

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

**SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY
FACULTY OF LAW REVIEW**



**Cilt (Volume): 10 · Sayı (Number): 1 · Yıl (Year): 2020
ISPARTA**

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

SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt (Volume): 10, Sayı (Number): 1, Yıl (Year): 2020, ISPARTA

ISBN: 2146-7129

DERGİNİN TARANDIĞI İNDEKSLER



TR DİZİN Hukuk Veri Tabanı



SOBIAD Sosyal Bilimler Atf Dizini



HEINONLINE Veri Tabanı

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

SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt (Volume): 10, Sayı (Number): 1, Yıl (Year): 2020, ISPARTA

ISBN: 2146-7129

Sahibi / Owner

Prof. Dr. Haluk SONGUR

Baş Editör / Editor

Prof. Dr. Haluk SONGUR

Editör Yardımcıları / Co- Editors

Prof. Dr. Yüksel METİN

Prof. Dr. M. Fahrettin Önder

Dr. Öğr. Üyesi Meltem İNELİ CİĞER

Yayın Yardımcıları / Editorial Assistants

Arş. Gör. Ayşe YAMAN KAPLAN

Arş. Gör. Burak ERECE

Arş. Gör. Didem ERDOĞAN

Arş. Gör. Hikmet TOKGÖZ

Arş. Gör. Numan TEKELİOĞLU

Arş. Gör. Ömer YILDIRIM

Arş. Gör. Özgenur YİĞİT

Arş. Gör. Tansu GÜNDOĞDU

Arş. Gör. Zehra KORKMAZ

Yayın Kurulu / Editorial Board

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

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

Kapak Tasarım / Cover Design

S.D.Ü. Basın ve Halkla ilişkiler Dizgi

Baskı / Published By

SDÜ Basımevi Isparta

ISBN 2146-7129

İletişim Adresi / Contact Info

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

e-mail: hukukdergi@sdu.edu.tr

Tel: 0 246 211 0002

Fax: 0 246 237 07 71 32260

SDÜ Hukuk Fakültesi Yayın Komisyonu, Doğu Yerleşkesi, ISPARTA

Danışma Kurulu/ Advisory Board

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

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

- 1- Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) "Hakemli Dergi" statüsünde yılda iki sayı (Aralık ve Haziran) olarak yayınlanır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın hakları Süleyman Demirel Üniversitesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır; ayrıca telif ücreti ödenmez.
- 2- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, dönemine göre ilgili sayıda yayınlanır. Fakat Yayın Kurulu, makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış yazının bir sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir.
- 3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
- 4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
- 5- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılar da yayınlanacaktır. Hangi dilde kaleme alınırsa alınsın yazıların başlığı, özetleri ile anahtar sözcüklerinin Türkçe ve İngilizcesi eklenerek gönderilmesi gerekir.
- 6- Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle "basıla" verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, yayın komisyonu tarafından geri çevrilir.
- 7- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
- 8- Yazılar bilgisayarda times new roman, ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 12 punto, yazı aralığı 1.5 aralık şeklinde ve A4 boyutunda hazırlanıp, iki nüsha bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Yazılar, **hukukdergi@sdu.edu.tr** adresine başvuru yazısıyla birlikte gönderilebilir.
- 9- Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, yazarların isteğine bağlı olarak hakem denetimine sunulmayacak makalelere de yer verilecektir. Ayrıca dergimize kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici

notlar da gönderilebilir. Bu nitelikteki yazılar, Yayın Kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

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

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

Örnek:

(1) Kitap

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

(2) Dergi

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

(3) İnternet ulaşımına sahip çalışmalar

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

(4) Yargıtay kararları

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

(5) Çeviriler

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

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

EDİTÖRDEN

Saygıdeğer okuyucularımız,

Bilindiği üzere pandemi döneminde editörlük ve yayıncılık konusunda birtakım sıkıntılar için tabiatı gereği meydana gelmiştir. Bizler, bu dönemi şimdilik atlatmayı başararak, 2020 yılının ilk sayısı ile tekrar karşınızda olmanın sevincini yaşıyoruz.

Genelde akademinin, özelde üniversitelerin, öğrenci ve hoca yetiştirmelerinin yanı sıra en önemli işlevlerinden biri de bilgi-bilim üretimi yapmaktır. Üniversitemiz özellikle sosyal bilimler alanında, bu fonksiyonunu büyük oranda dergiler üzerinden gerçekleştirmektedir. Bunun bilincinde olan biz SDÜ Hukuk Fakültesi, dergi yayıncılık işini büyük bir özen ve titizlikle sürdürme gayreti içerisindeyiz. 12.08.2008’de kuruluş, 2009-2010 eğitim öğretim yılında öğrenci kabulüne başlamış ve 2012-2013 yılında ilk mezunlarını vermiş genç sayılabilecek bir Fakülte olarak, Fakülte Dergimizin bu sayımızla birlikte onuncu yılına ulaşmış ve onuncu cildini yayımlamakta olduğumuzu özellikle belirtmek isterim. Bu süreçte dergimiz 2010 yılından itibaren de ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

Bu sayımızda ilk olarak Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Çakır tarafından İngilizce kaleme alınan, “Reconsidering The Common Law System as a Law From Long-Standing Customs and Traditions: English Law (Uzun Süreli Teamül ve Geleneklerle Hukuk Sistemi Haline Gelen Ortak Hukukun Yeniden Değerlendirilmesi: İngiliz Hukuku)” isimli makaleye yer verdik. İkinci sırada, Doç. Dr. Hacı Kara’nın hazırlamış olduğu güncel ve bakir bir konu olan “Gemilerde Yapay Zekâ Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar” başlıklı makaleye, sonrasında Doç. Dr. Uğur Ersoy’un, “Ceza Muhakemesinde *In Absentia* Duruşma Yapılması ve Mahkûmiyet Kararı Verilmesi Üzerine Bazı Düşünceler” isimli makalesine, daha sonrasında ise Doç. Dr. Özlem Tüzüner’in kaleme aldığı, “Türkiye Cumhuriyeti’nde Radura (Işınlanmış Gıda) Logosu ve Tüketicinin Bilgilendirilmesi Çerçevesinde İdarenin Faaliyetleri” isimli çalışmaya, ardından da Öğr. Gör. Dr. Dursun Çelik’in, “Alman İdare Hukukunda Güvenin Korunması İlkesi” adlı çalışmasına yer verdik.

Elbette bu sayımızda, eserleri bu kadarla sınırlı tutmayarak, pandemi sürecinde dahi her geçen gün daha da tercih edilen dergi olmanın gururunu da yaşayarak, güncel, ufuk açıcı olduğuna yürekten inandığımız eserlerin tamamına yer verdik. Bu kapsamda Dr. Öğr. Üyesi Agah Kürşat Karauz tarafından hazırlanan, “Emiliano Sala Trajedisi Bağlamında Profesyonel Futbolcu Transfer Sözleşmesinin Hüküm ve Sonuç Doğurduğu Anın Tespiti” adlı çalışmayı, Araştırma Görevlisi Ömer Çon tarafından kaleme alınan, “İflâsın Evrenselliği Bağlamında İsviçre Hukukunda Son Gelişmeler” isimli eseri, Araştırma Görevlisi Dr. Volkan Özçelik’e ait, “Yabancı Hukukun Uygulanmasında Taraf Rollerini” isimli çalışmayı, Dr. Öğr. Üyesi Oğuzhan Erdoğan’ın hazırlamış olduğu, “Avrupa Doğru İdari Davranış ve İyi Yönetim İlkeleri Üzerinden Yerel Yönetimlerde Reform” adlı makaleyi ve Stajyer Avukat Ozan Akkuş tarafından hazırlanan, “Üçüncü Kişilerin Hükümün İptalini Talep Etmesi Üzerine Bir İnceleme (HMK m. 376)” isimli toplam on adet özgün eseri sizlerle buluşturuyoruz.

Son olarak Stajyer Avukat Emrullah Taha Palancı’nin çeviri eseri olan, “Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi’nin Aydoğdu Kararı”nı siz kıymetli okuyucularımızın istifadesine sunuyoruz.

Bu vesileyle Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin 10. cildinin ilk sayısına katkıda bulunan, her bir makaleyi büyük bir özveri ve titizlikle değerlendiren kıymetli hakemlerimize, öğretim üyelerine, öğretim görevlilerine,

hukukçulara, araştırmacılara ve yayın ekibine sonsuz şükranlarımı sunuyorum. Aralık sayımızda görüşmek dileğiyle...

Prof. Dr. Haluk Songur

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Editörü

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ
Cilt: 10 · Sayı: 1 · Yıl: 2020

İÇİNDEKİLER

HAKEMLİ MAKALELER

- UZUN SÜRELİ TEAMÜL VE GELENEKLERLE HUKUK SİSTEMİ HALİNE
GELEN ORTAK HUKUKUN YENİDEN DEĞERLENDİRİLMESİ: İNGİLİZ
HUKUKU
Dr. Öğretim Üyesi Mustafa ÇAKIR..... 1
- GEMİLERDE YAPAY ZEKÂ KULLANIMI VE BUNA DAİR HUKUKİ
SORUNLAR
Doç. Dr. Hacı KARA 17
- CEZA MUHAKEMESİNDE *IN ABSENTIA* DURUŞMA YAPILMASI VE
MAHKÛMİYET KARARI VERİLMESİ ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER
Doç. Dr. Uğur ERSOY 52
- TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NDE RADURA (IŞINLANMIŞ GIDA) LOGOSU VE
TÜKETİCİNİN BİLGİLENDİRİLMESİ ÇERÇEVESİNDE İDARENİN
FAALİYETLERİ
Doç. Dr. Özlem TÜZÜNER 87
- ALMAN İDARE HUKUKUNDA GÜVENİN KORUNMASI İLKESİ
Dr. Dursun ÇELİK..... 117
- EMİLİANO SALA TRAJEDİSİ BAĞLAMINDA PROFESYONEL FUTBOLCU
TRANSFER SÖZLEŞMESİNİN HÜKÛM VE SONUÇ DOĞURDUĞU ANIN
TESPİTİ
Dr. Öğretim Üyesi Agah Kürşat KARAUZ 148
- İFLÂSIN EVRENSELLİĞİ BAĞLAMINDA İSVİÇRE HUKUKUNDA SON
GELİŞMELER
Ar. Gör. Ömer ÇON..... 167
- YABANCI HUKUKUN UYGULANMASINDA TARAF ROLLERİ
Dr. Ar. Gör. Volkan ÖZÇELİK 190
- AVRUPA DOĞRU İDARİ DAVRANIŞ YASASI VE İYİ YÖNETİM İLKELERİ
ÜZERİNDEN YEREL YÖNETİMLERDE REFORM
Dr. Öğretim Üyesi Oğuzhan ERDOĞAN 221
- ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN HÜKMÜN İPTALİNİ TALEP ETMESİ ÜZERİNE BİR
İNCELEME (HMK m. 376)
Ozan AKKUŞ..... 243

CEVİRİ

BİRLEŞİK KRALLIK YÜKSEK MAHKEMESİ'NİN AYDOĞDU KARARI <i>Emrullah Taha PALANCI</i>	273
--	-----

**SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY FACULTY OF LAW
REVIEW**

Volume: 10 · Number: 1 · Year: 2020

CONTENTS

PEER-REVIEWED ARTICLES

RECONSIDERING THE COMMON LAW SYSTEM AS A LAW FROM LONG-STANDING CUSTOMS AND TRADITIONS: ENGLISH LAW <i>Asst. Prof. Dr. Mustafa ÇAKIR</i>	2
THE USAGE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN SHIPS AND LEGAL ISSUES <i>Assoc. Prof. Dr. Hacı KARA</i>	18
SOME THOUGHTS ON IN ABSENTIA HEARING AND SENTENCE OF CONVICTION IN THE CRIMINAL PROCEDURE <i>Assoc. Prof. Dr. Uğur ERSOY</i>	53
THE RADURA (IRRADIATED FOOD) LOGO AND THE ADMINISTRATIVE ACTIVITIES WITHIN THE SCOPE OF CONSUMER EDUCATION IN REBUBLIC OF TURKEY <i>Assoc. Prof. Dr. Özlem TÜZÜNER</i>	88
PRINCIPLE OF PROTECTION OF RELIANCE IN GERMAN ADMINISTRATIVE LAW <i>Dr. Dursun ÇELİK</i>	119
DETERMINATION THE MOMENT WHEN PROFESSIONAL FOOTBALL TRANSFER AGREEMENT EFFECTIVE IN CONTEXT OF EMILIANO SALA TRAGEDY <i>Asst. Prof. Dr. Agah Kürşat KARAUZ</i>	149
RECENT DEVELOPMENTS IN SWISS LAW IN THE CONTEXT OF UNIVERSALITY OF BANKRUPTCY <i>Res. Asst. Ömer ÇON</i>	168
THE ROLES OF PARTY ON THE PROOF OF FOREIGN LAW <i>Dr. Volkan ÖZÇELİK</i>	191
REFORM IN LOCAL GOVERNMENTS THROUGH EUROPEAN GOOD ADMINISTRATION CODE AND GOOD ADMINISTRATION PRINCIPLES <i>Asst. Prof. Dr. Oğuzhan ERDOĞAN</i>	222
AN EXAMINATION ON REQUEST FOR CANCELLATION OF THE JUDGMENT OF COURT BY THIRD PARTIES <i>Ozan AKKUŞ</i>	244

TRANSLATION

DECISION OF THE UPPER TRIBUNAL IMMIGRATION AND ASYLUM CHAMBER RELATING TO THE CASE OF AYDOĞDU V. SECRETARY OF STATE <i>Emrullah Taha PALANCI</i>	273
---	-----

HAKEMLİ MAKALE

UZUN SÜRELİ TEAMÜL VE GELENEKLERLE HUKUK SİSTEMİ HALİNE GELEN ORTAK HUKUKUN YENİDEN DEĞERLENDİRİLMESİ: İNGİLİZ HUKUKU*

Dr. Öğretim Üyesi Mustafa ÇAKIR**

ÖZET

Ortak Hukuk, yazılı bir hukuk düzeninden ziyade teamüller ve yargısal içtihatlarla dayanan bir hukuk sistemidir. Lakin, Amerikan hukukuna karşılık İngiliz hukuku söz konusu olduğunda, dikkat edilmesi gereken bir husus mevcuttur; Birleşik Krallık'taki bir hakim, egemen parlamento tarafından çıkartılan bir yasayı veya tüzüğü anayasaya aykırı olarak ilan edemez, çünkü İngiliz hukukunda anayasa yoktur.

İngiltere'deki yargıçların rolü, parlamento tarafından çıkartılan ve her türlü durum veya gerçekleri ihtiva edecek ayrıntılara sahip olmayan yasaları yorumlamaktır. Yasaları yorumlamak ve parlamentonun çalışmalarına anlam vermek İngiliz hukukunda çok önemlidir, çünkü yasalaşan eylemler yalnızca gerçeğe veya uygulamaya her zaman uymayacak teorilerdir.

Bu çalışmada, ortak hukukun kökeni ve nedeni, İngiliz mahkeme sistemi, hukuk hiyerarşisi ve yasal yorumu incelenecektir.

Anahtar kelimeler: Ortak Hukuk, Yargı kararları, İngiliz Hukuku, Adet, Yasal Yorum

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 04.03.2020

Kabul Edildiği Tarih: 05.05.2020

** Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

E-Mail: cakir@kocaeli.edu.tr

ORCID: 0000-0001-9595-0815

PEER-REVIEWED ARTICLE

**RECONSIDERING THE COMMON LAW SYSTEM AS A LAW FROM
LONG-STANDING CUSTOMS AND TRADITIONS: ENGLISH LAW**

ABSTRACT

Common Law is a legal system based on customs and judicial decisions rather than enacted statutes. There is, however, one discrepancy between American law and English law, both of which are adopters of the common law. The point is that judges in the United Kingdom (Hereinafter UK) cannot merely declare an act or a statute established by the sovereign parliament as unconstitutional because there is no constitution in English law.

The role of judges in the UK is to interpret bills introduced by the parliament since all the situations and facts can not be covered by the bills in question. Interpreting laws and giving sense to the work of the parliament is very important in English law because the acts is like wider theories that may not always fit into a practice.

In this study, the origin of common law and its raison d'être, English court system, hierarchy of law and the statutory interpretation will be analysed.

Keywords: Common Law, Judicial decisions, English Law, Customs, Statutory Interpretation

INTRODUCTION

Common law consists of those laws of the land that people have to comply with, which are essentially created, improved and applied by judges sitting in courts deciding on disputes arising from individual cases whether civil ones as in civil justice system or criminal cases in criminal justice system. The broad common law comprises of legal principles articulated by judges while dealing with matters that have been addressed to them. In other words, common law is often referred to as case law because here laws are made from individual cases.

The common law is developed by judges following the decisions of other judges who have previously decided on similar cases. When they are following the reasoning of those judges who evaluated the cases before them, they follow the doctrine of precedents by looking back and see how a similar issue was dealt with by judges, in this respect they conclude the operation of doctrine of precedents. Judicial decisions are documented in the collection of case laws also known as year book report as in the United Kingdom.

In this paper, we will essentially focus on the development of Common Law in English law. Documentary method have been use as our main method to get information about the issue in hand which had included various topic research writings on Common Law and English Law in particular. This work is divided in four points: Historical background of English Law, English legal system, Common law and Equity and the statutory interpretation. This work is closed with a conclusion and list of references used while gathering necessary information for he sake of this research.

1. HISTORICAL BACKGROUND OF ENGLISH LAW

The first scholar who attempted to collect all the common laws together was Sir William Blackstone while lecturing at Oxford in 18th century, on the meaning of common law, He wrote that: "... *to be found in the records of our several courts of justice in books of reports and judicial decisions, and in treatises of learned sages of the profession, prescribed and handed down to us from the times of ancient antiquity. They are the laws which gave rise and origin to that collection of maxims and customs which is now known by the name of common law.*"¹ He tried to systematize all the common law decisions concluded by judges over many years, his collection; Commentaries on the Laws of England may be considered as the most comprehensive document regarding common law to have ever been written by a single author.

The reasonable starting point for Common law is spotted by 1066 with William the Conqueror who invaded Britain from Falaise in Normandy, northern France of today. After defeating king Harold II at the battle of Hastings on 14th October 1066, he became the King of England. William found that England had already a functioning system of law under local justice but each area was governed by the law brought by those who invaded it. For example, Danelaw was a law used by those who lived under the power of Anglo-saxons in the large area of East Anglia of

¹Sir William Blackstone, Commentaries on the Laws of England in Four Books, vol. 1 [1753], p.60.

today, but there was no unitary system of the law within the whole territory that King William was coming to invade.²

The English legal system existed from massive oral customs from place to place. Each county had actually its own local court and they were varied from community to community, the existence of local courts in England in 11th century were not a kind of courts that can be reasonably recognized today as courts. Managing a decision concerning who is guilty and who is not was sometimes difficult and the judges would use ordeal trial by exposing pain to the accused and surviving this physical hardship would mean innocence while dying would absolutely confirm the guiltiness of the accused because they thought that God is the one who showed the real criminal by saving the innocent and killing the criminal.³ This kind of trial continued until 13th century and stopped by the church.⁴

William the Conqueror was interested by then, in establishing his power and order. He led the foundation of the legal system because he understood that in order to establish a respected order in the country one must have a central unitary system of justice. Even though he initiated the plan to make a unitary system of the law, Anglo-Saxons were allowed to freely follow and use the existing laws. The real establishment or the success of a unitary legal system that prevailed all the years up today in England was from 1200 by the rule of the King Henry who perfectly centralized Common Law.⁵

2. ENGLISH LEGAL SYSTEM

English legal system is the mother of the Common Law legal family. It consists of legal system operated by courts in England and Wales. This system is divided in two main branches; one of criminal justice system and another of civil justice system, each one of them has its own procedures and courts. In this section, we will discuss on the distinction between these two systems that function under the umbrella of English legal system, we will also study how courts are organized and the relationship of their hierarchy to the doctrine of precedents.

2.1. The Distinction Between Criminal And Civil Justice System In English Law

With the justification that the crime is committed against the society, in most countries legal actions in criminal matters are undertaken by the public prosecution (the state) in the name of the people. In English law, the legal actions against criminal

² What was the Danelaw?, available at: <http://www.ancientpages.com/2016/06/04/what-was-the-danelaw/> accessed on 23 October, 2018.

³Paul R. Hyams(1970), The Trial by Ordeal: the Key to Proof in the Early Common Law, available at http://www.law.harvard.edu/faculty/cdonahue/courses/lhsemelh/materials/FSThorne_Hyams_90_126.pdf accessed on 23 October 2018.

⁴Margaret H. Kerr, Richard D. Forsyth and Michael J. Pyley, Cold Water and Hot Iron: Trial by Ordeal in England, The Journal of Interdisciplinary History Vol. 22, No. 4 (Spring, 1992), pp. 573-595, The MIT Press, available online at: <https://www.jstor.org/stable/205237?seq=1> accessed 23 October 2018.

⁵Vivek Khanna, A Brief History of English Legal System, <http://www.privatelawtutor.co.uk/a-brief-history-of-english-legal-system/> published 18 November, 2015, accessed on 23 October 2018.

defendants is initiated by the Crown. To understand the dissimilarities that are found between civil case and criminal case we need to check first on how cases are named.

If Mr. Patrick injures Mr. Thomas, then a criminal action will be brought to attention of the criminal court by the state. This case will be named **R v Patrick**. The letter R stands for the latin Rex which means king or Regina which means queen, depending on whether there is a king or a queen on the throne at the time the decision was taken.⁶ Abbreviating Regina or Rex does not always work because sometimes the full form is written (Rex/Regina versus someone). When the accused is less than 13 years, the court cannot reveal his identity rather it will type the first initial letter of his name, for our case it will be R v P. Another thing to add on criminal case, is that the case might be initiated by Attorney General (AG) or Director of Public Prosecutions (DPP) their initials will be written while naming a case. In case the State failed to file a criminal action against the offender, the victim(s) to the case will file it and the case will consist of their names. Here it will be, **Thomas v Patrick**.⁷

On the other side, civil case are characterized by duties of persons to others, the Crown does not participate in these issues because they do not concern the whole society. In naming these case, for example if John has a debt of Joseph, the case will be named **Joseph v John**. In this situation the letter v for versus stands for ‘and’ rather than ‘against’ which appears in criminal cases. The name of the plaintiff is the one that has to be written in the first place. Sometimes the State appears in civil matters with the interest of judicial review, for example if Joseph is not happy with the council of Liverpool city for not taking action in a dispute he had with John while he has requested its action, he will sue the city of Liverpool and the case will be named **R v Liverpool City Council ex parte Joseph**.⁸

Civil and criminal case have so much dissimilarities in Common law as we will step by step noting the difference in the following points, such as organization of the courts and in interpretation of statutory laws.

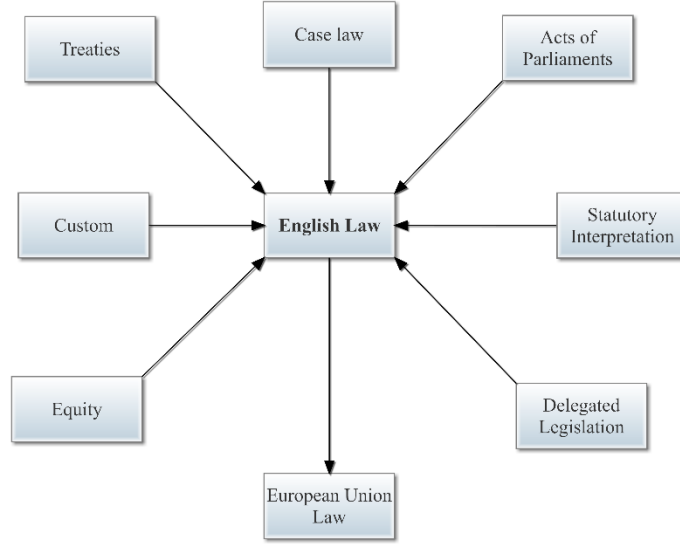
⁶CATHERINE, E. & FRANCES, Q., English Legal System, Pearson Education Limited, Essex, 10th ed., 2009, p.31.

⁷Ibidem.

⁸Ibidem, p.32.

2.2. Source of the Law

English law stems its existence from eight main sources. Even though these are not equally important when considering their frequent utilization, they all remain as pillars of the whole legal system.⁹



The above eight sources can be summarized in four main parts; legislation, case (common) law, human rights law and EU law. Custom and equity are often counted under the part of case law, because they are among the elements of this part.¹⁰ The existence or the basis of the English law is case law and even today is still the essential part of English legal system. However, the most important source is the acts of parliaments or statutes because they prevail over all other remaining sources.¹¹ These statutes contribute more to the existence of case law because judges while interpreting them, the outcome of their decisions create new precedents. Administration create delegated legislations which attempt to provide details on the work of the legislature.

EU law is still the sole source of law to prevail over the acts of parliament. Even though UK under Brexit showed an intention to leave the European Union, the relationship between EU laws and UK laws has not yet been erased, it will require existing laws to be amended and from this period only decisions of EU directives made before Brexit will affect UK.¹² As for remaining sources; custom, equity and international treaties are considered as minor sources in English legal system because

⁹Ibidem, p.44.

¹⁰ All Answers Ltd, 'Explain the sources of English law' (Lawteacher.net, October 2018) <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/constitutional-law/explain-the-sources-of-english-law-essays.php?vref=1> accessed 25 October 2018.

¹¹ CATHERINE, E. & FRANCES, Q., p.44.

¹²Brexit - UK and EU legal framework, July 2018

<http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/136975/brexit-uk-and-eu-legal-framework> accessed on 25 October 2018

they are not used very often in addition to this, all these sources are subject to change anytime they need to reflect a change that is happening in the society.¹³

After the conclusion on Brexit, some sectoral agreements could be agreed on, especially in the field of commerce and telecommunication, where British markets would still be in touch with the European ones. This would preserve at least some ties between the UK and the EU. As long as sources of law are concerned, some activities involving such ties would purely continue with EU regulations so long as EU treaties on those domains are not terminated.

2.3. Organization of the Courts

English Legal system is the most complicated legal system in the world because of the fact that it kept judicial tradition of over 1000 years. The difference between how serious a certain legal action is, will mostly define which category of court that it competent to deal with such matter. England and Wales have the same courts structure; the tribunals system covers England, Wales, and with some rare case; Northern Ireland and Scotland.¹⁴ Besides differentiations based on whether a case is civil or criminal, other ways of differentiating English courts would be courts of general jurisdiction, courts of limited jurisdiction, appellate courts, constitutional courts, courts in federal systems and transnational courts.

Unlike Roman law-system (Civil Law) where a judge has to be active and counsel has to be passive;¹⁵ the role of judge in Common law system when it comes to criminal matters, judges only serve as legal referee who will control the well conducting of the adjudication, the prosecutor and defense are free to produce all possible evidences which is different from the former because judges in this system provide the ways certain kinds of evidence can be produced. The procedure in Civil Law system is inquisitorial whereas in Common Law is adversarial.¹⁶

The State has no active role in civil courts except the one of ensuring that disputes between the parties have been resolved under an impartial forum and accepted rules. The only time the government can be a party to civil case if it is involved in a civil litigation like any other private side in a civil case. The difference between civil litigation in Common law system and in Civil law system comes when dealing with civil responsibility from a criminal responsibility. In civil law system, two responsibilities can be dealt in one single court where the judge will examine the criminal responsibility of the offender and also hears the claim for compensation resulting from that responsibility, something that is inapplicable in Common law system because here there will always be two different independent actions.¹⁷

The courts of general jurisdiction are able to handle all type of cases brought to their attentions. These kind of courts include the High Court of Justice in England and Wales and other examples are found in the USA. They are considered to be

¹³Idem, 44.

¹⁴ Structure of The Courts and Tribunal System, available at <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/court-structure/> accessed on 31 October 2018.

¹⁵ Sheherazade AQIL, What is the difference between Common Law and Civil Law?, 5 June 2017. available at <https://www.apprendre-le-droit.fr/anglais-juridique/what-is-the-difference-between-common-law-and-civil-law/> accessed on 31 October 2018.

¹⁶ Ibidem.

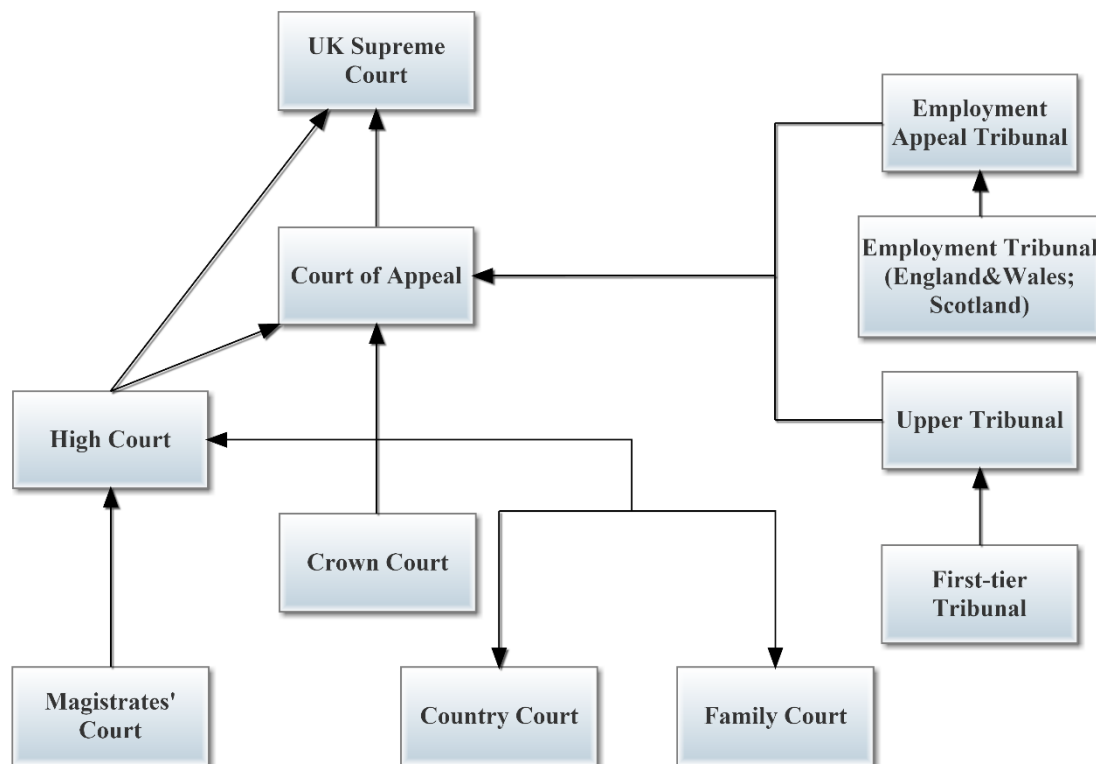
¹⁷Structure of The Courts and Tribunal System, id.6.

superior courts because they can handle serious criminal case and very important civil case with a large sum of money.¹⁸ A judge under this court may be transferred from one branch of proceeding to another like juvenile, employment, criminal, and so forth proceedings.

Another type of courts is the one of courts of limited jurisdiction or special jurisdiction. These are courts that only deal with a certain category of cases. For example; Probate courts which deal with the estates of deceased people, commercial courts, Labour courts, Juvenile courts, traffic courts and inferior courts which only deal with minor civil and criminal cases where there is a use of part time judges who are not necessarily required to be trained in law.¹⁹

Appellate courts category is also a type of courts that can help us identifying and differentiating English Courts, since these courts review and correct any error that may have been committed under the trial courts or courts of the first instances. In short English courts are structured at the top by the supreme court of UK, and the lowest level maybe county courts which are available in all 160 counties of the UK.

Below we can see how the courts are structured in the following chart:



Even if you may find some other tribunals outside this structure like School exclusion panels, this remains the principle structure in the English legal system.²⁰

2.4. From Higher to Lower courts: The doctrine of precedent

¹⁸id.

¹⁹id

²⁰The courts of England and Wales, July 2015 available at <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2012/08/courts-structure-0715.pdf> accessed on 31 October 2018.

One may ask to which extent a higher court judge may influence the lower court judge since they are supposed to be bound by this hierarchy of courts? In Common law judges are free to interpret laws at any instance but still have to be bound by the precedents of higher courts. The doctrine of precedent as we noticed in the introduction of this work, is the approach undertaken by the court in the same context as the one found in court's previous ruling. This doctrine has its root in the latin maxim '*stare decisis et non quieta movere*' which mean; '*stand by what has been decided and do not unsettle the established*'.²¹ The court ruling in England must comprise two main parts: *Ratio decidendi* and *obiter dicta*.

Ratio decidendi stands for the reason the court has taken a certain decision or the rationale of its decision. This rationale must be followed in the future cases when similar facts in the same legal issues happen. In addition however, the future case can examine the extent of previous ration which prove the uniqueness of every case. To the other hand, *Obiter dicta* are composed by comments and observation made by judges while undertaking a ruling. The future case are not bound to follow these comments but they play an important role when judges are considering similar facts in cases.²²

Precedents are divided in three categories: the original precedents, binding precedents and persuasive precedents. As the doctrine of precednts dictate, courts are binded by the rulings of higher courts or to their own rulings.

Original precedents are those precedents that courts take where there were no previous known similar fact examined by other higher courts or themselves. At this point, in order to provide what will be called an original precedent, the court will use previous precedents that may present a certain good level of similarity by reading both the ratio decidendi and obiter dicta for reaching a relevant decision.²³

Binding precedent occur when the presented matter to the court matches sufficiently the one that has been previously decided by judges from a higher court. When the original precedent has no longer legal value like in case there was a change in norms or in law, it can be overturned by the court. However, higher court is the sole court than can overturn a binding precedent.²⁴

The last kind of precedents are persuasive precedents, they are precedents that are not binding to other courts. However they play a helpful role because judges can use them in case their reasoning and used principles match with most of the facts of the current matter that the court is trying to decide upon. They may be found in the decisons of lower courts, those made by privy council, all *obiter dicta* in previous decisions, dissenting opinions made by judges who were not in agreement with the previous rulings and rulings of courts in other jurisdictions.²⁵

3. COMMON LAW AND EQUITY

²¹ Precedents: What are they and when are they used?, available at : <https://www.inbrief.co.uk/legal-system/precedents/> accessed on 1 November 2018.

²² *Id.*

²³ Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, 2008, p. 114.

²⁴ *Id.*

²⁵ Persuasive precedent, <https://www.inbrief.co.uk/legal-system/precedents/> accessed on 1 November 2018.

After the introduction of common law system in England, litigants who were not happy with the decisions taken by established court turned to the council and the king hoping to get justice. These petitions were addressed to the lord chancellor who with time collected those claims and made a series of relevant remedies. The law of equity has been created by the Chancery court with the aim to reduce the harshness of the common law in England.²⁶ The chancery court, is one of the three of the High Court of Justice in England (Chancery, Queen's Bench and Family Division). It hears cases relating to business and property; such as those related to intellectual-property, estates, trusts and other related disputes. It is considered today as the court of equity and as a separate jurisdiction which has emerged since 15th century to provide remedies that the courts of common law were not able to provide.²⁷ They serve an important role because they can fill the gaps available in common law.

In common law only addressed remedy under monetary form, it was unable to compensate a remedy out of monetary scope. The law of equity was able provide monetary remedy or rule without bordering on financial ground such as injunction.²⁸ The limited competence of common law was mainly the reason the law of equity came into existence.

In 19th century, England established the merger which combined the common law and the law of equity in one system because firstly the law of equity was only a form of remedy without a full established legal system and secondly, the common law showed weakness in its gaps. The merger brought together the principles of both common law and the law of equity in one full unitary law system.²⁹

4. STATUTORY INTERPRETATION

Statutes are written laws established by the parliaments. The role of the judge is to interpret the meaning of these legislations. Interpreting statutes is not always an easy task to perform since in some cases, judges upon call are requested to interpret them by using existing laws as well as rules of statutory interpretation. In situations that the meaning of the law is not certain or where it is hard to understand a judge's interpretation is required.³⁰ Even though legislators use their skills to enact clear and unambiguous legislation, the possibility of unclear close is inevitable and sometimes words may change meaning time to time until they have different meaning as for today.

4.1. Rules of Interpretations

Once a statute is interpreted, it becomes one of other judicial decisions which will serve as precedents in future decisions. In this case different interpretations have

²⁶ Diana Wicks, 26 September 2017, The Relationship Between Common Law and Equity, available at <https://bizfluent.com/info-12042701-relationship-between-common-law-equity.html> accessed on 1 November 2018.

²⁷ The Editors of Encyclopaedia Britannica, Court of Chancery, 19 October, 2018 available at <https://www.britannica.com/topic/Chancery-Division> accessed on 1 November 2018.

²⁸ Diana W, supranote 23

²⁹ *id.*

³⁰ Statutory interpretation, available at <https://www.inbrief.co.uk/legal-system/statutory-interpretation/> accessed on 1 November 2018.

been conducted over time under the Interpretation Act of 1978³¹. A framework for interpretation developed three rules: the Literal Rule, the Golden Rule and the Mischief Rule.³²

4.1.1. The Literal Rule

This is the approach that focuses on the ordinary meaning given to words, sentences or paragraph by the legislators. The literal meaning provide a simple way to follow the will of the parliament enacted in a legislation. Whether the written words contain silly meaning is not the work of judge to change them. Under this rule logical meaning in a provision has nothing to serve, it must be followed as such. Lord Esher expressed this view in *R v City of London Court Judge* (1892) as : *'If the words of an Act are clear, you must follow them, even though they lead to a manifest absurdity. The court has nothing to do with the question of whether the legislature has committed an absurdity.'*

For example³³ :

Whitely v Chapell (1868) a statute with the purpose to restrict electrol fraud made it a crime to impersonate 'any person entitled to vote' at any election. The accused was found not guilty since he impersonated a dead person and a dead person was absolutely not under the category of those who are entitled to vote.

London and North Eastern Railway Co v Berriman (1946) a worker in the railway was killed after being knocked down by a train, his wife came to claim for damage but she got nothing since the applicaable statute of that time provided that compensation is only available when an employee was engaging 'relaying or repairing' tracks; in this case the dead person was doing routine maintenance and oiling when a train knocked him down, the action which the court did not find in the meaning of 'relaying and repairing'.

The literal rule though it respects all the work of the parliament as it is, it may still make different mistakes by blindly following all the words in the legislation. In attempt to respect the will of legislator, judges may make injustice like in the second example we have come to see, as well as supporting absurdity as in first case law example.

4.1.2. The Golden Rule

Golden rule is the exact opposite of Literal rule because it supports the idea that if the legislation contains words that sound absurd and that they do not match the intention of the parliament while establishing that legislation, the role of the judge in this case is to provide a reasonable meaning that will substitute what is written in the statute. Lord Wensleydale in **Grey v Pearson** (1857), he said: *'The grammatical and ordinary sense of the word is to be adhered to, unless that would lead to some absurdity, or some repugnance or inconsistency with the rest of the instrument, in*

³¹ Interpretation Act of 1978, available online at https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/30/pdfs/ukpga_19780030_en.pdf accessed on 1 November 2018.

³² *Ibid.*

³³ CATHERINE, E. & FRANCES, Q., pp. 52-53.

*which case the grammatical and ordinary sense of the words may be modified so as to avoid that absurdity and inconsistency, but no further.*³⁴

Let check some examples where some provisions in the statute have been given a different meaning by judges while explaining the statute because those existing provisions contained barriers to justice:

In *Re Sigsworth [1935]*³⁵ the son killed his mother. Because the mother had not left any will about how her property will be shared after her death, the literal rule provided that in this case the next of kin is the one to benefit from succession. Although there was no ambiguity or absurdity in this act, judges did not allow literal rule to be applied rather they chose golden rule because they could not allow a murderer to benefit from his offence.

The court used a golden rule to interpret section 57 of the offences against the person Act of 1861. In *R v Allen (1872)*,³⁶ the person was being accused of bigamy and under this act, the offence of bigamy would not be possible because courts would not allow a second marriage to a person who is already married. The statute stated that: '*whosoever being married shall marry any other person during the lifetime of the former husband or wife is guilty of an offence*'. The court held that the word '*marry*' should be mean '*to go through a marriage ceremony*'.

As advantage, the golden rule corrects all errors that can happen in a literal meaning of a statute which was not under the intention of the parliament. It also allow the judge to use the most reasonable meaning where there is a possibility of a word having more than one meaning. As negative point, golden rule can be a material to undermine the sovereignty of the parliament because by trying to give a sensible meaning judges can make a different provision which will abuse the principle of separation of powers in this case, legislature and judiciary.

4.1.3. The Mischief Rule

This is the oldest rule of interpretation established under the Heydon's case in 1584, the main purpose in this interpretation is to reveal what was the intention of the parliament. It laid down four factors that have to be followed while undertaking it,³⁷ so that the judge arrives at resolving issues that were under the legislator's mind during legislation:³⁸

1. What would be considered (common law) before the act was passed.
2. What was the problem the act was trying to resolve but the common law did not,
3. What the parliament was trying to resolve as a problem.
4. What is the rationale of this remedy;

³⁴ [1857] 6 HL Cas 61, [1857] EngR 335, (1857) 6 HLC 61, (1857) 10 ER 1216.

³⁵ *Re Sigsworth: Bedford V Bedford: 1935*, available at <https://swarb.co.uk/re-sigsworth-bedford-v-bedford-1935/> accessed on 2 November 2018.

³⁶ *R v Allen (1872)* LR 1 CCR 367, <http://www.e-lawresources.co.uk/R-v-Allen.php> accessed on 2 November 2018.

³⁷ 3 Co Rep 7, [1584] EWHC Exch J36, (1584) 3 Co Rep 7, 76 ER 637, Pasch 26 Eliz, [1584] EngR 9 available at <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Exch/1584/J36.html> accessed on 2 November 2018.

³⁸ *Ibidem*.

Here are some examples, where judges followed the intention of the parliament:

Under the street Offence Act 1959, it is a crime for a prostitute to solicit clients on the street or in public. In *Smith v Hughes* (1960)³⁹ a prostitute who was not in public but sitting in her house tapping by the window in order to gain of attention of men passing a long side the street near her house on the first floor. Even if the prostitute in question was not at the street, her intention was to solicit people in the public and prohibition of soliciting public into prostitution was the intention of the parliament as explained in the case not the presence of prostitute on the street or in the public.

According to the Road Traffic Act 1930, it was an offence to use uninsured vehicle on the road. In *Elliot v Grey* (1960), the defend's car which was found packed on the road had been jacked and had its battery removed because it was found uninsured.⁴⁰ The accused person argued that his car was not being used on the road because it was packed and not driveable. Since what was in the mind of the parliament when establishing the Act was to establish a way people should be compensated against any potential hazards from others and being insured would be inevitable at such incident, therefore the defendant was held liable for representing a hazard on the road. The phrase was covered as '*used on the road*'⁴¹.

The mischief rule is more satisfactory than golden and literal rules because it allows flexibility by avoiding absurdity and injustice in any case. However, some scholars argue that the establishment of the mischief rule was in the time the supremacy of the parliament was not yet really in place and statute was considered as minor source of the law. From this perspective, as for today the situation and the way legislation is made and the value of a statute have changed over time, this rule would be considered as less appropriate.⁴²

4.2. The Purposive Interpretation

This approach is the modern version of the mischief rule of interpretation. It does focus on the intention of the legislators when passing a new Act. This approach has root in the European approach⁴³ which gives the effect to the aims of the legislations and it influenced a good number of modern judges in England. The difference between mischief and purposive approaches is that one gives a liberal approach(Purposive) and the other(mischief) provides a more traditional approach. Lord Denning in *Magor and St Mellons Rural District Council v Newport Corporation* (1952) stated that : *We do not sit here to pull the language of Parliament to pieces and make nonsense of it . . . we sit here to find out the intention of Parliament and carry it out, and we do this better by filling in the gaps and making sense of the enactment than by opening it up to destructive analysis.*⁴⁴ His view was

³⁹ *Smith V Hughes*: Qbd 1960, available at <https://swarb.co.uk/smith-v-hughes-qbd-1960/b> accessed on 2 November 2018.

⁴⁰ *Elliot v Grey* [1960] 1 QB 367, available at <http://e-lawresources.co.uk/Elliot-v-Grey.php> accessed on 2 November 2018.

⁴¹ CATHERINE, E. & FRANCES, Q., p. 55.

⁴² CATHERINE, E. & FRANCES, Q., p. 56.

⁴³ *ibid.*

⁴⁴ [1951] 2 All ER 839, [1952] AC 189, available at <https://swarb.co.uk/magor-and-st-mellons-rural-district-council-v-newport-corporaion-hl-1951/> accessed on 2 November 2018.

that the mischief interpretation should be broad to look at the history of the case and carrying out the intention of the legislators. So his views have been considered as pure usurpation on appeal to the House of the Lords, they were able to come to a conclusion over time that Purposive approach should be considered appropriate in certain cases.⁴⁵

*Pepper (Inspector of Taxes) v Hart (1993)*⁴⁶ is a good example on purposive example where the problem was on how to interpret s63 of the Finance Act 1976, where the court ruled that in case there is obscurity in the legislations, statements made in parliament by the people who are in charge of promoting a relevant legislation should be considered while giving interpretation to that legislation.

CONCLUSION

This work studied the Common law system, its history and its development, courts under this system and how precedents are created. As we have seen, the system is established over the long preserved customs of british people in many previous centuries. In this paper, we can conclude by establishing the positive points as well as negative points applicable to this legal system.

The common law allows parties to the case to be represented at the best possible way since the case is won by how smart representation is and the judge plays a passive role. For this reason, common law is predictable because parties to the case can foresee what would be the outcome of their case since there are precedents around to be referred to. Common law system is also fair because it applies equal treatment to those who are exposed to the same facts and it is very efficient because cases here are conducted faster than in Civil law system where judges will have to decide each case individually. Under this system, examples of already concluded cases are there to just refer to.

As a negative aspect, Common law can be a nightmare in justice in case a bad ruling was made by a higher court, the ruling will be applicable as long as the same court or a higher court overrule the decision. Another case is when a court is faced with an issue that has never been exposed to courts before, the court will have to rule over unsatisfactory approaches. For this perspective, new problems like those related to internet and intellectual properties, new form of employment will base mostly on written laws rather than common law.

⁴⁵ CATHERINE, E. & FRANCES, Q., p.57.

⁴⁶ [1992] 3 WLR 1032, [1992] UKHL 3, [1993] RVR 127, [1993] ICR 291, [1993] AC 593, [1992] STC 898, [1993] IRLR 33, [1993] 1 All ER 42, available at <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1992/3.html> accessed on 2 November 2018.

REFERENCES

1. Cases

3 Co Rep 7, [1584] EWHC Exch J36, (1584) 3 Co Rep 7, 76 ER 637, Pasch
26 Eliz, [1584]EngR 9 available at
<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Exch/1584/J36.html> accessed on 2 November
2018.

Elliot v Grey [1960] 1 QB 367, available at <http://e-lawresources.co.uk/Elliot-v-Grey.php> accessed on 2 November 2018.

Re Sigsworth: Bedford V Bedford: 1935, available at <https://swarb.co.uk/re-sigsworth-bedford-v-bedford-1935/> accessed on 2 November 2018.

R v Allen (1872) LR 1 CCR 367, <http://www.e-lawresources.co.uk/R-v-Allen.php> accessed on 2 November 2018.

Sir William Blackstone, Commentaries on the Laws of England in Four Books, vol. 1 [1753]

Smith V Hughes: Qbd 1960, available at <https://swarb.co.uk/smith-v-hughes-qbd-1960/b> accessed on 2 November 2018.

[1857] 6 HL Cas 61, [1857] EngR 335, (1857) 6 HLC 61, (1857) 10 ER 1216
[1951] 2 All ER 839, [1952] AC 189, available at <https://swarb.co.uk/magor-and-st-mellons-rural-district-council-v-newport-corporaion-hl-1951/> accessed on 2
November 2018

[1992] 3 WLR 1032, [1992] UKHL 3, [1993] RVR 127, [1993] ICR 291,
[1993] AC 593, [1992] STC 898, [1993] IRLR 33, [1993] 1 All ER 42, available at
<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1992/3.html> accessed on 2 November 2018.

2. Academic Articles

Margaret H. Kerr, Richard D. Forsyth and Michael J. Plyley, Cold Water and Hot Iron: Trial by Ordeal in England, *The Journal of Interdisciplinary History* Vol. 22, No. 4 (Spring, 1992), pp. 573-595, The MIT Press, available online at: <https://www.jstor.org/stable/205237>

Paul R. Hyams(1970), *The Trial by Ordeal: the Key to Proof in the Early Common Law*, available, http://www.law.harvard.edu/faculty/cdonahue/courses/lhsemelh/materials/FSThorne_Hyams_90_126.pdf accessed on 23 October 2018.

3. Books

CATHERINE, E. & FRANCES, Q., *English Legal System*, Pearson Education Limited, Essex, 10th ed., 2009

Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, 2008

4. Internet Sources

All Answers Ltd, 'Explain the sources of English law' (Lawteacher.net, October 2018) <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/constitutional-law/explain-the-sources-ofenglish-law-essays.php?vref=1> accessed 25 October 2018

Brexit-UK-and EU legal framework, July 2018
<http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/136975/brexit-uk-and-eu-legal-framework> accessed on 25 October 2018

Diana Wicks, 26 September 2017, *The Relationship Between Common Law and Equity*, available at <https://bizfluent.com/info-12042701-relationship-between-common-law-equity.html> accessed on 1 November 2018.

Interpretation Act of 1978, available online at https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/30/pdfs/ukpga_19780030_en.pdf accessed on 1 November 2018.

Persuasive precedent, <https://www.inbrief.co.uk/legal-system/precedents/> accessed on 1 November 2018.

Precedents: What are they and when are they used?, available at : <https://www.inbrief.co.uk/legal-system/precedents/> accessed on 1 November 2018.

Statutory interpretation, available at <https://www.inbrief.co.uk/legal-system/statutory-interpretation/> accessed on 1 November 2018.

Sheherazade AQIL, What is the difference between Common Law and Civil Law?, 5 June 2017 available at <https://www.apprendre-le-droit.fr/anglais-juridique/what-is-the-difference-between-common-law-and-civil-law/> accessed on 31 October 2018.

Structure of The Courts and Tribunal System, available at <https://www.judiciary.uk/about-the-judiciary/the-justice-system/court-structure/> accessed on 31 October 2018.

The courts of England and Wales, July 2015 available at <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2012/08/courts-structure-0715.pdf> accessed on 31 October 2018.

The Editors of Encyclopaedia Britannica, Court of Chancery, 19 October, 2018 available at <https://www.britannica.com/topic/Chancery-Division> accessed on 1 November 2018.

Vivek Khanna, A Brief History of English Legal System, <http://www.privatelawtutor.co.uk/a-brief-history-of-english-legal-system/> published 18 November, 2015, accessed on 23 October 2018.

What was the Danelaw?, available at: <http://www.ancientpages.com/2016/06/04/what-was-the-danelaw/> accessed on 23 October, 2018.

HAKEMLİ MAKALE
GEMİLERDE YAPAY ZEKÂ KULLANIMI VE BUNA DAİR HUKUKİ
SORUNLAR*

Doç. Dr. Hacı KARA**

ÖZET

İlk olarak kara taşıtlarında denenmeye başlanılan ve yapay zekâ sistemiyle (*artificial intelligence system*) kontrol edilen sürücüsüz araçlar deniz ulaşım araçlarında da kullanılmaya başlanmıştır. Nitekim Tesla, Nissan ve Daimler gibi dünyaca bilinen otomobil üreticileri sürücüsüz araçların en geç 2020'ye kadar yaygın bir şekilde kullanılmasını planlamaktadırlar.

Denizcilik sektörü içerisinde önemli bir yer teşkil eden deniz taşımacılığı sektörü, bu teknolojik gelişmenin gerisinde kalmayacağını göstermiştir. Gemilerde boyutların gittikçe artması, kullanılan teçhizatın karmaşıklığı ve ileri teknoloji gerektirmesi, kullanılan yakıtın çevreye en az zarar verecek şekilde ve yenilenebilir bir enerjiye dönüştürülmesi çabaları, özellikle de deniz kazalarında tüm önlemlere rağmen insan hatalarının olumsuz etkisinin bertaraf edilememesi ve soruna yönelik yapılan çalışmaların da yetersiz kalması teknolojik bu gemilerle ilgili çalışmalara hız kazandırmıştır. Artık dümeni kaptanların değil, yapay zekânın kullandığı gemilerin inşası tasarlanmakta ve hayata geçirilmesi planlanabilmektedir.

Buna karşın gemilerde yapay zekâ kullanımı, karşılaşılabilecek birçok sorunun da çözümlenmesi gerekmektedir. Denizde eşya taşımacılığı faaliyetinde, örneğin; denize, yola ve yüke elverişliliğin sağlanması; donatanın ve işletenin sorumluluğunun yeniden belirlenmesi; taşıyanın yüke gelen zıya ve hasar ve gecikme zararlarından sorumluluğu; sorumsuzluk kayıtları ve bu savunmalardan yararlanabilecek kişilerin kapsamının belirlenmesi; sorumluluğun sınırlandırılması; kurtarma faaliyetlerinin icrası, çatma ve müşterek avarya gibi deniz kazalarında sorumluluk gibi temel sorunlara ve bunlarla ilgili sorulara milli ve uluslararası hukukta cevap bulunması gerekmektedir. Bu çalışmada gemilerde yapay zekâ sistemi kullanımı açıklanacak olup, bu gemilerin kullanılmaya başlanmasının mevcut kanuni düzenlemelere etkisi ve özellikle uluslararası sözleşmelerde değişiklik gerekip gerekmeyeceği konusu irdelenecektir. Yapay zekâ sisteminin denizciliğin diğer alanlarında kullanımı ise incelenmeyecektir.

Anahtar Kelimeler: Yapay zekâ, insansız/otonom gemiler, insansız/otonom gemilerin işletilmesi, hukuki sorumluluk, sorumlu kişiler.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 06.02.2020

Kabul Edildiği Tarih: 05.05.2020

Bu makale 27-30, Haziran 2019 tarihleri arasında yapılan "İstanbul Bosphorus International Conference on Cyber Politics, Cybersecurity And International Relations" isimli uluslararası sempozyumunda bildiri olarak sunulmuştur.

** İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

E-Mail: haci.kara@medeniyet.edu.tr

ORCID-ID: 0000-0002-8255-6277

PEER-REVIEWED ARTICLE

THE USAGE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN SHIPS AND LEGAL ISSUES

ABSTRACT

Firstly, the non-driver vehicles, which were started to be tested in land vehicles and controlled by artificial intelligence system, were also started to be used in marine transportation vehicles. As a matter of fact, world-renowned car manufacturers such as Tesla, Nissan and Daimler are planning the widespread use of driverless vehicles by 2020 at the latest.

The maritime transport sector, which has an important place in the maritime sector, has shown that this technological development will not fall behind. Increasing dimensions in ships, complexity of the equipment used and requiring advanced technology, efforts to convert the fuel used to the least harmless environment and renewable energy, in particular, in spite of all the precautions in marine accidents, the negative effects of human errors cannot be eliminated and the studies carried out on the problem are insufficient. accelerated the work on these ships. It is now possible to design and implement the ships of artificial intelligence, not the masters.

On the other hand, the use of artificial intelligence in ships and many problems that need to be solved should be solved. In the transport of goods by sea, for example; ensuring sea, road and load availability; redefining the responsibility of the equipment and the operator; the carrier's liability for loss and damage to the load; records of irresponsibility and determination of the scope of those who can benefit from these defenses; limitation of liability; Responding to the main problems and responsibilities related to marine accidents, such as the execution of salvage operations, collision and general average, and the related questions need to be answered in national and international law. In this study, the use of artificial intelligence system on ships will be explained, the effect of the introduction of these ships on existing legal regulations will be examined, especially whether there will be a need for changes in international contracts. The use of the artificial intelligence system in other areas of shipping will not be studied.

Key Words: Artificial Intelligence, unmanned/autonomous ships, operation of autonomous ships, legal responsibility, responsible persons.

GİRİŞ

Dijital bilgisayarın 1940'lerden itibaren gelişmeye başlamasından bu yana, bilgisayarların matematik teoremleri için kanıtları keşfetmek veya satranç oynamak gibi çok karmaşık görevleri yerine getirmek için programlanabileceği gösterilmiştir. Bilgisayarların işlem hızında ve bellek kapasitesinde devam eden buluş ve ilerlemelere rağmen, daha geniş alanlarda, özellikle günlük bilgi gerektiren işlerde tamamen insan esnekliğini karşılayabilecek bir program geliştirememiştir. Öte yandan, bazı programlar belirli uzmanlık görevlerini yerine getirmek için insan uzmanlarının ve profesyonellerinin performans seviyelerine ulaşmıştır, sınırlı anlamda yapay zekâ (*artificial intelligence*) tıbbi teşhis, bilgisayar arama motorları ve ses veya el yazısı tanıma gibi çeşitli uygulamalarda bulunmaktadır¹. Yapay zekâ günümüzde özellikle spor müsabakaları, sağlık, otomotiv, video oyunları, finans ve ekonomi alanlarında oldukça sık kullanılmaktadır².

Yirmi birinci yüzyılda bilgisayar teknolojisi alanındaki gelişmeler, veri sayısındaki artış ve teorik anlama gibi birçok yenilikten geçmiş ve geçmektedir. Yapay zekâ alanı bilgisayar bilimi, matematik, psikoloji, dil bilimi, felsefe, nörolojik bilim ve yapay psikolojisi gibi birçok alandan faydalanır. Yapay zekâ bu alanlardan faydalanırken; arama ve matematiksel optimizasyon, nöral ağlar ve istatistik, olasılık ve ekonomi tabanlı istatistikler gibi birçok aracı kullanır. Yapay zekâ teknikleri ayrıca teknoloji endüstrisinin de önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Nesnelerin interneti, büyük veri analitiği, yapay zekâ, nöro teknoloji, nano/mikro uydular, nano malzemeler, eklemeli imalat, ileri enerji depolama teknolojileri, sentetik biyoloji ve blockchain gelişmiş teknolojiler olarak sayılabilir. Yapay zekâ kavramı ise OECD raporuna göre; potansiyel anlamda en yıkıcı etkiye sahip ve önemli riskleri içinde barındıran yeni teknolojiler arasında yer almaktadır³.

Denizcilik sektörü de bu gelişmelere kayıtsız kalmamış aşağıda açıklanan birçok nedenle ileri teknolojinin yeni gemilerde de kullanılması amacıyla çok sayıda proje hazırlanmıştır. Bu projelerden bir kısmı da başarılı bir şekilde hayata geçirilmiş ve denenmeye başlanmıştır.

Bu çalışmada otonom (özerk) (*autonomous*) gemilerin kullanılması ile ilgili deniz ticareti hukukundan kaynaklanabilecek sorunlara ilişkin genel değerlendirmeler yapılacaktır. Denizcilik rizikolarına karşı gemilerin sigortalanması hususu da konunun önemli bir parçası olmakla birlikte, geniş kapsamlı ve ayrı bir çalışma konusu olduğundan, denizcilik sigortalarına bu çalışmada değinilmeyecektir.

¹ What is artificial intelligence, <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence>, ET: 02.07.2019

² Yapay zeka nedir? Yapay zeka ne amaçla üretilir? <http://www.milliyet.com.tr/Yapay-zeka-nedir--Yapay-zeka-ne-amacla-uretilir--molatik-81/>, ET: 28.05.2019.

³ ŞAHİN, Alper, Yapay Zeka Teknolojisi Ve Uygulamalar, Anahtar Dergisi, Mayıs 2018, S. 353, <https://anahtar.sanayi.gov.tr/tr/news/yapay-zek%C3%A2-teknolojisi-ve-uygulamalari/9648>, ET: 11.06.2019.

I. OTONOM TİCARET GEMİLERİ

A. TERİM VE TANIM

1. Terim

Uzaktan (*remot*) veya otonom (özerk) (*autonomous*) olarak kontrol edilebilen bu gemiler⁴ için aralarındaki fark gözetilmeden doktrinde yaygın olarak “insansız (mürettebatsız) gemi (*unmanned craft, ship or vessel*)” terimi⁵, bazen de insansız ve otonom gemi (*unmanned and/or autonomous ship, AtS*) terimleri bir arada kullanılmaktadır⁶. Ancak bu kavram uzaktan kumanda edilen, otomatik sistemlere sahip gemiler bakımından kullanılabilirse de, tamamen yapay zekâ ile otonom kontrol edilebilen gemileri tam olarak izah edememektedir. Çünkü bu gemilerin belirleyici vasfı sadece insansız (mürettebatsız, gemiadamı olmaksızın) işletilen gemi olmaları değildir. Bu gemilerin belirleyici vasfı otomatik sistemler ile faaliyet göstermeleri, bir diğer ifadeyle kısmen, büyük ölçüde veya tamamen yapaya zekâ (*artificial intelligence*) ile işletilen sistemlere sahip olmalarıdır. Bu nedenle bu tür gemileri ifade etmek için “insansız (mürettebatsız) gemiler” ve “otonom (özerk) gemiler (*autonomous ship*)” ifadelerini kullanacağız.

2. Tanım

İnsansız ya da otonom gemi, “*gemide herhangi bir insan yokluğunda (mürettebat desteği olmaksızın) su üzerinde kontrollü hareket edebilen bir gemi*” olarak tanımlanabilir. İnsansız ya da otonom gemi terimi genellikle bağımsız hareket edebilme veya bağımsız hareket etme serbestisine sahip olma anlamına gelir. Kısacası gemi sistemleri programlama faktörlerine göre etrafındaki koşulları tanımlayabilir, değerlendirebilir ve bunlara cevap verebilir⁷.

B. YAPAY ZEKÂ TEKNOLOJİSİ

Bilgisayar biliminde yapay zekâ, “*çevresini tanımlayan ve hedefe ulaşmada başarı şansını azami seviyeye çıkarmak için harekete geçen her cihaz*” olarak tanımlanır⁸. Genel olarak yapay zekâ, “*dijital bir bilgisayarın ya da bilgisayar kontrollü bir robotun, genellikle akıllı varlıklarla ilgili görevleri yerine getirme yeteneğidir*”. Bu terim; akıl yürütme, anlam bulma, genelleme veya geçmiş deneyimlerden öğrenme gibi

⁴ Geniş bilgi için bkz. **SOYER, Barış/TETTENBORN**, Andrew, *New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century* (Maritime and Transport Law Library), 1st Ed., London 2019.

⁵ Ayrımın uygun olduğu durumlarda, “uzaktan kumandalı gemi” veya “otonom gemi” terimleri kullanılmaktadır. DEKETELAERE, Pol, *The Legal Challenges of Unmanned Vessels*, Universiteit Gent 2017 YL Tezi, s. 3, https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/349/671/RUG01-002349671_2017_0001_AC.pdf, ET: 02.06.2019.

⁶ KOMIANOS, Aristotelis, *The Autonomous Shipping Era. Operational, Regulatory, and Quality Challenges*. *TransNav, the International Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation*, Vol. 12, No. 2, s. 335, Sözer’e göre, “İngilizce’deki “unmanned” kelimesi, UNCLoS, m. 94/3(b), *La Haye kuralları m. 3/1(b)*, *Rotterdam Kuralları m. 14/b* ve *Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 932/2* anlamında mürettebat karşılığında kullanılmıştır. Bu itibarla söz konusu gemiler için “mürettebatsız gemiler” deyimini kullanmak daha isabetli olur”. SÖZER, Bülent, *Deniz Ticareti*, Temmuz 2019, s. 64.

⁷ McDOUGALL, Allan, *Autonomous Shipping Raises Legal Concerns*, *The Maritime Executive*, <https://www.maritime-executive.com/author/allan-mcdougall>, ET: 02.06.2019.

⁸ ŞAHİN, <https://anahtar.sanayi.gov.tr/tr/news/yapay-zek%C3%A2-teknolojisi-ve-uygulamalari/9648>, ET: 11.06.2019.

özelliklere sahip entelektüel süreçlerle donatılmış sistemler geliştirme projelerinde kullanılır⁹. Bir diğer ifadeyle, yapay zekâ, genel olarak insan tarafından yapılan, doğal insan zekâsını gerektiren görevleri yapabilecek mekanizmanın oluşturulması çabalarının tamamıdır¹⁰.

Yapay zekâ alanı, insan zekâsının çok iyi tanımlanabileceği ve bir makinenin bu zekâyı taklit edebileceği fikrinden yola çıkılarak oluşturulmuştur¹¹. Yapay zekâ ideale yaklaştığında tamamen insan gibi hissetme, öngörme ve karar verme gibi his ve davranışları gerçekleştirir. Hissetme, davranışları öngörme, karar verme, sorun çözme ve öğrenme gibi insana özgü olduğu kabul edilen duygu ve fiilleri gerçekleştirebilen yapay zekâ ürünleri, genel olarak robot adı ile adlandırılır¹².

Yapay zekânın kapsamı konusunda ise net bir fikir birliği yoktur. Makineler çok yetenekli hale geldikçe zekâ gerektirdiği düşünülmeyen bazı basit görevler artık yapay zekâ kapsamında değerlendirilmeyebilecektir. Bu duruma yapay zekâ etkisi adı verilmektedir. Örneğin “optik karakter tanıma” genel olarak yapay zekâ kapsamında değerlendirilmez çünkü bu teknoloji oldukça sıradan bir hale gelmiştir¹³.

Yapay zekâ çalışmaları birçok sorunla da karşılaşmaktadır. Yapay zekâ çalışmalarının geleneksel sorunları ve hedefleri arasında; *akıl yürütme, bilgi, planlama, öğrenme, doğal dil işleme, algı ve nesnelere elle işleme ve hareket ettirme* yer almaktadır. Aynı şekilde genel zekâ da, yapay zekânın tartışma alanlarından birisidir. İstatiksel metotlar, sayısal zekâ ve geleneksel sembolik yapay zekâda yaklaşımlar arasındadır¹⁴.

C. GEMİ İNŞASINDA TEKNOLOJİK GELİŞMELER

Yapay zekâ teknolojisi geliştikçe çeşitli sektörlerde olduğu gibi, gemi inşası ve gemi işletim sistemleri de, teknolojideki bu yeni gelişmelerden etkilenmektedir. Denizcilik endüstrisinde, otomasyona dayalı, otonom ve insansız gemi buluşları, büyük veri kullanımı, kurumsal derecede bağlantılar ve analitik konularına yönelik artan bir tutum, taşımacılık ve denizcilik gündemini sürekli olarak genişletmektedir. Yapay zekânın gemilerde kullanılması yoluyla birçok ekonomik fayda sağlanmak istenmektedir. Gemi seferine devam ederken, özellikle hava durumu başta olmak üzere, muhtemel deniz şartlarını içeren bilgilere dayanarak en kısa, en güvenli, en az yakıt kullanımı dolayısıyla en fazla yakıt verimliliği sağlayan rotaları düzenleyebilen sistemler geliştirilmeye çalışılmaktadır¹⁵.

⁹ What is artificial intelligence, <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence>, ET: 02.07.2019

¹⁰ Yapay zeka nedir? Yapay zeka ne amaçla üretilir? <http://www.milliyet.com.tr/Yapay-zeka-nedir--Yapay-zeka-ne-amacla-uretilir--molatik-81/>, ET: 28.05.2019.

¹¹ Yapay zeka nedir? Yapay zeka ne amaçla üretilir? <http://www.milliyet.com.tr/Yapay-zeka-nedir--Yapay-zeka-ne-amacla-uretilir--molatik-81/>, ET: 28.05.2019.

¹² ŞAHİN, <https://anahtar.sanayi.gov.tr/tr/news/yapay-zek%C3%A2-teknolojisi-ve-uygulamalari/9648>, ET: 11.06.2019.

¹³ Yapay zeka nedir? Yapay zeka ne amaçla üretilir? <http://www.milliyet.com.tr/Yapay-zeka-nedir--Yapay-zeka-ne-amacla-uretilir--molatik-81/>, ET: 28.05.2019.

¹⁴ Yapay zeka nedir? Yapay zeka ne amaçla üretilir? <http://www.milliyet.com.tr/Yapay-zeka-nedir--Yapay-zeka-ne-amacla-uretilir--molatik-81/>, ET: 28.05.2019.

¹⁵ KOMIANOS, s. 335.

1. Otonom Gemilerde Kullanılması Öngörülen Yeni Teknolojiler

Teknolojinin hızlı bir şekilde gelişmesi ticaret gemilerinde de yapısal değişiklik fikrinin gelişmesine ve inovasyona yol açmaktadır. Ticaret gemilerinin ileri teknoloji ile üretimindeki gelişmelerden bazıları şunlardır:

- a) Gemi yapımında gelişmiş nano-materyaller kullanmak,
- b) Deniz yüzeyinin üzerinde ve altında faaliyet gösterecek, deniz operasyonları yürütmek için yenilikçi konseptler yürütecek ve deniz güvenliğinin doğasını kökten değiştirme potansiyelini sunacak otonom sistemler kullanmak,
- c) Dünya meteorolojik ve oşinografi verilerini, trafik verilerini, malzeme ve makine performans verilerini, dünya genelindeki kargo akışları verilerini, deniz kazaları verilerini, hatta yolcuların ve gemi adamlarının kişisel verilerini kullanan ve veriler arasındaki korelasyonu tanımlamak için tasarlanmış çok sayıda algoritmayı içeren bigdata analitiğinden yararlanmak,
- d) Çevresel izleme ve veri toplamak için kablosuz sensör teknolojisini kullanmak ve yeni nesil mikro ve nano-mekanik sensörlerin geliştirmek,
- e) İnsanlardan daha iyi duyuşsal ve mekanik kabiliyet veren sensörleri içeren ve onları rutin görevler için ideal hale getiren robotik sistemlerden yararlanmak,
- f) Gemi sahiplerinin, gemide toplanan canlı, sesli ve yüksek tanımlı (HD) veya 3D videoları görüntüleyebileceği ve radyo frekansı tanımlama (RFID) etiketleri ile yüklerin durumunu takip edebilecekleri ve bunun yanı sıra geminin yapısı ve makine parçaları da dahil olmak üzere her şey hakkında uzaktan bilgi sahibi olabilecekleri 5G teknolojisi ile iletişimi kullanmak,
- g) Gemilerde kullanılan yakıtların artık daha verimli kullanılması adına denizcilik sektörünü yenilenebilir enerji kaynaklarına yöneltmek ve
- h) Akıllı gemiler kullanmaktır.

Bu sekiz teknoloji birbirinden izole edilmiş değil, aksine birbirlerine bağlantılı teknolojilerdir. Örneğin, akıllı gemi teknolojisi, sensörlerin, büyük veri analitiklerinin, iletişimlerin ve gelişmiş malzemelerin entegrasyonundan oluşur. Ayrıca, verimlilik ve emisyon azaltımı da gelecekteki akıllı gemi tasarımı ve işletimi ile de bağlantılıdır¹⁶.

Otonom gemilerin kullanılması durumunda bu gemilerin etrafındaki “engel haritasının” gerçek zamanlı olarak oluşturulmasına izin veren bilgiler, uzaktaki bir operatöre bilgi aktarımı sağlayan HD kameralar, IR Termik Kameralar, geleneksel radarlar, kısa erişim radarları, LIDAR lazer tarayıcılar, mikrofonlar, GPS, AIS ve ECDIS gibi karmaşık bir sensör kombinasyonu gerekmektedir¹⁷.

¹⁶ Endüstri 4.0, İnsansız Gemiler ve Sigorta Sektörüne Etkileri, <https://www.sigortaveriskyonetimi.com/insansiz-gemiler-ve-sigorta-sektorune-etkileri/>, ET: 22.5.2019.

¹⁷ Automation and liability in maritime law, <https://www.kennedyslaw.com/thought-leadership/article/automation-and-liability-in-maritime-law>, ET: 17.06.2019.

2. Yeni Projeler

Doktrine göre otonom (özerklik) gemiler altı farklı seviyeyi ifade ederler: **İlki**, gemide mürettebat bulunur; **ikincisi**, bazı sistemlerin çalışması otomatikleştirilebilse de gemilerdeki sistem ve fonksiyonları işletmek ve kontrol etmek için gemide mürettebat bulunur; **üçüncüsü**, yönlendirilmiş sistemler; dördüncüsü, gemi başka bir yerden kontrol edilir ve işletilir ancak gemiadamları gemidedir; **beşincisi**, gemi tamamen uzaktan, yani başka bir yerden kontrol edilir ve işletilir, bu nedenle gemide gemiadamları yoktur, sonuncusu, tamamen otonom gemiler olup, geminin işletim sistemi kararlar alabilir ve eylemleri kendi başına belirleyebilir¹⁸.

Günümüzde Norveç¹⁹ ve Finlandiya'da otonom (*autonomous*) gemilerle ilgili denemeler başlamıştır. Danimarka ise, İngiliz bayrağı altında kayıtlı denizaltı konumlandırma, araştırma ve çevresel izleme için kullanılacak ilk otonom gemi ile navigasyonun bu özel yönünü düzenlemek için adımlar atmıştır²⁰. Avrupa Birliği de²¹, insansız gemilerin teknik, ekonomik ve yasal uygulanabilirliğini araştırmak ve daha rekabetçi ve sürdürülebilir bir denizcilik sektörü için insansız, otonom gemileri geliştirmek amacıyla, bu tür gemi projesine sağlanan bir destek programı olan “*Ağlar Aracılığıyla Denizde İnsansız Seyrüsefer (Navigasyon), (Maritime Unmanned Navigation through Networks, MUNIN)*”²² programını yürürlüğe koymuştur²³. MUNIN projesi, Yedinci Çerçeve Programı kapsamında Avrupa Komisyonları tarafından ortaklaşa finanse edilen ortak bir araştırma projesidir. Bu projenin en önemli özelliği, geminin, karadaki operatör tarafından denetlenebilme ve kontrol edilebilme yeteneğine sahip olması, gemideki otonom bir sistem tarafından işletilebilmesidir. AB bu amaçla 3,5 milyon Euro değerinde bir projeyi finanse ettiğini açıklamıştır. MUNIN kapsamında yürütülen çalışmalarda bir dökme yük gemisi model olarak alınmış ve daha çok seyir

¹⁸ DELGADO, Juan Pablo Rodríguez, The Legal Challenges of Unmanned Ships in the Private Maritime Law: What Laws would You Change?, Port, Maritime And Transport Law Between Legacies of The Past And Modernization (Editor Massimiliano Musi), IL Diritto Marittimo-Quaderni 5, Bologna 2018, s. 496.

¹⁹ Maritime Law In The Wake of The Unmanned Vessel, https://svw.no/contentassets/f424f309bd304e99b39f11355e98571f/svw_maritime-law-in-the-wake-of-the-unmanned-vessel.pdf, ET: 02.06.2019.

²⁰ Autonomous Navigation. Challenges and opportunities on board Masterless vessels, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b76e6954-040a-4214-a86a-0844d14be1b3>, ET: 16.06.2019

²¹ Avrupa Teknoloji Platformu, otonom gemiyi, hem gemide hem de gemi dışında kablosuz izleme ve kontrol işlevlerine olanak verecek sistemlerin, yeni nesil modüler kontrol ve iletişim teknolojisi sistemi olarak tanımlamaktadır. Bunlar, gemileri yarı veya tamamen otonom olarak, uzaktan çalıştırma yeteneği sağlamak için gelişmiş karar destek sistemlerini içerecektir. KOMIANOS, s. 336.

²² MUNIN projesinde, uzun ve kesintisiz bir deniz yolculuğunda, 16 deniz mili hızında çalışan 5.000 dwt'luk kuru bir dökme yük taşıyan gemiler üzerinde araştırmalar yapılmıştır. Yolculuğun yoğun veya sığ sulardaki kısmı MUNIN projesinde dikkate alınmamıştır, çünkü denizlerin bu kısmının hala gemideki mürettebat tarafından yürütülmesi gerektiği değerlendirilmiştir. DEKETELAERE, Pol, The Legal Challenges of Unmanned Vessels, Universiteit Gent 2017 YL Tezi, https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/349/671/RUG01-002349671_2017_0001_AC.pdf, s. 10, ET: 02.06.2019.

²³ Avrupa Parlamentosu'nun, “Robotik için Medeni Kanun Kurallarının Kabulüne ilişkin” 16 Şubat 2017 tarihli kararı tavsiye kararı, Deniz Otonom Yüzey Gemileri (MASS) hakkında gündeme getirilen sorulara cevaplama da yardımcı olabilir. DENËFLE, Frédéric, Autonomous Vessels-What Are The Legal Implications?, <https://iumi.com/news/blog/autonomous-vessels--what-are-the-legal-implications>, ET: 02.06.2019, DELGADO, s. 495.

emniyeti ile ilgili hukuki düzenlemeler üzerinde durulmuştur. Proje Avrupa Birliği önderliğinde, Finlandiya, Norveç, İsveç, İzlanda, İrlanda ve Almanya'dan oluşan bir konsorsiyum tarafından yönetilmiştir²⁴. Projenin 2012 yılında başlamış ve üç yıl sonra 2015 yılında sona ermiştir²⁵.

İleri seviyede teknoloji içeren bu projeleri gerçekleştirmek ve çabaları desteklemek için birçok uluslararası şirketin, projelere destek verdiği ve yüz milyonlarca doların üstündeki inşa maliyetlerini paylaşmayı kabul ettiği gözlenmektedir. MUNIN, esas olarak otomatik yerleşik karar sistemleri tarafından yönlendirilen, ancak kıyı kontrol istasyonundaki bir uzaktan kontrol operatörü tarafından kontrol edilen bir gemi kontrol sistemi olarak tanımlanabilir. Otonom bir gemi için bir konsept geliştirmeyi ve doğrulamayı amaçlamaktadır. AB içindeki deniz taşımacılığı ve ulaşım hacimlerindeki önemli artışlar, artan çevresel gereksinimler ve gelecekte denizcilerin yetersizliği gibi zorluklarla karşı karşıyadır. Özerk gemi kavramı bu zorlukların üstesinden gelme potansiyelini beraberinde getirmektedir. Daha verimli ve rekabetçi gemi operasyonu ve gemilerin çevresel performansında artış sağlamak amaçlanmaktadır. Ayrıca kıyı temelli yaklaşım, gemilerde gemi adamlarının ailelerinden uzaklaşma süresini azaltarak “denizciliğe” daha sosyal olarak sürdürülebilir olma imkânı sunmaktadır²⁶.

Uzman kişilerin konuya temkinli yaklaşımına rağmen, İngiliz otomotiv ve havacılık şirketi Rolls-Royce, otonom denizcilik arenasına giren şirketlerden olmuştur²⁷. Rolls-Royce firması, okyanuslarda sefer yapacak insansız (mürettebatsız) yük gemilerinin tasarladığını kamuoyu ile paylaşmıştır²⁸. Otonom geminin 60 metre boyunda ve menzilinin 3.500 deniz mili (*nautical miles*) olacağı planlanmıştır. Buna göre gemi, 100 günden fazla çalışabilecek ve 25 deniz mili üzerindeki hıza ulaşabilecektir. Gemi devriye, gözetim, mayın tespiti ve filo taraması gibi görevleri

²⁴https://www.researchgate.net/publication/329468528_The_Legal_Challenges_of_Unmanned_Ships_in_the_Private_Maritime_Law_What_Laws_would_You_Change, ET: 17.07.2019.

²⁵ KOMIANOS, s. 337, Final Report Summary - MUNIN (Maritime Unmanned Navigation through Intelligence in Networks), <https://cordis.europa.eu/project/id/314286/reporting>, ET: 07.05.2020.

²⁶ MUNIN Brochure, <http://www.unmanned-ship.org/munin/wp-content/uploads/2016/02/MUNIN-final-brochure.pdf>, ET: 07.05.2020

²⁷ Gelişmiş Otonom Yüzen Uygulamalar Girişimi (*The Advanced Autonomous Waterborne Applications Initiative, AAWA*) Girişimi, Tekes tarafından finanse edilmektedir. AAWA projesi, bir yandan Finlandiya üniversiteleri ve bir araştırma merkezinin işbirliği ile, diğer yandan denizcilik sektöründe faaliyet gösteren paydaşların işbirliğiyle yürütülüyor. Proje 2015 yılında başlamıştır. DEKETELAERE, s. 13

²⁸ Bu projede, Rolls-Royce ileri gemi teknolojisindeki uzmanlığını Intel bileşenleri ve sistem mühendisliği ile bir araya getirecektir. Bununla güvenlik odaklı yeni gemiler, akıllı şehirlerdeki, otonom arabalar ve uçaklarda kullanılan gelişmiş aynı teknolojik sistemlere sahip olacak, gemi sahipleri, operatörleri, yük sahipleri ve limanlar için akıllı, merkeze bağlı veri sistemleri geliştirilecektir. *Rolls-Royce and Intel announce autonomous ship collaboration*, <https://www.rolls-royce.com/media/press-releases/2018/15-10-2018-rr-and-intel-announce-autonomous-ship-collaboration.aspx>, ET: 18.07.2019, *Autonomous Ships The Next Step*, <https://www.rolls-royce.com/~media/Files/R/Rolls-Royce/documents/customers/marine/ship-intel/rr-ship-intel-aaawa-8pg.pdf>, ET: 09.05.2019, *Maritime Unmanned Navigation through Intelligence in Networks*, <http://www.unmanned-ship.org/munin/>, ET: 09.05.2019.

gerçekleştirecek şekilde tasarlanmıştır²⁹. Bu projelerden birkaçı yapılmış ya da yapım aşamasındadır³⁰.

Denizcilik, petrol ve gaz ve enerji ve yenilenebilir enerji şirketlerinin sahibi Det Norske Veritas Group içerisinde yer alan ve en büyük gemi sınıflandırma kuruluşlarından biri olan DNV GL şirketi de, Re-Volt projesini finanse etmiştir. Bu proje, artan taşıma ihtiyacına çözüm getirebilecek bir proje olup³¹, gemi 60 metre uzunluğunda, 6 knot hızla ve tamamen batarya ile çalışan, 100 deniz mili mesafede, 100 yirmi fit konteyner taşıma kapasitesine sahip olan ve otonom yani mürettebat gerektirmeyen insansız çalışabilen bir geminin inşası projesidir. Gemide üst yapıya ve mürettebat kamaralarına ihtiyaç yoktur. Yükleme kapasitesi, düşük işletme ve bakım maliyetleri dizel motorlu bir gemi maliyetleriyle karşılaştırıldığında, ReVolt'un yıllık olarak tahminen bir milyon ABD Doları'ndan fazla, 30 yıllık ömrü boyunca ise yaklaşık toplam 34 milyon ABD Doları tutarında tasarruf sağlayabileceği öngörülmektedir³².

Uzaktan kontrol edilmesi planlanan bu gemiler, doğal olarak geleneksel gemilerden farklı tasarlanmaktadır. Yeni proje sahipleri, bu tür bir değişimin kaçınılmaz olduğuna ve sektörün de ikna olacağına inanmaktadırlar. Bu gemilerin kullanılmaya başlanması ile birlikte en başta mürettebat için gerekli tesisler ve sistemlere gerek kalmayacağı ifade edilmektedir. Mürettebat maliyetlerinin ise büyük konteyner gemiler için toplam gemi işletme giderlerinin % 44'ünü içerdiği göz önünde bulundurulduğunda, işletmeler açısından önemli bir maliyet tasarrufu öngörülmektedir³³. Gemi taşımacılık sektörünün yıllık 375 milyar dolar ciroya sahip olduğu, dünya çapında işletilen ticari gemi sayısının yaklaşık 100.000 olduğu düşünülecek olursa böyle bir dönüşüm projesinin yıllar alacağı ve çok büyük maliyetlere katlanmak gerektiğini söylemek mümkündür³⁴.

Diğer bir proje de, Norveç Bilim ve Teknoloji Üniversitesi (NTNU), Deniz Teknolojisi ve Mühendislik Sibernetiği Bölümleri tarafından ulusal ve uluslararası ortaklarla işbirliği içinde geliştirilen Otonom Deniz Operasyonları ve Sistemleri (AMOS) Projesi 3'tür. İnsansız yük gemisi olma özelliği dışında, otonom araçların sensör ağının koordineli çalışması, entegre sualtı navigasyon ve haritalama, kızılötesi

²⁹ DELGADO, s. 496.

³⁰ Rolls-Royce, SVAN-World's First Autonomous Ferry Demonstration, https://www.youtube.com/watch?v=JW57ZMjL_fc, ET: 07.05.2020.

³¹ AB ülkelerindeki nüfus artışı sonucunda mevcut yolların kapasitesini aşan bir ulaşım talebi oluşmuştur. AB ülkelerinin karayolu ağındaki kentsel alanlarda trafik sıkışıklığını yönetmek amacıyla projeler başlatılmıştır. Bu sorunları gidermek için, AB'nin tamamındaki yönetimler taşınan yük hacminin önemli bir kısmını karayollarından su yollarına kaydırmaya çalışmaktadırlar. Ancak, deniz taşımacılığı kısa mesafe segmentindeki kar marjlarını küçüktür. Bu nedenle insansız taşıma araçlarından istifade ile işletme giderleri azaltılmaya çalışılmaktadır. KOMIANOS, s. 337.

³² The ReVolt, <https://www.dnvgl.com/technology-innovation/revolt/index.html>, ET: 17.07.2019.

³³ Bir genel kargo gemisinde (*general Cargo ship*) yıllık maliyetlerinin; %38'i yakıt giderlerini, %27'si yatırım harcamalarını (*CAPEX*), %17'si personel giderlerini (*manning*), %3'ü sigorta giderlerini, %2'si depo ve kira giderlerinden, %7'si bakım giderlerini (*maintenance*), %4'ü yönetim ve idare (*management&administration*) giderlerini, %2'si yağlama (*lubricating oils*) giderlerini oluşturur. Otonom gemilerin faaliyete geçmesi ile toplam giderlerden %20, yakıt giderlerinden %10-15 tasarruf sağlanacağı öngörülmektedir. ELORANTA, Sauli, Autonomous Ships, Automated maritime transport: why, how and when, https://vayla.fi/documents/20485/421305/Sauli_Eloranta_180117+Rolls+Royce+v1.pdf/7fe4fb37-f501-4e78-a1fd-7513b02dccc02, ET: 17.07.2019

³⁴ https://www.bbc.com/turkce/ekonomi/2014/03/140305_insansiz_gemi, ET: 12.04.2019

sensörler kullanarak deniz ortamlarında özerk nesne algılama ve izleme, sensör tabanlı rehberlik ve yol optimizasyonu, akıllı görev yürütme ve belirsiz deniz ortamlarında çarpışmadan kaçınma için koordineli ve işbirliğine dayalı kontrol özellikleri taşımaktadır³⁵.

Bu projeler, geleneksel denizcilik uygulamalarında devrim niteliğinde değişiklikler meydana getirmekte ve yeni bir boyut ortaya koymaktadır. Tabii bu durum yani insansız gemilere geçiş kolay ve hızlı olmayacaktır. Zira tamamen işlevsel ve evrensel olarak, emniyetli (*safe*), güvenli (*secure*) ve uygulanabilir bir ulaşım aracı olarak kabul edilmeden önce ele alınması gereken birçok sorun bulunmaktadır³⁶.

Teknik gelişmelerin dışında hukuki olarak bakılacak olursa, karşılaştırılması muhtemel sorunların başında milli mevzuatlarda gerekli yasal alt yapının oluşturulması, uluslararası düzenlemelerle bunun uluslararası alanda da meşrulaştırılması görülmektedir. İlk aşamada bu gemilerin yine mürettebatı olacak şekilde planlanmakta ancak operasyonel kontrolün gemi trafik hizmetleri olarak bilinen bir sisteme devredilmesi düşünülmektedir.

Günümüzün tasarlanan insansız gemilerinden bazıları kıyıda konuşlu bir operatör tarafından uzaktan kontrol edilebilmektedir. Bu uzaktan kontrol operatörünün işlevi, gemi teknesine yerleştirilmiş kameralar ve işitsel sensörler tarafından kolaylaştırılmakta, geminin çevresine ait görsel, işitsel ve kızılötesi görüntülerin canlı akışı ile desteklenmektedir. Bu işlev “uzaktan kumandalı insansız el” olarak bilinir. Öte yandan, bazı insansız el işlevleri kıyı tarafındaki programcılar tarafından önceden programlanmıştır ve daha sonra yüksek çözünürlüklü kameralar, radarlar, LIDAR sensörleri, gelişmiş uydu iletişim sistemleri ve bilgisayar yazılımı ve kontrolüyle donatılmış GPS yönlendirme, sonar radarların bir kombinasyonunu kullanır. Burada algoritmalar herhangi bir insan etkileşimi olmadan önceden belirlenmiş bir rotayı gerçekleştirmek için tasarlanmıştır.

