4) kullanabilir. Öncelikle, sayıca azımsanamayacak nicelikteki uyuşmazlıkta (esasen tek hâkimle görülen davaların¹⁵⁶ önemli bir kısmı), duruşma yapılmasını limitin üstündeki aynı tür uyuşmazlıklardan farklı olarak mahkemenin takdirine bırakmak eleştiriye açık bir husustur¹⁵⁷. Duruşmanın yukarıda açıklanan fonksiyonları düşünüldüğünde, yargı yerinden beklenen, vakıyı aydınlatma bakımından

¹⁵³ Bkz. RÜZGARESEN, s. 216 vd.; Resen araştırma ilkesinin söz konusu olduğu davalarda hâkimin hem dava malzemesinin toplanması hem de yargılamanın sevk ve idaresi bakımından aktifliği söz konusu olup; yargıcın aktifliği de yargılamanın düzenli şekilde yapılması bağlamında; usul ekonomisi kapsamında ele alınmaktadır. RÜZGARESEN, s. 219.

¹⁵⁴ AKINCI, (2010), s. 137, 138.; Celâl KARAVELİOĞLU, İdari Yargılama Usulü Kanunu, C. II, 5. Baskı, 2001, s. 1128.

¹⁵⁵ Vergi davaları için ayrıca bkz. İYUK m. 17/1.; Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. CANDAN, s. 601-603.

¹⁵⁶ Bkz. 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri Ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu Ve Görevleri Hakkında Kanun, RG. 20.01.1982, S. 17580, m. 7: “Uyuşmazlık miktarı otuzaltıbin Türk Lirasını aşmayan; (1) a) Konusu belli parayı içeren idarî işlemlere karşı açılan iptal davaları, b) Tam yargı davaları, İdare mahkemesi hâkimlerinden biri tarafından çözümlenir...”, Vergi davaları için ayrıca bkz. m. 7/2.

¹⁵⁷ Aynı yönde bkz. AKINCI, (2008), s. 241.; AKINCI, (2010), s. 141., Ayrıca bkz. KAPLAN (2014), s. 4.

gerekli görmesi halinde re'sen duruşma yapma yetkisini etkin bir şekilde kullanmasıdır. Uygulamada ise, dilekçelerdeki hususların tekrar edilmesi ya da tutanak tutulmaması gibi sebeplerle, yargı yerlerinin bu yetkilerini pek de kullanma eğilimi içinde olmadıkları ifade edilmektedir¹⁵⁸. Ancak duruşmanın yukarıda değinilen faydaları anılan ilk eğilimi, mevzuatta duruşmada tutanak tutulmasına engel bir düzenleme bulunmaması¹⁵⁹ da ikinci eğilimi sorgulattır niteliktedir.

Duruşmanın yargılama sisteminde kullanılmasının faydalarına değinilmekle beraber, bu faydanın sağlanabilmesinin önemli şartlarından birinin de; davanın taraflarının¹⁶⁰ yanısıra; hâkim ya da mahkemenin duruşmaya hazırlanmış olarak gelmesidir. Örneğin bu şekilde dosyadaki aydınlanmamış hususlar duruşma sırasında taraflara sorularak açıklığa kavuşturabilecektir¹⁶¹. Bu yöntemin uygulanması, öncelikle başkaca bilgi ve belge teminine gerek bırakmaksızın dosyanın daha makul bir sürede karar bağlanmasını sağlayarak¹⁶², usul ekonomisi ilkesine ve dolayısıyla yargılamanın adil

¹⁵⁸ AKINCI, (2008), s. 240, 241.; AKINCI, (2010), s. 140, 141.; Bu noktada ayrıca bkz. HONDU (1995), s. 10,11.; IŞIKLAR (2011), s. 82,83.; CANDAN, s. 607.; “...*Hem duruşma açmanın uygulamada çoğu kez talep edilmemesi, hem de edilen taleplerin de çoğu kez makul bir gerekçe gösterilmeksizin reddedilmesi AİHS 6 anlamında adil yargılanma hakkının ihlal edilmesine ve yargılamanın amaçlarından olan ‘maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına’ engel olmaktadır...*”, Ş. Cankat TAŞKIN, “İdari Yargının Güncel Sorunları ve Yargı Kararlarının Uygulanmaması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, Sa. 71, s. 315, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-71-345>. ; Çopur, 2013 senesinde TBMM tarafından düzenlenen Çalıştayda, duruşmaların mahkemelerin takdirinde olma hususunun AİHM içtihadı da dikkate alınarak yeniden ele alınması gerektiğine dikkat çekmektedir. Ali ÇOPUR, Sunum, in İdari Yargılama Sürecinde Yaşanılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Çalıştayı, 14 Ocak 2013, Ankara, s. 17, 18., https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/idari_yargi_surecinde_yasanilan_sorunlar.pdf

¹⁵⁹ Bkz. AKINCI, (2008), s. 241.; AKINCI, (2010), s. 141.; Bu noktada açık bir yasal düzenleme bulunmasa da, bkz. Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin İdari İşler ile Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesi Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik (RG. 11.07.2015, S. 29413), m. 69/2.; Ancak yasal dayanak konusunda ayrıca bkz. KARAVELİOĞLU s. 1183.

¹⁶⁰ Bkz. HONDU, (1995), s. 7, 8.

¹⁶¹ Bkz. HONDU, (1995), s. 9, 10.

¹⁶² HONDU, (1995), s. 10., Yazar, aynı sayfada, dosyaya hazırlanmış olmamasının, duruşma sonrası ara karar çıkarılarak bilgi ve belge toplanması ihtiyacını ortaya çıkararak yargılamayı uzatacağına işaret etmektedir.; “...*daha duruşma günü verilirken dosyada bilgi ve belge eksikliği olduğu ve anılan ispatlama usullerine müracaat edilmesi gerektiği anlaşılıyorsa, hem bunlarla ilgili karar almak hem de buna göre duruşma gününü tayin etmek lazımdır.*

şekilde yürütülmüş olmasına hizmet etmiş olacaktır. Ayrıca daha sonrasında başkaca işlem yapılması da bu şekilde önlenmiş olacağından; anılan özenin gösterilmesi yargılamanın düzenli biçimde yapılması sağlanarak¹⁶³ usul ekonomisine uygun bir yöntem izlenmiş olacaktır. Aksi halde, duruşma kendinden beklenen faydayı sağlamayacağı gibi, zamanın kaybı anlamına gelebilecektir¹⁶⁴. Sadece dosyadaki bilgi ve belgelerin tekrar edildiği duruşma “göstermelik” bir duruşma haline gelip; Anayasanın 141.maddesine de aykırı olacağı gibi¹⁶⁵, aynı zamanda usul ekonomisi ilkesinin uygulanmasına da katkı sağlamayacaktır.

Bu noktada, İYUK m. 19’ un, duruşmalı işlerde en geç 15 (on beş) gün içinde karar verilmesi gerektiğine ilişkin düzenlemesi sebebiyle, yargı yerlerinin duruşma yapma yöntemine sıcak bakmadıkları belirtilmektedir¹⁶⁶. Ancak hâkim tarafından duruşmaya hazır gelinmesi halinde, karar bu süreyi dahi beklemeden verilebilecektir¹⁶⁷. Duruşma için hazırlık eksikliğinin, duruşma sonrasında ara karar çıkarılarak eksikliklerin tamamlanmaya çalışılmasını gerekli kılabileceği ve bunun karar verme sürecini uzatacağı da vurgulanmalıdır¹⁶⁸. Anılan bu durum da, yargılamada makul sürelerin aşılması yolunu açabilecek, başkaca usul işlemleri yapılmasına sebep olacak ve usul ekonomisi ilkesi ile uyumsuz olacaktır. İdari yargıç, -sahip olduğu resen araştırma yetkisi çerçevesinde-, gerekli bilgi ve belgeleri duruşma öncesinde

Özellikle tam yargı davalarında, keşif, bilirkişi incelemesi, delil tespiti ve işlem dosyasının celbi gibi ispat vasıtalarının dosyaya ihalden sonra duruşma verilmesi uygun bir hareket tarzıdır. Ancak bu takdirde dahi duruşmadan sonra ek bilgi ve belge celbi ihtiyacı ortaya çıkabilir...”, IŞIKLAR, (2011), s. 62.; Duruşma öncesinde dosyadaki eksikliklerin giderilmesi için ara karar verilmesi halinde, duruşma tarihinin ara karar gereklerinin yerine getirilme süresi dikkate alınarak belirlenmesinin usul ekonomisinin gereği olduğu hakkında IŞIKLAR, (2011), s. 63.

¹⁶³ Bkz. RÜZGARESEN, s. 220.

¹⁶⁴ Bkz. RÜZGARESEN, s. 220.

¹⁶⁵ AKINCI, (2010), s. 141.

¹⁶⁶ AKINCI, (2008), s. 241., AKINCI, (2010), s. 140, 141. Hatta Akıncı her iki eserinde belirtilen sayfalarda, bu durumun avukatlar tarafından “bir an önce karar vermeye zorlama aracı” olarak kullanılabilirdiğinin aktarıldığını ifade etmektedir.; konuyla ilgili bilgi için ayrıca bkz. CANDAN, s. 607.

¹⁶⁷ Bkz. TOYDEMİR, s. 160.

¹⁶⁸ HONDU, (1995), s. 10.; yine bkz. TOYDEMİR, s. 160.; Toydemir aynı sayfada, 15 günlük sürenin ara kararı da kapsar şekilde algılanıp, duruşma sonrası çıkarılan ara kararlarla 15 günlük sürenin aşılması yönündeki teamülden bahsetmektedir., Ayrıca bkz. KARAVELİOĞLU, s. 1139, 1140.; Bkz. İYUK m. 19, son cümle.

temin edebilme imkânını kullanmalıdır¹⁶⁹.

b. YÖNTEMSSEL OLARAK

İdari yargılamanın temel ilkelerinden olan ve yargılamanın her aşamasında geçerli olan¹⁷⁰ “resen araştırma”¹⁷¹, daha sonra da değinileceği üzere, yargıca yargılama faaliyetini tatminkâr bir şekilde sonuca ulaştırma ve yargılamayı makul sürede tamamlama imkânını vermektedir. Söz konu ilke uyarınca, yargı yerleri davanın çözümü için gerekli olduğu kanaatine varmaları halinde, tarafların herhangi bir talebi bulunmasa da, kendiliklerinden davaya ilişkin her türlü bilgi ve belgeye ulaşma gücüne sahiptirler¹⁷². Yargı yerine bu derece geniş yetkiler tanınmasının sebebi, idari yargılama usulünün söz konusu olduğu uyuşmazlıkların idarenin faaliyet araçları ile yerine getirilmesi ve idarenin bu süreçte kural olarak kamu gücünü kullanmasıdır¹⁷³. Ayrıca davaya ilişkin bilgi ve belgelerin idarenin elinde bulunması da bu gerekliliği doğurmaktadır¹⁷⁴. İdari yargıcın sahip olduğu bu yetki, aynı zamanda davanın

¹⁶⁹ Yargı yerinin karar alma sürecine yönelik öneriler, ayrıca duruşma öncesinde bilirkişi ve keşif uygulaması için bkz. HONDU, (1995), s. 10.