Otonom gemilerle ilgili en son projelerden biri YARA Birkeland (YB) projesidir. YARA ve KONGSBERG, dünyanın ilk tamamen elektrikli konteyner gemisini inşa etmek için ortaklık yapmaktadır. 2017'de insanlı bir gemi olarak başlatılan proje, 2019 yılında uzaktan kontrolle çalışmaya yönelmiş ve 2020 yılına kadar ise tamamen otonom olması planlanmaktadır. Nüfusun yoğun olduğu kentsel alanlarda 40.000'e kadar karayolu taşımacılığının kaldırılmasıyla Nitrik oksit ve karbondioksit emisyonlarını azaltacak ve trafiğin azaltılması ile güvenli hale getirecektir. Böylece BM sürdürülebilirlik hedeflerine ulaşılmasına katkıda bulunulacaktır³⁷.

3. OTONOM GEMİLER VE SİBER GÜVENLİK

Gittikçe artan gelişmiş teknoloji kullanımı, daha yüksek verimlilikle sonuçlandırıldığından denizcilik sektöründeki faaliyetlerin ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Bilişim teknolojileri insan hayatına sağladığı yadsınamaz faydaların yanında, yeni kaygıların da gelişmesine neden olmuştur. Bununla birlikte, bu gelişme taşımacılıkla ilgili şirketlerin çeşitli farklı siber risklerle karşılaşmasına sebep olmuştur.

³⁵ <https://www.ntnu.edu/amos>, ET: 29.07.2019

³⁶ KOMIANOS, s. 335

³⁷ <https://www.kongsberg.com/maritime>, ET: 29.07.2019.

Yüksek profilli şirketlere ve bankalara yönelik siber saldırılar çok yoğun yaşanırken, denizcilik sektöründe bu durum daha sınırlı kalmıştır.

Siber (*Cyber*) kelimesi bilgisayara ve bilgisayar veya internet ağlarına ait olan varlıkları ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. Siber ortamı oluşturan bilişim sistemlerinin saldırılardan korunmasını, bu ortamda işlenen bilginin gizlilik, bütünlük ve erişilebilirliğinin güvence altına alınmasını, saldırıların ve siber güvenlik olaylarının tespit edilmesini, bu tespitlere karşı tepki mekanizmalarının devreye alınmasını ve sonrasında ise sistemlerin yaşanan siber güvenlik olayı öncesi durumlarına geri döndürülmesini sağlamak amacıyla kullanılan, politikalar, güvenlik kavramları, güvenlik teminatları, kılavuzlar, risk yönetimi yaklaşımları, faaliyetler, eğitimler, en iyi uygulamalar ve teknolojilerin tümüne denir³⁸.

Siber güvenlik kavramı ise, siber çevreyi, organizasyonu ve kullanıcının varlıklarını korumak için kullanılacak araçlar, politikalar, güvenlik kavramları, güvenlik önlemleri, kılavuzlar, risk yönetimi yaklaşımları, eylemler, eğitim, en iyi uygulamalar, güvence ve teknolojilerin toplanması olarak tanımlanmaktadır³⁹. Siber güvenlik, bilgi güvenliğinden operasyon güvenliğine ve bilgisayar güvenliğine kadar farklı birçok alanı kapsayan bir kavramdır ve siber ortam güvenliğinin sağlanabilmesi için bilginin gizliliğinin, bütünlüğünün ve erişilebilirliğinin sağlanması gerekmektedir⁴⁰.

Aslında, denizcilik endüstrisinin niteliği gereği IT sistemleri gemilerin işletilmesinde, iletişimde, navigasyonunda, yüklenmesinde ve boşaltılmasında, konteynerların takibinde ve yük taşımacılığında, tersane stoklarının tutulmasında ve kontrolünde anakara ve limanlarda kullanılan bilgisayar sistemleri, bu sektörü siber saldırılara karşı daha duyarlı hale getirmektedir. Bu sistemlerin düzgün çalışması geminin faaliyetlerini aksatmaksızın yerine getirmesi için de önemlidir. Bu durum yalnızca gemi ve yük sahipleri için değil, diğer gemiler için de ekonomik açıdan önemlidir. Örneğin Panama Kanalı'ndan geçen bir gemiyi devre dışı bırakan bir siber saldırı, yakındaki gemilerin çalışmasını etkiler ve büyük kayıp potansiyeli olan Kanalı tıkanmasına neden olabilir. Bu nedenle, denizcilik sektörünün yine de gerekli güvenlik önlemlerini alması zorunludur. Zira yapılan son araştırmalar, tankerlerde, konteynerlerde, süper yatlarda ve yolcu gemilerinde kullanılan teknolojik sistemlerin kolayca delinebilir olduğunu göstermiştir. Araştırmacılar, geminin yakıt sistemini ve dümen donanımını ele geçirmişler ve gemideki makineleri uzaktan devre dışı bırakmışlardır. Bunların yanı sıra bir geminin navigasyon sistemini, radarını, teçhizelerini ve pompalarını da kontrol edebileceklerini tespit etmişlerdir. Tüm bunların ışığında, “denizcilik endüstrisinin hala hasta görünümünde olduğu ve otonom gemilerin siber güvenlik açısından tehdit altında olduğu sonucuna varılmıştır.

Dolandırıcılık ve hırsızlıkla ilgili siber suçlar bağlamında incelendiğinde, denizcilik sektörünün diğer endüstrilerden farklı olmadığı görülür. Bir diğer ifadeyle suçlular, mali bir kazanç elde etmek için sistemin zayıf yönlerini kullanmakta ve bu tür saldırıların gerçek kurbanı ise parayı kaybeden gerçek ve tüzel kişiler olmaktadır.

³⁸ Jason Andress/Steve Winterfeld, *Cyber Warfare: Techniques, Tactics and Tools for Security Practitioners*, Massachusetts 2014, 2 nd Ed., s. 3-4.

³⁹ Hakan Şentürk/C. Zaim Çil/Şeref Sağiroğlu, *Cyber Security Analysis of Turkey*, International Journal Of Information Security Science, Vol.1, No. 4., s. 112.

⁴⁰ Hekim/Başbüyük, s. 144

Bununla birlikte, taşımacılığın doğası gereği, sadece tek bir şirkete yönelik olan siber saldırıların bile, tüm ulusal ekonomilerde önemli dalgalanma etkileri olabilecektir. *Örneğin*, birkaç kilit konteyner terminaline karşı bir fidye yazılım (*ransomware*)⁴¹ saldırısı yapılması, tüm ulusal ya da bölgesel tedarik zincirini felce uğratabilir ve bu da saldırı altındaki şirketin uğradığı kayıpla orantılı olarak önemli ölçüde kayıplara yol açabilir⁴². Ya da daha da kötüsü, mümkün olduğu kanıtlanmış, yerleşik gemi sistemlerine uzaktan müdahalede bulunmak gibi bir eylem; sonucunda sadece ekonomik değil, aynı zamanda önemli güvenlik ve çevresel felaketlere yol açabilecektir⁴³.

Uluslararası deniz taşımacılığının global düzenleyici organı olan IMO, 2017’de çeşitli farklı kuruluşlar için uygun olan, deniz siber risk yönetimi için kısa bir kılavuz yayınlamıştır. Ayrıca IMO yayınladığı kılavuza ek olarak, gemi sahiplerine, siber risk yönetimini, geminin SMS kodu güvenlik yönetimine dahil etmeleri için 1 Ocak 2021 tarihine kadar bir süre vermiştir. Ayrıca, Baltık ve Uluslararası Denizcilik Konseyi (BIMCO)’ne ait Gemilerde Siber Güvenlik Hakkında Kılavuz, IMO, gemi sahipleri ve sınıflandırma kuruluşları tarafından geniş çapta kabul görmüştür⁴⁴.

4. İNSANSIZ/OTONOM GEMİLERİN AVANTAJ VE DEZAVANTAJLARI

İnsansız/tonom gemilerle ilgili şu avantajların, faydaların gerçekleşeceği tahmin edilmektedir: Gemideki mürettebatın yokluğu “geleneksel” korsanlık risklerini önemli ölçüde azaltacaktır (ancak “bilgisayar” korsanlığı gelişebilir); İnsansız araçların kullanılması insan hatası riskini azaltacaktır, bu teknolojinin geliştirilmesi, yeni ticari faaliyetler ve yeni işgücü, istihdamına yol açacaktır (kıyı bazlı kontrolörler, mühendisler, programcılar vb.); özellikle personel maliyetlerinde dolayısıyla toplam işletme giderlerinde önemli ölçüde azalma meydana gelecek, buna karşın gemi emniyeti ile ilgili önemli bir artış meydana gelirken, gemi sahibinin/işletenin önemli bir masraf kalemini oluşturan emniyetle ilgili cari maliyetlerde azalma olacaktır; teknolojik gelişmeler nedeniyle çatma kazaları muhtemelen azaltacaktır; en azından insan faktörünün söz konusu olduğu kurtarma operasyonlarının azalacaktır; Bu tür gemilerde

⁴¹ Ransomware, kullanıcının bilgisayarındaki dosyaları kilitleyip, kullanıcının programa yeniden giriş yapabilmesi için belirli bir fidye tutarı (ücret ödemeye zorlayan) ödeyene kadar kullanıcının bilgisayarını etkisiz hale getiren yazılımdır. Fidyeye yazılımlar; ya şifreleyici ya da kilitleyici türdedirler. Saldırganlar ise hangi tür olursa olsun, şifre veya kilitlerin kaldırılması için sistem sahibinden fidye talep ederek gelir elde etmeyi amaçlamaktadırlar. <https://www.forbes.com/sites/leemathews/2018/03/09/why-you-should-never-pay-a-ransomware-ransom/#7dab93e61753> (ET: 22.06.2018).

⁴² Danimarkalı A.P. Moller-Maersk sahibi olduğu dünyanın en büyük konteyner gemisi işleticisi Maersk Line bilgisayar sistemlerine Haziran 2017 yılında yapılan küresel Petya ransomware siber saldırısının ardından şirketin yeni siparişleri kabul etmesi engellenmiştir. Maersk Line’ın bu saldırı nedeniyle 300 milyon ABD Doları zarara uğradığı söylenmiştir. <http://fortune.com/2017/06/28/petya-ransomware-cyber-attack-maersk-delays/> ET: 22/06/2018.

⁴³ Jensen, s. 37

⁴⁴ Yaşanan son olaylardan birisi de 2017’deki Clarkson siber hacklenmesi olayıdır. Bu durum, veri hırsızlığının giderek daha yaygın bir fenomen haline geldiğini gösteren siber gasplardan biridir. Bu olayda İngiltere’nin en büyük gemi komisyoncusu Clarkson PLC, Kasım 2017’de, çalışanların şantaj amacıyla çaldığı “tek ve yalıtılmış bir kullanıcı hesabı” kullanılarak siber saldırıya maruz kalmış, endişe verici bir şekilde, ihlal beş ay süresince fark edilmemiştir. KENNARD, Darryl, Cyber security and cyber risks in the shipping industry, July 2019, https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fbb647ae-30dc-4b29-88e4-d0675928d951&utm_source=lexology+daily+newsfeed&utm_medium=, ET. 10.07.2019.

yenilenebilir enerjinin uygulanması göz önüne alındığında kirliliğin azaltılması ve gemilerde kullanılan yakıtların yakılmasından dolayı atmosfere olan emisyonların azaltılması ve taşınan hidrokarbonların dökülmesinin neden olduğu kirliliğin ortadan kalkması nedeniyle yakıt maliyetleri azalacaktır.

Buna karşın: inovasyonun faydaları gibi, belirli riskler veya dezavantajlar da vardır: Gemide insan varlığı olmadığı düşünüldüğünde, olası her durumda insana özgü sezgisel hislerle karar vermek yerine makinelerde kullanılan programın kapasitesi ile sınırlı kararlar verilecektir, mevcut makineler ise profesyonel denizcilerin, insan unsurunun yerini tutmayacaktır; bilgisayar korsanlarının geminin kontrolünü ele geçirmeleri, yani siber riskler ve bilgisayar güvenliği önemli bir risk oluşturur; korsanlık riski geminin kaybına bile sebep olabilecektir; bilgisayar sistemleri veya yazılım navigasyon esnasında bozulabilir ve bu durum kazayla sonuçlanabilir; yeni iş modellerinin oluşmasına rağmen balıkçılık gibi faaliyetler insan eliyle yürütüldüğünden bu tür denizcilik faaliyetinin yerine getirilmesi için gemide mürettebatın varlığına halen ihtiyaç olacaktır; bu yeni navigasyon paradigması, klasik riskleri ortadan kaldırırken deniz navigasyonunda yeni risklerin ortaya çıkmasına neden olacaktır, denizcilik sigorta primlerinin maliyetleri artacaktır⁴⁵.

D. IMO'NUN ATONOM GEMİLERE YAKLAŞIMI

1. Otonom Gemilerle İlgili Çalışmalar

23-25 Nisan 2018 tarihlerinde yapılan 105. oturumunda Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO) Hukuk Komitesi (idari yapı), 2020 hedefi olarak otonom suüstü gemilerinde (*Maritime Autonomous Surface Ship, MASS*) yeni bir çalışma programı maddesini gündemine dahil etmeyi kabul etmiştir. İlk adım olarak, kapsam belirleme çalışması, kararlaştırılmıştır. Bu kararlar, IMO araçları listesindeki mevcut hükümlerin belirlenerek, çeşitli özerklik derecelerine sahip otonom gemilere uygulanıp uygulanamayacaklarını veya nasıl uygulanacaklarını ve/veya MASS operasyonlarını engelleyip engellemeyecekleri değerlendirecektir. Bu şekilde, otonom deniz gemi faaliyetlerinin, IMO düzenlemelerine göre ne kadar güvenli ve çevreye duyarlı olarak ele alınabileceğini incelenecek, mevcut sorumluluk ve tazminat sözleşmelerinin ve diğer düzenlemelerin bir analizi yapılacaktır. İkinci adım olarak, diğer şeylerin yanı sıra insan unsuru, teknoloji ve operasyonel faktörler göz önünde bulundurularak, MASS işlemlerini ele almanın en uygun yolunu belirlemek için bir analiz yapılacaktır⁴⁶.

Bir deniz macerasının ana operasyonel özellikleri şu şekilde özetlenebilir: Denize elverişlilik, istenilen tahrik ve elektrik gücü, önceden planlanmış dayanıklılık, güvenli navigasyon, uygun bakım, güvenilir iletişim, çatma ve karaya oturmadan kaçınma, sürekli risk değerlendirmesi, tehlike azaltma, zamanında tepki herhangi güvenlik veya güvenlik konularına, çevrenin korunması, güvenli ve zamanında yükün teslim edilmesi ve yükümlülük, sigorta kapsamı. Bunlara ilişkin kuralları sağlamak ve tek tip hale getirmek için çok sayıda uluslararası sözleşme yapılmıştır⁴⁷.

⁴⁵ DELGADO, s. 519.

⁴⁶ IMO takes first steps to address autonomous ships, <http://www.imo.org/en/mediacentre/pressbriefings/pages/08-msc-99-mass-scoping.aspx>, ET: 23.05.2019.

⁴⁷ KOMIANOS, s. 340.

Örgütün üst düzey teknik organı olan “Deniz Güvenliği Komitesi (*Maritime Safety Committee, MSC*)” tarafından, otonom gemilerin tanımları, özerklik dereceleri ve çalışma planını içeren bir kapsamın belirlenmesi bakımından bir çerçeve belirlenmiştir⁴⁸. MSC ayrıca, denizde güvenliğe dair (*SOLAS*)⁴⁹, çatışmanın önlenmesi hakkında (*COLREGS*)⁵⁰; yükleme ve stabilite hakkında (*Load Lines*)⁵¹; gemiadamları ve balıkçıların eğitimi hakkında (*STCW, STCW-F*)⁵²; arama kurtarma hakkında (*SAR*)⁵³; tonaj ölçümü hakkında (*Tonnage Convention*)⁵⁴; özel ticari yolcu gemisi enstrümanları hakkında (*SPACE STP, STP*), denizlerin gemiler tarafından kirletilmesinin önlenmesi hakkında (*MARPOL 1973/1978*)⁵⁵, denizde seyir güvenliğine karşı yasa dışı eylemlerin önlenmesi hakkında (*SUA 1988*)⁵⁶ ve denizde kurtarma ve yardım işleri hakkında (*Unification of Certain Rules of Law Relating to Assistance and Salvage at Sea*)⁵⁷ sözleşmeler gibi uluslararası sözleşmelerin, otonom deniz gemileri kapsamında yeniden ele alınmasına karar verilmiştir⁵⁸.

⁴⁸ 99. oturumunda (16-25 Mayıs) bir araya gelen MSC, oturumda kararlaştırılan düzenleyici kapsam alıştırmalarının çerçevesini tayin etmek için, özellikle de metodolojiyi belirlemek ve bir sonraki MSC 100 (3-7 Aralık 2018) oturumuna kadar raporlamak için MASS yazışma grubunun kurulmasını kararlaştırmıştır. Yazışma Grubu, tüm gemilerin denizde insanların kurtarılması için gemiye özgü planların ve prosedürlerin olmasını gerektiren SOLAS III/17-1 düzenlemesi; Gemide taşınacak donanım ve sistemlerin taşıma gereksinimlerine dair SOLAS V/19.2; ve kaptana sağlanacak bilgilerle ilgili Yükleme Sınırı Sözleşmesi 10. kural ile ilgili ilk değerlendirmesini yaparak metodolojiyi test edecektir. IMO takes first steps to address autonomous ships, <http://www.imo.org/en/mediacentre/pressbriefings/pages/08-msc-99-mass-scoping.aspx>, ET: 23.05.2019

⁴⁹ Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesi (International Convention for the Safety of Life at Sea, SOLAS),

⁵⁰ Uluslararası Denizde Çatışmayı Önleme Uluslararası Kuralları Sözleşmesi (*Convention on the International Regulations for Preventing Collisions at Sea, COLREGS*), [http://www.mar.ist.utl.pt/mventura/Projecto-Navios-I/IMO-Conventions%20\(copies\)/COLREGS-1972.pdf](http://www.mar.ist.utl.pt/mventura/Projecto-Navios-I/IMO-Conventions%20(copies)/COLREGS-1972.pdf), ET: 21.07.2019.

⁵¹ 05.04.1966 tarihli Milletlerarası Yükleme Sınırı Sözleşmesi (*International Convention on Load Lines, LL 1966*)

⁵² Gemi Adamlarının Eğitim, Belgelendirme ve Vardiya Standartları Hakkında Uluslararası Sözleşme (The International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers, STCW).

⁵³ Denizde Arama ve Kurtarma Uluslararası Sözleşmesi, 1979 (International Convention on Maritime Search and Rescue, SAR).

⁵⁴ Gemilerin Tonajlarının Ölçümüne Dair 1969 Tarihli Uluslararası Konvansiyon (*International Convention on Tonnage Measurement of Ships, 1969*).

⁵⁵ Denizlerin Gemiler Tarafından Kirletilmesinin Önlenmesine Ait Uluslararası Sözleşme (MARPOL 1973/1978), (International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1973, as modified by the Protocol of 1978 relating thereto (MARPOL 1973/1978), <http://www.mar.ist.utl.pt/mventura/Projecto-Navios-I/IMO-Conventions%20%28copies%29/MARPOL.pdf>, ET: 21.07.2019.

⁵⁶ Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasa Dışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme (*Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation, SUA 1988*), http://oceansbeyondpiracy.org/sites/default/files/SUA_Convention_and_Protocol.pdf, ET: 21.07.2019.

⁵⁷ Denizde Kurtarma ve Yardım İşlerine Müteâir Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkında 23.09.1910 tarihli Brüksel Sözleşmesi (International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Assistance and Salvage at Sea and Protocol of Signature).

⁵⁸ IMO takes first steps to address autonomous ships, <http://www.imo.org/en/mediacentre/pressbriefings/pages/08-msc-99-mass-scoping.aspx>, ET: 23.05.2019

Komite, mevcut uluslararası yasal çerçeveyi incelemek için “İnsansız Gemilerde Uluslararası Çalışma Grubu (*International Working Group, IWG*)”u kurmuştur. Komite, insansız gemilerle ilgili olarak hangi değişiklik ve/veya uyarlamaların ve/veya açıklamaların gerekli olabileceği ve bunlarla ilgili dikkate alınmamış hususların neler olduğuna dair özel nitelikte çalışmalarıyla ilgili⁵⁹ Uluslararası Denizcilik Komitesi (*Comité Maritime International, CMI*)⁶⁰ tarafından sağlanan bilgileri de⁶¹ değerlendirerek, bunlar üzerinde çalışmalar başlatmıştır⁶².

2. İnsansız veya Otonom Gemilerin IMO Tarafından Sınıflandırılması

Belirlenen çerçeve kapsamında otonom gemiler, “*değişken, bir dereceye kadar insan etkileşimlerinden bağımsız olarak çalışabilen bir gemi*” olarak tanımlanmaktadır. Otonom gemiler de kendi aralarında dört gruba ayrılmıştır⁶³. Bunlar:

a) **Otomatikleştirilmiş işlemlere ve karar desteğine sahip gemi:** Bu tip gemiler de kılı sistemler zaten otomatik (*automatic system*) olarak kullanılmaktadır. Gemi sistemlerini ve işlevlerini işletmek ve kontrol etmek için gemiadamları mevcuttur. Yani gemi faaliyetlerini, mürettebatın kontrolünde yürütmektedir. Ancak bir takım kontrol ve işlemler otomatik olarak yapılmakta ve denetlenmektedir⁶⁴.

b) **Gemide gemiadamları mevcut iken uzaktan kontrol edilen gemi:** Gemi karada konuşlu başka bir yerden (*Shore Control Center, SCC*) uzaktan kontrol edilir ve işletilir, ancak gemiadamları gemide mevcuttur.

c) **Gemide gemiadamı bulunmayan uzaktan kumandalı gemi:** Gemi başka bir yerden kontrol edilir ve çalıştırılır. Gemide gemiadamı yoktur. Böylece bir kıyı tabanlı uzaktan kumanda sistemi ile insansız geminin hareketi ve radyo ve uydu iletişimi kullanılarak sinyaller ile bir bilgisayar yardımıyla kontrol edilir. Gemilerin çevresi hakkında, gerçek zamanlı olarak “engel haritasının” oluşturulmasına izin veren bilgiler,

⁵⁹ CMI, İnsansız Gemiler Çalışma Grubu (IWG), CMI Üye Birlikleri arasında bir anket yayınlamıştır. Çalışma Grubu tarafından gerçekleştirilen düzenleyici bir kapsam alıştırmasının bir parçasını oluşturan anketin amacı, *insansız gemilere yönelik, mevcut uluslararası yasal çerçevedeki potansiyel engellerin kısmen veya tamamen niteliğini ve kapsamını belirlemektir.* <https://comitemaritime.org/Uploads/Questionnaires/CMI%20Position%20Paper%20on%20Unmanned%20Ships.pdf>, ET: 19.07.2019.

⁶⁰ Sivil bir toplum örgütü olarak CMI, denizcilik hukukunun bütün yönleriyle birleştirilmesine tüm uygun yollarla katkıda bulunmak amacıyla faaliyette bulunmaktadır. Son 100 yılda farklı uluslararası sözleşmelerin ve düzenlemelerin hazırlanmasında yer almışlardır. Otonom taşımacılığa olan ilginin arttığına farkına varılması ile CMI tarafından bir çalışma grubu oluşturulmuştur. Bu CMI çalışma grubu, insansız gemilerin denize indirileceği zaman, tüm yasal düzenlemelerin yürürlükte olduğundan emin olmayı amaçladır. DEKETELAERE, s. 17.

⁶¹ Submission By Comité Maritime International Working Group On Unmanned Ships (CMI IWG US) <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/CMI-IWG-Submission-to-MS-C-99.pdf>, ET: 18.07.2019.

⁶² DELGADO, s. 497.

⁶³ IMO takes first steps to address autonomous ships, <http://www.imo.org/en/mediacentre/pressbriefings/pages/08-msc-99-mass-scoping.aspx>, ET: 23.05.2019.

⁶⁴ Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO)'nün belirlediği SOLAS kuralları gereği 300 GRT ve daha büyük gemilerde ve tüm yolcu taşıyan ticari gemilerde bulundurulmasını zorunludur. AIS Sistemi VHF Deniz telsiz frekanslarını kullanır. VHF Deniz bandında 87B (161.975MHz) ve 88B (162.025MHz) kanallarından GMSK modülasyonunda yayınlanır. Ses olarak anlaşılmaz, anlaşılması ve işlenmesi için bu standartları destekleyen AIS alıcı (*receiver*), veya alıcı-verici (*transponder*) gerektirir. <http://www.gemitrafik.com/ais.htm>, ET: 18.07.2019.

uzaktan kontrolü sağlayan operatöre HD kameralar, IR Termik Kameralar, geleneksel radarlar, kısa erişim radarları, LIDAR lazer tarayıcılar, mikrofonlar, GPS, AIS ve ECDIS gibi karmaşık bir sensör kombinasyonu ile sağlanır⁶⁵. Kıyı kontrol merkezinde bulunan operatörler tüm verileri yorumlar, komutlarını tekrar gemiye iletir ve gemiyi varış yerine yönlendirir. Bu komutlar daha sonra geminin elektronik sistemi tarafından gerçekleştirilecektir.

d) Tamamen otonom gemi: Otonom gemi, geminin operasyonel kararları bir operatör müdahalesi olmaksızın, yani destek sistemlerinden tamamen bağımsız olarak bizzat kendisinin aldığı yapay zekâ sistemlerince kontrol edilen otomatik gemiyi ifade etmektedir. Bu gemilerde, geminin seyrine dair kararlar tamamen otomatik hale gelmiş ve bilimdeki son bilimsel ve teknolojik gelişmeler sayesinde hiçbir insan etkileşimi gerekmesizin alınabilmektedir. Geminin işletim sistemi karar alabilir ve eylemleri kendi başına belirleyebilir. Gemi, gemideki çeşitli sensörlerden farklı türde veri toplar ve bunları sürekli olarak veriyi işleyebilen ve motorlara, dümenlere ve diğer navigasyon ve kargo bakım ekipmanlarına komutlar gönderebilen, yerleşik ana bilgisayara gönderir. Otonom gemi bakım veya acil durumlarda müdahale etmek için karada bulunan bir izleme veya kumanda merkezine bağlanabilir⁶⁶.

Bu, gemi denize açılmadan yani sefere başlamadan önce programlanır ve daha sonra herhangi bir insan etkileşimi olmadan önceden belirlenmiş bir deniz rotasını takip eder. Gemi, bir derece de çatışmadan kaçınma kabiliyetinin yanı sıra, oldukça gelişmiş yazılım teknolojisi, kontrol algoritmaları ve sonar radarının kullanımı ile kontrol edilir⁶⁷. Şu anda mevcut olan teknoloji sayesinde, tamamen otonom olan gemi, yalnızca açık denizlerde veya deniz trafiği az olan bölgelerde kullanılabilir durumdadır. Zira bu gemiler henüz riskleri bütünüyle tahmin edememekte, çatışmayı önleme rotalarını tam olarak izleyememekte ve karmaşık liman senaryolarında engelleri birbirinden yeterince ayırt edememektedirler⁶⁸. Buna göre otomatik sistemlere sahip olan tüm gemilerde, cihazların işlevselliği tamamen veya kısmen otomatik genel bir konsept olarak akıllı sistemler tarafından ama gemiadamlarının kontrolünde otomatikleştirilirken (Seviye 1 ve 2), uzaktan kontrollü otonom gemilerde özel bir konsept ile gemiler tamamen otomatikleştirilmiş, yani yapay zeka kontrolünde yapılmaktadır (Seviye 3), son kategoride ise tamamen otomatik insansız gemiler, gemide mürettebatı olmadan ve tüm işlemleri kendi tasarlayan bir konsepte sahiptir⁶⁹.

II. ORTAYA ÇIKABİLECEK MUHTEMEL HUKUKİ SORUNLAR

Mevcut hukuki düzenleme sadece gemide, gemiadamı bulunan gemilere ilişkindir ve şu anda mürettebatsız veya otomatik olarak yapay zekâ tarafından kontrol

⁶⁵ DELEGRANGE, Olivia/PELLICER, Jose, Automated maritime navigation by remote control, <https://www.kennedyslaw.com/thought-leadership/article/automaton-and-liability-in-maritime-law>, ET. 02.06.2019.

⁶⁶ DEKETELAERE, s. 2.

⁶⁷ CMI international working group position paper on unmanned ships and the international regulatory framework, <https://comitemaritime.org/work/unmanned-ships/>, s. 1, ET: 17.06.2019.

⁶⁸ DELEGRANGE/PELLICER, Automated maritime navigation by remote control, <https://www.kennedyslaw.com/thought-leadership/article/automaton-and-liability-in-maritime-law>, ET. 02.06.2019.

⁶⁹ Automation and liability in maritime law, <https://www.kennedyslaw.com/thought-leadership/article/automation-and-liability-in-maritime-law>, ET: 17.06.2019

edilen gemiler için bir hüküm bulunmamaktadır. Deniz ticaretinde yapay zekâya sahip gemilerin işletilmesi halinde sayısız sorunlara çözüm bulmak, soruları cevaplamak gerekecektir. Otonom gemilerden etkilenmesi muhtemel her paydaş için belirlenecek en önemli faktör, mevcut herhangi bir sorunu çözüp çözmeyeceği ve rekabet avantajı sağlayıp, sağlamayacağıdır.

Farklı paydaşlar için akla gelebilecek tipik sorular şunlardır: *Otonom gemiler ulusal ve uluslararası ticareti kolaylaştırır mı? İşletme maliyetlerini düşürür mü? Otonom gemiler rekabet ortamını nasıl etkiler? Mürettebatı olmayan bir gemi nasıl bu kadar yüksek beklentilerle karşı karşıya kalabilir? Bu gemilerden kim sorumlu olabilir? Kara personelinin rolü ne olacak ve nihayetinde bu gemilerden gemi sahibi veya chartererlerden kim sorumlu olacak? Çevresel etkiyi azaltacak mı? Çevre kirliliği durumunda sorumluluk kime ait olacaktır, gemi sahibi de sorumlu tutulacak mı? Kaza sonucunda⁷⁰ ortaya çıkan zararlardan sorumluluk kime ait olacaktır? Örneğin sağlam bir algoritma geliştirmemiş olan yazılımcı mı veya zarar tekne sensörlerinin teknik arızasından kaynaklanmışsa, sensörlerin üreticisi mi sorumlu sayılacaktır? Egemenlik kontrolü zorluklarının hafifletilmesine yardımcı olacak mı? Daha iyi güvenlik sağlar mı? Navigasyon kayıtlarının uzaktan doldurulduktan sonra ve denizcilik makamlarına gizli bir veri tabanından gönderilebilir mi? Geminin denize elverişliliği nasıl sağlanacak? Yükün gemiye yüklenmesi, boşaltılması veya teslim edilmesi gibi yükümlülükler gemi sahibinin karada çalışan liman personeline mi devredilecektir? Mürettebatsız gemilerde denizlerde tehlike altındaki kişilere nasıl yardım sağlanabilir? Kaçakların (stowaways) tespiti halinde ne şekilde bildirim yapılabilir? Bu kişilere gerekli bakım, konaklama, tıbbi ve adli yardım ne şekilde sağlanacaktır? Bu soruları yanıtlamaya başlamak için, önemi zincire dahil olan endüstriler ve paydaşlar arasında ve/veya tedarik ağında geçerli olması gereken kilit performans ölçümlerini belirlemek gerekir⁷¹.*

Ortaya çıkabilecek hukuki sorunların gemi tipine ve gemilerde ne derece, yani hangi sınırdaki yapay zekâ işletim sistemi uygulanabileceğine göre farklı olacağı değerlendirilmektedir. Ancak bilinen o ki, otonom gemilerin işletilmeye başlanması ile donatanın, işletenin ve taşıyanın geleneksel sorumluluklarını temelden etkilemesi kaçınılmazdır. Bununla birlikte yapay zekânın deniz ticaretinde yıllar boyu oluşan ve

⁷⁰ İnsansız gemi fikrinin ortaya çıkmasında sebep hiç kuşkusuz ki deniz kazalarındaki yüksek oranda insan faktörünün varlığıdır. IMO kayıtlarına göre, İnsan hatası, ihmali veya kusurunun payı deniz kazalarında %80-

%95 arasında değişmektedir. İnsan hatası; tanker kazalarında %84-88 oranında, römorkörle yedekleme esnasında karaya oturma hasarlarında %79 oranında, çatma ve çarpma kazalarında %89-96 oranında, yangın ve infilak hasarlarında ise %75 oranında ana sebeptir. *Endüstri 4.0, İnsansız Gemiler ve Sigorta Sektörüne Etkileri*, <https://www.sigortaveriskyonetimi.com/insansiz-gemiler-ve-sigorta-sektorune-etkileri/>, ET: 22.5.2019.

⁷¹ DELEGRANGE/JOSE, Automated maritime navigation by remote control, <https://www.kennedyslaw.com/thought-leadership/article/automaton-and-labity-n-martme-law>, ET: 02.06.2019, JANSE VAN RENSBURG, Dirk Johannes, The impact of autonomous ships on the containerised shipping interface of global supply chains- and networks: a literature examination of selected stakeholder perspectives, WMU YL Tezi 2018, s. 4, https://commons.wmu.se/cgi/viewcontent.cgi?article=1658&context=all_dissertations, ET: 25.07.2019, DENÉFLE, Frédéric, Autonomous Vessels-What Are The Legal Implications?, <https://iiumi.com/news/blog/autonomous-vessels--what-are-the-legal-implications>, ET: 02.06.2019.

uluslararası kabul gören klasik sorumluluk ilişkilerini de derinden etkileyecektir. Muhtemel sorumlu tarafların sayısı artacaktır. Gemiye uzaktan kontrol eden operatörler, imalatçılar, tedarikçiler, donanım (*hardware*) veya yazılım (*software*) kurucu, tasarlayıcı ve işleticileri de sorumlu kişiler kapsamında yer alacaktır.

A. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER DÜZENİ

Günümüzde yürürlüğe konulmuş olan uluslararası denizcilik sözleşmeleri (*conventions*) gemilerin, bir gereklilik olarak gemide bulunan mürettebatla, yani gemiadamları tarafından çalıştırıldığını varsaymaktadır. Örneğin; Denizcilik Çalışma Sözleşmesi (*Maritime Labour Convention*) veya Gemiadamları Ve Balıkçıların Eğitimi Hakkında Sözleşme (*STCW*)⁷² ve standart olarak hazırlanan çarter partiler (*charterparties*) tüm bu kapsamda hazırlanmıştır.

Bu sözleşmeler dışında otonom gemilerle ilgili diğer bir zorlu husus, COLREGS uygulanması ile ilgilidir. COLREGS genellikle insan unsuruna atıfta bulunan hükümler içerir⁷³; örneğin “denizcilerin olağan uygulaması (*the ordinary practice of seamen*)” testine, yani belirli bir durumda makul derecede yetkin bir denizcinin ne yapması gerektiğine atıfta bulunur. Otonom gemilerde otomasyon sisteminin, örneğin, bir operatörün teknik bir arıza nedeniyle gemi sensörleri tarafından sağlanan yanlış bilgilerle dayanarak yanlış bir karar vermesi nedeniyle ortaya çıkabilecek kazaları da göz önünde bulundurması gerekecektir. Bu tür durumlar, gemi sahibi, işleten, operatör, üretici veya yazılım geliştirici arasındaki sorumluluğun paylaşılması ile ilgili daha fazla sorunun ortaya çıkacağını göstermektedir. İnsansız gemilerin ticari bir düzeye ulaşması, gereken altyapıya ve becerilere sahip olması için yatırım yapmadan, yani otonom gemiler denizlerde ve okyanuslarda serbestçe dolaşmaya başlamadan önce denizcilik endüstrisi özellikle siber sorumluluk ve çatışma düzenlemeleri konusunda yasal düzenleme yapmak ve mevcut hükümlere açıklık getirmek zorundadır⁷⁴.

Ayrıca, mürettebatı olmayan otonom gemilerden, denizlerde tehlike altındaki insanlara yardım sağlaması başta olmak üzere, kaçak yolcuların (*stowaways*) tespit edilmesi halinde gerekli eylem ve tavsiyelerde bulunulması, onlara bakım, konaklama veya tıbbi ve adli yardım sağlanması gibi ihtiyaç duyulan temel mevcut gereksinimleri karşılaması beklenmeyecektir⁷⁵.

Şimdilik hukuki sorunlara dair verilecek cevaplar çok net değildir ve uluslararası çözümler uygulanmadan önce yapılması gereken çok iş bulunmaktadır. Bunlara çözüm

⁷² STCW m. 3: “Bu sözleşme denizlerde sefer yapan gemilerde çalışan gemiadamlarına uygulanacaktır...”.

⁷³ COLREGS Kural 2/(a): “Bu Tüzüğün Kurallarındaki hükümlerden hiçbirini, herhangi bir tekneyi veya sahibini, Kaptanını veya gemi adamlarını, bu Kurallara uyma veya gemicilerin olağan görevlerinin veya [içinde bulunulan] özel durum ve koşulların gerektirdiği herhangi bir önlemin alınması konularındaki savsaklamalarının sonuçlarından kurtarmaz (ayrıcalıklı tutamaz).”, Kural 5: “Her tekne, içinde bulunulan durum ve koşullarda, durumun (yapılmakta olan seyirin veya manevranın) ve [olası bir] çatışma tehlikesinin tam anlamıyla değerlendirilebilmesini sağlamak üzere, eldeki tüm uygun [donanım ve] araçları da [kullanarak], her zaman tam [ve uygun] bir görme ve işitme gözcülüğü de yapacaktır.”

⁷⁴ Autonomous Navigation. Challenges and opportunities on board Masterless vessels, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b76e6954-040a-4214-a86a-0844d14be1b3>, ET. 16.06.2019.

⁷⁵ Automation and liability in maritime law, <https://www.kennedyslaw.com/thought-leadership/article/automation-and-liability-in-maritime-law>, ET: 17.06.2019.

bulmak adına Malta Denizcilik Birliği'nin aktif bir üyesi olan CMI, 2015 yılında otonom gemiler üzerinde çalışmak için Uluslararası Çalışma Grubu (*International Working Group, IWG*) kurmuştur. IWG'nin amacı otonom gemilerle ilgili yasal meseleleri tespit etmek, uluslararası düzenlemelerin otonom gemilere nasıl adapte edebileceğini analiz etmek ve ilgili bu meselelere uluslararası yasal bir bakış açısı sağlamaktır. CMI, Haziran 2017'de, MSC 98'e sunulmak üzere bir rapor hazırlamıştır. Ayrıca, IWG'nin çalışmalarına devam etmesi ve MSC 99'a rapor vermeye devam etmesine karar verilmiştir. Ocak 2018'de ise başta Kanada olmak üzere bir dizi başka ülke Denizcilik Atonom Yüzey Gemileri'ne (*Maritime Autonomous Surface Ships, MASS*) ilişkin olarak uluslararası sözleşmelerin düzenleyici bir kapsamda gerçekleştirilmesi gerektiğini önermiştir. Bu teklif CMI tarafından da desteklenmektedir⁷⁶.

Uluslararası düzenlemeler konusunda, üç ana düzenleme türünün ayırt edilmesi kabul gerektiği belirtilmektedir. Bunlardan **birinci tür kurallar**, devletlerin gemilerle ilgili önlem alma hak ve yükümlülüklerini düzenleyen yargı kurallarıdır. Esas olarak bu kurallardan Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi 1982, (BMDHS) (*United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, UNCLOS*) üçüncü bölümde ele alınmış olan uluslararası devletler hukukuna dair kurallardır.

İkinci tür kurallar, güvenlik, çevre, eğitim ve gözetleme standartları vb. gibi konularla ilgili olarak BMDHS'nin dördüncü bölümünde de ele alınan teknik kurallardır. Bu kurallar genellikle IMO, UNCITRAL⁷⁷ ve UNCTAD⁷⁸ gibi uzman kurumlar tarafından kabul edilmektedir. Bu sözleşmelerin başlıcaları: *SOLAS*⁷⁹; *MARPOL 1973/1978*; *COLREGS*; *STCW*; Uluslararası Deniz Trafikinin Kolaylaştırılması Sözleşmesi (*Facilitation of Maritime Traffic Convention, FAL*); *SAR*; *SUA*'dır.

Üçüncü tür kurallar ise, gemi sahipleri ve işletenlerin yük zıya ve hasarları, çatma ve kirlenme zararları gibi konulardaki hukuki sorumluluğu ve kendilerine yöneltilen bu tür taleplerle ilgili nasıl uygulama yapılabileceği gibi hususları uyumlu hale getirmek için özel hukuk alanında bir dizi uluslararası kural oluşturulmuştur. Bu kurallar, 3. ve 4. bölümlerde tartışılan kamu hukuku sözleşmeleri kadar eksiksiz veya yaygın olarak onaylanmamıştır ve bu nedenle daha büyük ulusal değişikliklere tabi tutulmuşlardır. Örneğin 1989 Denizde Kurtarma Hakkında Uluslararası Sözleşme *The International Convention on Salvage* gibi.

⁷⁶ CMI-IWG-Submission-to-MSC-99, <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/CMI-IWG-Submission-to-MSC-99.pdf>, ET: 18.06.2019.

⁷⁷ Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL).

⁷⁸ Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı (United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD).

⁷⁹ Bölüm V, Kural 14: Hükümetler, denizdeki can güvenliği açısından, tüm gemilerin yeterli ve verimli bir şekilde yönetilmesini ve asgari güvenli bir yönetim belgesi hazırlamasını sağlar., Bölüm V, Kural 24: Tehlikeli durumlarda, derhal dümenin manuel olarak kontrol edilmesini sağlamak mümkün olmalı ve geminin seferini izlemekle görevli zabıt dümen sahibinin hizmetlerini gecikmeden yerine getirmek için donanımlı bir dümen personeli hazır bulundurulmalıdır., Bölüm V, Kural 33: Kaptan, eğer böyle bir durumda ise, denizde tehlike altındaki kişilere tüm hızıyla yardım etmekle yükümlüdür.

B. ULUSLARASI SÖZLEŞMELERE GÖRE GEMİ TANIMI

Uluslararası deniz hukukunda insansız gemilerin ve özellikle otonom gemilerin, gemi olup olmadığı sorusu gündeme gelmiştir. Uluslararası denizcilik sözleşmelerinde gemi veya gemi terimlerinin tek tip tanımı yoktur⁸⁰. Uluslararası Sözleşmelerin çoğu, “gemi (*ship*)” veya “deniz aracı (*vessel*)” terimini açıkça tanımlamamıştır. Örneğin en önemli denizcilik Sözleşmesi olan 1982 BMDHS çeşitli maddelerde 250'den fazla kullanılmış olmasına rağmen, gemi ve deniz aracı terimleri tanımlanmamıştır. BMDHS, bu iki kelimeyi de aynı anlamda kullanmıştır⁸¹. Aynı şekilde önemli bir sözleşme olan COLREGS gemiyi tanımlamamıştır⁸².

Gemiye basit bir şekilde odaklanan ve gemiye ilişkin herhangi bir tanım yapmamış olan, çok sayıda uluslararası özel deniz hukuku sözleşmeleri de vardır⁸³. Bunlar arasında, örneğin, Denizde Çatmaya Mütedair Dair Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında 23.09.1910 tarihli Brüksel Sözleşmesi (*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law with respect to Collision Between Vessels, 1910*)⁸⁴, Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlanması Hakkında Milletlerarası Sözleşme (1976 Londra Konvansiyonu) (*Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims - LLMC 1976*)⁸⁵, Gemilerin İhtiyatî Hazine İlişkin Milletlerarası Sözleşme, 12 Mart 1999 Tarihli (*International Convention on Arrest of Ships*)⁸⁶, Gemiler Üzerindeki İmtiyazlar ve İpotekler Hakkında Milletlerarası Sözleşme (*International Convention on Maritime Liens and Mortgages, Geneva, 1926/1993*)⁸⁷.

Diğer Uluslararası Sözleşmelerden bazılarındaki gemi ve/yeya deniz aracı tanımı incelendiğinde⁸⁸:

MARPOL: 2/4'e göre: "Gemi", deniz ortamında faaliyet gösteren herhangi bir tipte bir gemi anlamına gelir ve hidrofool tekneler, hava yastıklı araçlar, dalgıç gemiler, yüzer tekne ve sabit veya yüzer platformlar içerir⁸⁹.

Atık ve Diğer Maddelerin Boşaltılmasıyla Deniz Kirliliğinin Önlenmesi Sözleşmesi (*Convention On The Prevention of Marine Pollution By Dumping of Wastes And Other Matter 1972, LC*) m. III/2: "Gemiler ve uçaklar" her ne olursa olsun sudan

⁸⁰ Maritime Law In The Wake of The Unmanned Vessel, https://svw.no/contentassets/f424f309bd304e99b39f11355e98571f/svw_maritime-law-in-the-wake-of-the-unmanned-vessel.pdf, ET: 02.06.2019.

⁸¹ https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf, ET: 21.07.2019.

⁸² DELGADO, s. 498.

⁸³ DELGADO, s. 501.

⁸⁴ <http://www.admiraltylawguide.com/conven/collisions1910.html>, ET: 22.07.2019.

⁸⁵ <http://denizmevzuat.udhb.gov.tr/dosyam/LLMC%2076%20Eng.doc>, ET: 22.07.2019, Sözleşmede gemi değil ama gemisahibi tanımlanmıştır.

⁸⁶ https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XII-8&chapter=12&clang=en, ET: 22.07.2019.

⁸⁷ https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/aconf162d7_en.pdf, ET: 22.7.2019.

⁸⁸ DELGADO, s. 500.

⁸⁹ MARPOL Art. 2/4: "Ship" means a vessel of any type whatsoever operating in the marine environment and includes hydrofoil boats, air-cushion vehicles, submersibles, floating craft and fixed or floating platforms. <http://www.mar.ist.utl.pt/mventura/Projecto-Navios-I/IMO-Conventions%20%28copies%29/MARPOL.pdf>, ET: 21.07.2019.

veya havadan uçan gemiler anlamına gelir. Bu ifade, kendinden hareketli olsun veya olmasın, hava yastıklı gemiler ve yüzer gemiler içerir⁹⁰.

Gemilerin Tescil Şartları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (*United Nations Convention on Conditions for Registration of Ships, 1986, CCRS*) m. 2/f. 2: "Gemi", uluslararası deniz ticaretinde kullanılan, malların, yolcuların ya da her ikisinin birden fazla kayıtlı 500 tonu altındaki gemiler hariç, deniz taşımacılığında kullanılan deniz araçları anlamına gelir⁹¹.

Enkaz Kaldırmaya İlişkin Uluslararası Nairobi Sözleşmesi, 2007 (*The Nairobi International Convention on the Removal of Wrecks, 2007, WRECKREMOVAL*) m. 1/2: "Gemi", herhangi bir türden bir deniz aracı anlamına gelir ve deniz dibi maden kaynaklarının araştırılması, işletilmesi veya kullanılmasıyla ilgili yerlerin bulunduğu yerler hariç olmak üzere, hidroforlu botlar, hava yastıklı araçlar, su altı araçları, yüzer tekne ve yüzer platformlardan oluşmaktadır⁹².

Acık Denizde Petrol Kirliliği Kazalarına Müdahale Edilmesi Hakkında Uluslararası Sözleşme, 1969, (*International Convention Relating To Intervention on The High Seas In Cases of Oil Pollution Casualties 1969, INTERVENTION*), m. II/2: "Gemi": (a) Herhangi bir türde herhangi bir denizde yüzen gemi, ve (b) kurulum hariç herhangi bir yüzer tekne, deniz dibi ve okyanus tabanı ve bunların toprak altı kaynaklarının araştırılması ve kullanılmasıyla ilgili cihaz, anlamına gelir⁹³.

Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasa Dışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme (*Convention For The Suppression of Unlawful Acts of Violence Against The Safety of Maritime Navigation 2005, SUA*) m. 1: Bu Sözleşmenin amaçları doğrultusunda, "gemi", dinamik olarak desteklenen gemiler, dalgıç gemiler veya diğer yüzen gemiler de dahil olmak üzere, deniz yatağına kalıcı olarak bağlı olmayan herhangi bir türde gemi anlamına gelir⁹⁴.

⁹⁰ LC Art. III/2: "Vessels and aircraft" means waterborne or airborne craft of any type whatsoever. This expression includes air cushioned craft and floating craft, whether self-propelled or not. <http://www.imo.org/en/OurWork/Environment/LCLP/Documents/LC1972.pdf>, ET: 21.07.2019.

⁹¹ CCRS Art. 2/f. 2: For the purpose of this Convention "Ship" means any self-propelled sea-going vessel used in international seaborne trade for the transport of goods, passengers, or both with the exception of vessels of less than 500 gross registered ton. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/tdrsconf23_en.pdf, ET: 21.07.2019.

⁹² WRECKREMOVAL Art. 1/2: "Ship" means a seagoing vessel of any type whatsoever and includes hydrofoil boats, air-cushion vehicles, submersibles, floating craft and floating platforms, except when such platforms are on location engaged in the exploration, exploitation or production of seabed mineral resources. http://www.ubak.gov.tr/BLSM_WIYS/DTGM/tr/documan/20140718_160807_64032_1_64480.pdf, ET: 21.07.2019.

⁹³ Art. II.2: "Ship" means: (a) any sea-going vessel of any type whatsoever, and (b) any floating craft, with the exception of an installation or device engaged in the exploration and exploitation of the resources of the sea-bed and the ocean floor and the subsoil thereof. <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/formidable/18/1969-International-Convention-relating-to-Intervention-on-the-High-Seas-in-Cases-of-Oil-Pollution-Casualties-1.pdf>, ET: 21.07.2019.

⁹⁴ SUA Art. 1: For the purposes of this Convention, "ship" means a vessel of any type whatsoever not permanently attached to the sea-bed, including dynamically supported craft, submersibles, or any other floating craft., http://oceansbeyondpiracy.org/sites/default/files/SUA_Convention_and_Protocol.pdf, ET: 21.07.2019.

Gemi Yakıtlarından Kaynaklanan Petrol Kirliliği Zararının Hukuki Sorumluluğu Hakkında Uluslararası Sözleşme 2001 (*International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage 2001, BUNKERS*) m. 1/1: “Gemi”, herhangi bir türde, denizde çalışan herhangi bir gemiyi ve deniz gemisini ifade eder⁹⁵.

Denizde Kurtarma ve Yardım İşlerine Mütedair Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkında 23.09.1910 tarihli Brüksel Sözleşmesi (*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Assistance and Salvage at Sea and Protocol of Signature, SALVAGE 89*)⁹⁶ m. 1/b Gemi, herhangi bir gemi veya deniz teknesi veya navigasyon yapabilen herhangi bir yapı anlamına gelir.

1969 Tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşmede Değişikliğe Dair 1992 tarihli Protokol (HSS 1992), (*Protocol of 1992 to Amend The International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1969*) (CLC 1992) m. I/1: “Gemi”, sözcüğü, dökme halde petrol türevlerini (hidrokarbür) taşımak üzere yapılmış, ya da bu amaçla tadil edilmiş deniz gemisi ile her türlü deniz aracını anlatır; ancak başka yüklerle petrol türevleri (hidrokarbür) taşıyabilecek nitelikteki gemilerde, petrol türevleri taşıdıkları zamanda ve böyle bir gemi dökme petrol türevinden arındırıldığı kanıtlanmış olmadıkça petrol türevi taşıma seferini izleyen seferleri sırasında bu konvansiyona göre gemi kabul edilecektir⁹⁷.

Tehlikeli ve Zararlı Maddelerin Deniz Yolu ile Taşınmasıyla İlgili Zarar için Sorumluluk ve Tazminat Hakkındaki Uluslararası Sözleşme (HNS 1996) (*International Convention on Liability and Compensation for Damage in Connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea, 1996, HNS*)⁹⁸ m. 1/1: “Gemi”, ne tür olursa olsun, herhangi bir deniz aracı ve gemisini ifade eder.

Yukardaki sözleşmelerde gemi, bazen de gemi ve/veya deniz aracının birlikte benzer bir şekilde tanımlandığı görülecektir. Ancak yapılan bu tanımlarda ortak olan husus, tanımlarda bu gemilerin insansız çalışacağı yönünde aksi ve kesin bir kanaat olmadığından insan ya da bir diğer ifadeyle gemiadamı ifadesine yer verilmemiş olmasıdır⁹⁹.

Çoğunlukla kullanılan tanımlar insansız gemileri de kapsamaktadır. Ancak otonom gemi çeşitli sözleşmeler kapsamında olsa bile, uluslararası sözleşmelerin

⁹⁵ BUNKERS Art. 1/1: “Ship” means any seagoing vessel and seaborne craft, of any type whatsoever. <http://denizmevzuat.udhb.gov.tr/dosyam/BUNKERS%202001%20Eng.doc>, ET: 21.07.2019.

⁹⁶ SALVAGE 89 Art. 1/b: Vessel means any ship or craft, or any structure capable of navigation. <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/Travaux-Preparatoires-of-the-Convention-on-Salvage-1989.pdf>, ET: 21.07.2019.

⁹⁷ CLC 92 Art. I/1: “Ship” means any sea-going vessel and seaborne craft of any type whatsoever constructed or adapted for the carriage of oil in bulk as cargo, provided that a ship capable of carrying oil and other cargoes shall be regarded as a ship only when it is actually carrying oil in bulk as cargo and during any voyage following such carriage unless it is proved that it has no residues of such carriage of oil in bulk aboard. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/07/20010724.htm#1>, ET: 21.07.2019.

⁹⁸ HNS Art. 1/1: “Ship” means any seagoing vessel and seaborne craft, of any type whatsoever. <http://www.imo.org/en/OurWork/Legal/HNS/Documents/HNS%20Consolidated%20text.pdf>, ET: 21.07.2019

⁹⁹ SÖZER’e göre, yapısı ve kullanım amacı bakımından ve/veya tabii tutulabileceği hükümlere göre (örneğin, hovercraft’ın gemi niteliği tartışmalı olduğu gibi) gemi olarak nitelendirilmesi mümkün olduğu sürece mürettebatsız gemiler de gemi sayılır. SÖZER, s. 66.

çoğunun insansız gemiler dikkate alınmadan hazırlandığı ve sonuç olarak çeşitli gereklilikler ve mürettebat içerdiği ve uzaktan işletilenler ile tümüyle otonom olan tüm gemileri kapsadığı gerçektir. Özellikle gemi üzerindeki kontrol hattına gibi farklı insansız gemi kategorileri düzenleyici bir bakış açısıyla farklı zorluklar doğurmaktadır. Bu nedenle, yasal çerçevenin, geminin nasıl kontrol edildiğinden ve işletildiğinden bağımsız olarak, çeşitli düzenlemelerin amaçlarının korunmasını sağlamak için esnek olması gerekmektedir¹⁰⁰.

III. DENİZ TİCARETİ HUKUKU SORUMLULUK DÜZENİ

A. DONATANIN SORUMLULUĞU

1. Haksız Fiilden Sorumluluğu

Gerçek kişi olan donatanın haksız fiil sorumluluğu genel hükümlere tabi olup, Türk Borçlar Kanunu 49. madde hükmü uygulanır. Buna göre kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

2. Gemiadamlarının Kusurlarından Sorumluluğu

Donatan gemi adamlarının, zorunlu danışman kılavuzun veya isteğe bağlı kılavuzun görevlerini yerine getirirken işledikleri kusur sonucunda üçüncü kişilere verdiği zararlardan sorumludur. Ancak, donatan, kendi gemisindeki yolculara ve yükle ilgili kişilere karşı, taşıyanın gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre sorumlu olur (TTK m. 1062). Donatanın bu sorumluluğu, müstakil (asli) bir sorumluluk değil, başka birinin gerçekleşen sorumluluğuna katılma (mülhak) şeklinde sorumluluktur¹⁰¹.

3. Deniz Kirliliğinden Sorumluluğu

Donatanın (gemi sahibinin) deniz kirliliğinden dolayı hukuki sorumluluğu milli mevzuatımızda, Çevre Kanunu başta olmak üzere, TTK ve Deniz Çevresinin Petrol Ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale Ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun ile tarafı olduğumuz çok sayıda uluslararası sözleşme ile düzenlenmiştir¹⁰². Uluslararası sözleşmeler yer alan gemilerin sebep olduğu deniz kirliliğinden doğacak zararların tazmini hususunda HSS ve Fon 1992¹⁰³ Sözleşmelerinin hükümlerinde otonom gemilerle ilgili önemli bir değişiklik olmayacağı görülmektedir. Otonom gemilerin kullanımı, bir petrol tankeri sahibinin katı ancak sınırlı sorumluluk ve sigorta görevi ile ilgili hükümlerde hiçbir şey değişmeyecektir. Yine kirlenme zararlarının ödenmesiyle ilgili tazminat talepleri, gemi sahibine karşı yöneltebilecek ve gemi sahibinin geminin denetiminde kullanılan kıyı personeli bundan etkilenmeyecektir. Ancak, otonom gemilerde, yakıt olarak petrol yerine, yeni nesil elektrik enerjisi kullanılması planlanmaktadır. Bunun gerçekleşmesi halinde, otonom

¹⁰⁰ Maritime Law In The Wake of The Unmanned Vessel, https://svw.no/contentassets/f424f309bd304e99b39f11355e98571f/svw_maritime-law-in-the-wake-of-the-unmanned-vessel.pdf, ET: 02.06.2019.

¹⁰¹ ÇAĞA, Tahir/ KENDER, Rayegan, *Deniz Ticaret Hukuku I*, s. 147.

¹⁰² Geniş bilgi için bkz. KUYUCU MERİÇ, Gülfer, *Donatanın Petrol Kirliliğinden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması*, İstanbul 2017, KARA, Hacı, *Uluslararası Sözleşmeler Ve Türk Hukuku'na Göre Gemilerin Sebep Olduğu Deniz Kirliliği Zararlarından Hukuki Sorumluluk*, İstanbul 2004.

¹⁰³ Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir uluslararası Fonun Kurulması İle İlgili Uluslararası Sözleşme (FON 1992) (International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, FUND 1992).

gemilerle yapılan yük taşımacılığında deniz kirliliği tehlikesi ile daha az karşı karşıya kalınacak, petrolün yol açtığı kirlilikle ilgili zararların önlenmesi ve tazminine dair uluslararası kuralların çoğu önemini kaybedecektir.¹⁰⁴

4. Çatmadan Sorumluluğu

Denizde Çatmaya Mütedair Dair Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında 23.09.1910 tarihli Brüksel Sözleşmesi (*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law with respect to Collision Between Vessels, 1910*)¹⁰⁵, çarpışmanın nedeni olsalar bile gemiadamlarının hatalarını değil, gemilerin (esas 3 ve 4) hatalarını esas alarak çatmadan doğan yükümlülüğü düzenler. İnsansız gemilerin kullanılması, bir geminin çarpışma nedeni olarak insan hatalarını azaltsa da, bu tür kazaların yakın gelecekte de devam etmesi kaçınılmazdır. Denizde çarpışmalardan dolayı üçüncü tarafların neden olduğu sorumluluk kuralları, özellikle COLREGS'in çarpışmaların önlenmesine ilişkin kuralları, insansız araçların kullanılacak olmasından dolayı etkilenmiş gibi görünmemektedir.

1910 tarihli Sözleşmede bir gemi tanımı bulunmamasına rağmen, uygulanmasını etkileyebilecek belirli kurallar vardır. Denizde gemiler arasında bir çatma olursa, gemilere veya gemideki herhangi bir şeye veya şahıslara verilen zararlardan kaynaklanan tazminatlardan sorumluluk hükümleri uygulanacaktır. Otonom da olsa çatmadan sorumlu olan konu “gemi”nin kendisidir. Geminin çarpışmasına sahildeki bir operatör neden olmuşsa, kanıtlanmış hataya dayanarak mevcut sorumluluk konusunda hiçbir şey değişmeyecektir. İnsansız bir geminin kıyıya dayalı bir operatörünün hatasından kaynaklanan eylemlerden gemi sahibi sorumlu tutulacaktır. Bununla birlikte, otonom gemilerde mürettebat (yardımcı mürettebata sahip olacak yolcu gemilerinin durumu hariç) bulunmaması nedeniyle, gemiadamları ve üçüncü şahısların yaralanma ve ölümünden kaynaklanan zararlardan sorumluluğu düzenleyen 4 ve 8. maddesi gibi Sözleşmenin bazı hükümleri uygulanamayabilecektir.¹⁰⁶

5. Kurtarmadan Sorumluluğu

1989 tarihli Kurtarma Sözleşmesi 6/2. maddeye göre kaptan eminin sahibi adına kurtarma sözleşmelerini imzalama yetkisine sahip olacaktır. Aynı şekilde TTK m. 1300/1 gereğince kaptan, aracın kurtarılması için malik adına kurtarma sözleşmesi yapmaya yetkilidir. Otonom gemilerle birlikte kaptana verilmiş bu yetkinin önemi kalmayacaktır. Aynı şekilde Sözleşmenin 6/2. maddesi ikinci cümlesine göre, kaptan veya gemi sahibi Master veya gemi sahibi, gemideki eşyanın sahibi adına bu tür sözleşmeleri yapma yetkisine sahip olacaktır. Sözleşmeden alınan TTK m. 1300/2'ye göre de aracın maliki ve kaptanı, araçta bulunan şeylerin malikleri adına kurtarma sözleşmesi yapmaya yetkilidir. Bu yetkinin kapsamına, yetkili mahkemeyi veya tahkimi kararlaştırmak da girer. Sözleşmenin 10/1. maddesine (TK m. 1317/1) göre de her kaptan, aracını ve araçta bulunan kişileri, ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya bırakmadan, denizde kaybolma tehlikesi altında bulunan her insana yardım etmek zorundadır. Taraf Devletler, 1. paragrafta belirtilen yükümlülüğü uygulamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler. Sözleşme m. 15/2'ye göre de gemi sahibi, kaptan ve her bir

¹⁰⁴ DELGADO, s. 515.

¹⁰⁵ <http://www.admiraltylawguide.com/conven/collisions1910.html>, ET: 24.07.2019.

¹⁰⁶ DELGADO, s. 512.

kurtarma gemisinin hizmetindeki diğer kişiler arasındaki payı, o geminin bayrak devletinin yasalarına göre belirlerler. Otonom gemilerde bu ve buna benzer hükümlerin uygulanma imkânı kalmayacağından gerek uluslararası sözleşmenin gerekse bu sözleşmelerdeki benzer hükümler içeren milli kanunların gözden geçirilmesi gerekecektir.

6. Müşterek Avaryadan Sorumluluğu

Ortak bir deniz sergüzeştine atılmış olan gemiyi, yükü, diğer eşyayı ve navlunu birlikte tehdit eden bir tehlikeden onları korumak amacıyla ve makul bir hareket tarzı oluşturacak şekilde, bile bile olağanüstü bir fedakârlık yapılması veya olağanüstü bir gidere katlanılması hâlinde “müşterek avarya hareketi” var sayılır ve bu hareketin doğrudan doğruya sonucu olan zarar ve giderler müşterek avarya olarak kabul edilir. Müşterek avaryadan sayılacak bir giderin yapılmaması için göze alınan her fazla gider de, başka ilgililer bu fazla giderlerden faydalansalar bile, önlenmiş olan giderin tutarına kadar, müşterek avarya garamesine girer. Müşterek avarya garamesine giren zarar ve giderler gemi, yük, navlun ve diğer eşya arasında bu Bölüm hükümlerine göre paylaşılır.

Taraflarca kararlaştırılmış olan Milletlerarası Denizcilik Komitesi tarafından hazırlanan York-Anvers kuralları uygulanır¹⁰⁷. Otonom gemilerde yükün uzaktan kontrol edilip edilemeyeceğine göre değişik sonuçlar ortaya çıkabilir. Ama genel olarak özellikle uzaktan kontrol edilen gemilerle ilgili müşterek avarya ortaya çıkması mümkündür.

B. TAŞIYANIN SORUMLULUĞU

Otonom gemilerin kullanılması, sözleşmenin veya sözleşmeden doğan sorumlulukların ortadan kalktığı anlamına gelmez. Hiç kimsenin dümeni tutmaması, joystick'in bir masaüstü bilgisayar tarafından kullanılması ve geminin kıyıda bulunan, karada bir izleme odasından gemiyi kontrol eden bir operatörün olması sorumluluk açısından yasal sonuçların ortadan kalktığı anlamına gelmez. Bu nedenle, özellikle kamu hukuku alanında bile olsa daha fazla gerekli olsa bile otonom gemilerde sözleşmelerle ilgili yasal sonuçların dikkate alınması gerekir¹⁰⁸.

1. Denize, Yola ve Yüke Elverişlilikten Sorumluluğu

Taşıyanın sorumlu olduğu hallerden ilki başlangıçta gemiyi denize, yola ve yüke elverişli bulundurmaktan sorumluluktur. Taşıyan, yolculuk için geminin denize elverişliliğini sağlamak zorundadır. Başka bir deyişle, taşıyan, planlanan yolculuğun öngörülebilir koşullarını, aşamalarını ve mahiyetini göz önünde bulundurarak, yükün gemiye alınmasından, varma yerine kadar güvenli bir şekilde taşınmasını sağlamak için, geminin denize elverişli bir durumda olmasını sağlamalıdır. Her türlü navlun sözleşmesinde taşıyan, geminin denize, yola ve yüke elverişli bir hâlde bulunmasını sağlamakla yükümlüdür (TTK m. 932). Bu asli bir yükümlülüktür.

¹⁰⁷ TTK m. 1273: Taraflarca başka bir husus kararlaştırılmamış olduğu takdirde, müşterek avarya garamesi, Milletlerarası Denizcilik Komitesi tarafından hazırlanarak, bu madde hükmüne göre Türkçe'ye çevrilip yayımlanmış olan en son tarihli York-Anvers Kurallarına tabidir.

¹⁰⁸ DELGADO, s. 509.

Denize elverişlilik terimi yalnızca geminin fiziksel durumunu içermez, aynı zamanda diğer faktörleri de kapsar. Lahaye-Visby 3/1. madde gereğince, “*Taşıyan seferden evvel bu seferin başlangıcında: a. gemiyi seyrüsefere müsait bir hale getirmeye; b. gemiyi lazım geldiği şekilde donatmak, teçhiz etmek ve kumanya tedarik etmeye, c. geminin ambarlarını ve soğuk hava tertibatı mahallerini ve malların tesellüm, nakil ve muhafaza edilmek üzere yerleştirilmiş olduğu bütün diğer kısımlarını elverişli ve iyi vaziyete getirmek için makul bir gayret göstermeye mecburdur*”. Buna göre taşıyan, gemi yolculuğa çıkmadan önce ve yolculuğun başlangıcında gemiyi denize elverişli halde bulundurmaya zorundadır¹⁰⁹.

Gövde, genel donatım, makine, kazan gibi esas kısımları bakımından, yolculuğun yapılacağı sudan ileri gelen (tamamıyla anormal tehlikeler hariç) tehlikelere karşı koyabilecek bir gemi denize elverişlidir (*seaworthy*). Denize elverişli olan gemi, teşkilatı, yükleme durumu, yakıtı, kumanyası, gemi adamlarının yeterliği ve sayısı bakımından, (tamamıyla anormal tehlikeler hariç) yapacağı yolculuğun tehlikelerine karşı koyabilmek için gerekli niteliklere sahip bulunduğu takdirde yola elverişli (*roadworthiness*) sayılır¹¹⁰. Ayrıca, soğutma tesisatı da dâhil olmak üzere, eşya taşımada kullanılan kısımları eşyanın kabulüne, taşınmasına ve muhafazasına elverişli olan bir gemi yüke elverişli (*cargoworthy*) kabul edilir (TTK m. 932).

Taşıyan, yükle ilgili olanlara karşı geminin denize, yola veya yüke elverişli olmamasından doğan zararlardan sorumludur; meğerki tedbirli bir taşıyanın harcamakla yükümlü olduğu dikkat ve özeni gösterilmekle beraber, eksikliği yolculuğun başlangıcına kadar keşfe imkân bulunmamış olsun (TTK m. 1141). Taşıyanın bu sorumluluğunun niteliği, ağırlaştırılmış kusur sorumluluğudur.

Gemiyi denize, yola ve yüke elverişli halde bulundurma yükümlülüğü, hangi sebeple ortaya çıkmış olursa olsun, tedbirli bir taşıyanın göstermekle yükümlü olduğu özen gösterilse idi tespit edilebilecek bir eksikliğin tespit edilememiş veya tespit edilmiş olmakla beraber bu eksikliğin giderilmemiş olması gerekir. Sorumluluğa dair süre, yüklemenin başlangıcından, yolculuğun başlangıcına kadar taşınmak üzere teslim alınan her eşya için farklıdır.

Geminin yola yetersiz yakıtla çıkması yola elverişsizlik durumlarından biridir. Geminin ilk limandan ayrılırken yolculuk sırasında uğrayacağı ve yakıt ikmali yapabileceği bir ara limana varmasına yetecek yakıtı yoksa elverişsizlik mevcuttur. Böyle bir hâlde yakıt ikmali için rotada yer almayan bir limana uğramak zorunda kalınması ve gecikilmesi nedeniyle bir zarar meydana gelirse taşıyan bundan sorumlu olur. Ancak, gemi ara limandan ayrılırken yolculuğun kalan kısmı için yeterli yakıt almamışsa, bu daha önce yüklenen yükler bakımından başlangıçtaki bir elverişsizlik teşkil etmez. Geminin yetersiz balastla yola çıkması ya da Uluslararası Güvenli

¹⁰⁹ DELGADO, s. 506.

¹¹⁰ Alman hukukunda denize elverişlilik kavramı önceleri sadece geminin teknesine ilişkin elverişliliği ifade etmekteydi. Denizcilikteki teknik ilerlemelerin etkisiyle bun içeriği zamanla genişlemiş; İngiliz hukukundakine benzer şekilde yola elverişlilik kavramını da kapsar hale gelmiştir. Zira yola elverişli olmayan bir gemi, yolculuğun emniyetle gerçekleştirilmesini, en az teknesi itibarıyla elverişsiz bir gemi kadar tehlikeye atmaktadır. Doktrin ve mahkeme kararlarıyla gerçekleşen bu gelişme daha sonra kanun metinlerine de yansımıştır. YETİŞ ŞAMLI, Kübra, Lahey-Lahey/Visby, Hamburg Ve Rotterdam Kuralları’nda Sefere Elverişlilik, İÜHFM 2013, C. LXXI, S. 2, s. 480.

Yönetim Kodu (*International Safety Management -ISM Code*) uyarınca zorunlu olan Güvenli Yönetim Sistemi'nin (*Safety Management System - SMS*) oluşturulmaması yahut gerekli deniz haritalarının gemide bulunmaması da geminin yola elverişsizliğine neden olabilir. Hatalı istif ise genellikle ticari kusur teşkil eder ve taşıyan bundan ileri gelen zararlardan yüke özen borcunun ihlali nedeniyle sorumlu tutulur. Eğer istif geminin güvenliğini tehlikeye sokuyorsa, örneğin istif hatası geminin dengesinin bozulmasına yol açmışsa bu takdirde geminin yola elverişsiz olduğunun kabulü gerekir; buna karşılık yalnızca yükün güvenliğini tehlikeye, örneğin hafif yükün üzerine ağır yük istiflendiği için altta kalan yük zayi olmuşsa elverişsizlikten bahsedilemez, bu durum ticari kusur, diğer bir ifadeyle yüke özen borcunun ihlali kabul edilir¹¹¹.

Ambarların ve geminin fiilen yük taşınmasında kullanılan bütün diğer bölümlerinin yükün yüklenmesi, taşınması, muhafazası ve boşaltılması için genel olarak uygun olmaması ya da somut yükün gerektirdiği özel şartları taşımaması veya özel donanıma sahip olmaması yüke elverişsizliğe neden olur. Örneğin, ambarların kirli olması; daha önce taşınmış olan yükün kalıntıları; yükü etkileme ihtimali varsa, önceki yükten kalan koku; ambarların farklı ambarlarda taşınan yükler arasındaki olumsuz etkileşimi engellemeye yetecek şekilde birbirinden ayrılmamış olması; ızgara kullanılmaması veya ızgaraların yetersiz olması, taze et yükü için soğutma mekanizması; bozulabilir sebze yükü ya da hububat yükü için havalandırma tertibatı; kıymetli eşyalar için hırsızlığa karşı emniyetli bölümler bulunmaması gemiyi genel olarak yükün taşınmasına elverişsiz hâle getirir ve sonuçta geminin yüke elverişsizliğine sebep olur¹¹².

Sorumluluktan kurtulabilmek için taşıyanın da, gemiyi sefere elverişli halde bulundurmak için tedbirli bir taşıyanının göstermekle yükümlü olduğu özeni gösterdiğini, bu özeni göstermesine rağmen, gemiyi elverişsiz hale getiren eksikliğin keşfedilemediğini ya da elverişsizliğin yolculuk başladıktan sonra meydana geldiğini ispat etmesi zorunludur.

Taşıyanın gemiyi denize elverişli halde bulundurmak yükümlülüğü teknik olarak listelenen diğer görevlerden farklı olarak doğası gereği devredilemez bir yükümlülüktür. Ancak bu yükümlülük Lahaye-Visby Kurallarında kesin bir garanti yükümlülüğü, yani kesin bir sonuç sorumluluğu anlamında değil, aynı bir özen gösterme yükümlülüğü olarak taşıyan için daha elverişli bir şekilde formüle edilmiştir. Deniz koşullarından önce ve seyahat başlangıcında, makul bir özenin gösterilmesi ve durum tespiti yapılması halinde yükümlülük ifa edilmiş kabul edilir¹¹³.

Otonom veya insansız gemilerde mürettebatın bulunmaması taşıyanın “gemiyi denize elverişli halde bulundurmak ve donatmak” yükümlülüğü üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olacaktır. Birçok yazarın ifade ettiği gibi insansız bir geminin, donanımlı olmayan bir gemi olduğu iddia edilebilecektir¹¹⁴. İnsan unsurunun geleneksel bir gemi

¹¹¹ Yetiş Şamlı, s. 481.

¹¹² Yetiş Şamlı, 482.

¹¹³ DELGADO, s. 507.

¹¹⁴ Mürettebatı, gemi adamı bulunmayan bir cismin sefere elverişli bir gemi olarak kabul edilmesi mümkün değildir, bu gemi sefere elverişli hale getirilemez. Sefere elverişlilikle ilgili normlar mürettebatsız gemiler bakımından yetersiz kalmaktadır. Bunların söz konusu gemilere göre, özel şartlar dikkate alınarak formüle edilmeleri gerekir. SÖZER, s. 66.

ile insansız, otonom bir gemi arasındaki temel farklardan biri olduğu gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, taşıyanın geminin teçhizat ve ekipmanı ile ilgili yükümlülüklerine odaklanmak çok önemlidir. Ancak taşıyan gemiyi yeterli sayıda gemiadamı ile donatmakla yükümlüdür. Hatta bu da yeterli değildir, taşıyan gemide istihdam edilen mürettebatın aynı zamanda mesleki yeterliliğe sahip olduğunu ispat etmekle de yükümlüdür. Bu durumda öncelikle, gemi uygun bir navigasyon için yeterli sayıda gemiadamı ile donatılmalı, gemiadamları sayısal olarak yeterli olmalıdır. İkinci olarak, gemide istihdam edilen gemiadamlarının, mesleki yeterliliğe sahip olması, bir diğer deyişle deniz yolculuğu sırasında gemiyi yönetmek için yeterince eğitilmiş ve hazır olması gerekir. Başka bir deyişle, geminin güvenilirliğini belirleyen unsur, gemideki gemiadamı sayısından ziyade, bunların yetkinliğidir. Lahaye-Visby kurallarına göre, gemi uygun şekilde yönetilmeli, donanımlı olmalıdır. Bu husus, geminin navigasyonu için gerekli bir öge olarak aranacağı anlamına gelir. Bu nedenle, eğer mürettebat belirli bir gemi ve yolculuk için yeterli değilse veya eğitim ve tecrübe bakımından yetkin değilse gemi yola elverişli sayılmaz. Bununla birlikte, bu yükümlülük sadece seferin başlangıcında ve sefere kadar olan zaman dilimi ile sınırlı olmayıp, eşya taşıyanın zilyetliğinde kaldığı sürece devam eden bir yükümlülüktür¹¹⁵.

İnsansız gemilerde ise gemiyi kontrol eden kıyı personelinin, gemiyi ve ekipmanını yetkin ve güvenli bir şekilde çalıştırmak için yetkin ve bayrak devleti kanununun gereklerine uygun olarak geçerli sertifikaları elinde tutarak eğitilmiş olması zorunludur. Bu durumda, gemide insan varlığı olmasa bile, denize elverişlilik yükümlülüğünün ihlali teşkil etmeyecektir. Konvansiyonel insanlı gemicilikte geminin yeterli bir mürettebatla donatılmasına karşın, otonom gemilerle taşımacılık bağlamında kıyı personelinin gerekli yeterli olması gerektiği iddia edilebilir. Bu durumda kıyı personelinin, yeterlilik ve yetkinliği aranmalıdır. Taşıyan, gemiyi idare eden kıyı personelinin eylemlerinden sorumlu olacaktır¹¹⁶.

Lahaye-Visby m. 4/2(a) gereğince, seyrüsefer esnasında veya geminin idaresinde, kaptan, gemici, kılavuz veya nakliyeciler memurlarının hareketleri, ihmal veya hatalardan A ileri gelecek kayıp ve hasarlardan taşıyan ve gemi sorumlu değildir. Bununla birlikte, geminin navigasyonda veya geminin yönetiminde usta, denizci, pilot veya taşıyıcı görevlilerinin bir eylemi, ihmal veya temerrüdü nedeniyle taşıyıcının sorumluluklarının iyi bilinmesi ile ilgili (madde 4.2. a - deniz hatası) bunun etkili olup olmayacağına dair bazı şüphelerimiz var: bir yandan, bu sadece usta için değil, aynı zamanda navigasyondaki veya yönetimdeki taşıyıcıyla işbirliği yapan her mürettebat üyesi için de geçerlidir. Geminin - insansız geminin kıyı - operatörünün onlardan biri olduğu sonucuna varılabilir (RR ve İK'da ortadan kaybolma sebebi); bununla birlikte, denizsel hatanın, geminin ve mürettebatının uzaklığına dayanması nedeniyle, eğer bu "gereklilik", insansız gemiler altında ise, kırılmışsa, denizcilik hatası uygulanamaz olacaktır¹¹⁷.

¹¹⁵ DELGADO, s. 506-507.

¹¹⁶ DELGADO, s. 508.

¹¹⁷ DELGADO, s. 509.

2. Yüke Özen Borcundan Sorumluluğu

Taşıyanın navlun sözleşmesini ifadan kaynaklanan özen gösterme borcu, gerek yüke özen gösterme, gerekse sözleşmeyi suresinde ifa etme yükümlülüklerini kapsar¹¹⁸. Genel olarak taşıyanın diğer yükümlülüğü taşınma şekli ne olursa olsun kendisine teslim edilen yükün, yükleme, menşe yerinden, varma yerine kadar taşınmasıdır. Lahey-Visby gibi ve deniz taşımacılığıyla ilgili diğer kurallara göre de, taşıyan, taşınan eşyayı düzgün ve dikkatli bir şekilde yükler, istifler, elden geçirir, taşır, muhafaza eder, gözetimini (bakımını) yapar ve boşaltır. Bu alt görev kategorilerinin Sözleşmede teker teker sayılmasına rağmen, bu görevlerden hiçbirisi tek başına bağımsız veya özerk bir görev değildir, genel olarak taşıma yükümlülüğüne dahildir¹¹⁹.

Taşıyan eşyanın zıya, hasar veya geç tesliminden sorumludur. Taşıyan, eşyanın zıyaı veya hasarından yahut geç tesliminden doğan zararlardan, zıya, hasar veya teslimde gecikmenin, eşyanın taşıyanın hâkimiyetinde bulunduğu sırada meydana gelmiş olması şartıyla sorumludur. Bu sorumluluğu kusur sorumluluğudur. Taşıyan, navlun sözleşmesinin ifasında, özellikle eşyanın yükletilmesi, istifi, elden geçirilmesi, taşınması, korunması, gözetimi ve boşaltılmasında tedbirli bir taşıyandan beklenen dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür.

3. Başka Gemiye Yüklemeden Sorumluluk

Taşıyan, üçüncü olarak başka gemiye yüklemeden sorumludur. Taşıyanın iznini almadan eşyayı başka gemiye yükleyemez, yüklerse bundan doğacak zarardan sorumlu olur; meğerki eşyanın kararlaştırılan gemiye yükletilmiş olması hâlinde de zararın meydana gelmesi kesin ve zarar dahi taşıyana ait olsun.

Yükleme faaliyeti otonom gemilerde bile limanda yürütülecek bir faaliyet olduğundan, mürettebatlı gemilere göre sorumluluk açısından bir farklılık olmayacaktır. Ancak yüklemenin de tam otomasyonla yapılması halinde bu durumda kıyı personelinin ayrı bir sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

4. Güvertede Taşımadan Sorumluluk

Taşıyan, dördüncü olarak eşyanın güvertede taşınmasından sorumludur. Taşıyan eşyayı güvertede taşıyamaz ve küpeşteye asamaz. Taşıyan, eşyayı ancak yükleten ile arasındaki anlaşmaya veya ticari teamüle uygunsuz ya da mevzuat gereği zorunluysa güvertede taşıyabilir. Taşıyan, eşyanın güvertede taşınması veya taşınabileceği hususunda yükleten ile anlaştığı takdirde denizde taşıma senedine bu yolda yazılı bir kaydı düşmesi gerekir. Böyle bir kaydın düşülmemesi hâlinde, güvertede taşıma hususunda bir anlaşmanın varlığını ispat yükü taşıyana aittir; şu kadar ki, taşıyan, denizde taşıma senedini iyiniyetle iktisap eden gönderilen dâhil üçüncü kişilere karşı böyle bir anlaşmayı ileri sürmek hakkına sahip değildir. Yukarıdaki açıklamalarımız bu bahis ile de geçerlidir.

5. Seferi Kararlaştırılan Rotada Tamamlamak

Beşinci olarak taşıyan seferi belirlenen rotayı izleyerek tamamlamak zorundadır. Navlun sözleşmesinin ifası bakımından yolculuğun izlenen rota üzerinde sürdürülmesini

¹¹⁸ Yetiş Şamlı, s. 479.

¹¹⁹ DELGADO, s. 505.

umulmayan bir hâl engellerse, kaptan durumun gereklerine ve imkânlar çerçevesinde uygulamaya zorunlu olduğu talimata göre, yolculuğa, başka bir rota üzerinde devam edebileceği gibi kısa veya uzun bir süre için ara verebilir veya kalkma limanına geri dönebilir. Özellikle kaptanın denizde can ve eşya kurtarmak veya diğer bir haklı sebeple rotadan sapmış olması, tarafların hak ve yükümlülüklerini etkilemez ve taşıyan bu yüzden doğacak zararlardan sorumlu olmaz. Türk Medenî Kanununun 2 nci maddesi hükmü saklıdır (TTK m. 1220).

Otonom gemilerde ise inisiyatif kullanmanın mümkün olup olmayacağı ve inisiyatif kullanılabilmesi halinde bunun kapsam ve sınırları ile alakalıdır. Ancak gemiyi gemiadamlarının kullandığı gemilerle, gemiyi yapay zekânın kullandığı gemi sistemleri bakımından önemli farklar yaşanacağı muhakkaktır. Bu durumda ise geminin uzaktan kontrol edildiği ya da tamamen otonom bir şekilde yapay zekâ içeren sistemlerce kullanıldığı gemiler bakımından farklılaşma olacağı kesindir. Bu durumda taşıyanın farklı bir rota izlemesinden sorumluluk doğabilecektir.

C. TAŞITANIN SORUMLULUĞU

Taşıtan ile yükleten, eşya hakkında taşıyana tam ve doğru beyanda bulunmakla yükümlüdürler. Bunlardan her biri, beyanlarının doğru olmamasından doğan zarardan taşıyana karşı sorumludur; bu yüzden zarar gören diğer kişilere karşı ise ancak kusurları varsa sorumlu olurlar. Taşıyanın navlun sözleşmesi gereğince taşıtan ve yükleten dışındaki kişilere karşı olan yükümlülükleri ve sorumluluğu saklıdır.

Taşıtan ve yükleten, harp kaçağı veya ihracı, ithali veya transit olarak geçirilmesi menedilmiş olan eşyayı yükler yahut yükleme sırasında mevzuata, öz ellikle kolluk, vergi ve gümrük kurallarına aykırı hareket ederlerse, taşıyana karşı sorumludur; bu yüzden zarar gören diğer kişilere karşı ise ancak kusurları varsa sorumlu olurlar. Kaptanın onayıyla hareket etmiş olmaları, taşıtan ve yükleteni diğer kişilere karşı sorumluluktan kurtarmaz. Bunlar eşyanın el konulmuş olduğunu ileri sürerek navlunu ödemekten kaçınamazlar. Eşya, gemiyi veya içindeki diğer eşyayı tehlikeye sokarsa, kaptan, bunu karaya çıkarmaya veya zorunluluk hâllerinde denize atmaya yetkilidir.

SONUÇ

Bugün için yakında gerçekleşmesi uzak bir ihtimal olduğu düşünülen insansız gemilerin, teknolojinin baş döndürücü bir hızla ilerlemesi ve gelişmesi sonucunda hayatımıza girmesi kaçınılmaz görünmektedir. İnsansız gemilerle ilgili araştırma projelerinin sayısının artması ve mevcut sonuçların umut verici olması, insansız taşımacılığın artık fütüristtik bir kavram olmadığını göstermiştir. Önümüzdeki yakını gelecekte, insansız ticaret gemilerin yola çıkmaya hazır olacağı öngörülmektedir. İnsansız gemilerin doğal olarak araştırma aşaması ve başlangıçta pahalı olmasına karşın, çeşitli kalem maliyetlerde önemli oranda tasarruf sağlanacak olması, taşıma güvenliğini artırması ve daha çevre dostu olması gibi etkenler araştırmaların önemli seviyede ilerlemesine imkân vermektedir. Ancak otonom gemilerin reel olarak denizlerde sefere başlaması uzunca ve özverili bir deneme sürecini gerektirmektedir. Birçok projenin hayata geçirilmesi oldukça zaman alacaktır. Bu gemilerle ilgili adımlar kademe kademe atılabilecektir.

Bununla birlikte projelerin hayata geçirilmesi ile birlikte çok çeşitli hukuki sorunun da çözümlenmesi yasal çerçevenin de hazırlanması gerekmektedir. Görüne o ki,

insansız gemiler de, geleneksel gemiler için geçerli olan tüm aynı sözleşmelere tabi olacaktır. Tabii ki, bu sözleşmeleri kabul ederken, insansız gemilerden herhangi bir iz yoktu, bu da bazı sözleşmelerin insansız gemilere uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Buna karşın genel olarak çoğu sözleşme için tamamen bir reform gerekmemekte, küçük değişikliklerin yapılması yeterli görülmektedir. Bu nedenle, STCW, MLC ve SOLAS sözleşmesi gibi özellikle asgari işletme gerekliliklerine dair sözleşmelerde ciddi uyarlamalar gerekmektedir.

Böyle bir durumda deniz hukukunun klasik sorumlu aktörleri olan gemi sahibi, taşıyan ve taşıtanın dışında bunlarla birlikte müteselsilen ya da münferiden yazılımcıların sorumluluğu, yapay zekâ içiren sistemlerin üreticilerinin sorumluluğu gündeme gelecektir. Tersanenin sorumluluğu ile trafik sistemleri ve denetim sistem işleticilerinin sorumluluğunu da yeniden ele almak, düzenlemek gerekecektir. Bu çerçevede uluslararası çalışmaları gerçekleştirmek, milli mevzuatları uluslararası enstrümanlarla uyumlu hale getirmek için çalışmalar yapılması da ayrı bir zorunluluk olarak görülmektedir.

Bir diğer önemli evrim, mürettebatın geleneksel görevlerinin farklı sensörler, radarlar ve BT sistemleri tarafından üstlenileceğidir. Bu teknolojilerle, gözcü gibi seyir görevlerinin çoğu daha derin, güvenilir ve güvenli bir şekilde gerçekleştirebilecektir.

COLREG kuralları da uyarlanmalıdır, böylece bu navigasyon görevlerini bu sistemler tarafından yerine getirmesine izin verilir. Ayrıca, SOLAS konvansiyonu, SOLAS'ın amacına uygun olduğu için bu teknolojilere uyarlanmalı, ancak farklı bir performans yöntemi kullanmalıdır.

Son olarak, özerk ulaşım modlarının mevcut borç rejiminde bir değişikliğe neden olacağı görülmektedir. Sözleşme yükümlülüğü bundan etkilenmeyecek olsa da, sözleşme dışı yükümlülük bazı gerçek değişikliklerden geçiyor olabilir. Mevcut mal sahibi rejimi, ürün yükümlülüğü kanunu, insansız gemiler için bazı uyarlamalar gerektirse de, ürün yükümlülüğü kanunu temelinde, üreticilerin ve tasarımcıların sorumluluğuna dönüşebilir. Bu partilerin yanında, gemi sahipleri hala gemilerinin yol açtığı zararlardan açıkça sorumlu tutulabilirler.

KAYNAKÇA

ESER KAYNAKLARI

ANDRESS, Jason/WINTERFELD, Steve, Cyber Warfare: Techniques, Tactics and Tools for Security Practitioners, Massachusetts 2014, 2 nd Ed.

ÇAĞA, Tahir/KENDER, Rayegan, Deniz Ticaret Hukuku, C. I, 14. B., İstanbul 2005.

DELGADO, Juan Pablo Rodríguez, The Legal Challenges of Unmanned Ships in the Private Maritime Law: What Laws would You Change?, Port, Maritime And Transport Law Between Legacies of The Past And Modernization (Editor Massimiliano Musi), IL Diritto Marittimo-Quaderni 5, Bolonya 2018, s. 493-523, https://www.researchgate.net/publication/329468528_The_Legal_Challenges_of_Unmanned_Ships_in_the_Private_Maritime_Law_What_Laws_would_You_Change, ET: 17.07.2019.

DEKETELAERE, Pol, The Legal Challenges of Unmanned Vessels, Universiteit Gent 2017 YL Tezi, https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/349/671/RUG01-002349671_2017_0001_AC.pdf, ET: 02.06.2019.

KARA, Hacı, Uluslararası Sözleşmeler Ve Türk Hukuku'na Göre Gemilerin Sebep Olduğu Deniz Kirliliği Zararlarından Hukuki Sorumluluk, İstanbul 2004.

KUYUCU MERİÇ, Gülfer, Donatının Petrol Kirliliğinden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması, İstanbul 2017.

JANSE VAN RENSBURG, Dirk Johannes, The impact of autonomous ships on the containerised shipping interface of global supply chains- and networks: a literature examination of selected stakeholder perspectives, WMU YL Tezi 2018, https://commons.wmu.se/cgi/viewcontent.cgi?article=1658&context=all_dissertations, ET: 25.07.2019.

SOYER, Barış/TETTENBORN, Andrew, New Technologies, Artificial Intelligence and Shipping Law in the 21st Century (Maritime and Transport Law Library), 1st Ed., London 2019.

SÜRELİ YAYINLAR

KOMIANOS, Aristotelis, The Autonomous Shipping Era. Operational, Regulatory, and Quality Challenges. TransNav, the International Journal on Marine Navigation and Safety of Sea Transportation, Vol. 12, No. 2, pp. 335-348, http://www.transnav.eu/Article_The_Autonomous_Shipping_Era_Operational_Komianos,46,818.html, ET: 02.06.2018.

SÖZER, Bülent, Mürettebatsız Gemiler, Deniz Ticareti, Temmuz 2019, s. 64-67.

ŞAHİN, Alper, Yapay Zeka Teknolojisi Ve Uygulamalar, Anahtar Dergisi, Mayıs 2018, S. 353, <https://anahtar.sanayi.gov.tr/tr/news/yapay-zek%C3%A2-teknolojisi-ve-uygulamaları/9648>, ET: 11.06.2019.

ŞAMLI YETİŞ, Kübra, Lahey-Lahey/Visby, Hamburg Ve Rotterdam Kuralları'nda Sefere Elverişlilik, İÜHFM 2013, C. LXXI, S. 2, s. 479-496.

ŞENTÜRK, Hakan/ÇİL, C. Zaim/SAĞIROĞLU, Şeref, Cyber Security Analysis of Turkey, International Journal Of Information Security Science, Vol.1, No. 4., s. 112.

İNTERNET KAYNAKLARI

DELEGRANGE, Olivia/PELLICER, Jose, Automated maritime navigation by remote control, <https://www.kennedyslaw.com/thought-leadership/article/automaton-and-liability-n-maritime-law>, ET: 02.06.2019.

DENÈFLE, Frédéric, Autonomous Vessels-What Are The Legal Implications?, <https://iumi.com/news/blog/autonomous-vessels--what-are-the-legal-implications>, ET: 02.06.2019.

ELORANTA, Sauli, Autonomous Ships, Automated maritime transport: why, how and when, https://vayla.fi/documents/20485/421305/Sauli_Eloranta_180117+Rolls+Royce+v1.pdf/7fe4fb37-f501-4e78-a1fd-7513b02dcc02, ET: 17.07.2019.

KENNARD, Darryl, Cyber security and cyber risks in the shipping industry, July 2019, https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fbb647ae-30dc-4b29-88e4-d0675928d951&utm_source=lexology+daily+newsfeed&utm_medium=, ET: 10.07.2019.

McDOUGALL, Allan, Autonomous Shipping Raises Legal Concerns, The Maritime Executive, <https://www.maritime-executive.com/author/allan-mcdougall>, ET: 02.06.2019.

JENSEN, Lars, Challenges in Maritime Cyber-Resilience, Technology Innovation Management Review April 2015, www.timreview.ca, s. 35-39, ET: 27.05.2018.

<http://www.admiraltylawguide.com/conven/collisions1910.html>, ET: 22.07.2019.

<http://www.admiraltylawguide.com/conven/collisions1910.html>, ET: 24.07.2019.

Automation and liability in maritime law, <https://www.kennedyslaw.com/thought-leadership/article/automation-and-liability-in-maritime-law>, ET: 17.06.2019.

Autonomous Navigation. Challenges and opportunities on board Masterless vessels, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b76e6954-040a-4214-a86a-0844d14be1b3>, ET: 16.06.2019.

Autonomous Ships The Next Step, <https://www.rolls-royce.com/~media/Files/R/Rolls-Royce/documents/customers/marine/ship-intel/rr-ship-intel-aawa-8pg.pdf>, ET: ET: 09.05.2019

https://www.bbc.com/turkce/ekonomi/2014/03/140305_insansiz_gemi, ET: 12.04.2019.

CMI international working group position paper on unmanned ships and the international regulatory framework, <https://comitemaritime.org/work/unmanned-ships/>, s. 1, ET: 17.06.2019.

<https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/Travaux-Preparatoires-of-the-Convention-on-Salvage-1989.pdf>, ET: 21.07.2019.

<http://denizmevzuat.udhb.gov.tr/dosyam/BUNKERS%202001%20Eng.doc>, ET: 21.07.2019.

<http://denizmevzuat.udhb.gov.tr/dosyam/LLMC%2076%20Eng.doc>, ET: 22.07.2019.

Endüstri 4.0, İnsansız Gemiler ve Sigorta Sektörüne Etkileri, <https://www.sigortaveriskyonetimi.com/insansiz-gemiler-ve-sigorta-sektorune-etkileri/>, ET: 22.5.2019.

Final Report Summary - MUNIN (Maritime Unmanned Navigation through Intelligence in Networks), <https://cordis.europa.eu/project/id/314286/reporting>, ET: 07.05.2020.

<http://www.gemitrafik.com/ais.htm>, ET: 18.07.2019.

IMO takes first steps to address autonomous ships, <http://www.imo.org/en/mediacentre/pressbriefings/pages/08-msc-99-mass-scoping.aspx>, ET: 23.05.2019

<http://www.imo.org/en/OurWork/Legal/HNS/Documents/HNS%20Consolidated%20text.pdf>, ET: 21.07.2019

Maritime Law In The Wake of The Unmanned Vessel, https://svw.no/contentassets/f424f309bd304e99b39f11355e98571f/svw_maritime-law-in-the-wake-of-the-unmanned-vessel.pdf, ET: 02.06.2019.

Maritime Unmanned Navigation through Intelligence in Networks, <http://www.unmanned-ship.org/munin/>, ET: 09.05.2019.

MUNIN Brochure, <http://www.unmanned-ship.org/munin/wp-content/uploads/2016/02/MUNIN-final-brochure.pdf>, ET: 07.05.2020

<http://www.mar.ist.utl.pt/mventura/Projecto-Navios-I/IMO-Conventions%20%28copies%29/MARPOL.pdf>, ET: 21.07.2019.

The ReVolt, <https://www.dnvgl.com/technology-innovation/revolt/index.html>, ET: 17.07.2019.

Rolls-Royce and Intel announce autonomous ship collaboration, <https://www.rolls-royce.com/media/press-releases/2018/15-10-2018-rr-and-intel-announce-autonomous-ship-collaboration.aspx>, ET: 18.07.2019.

Rolls-Royce, SVAN-World's First Autonomous Ferry Demonstration, https://www.youtube.com/watch?v=JW57ZMjL_fc, ET: 07.05.2020.

Submission By Comité Maritime International Working Group On Unmanned Ships (CMI IWG US) <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/CMI-IWG-Submission-to-MS-C-99.pdf>, ET: 18.07.2019.

Questionnaire, <https://comitemaritime.org/Uploads/Questionnaires/CMI%20Position%20Paper%20on%20Unmanned%20Ships.pdf>, ET: 19.07.2019.

<https://www.kongsberg.com/maritime>, ET: 29.07.2019.

<https://www.ntnu.edu/amos>, ET: 29.07.2019

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/07/20010724.htm#1>, ET: 21.07.2019.

<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201678/v1678.pdf>, ET: 21.07.2019.

https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XII-8&chapter=12&clang=en, ET: 22.07.2019.

http://www.ubak.gov.tr/BLSM_WIYS/DTGM/tr/documan/20140718_160807_64032_1_64480.pdf, ET: 21.07.2019.

https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf, ET: 21.07.2019.

https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/aconf162d7_en.pdf, ET: 22.7.2019.

http://oceansbeyondpiracy.org/sites/default/files/SUA_Convention_and_Protocol.pdf, ET: 21.07.2019.

Yapay zeka nedir? Yapay zeka ne amaçla üretilir?
<http://www.milliyet.com.tr/Yapay-zeka-nedir--Yapay-zeka-ne-amacla-uretilir--molatik-81/>, ET: 28.05.2019.

What is artificial intelligence, <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence>, ET: 02.07.2019.

HAKEMLİ MAKALE

CEZA MUHAKEMESİNDE *IN ABSENTIA* DURUŞMA YAPILMASI VE MAHKÛMİYET KARARI VERİLMESİ ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER*

Doç. Dr. Uğur ERSOY**

ÖZET

Sanığın duruşmada hazır bulunması bir yargılama şartıdır. Başka bir ifadeyle sanığın yokluğunda (*in absentia*) yargılama yapılabilmesi kural olarak mümkün değildir. Yokluğunda yargılama yapılması kabul edilmeyen sanık hakkında mahkumiyet kararı verilebilmesi de düşünülemez. Buna karşın Yargıtay'ın konuyla ilgili içtihatlarına bakıldığında, belli ağırlıkta yaptırım öngörülen suçlarla ilgili diğer şartların da varlığı halinde, *in absentia* duruşma yapılıp mahkumiyet kararı verilebileceğinin kabul edildiği görülmektedir. Yargıtay'ın görüşünün normatif dayanağı olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 195. maddesi ile İcra ve İflas Kanunu'nun 349. maddesi gösterilmektedir. Özellikle Çek Kanunu'nda tanımlanan bazı suç tipleri bakımından, İcra ve İflas Kanunu'na yapılan gönderme dolayısıyla icra ceza mahkemeleri tarafından yapılan yargılamalarda sanıkların yokluğunda çok sayıda mahkumiyet kararı verildiği bilinmektedir. Mevcut çalışmada *in absentia* duruşma yapılıp mahkumiyet kararı verilmesinin yerinde olup olmadığı incelenmiştir. Ayrıca böyle bir kabulün ceza muhakemesine egemen olan temel ilke ve değerlerle uyum içerisinde bulunup bulunmadığının kritiği yapılmış, 7188 sayılı Kanunla Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan değişiklikler de dikkate alınmıştır. Çalışmada Alman literatüründen de yararlanmak suretiyle görüşler ortaya konulmuş ve çözüm önerileri üretilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yargılama şartları, sanığın hazır bulunması, sanığın yokluğu, adil yargılanma hakkı, insan onuru.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11.05.2020

Kabul Edildiği Tarih: 22.05.2020

** Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

E-Mail: ugurersoy@kku.edu.tr

ORCID-ID: 0000-0003-3770-0353

PEER-REVIEWED ARTICLE**SOME THOUGHTS ON IN ABSENTIA HEARING AND SENTENCE OF
CONVICTION IN THE CRIMINAL PROCEDURE****ABSTRACT**

The presence of the defendant at the hearing is a condition of trial. In other words, in the absence of the defendant (*in absentia*), it is not possible to conduct a judgment. It is also unthinkable to sentence a conviction about a defendant whose trial is not accepted in his absence. On the other hand, when the jurisprudence of the Supreme Court regarding the issue is examined, it is seen that if there are other conditions related to crimes envisaged by a certain weight, *in absentia* hearing can be held and a conviction can be sentenced. As the normative basis of the opinion of the Supreme Court, Article 195 of the Criminal Procedure Code and Article 349 of the Execution and Bankruptcy Law are shown. Especially in terms of some crime types defined in the Check Law, it is known that a large number of convictions have been made in the absence of the defendant in the proceedings made by the enforcement criminal courts due to the reference to the Execution and Bankruptcy Law. In the current study, it has been examined whether it is appropriate to hold an *in absentia* trial and make a conviction. In addition, it has been criticized whether such an admission complies with the basic principles and values that dominate the criminal procedure, and the amendments made in the Code of Criminal Procedure by Law No. 7188 are also taken into consideration. In the study, our opinions were presented, and solution suggestions were produced by making use of the German literature.

Keywords: Condition of trial, the presence of the defendant, the absence of the defendant, fair trial, dignity of man.

GİRİŞ

Türk doktrininde, sanığın yokluğunda (*in absentia*) duruşma yapıp yapılamayacağı ile ilgili tartışmalar mevcut olsa da sanığın yokluğunda yapılan duruşma sonrasında mahkumiyet hükmü verilir verilemeyeceği hususunun yeterince tartışılmadığı görülmektedir. Bununla birlikte doktrindeki ağırlıklı görüşe ve mahkeme kararlarına bakıldığında, adli para cezasını ve/veya müsadereyi gerektiren suçlarda sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilebilmesine yönelik olarak neredeyse hiçbir itirazın yapılmadığı söylenebilir. Bu tespit yalnızca Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) dönemine mahsus olmayıp Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) dönemi için de geçerlidir.

Kimilerince önemsiz gözükse de bu konu, ceza içeren kanunlardaki suç tiplerinin sayısı ve öngörülen yaptırımların sonuçları dikkate alındığında büyük bir sorun teşkil etmektedir. Bu kapsamda uygulamada çok sayıda örneği olan Çek Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçu için öngörülen yaptırımın adli para cezası olmasından dolayı sanığın yokluğunda çok sayıda mahkumiyet kararı verildiği görülmektedir. Ayrıca bu suç dolayısıyla yapılan yargılamalarda İcra ve İflas Kanunu'nda öngörülen özel yargılama usulünün uygulanması sorunu daha da karmaşık bir hale getirmektedir.

Yargı uygulamalarında duruşmaya hiç gelmeyen ve sorgusu dahi yapılmayan sanık hakkında duruşmanın CMK m.193/2 ve m.195'e göre sanığın yokluğunda bitirilebileceği; sorgusu yapıp da artık hazır bulunmasına mahkemece gerek görülmeyen sanık hakkında ise duruşmanın CMK m.194/2 uyarınca yokluğunda bitirilebileceği kabul edilmektedir. Bu kapsamda CMK m.194/2 ve m.195 uyarınca sanık hakkında mahkumiyet kararı, CMK m.193/2 uyarınca ise yalnızca mahkumiyet dışında bir karar verilebilmektedir. Uygulamada savunulan bu görüş çalışmanın devamında belirtileceği üzere doktrinde de ağırlıklı olarak taraftar toplamıştır. Bu kapsamda uygulamada ve doktrinde taraftar bulan bu ve buna benzer görüşlerin yerinde olup olmadığının tartışmaya açılması önem taşımaktadır.

Çalışma kapsamında ayrıca sanığın duruşmada hazır bulunmasının ceza muhakemesindeki yeri, sanığın yokluğu halinde duruşma yapılamayacağı kuralının istisnalarının neler olduğu, sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilmesinin yerinde olup olmadığı gibi Türk Hukukunda henüz çok fazla aydınlatılmamış konulara ve sorunlara temas edilmesi de amaçlanmaktadır. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Anayasa Mahkemesinin, Yargıtay'ın ve bölge adliye mahkemelerinin konuyla ilgili kararlarına değinilerek, yerli ve yabancı literatürden de yararlanmak suretiyle konuyla ilgili tespit ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA SANIĞIN DURUŞMADA HAZIR BULUNMASI

A. Genel Olarak

Ceza muhakemesi her ne kadar kural olarak herhangi bir koşula bağlı olmaksızın kendiliğinden harekete geçmekteyse de hukukumuzda bazı durumların varlığı halinde iddianame düzenlenebilmesi/kamu davasının açılabilmesi veya açılan davada yargılamaya devam edilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi aranabilir. Bunlara üst kavram olarak *ceza muhakemesi şartları* denilmektedir. Ceza muhakemesi şartları da kendi içinde dava şartları ve yargılama şartları olarak ikiye ayrılmaktadır. Kamu

davasının açılabilmesi için bulunması gereken şartlara *dava şartları*, dava şartlarının gerçekleştiği durumlarda, mahkemenin yargılama yapabilmesi için varlığı aranan şartlara ise *yargılama şartları* denilmektedir¹. Yargılama şartları çeşitleri doktrinde genel olarak sanığın hazır bulunması, sanığın akıl hastası olmaması, bekletici meselenin çözümü ve geçici yasama dokunulmazlığının bulunmaması şeklinde sınıflandırılmaktadır².

Sanığın duruşmada hazır bulunması, yargılama şartları içerisinde belki de en önemli olanıdır. Zira sanığın yargılama sırasında hazır bulunmasının mecbur tutulması, bir yandan mahkemenin, hakkında hüküm vereceği kişiyi görmesi, tanınması bakımından, öte yandan kişinin hakkındaki iddialara karşı savunma hakkını kullanabilmesini sağlaması açısından önem taşımaktadır³. Bu nedenle bir duruşma, kural olarak yalnızca hazır bulunan bir sanığa karşı yürütülebilir⁴. Sanığın duruşmanın yalnızca bir bölümünde hazır bulunması yeterli değildir; sanık duruşmaların tamamında hazır bulunmak zorundadır⁵.

Sanığın duruşmada hazır bulunması, kanun koyucunun aksini öngördüğü durumlar haricinde bir zorunluluktur. Ayrıca sanık, duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etme yetkisine sahip değildir. Mahkemenin de sanığı, duruşmada hazır bulunma yükümlülüğünden, kanunda belirtilen istisnalar haricinde, muaf tutma yetkisi bulunmamaktadır⁶.

¹ ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / ALTINOK VILLEMİN, Derya / TOK, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.44; GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2018, s.70; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.118.

² GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s.92 vd.; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d., s.70 vd.; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s.118 vd.; ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.71 vd.

³ ŞAHİN / GÖKTÜRK, I, s.77; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s.119; YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.531.

⁴ BEULKE, Werner, Strafprozessrecht, C.F. Müller, 11. Auflage, Heidelberg u.a. 2010, §7 Kn.122. Erem'e göre isnada ve her iddiaya karşı sanığın diyeceğini bildirmesi bir teminat teşkil eder. Belirli ve peşin bir maksadı meşru göstermek için yürütülen faaliyete dava denemez. Davada en önemli husus vicahilik ilkesidir. Bu ilke gereğince sanık suçlamadan eksiksiz bir şekilde haberdar olacak, yargılamanın her aşamasında hazır bulunacak ve savunma imkanına sahip kılınacaktır. Erem'e göre vicahilik ilkesi ile sanığın yokluğunda yargılamanın yapılması birbiriyle bağdaşmaz. Bkz. EREM, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, 2. Bası, Ankara 1968, Kn.125.

⁵ KK-Gmel, §230 Kn.4; SSW-StPO/Grube, §230 Kn.4; GRAF, Jürgen Peter (Hrsg.), Strafprozessordnung Mit Gerichtsverfassungsgesetz Und Nebengesetzen, 2. Auflage, München 2012, §230 Kn.2; SATZGER, Helmut / SCHLUCKEBIER, Wilhelm / WIDMAIER, Gunter, Strafprozessordnung, Köln 2014, §230 Kn.1.

⁶ BEULKE, §7 Kn.122; GRAF-StPO/Gorf, §230 Kn.1, 4; MEYER-GÖBNER, Lutz / CIERNIAK, Jürgen, Strafprozessordnung, 53. Auflage, München 2010, §230 Kn.2; LÖWE-ROSENBERG, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, De Gruyter, 27. Auflage, Band 6 (§§212-255a), Berlin-Boston 2019, §230 Kn.2; KÜHNE, Hans-Heiner, Strafprozessrecht, C.F. Müller, 8. Auflage, Heidelberg u.a. 2010, §4 Kn.105; HANNICH, Rolf (Hrsg.), Karlsruher Kommentar Zur Strafprozessordnung Mit GVG, EGGVG und EMRK, 7. Auflage, München 2013, §230 Kn.1. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, CMK m.193/2'ye benzer bir düzenleme olmamasına rağmen, sanık

Sanığın duruşmada bizzat bulunması sanık bakımından bir haktır⁷. Buna göre, sanık hazır bulunmasa da duruşmanın yapılabilmesi ancak sanığın bu hakkını kullanmak istemeyeceğini açık bir şekilde belli etmesi durumunda söz konusu olabilir⁸.

Sanığın duruşmada hazır bulunması, sanık bakımından aynı zamanda bir yükümlülüktür de⁹. Zira sanık, gelmemesinin geçerli bir nedeni olmaması halinde CMK m.199 hükmü uyarınca duruşmaya zorla getirilebilecektir (CMK m.193/1, c.2).

Sanığın duruşmada hazır bulunması sanığa yalnızca hukuki dinlenme hakkının teminat altına alınması için bir garanti sağlamaz aynı zamanda ona kayıtsız şartsız bir savunma olanağı da sağlamış olur. Ayrıca bu yolla yargılamayı yapan hakime, gerçeğin ortaya çıkarılması noktasında sanığın davranışlarının ve açıklamalarının doğrudan gözlemlenmesi imkanı da sunulur¹⁰.

Tam bu noktada *duruşma kabiliyeti* (Verhandlungsfähigkeit) kavramına da kısaca değinmekte yarar vardır. Duruşma kabiliyeti ile kastedilmek istenen, sanığın duruşmada veya duruşma dışında yapılan ceza muhakemesi işlemlerini algılama, bunlara ilişkin gerekli açıklamalarda bulunma, makul ve mantıklı bir şekilde savunmayı şekillendirme ve kendi menfaatlerini gözetebilme kabiliyetidir¹¹. Sanık yargılama sırasında duruşma kabiliyetine sahip olmalıdır; sanığın yalnızca bedenlen duruşma salonunda bulunması yeterli değildir¹². Hatta sanığın duruşma kabiliyetinin olup olmadığıyla ilgili şüphe durumunda duruşmanın yapılmaması ve mahkemenin bu şüpheyi kaldırmak için gerekli araştırmaları yapması gerekmektedir¹³. Alman Hukukunda sanığın kendisini bilerek duruşma kabiliyetinden yoksun hale getirdiği durumlarda sanığın yokluğunda duruşma yapılabileceği kabul edilmektedir. Buna karşın sanık, duruşma kabiliyetini kasten ve kusurlu olarak kaldırmışsa Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231a paragrafı uyarınca sanığın yokluğunda duruşma yapılabileceği veya yapılan duruşmanın sürdürülebileceği kabul edilmektedir¹⁴. CMK'da 231a paragrafına benzer bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir.

hakkında mahkûmiyet değil de beraat kararı verileceğinin öngörüldüğü durumlarda sanığın yokluğunda duruşma yapılabileceği ifade edilmektedir. Bkz. **LÖWE-ROSENBERG**, §230 Kn.2.

⁷ **SSW-StPO/Grube**, §230 Kn.1; **LÖWE-ROSENBERG**, §230 Kn.1; **GRAF-StPO/Gorf**, §230 Kn.1; **KK-Gmel**, §230 Kn.1; **BEULKE**, §7 Kn.122; **KÜHNE**, §4 Kn.105. Buna Alman Hukukunda sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı (das Anwesenheitsrecht des Angeklagten) denilmektedir. Bkz. **MEYER-GOßNER**, §230 Kn.4; **KK-Gmel**, §230 Kn.1.

⁸ **ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ**, s.121.

⁹ **SSW-StPO/Grube**, §230 Kn.1; **BEULKE**, §7 Kn.122; **KK-Gmel**, §230 Kn.1; **KÜHNE**, §4 Kn.105; **LÖWE-ROSENBERG**, §230 Kn.1; **EREM**, Kn.132; **KUNTER**, **Nurullah**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1974, Kn.247.

¹⁰ **KK-Gmel**, §230 Kn.1; **SSW-StPO/Grube**, §230 Kn.2; **GRAF-StPO/Gorf**, §230 Kn.1; **LÖWE-ROSENBERG**, §230 Kn.1; **MEYER-GOßNER**, §230 Kn.3; **ROXIN**, **Claus**, Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, München 1998, §60 Kn.1.

¹¹ **MEYER-GOßNER**, Einl. Kn.97; **KK-Gmel**, Einl. Kn.399.

¹² **LÖWE-ROSENBERG**, §230 Kn.7; **MEYER-GOßNER**, §230 Kn.8; **SSW-StPO/Grube**, §230 Kn.6.

¹³ **KK-Gmel**, §230 Kn.3; **GRAF-StPO/Gorf**, §230 Kn.5; **LÖWE-ROSENBERG**, §230 Kn.7; **SSW-StPO/Grube**, §230 Kn.7.

¹⁴ **KÜHNE**, §4 Kn.105; **MEYER-GOßNER**, §230 Kn.8

Birden fazla sanığın yargılandığı durumlarda sanıkların tamamının duruşmada hazır bulunmaları zorunludur¹⁵. Bunun herhangi bir istisnasına CMK’da yer verilmemiştir. Buna karşın Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Sanıklara izin verilmesi” başlıklı 231c paragrafında¹⁶ buna ilişkin bir düzenlemenin bulunduğu görülmektedir. Buna göre, birden fazla sanığın yargılandığı bir duruşmada sanıklardan bazılarının duruşmanın o bölümüyle ilgileri yoksa, mahkeme bu sanıkların -zorunlu müdafilik söz konusuysa müdafilerin- talebi üzerine duruşmanın belirli kısımlarında hazır bulunmamalarına karar verebilir. Mahkeme kararında iznin geçerli olduğu duruşma kısımlarını belirtir. Mahkeme tarafından verilen iznin her zaman geri alınabilmesi mümkündür. CMK’da böyle bir hükme yer verilmemiş olduğundan kanaatimizce sanıklardan bazılarının hazır olmadığı ve bu nedenle duruşmanın yapılamayacağı durumlarda davaların ayrılmasına (CMK m.10) karar verilmesi en isabetli yol olacaktır.

Sanık kural olarak¹⁷ yalnızca ilk derece mahkemesinde yapılan duruşmada değil, aynı zamanda bölge adliye mahkemesinde yapılacak duruşmada da hazır bulunma hakkına sahiptir. Hukukilik denetiminin yapıldığı temyiz incelemesi sırasında Yargıtay, incelemesini duruşmalı yapma (mürافaa) kararı aldıysa, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı varlığını yine sürdürecektir¹⁸. Ancak burada yalnız sanık bakımından bir hak kabul edilmiş olup, yükümlülük söz konusu değildir. Zira CMK, mürافaa aşamasında sanığın tutuklu olması halinde, duruşmada hazır bulunabileceği kuralına istisna getirmiş (CMK m.299/2) ve sanığın tutuklu olması halinde duruşmaya katılma isteminde bulunamayacağını açıkça belirtmiştir.

Adil yargılanma hakkı, devletin tekelinde bulunan yargı fonksiyonunun bizzat devlet tarafından sınırlandırılması anlamına gelmekte olup böylelikle yargılamanın doğru ve adil bir biçimde gerçekleştirilmesi amaçlanır. Yine adil yargılanma hakkı sayesinde, yargılamaya katılanların salt obje haline gelmesi engellenir ve bu suretle onların yargılamaya ve yargılamanın sonucuna etki edebilmelerine olanak sağlanır¹⁹. Bu kapsamda hukuk devleti ilkesi ile adil yargılanma hakkı arasında doğrudan bir bağlantı bulunduğu da söylenebilir.

Kanaatimizce de sanığın duruşmada hazır bulunması ve sorgusu yapılmayan sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilememesi, devletin sahip olduğu cezalandırma ve yargılama yetkisinin sınırlandırılması sonucunu doğurmakta ve böylelikle de devletin yargı yetkisinin sınırlarından birisini oluşturmaktadır. Zira burada devlet, kural olarak sanığın yokluğunda yargılama yapıp sorgusunu yapmadan mahkumiyet kararı verebilme yetkisine sahip olmasına rağmen, benimsemiş olduğu

¹⁵ **KK-Gmel**, §230 Kn.5; **GRAF-StPO/Gorf**, §230 Kn.6; **LÖWE-ROSENBERG**, §230 Kn.10; **MEYER-GOBNER**, §230 Kn.10; **KÜHNE**, §4 Kn.105; **SSW-StPO/Grube**, §230 Kn.9.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **LÖWE-ROSENBERG**, §231c Kn.1 vd.; **KK-Gmel**, §231c Kn.1 vd.

¹⁷ CMK m.195 uyarınca sanığın yokluğunda duruşma yapılabilen durumlar bölge adliye mahkemelerinde de geçerli olacak yani bölge adliye mahkemesinde de şartları oluşmuşsa sanığın yokluğunda duruşma yapılabilecektir.

¹⁸ Şen’e göre de hukukilik denetiminin yapıldığı temyiz incelemesinin mürافaa aşamasına sanığın katılmasının gereği bulunmamaktadır. Sanığın mürافaada avukatla temsili, savunma hakkının korunması bakımından yeterlidir. Bkz. **ŞEN, Ersan**, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1587251-sanigin-giyabinda-tasarruflar> (E.T. 05.02.2020)

¹⁹ **TANRIVER, Süha**, “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, TBBD, Sayı: 53, Yıl: 2004, s.192.

kurallarla bu yetkiyi bizzat kendisi sınırlandırma (*self-limiting*) yoluna gitmektedir. Yine bu yolla sanığın yargılamanın *objesi* olmasının önüne geçilip, yargılamaya şekil verebilen bir *süje* konumuna getirilmesi ve böylelikle de insan onurunun korunması ilkesinin ve bu ilke ile yakından bağlantılı hukuki dinlenilme hakkının aktif bir şekilde hayata geçirildiğini de ifade edebiliriz.

Sanık hazır olmadığına kural olarak yapılamayacak ceza muhakemesi işlemi yargılamadır. Ancak kanun koyucunun sanığın duruşmada hazır bulunması kuralını tam ve katı bir şekilde uygulaması bazen yargılamayı felce uğratabilir. Bu nedenle bazı durumlarda sanık hazır olmasa bile yargılama yapılabilmesine olanak tanınmıştır²⁰. Bu istisnalar kanunda üç başlık altında toplanmaktadır: Gaiplik, kaçaklık, sanığın yokluğu. Mevcut çalışma kapsamında yargılama şartlarından yalnızca sanığın hazır bulunması üzerinde yoğunlaşılacak olsa da gaiplik ve kaçaklık kurumlarına da aşağıda ana hatlarıyla değinilecektir.

B. Gaiplik

Gaipten ne anlaşılması gerektiğine CMK m.244'te yer verilmiştir. Buna göre, bulunduğu yer bilinmeyen veya yurt dışında bulunup da yetkili mahkeme önüne getirilemeyen veya getirilmesi uygun bulunmayan sanık gaip sayılır. Gaiplik durumunda kural olarak kendisine ulaşılamayan bir sanık söz konusudur. Hatta sanık, hakkında muhakeme yapılmakta olduğunu dahi bilmeyebilir. Mahkemenin, yüzünü bile görmediği bir sanığı, onun gıyabında yargılayıp mahkum etmesi kabul edilmemektedir²¹. Bu nedenle gaip hakkında duruşma açılmayacağı, yalnızca delillerin ele geçirilmesi veya korunması amacıyla gerekli işlemlerin yapılacağı ifade edilmiştir (CMK m.244/2).

C. Kaçaklık

Mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan, hakkında yapılmakta olduğunu bildiği muhakemenin sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla bilerek böyle bir durum yaratan ve bu nedenle yurt içinde saklanan veya yabancı bir ülkede bulunan kişiye kaçak denilmektedir²².

Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilmesinin önünde bir engel yoktur. Ancak daha önce sorgusu yapılmamış ise kaçak sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilemez (CMK m.247/3). Eğer kaçak sanığın daha önce sorgusu yapılmışsa hakkında mahkûmiyet kararı da verilebilecektir. Dikkat edilecek olursa kanun koyucu burada yalnızca mahkûmiyet kararı verilmesini yasaklamış, bunun dışında kalan hüküm çeşitlerinin verilebilmesini ise kabul etmiştir.

²⁰ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d., s.70; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s.92; YURTCAN, s.531.

²¹ GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s.92-93; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d., s.70-72; ŞAHİN / GÖKTÜRK, I, s.79.

²² ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d., s.77; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s.98; ŞAHİN / GÖKTÜRK, I, s.79.

D. Sanığın Yokluğu (*absentia*) Halleri

1. Kavramsal Çerçeve

CMK m.193'e göre kanunda ayırık tutulan durumlar saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmaz. Gelmemesinin geçerli nedeni olmayan sanığın zorla getirilmesine (CMK m.199) karar verilir. Ancak sanık hakkında, toplanan delillere göre *mahkumiyet dışında bir karar* verilmesi gerektiği kanısına varılacak olursa, sorgusu yapılmamış olsa da sanığın yokluğunda hüküm verilebilir.

Kanun koyucu, sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacağı kuralıyla²³, delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinin özel bir görünüm şekline yer vermiş bulunmaktadır. Gerçekten de hakim, nasıl ki duruşmaya getirilmemiş ve huzurunda tartışılmamış bir delile dayanarak vicdani kanaatini oluşturamazsa, görmediği, tanımadığı, iletişime geçmediği bir sanık hakkında da onun yokluğunda mahkumiyet kararı veremez. Aksi durumda hakimin temel cezayı nasıl belirleyeceği ve bireyselleştireceği sorusu da cevapsız kalacaktır. Ancak kanun koyucu sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacağı kuralını yalnızca mahkumiyet kararı verilebilecek durumlara hasretmiş, mahkumiyet dışında bir hüküm verilecek olursa sanığın duruşmaya gelmesini ve sorgusunun yapılmasını beklemenin sanığın lehine olmayacağını kabul etmiş, bu gibi durumlarda sanığın yokluğunda hüküm verilebilmesi esasını benimsemiştir (CMK m.193/2). Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilmesi meselesi ile *mahkumiyet dışında bir karardan* anlaşılması gerekenin ne olduğu üzerinde ayrıca durulacaktır.

CMK'da sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacağı kuralının (CMK m.193/1) çeşitli istisnalarına yer verilmiştir. Bu istisnalar doktrinde dört başlık altında incelenmektedir²⁴:

- Sanığın duruşma sırasında mahkemeden uzaklaşması (CMK m.194),
- Sanığın yokluğunda duruşma yapılabilen durumlar (CMK m.195),
- Sanığın duruşmadan bağışık tutulması (CMK m.196),
- Sanığın duruşmadan çıkarılabileceği haller (CMK m.200, 203, 204)²⁵.

²³ Bu kural aynı zamanda uluslararası ceza hukukunda da kabul edilmektedir. 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nin evrensellik ilkesine ilişkin karar metninde de soruşturma evresinde şüphelinin yokluğunda delillerin toplanması, koruma tedbirlerine başvurulması, iddianame hazırlanması gibi işlemlerin yapılmasına imkan tanınırken; kovuşturma evresinde sanığın yokluğunda yargılamaların kural olarak reddedilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bkz. **KÜLÇÜR, Erdem İzzet**, Ceza Hukukunda Yer Bakımından Uygulama, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s.261. Benzer şekilde Uluslararası Ceza Mahkemesi de sanığın yokluğunda yargılama yapmayı hiçbir koşulda kabul etmemektedir. Bkz. **GÖKDEMİR, Muratcan**, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde Soruşturma Usulü, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s.106.

²⁴ **ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ**, s.121; **ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d.**, s.72; **GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR**, s.94; **ŞAHİN / GÖKTÜRK**, I, s.77. CMUK dönemindeki istisnalar için bkz. **KUNTER**, Kn.247; **EREM**, Kn.132. Alman Hukukunda sanığın hazır bulunma yükümlülüğünün istisnaları için bkz. **ROXIN**, §42 Kn.41-51; **LÖWE-ROSENBERG**, §230 Kn.3; **BEULKE**, §7 Kn.122; **KK-Gmel**, §230 Kn.1; **GRAF-StPO/Gorf**, §230 Kn.3; **SSW-StPO/Grube**, §230 Kn.3.

²⁵ Kanun koyucu her ne kadar bu durumların varlığı halinde sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesini kabul etmişse de bu bir zorunluluk değildir. Zira ilgili maddelere bakıldığında “...bitirilebilir”, “...yapılabilir”, “...tutabilir”, “emredebilir” gibi zorunluluk içermeyen ifadeler yer verildiği

Bununla birlikte 17.10.2019 tarihinde kabul edilen 7188 sayılı *Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*'la²⁶ CMK'ya getirilen *basit yargılama usulü* kurumu (CMK m.251, 252) ve istinaf yargılamasına ilişkin 282. maddede yapılan değişiklikle birlikte (CMK m.282/1-f) sanığın yokluğunda duruşma yapılabilecek (ve mahkumiyet kararı verilebilecek) istisnaların sayısının artırıldığını düşünmekteyiz. Şöyle ki;

Basit yargılama usulünde, bu usulün uygulanmasına mahkemece karar verilmesi halinde duruşma yapılmamakta, yalnızca tarafların beyan ve savunmaları alınmakta, sonrasında ise mahkeme tarafından CMK m.223'te belirtilen hüküm çeşitlerinden birisine -ki buna mahkumiyet de dahil- hükmedilmektedir (CMK m.251). Kanun koyucu bununla da yetinmemiş, mahkemece verilen bu hükme taraflarca itiraz edilmesi durumunda, hükmü veren mahkemece duruşma açılarak *genel hükümlere göre* devam olunacak yargılamada, sanık gelmese bile duruşmanın sanığın yokluğunda yapılmasına ve sorgusu dahi yapılmamış olan sanığın yokluğunda CMK m.223'teki hüküm çeşitlerinden birisine -ki buna yine mahkumiyet de dahil- hükmedilmesini mümkün hale getirmiştir (CMK m.252).

7188 sayılı Kanun'la istinafa ilişkin 282. maddenin birinci fıkrasına eklenen (f) bendinde ise, sanık, müdafî, katılan ve vekilinin davetiye tebliğ edilmesine rağmen duruşmaya gelmemesi halinde duruşmaya devam edilerek sanığın sorgu tutanakları anlatılmak suretiyle davanın sanığın ve diğer tarafların yokluklarında bitirilebileceği belirtilmiştir.

7188 sayılı Kanun'la getirilen her iki düzenlemenin detaylarına aşağıda ayrı bir başlık altında tekrar değinilecek olup, bu kısa açıklama neticesinde yukarıda dört başlık altında sayılan ve sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacağı kuralına CMK'da getirilen dört istisnaya, 7188 sayılı Kanun sonrasında şu iki istisnanın da eklendiğini düşünmekteyiz:

-Basit yargılama usulünün uygulandığı durumlar (CMK m.251 ve özellikle m.252/2),

-İstinaf mahkemesindeki duruşmada tebligata rağmen sanığın hazır bulunmaması (CMK m.282/1-f).

Dikkat edilecek olursa burada kanun koyucu CMK'ya egemen olan temel prensiplerden önemli ölçüde sapma göstermiştir. Çalışmanın devamında inceleneceği üzere, 7188 sayılı Kanun değişikliğinden önce zaten önemli bir sorun olan sanığın sorgusunun yapılmadığı durumlarda mahkumiyet kararı verilebileceğine dair uygulamada ve literatürde taraftar toplayan görüş, bu değişiklikten sonra farklı bir mecrada da olsa yasal zemine kavuşmuş gözükmektedir. Elbette uygulamada görülen ve doktrinde de taraftar bulan, gerek sanığın yokluğunda duruşma yapılması ve sonrasında mahkumiyetine karar verilebilmesi meselesi gerek buna benzer bir durumun 7188 sayılı Kanun'la farklı müesseseler bakımından yasal zemine oturtulması modern bir ceza muhakemesi sisteminde kabul edilebilecek durumlar değildir. Çalışmanın devamında

görülmekte ve bu gibi durumlarda yargılama yapılabilmesi mahkemenin takdirine bırakıldığı anlaşılmaktadır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da benzer bir durum söz konusudur (StPO §§ 232, 233). Bkz. **ROXIN**, §42 Kn.52.

²⁶ R.G. Tarih-Sayı: 24.10.2019-30928.

buna ilişkin görüşlerimizi, eleştirilerimizi ve çözüm önerilerimizi ayrıntılı olarak ortaya koymaya çalışacağız.

2. Sanığın Yokluğunda (*in absentia*) Duruşma Yapılması

a. Genel Açıklamalar

Daha önceden sorgusu yapılmamış sanık hakkında mahkumiyet kararı verilememesi, günümüz ceza muhakemesi hukukunun önemli temel prensiplerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Ayrıca doğrudan doğrualık ilkesi de hakim, görmediği bir kişi hakkında hüküm vermesini yasaklamaktadır. Bu nedenle kural olarak sanığın yokluğunda bir duruşma yapılması mümkün değildir²⁷.

Sanığın veya müdafinin, sanığın yokluğunda (*in absentia*) duruşma yapılmasına rıza göstermeleri, sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesi sonucunu doğurmaz²⁸.

Sanığın yokluğunda duruşma yapılması CMK m.195'te düzenlenmiş bulunmaktadır. Madde şu şekildedir: “(1) Suç, yalnız veya birlikte adli para cezasını veya müsadereyi gerektirmekte ise; sanık gelmese bile duruşma yapılabilir. Bu gibi hâllerde sanığa gönderilecek davetiyede gelmese de duruşmanın yapılacağı yazılır.”

Söz konusu hüküm ile hafif yaptırım (adli para cezası ve/veya müsadere) gerektiren suç tipleri bakımından yargılamanın kolaylaştırılması ve çabuklaştırılması mümkün hale getirilmiştir. Mahkeme, maddede belirtilen durumlarda sanığın duruşmada hazır bulunmasını mecbur tutmayacak, bilakis sanığın yokluğunda yargılama yapabilecektir²⁹. Kanun koyucu burada hafif yaptırım gerektiren suçlar bakımından sanığın keyfi bir şekilde duruşmalara gelmemesi nedeniyle yargılamanın sürüncemede kalmasının önüne geçmiştir. Burada yapılan yargılamanın pratik gözüktüğü söylenebilirse de hukuki olduğundan bahsedebilmek çok kolay değildir³⁰.

Bu hükmün uygulanabilmesi, başka bir ifadeyle sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesi için bazı şartların bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir³¹:

- Sanığın gaipliğinin/kaçaklığının değil, yokluğunun söz konusu olması³²,
- Suçun adli para cezasını ve/veya müsadereyi gerektirmesi,
- Sanığa gönderilecek davetiyeye, gelmediğinde duruşmanın yokluğunda yapılabileceği kaydının³³ konulmuş olması.

²⁷ LÖWE-ROSENBERG, §230 Kn.1; ROXIN, §60 Kn.1; MEYER-GOßNER, §230 Kn.3.

²⁸ MEYER-GOßNER, §232 Kn.5.

²⁹ KK-Gmel, §232 Kn.1; MEYER-GOßNER, §232 Kn.1; LÖWE-ROSENBERG, §232 Kn.1.

³⁰ LÖWE-ROSENBERG, §232 Kn.1.

³¹ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d., s.74; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s.95; ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s.122.

³² Sanığın yokluğundan bahsedilebilmesi için gaip veya kaçak olmayan başka bir ifadeyle kendisine ulaşılabilen bir sanık olmalıdır. Gaip veya kaçaklar için kabul edilen ilan yoluyla davet prosedürünün burada uygulanma olanağı yoktur. Bu kapsamda gaip veya kaçak olmayan sanığa mutlaka 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca usulüne uygun bir tebligat yapılmış olması gerekmektedir. Bu duruma dikkat çekmek isteyen Alman kanun koyucusu, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 232 numaralı paragrafın ikinci fıkrasında CMK'da olmayan şu hükme yer vermiştir: “İlan yoluyla yapılan davet üzerine, sanığın yokluğunda duruşma yapılamaz.” Bkz. MEYER-GOßNER, §232 Kn.4.

Mahkeme bu şartları büyük bir itina ile araştırmalıdır. Bu şartlardan birinin gerçekleşmemesi durumunda, sanığın yokluğu, başka bir deyişle, sanığın yokluğu şeklinde görünen sanığın hazır bulunmaması, yargılama engeli olacaktır. Yargılama şartı olan sanığın hazır bulunması bu durumda gerçekleşmeyecek ve dolayısıyla yargılama da yapılamayacaktır³⁴. Bu şartların hepsi gerçekleşmiş olsa da mahkemenin sanığın yokluğunda duruşma yapma zorunluluğu yoktur; mahkeme isterse sanığı çağırıp sorgusunu yapma yolunu tercih edebilecektir³⁵. Burada mahkeme, gerçeğin ortaya çıkarılması yükümlülüğü kapsamında sanığın duruşmada hazır bulunmasını zorunlu görmekteyse, diğer şartlar gerçekleşmiş olsa da sanığın yokluğunda duruşma yapmamalıdır³⁶. CMK m.195 uyarınca sanık gelmese de duruşma yapılabilecek istisnai hallerde zorla getirme kararı da verilemeyecektir³⁷.

Suçun yaptırımını olarak adli para cezası ile birlikte hapis cezası veya adli para cezası ile hapis cezasının seçenek olarak öngörülmüş olması halinde 195. maddenin uygulanma olanağı bulunmamaktadır³⁸. Yargıtay da bu görüştedir³⁹.

Doktrinde bir görüşe göre CMK m.195'in, CMK m.193'ün ikinci fıkrası olarak düzenlenmesi, mevcut CMK m.193/2'nin ise CMK m.195'te yer alması daha yerinde olurdu. Zira CMK m.193/1'de belirtilen "Kanunun ayrıktı tuttuğu haller", CMK 195. maddede düzenlenmiş olup, kanun tekniği açısından bu ayrıktı hallerin CMK m.193'te yer alması daha isabetlidir. Buna göre, CMK m.195 ile başlayan yolun sonu, sanığın sorgusunun yapılamadığı durumda CMK m.193/2'dir⁴⁰. Kanaatimizce CMK m.193/1'de bahsedilen, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamayacağı kuralının istisnası olarak yalnızca CMK m.195'in gösterilmesi eksikliklidir. Zira mevcut çalışmada da üzerinde durulduğu üzere CMK m.193/1'de öngörülen kuralın istisnaları yalnızca CMK m.195'ten ibaret değildir. O nedenle bu değişiklik önerisinin de mevcut sorunu çözme noktasında istenen faydayı sağlamayacağını düşünmekteyiz.

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun, CMK'nın 195. maddesini karşılayan "Maznunun evvelce mazbut ifadesinin okunabileceği haller" başlıklı 225. maddesinde "*Tahkikatın mevzuu olan suç gerek yalnız ve gerek birlikte olarak para*

³³ Yargıtay'a göre de sanığa tebliğ edilen duruşma davetiyesinde, CMK'nın 195. maddesi uyarınca yazılması gereken, gelmediği takdirde yargılamanın yokluğunda yapılacağına ilişkin açıklamaya yer verilmemesi savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurur. Bu yöndeki kararlar için bkz. YAŞAR, Osman, Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, II. Cilt, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.2105.

³⁴ GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s.95; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d., s.75.

³⁵ YAŞAR, s.2103; ŞEN, Ersan, "Sanığın Yokluğunda Duruşma ve Hüküm", <https://www.hukukihaber.net/sanigin-yoklugunda-durusma-ve-hukum-makale,5688.html> (E.T. 02.02.2020)

³⁶ MEYER-GOßNER, §232 Kn.13.

³⁷ YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.727.

³⁸ YAŞAR, s.2103.

³⁹ "5237 sayılı TCK'nın 86/2. maddesinde yaptırım olarak adli para cezası ile birlikte hapis cezasının da seçenek olarak düzenlenmesi nedeniyle bu suç yönünden, 5271 sayılı CMK'nın 195. maddesinin uygulama imkanı olmadığı ve sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacağı gözetilmeden, sanığın savunması saptanmadan mahkûmiyetine karar verilerek 5271 sayılı CMK'nın 193. maddesine aykırı davranılması..." 2. CD, 07.03.2011 T., 37496/14431. Benzer nitelikte bkz. 2. CD, 22.12.2010 T., 39096/34483; 2. CD, 10.03.2010 T., 6200/7348. Akt. YAŞAR, s.2104.

⁴⁰ ŞEN, <https://www.hukukihaber.net/sanigin-yoklugunda-durusma-ve-hukum-makale,5688.html>.

cezasını, hafif hapis ve müsadere cezalarını müstelzim ise maznun gelmese bile duruşma yapılabilir. Bu gibi hallerde maznuna gönderilecek celpnamede kendisi gelmese dahi duruşmanın yapılabileceği yazılır.” denilmektedir. CMUK m.225 ile CMK m.195’in çok büyük benzerlik gösterdiği görülmektedir.

CMK m.193’ün CMUK’taki karşılığını ise “Maznunun gelmemesi” başlıklı 223. maddesi oluşturmaktaydı. Madde şu şekildeydi: “(1) Bu Kanundaki istisnalar saklı kalmak kaydıyla mahkemeye gelmemiş olan sanık hakkında duruşma yapılmaz. (2) Gelmemenin makbul sebepleri isbat edilmezse maznunun ihzarı emrolunur veya hakkında tevkif müzekkeresi verilir. (3) Yargılandığı suçtan ötürü yüzüne karşı verilmiş bir tutuklama kararından sonra firar eden sanığın duruşmada sorguya çekilmiş ve artık duruşmada hazır bulunmasına mahkemece lüzum görülmemiş olması halinde dava gıyabında görülerek bitirilebilir. (4) Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanaatine varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa dahi dava gıyabında bitirilebilir.” Buna göre CMUK döneminde belli şartların varlığı halinde sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilebileceği kabul edilmekteydi⁴¹. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, böyle bir durumda sanık hakkında mahkumiyet kararı verilebilmesi için öncesinde sanığın duruşmada sorgusunun yapılmış olmasıydı. Yani CMUK döneminde önceden sorgusu yapılmamışsa sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmesinin kabul edilmediğini söyleyebiliriz. Dikkat edilecek olursa CMUK m.223 ile CMK m.193’ün büyük ölçüde benzerlik gösterse de CMUK m.223/3’ün CMK’ya alınmadığı görülmektedir. Bunun yerinde olduğu söylenebilir. Zira burada aslında sanığın yokluğu durumu değil, sanığın mahkemeden uzaklaşması durumu söz konusuydu. Bu nedenle CMK m.193’e söz konusu hükmün alınmamasının doğru olduğu belirtilebilir.

CMK m.289/1-e hükmü uyarınca, duruşmada hazır bulunması gereken kişilerin yokluğunda duruşma yapılmasının hukuka kesin aykırılık hali sayılacağını da burada vurgulamakta yarar görmekteyiz⁴².

Acaba Anayasa Mahkemesi, sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesiyle ilgili ne düşünmektedir? Anayasa Mahkemesi 2015 yılında yapılan bir bireysel başvuru sonrasında sanığın duruşmada hazır bulunma hakkıyla ilgili verdiği kararda şu tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur⁴³:

“Hakkaniyete uygun yargılamanın en önemli unsuru olan sanığın kendini savunma hakkından faydalanmasının ilk koşulu sanığın savunmasını yapabilmesi için mahkeme önünde hazır bulunma olanağına sahip olmasıdır. Suçla itham edilen herkes, iddiayı duymak ve karşı koymak ve savunmasını yapmak üzere mahkemenin huzurunda bulunarak yargılanma hakkına sahiptir. Duruşmada hazır bulunma hakkı, kişinin kendi davasının duruşmasına bizzat veya bir müdafî ile birlikte katılması anlamına gelmektedir.” (§26) “Ayrıca duruşmada hazır bulunma hakkının tarafların yargılamaya

⁴¹ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d., s.75.

⁴² Alman Hukukunda da sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edilmiş olması, mutlak temyiz sebebi (StPO §338 Nr 5) olarak kabul edilmektedir. Bkz. BEULKE, §7 Kn.122; KK-Gmel, §230 Kn.19.

⁴³ Anayasa Mahkemesi, Ali Gürbüz Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/724, Karar Tarihi: 25.06.2015. Benzer kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi, Fatih Taş Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/1461, Karar Tarihi: 12.11.2014 (§35-48); Anayasa Mahkemesi, Mustafa Ersen Erkal Başvurusu, Başvuru Numarası: 2013/4470, Karar Tarihi: 16.04.2015 (§22-31).

etkili katılmaları ile doğrudan ilişkisi vardır. Adalet yönetiminin adil bir görüntü vermesi önemlidir ve tarafların yargılamaya etkili katılımlarının sağlanması için gerekli önlemler alınmalıdır. Bu hak, kural olarak, sadece duruşmada hazır bulunmayı değil, dinlemeyi, takip etmeyi, iddialarını destekleyecek şeyleri ileri sürmeyi de içerir. Çelişmeli yargılamaların doğasında var olan söz konusu hak, ceza yargılamaları yönünden, AİHS'in 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan sanığın "kendini savunma" hakkından da çıkarılabilir." (§27) "AİHS'in 6. maddesinde açıkça belirtilmemiş olsa da duruşmada hazır bulunma hakkı AİHS'in 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki adil muhakeme hakkının bir parçasıdır. Bir sanığın aleyhine açılan ceza davasında duruşmada hazır bulunması genel bir haktır ve AİHS'in 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan (c), (d) ve (e) bentlerinde yer alan hakların bir parçasıdır. Nitekim duruşmada hazır bulunma hakkının bir sonucu olarak 5271 sayılı Kanun'un 193. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki istisnalar saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamayacağı hükme bağlanmıştır." (§28) "Bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesinin görevi, muhakemenin yöntemi de dâhil yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını saptamaktır. Ceza yargılamalarında duruşma açılması esas olmakla birlikte "istisnai bazı koşullarda" duruşma açılmamış olması yargılamanın adilliğini etkilemeyebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında, 6352 sayılı Kanun hükümleri uyarınca verilen kovuşturmanın ertelenmesi kararının, uyuşmazlığın esasını çözmemeyen ve bireyin suç işleyip işlemediğiyle ilişkili olmayan, Kanun'da öngörülen sürenin dolmasını müteakip açılan kamu davasının düşmesi sonucunu doğuran, usule ilişkin bir karar olduğuna dikkat çekmiş; böyle bir incelemenin duruşma açılmadan ve başvuru duruşmaya çağrılmadan yapılmış olmasının bir bütün olarak yargılamanın adilliğini etkilemediği sonucuna ulaşmıştır." (§33) "Somut olayda "yargılamanın sonucunda bir değişiklik olmayacağına açıkça belli olduğu" bir durum söz konusu değildir. Yargıtay 9. Ceza Dairesi, İlk Derece Mahkemesinin başvurusunun cezalandırılmasına ilişkin kararını, Anayasa Mahkemesinin 3713 sayılı Kanununun 6. maddesinin dördüncü fıkrasındaki "sahipleri ve" ibaresini iptal etmesi nedeniyle bozmuştur. Yargıtay, başvurusunun hukuki durumunun yeniden takdir ve tayini gerektiğine karar vermiştir (§12). Başvurusunun İlk Derece Mahkemesince mahkûm edilmesine dayanak yapılan kuralın Anayasa Mahkemesince iptal edildiği ve mahkûmiyet kararının, söz konusu iptal kararı nedeniyle başvurusunun hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi için bozulduğu dikkate alındığında, somut olayda "yargılamanın sonucunda bir değişiklik olmayacağına açıkça belli olduğu" bir durumun varlığından söz edilemez." (§35) "İlk Derece Mahkemesi, Yargıtay'ın bozma kararında belirttiği incelemeyi ancak duruşma açarak, başvurusunu duruşmaya çağırarak ve başvuru ile birlikte davanın diğer süjelerinin yargılamaya etkili bir biçimde katılmalarını sağlayarak yapabileceğinden, başvurusunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir." (§36)

Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar incelendiğinde, Mahkeme'nin, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının varlığıyla ilgili karar verilebilmesi için yargılamanın sonucunda bir değişiklik olup olmayacağına bakılması gerektiğini kabul ettiği söylenebilir. Bu kapsamda yargılama sonucunda bir değişiklik olmayacağına açıkça belli olduğu durumlarda sanığın duruşmaya çağrılmayarak hakkında karar verilmesi duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal etmeyecek olup, aksi durumda duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktır.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin kabul ettiği bu görüşün herhangi bir hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Zira konuyu düzenleyen CMK'da sanığın yokluğunda duruşma yapılabilecek haller ve bunun şartları açıkça gösterilmiş olup Anayasa Mahkemesi'nin kararında esas aldığı “*yargılamanın sonucunda bir değişiklik olmayacağına açıkça belli olması*” şeklinde bir kritere CMK'da hiçbir şekilde yer verilmediği görülmektedir. Ayrıca bu kriterin neye göre ve nasıl belirleneceği de bir başka soru işareti olduğundan kararda kullanılan gerekçenin hatalı olduğunu düşünmekteyiz.

Bu açıklamalardan sonra, çalışmada sıklıkla bahsedilen ve savunduğumuz görüşün temel argümanlarından birisi olan duruşma kavramından ne anlaşılması gerektiğine de aşağıda kısaca değinmekte yarar görüyoruz.

b. Duruşma Hazırlığı, Duruşma ve Hüküm Verme

İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün şekli anlamda kesinleşmesine kadar geçen evre, kovuşturma evresi olarak nitelendirilmektedir (CMK m.2/1-f). İlk derece mahkemesinde yapılan kovuşturma evresinin (dar anlamda kovuşturma evresi) üç alt evresi olduğu söylenebilir: Duruşma hazırlığı, duruşma ve hüküm verme⁴⁴.

i. Duruşma Hazırlığı

Kural olarak iddianamenin kabulü ile başlayan, esasen mahkeme başkanının yetkili bulunduğu ve kural olarak biçimsel işlerin yapıldığı ve bu suretle duruşmanın hazırlandığı kovuşturma evresine duruşma hazırlığı denilmektedir⁴⁵. Duruşma hazırlığı alt evresinde, duruşmanın gereksiz yere uzamasını önlemeye yönelik bazı işlemler yapılmaktadır⁴⁶.

ii. Duruşma

Duruşma hazırlığı alt evresinde belirlenen günde, yetkili mahkemenin duruşma salonunda tanık ve bilirkişi yoklamasını yapması ile başlayan hükme katılacak hakim veya hakimlerin huzuru, zabıt katibinin yerini alması, Cumhuriyet savcısı ve kural olarak sanığın ve müdafinin katılımıyla ara vermeksizin halka açık ve sözlü olarak gerçekleştirilen, delillerin ortaya konularak tartışılması suretiyle gerçeğe ulaşılmaya çalışılan ve son sözün sanığa verilmesiyle sona eren dar anlamda kovuşturma evresinin en önemli alt evresine duruşma denilmektedir⁴⁷.

Ceza muhakemesinin amacı olan gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi açısından da duruşma özel bir öneme sahiptir⁴⁸. Duruşmanın amacı, kendisinden sonra gelen hüküm verme alt evresine geçmeyi mümkün kılmaktır⁴⁹. Ayrıca duruşma, savunma makamının da muhakeme sürecine en etkin biçimde katılabildiği aşama olarak önem

⁴⁴ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d., s.624.

⁴⁵ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d., s.624.

⁴⁶ ŞAHİN / GÖKTÜRK, II, s.99.

⁴⁷ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d., s.626; TANER, Fahri Gökçen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.291.

⁴⁸ ROXIN, §42 Kn.39.

⁴⁹ KUNTER, Kn.467.

kazanmaktadır⁵⁰. Daha önce de ifade edildiği üzere duruşmada hazır bulunmak⁵¹ sanığın hem hakkı hem de yükümlülüğüdür. Zira bu şekilde sanık sözlü ve doğrudan doğruya olan duruşmada aktif bir savunma imkanına sahip olmaktadır⁵². Duruşmaya katılmayan bir sanığın ise savunma hakkını gereği gibi kullandığından bahsetmek mümkün olmaz⁵³. Bu nedenle sanığın duruşmada hazır bulunması kural olarak zorunludur⁵⁴.

iii. Hüküm Verme

Hüküm verme alt evresi ise delillerin ortaya konularak tartışılmasından ve nihayet son sözün sanığa verilmesinden sonra mahkemenin, duruşmada ortaya konularak tartışılan delillerden edineceği vicdani kanaate göre, yalnız iddianamede belirtilen fiile ve faile ilişkin hasredilecek bir hüküm kurmak üzere müzakereye çekilmesi ile başlayan, hükmün tefhimi ile sona eren alt evreye denilmektedir⁵⁵.

CMK'nın kabul ettiği sistemde, duruşma ile hüküm verme alt evreleri farklı kısımlarda (CMK m.182-222 - m.223-232) düzenlenmiş bulunmaktadır. O nedenle de duruşma için kabul edilen bir kuralın, hüküm için de geçerli olduğunu kabul edebilmek mümkün değildir.

Bununla birlikte duruşma aşamasının devamı mahiyetinde olduğundan hükmün tefhimi sırasında da sanığın hazır bulunması gerekmektedir⁵⁶.

II. SANIĞIN YOKLUĞUNDA (*IN ABSENTIA*) MAHKÛMİYET KARARI VERİLMESİ MESELESİ

CMK'da sanığın yokluğu hallerinin düzenlendiği hükümlere bakıldığında⁵⁷ 7188 sayılı Kanun değişikliği öncesi yalnızca CMK m.193/2 ve m.194/2'de -belli şartların varlığı halinde- *duruşmanın sanığın yokluğunda bitirilebileceğine* yer verildiği görülmektedir⁵⁸.

⁵⁰ ŞAHİN, *Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan*, Ceza Muhakemesi Hukuku-II, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.105.

⁵¹ Sanığın duruşmada hazır bulunmasının öneminin anlaşılmasının büyük ölçüde 19. yüzyılda olduğu ifade edilmektedir. Bkz. TANER, s.294.

⁵² ŞAHİN / GÖKTÜRK, II, s.105.

⁵³ ROXIN, §42 Kn.39; KESKİN, Serap, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997, s.156.

⁵⁴ ROXIN, §42 Kn.39.

⁵⁵ ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM v.d., s.637.

⁵⁶ MEYER-GOßNER, §230 Kn.7.

⁵⁷ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da (StPO §§230, 231, 232) benzer düzenlemelere yer verilmiştir.

⁵⁸ Acaba sorgusu yapılmayan sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecek midir? Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi için mahkemenin her şeyden önce yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğini sabit görmesi gerekmektedir. Ayrıca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için sanığın bunu kabul etmesi de şarttır. Sanığın, bunu kabul edebilmesi için de sorgusunun yapılmış olması zorunludur. Bu kapsamda sorgusu yapılmayan sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinin hukuken mümkün olmadığını söyleyebiliriz. Benzer şekilde sanık hakkında verilen hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesine veya ertelenmesine karar verilebilmesi için de ortada her şeyden önce bir mahkûmiyet kararının bulunması şart olduğundan sanığın yokluğunda bu kurumların da uygulanabilmesinin mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

CMK m.193/2 uyarınca sorgusu yapılmamış olsa da sanık hakkında toplanan delillere göre mahkumiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, dava sanığın yokluğunda bitirilebilir⁵⁹. Buna karşın sanık hakkında mahkumiyet kararı verebilmek için sanığın sorgusunun yapılmış olması şarttır.

CMK m.194/2 uyarınca sanığın yokluğunda davanın bitirilebilmesi içinse dava konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak daha önce sorguya çekilmiş olan sanığın savunması veya ara vermeyi izleyen duruşmaya gelmemesi ve sanığın hazır bulunmasına mahkemece artık lüzum görülmemesi gerekmektedir; ancak sanık hakkında beraat dışında bir karara hükmedilecekse sorgusunun yapılmış olması şarttır. CMK m.193/2'den farklı olarak m.194/2 uyarınca sanık hakkında mahkumiyet kararı verilebilmesi mümkündür. Bunun da temelinde sanığın önceden sorguya çekilmiş olması yatmaktadır. Buna göre -7188 sayılı Kanun öncesi sistemde- CMK'nın kabul ettiği sistemde, sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilebilecek tek durum sorgusu yapılan sanığın mahkemeden uzaklaşmış olması ve sanığın hazır bulunmasına mahkemece artık gerek görülmemesidir.

⁵⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun önüne gelen bir uyuşmazlıkta, sanığın resmi evrakta sahtecilik suçundan beraatına karar verilen bir olayda, sanığın sorgusunun yapılmasının gerekip gerekmediği tartışılmıştır. Genel Kurul özetle şu karara varmıştır: "5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasasının, 'Sanığın duruşmada hazır bulunmaması' başlığını taşıyan 193. maddesinde, 01.06.2005 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5353 sayılı Yasa ile eklenen 2. fıkrasının konuluş amacı gerekçesinde, 'Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkumiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa dahi dava gıyabında bitirilebilir. Böylece sanığın lehine bir düzenleme getirilmiş ve gereksiz yere davanın uzaması önlenmek istenmiştir' şeklinde açıklanmış olup, maddenin değişiklik gerekçesinde de belirtildiği üzere, sanık hakkında, mahkumiyet dışında bir karar verileceği hallerde, davanın gereksiz yere uzamaması için sorgusu yapılmadan da davanın bitirilmesi olanaklı hale gelmiştir. 1412 sayılı CYUY'un 223/son maddesi hükmü ile anılan fıkra benzerlik arz etmekte ise de anılan fıkra, 1412 sayılı CYUY'un 223/son fıkrası döneminde şekillenen ve fıkranın uygulanma koşullarını derhal beraat kararı ile sınırlayan görüşler doğrultusunda değil, yasa koyucunun gerekçede belirttiği amacı da nazara alınarak daha geniş yorumlanmalı, anılan hükmün mahkumiyet hükmü dışındaki hükümler yönünden yüz yüze yargılama ilkesinin bir istisnası olduğu kabul edilmelidir. /.../ Diğer yönden, 5271 sayılı CYY'nin 193. maddesinin 2. fıkrası ile 223. maddesinin 9. fıkrasındaki, 'derhal beraat kararı verilebilecek hallerde, durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez' hükümleri arasında da bir bağ kurulmamalıdır. 223. maddede belirtilen husus, derhal beraat kararı verilebilecek hallerde, sanığın en lehinde olan bu hükmün verilmesinin zorunlu olduğunu belirtmekten ibaret olup, buradaki derhal keyfiyeti ile 193. maddenin 2. fıkrasının uygulanma koşulları arasında bir benzerlik bulunmamaktadır. Bu nedenle anılan fıkranın uygulanma koşullarının eylemin ilk bakışta açıkça suç oluşturmadığının saptanması ile sınırlı olduğunun kabulü, fıkradaki düzenlemenin konuluş amacı ile de bağdaşmamaktadır. Fıkra aranılan husus, toplanan kanıtlara göre mahkumiyet dışında bir hükmün verilmesinden ibarettir." YCGK, 20.10.2009 T., 11-89/243. Akt. YAŞAR, s.2083-2084. Ancak Yaşar, YCGK'nın bu kararına rağmen, bazı Yargıtay ceza dairelerinin, YCGK'nın bu kararını benimsemediklerini ve savunma alınmadan beraat kararı verilemeyeceği hususunda ısrarcı olduklarını da ifade etmekte ve bu içtihatlarla da çalışmasında yer vermektedir. Bkz. YAŞAR, s.2081 vd. Yargıtay'ın bazı ceza dairelerince -Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun vermiş olduğu karar olmasa bile- CMK'nın açık hükmüne rağmen, sanığın yokluğunda beraat kararı verilebilmesi için, eylemin ilk bakışta suç oluşturmadığını arayan görüşlerinin yerinde olmadığını ifade edebiliriz. Zira CMK'da bu konuda hiçbir ayırım yapılmamış olup, gerek toplanan delillere göre mahkumiyet dışında bir karar verilmesi gerek eylemin ilk bakışta suç oluşturmadığının (bundan kastedilmek istenenin ne olduğu belli değildir) belirlendiği durumlarda sanığın sorgusu yapılmadan davanın yokluğunda bitirilebilmesi mümkündür. Ancak böyle bir kabul CMK m.193/2'de gösterilmeyen bir şartın CMK'ya dahil edilmesi sonucunu doğuracaktır ki, bunun yerinde olduğunu söyleyebilmemiz mümkün değildir.

CMK m.195'te ise sanığın yokluğunda duruşma yapılabilecek bir diğer duruma yer verildiği görülmektedir. Buna göre sanığın üzerine atılı suç adli para cezasını ve/veya müsadereyi gerektirmekte ve sanığa gönderilen çağrı kağıdında⁶⁰ sanık gelmese bile duruşma yapılabileceği ihtarata yazılmış olursa sanığın yokluğunda duruşmanın yapılabilmesi kabul edilmiştir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus vardır: Doktrinde her ne kadar aksi yönde görüş⁶¹ hakim olsa da kanaatimizce söz konusu şartlar oluşmuşsa mahkemenin yapabileceği tek muhakeme işlemi duruşma olacaktır⁶²; başka bir deyişle burada mahkemenin sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verebilmesi mümkün değildir. Zira yukarıda ifade olunduğu üzere duruşma ile hüküm verme birbirinden farklı alt evreler olup, 195. maddede yalnızca duruşmanın yapılabilmesine imkan tanınmıştır; kanun koyucu aksini yani sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilebilmesini istemiş olsaydı madde metnini 193. maddenin ikinci fıkrasındakine benzer şekilde örneğin "...sanık gelmese bile dava yokluğunda bitirilebilir." şeklinde bir formülasyonla⁶³ kaleme alabilirdi. Bu nedenle doktrinde *basit*

⁶⁰ CMK m.195'te her ne kadar "*davetiye*" ifadesini kullanmaktaysa da teknik anlamda kastedilmek istenenin ve doğru olanın CMK m.176'da da belirtildiği üzere "*çağrı kağıdı*" olduğunu düşünmekteyiz.

⁶¹ Bu görüşteki yazarlardan Yaşar'a göre CMK m.195'teki şartlar oluşmuşsa sanık gelmese bile duruşma yapıp, sanığın savunması alınmadan hüküm kurulabilecektir. Bkz. YAŞAR, s.2103. Yaşar'la benzer görüşleri savunan Taner'e göre de sanığa çıkartılan davetiyede "gelme de duruşma yapılacağına" dair ihtarata anlaşılması gereken, sanığın gıyabında (yokluğunda) mahkumiyet kararı verilebileceğidir. Taner, sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilmesi hususunu hiçbir şekilde eleştirmezken ve tartışma konusu bile yapmazken, yalnızca davetiye üzerinde yazılı ihtarın puntosunun küçük olduğundan bahisle sanık tarafından okunacağı şüpheli olduğu noktasında eleştirilerini ortaya koymaktadır. Ayrıca yazar 195. maddenin, sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilebilmesinin yasal dayanağı olduğunu isabetli olmayan bir şekilde ifade etmektedir. Bkz. TANER, s.303, 305. Ünver/Hakeri'ye göre de sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilebilmesi mümkündür. Bkz. ÜNVER, YENER / HAKERİ, HAKAN, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.554. Benzer görüşte bkz. PARLAR, ALI / ÖZTÜRK, MUSTAFA, Ceza Yargılamasında Mutlak Bozma Nedenleri, Aristo Yayınevi, İstanbul 2018, s.106. Bu görüşteki yazarlardan bir diğeri olan Dereli'ye göre, uygulamada her ne kadar çok mümkün olmasa da duruşmanın tek celsede bitirilerek hüküm verilmesi esas olduğundan, sanığın yokluğunda duruşmanın yapılması ifadesinden, sanığın yokluğunda hüküm verilebileceği anlamı çıkmaktadır. Ancak yazar yaşanabilecek tartışmaların sonlanması için CMK 195. maddede, 193 ve 194. maddelerdeki formülasyonun kullanılmasını önermektedir. Bkz. DERELİ, ALPARSLAN, Mutlak Bozma Nedeni Olarak Savunma Hakkının Kısıtlanması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s.120.

⁶² Kısmen benzer yönde bkz. ŞEN, <https://www.hukukihaber.net/sanigin-yoklugunda-durusma-ve-hukum-makale,5688.html>. Şen, çalışmasında her ne kadar CMK m.195 uyarınca sadece duruşmanın yapıp, davanın bitirilemeyeceğini ve sanık hakkında karar (hüküm) verilemeyeceğini savunsa da kanaatimizce burada verilemeyecek olan tek hüküm çeşidi yalnızca mahkumiyet olacaktır. Başka bir ifadeyle CMK m.193/2, CMK m.195 bakımından da uygulama kabiliyeti bulacağından, CMK m.195'teki şartların gerçekleşmesi durumunda sanık hakkında mahkumiyet dışındaki diğer hüküm çeşitlerinin özellikle de beraat kararının verilmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

⁶³ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "*Sözlü yargılama*" başlıklı 186. maddesinde tam da buna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir: "(1) Mahkeme, tahkikatın bitiminden sonra, sözlü yargılama ve hüküm için tayin olacak gün ve saatte mahkemede hazır bulunmalarını sağlamak amacıyla iki tarafı davet eder. Taraflara çıkartılacak olan davetiyede, belirlenen gün ve saatte mahkemede hazır bulunmadıkları takdirde yokluklarında hüküm verileceği hususu bildirilir." Dikkat edilecek olursa HMK'nın formülasyonunun CMK'ya oranla daha başarılı olduğu görülmektedir. Zira CMK'daki "...dava yokluğunda bitirilebilir." ifadesi yerine daha teknik bir ifadeyle "...yokluklarında hüküm verilir." benzeri bir ifadeye yer verilmiştir. Yine HMK'nın "*Tarafların duruşmaya daveti*" başlıklı 147. maddesinin ikinci fıkrasında da "...duruşmaya yokluklarında devam edileceği..." şeklinde bir ifadeye yer verilmiş olup bu formülasyonun da CMK m.195'tekinden daha başarılı ve daha teknik bir ifade olduğu söylenebilir.

suçlar olarak nitelendirilen ve yaptırım olarak adli para cezası ve/veya müsadere öngörülen suçlarda sanığın duruşmaya gelmediği durumlarda savunma hakkından feragat etmiş olacağı ve bu nedenle de yokluğunda mahkumiyet kararı verilebileceği yolundaki uygulamada gelişen ve doktrinde de kabul gören görüşe katılmadığımızı belirtmek istiyoruz. Savunduğumuz görüşün gerekçelerini şöyle sıralayabiliriz:

İlk olarak, bir suç için öngörülen yaptırımın niteliğinden hareketle sanığın savunmasına gerek olmadığı kabul edilmesinin, savunma hakkının ve hukuki dinlenilme hakkının gerçek anlamıyla uygulandığı bir hukuk sisteminde savunulabilir bir yanı bulunmamaktadır.

İkincileyin, şüpheli veya sanığın yokluğunda tutuklama kararı verilmesini tek bir istisna (kaçak şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilmesi: CMK m.248/5) haricinde yasaklamış ve böylelikle CMUK döneminde geçerli olan *giyabi tutuklama* kurumunu CMK'ya almama başarısını göstermiş bir kanun koyucunun, sanık hakkında *giyabi mahkumiyet* kararı verilebileceğini kabul etmesinin abesle iştigal etmek olarak görmekteyiz.

Üçüncüylein, sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilmesinin kabul edilmesi, ceza yargılamasının, bir anlamda özel hukuk yargılamasına dönüşmesi (bkz. HMK m.186/1) riskini beraberinde getirecektir.

Son olarak, sorgusu yapılmayan sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilememesi, devletin sahip olduğu cezalandırma ve yargılama yetkisinin sınırlandırılması sonucunu doğurmakta ve bu durum da devletin yargı yetkisinin sınırlarından birisini oluşturmaktadır. Burada devlet, kural olarak sanığın yokluğunda yargılama yapıp sorgusunu bile yapmadan mahkumiyet kararı verebilme yetkisine sahip olmasına rağmen, benimsemiş olduğu kurullarla bu yetkiyi bizzat kendisi sınırlandırma (*self-limiting*) yoluna gitmektedir. Yine bu yolla sanığın yargılamanın *objesi* olmasının önüne geçilmekte, sanık yargılamaya şekil verebilen bir *süje* konumuna yükseltilmektedir. Bunun yapılması suretiyle insan onurunun korunması ilkesinin ve bu ilke ile yakından bağlantılı hukuki dinlenilme hakkının da aktif bir şekilde hayata geçirileceğini belirtebiliriz.

Ancak yukarıda da kısaca değinildiği üzere, 7188 sayılı Kanunla CMK'ya getirilen basit yargılama usulü⁶⁴ ve istinaf duruşmasına ilişkin hükümlerde yukarıda belirttiğimiz hususların hiçbirisine dikkat edilmediği görülmektedir. Bu kapsamda bakıldığında, çalışmamızda, belli ağırlıktaki yaptırımları gerektiren fiiller bakımından bile uygulanmasının doğru olmadığını dile getirdiğimiz sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilmesi sorununu çözmek bir yana, sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilebilecek durumları yasal hale getirmenin izah edilebilir bir yanı olduğunu düşünmemekteyiz. Artan iş yükü, dosya sayılarındaki artışlar bahane edilmek suretiyle önemsiz olduğu düşünülen suçların genel muhakeme usulünden çıkartıldığı gibi bazı sözde gerekçelerin de bu duruma haklılık payı kazandıramayacağı ortadadır. Sonuç itibarıyla, aşağıda ayrı bir başlık altında değinilecek olsa da 7188 sayılı Kanunla CMK'ya getirilen yeni hükümlerin ceza muhakemesi sistemimizin temel yapı taşlarına aykırı olduğu, adil yargılanma hakkı, savunma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı, çelişme

⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **DEĞİRMENCİ, Olgun**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m.251-252)”, Terazi Hukuk Dergisi, 2020, 15 (1), s.36 vd.

ilkesi ve insan onuru başta olmak üzere birçok temel hakkın ihlali sonucunu doğuracağını rahatlıkla ifade edebiliriz.

A. CMK m.193/2’te Bahsedilen “mahkûmiyet dışında bir karar” İfadesinin Anlamı

Doktrinde ve yargı kararlarında CMK m.193/2’de bahsedilen “*mahkumiyet dışında bir karar*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususunda net bir açıklama yapılmamakta, yalnızca CMK m.193’teki formülasyonun tekrarıyla yetinildiği görülmektedir. CMK m.223’te altı adet hüküm çeşidine yer verildiği dikkate alındığında, maddede bahsi geçen mahkumiyet dışında bir karar ifadesiyle kastedilmek istenenin hangisi/hangileri olduğunun da net bir şekilde ortaya konulmasında zorunluluk vardır.

Her şeyden önce, CMK m.193’te geçen “*karar*”dan kastedilmek istenenin teknik anlamda “*hüküm*” olduğu söylenebilir. Bu nedenle bu konuyla ilgili sağlıklı bir sonuca varabilmek için hüküm çeşitlerini düzenleyen CMK m.223/1’e bakmak gerekmektedir. CMK m.223/1’e göre hüküm çeşitleri şunlardır⁶⁵: Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkumiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi, davanın düşmesi. Burada CMK m.193/2 kapsamında, mahkumiyet dışında bir karar kapsamında kalıp kalmadığı tartışmalı en önemli hüküm çeşidi güvenlik tedbirine hükmedilmesidir. Bu nedenle bundan sonraki açıklamalarımızda güvenlik tedbirine hükmedilmesi özelinde değerlendirmelerde bulunulacaktır.

CMK m.223/6’da hüküm çeşidi olarak güvenlik tedbirine⁶⁶ (TCK m.53-60) hükmedilebilecek durumlara yer verilmiştir. Düzenleme şu şekildedir: “(6) *Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkumiyet yerine veya mahkumiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmlenir.*” Buna göre yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, sanık hakkında, belli bir cezaya *mahkumiyet yerine veya mahkumiyetin yanı sıra* güvenlik tedbirine hükmlenacaktır. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, TCK m.32/1 çerçevesinde akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin bulunmadığı tespit edilen fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı ile birlikte, *cezaya mahkumiyet yerine* akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmlenacaktır. Buna karşın TCK m.32/2 çerçevesinde akıl hastalığı nedeniyle azalmış kusur yeteneği tespit edilen failer bakımından kural olarak cezaya mahkumiyet kararı verilecektir. Ancak TCK m.32/2 ve TCK m.57/6 uyarınca mahkeme, cezanın kısmen veya tamamen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanmasına karar verebilecektir. İşte böyle bir durumda, *cezaya mahkumiyetin yanı sıra* akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine de hükmlenacaktır. Bu kapsamda, 765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde tartışmalı olmakla birlikte, CMK m.223/1’de açıkça düzenlendiği üzere, ceza verilmesine yer olmadığı kararı ve güvenlik tedbirine hükmedilmesi kararı, mahkumiyetten ayrı bir hüküm çeşidi olduğundan, kusur yeteneği bulunmayan fail hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmesi durumunda, ortada bir mahkumiyet kararının olmayacağı söylenmelidir. Buna karşın TCK m.32/2 çerçevesinde tespit edilmiş azalmış

⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **BEKAR, Elif**, “Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m.223)”, İÜHFMD, C. LXXV, S. 1, s.15 vd.

⁶⁶ Güvenlik tedbirleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **ARTUK, Mehmet Emin**, “Güvenlik Tedbirleri”, GÜHFD, C. XII, Y. 2008, Sa. 1-2, s.461 vd.

kusur yeteneğinin varlığı durumunda ise ortada bir mahkumiyet hükmü söz konusudur⁶⁷.

Bu kapsamda, CMK 193/2 çerçevesinde *mahkumiyet dışında bir karar* ifadesi ile kastedilmek istenenin beraat, davanın reddi, davanın düşmesi, 223/3-b, c, d ve 223/4 uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararları olduğunu söyleyebiliriz. Ayrıca bu kapsam içerisinde TCK m.32/1 çerçevesinde akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği bulunmayan failer hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı (CMK m.223/3-a) ile birlikte verilen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmedilmesi kararını da dahil edebiliriz. Zira böyle bir durumda teknik anlamda bir mahkumiyet kararından söz edebilmek mümkün değildir. Buna karşın fail hakkında TCK m.32/2 çerçevesinde tespit edilen azalmış bir kusur yeteneği varsa burada teknik anlamda bir mahkumiyet kararının varlığından bahsedilecek olup, CMK m.193/2 uyarınca sanığın yokluğunda davanın bitirilebilmesi mümkün olmayacak diye düşünmekteyiz. Buna karşın diğer durumda yani TCK m.32/1 çerçevesinde akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneğinin bulunmadığı tespit edilen fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı ile birlikte, *cezaya mahkumiyet yerine* akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükümlenmesi halinde sanığın yokluğunda davanın bitirilebilmesinin mümkün olduğu söylenebilir.

B. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sanığın Yokluğunda (*in absentia*) Duruşma Yapılmasına Yaklaşımı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) sanığın duruşmada hazır bulunması doğrudan doğruya sanığa verilmiş bir hak olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*'nin⁶⁸, adil yargılanma hakkını düzenleyen 14. maddesinin üçüncü fıkrasının (d) bendinde bu hakka açıkça vurgu yapıldığı görülmektedir: “*Yargılanmada hazır bulunması ve kendisini ya doğrudan ya da kendi seçtiği avukat yardımı ile savunması; ...*”.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) vermiş olduğu kararlarda, her ne kadar AİHS'te sanığın duruşmada hazır bulunmasına doğrudan doğruya yer verilmemiş olsa da adil yargılanma hakkının yorumu yoluyla sanığın böyle bir hakka sahip olduğunu kabul etmektedir⁶⁹.

AİHS m.6'nın yorumu yoluyla, duruşmada sanığın hazır bulunması teminat altına alınmakla birlikte, sanığın yokluğunda duruşma yapılması peşinen yasaklanmamaktadır. Buna göre, duruşmada hazır bulunmak için kendine düşeni yerine

⁶⁷ **YILDIZ, Mehmet Emre**, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İzmir 2019, s.510-511.

⁶⁸ Türkiye Cumhuriyeti söz konusu Sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşmenin onaylanmasını uygun bulan 4 Haziran 2003 Tarih ve 4868 sayılı Kanun, 18 Haziran 2003 Tarih ve 25142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bakanlar Kurulu'nun 7 Temmuz 2003 tarih ve 2003/5851 sayılı kararıyla Sözleşme'nin onaylanması kararlaştırılmış ve Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi, 21 Temmuz 2003 tarihli ve 25175 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶⁹ **DAHM, Georg / DELBRÜCK, Jost / WOLFRUM, Rüdiger**, Völkerrecht, Band I/3, De Gruyter Recht, 2. Auflage, Berlin 2002, s.1022; **İNCEOĞLU, Sibel**, “Adil Yargılanma Hakkı”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Editör: Sibel İnceoğlu, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s.243. Çalışmamızda bahsettiğimiz kararlardan da anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi de AİHM tarafından savunulan bu görüşe taraftardır.

getirmeyen sanığın, bu *hakkından* zımnen vazgeçtiği düşünülerek yokluğunda duruşma yapılabilecektir. Ancak, duruşmada hazır bulunma hakkının savunma ve dolayısıyla adil yargılamadaki önemi nedeniyle sanığın bu haktan vazgeçmesinin, *tereddüte yer vermeyecek derecede açık olması* ve bunun aynı zamanda *kamu yararına aykırı da olmaması* gerekir. Şayet sanık, kendi kusuruyla veya bilerek savunma hakkını kullanmaktan mahrum kalmışsa, AİHS m.6/3-c hükmünün ihlal edildiğinden bahsedilemez. Ayrıca AİHS m.6/3-c hükmü, sanığın kaçak olduğu veya başka bir nedenle kendisine ulaşmanın mümkün bulunmadığı durumlarda, ulusal mevzuatın sanığın yokluğunda yargılama yapılmasını kabul etmesine engel değildir. Ancak bu gibi hallerde, sanığı durumdan haberdar etmek için (AİHS m.6/3-a) mahkemenin her yolu ciddi şekilde denemiş ve her türlü tedbiri almış olması gerekmektedir⁷⁰.

AİHM 2006 yılında vermiş olduğu *Sejdovic v. İtalya* kararında⁷¹ da sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının AİHS m.6/1'de açıkça düzenlenmiş olmasa da AİHS m.6/1 anlamında adil yargılanma hakkının bir parçası olduğuna vurgu yapmıştır. AİHM'e göre sanığın, aleyhine başlatılan bir ceza davasında "*bir suç ile itham edilen herkes*" kapsamında ele alınması ve bu kapsamda duruşmada hazır bulunmasının sanığa verilmiş bir hak olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. AİHM'e göre AİHS m.6/3-c, d, e bentlerinde yer alan hakların, sanığın hazır bulunmadığı bir duruşmada hayata geçirildiğinden bahsedilmesi mümkün değildir.

C. Basit Yargılama Usulünde Sanığın Yokluğunda Duruşma Yapılması ve Mahkûmiyet Kararı Verilmesi Meselesi

7188 sayılı Kanun'la CMK'ya getirilen ve yukarıda da kısaca bahsedilen basit yargılama usulü inceleme konusuyla alakalı çok önemli düzenlemeler getirmiştir. Basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilmesi durumunda duruşma yapılmamakta, yalnızca tarafların beyan ve savunmaları alınmakta, sonrasında ise kural olarak mahkeme tarafından CMK m.223'te belirtilen hüküm çeşitlerinden birisine -ki buna mahkûmiyet de dahil- hükmedilmektedir (CMK m.251). Her ne kadar mahkemenin, sanığın savunmasını on beş gün içinde yazılı olarak bildirmesini istemesi -*çok iyimser bir yorumla*- sorgu olarak nitelendirilmek istense bile, sorgunun mahkeme huzurunda olması gerekmesi ve CMK m.147'deki yöntemin takip edilmesi zorunluluğu karşısında mümkün değildir. Bu kapsamda duruşma yapılmadığı için yokluğunda, sorgusu yapılmadığı için sorguya çekilmeden⁷² sanığın mahkûm edilmesi söz konusu olmaktadır ki, bunun CMK'da benimsenen sistemde kabul edilebilmesi mümkün gözükmemektedir.

⁷⁰ DAHM / DELBRÜCK / WOLFRUM, s.1022; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Adil Yargılanma", AÜSBFD, Yıl: 1994, Cilt: 49, Sayı: 1, s.225.