¹⁷⁰ Yücel OĞURLU, “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re’sen Araştırma İlkesi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, Sa. 1, s. 121., <http://hukukdergi.erezincan.edu.tr/danistay-kararlari-isiginda-idari-yargilama-usulunde-resen-arastirma-ilkesi-ars-gor-yucel-ogurlu/>

¹⁷¹ Taraflarca getirilme ilkesi için bkz. HMK. m. 25.; ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl, s. 795 vd.

¹⁷² ÇAĞLAYAN, (2018), s. 247, 248.; “... Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20’nci maddesinin 1’inci fıkrasında, Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları, mahkemelerin belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilecekleri hüküm altına alınmıştır. Bu madde ile ilk derece yargı yerine verilen resen araştırma ve inceleme yetkisi son derece kapsamlıdır. İlk derece yargı yeri bu yetkisine dayanarak, tarafların iddia ve savunmaları ile yetinmeyerek, maddi delil ve bulguların toplanması ve uyuşmazlığın maddi yönünün açığa çıkarılması için her türlü inceleme, bilgi edinme ve araştırma yollarını tüketmek yükümlülüğündedir...” D7D, 30.04.2002, E. 2000/8785, K. 2002/1690 ; “...Doğrudan kamu yararının gerçekleşmesi amacıyla hizmet eden idari yargılama hukukunda “kendiliğinden araştırma ilkesi” geçerlidir ve hâkim, medeni yargılama hukukuna göre daha etkin bir konumdadır. İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun (İYUK) 20. maddesinde düzenlenen bu ilkeye göre, medeni yargılama hukukundan farklı olarak, mahkeme, davadaki olguları ve delilleri kendiliğinden araştırır. Medeni yargılama hukukunda ise delilleri taraflar toplar ve mahkemeye sunar...” D13D, 17.06.2016, E. 2015/6219, K. 2016/2575.

¹⁷³ ÇAĞLAYAN, (2018), s. 247, 248.; SUNAY, s. 10.; Detaylı bilgi için bkz. YASİN, s. 11 vd.

¹⁷⁴ ÇAĞLAYAN, (2018), s. 248.; Zehreddin ASLAN, “Türk İdari Yargı Sisteminde Resen Araştırma İlkesi”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Ekim 2000-Mart 2001, Sa. 23-24, s. 55., <http://istanbul.dergipark.gov.tr/download/article-file/5444>, (ASLAN, 2001).

açılmasından sonuçlanmasına kadar idaresini de kapsamaktadır¹⁷⁵. Anılan ilke yargıca, gerekli görmesi halinde vakının daha iyi aydınlatılabilmesi için¹⁷⁶ duruşma yapma yetkisini tanıdığı gibi¹⁷⁷, her aşamada taraflardan talep gelmese de her türlü bilgi ve belgeyi toplama imkânı vermektedir¹⁷⁸. Sonuç olarak, yetkinin kapsamına ilişkin açıklamalar dikkate alındığında, Bereket’in de ifade ettiği üzere; dosyanın tekemmül süresini; (ve genel olarak bakıldığında usul işlemleri sürecini) yargıç belirlemektedir¹⁷⁹. Başka bir deyişle aslında usul ekonomisi ilkesinin gerçekleşme koşullarına riayet edilmesi azımsanamayacak oranda idari yargıcın tekelinde bulunmaktadır. İdari yargıç, yazılı yargılama usulünün usul ekonomisi kapsamında yaratabileceği olumsuz yanları bertaraf etme gücünü elinde tutmaktadır. Olayın daha fazla aydınlatılması ihtiyacının hissedilmesi halinde, resen duruşma yapma yetkisinin kullanılması da bu kapsamda ele alınmalıdır¹⁸⁰. Böylelikle idari yargıç, bu yetkisini kullanarak yargılamanın düzen içerisinde, makul giderlerle ve sürede tamamlanmasını sağlayabilecektir.

¹⁷⁵ ÇAĞLAYAN, (2018), s. 248.; SUNAY, s. 12.; ASLAN, (2001), s. 57.; Bkz. Çınar Can EVREN, “İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Sa. 1-2, 2008, s. 710, 711., http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/12_27.pdf; Yine bkz. Zuhul BEREKET, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Yetkin Yayınevi, Ankara 1996, s. 194.

¹⁷⁶ Yargıcın resen araştırma yapma konusunda takdir yetkisi bulunmadığı hakkında bkz. SUNAY, s. 16.; Maddi gerçeği ortaya çıkarma konusunda yargıcın yetkisinin bağlı olduğu hususunda Erçetin YORGANCIOĞLU, “Danıştay Yargılama Usulünde Re’sen İnceleme Yetkisi”, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Güneş Matbaası, Ankara 1976, s. 244.

¹⁷⁷ Bkz. HONDU, (1995), s. 6.; AKINCI, (2008), s. 240, 241.; AKINCI, (2010), s. 140.

¹⁷⁸ İYUK 20. maddesi uyarınca yargıcın re’sen araştırma yetkisinin muhatabı idare olabileceği gibi, özel hukuk kişileri de olabilecektir. İYUK m. 20: “*Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir. 2. Taraflardan biri ara kararının icaplarını yerine getirmedeği takdirde, bu durumun verilecek karar üzerindeki etkisi mahkemece önceden takdir edilir ve arakararında bu husus ayrıca belirtilir...*”, Bkz. ÇAĞLAYAN, (2018), s. 247-249.

¹⁷⁹ BEREKET, s. 197.

¹⁸⁰ Karavelioğlu, taraflardan gelen talep olmasa da gerekli görülmesi halinde yargı yerinde duruşma yapılmasını, resen araştırma yöntemi olarak görmektedir. KARAVELİOĞLU, s. 1143. Yazar aynı sayfada, resen araştırma yetkisinin tarz ve kapsamının, yargılama sürecinde ortaya çıkan ihtiyaç olduğunu ifade etmektedir.

Yargı yerinin duruşma yapılması konusunda takdirinin bulunduğu hallere ilişkin yukarıda çeşitli açıklamalar yapılmışken, kanun yolları bağlamında bir konuya ayrıca işaret edilmelidir. Duruşmanın vakıayı aydınlatma görevini yerine getirebileceği düşünüldüğünde, mevzuatta “istinaf” ve “temyiz” kanun yolları arasında ayniyet kurulması da ayrıca eleştiriye açık bir husustur. Temyiz kanun yolunda sadece “hukuka uygunluk” denetimi yapılmakla beraber, istinaf kanun yolunda vakıa denetimi de yapılmakta olduğu¹⁸¹ düşünüldüğünde, duruşmanın yargılamanın bu aşaması bakımından daha etkin bir görevi yerine getirebileceği açıktır¹⁸².

¹⁸¹ ÇAĞLAYAN, (2018), s. 758.; AİHM maddi gerçeği değerlendirme yetkisini haiz bir üst derece yargı yolu söz konusu değilse, ilk derecede istisnai durumlar haricinde duruşma yapılmamasını ihlal olarak kabul etmektedir. Ayrıca bazı davalarda, devletin makul sürede yargılamayı tamamlaması gereği gibi hususları dikkate alarak; duruşmanın talebe bağlı kılınmasını kabul etmekte ancak bu halde de -durumu haklı kılan nedenler bulunmadıkça- talebe rağmen duruşma yapılmamasını ihlal olarak kabul etmektedir. Mahkeme, kanun yollarında duruşma konusunda; üst derece yargı yerinin maddi vakıayı inceleme yetkisi olup olmadığını dikkate almaktadır. Mahkeme, hukukilik denetimi yapan yargı yerlerinde, -örneğin işyükünü dengeleme gibi gerekçe ile- duruşma yapılmaması yönündeki hükümler sebebiyle duruşma yapılmamasını; ihlal olarak görmeyebilmektedir. Bu noktada, yargılamanın konusu da belirleyici olmaktadır. Aktarılan bilgiler, farklı yöndeki kararlar ve daha fazla bilgi için bkz. İNCEOĞLU, (2005), s. 343-352.; TOYDEMİR, s. 53,54.

¹⁸² Bkz. “...33. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri de Anayasa'nın 141. maddesinde düzenlenen yargılamanın açık ve duruşmalı yapılması ilkesidir. Yargılamanın açıklığı ilkesinin amacı adli mekanizmanın işleyişini kamu denetimine açarak yargılama faaliyetinin saydamlığını güvence altına almak ve yargılamada keyfiliği önlemektir. Bu yönüyle hukuk devletinin en önemli gerçekleştirme araçlarından birisini oluşturur. Ancak bu her türlü yargılamanın mutlaka duruşmalı yapılması zorunluluğu anlamına gelmez. Adil yargılama ilkelerine uyulmak şartıyla usul ekonomisi ve iş yükünün azaltılması gibi amaçlarla bazı yargılamaların duruşmadan istisna tutulması ve duruşma yapılmaksızın karara bağlanması anayasal hakların ihlalini oluşturmaz (B. No: B. No: 2013/841, 23/1/2014, § 107). 34. 2577 sayılı Kanun'un “Duruşma” başlıklı 17. maddesinde, temyiz ve itirazlarda duruşma yapılması tarafların istemine ve Danıştay veya ilgili bölge idare mahkemesi kararına bağlı olduğu, bunun yanında Danıştay veya bölge idare mahkemesinin kendiliğinden de duruşma yapılmasına karar verebileceği düzenlenmiştir. 35. Bu bilgiler ışığında, yargılamanın evrak üzerinden yapılacağı kurala bağlanan ve temyiz aşamasında duruşma yapılması talebe veya Danıştay Dairesinin takdirine bağlı kılman idari yargılama sürecinde, temyiz dilekçesi ve buna karşı sunulan savunma dilekçesinin yazılı olarak alındıktan ve dava dosyası bir bütün olarak incelendikten sonra karara bağlanan temyiz yargılamanın salt dosya üzerinden yapılması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlaline yol açtığı söylenemez...” AYM, 22.01.2015, B.N. 2013/5516; “Bireysel başvuru dilekçesinde 1602 sayılı Kanun'un 48. maddesi gereğince duruşma talep edildiğine dair bir bilgi yer almamaktadır. Başvuru dilekçesinde yer alan AYİM'e sunulan karar düzeltme dilekçesinde de duruşma talep edilmesine rağmen AYİM 2. Dairesinin bu talebi karşılamadığına ilişkin bir iddia da ileri sürülmediği görülmektedir...AYİM, Askeri Savcılık tarafından yürütülen soruşturma kapsamında elde edilen diğer delillerin yanı sıra aralarında başvuruculardan müteveffanın anne ve babasının da bulunduğu tanık beyanlarına istinaden intiharı salt şahsi sebeplere bağlamanın ve askerlik hizmetinden soyutlamanın