⁷¹ AİHM, Büyük Daire, *Sejdovic v. Italy*, Karar Tarihi: 01.03.2006, Başvuru No: 56581/00, §81 (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-72629>).

⁷² Aslında benzer bir durum, 7188 sayılı Kanun'la CMK'ya dahil edilen yeni kurumlardan birisi olan "seri muhakeme usulü" (CMK m.250) bakımından da söz konusudur. Bu usulde Cumhuriyet savcısı, şüpheli hakkında seri muhakeme usulünün uygulanmasını yazılı olarak görevli mahkemeden talep edecek; sonrasında ise mahkeme, şüpheliyi müdafii huzurunda dinledikten sonra şartları oluşmuşsa talepte belirlenen yaptırım doğrultusunda hüküm kuracaktır. Her ne kadar maddede teknik anlamda sorgudan değil, "*dinleme*"den bahsedilmiş olsa da sonuçta şüphelinin usulüne uygun olarak görevli mahkemede savunmasını sözlü olarak -vasıtasız bir şekilde- yapma imkanı tanınmış olduğundan bu nokta itibarıyla sanığın sorgusu yapılmadan hakkında hüküm verilip mahkûm olacağından bahsetmenin çok da mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

Basit yargılama usulünde itirazı düzenleyen CMK'nın 252. maddesinin ikinci fıkrasında ise daha ilginç bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, CMK 251 uyarınca verilen hükme süresi içerisinde yapılan itiraz üzerine hüküm veren mahkemece duruşma açılır ve genel hükümlere göre yargılamaya devam olunur. Hükümün devamında, *taraflar gelmese bile duruşmanın yapılacağı* ve daha da önemlisi *yokluklarında hüküm verilebileceği* belirtilmiştir. Buna göre kanun koyucu, basit yargılama usulünün uygulandığı davalarda gerek hüküm verilmesi aşamasında gerek hükme itiraz sonrasında genel hükümlere göre yapılacak yargılama sırasında sanığın hazır bulunmasına ve sorgusunun yapılmasına gerek görmemiştir.

Sanığın yokluğunda kural olarak duruşma yapılmasını, sorgusu yapılmamışsa mahkumiyet kararı verilebilmesini yasaklayan kanun koyucunun, basit yargılama usulünün uygulandığı yargılamalarda CMUK'ta bile kabul edilmeyen sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilebilmesini kabul etmesini anlayabilmek açıkçası mümkün değildir. Bu nedenle doğru olmayan bu uygulamadan bir an önce dönülmesini ve basit yargılama usulünün uygulandığı davalarda da sanığın sorgusunun yapılmasının zorunlu hale getirilmesi gerekmektedir. Şayet bu yapılmak istenmiyorsa en azından itiraz üzerine hüküm veren mahkemece genel hükümler uyarınca yargılamaya devam edilmesi ve taraflar gelmese bile duruşma yapılacağına ve yokluklarında hüküm verileceğine dair CMK'nın 252. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin kanun metninden bir an önce çıkarılması gerektiğini düşünmekteyiz. Aksi durumda çalışmada da üzerinde durulduğu üzere başta adil yargılanma ve savunma hakkı olmak üzere insan onurunun korunması dahil birçok temel hak ve ilkenin ihlali tehlikesi gündeme gelebilecektir.

D. Bölge Adliye Mahkemelerinde Yapılan Duruşmaya Sanığın Gelmemesi Halinde Davanın Sanığın Yokluğunda Bitirilebilmesi Meselesi

7188 sayılı Kanun'la CMK'da yapılan değişikliklerden birisi de istinafa ilişkin 282. maddededir⁷³. 282. maddenin birinci fıkrasına eklenen (f) bendinde, sanık, müdafii, katılan ve vekilinin davetiye tebliğ edilmesine rağmen duruşmaya gelmemesi halinde duruşmaya devam edilerek sanığın sorgu tutanakları anlatılmak suretiyle (ki bunun kime anlatılacağı merak konusudur) *davanın yokluklarında bitirilebileceği*, ancak 195. madde hükmü saklı kalmak üzere, sanık hakkında verilecek cezanın, ilk derece mahkemesinin verdiği cezadan daha ağır olması durumunda sanığın mutlaka dinlenmesi gerekeceği belirtilmiştir.

Yeni getirilen düzenlemenin kendi içinde çelişkiler barındırdığı ortadadır. Şöyle ki; bölge adliye mahkemesi yapacağı duruşma sırasında sanık hakkında ilk derece mahkemesinin verdiği cezadan daha ağır bir ceza vereceğini duruşmanın hemen başında

⁷³ Madde gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmiştir: “Maddenin birinci fıkrasına eklenen (f) bendiyle, istinaf aşamasında uygulanması kabul edilen istisnai hükümlerin kapsamı genişletilmektedir. Düzenlemeyle, sanık, müdafii, katılan ve vekili davetiye tebliğine rağmen duruşmaya gelmezse, sanığın sorgu tutanakları anlatılmak suretiyle duruşmanın sürdürülerek, yokluklarında davanın bitirilmesine imkan sağlanmaktadır. Ancak, sanık hakkında verilecek ceza, ilk derece mahkemesinin verdiği cezadan daha ağır ise, her halde sanığın dinlenilmesi gerekecektir. /.../ Öte yandan, yapılan değişiklik, Kanunun 195 inci maddesinin bir istisnasını oluşturmayacağından, şartlarının bulunması halinde 195 inci madde hükümleri bu bent hükmüne bağlı olmaksızın uygulanabilecektir. /.../ Bu bent hükmünün uygulanabilmesi için çıkarılacak davetiyede gelinmediği takdirde yargılamanın yoklukta yapılacağı ve hüküm verileceği yazılacaktır.”

nasıl bilebilecektir? Şayet duruşma başlamadan bölge adliye mahkemesi sanık hakkında, ilk derece mahkemesinin verdiği cezadan daha ağır bir ceza verme kabulüyle hareket etmekteyse, o durum bu çalışmanın konusunu aşan daha da büyük sorunları beraberinde getirecektir. Bu nedenle olması gereken, istinaf yargılaması sırasında, ilk derece mahkemesinde kabul edilen genel prensiplerden mümkün olduğunca uzaklaşmamaktır. Aksi takdirde geniş anlamda kovuşturma aşamasının farklı evreleri için farklı muhakeme usulleri uygulanması söz konusu olacaktır ki, bu da yargıya olan güveni ve adil yargılanma hakkının ihlali tartışmalarını beraberinde getirebilecektir. Bu nedenle yapılacak bir yasal değişiklikle CMK m.282/1-f'nin madde metninden çıkarılmasının ve önceki yönetime dönülmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz.

E. Görevsizlik Kararı Verilmesine İlişkin Özel Durumlar

Bu başlık altında tartışılacak mesele, sanığın olmadığı bir duruşmada, suçun hukuki niteliğinin değiştiğinden bahisle davayı gören mahkemenin görevsizlik kararı vererek dosyayı görevli olduğunu düşündüğü mahkemeye göndermesinin mümkün olup olmayacağıdır.

CMK'ya göre alt dereceli mahkemenin iddianamenin kabulünden sonraki her aşamada görevsizlik kararı verip dosyayı üst dereceli mahkemeye gönderme imkanı varken; üst dereceli mahkeme yalnızca iddianamenin kabulünden sonra duruşmadan önce görevsizlik kararıyla dosyayı alt dereceli mahkemeye gönderebilecektir (CMK m.4-6).

İlk durumda, yani örneğin asliye ceza mahkemesinin görevsizlik kararı vermesi gereken bir durum olduğunu tespit etmesi halinde verilecek görevsizlik kararıyla yargılamanın ağır ceza mahkemesinde yapılması gündeme gelebilecektir. Her ne kadar ağır ceza mahkemesindeki yargılamanın daha teminatlı olduğu ileri sürülebilirse de ağır ceza mahkemesinin tabi olduğu yargılama usulünün (örneğin tutukluluk süreleri) asliye ceza mahkemesine oranla sanık açısından daha ağır sonuçları olduğu da bir gerçektir. Bu nedenle kanaatimizce, iddianamenin kabulünden sonra tensip kararıyla görevsizlik kararı verilmemesinin; duruşmaya başladıktan sonra ve sanığın sorgusu gerçekleştirildikten sonra görevsizlik kararı verilerek dosyanın ağır ceza mahkemesine gönderilmesinin daha doğru bir uygulama olacağını düşünmekteyiz. Ayrıca böyle bir uygulama, tabii hakim ilkesinin ve adil yargılanma hakkının da ihlali iddialarının önüne geçecektir. Her ne kadar CMK m.206/1'de, sanığın tebligata rağmen mazeretsiz olarak gelmemesi sebebiyle sorgusunun yapılamamış olması, delillerin ortaya konmasına engel görülmemekteyse de bu düzenlemenin, sanığın yokluğunda görevsizlik kararı verilebileceği şeklinde bir yoruma gerekçe olarak kullanılmasının doğru olmayacağı kanaatindeyiz.

Buna karşın ikinci ihtimalde, yani ağır ceza mahkemesinin, görevsizlik kararı vererek dosyayı asliye ceza mahkemesine göndermesinin mümkün ve yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Böyle bir uygulamanın sanığın aleyhine bir durum yaratacağı söylenemez; çünkü burada sanığın, madde bakımından yetki kuralları dikkate alındığında, daha az bir ceza ile cezalandırılması söz konusu olabilecektir. Daha da önemlisi, ağır ceza mahkemesinin görevsizlik kararı veremeyeceği tek durum, CMK m.6'da belirtildiği üzere, duruşmada suçun hukuki niteliğinin değişmesidir. Başka bir ifadeyle CMK m.6'nın amir hükmü gereği ağır ceza mahkemesi duruşmaya başladıktan sonra görevsizlik kararı veremeyecektir. Ancak duruşma hazırlığı alt evresinde, yani

iddianamenin kabulü kararı verdikten sonra, duruşma başlamadan önce, yargılama konusu fiilin, asliye ceza mahkemesinin görev alanına girdiğinden bahisle görevsizlik kararı verilebilmesine engel bir durum yoktur⁷⁴. Bu kapsamda duruşma hazırlığı alt evresinde yani iddianamenin kabulünden sonra ancak duruşma başlamadan önce, duruşmaya ilişkin bir düzenleme öngören CMK m.193/1 hükmünün uygulanması mümkün olmayacak ve ağır ceza mahkemesi tensip kararıyla görevsizlik kararı verip dosyayı asliye ceza mahkemesine gönderebilecektir.

Konuyla ilgili cevaplandırılması gereken sorulardan bir diğeri de görevsizlik kararı üzerine dosya kendisine gelen üst dereceli mahkemenin, sanığın yeniden sorgusunu yapmasının gerekip gerekmediğidir. Kanaatimizce CMK m.7'nin açık hükmü karşısında, yenilenmesi mümkün olmayanlar dışında, görevli olmayan hakim veya mahkemece yapılan işlemler hükümsüz sayıldığından, görevsiz mahkemede yapılan sorgu da hükümsüz sayılmalıdır. Bu kapsamda görevsiz mahkemede sanığın sorgusunun yapılmış olması, usulüne uygun yapılmış bir sorgunun varlığına sebebiyet vermeyeceğinden sanığın görevli mahkemede hazır bulundurulması ve sorgusunun yeniden yapılması gerekmektedir. Aksi durumda CMK m.194/2 uyarınca sanığın yokluğunda davanın bitirilebilmesi mümkün değildir. Sanığın sorgusunun görevli mahkemede yapılmamış olması CMK m.193/2'nin uygulanmasına engel değildir.

III. İCRA CEZA MAHKEMELERİNDE UYGULANAN ÖZEL YARGILAMA USULÜ BAĞLAMINDA SANIĞIN YOKLUĞUNDA (IN ABSENTIA) DURUŞMA YAPILMASI VE MAHKÛMİYET KARARI VERİLMESİ MESELESİ

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda (İİK) düzenlenen ve takibi şikayete bağlı bulunan icra ve iflas suçlarıyla ilgili CMK'daki genel muhakeme prosedüründen ayrı özel bir muhakeme usulü belirlenmiş bulunmakta olup⁷⁵ bu suçlarla ilgili olarak öncelikle İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan özel muhakeme usulü uygulanacaktır⁷⁶.

İcra ve iflas suçlarının yargılaması, diğer suçların yargılamasına göre daha basit ve hızlı bir şekilde İİK'da belirtilen usul ve esaslara göre yapılacaktır⁷⁷. Bununla birlikte icra ceza mahkemesinde yürütülen yargılama da özü itibarıyla bir ceza yargılaması olduğundan⁷⁸ İİK'da hüküm bulunmayan durumlarda, takibi şikayete bağlı suçların yargılaması bakımından CMK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir⁷⁹.

⁷⁴ Benzer yönde görüş için bkz. ŞAHİN, I, s.238; YURTCAN, s.160; TAŞKIN, Mustafa, "Ceza Yargılamasında Görevsizlik Kararları ve Bunun Yargılama Sürelerine Etkileri", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Ocak 2016, Sayı 7, s.1038.

⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ERCAN, İsmail, Uygulamacılar İçin İcra ve İflas Suçları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.23 vd.; GÜNAY, Mehmet, İcra Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s.177 vd.

⁷⁶ YCGK, 08.12.2009 T., 2009/16-139 E., 2009/283 K. (www.kazanci.com.tr)

⁷⁷ GÜNAY, s.177.

⁷⁸ "Bununla birlikte İcra ve İflas Kanununda kendine özgü bir yargılama sistemi öngörülmüş olması, bu kanunda düzenlenen suçlara ilişkin yapılan yargılama işlemlerinin ceza yargılaması faaliyeti olmadığı anlamına gelmemektedir. Bu kanunda aksine sınırlayıcı hüküm bulunmadığı hallerde ceza yargılamasının 'usul kurallarının öngördüğü ilkeler doğrultusunda, somut gerçeğin her türlü kuşku'dan uzak bir biçimde kesin olarak saptanması' amacı ve 'adaletin tam olarak gerçekleşmesi için, öne sürülen ve olaya ışık tutabilecek nitelikteki tüm yasal kanıtların araştırılıp tartışılması' zorunluluğu, İİK'nda düzenlenen

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus vardır: İİK'da icra ve iflas suçlarına ilişkin getirilen özel muhakeme usulü, *yalnızca şikayete bağlı* icra ve iflas suçları hakkında uygulama alanı bulabilecektir. Başka bir deyişle şikayete bağlı olmayan yani re'sen soruşturulan ve kovuşturulan icra ve iflas suçları bakımından CMK'daki genel soruşturma ve kovuşturma usulleri uygulanacaktır⁸⁰.

İcra ve iflas suçlarıyla⁸¹ ilgili yargılama genel görevli mahkemelerde değil icra ceza mahkemelerinde gerçekleştirilmekte (İİK m.346/3); yetkili icra ceza mahkemesi, icra takibinin yapıldığı yerdeki mahkeme olmakta (İİK m.348); şikayet⁸² ise fiilin öğrenildiği tarihten itibaren üç ay içinde yapılmaktadır (İİK m.347).

Duruşma hazırlığı, duruşma ve hüküm aşamaları bakımından da İİK'da, CMK'dakinden farklı özel düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Buna göre, yargılamanın yapılabilmesi için iddianame düzenlenmesi değil şikayetçinin dilekçeyle veya yazılı beyanla icra ceza mahkemesine müracaatta bulunması gerekmektedir. Şikayet dilekçesini alan icra mahkemesi duruşma için bir gün tayin eder ve sanığa davetiye gönderir. Tanık gösterilmişse o da çağırılır. Şikayetçi ve sanık mahkemece belirlenen gün ve saatte icra ceza mahkemesine gelmeye veya vekil ve müdafii göndermeye mecburdurlar. İcra ceza mahkemesi gerek duyarsa, tarafların bizzat hazır bulunmalarını da emredebilir. Sanık duruşmaya gelmez ve müdafii göndermezse veya bizzat bulunmasına gerek görülürse zorla getirilir. Eğer sanık zorla getirilemezse yargılama gıyabında yapılır. Şikayetçinin duruşmaya gelmemesi ve vekil de göndermemesi durumunda ise şikayet hakkı düşer (İİK m.349). İcra ceza mahkemelerindeki duruşmalarda Cumhuriyet savcısı hazır bulunmaz (İİK m.350/2). Şikayetçi, göstermiş olduğu delillerle bağlıdır (İİK m.351/1); sanık, tevsii tahkikat talebini yalnızca bir kere isteyebilir (İİK m.351/2). İcra ceza mahkemesi, şikayetçi ve sanığın iddia ve savunmalarını dinledikten, bütün delilleri değerlendirdikten sonra beş gün içinde hükmünü açıklar (İİK m.352/1).

İcra ceza mahkemelerinden hükmolunan hapis cezaları kural olarak seçenek yaptırımlara çevrilebilir, ertelenebilir veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.

İcra ceza mahkemelerinin vermiş olduğu hükümlerle ilgili olarak CMK'nın kanun yollarına ilişkin hükümleri uygulanacaktır (İİK m.353/2). Buna göre, icra ceza mahkemesinin İİK'da yer alan suçlardan dolayı verdiği hükümlere karşı istinaf ve temyiz kanun yollarına başvurabilmek kural olarak mümkündür.

suçlara ilişkin yapılan yargılamalarda da aynen geçerlidir." CGK, 02.12.2014 T., 2013/472 E., 2014/533 K. (Kaynak: www.karararamayargitay.gov.tr)

⁷⁹ CGK, 02.12.2014 T., 2013/472 E., 2014/533 K. (www.karararamayargitay.gov.tr). Benzer görüş için bkz. GÜNAY, s.177, 194.

⁸⁰ GÜNAY, s.177, 194, 196.

⁸¹ Buna karşın hileli ve taksirli iflas suçları TCK m.161 ve 162'de düzenlenmiş olup bu suçlardan dolayı yargılama genel görevli mahkemelerde ve CMK'ya göre yapılmaktadır.

⁸² İcra ve iflas suçlarının büyük çoğunluğunun şikayete bağlı olduğu görülmektedir. Şikayete bağlı bu suçlar için bkz. ERCAN, s.28-30.

İcra ceza mahkemelerindeki yargılamaların duruşmalı olarak yapılması gerekmektedir. Bu nedenle icra ceza mahkemelerinde duruşma açılmaksızın dosya üzerinden karar verilebilmesi mümkün değildir.⁸³

Konumuz açısından önem taşıyan ve üzerinde durulacak düzenleme İİK m.349/5 hükmüdür. Söz konusu düzenleme uyarınca, çağrı kağıdının sanığa usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilmesine rağmen sanığın gelmemesi halinde yargılamanın sanığın gıyabında görüleceği (yapılacağı) kabul edilmektedir.

Uygulamada, çağrı kağıdının sanığa hiç tebliğ edilmemesi veya usulsüz tebliğ edilmesi durumunda sanığın yokluğunda mahkumiyet hükmü kurulamayacağı ifade edilmektedir⁸⁴. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda, İcra ve İflas Kanunu'nun 349. maddesinin beşinci fıkrasında özel düzenleme bulunmasına rağmen, sanığa CMK'nın 195. maddesindeki şerhi içeren duruşma davetiyesi tebliği ile yetinilerek karar verilmesini bozma nedeni yapmıştır⁸⁵.

İİK m.349/5'te bahsi geçen "...*muhakeme gıyabında görülür.*" ifadesindeki *gıyap* ifadesinden anlaşılması gereken *yokluk* olup, bunun CMK m.244-246'da düzenlenen ve sanığın yokluğunda yargılama yapılabilecek durumlardan birisi olan *gaiplik* müessesesi ile karıştırılmaması gerekmektedir.

Her ne kadar uygulamada ve doktrinde gerek CMK gerek CMUK döneminde, İİK m.349/5'teki bu ifadeden hareketle, sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilebileceği şeklinde bir sonuç çıkartılmaktaysa da çalışmanın önceki bölümünde ayrıntılı olarak ifade olunduğu ve aşağıda da ayrıca izah olunacağı üzere, kanaatimizce bunun kabul edilebilmesi mümkün değildir.

Tam bu noktada şu önemli hususa değinmekte de yarar görmekteyiz: Acaba, icra ceza mahkemelerinde takibi şikayete bağlı suçların yargılamasında CMK m.193, 194 ve 195'in uygulanma imkanı var mıdır?

Sondan başlayacak olursak, CMK m.195'in icra ceza mahkemelerindeki takibi şikayete bağlı suçların yargılamasında uygulanma olanağının olmadığını düşünmekteyiz. Ayrıca İİK m.349/5'in CMK m.195'e göre özel norm olması dikkate alındığında, icra ceza mahkemelerinde şikayete bağlı suçların yargılamasında CMK m.195'in uygulanmasının mümkün olmadığını ifade edebiliriz. Farklı kanunlarda yer alan bu iki düzenleme arasındaki en temel fark, sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesi için CMK m.195'te suçun adli para cezasını ve/veya müsadereyi gerektirmesi şart koşularken, İİK m.349/5'te böyle bir sınırlandırmaya yer verilmemiş olması başka bir ifadeyle hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından da sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesinin mümkün olmasıdır.

CMK m.194'ün ise icra ceza mahkemelerindeki takibi şikayete bağlı suçların yargılamalarında uygulanmasında herhangi bir sorun olmadığını düşünüyoruz.

⁸³ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9. CD, 20.02.2018 T., 2017/4629 E., 2018/431 K. Akt. **ERCAN**, s.49.

⁸⁴ Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 5. CD, 16.02.2018 T., 2017/501 E., 2018/389 K. Akt. **ERCAN**, s.50.

⁸⁵ 19. CD, 28.11.2017 T., 2015/24733 E., 2017/10178 K. (www.karararama.yargitay.gov.tr)

CMK m.193/2'nin de icra ceza mahkemelerinde uygulanmasında herhangi bir engel olmadığını, bu kapsamda icra ceza mahkemesinin topladığı delillere göre sanığın sorgusu yapılmamış olsa bile yokluğunda beraat kararı verilebileceğini düşünmekteyiz.

Bizim de eleştirdiğimiz ve İİK m.349/5 uyarınca sanığın yokluğunda yargılama yapılması (ve sonrasında mahkumiyet kararı verilmesi) meselesi Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınmıştır. Burada yapılan tartışmaların temelinde İİK m.349/5 uyarınca sanığın yokluğunda yargılama yapılabilmesinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığı sorusu yatmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararları incelemeye geçmeden önce, söz konusu kararlarda yalnızca *in absentia* yargılamanın mümkün olup olmadığıyla ilgili değerlendirmelere yer verildiğini söylemek istiyoruz. Zira Anayasa Mahkemesi aşağıda inceleyeceğimiz her iki kararda da konuyu yalnızca yoklukta yargılama noktasında ele almış, yoklukta mahkumiyet kararı verilebilmesi meselesine ise hiçbir yerde değinmemiştir. Bununla ilgili değerlendirmelerimize söz konusu kararı inceledikten sonra yer vereceğiz.

Anayasa Mahkemesi 2008 yılında verdiği kararda⁸⁶ sanığın usulüne uygun olarak yapılan bildirimlere karşın mahkemeye gelmemesinin veya avukat göndermemesinin duruşmada hazır bulunma hakkından vazgeçtiği anlamına geleceğini ve bu nedenle İİK m.349'u Anayasa'ya aykırı görmemiştir. Kararda özetle şu tespitlerde bulunulmuştur:

“İcra ve İflas Kanunu'nun 349. maddesinde, şikâyetçi ile sanığın mahkeme tarafından belirlenen gün ve saatte mahkemeye gelmek veya vekil göndermek zorunda oldukları, hâkimin gerektiğinde tarafların bizzat hazır olmasını isteyebileceği, sanığın başka yerde ikamet etmesi durumunda istinabe yoluyla sorguya çekileceği, sanığın, şikâyeti alanın veya istinabe edilenin hâkim huzuruna gelmemesi veya müdafî göndermemesi durumunda ve gerekli görülmesi halinde zabıta aracılığı ile getirileceği belirtilmiştir. /.../ Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır. /.../ Savunma hakkı adil yargılanmanın esaslı unsurlarındandır. Yargının temel görevi ve yargılama süreci sonucunda beklenen sonuç adaletin sağlanmasıdır. Bu sonuç, haklı ve haksızın ayırt edilmesi, sakat işlemin ortadan kaldırılması, uğranılan zararın giderimi veya sanığın cezalandırılması şekillerinde ortaya çıkabilir. Usulüne uygun biçimde yapılan tebligata karşın, kendini savunmak için mahkemeye gelmeyen kişinin savunma hakkından vazgeçtiğinin kabulü gerekeceği gibi, duruşmaya filen gelmemek suretiyle yargılamanın devamının ve beklenen adalet ve yargısal sonucun elde edilmesine mani olunmaması gerektiği de hukuk devleti ilkelerindedir. /.../ İtiraz konusu kural, yargılamanın sanığın gıyabında görülmesini çeşitli koşullara bağlamıştır. Öncelikle, sanığa celpname gönderilmesi, tanık gösterilmiş ise onun da mahkemeye getirilmesi gerekmektedir. Yasa her iki tarafın da belirlenen gün ve saatte mahkemeye gelmelerini zorunlu tutmuş, İcra Mahkemesine tarafların vekil aracılığı ile değil, bizzat hazır bulunmalarını da isteyebilme yetkisi vermiş, sanığın başka bir yerde ikamet etmesi halinde de istinabe yolu ile sorguya çekilmesini öngörmüştür. Sanık bildirimlere karşın icra mahkemesinin huzuruna gelmez veya müdafî göndermez ise mahkeme zabıta aracılığı ile de sanığı getirtebilecektir. Yargılamanın sanığın yokluğunda görülmesi tüm

⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, 28.02.2008 T., 2006/71 E., 2008/69 K., R.G. Tarih-Sayı: 16.04.2008-26849.

bu aşamalardan geçildikten sonra gerçekleştirilebilecektir. Sanığın usulüne uygun olarak yapılan bildirimlere karşın mahkemeye gelmemesi veya avukat göndermemesi, duruşmada hazır bulunma hakkından vazgeçtiği anlamına gelir. Bu nedenle, itiraz konusu kural Anayasa'ya aykırı görülmemiştir.”

Anayasa Mahkemesi yapılan bir bireysel başvuru üzerine 2017 yılında verdiği bir diğer kararda⁸⁷, 2008 yılında verilen yukarıdaki karara gönderme yaparak, benzer tespitlerde bulunmuştur:

“Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın atıfta bulunduğu 349. maddenin beşinci fıkrasına göre, mezkûr suçtan dolayı açılan davalarda sanığın duruşmaya gelmediği veya müdafî göndermediği takdirde yokluğunda yargılama yapılmasının sanığın etkili bir şekilde savunma yapmasını engellediği ileri sürülmekte ise de sanığın gıyabında yargılanmasını öngören kuralın iptali talebiyle daha önce Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunmuş ve başvuru Mahkemenin 28.2.2008 tarihli ve E.2006/71, K.2008/69 sayılı kararıyla reddedilmiştir. Kararda, sanığın usulüne uygun olarak yapılan bildirimlere karşın mahkemeye gelmemesi veya avukat göndermemesi, duruşmada hazır bulunma hakkından vazgeçtiği anlamına geldiğinden, bildirimlere karşın icra mahkemesinin huzuruna gelmemesi, müdafî göndermemesi ve zabıta aracılığı ile de getirilememesi durumunda yokluğunda yargılama yapılmasında adil yargılanma hakkına aykırı bir husus bulunmadığı ifade edilmiştir.” (§66)

Dikkat edilecek olursa Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu her iki kararda da yalnızca sanığın yokluğunda yargılama yapılabilmesi meselesine değinmiş ve bunun Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Ancak Mahkeme'nin verdiği her iki kararın hiçbir yerinde yokluğunda yargılama yapılabileceği kabul edilen sanık hakkında aynı zamanda mahkumiyet kararı da verilebilmesinin mümkün olduğuna dair bir tespitte yer verilmediğini görmekteyiz. Kanaatimizce, şayet Anayasa Mahkemesi burada yalnızca sanığın yokluğunda yargılama yapılabilmesinin mümkün olduğunu, buna karşın sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilebilmesinin mümkün olmadığını düşünseydi, buna her iki kararda buna bir şekilde mutlaka değinirdi. Bizce Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir tespitte bulunmamasının temelinde, Mahkeme'nin, sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesi kavramı ile sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilebilmesi arasındaki farkı gözden kaçırmış olması yatmaktadır. Gerçekten de çalışmanın önceki bölümlerinde de incelendiği üzere gerek yargı kararlarında gerek literatürde sanığın yokluğunda duruşma yapılması ile yokluğunda duruşma yapılan sanık hakkında mahkumiyet kararı verilebilmesi meselesi arasında olması gereken ayrıma hak ettiği önem verilmemiş, sanığın yokluğunda duruşma yapılabilen her durumda mahkumiyet kararı da verilebileceği görüşü tartışmasız bir şekilde kabul edilmiştir. Bu nedenle mevcut çalışmanın literatüre tek katkısı bu hususun tartışmaya açılması noktasında kalsa bile, beklenen amacın gerçekleşeceği söylenebilir.

CMK'nın 193, 194 ve 195. maddeleri ile İİK'nın 349. maddesine bakıldığında farklı terimlerin kullanıldığı görülmektedir. CMK'nın 193. maddesinde “...duruşma yapılmaz.” ve “...dava yokluğunda bitirilebilir.” denilirken, 194. maddesinde “...dava yokluğunda bitirilebilir.”, 195. maddesinde ise “...duruşma yapılabilir.” denilmektedirken İİK m.349/5'te ise “...muhakeme gıyabında görülür.” denilmektedir.

⁸⁷ Anayasa Mahkemesi, 26.07.2017 T., 2016/191E., 2017/131 K., R.G. Tarih-Sayı: 10.10.2017-30206.

Buna göre kanun koyucunun CMK ve İİK'da kullanmış olduğu duruşma yapılması/muhakemenin gıyapta görülmesi ile davanın bitirilmesini yani hüküm verilmesini farklı anlamlarda kullandığı ortadadır ki bunu bir önceki bölümde de ayrıntılı olarak ortaya koymuştuk. Duruşma yapılması veya muhakemenin gıyapta görülmesinden kasıt, yargılama şartlarından birisi olan sanığın hazır bulunması kuralına getirilmiş bir istisnaya vurgu yapmaktır. Buna göre bu istisnanın söz konusu olduğu durumlarda yapılabilecek muhakeme işlemi yalnızca duruşma yapılması olmalıdır. Başka bir ifadeyle mahkeme yalnızca yargılama yapabilecek bu kapsamda delilleri tartışabilecek, toplanan delilleri değerlendirebilecek, diğer ceza muhakemesi işlemlerini yapabilecek ancak hüküm verme alt evresine geçemeyecektir. Buna göre CMK'nın kabul ettiği sistemde -hukuk sistemimize 7188 sayılı Kanun'la getirilen yeni istisnalar haricinde- sanığın yokluğunda yapılabilecek tek işlem, şartların varlığı halinde, yargılama veya kanunun ifadesiyle duruşmadır.

Buna karşın Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlarına rağmen bizim de farklı gerekçeyle katıldığımız bir görüşe göre⁸⁸ sanığın yokluğunda duruşma yapılmasına olanak sağlayan İİK m.349/5'teki düzenleme Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen savunma hakkına açıkça aykırılık teşkil etmekte olup Anayasa'ya aykırı olduğu söylenebilir. Zira CMK m.195 ile karşılaştırılacak olursa İİK m.349/5'in hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından da sanığın yokluğunda duruşma yapılmasını kabul etmiş olmasını kabul edebilmenin mümkün olmadığı rahatlıkla belirtilebilir. Ayrıca uygulamada sanığın yokluğunda yalnızca duruşma yapılmadığı aynı zamanda mahkûmiyet kararı da verildiği dikkate alındığında İİK m.349/5'in ne kadar yanlış yorumlanan bir madde olduğu anlaşılabilir.

Yukarıda da bahsedildiği üzere ceza muhakemesine egemen olan birçok ilkenin takibi şikayete bağlı icra ve iflas suçlarından dolayı yapılan yargılamalarda uygulanmıyor olması çok önemli bir eksikliktir. Bu kapsamda özgürlüğü bağlayıcı hapis cezasına bile hükmedebilme yetkisine sahip icra ceza mahkemelerinde re'sen araştırma ilkesinin uygulanmasının kanun tarafından yasaklanmasının (İİK m.351), çağdaş ceza muhakemesine egemen olan anlayışla *kan uyumsuzluğu* içerisinde olduğunu ifade edebiliriz. Bu kapsamda İİK'da düzenlenen ve takibe şikayete bağlı olan icra ve iflas suçlarının da CMK'daki genel yargılama usulüne tabi kılınması gerektiğini düşünmekteyiz.

Yine, duruşma açma zorunda bulunan icra ceza mahkemesinin, İİK'daki özel muhakeme usulleri saklı kalmak üzere, CMK'daki yargılamaya ilişkin genel hükümlerle bağlı olacağı hususu dikkate alındığında, CMK'nın duruşmaya ilişkin 182 vd. maddelerinin de icra ceza mahkemesi tarafından uygulanmasında zorunluluk bulunduğunu savunmaktayız.

Son olarak yukarıdaki bölümde genel yargılama usulüyle ilgili olarak söylediğimiz, CMK m.289/1-e hükmünün, İİK m.353/2 yollamasıyla (CMK'nın kanun yollarına ilişkin hükümlerinin icra ceza mahkemeleri tarafından verilen hükümler bakımından da uygulanacağı) icra ceza mahkemelerinde yapılan yargılamalarda da uygulama alanı bulacağını, bu kapsamda duruşmada hazır bulunması gereken kişilerin

⁸⁸ GÜNAY, s.198-199.

yokluğunda duruşma yapılmasının hukuka kesin aykırılık hali sayılması gerektiğini ifade edebiliriz.

SONUÇ

Çalışmada ağırlıklı olarak *in absentia* duruşma yapılmasının mümkün olup olmadığı ile *in absentia* mahkumiyet kararı verilebilip verilemeyeceği sorularına cevap aranmıştır. Bu kapsamda varılan sonuçlardan bazıları şu şekilde özetlenebilir:

Sanığın duruşmada hazır bulunması sanık bakımından hem bir hak hem de bir yükümlülüktür. Sanık duruşmada hazır bulunmak suretiyle hem savunma hakkını aktif bir şekilde kullanabilmekte hem de bu yolla sanığın hukuki dinlenilme hakkı teminat altına alınmış olmaktadır. Gerçeğin ortaya çıkarılmasını amaçlayan ceza muhakemesinde kural olarak sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesi ve -şayet önceden sorgusu yapılmamışsa- yokluğunda mahkumiyet kararı verilebilmesi mümkün değildir.

Çalışmada savunulan konseptte, sanığın duruşmada hazır bulunması ve sorgusu yapılmayan sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı verilememesi, devletin sahip olduğu cezalandırma ve yargılama yetkisinin sınırlandırılması sonucunu doğurmakta ve bu da devletin yargı yetkisinin sınırlarından birisini oluşturmaktadırlar. Böylelikle devlet, kural olarak sanığın yokluğunda yargılama yapıp sorgusunu yapmadan mahkumiyet kararı verebilme yetkisine sahip olmasına rağmen, benimsemiş olduğu kurullarla bu yetkiyi bizzat kendisi sınırlandırma (*self-limiting*) yoluna gitmektedir. Yine bu yolla sanığın yargılamanın *objesi* olmasının önüne geçilip, yargılamaya şekil verebilen bir *süje* konumuna getirilmesi ve böylelikle de insan onurunun korunması ilkesinin ve bu ilke ile yakından bağlantılı hukuki dinlenilme hakkının aktif bir şekilde hayata geçirildiğini de ifade edebiliriz.

CMK'da sanığın yokluğunda duruşma yapılamayacağı kuralının çeşitli istisnaları bulunmaktadır. Doktrinde dört başlık altında sınıflandırılan bu istisnalara, 7188 sayılı Kanun'la CMK'da yapılan değişiklik sonrası iki istisnanın daha eklendiğini düşünmekteyiz:

-Basit yargılama usulünün uygulandığı durumlar (CMK m.251 ve özellikle m.252/2),

-İstinaf mahkemesindeki duruşmada tebligata rağmen sanığın hazır bulunmaması (CMK m.282/1-f).

7188 sayılı Kanun değişikliğinden önce zaten önemli bir sorun olan sanığın sorgusunun yapılmadığı durumlarda mahkumiyet kararı verilebileceğine dair uygulamada ve literatürde taraftar toplayan görüş, bu değişiklikten sonra *farklı bir mecrada* ve kanaatimizce çok hatalı bir şekilde yasal zemine kavuşmuş gözükmektedir.

Anayasa Mahkemesi, sanığın yokluğunda duruşma yapılabilmesiyle ilgili 2015 yılında vermiş olduğu bir kararda, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının olup olmadığıyla ilgili karar verilebilmesi için yargılamanın sonucunda bir değişiklik olup olmayacağına bakılması gerektiğini belirtmiştir. Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin kabul ettiği bu görüşün herhangi bir hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Zira konuyu düzenleyen CMK'da sanığın yokluğunda duruşma yapılabilecek haller ve bunun şartları açıkça gösterilmiş olup Anayasa Mahkemesi'nin kararında esas aldığı *yargılamanın sonucunda bir değişiklik olmayacağını açıkça belli olması* şeklinde bir kritere

CMK'nın hiçbir yerinde vurgu yapılmadığı görülmektedir. Ayrıca bu kriterin neye göre ve nasıl belirleneceği de bir başka soru işareti olduğundan kararda kullanılan gerekçenin yerinde olmadığını düşünmekteyiz.

CMK'nın ilgili maddeleri incelendiğinde, sanığın yokluğunda duruşma yapılması ile sanığın yokluğunda hüküm verilmesinin farklı anlamlarda kullanıldığı görülmektedir. Bu kapsamda örneğin, CMK m.193 ve 194'te "...*dava yokluğunda bitirilebilir.*" denirken 195. maddede ise davanın sanığın yokluğunda bitirilebileceğinden değil "...*duruşma yapılabilir.*" ve "...*duruşmanın yapılacağı...*" şeklinde formülasyondan yararlanılmıştır.

CMK m.195'te kanun koyucu, sanığın üzerine atılı suç adli para cezasını ve/veya müsadereyi gerektirmekte ve sanığa gönderilen çağrı kağıdında sanık gelmese bile duruşma yapılabileceği ihtarata yazılmış olursa sanığın yokluğunda duruşmanın yapılabilmesini kabul etmiştir. Doktrinde her ne kadar aksi yönde görüş hakim olsa da kanaatimizce 195. maddede aranan şartlar gerçekleşmişse mahkemenin yapabileceği tek muhakeme işlemi duruşma olacaktır; başka bir deyişle burada mahkemenin sanığın yokluğunda mahkûmiyet kararı verebilmesi mümkün değildir. Zira CMK'da kabul edilen sistemde duruşma ile hükmün verileceği hüküm verme birbirinden farklı alt evreler olarak düzenlenmiş olup, 195. maddede yalnızca duruşmanın yapılabilmesine imkan tanınmıştır; kanun koyucu aksini yani sanığın yokluğunda mahkûmiyet kararı verilebilmesini istemiş olsaydı madde metnini 193. maddenin ikinci fıkrasındaki benzer şekilde örneğin "...*sanık gelmese bile dava yokluğunda bitirilebilir.*" şeklinde bir formülasyonla kaleme alırdı diye düşünmekteyiz.

CMK m.193/2 çerçevesinde "*mahkûmiyet dışında bir karar*" ifadesi ile kastedilmek istenenin beraat, davanın reddi, davanın düşmesi, 223/3-b, c, d ve 223/4 uyarınca ceza verilmesine yer olmadığı kararı olduğunu düşünmekteyiz. Ayrıca bu kapsam içerisine TCK m.32/1 çerçevesinde akıl hastalığı nedeniyle kusur yeteneği bulunmayan failler hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı (CMK m.223/3-a) ile birlikte verilen akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirine hükmedilmesi kararını da dahil edebilmek mümkündür.

Basit yargılama usulünün uygulandığı durumlarda duruşma yapılmamakta ancak mahkeme tarafından hüküm -ki buna mahkûmiyet de dahil- verilebilmektedir (CMK m.251). Bu yargılama usulünde, mahkemenin sanığın savunmasını istemesi teknik anlamda sorgu olarak nitelendirilemez. Burada duruşma yapılmadığı için sanığın yokluğunda, sorgusu yapılmadığı için de sorguya çekilmeden sanığın mahkûm edilmesi söz konusu olmaktadır. Bu usulde hükme yapılacak itirazı düzenleyen CMK m.252/2'de ise verilen hükme süresi içerisinde yapılan itiraz üzerine hükmü veren mahkemece duruşma açılacağı ve genel hükümlere göre yargılamaya devam olunacağı ifade edilmiştir. Hükmün devamında, *taraflar gelmese bile duruşmanın yapılacağı* ve daha da önemlisi *yokluklarında hüküm verilebileceği* belirtilmiştir. Buna göre kanun koyucu, basit yargılama usulünün uygulandığı davalarda gerek hüküm verilmesi aşamasında gerek hükme itiraz sonrasında genel hükümlere göre yapılacak yargılama sırasında sanığın hazır bulunmasına ve sorgusunun yapılmasına ihtiyaç duymamış ve sanığın yokluğunda yargılama yapıp mahkûmiyet kararı verilmesini kabul etmiştir. Kanaatimizce CMK'nın 252. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin kanun metninden bir an önce çıkarılması gerekmektedir. Aksi durumda başta adil yargılanma hakkı, savunma hakkı, hukuki dinlenilme hakkı ve insan onurunun

korunması olmak üzere çalışmada üzerinde durulan birçok temel hak ve ilkenin ihlali tehlikesi gündeme gelebilecektir.

7188 sayılı Kanun’la CMK’da yapılan değişikliklerden bir diğeri de istinafa ilişkin 282. maddede olmuş ve maddenin birinci fıkrasına eklenen (f) bendinde, sanık, müdafî, katılan ve vekilinin davetiye tebliğ edilmesine rağmen duruşmaya gelmemesi halinde duruşmaya devam edilerek sanığın sorgu tutanakları anlatılmak suretiyle (kime anlatılacağı merak konusu) *davanın yokluklarında bitirilebileceği* belirtilmiştir. Olması gereken, istinaf yargılaması sırasında, ilk derece mahkemesinde kabul edilen genel prensiplerden mümkün olduğunca uzaklaşmamaktır. Aksi takdirde geniş anlamda kovuşturma aşamasının farklı evreleri için farklı muhakeme usullerinin uygulanması söz konusu olacaktır ki bu da yargıya olan güveni ve adil yargılanma hakkının ihlali tartışmalarını beraberinde getirebilecektir. Bu nedenle yapılacak bir yasal değişiklikle CMK m.282/1-f’nin madde metninden çıkarılmasının ve önceki yönteme dönülmesinin en sağlıklı yol olacağını düşünmekteyiz.

Çalışmada görevsizlik kararı verilmesine ilişkin özel durumlara da değinilmiş ve asliye ceza mahkemesince, iddianamenin kabulünden sonra tensip kararıyla görevsizlik kararı verilmemesinin; duruşmaya başladıktan sonra ve sanığın sorgusu gerçekleştirildikten sonra görevsizlik kararı verilerek dosyanın ağır ceza mahkemesine gönderilmesinin daha sağlıklı bir uygulama olacağı savunulmuştur. Böylelikle tabî hakim ilkesinin ve adil yargılanma hakkının ihlali iddialarının da önüne geçilir diye düşünmekteyiz.

Çalışmanın son bölümünde icra ceza mahkemelerinde uygulanan özel yargılama usulüne inceleme konusuyla sınırlı olmak üzere değinilmiştir.

İİK m.349/5’teki düzenleme uyarınca, çağrı kağıdının sanığa usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilmesine rağmen sanığın gelmemesi halinde yargılamanın sanığın gıyabında görüleceği (yapılacağı) kabul edilmektedir. İcra ceza mahkemeleri, İİK m.349/5’ten hareketle yalnızca sanığın yokluğunda duruşma yapmakla kalmamakta aynı zamanda sanığın yokluğunda mahkumiyet kararı da vermektedirler. Bu kapsamda özellikle Çek Kanunu m.5’te düzenlenmiş bulunan, karşılıksızdır işlemi yapılmasına sebebiyet verme suçuyla ilgili olarak yapılan yargılamaların büyük bir kısmında sanıkların yokluğunda mahkumiyet kararı verildiği bilinmektedir. Her ne kadar bu suç tipi için adli para cezası öngörülmüş olsa da bunun ödenmemesi durumunda adli para cezasının hapis cezasına çevrilmesinin söz konusu olacağı dikkate alındığında ne kadar önemli hak kayıplarına sebebiyet verilebileceği ortadadır.

Buna rağmen Anayasa Mahkemesi, icra ceza mahkemelerinde sanığın yokluğunda duruşma yapılmasını Anayasa’ya aykırı bulmamıştır. Kanaatimizce sanığın yokluğunda duruşma yapılmasına olanak sağlayan İİK m.349/5’teki düzenleme Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen savunma hakkına açıkça aykırılık teşkil etmekte olup bu nedenle bu düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğu söylenebilir. Zira CMK m.195’ten farklı olarak İİK m.349/5’in hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından da sanığın yokluğunda duruşma yapılmasını kabul etmiş olmasını kabul edebilmenin mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

Bu kapsamda şikayete bağlı icra ve iflas suçlarında bile hapis cezasına hükmedebilme yetkisine sahip icra ceza mahkemelerinde re’sen araştırma ilkesinin uygulanmasının kanun tarafından yasaklanmasının (İİK m.351), çağdaş ceza

muhakemesine egemen olan anlayışla *kan uyuşmazlığı* içerisinde bulunduğu, bu nedenle İİK’da düzenlenen ve takibe şikayete bağlı olan icra ve iflas suçlarının da CMK’daki genel yargılama usulüne tabi kılınması gerektiği sonucuna varılmıştır.

KAYNAKÇA

ARTUK, Mehmet Emin: “Güvenlik Tedbirleri”, GÜHFD, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, ss.461-492.

BEKAR, Elif: “Ceza Muhakemesinde Hüküm Çeşitleri (CMK m.223)”, İÜHFM, C. LXXV, S. 1, ss.15-60.

BEULKE, Werner: Strafprozessrecht, C.F. Müller, 11. Auflage, Heidelberg u.a. 2010.

DAHM, Georg / DELBRÜCK, Jost / WOLFRUM, Rüdiger: Völkerrecht, Band I/3, De Gruyter Recht, 2. Auflage, Berlin 2002.

DEĞİRMENCİ, Olgun, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m.251-252)”, Terazi Hukuk Dergisi, 2020, 15 (1).

DERELİ, Alparslan: Mutlak Bozma Nedeni Olarak Savunma Hakkının Kısıtlanması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

ERCAN, İsmail: Uygulamacılar İçin İcra ve İflas Suçları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

EREM, Faruk: Ceza Usulü Hukuku, 2. Bası, Ankara 1968.

GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2018.

GÖKDEMİR, Muratcan, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nde Soruşturma Usulü, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

GRAF, Jürgen Peter (Hrsg.): Strafprozessordnung Mit Gerichtsverfassungsgesetz Und Nebengesetzen, 2. Auflage, München 2012.

GÜNAY, Mehmet: İcra Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

HANNICH, Rolf (Hrsg.): **Karlsruher Kommentar Zur Strafprozessordnung Mit GVG, EGGVG und EMRK**, 7. Auflage, München 2013.

İNCEOĞLU, Sibel: “Adil Yargılanma Hakkı”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Editör: Sibel Inceoğlu, Beta Yayınları, İstanbul 2013.

KESKİN, Serap: Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997.

KUNTER, Nurullah: Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, İstanbul 1974.

KÜHNE, Hans-Heiner: Strafprozessrecht, C.F. Müller, 8. Auflage, Heidelberg u.a. 2010.

KÜLÇÜR, Erdem İzzet: Ceza Hukukunda Yer Bakımından Uygulama, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

LÖWE-ROSENBERG: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, De Gruyter, 27. Auflage, Band 6 (§§212-255a), Berlin-Boston 2019.

MEYER-GOBNER, Lutz / CIERNIAK, Jürgen: Strafprozessordnung, 53. Auflage, München 2010.

ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / ALTINOK VILLEMIN, Derya / TOK, Mehmet Can: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

PARLAR, Ali / ÖZTÜRK, Mustafa: Ceza Yargılamasında Mutlak Bozma Nedenleri, Aristo Yayınevi, İstanbul 2018.

ROXIN, Claus: Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, München 1998.

SATZGER, Helmut / SCHLUCKEBIER, Wilhelm / WIDMAIER, Gunter (Hrsg.): Strafprozessordnung, Köln 2014.

ŞAHİN, Cumhuri / GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

ŞAHİN, Cumhuri / GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku-II, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

ŞEN, Ersan: “Sanığın Yokluğunda Duruşma ve Hüküm”, <https://www.hukukihaber.net/sanigin-yoklugunda-durusma-ve-hukum-makale,5688.html> (E.T. 02.02.2020).

ŞEN, Ersan: <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1587251-sanigin-giyabinda-tasarruflar> (E.T. 05.02.2020).

TANER, Fahri Gökçen: Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

TANRIVER, Süha: “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, TBBD, Sayı: 53, Yıl: 2004, ss.191-215.

TAŞKIN, Mustafa: “Ceza Yargılamasında Görevsizlik Kararları ve Bunun Yargılama Sürelerine Etkileri”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Ocak 2016, Sayı 7, ss.1025-1059.

ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

YAŞAR, Osman: Yeni İçtihatlarla Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, II. Cilt, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

HAKEMLİ MAKALE

TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NDE RADURA (IŞINLANMIŞ GIDA) LOGOSU VE TÜKETİCİNİN BİLGİLENDİRİLMESİ ÇERÇEVESİNDE İDARENİN FAALİYETLERİ*

Doç. Dr. Özlem TÜZÜNER**

ÖZET

Gıda ışınlanması, gıdanın iyonize radyasyonla muamele görmesidir. Daire içinde yeşil bitkiye benzeyen uluslararası ışınlanmış gıda logosu, tüketici tarafından, gıdanın ışınlandığına dair bilgiye ulaşılmasını sağlar. Bilgi edinme hakkı, temel tüketici haklarından biridir. Bu hak, yanıltıcı ve aldatıcı bilgiye karşı müdafaa kadar, tüketicinin eksik bilgiye karşı korunmasını da sağlar. Tüketicileri bilgilendiren ve eğiten önlemlerin alınmasından, ayrıca tüketicinin bilinçlendirilmesinden, baş rolde Ticaret Bakanlığı, yardımcı rolde Millî Eğitim Bakanlığı sorumludur. Işınlanmış gıdanın radura sembolüyle etiketlenmesinden ise, Tarım ve Orman Bakanlığı sorumludur. Sorumlu bakanlıklar, idarî faaliyetlerine uygun olarak, gerekli önlemleri alabilir ve tüketicileri gıda ışınlanması hususunda bilinçlendirmek için kamu spotları gibi ilân ve reklâmlar düzenleyebilir.

Anahtar Kelimeler: Gıda ışınlanması, ışınlanmış gıda logosu, radura sembolü, tüketicinin eksik bilgiye karşı korunması, sorumlu bakanlıklar.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 08.04.2020

Kabul Edildiği Tarih: 29.05.2020

** Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

E-Mail: ozlemtuzuner@gmail.com

ORCID-ID: 0000-0002-5575-3400

PEER-REVIEWED ARTICLE

**THE RADURA (IRRADIATED FOOD) LOGO AND THE ADMINISTRATIVE
ACTIVITIES WITHIN THE SCOPE OF CONSUMER EDUCATION IN
REBUPLIC OF TURKEY**

ABSTRACT

Food irradiation is the application of ionizing radiation to food. International irradiated food logo which resembles a green plant in circle, enables the consumer to access information about the irradiated food. Right of information acquirement means protecting the consumer against misleading and deceptive information, in the meantime it also requires protection against incomplete information. Irradiated food must bear the green radura symbol. Ministries in charge of radura logo according to their administrative (executive) activities, should not only take the necessary measures about the implementation of the radura symbol, but also organize public issue advertisement to educate and inform consumers about the food irradiation.

Keywords: Food irradiation, irradiated food logo, radura symbol, protection against incomplete information, ministries in charge of radura logo.

KISALTMALAR CETVELİ

Bkz	: Bakınız
C	: Cilt
CXS	: <i>Codex Alimentarius</i> Standartları (<i>Codex Standards</i>)
EC	: Avrupa Birliği (<i>European Communities</i>)
Ed	: Editör
ET	: Erişim Tarihi
et. al.	: ve diğerleri (<i>et alia; and others</i>)
ISBN	: Uluslararası Standart Kitap Numarası (<i>International Standard Book Number</i>)
Iss	: Sayı (<i>Issue</i>)
ISSN	: Uluslararası Standart Süreli Yayın Numarası (<i>International Standard Serial Number</i>)
İKT	: İnternete Konulduğu Tarih
No	: Numara (<i>Number</i>)
p	: Sahife (<i>Page</i>)
REV	: Tadil (<i>Revision</i>)
RG	: Resmî Gazete
s	: Sahife
S	: Sayı
TAEK	: Türkiye Atom Enerjisi Kurumu
TKGGM	: Tüketicinin Korunması ve Gözetilmesi Genel Müdürlüğü
Vol	: Cilt (<i>Volume</i>)
Y	: Yıl (<i>Year</i>)

GİRİŞ

Kullanım ömrünü uzatmak amacıyla gıdanın iyonize radyasyonla ışınlanması tekniği 90'lı yıllardan bu yana dünyada fiilen kullanılmaktadır. 1983 yılında, Dünya Sağlık Örgütü güdümünde, *Codex Alimentarius* çerçevesinde, ilk milletlerarası düzenleme gerçekleştirilmiştir: "Işınlanmış Gıda Hakkında Genel Standartlar (*General Standard for Irradiated Foods*)"¹. 1985 yılında ise, "Hazır Gıdaların Etiketlenmesi Hakkında Genel Standartlar (*General Standard for the Labelling of Prepackaged Foods*)"², ışınlama teknolojisine tâbi tutulan gıdaların diğerlerinden ayırt edilmesi amacıyla yeşil renkli tasarlanan uluslararası radura sembolünün kullanılması ihtiyarını getirmiştir. Üzerine konulduğu gıdanın ışınlanmış olduğuna işaret eden radura, daire içinde yeşil bitkiye benzeyen uluslararası kabul görmüş logodur.

Türkiye Cumhuriyeti'nde, gıda ışınlama teknolojisinin uygulanması veya ışınlanmış gıdanın ithal edilmesi yasağından bahsedilmez. Gıda ışınlamaya dair idarenin düzenleyici işlemleri 90'lı yılların sonundan itibaren Türk pozitif hukukuna dâhil olmuştur. 6.11.1999 tarihli mülga Gıda Işınlama Yönetmeliği³, 15.10.2002 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik⁴ yanı sıra 19.12.2003 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik⁵ ile değişmiştir. İnternette, Dünya Ticaret Örgütü'yle bağlantılı, 6.11.1999 tarihli yönetmelik yerine yürürlüğe girmesi planlansa da hiçbir zaman yürürlüğe girmeyen 1.1.2017 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği Taslağı⁶ bulunmaktadır. Nihayet, 3.10.2019 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği⁷, 6.11.1999 tarihli mülga Gıda Işınlama Yönetmeliği'ni yürürlükten kaldırmıştır. Tahmin edilen şudur ki, 1.1.2017 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği Taslağı, 3.10.2019 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği'nin resmî gazetede yayınlanmasına zemin hazırlayan unsurlardan biridir.

Türkiye Cumhuriyeti'nde, ışınlanmış gıdanın piyasaya arz edilmesinde, 3.10.2019 tarihli yönetmelik hükümleri esastır. Çarşı pazarlardaki, kasap ve marketlerdeki ışınlanmış yiyeceklerde, ışınlanmış gıda logosu, yani radura sembolü kullanılmalıdır. Işınlanmış gıdanın etiketinde yeşil renkli uluslararası ışınlanmış gıda sembolüne yer verilmesi, 1999 yılından bu yana, aşağı yukarı yirmi yıldır zorunludur. 3.10.2019 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği'ne göre, ilgili şirketlerin radura sembolüne yönelik hazırlıklarını 2020 yılının sonuna değin tamamlaması hedeflenmektedir. Her ne kadar ışınlama, hijyen açısından elzem sayılsa da, bu zaruret bile, ışınlandığı hâlde radura sembolü barındırmayan gıdanın piyasaya arz edilmesindeki hukuka aykırılığı gideremez.

¹General Standard for Irradiated Foods (CXS 106-1983, REV 1-2003),

http://www.fao.org/input/download/standards/16/CXS_106e.pdf (ET. 18.2.2019).

²General Standard for the Labelling of Prepackaged Foods (CXS 1-1985, REV 1-1991, REV 2-1999),

http://www.fao.org/input/download/standards/32/CXS_001e.pdf (ET. 27.6.2019).

³RG. T. 6.11.1999, S. 23868. 6.11.1999 Tarihli Mülga Gıda Işınlama Yönetmeliği,

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23868.pdf> (ET. 21.6.2019).

⁴RG. T. 15.10.2002, S. 24907.

⁵RG. T. 19.12.2003, S. 25321.

⁶1.1.2017 Tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği Taslağı,

https://members.wto.org/crnattachments/2016/TBT/TUR/16_4773_00_x.pdf (ET. 21.6.2019).

⁷RG. T. 3.10.2019, S. 30907. 3.10.2019 Tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği,

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/10/20191003-1.htm> (ET. 14.2.2020).

Radura logosunun kullanım alanı, kural olarak, yerel ürünlerin tüketildiği taşra değil, mega gıda marketlerine ev sahipliği yapan merkezdir. Hiç şüphesiz bu sahaya, mega marketlerin merkezden taşraya yayılan ağları da eklenebilir. İşte en önemlisi, merkez veya taşrada yaşasın fark etmez, ışınlanmış gıdayla muhatap olma ihtimali bulunan bütün tüketicilerin radura hakkında aydınlatılması ve bilinçlendirilmesidir.

Tüketicinin ışınlanmış gıda hakkında bilgilendirilmesi 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un⁸ 1'inci maddesi yanı sıra, 59'uncu maddesi icabı zorunludur. Mülga 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁹ da tüketicinin bilgi edinme hakkını tanırdı. Yürürlükte bulunan 3.10.2019 tarihli Gıda İşılama Yönetmeliği'nin 11'inci maddesi, radura etiketiyle tüketiciyi bilgilendirme zorunluluğunun özel hüküm statüsündeki yasal zeminidir. Ayrıca mülga 6.11.1999 tarihli yönetmelik yanı sıra, yürürlüğe girmemiş 1.1.2017 tarihli yönetmelik taslağı, sırayla 13 ve 11'inci maddelerinde, yeşil renkli uluslararası gıda işılama sembolünü şart koşmuştu.

Bu çalışmada, gerek Türk, gerek mukayesesi sunulan *Codex Alimentarius* ve Avrupa Birliği Hukuku bakış açısında, ışınlanmış gıda logosu ile tüketicinin bilgi edinme hakkı arasındaki yadsınamaz bağlantıya değinilir. Bununla birlikte, gıda işılamasını ve ışınlanmış gıdanın etiketlenmesini denetlemekle sorumlu bakanlıklar, yürütme alanlarına dâhil olduğu boyutta tüketiciyi bilinçlendirme faaliyetlerini yerine getirmeye davet edilir. Sorumlu bakanlıkların teşhisi, anılan mevzuatın incelenmesiyle kolaylaşmaktadır. Böylece ilgili idarî otoritelerin harekete geçmesiyle tüketicinin aydınlatılması sağlanabilir.

I. GIDA İŞILAMASI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Gıda işılama, bozulmaya sebep olan etmenleri ortadan kaldıran yöntemlerden biridir. Aslında bozulmaya karşı duran, kurutma, tuzlama, dumanlama, konserveleme ve dondurma gibi başka usuller de bulunur. İşılama ise, gıdanın düşük dozlu (x), elektron veya gama ışınları aracılığıyla iyonize radyasyon uygulamasına tâbi tutulmasından ibarettir. İşılamayla gıdadaki mikroorganizmalar tahrip edilerek mikrobik faaliyetler ortadan kaldırılır veya kısıtlanır. Çürümeden mütevellit zarar azaltılır. Bu teknolojinin avantajları, gıdaları zararlı mikroorganizmalardan arındıran en etkili yöntem olması, gıdanın raf ömrünü uzatması, ambalaj üzerinden işılama yapılabilmesi ve neticede gıdanın ışınlanmadan önceki fiziksel durumunu korumasına ek olarak ürün üzerinde kimyasal kalıntı bırakmamasıdır¹⁰.

⁸RG. T. 28.11.2013, S. 28835.

⁹RG. T. 8.3.1995, S. 22221.

¹⁰Paksu U., Gama Işınları ile Işınlanmış İhlamur Örneklerinin Elektron Spin Rezonans (ESR) ve Termolüminesans (TL) Teknikleri ile İncelenmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Fizik Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Engin B., İzmir, 2013, s. 5.

Zorba M. A., Tavuk Eti Ürünlerine (Sosis, Burger, Köfte) Uygulanan Gama İşılamanın Yağ Asitleri Kompozisyonu Üzerine Etkisinin Belirlenmesi, Namık Kemal Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Fen Bilimleri Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Yılmaz İ., Tekirdağ, 2009, s. 3.

Gezgin Z., Gama Işınlarının Çiğ Köftenin Mikrobiyal Güvenliği ve Kalitesine Etkisi, İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Gürbüz G., İstanbul, 2005, s. 11-16.

Oğuzhan P., Su Ürünlerinde İşılama Teknolojisi, Gıda ve Yem Bilimi-Teknolojisi Dergisi, Y. 2013, C. 13, s. 52-54, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/44821> (ET. 24.2.2020).

Işınlama, iyonize radyasyonla, gıdanın mikroplardan arındırılması, filizlenmesinin önlenmesi ve kullanma ömrünün uzatılmasıdır. Gıda ışınlanması, saklamaya ek olarak, sterilizasyon hedefine de hizmet eder¹¹. Gıda bilimiyle ilgilenen pratisyen ve teorisyenlerin çoğunluğu gıda ışınlanmasının güvenilir olduğunu savunur¹².

Yılmaz H. Ö./Ülger T. G., Gıda Işınlanmanın Besinlere Etkisi, Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi, Y. 2016, C. 5, S. 1, s. 2, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/509507> <https://ara.edu.tr/dergiler/72/2228/23129.pdf> (ET. 23.2.2019).

Kalyani B./Manjula K., Food Irradiation-Technology and Application, International Journal of Current Microbiology and Applied Sciences, Y. 2014, Iss. 4, Vol. 3, p. 549, 550, <https://www.ijcmas.com/vol-3-4/B.Kalyani%20and%20K.Manjula.pdf> (ET. 11.2.2019).

Mostafavi A. H./Mirmajlessi M. S./Fathollahi H., The Potential of Food Irradiation: Benefits and Limitations, Trends in Vital Food and Control Engineering, Shanghai/China, 2012, p. 43-46, https://pdfs.semanticscholar.org/ae3a/4c8c1b381617a023cd55a19b2b029463bd99.pdf?_ga=2.112060096.554478821.1561230512-1293229706.1561230512 (ET. 13.2.2019).

Arvanitoyannis I. S./Tserkezou P., Legislation on Food Irradiation Chapter 1: European Union, United States, Canada and Australia, Irradiation of Food Commodities, Elsevier, 1st edition, eBook, 2010, p. 3, <https://booksite.elsevier.com/samplechapters/9780123747181/9780123747181.pdf> (ET. 23.2.2019).

Koutchma T./Keener L./Kotilainen H., Discordant international regulations of food irradiation are a public health impediment and a barrier to global trade, Global Harmonization Initiative Consensus Document on Food Irradiation, October 2018, p. 4, https://www.globalharmonization.net/sites/default/files/pdf/GHI-Food-Irradiation_October-2018.pdf (ET. 13.2.2019).

Atasever A. M./Atasever M., Işınlanmanın Gıda Teknolojisinde Kullanımı, Atatürk Üniversitesi Veterinerlik Bilimleri Dergisi, Y. 2007, S. 2, C. 3, s. 107, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/33851> (ET. 11.2.2019).

Akkara M./Kayaardı S., İleri Muhafaza Tekniklerinin Et Kalitesi Üzerine Etkisi, Akademik Gıda, Y. 2014, C. 12, S. 4, s. 83, <http://www.academicfoodjournal.com/archive/2014/issue4/RevArticlePages79-85.SKayaardi.pdf> (ET. 11.2.2019).

Başbayraktar V./Güçlü H., Işınlanmanın Taze Meyve ve Sebzelerin Kalitesi Üzerine Etkisi, X. Ulusal Nükleer Bilimler ve Teknolojileri Kongresi, 6-9 Ekim 2009, s. 285, 286, https://inis.iaea.org/collection/NCLCollectionStore/_Public/42/046/42046309.pdf (ET. 11.2.2019).

Atakan Y., Gıdaların Radyasyonlarla Işınlanmasından Yana Olanlarla Karşı Olanların Gerekçeleri Neler?, s. 1, <https://www.fmo.org.tr/wp-content/uploads/2016/01/GIDA-ISINLANMA-XX-TARTISMASI-310317-1.pdf> (İKT: 1.1.2016; ET. 11.2.2019).

Pascual V. C./López A. M., Report of the Scientific Committee of the Spanish Agency for Food Safety and Nutrition (AESAN) on the application of ionizing radiation for sanitizing fresh meat, meat preparations and meat products, Translated from the original published in the journal Revista del Comité Científico de la AESAN, Y. 2013, Iss. 18, p. 29-52 (Revista del Comité Científico de la AESAN, Iss. 3, p. 2), http://www.aecosan.msssi.gob.es/AECOSAN/docs/documentos/seguridad_alimentaria/evaluacion_riesgo_s/informes_cc_ingles/IRRADIATION.pdf (ET. 23.2.2019).

Liman V./Özet Y. A., Türkiye'de Gama Radyasyonla Işınlama, s. 5, http://www.eczaakademi.org/images/upld2/ecza_akademi/makale/20110113052044Gama_radyasyon.pdf (ET. 11.2.2019).

Maherani B./Hossain F./Criado P./Ben-Fadhel Y./Salmieri S./Lacroix M., World Market Development and Consumer Acceptance of Irradiation Technology, Foods, Y. 2016, Iss. 5, Vol. 79, p. 4, <https://doi.org/10.3390/foods5040079>, <https://www.mdpi.com/2304-8158/5/4/79/htm> (ET. 23.2.2019).

¹¹Maherani et. al., p. 5, 6. Liman/Özet, s. 3. Kalyani/Manjula, p. 551. Mostafavi et. al., p. 44, 45, 47. Gıda ışınlanmasının, et, sebze ve meyve, çay, baharat ve aromatik bitkiler üzerinde uygulanabileceği yönünde bkz. Atasever/Atasever, s. 112-114. Paksu, s. 2. Koutchma et. al., p. 3, 4. Yılmaz/Ülger, s. 3, 9. Zorba, s. 4.

¹²Atasever/Atasever, s. 109-112. Atakan, s. 2. Başbayraktar/Güçlü, s. 288. Akkara/Kayaardı, s. 83. Maherani et. al., p. 15. Mostafavi et. al., p. 60. Koutchma et. al., p. 4, 5.

Güvenilir olduğuna dair çoğunluk görüşe rağmen, makul doza bağlı kalınmaması üzerine, taze meyve ve sebzelerde yumuşama meydana gelmesi ve C vitamininin azalması, ışınlamanın dezavantajlarından bazılarıdır¹³.

Makul doza uyulmaması nedeniyle besin ögesi kayıplarında, A, E, C vitamini yanı sıra *follic acid* ve *Tiamin* azalması öğretilmektedir¹⁴. Ayrıca, ışınlama ile et ürünlerindeki zararlı yağ oranı doğru orantılı artış göstermektedir¹⁵. Benzer yönde, ışınlamanın su ürünündeki sağlıklı yağ çeşidinde azalmaya sebep olduğu ileri sürülmüştür¹⁶.

Anılan dezavantajlardan korunmak için mezkûr gıda ve/veya pakete uygun doz ayarı tutturulmalıdır. Makul doza sadık kalınmaması üzerine, bazı sorunlar ortaya çıkabilir. “Bunlar, *botulizm*, *salmonella* zehirlenmesi, *aflotoksin* varlığı, pestisit kalıntısı ve kimyasal tehlikeler ve besin ögesi kayıplarıdır”¹⁷.

Polimer ile paketlenen ürünler paket üzerinden ışınlandığında kanserojen olmasa da beklenmedik kimyasal değişiklikler geçirmektedir¹⁸. Yalnız baharatların böceklerden arındırılmasında, “ön(ce) paketleme (*prepackaging*)” ışınlama sürecine hazırlık teşkil edebilir. Bunun için, hem ışınlamaya dayanıklı, hem de radyasyondan sonra içindeki gıdaya toksin veya kötü koku nüfuz ettirmeyecek paket malzemesi seçilmelidir¹⁹.

II. TÜRKİYE CUMHURİYETİ’NDE GIDA IŞINLAMA

Türkiye Cumhuriyeti’nde gıda ışınlama konusu iki açıdan incelenebilir. Öncelikle, bu yöntemin “hukukî (*de jure*)” çerçevesinin çizilip çizilmediği araştırılabilir. Ayrıca, “fiilen (*de facto*)” radura etiketinin kullanılıp kullanılmadığı tartışılabilir. İlk araştırmada, Türk Hukuku’nda, ışınlanmış gıda konusunda, hukukî çerçevenin layığıyla çizildiği ve daima güncelin takip edildiği ortaya konulur. Tartışma boyutunda ise, Türkiye sathında, 2019 yılında yürürlüğe giren yönetmelikle “son süre (*dead line*)” tayin edildiğine işaret edilir. Gıda üreticisi ve satıcıları radura sembolüne yönelik hazırlıklarını 2020 yılının sonuna değin tamamlamalıdır.

A. TÜRK HUKUKU’NDA GIDA IŞINLAMA VE RADURA LOGOSU

Türkiye Cumhuriyeti’nde, gıda ışınlama ve ışınlanmış gıda logosu, kanunla değil, yönetmelikle düzenlenir. Bu yönetmelikler Avrupa Birliği Hukuku’ndan örneklenmiştir. Mülga 6.11.1999 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği’nin 15.10.2002 tarihli yönetmelikle değişik 17’inci maddesinde, yine 1.1.2017 tarihli yönetmelik taslağı ve yürürlükteki 3.10.2019 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği’nin 16’ıncı maddelerinde,

Abbas N. S. M./Halkman K., Baharat Mikro Florası Üzerine Işınlamanın Etkisi, Orlab On-Line Mikrobiyoloji Dergisi, Y. 2003, C. 1, S. 3, s. 54, 59, <http://www.mikrobiyoloji.org/pdf/702030304.pdf> (ET. 24.2.2020).

¹³Başbayraktar/Güçlü, s. 287.

¹⁴Yılmaz/Ülger, s. 9. Ayrıca bkz. Mostafavi et. al., p. 47, 48. Pascual/López, p. 13.

¹⁵Zorba, s. 8, 53, 75, 76.

¹⁶Oğuzhan, s. 55.

¹⁷Yılmaz/Ülger, s. 8.

¹⁸Mostafavi et. al., p. 54, 55. Pascual/López, p. 11-14.

¹⁹Kalyani/Manjula, p. 554.

ortaklaşa “Avrupa Birliği’ne Uyum” başlığıyla, Avrupa Birliği Hukuku’nun ilgili direktiflerine atıf yapılmıştır²⁰.

Mülga 6.11.1999 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği, gıda ışınlama konusunu düzenleyen ilk yönetmelikti. Bu yönetmeliğin Türk Hukuku’nda aniden belirdiği ve toplumsal konsensüse sunulmadığı söylenebilir. Buna karşılık, 1.1.2017 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği Taslağı, 9.11.2016 tarihinde, Tarım ve Orman Bakanlığı Gıda ve Kontrol Genel Müdürlüğü’nün *web* sitesinde, kamuoyunun görüşüne açılmıştır²¹.

3.10.2019 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği, resmî gazete dikkate alındığında, zorunlu ışınlama etiketini, bu defa radura kelimesini anarak ikinci defa vurgulayan ve muhataplara son süre tanınması itibarıyla yeni dönem başlatan fonksiyon arz etmektedir²².

3.10.2019 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği’nin 2’inci ekinde, ışınlanabilir gıdalar ve ışınlama dozları listelenir. Buna göre, yedi grup gıda ışınlanabilir: soğanlar, kökler ve yumrular; taze veya dondurulmuş sebze ve meyveler; hububat, baklagiller, kurutulmuş ve sert kabuklu meyveler; çiğ balık, kabuklu deniz hayvanları, deniz ürünleri ve kurbağa bacağı; kanatlı, kırmızı et ve bunların ürünleri; kurutulmuş sebzeler, baharatlar, otlar, çeşniler, bitki çayları ve aromatik bitkiler; nihayet, hayvan orijinli kurutulmuş gıdalar.

3.10.2019 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği’nin 8’inci maddesinin (e) bendi ve bu bentte anılan 2’inci eki, gıda ışınlama teknolojisinin kullanımında yasal sınırlar getirmektedir. Türkiye Cumhuriyeti, mülga 6.11.1999 tarihli yönetmelikte olduğu gibi, yürürlükteki 3.10.2019 tarihli yönetmelikte de, her gıdanın absorbe edebildiği en yüksek dozda ışınlanabilmesi yöntemini benimseyen ülkeler arasına katılmamak yönündeki iradesini, ikinci defa ortaya koymuştur. Gerek ışınlanabilir gıdaları listeleyen, gerek bunların dozlarını peşinen belirleyen Avrupa Birliği yöntemini benimsemiştir.

Mülga 6.11.1999 tarihli yönetmeliğin “Etiketleme” başlıklı 13’üncü maddesine göre, “Işınlanmış ve tüketime hazır olarak ambalajlanmış gıda ambalajı üzerinde gıdanın isminin yanında yazı ve Ek-2’de verilen şekildeki yeşil renkli, uluslararası gıda ışınlama sembolü ile ışınlandığı” hususunun belirtilmesi zorunluydu. 6.11.1999 tarihli mülga Gıda Işınlama Yönetmeliği, 15.10.2002 tarihli mülga Gıda Işınlama Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik ile değiştiğinde, “kolayca görülebilir şekilde etiket üzerinde” ibaresi eklenmiştir.

1.1.2017 tarihli yönetmelik taslağının “Etiketleme” başlıklı 11’inci maddesine göre, “Hazır ambalajlı ışınlanmış gıdalarda “ışınlanmıştır” veya “ışınlama işlemi

²⁰Bu konuda bkz. “IV. Mukayeseli Hukukta, Özellikle Avrupa Birliği Hukuku’nda Gıda Işınlama ve Radura Sembolü”.

²¹Tarım ve Orman Bakanlığı, Gıda Işınlama Yönetmelik Taslağı Görüşe Açılmıştır, <https://www.tarimorman.gov.tr/GKGM/Duyuru/238/Gida-Isinlama-Yonetmelik-Taslagi-Goruse-Acilmistir> (İKT: 9.11.2016; ET: 23.2.2019).

²²Yurdakul M., Paketli Gıdaya Işınli Etiket, Milliyet, <https://www.milliyet.com.tr/ekonomi/paketli-gidaya-isinli-etiket-6045779> (İKT: 4.10.2019; ET: 24.2.2020). Her ne kadar, bu gazete haberine, “Gıda ışınlamasına Avrupa Birliği ayarı geldi” şeklinde başlansa da, mülga 6.11.1999 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği de konuya ilişkin Avrupa Birliği direktifleriyle uyumluydu. Bu konuda bkz. “IV. Mukayeseli Hukukta, Özellikle Avrupa Birliği Hukuku’nda Gıda Işınlama ve Radura Sembolü”.

yapılmıştır” ifadesinin ve Ek-3’te verilen yeşil renkli uluslararası gıda ışınlama sembolü raduranın temel görüş alanında kolayca görülebilir şekilde etiket üzerinde bulunması zorunludur. Hazır ambalajlı olmayan ışınlanmış gıdalarda ise “ışınlanmıştır” veya “ışınlama işlemi yapılmıştır” ifadesinin, gıdanın adı ile birlikte ambalajın üzerinde veya yanında bulunan satış etiketinde yer alması zorunludur”.

3.10.2019 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği’nin “Etiketleme” başlıklı 11’inci maddesinde, 1.1.2017 tarihli yönetmelik taslağının 11’inci maddesi yinelenmektedir. Mezkûr maddelerde, “hazır ambalajlı”, “hazır ambalajlı hâle getirilmeksizin satılan” ve “tüketicinin talebi doğrultusunda paketlenerek satılan” ışınlanmış gıdalar konusundaki üçlü ayırım yine korunmaktadır. Üstelik son iki olasılıkta, radura etiketinin ve “ışınlanmıştır” yahut “ışınlama işlemi yapılmıştır” ibaresinin yerleştirilmesi noktasında, satıcıya yönelik kesin talimatlar, mülga 6.11.1999 tarihli yönetmeliğin eş değer 13’üncü maddesine nazaran daha ayrıntılı kaleme alınmaktadır.

Mülga 6.11.1999 tarihli yönetmeliğin “Etiketleme” başlıklı 13’üncü maddesiyle 1.1.2017 tarihli yönetmelik taslağının ve 3.10.2019 tarihli yönetmeliğin aynı başlıklı 11’inci maddeleri kıyaslandığında, son ikisinde, etiketleme prosedürü bakımından, tüketiciyi aydınlatma ve bilinçlendirme seviyesinin artırıldığı fark edilmektedir.

Mülga 6.11.1999 tarihli yönetmelikte, etiket konusunda, bileşen kelimesi bulunsa da, bileşik bileşen terimi yer almamıştır. Mülga 6.11.1999 tarihli yönetmeliğin 15.10.2002 tarihli yönetmelikle değişik “Etiketleme” başlıklı 13’üncü maddesine göre, “gıda bileşenlerinden birisi ham veya çiğ iken ışınlanmış ise içindekiler bölümünde verilirken bu bileşenin yanında hangi dozda ışınlandığı belirtilir”. Bu kural 3.10.2019 tarihli yönetmelikte, 11’inci maddenin 2’inci fıkrasının (ç) bendinde hâlâ bâkidir. Fakat artık, bileşik bileşen ifadesiyle, son ürüne tekabül eden oran nispetinde etiketleme kuralları değişmektedir.

Mülga 6.11.1999 tarihli yönetmeliğin 15.10.2002 tarihli yönetmelikle değişik 13’üncü maddesinin (d) bendindeki %25’lik oran, 3.10.2019 tarihli yönetmeliğin 11’inci maddesinin 2’inci fıkrasının (d) bendine gelindiğinde, artık %2 oranına düşmüştür. Işınlanmış bileşik bileşen, son üründe %2’den daha az olsa bile, tüketicinin ışınlanan gıda bileşeni hakkında “ışınlanmıştır” veya “ışınlama işlemi yapılmıştır” ifadesiyle bilgilendirilmesi zorunludur.

Nihayet, 3.10.2019 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği’nin “Etiketleme” başlıklı 11’inci maddesinde, tüketicinin bilgilendirilmesine gösterilen özen, uluslararası arenada yüksek seviyeye denk gelmektedir. Bu maddede, ışınlanmış içeriğin veya bileşenin ürün ambalajında gösterilmesi noktasında istisna ve muafiyete meyledilmediğine dair teferruatlı direktifler yer almaktadır. Özellikle “Gıda, ışınlanmış bir bileşik bileşen içeriyorsa Türk Gıda Kodeksi Gıda Etiketleme ve Tüketicileri Bilgilendirme Yönetmeliğinin EK-4 Bölüm 5’inde yer alan bileşik bileşenlerin içeriğinin yazılması zorunluluğuna tanınan istisnalar uygulanmaz” cümlesi tüketicinin bilgilendirilmesine üst seviye özen gösterildiğine işaret etmektedir.

B. IŞINLANMIŞ GIDANIN RADURA ETİKETİYLE SATIŞA SUNULMASINDA SON SÜRE

Türkiye Cumhuriyeti'nde 1994 yılından beri, kozmetik, ilaç ve sağlık-bakım ürünlerinde, gama radyasyonla sterilizasyon tekniği kullanılır. Birisi, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu²³ bünyesinde Sarayköy-Ankara; diğeri, Gamma-Pak Sterilizasyon Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi²⁴ bünyesinde Çerkezköy-Tekirdağ'da kurulmuş iki adet ışınlama tesisi bulunmaktadır. Doktrinde, son anılan tesiste, çoğunluğunu baharatlar ve kurutulmuş sebzeler olmak üzere, kurbağa budu, balık, karides, tavuk etleri, badem, hurma, çam fıstığı gibi bazı yemişlerin ışınlama yöntemi ile mikroorganizmalardan arındırıldığı aktarılır²⁵. Gıda ışınlamasının siyah ve yeşil çayda kullanılabileceği ÇAYKUR tarafından 2007'de seminare konu edilir ve seminer raporu yayınlanır. Bu raporda, çay ışınlanmasında, uygun teçhizat, yöntem ve doz aralığı belirlenir²⁶. Gama ışınlarıyla ışınlanmış ıhlamur üzerine 2013'te İzmir'de yazılan tezde, ticarî kaygıyla ışınlanmış ıhlamur denetiminde yol göstericilik amaçlanır²⁷. Çiğ köftede ışınlamanın faydaları üzerine 2005'te İstanbul'da yazılan tezde, Çerkezköy'deki aslında kâr amaçlı Gamma-Pak şirketi, bu defa akademik yardım gayesiyle teçhizat teşviki sunar²⁸.

Türkiye Cumhuriyeti'nde, ışınlama pratiğinin iki farklı tesise yayılması ve bilimsel incelemelerin ışınlanan ürün tabağını genişletmesi yanı sıra gıda hukukunun ışınlama boyutunun da düzenli gelişme arz etmesi ve güncele uyarlanması dikkat çekicidir. İşte bu nedenle, kanun koyucu, gıda ışınlaması konusundaki son düzenlemesinde, geçiş hükümleri öngörmüş ve ışınlanmış gıda piyasaya arz eden şirketlere hitaben açık talimatlar yayınlamıştır.

Aslında, 6.11.1999 tarihli mülga Gıda Işınlama Yönetmeliği'nden bu yana, Türkiye Cumhuriyeti'nde, ışınlanmış gıda sembolü, yani radura logosu kullanılması zorunludur. Yalnız 15.10.2002 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik ve 19.12.2003 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik, 6.11.1999 tarihli mülga Gıda Işınlama Yönetmeliği'ndeki bu zorunluluğu, geçici madde-1 başlıklı geçiş hükümleriyle, ilk seferinde iki sene, ikinci seferinde altı ay ertelemiştir.

²³TAEK bünyesinde gerçekleşen ışınlama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TAEK, Işınlama Hizmetleri, <https://www.taek.gov.tr/tr/hizmetlerimiz/olcum-ve-analiz/isinlama-hizmetleri.html> (ET. 3.3.2020).

²⁴Gamma-Pak şirketi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gamma-Pak, Hakkımızda, <https://gammapak.com/hakkimizda> (ET. 3.3.2020).

²⁵Liman/Özet, s. 4, 6, 8. Gezgin, s. 21.

Ayrıca bkz. Gamma-Pak, Aydın Dosyası-Kırmızı & Beyaz Et, Işınlamada Hareketli Bir Yıl Geçiriyoruz, <http://doczz.biz.tr/doc/315251/hareketli---gamma-pak> (ET. 24.2.2020).

Gıda Teknolojisi, Gamma-Pak 2012'de 4 bin 246 ton gıdayı ışınladı, <http://www.gidateknolojisi.com.tr/haber/2013/02/gamma-pak-2012de-4-bin-246-ton-gidayi-isinladi> (İKT: 23.2.2013; ET: 3.3.2020).

Gıda Teknolojisi, Işınlama gıdaları koruyan en etkin teknoloji, <http://www.gidateknolojisi.com.tr/haber/2015/04/isinlama-gidaları-koruyan-en-etkin-teknoloji> (İKT: 16.4.2015; ET: 23.6.2019).

²⁶Türkyılmaz K./Eroğlu H., Gıda Işınlaması ve Uygulamaları Seminer Raporu, Rize, 2007, s. 9, http://www.caykur.gov.tr/CMS/Design/Sources/UnitePCKYSDokumanlari/77_76.pdf (ET. 11.2.2019).

²⁷Paksu, s. 4.

²⁸Gezgin, s. 21.

Esasen, 3.10.2019 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği, 18’inci maddesi uyarınca, yayımlandığı gün yürürlüğe girmiştir. Bununla birlikte, yönetmeliğin geçici 1’inci maddesinin ilk fıkrasına göre, “Bu Yönetmeliğin yayımı tarihinden önce faaliyet gösteren gıda işletmecileri, bu Yönetmelik hükümlerine 31/12/2020 tarihine kadar uyum sağlamak zorundadır”. Geçici 1’inci maddenin 2’inci fıkrasına göre, “Bu Yönetmeliğin yayım tarihinden önce faaliyet gösteren gıda işletmecileri; bu Yönetmeliğin hükümlerine uyum sağlayıncaya kadar yürürlükten kaldırılan Gıda Işınlama Yönetmeliği hükümlerine uymak zorundadır”. Şu hâlde, 1.1.2021 tarihinden itibaren, piyasaya ışınlanmış gıda arz eden şirketler, ürün etiketlerine radura logosu ekleyerek ambalajlarını yenilemiş olmalıdır. Işınlanmış gıda veya bileşen içeren ambalajlara, hem yeşil renkli uluslararası gıda ışınlama sembolü raduranın, hem de “ışınlanmıştır” veya “ışınlama işlemi yapılmıştır” ibaresinin konulması şarttır. Yine mega marketlerde ve bunların kasap reyollarında, ambalajsız veya talep üzerine paketlenerek satılan ışınlanmış gıda ürünlerinde, tüketicinin görebileceği yerde “ışınlanmıştır” veya “ışınlama işlemi yapılmıştır” ibaresinin bulundurulması yahut bu ibarenin söz konusu gıdayla birlikte tüketicie sunulması zorunludur.

III. MUKAYESELİ HUKUKTA, ÖZELLİKLE AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU’NDA GIDA IŞINLAMA VE RADURA SEMBOLÜ

Dünyada altmıştan fazla ülkede kabul gören gıda ışınlaması, her ülkede tıpa tıpa aynı ışınlanmış gıda logosuyla, yani radura sembolüyle tüketicilere sunulur. Dünyada kırktan fazla ülkede gıda ışınlamasına başvurulduğu da aktarılmaktadır²⁹. Radura, daire içinde yeşil bitkiye benzeyen uluslararası ışınlanmış gıda logosudur. Gıda ışınlamasında başı çeken ülkeler, Çin, Amerika Birleşik Devletleri ve Ukrayna’dır³⁰.

Dünyada, 1990’lı yıllarda, kümes hayvanı, kırmızı et ve yumurtanın ışınlanması yoluna gidilmekteydi. 2002’de ise, sebze meyvenin ışınlanması uygun görülmüştür³¹. Işınlanan ürün gamı 1999’dan 2010 yılına gelindiğinde oldukça çeşitlenmiş, neredeyse iki katına fırlamıştır. İlk kabul gördüğünde sadece kurbağa bacağı, baharatlar ve kurutulmuş aromatik bitki çaylarıyla sınırlıyken; et, sebze, özellikle patates, soğan ve sarımsak, her türlü meyve, baklagiller ve tahıl da ışınlanabilir ürün gamına dâhil olmuştur³². Avrupa Birliği’nde de, gıda ışınlama başlangıcı, kurutulmuş aromatik otlar, baharatlar ve kurbağa bacağıyla gerçekleşmiş; daha sonra, bu uygulama mevsim meyveleri ile tahıllara uzanmıştır³³.

Radyasyonla ışınlanan ürün gamındaki tarif edilen genişleme, bir grup gıda mühendisini araştırmaya sevk etmiştir. Gıdalardaki “gen zehirlenmesi (*genotoxicity*)” ve kanserojen etki çalışmaları hayvanlar üzerinde icra edilir. Bazı farelerde kilo artışı

²⁹Arvanitoyannis/Tserkezou, p. 3.

³⁰Mostafavi et. al., p. 59, 60. Koutchma et. al., p. 3, 4.

Röcke T., The Law on Treatment of Food with Ionizing Radiation-Legislative Silence, European Food and Feed Law Review, Y. 2006, Vol. 1, No. 4, p. 203, 204, <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/effl2006&div=37&id=&page=&t=1561328340> (ET. 13.2.2019).

³¹Noah L., Genetic Modification and Food Irradiation: Are Those Strictly on a Need-to-Know Basis?, Penn State Law Review, Y. 2014, Vol. 118, Iss. 4, p. 776, 777, <http://www.pennstatelawreview.org/wp-content/uploads/2015/02/1-Noah-final.pdf> (ET. 23.3.2019).