Yargılama sonucunda uyuşmazlığın gerçeğe uygun olarak çözülebilmesi de bu sürecin düzen ve güven içerisinde yürütülmesi kadar önemli olup, yargılamanın kalite standartlarına uygun şekilde yürütülmüş olması bağlamında usul ekonomisi ilkesinin bir gereğidir¹⁸³. Başka bir ifadeyle salt süratli bir biçimde yargılama faaliyetini sona erdirmeye çalışmak usul ekonomisini ve adil yargılanmayı sağlamayabileceği gibi¹⁸⁴; bilakis yargılamayı hızlandırma fonksiyonu öne çıkarılan yazılı yargılama usulünden vazgeçilmesi, yukarıda açıklanan nedenlerle bu iki ilkeyi sağlamak adına gerekli olabilir. Yazılı yargılamadan sapma niteliğindeki sözlülük, gerçeğe ulaşmadaki fonksiyonu ile usul ekonomisi ilkesinin etkin şekilde uygulanmasına hizmet edebilecektir: Hem yargılama süresinin makul sınırları aşmasına engel olacak; hem gereksiz usul işlemlerinden kaçınılarak yargılamanın bir düzen içinde yürütülmesini

mümkün olmadığını ifade ederek idarenin sorumluluğuna hükmetmiştir. Bu bilgiler ışığında, yargılamanın evrak üzerinden yapılacağı kurala bağlanan ve duruşma yapılması talebe veya Mahkemenin takdirine bağlı kılınan idari yargılama sürecinde, tarafların iddia veya savunmaları yazılı olarak alındıktan ve önceki ceza soruşturması sürecinde elde edilen deliller dikkate alındıktan sonra bir karara bağlanan yargılamanın salt dosya üzerinden yapılması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlaline yol açtığı söylenemez...”, AYM, 23.01.2014, B.N. 2013/841 ; “...73. Bu bilgiler ışığında, yargılamanın evrak üzerinden yapılacağı kurala bağlanan ve temyiz aşamasında duruşma yapılması talebe veya Danıştay Dairesinin takdirine bağlı kılınan idari yargılama sürecinde, ilk derece yargılamasında talep üzerine duruşmanın yapılmış olması, temyiz dilekçesi ve buna karşı sunulan savunma dilekçesinin yazılı olarak alındıktan ve dava dosyası bir bütün olarak incelendikten sonra karara bağlanan temyiz yargılamasının salt dosya üzerinden yapılması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlaline yol açtığı söylenemez...” AYM, 05.11.2014, B.N. 2013/6986; “...50. Ancak “duruşmalı yargılama hakkı” her türlü yargılamanın mutlaka duruşmalı yapılması zorunluluğu anlamına gelmez. Adil yargılama ilkelerine uyulmak şartıyla usul ekonomisi ve iş yükünün azaltılması gibi amaçlarla bazı yargılamaların duruşmadan istisna tutulması ve duruşma yapılmaksızın karara bağlanması anayasal hakların ihlalini oluşturmaz. Özellikle ilk derece mahkemeleri önünde duruşmalı yargılama yapıp karar verildikten sonra kanun yolu incelemesinin, tarafların iddia veya savunmaları yazılı olarak alındıktan sonra dosya üzerinden yapılması hâlinde adil yargılanma hakkının ihlalinden söz edilemez (Nevruz Bozkurt, §32). 51. UYAP üzerinden yapılan incelemede dava dosyasının Derece Mahkemesinin önünde incelenmesi aşamasında duruşma yapıldığı, tarafların iddia ve savunmalarını ortaya koyabildikleri görülmüştür. Duruşmalı inceleme yapılması istemi, süresinden sonra yapıldığı için Yargıtay tarafından reddedilmiştir. 52. Açıklanan nedenlerle duruşmalı yargılama hakkına yönelik bir ihlalin olmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir...” AYM, 05.11.2015, B.N. 2013/7011.; Uygulamada üst derece yargı yerlerinin duruşma konusuna olumlu yaklaşıkları yönünde bkz. CANDAN, s. 603.

¹⁸³ RÜZGARESEN, s. 207, 208.

¹⁸⁴ “...Ne var ki; temelini basitlik, hızlilik ve ucuzluk kavramlarının oluşturduğu ve her davada uygulanma kabiliyeti bulunan emredici nitelikteki usul ekonomisi ilkesi mahkemeye ve taraflara acelecilik ve yargılamayı basite indirgeme sonucunu doğuracak şekilde sınırsız özgürlük tanımaz...” YHGK, 15.02.2017, E. 2015/7-917, K. 2017/265.

sağlayacak hem de gereksiz giderlerden tasarruf ettirmek suretiyle usul ekonomisi bağlamında önemli bir adım attırılmış olacaktır.

Sözlülük ilkesinin usul ekonomisini ve adil yargılanma bağlamında yukarıda açıklanan fonksiyonu nedeniyle olmalı ki, İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağında¹⁸⁵ tam yargı davaları bakımından getirilen duruşma yapma limiti kaldırılmıştır. Madde gerekçesinde bir açıklama bulunmamakla birlikte genel gerekçe: “*Anayasamızda, davaların en az giderle ve mümkün olan en kısa sürede sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğu vurgulanmış ve Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin 6 ncı maddesinin birinci fıkrasında da herkesin, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul süre içinde görülmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.*

İdari yargının iş yükünün aşırı şekilde artması nedeniyle yargılama sürecinin yavaş işlemesi ve uzun sürmesi, Anayasamızın ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin kabul ettiği devletin makul sürede yargılama yükümlülüğünün gereğinin yerine getirilmesini önemli derecede zorlaştırmaktadır.

Adil yargılanma hakkının korunması ve makul süre içinde yargılamanın sonuçlandırılması amacıyla, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu Hakkında Kanun ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu yeniden gözden geçirilerek bazı değişiklikler yapılması ihtiyacı hasıl olmuştur... ”. şeklindedir.

Ancak, söz konusu Taslakta, tek hâkimli görülen davalar bakımından duruşmanın yargı yerinin takdirine bırakılması eleştiriye açık bir husustur¹⁸⁶. Taslak ile, tek hâkimle görülecek davaların artırılmış olması da¹⁸⁷ bu eleştiriye

¹⁸⁵ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURULAR/%C4%B0dari%20Yarg%C4%B1%20Kanun%20Tasar%C4%B1s%C4%B1%20Tasla%C4%9F%C4%B1%20ve%20Kar%C5%9F%C4%B1la%C5%9Ft%C4%B1rma%20Tablosu.pdf>.

¹⁸⁶ Taslak m. 19: “...1. Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinde açılan iptal ve tam yargı davalarında taraflardan birinin isteği üzerine duruşma yapılır. Ancak tek hâkimle çözümlenecek davalarda hâkim tarafların duruşma yapılması istemiyle bağlı değildir...”.

¹⁸⁷ Taslak m. 5, Gerekçe : “Kural olarak heyet halinde çalışan idare mahkemelerinde, dava değeri esas alınarak bazı davaların tek hâkimle çözümlenmesi benimsenmiştir. Maddede yapılan değişiklikte, tek hâkimle çözümlenebilecek davaların değeri yirmibeşbin Türk Lirasından ellibin Türk Lirasına yükseltilmekte ve buna ilaveten niteliğine göre bazı dava konuları bentler halinde sayılmak suretiyle tek hâkimle çözümlenecek davalar kapsamına alınmaktadır. Tek hâkimle bakılan davaların bölge idare mahkemesinde kesinleşmesi

daha da dikkate değer hale getirmektedir. Kaldı ki, aynı Taslakta, dosyanın tekemmülünün dava dilekçesi ve cevap dilekçesi ile gerçekleşeceğinin belirlenmesi karşısında, duruşmanın fonksiyonunun daha da önemli hale gelebileceği öngörülmektedir¹⁸⁸.

A. İDARİ YARGIDA “TANIK BEYANI”¹⁸⁹ VE “USULEKONOMİSİ” “İLİŞKİSİ

1. “TANIK BEYANI” VE İDARİ YARGIDA MEVCUT DURUM

Duruşmada taraflara iddialarını ve savunmalarını sözlü şekilde ortaya koyma imkânı tanınırken, bu noktada önemli bir ispat vasıtası olan “tanık” beyanının idari yargı bakımından uygulanmaması da başka bir eksikliktir. Yukarıda yargılama faaliyetine sağlayacağı katkıların belirtildiği sözlü yargılamadan bu fonksiyonu sağlamak söz konusu sistemi maksimum derecede etkin kullanabilmeye bağlıdır. Çünkü dava konusu olayı aydınlatmaya yönelik hususlar zaten tarafların dilekçelerinde sunulmaktadır. Bu noktada duruşmada farklılık yaratabilecek husus aslında “tanık beyanı”dır. Doktrinde de; sözlülük ilkesinin umulan faydayı gerçekleştirebilmesinin vasıtası niteliğindeki esas kanıtın, tanık beyanı olduğu vurgulanmaktadır¹⁹⁰. Duruşmanın sadece psikolojik bir tatmin vasıtası olarak görülmesinin nedenlerinden biri “tanık beyanına yer verilmemesi” olarak da değerlendirilmektedir¹⁹¹. Hatta,

nedeniyle, yapılan düzenlemeyle Danıştayın iş yükünün azaltılması ve bu davaların daha hızlı şekilde çözümlenmesi amaçlanmaktadır.”

¹⁸⁸ Taslak m. 18 uyarınca; “Savunma dilekçesinin davacıya tebliğ edildiği tarihte dosya tekemmül eder....”; m. 19: “...Taraflarca, dava dosyasının tekemmül ettiği tarihe kadar duruşma talebinde bulunulabilir...”.

¹⁸⁹ Aşağıda, idari yargı kolundaki genel algıyı gösterebilmek için; vergi uyumsuzluklarına ilişkin örnek kararlara yer verilmeyle beraber; inceleme temel olarak, vergi davaları dışındaki idari uyumsuzluklar bakımından yapılmaktadır. Vergi uyumsuzluklarında tanık delili konusu, bazı özellikler içermektedir. Detaylı bilgi için bkz. AKINCI (2008), s. 257, 258.; SUNAY, s. 58 vd.; Hasan DURSUN, “İdari Yargıda Tanığa ve Tanıklığa Yer Verilmesi Bir Zorunluluktur”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Aralık 2008, Y. 3, Sa. 28; s. 85 vd.; CANDAN, s. 860, 861, 862, 870, 871, 888, 889.; Yusuf KARAKOÇ, Genel Vergi Hukuku, (Vergi Usûl Hukuku-Vergi Ceza Hukuku- Kamu İcra Hukuku-Vergi Yargılaması Hukuku), 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 924, 938, 939, 940. ; Artuk ARDIÇOĞLU, “İdari Yargıda Tanık”, Yaklaşım Dergisi, Kasım 2010, Sa. 125, s. 299, 300.