³²Koutchma et. al., p. 3. Röcke, p. 203.

³³Arvanitoyannis/Tserkezou, p. 5.

dışında olumsuz bulguya, özellikle zehirlenmeye rastlanmaz. Bununla birlikte, ışınlanmış gıda maddelerinin miktarındaki ve çeşitliliğindeki artış, tahmin edilebilir şekilde, tüm nüfus aralıklarında günlük ışınlanmış gıda alımlarını da yükseltmektedir. Daha büyük miktarda ışınlanmış gıdanın “günlük alımı (*daily intake*)” nedeniyle, gerçek riski belirlemek adına mevcut çalışmalar gözden geçirilmelidir³⁴.

Codex Alimentarius kapsamında yer alan Işınlanmış Gıda İçin Genel Standartlar metninde, iyonize radyasyonla muamele edilebilecek ürünler tek tek sayılmaz. Bunun yerine, her ülkenin, ihtiyacına uygun olarak, bilimsel çalışmalarda netleşen güncel dozlarda ışınlamayı kendi yasalarında düzenleyeceği temenni edilir. Brezilya, Meksika ve Singapur'da, mezkûr yiyeceğin emebileceği maksimum dozda, tüm gıda ürünlerine, ışınlama müdahalesi serbesttir. Işınlamaya tâbi ürün gamının listelenmesinde ve muamele esnasında sadık kalınacak maksimum dozun belirlenmesinde global konsensüse varılmalıdır³⁵.

Işınlanmış Gıda İçin Genel Standartlar kodeksi, üç ihtimali göz önünde bulundurarak etiketleme konusunu ayrıntılı düzenler. “Etiketleme (*Labelling*)” başlıklı 7'inci madde, “Stok Kontrolü (*Inventory Control*)”, “Doğrudan Tüketime Yönelik Hazır Gıdalar (*Prepackaged Foods Intended for Direct Consumption*)” ve “Toplu Konteynerlerdeki Gıdalar (*Foods in Bulk Containers*)” alt başlıklarından oluşur. Buna göre, ithalat-ihracat belgeleri, paketlenmiş olsun olmasın, gıdanın ışınlandığı hususunda, ayrıca ışınlama tarihi, dozu ve stok numarası hakkında net bilgi içermelidir. Konteynerde taşınan gıdalarda ise, konteyner üzerine, radura sembolü konulmalı ve kelimesi kelimesine “ışınlanmıştır (*irradiated*)” veya “iyonize radyasyonla muamele görmüştür (*treated with ionizing radiation*)” yazılmalıdır.

Codex Alimentarius çerçevesinde, hazır gıdalar da, paketlerinin üzerinde, anılan açıklama ve logoyu barındırmalıdır. Yalnız Işınlanmış Gıda İçin Genel Standartlar kodeksi, ışınlanmış gıda sembolünü “gereklilik (*should appear*)” şeklinde ansa da, Hazır Gıdaların Etiketlenmesi Hakkında Genel Standartlar metninde bu logo “ihtiyarı (*optinal*)” olarak belirlenmiştir. Hazır gıda paketlerinde, radura logosu kullanılırsa, etiket üzerinde yiyeceğin ismine yakın konumlanmalıdır.

Hazır Gıdaların Etiketlenmesi Hakkında Genel Standartlar, “5.2. Işınlanmış Gıdalar (*5.2. Irradiated Foods*)” başlıklı maddesinde, gıdanın ismine yakın yerde iyonize radyasyon uygulamasına tâbi tutulduğunun beyan edilmesini zorunlu tutar. Buna karşılık, radura sembolünün kullanılması ihtiyaridir. Tek bileşenden oluşan ışınlanmış gıda, bu hususu etiketinde barındırmalıdır. Gıdanın birden fazla bileşeninden herhangi biri radyasyonla iyonize edilmişse, bu gerçek, ürünün paketinde, içindekiler listesinde belirtilmelidir.

Mülga 6.11.1999 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği'nin 15.10.2002 tarihli yönetmelikle değişik 17'inci maddesinde, yine 1.1.2017 tarihli yönetmelik taslağı ve yürürlükteki 3.10.2019 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği'nin 16'ıncı maddelerinde, ortaklaşa “Avrupa Birliği'ne Uyum” başlığıyla, Avrupa Birliği Hukuku'nun iki direktifine açık atıf yapılmaktadır. Anılan maddelerde, biri diğerini aynen tekrar edecek şekilde, “Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 22 Şubat 1999 Tarihli ve 1999/2/EC

³⁴Pascual/López, p. 1, 17.

³⁵Koutchma et. al., p. 6, 14, 15.

Sayı 1 İyonize Radyasyonla Muamele Edilmiş Gıda ve Bileşenleri Hakkında Üye Ülke Hukuklarının Yeknesaklaştırılması Direktifi (*Directive 1999/2/EC of the European Parliament and of the Council of 22 February 1999 on the approximation of the laws of the Member States concerning foods and food ingredients treated with ionising radiation*)³⁶ ile “Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin 22 Şubat 1999 Tarihli 1999/3/EC Sayılı İyonize Radyasyonla Muamele Edilmiş Gıda ve Bileşenlerinin Topluluk Listesi Oluşturulması Hakkında Direktifi (*Directive 1999/3/EC of the European Parliament and of the Council of 22 February 1999 on the establishment of a Community list of foods and food ingredients treated with ionising radiation*)”³⁷ metinlerine açık atıf bulunmaktadır. Avrupa Birliği Hukuku’nda, 1999/2/EC ve 1999/3/EC sayılı direktifler akabinde, gıda ışınlanması hakkında, uzun yıllar önemli yasal aktivite olmamıştır³⁸.

1999/2/EC Sayılı Direktif, 6’ncı maddesinde, toplu yemek şirketlerine ve nihai tüketiciye ulaşan gıdalar olasılığını düzenler. Böylesine ışınlanmış gıdalar, eğer markalı satılıyorsa, markasıyla birlikte “ışınlanmıştır” veya “iyonize radyasyonla muamele görmüştür” ibaresini taşımalıdır. Gıdayı oluşturan bileşenler ışınlanmışsa, o vakit bileşenler listesinde ilgili bileşin yanında aynı ibarenin bulunması zorunludur. Paketsiz ürünler sepette, konteynerde veya bankoda toplu olarak satılıyorsa, mezkûr kelimeler, ürünlerin yerleştirildiği konteynırın, sepetin veya bankonun üstünde veya yanında, ekranda veya notta, ürünün adı ile birlikte görünmelidir. 1999/2/EC Sayılı Direktif, bilhassa 6’ncı maddesiyle, üye devletlerin ulusal hukuklarını yönettiği gibi, Türk Hukuku’nu da etkilemiştir.

Söz konusu direktifler, ışınlanabilir gıda port folyosunu ve doz aralıklarını belirlemektedir. Ayrıca, Avrupa Birliği’ne üye ülkelerde, içeriğinde düşük miktarda bileşen bulunsa bile iyonize radyasyona tâbi tutulmuş gıdaların gıda ışınlama kurallarına özgü şekilde etiketlenmesini zorunlu kılar. Üstelik, ışınlamayı gerçekleştiren tesisin kimliği, adresi ve referans numarasına da etikette yer verilmelidir. Üye olmayan ülkeden üye ülkeye ışınlanmış gıdanın ihraç edilmesi için, ışınlama işleminin Avrupa Birliği tarafından onaylanan ışınlama tesisinde yapıldığının söz konusu gıdayı temsil eden belgelerde kanıtlanması aranır³⁹.

Avrupa Birliği iç pazarında ışınlandığı hâlde gıdaların radura sembolsüz nihai tüketiciye arz edilip edilmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, üye olmayan ülkelerde, özellikle gelişmekte olan ülkelerde ışınlanmış gıdalar, Avrupa Birliği pazarına *de jure* veya *de facto* girer. Böylece, ışınlanmış gıda konusundaki Avrupa Birliği yaptırımları zayıflar⁴⁰. Hukuka aykırı ışınlanmış veya ışınlandığı hâlde etiketlenmemiş gıdalar, üye

³⁶Directive 1999/2/EC, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:7db477af-5311-422e-a47f-624d20695051.0008.02/DOC_3&format=PDF (İKT: 13.3.1999; ET: 22.2.2019).

³⁷Directive 1999/3/EC, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999L0003&from=EN> (İKT: 13.3.1999; ET: 22.2.2019).

³⁸Röcke, p. 203.

³⁹Arvanitoyannis/Tserkezou, p. 4, 5

⁴⁰Carreño I./Vergano P. R., Food Irradiation: The EU Regulatory Framework, Risk Assessment and International Trade Considerations, *European Journal of Risk Regulation*, Y. 2012, Vol. 3, Iss. 3, p. 373, <https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/food-irradiation-the-eu-regulatory-framework-risk-assessment-and-international-trade-considerations/E31A541C0F5F1196D5C6C59830F342D1> (ET: 25.2.2020).

ülkelerin ulusal otoritelerinden gizlenerek, Avrupa Birliği pazarına dâhil edilmektedir. 2006 yılından itibaren üye ülkeler nezdinde başlatılan ulusal denetimler, birliğe giren gıdaların %10'unun hukuka aykırı ve/veya etiketsiz ışınlanmış olduğunu ortaya koymuştur⁴¹. Aksi yönde görüşe göre, ışınlanmış gıda ve bileşenlerinin tespiti için on farklı yöntem geliştirilmiş ve bu yöntemler standardize edilmiştir. Işınlanmış gıda ve bileşenlerinin tespiti için geliştirilen standardize yöntemler, ışınlanmış gıda etiketlemesinin uygulanması ve kontrolünü kolaylaştırır. 2000 yılından itibaren ilgili yöntemler marifetiyle yapılan piyasa denetimleri sayesinde, Avrupa Birliği piyasasında radura etiketi olmayan ışınlanmış ürünlerin serbest dolaştığı kanısı yıkılmaktadır. Avrupa Birliği'nde işaretli ışınlanmış gıda miktarının tahmin edilenden yüksek olduğu görüşü yersizdir⁴².

Avrupa Birliği Hukuku'nda, tüketicilerin ışınlanmış gıda konusunda bilgilendirme hakkı yadsınmaz. Nihai tüketici paketli olsun olmasın satın aldığı gıdanın ışınlandığını anlatan kelimelerle ve radura logosuyla karşılaşmalıdır. Işınlamanın faydalarının ortaya konulması ve tüketicinin bilgi kirliliğinden korunması gereklidir. İtalya'da olduğu gibi, sıklıkla tüketilen patates benzeri ürünlerin ışınlanması, tüketicinin aydınlatılmasını şart koşar. Işınlama tesisleri hakkında, ihtiyari akreditasyon söz konusudur. Akreditasyon kuruluşlarının sertifika verme kriterleri netleşmelidir⁴³.

IV. RADURA SEMBOLÜ VE TÜKETİCİNİN BİLGİ EDİNME HAKKI

Gıda ışınlanması, yalnız özel hukuku değil, kamu hukukunu da ilgilendirir. Anayasa hukuku perspektifinde, "güvenli gıdaya erişim hakkı (*right to a safe food*)" temel haklar arasında anılmaktadır. Hiç şüphesiz, güvenli gıda ve ışınlama dozu arasındaki yakın bağlantı yadsınmaz. Sorumluluk hükümlerine gelindiğinde, bunlar sadece özel hukukta kaynağını bulmaz, idare ve ceza hukuklarına da taşar⁴⁴. Benzer bakış açısında, vatandaşların bazı yiyeceklerin saklanması hizmet eden güvenilir teknoloji hakkında doğru bilgilendirilmesi, "bilmeye yönelik vatandaşlık hakkı (*citizens right to know*)" sayılmalıdır⁴⁵.

Radura sembolünün Gıda Işınlanması Yönetmeliği'ne uygun kullanılması, aslında özel hukuk ve kamu hukuku ayırımı gözetmez. 3.10.2019 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği'ne uyulmaması, idarî para cezalarıyla maddî yaptırıma kavuşmaktadır. Söz konusu idarî para cezaları, Gıda Işınlama Yönetmeliği'nin 15'inci maddesinin atfıyla

⁴¹Parlato A./Giacomarra M./Galati A./Crescimanno M., ISO 14470:2011 and EU legislative background on food irradiation technology: The Italian attitude, Trends in Food Science & Technology, Y. 2014, Vol. 38, p. 61, 63, 64, 68, 69, <https://iris.unipa.it/retrieve/handle/10447/96211/124473/FS%26T%20Galati%20Crescimanno.pdf> (ET. 19.2.2019).

⁴²İç E./Aylangan A., Avrupa Birliği'nin Işınlanmış Gıdaların Tespiti Konusundaki Tutumu ve Piyasa Denetimleri, TAEK, Ankara, 2013, s. 2, 3, 5, 6, <http://kurumsalarsiv.taek.gov.tr/bitstream/1/432/2/80022.pdf> (ET. 23.2.2019).

⁴³Parlato et. al., p. 61, 63, 64, 68, 69.

⁴⁴Wiryani F./Herwastoeti H./Najih M./Haris A., Law Enforcement of Consumer Protection for Safe Food Packaging in The Decisions of Criminal Justice, International Conference On Food Science and Engineering 2016, Materials Science and Engineering 193, Y. 2017, p. 1-5, <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1757-899X/193/1/012055/pdf> (ET. 11.2.2019).

⁴⁵Parlato et. al., p. 64.

5996 Sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı ve Yem Kanunu'nun⁴⁶ 40 ila 42'nci maddeleri arasında düzenlenmektedir.

Radura sembolüne dair tartışmalar onların böceklenmesini önlemek adına ilk radyasyonla ışınlama yapıldığında, 1966 yılında başlar. “Gıda ve İlâç İdaresi (*Food and Drug Administration*)”, “iyonize radyasyonla muamele görmüştür (*treated with ionizing radiation*)” ibaresini zorunlu tutar. Yirmi yıl önce, öğretilde, ışınlamanın etikette gösterilmesi meselesi ciddi tartışmalara konu olmuştur. Bazı yazarlar, gıdanın ışınlandığı hususunun etikette gösterilmesi zorunluluğunu savunurken, diğerleri bunu gereksiz bulmuştur. Etiketle ışınlamanın gösterilmesini savunan yazarlar “bilme hakkına (*right to know*)” dayanmaktaydı. Artık bilme hakkı, “bilme ihtiyacına (*need to know*)” dönüşmüştür. Güncel durum, bilme ihtiyacına uygun olarak yasaların şekillendiğine işaret etmektedir⁴⁷.

Tüketicinin gıda ışınlanması hakkında bilgilendirilmesi, pastörize tekniğinin gıda hukukuna katılımına benzer. Şu ana kadar bazı gıdalarda zorunlu ışınlama uygulaması henüz öneriye konu edilmemiştir. Radura sembolü, çoğunluk ülke hukuklarında yasal zorunluluk arz etmesiyle, “genetiği bozulmamış (*genetic modification free-GM free*)”, *gluten-free*, “*diet-free* (genetiği bozulmuş ürünler haricinde özgür diyetle beslenen hayvandan et; *meat from animals fed a diet free of gene-modified products*)” gibi ihtiyarî logolardan ayrılır⁴⁸. Tüketicinin tükettiği gıdanın iyonize radyasyonla moleküler düzeyde ışınlandığı konusunda bilgilendirilmesi, radura sembolüyle gerçekleşmektedir.

Türk Hukuku'nda, 6.11.1999 tarihli mülga Gıda Işınlama Yönetmeliği, ilk yürürlüğe girdiği metninde bile, özel olarak “radura” kelimesini içermese de, yeşil renkli uluslararası gıda ışınlama sembolünü düzenliyordu. Dolayısıyla, Türkiye Cumhuriyeti'nde mülga 6.11.1999 tarihli yönetmelik sayesinde, yeşil renkli uluslararası gıda ışınlama sembolü, mer'i hukukun yazılı kaynaklarından birinde ilk defa anılmıştır. Daha sonra, 1.1.2017 yönetmelik taslağı ve yürürlükteki 3.10.2019 tarihli yönetmelik, “Etiket” başlıklı 11'inci maddelerinde, spesifik olarak “radura” kelimesine yer verir. Ayrıca, bu logonun, tüketicinin temel görüş alanında kolayca görülebilir şekilde etiket üzerinde bulundurulması zorunluluğunu yineler⁴⁹.

Mukayeseli hukuk penceresinde, Işınlanmış Gıda İçin Genel Standartlar kapsamında 7'inci maddede, Hazır Gıdaların Etiketlenmesi Hakkında Genel Standartlar içinde 5.2. numaralı paragrafta ve 1999/2/EC Sayılı Direktif'te 6'ıncı maddede, ışınlama bilgilendirmesinin ve radura işaretinin düzenlendiği yukarıda açıklanmıştır⁵⁰. Dolayısıyla, *Codex Alimentarius* çerçevesinde Işınlanmış Gıda İçin Genel Standartlar ve Hazır Gıdaların Etiketlenmesi Hakkında Genel Standartlar metinleri yanı sıra, Avrupa Birliği Hukuku'nun 1999/2/EC Sayılı Direktifi ve Türk Hukuku'nun Gıda Işınlama

⁴⁶RG. T. 13.6.2010, S. 27610. 5996 Sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı ve Yem Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5996.pdf> (ET. 11.2.2019).

⁴⁷Noah, p. 766-768, 770. Ayrıca bkz. Parlato et. al., p. 64.

⁴⁸Noah, p. 781, 782, 785.

⁴⁹Bu konuda bkz. “III. Türkiye Cumhuriyeti'nde Gıda Işınlama, A. Türk Hukuku'nda Gıda Işınlama ve Radura Logosu”

⁵⁰Bu konuda bkz. “IV. Mukayeseli Hukukta, Özellikle Avrupa Birliği Hukuku'nda Gıda Işınlama ve Radura Sembolü”.

Yönetmeliği, uzlaşmış vaziyette, tüketicinin ışınlama konusunda yazıyla ve/veya sembolle aydınlatılmasını hükme bağlar.

Tüketicinin ışınlama bilgisine erişmesine gelindiğinde, bilgi edinme ve radura sembolü senkronize önem arz etmektedir. Bilgi edinme hakkı, tüketicinin ilk nesil temel hakları arasında yer alır⁵¹. Bu noktada, ışınlanmış gıdanın radura sembolsüz nihai tüketiciciye sunulması, tüketicinin birinci nesil temel haklarından belki de en önemlisini ihlâl eder.

⁵¹İnal T., Tüketici Hukuku, Seçkin, 3. Baskı, Ankara, 2014, s. 227, 228.

Zevkliler A./Aydoğdu M., Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin, 3. Baskı, Ankara, 2004, s. 40, 41.

Karakocalı A., Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Madde 59, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (Millî Şerh), Ed. Tüzüner Ö./Tokbaş H., Aristo, 1. Baskı, İstanbul, 2016, s. 947.

Deryal Y./Korkmaz Y., Tüketici Hukuku, Adalet, 3. Baskı, Ankara, 2015, s. 17.

Kara İ., Tüketici Hukuku, Engin, 1. Baskı, Ankara, 2015, s. 133.

Havutçu A., Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2003, s. 21.

Baykan R., Tüketici Hukuku-Mevzuata İlişkin Yorum, Eleştiri ve Öneriler, İstanbul Ticaret Odası, 2. Baskı, İstanbul, 2005, s. 70.

Bussani M., EU Consumer Law: Current Issues and Recent Developments (Avrupa Birliği Tüketici Hukuku: Güncel Konular ve Yeni Gelişmeler), 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Ed. Tokbaş H./Üçışık F., Bilgi, 1. Baskı, Ankara, 2014, s. 652.

Koçano R. E., KKTC Hukuku'nda Taksitle Satım Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2017, C. 66, S. 2, s. 405.

Alkış A., İslâm Hukuku Açısından Tüketicinin Korunması, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı İslâm Hukuku Bilim Dalı, Doktora Tezi, Danışman: Çeker O., Konya, 2012, s. 30, 31.

Durmaz Y., Modern Pazarlamada Tüketici Memnuniyeti ve Evrensel Tüketici Hakları, Journal of Yasar University, Y. 2006, S. 1, C. 3, s. 261, 262, https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2011/07/no3_vol1_08_durmaz.pdf (ET. 11.2.2019).

Gündüz A. Y./Kaya M./Aydemir C., Ahilik Teşkilatında ve Günümüzde Tüketicilerin Korunmasına Yönelik Çalışmalar Üzerine Bir Değerlendirme, Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2012, C. 14, S. 2, s. 46.

Nart S., Tüketici Haklarının Pazar Ortamındaki Fonksiyonelliği: Hak Arama Davranışı ve Bilgi, Bilinç ve Tutum İlişkisi, Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi (Akademik Fener), Y. 2008, C. 6, S. 10, s. 6, 7, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/203493> (ET.13.2.2019).

Erdoğan T., Tüketicinin Korunmasına İlişkin Haklarla İlgili Anayasal ve Yasal Düzenlemelerin Nitelikleri ve Anayasada Almaları Gereken Yerler, Akademik Bakış Dergisi, Y. 2011, S. 25 (Temmuz-Ağustos), s. 2.

Aras A., Tüketici Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Atalay O., İzmir, 2009, s. 5.

Tunç S., Türkiye'de Tüketici Haklarının Gelişimi ve Hak Arama Yolu Olarak İnternet, Uluslararası Akademik Yönetim Bilimleri Dergisi, Y. 2015, C. 1, S. 2, s. 75.

Karahan K./Maksudunov A., Tüketici Bilinç Değerlendirmesi: Kırgızistan Örneği, Reforma İktisadî İdarî Bilimler Dergisi, Y. 2010, C. 1, S. 45, s. 47, 48, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/575710> (ET. 11.2.2019).

Sirmen L., Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Y. 2013, S. 8 (Özel Sayı), C. 3, s. 2466.

Kirillova E. A./Shergunova E. A./Ustinovich E. S./Nadezhin N. N./Lyubov B. S., The Principles of the Consumer Right Protection in Electronic Trade: A Comparative Law Analysis, International Journal of Economics and Financial Issues, Y. 2016, Vol. 6, No. 2, p. 119, <https://www.econjournals.com/index.php/ijefi/article/view/2540/pdf> (ET. 21.3.2019).

Chatterjee A./Sahoo S., Consumer Protection: Problems and Prospects, Postmodern Openings, Y. 2011 (2), Vol. 7, p. 159, <http://postmodernopenings.com/wp-content/uploads/2011/10/PO-7-112.pdf> (ET. 23.2.2019).

Tüketici hukukunun tüketiciye tanıdığı temel haklardan biri olması itibarıyla, bilgiye erişim hakkı, doğal olarak, bu konudaki kanunların hep açılış maddesinde kaleme alınır. 6502 Sayılı Kanun ile Mülga 4077 Sayılı Kanun'un ilk maddeleri tüketicinin eğitilmesinden ve bilinçlendirilmesinden bahsetmektedir. Zira tüketicinin eğitilmesi, önleyici koruma yöntemlerinden biridir⁵². Bu bakış açısında, koruyucu hekimlik benzetmesi uygundur⁵³.

6502 Sayılı Kanun ile Mülga 4077 Sayılı Kanun'un ilk maddeleri, "Tüketiciyi eğitici önlemler" amacı dışında birebir örtüşmektedir⁵⁴. Tüketicinin piyasanın beklenmedik yan etkilerinden korunması ancak aydınlatılmasıyla mümkündür⁵⁵.

Hukuk politikası, bilgilendirme ve eğitme yoluyla tüketicinin manipüle edilme ihtimalini gidermektedir⁵⁶. Yalnız 6502 Sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde tüketicinin bilgi edinme hakkına vurgu yapılarak, eğitilmesinden ziyade, bilinçlendirilmesi hedefi dile gelmektedir⁵⁷.

Tüketiciye tanınan hakların birinci neslinde bilgi edinme hakkının yer alması ve bu hakkın kanunların girizgâh maddesinde anılması, türev hakları yönetmesinde kaynağını bulur. Edindiği bilgiye göre bilinçlenmiş tüketici türev haklarına vakıf olabilir. Gerçekten araştırmalar, tüketicinin bilinçlenmesiyle hakkını araması arasında anlamlı ilişki ortaya koymaktadır⁵⁸. Tüketicinin bilgilendirilmesi, rasyonel seçim yapabilen birey modelinden ayrılmamak ve böylelikle liberal ekonominin temel önermesi ile çelişmemektedir⁵⁹. Bu bakış açısında, tüketicinin ışınlanmış gıda hakkında bilgilendirilmeden, ışınlanmış gıdayı sanki öyle değilmişçesine satın alması, tüketicinin yalnızca bilgilendirme hakkının değil, bu hakka bağlı türev haklarının da, kümülatif ihlâl edilmesi anlamına gelir.

Radura işaretinin ışınlanmış gıdalar üzerine konulması, rasyonel seçim yapabilen tüketici modeline bağlı kalınmasını sağlamaktadır. Böylece ışınlanmış gıda pazarı, liberal ekonomiyle uyumlu ilerler. Mezkûr bilgilendirmenin yerine getirilmemesi ise, liberal ekonominin mantıklı alıcı temel önermesinin, radura işaretsiz satılan ışınlanmış gıdalar bakımından rafa kaldırılmasına sebep olur.

Daha ülkemizde tüketici hukuku varlık kazanmadan dikkat çekildiği üzere "tüketicinin davranışları ve hakları bakımından eğitilmesi, kurulacak koruma

⁵²Zevkliler/Aydoğdu, s. 70. Deryal/Korkmaz, s. 19.

⁵³Dilber A., 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'la Tüketicilere Sağlanan Haklar ve Tüketicinin Hak Arama Yolları, Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu (24-25 Kasım 2011) Metinler Kitabı, TC. İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları 189, İstanbul, 2011, s. 27, 28.

⁵⁴Gümüş A. M., 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. 1 (Madde 1-46), Vedat, 1. Baskı, İstanbul, 2014, s. 7.

⁵⁵Tüzüner Ö., Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Madde 1, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (Millî Şerh), Ed. Tüzüner Ö./Tokbaş H., Aristo, 1. Baskı, İstanbul, 2016, s. 11.

⁵⁶Yılmaz A., Belirli Süreli Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, On İki Levha, 1. Baskı, İstanbul, 2018, s. 89.

⁵⁷Ankara Barosu, 4077-6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Karşılaştırılması, Tüketici Hakları Kurulu, Ankara, 2014, s. 11. Aynı yönde bkz. İnal, s. 67, 68.

⁵⁸Nart, s. 9, 28, 29. Tunç, s. 73, 75, 83. Chatterjee/Sahoo, p. 161, 162.

⁵⁹Baysal B., Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y. 2017, C. 75, S. 1, s. 275. Ayrıca bkz. Havuççu, s. 30, 32. Kirillova et. al., p. 119.

mekanizmasının başarısı bakımından şarttır⁶⁰. Tüketicinin haklarını bizzat koruyabileceği felsefesinden hareketle bilgilendirme ve eğitime yoluna gidilir⁶¹. İşte gıda ışınlama sisteminde güvenlik ve yaygınlık arzu ediliyorsa, o vakit gıdanın ışınlandığı hususunun ilgili sembol marifetiyle tüketiciyle paylaşılması elzemdir.

Bilgi edinme hakkı, tüketicinin tam ve doğru bilgiyle donatılmasıdır⁶². Bu temel hak, tüketicinin yanlış ve yanıltıcı bilgilendirilmesinin önüne geçtiği gibi, eksik bilgiye karşı korunmasını da sağlar⁶³. Bilgilendirmenin ideal mertebesi, tam, çağdaş, eksiksiz, etkili ve güvenilir sıfatlarıyla tarif edilir ki bu seviyeye ulaşmak, açıklık ve sorumluluk politikasının doğal sonucudur⁶⁴. Madem ki bilgi edinme hakkı, tüketicinin eksik bilgiye karşı korunmasını da kapsar; gıda ışınlamanın güvenilir sayılıp sayılmamasından bağımsız vaziyette, ışınlanmış ürünün, ışınlanmış gıda logosuz, yani radura sembolsüz piyasaya sürülmesi, tüketicinin eksik bilgiye mahkûm edilmesidir.

Ticarete konulan ışınlanmış gıda gruplarının uygun doz değerlerinde ışınlanıp ışınlanmadıklarını kontrol etmek veya ışınlandığı hâlde bunu sembolize eden işareti taşımayan ürünleri belirlemek, gıda ışınlama zincirinin en önemli halkasıdır. Radura sembolü, ışınlanmış gıdaların ticareti yapılırken tüketicinin bu konuda bilgilendirilmesini sağlayan daire içinde yeşil bitkiye benzeyen uluslararası işarettir. Ticareti yapılan gıdanın ışınlandığı hususunun tüketiciye bildirilmesi, gerek üretici, gerek aracı firmaların görevidir⁶⁵.

Entelektüel ve bilgili tüketiciler üzerinde yapılan bazı araştırmalar, tüketicinin radura işaretiyle aydınlatılmasının yararlı olduğunu, ürün veya markanın ün veya kârlılığında hiçbir kayıp yaratmadığını ortaya koymaktadır⁶⁶.

Radura sembolünün et ürünlerinin satışını artırabileceği dâhi iddia edilmiştir. İddiaya göre, radura işaretli ve işaretsiz ürünlerin aynı fiyata satılması durumunda ışınlanmış gıda logosu taşıyan ürünler tüketicilerce tercihe şayan bulunmaktadır⁶⁷.

Hatta, başka görüşe göre, gıda ışınlaması, aydınlatılmış tüketici huzurunda olumlu etki doğurabilir. Şöyle ki, tüketici çalışmaları yeknesak biçimde göstermektedir ki, bilimsel verilerle gerekçelendirilerek aydınlatılmış tüketici nazarında, ışınlanmış gıda, ışınlanmamış gıdaya kıyasla evladır⁶⁸.

Tüketicinin bilgilendirilmesi demek, bilgi kirliliğinin önüne geçilmesidir. Yetkili otoritelerin eğitmesi ve bilinçlendirmesine ek olarak, satıcının da sözleşme öncesinde

⁶⁰Poroy R., Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Yayınları 2497 (Hukuk Fakültesi), İstanbul, 1978, s. 550.

⁶¹Baykan, s. 36.

⁶²Kılıçarslan K. S., Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2015, C. 5, S. 2, s. 199. Ayrıca bkz. Kirillova et. al., p. 119. Alkış, s. 37. Aras, s. 8.

⁶³Gündüz et. al., s. 45, 50. Alkış, s. 37. İnal, s. 490. Kara, s. 133. Durmaz, s. 262.

⁶⁴İnal, s. 490, 412.

⁶⁵Paksu, s. 2, 6.

⁶⁶Roberts P. B./Hénon Y. M., Consumer response to irradiated food: purchase versus perception, Stewart Postharvest Review, Y. 2015, Vol. 3, Iss. 5, p. 3, <http://www.foodirradiation.org/pages/Stewart/Roberts.pdf> (ET. 23.2.2019).

⁶⁷Maherani et. al., p. 14. Gezgin, s. 20.

⁶⁸Bruhn C. M., Consumer Attitudes and Market Response to Irradiated Food, Journal of Food Protection, Y. 1995, Vol. 58, No. 2, p. 176, <https://jfoodprotection.org/doi/pdf/10.4315/0362-028X-58.2.175> (ET. 22.6.2019).

tüketiciyi bilgilendirmesi, tüketicinin bilgileri kendi kendine toplamak zorunda kalmaması amacına yönelmektedir⁶⁹. İşte radura işareti kullanılmadan ışınlanmış gıda satılması ve ilgili otoritelerin gıda ışınlama hakkında tüketiciyi yeterince bilinçlendirmemesi, gıdaların iyonize radyasyonla ışınlanması konusunda bilgi kirliliğine zemin hazırlayabilir. Oysa tüketici hukukunun her boyutunda olduğu gibi gıda ışınlama konusunda da, tüketici kendi kendine bilgi toplamak zorunda kalmamalı, yetkili otoriteler ve satıcılar tarafından ona tatminkâr bilgiler sunulmalıdır.

Gerek genel, gerek sektöre özel bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi haksız ticarî uygulama çeşididir. Tüketicie yanlış bilgi verilmesi kadar, karar vermesi için önem arz eden hususların kısmen veya tamamen ondan saklanması da yasaktır⁷⁰. Radura sembolü, ışınlanmış gıda satışına özgü bilgilendirmedir. Öyleyse ışınlandığı hâlde gıdanın radura logosuz satışa sunulması, yalnızca tüketicinin bilgi edinme hakkının ihlâl edilmesi anlamına gelmez, aynı zamanda, haksız ticarî uygulama çeşitlerinden birinin ika edilmesidir.

Tüketicinin bilgilendirilmesi, tütün mamulleri ve alkollü içeceklerle sıra geldiğinde, kamu sağlığı politikasıdır. Bunların zararlarına karşı, içerdiği nikotin, zifir ve karbon monoksit oranıyla kamunun bilgilendirilmesi, idare, ceza, tüketici ve ticaret hukuku gibi alanları eş zamanlı kapsayan çok boyutlu kanunî zorunluluktur⁷¹. Tabii ki tütün mamulleri ve alkollü içecekler ile gıda ışınlama, sonuçları yönünden asla kıyaslanamaz. İlkinde, elde edilen hiçbir yarar bulunmaz ve sadece zarardan bahsedilebilirken; ikincisinde, elde edilen faydaların ümit verici olduğu yazılmaktadır. Yalnız tüketicinin bilgi edinme hakkı söz konusu olduğunda, tütün mamulleri ile alkollü içeceklerdeki bilgilendirmenin ışınlanmış gıdalardaki bilgilendirmeden daha önemli olduğu söylenemez.

Işınlama yapıldığı hususu, pazarlanan gıdanın satış mahallinde veya üzerindeki etikette, harfiyen “ışınlanmıştır” veya “ışınlama işlemi yapılmıştır” yazılı ifadesiyle ve radura sembolüyle açıklanır. Bu kurala bağlı kalmak kaydıyla, ışınlamanın ne amaçla yapıldığını anlatan bildirimlere izin verilmektedir. Örneğin “bozulmanın önlenmesi amacıyla ışınlanmıştır” ya da “böceklenmenin kontrolü için kimyasal ilaç kullanmak yerine ışınlama işlemi yapılmıştır” şeklindeki bildirimlerden yararlanılabilir⁷². Gerçekten, ışınlamanın varlığının, icracasının ve dozunun tüketiciden saklanması, tüketicinin eksik bilgiye karşı korunması gereğine uyulmamasıdır. Eksik ve yanlış bilgiler yüklenen tüketici, bilgi yönünden fakirleşebilir. Tüketicinin doğru ve tam bilgilerle beslenmesi adına, gıdanın veya bileşeninin, hatta katkı maddesinin ışınlanmış olduğu hususunun hukuka uygun deklarasyonu elzemdir.

⁶⁹Atamer Y. M., Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, On İki Levha, 1. Baskı, İstanbul, 2016, s. 95, 96.

⁷⁰Aksoy M. A., 2005/29/AT Haksız Ticarî Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Hâlleri ve Uygulama Örnekleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ISSN: 2636-7734, Y. 2015, C. 73, S. 1, s. 285.

Karakocalı A./Kurşun A. S., Tüketici Hukuku, Aristo, 1. Baskı, İstanbul, 2015, s. 212, 213. Ayrıca bkz. İnal, s. 233-235. Chatterjee/Sahoo, p. 159, 161. Kara, s. 204.

⁷¹İkizler M., Tütün ve Tütün Mamullerinin Zararlarını Önlemeye Yönelik Düzenlemeler ve Tüketicinin Korunması, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. 2, Vedat, 1. Baskı, İstanbul, 2007, s. 1881-1887, 1889, 1891. Ayrıca bkz. İnal, s. 490.

⁷²Abbas/Halkman, s. 61, 62.

V. SORUMLU BAKANLIKLARIN GIDA IŞINLAMASI KONUSUNDA TÜKETİCİYİ AYDINLATMASI

Gıda bilimlerinden teorisyen ve pratisyenler, tüketicilerin gıda ışınlaması hakkında eksik ve yanlış bilgilere sahip olduğunu; bu konuda bilgilendirilmeleri ve bilinçlendirilmeleri gerektiğini savunmaktadır⁷³. Radura sembolünün tüketicinin bilgi edinme hakkına hizmet ettiği buraya kadar açıklanmıştır. Gıda ışınlaması hakkında bilgilenebilirlikle lehe veya aleyhe görüşünü oluşturmuş tüketici kitlesi yaratılmasının avantajları detaylı kaleme alınmıştır⁷⁴. Ayrıca, 3.10.2019 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği, radura sembolünün kullanılmaya başlanması için gıda üretici ve satıcılarına hazırlık süreci tanımlamış ve en geç 31.12.2020 tarihine değin işbu yürürlükteki yönetmeliğe uyum sağlanması noktasında emredici düzenleme getirmiştir⁷⁵. Şimdi İdare'nin tüketicileri hedef alan bilgilendirici faaliyetlerine sıra gelmiştir. Öyle ki, sorumlu bakanlıklar, gıda ışınlama konusunda, tüketiciyi eğitme ve bilinçlendirme yanı sıra piyasayı denetleme görevlerini haizdir.

Tüketicinin bilgi edinme hakkıyla senkronize vaziyette, tüm haklarını etkin kullanabilmesi için eğitilmesine dönük gereksinimi giderek artmaktadır⁷⁶. 6502 Sayılı Kanun, "Amaç" başlıklı 1'nci ve "Tanımlar" başlıklı 3'üncü maddelerinde, tüketicileri bilgilendiren ve eğiten önlemlerin alınmasından Ticaret Bakanlığı'nı sorumlu tutar. Bu noktada, Ticaret Bakanlığı, Türkiye Cumhuriyeti'ndeki tüketicilerin iyonize radyasyonla gıda ışınlaması konusunda bilinçlendirilmesi görevini yerine getirebilir. 6502 Sayılı Kanun'un 1 ve 3'üncü maddeleri dikkate alındığında, Ticaret Bakanlığı'na bağlı Tüketicinin Korunması ve Gözetilmesi Genel Müdürlüğü, "tüketicileri aydınlatıcı ve eğitici tedbirleri almak" hususunda birim olarak yetkili ve sorumlu olduğu üzere⁷⁷, ışınlanmış gıda konusunda da, tüketiciyi aydınlatma ve eğitme faaliyetlerini yürütebilir.

6502 Sayılı Kanun'un "Tüketicinin Bilinçlendirilmesi" başlıklı 59'uncu maddesi uyarınca, Millî Eğitim Bakanlığı, Ticaret Bakanlığı'nın görüşünü alarak tüketicinin bilincini arttırmaya yönelik eğitim programları düzenlemekten sorumludur. 6502 Sayılı Kanun'un 59'uncu maddesi, 4077 Sayılı Kanun'un 20'inci maddesinden farklı olarak, "eğitilmesi" yerine "bilinçlendirilmesi" başlığını yeğler. Radyo ve televizyon aracılığıyla yeknesak şekilde tüketiciyi bilinçlendiren reklâm zorunluluğu getirir⁷⁸.

Gerek 6502, gerek mülga 4077 Sayılı Kanun, tüketicinin aydınlatılması konusunda, ikinci kademede Millî Eğitim Bakanlığı'nı anar. Tüketiciler, koruyucu hukuk kurallarının kendilerine hızlı ve masrafsız şekilde haklarını arama olanağı sunduğu konusunda eğitilmelidir⁷⁹. Şu hâlde, 6502 Sayılı Kanun'un 59'uncu maddesi

⁷³Atasever/Atasever, s. 114.

⁷⁴Bu konuda bkz. "V. Radura Sembolü ve Tüketicinin Bilgi Edinme Hakkı".

⁷⁵Bu konuda bkz. "III. Türkiye Cumhuriyeti'nde Gıda Işınlama, B. Işınlanmış Gıdanın Radura Etiketiyile Satışa Sunulmasında Son Süre".

⁷⁶İnal, s. 490. Kara, s. 134. Zevkliler/Aydoğdu, s. 411. Chatterjee/Sahoo, p. 164, 165.

Ayrıca bkz. Pektaş Ö., Tüketicinin Korunması, Tüketici Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2012, s. 36.

⁷⁷TKGGM, Görevlerimiz, <https://tuketici.gtb.gov.tr/kurumsal/gorevlerimiz> (İKT: 17.7.2013; ET. 21.6.2019).

⁷⁸Deryal/Korkmaz, s. 19, 208. Karakocalı, s. 946.

⁷⁹Aras, s. 8. Gündüz et. al., s. 49. Alkış, s. 47. Baykan, s. 108. Zevkliler/Aydoğdu, s. 411, 412. Karakocalı, s. 646.

dikkate alındığında, radyasyonla gıda ışınlanması konusunda tüketicinin aydınlatılmasında, yalnızca Ticaret Bakanlığı değil, tali düzeyde Millî Eğitim Bakanlığı da görevli sayılabilir.

6.11.1999 tarihli mülga Gıda Işınlama Yönetmeliği'nin "Yürütme" başlıklı 19'uncu maddesi, "Bu Yönetmelik hükümlerini Tarım ve Köyişleri Bakanı, Sağlık Bakanı ve Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Başkanı yürütür" hükmünü haviydi.

1.1.2017 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği Taslağı'nın 21'inci ve yürürlükteki 3.10.2019 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği'nin 19'uncu maddesi, "Yürütme" başlığı altında, bu yönetmeliğin uygulanmasından yalnızca Tarım ve Orman Bakanlığı'nı sorumlu tutmuştur. Yürürlükteki 3.10.2019 tarihli yönetmelik, mülga 6.11.1999 tarihli yönetmeliğin aksine, "Yürütme" bakımından, Sağlık Bakanlığı ve Türkiye Atom Enerjisi Kurumu'nu anmamaktadır.

TAEK, halkın nükleer enerji ile ilgili konularda doğru, eksiksiz ve tarafsız bilgilendirilmesi noktasında önemli görevleri haiz⁸⁰ olduğu üzere, gıda ışınlamasıyla ilgili kamuoyunun aydınlatılmasında misyon sahibi kabul edilebilir. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na bağlı TAEK⁸¹, bizzat ışınlama merkezine sahip olduğu gibi, kongre, seminer, bilimsel toplantı düzenlemek; bilgilendirme merkezleri açmak ve kurslar planlamak gibi görevleri de yerine getirir⁸². Şu hâlde, Tarım ve Orman Bakanlığı, gıda ışınlamasının ve radura etiketinin ülkedeki yürürlüğü ve tatbikatında doğrudan vazifelidir. Bu konuda, aslî vazifeli otorite, Tarım ve Orman Bakanlığı'dır. TAEK ise, Ticaret Bakanlığı ve ona danışarak hareket edebilen Millî Eğitim Bakanlığı yanı sıra, radyasyonla ışınlama hususunda toplumun eksiksiz ve tarafsız bilgilendirilmesinden tali düzeyde sorumlu tutulabilir.

6502 Sayılı Kanun'un 1'inci ve 59'uncu maddeleri ile Cumhurbaşkanlığı'nın 4 Numaralı Kararnamesi'nin 643'üncü maddesine ek olarak 3.10.2019 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği'nin 19'uncu maddesi ile 4'üncü maddesinin (I) bendi kümülatif olarak dikkate alındığında, tüketicinin gıda ışınlama teknolojisi konusunda aydınlatılmasında, Ticaret, Tarım ve Orman, Millî Eğitim bakanlıkları yanı sıra TAEK de, kurumsal tanım ve idarî faaliyet alanlarına uygun olarak, tüketicuyu eğitme ve bilinçlendirme görevleri yerine getirebilir. Bununla birlikte, tamamı veya bileşenleri

Ayrıca bkz. Kepenekci Karaman Y./Ökdem M., İlköğretim Hayat Bilgisi ve Sosyal Bilgiler Ders Kitaplarında Tüketici Hakları, İlköğretim Online, Y. 2013, C. 12, S. 3, s. 677, <http://ilkogretim-online.org.tr/index.php/io/article/view/1383/1239> (ET. 3.3.2020).

⁸⁰Gezgin, s. 21.

⁸¹TAEK, Cumhurbaşkanlığı'nın 26.11.2002 tarihli ve D-1-2002-792 sayılı onayı (RG. T. 27.11.2002, S. 24949) ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na bağlanmıştır.

Ayrıca bkz. Türkiye Atom Enerjisi Kurumu'nun Muafiyetleri ve Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında 2690 Sayılı Kanun (RG. T. 13.7.1982, S. 17753).

⁸²Bu kurumun görevleri, Cumhurbaşkanlığı'nın 4 Numaralı Kararnamesi'nin (RG. T. 15.7.2018, S. 30479) 643'üncü maddesiyle belirlenmiştir.

Bu konuda bkz. "III. Türkiye Cumhuriyeti'nde Gıda Işınlama, B. Işınlanmış Gıdanın Radura Etiketiyile Satışa Sunulmasında Son Süre".

Ayrıca bkz. TAEK, Eğitim Faaliyetleri, <https://www.taek.gov.tr/tr/hizmetlerimiz/egitim/taek-egitim-faaliyetleri.html> (ET. 3.3.2020) ve TAEK, Işınlama Hizmetleri, <https://www.taek.gov.tr/tr/hizmetlerimiz/olcum-ve-analiz/isinlama-hizmetleri.html> (ET. 3.3.2020).

radyasyonla muamele görmüş, ithal yahut yerli üretim olsun fark etmez, ışınlanmış her gıdada radura sembolünün layıkıyla kullanılması; ışınlanmış gıdaların yalnızca radura logosuyla değil, aynı zamanda, “ışınlanmıştır” veya “ışınlama işlemi yapılmıştır” ibaresiyle satışa sunulması, Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından tekel düzeyinde denetlenir.

1.1.2021 tarihi itibarıyla Türkiye Cumhuriyeti piyasasında, tüm ışınlanmış gıdaların, gerek radura etiketli, gerek “ışınlanmıştır” ibareli satışa sunulması hedefine ulaşılması, yalnız ilgili satıcıların değil, asıl ışınlanmış ürünlerin hitap ettiği tüketici kitlesinin aydınlatılmasına bağlıdır. Radura hakkında, satıcı ve tüketici muhatapların eş güdümlü bilinçlendirilmesi amacıyla, sorumlu bakanlıklar tarafından, kamu spotları gibi ilân ve reklâmlar dâhi düzenlenebilir.

SONUÇ

Gıda ışınlaması, gıdanın iyonize radyasyonla muamele görmesinden ibaret gıda teknolojisi yöntemidir. Bu teknoloji sayesinde, gıda güvenliğinin arttığı, mikroorganizmalar yanı sıra böceklerin azaldığı veya ortadan kalktığı, filizlenmenin önüne geçildiği, böylece yiyeceklerin raf ömrünün uzadığı belirtilmektedir. Buna karşılık, gıda ışınlamasının, doz ayarı yanlış yapıldığında, gıdanın besin değerini azalttığı, kötü yağ oranını artırdığı ve gıdalarda serbest radikaller oluşturduğu çekincelerine yer verilmektedir.

Tüketici, satın almak üzere etkileşime geçtiği gıdanın ışınlandığı bilgisine, ışınlanmış gıda logosu, yani radura sembolüyle erişmelidir. Radura sembolü, tüketicinin ışınlanmış gıda hakkındaki bilgiye ulaşması için önemlidir. Bilgi edinme hakkı, ilk nesil tüketici haklarından biridir. Söz konusu hak, tüketicinin yanıltıcı ve aldatıcı bilgilere karşı himayesi anlamına geldiği gibi, eksik bilgiye karşı korunmasını da gerektirir.

Tüketicinin, radura sembolü yanı sıra, “ışınlanmıştır” veya “ışınlama işlemi yapılmıştır” ibaresi sayesinde de, iletişime geçtiği gıdanın ışınlandığı bilgisine erişmesi, gerek *Codex Alimentarius* çerçevesinde, gerek Avrupa Birliği ve Türk hukuklarında ayrıntılı düzenlenir.

Codex Alimentarius kapsamında, Işınlanmış Gıda Hakkında Genel Standartlar ve Hazır Gıdaların Etiketlenmesi Hakkında Genel Standartlar metinleri, ışınlanmış gıdanın etiketlenmesi konusundaki zorunluluk ve opsiyonları açıklar. Hazır gıdaların etiketlenmesinde, gıdanın ismine yakın yerde iyonize radyasyonla işlem gördüğünün beyan edilmesi zorunlu iken, yeşil renkli uluslararası radura sembolünün kullanılması ihtiyaridir.

Avrupa Birliği Hukuku'nda, tüketicinin ışınlanmış gıda hakkında uyarılması, 1999/2/EC ve 1999/3/EC sayılı direktiflerde açıklığa kavuşmaktadır. Avrupa Birliği'nin anılan direktiflerini örnek alan Türkiye Cumhuriyeti'nde, Gıda Işınlama Yönetmeliği, zorunlu radura sembolü ve yazılı ibareyle, tüketicinin gıda ışınlama konusundaki bilgi edinme hakkına işaret eder. Avrupa Birliği ve Türk hukukları, *Codex Alimentarius* kapsamındaki metinlerden daha ağır etiketleme şartları getirir. Şöyle ki, *Codex Alimentarius* çerçevesinde, hazır gıdaların paketlenmesinde radura sembolünün kullanılması ihtiyarî iken, Avrupa Birliği ve Türk hukuklarında bu işaretin tüketicinin kolaylıkla fark edebileceği temel görüş alanında kullanılması zorunludur. Avrupa Birliği ve Türk hukukları ile *Codex Alimentarius* standartlarının ortak yanı ise,

ışınlanmış gıdanın diğer gıdalardan ayırt edilmesi için “ışınlanmıştır” veya “ışınlama işlemi yapılmıştır” ibaresi kullanılmasının mecburi tutulmasıdır.

Türkiye Cumhuriyeti’nde, 3.10.2019 tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği, 18’inci maddesi uyarınca, yayımlandığı gün yürürlüğe girmiştir. Bununla birlikte, yönetmeliğin geçici 1’inci maddesinin ilk fıkrasına göre, gıda işletmecileri 31.12.2020 tarihine kadar mezkûr yönetmelik hükümlerine uyum sağlamak zorundadır. Şu hâlde, 1.1.2021 tarihinden itibaren, piyasaya ışınlanmış gıda arz eden şirketler, ürün etiketlerine radura logosu ekleyerek ambalajlarını yenilemiş olmalıdır.

Işınlanmış gıda veya bileşen içeren ambalajlara, hem yeşil renkli uluslararası gıda ışınlama sembolü radura, hem de “ışınlanmıştır” veya “ışınlama işlemi yapılmıştır” ibaresi konulmalıdır. Yine mega marketlerde ve bunların kasap reyollarında, ambalajsız veya talep üzerine paketlenerek satılan gıda ürünlerinde, tüketicinin görebileceği yerde “ışınlanmıştır” veya “ışınlama işlemi yapılmıştır” ibaresi yer almalıdır. Aksi takdirde, radura etiketinin ve bilgilendirici ibarelerin ışınlanmış gıda paketlerinde ve reyollarında kullanılmaması, idare ve tüketici hukuku kurallarına çok yönlü aykırılık teşkil eder.

6502 Sayılı Kanun’a göre, tüketicileri bilgilendiren ve eğiten önlemlerin alınmasından, ayrıca onların bilinçlendirilmesinden, Ticaret Bakanlığı yanı sıra, ona danışarak hareket eden Millî Eğitim Bakanlığı sorumludur. Öyleyse, tüketicinin gıda ışınlanması konusunda aydınlatılmasında, Ticaret Bakanlığı’na ek olarak, ikincil sırada Millî Eğitim Bakanlığı görev alabilir. Ticaret Bakanlığı ve ona danışarak hareket edebilen Millî Eğitim Bakanlığı yanı sıra, TAEK de, radyasyonla gıda ışınlama hususunda toplumun eksiksiz ve tarafsız bilgilendirilmesinden tali düzeyde sorumlu tutulabilir.

Gıda Işınlama Yönetmeliği’ne göre, bu yönetmeliğin yürürlüğü ile uygulamasında Tarım ve Orman Bakanlığı görevlidir. Tamamı veya bileşenleri iyonize radyasyonla muamele görmüş, ithal yahut yerli üretim olsun fark etmez, ışınlanmış her gıdada radura sembolünün layığıyla kullanılması; ışınlanmış gıdaların yalnızca radura logosuyla değil, aynı zamanda, “ışınlanmıştır” veya “ışınlama işlemi yapılmıştır” ibaresiyle satışa sunulması, Tarım ve Orman Bakanlığı’nın inhisarı kontrolündedir.

Gıda ışınlanması konusundaki hukukî düzenlemelere uygun olarak, tüketicinin gıda ışınlama teknolojisi hakkında aydınlatılması, radura sembolünün kullanılmaya başlanması, ışınlanmış gıdaların yalnızca radura logosuyla değil, aynı zamanda, “ışınlanmıştır” veya “ışınlama işlemi yapılmıştır” ibaresiyle satışa sunulması konularında, Tarım ve Orman, Ticaret, Millî Eğitim bakanlıkları yanı sıra TAEK de, merkezî idarede işgal ettikleri konumlara uygun olarak, tüketiciyi eğitime ve bilinçlendirme görevlerini yerine getirebilir.

Tüm muhatapların radura hakkında etkin bilgilendirilmesi, kamu spotları gibi ilân ve reklâmlar marifetiyle sağlanabilir. Böylece, bilgi kirliliğinin önüne geçildiği gibi, tüketicilerin öznel yargılarını, tam ve doğru bilgiyle oluşturması sağlanabilir.

KAYNAKÇA

Eserler

Abbas Nasar S. M./Halkman Kadir, Baharat Mikro Florası Üzerine Işınlamanın Etkisi, Orlab On-Line Mikrobiyoloji Dergisi, Y. 2003, C. 1, S. 3, s. 43-65, <http://www.mikrobiyoloji.org/pdf/702030304.pdf> (ET. 24.2.2020).

Akkara Müge/Kayaardı Semra, İleri Muhafaza Tekniklerinin Et Kalitesi Üzerine Etkisi, Akademik Gıda, ISSN: 1304-7582, Y. 2014, C. 12, S. 4, s. 79-85, <http://www.academicfoodjournal.com/archive/2014/issue4/RevArticlePages79-85,SKayaardi.pdf> (ET. 11.2.2019).

Aksoy Mehmet Ali, 2005/29/AT Haksız Ticarî Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Hâlleri ve Uygulama Örnekleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ISSN: 2636-7734, Y. 2015, C. 73, S. 1, s. 279-318.

Alkış Alpaslan, İslâm Hukuku Açısından Tüketicinin Korunması, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslâm Bilimleri Anabilim Dalı İslâm Hukuku Bilim Dalı, Doktora Tezi, Danışman: Çeker Orhan, Konya, 2012.

Aras Aslı, Tüketici Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Atalay Oğuz, İzmir, 2009.

Arvanitoyannis Ioannis S./Tserkezou Persephoni, Legislation on Food Irradiation Chapter 1: European Union, United States, Canada and Australia, Irradiation of Food Commodities, Elsevier, 1st edition, **eBook**, 2010, p. 3-20, <https://booksite.elsevier.com/samplechapters/9780123747181/9780123747181.pdf> (ET. 23.2.2019).

Atakan Yüksel, Gıdaların Radyasyonlarla Işınlanmasından Yana Olanlarla Karşı Olanların Gerekçeleri Neler?, s. 1-2, <https://www.fmo.org.tr/wp-content/uploads/2016/01/GIDA-ISINLANMA-XX-TARTISMASI-310317-1.pdf> (İKT: 1.1.2016; ET. 11.2.2019).

Atamer Yeşim M., Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, On İki Levha, 1. Baskı, İstanbul, 2016, ISBN: 9786051523491.

Atasever Aydemir Meryem/Atasever Mustafa, Işınlamanın Gıda Teknolojisinde Kullanımı, Atatürk Üniversitesi Veterinerlik Bilimleri Dergisi, ISSN: 1306-6137, Y. 2007, S. 2, C. 3, s. 107-116, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/33851> (ET. 11.2.2019).

Başbayraktar Vasfiye/Güçlü Hülya, Işınlamanın Taze Meyve ve Sebzelerin Kalitesi Üzerine Etkisi, X. Ulusal Nükleer Bilimler ve Teknolojileri Kongresi, 6-9 Ekim 2009, s. 284-289, <https://inis.iaea.org/collection/NCLCollectionStore/Public/42/046/42046309.pdf> (ET. 11.2.2019).

Baykan Renan, Tüketici Hukuku-Mevzuata İlişkin Yorum, Eleştiri ve Öneriler, İstanbul Ticaret Odası, 2. Baskı, İstanbul, 2005, ISBN: 9944600261.

Baysal Başak, Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, ISSN: 2636-7734, Y. 2017, C. 75, S. 1, s. 273-292.

Bruhn Christine M., Consumer Attitudes and Market Response to Irradiated Food, Journal of Food Protection, ISSN: 0362-028X, Y. 1995, Vol. 58, No. 2, p. 175-181, <https://jfoodprotection.org/doi/pdf/10.4315/0362-028X-58.2.175> (ET. 22.6.2019).

Bussani Mauro, EU Consumer Law: Current Issues and Recent Developments (Avrupa Birliği Tüketici Hukuku: Güncel Konular ve Yeni Gelişmeler), 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Ed. Tokbaş Hakan/Üçışık Fehim, Bilgi, 1. Baskı, Ankara, 2014, s. 652-655, ISBN: 9786055118679.

Carreño Ignacio/Vergano Paolo R., Food Irradiation: The EU Regulatory Framework, Risk Assessment and International Trade Considerations, European Journal of Risk Regulation, ISSN: 1867-299X, Y. 2012, Vol. 3, Iss. 3, p. 373-392, <https://www.cambridge.org/core/journals/european-journal-of-risk-regulation/article/food-irradiation-the-eu-regulatory-framework-risk-assessment-and-international-trade-considerations/E31A541C0F5F1196D5C6C59830F342D1> (ET. 25.2.2020).

Chatterjee Aman/Sahoo Sheetal, Consumer Protection: Problems and Prospects, Postmodern Openings, ISSN: 2068-0236, Y. 2011 (2), Vol. 7, p. 157-182, <http://postmodernopenings.com/wp-content/uploads/2011/10/PO-7-112.pdf> (ET. 23.2.2019).

Deryal Yahya/Korkmaz Yakup, Tüketici Hukuku, Adalet, 3. Baskı, Ankara, 2015, ISBN: 9786051467245.

Dilber Avni, 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'la Tüketicilere Sağlanan Haklar ve Tüketicinin Hak Arama Yolları, Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu (24-25 Kasım 2011) Metinler Kitabı, TC. İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları 189, İstanbul, 2011, s. 26-39, ISBN: 9786054763030.

Durmaz Yakup, Modern Pazarlamada Tüketici Memnuniyeti ve Evrensel Tüketici Hakları, Journal of Yasar University, ISSN: 1305-970, Y. 2006, S. 1, C. 3, s. 255-266, https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2011/07/no3_vol1_08_durmaz.pdf (ET. 11.2.2019).

Erdoğan Tahsin, Tüketicinin Korunmasına İlişkin Haklarla İlgili Anayasal ve Yasal Düzenlemelerin Nitelikleri ve Anayasada Almaları Gereken Yerler, Akademik Bakış Dergisi, ISSN:1694-528X, Y. 2011, S. 25 (Temmuz-Ağustos), s. 1-14.

Gezgin Zafer, Gama Işımlarının Çiğ Köftenin Mikrobiyal Güvenliği ve Kalitesine Etkisi, İstanbul Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Gürbüz Güneş, İstanbul, 2005.

Gümüş Alper Mustafa, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. 1 (Madde 1-46), Vedat, 1. Baskı, İstanbul, 2014, ISBN: 9786054823475.

Gündüz Ali Yılmaz/Kaya Mehmet/Aydemir Cahit, Ahilik Teşkilatında ve Günümüzde Tüketicilerin Korunmasına Yönelik Çalışmalar Üzerine Bir Değerlendirme, Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadî ve İdarî Bilimler Fakültesi Dergisi, ISSN: 1302-1966, Y. 2012, C. 14, S. 2, s. 37-54.

Havutçu Ayşe, Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2003, ISBN: 9759281619.

İç Erhan/Aylangan Ayça, Avrupa Birliği'nin Işınlanmış Gıdaların Tespiti Konusundaki Tutumu ve Piyasa Denetimleri, TAEK, Ankara, 2013, s. 1-9, <http://kurumsalarsiv.taek.gov.tr/bitstream/1/432/2/80022.pdf> (ET. 23.2.2019).

İkizler Metin, Tütün ve Tütün Mamullerinin Zararlarını Önlemeye Yönelik Düzenlemeler ve Tüketicinin Korunması, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. 2, Vedat, 1. Baskı, s. 1877-1903, İstanbul, 2007, ISBN: 9758875993.

İnal Tamer, Tüketici Hukuku, Seçkin, 3. Baskı, Ankara, 2014, ISBN: 9789750229251.

Kalyani B./Manjula K., Food Irradiation-Technology and Application, International Journal of Current Microbiology and Applied Sciences, ISSN: 2319-7706, Y. 2014, Iss. 4, Vol. 3, p. 549-555, <https://www.ijcmas.com/vol-3-4/B.Kalyani%20and%20K.Manjula.pdf> (ET. 11.2.2019).

Kara İlhan, Tüketici Hukuku, Engin, 1. Baskı, Ankara, 2015, ISBN: 9789753205160.

Karahan K./Maksudunov A., Tüketici Bilinç Değerlendirmesi: Kırgızistan Örneği, Reforma İktisadî İdarî Bilimler Dergisi, ISSN: 1694-5158, Y. 2010, C. 1, S. 45, s. 47-55, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/575710> (ET. 11.2.2019).

Karakocalı Ahmet, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Madde 59, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (Millî Şerh), Ed. Tüzüner Özlem/Tokbaş Hakan, Aristo, 1. Baskı, İstanbul, 2016, s. 945-949, ISBN: 9786058441880.

Karakocalı Ahmet/Kurşun Ali Suphi, Tüketici Hukuku, Aristo, 1. Baskı, İstanbul, 2015, ISBN: 9786058441842.

Kepenekci Karaman Yasemin/Ökdem Meltem, İlköğretim Hayat Bilgisi ve Sosyal Bilgiler Ders Kitaplarında Tüketici Hakları, İlköğretim Online, ISSN: 1305-3515, Y. 2013, C. 12, S. 3, s. 674-686, <http://ilkogretim-online.org.tr/index.php/io/article/view/1383/1239> (ET. 3.3.2020).

Kılıçarslan Kara Seda, Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, ISSN: 2146-1708, Y. 2015, C. 5, S. 2, s. 183-222.

Kirilova Elena A./Shergunova Elena A./Ustinovich Elena S./Nadezhin Nikolay N./Lyubov Borisovna S., The Principles of the Consumer Right Protection in Electronic Trade: A Comparative Law Analysis, International Journal of Economics and Financial Issues, ISSN: 2146-4138, Y. 2016, Vol. 6, No. 2, p. 117-122, <https://www.econjournals.com/index.php/ijefi/article/view/2540/pdf> (ET. 21.3.2019).

Koçano Rodoslu Emine, KKTC Hukuku'nda Taksitle Satım Sözleşmesinde Tüketicinin Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ISSN: 1301-1308, Y. 2017, C. 66, S. 2, s. 399-425.

Koutchma Tatiana/Keener Larry/Kotilainen Heidi, Discordant international regulations of food irradiation are a public health impediment and a barrier to global trade, Global Harmonization Initiative Consensus Document on Food Irradiation,

October 2018, p. 1-18, https://www.globalharmonization.net/sites/default/files/pdf/GHI-Food-Irradiation_October-2018.pdf (ET. 13.2.2019).

Liman Vahide/Özet Yekta A., Türkiye’de Gama Radyasyonla Işınlama, s. 1-9, http://www.eczaakademi.org/images/upld2/ecza_akademi/makale/20110113052044Gamma_radyasyon.pdf (ET: 11.2.2019).

Maherani Behnoush/Hossain Farah/Criado Paula/Ben-Fadhel Yosra/Salmieri Stephan/Lacroix Monique, World Market Development and Consumer Acceptance of Irradiation Technology, Foods, ISSN: 2304-8158, Y. 2016, Iss. 5, Vol. 79, p. 1-21, <https://doi.org/10.3390/foods5040079>, <https://www.mdpi.com/2304-8158/5/4/79/html> (ET. 23.2.2019).

Mostafavi Ahari Hossein/Mirmajlessi Mahyar Seyed/Fathollahi Hadi, The Potential of Food Irradiation: Benefits and Limitations, Trends in Vital Food and Control Engineering, Shanghai/China, 2012, ISBN: 9789535104490, p. 43-68, <https://pdfs.semanticscholar.org/ae3a/4c8c1b381617a023cd55a19b2b029463bd99.pdf?ga=2.112060096.554478821.1561230512-1293229706.1561230512> (ET. 13.2.2019).

Nart Sima, Tüketici Haklarının Pazar Ortamındaki Fonksiyonelliği: Hak Arama Davranışı ve Bilgi, Bilinç ve Tutum İlişkisi, Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi (Akademik Fener), ISSN: 2148-029X, Y. 2008, C. 6, S. 10, s. 2-30, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/203493> (ET.13.2.2019).

Noah Lars, Genetic Modification and Food Irradiation: Are Those Strictly on a Need-to-Know Basis?, Penn State Law Review, ISSN: 0012-2459, Y. 2014, Vol. 118, Iss. 4, p. 759-788, <http://www.pennstatelawreview.org/wp-content/uploads/2015/02/1-Noah-final.pdf> (ET. 23.3.2019).

Oğuzhan Pınar, Su Ürünlerinde Işınlama Teknolojisi, Gıda ve Yem Bilimi-Teknolojisi Dergisi, ISSN: 1303-3107, Y. 2013, C. 13, s. 51-57, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/44821> (ET. 24.2.2020).

Paksu Ufuk, Gama Işınları ile Işınlanmış İhlamur Örneklerinin Elektron Spin Rezonans (ESR) ve Termolüminesans (TL) Teknikleri ile İncelenmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Fizik Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Engin Birol, İzmir, 2013.

Parlato Aldo/Giacomarra Marcella/Galati Antonino/Crescimanno Maria, ISO 14470:2011 and EU legislative background on food irradiation technology: The Italian attitude, Trends in Food Science & Technology, ISSN: 0924-2244, Y. 2014, Vol. 38, p. 60-74, <https://iris.unipa.it/retrieve/handle/10447/96211/124473/FS%26T%20Galati%20Crescimanno.pdf> (ET. 19.2.2019).

Pascual Vicente Calderón/López Antonio Martínez, Report of the Scientific Committee of the Spanish Agency for Food Safety and Nutrition (AESAN) on the application of ionizing radiation for sanitizing fresh meat, meat preparations and meat products, Translated from the original published in the journal Revista del Comité Científico de la AESAN, Y. 2013, Iss. 18, p. 29-52, Revista del Comité Científico de la AESAN, Iss. 3, p. 1-22, http://www.aecosan.msssi.gob.es/AECOSAN/docs/documentos/seguridad_alimentaria/evaluacion_riesgos/informes_cc_ingles/IRRADIATION.pdf (ET. 23.2.2019).

Pektaş Özcan, Tüketicinin Korunması, Tüketici Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2012, ISBN: 9786058676008.

Poroy Reha, Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Yayınları 2497 (Hukuk Fakültesi), İstanbul, 1978, s. 513-550.

Roberts Peter B./Hénon Yves M., Consumer response to irradiated food: purchase versus perception, Stewart Postharvest Review, ISSN: 1745-9656, Y. 2015, Vol. 3, Iss. 5, p. 1-6, <http://www.foodirradiation.org/pages/Stewart/Roberts.pdf> (ET. 23.2.2019).

Röcke Timo, The Law on Treatment of Food with Ionizing Radiation-Legislative Silence, European Food and Feed Law Review, Y. 2006, Vol. 1, No. 4, p. 203-209, <https://heionline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/effl2006&div=37&id=&page=&t=1561328340> (ET. 13.2.2019).

Sirmen Lale, Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, ISSN: 1305-9770, Y. 2013, S. 8 (Özel Sayı), C. 3, s. 2465-2475.

Tunç Süleyman, Türkiye'de Tüketici Haklarının Gelişimi ve Hak Arama Yolu Olarak İnternet, Uluslararası Akademik Yönetim Bilimleri Dergisi, ISSN: 2149-1984, Y. 2015, C. 1, S. 2, s. 70-85.

Türkyılmaz Kubilay/Eroğlu Haydar, Gıda Işınlanması ve Uygulamaları Seminer Raporu, Rize, 2007, s. 1-27, http://www.caykur.gov.tr/CMS/Design/Sources/UnitePCKYSDokumanlari/77_76.pdf (ET. 11.2.2019).

Tüzüner Özlem, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Madde 1, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (Millî Şerh), Ed. Tüzüner Özlem/Tokbaş Hakan, Aristo, 1. Baskı, İstanbul, 2016, s. 1-27, ISBN: 9786058441880.

Wiryani F./Herwastoeti H./Najih M./Haris A., Law Enforcement of Consumer Protection for Safe Food Packaging in The Decisions of Criminal Justice, International Conference On Food Science and Engineering 2016, Materials Science and Engineering 193, Y. 2017, p. 1-8, <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1757-899X/193/1/012055/pdf> (ET. 11.2.2019).

Yılmaz Abdülhamit, Belirli Süreli Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, On İki Levha, 1. Baskı, İstanbul, 2018, ISBN: 9786051529783.

Yılmaz Hacı Ömer/Ülger Taha Gökmen, Gıda Işınlamanın Besinlere Etkisi, Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi, ISSN: 2146-328X, Y. 2016, C. 5, S. 1, s. 1-16, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/509507> ara.edu.tr/dergiler/72/2228/23129.pdf (ET. 23.2.2019).

Yurdakul Mithat, Paketli Gıdaya Işınli Etiket, Milliyet, <https://www.milliyet.com.tr/ekonomi/paketli-gidaya-isinli-etiket-6045779> (İKT: 4.10.2019; ET. 24.2.2020).

Zevkliler Aydın/Aydoğdu Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin, 3. Baskı, Ankara, 2004, ISBN: 9753477465.

Zorba Meltem Ayşe, Tavuk Eti Ürünlerine (Sosis, Burger, Köfte) Uygulanan Gama Işınlamanın Yağ Asitleri Kompozisyonu Üzerine Etkisinin Belirlenmesi, Namık Kemal Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Fen Bilimleri Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Yılmaz İsmail, Tekirdağ, 2009.

Diğer Kaynaklar

6.11.1999 Tarihli Mülga Gıda Işınlama Yönetmeliği, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23868.pdf> (ET. 21.6.2019).

1.1.2017 Tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği Taslağı, https://members.wto.org/crnattachments/2016/TBT/TUR/16_4773_00_x.pdf (ET. 21.6.2019).

3.10.2019 Tarihli Gıda Işınlama Yönetmeliği, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/10/20191003-1.htm> (ET. 14.2.2020).

5996 Sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı ve Yem Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5996.pdf> (ET. 11.2.2019).

Ankara Barosu, 4077-6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Karşılaştırılması, Tüketici Hakları Kurulu, Ankara, 2014, ISBN: 9786059050067.

Directive 1999/2/EC, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:7db477af-5311-422e-a47f-624d20695051.0008.02/DOC_3&format=PDF (İKT: 13.3.1999; ET. 22.2.2019).

Directive 1999/3/EC, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999L0003&from=EN> (İKT: 13.3.1999; ET. 22.2.2019).

Gamma-Pak, Ayın Dosyası-Kırmızı & Beyaz Et, Işınlamada Hareketli Bir Yıl Geçiriyoruz, <http://doczz.biz.tr/doc/315251/hareketli---gamma-pak> (ET. 24.2.2020).

Gamma-Pak, Hakkımızda, <https://gammapak.com/hakkimizda> (ET. 3.3.2020).

General Standard for Irradiated Foods (CXS 106-1983, REV 1-2003), http://www.fao.org/input/download/standards/16/CXS_106e.pdf (ET. 18.2.2019).

General Standard for the Labelling of Prepackaged Foods (CXS 1-1985, REV 1-1991, REV 2-1999), http://www.fao.org/input/download/standards/32/CXS_001e.pdf (ET. 27.6.2019).

Gıda Teknolojisi, Gamma-Pak 2012'de 4 bin 246 ton gıdayı ışınladı, <http://www.gidateknolojisi.com.tr/haber/2013/02/gamma-pak-2012de-4-bin-246-ton-gidayi-isinladi> (İKT: 23.2.2013; ET: 3.3.2020).

Gıda Teknolojisi, Işınlama gıdaları koruyan en etkin teknoloji, <http://www.gidateknolojisi.com.tr/haber/2015/04/isinlama-gidaları-koruyan-en-etkin-teknoloji> (İKT: 16.4.2015; ET: 23.6.2019).

TAEK, Eğitim Faaliyetleri, <https://www.taek.gov.tr/tr/hizmetlerimiz/egitim/taek-egitim-faaliyetleri.html> (ET. 3.3.2020).

TAEK, Işınlama Hizmetleri, <https://www.taek.gov.tr/tr/hizmetlerimiz/olcum-ve-analiz/isinlama-hizmetleri.html> (ET. 3.3.2020).

Tarım ve Orman Bakanlığı, Gıda Işınlama Yönetmelik Taslağı Görüşe Açılmıştır, <https://www.tarimorman.gov.tr/GKGM/Duyuru/238/Gida-Isinlama-Yonetmelik-Taslagi-Goruse-Acilmistir> (İKT: 9.11.2016; ET. 23.2.2019).

TKGGM, Görevlerimiz, <https://tuketici.gtb.gov.tr/kurumsal/gorevlerimiz> (İKT: 17.7.2013; ET. 21.6.2019).

HAKEMLİ MAKALE

ALMAN İDARE HUKUKUNDA GÜVENİN KORUNMASI İLKESİ*

Dr. Dursun ÇELİK**

ÖZET

Alman idare hukuku öğretisi ve içtihatları, geçen yüzyılın ortalarından itibaren idari işlemlerin idare tarafından hükümsüz kılınmasında vatandaşların güvenlerinin korunup korunmayacağı meselesi üzerine meşgul olmaya başlamış ve bunun sonucunda güvenin korunması bir ilke olarak idare hukukunda yer edinmiştir. Sonrasında da yasal olarak açıkça düzenlenmiştir.

Bu çalışmada; ilk olarak bu ilkenin kavramsal çerçevesi çizilerek, tarihsel gelişimi ele alınacaktır. Daha sonra bu prensibin anayasal dayanağı noktasındaki görüşler ortaya koyulacaktır. Sonrasında ise güvenin korunması ilkesinin genel manada şartları, sınırları ve hukuki sonuçları incelenecektir. Son kısımda spesifik olarak idari işlemin idare tarafından hükümsüz kılınmasında güvenin korunması meselesi üzerinde durulacaktır. Bu çerçevede idari işlem kavramı kısaca açıklandıktan sonra hukuka aykırı idari işlemlerin Alman İdari Usul Kanunu¹ (çalışmada AİUK olarak kısaltılacaktır) 48. maddesi uyarınca geri alınması ve aynı kanunun 49. maddesine göre hukuka uygun işlemlerin ilgasında muhatabın güveninin hangi şartlarda ve ne ölçüde korunacağı öğretideki ve içtihatlardaki tartışmalarla beraber ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Alman İdare Hukuku, İdari İşlem, Geri Alma, İlga, Güvenin Korunması İlkesi, Hukuki Güvenlik.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01.05.2020

Kabul Edildiği Tarih: 08.06.2020.

Bu makale yazarın 2012 yılında yazdığı Yüksek Lisans tezinden türetilmiştir.

** Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

E-Mail: dursuncelik@sdu.edu.tr

ORCID-ID: 0000-0003-0568-1653

¹ Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102).

VERTRAUENSSCHUTZPRINZIP IM DEUTSCHEN VERWALTUNGSRECHT

ZUSAMMENFASSUNG

Die Verwaltungslehre und verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen in Deutschland haben ab Mitte des letzten Jahrhunderts begonnen, sich mit der Frage zu beschäftigen, ob das Vertrauen der Bürger bei der Aufhebung von Verwaltungsakten geschützt wird. Somit ist der Vertrauensschutz als ein Grundsatz im Verwaltungsrecht verankert. Danach wurde dieser gesetzlich ausdrücklich geregelt.

In dieser Arbeit wird zunächst der Rahmen des Vertrauensschutz-Grundsatzes und seine Entwicklung vorgelegt. Danach werden die Ansichten über seine verfassungsrechtliche Grundlage dargelegt. Weiterhin werden die allgemeinen Voraussetzungen, Grenzen und Rechtsfolgen des Grundsatzes untersucht. Im letzten Teil wird speziell auf den Vertrauensschutz bei der behördlichen Aufhebung von Verwaltungsakten eingegangen. In diesem Rahmen wird der Verwaltungsbegriff zunächst kurz erklärt. Dann wird im Lichte der Diskussionen in der Lehre und Rechtsprechung offengelegt, inwieweit und unter welchen Bedingungen das Vertrauen des Betroffenen bei der Rücknahme nach § 48 und beim Widerruf von Verwaltungsakten nach § 49 VwVfG geschützt wird.

Schlüsselwörter: Deutsches Verwaltungsrecht, Verwaltungsakt, Rücknahme, Widerruf, Vertrauensschutzprinzip, Rechtssicherheit.

PRINCIPLE OF PROTECTION OF RELIANCE IN GERMAN ADMINISTRATIVE LAW

ABSTRACT

Administrative doctrine and administrative jurisprudence in Germany began in the middle of the last century to deal with the question of whether the reliance of citizens in the abolition of administrative acts is protected or not. As a result, the protection of reliance has taken place in administrative law as a principle. Then it was explicitly legally regulated.

In this study; first, the historical development of this principle will be discussed by drawing a conceptual framework of the principle. Then the views on the constitutional basis of this principle will be put forward. Then, the general conditions, limits, and legal consequences of the principle of protecting reliance will be examined. Within the context of the last part, the issue of maintaining trust in overriding the administrative process by the administration will be specifically focused on. In this regard, the administrative act is first briefly explained. Finally, in the light of the discussions in doctrine and jurisprudence, to what extent and under what conditions the reliance of the person concerned is protected in the case of the withdrawal according to section 48 and the revocation of administrative files according to section 49 of the Administrative Procedure Act.

Keywords: German Administrative Law; Administrative Act; Withdrawal; Revocation; Principle of Protection of Reliance; Legal security.

A. Güveni Koruma İlkesinin Genel Teorisi

I. Giriş

1. Güvenin Korunması Kavramı

Güven, sosyal yaşamın ve birlikte yaşamanın olmazsa olmaz temel bir unsurudur.² Genel dil kullanımında güven kavramı, bir kişinin belirli bir biçimde davranacağına ilişkin kati inancı ifade eder.³ Güven kavramı umuttan daha fazla, garantiden daha az bir beklenti içerir.⁴ Bu kavram, psikoloji, etik ve sosyoloji gibi alanlarda sıklıkla kullanılır. Güven fikri, tüm hukuk düzeninde esastır.⁵ Güvenin korunması prensibinin, öğretide genel geçer bir tanımı bulunmamaktadır.⁶ En genel manasıyla idare hukukunda güvenin korunması ilkesi; kişilerin lehine olan idari işlemlerin kural olarak idare tarafından yürürlükten kaldırılamayacağı anlamını taşır. Bu ilke, vatandaşların hukuki güvenliklerinin devlet tarafından ihlal edilmesinin önüne geçmek için kullanılan bir hukuk enstrümanı olarak ortaya çıkmıştır.⁷

2. İdare Hukukunda Güvenin Korunması İhtiyacı

Güvenin korunması fikri, yargı içtihatlarında ve öğretide özellikle 2. Dünya Savaşı sonrası önemli bir konu haline gelmiştir. Bu konunun gündeme gelmesi, bir anayasa değişikliğine veya spesifik bir yasaya dayanmaz. Bu düşüncenin ortaya çıkması daha çok mahkeme kararlarıyla olmuş ve literatürdeki tartışmalarla da desteklenmiştir.⁸

Devlet ve vatandaş arasındaki ilişki, özel hukuktaki ilişkiden farklı bir boyuttadır. Çünkü genel olarak kamu hukuku ilişkisinde taraflar eşit konumda değildir. Vatandaş, devletin kararları, kuralları ve düzenlemeleriyle bağlıdır.⁹ Bu yüzden de bu düzenlemeler ve kurallar vatandaş tarafından öngörülebilir olmalıdır.

Diğer taraftan idarenin faaliyetlerini insan eliyle yürüttüğü gerçeği vardır ve bu sebeple idarenin, kusursuz ve hatasız olması beklenemez. Diğer bir söylemle idare, işlem ve eylemlerinde hata yapabilir ve bu hata sonucunda hukuka aykırı bir işlem ortaya çıkabilir. İdare de mümkün oldukça bu hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak için uğraşır. Fakat bu kaldırma işlemi, vatandaş için bir dezavantaj oluşturabilir. Bu durumda devlet ile vatandaşlar arasında bir menfaat çatışması ortaya çıkar. Bir taraftan idari faaliyetin devamlılığına güvenen vatandaş, bu faaliyetten elde ettiği veya edeceği

² Ossenbühl, Fritz, Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1972, s. 25; Luhmann, Niklas, Vertrauen: ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität Stuttgart 1968, s. 1 vd.; Geurts, Petra, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bei der Aufhebung von Verwaltungsakten im deutschen, französischen und europäischen Recht – Wechselwirkung zwischen europäischem und nationalem Recht, Bonn 1997, s. 8.

³ Dieter, Götz, Langenscheidt Grösser Wörterbuch 2010, s. 1203; Weber-Dürler, Beatrice, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel-Frankfurt am Main 1983, s. 7; Stich, Rudolf Franz, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, Mainz 1954, s. 3.

⁴ Lee, Sang Chul, Vertrauensschutzprinzip bei Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten: Vergleich des Vertrauensschutzprinzips bei Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten in Deutschland, Japan und Korea, Konstanz 1991, s. 4.

⁵ Ossenbühl, DÖV 1972, s. 25.

⁶ Püttner, Günter, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32/1974, s. 200.

⁷ Weber-Dürler, s.7, 8.

⁸ Geurts, 1997, s. 12.

⁹ Püttner, VVDStRL 32/1974, s. 208.

menfaatin elinden gitmemesini ve hukuk güvenirliliğinin sağlanmasını isterken; diğer taraftan idare, Alman Anayasası¹⁰ md. 20, f, 3’de öngörülen kanunilik (Gesetzmäßigkeit) ilkesinden dolayı iş ve işlemlerinde hukuka uygun hareket etmek durumundadır.¹¹

Bu sebeple Alman idare hukuku öğretisi, Alman mahkemeleri ve yasa koyucusu, bu ilkeler çatışmasının nasıl çözülebileceği üzerinde durmuş ve belirli şartların varlığı durumunda vatandaşların güvenlerinin korunarak söz konusu idari işlemlerin devamlılıklarının sağlanması veya adil bir denkleştirme ile bu sorunun çözülebileceği kanaatine varmıştır.

3. Güvenin Korunması İlkesinin Tarihsel Gelişimi

Güvenin korunması meselesi, öğretilerde daha önce değinilmiş ve hukuk pratiğinde karşılığı olmasına rağmen, ilk olarak 2. Dünya Savaşı sonrası bir prensip haline gelmiştir. O zamandan bu yana bu prensip hukuki sorunların çözümünde ve gerekçelendirilmesinde etkin olarak kullanılmaktadır.¹²

1950’li yıllarda güvenin korunması prensibi, idare mahkemeleri tarafından hukuka aykırı yararlandırıcı idari işlemlerin geri alınmasında bir sınırlama olarak kabul edildi. Bu bağlamda ilk dikkat çekici karar Berlin Bölge İdare Mahkemesi tarafından verilmiştir.¹³ Bu karara göre vatandaşların idari işlemlerin devamlılığına olan güveni, bu işlemin geri alınmasında göz önünde bulundurulması gerekir. Bu konuyla alakalı en önemli içtihat, Almanya Federal Yüksek İdare Mahkemesinin 1957’ de verdiği karardır.¹⁴ Bu kararda mahkeme ilk kez “Menfaatlerin Tartılması Teorisini (nteressensabwägungstheorie)” formüle etti. Davaya konu olayda emekli bir memura yasanın yanlış uygulanması sonucu fazla aylık bağlanmış, durumun fark edilmesi üzerine idare bu kişinin maaşında azaltma yapmıştır. Emekli memur da bu durumu mahkemeye taşımıştır. Federal Mahkeme bu kararda, hukuka aykırı idari işlemlerin her durumda geri alınamayacağını, daha ziyade somut olaydaki kamu menfaati ve idari işlemin devamlılığında korunmaya değer bir güveni olan vatandaşın bireysel menfaatinin tartılması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme, bu yaklaşımını sonraki kararlarında da devam ettirmiş ve bu yaklaşım yerleşik bir içtihat haline gelmiştir.

Görüldüğü üzere bu ilke, mahkeme kararları ve öğretinin çalışmalarıyla 1950’li yıllarda ortaya çıkmıştır. Birçok monografik¹⁵ eserde bu ilke ele alınmış ve 1977 yılında Alman İdari Usul Kanununun (VwVfG) yürürlüğe girmesiyle birlikte yasal bir dayanağa kavuşmuştur. Kanunun hukuka aykırı bir idari işlemin geri alınması ve

¹⁰ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung.

¹¹ Kimminich, Otto, Rücknahme und Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, JuS 1965, s. 249 vd.; Geurts, 1997, s. 13.

¹² Maurer, Hartmut, Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: Isensee/Kirchhof (Editör), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland IV, 3. Bası, Heidelberg 2006, s. 398.

¹³ OVG Berlin, DVBl. 1957, s. 503 vd.

¹⁴ BVerwGE 5, 312, 313, 314 vd.

¹⁵ Örn.: Stich, 1954; Becker, Franz/Luhmann, Niklas, Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz, Berlin 1963; Ossenbühl, Fritz, Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, Berlin 1965; Bode, Eckart, Die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, Göttingen 1967; Lenz, Karl-Heinz, Vertrauensschutzprinzip, Berlin 1968.

hukuka uygun bir idari işlemin kaldırılması başlıklarını taşıyan 48. ve 49. maddeleri açıkça bu ilkeyi düzenlemiştir.

II. İlkenin Hukuki Dayanağı

Güvenin korunması düşüncesinin temel hukuki dayanağı konusunda öğretilerde görüş birliği yoktur. Alman hukukçular bu kurumu dürüstlük kuralı, hukuk devleti ve hukuk güvenliği ilkesi, sosyal devlet gibi çeşitli temel hukuk prensipleriyle temellendirmişlerdir. Ayrıca güvenin korunması düşüncesinin kendi başına bir ilke olduğu görüşü de vardır.¹⁶ Aşağıda bu görüşler daha yakından incelenecektir.

1. Dürüstlük Kuralı (Treu und Glauben)

Dürüstlük kuralı, Krallık Mahkemesinin (Reichsgericht) kararlarında genel bir hukuk düşüncesi olarak nitelendirilmiştir.¹⁷ Bu düşünce, tüm hukuk alanlarında – aynı şekilde kamu hukukunda da– geçerli bir genel hukuk prensibidir. Ancak Krallık Mahkemesi, bu ilkenin kamu hukukunda uygulanmasında, bu alanın hususiyetleri göz önünde bulundurulmalı diyerek bir sınırlama getirmiştir. Uygun durumlarda Alman Medeni Kanunu¹⁸'nin 242. maddesinin kamu hukukunda da aynen geçerli olacağı mahkemece hüküm altına alınmıştır. Federal Yüksek İdare Mahkemesi bazı kararlarında güvenin korunması ilkesini, dürüstlük kuralına dayandırmıştır. Ancak bu noktada Federal Mahkemenin kararlarında yeknesaklık yoktur. Zira mahkeme, başka kararlarında ise güvenin korunması ilkesinin, hukuk devleti ve hukuk güvenliği ilkesinden çıkartılan bir ilke olduğu kanaatini taşımaktadır.¹⁹

Aynı şekilde öğretilerde güvenin korunması prensibi ve dürüstlük kuralı arasında bir farkın olmadığı, dolayısıyla da bu ilkenin dürüstlük kuralına dayandırılması gerektiği görüşünü savunan yazarlar vardır.²⁰

2. Hukuk Güvenliği İlkesi (Rechtssicherheit)

Hukuk güvenliği ilkesi, bünyesinde farklı alt hukuk ilkelerini barındıran temel bir anayasal ilkedir. Alman Federal Yüksek İdare Mahkemesi'nin görüşüne göre; bu ilkenin vatandaşlar için anlamı, bir defa yaratılan durumun hukuken muhafaza edilmesidir.

Hukuki güvenlik ilkesi genel olarak, devlet tasarruflarının açık ve belirli aynı zamanda bireylerin kendisine yeterince güvenebileceği kadar sürekli olması emreder.²¹ Bu ilkenin, hukuk devleti ilkesinin bir alt ilkesi olduğu konusunda doktrinde

¹⁶ Püttner, VVDStRL 32/1974, s. 203, 204; Maurer, Hartmut, Das Vertrauensschutzprinzip bei Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten, in: Schmidt Glaeser (Editör) *Verwaltungsverfahren, Festschrift zum 50. jährigen Bestehen des Richard-Boorberg-Verlags*, Stuttgart/München/Hannover 1977, s. 226; Lee, 1991, s. 13.

¹⁷ Rg U.v 2.2.1926, RGZ 113, S. 124; U.v 2.7.1929 RGZ 125, S. 298.

¹⁸ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I s. 738)

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için: Pettenkofer, Horst, *Der Vertrauensschutz bei behördlichen Auskünften und Zusagen*, Würzburg 1969, s. 48.

²⁰ Kimminich, Otto, *Die Rückwirkung von Gesetzen*, JZ 1962, s. 518 vd.; Ossenbühl, 1965, s. 76.

²¹ Maunz, Theodor /Dürig, Günter (Editör), *Grundgesetz -Kommentar*, München 2019, Art. 20, VII B k.n. 50.

ve yargı kararlarında birlik vardır.²² Alman Anayasası hukuk devleti ilkesine açıkça sadece md. 28, f. 1, c. 1’de yer vermesine rağmen, Alman Federal Anayasa Mahkemesi hukuk devleti ilkesini daha ziyade Anayasa’nın md. 20, f. 3 ve Alman Anayasa’sının genel teorisinden çıkartmaktadır.²³

Federal Yüksek İdare Mahkemesi de son olarak güvenin korunması prensibinin, hukuk güvenliği ilkesi ve dolayısıyla onun da kaynağı olan hukuk devletinin bir sonucu olduğu kanaatine varmıştır.²⁴ Yasa koyucu da, kanun gerekçesinde güvenin korunması ilkesinin dayanağını hukuk devleti ve hukuk güvenliği olarak belirtmiştir. Kanaatimizde de güvenin korunması ilkesi hukuk devleti ve hukuk güvenliği ilkelerinin bir sonucudur.

3. Diğer Anayasal Dayanaklar

Öğretide azınlıkta olan bazı yazarlar güvenin korunması prensibini farklı anayasal ilkelere dayandırmışlardır. Fischbach²⁵ ve Mainka²⁶ gibi yazarlar güvenin sosyal yaşamın olmazsa olmaz bir unsuru olduğu, dolayısıyla da sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olması gerektiği görüşündedirler.

Başka bir görüşe göre ise, ilkenin kaynağı temel haklardır.²⁷ Bu görüşü savunanlar güvenin korunması düşüncesini Alman Anayasa’sının md. 2, f. 1²⁸ veya md. 14, f. 1 c 1²⁹ dayandırmaya çalışmışlardır.³⁰

Diğer başka bir düşünceye göre ise bu prensip, Alman Anayasa’sının md. 3, f. 1’de³¹ düzenlenen eşitlik ilkesine dayandırılmalıdır. Hukuka uygunluk prensibi gereği hatalı bir idari işlemin geri alınması esas ise de, bu geri alma işlemi bireyler arasında bir eşitsizlik doğuracaksa, eşitlik ilkesi gereği geri alma sınırlandırılmalıdır. Anayasa’nın bu hükmünden, idarenin önceki işlemleri ve eylemleri ile bağlı olması (Selbstbindung der Verwaltung³²) ilkesi çıkartılmaktadır. Buna göre idare, aynı şart ve koşullardaki olaylarda aynı şekilde davranmalı ve bununla birlikte idarenin tasarruflarının halkın güvenebileceği belirli, sürekli ve stabil bir şekil alması sağlanmalıdır.³³

Ayrıca öğretide bu ilkeyi insan onurunun korunması prensibine (Anayasa md. 1, f. 1³⁴) dayandıran yazarlar da vardır.³⁵

²² Hukuk Devleti> Hukuki Güvenlik> Güvenin Korunması şeklinde ifade edilen meşhur çıkarım bkz.: Weber-Dürler, 1954, s. 49.

²³ BVerfGE, 2, 380, s. 403 vd.

²⁴ BVerwGE, 13 261, s. 271.

²⁵ Fischbach, O.G., Der Vertrauensschutz unter besonderer Berücksichtigung beamtenrechtlicher Verhältnisse, RiA 1956, s. 289.

²⁶ Mainka, Johannes, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Bonn 1963, s. 27.

²⁷ Grabitz, Eberhard, Vertrauensschutz als Freiheitsschutz, DVBl. 1973, s. 675 vd.; Schmidt, Walter, “Vertrauensschutz” im öffentlichen Recht, JuS 1973, s. 529, 532; Kisker, Gunter, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32/1974, s. 161.

²⁸ “Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir.”

²⁹ “Mülkiyet ve miras hakları güvence altındadır.”

³⁰ Grabitz, DVBl. 1973, s. 675 vd.; Schmidt, JuS 1973, s. 529 vd.

³¹ “Bütün insanlar yasa önünde eşittir.”

³² Bu ilke Türk Hukuku’nda idari istikrar ilkesi ile kıyaslanabilir.

³³ Achterberg, Norbert, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Bası, Heidelberg 1986, s. 600.

³⁴ “İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.”

III. Güvenin Korunmasının Şartları ve Sınırları

Güvenin korunması ilkesinin anayasal dayanağı üzerinde durulduktan sonra, bu kısımda.a anılan ilkenin şartları ve sınırları somut olarak açıklanacaktır.

Güvenin korunması şartları en somut ve etraflı olarak AİUK md. 48, f. 2’de düzenlenmiştir. Buna göre öncelikle bireylerin idari işlemin devamlılığına güvenmiş olması ve bu güvenin kamu menfaati karşısında korumaya değer olması gerekir.

1. Güvenin Korunmasının Şartları

a. İdarenin Güven Oluşturacak Hareketi

Güvenin korunmasından bahsedebilmek için öncelikle bireylerin güven duyabileceği bir idari işlem veya eylemin olması gerekir.³⁶ İdari işlemler, idari sözleşmeler, idari bilgilendirme ve taahhütler bu güvenin kaynağını oluşturabilirler.³⁷ Vatandaşın gerçekten de bu idari işlem veya eylemin devamlılığına güvenmiş olması gerekir. İdari işlem tesisinde, idari işlemin güvenin kaynağı olabilmesi için idari sürecin tamamen sona ermesi şarttır. Başka bir anlatımla, idari işlemin tesis edileceği süreç tamamlanmazsa, güven kaynağı oluşmaz.

Öğretide idarenin pasif hareketlerinin güvenin kaynağı olup olamayacağı sorusu sorulmuştur. Genel olarak doktrin, bu soruya olumlu yanıt vermiştir. Şöyle ki, idarenin bu pasif davranışından ötürü objektif olarak bir beklenti içine girilebilecekse ve gerçekten de vatandaşların da bu davranışa korunmaya değer bir güveni mevcutsa, bu durumda güvenin korunması söz konusu olacaktır.³⁸

b. Güvenin Korunmaya Değer Olması

İkinci olarak idarenin hareketine duyulan güvenin, korunmaya değer olması gerekir. Hangi durumlarda güven korunmaya değerdir? Bu soruya cevap bulabilmek için soruyu tersten sormak gerekecektir. Yani hangi durumlarda güven korunmaya değer değildir? Bizce şu durumlarda güven korunmaya değer değildir:³⁹

> İdari işlem veya eyleme güven duyan kişi, hukuka aykırılığı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa güven korunmaya değer değildir. Biliyor olması ve bilmesi gerekmesi arasında bir fark yoktur.

> Muhatap, hukuka aykırılığa kendisi sebebiyet vermişse (yanlış veya eksik bilgi verme gibi) ya da başka sebeplerle hukuka aykırılık ilgilinin sorumluluk alanındaysa.

> Muhatap, idari işlemin oluşmasını hile, tehdit veya rüşvet yoluyla sağlamışsa. Bu hüküm ilgilinin temsilcisinin, yetkilendirdiği kişi veya vasisi tarafından hile, tehdit veya rüşvet ile idari işlemin oluşumunu sağlaması durumunda da geçerlidir.

³⁵ Örneğin, Zuck, Rüdiger, Der Schutz der Rechtsstellung der ehrenamtlichen Verwaltungsrichter bei den Verwaltungsgerichten, DÖV 1960, s. 582.

³⁶ Stich, 1954, s. 37; Mainka, 1963, s. 31; Ossenbühl, 1965, s. 81; Maurer, 1977, s. 224.

³⁷ Weber-Dürler, 1983, s. 79.

³⁸ Mainka, 1963, s. 31; Lenz, 1968, s. 33; Weber-Dürler, 1983, s. 79.

³⁹ Maurer, 1977, s. 246 vd.; Mainka, 1963, s. 63; Ossenbühl, 1965, s. 81 vd.; Pettenkofer, 1969, s. 105; Weber-Dürler, 1983, s. 92.

Doktrinde bir görüşe göre; idari işlem, üçüncü kişinin ahlaka aykırı davranışları sebebiyle oluşmuşsa bu durumda da güvenin korunmayacağını savunan görüş vardır.⁴⁰ Ancak bu görüş çok büyük oranda görmemektedir.

c. Menfaatlerin Tartılması

Güvenin korunması düşüncesinde daha önce de bahsedildiği gibi bireysel ve kamu menfaati çatışması söz konusudur. Bir tarafta idari işlemin devamlılığına güvenen kişinin bireysel menfaati, diğer tarafta idari işlemin hükümsüz kılınmasını gerektiren kamu menfaati vardır. Bu durumda çatışan menfaatler tartılır, ağırlık basan tarafa öncelik verilir.⁴¹ Yani idari işlemin geri alınmasında kamu menfaati, özel menfaate göre ağır basıyorsa ilgilinin güveni korunmaz ve idari işlem idare tarafından yürürlükten kaldırılabilir.

2. Güvenin Korunmasının Sınırları

Yukarıda şart olarak da anılan idari işlemin hükümsüz kılınmasında kamu yararının bireysel menfaate göre üstün olması durumu, aynı zamanda güvenin korunmasının sınırınıdır.⁴²

Diğer bir sınırlama, idari işleme AİUK md. 36 uyarınca yan şart eklenmesinden ileri gelir. Alman idare hukukunda idare, eğer şartları varsa idari işlemleri yan şart koyarak tesis edebilir. Yan şart olarak idari işleme AİUK md. 36, f. 2 uyarınca idari işlemin ilga edileceği yönünde bir ihtirazi kayıt konulduysa ya da lehtara bir şeyin yapılması, bir şeye katlanması ya da bir şeyden kaçınması gibi bir yükümlülük yüklenmişse bu durumda güvenin korunmasının uygulanma şansı oldukça düşer veya ortadan kalkar.⁴³

Üçüncü olarak da; idari işlemde üçüncü bir kişi etkilenmiş ise güvenin korunması sınırlandırılabilir veya engellenebilir. Bu durumda idari işlem bir kişi için kazandırıcı işlem olurken, bir başkası için yükümlülük getirmektedir. Şayet idari işlemin etkilediği üçüncü kişi, idari işlemi, kanun yollarına başvurarak idari itiraz veya dava yoluyla sona erdirmişse güvenin korunması ilkesine başvurulamaz. Bu durum AİUK md. 50'de açıkça düzenlenmiştir.

IV. Güvenin Korunmasının Hukuki Sonuçları

Bu konuda Alman öğretisinde üç farklı görüş savunulmaktadır. İlk görüşe göre; güvenin korunması ilkesinin temel hukuki sonucu idari işlemin devamlılığının garantisidir ve tazminat hakkı istisnai durumlarda tanınır.⁴⁴ İkinci görüşe göre ise bu ilkenin temel hukuki sonucu, devlete karşı bir tazminat hakkının doğmasıdır.⁴⁵ Üçüncü

⁴⁰ Pettenkofer, 1969, s. 106.

⁴¹ Geurts, 1997, s. 12.

⁴² Mainka, 1963, s. 31

⁴³ Lee, 1991, s. 77.

⁴⁴ BVerwGE 9, 251, s. 255; Frotsher, Werner, Vermögensschutz oder Bestandschutz bei der Rücknahme von Verwaltungsakten?, DVBl. 1976, s. 281 vd.

⁴⁵ Lenz, 1968, s. 32; Püttner, VVDStRL 32/1974, s. 222-224; Götz, Volkmar, Bundesverfassungsgericht und Vertrauensschutz, in: Christian Starck (Editör), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts Band II, Tübingen 1976, s. 447; Schmidt, JuS 1973, s. 534.

olarak parasal idari tasarruflarda idari işlemin devamlılığını, diğer idari işlemlerde ise tazminat hakkını, ilkenin temel hukuki sonucu kabul eden bir görüş bulunmaktadır.⁴⁶

İlk görüş; Federal Yüksek İdare Mahkemesi'nin AİUK'un yürürlüğe girmesine kadar ki hakim içtihadını esas almaktadır. Frotscher bu düşünceyi şu şekilde savunmuştur:

*"Mahkeme kararlarından da anlaşılacağı üzere, güvenin korunması ilkesi esas olarak idari işlemlerin devamlılığını sağlamaya yöneliktir. Tazminat bu ilkeye göre ikinci planda kalmaktadır. Diğer bir anlatımla, hukuk güvenliği prensibi hukuk alanında sonuç doğuran yararlandırıcı bir idari işlemin – eğer vatandaşın korunmaya değer bir güveni varsa – hükümsüz kılınamayacağını söyler. Güvenin korunması aynı zamanda mevcudiyetin korunması anlamına gelmekte dolayısıyla da idari işlemlerin geri alınmasında bu durum en katı biçimde dikkate alınmalıdır."*⁴⁷

Ancak bu görüş AİUK yürürlüğe girdikten sonra büyük ölçüde geçerliğini yitirmiştir. Çünkü kanun, hukuka aykırı bir idari işlem kamu yararının bireysel menfaate ağır basması durumunda geri alınır ve ilgiliye güvenin korunması şartları varsa denkleştirme tazminatı ödenir hükmünü barındırmaktadır.⁴⁸

İkinci görüşün savunucuları, düşüncelerini prensibin yasal dayanağı, mevzuattaki diğer kanun hükümleri ve anayasal ilkeler ile gerekçelendirmektedirler. Örneğin Alman Medeni Kanunu'nun 119. ve 122. maddeleri gereği hukuka aykırı işlemler iptal edilir ve tazminat gündeme gelir. Püttner'egöre; güvenin korunması düşüncesi, idari işlemin devamlılığının sağlanmasını sadece istisnai durumlarda gerektirir.⁴⁹ Güvenin korunması ilkesinin asıl hukuki sonucu; vatandaşın idari işlemin devamlılığına duyduğu güvenden ileri gelen zararını denkleştirme tazminatıyla karşılamaktır. Tazminat yöntemiyle hem vatandaşın zararı karşılanır hem de kanunilik ilkesi korunur.

Üçüncü görüşe göre ise; idari işlemin türüne göre bir sonuca varılması gerekmektedir. Yani buna göre; eğer idari işlemin konusu paraya ilişkin ise idari işlemin devamlılığının sağlanması ön planda olmalı; şayet idari işlemin bölünebilen bir parasal değeri yoksa (ruhsat, diploma, statü verilmesi gibi) tazminat yoluyla vatandaşın zararının karşılanması güvenin korunması ilkesinin öncelikli hukuki sonucu olmalıdır.⁵⁰

B. İdari İşlemlerin İdare Tarafından Hükümsüz Kılınmasında Güvenin Korunması

I. İdari İşlem Kavramı

İdari işlem, idarenin çok sayıdaki hareket şeklinden bir tanesidir. İdari işlemler Almanya'da 19 yy. da idare hukuku öğretisi tarafından ortaya çıkarılmıştır. Mayer idari işlemi şu şekilde tanımlamıştır: *İdarenin, münferit olaylarda vatandaşın hukuki*

⁴⁶ Maurer, 1977, s. 236.

⁴⁷ Frotscher, DVBl. 1976, s. 284.

⁴⁸ Maurer, 1977, s. 237.

⁴⁹ Püttner, VVDStRL 32/1974, s. 224.

⁵⁰ Götz, 1976, s. 447.

*durumunu belirleyen resmi irade açıklamasıdır.*⁵¹ Bu tanım günümüzde de hala geçerliliğini koruyan veciz bir tanımdır. İdari işlemin, AİUK md. 35 f 1’de tanımı yapılmıştır. Buna göre idari işlem; idari mercilerin kamu hukuku alanında münferit bir meseleye ilişkin, dışa yönelik, doğrudan hukuki sonuç doğuran tüm tasarruflarını, kararlarını veya kamu gücü kullandıkları diğer önlemlerini ifade eder.⁵² Bu tanım uyarınca idari işlemin ayırt edici unsurları; münferit bir olaya ilişkin olması, kamu gücü kullanılması, idari merci tarafından yapılması, dışa etkili ve doğrudan hukuki sonuç doğurmasıdır. Bu unsurlar sayesinde idari işlem, devletin diğer faaliyet araçlarından ayrılabilir.⁵³ Buradaki idari merciden AİUK md. 1 f 4 düzenlenen idari mercidir. Buna göre kamu idaresinin görevlerini yerine getiren her merci bu anlamda idari merci sayılır. Dolayısıyla özel hukuk kişinin de kamu idaresi görevi yerine getirirken tesis etmiş olduğu işlemler idari işlemdir.⁵⁴

II. Hukuka Aykırı (rechtswidrige) – Hukuka Uygun (rechtmäßige) İdari İşlem

Bu ayırım, konumuz için önemli bir yere sahiptir. Zira hukuka aykırı işlemlerin, AİUK md. 48 uyarınca geri alınması (Rücknahme) gündeme gelecekken, hukuka uygun işlemler md. 49’a göre ilga (Widerruf) edilecektir.

İdari işlem, şayet mevzuatta öngörülen usule ve maddi şartlara uygun tesis edilmişse hukuka uygundur.⁵⁵ Ancak idari işlemin tesisinde, geçerli hukuk normlarına aykırılık söz konusuysa ve bu aykırılık dışa etkiliyse bu durumda idari işlem hukuka aykırı olacaktır. Bu hukuka aykırılık, hem usul kurallarına aykırılıktan (Verfahrensfehler), hem de idari işlemin içeriğinin maddi hukuka aykırı olmasından ileri gelebilir.⁵⁶

Hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesinde ölçüt işlemin tesis edildiği zaman dilimidir. Eğer işlem tesis edildiği zamandaki geçerli hukuk normlarıyla çelişmiyorsa, işlem hukuka uygundur.⁵⁷ İşlemin tesisinden sonra hukuki ve maddi olaya ilişkin bir değişiklik meydana gelirse, bu durum idari işlemin hukuka uygunluğunu etkilemez. Fakat baştan hukuka aykırı ve sonradan hukuka aykırı hale gelmiş idari işlemler arasında bir ayırım yapmak gerekir. Bu ayırım, idari işlemin AİUK md. 48’e göre geri mi alınacak, yoksa md. 49 uyarınca ilga mı edilecek sorusuna cevap bulmada önemli bir rol oynayacaktır. Çünkü baştan hukuka aykırı idari işlemlerde geri alma kuralları (Rücknahmeregelungen) uygulanacakken, sonradan hukuka aykırı hale gelmiş idari işlemlerde ilga kuralları (Widerrufsregelungen) uygulanacaktır.⁵⁸

⁵¹ Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. I, 1. Bası, Leipzig 1895, s. 95. (ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausdruck, der dem Untertanen gegenüber im Einzelfall bestimmt, was für ihn rechtens sein soll.)

⁵² Yılmaz, Dilşat, Alman İdari Yargılama Hukukunda İptal Davası, GÜHFD, C. XIII, Y. 2009, Sa. 1-2, s. 304.

⁵³ Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Bası, München 2011, s. 199.

⁵⁴ Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 10. Bası, München 2012, s. 138 vd.

⁵⁵ Achterberg, 1986, s. 465; Maurer, 2011, s. 249.

⁵⁶ Detterbeck, 2012, s. 200.

⁵⁷ Maurer, 2011, s. 250.

⁵⁸ Kopp, Ferdinand/Ramsauer, Ulrich, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 14. Bası, München 2013; § 48 k.n. 58.

III. Yararlandırıcı (begünstigende) – Yükümlendirici (belastende) İdari İşlemler

Yararlandırıcı idari işlemlerin, yükümlendirici idari işlemlere nazaran hükümsüz kılınması çok daha zor olduğundan, idari işlemin muhatap için yararlandırıcı mı yoksa yükümlendirici mi olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir. AİUK md. 48, f. 1, c. 1 yararlandırıcı idari işlemin geri alınmasında önemli bir sınırlama (güvenin korunması) getirmiştir.

Yararlandırıcı idari işlem, AİUK md. 48, f. 2 cümlede yasal olarak tanımlanmıştır. Buna göre yararlandırıcı idari işlemler; muhataba bir hak veya hukuken esaslı bir avantaj sağlayan veyahut da onaylayan idari işlemlerdir. Bu tanım bağlamında “hak”, hak sağlayıcı bir hukuki durumun oluşturulması ya da onaylanmasıdır. Hukuken esaslı bir avantaj ise hukuken korunan her türlü bireysel menfaatlerdir. Örnek verecek olursak; öğrenim kredisini uygun görme işlemi, tesis kurulması için ruhsat verilmesi, üniversite kayıt işlemi, memuriyete atama işlemi, yabancının vatandaşlığa kabul edilmesi gibi idari işlemler yararlandırıcı işlemlerdir.⁵⁹

Buna karşılık yükümlendirici idari işlemler, ilgilisi için dezavantajlı işlemlerdir. Dezavantaj; bireyin bir hakkına müdahale olabileceği gibi, bir talebin reddi de olabilir.⁶⁰ Tüm emir ve yasaklar, okuldan atılma, memuriyetten çıkarılma, inşaat izin talebinin reddi gibi idari işlemler yükümlendirici idari işlemlerdir.⁶¹

Bir idari işlem, ilgilisi için hem yararlandırıcı hem de yükümlendirici nitelikte olabilir. Bu tarz işlemler, ilgiliye hem bir hak veren hem de bir yükümlülük getiren idari işlemlerdir (örneğin devlet yardımının, muhatabı yükümlülük altına sokan bir şarta bağlı verilmesi gibi). Bunun dışında talep edilen şeyin kısmen kabul edilmesi (mesela 5 katlı inşaat izni için başvurulup, 3 kat için izin verilmesi) de bu duruma bir örnektir.⁶²

Eğer yükümlendirici bir idari işlem ilgilisi için daha ağır bir yükümlülük getirmek için hükümsüz kılınyorsa, bu durumda bu idari işlem yararlandırıcı bir işlem gibi görülmeli ve hükümsüz kılınması yararlandırıcı işlemin hükümsüz kılınması kurallarına tabi olmalıdır. Tam tersi durumda, yararlandırıcı bir idari işlem daha avantajlı bir idari işlemin tesisi için hükümsüz kılınyorsa, bu idari işlem sanki yükümlendirici bir idari işlem gibi muamele görecektir ve güvenin korunması gündeme gelmeyecektir.⁶³

Bir idari işlem ilgilisi için yararlandırıcı, üçüncü bir kişi içinse yükümlendirici nitelikte veya tam tersi olabilir (Dritt- bzw. Doppelwirkung). İdari işlemin bu durumda yararlandırıcı mı yoksa yükümlendirici mi olduğu sorusuna, idari işlemin asıl muhatabına yükümlülük mü yoksa yarar mı getirdiğine göre cevap verilir. Yani burada esas olan, etkilenen üçüncü kişinin değil muhatabın bakış açısıdır.⁶⁴

⁵⁹ Maurer, 2011, s. 226.

⁶⁰ Detterbeck, 2012, s. 163.

⁶¹ Maurer, 2011, s. 226.

⁶² Maurer, 2011, s. 226.

⁶³ Detterbeck, 2012, s. 223.

⁶⁴ Kopp/Ramsauer, 2013, § 48 k.n. 73; Yılmaz, Dilşat, Alman İdari Usul Hukuku'nda İdari İşlemin İdare Tarafından Hükümsüz Kılınması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, Sa. 2, s. 256.

IV. İdari İşlemlerin Geri Alınması ve İlgası (Rücknahme und Widerruf der Verwaltungsakten)

1. Genel Olarak

Alman İdare Hukuku'nda idari işlemlerin yürürlükten kaldırılması üç yolla mümkündür. İlk yöntem, idare mahkemesinin idari işlemi, açılmış bir iptal davasında Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu md.113, f. 1, c. 1 uyarınca iptal etmesidir. İkincisi, idari işlemlerin idari mercilerce idari itirazın sonucunda Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu 68 vd. maddeleri uyarınca ortadan kaldırılmasıdır. Son yöntem ise; idarenin idari işlemi idari itiraz olmadan AİUK 48 ve 49. maddeleri gereği hükümsüz kılmasıdır

Bu çalışmanın esasını oluşturan “geri alma” ve “ilga” yukarıda anılan yürürlükten kaldırma çeşitlerinden üçüncü grubu oluşturur. Burada yürürlükten kaldırma, üst kavramdır. Bu kavram, idari işlemin geçerliliğinin karşı bir işlemle (actus contrarius) ortadan kaldırılması anlamını taşır.⁶⁵ Bu anlamda hukuka aykırı bir idari işlemin idare tarafından idari itiraz yolu dışında hükümsüz kılınması *idari işlemin geri alınması* (AİUK md. 48) olarak nitelendirilmekte, hukuka uygun bir idari işlemin aynı şekilde idare tarafından hükümsüz kılınması ise *idari işlemin ilgası* (md. 49) olarak adlandırılmaktadır.

Bir idari işlem, idarece yürürlükten kaldırılmadığı, başka bir yolla hükümsüz kılınmadığı veya süresi dolmadığı ya da başka bir şekilde sona ermediği müddetçe AİUK md. 43, f. 2 gereğince geçerliğini korur, meğer ki idari işlem yoklukla malul olsun (f. 3). Bu bağlamda yoklukla malul idari işlemlerde yürürlüğün sona erdirilmesi (Aufhebung) değil, yokluğun tespiti (Feststellung der Nichtigkeit) söz konusu olur.⁶⁶

2. Geri Alma ve İlga Arasındaki Farklar

Yukarıda birkaç yerde değinildiği gibi; Alman Hukuku'nda idari işlemlerin yürürlüklerinin sona erdirilmesi üst terimdir ve terminolojik olarak hukuka aykırı işlemlerin yürürlüklerinin idare tarafından sona erdirilmesi geri alma, hukuka uygun idari işlemlerin hükümsüz kılınması ise ilga yoluyla mümkündür. Ancak belirtmek gerekir ki bir idari işlem, yürürlüğe girdikten sonraki maddi veya hukuki değişiklikler hasebiyle hukuka aykırı hale gelmişse bu idari işlemin geri alınması değil, ilgası gündeme gelecektir ve md. 49 hükümleri uygulanacaktır.

AİUK'ın 48. ve 49. maddeleri uyarınca hem yararlandırıcı hem de yükümlendirici idari işlem geri alınabilir veya ilga edilebilir. Yani idari işlemin yararlandırıcı veya yükümlendirici olması noktasında geri alma ve ilga arasında bir fark yoktur. Fark idari işlemin hukuka uygun tesis edilmediği noktasında ortaya çıkar. İdari işlemin idare tarafından hükümsüz kılınması 4 gruba ayrılır.⁶⁷

- > Yararlandırıcı idari işlemin geri alınması
- > Yükümlendirici idari işlemin geri alınması

⁶⁵ Von Schlieffen, Katharina Gräfin/Haaß, Stefanie, Grundkurs Verwaltungsrecht, Leiden/Paderborn 2019, s. 365.

⁶⁶ Martens, Wolfgang, Die Aufhebung belastender Verwaltungsakte durch die Verwaltung, Jura 1979, s. 83.

⁶⁷ Maurer, 2011, s. 298, 299.

- > Yararlandırıcı idari işlemin kaldırılması
- > Yükümlendirici idari işlemin kaldırılması

Kural olarak hukuka aykırı idari işlemler hem geçmişe hem de geleceğe etkili olarak geri alınabilirken, ilgada ise 1996 yılında 49. maddeye eklenen 3. fıkrayla getirilen istisna dışında hükümsüz kılmanın geçmişe etkili olması mümkün değildir.⁶⁸

3. Hukuka Aykırı Yararlandırıcı İdari İşlemin Geri Alınması

İkinci Dünya Savaşı'na kadar hukuka aykırı yararlandırıcı bir idari işlem idarenin kanuniliği ilkesinden dolayı her zaman geri alınabilirdi. Öğretide ve yargı kararlarında bu durum bir problem olarak görülmezdi.⁶⁹ Bu görüş, hukuka aykırı idari işlemlerin hükümsüz kılınması ile idarenin kanuniliği ilkesinin bir gereği olarak gerekçelendirilmekteydi.

Ancak 2. Dünya Savaşı'ndan sonra literatür ve içtihatlarda yararlandırıcı idari işlemlerin her zaman geri alınabilmesi tartışılmaya açılmıştır. Zira vatandaşlar idari işlemlerin devamlığına güven duymuş ve bu güven sonucunda bir kazanım elde edeceği beklentisine girmiştir. Diğer bir deyişle kazandırıcı idari işlemin geri alınması vatandaş için bir kayıp olacaktır. Bu geri alma işlemi neticesinde vatandaşların hukuki güvenlikleri ortadan kaldırılacak ve bu sebeple de bu kişilerin hukuka duydukları güven büyük ölçüde zedelenecektir. Tüm bu sebeplerden dolayı öğretide ve mahkemelerde, hukuka aykırı idari işlemlerin her zaman geri alınamayacağı görüşü benimsendi ve bu görüş yasal dayanağa kavuştu. Yalnız şu var ki hukuka aykırı idari işlemlerin mevcudiyetlerini devam ettirmesi kanunilik ilkesi ile çelişmekteydi. Çünkü bu ilke, hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınmasını ve bununla birlikte bozulan hukuki durumun tekrar hukuka uygun hale getirilmesini gerektirmektedir. Buna karşılık güvenin korunması ilkesi, hukuka aykırı da olsa mevcudiyetine güvenilmiş yararlandırıcı bir idari işlemin geri alınmasını engeller veya sınırlandırır.⁷⁰

a. İdari İşlemlerin Geri Alınmasının Sınırlandırılmasının Bir Nedeni Olarak Güvenin Korunması

Her ne kadar AİUK md. 48 f 1 hukuka aykırı bir idari işlemin her zaman kısmen ya da tamamen geçmişe veya geleceğe etkili olarak geri alınabileceğini söylese de, 2. cümle ile kanun koyucu bu duruma istisna getirmiştir. Buna göre hukuka aykırı idari işlemler yararlandırıcı nitelikte ise, ancak 2. fıkradaki kısıtlamalara tabi olarak geri alınabilir.

AİUK md. 48 f 2 ve 3, idari işlemleri iki gruba⁷¹ ayırır:

- Bir kerelik veya sürekli parasal edim içeren⁷² ya da ayrılabilir aynı edim öngören idari işlemler⁷³ ile bu tür nakdi veya aynı yardımın şartı olan işlemler⁷⁴ (AİUK 48. md. 2. f.).

⁶⁸ Kopp/Ramsauer, 2013, § 49 k.n. 8.

⁶⁹ Bkz. A, I, 3.

⁷⁰ Ruffert, Matthias, Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtverhältnis, In: Hans-Uwe/Ehlers (Editör), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Bası, Berlin 2005, s. 654.

⁷¹ Maurer, 2011, s. 306.

⁷² Örneğin sübvansiyon veya burs verilmesi ya da bir kişinin vergiden muaf tutulması gibi işlemler.

- Bunların dışındaki diğer idari işlemler⁷⁵ (AİUK md. 48 f 3).

İlk kategorideki idari işlemler, muhatabın korunmaya değer bir güveni varsa ve kamu yararı bireysel menfaate üstün basıyorsa geri alınmaz.⁷⁶ 1. fıkra 1. cümleyle idareye tanınan takdir yetkisi önemli ölçüde sınırlandırılmaktadır. Burada yapılması gereken menfaatlerin tartılması işlemi, idarenin takdir kararının bir parçası değildir, bu yüzden bütünüyle mahkemenin kontrolüne açıktır.⁷⁷

Kanun koyucu ikinci gruptaki idari işlemlerin geri alınmasında bir sınırlama getirmemiştir. Diğer bir deyişle bu kategorideki hukuka aykırı idari işlemler idare tarafından 4. fıkradaki süreler içerisinde her zaman geri alınabilir (idarenin takdirindedir= im Ermessen der Behörden). Hâkim görüşe göre bu tür idari işlemlere karşı ilgilinin korunmaya değer bir güveni olması durumu, idari işlemlerin devam etmesine yönelik bir hak değil (nicht Bestandsschutz), idari işlemin geri alınmasından doğan zararını tazminini (Vermögensschutz)⁷⁸ talep hakkı doğurur.⁷⁹ Ancak bu konuda farklı görüşte olanlar da vardır. Buna göre idare, bu tür hukuka aykırı idari işlemleri de geri alırken bireylerin bu idari işleme olan korunmaya değer güvenlerini göz önünde bulundurmamak zorundadır.⁸⁰ Özellikle bu görüş; parasal tazminatın korunmaya değer güven sahibi muhatabın, idari işlemin geri alınmasından dolayı uğradığı zararı hiç veya yeteri kadar karşılamadığı durumlar için önem arz eder.⁸¹ Ancak bu görüşe göre de, idari işlemlerin geri alınmasında ki kamu yararı, idari işlemin devamlılığından kaynaklı bireysel menfaate üstün basıyorsa muhatabın gerçekten korunmaya değer bir güveni olsa bile idari işlemler geri alınabilir. Hukuka aykırı elde edilmiş alman vatandaşlığında genel kuralın aksine bu durumda hukuka aykırılık, şayet alman vatandaşlığını elde etmiş kişiden kaynaklanıyorsa (gerçeğe aykırı ve/veya eksik beyanda bulunma, hile, tehdit, rüşvet gibi hukuka aykırı vasıtalarla idari işlemin oluşumunu etkileme) vatandaşlık geri alınabilir. Diğer tüm hukuka aykırılıklarda (idarenin kendisinden kaynaklı hukuka aykırılıklarda) idari işlemin (vatandaşlığın) geri alınması Alman Anayasa'sı md. 16. f 1 gereği mümkün değildir.⁸²

b. İdari İşlemin Geri Alınmasında Bireyin Güveninin Korunması Şartları

Bireylerin idari işleme duydukları güvenin korunabilmesi için, AİUK md. 48'de sayılan şartların bulunması gerekir. Bu şartlar aşağıdaki gibidir:

⁷³ Örneğin ihtiyaç sahiplerine devletin ev, kıyafet, yakacak yardımı yapması gibi işlemler.

⁷⁴ Örneğin memurun kıdeminin belirlenmesi gibi işlemler.

⁷⁵ Örneğin inşaat ruhsatı, okul diploması, vatandaşlık verilmesi gibi işlemler.

⁷⁶ Kopp/Ramsauer, 2013, § 48 k.n. 94.

⁷⁷ Kopp/Ramsauer, 2013, § 48 k.n. 94.

⁷⁸ AİUK 48 md. 3. f. gereği zarara uğrayan muhatap, idari işlemin geri alındığının idare tarafından kendisine bildirildiğinden itibaren bir yıl içinde zararının tazmin edilmesi için yetkili makama dilekçeyle başvurması gerekir.

⁷⁹ Erbguth, Wilfried/Guckelberger, Annette, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht, 9. Bası, Baden-Baden 2018, s. 281; Maurer, 2011, s. 306, 307; Detterbeck, 2012, s. 233.

⁸⁰ Knack, Hans Joachim/Henneke, Hans-Günter, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 11. Bası, 2019; § 48 k.n. 130.

⁸¹ Mesela çok uygun alınmış bir arazi için verilen inşaat ruhsatının geri alınması durumunda verilecek tazminat zararı karşılamayacaktır. Erbguth/Guckelberger, 2018, s. 281.

⁸² Ayrıntılı bilgi için bakınız: Engst, Kathrin, Die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte am Beispiel der Einbürgerung, JuS 2007, s. 225 vd.

aa) İdari işlemde yararlanan muhatap, gerçekten idari işleme güvenmiş olmalıdır. Örneğin eğer muhatap idari işlemde henüz haberdar değilse veya idari işlemde sonradan değiştirileceğine dair ihtirazi kayıt varsa, idari işlemin devamlılığına güven duyulamayacağı kabul edilir.⁸³

bb) AİUK md. 48 f. 2 c. 3'te sayılan istisnalardan birisinin olmaması gerekir. Bu istisnalar şunlardır:

Nr.1 İdari işlemin tesisi hile, tehdit veya rüşvet yoluyla sağlanmışsa güven korunmaz. Eğer muhatap bilerek ve isteyerek, gerçeğe aykırı vakıaları gerçekmiş gibi göstererek ya da idarenin yanıltıldığını bildiği halde susarak hukuka aykırı bir idari işlem tesis edilmesine neden olmuşsa *hileden* söz edilir.⁸⁴ Örneğin sorulan açık bir soruya gerçeğe aykırı cevap vermek hile olarak görülür. Ancak hileli davranış, idarenin sormadığı sorularla da bağlantılı gerçekleşebilir. *Tehdit* ise, muhatapın karşı tarafa zarar vereceği izlenimini vermesidir.⁸⁵ Bu hüküm anlamında *rüşvet*, dar ve teknik anlamda anlaşılmalıdır. Alman Ceza Kanunu md. 333 (Avantaj Sağlama=Vorteilsgewährung) ve md. 334 (Rüşvet=Bestechung) bu kapsamda sayılmıştır. Alman Federal Yüksek İdare Mahkemesi'ne göre; idari işlemde yararlanan kişinin kamu görevlisine ya da üçüncü kişiye vazifenin kurallarına aykırı olarak bir davranışta bulunması için karşı edim olarak bir avantaj sağlaması durumunda bu madde anlamında rüşvetin varlığı kabul edilir.⁸⁶

İdari işlemin tesisi veya onun hukuka aykırılığı ile burada sayılan muhatapın eylemleri (hile, tehdit, rüşvet) arasında bir illiyet bağının olması gerekip gerekmediği tartışma konusudur. Öğretideki hakim görüşe ve Yüksek Mahkeme'ye göre, güvenin bu hüküm kapsamında korunmaya değer olmaması için idari işlemin hukuka aykırılığı muhataba objektif olarak isnat edilebilmelidir.⁸⁷ Yani idare, muhatapın bu davranışı (hile, tehdit veya rüşvet) olmasaydı yine de idari işlemi aynı şekilde tesis edecek miydi etmeyecek miydi ona bakmak gerekir. Yine idari işlem, ilgilinin bu sayılan eylemlerden birisini veya daha fazlasını yapmasına rağmen hukuka uygun tesis edilmişse bu hüküm uygulanmaz.⁸⁸

İdari işlemin muhatapının yasal temsilcisi (bunun atanmasında bir etkisi bulunmasa dahi) veya yetkilendirdiği kişi, bu eylemleri gerçekleştirerek idari işlemin hukuka aykırı hale gelmesine sebebiyet vermesi durumunda da bu hüküm uygulanır ve muhatapın güveni korunmaz. Aynı şekilde muhatap veya temsilcisi sayılan eylemleri

⁸³ Maurer, 1977, s. 248.

⁸⁴ BVerwG, Urteil vom 22.03.2017 – 5 C 4.16 (<https://www.bverwg.de/220317U5C4.16.0>); Kopp/Ramsauer, 2013, § 48 k.n. 112.

⁸⁵ Kopp/Ramsauer, 2013, § 48 k.n. 112.

⁸⁶ BVerwG, Urteil vom 22.03.2017 – 5 C 4.16 (<https://www.bverwg.de/220317U5C4.16.0>).

⁸⁷ BVerwGE 74, 357, 364; 66, 170; Knack/Henneke, 2019, § 48 k.n. 104; Muhataba veya temsilcisine isnat edilebilen hile, tehdit veya rüşvetin olması durumunda, bu eylemlerin hukuka aykırılığa etki edip etmemesine bakılmaksızın güvenin eksik olacağı yönündeki aksi görüş için bakınız; Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs Micheal, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 9. Bası, München 2018, § 48 k.n. 153.

⁸⁸ Kopp/Ramsauer, 2013, § 48 k.n. 113.

bizzat gerçekleştirmeyip, azmettiren veya yardım eden durumunda olsa da bu hüküm geçerlidir.⁸⁹

Nr.2: İdari işlem, muhatabın gerçeğe aykırı veya eksik beyanda bulunmasından ötürü hukuka aykırı tesis edilmişse, muhatabın güveni korunmaya değer değildir. Diğer bir anlatımla idare, bu halde idari işlemi geri almada güvenin korunması kısıtlamasına tabi değildir. İdari makamların birlikte sorumlu olduğu durumlarda da bu hüküm geçerlidir.⁹⁰ Bu anlamda eksik beyandan üç durumda söz edilebilir. Birincisi; yararlanılan bireyin mevzuat tarafından verilmesi zorunlu olan bir bilgiyi vermemesi söz konusuysa, ikincisi; idari işlem için önemli olan bir bilginin, sadece muhataptan elde edilmesi mümkünken muhatabın bu bilgiyi beyan etmemesi halinde, üçüncüsü ise; muhatap susmuşsa ve bu susma Alman Medeni Usul Kanunu md. 392⁹¹ anlamında bir susma sayılıyor ise muhatap eksik beyanda bulunmuştur.⁹²

Belirtilmelidir ki; yine nr. 1 de olduğu gibi verilen yanlış veya eksik bilgiyle idari işlemin hukuka aykırı hale gelmesi arasında bir illiyet bağı olmalıdır.⁹³ Muhatap yanlış bilgiyi henüz idari işlem yayınlanmadan önce düzeltir veya eksik bilgiyi giderirse, idari işlemdeki hukuka aykırılık ile yanlış veya eksik bilgi arasındaki illiyet bağı kopar.⁹⁴ Bu düzeltmeyi/eksikliği gidermeyi sözlü veya telefonla yapması da yeterlidir.

Muhatabın gerçeğe aykırı/eksik beyanından dolayı güveninin korunmaya değer olmaması için, bu beyanın idari işlemin yapılmasında bir rol oynaması gerekir.⁹⁵ İdarenin kararında muhatabın beyanı ile bağılı olup olmaması ya da resen kendisinin de bir inceleme yapma imkanının/zorunluluğunun olup olmaması bu bağlamda etken değildir.⁹⁶ Ancak yetkili makam, kendisine malum olan bazı bilgileri kararında dikkate almazsa, bu eksiklik sonradan muhataba yüklenemez.⁹⁷ Muhatabın beyanında eksiklik olup olmadığına, tüm hususlar göz önünde bulundurularak karar verilmelidir. Bu anlamda özellikle dilekçeye eklenen ekler vs. dikkate alınmalıdır.⁹⁸ İdari işlemdeki hukuka aykırılık, yetkili makamın kolayca farkına varabileceği gerçeğe aykırı/eksik beyandan kaynaklanıyorsa ve idari makamın AIUK md. 24 veya 25 gereği idarenin resen araştırma yaparak vakıaları aydınlatma yükümlüğü bulunuyorsa, gerçeğe aykırı/eksik beyandan ötürü güveninin korunmaması (nr.2) hükmü uygulanmaz.⁹⁹ Yine gerçeğe aykırılığın/eksikliğin sebebi idarenin sorumluluğunda bulunuyorsa (mesela muhatabın yetkili makam tarafından yanlış bilgilendirilmesi sonucunda gerçeğe aykırı/eksik beyanda bulunması gibi), nr. 2 hükmü geçerli değildir.¹⁰⁰ Yani bu iki durumda da muhatabın güveni şartları varsa korunur. Son olarak bu bağlamda

⁸⁹ Stelkens/Bonk/Sachs, 2018, § 48 k.n. 151.

⁹⁰ Kopp/Ramsauer, 2013, § 48 k.n. 115.

⁹¹ Bu hükme göre şahit, söylediklerinin doğru olacağına ve gerçeği saklamayacağına yemin eder.

⁹² Kopp/Ramsauer, 2013, § 48 k.n. 116.

⁹³ Knack/Henneke, 2019, § 48 k.n. 105.

⁹⁴ BVerwGE, 71, s. 220.

⁹⁵ VGH München, NVwZ 2001, s. 931.

⁹⁶ BVerwGE, 74, s. 357.

⁹⁷ BVerwG, NVwZ 1992, s. 474.

⁹⁸ Kopp/Ramsauer, 2013, § 48 k.n. 118.

⁹⁹ Obermayer, Klaus, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Bası, Neuwied/Darmstadt/Luchterhand 1983, § 48 k.n. 66.

¹⁰⁰ Stelkens/Bonk/Sachs, 2018, § 48 k.n. 157.

değnilmesi gereken diğer husus ise, gerçeğe aykırı/eksik beyanda muhatabın kusurlu olmaması bu madde hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı sorusudur. Ağırılık görüşüne göre bu hükmün uygulanması için, muhatabın gerçeğe aykırı/eksik beyanda kusurunun olmasını gerekli görmemekte, gerçeğe aykırı/eksik beyanın muhatabın sorumluluğunda olması yeterli sayılmaktadır.¹⁰¹ Ancak muhatabın gerçeğe aykırı/eksik beyanda kusurlu olmaması, idari işlemi geri almadaki takdir yetkisi kullanılırken idare tarafından göz önünde bulundurulmalıdır.

Nr.3 İdari işlemdeki hukuka aykırılığı, yararlanan kişi biliyorduyorsa veya kendi ağır kusurundan dolayı bilmiyorsa (bilmesi gerekmesi) güveni korunmaz. Bu durumda bilmek veya bilmeyi gerektirmek, idari işlemin hukuka aykırılığına ilişkin olmalıdır.¹⁰² Muhatabın hukuka aykırılığa yol açan vakıaları veya gelişmeleri biliyor olması yeterli değildir.¹⁰³ Ağır kusur, Alman Sosyal Kanunu X Kitap md. 45, f. 2, c. 3 nr. 3'te tanımlanmıştır. Buna göre bir kişi, kendisinden beklenen gerekli özen yükümlülüğünü önemli derecede ihlal ederse ağır kusurlu davranmış olur. Biraz daha açacak olursak; eğer idari işlemin lehtarını, işlemin hukuka aykırı olabileceğine ilişkin mevcut şüpheleri araştırmamışsa ve en basit, en belirgin hususları göz ardı etmesi nedeniyle idari işlemdeki hukuka aykırılıktan haberdar olamadıysa, bu kişinin ağır kusurlu olduğu kabul edilir.¹⁰⁴ Ağır kusurun olup olmadığının tespitinde, objektif ölçütlerden ziyade muhatabın kişisel (sübjektif) durumu (özellikle şartları ve yetenekleri) dikkate alınmalıdır.

cc) Yararlanan kişi, idari işlemle sağlanan edimi tüketmişse veya idari işleme güvenerek bir yükümlülük altına girmişse (Vermögensdisposition) ve bu yükümlülükten dönmek mümkün değilse ya da ancak muhataba makul olmayan bir külfetle geri dönülebilecekse, AİUK md. 48, f. 2, c. 2¹⁰⁵ uyarınca güven, kural olarak korunmaya değerdir. Kanun koyucu bu hükümlerle bir karine ortaya koymuştur. Sayılan durumlar sadece, güvenin korunup korunmayacağına tespitini kolaylaştırmak için getirilmiş ve kurallaşmış örnekler olup, bunların dışında da güvenin korunmaya değer olacağı haller olabilir.¹⁰⁶

İdari işlemle sağlanan edimin durumunda eksilmeye yol açan her türlü kullanım veya harcama tüketim olarak görülmelidir.¹⁰⁷ Lakin belirtilmelidir ki; bu hüküm anlamında bir tüketimden söz edilebilmesi için, lehtarın malvarlığında başka türlü bir zenginleşmeye yol açmaması gerekir. Bu bağlamda bir tüketimin olup olmadığı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre belirlenir (Saldo Teorisi Alman Medeni

¹⁰¹ Stelkens/Bonk/Sachs, 2018, § 48 k.n. 156; Obermayer, 1983, § 48 k.n. 65; Kopp/Ramsauer, 2013, § 48 k.n. 119.

¹⁰² BVerwGE 70, s. 356.

¹⁰³ BVerwG NVwZ 1994, s. 369.

¹⁰⁴ Stelkens/Bonk/Sachs, 2018, § 48 k.n. 159.

¹⁰⁵ Das Vertrauen ist in der Regel schutzwürdig, wenn der Begünstigte gewährte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann.

Reliance is in general deserving of protection when the beneficiary has utilised the contributions made or has made financial arrangements which he can no longer cancel, or can cancel only by suffering a disadvantage which cannot reasonably be asked of him.

¹⁰⁶ Erbguth/Guckelberger, 2018, s. 279.

¹⁰⁷ Kopp/Ramsauer, 2013, § 48 k.n. 107.

Kanunu md. 818 f. 3).¹⁰⁸ İdari işlemle sağlanan edim değer olarak muhatabın malvarlığında bulunuyorsa buradaki anlamda bir tüketim yoktur. Örneklerle açıklayacak olursak; idari işlemle yapılan kömür yardımının yakılması veya elde edilen edimin birisine hediye edilmesi ya da hayat standartlarını iyileştirmek için harcanması vb. tüketimden sayılır. Buna karşılık idari işlemle elde edilen parayla borç ödenmesi veya bir şey satın alınması gibi durumlarda tüketim yoktur.¹⁰⁹

Kanun koyucunun güvenin korunacağı karinesinde bulunduğu bir başka durum ise idari işleme duyulan güvenden dolayı muhatabın idari işlemle sağlanan edimi tasarruf etmesi (Vermögensdisposition) ve bu tasarruf işleminden dönülmesinin ya mümkün olmaması ya da ancak muhataba makul olmayan bir ekonomik yük getirerek mümkün olması durumudur. Dikkat edilmelidir ki; bu karine için iki şartın bir arada olması gerekir. Birincisi idari işleme güvenilerek idari işlem konusu şey tasarruf edilmeli ve bu tasarruf işleminden dönülmesi ya mümkün olmamalı ya da ancak makul olmayan bir zararla mümkün olmalıdır. Bu anlamda malvarlığında tasarruf işlemi (Vermögensdisposition), sadece idari işlemle elde edilen edimin üzerinde tasarrufta bulunulması değil, aynı zamanda yararlandırıcı idari işlemle bağlantısı bulunan ve lehtarın malvarlığına bir etkisi olan her türlü davranış anlaşılmalıdır. Yani subjektif olarak, temelinde idari işlemin devamlığına güven bulunan ve objektif olarak da idari işlemin geri alınması durumunda muhatap için ekonomik bir dezavantaj olarak görülebilecek tüm yapma, katlanma veya kaçınma eylemleri bu hüküm kapsamına girer.¹¹⁰ Örneğin; bir bina yapımı için yapılan devlet yardımının binanın planı ve diğer hazırlık işlemleri için kullanılması, sübvansiyonun firma tarafından reklam giderlerine harcanması, lehtarın yaşamının idamesini idari işlemle sağlanan yardıma göre ayarlaması¹¹¹, idari işleme güvenerek taksitle ödeme yükümlülüğü altına girilmesi; yardım olarak beklenen paranın idari makamın sözlü açıklamasına dayalı olarak idari işlemin gerçekleşeceği düşüncesiyle önceden harcanması¹¹²; sağlanan devlet desteğine (işletme değişikliği desteğin şartı olması gerekir) güvenerek muhatabın işletmesini süt üretiminden et üretimine dönüştürmesi¹¹³ ya da muhatabın, verilen yardımı dava masrafı olarak kullanması¹¹⁴ vb. durumlarda lehtarın güveni korunmuştur.¹¹⁵ Bu hususta dikkat edilmesi gereken; tasarruf işleminin mantıksız ve fazla spekülatif (lüks sayılabilecek eşyanın alınması gibi) olmaması gerekir. Kanun koyucunun bu konuda aradığı diğer şart ise tasarruf işleminden dönmenin ya mümkün olmaması ya da dönme durumunda muhataba kendisinden beklenmeyecek bir yükümlülük getirecek olmasıdır. Özellikle idari işleme güvenerek yapılan satın alma işlemi (şayet bu satın alma işleminden dönmek artık mümkün değilse) bu durumun bir örneğidir. Tasarruftan dönülmesi durumunda oluşacak zararın makul olup olmadığını tespit etmek için, muhatabın gelirine, malvarlığına ve diğer yaşam koşullarına bakmak gerekir.

¹⁰⁸ BVerwG, DVBl 1993, s. 947; Erbguth/Guckelberger, 2018, s. 279.

¹⁰⁹ Detterbeck, 2012, s. 230.

¹¹⁰ Kopp/Ramsauer, 2013, § 48 k.n. 109.

¹¹¹ BVerwGE 8, s. 286.

¹¹² OVG Hamburg NVwZ 1988, s. 73; VGH Mannheim, NVwZ 1991, s. 79.

¹¹³ BVerwG, NJW-RR 1994, s. 1219.

¹¹⁴ BVerwGE 17, s. 335.

¹¹⁵ Kopp/Ramsauer, 2013, § 48 k.n. 109.

dd) Eğer somut olayda muhatabın bir güveni varsa ve kanun koyucunun yukarıda açıklanan, güvenin kural olarak korunacağına ilişkin varsayımlarından (tüketim veya tasarruf işlemi) birisi de yoksa, ikinci aşamaya geçilir. Bu safhada bireyin idari işleme güvenden kaynaklı menfaati ile idarenin işlemi geri almasına bağlı kamu menfaatinin tartılması gerekir.¹¹⁶ Yargı içtihatlarında, kamu menfaatinde sadece idarenin kanunilik ilkesine bağlılığına ilişkin menfaat anlaşılmamaktadır.¹¹⁷ Aynı zamanda toplumun haksız kamu harcamalarında kaçınmaya ilişkin ekonomik çıkarları da bu anlamda kamu menfaati sayılmaktadır.¹¹⁸

Bu tartma işleminde somut olayın özellikleri esas alınmalıdır. Özellikle idari işlemin geri alınmasının muhatap için etkileri, geri almamanın toplum ve üçüncü kişiler için sonuçları, idari işlemin türü ve ortaya çıkış süreci (idari usul süreci ne kadar şekli kurala tabiyse, muhatabın güvenin korunması olasılığı artar), hukuka aykırılığın ağırlığı, işlemin tesisinden sonra geçen süre gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır. Bu tartılma sonucunda zamansal ve konusal olarak sınırlandırılmış geri alma söz konusu olabilir. Maurer bu durum için şu örneği getirmiştir:

“W idarenin 01.02.2010 tarihli kararıyla devletten kira yardımı almaya hak kazanmıştır. Bunun akabinde 01.03.2010 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere daha pahalı ama kendi şartları açısından lüks sayılmayan bir ev kiralamıştır. W bu kiraladığı evin kirasını ancak kira yardımıyla finanse edebilecektir. 01.06.2010 tarihinde idari makam idari işlemin hukuka aykırı tesis edildiğini tespit eder ve Alman Sosyal Kanunu X Kitabı md. 45 f 1,2 ve AİUK 48 md. 1 ve 2. Fıkraları ile örtüşür) uyarınca geri alır. Somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulduğunda idari işlemin geçmişe etkili (ex tunc) veya o andan itibaren geleceğe etkili (ex nunc) geri alınması adil olmaz. Bunun yerine idare işlemi 31.12.2010 tarihinden itibaren geri almalıdır. Bu tarihe kadar W kira yardımı almaya devam etmeli ve bu süre zarfında kendi bütçesi ile finanse edebileceği bir eve taşınması için fırsat elde etmelidir. Böylelikle hem güvenin korunması ilkesine uygun hem de idarenin yasallığı ilkesini ihlal etmeyen hakkaniyetli bir çözüm üretilmiş olur.”¹¹⁹

Konuyu kısaca özetlemek gerekirse, hukuka aykırı bir idari işlemin geçmişe etkili veya geleceğe etkili geri alınması idarenin takdirindedir. Ancak idarenin bu takdir yetkisi, muhatabın korunmaya değer bir güveni olması durumunda ortadan kalkar veya sınırlı kullanılabilir. Güvenin korunmaya değer olabilmesi için öncelikle AİUK md. 48, f. 2 c. 3’de sayılan üç istisnadan (1. İdari işlemdeki hukuka aykırılığa muhatabın ya da temsilcisinin hile, tehdit veya rüşvet yoluyla bizzat sebebiyet vermesi, 2. İdari işlemin gerçeğe aykırı ve/veya eksik beyan sonucu hukuka aykırı hale gelmesi, 3. muhatabın idari işlemdeki hukuka aykırılı biliyor olması veya kendisinin ağır kusurundan dolayı bilmiyor olması) birisinin olmaması gerekir. Daha sonra idari işlemin bir kerelik veya sürekli parasal edim içeren ya da ayrılabilir aynı edim öngören idari işlemler ile bu tür nakdi veya aynı yardımın şartı olan işlemlerden olup olmadığına bakılır. Eğer idari işlem, bu türden ise ve yararlanan birey idari işlemle sağlanan edimi tüketmiş veya tasarruf etmişse ve bu tasarruf işleminin geri alınması artık mümkün değilse veya ancak

¹¹⁶ Maurer, 2011, s. 308.

¹¹⁷ BVerwGE 92, s. 81.

¹¹⁸ Stelkens/Bonk/Sachs, 2018, § 48 k.n 139.

¹¹⁹ Maurer, 2011, s. 309.

muhabata kendisinden beklenmeyecek bir yük getirerek mümkünse bu kişinin güveni, kanunun varsayımından ötürü (AİUK md. 48 f. 2 c. 2) kural olarak korunacaktır. Şayet bu tür bir idari işleme muhatap güven duymuş, ancak kural olarak güvenin korunacağına ilişkin yukarıda değinilen şartlar (tüketim veya tasarruf) yoksa, bireysel menfaat ve kamu menfaati tartılır ve bireysel menfaatin ağır basması durumunda güven korunur (yani idari işlem geri alınmaz). Fakat idari işlem bu türden bir işlem değilse (diğer idari işlemler kategorisindeyse), idari işlemin devamlılığına ilişkin muhabatın korunmaya değer bir güveni olsa dahi ağırlık görüşe göre idari işlemin geri alınması idarenin takdirindedir.¹²⁰ Şayet idari makam takdir yetkisini kullanır ve idari işlemi geri alırsa, muhabatın idari işleme duyduğu güvenden dolayı (bu güven korunmaya değer olmalıdır) uğradığı pozitif zararları¹²¹ karşılanır (AİUK 48 md. 3. f.).

c. Hukuka Aykırı İdari İşlemin Geri Alınmasında Süre

Hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınmasının süresi hususunda AİUK md. 48, f. 4 bir düzenleme getirmiştir. Buna göre hukuka aykırı yararlandırıcı idari işlemler, idarenin hukuka aykırılığı öğrendiği andan itibaren bir yıl içinde geri alınabilir. Bu düzenleme Alman İdari Usul Kanunu'nda en çok tartışma yaratan düzenlemelerden birisi olmuştur.¹²² Özellikle üç hususta öğretilmiş ve içtihatlarında birçok görüş ortaya atılmış ve sonunda Federal Yüksek İdare Mahkemesi'nin büyük dairesinin bu konuda bir karar almasına yol açmıştır.¹²³ Fakat tartışmalar yine de son bulmuş değildir.

İlk olarak bu düzenlemenin uygulama alanı noktasında bir tartışma yürütülmüştür. Buradaki bir yıllık geri alma süresi, hukukun yanlış yorumlanmasından/uygulanmasından (Rechtsanwendungsfehler) dolayı hukuka aykırı tesis edilmiş idari işlemler için de geçerli olacak mıdır, olmayacak mıdır sorusu üzerinde durulmuştur. Mahkemeler ve literatür bu noktada ikiye bölünmüştür. Bir kısmı, bu tür hukuka aykırılıklarda idari işlemin bir süre kısıtlaması olmadan geri alınabileceğini savunurken, diğer bir görüşe göre ise; hukukun yanlış uygulanması sonucu hukuka aykırı hale gelmiş idari işlemin geri alınması da bir yıllık süreye tabidir. Büyük daire bu hususta ikinci görüş doğrultusunda karar vermiş ve bu tür hukuka aykırı idari işlemlerin de geri alınmasının bir yıllık süre içerisinde olması gerektiğine hükmetmiştir.¹²⁴

İkinci tartışma konusu ise sürenin ne zaman başlayacağı noktasında olmuştur. Federal Yüksek İdare Mahkemesi, önceki kararlarında ve doktrinde bir görüş idari makamın, idari işlemin geçerli maddi unsurlarını öğrendiği andan itibaren sürenin başlayacağını savunmaktadır. Yani bu görüşe göre, hukukun uygulanmasındaki hatadan (Rechtsanwendungsfehler) kaynaklı idari işlemlerde, idari işlemin tesisinden itibaren süre başlayacaktır. Başka bir ikinci görüşe göre ise; sürenin başlaması için idari mercilerin hukuka aykırılığa neden olan olguların veya durumların tam anlamıyla biliyor olması gerekir. Büyük dairesinin de katıldığı üçüncü bir görüş ise, hukuka

¹²⁰ Ancak spesifik kanunlarda bu tür idari işlemlerin geri alınmasına ilişkin takdir yetkisini kaldıran veya sınırlandıran hükümler mevcuttur.

¹²¹ İdari işlem hiç tesis edilmeseydi, muhabatın finansal durumu nasıl olacaktıysa o hale getirilir. Dikkat edilmesi gereken, muhabatın tazminatla zenginleşmemesidir.

¹²² Maurer, 2011, s. 310.

¹²³ BVerwGE 70, s. 356; Tartışmalar için bkz. Maurer, 2011, s. 311.

¹²⁴ BVerwGE 70, s. 357 vd.

aykırılık yaratan olguların yanında idarenin takdir yetkisini kullanırken mühim olan diğer olguların da (mesela muhatabın korunmaya değer bir güvenin olup olmadığı) idari merci tarafından öğrenilmesinin sürenin başlaması için gerekli olduğu kanaatindedir. Bu son görüşe göre sürenin başlaması oldukça geç bir zamana ertelenmiştir.¹²⁵

Son olarak da sürenin başlaması için hukuka aykırılığın öğrenmesi gereken idari merci tartışılmıştır. Büyük daire, idari işlemdeki hukuka aykırılığın bizzat o konuda yetkili kamu görevlisi tarafından öğrenilmesini sürenin başlaması için şart olarak görmektedir.¹²⁶

Bu süre, idari işlemin AİUK md. 48, f. 2, c. 3 sayılan muhataba veya temsilcisine isnat edilebilen eylemlerden dolayı hukuka aykırı hale gelmesi durumunda uygulanmaz. Yani bu durumda idari işlem her zaman geri alınabilir. Yine hukuka aykırı yükümlendirici idari işlemin geri alınmasında bir süre sınırlaması yoktur.

Kanaatimizce mahkemenin bu tutumu yerinde değildir. Her ne kadar anayasal bir ilke olan idarenin kanuniliği ilkesi hukuka aykırı işlemlerin yürürlükten kaldırılmasını emretse, yine bir anayasal ilke olan hukuk güvenliği ilkesi, vatandaşların devlete olan güvenlerinin korunması gerektiğini söyler. Bu anlamda mahkeme çatışan iki anayasal ilkede, idarenin kanuniliği lehine tutum almış ve vatandaşların görevlerinin korunarak zarara uğramalarının önüne geçmek isteyen kanuni düzenlemenin (AİUK md 48) uygulanmasını oldukça zorlaştırmıştır.

4. Hukuka Uygun İdari İşlemlerin İlgası

İdari işlemin ilgası hususu AİUK 49. maddesinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Genel olarak idari işlemin ilgası (Widerruf des Verwaltungsakts) kavramından, hukuka uygun bir idari işlemin idare tarafından hükümsüz kılınması anlaşılmaktadır. Fakat bazı durumlarda hukuka aykırı idari işlemlerin de ilgası söz konusu olabilir. Özellikle idari işlem tesis edildiğinde hukuka uygun olan ancak sonradan değişen maddi/hukuki unsurlardan dolayı hukuka aykırı hale gelmişse idari işlemin geri alınması değil ilgası gündeme gelecektir. İlga işlemi esas amaç, geri almadaki gibi hukuka aykırılığın ortadan kaldırılarak idarenin kanunilik ilkesine geri dönmelerini sağlamak değil, değişen şartlara uyum sağlamaktır.¹²⁷ Yine geri almadan farklı olarak idari işlemin ilgasında; idarenin kanuniliği ilkesi ile hukuki güvenlik/güvenin korunması ilkelerinin çatışması (sonradan hukuka aykırı hale gelmiş idari işlemin ilgası istisna) söz konusu olmaz.

Hukuka uygun yararlandırıcı olmayan bir idari işlem, – iptal edilemez olduktan sonra dahi – eğer aynı içerikte başka bir idari işlem yeniden tesis edilmek zorunda değilse veya ilgayı yasaklayan başka bir sebep yoksa, her zaman geleceğe etkili olarak tamamen veya kısmen ilga edilebilir (AİUK md. 49, f. 1). Buna karşılık kazandırıcı bir idari işlemin kaldırılabilmesi ancak, AİUK md. 49 f 2’de sayılan nedenlerden en az birisi varsa veya 3. fıkradaki şartlar mevcutsa mümkündür. Bu anlamda bireylerin güveni, hukuka uygun yararlandırıcı bir idari işlemin idare tarafından hükümsüz kılınmasında çok daha güçlü korunduğu söylenebilir. Zira kanun koyucu bu tür idari işlemlerin idare tarafından hükümsüz kılınabilecek istisnai durumları tahdidi olarak

¹²⁵ Detterbeck, 2012, s. 235.

¹²⁶ BVerwGE 70, s. 364.

¹²⁷ Stelkens/Bonk/Sachs, 2018, § 49 k.n. 2.

saymıştır.¹²⁸ Bu sebeplerden birisi veya daha fazlası bulunsa dahi idare işlemi ilga etmek zorunda değildir. Yani idari işlemin ilgası idarenin takdir yetkisindedir.

a. 2. Fıkradaki İlga Sebepleri

Nr.1 İdari işlemin her zaman ilga edilebileceğine ilişkin mevzuatta veya idari işlemin kendisinde ihtirazı kaydın bulunması

Bazen mevzuatta veya idari işlemin kendisinde (AİUK md. 36 f 2 nr. 3 bu imkanı vermektedir), idari işlemin her zaman ilga edilebileceğine ilişkin bir kayıt bulunur. Bu kayıt, idarenin idari işlemi tesis ederken öngöremediği ancak sonradan değişebilecek durumlara herhangi bir sınırlama olmadan reaksiyon gösterebilmesi için konulur. İşte bu kaydın varlığı, hukuka uygun bir idari işlemin ilga edilebilmesi için bir neden oluşturur. Ancak belirtilmelidir ki; genel bir kaydın varlığı idari işlemin ilga edilebilmesi için tek başına yeterli değildir. Bunun yanında, ihtirazı kaydın anlam ve amacına uygun ve ilga edilecek idari işlemle ilişkili objektif gerekçelerin varlığı da, bir idari işlemin ilga edilebilmesi için şarttır. Başka bir deyişle idare, idari işlemi ihtirazı kayıt olması sebebiyle ilga ederken somut olaya uygun bir gerekçe göstermek zorundadır.¹²⁹ Aksi takdirde takdir hakkını kötüye kullanmış olur. Bu konuda üzerinde durulması gereken bir başka husus, idarenin hukuka aykırı ama iptal süresi geçmiş ihtirazı kayda dayanarak idari işlemi ilga edip edemeyeceği sorusudur. Federal Yüksek İdare Mahkemesi bu soruya olumlu (ilga edebilir şeklinde) cevap vermektedir.¹³⁰ Ancak bu kaydın hukuka aykırılığı idare tarafından, takdir yetkisi kullanırken dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda ihtirazı kayıttaki hukuka aykırılık ne derece ağır ise, idarenin buna dayanarak idari işlemi ilga etme şansı o derece düşer.¹³¹ Kayıt yoklukla malul ise, zaten ilgaya dayanak oluşturmayacağı hususunda tereddüt yoktur.

Yukarıda da belirtildiği gibi idari işlemin geri alınabileceğine ilişkin ihtirazı kayıt mevzuatta da (kanun, yönetmelik, tüzük) öngörülebilir. Örneğin Almanya Federal Suların İdaresi Kanunu md. 18, Lokanta ve Otel İşletme Kanunu md. 15, f. 3 gibi birçok kanunda ihtirazı kayda ilişkin hüküm bulunmaktadır.

Nr. 2 İdari işlem muhataba yüklenen bir yükümlülükle bağlantılıysa ve bu yükümlülük hiç veya zamanında yerine getirilmediyse

İdari işlemlerin, AİUK md. 36 f 2 Nr. 4 ve 5 uyarınca muhataba bir yükümlülük getirilerek tesis edilmesi mümkündür. Bu hükümlerle idareye böyle bir idari işlemi, lehtar tarafından kendisine yüklenen yükümlülüğün yerine hiç veya zamanında getirilmemesi durumunda ilga etme imkanı tanınmıştır. İhtirazı kayıta olduğu gibi, bu yükümlülüğün mevzuat kaynaklı da olması mümkündür. Fakat idari işlem, içerik bakımından bir kısıtlama getirmiş ve muhatap bu kısıtlamaya uymamışsa bu hüküm uygulanmaz.¹³² Örneğin bir dükkana sadece belirli malların satımı için ruhsat verilmiş, ancak dükkan sahibi bu kısıtlamaya uymayıp başka mallar da satarsa bu ilga sebebinin kapsamına girmez. Bir üst başlıkta (Nr.1) ihtirazı kayıt için yapılan değerlendirmeler, idari işleme

¹²⁸ BVerwGE 32, s. 14;

¹²⁹ Detterbeck, 2012, s. 238.

¹³⁰ BVerwG, NVwZ 1987, s. 498, 499; Erbguth/Guckelberger, 2018, s. 286.

¹³¹ Detterbeck, 2012, s. 238.

¹³² Bu noktada özel kanunlarda düzenlemeler varsa o hükümler uygulanır yoksa Nr.3 hükmü uygulanır. Stelkens/Bonk/Sachs, 2018, § 49 k.n. 46 vd.

bağlanan hukuka aykırı ancak iptal edilmemiş (yürürlükte olan) yükümlülükler için de geçerlidir.

Bu çerçevede esas olan, idari işleme bağlanan yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğidir. Yani bu ilga nedeni, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinde muhatabın kusurunun olup olmamasına bağlı değildir. Bir başka deyişle muhatabın yükümlülüğün hiç veya zamanında yerine getirilmemesinde bir kusuru olmasa da idari işlem ilga edilebilir. Lakin idare, muhatabın kusurunun bulunmamasını takdir yetkisini kullanırken göz önünde bulundurur.¹³³

İdari işleme bağlanan yükümlülüğün yerine getirilmemesinden kaynaklı ilga meselesinde anayasa hukukunun ve idare hukukunun genel prensibi olan ölçülülük ilkesi göz ardı edilmemelidir. Bu durum bir örnekle açıklanacak olursa; tamamlanmış bir inşaatın ruhsatının görece önemsiz sayılabilecek bir yükümlülüğün yerine getirilmemesinden ötürü direkt ilga edilmesi ölçülülük ilkesiyle uyumsuzdur. O halde idarenin, idari işleme bağlanan yükümlülüğün yerine getirilmesi için öncelikle daha orantılı bir tedbir uygulaması ve şayet yükümlülük yine de yerine getirilmediği takdirde işlemin ilga edileceği yönünde muhatabı ikaz etmesi gerekir.¹³⁴ İlga, bu anlamda son çare (ultima ratio) olmalıdır.¹³⁵

Nr. 3 İdari işlemin tesisinden sonra işlemin maddi unsurlarında bir değişiklik meydana gelmişse veya yeni bir durum ortaya çıkmışsa

Bir diğer ilga nedeni, idari işlem tesis edildikten sonra maddi unsurlarda değişiklik meydana gelmesi veya yeni bir maddi unsurun ortaya çıkmasından dolayı idari makam artık o idari işlemi tesis etmemeye yetkili hale gelmesi ve bu idari işlem ilga edilmediği durumda kamu menfaatinin tehlikeye düşecek olmasıdır. Burada üç şartın bir arada olması aranır. Bu şartlar; maddi unsurlarda bir değişiklik meydana gelmesi veya sonradan bir unsurun ortaya çıkması, idare bundan dolayı başlangıçta tesis edilen işlemi tesis etmemeye yetkili hale gelmesi ve işlemin ilga edilmemesi durumunda kamu yararının tehlikeye girecek olmasıdır.¹³⁶ Bu hüküm; 49. maddede belirtilen, hukuka uygun bir idari işlemi ilga edebilme yetkisi tanıyan imkanlar arasında en çok kullanılanıdır.

İçtihatların değişmesi veya hukuki durumun idare tarafından artık farklı değerlendirilmesi maddi unsurda bir değişiklik olarak görülemez. Ancak idare, hukuku yanlış uygulamışsa ve idari işlem hukuka aykırı tesis edilmişse, o zaman idari işlemin bu hüküm kapsamında ilgası değil, 48. madde kapsamında geri alınması gündeme gelecektir. Maddi unsurlardaki değişiklikliğin, idari işlemin tesisini için mutlaka hukuken yakından alakalı olması gerekir. Maddi unsurlardaki değişikliklerin işlemi yapan makamdan veya başka bir idari makamdan da kaynaklanmış olması bir rol oynamaz.

¹³³ Stelkens/Bonk/Sachs, 2018, § 49 k.n. 50.

¹³⁴ Maurer, 2011, s. 320; Detterbeck, 2012, s. 238; ; Erbguth/Guckelberger, 2018, s. 286.

¹³⁵ Kopp/Ramsauer, 2013, § 49 k.n. 39.

¹³⁶ Örnek: Bir doktor anne, çocuğuyla ilgilenmek için izin başvurusunda bulunuyor. İdare çocuğun bakımının tehlikeye girmemesi adına izin talebini kabul ediyor. Ancak daha sonra doktor anne, çocuğun bakımını neredeyse tamamen kendi annesine bırakıyor. İdare değişen bir maddi unsur (doktor kadının çocuğunun bakımını annesine devretmesi) nedeniyle artık o izni vermemeye yetkili hale geliyor ve doktorun görevde olmaması kamu sağlığı için tehlike arz ettiğinden (kamu yararının tehlikeye düşmesi) aranan tüm şartlar somut olayda gerçekleşmiştir. Bkz. benzer bir örnek için Detterbeck, 2012, s. 239.

Örneğin; bir toplantı için yer tesis etme işlemi, sonradan alınan toplantı yasağı kararı nedeniyle idare tarafından ilga edilebilir.¹³⁷ Yeni bilimsel gelişmeler de, şayet idari işlem için bir etkense bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Bu hükmün uygulanabilmesi için, şayet değişen maddi unsurlar işlemin tesisinde olmuş olsaydı idare işlemi tesis etmemeye yetkili olacaktıysa mümkündür. Değişen maddi unsurlar neticesinde idari işlemin dayanağı hukuk normunun aradığı şartlar artık mevcut değilse, idare idari işlemi tesis etmemeye yetkili hale gelmiş demektir.¹³⁸

Bu bağlamda belirtilmelidir ki; ilganın kamu menfaatine olması yeterli değildir. Mutlaka idari işlemin ilga edilmemesi halinde, kamu menfaatinin tehlikeye girecek olması gerekir. Yani ilganın, oluşacak kamu zararının önlenmesi veya giderilmesine hizmet etmesi gerekir.¹³⁹ Kamu menfaatinin, sadece hukuki anlamdaki menfaatler (eşitlik ilkesinin sağlanması, hukuka aykırılığın giderilmesi gibi) değil, aynı zamanda ekonomik menfaatler de (kamu kaynaklarının verimli kullanılması gibi) anlaşılır.¹⁴⁰

Nr. 4 İdari işlemin dayanağı olan mevzuat hükümlerinde bir değişiklik olmuşsa

Burada yine bir üst ilga sebebinde olduğu gibi birden fazla şartın bir arada olması aranmaktadır.

İlk olarak idari işlemin temelini oluşturan hukuk normlarında değişiklik olması veya idari işlemi yakından ilgilendiren yeni bir hukuk normunun yürürlüğe girmiş olması ya da norm koyucunun mevzuat hükmünü geleceğe yönelik yürürlükten kaldırmış olması gerekir. İdarenin kendi iç işleyişine ilişkin talimatname niteliğindeki mevzuatta (Verwaltungsvorschrift) değişiklik olması, bu hüküm kapsamında değerlendirilemez. Çünkü bunların dışı etkisi yoktur. Mevzuattaki değişiklik idari işlemin tesis anını da kapsayacak şekilde geçmişe etkili (ex tunc) yürürlüğe girmişse ve dolayısıyla da idari işlem geçmişe etkili hukuka aykırı hale gelmişse bu hüküm uygulanmaz. Bu durumda idari işlem baştan itibaren hukuka aykırı hale geleceğinden, 48. madde uyarınca geri alınabilir. Aynı şekilde idari işlemin hukuki dayanağı olan hukuk normu için, mahkeme geçmişe etkili yokluk veya hukuka aykırılık kararı vermişse, idari işlemin geri alınması gündeme gelecektir.¹⁴¹ Ancak idari işleme temel teşkil eden normun yokluğu veya hukuka aykırılığı, mahkemece çok istisna da olsa geleceğe etkili (ex nunc) tespit edilebilir. Bu halde bu ilga sebebi kıyasen uygulanacaktır. Mahkeme içtihatlarında veya idare pratiğindeki değişiklik, bu hüküm kapsamında değerlendirilmez. Fakat örf ve adet hukukunda bir değişiklik olması bu kapsamdadır.¹⁴²

İkinci olarak idari işlemler elde edilen yararlandırıcı edimin kullanılmamış olması gerekir. Mesela ruhsat verilen bir inşaatın yapımına başlanmış olması idari işlemin bu hüküm gereğince ilga edilmesini engeller.

¹³⁷ Kopp/Ramsauer, 2013, § 49 k.n. 43.

¹³⁸ Stelkens/Bonk/Sachs, 2018, § 49 k.n. 66.

¹³⁹ Örneğin idari işlem ilga edilmezse, kamu sağlığı tehlikeye girecekse bu şart oluşur.

¹⁴⁰ Detterbeck, 2012, s. 239.

¹⁴¹ Detterbeck, 2012, s. 240.

¹⁴² Kopp/Ramsauer, 2013, § 49 k.n. 50 ve 50a.

Son olarak idari işlemin ilga edilmemesi durumunda kamu yararının tehlikeye girecek olması gerekir. Bu hususta bir üstte yapılan değerlendirmeler burası içinde geçerlidir.

Nr. 5 İdari işlemin ilga edilmesi, kamu esenliği için ağır zararları engelleyecek veya ortadan kaldıracaksa

Bu, genel bir ilga sebebidir. Diğer ilga sebeplerinin (Nr.1-4) şartlarının oluşmadığı, ancak kamu yararının gerektirdiği durumlarda, idareye işlemi ilga edebilme olanağı vermek için getirilmiş bir düzenlemedir. Tabiri caiz ise acil durum ilga sebebidir. Bu sebep anayasa hukuku kuralları gereği çok dar yorumlanmalıdır. Yani genel olarak ilganın kamu yararına olması yeterli değildir, daha ziyade olağan dışı gerekliliğin (örneğin doğal felaketlerde veya toplum sağlığının ciddi anlamda tehlikeye girecek olması gibi) olması gerekir. Sadece ekonomik olarak kamunun zarar göreceği olması kural olarak bu hüküm kapsamında ilga için yeterli değildir.¹⁴³ Ancak oluşacak ekonomik zarar ile muhatabın güveninden dolayı kaybı arasında kamu aleyhine aşırı bir dengesizlik varsa bu hükmün uygulanması mümkün olabilir. İdari işlemin bu hüküm gereği ilga edilmesinde ölçülülük ilkesine azami dikkat edilmelidir.

b. 3. Fıkra Kapsamındaki İlga Sebepleri

Bu fıkra uyarınca belirli bir amacın gerçekleşmesi için bir kerelik veya sürekli parasal edim ya da ayrılabilir aynı edim bahşeden idari işlemler veya bu edimlerin için şart olan işlemler, iptal edilemez hale gelse dahi tamamen veya kısmen geçmişe veya geleceğe etkili olarak ilga edilebilir. Görüleceği üzere bu fıkradaki ilga nedenleri, 2. fıkrada sayılanların aksine tüm idari işlemler için değil, sadece belirli tür idari işlem türleri için geçerlidir. Bunun yanında bu idari işlemlerin bir amacı gerçekleştirmek için tesis edilmiş olması gerekir. Bu amaç, idari işlemde yeteri kadar belirli ve açık bir şekilde belirtilmelidir.

Nr.1 idari işlemlerle sağlanan edim, belirtilen amaca aykırı kullanılmışsa veya hiç ya da zamanında kullanılmamışsa

İdari işlemlerle elde edilen edimin, idari işlemde belirtilen amaca aykırı kullanılması¹⁴⁴ veya zamanında¹⁴⁵ ya da hiç kullanılmaması ilga sebebi olarak sayılmıştır. Bu nedenle idari işlemin ilga edilebilmesi, muhatabın belirtilen amaca ulaşamamasında kusurunun olup olmamasına bağlı değildir. Ancak muhatabın kusurunun olmadığı durumlarda ölçülülük ilkesi gereği takdir yetkisinin kullanımında dikkate alınmalıdır.¹⁴⁶

İdari işlemlerle belirlenen amacın kısmen gerçekleştirilmiş olması durumunda kural olarak kısmi ilga gündeme gelecektir. Ancak gerekli görüldüğünde ve ölçülülük ilkesinin engellemediği hallerde idari işlem tamamıyla da ilga edilebilir.¹⁴⁷

¹⁴³ Kopp/Ramsauer, 2013, § 49 k.n. 56.

¹⁴⁴ Örneğin hayvancılık teşviki kapsamında aldığı devlet yardımı alan bir kişinin bunu ev yapmak için kullanması.

¹⁴⁵ Bir kişinin ev yapımı için aldığı devlet yardımından makul bir süre geçmesine rağmen inşaatı başlatmaması.

¹⁴⁶ Kopp/Ramsauer, 2013, § 49 k.n. 67.

¹⁴⁷ Stelkens/Bonk/Sachs, 2018, § 49 k.n. 100.

İdari işlemde sağlanan edimin hiç kullanılmaması veya kullanımının gecikmesi durumunda da idari işlemin ilgası mümkün olacaktır. Edimin muhatap tarafından belirlenen makul bir sürede amaca uygun bir şekilde kullanılmaması durumunda idarenin işlemi ilga etme imkânı doğar.

Nr. 2 idari işlem muhataba bağlanan bir yükümlülükle bağlantılıysa ve bu yükümlülük hiç veya zamanında yerine getirilmediyse

Bu düzenleme her ne kadar 2. fıkra nr.2'deki ilga sebebiyle aynı gözüktense de, ilganın etkisi bakımından farklılık gösterir. İlga, bu hüküm uyarınca geçmişe etkili olarak da sonuç doğurabilir. Diğer bir anlatımla idare, idari işlemi geçmişe veya geleceğe etkili olarak ilga etme imkanına sahiptir. Bunun dışındaki hususlar açısından yukarıda yapılan açıklamalar aynen geçerlidir.

c. İdari İşlemin İlgasında Güvenin Korunması ve Tazminat

2. fıkra 3, 4, 5 numarada sayılan ilga sebeplerinden birisinden ötürü idari işlemin ilga edilmesi durumunda muhatabın maddi zararı tazmin edilecektir. Bu husus 6. fıkra saptanmıştır. Buna göre; muhatabın korunmaya değer bir güveni varsa ve idari işlemin f 2 nr. 3-5 arasından sayılan nedenlerden birisinden dolayı ilga edilmesinden ötürü bir maddi zararı oluşmuşsa, bu zarar idare tarafından tazmin edilmelidir. Muhatap zararın tazmini için dilekçeyle başvuru yapmalıdır. 6. fıkranın atfı ile kanunun md. 48 f. 3, c. 3, 4 ve 5 burası için de geçerlidir.

Atf, md. 48 f 3 c 1 ve 2'nin uygulanmasını kapsam dışı bıraktığından, korunmaya değer bir güvenin varlığının tespiti için 2. cümlede şart koşulan muhatabın bireysel menfaati ile kamu yararının tartılması gerekli değildir. Başka bir deyişle, hukuka aykırı bir idari işlemin geri alınmasından farklı olarak muhatabın güveninin korunması için bireysel menfaatin kamu yararına üstün basması gerekmez.¹⁴⁸ Ancak idari işlemin ilga edilmesini gerektiren nedene muhatap kendisi bizzat sebebiyet vermişse, güveni korunmaz.

İdare, idari işlemi ilga etmişse ve muhatabın korunmaya değer bir güveni varsa, muhatap ilgadan itibaren bir yıl içinde idareye başvurarak idari işlemin ilga edilmesinden kaynaklanan zararının tazmin edilmesini isteyebilir. Bu kapsamda muhatabın idari işlemin devamlılığına güvenerek yaptığı masraflar, varsa demontaj masrafları, idari işlemin ilgasını iptal ettirmek için mahkeme yoluna gitmişse mahkeme ve avukat masrafları karşılanır.

SONUÇ

Türk idare hukukunda üç ayrı kavramla (kazanılmış hak, haklı beklenti, müesses durum) ifade edilen durum, Almanya'da tek bir kavram, güvenin korunması ilkesi, adı altında toplanmıştır. 2. Dünya Savaşından sonra ortaya çıkan bu ilke ile, vatandaşların idarenin iş ve işlemleri karşısında hukuki güvenliklerinin sağlanması amaçlanmıştır. Alman İdari Usul Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle yasal güvenceye kavuşan ilkenin şartları ve sınırları da bu kanunla belirlenmiştir. Kanun koyucu aynı zamanda bu hükümlerle, hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınmasında çelişen iki ayrı anayasal ilke olan hukuki güvenlik ilkesi ile idarenin kanuniliği ilkesi arasında nasıl bir denge

¹⁴⁸ Kopp/Ramsauer, 2013, § 49 k.n. 81.

kurulması gerektiğini de hüküm altına almaya çalışmıştır. Ancak düşüncemize göre kanun, bu dengeyi idarenin kanuniliği ilkesi lehine biraz kaydırmıştır. Çünkü AİUK md. 48 f 3'e göre konusu para veya ayrılabilir nakdi yardım olan idari işlemler hariç diğer idari işlemler kural olarak her zaman geri alınabilecektir. Bu durumda her ne kadar korunmaya değer bir güveni olan vatandaşın zararı tazmin edilecekse de, bazı durumlarda bu tazminat bireyleri yeteri kadar tatmin etmemektedir. Zira öğretilerde bu durum göz önünde bulundurularak haklı olarak bu tür idari işlemlerin geri alınmasında üstün kamu yararı yoksa, idari işlemlerin geri alınmaması gerektiğini savunan bir görüş vardır. Bir diğer sorunlu nokta ise idari işlemin geri alınmasında geçerli olan bir yıllık sürenin başlangıç zamanı idare lehine yorumlanmakta ve bu sürenin başlangıcını çok ötelemektedir. Kanaatimizce bu yorum hukuk devletinin belirlilik ilkesi ve hukuki güvenlik ile çelişmektedir.

Hukuka aykırı bir idari işleme muhatapın korunmaya değer bir güveni yoksa, söz konusu idari işlemin geri alınıp alınmayacağı AİUK md. 48'e göre idarenin takdir yetkisindedir. Ancak idare bu takdir yetkisini kullanırken tamamen özgür değildir. İdare takdir yetkisini kullanırken idari işlemin geri alınması veya alınmamasının muhatap, kamu ve üçüncü kişiler için etkilerini, idari işlemin hukuka aykırılığının ağırlığını (AİUK md. 46 anlamında şekil ve usul hatalarından kaynaklanan hukuka aykırılık idare için takdir yetkisi oluşturmaz¹⁴⁹), İdari işlemin tesisinden itibaren geçen süreyi, idari işlemin ortaya çıkış sürecini (idari usul ne kadar şekle bağlıysa, idari işlemin geri alınması o derece zorlaşır) ve diğer idari kararlara etkisini göz önünde bulundurmak durumundadır.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Stelkens/Bonk/Sachs, 2018, § 48 k.n. 79.

¹⁵⁰ Erbguth/Guckelberger, 2018, s. 280.

KAYNAKÇA

Achterberg, Norbert, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Bası, Heidelberg 1986.

Becker, Franz/Luhmann, Niklas, Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz, Berlin 1963.

Bode, Eckart, Die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, Göttingen 1967.

Detterbeck, Steffen, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 10. Bası, Münih 2012.

Engst, Kathrin, Die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte am Beispiel der Einbürgerung, JuS 2007, s. 225 vd.

Erbguth, Wilfried/Guckelberger, Annette, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht, 9. Bası, Baden-Baden 2018.

Fischbach, O.G., Der Vertrauensschutz unter besonderer Berücksichtigung beamtenrechtlicher Verhältnisse, RiA 1956, s. 289 vd.

Frotscher, Werner, Vermögensschutz oder Bestandschutz bei der Rücknahme von Verwaltungsakten?, DVBl. 1976, s. 281 vd.