¹⁹⁰ KAPLAN, (2014), s. 5, 6.; Kaplan, bilirkişi ya da keşif gibi hususlara zaten yargı yerince re’sen başvurulabildiğine dikkat çekmektedir. KAPLAN, (2014), s. 6.; Selçuk HONDU, “İdari Yargılama Usulünde Tanık”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap, İdari Yargı, Ankara 1-4 Mayıs 1990, Ankara, s. 267., KARAVELİOĞLU, s. 1143.

¹⁹¹ KAPLAN, (2014), s. 5.; Ayrıca bkz. CANDAN, s. 607, 608.; Yahya Kazım ZABUNOĞLU, İdare Hukuku, C. II., Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 658.

yargılamanın sözlü yapıldığından bahsedilebilmesinin doktrinde; tanık beyanına yer verilmesi ile özdeş sayılabildiği ifade edilmektedir¹⁹². O halde irdelenmesi gereken, tanık beyanının neden bu derece önem arz ettiği¹⁹³.

Tanık (şahit), uyuşmazlığın tarafı dışında bir kişi olup; davaya ile ilgili sahip olduğu bilgileri sözlü olarak yargı yerine aktaran kişidir¹⁹⁴. Tanık beyanı, çeşitli sebepler nedeniyle medeni yargılama hukukunda da “takdiri” bir delil niteliği taşımaktadır¹⁹⁵. Yani tanık beyanının ispatta dikkate alınma derecesi, yargıcın takdirindedir¹⁹⁶. Ancak, kesin delilin uygulandığı yöntemde de kesin delillerle ispatı mümkün olmayan hususlarda tanık beyanının önemli bir delil olduğu söylenebilir¹⁹⁷. İdari yargılama usulünde kesin delil bulunmadığı düşünüldüğünde, tanık beyanının daha önemli bir rol oynayabileceğini söylemek bu bağlamda yanlış olmayan bir önerme gibi görünse de, idari yargıda dava konusunun idarenin faaliyet araçları olması; konuyu tartışmalı hale getirmektedir¹⁹⁸. Başka bir ifade ile, tanık beyanının idari yargı sistemine uygunluğu ya da fonksiyona sahip olup olamayacağı

¹⁹² KAPLAN, (2014), s. 5.; Bkz. HONDU, (1990), s. 267.

¹⁹³ “...69. Yapılan yargılama sırasında tanık dinletme hakkı da dâhil olmak üzere delillerin ibrazı ve değerlendirilmesi adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul edilen silahların eşitliği ilkesi kapsamında kabul edilmekte olup, bu hak ve gerekçeli karar hakkı da makul sürede yargılanma hakkı gibi, adil yargılanma hakkının somut görünümüdür...” AYM, 26.06.2014, B.N. 2013/6428; AYM, 13.04.2016, B.N. 2013/6133; “...42. Yapılan yargılama sırasında tanık dinletme hakkı da dahil olmak üzere delillerin ibrazı ve değerlendirilmesi adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul edilen silahların eşitliği ilkesi kapsamında kabul edilmektedir (Uğur Bükte, B. No: 2013/4177, 22/1/2015, § 29). Silahların eşitliği ilkesi davanın taraflarının usule ilişkin haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelir. Ceza davalarının yanı sıra medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin hukuk davaları ve idari davalarda da bu ilkeye uyulması gerekir (Yaşasın Aslan, B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 32)...” AYM, 20.04.2016, B.N. 2013/6615.

¹⁹⁴ HONDU, (1990), s. 264.; Ayrıca bkz. YASİN, s. 38.; ÇAĞLAYAN, (2018), s. 381.; “...yargılamada bir olay hakkında görgüsüne veya bilgisine başvurulana; bir olayın vukubulduğunu (olduğunu) gören; olay veya işlem sırasında hazır bulunan”, YILMAZ, (1996), s. 782.

¹⁹⁵ Bkz. HONDU, (1990), s. 264.; YASİN, s. 38 vd.; Bu hususta Danıştay kararı için bkz. SUNAY, s. 59.

¹⁹⁶ HONDU, (1990), s. 264.; ÇAĞLAYAN, (2018), s. 371.

¹⁹⁷ YASİN, s. 40.

¹⁹⁸ Bkz. Kenan GÖZTAŞ, İdari Yargıda İspat, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, s. 77vd. (YÖK Ulusal Tez Merkezi).

değerlendirmeye açıktır¹⁹⁹. Yine benzer şekilde “yazılılık” ilkesinin tanık beyanının kabulüne imkân tanıyıp tanımayacağı da tartışılabilir²⁰⁰. Ancak, salt ilk sebeple tanık beyanının idari yargıda pek de anlamlı olamayacağını söylemek her durumda mümkün görünmemektedir. İdari yargılama usulünde özellikle idari işlemin sebep unsurunun bir olaya dayanması ya da idari eyleme ilişkin uyumsuzluklarda tanık beyanı büyük bir boşluğu dolduracaktır²⁰¹. Tanık beyanı sayesinde yargıcın maddi gerçeğin açıklığa kavuşmadığı hallerde dava konusu ile ilgili kanaat oluşturması daha kolay hale gelebilecektir²⁰². Nitekim Anayasanın 138. maddesi uyarınca “*Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.*”

Teorik açıdan duruma bu şekilde yaklaşmak mümkün olmakla beraber; İYUK m. 31 ‘de HMK (-eski- 1086 sayılı HUMK²⁰³)’ya yapılan atıflar arasında “tanık beyanı”nın bulunmaması sebebiyle yargı yerlerinin konuya olumsuz yaklaştıkları bilinmektedir²⁰⁴. Ancak; uygulamada yargı yerlerinin zaman

¹⁹⁹ A. Şeref GÖZÜBÜYÜK /Turgut TAN, İdare Hukuku C. II, İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 949.; Bkz. ÇAĞLAYAN, (2018), s. 383 vd.

²⁰⁰ Bilgi için bkz. ÇAĞLAYAN, (2018), s. 383.; CANDAN, s. 888.; Bahtiyar AKYILMAZ/ Murat SEZGİNER/ Cemil KAYA, Türk İdari Yargılama Hukuku, 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2018, s. 28.; IŞIKLAR, (2011), s. 80.; Kaplan bu gerçeğe, yazılılığın iddia ve savunmalara matuf olduğu; tanık beyanının ise iddia ve savunmaların kanıtlanması ve vicdani kanaat oluşumuna hizmet etmesi sebebiyle karşı çıkmaktadır. KAPLAN, (2014), s. 8, 9.

²⁰¹ GÖZTAŞ, s. 78.; Bkz. HONDU, (1990), s. 266.; ÇAĞLAYAN, (2018), s. 384.; Ayrıca bkz. I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs, 1990, Ankara, Tartışmalar, Selçuk Hondu’ya Sorular (Soru: Prof. Dr. İl Han ÖZAY), s. 291, 292. ; DURSUN, s. 101, 102.

²⁰² Bkz. HONDU, (1990), s. 266.

²⁰³ Bkz. HMK m. 447.

²⁰⁴ “...Anılan Yasa hükümleri ve yerleşmiş idari yargılama usulü ilkelerine göre; yazılı yargılama yapmak zorunda olan idari yargı yerlerinin kendiliğinden yapacakları her çeşit inceleme için, lüzum gördükleri ve taraflar veya ilgili yerlerden isteyebilecekleri evrak ve bilgiler kapsamında, tanık veya şahit dinlenmesi yada ifade alınması şeklinde bir yöntem bulunmamaktadır. Ayrıca, Hukuk Usulü Muhakemeleri Yasasına atıfta bulunulan konular arasında da bu yönde bir kural mevcut değildir...” D8D, 25.02.2004,,E. 2003/3369, K. 2004/917; “... Yukarıda açıklandığı üzere idari Yargılama Usulü Kanununda, yazılı yargılama usulü esas alındığına ve esasen idari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun şahadete ilişkin hükümlerine atıfta bulunmadığına göre, yükümlüden canlı hayvan satın alan kasap’ın Vergi Mahkemesince duruşmada şahit olarak dinlenmesinde, şahide yemin teklif edilmesinde ve yemine icabet etmediği nedeniyle yemin teklif edilen hususun ikrar edildiğinin kabulü suretiyle delil olarak değerlendirilerek

zaman yazılı hale getirilmiş tanık beyanını kabul ettikleri düşünülürdüğünde²⁰⁵, salt atıf bulunmaması nedeniyle tanık beyanını kabul etmemeleri çelişki arz etmektedir. Yine, yargı kararlarına bakıldığında, idari mercilerce soruşturma sürecinde tanık dinlenmeksizin idari işlem tesis edilmesinin yargı yerlerince hukuka aykırı bulunması²⁰⁶, söz konusu çelişkiyi daha da açık hale

karar verilmesinde Kanun ve usul hükümlerin uyarılık bulunmamaktadır...” D3D, 24.12.1986, E. 1986/1201, K. 1986/2706; İdari yargıda tanık beyanı hakkında bilgi için bkz. ÇAĞLAYAN, (2018), s. 382 vd.; İŞIKLAR, (2011), s. 80 vd.; ARDIÇOĞLU, s. 299, 300 (Detaylı bilgi için, s. 299 vd.); SUNAY, s. 58 vd.; Ayrıca atıf yapılan eserlerin belirtilen sayfalarında görüleceği üzere, idari yargıda “yazılılık” ilkesinin geçerli olması tanık beyanına başvurulmaması konusunda gösterilen bir diğer nedendir. Yine bkz. CANDAN, s. 888.; İYUK m. 17 ve 18 ‘de, duruşmada “tarafaların” dinleneceğinin belirtilmesi de; idari yargılamada tanık beyanına olumsuz yaklaşılma nedenlerindedir. Örneğin bkz. D3D, 25.12.1990, E. 1989/3460, K. 1990/3569.; ayrıca son karar ve başka karar örneği için bkz. ARDIÇOĞLU, s. 300.; AKINCI, (2008), s. 258.; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 28.; Re’sen araştırma ilkesinin tanık dinleme konusunda engel oluşturduğu, ilke kapsamında elde edilen bilgiler çerçevesinde tanık dinleme imkânı bulunmadığı yönünde görüş ve Danıştay kararı için bkz. ARDIÇOĞLU, s. 299, 300.; Tanık delilinin idari yargıda kabul görmemesi yönünde yargı kararları ve görüşler için ayrıca bkz. Ramazan ÇAĞLAYAN, “İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Sa. 3-4, 2003, s. 200, 201., <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/262588> ; aynı yönde detaylı bilgi için yine bkz. DURSUN, a.g.m., Dursun, İYUK m. 31’de HMK’ya atıf yapılması halinde dahi, atıf yapılan kurumun idari yargının kendine özgü yapısı nedeniyle uygulanır olamayabileceği hususunun, tanık beyanının uygulanamamasının sebebinin atıf eksikliği olduğu yönündeki görüşü çürüttüğünü ifade etmektedir. DURSUN, s. 89, 90., Yazarın yazılılık ilkesinin tanık beyanı konusunda engel olarak gösterilmesi konusunda eleştirisi için bkz. DURSUN, s. 91.

²⁰⁵ HONDU, (1990), s. 267.; ÇAĞLAYAN, (2018), s. 384.; ÇAĞLAYAN, (2003), s. 199.; SUNAY, s. 60, 61.; YASİN, s. 42.; İdari yargıda “mahalli bilirkişi” adı altında esasen tanık dinlenmesi ve başkaca örnek için bkz. HONDU, (1990), s. 268.; Yine bkz. ÇAĞLAYAN, (2018), s. 384.; ÇAĞLAYAN, (2003), s. 199.

²⁰⁶ Bkz. GÖZTAŞ, s. 79.; Yine bkz. YASİN, s. 43vd.; “...Disiplin suçu teşkil eden fiillerle ilgili olarak soruşturma yapılması zorunlu olduğu gibi soruşturmanın belirli usuller çerçevesinde yapılması da zorunludur. İsnad olunan olayla ilgili olarak tanık ve soruşturulanın ifadelerinin alınması disiplin hukukunun temel ilkelerinden olduğu gibi hukuki güvenliğin bir gereğidir. Olayda, yukarıda yer verilen disiplin ilkeleri doğrultusunda, kusurlu halin tespitinden sonra yasal süreler içerisinde ilgili memur hakkında disiplin soruşturması açıldığı, bağımsız bir muhakkik tayin edilerek yürütülen soruşturma sonucunda soruşturma raporu düzenlendiği, yetkili disiplin amirinin teklifi ve ... Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu Başkanlığının davacının Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılması yolundaki istemi sonrasında Yüksek Disiplin Kurulu tarafından disiplin cezası tesis edildiği görülmüş ise de; ; davacıya isnat edilen eylemlerle ilgili tanık ifadelerine başvurulmadığı, (27.10.2013 tarihinde adli emanet deposunda yapıldığı belirtilen denetim sırasında tutanak tanzim edilmişse, tutanakta imzası bulunan kişilerin ifadeleri gibi...) yalnızca davacının savunmasının alındığı ve ... Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen iddianamede yer alan tespitlerin değerlendirilmesiyle yetinildiği görülmüştür. Öte yandan, her ne kadar adli soruşturma aşamasında alınan tanık ifadelerinin soruşturma dosyasına eklendiği görülmüş ise de; disiplin hukuku ile ceza hukuku soruşturma ve yargılama usulleri, verilen cezanın

getirmektedir. Kaldı ki yargı yerleri soruşturma sürecinde elde edilen tanık beyanının ispat gücüne sahip olduğu kabul edilip; buna dayanarak yargı kararı hakkında değerlendirme yapılabilir²⁰⁷.

2. USUL EKONOMİSİ ARACI OLARAK TANIK BEYANI

a. YÖNTEMSSEL OLARAK

İdari yargılama usulünün temel ilkelerinden olan “re’sen araştırma” ilkesi de, idari yargıca başkaca bir dayanağa gerek olmaksızın tanık beyanına başvurma imkânını sağlamaktadır²⁰⁸. Söz konusu ilke uyarınca, yargıç gerekli görmesi halinde davanın çözüme ulaşip sonuçlanabilmesi için lazım olan her türlü incelemeyi kendiliğinden yapabilecektir²⁰⁹. Bu ilke yargıca, uyuşmazlık konusu olayın hukuki nitelendirmesini yapma, hukuk kurallarının belirleme²¹⁰ yanısıra, tarafların ortaya koyduğu hususların gerçekliğini saptama ve delillere ulaşma gücünü de vermektedir²¹¹. İYUK m. 22/1 de de “davaların karara

niteliği, bu cezanın doğurduğu sonuçlar ve etkileri ile ceza ve suçların tanımı ve konuluş amaçları birbirinden farklı özellikler göstermektedir. Bu durumda, davacı lehine ve aleyhine olan tüm deliller araştırılmadan, eksik incelemeye dayalı soruşturma raporuna dayalı tesis edilen davaya konu işlemler hukuka uyarlık, davanın reddi yolundaki İdare Mahkemesi kararında ise hukuki isabet görülmemiştir” D5D, 11.01.2017 E. 2016/25667,K. 2017/814; D5D, 24.10.2016, E. 2016/10141, K. 2016/4886.; İstanbul BİM, 2. İDD, 03.07.2018, E. 2017/10173,K. 2018/2156 (Son karar için E.T. 12.11.2018).

²⁰⁷ GÖZTAŞ, s. 78.; “...AYİM, Askeri Savcılık tarafından yürütülen soruşturma kapsamında elde edilen diğer delillerin yanı sıra aralarında başvuruçulardan müteveffanın anne ve babasının da bulunduğu tanık beyanlarına istinaden intiharı salt şahsi sebeplere bağlamanın ve askerlik hizmetinden soyutlamanın mümkün olmadığını ifade ederek idarenin sorumluluğuna hükmetmiştir. Bu bilgiler ışığında, yargılamanın evrak üzerinden yapılacağı kurala bağlanan ve duruşma yapılması talebe veya Mahkemenin takdirine bağlı kılman idari yargılama sürecinde, tarafların iddia veya savunmaları yazılı olarak alındıktan ve önceki ceza soruşturması sürecinde elde edilen deliller dikkate alındıktan sonra bir karara bağlanan yargılamanın salt dosya üzerinden yapılması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlaline yol açtığı söylenemez...” AYM, 23.01.2014, B.N. 2013/841.; İdari yargıda zaman zaman tanık beyanına ihtiyaç duyulmasının örnekleri için bkz. HONDU, (1990), s. 265vd.

²⁰⁸ Aynı yönde bkz. ÇAĞLAYAN, (2018), s. 385.; ÇAĞLAYAN, (2013), s. 202, 206.; HONDU, (1990), s. 264.; GÖZTAŞ, s. 79.; YASİN, s. 47.; KAPLAN, (2014), s. 7, 8., DURSUN, s. 92, 95., Bu yönde YHG kararı için yine bkz. DURSUN, s. 94.

²⁰⁹ ASLAN, (2001), s. 57.; EVREN, s. 710.; YASİN, s. 12 vd.; İdari yargının idareyi hukuki sınırlar içinde tutma fonksiyonu dikkate alındığında; konusu ne olursa olsun iptal davası ve tam yargı davası bakımından re’sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu yönünde bkz. YASİN, s. 15.

²¹⁰ Maddi olay tavsifi ve uygulanacak hukuk kuralını belirlemenin medeni yargılamada da geçerli olup, re’sen araştırmaya özgü olmadığı yönünde bkz. YORGANCIOĞLU, s. 232.

²¹¹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 31.; ÇAĞLAYAN, (2018), s. 248.; ÇAĞLAYAN, (2003), s. 202.; CEYLAN, s. 108.; OĞURLU, s. 123.; KARAVELİOĞLU, s. 1142., Ayrıca

bağlanması” başlığı altında “ *Konular aydınlandığında meseleler sırasıyla oya konulur ve karara bağlanır...* ” denilmektedir²¹². Bilindiği üzere, medeni yargılama hukukunda hâkimin davayı aydınlatma ödevi bulunmaktadır (HMK m. 31)²¹³. Bu yüküm, davanın doğru bir hükümle sonuçlandırılmasına hizmet etmektedir ve talep sonucu, vakıalar, deliller ve hukuki sebebi de kapsamaktadır²¹⁴. Ancak re’sen araştırma ilkesinin söz konusu olduğu hallerde, hâkimin davayı aydınlatmak için giriştiği faaliyetler böyle bir yükümden değil, bizatihi re’sen araştırma ilkesinden kaynaklanmaktadır²¹⁵. Anılan çerçevede, yargıca verilen geniş yetkinin amacı, bireye oranla daha güçlü durumda olan ve dava ile ilgili bilgi ve belgeleri elinde bulunduran idare karşısında bireye eşit imkânlar sağlanabilmesidir²¹⁶. Resen araştırma ilkesi, kamusal menfaatin ağır bastığı süreçlerde tercih konusu olmaktadır²¹⁷. Bu noktada, idari yargıda hâkim olan “yazılılık” ilkesi ile “re’sen araştırma”nın bağdaşıp bağdaşamayacağı gündeme gelmektedir. Hatta bazı yazarlar “re’sen araştırma” ve “yazılılık” ilkeleri arasında bir çatışma olduğunu ifade etmektedirler²¹⁸. Anılan değerlendirme bağlamında, yazılı yargılamanın şekle, resen araştırmanın ise esasa yani uyumsuzluğun esasına/ vakıaları ortaya koymaya yönelik olması (maddi gerçeğe ulaşmak amacı) argümanı karşımıza

bkz. SUNAY, s. 14 vd.

²¹² Bkz. AKYILMAZ /SEZGİNER/KAYA, s. 31.

²¹³ RG. 04.02.2011, S. 27836.; Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, m. 31, “(1) Hâkim, uyumsuzluğun aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir.”

²¹⁴ Cemil SİMİL, “Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları”, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C. 16, 2014, s. 1352, 1353. , <http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/09/CEM%C4%B0L-S%C4%B0M%C4%B0L.pdf>

²¹⁵ SİMİL, s. 1353.

²¹⁶ ÇAĞLAYAN, (2018), s. 247, 248.; CEYLAN, s. 109, 110.; Resen araştırmanın adil yargılanma hakkı ile ilişkisi için bkz. YASİN, s. 52. , Dursun, yargılamada maddi gerçeğe ulaşmaktan vazgeçmenin mümkün olmamasının da, idari yargıda da tanık beyanının kullanılması noktasında önemine işaret etmektedir. DURSUN, s. 90, 91.

²¹⁷ Nedim MERİÇ, “Hakimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Bilge UMAR’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C. 11, 2009, s. 380.

²¹⁸ Mustafa ELÇİM, Hukuk Devleti Açısından İdari Yargılama Usulünde Kanıtlama Araç ve Yöntemleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001, s. 90.; GÖZTAŞ, s. 76.

çıkılmaktadır²¹⁹. Bu husus ele alındığında, maddi gerçeğe ulaşma fonksiyonuna ağırlık vererek, geniş çerçevede yorum yapmak ve yargıcın kullanabileceği ispat vasıtalarının çeşitliliğine izin vermek; yargılamanın adalete maddi gerçeği ortaya koyarak, tatmin edici şekilde ulaşma çabası bağlamında, daha uygun görünmektedir²²⁰. Nitekim uygulamada yazılılık ilkesinin uygulanmasında, katılıktan ziyade, re’sen keşfe karar verilmesi/duruşma yapılması²²¹ da bu yaklaşım ile uyum içindedir.