Geurts, Petra, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bei der Aufhebung von Verwaltungsakten im deutschen, französischen und europäischen Recht – Wechselwirkung zwischen europäischem und nationalem Recht, Bonn 1997.

Götz, Dieter, Langenscheidt Grösser Wörterbuch, Berlin 2010.

Götz, Volkmар, Bundesverfassungsgericht und Vertrauensschutz, in: Christian Starck (Editör), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts Band II, Tübingen 1976, s. 421 vd.

Grabitz, Eberhard, Vertrauensschutz als Freiheitsschutz, DVBl 1973, s. 675 vd.

Kimminich, Otto, Die Rückwirkung von Gesetzen, JZ 1962, s. 518 vd.

Kimminich, Otto, Rücknahme und Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, JuS 1965, s. 249 vd.

Kisker, Gunter, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32/1974, s. 149 vd.

Knack, Hans Joachim/Henneke, Hans-Günter, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 11. Bası, 2019.

Kopp, Ferdinand/Ramsauer, Ulrich, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 14. Bası, Münih 2013.

Lee, Sang Chul, Vertrauensschutzprinzip bei Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten: Vergleich des Vertrauensschutzprinzips bei Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten in Deutschland, Japan und Korea, Konstanz 1991.

Lenz, Karl-Heinz, Vertrauensschutzprinzip, Berlin 1968.

Luhmann, Niklas, Vertrauen: ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, Stuttgart 1968.

Mainka, Johannes, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Bonn 1963.

Martens, Wolfgang, Die Aufhebung belastender Verwaltungsakte durch die Verwaltung, Jura 1979, s. 83 vd.

Maunz, Theodor /Dürig, Günter (Editör), Grundgesetz -Kommentar, München 2019.

Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Bası, Münih 2011.

Maurer, Hartmut, Das Vertrauensschutzprinzip bei Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten, in: Schmidt Glaeser (Editör) *Verwaltungsverfahren*, Festschrift zum 50. jährigen Bestehen des Richard-Boorberg-Verlags, Stuttgart/München/Hannover 1977, s. 223 vd.

Maurer, Hartmut, Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: Isensee/Kirchhof (Editör), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland IV*, 3. Bası, Heidelberg 2006.

Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. I, 1. Bası, Leipzig 1895.

Obermayer, Klaus, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Bası, Neuwied/Darmstadt/Luchterhand 1983.

Ossenbühl, Fritz, Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, Berlin 1965.

Ossenbühl, Fritz, Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, DÖV 1972, s. 25 vd.

Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs Micheal, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 9. Bası, Münih 2018.

Pettenkofer, Horst, Der Vertrauensschutz bei behördlichen Auskünften und Zusagen, Würzburg 1969.

Püttner, Günter, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32/1974, s. 200 vd.

Ruffert, Matthias, Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtverhältnis, In: Hans-Uwe/Ehlers (Editör), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Bası, Berlin 2005.

Schmidt, Walter, “Vertrauensschutz” im öffentlichen Recht, JuS 1973, s. 529 vd.

Stich, Rudolf Franz, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, Mainz 1954.

Von Schlieffen, Katharina Gräfin/Haaß, Stefanie, Grundkurs Verwaltungsrecht, Leiden/Paderborn 2019.

Weber-Dürler, Beatrice, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel-Frankfurt am Main 1983.

Yılmaz, Dilşat, Alman İdari Usul Hukuku'nda İdari İşlemin İdare Tarafından Hükümsüz Kılınması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, Sa. 2, s. 253 vd.

Yılmaz, Dilşat, Alman İdari Yargılama Hukukunda İptal Davası, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIII, Y. 2009, Sa. 1-2, s. 303 vd.

Zuck, Rüdiger, Der Schutz der Rechtsstellung der ehrenamtlichen Verwaltungsrichter bei den Verwaltungsgerichten, DÖV 1960, s. 580 vd.

HAKEMLİ MAKALE

EMİLİANO SALA TRAJEDİSİ BAğLAMINDA PROFESYONEL FUTBOLCU TRANSFER SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜM VE SONUÇ DOğURDUğU ANIN TESPİTİ*

Dr. Öğretim Üyesi Agâh Kürşat KARAUZ**

ÖZET

Futbolcu transfer sözleşmesinin kendine özgü yapısı itibariyle tarafların anlaşması dışında, sözleşmenin kuruluşuna doğrudan etki eden FIFA kuralları ile -bu kurallar hiyerarşisinde- federasyon düzenlemeleri yer almaktadır. Emiliano Sala'nın trajik bir şekilde ölümü sonrasında yeni transfer eden kulüp ile sözleşmesini fesheden eski kulübü arasında bu düzenlemeler sebebi ile ihtilaflar ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, futbolcu transfer sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurduğu anın tespit edilmesi bu nedenle önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Futbolcu Transfer Sözleşmesi, Transfer Eşleştirme Sistemi, Tescil, Uluslararası Transfer Sertifikası.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 26/02/2020
Kabul Edildiği Tarih: 29/04/2020

** Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.
E-Mail: agahkursatkarauz@gmail.com
ORCID-ID: 0000-0003-1253-7430

PEER-REVIEWED ARTICLE

**DETERMINATION THE MOMENT WHEN PROFESSIONAL FOOTBALL
TRANSFER AGREEMENT EFFECTIVE IN CONTEXT OF EMILIANO
SALA TRAGEDY**

SUMMARY

Due to the unique structure of the football player transfer contract, there are FIFA rules and -in accordance with these rules hierarchy- federation regulations that directly affect the establishment of the contract, except the parties' agreement. After these tragic deaths of Emiliano Sala, disputes arose between the new transferring club and the previous club that terminated the contract due to these arrangements. For this reason, it is important to determine the moment when the football player transfer contract is effective.

Keywords: Football Player Transfer Contract, Transfer Matching System, Registration, International Transfer Certificate.

Problem:

Emilinao Sala isimli (28 yaşında) futbolcu Fransız Birinci Futbol Ligi takımlarından (Ligue 1) Nantes kulübünde gösterdiği başarı ile İngiltere Premier Lig ekibi Cardiff City tarafından 19 Ocak 2019'ta kulüp rekoru kırarak, 15 milyon sterlin karşılığında transfer olmuştur. Emiliano Sala'yı taşıyan uçak, 21 Ocak 2019 akşamında Fransa'nın Nantes şehrinden Galler'in başkenti Cardiff şehrine doğru giderken kaybolmuştur. Uçak ile ilgili yapılan arama kurtarma faaliyetleri sonrasında 3 Şubat 2019 tarihinde uçağın enkazı bulunmuş; 6 Şubat 2019 tarihinde ise oyuncunun cesedine ulaşılmıştır. Genç bir futbolcunun trajik uçak kazası sonucunda ölümü sonrasında Nantes ve Cardiff kulüpleri arasında sözleşmenin kurulup kurulmadığı konusunda uyuşmazlık ortaya çıkmıştır. Nantes kulübünün bonservis bedelinin 20 Şubat 2019'ta muaccel olan ilk taksiti olan 6 milyon Euronun ödenmesi için yaptığı ihtara rağmen Cardiff kulübü ödeme yapmayı reddetmiştir. Bunun üzerine Nantes kulübü tarafından ilk taksitin ödenmemesi üzerine Cardiff kulübü aleyhine FIFA'ya başvurulmuştur.

1. Tarafların İddiaları

Nantes kulübüne göre, taraflar arasında 21 Ocak 2019 günü sözleşme imzalanmıştır. Hatta kulüp tarafından Emiliano Sala transferini tamamlamak için gereken tüm evrakları tamamlanmış ve böylece, FIFA tarafından 21.03.2019 tarihinde saat 17.30'da Uluslararası Transfer Sertifikasını tescillenmiştir¹. Nantes FIFA kurallarıyla tamamen uyumlu bir şekilde transferi gerçekleştirmiştir. Transferin tamamlanması üzerine oyuncuyu taşıyan uçak 19:30'da Nantes şehrinden havalanmış ve talihsiz kaza gerçekleştiğinde oyuncu Cardiff'in oyuncusu statüsünde idi. Nantes kulübüne göre, bir transfer sözleşmesi ancak taraflarca imzalandıktan ve FIFA veri tabanına kaydedilmesinden sonra geçerlidir². Bu nedenle ahde vefa ilkesi gereği Sala, Cardiff oyuncusu olarak kabul edilmelidir. Nantes kulübüne göre, kulüp ortaya çıkan kazadan dolayı sorumlu olmadığı gibi; transfer ücretine hak kazanmıştır³.

Cardiff kulübü ise sözleşmenin geçerli olmadığını veya yok hükmünde olduğunu ileri sürmektedir. Şöyle ki; taraflar arasındaki futbolcu transfer sözleşmesi EPL (English Premier League- İngiliz Premier Ligi) kurallarına uymadığı için reddedilmiştir⁴. Sala'nın sözleşmesinde yer alan (signing on fee) imza parası EPL kuralları T. 17. kuralına göre, sözleşmede yazıldığı gibi peşin değil eşit taksitler halinde ödenmesi gerekmektedir⁵. Sala'nın transfer ücretinden kaynaklanan ihtilafta, Cardiff imza parasını ödemeyi önden yüklenmiş olup; EPL, Sala'yı oynamak için kayıt etmeyi reddetti. Bunun üzerine, Sala'nın trajik bir şekilde imzalamadığı

¹ NASH, Michael L, A Footballer's Death: Contracts & Consequences, New Law Journal, 4.7.2019, s. 14; <https://www.newlawjournal.co.uk/content/a-footballer-s-death-contracts-consequences>; e.t. 10.11.2019.

² NASH, s. 14; Atlas Magazine Insurance News, s. 1; www.atlas-mag.net/en/article/disappearance-of-emiliano-sala-which-insurance-will-reimburse-the-costs; e.t. 10.11.2019.

³ O'NEILL, Mark, Cardiff City and Emiliano Sala, 9.4.2019, s. 1; www.sportlawmusings.com/post/cardiff-city-and-emiliano-sala; e.t. 10.10.2019.

⁴ O'NEILL, s. 1; NASH, s. 14.

⁵ T.17. "In the case of a contract between a Club and a Player lasting for more than one year, any Signing-on Fee shall be paid in equal annual instalments". Buna göre, bir kulüp ile oyuncu arasındaki sözleşmenin bir yıldan fazla süreli yapılması halinde, herhangi bir imza bedeli eşit yıllık taksitler halinde ödenecektir.

sözleşmenin değiştirilmiş bir versiyonunu Cardiff'e imzalaması için iade etti. Sözleşmede ayrıca şöyle bir hüküm de yer almaktaydı: Her iki tarafın da transferin gerçekleşmesi ve her şeyin uygun olduğundan emin olmak için “makul çabalar” (reasonable endeavours) göstermek zorundadır⁶. Cardiff'e göre yeni sözleşme şartları revize edilip yeniden anlaşma sağlanmadığı için ortada geçerli bir sözleşme bulunmamaktadır. Sala'nın ölümü üzerine, yeni sözleşme şartlarını müzakere etme imkânı ortadan kalktığından, tarafların yeni şartları kabul etmeyerek sözleşmeden dönme hakları değerlendirilemedi. Bu nedenle, 22 Ocak 2019'da transfer tamamlanmadığından, Nantes'in, oyuncu için alternatif bir alıcı bulmak için zamanı da mevcuttu. Cardiff bu durumu kabul etmişti çünkü alternatif bir golcü arayıp bulmak için bir haftalık bir süre bulunmaktaydı⁷.

Cardiff'in iddialarından bir diğeri⁸, Fransa Futbol Federasyonu (Ligue de Football Professionnel -LFP), 22 Ocak tarihinden önce veya sonra Cardiff ile anlaşmaya ilişkin bir irtibata geçmemiştir. Galler Futbol Federasyonu (FAW-Football Association of Wales) Nantes ile olan anlaşmayı onaylamadığı gibi, LFP de 25 Ocak'a kadar Nantes ile olan anlaşmayı onaylamamış yani tescil etmemiştir⁹.

Yukarda açıklandığı üzere, ihtilafın temelinde futbolcu transfer sözleşmesinin ne zaman kurulduğu önem arz etmektedir. Buna göre, “*Profesyonel futbolcu transfer sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için tarafların anlaşması yeterli midir yoksa bu sözleşmenin tescil edilmesi mi gerekir ya da bu sözleşmeleri başka şartlar veya olaylar geçersiz hale getirebilir mi?*” sorusunun öncelikle aydınlatılması gerekir. Ancak bundan önce profesyonel futbolcu sözleşmesinin taraflarının, unsurlarının ve hukuki niteliğinin izah edilmesi gerekir.

2. Profesyonel Futbolcu Transfer Sözleşmesinin Süreci ve Genel Özellikleri

Profesyonel futbolcular ile spor kulüpleri arasında çeşitli transfer sözleşmeleri yapılabilmektedir. Transfer sözleşmesi deyince akla ilk gelen, mevcut bir kulüple sözleşmesi bulunan futbolcunun, yine sözleşme yoluyla başka bir kulübe transfer edilmesidir. Bunun dışında, amatör futbolcunun profesyonel olarak imzaladığı ilk sözleşme¹⁰ ile uygulamada bilinen adıyla “*futbolcu kiralanması*” olarak adlandırılan geçici transfer sözleşmeleri¹¹ de transfer sözleşmelerinin bir türü olarak kabul

⁶ O'NEILL, s. 1.

⁷ O'NEILL, s. 1; NASH, s.14.

⁸ Cardiff kulübünün gerekçelerinden biri de, Sala'nın ölümü ile tarafların sözleşme menfaatinin hüsrana uğradığı iddiasıdır. İngiliz Hukukunda “*frustration*” doktrinine göre, sözleşmenin imkansız hale gelmesine, sözleşmenin tarafların kusuruna dayanmaksızın köklü değişikliklere uğramasına neden olan olay veya durumlar, sözleşmeyi sona erdirmekte olup, taraflar sözleşmeden doğan yükümlülüklerden kurtulmaktadır. Bu teoriye göre, sözleşme dışında yeni oluşan şartlar veya durumlar sözleşmeyi imkansız hale getirir veya aşırı derecede ifayı güçleştirirse borç sona erecektir. Sözleşme kurulduktan sözleşme konusunun ölümü, ehliyetini kaybetmesi veya eşyanın yok olması gibi sebepler sözleşmeyi sona erdirmektedir. Bkz. BRUNNER, Christoph, Force Majeure And Hardship Under General Contract Principles : Exemption For Non-Performance in International Arbitration, s. 93; NASH, s. 13,14.

⁹ NASH, s. 13; O'NEILL, s. 1.

¹⁰ Futbolcunun amatörlükten profesyonelliğe geçiş sözleşmesi olan bir transfer sözleşmesi türü olarak kabul edilmektedir. Ancak bu sözleşme türünde bir kulüpten başka bir kulübe transfer olgusu söz konusu değildir.

¹¹ Geçici transfer sözleşmesi, futbolcunun kulübü ile sözleşmesi devam ederken, başka bir kulüpte oynamasına imkan tanıyan sözleşmedir. Uygulamada “*futbolcu kiralama*” olarak adlandırılan bu sözleşmenin kulüpler açısından birtakım menfaatleri bulunmaktadır. Sportif açıdan kulüpte oynama

edilebilir. Ayrıca oyuncunun bir kulübün bünyesine katılması sonucunu veren bu düzenli transfer türünün yanı sıra, Güney Amerika ve Güney Avrupa genelinde başka transfer türleri kullanılır. Bunlar ön transfer sözleşmesi (pre-contract)¹², ortak mülkiyetli transfer sözleşmesi (co-ownership)¹³ ve kulüp dışında üçüncü kişinin haklara sahip olduğu (third-party owner) transfer sözleşmesidir¹⁴.

Futbol kulüpleri kendileri ile sözleşmeleri bulunan futbolcularla uzun süreli sözleşmeler yaparlar. Bunun nedeni, sözleşme süresi içerisinde bir futbolcu başka kulübe transferi gerçekleşmesi halinde “bonservis bedeli” olarak maddi bir menfaat elde etmek içindir. Ancak kulüp FIFA RSTP (Regulations On The Status And Transfer Of Players) kapsamında değerlendirildiğinde ücret zorunlu bir unsur niteliğinde olmayıp; herhangi bir maddi menfaat olmaksızın da futbolcunun transferine izin vermesi mümkündür. Örneğin; yüksek maaş, ikramiye gibi sözleşme yükümlülüklerinden kurtulmak amacıyla bonservis bedeli almaksızın futbolcu serbest bırakabilecektir.

Bir oyuncu ile kulüp arasındaki sözleşmenin durumu, transferin yapısını ve içeriğini belirler. Bir oyuncunun transferinde yeni sözleşme şartları ve buna bağlı olarak pazarlıklar müzakere edilir. Yasal olarak mevcut kulübüyle sözleşme (şu anki kulübüyle) süresi dolan bir oyuncunun, istihdam hareketliliği hakkı ve diğer futbol kulüpleriyle sözleşme şartlarını müzakere etme hakkı doğmaktadır. Ancak, sözleşmesi devam eden futbolcular ilgili kulüplerinin rızası olmaksızın ve mevcut

şansı bulamayan genç oyuncunun kendini ispatlaması amacıyla oynama şansı yüksek bir kulübe kiralanması ya da yeni kulübün bonservis bedeli ödemeksizin sadece maaşını ödeyerek futbolcu oynatma hakkına sahip olması gibi amaçlarla bu sözleşme yapılmaktadır. Bu sözleşmeler genellikle 1 yıl veya daha uzun süreli olarak yapılmaktadır; ancak geçici kiralama süresi, asıl sözleşmenin süresini geçemeyecektir. Bkz. The Economic and Legal Aspects of Transfers of Players. 2013. KEA European Affairs (KEA) and Centre for the Law and Economics of Sport (CDES), s. 193 vd.

¹² Ön sözleşme, 1995'te futbolcuların mevcut kulübüyle olan sözleşmesinin sona ermesinden altı ay önce yeni bir kulüp ile sözleşme yapmasını sağlayan Bosman kararının kabul edilmesi ile kulüpler ve oyuncular arasındaki ön sözleşmeler daha da yaygınlaşmıştır. Ön sözleşmeler, futbolcunun yeni bir kulübe gelecekteki bir tarihte katılmasını sağlayan bir anlaşmadır. Bkz. SHEA, John, The enforceability of pre-contracts in football, LawInSport, s. 1; e.t. 21.11.2019; <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ANeAyuXvcuMJ:The%20enforceability%20of%20pre-contracts%20in%20football>.

¹³ Ortak mülkiyetli transfer sözleşmesi, iki futbol kulübünün müşterek bir futbolcunun sözleşmeden doğan haklarına sahip olduğu bir sistemdir, ancak oyuncu sadece bir kulüp için oynamak için kayıtlıdır. Bkz. DE MELLO MOURÃO-FERREIRA, Tomás Mercês, Third-party Ownership Of Players' Economic Rights, 2016, s. 25. Bu sistem, evrensel bir sistem değildir, ancak Arjantin, Şili ve Uruguay dahil olmak üzere bazı ülkelerde kullanılmaktadır. Avrupa'da İtalya'da bu sistem yaygın iken 2014 yılında kaldırılmıştır.

¹⁴ Üçüncü tarafın mülkiyetindeki sözleşmeler, bir oyuncunun ekonomik haklarının, futbol acenteleri, spor yönetimi ajansları, şirketler, fonlar veya diğer yatırımcılar gibi kulüp dışındaki üçüncü kişilere ait olmasıdır. Yatırımcıların oyuncuların "mülkiyetine" dahil edilmesi futbolda, özellikle birçok kulübün iflas etmiş veya finansal olarak sınırlı olduğu Brezilya ve Arjantin'de yaygın bir uygulamadır. İşadamları veya diğer yatırımcılar genç oyuncuların ekonomik haklarında hisse satın alırlar ve genellikle eğitim ve konaklama masraflarını karşılarlar. Buna karşılık, bir oyuncunun gelecekteki transfer ücretinin belirli bir yüzdesini almaya hak kazanırlar. Bkz. COETSEE, Tristyn., The Fifa ban on third-party ownership of football players, Diss. University of Pretoria, 2018, s. 10. Bu uygulama 1 Mayıs 2015 tarihinde FIFA tarafından yasaklanmıştır.

kulübü ile anlaşmaksızın transfer olamaz. Mevcut kulüp genellikle futbolcunun sözleşmesinin geri kalan sürenin telafisi için transfer ücreti belirler¹⁵.

Sözleşmeli bir oyuncunun bonservis ücretinin belirlenmesinde yaş, tarihsel performans ve sakatlık geçmişi gibi faktörlere bakılmaktadır. Ancak, mevcut ücreti, kulübün yapısı ve kalan sözleşme süresi gibi (sözleşmeli) ekonomik faktörler göz önünde bulundurulacaktır. Bu faktörlere dayanarak, kulüpler oyuncunun yasal olarak transferini gerçekleştirmek için ücret konusunda müzakere ederler. Bu ücretin kabul edilmesinin ardından, transfer etmek isteyen kulüp ile oyuncuya aralarındaki kişisel şartları görüşmek için izin verilir¹⁶. Bunun dışında, oyuncuyu transfer etmek isteyen kulüple oyuncunun doğrudan müzakere etmesi yasaktır.

Oyuncu ile futbol kulübü arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği, sözleşme hükümleri çerçevesinde futbolcunun kulübe bağımlı olarak onun emir ve talimatları doğrultusunda bir ücret karşılığında işgörmeyi üstlendiği için hizmet sözleşmesi niteliğindedir. Futbolcunun yetenekleri benzersiz olduğundan ve başka bir kişi tarafından tam olarak kopyalanamadığından borcunu bizzat yerine getirmesi gerekmektedir¹⁷.

Genel olarak, oyuncular kendi adına temsil ve pazarlık etmek için menajer adı verilen temsilciler kullanılmaktadırlar¹⁸. Futbolcu ile yeni kulüp arasında müzakere edilen şartlar futbolcunun maaşı, imza parası, imaj hakkı ve görünüm ücreti, ayrıca kazanma primi, maaş başına ilave ücret gibi teşvikler bulunur¹⁹. Futbolcu ile yeni kulübün anlaşması durumunda, futbolcunun, sportif faaliyetlerini veya kendisini tehlikeye sokabilecek sağlıkla ilgili herhangi bir sorunu olup olmadığını belirlemek için (yeni kulüp tarafından) tıbbi muayeneye tabi tutulur. Oyuncunun bu sınavı geçmesi şartıyla transfer etkili bir şekilde tamamlanır²⁰.

FIFA RSTP 18. maddesi, oyuncular ve kulüpler arasındaki sözleşmelere ilişkin bir dizi bağlayıcı özel hüküm içermektedir. Bu hükümler oyuncu ve kulüp arasındaki ilişkiyi doğrudan etkiler. Oyuncu transferiyle ilgili olarak, FIFA RSTP m. 18/3 önemlidir. Oyuncularla müzakerelere başlamadan önce, transfer etmek isteyen kulübün, mevcut kulübe, bu niyetini yazılı olarak bildirmesi gerekir. Ancak, uygulamada, FIFA veya ulusal federasyonlar tarafından yapılan bu hükmün ihlaline

¹⁵ LAWRENCE Ian, The Legal Context of a Player Transfer in Professional Football: A Case Study of David Beckham, [Entertainment and Sports Law Journal](#), 2013, p. 7.

¹⁶ LAWRENCE, p. 8.

¹⁷ PETEK, Hasan, Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi, Ankara, 2002, s. 33; ERTAŞ, Şeref/ PETEK, Hasan, Spor Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2011; s. 322. Bosman Kararında da hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmiştir. Bkz. Court of Justice of the European Communities (CJEC), Judgment of 15 December 1995, Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL and Others v Jean-Marc Bosman and Others, Case C-415/93, in Reports of Cases before the Court. 1995, p. 4921. Ayrıca hizmet sözleşmesi niteliği için bkz. BGH, Urt. v. 25.06.2002, Az. X ZR 83/00, BGHZ 75, 299 (301), NJW 2002, 3317. Atipik sözleşme olduğu hakkında bkz. SEIP Markus, Vertragsrechtliche und ökonomische, Analyse des Spielertransfervertrages im Profifußball, 2017, s. 83.

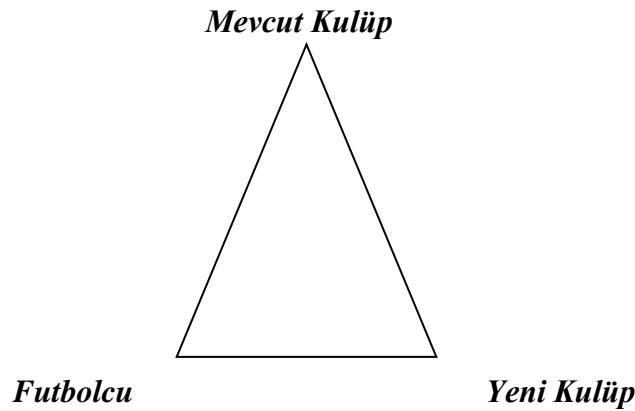
¹⁸ Özellikle bir oyuncu transferinin girişiminde genellikle menajerler önemli rol oynar. Bu nedenle, transferin bir parçası olarak, yeni kulüp ile oyuncunun oyuncu temsilcisi arasındaki menajerlik anlaşması da yapılır. Oyuncu menajeri birçok durumda oyuncunun oyuncu temsilcisi olmasına rağmen, yeni kulüpten transfer edilecek oyuncuya ilişkin aracılık faaliyeti için ücret alır. Borçlar hukuku bağlamında, bu komisyonculuk sözleşmesi genellikle borçlar hukuku anlamında bir aracılık sözleşmesi değil karma sözleşme niteliği olduğu hakkında bkz. SARIHAN, Banu Bilge, Menejerlik Sözleşmesi, 2016, s. 49. Komisyonculuk sözleşmesi olduğu hakkında bkz. SEIP, s. 37.

¹⁹ LAWRENCE, p. 9-10.

²⁰ LAWRENCE, p. 11.

ilişkin soruşturmalarda, bu soruşturmanın zorlukla sürdürüldüğü ve bu nedenle, bilgilendirme olmaksızın futbolcu ile görüşme olgusunun oldukça zor tespit edilmesi nedeniyle cezalandırılmadığı görülmektedir²¹.

Profesyonel futbolcunun transfer olabilmesi için öncelikle kulüplerin anlaşması gerekliyse de, bu anlaşma tek başına yeterli değildir. Futbolcunun da başka bir kulübe transfer olma konusunda rızasının olması gerekir. Kuzey Amerika spor sisteminin aksine, futbolcu sözleşmeleri, kulüpler arasında alınmaz ve satılmaz²². Başka bir deyişle, profesyonel futbolcu transfer sözleşmesinin geçerli olması için mevcut kulübün, yeni kulübün ve futbolcunun rızalarının birlikte bulunması gerekir. Yani taraflar arasında üçlü bir ilişki mevcut olup; taraflardan birinin rızası olmaması halinde transfer gerçekleşmez ve futbolcunun mevcut kulüp bünyesinde sözleşmesi devam eder²³.



FIFA RSTP madde 5.2.'e göre, bir oyuncu sadece bir kulüp adına kaydedilebilir. Bir oyuncunun profesyonel veya amatör olarak oynayabilmesi için bir kulüpte kayıtlı olması gerekir. Sadece kayıtlı oyuncular futbol organizasyonlarında oynamaya katılabilirler. Oyuncular bir sezon boyunca en fazla üç kulüp ile kayıt olabilirler. Bu süre zarfında, oyuncu yalnızca iki kulüp için resmi maçlar oynamaya hak kazanır. Yukarıda açıklanan nedenlerle, sözleşmesi devam futbolcuyu transfer etmek isteyen kulüp, -doğrudan sözleşmeli futbolcu ile görüşmesi yasak olduğu için- öncelikle mevcut kulüple irtibata geçmelidir. Mevcut kulüp ile yeni kulüp, maddi bir menfaat karşılığında futbolcunun sözleşmesini sona erdirmeye konusunda anlaşabilirler. Bunun üzerine futbolcu ile yeni kulüp sözleşme şartlarını konuşmaya başlar; eğer anlaşma sağlanırsa kulüp ile oyuncu arasındaki mevcut sözleşme sona erdirilir²⁴. Bunun üzerine serbest kalan futbolcu ile yeni kulüp anlaşır ve yeni kulüp adına futbolcu tescil edilir²⁵. Bu nedenle, kulüp ve oyuncu için tescilin önemi çok yüksektir, çünkü oyuncunun resmi futbol müsabakalarında kullanımını ekonomik olarak oyuncu

²¹ SEIP, s. 36, 37.

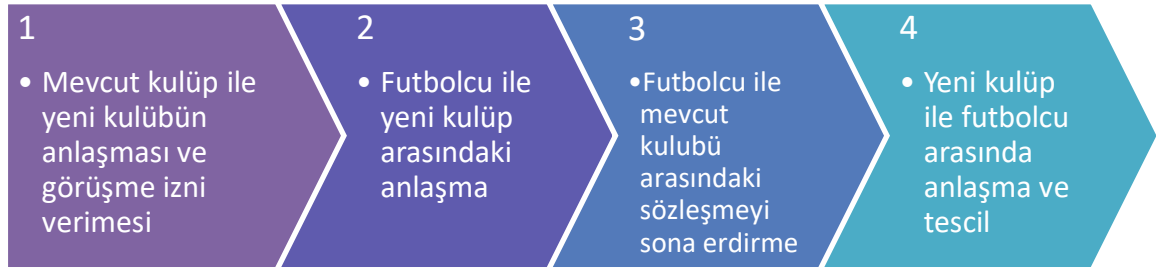
²² LAWRENCE, p. 4,5.

²³ SEIP, s. 36; MENKE, Johan-Michel, What to Know About International Football Player Transfers to Germany, in: International Sports Law Journal 2014, s. 47.

²⁴ SEIP, s. 37; MENKE, s. 47.

²⁵ Uygulamada, bu devir sözleşmeleri birbiri ardına müzakere edilmez, paralel olarak müzakere edilir ve sonuçlandırılır. Bu, bir yandan zaman baskısı altında uzun bir prosedürün kısaltılması gerçeğinden kaynaklanmaktadır. Öte yandan, borçlar hukukuna göre, belirli bir prosedürü öngören veya yasaklayan hükümler yoktur. Bkz. SEIP, s. 37; MENKE, s. 47.

transferinin ana amacıdır. Rekabetçi bütünlük bakımından, bir oyuncu FIFA RSTP m. 5/2 uyarınca sadece bir kulüpte kayıtlı olabilir.



FIFA Transfer Kurallarının hükümleri, uluslararası oyuncu transferlerine doğrudan ve bağlayıcı olarak uygulanır (FIFA RSTP Madde 1/1). Uluslararası oyuncu transferindeki belirleyici idari fark, FIFA RSTP Madde 9'a göre verilen uluslararası izin belgesidir. Oyuncunun yeni kulübe kaydolması için, yeni federasyonun, oyuncunun daha önce resmi olarak kayıtlı olduğu birliğin uluslararası onay sertifikasını alması gerekir.

Futbol teşkilatlarının hukuku düzenlemeleri, sporun organizasyon yapısı nedeniyle uluslararası ve ulusal düzenlemelere ayrılmıştır. FIFA'nın yapısı ve düzenlemeleri normlar hiyerarşisinde şemsiye niteliğinde olup, hem teşkilat olarak hem kurallar olarak en üstte yer alır. Ulusal seviyelerde, örneğin Türkiye Futbol Federasyonu veya Deutschen Fußball-Bundes (DFB) kendi kurallarını koyabilirler. Sporda teşkilatlar arasındaki hiyerarşik yapı ile birlikte "tek yer" ilkesi de oyunun kurallarının aynı olmasını sağlar. Rekabet odaklı bir spor aktivitesi ve her seviyede performans karşılaştırması için bu kural gereklidir. Bu tek tiplilik aynı zamanda transfer kuralları için de geçerlidir²⁶.

FIFA, Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferi Talimatı ile ilgili olarak oyuncu transferiyle ilgili standartları belirlemiştir. Son yıllarda, transfer işlerinin artan önemi sebebiyle, FIFA seviyesindeki düzenlemelerin sayısı da arttırmıştır. FIFA Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferi Talimatı, dünya futbolunun transfer düzenlemeleri ile ilgili temel kurallarını içeriyor.

FIFA Transfer Kurallarının kapsamı, FIFA RSTP m. 1'e göre, oyuncuların farklı dernek kulüpleri arasındaki transferleri ile ilgilidir. Ayrıca, FIFA Transfer Kuralları, söz konusu talimat m. 1/3/a'ya göre, uluslararası transferler için bağlayıcı hükümler niteliğinde olup; ulusal federasyonların transfer kuralları ile de bütünleşmiştir. FIFA RSTP m. 1/3/a'ya göre sayılan hükümler, hem ulusal liglerin hem de uluslararası oyuncu transferlerini ilgilendirir.

Uluslararası futbolcu transferinde, bir kulübe kayıtlı oyuncular, yalnızca eski kulüpten Uluslararası Transfer Sertifika belgesi (International Transfer Certificate - ITC) aldıktan sonra yeni bir kulüp adına kayıtlı olabilirler. ITC, herhangi bir şart ya da zaman sınırı olmaksızın ücretsiz olarak verilir. Aksine herhangi bir hüküm doğurmaz ve geçersiz olur. ITC'yi veren kulüp bir nüshasına da FIFA'ya verecektir²⁷.

Uluslararası transfer sertifikası, FIFA tarafından sağlanan bir formdur. Uluslararası Onay Sertifikasını istemek ve vermek için yapılan idari prosedürün tamamı, FIFA RSTP Ek 3'ünde belirtilen FIFA Transfer Eşleştirme Sistemi [TMS]

²⁶ LAWRENCE, p. 4; MENKE, s. 47.

²⁷ FIFA RSTP madde 9.

üzerinden gerçekleştirilir. Uluslararası transferlerin yönetimi ve denetimi için bir veri bilgi sistemi olan TMS, FIFA Transfer Kurallarının Ek 3'ünde, Madde 1/1'de düzenlenmiştir. Oyuncuların uluslararası transferiyle ilgili olarak, söz konusu FIFA RSTP Madde 19'un da önemli bir anlamı vardır. Çünkü FIFA RSTP Madde 19'da belirtilen prensip, oyuncunun sadece en az 18 yaşında olması durumunda uluslararası transfer edilebileceğini belirtir. Bununla birlikte, FIFA RSTP 19 no'lu maddesi ayrıntılı istisnaları düzenlemektedir. En pratik istisna, 16 ve 18 yaşları arasındaki oyuncuların Avrupa Birliği veya Avrupa Para Bölgesi içinde transfer edilmesine izin veren FIFA RSTP 19/2/b maddesinde belirtilmiştir²⁸.

Futbolcu transferi yapılması için kulüplere transfer dönemi olarak adlandırılan kayıt süreleri getirilmiştir. Kayıt süresi, oyuncu transferine izin verilen spor yönetim organları tarafından belirlenen süreye denir. Transfer edilen bir oyuncuyu belirli bir son tarihe kadar kaydetme yükümlülüğü ile ilgilidir. Son tarihlere uyulmaması halinde, oyuncunun yeni kulübü için oynaması mümkün değildir²⁹. Kayıt süresinin amacı, oyuncuların yarışma sırasında veya belirleyici oyunlardan önce hareketlerini engelleyerek farklı yarışmaların adil ve dengeli olmasını sağlamaktır³⁰. "Kayıt dönemi" ile ilgili FIFA kuralı, FIFA RSTP'nin 6. maddesinde yer almaktadır; "İlk kayıt dönemi, sezonun tamamlanmasından sonra başlamalı ve normalde yeni sezon başlamadan önce sona ermelidir. Bu süre on iki haftayı geçemez. İkinci kayıt süresi normal olarak mevsim ortasında gerçekleşir ve dört haftayı geçemez ". Bu, profesyonel bir oyuncunun yalnızca ulusal federasyonlar tarafından belirlenen iki dönemlik transfer süresi boyunca kayıt edilebileceği anlamına gelir. Ülkelerden ülkelere kayıt süreleri değişiklik gösterebilmektedir³¹.

FIFA RSTP madde 2'e göre, profesyonel futbolcu, bir kulüp ile yazılı sözleşmesi olan bir ve futbol faaliyetleri kapsamında yaptığı harcamalardan daha fazla miktarda ödeme yapılan oyuncu olarak tanımlanmıştır. Ancak bu yazılı olma şartı, FIFA'nın başka düzenlemelerinde de -ücret gibi veya fesih gibi³²- yer almaktadır. Transfer sözleşmelerinde de yer alan yazılı olma şartının niteliği itibari ile bir geçerlilik şartı değildir³³.

²⁸ The Economic and Legal Aspects of Transfers of Players, s. 49.

²⁹ Örneğin, FIFA, transfer dönemi süresi içerisinde TMS Sistemi'ne girilmeyen Galatasaray'ın Kevin Grosskreutz transferini tescil etmemiştir. Galatasaray tarafından yapılan açıklamada evrak kopyalarının 23:55'de TMS sistemine girildiğini ancak 'TMS sisteminde yaşanan problem' nedeniyle işlemin sonuçlanma saatinin 00:00:48 olarak gözüktüğünü yaşanan sıkıntının da bu 48 saniyeden kaynaklandığını belirtilmiştir. FIFA ise evrakların imzasız olduğu gerekçesiyle transferi tescil etmemiştir.

³⁰ The Economic and Legal Aspects of Transfers of Players, s. 46,47.

³¹ Genellikle bu süreler İlk kayıt dönemi: 1 Temmuz - 31 Ağustos, İkinci Kayıt Dönemi: 1 Ocak - 31 Ocak şeklindedir. Ancak ülkelerin kendileri ayrı süreler belirlemesi mümkündür. Genellikle Batı Avrupa ülkeleri aynı takvime sahipken; kuzey ülkeleri gibi bazı ülkelere maç takvimi ve haza koşulları gibi nedenlerle başka süreler belirleyebilmektedir. The Economic and Legal Aspects of Transfers of Players, s. 46.

³² FIFA Uyuşmazlık Çözüm Kurulları istikrarlı bir şekilde, oyuncu ile kulüp arasındaki sözleşmenin yazılı olması gerektiği konusunda kararlar vermiştir. Bu sözleşmelerin yazılı olma şekli, ilgili federasyonun belirlediği usule uygun olarak tescil edilmesine bağlıdır. Kararlar için bkz. DRC 24.10.2005, no. 105874; DRC 4.1. 2005, no. 25820. DE WEGER, Frans, The Jurisprudence of the FIFA Dispute Resolution Chamber, Zurich, 2016, s. 143,144.

³³ Bkz. 3/A.

Sonuç olarak futbolcu ve ilgili kulüpler arasındaki görüşmelerde ve müzakerelerde, oyuncu transferinin şartlarının kulüpler için mümkün olup olmadığına bakılır. Burada, oyunculara beraber çalışmak için kulüpler tarafından hem sportif hem de ekonomik koşullar gösterilir. Her iki taraf da bir transfer gerçekleştirmek istiyorsa, mevcut ve transfer etmek isteyen kulüp ile futbolcu arasındaki müzakereler paralel olarak başlar. Bu müzakereler, transfer sürecinin ana odağıdır ve bu nedenle en fazla zamanı bu görüşmeler alır. En önemli pazarlık noktaları, genellikle transfer ücretinin tutarı ve şeklidir. Tüm taraflar oyuncunun mevcut kulüpten alıcı kulübe transfer olmasını kabul ettikten sonra gerekli sözleşmeler yapılır ve sözleşme tamamlanır³⁴.

Oyuncu transferinin bir parçası olarak, taraflar arasında transfer sürecinde sözleşmeyle düzenlenecek olan çeşitli hukuki ilişkiler vardır. Bir oyuncu transferiyle ilgili temel sözleşmeler, kulüpler arasındaki transfer sözleşmesi, oyuncu ile alıcı kulüp arasındaki hizmet sözleşmesi, oyuncu ile mevcut kulübü arasındaki fesih sözleşmesi ve oyuncu temsilcisi olarak çoğu zaman menejer ile kulüp veya oyuncu arasındaki oyuncu aracılık sözleşmesidir. Bu sözleşmeler hukuken bağımsız olarak gözükse de, içerik olarak birbiriyle doğrudan bağlantılıdır. Futbolcunun bu sözleşme ile asıl görevi olarak antrenmanlara katılmak ve müsabakalara katılarak kulübe katkı sağlamaktır. Buna karşılık, kulüp tarafından futbolcuya bir ücret ödenir. Bu hizmet sözleşmelerinin temeli, birçok durumda federasyonların model olarak hazırladığı -tek tip- lisanslı futbolcu sözleşmeleridir³⁵.

3. Sözleşmenin Hüküm ve Sonuç Doğurduğu Anın Tespiti

Sözleşmeler, tarafların aynı yönde, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı kurulur. Bir sözleşmenin kurulması için esaslı bir unsurunu içeren önceki irade beyanı olan önerinin, karşı tarafça kabul edilmesi gerekir. Sözleşmenin kurulması ile sözleşmeler kural olarak hüküm ve sonuç doğurmaya başlarlar³⁶. Bir sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması için kural olarak sözleşmenin kurucu unsurları ile geçerlilik ve etkinlik unsurlarının tam olması gerekir. Sözleşme taraflarının karşılıklı anlaşması ile yani irade beyanlarının karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklanması ile kurulmuş olur. Sözleşmenin kurulması demek taraflar arasında sözleşmeden kaynaklanan hak ve borçların doğması anlamına gelir. Ancak birtakım sözleşmelerde, sözleşmelerin kurulması ve geçerli bir şekilde hüküm ve sonuç doğurması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterli olmayıp; ek kurucu unsurlar veya geçerlilik şartları aranabilir³⁷. Bu noktada; profesyonel futbolcu transfer sözleşmesi özelinde önem arz eden nokta, sözleşmenin hüküm ve doğurması için tarafların anlaşmasının yeterli olup olmadığıdır. Ayrıca bu sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için tescil etme işleminin bir geçerlilik şartı olup olmadığı da

³⁴ SEIP, s. 37; MENKE, s. 48.

³⁵ LAWRENCE, s. 13. FIFA'nın temel amacı, tüm katılımcılara ve üyelere eşit koşullar ve davranışlar sergilemektir. DE WEGER, s. 27.

³⁶ Sözleşmenin kurulması ile hüküm ve sonuç doğurması her zaman için aynı zaman değildir. Hazır olmayanlar arasında sözleşmenin kurulma anı ile hüküm ve sonuç doğurma anı farklıdır. Kabul beyanının ulaşması ile sözleşme kurulurken, kabul beyanının gönderilme anından itibaren hüküm ve sonuç doğurmaya başlar. Bkz. EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, 2019, s. 277; AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Konya, 2019, s. 76. Ancak uluslar arası futbol sözleşmeleri için kullanılan Transfer eşleştirme Sistemi eşzamanlı iletişimli kuran çevrimiçi bir sistem olduğundan hazırlar arasında kurulan sözleşme olarak kabul edilmelidir.

³⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt I, İstanbul, 2014, s. 176, N. 9; KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 63; TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, TEKİNAY Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 76.

tartışılmalıdır. Son olarak; bu sözleşmelerin şarta bağlı olup olmadığı hususu da ayrıca irdelenecektir.

A. Anlaşma Anı

Profesyonel futbolcu transfer sözleşmesinde futbolcu ile mevcut ve transfer etmek kulüpler arasında birden fazla sözleşme bulunmaktadır. Bu sözleşmelerin geçerliliği ve hüküm ve sonuç doğurduğu anın tespiti medeni hukuk hükümlerine göre tespit edilir³⁸. Tarafların sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı noktaları üzerinde anlaşmaları sonucunda sözleşme kurulmuş olacaktır. Bu sözleşme açısından, mevcut kulüp ile yeni kulüp arasındaki transfer bedeli, oyuncunun bu sözleşme kapsamında alacağı ücret (imza parası, yıllık garanti ücret, bonuslar vs.) ve sözleşmenin süresi tarafların anlaşması gereken esaslı noktalardandır. Ancak menajer ücreti, reklam faaliyetleri vs. gibi ücretler de taraflarca sözleşmenin esaslı noktası haline getirebilir.

Uygulamada federasyonlardan tarafından belirtilen tek tip sözleşmelerin imzalanması ve bu sözleşmelerin yerel federasyonlara tescil ettirme zorunluluğu sadece bir idari zorunluluktur. Bu idari süreçlerin yapılmaması taraflar arasındaki hak ve yükümlülüklerin doğmasını engellemez³⁹. Yani tarafların anlaşması ile artık sözleşme kurulmuş olup; tescil ettirmeyen kulüp oyuncuyu müsabakalarda oynatamayacaktır. Uluslararası futbolcu transferinde uluslararası transfer sertifikası alınması idari açıdan ek bir yükümlülük olarak getirilmiş olup; bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde yani tarafların anlaşmasına rağmen FIFA Transfer Eşleştirme Sistemine kaydedilmemesi sözleşmeyi geçersiz hale getirmez. Ancak bu kaydın yapılmaması halinde sonuç olarak futbolcu resmi müsabakalarda oynayamayacaktır. Bu durumda, bu kaydın yapılmamasının pratik sonucu olarak 2001 yılında FIFA tarafından, uluslararası futbol ve transferden kaynaklan sorunlarının amacıyla çözümü amacıyla kurulan Uyuşmazlık Çözüm Kurullarına başvuramaz⁴⁰. Ancak taraflar arasındaki sözleşme, milletlerarası özel hukuk hükümlerine göre çözüme ulaşacaktır. Keza uygulamada tek tip transfer sözleşmelerinin haricinde tarafların ek protokollerle başka yükümlülükler de kararlaştırdıkları görülmektedir. Bu tür sözleşmelerde de yine borçlar hukuku anlamında geçerlidir. Bu konuya ilişkin Yargıtay 13 HD.13.04.2004 T., 2003/16256 E., 2004/5446 K. sayılı kararında; federasyon tarafından yayınlanan tek tip sözleşme dışında yapılan sözleşmelerin federasyon açısından hüküm ifade etmese de; borçlar hukuku anlamında bu sözleşmelerin yapılmasını yasaklayıcı kanun ve talimat olmadığı için bu sözleşmelerin geçerli olduğuna ve bu hükümlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların federasyonda değil adli yargıda çözülmesi gerektiğine karar vermiştir⁴¹. Dolayısıyla tescil ettirilmeyen sözleşme hükümleri ve ek protokoller geçerli olduğuna göre tescil işleminin bir geçerlilik şartı olmadığı kabul edilmelidir⁴².

³⁸ SEIP, s. 22, 37; MENKE, s. 712.

³⁹ SARI, Suat, Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinde Futbolcunun Hak ve Yükümlülükleri, İstanbul, 2015, s. 102.

⁴⁰ DE WEGER, s. 140.

⁴¹ KUNTMAN, Osman, Karar Derlemesi, İstanbul Barosu Dergisi, 82(3), 2008, s.1455-1456. Bu konuya ilişkin Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Kararı DRC 4.4.2007, No. 47139., bkz. DE WEGER, s. 144.

⁴² Bu konuya ilişkin bir olayda Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu da tarafların arasındaki tescil edilmeyen adi yazılı sözleşmeyi geçerli kabul etmiştir. Bkz. "TFF Tahkim Kurulu"nun 18.03.2005 T. ve 2005/14 E ve 2005/ 62 Karar sayılı A millî takım futbolcusu Deniz Barış ile ilgili

FIFA tarafından kendilerine transfer yasağı verilen kulüpler, ceza süresince kulüp adına profesyonel futbolcu kaydedip müsabakalarda oynatamazlar. Ancak bu kulüpler ülkelerin mevzuatlarına göre sözleşme özgürlüğü prensibi kapsamında profesyonel futbolcu transfer sözleşmesi yapabilirler; ancak bu oyuncu kulüp adına resmi maçlara çıkamazken; sözleşme hüküm ve sonuç doğurduğu için antrenmanlara çıkma yükümlüğündedir. Bu sebeple; profesyonel futbolcu transfer sözleşmenin geçerliliği için tescil ve kayıt şart değildir. Örneğin; Barcelona kulübü 18 yaş altındaki futbolcunun uluslararası transferlerinde FIFA RSTP kurallarını ihlal ettiği için FIFA tarafından 1 yıl yani 2 dönem transfer yasağı cezasına çarptırılmıştır. Ancak bu sürede söz konusu kulüp boş durmamış; Arda Turan ve Aleix Vidal transferleri gerçekleştirmiştir. Yeni transferlerin eski kulüpleri ile sözleşmeleri feshedilmiş ancak yeni kulüpleri sözleşmeleri transfer yasağı sebebiyle tescil edilememiştir. Ancak bu futbolcular kulüp ile antrenmanlara çıkmışlar; fakat yasak kalktığı ana kadar (Ocak 2016) sözleşmeleri tescil edilemediği için müsabakalara katılamamışlardır. Bu da göstermektedir ki; profesyonel futbol transfer sözleşmesinin geçerliliği için tescil şart değildir. Tescil, resmi müsabakalarda oynamak için şarttır. Futbolcu resmi müsabakalarda oynamasa bile sözleşme hüküm ve sonuç doğurduğu için antrenmanlara katılmakla yükümlüdür⁴³.

Sözleşmenin kurulması ile hüküm ve sonuç doğuracağına ilişkin bir diğer durumda ön sözleşmedir. FIFA RSTP m. 18/3'e göre, futbolcu sözleşmesi sona ermesinden veya sona ermesinden altı ay önce başka bir kulüple bonservis bedeli olmaksızın anlaşabilmektedir. Bu hükmün ihlali halinde yaptırım uygulanacağı da ayrıca düzenlenmiştir. Buna ilişkin bir ihtilaf, Almanya'nın iki dev kulübü arasında gerçekleşmiştir. FC Bayern Munchen, Borussia Dortmund kulübünden Robert Lewandowski ile transfer dönemi dışında ön sözleşme yapmıştır. Bu sözleşme FIFA RSTP kurallarına göre uygun olduğu için herhangi bir yaptırıma tabi olmamış ve ön sözleşme, futbolcunun mevcut kulübü ile sözleşmesinin sona ermesinden sonra asıl sözleşmenin yapılması ile hüküm ve sonuç doğurmuştur⁴⁴.

kararındaki çoğunluk görüşüne karşı kaleme aldığımız ayrık oy yazısında açıklanmıştır. Karara konu teşkil eden olayda, o sırada Gençlerbirliği forması giyen Deniz Barış kulübü ile 2003 senesi Aralık ayında adi yazılı şekilde bir sözleşme imzalamıştır. Bu sözleşmede tarafların 2003-2004 sezonu bitiminden sonrası için anlaşmaya vardıkları belirtilmiş ve anlaşmaya uyulmaması hâlinde, aykırı davranan tarafın diğerine 1.000.000 EURO ceza ödeyeceği öngörülmüştür. Gençlerbirliği özel sözleşme imzalıktan hemen sonra Deniz Barış'a avans olarak 50.000 EURO ödenmiştir. Deniz Barış, 2003-2004 sezonu bitiminde Fenerbahçe ile anlaşmış ve Fenerbahçe'nin lisanslı futbolcusu olmuştur; almış olduğu avansı ise 8 ay sonra tevdi mahallî tayin ettirerek iade etmiştir. Gençlerbirliği TFF Yönetim Kurulu'na başvurarak sözleşmede öngörülen 1.000.000 EURO tutarındaki cezanın ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir. TFF Yönetim Kurulu'nun bu yönde karar vermesi üzerine Deniz Barış Tahkim Kurulu'na başvurmuştur. Tahkim Kurulu çoğunlukla verdiği kararda Deniz Barış'ın 1.000.000 EURO ödemesi gerektiğine hükmetmiştir". ÜNAN, Samim, Türk Hukukunda Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu Kararları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 36.

⁴³ GENÇ, Durmuş Ali, Spor Hukuku, Ed.: Doç. Dr. H. Can, 1998, s. 72; ERTAŞ/PETEK, s. 338.

⁴⁴ Ancak doktrinde tarafların anlaşması ile hüküm ve sonuç doğuran sözleşmenin tescil edilememesi ve bu nedenle futbolcunun lisans alamaması halinde sözleşmenin amacının gerçekleşmemesi nedeniyle işlem temelinin çökmesine sebep olacağı ve bu sebeple sözleşmenin sona erdirilmesi gerekeceği kabul edilmektedir. Bkz. ERTAŞ/ PETEK, s. 345. Bu görüşe katılmıyoruz; tescil edilmese bile taraflar arasında sözleşme kapsamında tarafların yükümlülüğü devam eder. Örneğin, transfer yasağına rağmen yapılan transfer sözleşmeleri gibi.

B. Federasyona Tescil Anı

Profesyonel futbolcu transfer sözleşmesinin hüküm ve sonuç doğurması için tarafların anlaşmasının yeterli olmadığı ayrıca bu sözleşmelerin tescil edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bunun dayanağı, FIFA RSTP madde 5’de yer alan düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre, bir oyuncunun, bir kulüpte profesyonel veya amatör olarak oynayabilmesi için bir kulüp adına kayıtlı olması gerekir. Uluslararası profesyonel futbolcu transfer sözleşmesi FIFA RSTP kapsamında transfer eşleştirme sistemi üzerinden gerçekleşmektedir. FIFA Transfer Eşleştirme Sistemi (TMS), kulüpler arasında uluslararası oyuncu transferini daha hızlı, daha yumuşak ve daha şeffaf hale getiren online bir sistemdir. Bu sistem Şubat 2008’de test olarak tanıtıldı, 1 Ekim 2010 tarihinde zorunlu hale geldi. Bugün bu sistem 211 FIFA üye derneğinin tümünde ve dünya çapında 6500’den fazla kulüp tarafından tüm uluslararası futbol transferlerinde kullanılmaktadır. Bu sistem, sadece bir oyuncunun başka bir ülkeye uluslararası transferlerinde kullanılır⁴⁵.

TMS’deki bir transfer süreci basit bir işlem olup; daha az kağıt işi ile transferini daha kolay ve daha modern hale getirmektedir. Bu sistemde, oyuncunun transferinde yer alan her iki kulüp de aynı bilgileri girmelidir. Her iki taraftaki bilgilerde herhangi bir farklılık varsa, transfer engellenir ve sonuç olarak, gerekli Uluslararası Transfer Sertifikası (ITC) bu farklılık çözülene kadar verilmez⁴⁶.

TMS’de gerekli olan transfer detayları genellikle aşağıdaki gibi üç farklı belgeden oluşur: Belirli bir sırada, ilk resim ve ayrıntılarını gösteren oyuncu pasaportunun taranmış bir kopyasıdır. Ardından, oyuncu ve yeni kulüp tarafından her iki tarafın imzaladığı sözleşme ve nihayet transfer eden kulüp ile yeni kulüp arasındaki transfer sözleşmesi gelir. Futbolcu sözleşmesiz bir şekilde ücretsiz transfer olsa bile önceki kulübünden kendileri ile sözleşmesi olmadığını onaylanmaya ihtiyaç vardır⁴⁷.

Transfer eşleştirme sisteminde, kulüp isimleri, oyuncuların doğum tarihi, uyruğu, adı ve soyadı gibi detaylar, transfer tipi (geçici, kalıcı, takas), toplam transfer ücreti, olası komisyon ödemeleri, yetiştirme bedeli, ödeme süreleri (peşin veya taksitle), ödeme planı, yapılmış ödemeler, kulüpler için yüklemesi gerekli belgeler dizisidir. Bu dizi belgeler içerisinde sözleşmeler ile hangi milliete kayıtlı olduğunu ispat eden belgeler, oyuncunun yaşı ve ismi ve soy isminin doğru hecelenmesini gösteren kayıtlar yer alır. Bu sistem ile birlikte, transferin daha hızlı ve daha seri gerçekleşmesi, uluslararası transferlerin şeffaflaşması, küçüklerin korunmasının geliştirilmesi ve kara para aklama ile mücadele amaçlanmaktadır⁴⁸.

Transfer edilen futbolcunun yeni sözleşme imzaladığı kulübü adına tescil edilmesi ancak transfer dönemleri arasında mümkündür. Bu süreler haricinde kulüp adına tescil edilmesi söz konusu değildir. Yeni transfer edilen futbolcunun sözleşmesi federasyon tarafından tescil edilmezse, futbolcu resmi müsabakalara katılamayacaktır.

⁴⁵ THATCHER, Adam, Your Guide to FIFA’s Transfer Matching System, 22nd May 2014, <https://www.lawinsport.com/topics/articles/regulation-a-governance/item/your-guide-to-fifa-s-transfer-matching-system> ; e.t. 24.12.2019, p. 2.

⁴⁶ DE WEGER, s. 23.

⁴⁷ ROSSİ Giambattista/ ANNA Semens/ BROCARD Jean Francois, Sports Agents and Labour Markets: Evidence from World Football, 2016, s. 110.

⁴⁸ ROSSİ/ANNA/BORCARD, s. 110; The Economic and Legal Aspects of Transfers of Players, s. 49.

Futbolcu transfer sözleşmesinden beklenen menfaat, futbolcunun takıma katılıp resmi müsabakalarda takımı başarılı bir şekilde temsil etmesi ve kulübün başarısını artırmasıdır. Ancak sözleşme tescil edilmese bile bu sözleşme yine de geçerlidir, yani taraflar arasında hak ve borçlar doğmuştur. Başka bir deyişle, futbolcu, resmi müsabakalara çıkma yasağı dışında kulübe karşı tüm yükümlülüklerini yerine getirmelidir. Bu sebeple tescil özel hukuk anlamında ne geçerlilik ne de ispat şartıdır, sadece idari bir prosedürdür. Bu sebeple, sözleşme imzalanması ile birlikte, eski kulübün bonservis ücreti alacağı borcun vadesi geldiğinde muaccel olup; yeni kulüpten talep edilecektir.

C. Şarta Bağlı ise Şartın Gerçekleşmesi

Profesyonel futbolcu transfer sözleşmesinin şarta bağlı olarak yapılması mümkündür. Bunu yasaklayan bir hüküm de yoktur. Ayrıca bu şart bozucu ya da geciktirici olması da mümkündür. Ancak somut trajik olay açısından düşünüldüğünde sporcunun transfer olduğu kulübe varamadığı ve bu nedenle muayene olmadığı veya gerekli tıbbi testlere tabi tutulmadığı iddiası ile sözleşmenin geçerli olmadığı ileri sürülemez.

Futbolcu transfer sözleşmelerinde, tıbbi muayenenin önemi, “sözleşmeye bağlılık” kavramıyla ilgili olarak FIFA’nın düzenleyici rejiminden kaynaklanmaktadır. Özellikle, FIFA Transfer Yönetmeliği'nin (RSTP) 13. ve 14. maddeleri, sözleşmenin gerekçesiz olarak feshedilmesini açıkça yasaklamaktadır⁴⁹. RSTP 13. maddeye göre, bir profesyonel futbolcu ile bir kulüp arasındaki sözleşme ancak sözleşmenin süresi dolduktan sonra veya karşılıklı anlaşma ile feshedilebilir. Ayrıca 14. maddeye göre, bir sözleşme, taraflardan herhangi biri için tazminat ödenmesi ya da spor yaptırımlarının uygulanması gibi herhangi bir sonuç olmaksızın feshedilebilir⁵⁰. RSTP'nin 13. ve 14. Maddelerine bakılarak borçlar hukukunun ilkelerinden biri olan “pacta sunt servanda-ahde vefa” genel ilkesinin futbol dünyasına uygulandığı söylenebilir. RSTP m. 17’de ise, bir sözleşmeyi haklı bir sebeple sona erdirmenin, özellikle sözleşmenin ihlali için tazminat ödenmesinin ve ulusal veya uluslararası yeni oyuncuların belirli bir süre için kaydedilmesinin yasaklanmasının parasal ve sportif sonuçlarını belirlenmiştir. Buna göre, RSTP'nin 13, 14 ve 17. maddeleri nedeniyle, bir kulüp ve futbolcu bir sözleşme akdettiğinde, her iki taraf da parasal veya sportif yaptırımlar gibi herhangi bir hukuki sorunla karşılaşmadan sözleşmeyi tek taraflı olarak feshetmekte zorluk çekecektir. Buna göre, RTSP m. 14 gereği, futbolcunun sakatlığı sözleşmeyi feshetmek için haklı neden teşkil etmeyecektir⁵¹.

FIFA RSTP Madde 18.4 uyarınca, bir sözleşmenin geçerliliği, başarılı bir tıbbi muayeneye tabi olamayacaktır ve eğer bir kulüp başarılı bir tıbbi muayeneden önce bir oyuncu ile sözleşme yaparsa, bunu kendi sorumluluğunda yapmaktadır. FIFA DRC (Uyuşmazlık Çözüm Kurulu) bu konuya ilişkin kararında, bir sözleşmenin

⁴⁹ 19.01.2019 tarihli FC Nantes ile Cardiff City arasındaki Emiliano Sala transfer sözleşmesinde de (2.1.1.) oyuncunun Cardiff City FC ile başarılı bir şekilde tıbbi muayeneyi tamamlaması şartı düzenlenmiştir. Bkz. 25 Eylül 2019 tarihli Nantes v. Cardiff, FIFA Emiliano Sala Kararı, s. 2; bkz. <https://resources.fifa.com/image/upload/player-emiliano-sala.pdf?cloudid=zz1mucunt6ydvzrqrdw>.

⁵⁰ SITY, Boaz, Can Player Contracts Be Made Conditional On Passing A Medical Examination?, (https://www.lawinsport.com/topics/articles/dispute-resolution/item/can-player-contracts-be-made-conditional-on-passing-a-medical-examination-comparing-the-approaches-in-football-and-basketball?category_id=397); e.t. 24.12.2019; ANTA, Diop, "Is The Current Fıfa Regulation Equally Fair For Players And Clubs?." , PM World Journal, Vol. VIII, Issue I – January 2019, s. 6.

⁵¹ SITY, p. 5; ANTA, s. 6.

geçerliliğinin sağlık raporu şartına bağlanması halinde bu şartın yok veya hükümsüz sayılacağını açıkça belirtmiştir⁵².

FIFA RSTP, başarılı bir tıbbi muayene şartına bağlanan bir sözleşmeyi açıkça ve kesinlikle yasaklar. FIFA RSTP'e göre, DRC (Futbol Uyuşmazlık Kurulu) ve CAS (Spor Tahkim Mahkemesi) istikrar kazanmış kararlarında, bu şartın yok ve hükümsüz olduğuna karar vermiş ve sözleşmenin bu hükmü dışında geri kalan hükümleri tam olarak yürürlükte kalmıştır⁵³. Bu nedenle, futbol kulüplerinin oyuncu ile sözleşme yapmadan önce gerekli tüm tıbbi muayeneleri yapmaları tavsiye edilir. FIFA rejimi kapsamındaki futbol kulüpleri için tavsiye edilen transfer süreci şöyledir: İlk olarak, oyuncunun eski kulübü ve yeni kulübü bir anlaşmaya varmalı ve oyuncunun transferine ilişkin ilgili sözleşmeyi imzalamalıdır. İkinci olarak, yeni kulüp tıbbi muayeneyi yaptırmalıdır. Üçüncüsü ve son olarak, kulüp tıbbi muayeneyi tamamladıktan ve oyuncunun oynamaya uygun olduğu sonucuna vardıldıktan sonra, oyuncu ve yeni kulüp hizmet sözleşmesini imzalamalıdır⁵⁴.

4. Değerlendirme ve Sonuç

9 Ocak 2019'da FC Nantes ve Cardiff City FC arasında Emiliano Sala'nın transferi konusunda oyuncunun transferine ilişkin bir transfer anlaşma akdedilmiş olup; hem Fransa Futbol Federasyonu (LFP) hem (FAW) Galler Futbol Federasyonu, futbolcunun bir Cardiff City FC oyuncusu olarak kaydedildiğini ve Uluslararası Transfer Sertifikasının yayınlandığını doğrulamıştır. 21 Ocak 2019'da Galler'de yerel saatle 10.00'da Galler Futbol Federasyonu (FAW), Fransa Futbol Federasyonundan (FFF) uluslararası transfer sertifikasını (ITC) teslim almak için talepte bulunmuştur. Aynı gün, Fransa'da yerel saatle 17.17'de Fransa Futbol Federasyonu, oyuncu için uluslararası transfer sertifikasını teslim etmiş ve daha sonra Galler Futbol Federasyonu, oyuncuyu Uluslararası Transfer Eşleştirme Sisteminde (ITMS) Cardiff adına kaydetmiştir. Özellikle, Galler Futbol Federasyonu TMS'ye kayıt tarihini girmiş ve ITC'nin 21 Ocak 2019'da Galler'de yerel saatle 17.30'da alındığını teyit etmiştir.

Söz konusu transfer anlaşmasına göre, Cardiff tarafından Nantes'e 3 taksitte 17.000.000 Euro tutarında bir transfer ücreti ödenecektir: (i) "Cardiff City FC'ye kaydolduktan sonraki beş gün içinde 6.000.000 Euro (ilk taksit); (ii) 1 Ocak 2020'de 6.000.000 Euro (ikinci taksit) ve (iii) 1 Ocak 2021'de 5.000.000 Euro (üçüncü taksit) ve ayrıca promosyon bonusları da mevcuttur. Nantes kulübü, 26 Şubat 2019'da

⁵² "Bu bağlamda Daire, bir sözleşmenin geçerliliğinin olumlu bir tıbbi muayeneye tabi olamayacağını öngören Yönetmeliğin 18 nci maddesine atıfta bulunmuştur. Daire, sözleşmenin 13. maddesindeki koşulun açıkça belirtildiğini belirtmiştir. DRC üyeleri, sözleşmenin imzalanmasından önce tıbbi muayenenin yapılmamasıyla Davalı'nın, olumsuz inceleme sonuçları bir iş sözleşmesini tek taraflı olarak feshetmek için geçerli bir neden oluşturmadığından, muayenenin olası bir olumsuz sonucu riskini aldığını belirtmiştir"; Dava 1061097, Uyuşmazlık Çözümü Odasının (DRC) 26 Ekim 2006 tarihli Kararı. Dava 02151450, Uyuşmazlık Çözümü Odasının (DRC) 19 Şubat 2015 tarihli Kararı; Dava 0715437, 7 Temmuz 2015 tarihli Uyuşmazlık Çözümü Odasının Kararı (DRC).

⁵³ SITY, p. 14.

⁵⁴ SITY, p. 16; FIFA rejiminin aksine, FIBA başarılı bir tıbbi muayene geçmesi şartının geçerliliğini kabul eder, yani taraflar, bir sözleşmenin geçerliliğini başarılı bir tıbbi muayeneye tabi tutmakta özgürdür. Buna ilişkin **Basketbol Tahkim Mahkemesi (Basketball Arbitral Tribunal-BAT)** bir kararında "FIFA Transfer Yönetmelikleri futbola özgüdür. FIBA düzenlemelerine kıyas edilebilir nitelikte değildir. Her iki örgütün kurulduğu yargı yetkisi olan İsviçre kanunları, birliklerin özerkliği ilkesini kabul eder. Dayanak gerçekler karşılaştırılabilir olsa bile bir örgütün kuralları başka bir örgüte uygulanmaz..." ; BAT 0209/11, Jeremy Pargo v. Maccabi Tel Aviv Basketball Club (1995) Ltd.

Cardiff aleyhine FIFA'ya başvurarak, transfer ücretinin ilk taksitine denk gelen 6.000.000 Euro tutarını, yüzde beş faizle talep etti. Ayrıca Nantes ayrıca Cardiff'e yaptırım uygulanmasını da talep etti. Büro tarafından devir sözleşmesinin geçerliliğinin, taraflar arasındaki sözleşme madde 2.1 uyarınca, aşağıdaki dört şartın yerine getirilmesine "bağlı" olduğu tespit edilmiştir: Buna göre, oyuncu sözleşme imzalanmadan önce tıbbi muayeneden başarılı bir şekilde çıkmalıdır. İkinci olarak; futbolcu ile Nantes kulübü arasındaki iş sözleşmesi karşılıklı olarak sona erdirilmeli ve taraflar tüm şartları kabul etmelidir. Üçüncü şart ise futbolcunun sözleşmesinin karşılıklı feshi Fransa Futbol Federasyonu tarafından tescil edilmelidir. Son olarak ise, her iki federasyonda bu oyuncunun Cardiff adına kaydedildiğini ve uluslar arası transfer sertifikasını onaylamalıdır. FIFA Oyuncuların Durumu Komitesi Bürosunun Kararına göre, sözleşmedeki bu dört şart söz konusu olay açısından gerçekleşmiştir⁵⁵.

Uluslararası futbolcu transfer sözleşmesi bakımından değerlendirme yapıldığında, TMS adı verilen transfer eşleştirme sistemi sürecinin tamamlanması ile artık sözleşme kurulmuştur. Büro kararında da bu sürecin tamamlanması ile sözleşmenin kurulduğunu artık kabul etmiştir. Büro, TMS platformu aracılığıyla uluslararası transferler sistemini yöneten özelliklere geri dönerek, önce şunu hatırlatmıştır: TMS'de bir transferin gerçekleşmesi için, oyuncu ile "yeni kulüp" arasında usulüne uygun olarak imzalanmış bir iş sözleşmesinin oraya yüklenmesi gerekmektedir. Yani taraflar arasında akdedilmiş bir anlaşma bulunup, bu anlaşma sisteme yüklenmiştir. Ayrıca bu sistemde sadece tarafların sözleşmeleri yüklemeleri yeterli olmayıp alıcı kulüp, somut olay açısından Cardiff, kayıt tarihini elle girmek ve eski kulübün Uluslararası Transfer Sertifikası makbuzunu onaylamakla yükümlüdür.

Somut olay açısından değerlendirdiğinde, tüm bu aşamalar tamamlanmış ve yeni kulübün adına kaydedildiği görülmektedir⁵⁶. Dolayısıyla, futbolcunun sistem üzerinden transferinin tamamlandığını ve dolayısıyla oyuncunun Nantes'ten Cardiff'e transferinin taraflar arasında geçerli bir sonuç olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, sözleşmenin Premier Lig kurallarına aykırı olması ve bu nedenle tescil edilmemesi durumu, sözleşmenin geçerliliğine etki etmez. Söz konusu kararda da, büro üyeleri, Premier Lig ile bir iş sözleşmesi kaydının sadece Cardiff ile Premier Lig ve / veya FAW arasındaki bir iç meseleden ibaret olmadığını ve resmi gereklilik olduğunu ancak bu durumun Nantes Kulübüne herhangi bir etkisinin olmadığını kabul etmişlerdir. Sonuç olarak, Büronun bakış açısına göre, Cardiff ve oyuncuyu temsil eden ajanların, Premier Lig'in özel kurallarına uygun bir iş sözleşmesi hazırlarken gerekli özeni göstermiş olup olmadıkları, Nantes ve Cardiff arasında yapılan transfer anlaşmasının geçerliliğini hiçbir şekilde etkilemez⁵⁷. Ayrıca Nantes kulübünün taşıma işlerinden dolayı hukuki ve cezai sorumluluğu ve buna ilişkin davalı kulübün itirazları büro tarafından reddedilmiş olup; bu yargılamaların devam ettiği ve çözüm yerinin FIFA değil yerel makamlar olduğunu belirtmiştir⁵⁸. Sonuç olarak büro tarafından Nantes kulübü haklı bulunarak ilk taksit olan 6.000.000 Euro'nun, 27.01.2019 tarihinden ödeme tarihine kadar yüzde beş faizle ödenmesine karar vermiştir.

⁵⁵ 25 Eylül 2019 tarihli Nantes v. Cardiff, FIFA Emiliano Sala Kararı, s. 14.

⁵⁶ 25 Eylül 2019 tarihli Nantes v. Cardiff, FIFA Emiliano Sala Kararı, s. 18.

⁵⁷ 25 Eylül 2019 tarihli Nantes v. Cardiff, FIFA Emiliano Sala Kararı, s.17,18.

⁵⁸ 25 Eylül 2019 tarihli Nantes v. Cardiff, FIFA Emiliano Sala Kararı, s. 15.

Sonuç olarak, futbolcu transfer sözleşmeleri tarafların anlaşmaları ile hüküm ve sonuç doğuran sözleşmelerdir. Taraflar arasında üç köşeli ilişki oluşturan bu sözleşme sürecinin tamamlanması ile birlikte artık taraflar arasında hak ve yükümlülük doğmaya başlar. Bu sözleşmenin tescil edilmemesi halinde futbolcular yeni kulüp adına resmi müsabakalara çıkamazlar; ancak yeni kulüp ile antrenmana çıkma, tanıtım yapma vs. gibi yükümlülükleri devam eder. Uluslararası transfer sisteminin düzenlemek amacıyla getirilen transfer eşleştirme sisteminde sürecinin tamamlanması ile de artık futbolcunun eski kulübünden yeni kulübüne transferi gerçekleşmiş olur.

KAYNAKÇA

AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Konya, 2019.

Atlas Magazine Insurance News, www.atlas-mag.net/en/article/disappearance-of-emiliano-sala-which-insurance-will-reimburse-the-costs; e.t. 10.11.2019.

BRUNNER, Christoph, Force Majeure And Hardship Under General Contract Principles : Exemption For Non-Performance in International Arbitration, 2008.

COETSEE, Tristyn., The Fifa ban on third-party ownership of football players, Diss. University of Pretoria, 2018.

DE MELLO MOURÃO-FERREIRA, Tomás Mercês, Third-party Ownership Of Players' Economic Rights, 2016.

DE WEGER, Frans, The Jurisprudence of the FIFA Dispute Resolution Chamber, Zurich, 2016.

EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, 2019.

ERTAŞ, Şeref/ PETEK, Hasan, Spor Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2011.

GENÇ, Durmuş Ali, Spor Hukuku, Ed.: Doç. Dr. H. Can, 1998.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt I, İstanbul, 2014.

KUNTMAN, Osman, Karar Derlemesi, İstanbul Barosu Dergisi, 82(3), 2008.

LAWRENCE Ian, The Legal Context of a Player Transfer in Professional Football: A Case Study of David Beckham, Entertainment and Sports Law Journal, 2013.

MENKE, Johan-Michel, What to Know About International Football Player Transfers to Germany, in: International Sports Law Journal 2014.

NASH, Michael L, A Footballer's Death: Contracts & Consequences, New Law Journal, 4.7.2019.

O'NEILL, Mark, Cardiff City and Emiliano Sala, 9.4.2019, s. 1; www.sportlawmusings.com/post/cardiff-city-and-emiliano-sala.; e.t. 10.10.2019.

PETEK, Hasan, Profesyonel Futbolcu Sözleşmesi, Ankara, 2002

ROSSI Giambattista/ ANNA Semens/ BROCARD Jean Francois, Sports Agents and Labour Markets: Evidence from World Football, 2016.

SARI, Suat, Profesyonel Futbolcu Sözleşmesinde Futbolcunun Hak ve Yükümlülükleri, İstanbul, 2015

SARIHAN, Banu Bilge, Menejerlik Sözleşmesi, 2016.

SEIP Markus, Vertragsrechtliche und ökonomische, Analyse des Spielertransfervertrages im Profifußball, 2017.

SHEA, John, The enforceability of pre-contracts in football, LawInSport, s. 1; e.t. 21.11.2019; <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ANeAyuXvcuMJ:The%20enforceability%20of%20pre-contracts%20in%20football>

SITY, Boaz, Can Player Contracts Be Made Conditional On Passing A Medical Examination?, (https://www.lawinsport.com/topics/articles/dispute-resolution/item/can-player-contracts-be-made-conditionalon-passing-a-medical-examination-comparing-the-approaches-in-football-and-basketball?category_id=397).

TEKİNAY Selahattin Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, TEKİNAY Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.

THATCHER, Adam, Your Guide to FIFA's Transfer Matching System, 22nd May 2014, ; e.t. 24.12.2019; <https://www.lawinsport.com/topics/articles/regulation-a-governance/item/your-guide-to-fifa-s-transfer-matching-system>.

The Economic and Legal Aspects of Transfers of Players,. KEA European Affairs (KEA) and Centre for the Law and Economics of Sport (CDES), 2013.

ÜNAN, Samim, Türk Hukukunda Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu Kararları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005.

HAKEMLİ MAKALE

İFLÂSIN EVRENSELLİĞİ BAĞLAMINDA İSVİÇRE HUKUKUNDA SON GELİŞMELER*

Ar. Gör. Ömer ÇON**

ÖZET

2019 Ocak ayında İsviçre Milletlerarası Özel Kanunu'nda iflâs hukukuna ilişkin yapılan değişiklikler yürürlüğe girmiştir. Bu düzenlemeler, İsviçre doktrininde dünyadaki gelişmelere uyum sağlamak için bir zorunluluğun yerine getirilmesi olarak değerlendirilmiştir. Bu çalışmada genel olarak evrensel hukuk düzenlemelerindeki ve özelde İsviçre'de iflasın evrenselliği ilkesindeki gelişmeler anlatılacaktır. Ayrıca bir Zürih istinaf mahkemesi kararı değerlendirilerek iflas hukukunda evrensellik ilkesi ile mülkilik ilkesinin nasıl bağdaştırılabileceği hakkında İsviçre uygulaması açıklanacaktır.

Anahtar kelimeler: İflas hukuku, Evrensellik, Forum Shopping, UNCITRAL Sınır Aşan Aciz Hukuku Model Kanunu, Avrupa Aciz Hukuku, Yokluk, Şikâyet.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 27/09/2019

Kabul Edildiği Tarih: 28/05/2020

** Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

E-mail: omercon@windowslive.com

ORCID-ID: 0000-0002-8982-1336

PEER-REVIEWED ARTICLE

**RECENT DEVELOPMENTS IN SWISS LAW IN THE CONTEXT OF
UNIVERSALITY OF BANKRUPTCY**

ABSTRACT

In January 2019, a number of amendments to Swiss Federal Code on Private International Law on Insolvency Law came into force. The amendments concern cross-border effects of insolvency procedures and are considered as a fulfillment of an obligation to adapt the Switzerland to the developments in the world. This study deals with cross-border aspects of insolvency with special reference to such recent development in Swiss law.

Key Words: Bankruptcy law, Universality, Forum Shopping, Recognition, Enforcement, UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency, European Insolvency Law, Nullity, Appeal.

GİRİŞ

Modern çağda sınır ötesi ticaretin ve etkileşimin hızı, hukuki uyumsuzlukların yoğunluğunu artırır. Dünya çapındaki ekonomik dalgalanmalara dayanamayan (gerçek veya tüzel) kişilerin iflâsı, acze düşmesi, bu etkileşime örnektir. 2019 yılının ikinci yarısında birçok tur operatörünün yanı sıra Birleşik Krallık, Almanya, Belçika ve İskandinavya merkezli birçok havayolu şirketinin sahibi olan Thomas CookGroup hakkında iflâs kararı verilmesi, dünya gündemine düşmüştür¹. Birleşik Krallık merkezli -tarihi gelişimi 1841'e kadar uzanan- Thomas Cook Group'un, 2019 yılının eylül ayında iflas etmesiyle, yalnızca dünya çapında 21000 şirket çalışanı, 600.000 aktif biletli yolcu değil aynı zamanda Thomas Cook'un faaliyet gösterdiği (Türkiye de dahil²) birçok ülke de etkilenmiştir. Thomas CookGroup'un iflâsı gibi dünya çapında etkili iflas kararlarının ortaya çıkması nedeniyle, iç hukuk bakımından çoğu zaman emredici nitelikteki iflas hukuku kuralları, evrensel düzlemde de Model Kanunlara konu edilir³. Gerçekten 20.09.2019 tarihinde iflâsı açılan Thomas CookGroup hakkında 23.09.2019 tarihinde ABD'de New York Güney Bölgesi Mahkemesi'ne Bölüm 15⁴ kapsamında sınırötesi iflas tasfiyesinde işbirliği için başvurulması bu düzenlemelere olan ihtiyacı gösterir⁵.

Sınırötesi iflâs hukuku, 1997 yılında Birleşmiş Milletler bünyesinde Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu'na hazırlanan Sınırötesi İflas Hakkında Model Kanun⁶ ve Uluslararası Aciz Usulüne İlişkin Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü⁷ temelinde gelişmeye devam etmektedir.

Sınır ötesi iflâs bağlamında kendi iç hukukunda değişiklik yapan ülkelerden bir tanesi İsviçre'dir. İsviçre'de iflas hukukunun mülkiliği prensibi kabul görür. Fakat İsviçre için uluslararası ticaretin önemi, mülkilik prensibini yumuşatmaya ve hukukun evrenselliğine bu ülkenin de meyletmesine yol açar. İsviçre'de iflâsın evrenselliği bağlamında yapılan son düzenleme 1 Ocak 2019 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İflâsın evrenselliği ilkelerine dair İsviçre uygulaması, mülkilik prensibine bağlı kalınarak Dünya'daki son gelişmelere uyumlu sınırötesi aciz hukuku uygulamalarını yansıttığı için önem arzeder. Bu nedenle çalışmada İsviçre'de yürürlüğe giren 1 Ocak 2019 tarihli düzenlemeler tartışılacaktır. Daha sonra bir Zürih İstinaf Mahkemesi kararı örneği üzerinden İsviçre uygulaması somutlaştırılacaktır.

¹ <https://www.thomascookgroup.com/news/23092019/compulsory-liquidation-of-thomas-cook-group-ple?ref=Home> E.T. 25.09.2019. <https://www.businessinsider.com/thomas-cook-bankrupt-airline-stranded-rescue-2019-9> E.T. 25.09.2019.

² <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-49796755> E.T. 25.09.2019.

³ Ayrıca bkz. Aksar, Yusuf; Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 91.

⁴ İflâsın Kötüye Kullanılması ve Tüketicinin Korunması Yasası (The Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act) ile 2005 yılında, tam adı United Nations Commission on International Trade and Investment's Model Law on Cross-Border Insolvency olan Birleşmiş Milletler Sınırötesi İflas Hakkında Model Kanun'a Amerika Birleşik Devletleri Aciz Kanunu (U.S. Bankruptcy Code) uyumlu hale getirilmiştir. Bu uyum, Amerika Birleşik Devletleri Aciz Kanunu'na eklenen 15. Bölüm (Chapter 15) ile sağlanmıştır. Bu nedenle Amerika Birleşik Devletleri Aciz Kanunu'nun 1501 ila 1532 maddeleri arasındaki düzenlemeler sıklıkla Chapter 15 olarak ifade edilmektedir.

⁵ <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-09-17/thomas-cook-files-for-u-s-chapter-15-bankruptcy-protection> E.T. 25.09.2019.

⁶ UNCITRAL Modellgesetz übergrenzt über schreitende Insolvenzen <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/mediadocuments/uncitral/en/insolvency-e.pdf> E.T. 20.09.2019.

⁷ Aciz Hukuku Hakkında Avrupa Parlamentosu 20 Mayıs 2015 tarihli Konsey Tüzüğü (AB) 2015/848.

1. İFLASIN EVRENSELLİĞİ HAKKINDA ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

A. Genel Olarak

Şirketler topluluklarının malvarlıklarının farklı ülkelerde bulunuyor olması nedeniyle iflasta evrensellik ilkesine son zamanlarda ihtiyaç artmıştır. Evrensellik ilkesi bağlamında iflas hakkında yapılan düzenlemelerin amaçları;

- Hakkında iflas kararı verilen borçlunun farklı bir ülkedeki mal varlığının iflas masasına girmesinin sağlanması,
- Yabancı bir ülkede alınan iflas kararının diğer devletlerde de tanınmasının ve icrasının sağlanması,
- Birden çok devlette yer alan mal varlığının tek bir merkezden koordine edilerek tüm ilgili devletlerin işbirliği ile yapılabilecek bir tasfiyenin sağlanması olarak özetlenir⁸.

Evrensellik ilkesi, yalnızca iflas tasfiyesini değil acze düşmüş borçluların borçlarının yeniden yapılandırılması ve konkordato kurumlarını da kapsar şekilde devletler arası işbirliğini düzenleyen hükümlerden meydana gelir⁹. Bu ilke iflas kararının sınırötesi etkisi hakkında temel iki ilkeden birisidir¹⁰. Diğer ilke olan mülkîlik anlayışına göre ise iflas kararı yalnızca verildiği ülkenin sınırları içinde etkilidir¹¹. Ülkelerin ekonomik ve sosyal politikalarına göre iflas kararının etkisi konusunda bu iki ilke arasında tercih yaptıkları, son dönemde ise birbiri içine geçmiş şekilde bu ilkelerin anlamlandırıldığı görülür. Bu gelişimin etkisiyle milletlerarası yetkiyi belirleyen borçlunun yerleşim yerinin/ merkezinin belirlenmesi konusunda tüzel kişilerin yalnızca sicile kayıtlı olduğu yer değil, şirket faaliyetlerinin yoğunlaştığı - daha doğru bir ifadeyle temel menfaatler merkezi (COMI¹²) - yer mahkemesinde, borçlu hakkında iflas kararı alınabilmesi gündemdedir¹³. Bu bağlamda Birleşmiş Milletler'in ve Avrupa Birliği'nin yaptığı düzenlemeler ele alınmaktadır.

⁸ Avrupa Birliği İflâs Tüzüğü (VERORDNUNG (EU) 2015/848 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES- EuInsVO Avrupa Birliği Resmi Gazetesi 05.06.2015 L 141 /19) Art. 56ff ve Art. 71. Ayrıca bkz. Berkin, Necmeddin M.; İflâs Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972, s. 68. Budak, Ali Cem; "İflâsın Belirli Uluslararası Yönleri Hakkında Avrupa Konseyi Konvansiyonu" İstanbul Barosu Dergisi, 1990, S. 2, s. 836. Yeşilirmak, Ali; Uluslararası Hukukta İflas, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 5.

⁹ Hüppi, Janick; Konkursanfechtungen im schweizerischen Hilfskonkurs, Unterbesonderer Berücksichtigung des Vorentwurfs zur Revision des 11. Kapitels des IPRG, Zürich - Basel - Genf 2018 (= ZStV 186), s. 11. Kuru, Baki; İflâsveKonkordatoHukuku, Alfa Basımevi, İstanbul 1992, s. 541.

¹⁰ Güneysu Güngör, Gülin; Milletlerarası Özel Hukukta İflâs, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997, s. 4. Yeşilirmak, Ali; UluslararasıHukuktaİflas, On İkiLevhaYayıncılık, İstanbul 2010, s. 31. Münchener Kommentar InsO, ElfterTeil. Internationales Insolvenzrecht Vorbemerkungen vor §§ 335 ff. InsORn. 19 - 22, 3. Band 3.Auflage, 2014 (beck-online).

Günter, Michael; Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz, Zur Berücksichtigung von Insolvenzverfahren und ihren Auswirkungen vor internationalen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz, Zürich - Basel - Genf 2011, s. 72.

¹¹Spühler Karl/Rodriguez Rodrigo, Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2013, s. 145.

¹² Center of Main Interest, Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners.

¹³ Özmunçu, Seda; Avrupa Birliği Külli Takip Hukukunda Temel Menfaatler Merkezi (Centre Of Main Interests) Ve Forum Shopping, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 6. Atalı, Murat; Avrupa Birliğinde İdare Merkezi Teorisinin Milletlerarası İflas Hukuku Bakımından Geçerliliği, Legal Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi, 2006/2, s. 883.

B. Tarihsel Gelişim

Modern hukukun yer ve zaman olarak uygulanması hakkındaki temeller 1840 tarihine dayanır¹⁴. Sınır ötesi iflas hakkında işbirliği çalışmaları, bu tarihten çok daha öncelere dayanır¹⁵. Tüm Batı Avrupa’da malvarlığı ve hukuki ilişkileri Pistoia Ammanati Bankası, bugünkü İtalya coğrafyasında Pistoia Cumhuriyeti’nde kurulur¹⁶. 1302 tarihinde banka iflas ettiğinde Papa VIII. Bonafacius’un emriyle bankanın tüm malvarlığı İtalya’ya toplanarak tasfiye gerçekleştirilir. Bu tasfiye, sınırötesi etkiye sahip iflas tasfiyesinin bilinen ilk örneklerindedir¹⁷. 1825 yılında İsviçre Konfederasyonu ile Wüttemberg Krallığı arasında yapılan *İflâs ve Tasfiye İşlemlerine İlişkin Adli Yardım Anlaşması* ile taraflardan birinin mahkemelerinde verilen iflas kararı ile diğer taraf içinde de, iflasın otomatik olarak açılacağı yönünde adli yardım anlaşması yapılır¹⁸. İsviçre ile Fransa arasında 1869 tarihinde yapılan ve 4 Ekim 1935 tarihinde güncellenen Mahkemelerin Yetkisi ve Özel Hukuk Konulu Mahkeme Kararlarının Tenfizi Hakkında Sözleşme’nin¹⁹ 6.maddesi ile İsviçre’de ve Fransa’da ticarethanesi bulunan isviçrelilerin ve fransızların Fransa’da veya İsviçre’de iflasına karar verilebileceği kabul edilir²⁰. Ayrıca Amerikan devletleri arasında Montavideo Anlaşmaları ile Bustamento Kodu, 1933 yılında Danimarka, Norveç, İzlanda, Finlandiya ve İsveç arasında İskandinav İflâs Anlaşması²¹ da iflas bakımından işbirliğini düzenleyen anlaşmalara örneklerdir²².