Ancak bu noktada, yazılı yargılama usulü bakımından söz konusu olabilecek istisnanın, özel bir düzenleme ya da atıf olmaması halinde, salt re’sen araştırma ilkesi kullanılarak ortaya konulup konamayacağı ele alınmalıdır. Konumuz açısından bakıldığında re’sen araştırma ilkesi esasa yönelik iken, tanık dinlenmesi de esasa yönelen süreçte bir usul meselesidir. Ayrıca, idari rejimin geçerli olduğu bir ülkede, yargıcın usul kuralı yaratıp yaratamayacağı hususu gündeme gelmektedir. Bu tartışmada, usul kuralı yaratabilmenin yargı birliği sisteminde söz konusu olduğu ileri sürülebilecektir²²². Ancak idari yargının içtihatla yol aldığı, mevzuatta da engel bir durum olmadığı düşünüldüğünde; İYUK’ ta açık biçimde yer verilen re’sen araştırma ilkesinin; konuyla ilgili açık bir düzenleme ya da atıf olmasa da, tanık beyanını kullanılabilir hale getireceği sonucuna varılabilecektir²²³. Aslında, resen

²¹⁹ ELÇİM , s. 90, 91.; GÖZTAŞ, s. 76; Celâl IŞIKLAR, “İdari Yargılamada İlk İncelemenin Sıra, Düzen Ve Usulü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1., Y.2, Sa. 6, Temmuz 2011, s. 123. .. <http://www.taa.gov.tr/indir/idari-yargilamada-ilk-incelemenin-sira-duzen-ve-usulu-bWFrYWxlfgY2MzZILWUxMDMxLTM2OTFjLWUxYzVlLnBkZnwxMjI/> (IŞIKLAR, (Temmuz 2011)).

²²⁰ ELÇİM, s. 91. ; Elçim, s. 91’de; s. 90 ve 91 de ifade ettiği (yukarıda ana metin içinde aktardığımız) sebeplerden dolayı; kendiliğinden araştırmanın, bu çatışmada öne çıktığı kanaatinde olduğunu ifade etmektedir. Yazar, bu seçimini, idari yargılamanın amacı olarak ifade ettiği maddi gerçeği ortaya çıkarma ve resen araştırma ilkesinin de bu amaçtan kaynaklanması ile ilişkilendirmektedir.; Yargılamanın amacı olan adaletin sağlanması bağlamında, maddi gerçekliğin önemli olduğuna ilişkin bkz. YILMAZ (2008), s. 248.; DEMİRCİOĞLU, s. 102, 103.

²²¹ ELÇİM, s. 91.; ÇAĞLAYAN, (2018), s. 384, 385.; ÇAĞLAYAN, (2003), s. 206.; GÖZTAŞ, s. 76 vd. ; KARAVELİOĞLU, s. 1143.

²²² Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. ÇAĞLAYAN, (2018), s. 383.; ÇAĞLAYAN, (2003), s. 203, 204.

²²³ Aktarılan argümanlar ve aynı yönde görüş için bkz. GÖZTAŞ, s. 81.; ÇAĞLAYAN, (2018), s. 383 vd.; ÇAĞLAYAN, (2003), s. 206.; Kaplan, keşif ve bilirkişi dışında idari yargılamada hangi kanıtların söz konusu olabileceğine ilişkin düzenleme olmadığına (ve de açıkça yasak getiren bir düzenleme de olmadığını) dikkat çekmektedir. Re’sen araştırma ilkesinin esasen ispat hususunda söz konusu olduğu, ilkenin tanık beyanına başvuru için yeterli olduğu kanaatinde olan Kaplan, idari yargıda söz konusu olan yazılılık ilkesinin

araştırmanın esasa yönelik olması karşısında, burada usul kuralının yargı yeri tarafından üretilmesinden ziyade; yasada öngörülen esasa ilişkin bir ilkenin içinin yargı yeri tarafından doldurulmasından dahi söz edilebilecektir. Yargıç tarafından delillere ulaşılması ve bunların takdir edilmesi de idari yargıcın resen araştırma yetkisi içinde yer almaktadır²²⁴. Re’sen araştırma ilkesi; ispat araçlarına ulaşma ve bunların takdiri konusunda yargıca geniş imkânlar sunmaktadır²²⁵. Öyle ki yargıç, karara varmasında etkili olabileceği kanaatine vardığı her konuyu bu yetki sayesinde araştırabilecektir²²⁶. İdari yargıç, resen araştırma ilkesi dolayısıyla, olayı aydınlatmak için delillerin seçilmesinde de geniş bir takdir yetkisi ile donatılmıştır²²⁷.

Danıştay’ın idari yargıda tanık beyanının söz konusu olamayacağı yönündeki içtihadının yerleştiği dönemde, Danıştay’ın tek genel görevli yargı yeri olduğu; hem ilk derece mahkemesi hem yüksek mahkeme olarak çalıştığı ve tanık dinlemede oluşabilecek zorlukların yer aldığı belirtilmesi de²²⁸, yukarıda ifade edilen düşüncüyü desteklemektedir. Bugün için idari yargı örgütünün planlaması düşünüldüğünde, eleştiri konusu olabilecek bu gerekçe ortadan kalkmıştır²²⁹. Ancak bunun da ötesinde, özellikle maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının söz konusu olduğu dikkate alındığında, hâkimde vicdani kanaatin oluşumuna katkı sağlaması bakımından temyiz incelemesinden önceki aşamalar bağlamında tanık beyanı son derece önem taşımaktadır²³⁰. Yargı mensuplarının bu noktadaki algısının ise farklı olduğunu ifade etmek gerekmektedir. İdari yargıda tanık beyanının ne derecede gerekli olduğu sorusuna “ avukatların –orta derecede-, yargıçların ve Danıştay mensuplarının

bu imkânı ortadan kaldırmadığını; uyumsuzluğun niteliğine göre bunun nasıl ve ne ölçüde olacağına yargıcın karar vereceğini ifade etmektedir. KAPLAN, (2014), s. 7, 8. ; Bkz. DURSUN, s. 95.; İctihadiliğin kodifiye edilmemiş alanlarda söz konusu olabileceği, bu sebeple yazılılık ilkesinin söz konusu olduğu idari yargılama usulünde içtihadiliğin tanık beyanına başvurmaya imkân tanımadığı, tanık beyanının kullanılabilmesi için açık yasal düzenleme gerektiği konusunda bkz. IŞIKLAR, (2011), s. 81.

²²⁴ ÇAĞLAYAN, (2018), s. 248.; ÇAĞLAYAN, (2003), s. 202.; Bkz. EVREN, s. 710, 711.

²²⁵ YASİN, s. 10,11.

²²⁶ KARAVELİOĞLU, s. 1143.

²²⁷ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 32.; Eksik inceleme ile karar verilmesinin temyiz sebebi olması için bkz. AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 33.

²²⁸ HONDU, (1990), s. 267.; AKINCI, (2008), s. 256, 257.; GÖZTAŞ, s. 77.

²²⁹ Aynı yönde bkz. YASİN, s. 46.; AKINCI, (2008),s. 257.

²³⁰ Bu konuda önerler için bkz. YASİN, s. 48.; Temyiz merciinin vakıa incelemesi yapamaması sebebiyle tanık dinleyemeyeceği konusunda bkz. AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 30.

–az-” şeklinde cevap verdikleri ifade edilmektedir²³¹.

b. İŞLEVSEL OLARAK

Tanık beyanı ile uyuşmazlığın aydınlatılmış olacağı dikkate alındığında, muhakeme sürecinde başka araştırmalar yapılmasına gerek bırakmayarak aynı zamanda yargılamayı hızlandırıcı bir fonksiyona sahip olması da mümkündür. Başka bir ifade ile, tanık beyanı ile maddi gerçeğin açığa kavuşturulması bir yandan, başkaca usul işlemlerine ve dolayısıyla masrafa gerek bırakmayarak hem yargılamanın belli bir düzen²³² içinde yürümesi²³³ ve yargılamanın ucuzluğuna; böylelikle de yargılamanın makul sürede tamamlanmasına dolayısıyla; usul ekonomisine hizmet edecektir.

Tanık beyanının idari yargıda kullanılmasının yukarıda sayılan faydalarına değinildiği sırada, söz konusu delilin kabul görmemesinin ortaya çıkardığı çelişkili durumlar da bir kez daha vurgulanmalıdır. Ardiçoğlu’nun ifade ettiği üzere, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu²³⁴’nun yürürlüğe girmesi ile birlikte, tanık beyanının idari yargıda uygulanabilirliği tartışması farklı bir boyut daha kazanmıştır²³⁵: Kanun’un 3. maddesi uyarınca, anılan Kanun’un yargı yoluna ilişkin hükümleri özel kanunlarda yargı yerine ilişkin özel bir belirleme olmadığında uygulanacak; yani bu durumda idari yaptırımlar; Sulh Ceza Mahkemesi tarafından denetlenecektir. Örneğin bir idari para cezası ilişkin özel düzenlemede yargı yolu açıkça idari yargı olarak belirlenmemişse, uyuşmazlık Sulh Ceza Mahkemesinde çözümlenecektir. Kabahatler Kanunu’nun 28/5 maddesinde yer alan “*Ceza Muhakemesi Kanununun tanıklığa, bilirkişi incelemesine ve keşfe ilişkin hükümleri, bu başvuru ile ilgili olarak da uygulanır*” düzenlemesi nedeniyle, adli yargıda denetim konusu olan idari para cezası bakımından tanık beyanı ispat vasıtası olarak kullanılabilirken²³⁶; idari yargıda denetlenen idari yaptırım bakımından

²³¹ AKINCI, (2008), s. 260.

²³² Bkz. RÜZGARESEN, s. 216 vd.

²³³ Hondu, tanık beyanının kullanımı halinde, tarafların duruşmaya hazırlıklı gelmek zorunda kalacaklarına işaret etmektedir. HONDU, (1990), s. 267.

²³⁴ RG. 31.03.2005, S.25772., Bkz. m. 3, m. 27.

²³⁵ ARDIÇOĞLU, s. 301.;

²³⁶ Bkz. Ramazan ÇAĞLAYAN , İdari Yaptırımlar Hukuku, Kabahatler Kanunu Yorumu, Asil Yayınevi, Ankara, 2006, s. 187.; İtiraz halindeki durum için bkz. aynı eser, s. 200.; Örneğin bkz. Y7CD, 18.03.2014, E. 2014/2937,K. 2014/4476; Y7CD, 02.12.2014, E. 2014/25318 K.

yukarıda aktarılan eğilim sebebiyle tanık beyanı kullanılmayacaktır. Her ikisi de birer idari yaptırım, dolayısıyla idari işlem olan iki para cezasının muhakeme usulleri, salt yargı yoluna ilişkin belirleme sebebiyle farklı usule tabi olacaktır. O halde, bir uyuşmazlığın salt idari yargıda görülüyor olması durumundan hareketle, tanık beyanının idari yargıda geçerli olmadığını söylemek her durumda pek de kolay/mümkün gözükmemektedir.

Ayrıca karara olan güveni artırması dikkate alındığında, bu yöndeki (tanık beyanı kullanımı) uygulamanın makul süre bağlamı dışında da; adil yargılanma hakkı ile ilişkisi aşikârdır. Yasin, taraflara ispat konusunda etkili ve yeterli ilkeler sunulmasını, yargılamanın adil şekilde gerçekleşmesi için bir zorunluluk olarak görmektedir²³⁷. Yazar ayrıca, idarenin kamu gücü kullanabilmesi sebebiyle, “silahların eşitliği” ilkesinin sağlanmasının idari yargıda özel bir anlamı olduğuna işaret etmektedir²³⁸. Nitekim Ardıçoğlu, AİHM tarafından idare hukuku kaynaklı pekçok uyuşmazlığın Sözleşme m. 6 kapsamında görülerek; adil yargılanma hakkının uygulama alanında değerlendirilmesini; idari yargıda tanık beyanının kullanılabilirliği noktasında bir argüman olarak görmektedir²³⁹.

AİHM, adil yargılanma hakkı ile ilişkili gördüğü²⁴⁰ deliller meselesini, kural olarak iç hukuka dair bir mesele olarak algılamaktadır ve ilgili devletin takdir alanı içinde değerlendirmektedir²⁴¹. Ancak, belirtilmelidir ki; Mahkeme ispat vasıtalarının söz konusu olduğu hallerde, bunların sunulma şekli, ulusal mahkemelerin tutumu gibi hususların yargılamanın hakkaniyete uygun yürütülmesini olumsuz etkileyip etkilemediğini dikkate almaktadır²⁴². Tanık dinlenme talebinin ulusal yargı yerince kabul görmemesi ise; ancak

2014/20270.

²³⁷ YASİN, s. 10.

²³⁸ YASİN, s. 11.

²³⁹ ARDIÇOĞLU, s. 302.; Ayrıca bkz. YASİN, s. 59 vd. ; AKINCI, (2008), s. 256.

²⁴⁰ İNCEOĞLU, (2005), s. 220 vd.

²⁴¹ İNCEOĞLU, (2005), s. 222, 226, 316, 317; Ayrıca belirtilmelidir ki; hakkaniyete uygun yargılamanın parçası olan silahların eşitliği ilkesini 6. maddenin tamamı için uygulayan AİHM, örneğin; tanık dinlenme talebinin reddinin söz konusu olduğu meşhur Dombo Beheer kararında, söz konusu ilkenin medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklar bakımından da uygulanabilir olduğuna işaret etmektedir. Bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22dombo%22%22%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%22CHAMBER%22%22%22itemid%22:%5B%22001-57850%22%22%22%7D>; ; DİNÇ, s. 303, 304.; TAŞKIN, s. 316., İNCEOĞLU(2005), s. 221, 226.

²⁴² Bkz. İNCEOĞLU(2005), s. 222, 226, 316, 317.

belli koşullar altında ihlâl sebebiyet vermeyebilecektir²⁴³. Mevcut sorunun tanık beyanı olmaksızın çözümü mümkün değil ise ya da tanık beyanı kullanılmaması taraflardan birisi için “nitelikli dezavantaj” yaratmakta,/ savunma hakkını adil yargılanma hakkını ihlal edecek düzeyde sınırlamış ise, tanık beyanına başvurulmaması ihlâl olarak değerlendirilmektedir²⁴⁴. Anayasa Mahkemesi de bu hususa bir kararında “...69. Yapılan yargılama sırasında tanık dinletme hakkı da dâhil olmak üzere delillerin ibrazı ve değerlendirilmesi adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olarak kabul edilen silahların eşitliği ilkesi kapsamında kabul edilmekte olup, bu hak ve gerekçeli karar hakkı da makul sürede yargılanma hakkı gibi, adil yargılanma hakkının somut görünümleridir...” şeklinde değinmektedir²⁴⁵. Ancak Mahkemenin, derece mahkemelerindeki delil kuralları ve bunların yorumunun derece mahkemesine ait olduğu kanaati de saklı tutulmalıdır²⁴⁶. Mahkeme, idari yargıda tanık beyanı talebinin söz konusu olduğu uyuşmazlığa ilişkin bir kararında, AİHM’nin AİHS’nin 6. maddesinin delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin bir kural getirmediği yönündeki eğilimine işaret etmektedir²⁴⁷.

²⁴³ Konuyla ilgili karar için bkz. İNCEOĞLU, (2005), s. 224, 227, 228, 316, 317.

²⁴⁴ İNCEOĞLU, (2005), s. 221, 226, 227, 228, 316, 317; İNCEOĞLU (2007), s. 78, 79.; YASİN, s. 59 vd.

²⁴⁵ AYM, 26.06.2014, B.N. 2013/6428.

²⁴⁶ “...38. Yargılama makamları yargılamanın taraflarınca ileri sürülen iddiaları ve gösterdikleri delilleri gereği gibi incelemek zorundadır. Bununla birlikte belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi esasen derece mahkemelerine aittir. Mevcut yargılamada geçerli olan delil sunma ve inceleme yöntemlerinin adil yargılanma hakkına uygun olup olmadığını denetlemek Anayasa Mahkemesinin görevi kapsamında olmayıp Mahkemenin görevi başvuru konusu yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığının değerlendirilmesidir (Muhittin Kaya ve Muhittin Kaya İnşaat Taahhüt Madencilik Gıda Turizm Pazarlama Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti., B. No: 2013/1213, 4/12/2013, § 27)...” AYM, 13.04.2014, B.N. 2013/6133.; AYM, 20.04.2016; B.N. 2013/6615.

²⁴⁷ “...46. AİHM delillerin kabul edilebilirliği ve ispat güçleriyle ilgili şikâyetleri, somut davada kullanılan delillerin “silahların eşitliği” ve “çelişmeli yargılama” ilkeleri gözetilerek tartışılıp tartışılmadığı ya da söz konusu delillerin yargılamanın bütününe olan etkisi çerçevesinde değerlendirmektedir (Tamminen/Finlandiya, B. No: 40847/98, 15/6/2004, §§ 40, 41; Barberá, Messegue ve Jabardo/İspanya, B. No: 10590/83, 6/12/1988, §§ 68, 81-89). AİHM birçok kararında Sözleşme’nin 6. maddesinin adil yargılanma hakkını güvence altına almakla beraber öncelikli olarak ulusal hukuk bağlamında düzenlenmesi gereken bir konu olan delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin bir kural ortaya koymadığı belirtmektedir (Schenk/İsviçre, B. No: 10862/84, 12/7/1988, §§ 45,46; Desde/Türkiye, B. No: 23909/03, 1/2/2011, § 124)...” AYM, 20.04.2016; B.N. 2013/6615. ; Ayrıca bkz. YASİN, s. 59.; AKINCI, (2008), s. 256.

Bu bağlamda, İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağının HMK'ya atf yapan İYUK' un 31. maddesinde, yargı uygulamasındaki duruma rağmen tanık beyanı hususunda bir ekleme yapılmaması bir eksiklik olarak değerlendirilebilir²⁴⁸. Kaldı ki, söz konusu hususun maddeye açık bir biçimde eklenmesi ya da konunun duruşmaya ilişkin maddelere dâhil edilmesi²⁴⁹ yargı yerlerinin tanık beyanı konusundaki uygulamaları kapsamında fayda yaratabilme özelliğine sahip olsa da, yukarıda ifade edildiği üzere; bu şekilde açık bir düzenlemeyi zorunlu kılmamaktadır. Ancak, bu konuda çalışma yapılırken; idare aleyhine tanıklık yapmanın gerçeklikte ne derece mümkün olabileceği, hükmün salt tanık beyanına dayanarak kurulmasının yaratabileceği sorunlar ya da yargılamanın her aşamasında tanık beyanına izin verilmesinin yargılama süresine etkisi gibi husuların da dikkate alınarak²⁵⁰, bir denge sağlanması gerektiği vurgulanmalıdır.

VI. SONUÇ

Anayasal bir yargılama hukuku ilkesi olan “usul ekonomisi”, bu durumun sonucu olarak adli yargıç olduğu üzere, idari yargıç bakımından da dikkate alınması zorunlu bir ilkedir. Söz konusu ilkenin alt unsurları, yargılamanın makul giderlerle, basit şekilde ve makul sürede tamamlanmasıdır. İşte idari yargıç, bahsi geçen Anayasal yükümlülüğü sebebiyle, idari yargılama usulü kurallarını uygularken ya da yorum yaparken, adı geçen unsurların işlerlik kazanmasını sağlamak durumundadır.

Yazılı şekilde ve evrak üzerinden yürütülen idari yargılama faaliyetinde, idari yargıç son derece aktif ve güçlü konumdadır. Bu durum, değinildiği üzere temel olarak; idari yargılamada idarenin kamu gücü kullanarak meydana getirdiği faaliyet araçlarının denetlenmesi ve savunma bakımından gerekli dokümanların esasen idarenin elinde olmasının sonucudur. İşte idari

²⁴⁸ Şahit beyanına idari usul sürecinde başvurulmasının, yargı sürecindeki eksikliği bir ölçüde telafi fonksiyonu için bkz. YASİN, s. 43-45.

²⁴⁹ Aynı yönde bkz. TAŞKIN, s. 316.; Sancakdar, idari yargıda delil sistemi konusunda düzenleme yapılması ve tanık beyanının mümkün olabilmesi önerisinde bulunmaktadır. Oğuz SANCAKDAR, “Türk İdari Yargı Sisteminde Yargılama Sürecinden Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, in İdari Yargılama Sürecinde Yaşanılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Çalıştayı, 14 Ocak 2013, Ankara, s. 39., https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/idari_yargi_surecinde_yasanilan_sorunlar.pdf, Ayrıca bkz. ÇOPUR, s. 17.

²⁵⁰ Tanık beyanının kabulü halinde ortaya çıkabilecek tereddütler konusunda bkz. YASİN, s. 47, 48.

yargıç; idari yargılama usulünün kendine özgü yapısının yargı yerine tanımış olduğu geniş imkânlar sayesinde, yargılama faaliyetindeki mevcut işleyişin sebep olduğu aksaklıkları gidererek; yargılamanın daha mükemmel şekilde yürütülmesini sağlayabilecektir. Her ne kadar, yazılılık ilkesinin yargılamayı hızlandırma özelliği ile zikredilse de, -gerekli durumlarda bu imkânlar kullanılarak- duruşma yapma ve tanık beyanı almanın da içinde sayılabileceği sözlülük yöntemi araçlarına başvurulabilecektir. Bu araçlar; maddi vakianın aydınlatılması suretiyle; gereksiz usul işlemlerinden kaçınılmasına yardımcı olarak; yargılamanın makul sürede, makul giderlerle ve basit/düzenli şekilde gerçekleştirilmesinin; dolayısıyla usul ekonomisi ilkesinin işlevsellik kazanmasının yolunu açabilecektir.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Müslüm, “İdari Yargıda Duruşma”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Eylül 2010., s.127-143.
- AKINCI, Müslüm, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2018.
- ARDIÇOĞLU, Artuk, “İdari Yargıda Tanık”, Yaklaşım Dergisi, Kasım 2010, Sa. 125., s. 299-303.
- ASLAN, Memduh, “İdari Yargıda Usul Ekonomisi, Bağlantı, Doğal Hakim Çekişmesi”, Vergi Dünyası, Ekim 2011, Sa. 362.,s. 116-127.
- ASLAN, Zehreddin, “Türk İdari Yargı Sisteminde Resen Araştırma İlkesi”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Ekim 2000-Mart 2001, Sa. 23-24, s. 53-58, <http://istanbul.dergipark.gov.tr/download/article-file/5444> , (ASLAN, 2001).
- BEREKET, Zuhâl, Hukukun Genel İlkeleri ve Danıştay, Yetkin Yayınevi, Ankara 1996.
- CANDAN, Turgut, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 6. Baskı, PWC Yayınevi, İstanbul 2015.
- CEBRE, Ayvaz, “Hak Arama Yolları ve Adil Yargılanma Hakkı”, Türkiye

- Adalet Akademisi Dergisi, C.1, Y. 2, Sa. 5, Nisan 2011, s. 373-396, <http://www.taa.gov.tr/dosya/dergiler/taad5/files/assets/basic-html/page380.html>
- CEYLAN, Mahmut, İdari Yargıya Hakim Olan İlkeler, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, Aralık 2017.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yaptırımlar Hukuku, Kabahatler Kanunu Yorumu, Asil Yayınevi, Ankara, 2006.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ağustos 2018.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, “İdari Yargılama Usulünde Tanık Delilinin Yeri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Sa. 3-4, 2003, s. 195-206, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/262588>
- ÇETİN, İbrahim, “ Yargılama Hukukunda Etkinlik Arayışları: Medeni Usul Hukukunda Usul Ekonomisi”, s. 81-109, Sayıştay Dergisi, 2010, Sa. 78, s. 81-109, <https://www.sayistay.gov.tr/tr/Upload/95906369/files/dergi/pdf/der78m4.pdf>
- ÇİFTÇİ, Erhan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılama İlkesi ve İdari Yargı”, Danıştay Dergisi, Sa. 106, s. 77-97.
- ÇOPUR, Ali, Sunum, in İdari Yargılama Sürecinde Yaşanılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Çalıştayı, 14 Ocak 2013, Ankara, https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/idari_yargi_surecinde_yasanilan_sorunlar.pdf
- DEMİRCİOĞLU, Yaşar, Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- DİNÇ, Güney, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Silahların Eşitliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2005, Sa. 57, s. 283-306, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-57-127>
- DURSUN, Hasan, “İdari Yargıda Tanığa ve Tanıklığa Yer Verilmesi Bir Zorunluluktur”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Aralık 2008, Y. 3, Sa.28., s. 85-102.
- ELÇİM, Mustafa, Hukuk Devleti Açısından İdari Yargılama Usulünde Kanıtlama Araç ve Yöntemleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001.
- ERDÖNMEZ Güray, Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku, 15. Bası,

İstanbul, 2017.

- EVREN, Çınar Can, “İptal Davalarında Kendiliğinden Araştırma İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Sa. 1-2, 2008, s. 701-723, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/12_27.pdf
- GAUL, Hans Friedhelm, “ Yargılamanın Amacı, Güncelliğini Koruyan bir Konu”, Çeviri: YILDIRIM DEREN Nevhis, in İlkeler Işığında Altında Medeni Yargılama Hukuku, 8. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul Ekim 2016.
- GÖZTAŞ, Kenan, İdari Yargıda İspat, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, s. 77vd. (YÖK Ulusal Tez Merkezi).
- GÖZÜBÜYÜK, A Şeref/ TAN, Turgut, İdare Hukuku C. II, İdari Yargılama Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- HONDU, Selçuk, “İdari Yargılama Usulünde “Duruşma” Yapılması ve Uygulamadaki Durum”, Danıştay Dergisi, Sa. 89, 1995., s. 3-16.
- HONDU, Selçuk, “İdari Yargılama Usulünde Tanık”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 1. Kitap, İdari Yargı, Ankara 1-4 Mayıs 1990., s. 263-268.
- İŞIKLAR, Celâl, “İdari Yargıda Duruşma”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 2, Sa.2, Y. 4, Ocak 2011, s. 45-100, <http://www.taa.gov.tr/indir/idari-yargida-durusma-bWFrYWxlfDU3NWM4LWYwZGIyLWE2M2Y3LWQ5OTI0LnBkZnw1NA/>, (İŞIKLAR, (2011)).
- İŞIKLAR, Celâl, “İdari Yargılamada İlk İncelemenin Sıra, Düzen Ve Usûlü”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1., Y.2, Sa. 6, Temmuz 2011, s. 69-140, <http://www.taa.gov.tr/indir/idari-yargilamada-ilk-incelemenin-sira-duzen-ve-usulu-bWFrYWxlfGY2MzZILWUxMDMxLTM2OTFjLWUxYzVlLnBkZnwMjI/>, (İŞIKLAR, (Temmuz 2011)).
- İNCEOĞLU, Sibel, Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, Şen Matbaa, Ankara, Kasım 2007.
- İNCEOĞLU, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Adil Yargılanma Hakkı (Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler), Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.
- KAPANİ, Münci, İcra Organı Karşısında Hâkimlerin İstiklâli, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara, 1956.

- KAPLAN, Gürsel, “İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usulü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme” (Yayımlanma Yeri: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 13, Cilt: 13, Sa. 1, Ocak 2014, s. 33-46), Erişim Adresi: <http://www.idare.gen.tr/kaplan-tanik.pdf>
- KAPLAN, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Ocak 2018.
- KARAKOÇ, Yusuf, Genel Vergi Hukuku, (Vergi Usûl Hukuku-Vergi Ceza Hukuku- Kamu İcra Hukuku-Vergi Yargılaması Hukuku), 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- KARAVELİOĞLU, Celâl, İdari Yargılama Usulü Kanunu, C. II, 5. Baskı, 2001.
- KÖKSOY, Mesut, “Hukuki Güvenlik Açısından Takip Ekonomisi İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, Sa. 3, s. 53-85, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/20_3_3.pdf
- KÖKÜSARİ, İsmail, “Hak Arama Özgürlüğü ve 2010 Anayasa Değişiklikleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Sa.1, s. 163-208, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/15_1_7.pdf
- MERİÇ, Nedim, “Hakimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Bilge UMAR’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C. 11, 2009., s. 377-424.
- MERİÇ, Nedim, Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümleri Çerçevesinde), Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- OĞURLU, Yücel, “Danıştay Kararları Işığında İdari Yargılama Usulünde Re’sen Araştırma İlkesi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, Sa. 1, s. 119-133, <http://hukukdergi.erzincan.edu.tr/danistay-kararlari-isiginda-idari-yargilama-usulunde-resen-arastirma-ilkesi-ars-gor-yucel-ogurlu/>
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esaslar, C. III, Akgün Matbaası, İstanbul, s. 1936.
- ÖMERBAŞ, Nurben, “İdari Yargılama Usulünde Hızlandırıcı Mekanizmalar”, Danıştay 141. Yıl Sempozyumu, Danıştay Matbaası, Ankara, 2010, s. 95-101. https://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_105314.pdf

- ÖZDEK, Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, TODAİE Yayını, Ankara, 2004.
- ÖZYÖRÜK, Mukbil, İdari Yargı Ders Notları, Ankara 1977.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku Temel Bilgiler, 5. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- RÜZGARESEN, Cumhuriyet, Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- SANCAKDAR, Oğuz , “İdari Yargılama Usulünde İvedi Yargılama ve Grup Davaları”, Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyum, 146. Yıl, 12 Mayıs 2014, Ankara, Danıştay Yayınları, Kasım 2014, No: 86. , s. 109-198, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/17_12_2014_031912.pdf
- SANCAKDAR, Oğuz, “Türk İdari Yargı Sisteminde Yargılama Sürecinden Kaynaklanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, in İdari Yargılama Sürecinde Yaşanılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Çalıştayı, 14 Ocak 2013, Ankara, https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/idari_yargi_surecinde_yasanilan_sorunlar.pdf
- SİMİL, Cemil, “Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları”, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, C. 16, 2014, s. 1351-1376. , <http://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/09/CEM%C4%B0L-S%C4%B0M%C4%B0L.pdf>
- SUNAY, Süheyla Şenlen, İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler, Karşısında İsbat ve Delil Hususları, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş. , İstanbul, 1997.
- TANRIVER, Süha, “ Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, TBBD, 2004, Sa. 53, s. 191-215, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-53-44>
- TAŞKIN, Ş. Cankat, “İdari Yargının Güncel Sorunları ve Yargı Kararlarının Uygulanmaması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, Sa. 71, s. 300-338, http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-71-345_
- TAŞPINAR, Sema, “Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, Av. Dr. Faruk EREM Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, No: 8, Afşaroğlu Matbaası, Ankara, 1999. , s. 759-787.

- TEZCAN, Durmuş, “Adil (Dürüst) Yargılanma Hakkının Uygulama Alanı Açısından İdari Uyuşmazlıkların Durumu”, Yıldızhan Yayla’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Serisi No: 4, İstanbul 2003., s. 469-484.
- TOYDEMİR, Seçkin, Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Türk İdari Yargı Sistemi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, (YÖK Ulusal Tez Merkezi).
- TUNÇ-TEMEL, Müjgan, “Hakimin Davada Özel Bilgisini Kullanması”, Argumentum, Y. 9-11, Sa. 58, s. 546-548, <http://www.muharrembalci.com/hukukdunyasi/argumentum/179.pdf>
- YASİN, Melikşah, İdari Yargılama Usulünde İspat, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2015.
- YAVAŞ, Murat, “Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı”, Mehmet Akif AYDIN’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, C. 21, Sa. 2, 2015.,s. 741-761.
- YILMAZ, Ejder, “Usul Ekonomisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, Sa. 1, 2008, (Ankara Üniversitesi Dergiler Veri Tabanı), s. 243-274, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/263/2367.pdf>
- YILMAZ, Ejder, “Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti”, Ankara Barosu Dergisi, 1984/2, s.200-223, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1984-2/1.pdf>
- YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 5. Baskı, Yetki Hukuk Yayınları, Ankara, 1996.
- YORGANCIOĞLU, Erçetin, “Danıştay Yargılama Usulünde Re’sen İnceleme Yetkisi”, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Güneş Matbaası, Ankara 1976. , s. 218-253.
- ZABUNOĞLU, Yahya, “İdari Yargılama Usulü, Genel İlkeler, Pozitif Düzenlemeler”, İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 1982. , s. 87-101.
- ZABUNOĞLU Yahya Kazım, İdare Hukuku, C. II., Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, 1-4 Mayıs, 1990, Ankara, Tartışmalar, Selçuk Hondu’ya Sorular (Soru: Prof. Dr. İl Han

ÖZAY), s. 291, 292.

Yargı kararlarına erişim Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından sağlanmıştır. Ancak ayrıca bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22do mbo%22\],\[%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,% 22CHAMBER%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-57850%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22do mbo%22],[%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,% 22CHAMBER%22],[%22itemid%22:[%22001-57850%22]})

<http://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/Sayfalar/merkezler/cmk/aihs.pdf.7>

https://www.unicef.org/turkey/udhr/_gi17.html.

Mevzuata erişim Mevzuat Bilgi Sistemi ve Resmi Gazete web sayfalarından sağlanmıştır.