Küresel anlamda iflas hukukuna ilişkin Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan 1997 yılında Sınırötesi İflas Hakkında Model Kanun²³ önem arz eder²⁴. Model Kanun, küresel çapta sınırötesi aciz hukuku bağlamında verilen kararların tenfizi ve tasfiye konularında işbirliği uygulamalarına bir standart getirmeyi amaçlar²⁵. Model Kanun’un yayımından sonra, Uluslararası Para Fonu ve Dünya Bankası ile işbirliği içinde uluslararası yeniden

¹⁴ Savigny, Friedrich Carl; System des Heutigen Römischen Rechts, Band 8 Berlin 1849, s. 8 (http://www.deutschestextarchiv.de/book/view/savigny_system08_1849?p=30 E.T. 17.12.2019).

¹⁵ Rodriguez Rodrigo/ Meier Niklaus; “Entwicklungen im Schweizerischen und Internationalen Insolvenzrecht”, Zeitschrift für Europarecht, s. 96-117.

¹⁶ Yeşilırmak, s. 11.

¹⁷ Tekin, Ceren; Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Çok Uluslu Şirketlerin İflası, Güncel Yayınevi, İzmir 2007, s. 29. Yeşilırmak, Ali; Uluslararası Hukukta İflas, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.12.

¹⁸ Übereinkunft Zwischen Der Schweizerischen Eidgenossenschaft Und Der Krone Württemberg GS 25, 71 BGS.233.21 https://bgs.so.ch/app/de/texts_of_law/233.21/versions (E.T 17.12.2019).

¹⁹ Zu satz akte Zum Vertrag Vom 15. Juni 1869 Zwischen Der Schweiz Und Frankreich Über Den Gerichtsstand Und Die Vollziehung Von Urteilen In Zivilsachen.

²⁰ Fritzsche Hans, Pestalozzi Alice; Zivilprozeßrecht und internationales Privatrecht der Schweiz im Jahre 1937 Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 12. Jahrg., H. 3/4 (1938/39), s. 577-604 s. 599 (https://www.jstor.org/stable/27872746?seq=23#metadata_info_tab_contents E.T. 16.12.2019). Berkin, s. 74.

²¹ Inter-Nordic Insolvency Convention.

²² Güneysu Güngör, Gülin; UNCITRAL Model Kanun Tasarısı ve Milletlerarası İflas, Banka Hukuk Dergisi 19 (2), s. 65. Farklı örnekler için ayrıca bkz. Budak, Ali Cem; “İflâsın Belirli Uluslararası Yönleri Hakkında Avrupa Konseyi Konvansiyonu” İstanbul Barosu Dergisi, 1990, S. 2, s. 837.

²³ UN General Assembly Decision No. 52/158 (30 Haziran 1998).

²⁴ Metinde bundan sonra UNCITRAL Model Kanun olarak yer alacaktır. Ayrıca bkz. Markus, Alexander R., Das neue UNCITRAL-Modellgesetz Betreffend Grenzüberschreitende Insolvenz, SZW 1998 s. 15; Uhlenbruck-Lüer/Knof; InsO, InsOvor § 335 Rn. 15, 15. Auflage 2019, beck-online E.T. 23.04.2020.

²⁵ Gottwald, Peter; Insolvenzrechts-Handbuch, Kapitel XIV. Internationales Insolvenzrecht § 135. Übereinkommen und Modellregeln zum Internationalen Insolvenzrecht Rn. 8, beck-online.

yapılandırma yasası geliştirmek için bir çalışma grubu görevlendirilir. 25 Haziran 2004 tarihinde ayrıntılı bir 'İflas Hukuku Rehberi' kabul edilir²⁶. Bu rehberde şirket toplulukları hakkında iflâs, sınır ötesi iflas işlemlerinde işbirliği, iflas idareleri arasında iletişim ve koordine, COMI kavramına ilişkin kuralların standartlaştırılması, aciz içindeki şirketlerin yöneticilerinin yönetim görevlerine dair açıklamalar yer alır²⁷. Model Kanun'da son olarak 2 Temmuz 2018 tarihinde yapılan değişikliklerde yabancı iflâs kararlarının tenfizi hakkında yenilikler yer alır²⁸.

Avrupa Topluluğu'nun kurucu üyeleri Roma'da 1957 tarihinde yapılan Avrupa Ekonomik Topluluğu Sözleşmesi'nin 220. maddesine dayanarak özel hukuk uyumsuzluklarında yargı yetkisi ve yargı kararlarının tanınması ve uygulanmasına ilişkin kurallar geliştirmeye karar verir²⁹. Ancak iflas hukuku, o zamanki ekonomik ve yasal zeminin müsait olmaması nedeniyle 1968 Brüksel Yönergesi m. 1/2'de görüldüğü üzere bu işbirliğinin dışında tutulur. Aciz Usulleri Hakkındaki Konvansiyon 23 Kasım 1995 tarihinde Avrupa Birliği üye devletlerince imzalanır. Ancak İngiltere'nin Konvansiyon'u kabul etmemesi nedeniyle, resmi olarak bu konvansiyon yürürlüğe girmez. Mayıs 1999'da Avrupa Adalet ve İçişleri Konseyi tarafından Aciz Usulleri Hakkında Konvansiyon Taslağı'nın tüzüğe dönüştürülmesi önerilir. Çalışmalar kapsamında bir tasarı hazırlanır. 29 Mayıs 2000 tarihinde 1346/2000 sayılı Uluslararası Aciz Usulüne İlişkin Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü kabul edilir. Bu Tüzük, 31 Mayıs 2002 tarihinde yürürlüğe girer³⁰. 20 Mayıs 2015 tarihinde 848/2015 sayılı Avrupa Birliği Aciz Tüzüğü üye devletler tarafından onaylanır. Tüzük, 5 Haziran 2015 tarihinde Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayımlanır³¹. Ancak yürürlük maddesi olan madde 92 uyarınca Tüzük'te yer alan bazı hükümler daha geç yürürlüğe girer³². 2015 tarihli Tüzük Avrupa Birliği sınırları içinde sadece tasfiye süreci hakkında değil aynı zamanda yeniden yapılandırma konusunda da modern düzenlemeleri amaçlar. Tüzük, borçluların iflâsının önlenmesi için alınacak tedbirlerin tüm Avrupa Birliği içinde etkinliği, iflâs idarelerinin Avrupa Birliği sınırları içinde işbirliği, iflâsın açılması konusunda gözetilecek yetki, uygulamada iflâsın evrenselliği ilkesinin yan etkileri konularını içerir.

Avrupa Birliği Aciz Tüzüğü'ne dair yan düzenlemelere 2015 yılından sonra devam edilir. 2016 yılında Avrupa Birliği Komisyonu, iflâs tasfiyesi ve yeniden yapılandırma süreçleri bağlamında Avrupa Birliği sınırları içinde etkili önleyici tedbirlerin düzenlenmesi ve yeknesaklaştırılması konulu bir teklif sunar. Bu teklif, 2019/1023 sayılı *Borçların Yeniden Yapılandırılması Ve Tasfiyesi Kapsamında İflas Ve Tasfiye İle İlgili Prosedürlerin Etkinliğini Artırmaya Yönelik Ve (AB) 2017/1132 Sayılı Direktif Değişikliği Hakkında (Yeniden Yapılandırma Ve İflas) Yönerge* olarak Avrupa Birliği Resmi Gazetesi'nde 26 Haziran 2018 tarihinde (S. L 172/18)

²⁶ Legislative Guide on Insolvency Law of the United Nations Commission on International Trade Law: Draft Resolution (A/C.6/59/L.12)" United Nations General Assembly A/59/17, S. 21.

²⁷ Gottwald, Rn. 9.

²⁸ https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Interim_MLIJ.pdf E.T. 19.12.2019.

²⁹ Bayram, Mehmet Hanifi; Avrupa Birliği Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 39.

³⁰ Süreç hakkında ayrıca bkz. Ekşi, Nuray; Budak, Ali Cem; Uluslararası Aciz Usulüne İlişkin Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü. Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5 S. 1 2003, s. 42, 43. Braun, EuInsVO Art. 1 Rn. 6, (beckonline E.T. 20.04.2020).

³¹ Official Journal L 141/19.

³² Rodriguez, Meier; s. 97.

yayımlanır³³. Bu Yönerge aynı zamanda şirket toplulukları hakkında düzenlemeler içeren 2017/1132 sayılı Direktif'in³⁴ tasfiye sürecine dair hükümlerini (m. 20, 30, 34) de değiştirir.

C. Türk Hukukunda İflasın Evrenselliği İlkesi

İcra ve İflâs Kanunu madde 184'e göre iflas açıldığı anda müflisin haczi kabil bütün malları nerede olursa olsun bir masa teşkil eder ve alacakların ödenmesine tahsis olunur. Bu hükme ilişkin İcra ve İflâs Kanununun Tatbikatına Dair Nizamname³⁵ madde 40'ta da *ecnebi memleketlerde bulunan mallar Türkiye'de açılan iflas lehine paraya çevrilebilip çevrilemeyeceği hususu nazara alınmaksızın bu deftere kaydolunur* ifadesi yer alır. Görüldüğü üzere ilgili düzenlemelerde borçlunun malvarlığı hakkında bir yetki sınırı gözetilir. Usul hukuku kurallarının kamu düzeninden olması nedeniyle bir yabancımanın iflas yolu ile takip edilmesinde dahi usul hukuku bağlamında Türk hukukunun uygulanması gerekir³⁶. Ancak Türk doktrinine göre iflasın sınırötesi etkisi, ancak karşılıklı anlaşmalara bağlı ortaya çıkar³⁷. Bu anlamda Almanya, Fransa, Lüksemburg, Yunanistan ve Türkiye'nin katılımı ile 1990 yılında sağlanan İstanbul Konvansiyonu dikkat çeker. Konvansiyon'un en az üç Avrupa Konseyi üyesi devlet tarafından onaylanması gerekmektedir. Ancak sadece Güney Kıbrıs tarafından onaylandığından³⁸ Konvansiyon, yürürlüğe girmez. Bu nedenle iflasta evrensellik ilkesinin Türk hukukunda yurt dışında alınan iflâs kararları hakkında benimsendiği söylenemez³⁹.

İcra ve İflâs Kanunu madde 219'da *pek uzak yerlerde veya yabancı memleketlerde ikamet eden alacaklılar için müddet uzatılabilir* ifadesi ile aslında iflasın tasfiyesinde yabancı ülkelerde mukim alacaklıların Türk hukukuna göre devam eden tasfiyeye eşit olarak kabul edileceği belirtilir⁴⁰. Ancak Türkiye'de iflas eden bir borçlunun malları için Türkiye dışında bir ülkede iflas masası teşkil edilmiş ise o ülkedeki alacaklılar Türkiye'deki iflâs masasına kabul edilmez⁴¹. Aksi takdirde alacaklının hem Türkiye dışında hem de Türkiye içinde iflâs masasından alacağını karşılaması, sorun oluşturur. Çünkü farklı masalara alacağını kaydettiren alacaklı bu ihtimalde ya Türk alacaklılara göre daha fazla tatmin edilmiş olur ya da kendisine mükerrer ödeme yapılmış olur. Bu ihtimal, iflâs alacaklılarının sırasına dair düzenlemelere (İİK m. 206) aykırı olacağından doğru bir uygulama olarak kabul edilemez. Dolayısıyla Türkiye'de yabancı bir iflas kararının icra edilebilmesi için öncelikle Türk mahkemelerinden tenfiz kararı alınmalıdır. Çünkü Türk hukuku iflâsın

³³ Directive (EU) 2019/1023 Of The European Parliament And Of The Council Of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132 (Directive on restructuring and insolvency).

³⁴ Avrupa Birliği Resmi Gazetesi 30 Haziran 2017 L 169/46 .

³⁵ RG. 2215 02.10.1932.

³⁶ Berkin, s. 76.

³⁷ Üstündağ, s. 19; Berkin, s. 76. Ansay, Sabri Şakir; Hukuk İcra ve İflas Usulleri, 5. Bası, Ankara 1960, s. 217. Kuru, İflâs ve Konkordato Hukuku, s. 548.

³⁸ Yeşilirmak, s. 16.

³⁹ Budak, Ali Cem; "İflâsın Belirli Uluslararası Yönleri Hakkında Avrupa Konseyi Konvansiyonu" İstanbul Barosu Dergisi, 1990, S. 2, s. 836 ve devamı. Rodriguez, Meier; s. 98. ; Tekin, s. 27. Yeşilirmak, s. 229.

⁴⁰ Berkin, s. 75.

⁴¹ Belgesay, M. Reşid; İcra ve İflâs Hukuku İkinci Cild, İkinci Basım, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1953, s. 64.

kendiliğinden sınır aşıcı etkisini tanınmaz. Bu nedenle yabancı mahkemenin verdiği iflâs kararı Türk hukukunun tenfiz ile hüküm ve sonuç doğurmasına izin verdiği andan itibaren Türkiye’de hüküm ve sonuç doğurur⁴².

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi genel olarak Milletlerarası Özel Hukuk Usulü Kanunu’nda (MÖHUK) düzenlense de iflas kararları özelinde bir düzenleme Türk hukukunda yer almaz⁴³. İflas kararının etkisi ve konunun kamu düzeni boyutu gözetildiğinde yabancı iflâs kararının Türkiye’de hüküm ve sonuç doğurabilmesi için tenfizi mümkündür⁴⁴. Tenfiz kararı için Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un tenfize ilişkin 50. madde ve devamı hükümleri uygulanır. İflâs kararının tenfizi için yabancı mahkemece verilmiş olan iflâs kararının kesinleşmiş olması (MÖHUK m. 50/1), iflâs kararının Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmemesi yani tenfizi istenen iflâsın muamele merkezi Türkiye olan bir borçlu hakkında olmaması⁴⁵ (MÖHUK m. 54/1-b), iflâs kararını veren ülke ile karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın⁴⁶ bulunması (MÖHUK m. 54/1-a), iflâs kararının Türk kamu düzenine açık aykırılık içermemesi⁴⁷ ve hukuki dinlenilme hakkının tenfizi istenen karara konu talep incelenirken ihlâl edilmemiş olması şartlarının gerçekleşmesi gerekir. İflâs kararının tenfizi, Türk Ticaret Kanunu madde 5 gereğince borçlunun Türkiye’de muamele merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinden talep edilir. Tenfiz kararı verilmesi halinde Türk hukukuna göre kendiliğinden bir iç tasfiye başlar.

Sınır ötesi iflâs uygulamaları bakımından şekli iflâs hukuku kuralları ile maddi iflâs hukuku kuralları birbirinden ayrılır. Bu bağlamda *dava ve takiplerin durması-düşmesi gibi sorunlarla ilgili* şekli hukuk bakımından Türk hukuku uygulanır. Örneğin *iflâsa tâbi kişilerin tespitine, iflâs sebeplerine ve iflâsın hukukî sonuçlarına ait* maddi iflâs hukuku kuralları bakımından hakkın özelliğinden yola çıkılarak hangi hukukun uygulanacağı belirlenir⁴⁸.

D. İflâsın Evrenselliği İlkesinin Yan Etkisi Olarak Forum Shopping

Milletlerarası yetkiyi belirleyen borçlunun yerleşim yerinin/ merkezinin belirlenmesi konusunda yeni yönelimler, yanında yeni tartışmaları da getirir. Bu anlamda tüzel kişilerin yalnızca sicile kayıtlı olduğu yer değil, şirket faaliyetlerinin yoğunlaştığı yer de merkez kabul edilir. Böylece borçlunun şirket faaliyetlerinin yoğunlaştığı yerde de şirket hakkında iflas kararı alınabilir. Farklı yetki çevrelerinde

⁴² Güneysu Güngör, s. 179.

⁴³ RG. 12.12.2007 S. 26728. Metinde MÖHUK olarak kısaltılacaktır.

⁴⁴ Güneysu Güngör, s. 75; Yeşilirmak, s. 186 ve devamı. Önal, Ali; Yabancı Unsurlu İflas Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi Sorunu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 2898. Kuru, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü C. VI, Demir Yayıncılık, İstanbul 2001, s. 5769.

⁴⁵ Güneysu Güngör, s. 181. Kuru, İflâs ve Konkordato Hukuku, s. 549 dn. 26.

⁴⁶ Ayrıca bkz. Kuru, İflâs ve Konkordato Hukuku, s. 548. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü VI. Cilt, s. 5774 ve devamı.

⁴⁷ Örneğin Türk hukukunda tacir olmadığı için (İİK m. 43 gereğince) iflâsa tabi olmayan birisi hakkında verilen iflâs kararının tenfizinin talebi halinde kamu düzenine aykırılık sözkonusudur (Güneysu Güngör, s. 182).

⁴⁸ Yeşilirmak, s. 200. Güneysu Güngör, s. 143. Şanlı, Cemal; Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 407. Nomer, Ergin; Devletler Hususi Hukuku, 22. Baskı, Beta, İstanbul 2017, s. 520.

uyuşmazlığa konu vakıaların nitelemesi, uyuşmazlığa uygulanacak maddi veya şekli hukuku değiştirebilir⁴⁹. Forum Shopping, mahkemeler hakkındaki yetki kuralları kullanılarak, uyuşmazlık hakkında yasal veya olgusal avantajlar sağlanmasıdır⁵⁰. Avrupa Birliği uygulamasında da alacaklıların çoğunluğunun menfaatine olmayan forum shopping uygulamaları söz konusu olur. Forum shopping ile yetki kuralları kullanılarak bir yandan alacaklıların tasfiye sürecine katılabilmeleri önlenmeye ve böylece bir kısım alacaklıların tatminin kısıtlanmasına, diğer yandan da borçlu için en kârlı tasfiye sisteminin seçilmesine çalışılır⁵¹.

ABD hukukunda Bölüm 11 bağlamında iflas yargılamaları hakkında 2013 yılında Amerikan İflas Enstitüsü tarafından bir rapor hazırlanır. Bu raporda ABD mahkemelerindeki Forum Shopping uygulamalarına dikkat çekilir. Rapora göre sınır ötesi iflâs kararlarının tenfizi talep edilen mahkemeler, yerel içtihatlarını en az direnç göstererek ve azami uyarlamaya yönelik değiştirmektedir⁵². Ancak ABD hukuku irdelendiğinde görev ve yetki meselesi gibi usul hukuku konularında ayrıntılı düzenlemelerin ve içtihatların varlığı dikkat çeker⁵³. Nitelikleri önem arz eden bazı uyuşmazlıklardan olan sınır ötesi iflâs davalarının tanınması ve tenfizi, özellikleri nedeniyle federal mahkemelerde görülür⁵⁴. Eleştiri sebebi olan direnç ve uyarlama, Bölüm 15 ile sınır ötesi iflas uyuşmazlıklarda tanıma ve tenfiz bakımından Model Kanun'un Amerikan hukukunda benimsenerek karşılıklılık konusunda katı bir incelemeyi gerektiren içtihatların yumuşatılarak tenfizin, mümkün hale getirilmesidir.

Forum shopping uygulaması şöyle görülür: borçlu hakkında iflâs talep edecek alacaklı, borçlu ile anlaşarak iflâsın açılmasını farklı ülkelerde tanınmaya elverişli olmayan bir yetkili ülke mahkemesinde sağlar. Yalnızca Avrupa Birliği Aciz Tüzüğü madde 6'ya göre iflâsın açıldığı yer mahkemesinin bulunduğu yerdeki mahkemelerin yetkili kılındığı tasarrufun iptali davalarıyla ilgili (örneğin, iptale tabi tasarruflar belirlenirken öngörülmüş zaman diliminin daha kısa olması gibi⁵⁵) beklentiler doğrultusunda iflâsın açılacağı yer mahkemesi belirlenmek istenir. Henüz Avrupa aciz sicili olmaması nedeniyle iflas kararının aleniyetinin sağlanamayacağı yer mahkemelerinden iflas kararı alınarak, diğer alacaklıların önüne geçilebilir.

⁴⁹ Tartışmalar için ayrıca bkz. Özmumcu, s. 20 ve devamı; Atalı, s. 888 ve devamı.

⁵⁰ LG Kiel Beschl.v. 31.10.2011 – 13 T 138/11, BeckRS 2012, 11626, beck-online.

⁵¹ Frind, Frank: Plaedoyer für Eine Europarechts konforme Nationale Beschränkung Inzolvvenzbezogener Zustandigkeitsmanipulation, NZI 2019, s. 697 (beckonline E.T. 09.09.2019).

⁵²Frind, s. 699.

⁵³ Walters, Adrian; Modified Universalisms and The Role of Local Legal Culture In The Making Of Cross-Boarder Insolvency Law, American Bankruptcy Law Journal Volume 93 47 (2019), s. 47-110. ABD hukukunda görev (subjectmatter of jurisdiction) kuralları önemli bir yer tutmaktadır. Görev kurallarına Birleşik Devletler Anayasası madde 3 anayasal bir nitelik kazandırır. Konunun ayrıntıları ise Amerika Birleşik Devletleri Kanunu (The Code Of Laws of The United States Of America) 1331. bölümünde düzenlenmiştir. Mahkemelerin görevi belirlenirken birçok yöntemden yararlandırılmaktadır (Mulligan, Lumen N.;You Can't Go Holmes Again, Northwestern University Law Review Volume 107 Number 1, 2012, s. 242 ve devamı). Bu yöntemler aslında hakkın ve taleplerin niteliğine göre görevli mahkemenin belirlenmesini sağlayan birkaç ön incelemeyi temsil etmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde ilk derece mahkemelerini federal mahkemeler ve eyalet mahkemeleri olarak ayırmak gerekir.

⁵⁴ Brubaker, Ralph; On The Nature Of Federal Bankruptcy Jurisdiction: A General Statutory And Constitutional Theory, William And Mary Law Review Volume 41 N. 3 2000, s. 743-941. Daley, Paul P. ve Shuster, George W; Bankruptcy Court Jurisdiction, DePaul Business and Commercial Law Journal Volume 3 Issue 3 Spring 2005, s. 383-435.

⁵⁵ Kıyaslayınız, İcra ve İflâs Kanunu madde 280/I.

Alacaklılar, genelde borçlunun aktiflerinin en fazla olduğu yeri borçlunun merkezi olarak görmeye meyillidir. Bu nedenle de iflasın açılacağı yer mahkemesi olarak borçlunun malvarlığının fazla olduğu yerlerin belirleneceği düşünülür. Ticari hayatın bu olağan uygulamalarından farklı bir yerde iflâs tasfiyesinin başlatılması, alacaklıların süreleri kaçırmamasına veya hukuki dinlenilme hakkının ihlâline, devamında bir kısım alacaklıların diğer alacaklılara göre daha az tatmin edilmesine sebep olur. İflâs idaresini kendisinin belirlemesine izin verilen (Hollanda örneğinde olduğu gibi) iç hukuk uygulamalarını tercih ederek borçlunun bu ülkelerde iflâsını istemesi de, aynı yan etkileri doğurabilir⁵⁶. Bu uygulamalar, devamında borçlunun faaliyet yürüttüğü sektördeki farklı şirketlerin iflası sonucunu doğurur (kar topu etkisi)⁵⁷. Bu durum, iflas idaresi hakkında açılan sorumluluk davalarının yaygınlaşması şeklinde tepkiler oluşturur⁵⁸.

2. İSVİÇRE İFLAS HUKUKUNDA SINIRÖTESİ UYUŞMAZLIKLARA İLİŞKİN GÜNCEL GELİŞMELER

A. Genel Olarak

İsviçre hukukunda iflas kurumu hakkında uygulanacak temel norm İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda⁵⁹ yer alan (İsviçre İcra ve İflâs Kanunu madde 159 ile adi iflas takibi ile başlayan ve iflâsın açılması başlıklı İcra ve İflâs Kanunu madde 190 ile başlayan ve tasfiyenin düzenlendiği hükümlerle devam eden) düzenlemelerdir. İsviçre İcra ve İflâs Kanunu madde 197 madde metnine bakıldığında iflasın açılması ile borçlunun tüm malvarlığı iflas masasına dahil olur. Bir yetki sınırı belirtilmeksizin kaleme alınan madde metni, iflasta evrensellik ilkesini yansıtır. Ancak iflasta evrensellik ilkesi, yalnızca milletlerarası anlaşmalar dahilinde İsviçre dışında geçerli olabileceği şeklinde anlaşılır⁶⁰. Bu nedenle İsviçre hukukunda pasif mülklik ilkesi geçerlidir.

İsviçre Milletlerarası Özel Kanunu'nda yer alan iflasa ilişkin hükümlerin uygulanması için yabancılik unsuru önem arz eder. Yabancılik unsurunun belirlenmesi için gözetilecek kıstaslar şöyle açıklanır⁶¹:

- Borçlunun yerleşim yeri veya merkezi İsviçre olmalıdır.
- Borçlunun ticari faaliyetlerinden dolayı İsviçre dışında alacaklı ve borçlu olması ve / veya İsviçre dışında şubeleri veya daimi kurumları vardır.

⁵⁶ Frind, s. 699.

⁵⁷ Örneğin; Urteil (Bundesverwaltungsgericht) B-5964/2017 vom 10.05.2019 (swisslex E.T. 27.09.2019). Ayrıca bkz. Özmunçu, s. 66 vd.

⁵⁸ Frind, s. 700.

⁵⁹ SR 281.1 AS 11 529 11.04.1889. Metin içinde SchKG şeklinde kısaltılacaktır.

⁶⁰ Kren Kostkiewicz Jolanta, in: SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 19. Aufl., Zürich 2016, Art. 197 A. Konkursmasse 1. Im allgemeinen N 2 . Basler Kommentar Über Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II, 2. Auflage, Helbing LichtenhahnVerlag, Basel Schweiz, Art. 197, N. 96 ff. Kindler, Peter; Nachmann, Josef; Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 2. Teil: Länderberichte Schweiz 4. Ergänzungslieferung 2014 Rn. 210, 211 (beck-online). Häusermann Marco/Hofer Urs, Pfandrechte in der Insolvenz / III. Pfandrechte in der Insolvenz / 2. - 4., in: Sprecher Thomas (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VII, Kreditsicherheiten, Zürich - Basel - Genf 2016, s. 44. Markus, s. 16

⁶¹ Rodriguez Rodrigo, in: Zürcher Kommentar zum IPRG - Band II - Art. 108a-200, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 3. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2018, Vorbemerkungen zu Art. 166-175 IPRG / A. - B. N 10 .

- İsviçre dışında devam eden bir tasfiye nedeniyle (borçlunun yerleşim yeri veya merkezi İsviçre olmasa da) İsviçre'deki (ikincil veya yardımcı iflasın) mal varlıklarına el atılmak istenir.

İsviçre hukukunda yabancı bir mahkemede alınan iflas kararının tanınması ile doğacak etkiler bakımından temel olarak İsviçre Milletlerarası Özel Kanunu (IPRG) madde 166 ve devamında yer alan iflasın tanınması, etkisi ve tanıma kararıyla iç yardım hususundaki düzenlemeler değerlendirilir.

B. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda Yabancı Mahkemelerin Verdiği İflas Kararının Tanınması Ve Tenfizi

Fiil ehliyeti incelemesi, İsviçre hukukunda borçlunun milli hukuku bağlamında yapılır (IPRG Art. 35). İflasın borçlunun milli hukukuna göre açılması, borçlunun İsviçre'deki fiil ehliyetini etkiler⁶². Bu durumda borçlunun malvarlığı üzerinde tasarruf hakkına sahip olan iflas idaresinin İsviçre hukukunda hareket sınırları tartışılır. Yabancı iflas idaresinin İsviçre içinde işlem yapabilmesi, öncelikle iflas idaresinin tasarruf yetkisini sağlayan iflas kararının İsviçre mahkemelerinde tanınmasına bağlıdır (IPRG Art. 170). Aksi takdirde yabancı iflas kararının kendiliğinden İsviçre'deki bir malvarlığını veya yargılamayı etkilemesi mümkün değildir^{63, 64}. İsviçre hukukunda kural olarak bir iflas (IPRG Art. 175'e göre konkordato veya bu karakterdekiler de dahil) kararının tanınması için icrası kabil ve kesinleşmiş bir iflas kararının olması, karar verilen ülke ile müteakabiliyet şartının sağlanması, verilen kararın İsviçre kamu düzenine aykırı olmaması (IPRG Art. 25 ve 27), kararın ya borçlunun merkezinin bulunduğu yer mahkemesince ya da borçlunun faaliyetinin yoğunlaştığı yer mahkemesince verilmiş olması gerekir (IPRG Art. 166 ayrıca bkz. IPRG Art. 174c)⁶⁵. İflas kararının tanınması ile iflasın hüküm ve sonuçları İsviçre'de de doğar. Tanıma ile kural olarak yabancı iflas idaresinin borçlunun malvarlığına el atma yetkisi tanınması yanında İsviçre hukukuna göre bir iflas idaresi kurularak iflas tasfiyesi de başlatılır. Ayrıca İsviçre hukukuna göre yeni bir sıra cetveli hazırlanır⁶⁶. Yabancı iflas idaresi ya bu iflas idaresinin yanında tasfiyede yer alır ya da ayrıca tek başına yabancı iflas idaresine bir tasarruf hakkı tanınır.

C. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda İflâs Hukukuna Dair 1 Ocak 2019'da Yürürlüğe Giren Düzenlemeler

İsviçre'de 1989'dan itibaren⁶⁷ uluslararası iflas ilkeleri paralelinde düzenlemeler yürürlüktedir. Bu düzenlemeler iflasta mülkilik ilkesinin yumuşak

⁶² Hüppi Janick, Konkursanfechtungen im schweizerischen Hilfskonkurs, Unter besonderer Berücksichtigung des Vorentwurfs zur Revision des 11. Kapitels des IPRG, Zürich - Basel - Genf 2018 (= ZStV 186), s. 83. Siehr, Kurt; Grundfragen des Internationalen Konkursrechts, SJZ 95/1999 s. 87.

⁶³ Lorain, s. 57. Jakob Marjolaine, Die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter, Zürich - Basel - Genf 2018 (= ZStV 184), s. 31.

⁶⁴ Tasarrufun iptali hakkında IPRG Art. 171 bu kuralın istisnasını düzenlemektedir.

⁶⁵ Jakob, s. 35. Gehri Myriam A./Kostkiewicz Gregor H., Anerkennungs ausländischer Insolvenzscheidungen in der Schweiz – ein neuer Réduit National?, SZIER 2009 S. 193 ff., 205.

⁶⁶ Jakob, Hunsperger; s. 546.

⁶⁷ Bundesblatt 1983 I 450.

görüntüsü olarak ifade edilir⁶⁸. İsviçre’de yabancı mahkemede iflasın açılması yalnızca sınırlı bir etki doğurur.

Dünyada iflasın evrenselliği gelişmelerinin olmasına karşın mülkilik ilkesinin katı bir şekilde uygulandığı İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku Kanunu’nun⁶⁹ (IPRG) 11. Bölümünü oluşturan iflas ve konkordato düzenlemeleri ve uygulaması hakkında genel bir memnuniyetsizliğin varlığı⁷⁰, 2018’de İsviçre hukukunda bu konuda değişiklik⁷¹ yapılmasını sağlar. Bu değişiklik 01.01.2019 tarihinde yürürlüğe girer. Yapılan bu değişiklik temel olarak yabancı mahkemelerin aldığı iflas ve konkordato kararlarının tanınması ve icrasını kolaylaştırma amaçlıdır⁷². Gerekçe’ye göre mülkilik prensibi İsviçre’de sınır ötesi iflâs uygulamaları bakımından halen kural olarak devam etmelidir. Yani yapılan değişiklikler bir eksen kayması değildir. Amaç, sınırötesi iflas kararları ve tasfiye bağlamında usul ekonomisi gözetilerek uygulamadaki problemlerin çözümü ve mevcut düzenlemelerde açıklığın sağlanmasıdır. Çünkü, İsviçre içinde hukuk güvenliğinin sağlanması için yabancı alacaklılar bakımından gerekli düzenlemenin yapılması gerekir. Kaldı ki İsviçre’de alınan bir iflâs kararının farklı bir ülkede tenfizi için gereken karşılıklılık şartının somutlaştırılması, bu şekilde kanuni düzenlemelerle sağlanabilir.

Mahkeme kararlarına⁷³ da yansıtıldığı üzere İsviçre’de borçlunun malvarlığının doğrudan İsviçre dışındaki iflas masasına dahil olması İsviçre’nin ekonomik politikasına aykırıdır. Dolayısıyla yapılan ulusal düzenlemenin amacı İsviçre’de mukim alacaklıların haklarına İsviçre dışında bir iflas prosedürü ile el atılabilmesinin şartlarını açıklığa kavuşturur. Böylece iflasın tanınması konusundaki boşluk nedeniyle İsviçre’de mukim alacaklıların haklarına hâlel gelmesi ve yabancı mahkeme kararları ile hukuk düzeninin bozulması önlenir⁷⁴. Ancak yabancı iflâs kararının tenfizi kararı verilirken merkezi ve yerleşim yeri İsviçre olan rehin alacaklılarını ve imtiyazlı alacaklıları⁷⁵ zarara uğratıp uğratmadığı konusu mahkemece re’sen gözetilir (IPRG Art. 172). Bu anlamda yabancı bir mahkemenin verdiği iflas kararının İsviçre mahkemelerinde tenfizi kararı, ancak yerleşim yeri veya merkezi İsviçre olan alacaklıların taleplerine etkisi değerlendirilerek mümkün olur (IPRG Art. 173/3). Dolayısıyla yabancı mahkeme kararının İsviçre’de tanınabilmesi için başvuru yapılırken, yabancı iflâs tasfiyesi kapsamında hazırlanmış sıra cetvelinin ibraz edilmesi gerekir.

⁶⁸ Lorandi, Franco; “Das Internationale Insolvenzrecht der Schweiz im Umbruch Spaeter Aufbruch zu neuen Ufern” Europaeisches Insolvenzrecht- Grundsatzliche Fragestellungen der Prozessrechtsvergleichung, Gieseking Verlag Bielefeld, s. 53.

⁶⁹ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (18 Aralık 1987) (Metin içerisinde IPRG şeklinde kısaltılacaktır).

⁷⁰ JakobMarjolaine, HunspergerReto; Zur Liberalisierung des schweizerischen Internationalen Insolvenzrechts, NZI 2018, s. 545 (beck-online).

⁷¹ Yürürlüktarihi 01.01.2019 (AS 2018 3263; BBl 2017 4125).

⁷² Girsberger Daniel, Trüten Dirk; Entwicklungen im Schweizerischen Internationalen Privatrecht, SJZ 115/ 2019, S. 116, s. 116.

⁷³ 05.04.2018 tarihli Zürich OberGericht’in PS170265-O/U kararı bu örneklerden bir tanesidir.

⁷⁴ İsviçre merkezli alacaklıların iflasın evrenselliği bağlamında korunması hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Bruner, Alexander; Glaubigerschutz im International Konkursrecht, Aktuelle Juristische Praxis 1995 S. 3, s. 3-24.

⁷⁵ SchKG Art.219 kıyaslayınız İİK m. 206.

Sınır ötesi iflâs hakkında yapılan değişikliklere dair Gerekçe'de⁷⁶ yer alan istatistiksel bilgilere göre, İsviçre mahkemelerine sınırötesi iflâs konusu bağlamında gelen dosya oldukça sınırlı sayıdadır. Bu sayı 2010 ile 2016 yılları arasında altmış civarındadır. Taleplerin büyük bir kısmına konu iflâs kararları Avrupa Birliği üye devletleri özellikle de Almanya menşe'lidir. Ayrıca birkaç iflâs kararının da önce Avrupa Birliği ülkelerinde tenfizi söz konusu olduğu, daha sonra da İsviçre'den bu kararların tenfizinin talep edildiği görülür.

Mülklik prensibi gereğince yabancı iflâs mahkemesi kararının İsviçre'detenfizi kararı ile kendiliğinden bir iflâs tasfiyesi başlar. Ancak yeni düzenlemeyle bu kural istisnaen yumuşatılabilir. Böylece tanıma kararını veren mahkemenin takdiriyle yardımcı iç tasfiye başlatılmaksızın borçlunun mallarına yabancı iflas idaresinin el atabilmesinin önü açılır (IPRG Art. 174a/2)⁷⁷. Bu doğrultuda tanıma için başvuran alacaklının ya da iflas idaresinin yabancı tasfiye için hazırlanmış sıra cetvelini de mahkemeye ibraz etmesi gerekir. Mahkeme bu sıra cetvelini bilirkişi marifetiyle inceleyerek talebin kabulüne ya da reddine karar verir. Sıra cetveli hakkında inceleme, özellikle merkezi ya da yerleşim yeri İsviçre olan imtiyazlı alacaklıların haklarının etkilenip etkilenmediği hususunda yoğunlaşır⁷⁸.

Değişiklikle İsviçre dışında alınmış iflâs tasfiyesi ve aciz hukuku bağlamında alınan kararlar tanımanın kapsamına dahil edilir (IPRG Art. 174c). Böylece alacaklılara zarar vermek maksadıyla yapılmış fiillere karşı yabancı mahkemelerde alınan tasarrufun iptali kararlarının İsviçre'de tanınması kolaylaşır.

Tanınması talep edilen iflas kararı hakkında incelemenin hem uzun hem de masraflı olması nedeniyle karşılıklılık şartından yapılan kanun değişikliği ile vazgeçilmiştir⁷⁹. Çünkü İsviçre'de iflâs tasfiyesi için yapılan masrafın bazı durumlarda tasfiye edilecek malvarlığından çok daha fazla olması mümkündür.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku Kanunu'nda iflâs kararlarının tanıma ve tenfizi ile ilgili hükümlerinin 1 Ocak 2019'da yürürlüğe giren değişikliklerle birlikte tercümesi şu şekildedir:

11. Bölüm: İflâs ve Konkordato

Madde166⁸⁰: Tanıma

Bir yabancı iflas kararı, aşağıdaki durumlarda yabancı iflas idaresinin, borçlunun veya bir iflas alacaklısının talebi üzerine tanınır:

- a. *İflâs kararı, verildiği ülkede icra edilebilirse;*
- b. *(tanıma talebi hakkında red gerekçelerinin düzenlendiği) IPRG m. 27'deki (kamu düzenine aykırılık gibi) sebepler yoksa; ve*
- c. *1. Borçlunun yerleşim yerinde, veya*
2. Kararın alındığı anda borçlunun yerleşim yerinin İsviçre olmaması kaydıyla temel menfaatler merkezinin bulunduğu yerde tanınması talep edilen iflas kararı alınmışsa.

⁷⁶ Bundesblatt 2017 17.038.

⁷⁷ Lorandi, s. 55.

⁷⁸ Lorandi, s. 65.

⁷⁹ Lorandi, s. 60.

⁸⁰ AmtlicheSammlung 2018 3263; BundesBlatt 2017 4125.

Borçlunun İsviçre’de bir şubesi varsa, (bu şubeye karşı) 11 Nisan 1889 tarihli İsviçre İcra ve İflâs Kanunu’nun 50. maddesine göre başlatılan icra takipleri⁸¹ IPRG madde 169’a göre verilen tanıma kararına kadar geçerlidir.

11 Nisan 1889 tarihli İsviçre İcra ve İflâs Kanunu’nun 50. maddesine göre bir takip derdestse ve İsviçre İcra ve İflâs Kanunu (SchKG) madde 250’de belirtilen süreler işlemiyorsa⁸², derdest takip yabancı iflâs kararının tanınmasına kadar durur. Halihazırda kaydedilmiş olan talepler, 172 nci maddeye göre yardımcı iflas prosedürünün sıra cetveline dahil edilir. Tahakkuk eden yargılama ve takip masrafları,yardımcı iflas prosedürüne dahil edilir.

Madde 167: II. Yargılama/ 1. Yetki

II. Yargılama

1. Yetki

Borçlu İsviçre’de sicile kayıtlı bir şubeye sahipse, iflâs kararının tanınması talebi borçlunun sicile kayıtlı olduğu yerleşim yeri mahkemesinden istenir. Diğer bütün hallerde (borçlunun) İsviçre’de malvarlığının bulunduğu yer mahkemesinden tanıma talep edilir. (Tenfize ilişkin yargılamada yetkiyi düzenleyen IPRG) Madde 29 uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanır⁸³.

Borçlunun birkaç şubesi varsa veya varlıklar birden fazla yerde bulunuyorsa, ilk başvuru yeri (Kanton) mahkemesi yetkilidir⁸⁴.

Müflisin alacakları hakkında takip, müflisin borçlularının yerleşim yerinde/merkezinde yapılabilir.

Madde 168 II. Yargılama/ 2. Geçici Hukuku Korumalar

2.Geçici Hukuku Korumalar

Yabancı iflas kararının tanınması için başvuru yapılır yapılmaz, mahkeme, başvuranın talebi üzerine IPRG m. 162-165 ve 170 maddeleri⁸⁵ uyarınca geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verebilir.

Madde 169 II. Yargılama/ 3. (Tanıma kararının) İlanı

3. (Tanıma kararının) İlanı

Yabancı iflâs kararlarının tanınması hakkında verilen karar ilan edilir.

Bu karar, borç icra dairelerine, iflas dairelerine, tapu siciline ve mülkün bulunduğu yerdeki ticari sicile ve eğer varsa, İsviçre Federal Fikri Mülkiyet Enstitüsü’ne iletilecektir. Aynısı, yardımcı iflas işlemlerinin sonuçlandırılması ve feshi, iflasın iptali ve yardımcı iflas işlemlerinin yürütülmesinden feragat için de geçerlidir⁸⁶.

⁸¹ İsviçre İcra ve İflas Kanunu madde 50’de sair icra takiplerinden farklı olarak yurtdışında olan borçlu hakkında İsviçre’de başlatılan takip bakımından yetkiye ilişkin bir düzenleme yer almaktadır (karş. Türk İcra ve İflâs Kanunu madde 154/2).

⁸² Karş. İsviçre Borçlar Kanunu madde 135, 137 ve Türk Borçlar Kanunu madde 153 ve madde 156.

⁸³ AmtlicheSammlung 2018 3263; BundesBlatt 2017 4125.

⁸⁴ AmtlicheSammlung 2018 3263; BundesBlatt 2017 4125.

⁸⁵ AmtlicheSammlung 2018 3263; BundesBlatt 2017 4125.

⁸⁶ AmtlicheSammlung 2018 3263; BundesBlatt 2017 4125.

Madde 170 III. Hukuki sonuçlar / 1. Genel olarak

III. Hukuki sonuçları

1. Genel

Bu kanunda aksi öngörülmedikçe, yabancı iflas kararının tanınması, borçluların İsviçre'de bulunan varlıkları için İsviçre hukukunun iflas hukuku sonuçlarını gerektirir.

İsviçre kanunları kapsamındaki zamanaşımı süreleri, tanıma kararının yayımlanmasıyla başlar.

İflâs dairesince yapılan dağıtıma kadar yabancı iflâs idaresi veya 172 nci maddenin birinci fıkrası kapsamındaki alacaklılar, adi tasfiye usulünü talep etmedikçe ve ortaya çıkması muhtemel maliyetler için yeterli güvenliği sağlanıyorsa; iflas, basit tasfiye usulüne göre gerçekleştirilir⁸⁷.

Madde 171 III. Hukuki sonuçlar / 2. İptal davası

2. İptal davası

Tasarrufun iptali davası İsviçre İcra ve İflâs Kanunu madde 285-292 'ye tabidir⁸⁸. Yabancı iflas idaresi veya yetkili bir iflas alacaklısı tarafından da talep edilebilir.

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu madde 285-288a ve 292'de belirtilen süreler, yabancı iflas kararının açıldığı ana göre hesaplanır⁸⁹.

Madde 172 III. Hukuki sonuçlar / 3. Sıra Cetveli

3. Sıra Cetveli

Yalnızca (aşağıdakiler) sıra cetveline girer:

a. Rehinle güvence altına alınmış İsviçre İcra ve İflâs Kanunu madde 219 kapsamındaki alacaklar,

b. İsviçre'de ikamet eden alacaklıların teminatsız ancak imtiyazlı talepleri; ve

c. Borçlunun İsviçre ticaret siciline kayıtlı bir şubesi ile olan ilişkiden kaynaklı alacaklar⁹⁰.

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu madde 250 uyarınca açılacak sıra cetveline itiraz davası açmaya yalnızca birinci fıkrada yer alan alacaklılar ve yabancı iflâs idaresi yetkilidir⁹¹.

Eğer bir alacaklı iflasla bağlantılı bir yabancı prosedürde kısmen tatmin olmuşsa, bu kısım İsviçre'deki iflâs tasfiyesinde katlanılan maliyetler düşüldükten sonra hesaplanan iflas payı gözetilir.

⁸⁷ AmtlicheSammlung 2018 3263; BundesBlatt 2017 4125.

⁸⁸ Karş. Türk İcra ve İflâs Kanunu madde 277 ve devamı.

⁸⁹ AmtlicheSammlung 2018 3263; BundesBlatt 2017 4125.

⁹⁰ AmtlicheSammlung 2018 3263; BundesBlatt 2017 4125.

⁹¹ AmtlicheSammlung 2018 3263; BundesBlatt 2017 4125.

Madde 173 III. Hukuki sonuçlar / 4. Paraların Paylaştırılması / a. Yabancı sıra cetvelinin tanınması

4. Paraların Paylaştırılması

a. Yabancı sıra cetvelinin tanınması

Bu kanunun 172 nci maddesinin 1. fıkrasında yer alan alacaklıların tatmininden arta kalan miktar, yabancı iflas idaresine veya yetkili iflas alacaklılarına bildirilir.

Arta kalan miktar için yapılacak işlemler, yabancı sıra cetvelinin tanınması durumunda mümkündür.

Yabancı iflas kararını tanıyan İsviçre mahkemesi, yabancı sıra cetvelinin tanınmasında da yetkilidir. (Yapılan incelemede) Özellikle, İsviçre'de ikamet eden alacaklıların taleplerinin, yabancı sıra cetvelinde yeterince dikkate alınıp alınmadığı incelenir. Bu alacaklılar dinlenir.

Madde 174 III. Hukuki sonuçlar / 4. Dağıtım / b. Yabancı sıra cetvelinin tanınmaması

b. Yabancı sıra cetvelinin tanınmaması

Yabancı sıra cetveli tanınmazsa, İsviçre'de ikamet eden üçüncü sıra alacaklılara⁹² İsviçre İcra ve İflâs Kanunu madde 219 uyarınca kalan kısım dağıtılır⁹³.

Eğer sıra cetveli, belirlenen süre içinde hakim tarafından belirlendiği süre içinde ibraz edilmezse aynısı geçerlidir.

Madde 174a⁹⁴ III. Hukuki sonuçlar / 5. Yardımcı iflas prosedüründen feragat

5. Yardımcı iflas prosedüründen feragat

172 nci maddenin birinci fıkrası uyarınca herhangi bir talep yapılmadıysa, yabancı iflas idaresinin talebi üzerine, yardımcı iflas prosedüründen feragat edilebilir.

Yerleşim yeri İsviçre olan alacaklıların 172 nci maddenin birinci fıkrasında belirtilenler dışında talepte bulunmaları halinde, mahkeme, bu alacaklıların taleplerinin yabancı tasfiyelerde yeterince dikkate alınması durumunda yardımcı iflas işlemlerinden feragat edebilir. Bu alacaklılar dinlenir.

Mahkeme feragatnameye şartlar ve koşullar öngörebilir⁹⁵.

Eğer yardımcı iflas prosedüründen vazgeçilirse; iflasın açıldığı devletin kanunlarıyla yetkilendirilen iflâs idaresi İsviçre kanunlarına göre tüm yetkileri kullanabilir; özellikle varlıklarını yurtdışında harcayabilir ve süreçler yürütebilir. Bu yetkiler egemen eylemleri, zorlayıcı tedbirleri veya anlaşmazlıkları çözme hakkını içermez.

Madde 174b⁹⁶ IIIbis. Koordinasyon

III bis. İş birliği

Aralarında Hukuki ilişki (sachlichenZusammenhang) bulunan prosedürlerde, ilgili makamlar ve organlar eylemlerini birbirleriyle; yabancı makamlarla ve organlarla işbirliği içinde yapabilirler.

Madde 174c IIIter. (tasarrufun iptali bağlamında) iptal ve bu nitelikteki kararlar hakkında yabancı kararların tanınması

⁹² Karş. Türk İcra ve İflâs Kanunu madde 206'da yer alan dördüncü sıradaki alacaklılar.

⁹³ AmtlicheSammlung 2018 3263; BundesBlatt 2017 4125.

⁹⁴ AmtlicheSammlung 2018 3263; BundesBlatt 2017 4125.

⁹⁵ Ayrıca bkz. Rodriguez/Meier, s. 107.

⁹⁶ AmtlicheSammlung 2018 3263; BundesBlatt 2017 4125.

Davalı İsviçre'de ikamet etmiyorsa iptal talepleri ve alacaklılara zarar veren işlemler hakkında İsviçre'de tanınan bir iflas kararı ile yakından ilgili yabancı mahkeme kararları, iflas kararının menşe ülkesinde bu karar tanınmışsa veya o ülkede verilmişse; madde 25-27 kapsamında tanınır.

175. IV. Yabancı merciler tarafından verilen konkordato kararı ve aynı nitelikteki prosedürlerin tanınması

IV.Yabancı merciler tarafından verilen konkordato kararı ve aynı nitelikteki prosedürlerin tanınması

Yetkili yabancı bir merci tarafından verilen konkordato kararı ve aynı nitelikteki prosedürler, İsviçre'de tanınır. 166-170 ve 174a - 174c maddeleri uygun düştüğü ölçüde uygulanır⁹⁷. İsviçre'de ikamet eden alacaklılar dinlenir.

Tasarımın yürürlüğe girmesinden sonra İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun metni, mülkîlik prensibine bağlı kalmakla birlikte, dünyadaki gelişmelere uyumlu hale getirilmiş sınır ötesi iflâs düzenlemelerine önemli bir örnektir. Bir yandan iflâs kararlarının tenfizi ile ilgili İsviçre uygulaması hakkındaki soru işaretleri giderilmiş⁹⁸ ; diğer yandan da uygulamanın uzamasının önüne geçebilecek çözümler üretilmiştir.

Merkezi ve yerleşim yeri İsviçre olan alacaklıların tanıma ve tenfiz kararları bakımından korunması için madde metninde yer alan ifadeler dikkat çekicidir. Tüm şekil şartlarını hâvi bir tenfiz talebinde dahi İsviçre mahkemelerine tanınmış takdir hakkı, mülkîlik prensibinin gözetildiğinin önemli bir göstergesidir. Özellikle tasarrufun iptali davaları bakımından sürelerin hesaplanması hakkındaki ve iç tasfiyeye karar verilmese dahi tasarrufun iptaline başvurulabilmesiyle ilgili yabancı alacaklıların haklarına hâle gelmesini önlemek için yapılan düzenlemeler, hukuk güvenliğinin tesisini gösteren önemli ayrıntılardandır. Ancak İsviçre doktrininde halen İsviçre'nin, izole bir ada olarak görülmeye devam edeceği belirtilir⁹⁹.

3. İFLAS KARARININ TANINMASINA İLİŞKİN BİR MAHKEME KARARI ÖRNEĞİ

Bu başlık altında sınır ötesi aciz hukuku bağlamında İsviçre uygulaması, Zürih İstinaf Mahkemesi'nin bir kararı ışığında somutlaştırılmaya çalışılacaktır.

Cayman Adaları tabiiyetinde olan A Limited Şirketi ile İsviçre tabiiyetinde olan B Anonim Şirketi arasındaki borç ilişkisi uçak kiralama ve finansman sözleşmesine dayanır.A Limited Şirketi ve B Anonim Şirketi arasındaki borç ilişkisi ekim 2009'da sonlandırılır.

A Ltd. Şti hakkında 2010 yılında Cayman Adaları Yüksek Mahkemesince iflâs kararı verilir. 2014 yılı şubat ayında A Ltd. Şti hakkında iflâs tasfiyesini yürüten iflâs idaresi, Kloten (İsviçre) icra dairesine ilamsız icra takibi talebinde bulunur. Bu tarihten sonra iflâs idaresinin ayrıca talebi doğrultusunda, iflâs kararının tanınmasına

⁹⁷ Amtliche Sammlung 2018 3263; BundesBlatt 2017 4125.

⁹⁸ Lorandi, s. 68.

⁹⁹ Jakob Marjolaine, Hunsperger Reto; Zur Liberalisierung des schweizerischen Internationalen Insolvenzrechts, NZI 2018, s. 545 (beck-online). Staehelin, Daniel; I Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Schiedsgerichtsbarkeit sowie Nationales Verfahrensrecht / Die Revision des schweizerischen internationalen Insolvenzrechts und das UNCITRAL Model Law, in: Grolimund Pascal/Koller Alfred/Loacker Leander D./Portmann Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, zum 65. Geburtstag, Zürich - Basel - Genf 2018, s. 372.

İsviçre mahkemelerince 2015 yılında karar verilir. Borçlu, takibin ve ödeme emrinin kamu düzenine aykırı olduğu iddiasıyla İsviçre İcra ve İflâs Kanunu madde 22¹⁰⁰ uyarınca 2017 yılında icra mahkemesine şikâyet yolu ile başvurur.

İlk derece mahkemesinde İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği daha önceki kararları da göz önünde bulundurularak konu şöyle tartışılır: *Federal mahkemenin örneğin BGE 139 III 236'da belirttiği üzere istisnai olarak yabancı iflas idaresinin yabancı iflas kararının tanınması ve bu taleple ilgili geçici hukuki koruma tedbirlerine başvurması bakımından İsviçre mahkemelerinde usuli işlem yapabilmesi mümkündür. Fakat diğer konular hakkında tanıma kararı olmadan yapılan iflas idaresi işlemleri ve dolayısıyla da takip talebi alacaklının iddiasının aksine Federal mahkemece geçersizdir (BGE 129 III 683 E. 5.3 kararına atfen BGE 134 III 366= Pra 97 (2008) Nr. 144 E. 9.2.3).*

İsviçre hukukunda sınır ötesi iflâs hakkında yasal düzenlemeler gözönünde bulundurulduğunda olaya ilişkin şu hususlar tespit edilir: Tanıma kararı verilmeksizin, yabancı iflâs idaresi İsviçre'de icra işlemi yapamaz. Ayrıca yabancı iflâs kararının İsviçre'de sonuç doğurması için İsviçre tâbiyetine sahip imtiyazlı alacaklıların haklarına etkisi hakkında bir inceleme yapılması kamu düzenindedir. Olayda yabancı iflâs kararı hakkında İsviçre mahkemelerinden bir tanıma kararı iflas idaresi tarafından başlatılan takipten sonra alınmıştır. İsviçre İcra ve İflâs Kanunu madde 22 uyarınca bu husus süre sınırına tabi olmaksızın şikâyete konu edilebilir¹⁰¹. İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'na göre şikâyet hakkında verilen kararlar geriye etkili olmasına rağmen, tanıma kararı geriye etkili değildir. Bu nedenle yabancı iflâs idaresinin başlattığı takip hakkında şikâyet kabul edilir. İcra takibi, bütün etkileri ile ortadan kalkar.

Örnek ilk derece mahkemesi kararı, 07.11.2017 tarihinde verilmiştir. Karar hakkında Zürih İstinaf Mahkemesi'ne yapılan başvuru, 05.04.2018 tarihinde PS170265-O/U numaralı kararla reddedilir¹⁰². Kararın verildiği tarih itibariyle yukarıda incelenen İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun değiştirilmesi hakkında Kanun (Bundesblatt 2017 S. 4126) henüz yürürlükte değildir. Bu nedenle kararda da belirtildiği üzere İsviçre icra dairelerinde bir takip başlatılabilmesi için İsviçre mahkemelerince bir tanıma kararı ve İsviçre icra iflâs organlarınca yardımcı tasfiyenin başlatılmış olması gerekiyordu. Değişiklik Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle İsviçre mahkemelerince bir tanıma kararına ve yardımcı tasfiyeye gerek olmaksızın İsviçre'de istisnaen icra takibi başlatılabilmesi mümkündür.

SONUÇ

Küresel anlamda yapılan model kanunlara ülkelerin uyum sağlamalarının sebebi, hem kendi tâbiyetindeki alacaklıları farklı hukuk düzlemlerinde koruyabilmek hem de kendi yetki çevresinde hukuki güvenliği sağlayabilmektir. İflâsın evrenselliği ilkesi ile borçlunun hukuki bağlantılarının olduğu farklı ülkelerdeki alacaklılarının haklarına hâlel gelmesi önlenmeye çalışılır. Aynı anda da borçlunun farklı ülkeler içindeki malvarlığı ile tüm alacaklıların en iyi şekilde tatmini amaçlanır. Konkordato

¹⁰⁰ Kıyaslayınız, İcra ve İflâs Kanunu madde 17.

¹⁰¹ Basler Kommentar Über Bundesgesetz über Schuldbetreibungs und Konkurs I, Art. 22, N. 14, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel Schweiz 2017.

¹⁰² https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/PS170265-O1.pdf

gibi borçlu lehine aciz enstürmanlarının da evrensellik ilkesi kapsamında düzenlenmesi gerektiğine vurgu yapılır.

Ülkelerin sosyo-ekonomik politikalarına göre evrensellik ilkesine karşı tutumları değişir. İsviçre, iflasın evrenselliği ilkesine karşı katı tutum sergileyen ülkelerden bir tanesidir. Gerçekten iflasın tanınması hakkında İsviçre mahkemelerinin takdir hakkının olduğunun vurgulanması, tanıma ile İsviçre hukukuna göre bir tasfiyenin de otomatik olarak başlayacak olmasının kural olması, yabancı mahkeme kararının İsviçre’de tanınmaması durumunda iflas idaresine sınırlı bir hareket hakkı tanınması bu katılığın bir göstergesidir.

İsviçre kanuni düzenlemeleri ve uygulaması incelendiğinde iki durum dikkat çeker:

1- İsviçre’nin sosyo-ekonomik politikasını İsviçre sınırları içindeki malvarlığına dışarıdan el atılmasının önlenmesi olarak belirlemesine ve aslında sınır ötesi iflâs uygulamasının oldukça az görülmesine rağmen 2019 yılında yürürlüğe giren reformu yapmasıdır. Reformun gerekçesi, temelde usul ekonomisinin ve İsviçre sınırları içinde yabancılar bakımından hukuki güvenliğin sağlanması olarak anlaşılmaktadır.

2- Türk icra ve iflâs hukukuna yabancı olmayan İsviçre icra ve iflâs hukukunda yer alan şikayet ve diğer enstürmanlar çok girift bir hal alabilir. İsviçre’nin mevzuat ve uygulama dahilinde kurduğu sistemde, uygulamacılar hukuki çareleri ustalıklı kullanırsa dahi, sınır ötesi iflâs uyuşmazlıklarında İsviçre’nin benimsediği mülkiyet prensibi sağlanabilir. Ancak bu yargısal süreçte, hukuki güvenlik de daima gözetilir. Zira İsviçre mahkemelerinin (ve tetkik merciilerinin) verdiği hükümlerin gerekçelerinde ayrıntılı tartışmalar yer almaktadır. Ayrıca yargılama ve hakkın teslimi sürecine ilişkin mevzuatın da bir boşluğa yer vermeyecek kadar açık olmasına özen gösterilmektedir. Türk hukukunda sınır ötesi iflâs kurallarına dair düzenlemeler yapılırken, bazı durumlarda farklı hukuk alanlarından da etkilenileceği düşünülerek normlar arasındaki ahengin sağlanmasına dikkat edilmelidir.

KAYNAKÇA

Aksar, Yusuf; Teori ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Ansay, Sabri Şakir; Hukuk İcra ve İflas Usulleri, 5. Bası, Ankara 1960.

Atalı, Murat; “Avrupa Birliğinde İdare Merkezi Teorisinin Milletlerarası İflâs Hukuku Bakımından Geçerliliği”, MİHDER, 2006, C. 2, No. 4, s. 881-907.

Basler Kommentar Über Bundesgesetzüber Schuldbetreibungs und Konkurs I, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel Schweiz 2017.

Basler Kommentar Über Bundesgesetzüber Schuldbetreibungs und Konkurs II, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel Schweiz 2017.

Bayram, Mehmet Hanifi; Avrupa Birliği Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

Belgesay, M. Reşid; İcra Ve İflâs Hukuku İkinci Cild, İkinci Basım, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1953.

Berkin, Necmeddin M.; İflâs Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972.

Braun, Eberhard; Insovenzordnung (InsO mit EuInsVO) Kommentar, 8. Auflage, München 2020 (beckonline E.T. 20.04.2020).

Brubaker, Ralph; On The Nature Of Federal Bankruptcy Jurisdiction: A General Statutory And Constitutional Theory, William And Mary Law Review Volume 41 N. 3 2000, s. 743-941 (hein-online E.T. 16.12.2019).

Bruner, Alexander; Glaubigerschutz im International Konkursrecht, Aktuelle Juristische Praxis 1995 S. 3, s. 3-24.

Bryant, Jennifer; Konfliktmanagement im Internationalen Rechtsverkehr, Prozessevermeiden - Prozessevorbereiten - Prozesseführen, Bern 2017, s. 236-253.

BSK-SutterSomm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage. Schultess Verlag, Basel 2016.

Budak, Ali Cem; “İflâsın Belirli Uluslararası Yönleri Hakkında Avrupa Konseyi Konvansiyonu” İstanbul Barosu Dergisi, 1990, S. 2, s. 836-857.

Budak, Ali Cem; İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2010.

Çetin, Emre; Yabancılık Unsuru Taşıyan İflâs İşlemlerinde Uygulanacak Hukuk Ve Mahkemenin Yetkisi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2016.

Daley, Paul P. ve Shuster, George W; Bankruptcy Court Jurisdiction, DePaul Business and Commercial LawJournal Volume 3 Issue 3 Spring 2005, s. 383-435.

Eksi, Nuray; Budak, Ali Cem; “Uluslararası Aciz Usulüne İlişkin Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5 S. 1 2003, s. 41-76.

Fritzsche Hans, Pestalozzi Alice; Zivilprozeßrecht und Internationales Privatrecht der Schweiz im Jahre 1937 Zeitschrift für Ausländisches und

Internationales Privatrecht 12. Jahrg., H. 3/4 (1938/39), pp. 577-604 (https://www.jstor.org/stable/27872746?seq=23#metadata_info_tab_contents E.T. 16.12.2019).

Gehri Myriam A./Kostkiewicz Gregor H., Anerkennung Ausländischer Insolvenzscheide in der Schweiz – ein neuer Réduit National?, SZIER 2009 s. 193-215.

Gottwald, Peter; Insolvenzrechts- Handbuch, Kapitel XIV. Internationales Insolvenzrecht § 135. Übereinkommen und Modellregeln zum Internationalen Insolvenzrecht Rn. 8, beck-online.

Güneysu Güngör, Gülin; Milletlerarası Özel Hukukta İflâs, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997.

Güneysu Güngör, Gülin; UNCITRAL Model Kanun Tasarısı ve Milletlerarası İflas, Banka Hukuk Dergisi 19 (2), S. 65-88.

Günter Michael, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz, Zur Berücksichtigung von Insolvenzverfahren und Ihren Auswirkungen vor Internationalen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz, Zürich - Basel - Genf 2011.

Häusermann Marco/Hofer Urs, Pfandrechte in der Insolvenz / III. Pfandrechte in der Insolvenz / 2. - 4., in: Sprecher Thomas (Hrsg.), Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VII, Kreditsicherheiten, Zürich - Basel - Genf 2016.

Hanağası, Emel; *Davada Menfaat*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009.

Hüppi Janick, Konkursanfechtungen im Schweizerischen Hilfskonkurs, Unterbesonderer Berücksichtigung des Vorentwurfs zur Revision des 11. Kapitels des IPRG, Zürich - Basel - Genf 2018 (= ZStV 186).

Jakob Marjolaine, Die Prozessführungsbefugnis ausländischer Insolvenzverwalter, Zürich - Basel - Genf 2018 (= ZStV 184), s. 31-41.

Jakob Marjolaine, Hunsperger Reto; Zur Liberalisierung des Schweizerischen Internationalen Insolvenzrechts, NZI 2018, s. 545-550 (beck-online).

Kindler, Peter; Nachmann, Josef; Handbuch Insolvenzrecht in Europa, 2. Teil: Länderberichte Schweiz 4. Ergänzungslieferung 2014 Rn. 210, 211 (beckonline).

Kuru, Baki; İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Kuru, Baki; İflâs ve Konkordato Hukuku, Alfa Basımevi, İstanbul 1992.

Kuru, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü C. VI, Demir Yayıncılık, İstanbul 2001.

Kren Kostkiewicz Jolanta, in: SchKG Kommentar, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, 19. Aufl., Zürich 2016.

LG Kiel Beschl. v. 31.10.2011 – 13 T 138/11, BeckRS 2012 (beckonline).

Lüke, Wolfgang; Zivilprozessrecht, 9. Baskı. C.H. Beck. München 2006.

Markus, Alexander R., Das neue UNCITRAL-Modellgesetz Betreffend Grenzüberschreitende Insolvenz, SZW 1998, s. 15-36.

Mulligan, Lumen N.; You Can't Go Holmes Again, Northwestern University Law Review Volume 107 Number 1, 2012, s. 237-284 (<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr/vol107/iss1/> E.T. 19.12.2019).

Müller-Chen Markus, in: Zürcher Kommentar zum IPRG - Band I - Art. 1-108, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 3. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2018.

Münchener Kommentar InsO, Band 3, 3. Auflage 2014, beck-online.

Nomer, Ergin; Devletler Hususi Hukuku, 22. Baskı, Beta, İstanbul 2017.

Önal, Ali; Yabancı Unsurlu İflas Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi Sorunu, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 2881-2907.

Öz mumcu, Seda; Avrupa Birliği Külli Takip Hukukunda Temel Menfaatler Merkezi (Centre Of Main Interests) Ve Forum Shopping, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

Rodriguez Rodrigo, in: Zürcher Kommentar zum IPRG - Band II - Art. 108a-200, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 3. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2018.

Rodriguez Rodrigo/ Meier Niklaus; "Entwicklungen im Schweizerischen und Internationalen Insolvenzrecht", Zeitschrift für Europarecht, s. 96-117.

Savigny, Friedrich Carl; System des Heutigen Römischen Rechts, Band 8 Berlin 1849, s. 8. (http://www.deutschestextarchiv.de/book/view/savigny_system08_1849?p=30 E.T. 17.12.2019).

Siehr, Kurt; Grundfragen des Internationalen Konkursrechts, SJZ 95/1999, s. 85-94.

Spühler Karl / Rodriguez Rodrigo, Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2013.

Stahelin, Daniel; I Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Schiedsgerichtsbarkeit sowie nationales Verfahrensrecht / Die Revision des schweizerischen Internationalen Insolvenzrechts und das UNCITRAL Model Law, in: Grolimund Pascal/Koller Alfred/Loacker Leander D./Portmann Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, zum 65. Geburtstag , Zürich - Basel - Genf 2018, s. 357-372.

Şanlı, Cemal; Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019.

Tanrıver, Süha; Medeni Usûl Hukuku Cilt 1. Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

Taşpınar Ayvaz, "İcra ve İflâs Hukukunda Hükümsüz İşlemler ve Hükümsüzlük", AÜHFHD Ramazan Arslan Armağanı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 1539-1553.

Tekin, Ceren; Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Çok Uluslu Şirketlerin İflası, Güncel Yayınevi, İzmir 2007.

Topuz, Gökçen; Hisse Haczi ve Satışı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2009.

Uhlenbruck-Lüer/Knof; InsO, InsO vor § 335, 15. Auflage 2019, beck-online E.T. 23.04.2020.

US Bankruptcy Court New York, Entscheidung vom 27.04.2009 9/10314 (BeckRS 2011, 2521, beck-online E.T. 12.12.2019)

Vock Dominik / Aepli-Wirz Martina, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Vock Dominik (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Aufl., Zürich - Basel - Genf 2017.

Walters, Adrian; Modified Universalisms and The Role Of Local Legal Culture In The Making Of Cross-Boarder Insolvency Law, American Bankruptcy Law Journal Volume 93 47 (2019), s. 47-110.

Yeşilirmak, Ali; Uluslararası Hukukta İflas, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

HAKEMLİ MAKALE

YABANCI HUKUKUN UYGULANMASINDA TARAF ROLLERİ*

Dr. Arş. Gör. Volkan ÖZCELİK**

ÖZET

Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yabancı hukuk tatbik edilir. Yabancı hukukun tespiti ve uygulanması, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 2'de düzenlenmiştir. Bunun dışında ülkemizin de taraf olduğu Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile adli yardım anlaşmaları bulunmaktadır. Yabancı hukukun, hukuk sisteminde vakıa veya hukuk olarak nitelenmesine göre yabancı hukukun uygulanması farklılık arz eder. Kanun'a göre, hâkim Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. Hâkim yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir (MÖHUK m. 2). Çalışmamızda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, milletlerarası anlaşmalar ve Yargıtay kararları çerçevesinde yabancı hukukun uygulanmasında taraf rolleri incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Yabancı Hukukun Tespiti, Yabancı Hukukun Uygulanması, Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması, Taraf Rollerini.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 09/03/2020
Kabul Edildiği Tarih: 03/06/2020

** Ondokuz Mayıs Üniversitesi A.F.B. Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı volkan.ozcelik@omu.edu.tr; vozcelik.hukuk@gmail.com
ORCID ID: 0000- 0001-9999-900X.

PEER-REVIEWED ARTICLE

THE ROLES OF PARTY ON THE PROOF OF FOREIGN LAW

ABSTRACT

According to the rules of conflict of laws foreign law may be applied to the acts regarding private law containing foreign element. The ascertainment and application of foreign law is addressed in article 2 of Turkish International Law and Procedural Law Act. Further, the European Convention on Information on Foreign Law and the judicial cooperation treaties signed by Turkey also contain provision on this matter. The application of foreign law varies according to whether the foreign law is treated as a question of “fact” or “law”. The judge shall ex officio apply the rules of Turkish conflict of laws and foreign law, which is competent under these rules. The judge may request the assistance of the parties in order to determine the content of the foreign law. This article explains the identifications and application of foreign law and the roles of parties in this area pursuant to Turkish Code and the relevant international treaties as well as decisions of the Court of Cassation.

Key Words: Application of foreign law, proof of foreign law, ex officio proof of law the judge, the roles of party.

KISALTMALAR CETVELİ

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	: Artikel
C	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
IPRG	: Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun
m	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk Ve Milletlerarası Usul Hukuku Hakkında Kanun
RG	: Resmi Gazete
S	: Sayı
s	: Sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZPO	: Zivilprozessordnung

I. YABANCI HUKUK KAVRAMI VE YABANCI HUKUKUN NİTELİĞİ

A. Yabancı Hukuk Kavramı

Devletler hukukuna göre devletin egemenliğinin iki görünümünü vardır: İç egemenlik ve dış egemenlik. Kamu otoritesinin devlet içinde nasıl örgütleneceği, nasıl etkin biçimde işleyeceği iç egemenlik kapsamında ele alınır. Pozitif egemenlik de denilen iç egemenlikte, devletin ülke sınırları içinde en üstün emretme gücüne sahip olması anlaşılır. Dış egemenlik ise devletin başkaca bir devlete bağımlı olmadığını, diğer devletlerle hukuken eşit konumda bulunduğunu ifade eder. Bu anlamda egemen bir devlet, gerek iç işlerinde gerekse uluslararası ilişkilerde dilediği gibi hareket edebilir¹.

Egemenlik hususunda ifade edilenler, her bir devletin hukuk kuralı koymak ve her bir vakıanın kendi ülkesinde ne gibi sonuçlar doğuracağını belirlemek hakkına sahip olduğu ortaya koymaktadır. Nitekim hukuk kuralı ihdas etmek, devletin iç egemenlik yetkisi kapsamındadır². Bir vakıanın hukukî sonuçlarını belirleyebilme hakkı, belirli bir vakıanın çeşitli ülkelerde farklı sonuçlara sahip olabilme olanağını yaratır. Ayrıca bu durum, bir devlet ülkesinde hukuk olan bir normun, diğer bir devlet ülkesinde de hukuk kuralı olarak kabul edilmesinin zorunlu olmadığını ortaya çıkarır³.

Bir normun, bir devlet ülkesinde hukuk normu olarak kabul edilerek tatbik edilmesi, bu normun millî bir hukuk kaynağı kaidesine göre “hukuk normu” olarak nitelendirilmesine bağlıdır. Dolayısıyla bir norm, millî hukuk kaynağı kuralına uymadığı zaman yabancı hukuk kuralı olarak nitelendirilir⁴. Bu anlamda hukukumuzda geçerli olan milletlerarası antlaşmalar yabancı hukuk niteliğinde değildir. Zira Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasına göre, usûlüne uygun şekilde yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir (AY m 90/5)⁵.

Yabancı hukuka anlam verilirken, hukuk yaratma gücünden de hareket edilmektedir. Bu ölçüt, aynı devlet içinde birden fazla yasama organı bulunduğu değer taşır. Federal hukuk sistemlerinde aynı devlet içinde tek bir ülke hukuk sistemi uygulanmaz. Bu nedenle her bir federe hukuk sistemi diğeri bakımından yabancı hukuk statüsündedir. Örneğin bir İngiliz mahkemesi için Kuzey İrlanda hukuku da yabancı hukuk statüsündedir⁶.

B. Yabancı Hukukun Niteliği

Yabancı hukukun davada tabi olacağı usûl, millî hukuk sistemi içinde yabancı hukukun niteliğinin ne olduğu ile yakından ilgilidir. “Hâkim hukuku re'sen uygular”

¹ KOÇAK, Mustafa, Batı'da Ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik (Eski Kavramlar-Yeni Anlamlar), Ankara 2006, s. 122 vd. Devletin egemenliği hususunda ayrıca bkz. DOEHRİNG, Karl, (Çeviren: Ahmet Mumcu), Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), 3. Baskı, Ankara 2015, s. 133 vd.

² KOÇAK, s. 124-125.

³ NOMER, Ergin, Davada Yabancı Kanun, İstanbul 1972, s. 7.

⁴ NOMER, Yabancı Kanun, s. 8; GİRAY, Faruk Kerem, “Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII/2-IX/1, Özel Sayı: Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, 2011, s. 557.

⁵ YAŞAR, Tuğçe Nimet, “Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması”, MHB, C. 33, S. 2 s. 77-78; YÖNEY, Can, Yabancı Hukukun Uygulanması, İstanbul 2018, s. 44.

⁶ YÖNEY, s. 43.

kuralının yabancı hukuk bakımından geçerli olup olmayacağı, bu belirleme ile yakından ilgilidir⁷. Yabancı hukukun niteliği hususunda farklı görüşler ve bu görüşler gereğince anılan kural hakkında farklı uygulamalar bulunmaktadır. Mukayeseli hukuk sistemleri de dikkate alındığında yabancı hukuk temelde, millî hukuk sistemi için “vakıa” veya “hukuk” olarak nitelendirilmektedir⁸.

Yabancı hukuk vakıa olarak nitelendirildiğinde hukuk normu, onu ihdas eden devletin egemenlik alanından çıkması ile “hukuk” olmaktan çıkar. Hukukun re’sen uygulanmasında mahkeme için sadece millî hukuk “hukuk” niteliğinde olduğundan vakıa olarak nitelenen yabancı hukuk mahkeme için bağlayıcı olmaz. Nitekim taraflarca getirilme ilkesinin bir sonucu olarak, vakıa niteliğindeki yabancı hukuk normu taraflarca ileri sürülmeli ve ispatlanmalıdır⁹; yabancı hukuka ilişkin hâkimin re’sen araştırma yapma yetkisi yoktur¹⁰. Buna karşılık yabancı hukuk “hukuk” olarak nitelendirildiğinde, hukukun re’sen uygulanması kuralı bakımından yabancı hukukun millî hukuktan farkı bulunmaz. Hâkim yabancı hukuku re’sen tespit eder ve uygular. Tarafların yabancı hukukun içeriği hakkında anlaşma yapmaları hâkimi bağlamaz. Diğer taraftan, tarafların yabancı hukukun içeriğini ispat yükü söz konusu değildir. Ancak taraflar, yabancı hukukun uygulanması hususunda mahkemeden talepte bulunabilir veya yabancı hukukun içeriğinin tespitinde mahkemeye katkı sunabilir. Bu anlamda taraflar yabancı hukukun içeriğine dair bilgi ve belge sunabilirlerse de, bu bilgi ve belgeler mahkeme için bağlayıcı değildir¹¹. Yabancı hukukun uygulanması hususunda tarafların talepte bulunmaları veya yabancı hukukun içeriğinin tespitine katkı sunmaları mahkeme için bir yardım niteliğindedir¹².

Hukuk sistemimiz için yabancı hukuk, “hukuk” niteliğindedir¹³. Nitekim MÖHUK’da yer alan düzenleme bunu teyit eder niteliktedir. Buna göre, “*hâkim, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir*” (MÖHUK m. 2/1)^{14, 15}.

⁷ YÖNEY, s. 7. Hâkim hukuku re’sen uygular ilkesinin, kanunlar ihtilâfi kurallarına göre tespit edilen yabancı hukukun uygulanmasında kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Bununla birlikte yabancı hukuku “hukuk” olarak ele alan sistemlerde, bu ilkenin yabancı hukuk kuralları bakımından uygulanmayacağı genellikle kabul edilmektedir. Hukukumuzda da anılan ilkenin yabancı hukuk kuralları bakımından uygulanamayacağı ifade edilmektedir. Bkz. ERKAN, Mustafa, “Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukun Tatbiki: Olan vs. Olması Gereken”, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi 21-22 Nisan 2016 Eskişehir, Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar, Ankara 2016, s. 548; AKİL, Cenk, “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008, s. 18; YAŞAR, s. 85; YÖNEY, s. 82-83.

⁸ NOMER, Yabancı Kanun, s. 5; YAŞAR, s. 79; YÖNEY, s. 50. Bazı ülkelerde hukuk ve vakıa doktrininin doğrudan uygulanmayıp, her ikisinden de izler taşıyan karma yaklaşımlar benimsendiği hususunda bkz. YÖNEY, s. 62 vd.

⁹ YAŞAR, s. 79; YÖNEY, s. 56.

¹⁰ YÖNEY, s. 56.

¹¹ YÖNEY, s. 51-52.

¹² YAŞAR, s. 82.

¹³ Aksi yönde bkz. GÖGER, Erdoğan, Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfi), 4. Bası, Ankara 1977, s. 137.

¹⁴ ERKAN, s. 545-546. Uygulamada bu belirleme ile bağdaşmayan Yargıtay kararlarına rastlamak mümkündür. Örneğin İngiliz hukuku uygulanacağı tespit edilen bir olayda, mahkemeye Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi hükümlerinden istifade edilerek İngiliz hukuku hakkında yetkili makamlardan bilgi alınmıştır. Yetkili makamlardan gelen yazının

Hukuk literatürümüzde, İsviçre ve Alman hukuk sistemlerinin yabancı hukuku, “hukuk” olarak nitelendirdiği ifade edilmektedir¹⁶. Kanaatimizce, Alman ve İsviçre hukukundaki bazı düzenlemeler, bu hukuk sistemleri için yabancı hukukun tam anlamıyla “hukuk” olarak ele alınmasına engeldir. İsviçre hukukunda, uygulanacak yabancı hukukun içeriği re’sen tespit edilmelidir; ancak bu hususta tarafların katılımı istenebilir. Malvarlığına ilişkin hak taleplerinde taraflar yabancı hukukun içeriğini ispatla sorumlu tutulabilmektedir (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) Art. 16 Abs. 1). İsviçre hukukundaki bu düzenleme ile malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda yabancı hukukun içeriğinin belirlenmesi hususunda, “hâkim hukuku re’sen uygular” ilkesine istisna getirilmiştir¹⁷. Dolayısıyla yabancı hukukun niteliği bakımından yapılacak tasnifte, İsviçre hukuku saf olarak yabancı hukukun “hukuk” olarak ele alındığı kategoride ele alınamaz. Nitekim bu husus göz önünde tutularak İsviçre doktrininde, “malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda yabancı hukukun mevcudiyeti ve içeriği taraflarca ispat edilmek zorunda olacağından, tarafların ileri sürdüğü hususların hukukî açıklamalar olarak değil, vakıa iddiaları olarak nitelendirilmesi gerektiği” ifade edilmektedir¹⁸. Alman Medenî Usûl Kanunu’nda da yabancı hukukun ispatın konusu olabileceği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, mahkemece bilinmeyen yabancı hukuk ispatını konusunu oluşturur. Mahkeme, yabancı hukukun içeriğinin araştırılmasını taraflarca temin edilen delillerle sınırlandıramaz. Bu noktada mahkeme, yabancı hukukun içeriğini tespit için başka bilgi kaynaklarına da başvurabilir (DZPO § 293). Alman literatüründe de bu durum, “hâkim hukuku re’sen uygular” ilkesine getirilen bir istisna olarak değerlendirilmiştir¹⁹.

Türkçeye tercüme edilmesi amacıyla gerekli masrafın “gider avansı” olarak yatırılması için tarafa kesin süre verilmiş; taraf kendisine verilen kesin süre içinde bu gideri yatırmadığı için dava usûlden reddedilmiştir. Yargıtay, yerel mahkemenin verdiği bu kararı isabetli bulmuştur. Bkz. 2. HD, 25.06.2014, E. 2014/2879, K. 2014/14489 (www.lexpera.com). Varılan neticeye bazı üyeler, kanaatimizce de haklı olarak, katılmamıştır. Zira mahkeme Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili yabancı hukuku re’sen uygulamak zorundadır (MÖHUK m. 2/1). Re’sen uygulama, uygulanacak hukukun tespitini kapsadığı gibi buna ilişkin düzenlemeleri temin etmeyi de kapsar. Dolayısıyla bu hukukun tercüme edilmesi için gerekli masrafın gider avansı veya delil avansı olarak değerlendirilmemesi gerekir. Bu giderlerin hukukun re’sen uygulanması kapsamında öncelikli olarak devlet tarafından karşılanması gerekir.

¹⁵ Hâkimin hukuku bilme mecburiyetini ifade eden “jura novit curia” kaidesinin bir faraziye olduğu ve yabancı hukukun tatbik edildiği olaylarda bu faraziyenin geçerli olmadığı hususunda bkz. NOMER, Ergin, Milletlerarası Usul Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 2009, s. 128.

¹⁶ YAŞAR, s. 83; YÖNEY, s. 53-54.

¹⁷ GEHRİ, Myriam A., JENT-SØRENSEN, Ingrid, SARBACH, Martin (SCHMİDT, Roland), ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Orel Füsli Verlag AG, Zürich 2015, s. 349; Sutter-Somm, Thomas, HASENBÖHLER Franz, LEUENBERGER, Christoph (HASENBÖHLER, Franz), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2016, s. 1125.

¹⁸ HAUSHERR, Heinz, WALTER, Hans Peter (BRÖNNİMANN, Jürgen), ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012, s. 1652. Buna karşılık yabancı hukukun hukuk kuralı niteliğinde bulunduğu, bu nedenle de İsviçre Medenî Usûl Kanunu’nun 150. maddesine nazaran, Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun (IPRG)’nin 16. maddesinin daha yerinde olduğu belirtilmektedir. Bkz. BRUNNER, Alexander, GASSER, Dominik, SCHWANDER, Ivo (LEU, Christian), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar, 2. Auflage, Dike Verlag, Zürich 2016, s. 1125.

¹⁹ ROSENBER, Leo SCHWAB, Karl Heinz, GOTTWALD, Peter, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2010, s. 623.

II. İSVİÇRE VE ALMAN HUKUKUNDA YABANCI HUKUKUN UYGULANMASINDA GENEL ANLAMDA TARAF ROLLERİ

A. İsviçre Hukuku

Medenî Usûl Kanunu'nun 57. maddesine göre mahkeme hukuku re'sen uygular (SchZPO Art. 57). Bu kanuna göre ispatın konusu, hukuken önem taşıyan ve çekişmeli vakialardır (SchZPO Art. 150 Abs. 1). Bununla birlikte tecrübe kuralları, örf-adet kuralları ve malvarlığına ilişkin hukukî uyuşmazlıklarda yabancı hukuk ispatın konusu olabilir (SchZPO Art. 150 Abs. 2). Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun'a göre, uygulanacak yabancı hukukun içeriği re'sen tespit edilmelidir. Bunun için tarafların katılımı istenebilir. Malvarlığına ilişkin hak taleplerinde taraflar ispatla sorumlu tutulabilir (IPRG Art. 16, Abs. 1). Yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi halinde İsviçre Hukuku uygulanır (IPRG Art. 16, Abs. 2)²⁰.

Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun'a göre, yabancı hukukun içeriği mahkemece re'sen tespit edilmelidir (IPRG Art. 16, Abs. 1). Bununla birlikte malvarlığına ilişkin hukukî uyuşmazlıklarda yabancı hukukun ispatı taraflara yüklenebilir (IPRG Art. 16, Abs. 1). Anılan düzenleme hâkimin hukuku re'sen uygulaması kuralına bir istisna teşkil eder²¹. Bu durum sadece malvarlığına ilişkin hukukî uyuşmazlıklarda geçerlidir²². Malvarlığına ilişkin olmayan hukukî uyuşmazlıklarda ise uygulanacak yabancı hukukun içeriği mahkemece re'sen araştırılmalıdır. Ancak bu hususta taraflar mahkemeye yardım edebilir (IPRG Art. 16, Abs. 1, Satz. 1)²³.

Yabancı hukukun ispatı tarafa yüklendiğinde, yabancı hukukun içeriği ispatın konusunu oluşturur. Bu durumda ispat, ispat yargılamasının kurallarına ve şekline göre olmalıdır²⁴. İspat yükü altında olan taraf, yetkili yabancı hukukun kaynaklarından faydalanmalı ve yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi temin etmelidir. Taraf ispat yükünü yerine getirirken göstereceği delil genellikle bir belge, tanık, bilirkişi şeklinde çoğu zamanda taraflardan birisinin yazılı veya sözlü beyanı biçiminde olur. Yabancı hukuku ispatla yüklü olmayan taraf ise karşı ispat hakkına sahiptir²⁵.

Malvarlığına ilişkin olmayan uyuşmazlıklarda mahkeme, yabancı hukukun içeriğinin tespitinde tarafların katılımını isteyebilir (IPRG Art. 16 Abs. 1 Satz 2). Bu durumda taraflar ispat yargılamasının kurallarına ve şekline göre yabancı hukukun içeriğine ilişkin delillerini sunmak durumundadır²⁶. Mahkemenin bu kararına rağmen, taraflar üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmese, yabancı hukukun içeriğini tespit için gerekli çaba mahkemece gösterilmelidir. Zira hukukun doğru uygulanması mahkemenin sorumluluğundadır. Bu doğrultuda mahkeme, uygulanacak yabancı

²⁰ Doktrinde bu düzenlemelerden IPRG Art. 16'nın daha isabetli olduğu ifade edilmektedir. Zira yabancı hukuk, niteliği itibarıyla hukuk kuralı olması ve buna karşılık vakıa olmaması nedeniyle tam anlamıyla ispatın konusunu oluşturmaz. Bkz. LEU, s. 1125.

²¹ SCHMİDT, s. 349; HASENBÖHLER, s. 1125.

²² LEU, s. 1125.

²³ BRÖNNİMANN, Kommentar, s. 1652; LEU, s. 1125.

²⁴ BRÖNNİMANN, Kommentar, s. 1652; HASENBÖHLER, s. 1125; SCHMİDT, s. 349. Doktrinde bu ifade ile neyin kastedildiğinin açık olmadığı eleştirisi yapılmaktadır. Bkz. LEU, s. 1125-1126.

²⁵ HASENBÖHLER, s. 1125.

²⁶ BRÖNNİMANN, Kommentar, s. 1652; HASENBÖHLER, s. 1125; SCHMİDT, s. 349.

hukukun içeriğini tespit için uygun ve beklenebilir bir araştırmayı re'sen yapmalıdır. Örneğin mahkeme yabancı hukukun içeriğini tespit için, Lozan'da bulunan Mukayeseli Hukuk Enstitüsü (Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung²⁷) yardımıyla bilirkişi incelemesi yaptırabilir²⁸. Bununla birlikte mahkeme, yabancı hukukun araştırılmasında gerekli avansları taraflardan talep edebilir (SchZPO 102)²⁹.

Her durumda uygulanacak yabancı hukukun içeriği tespit edilemezse, Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun uyarınca İsviçre hukuku uygulanır (IPRG Art. 16, Abs. 2)³⁰. Başka bir deyişle İsviçre hukukunun uygulanması, ispat yükü altında olan tarafın delil göstermemesine ve mahkemenin kendisinden beklenen araştırmayı yapmasına rağmen yabancı hukukun içeriğini tespit edememesine bağlıdır³¹.

B. Alman Hukuku

Medenî Usûl Kanunu'nda yabancı hukukun ispatın konusu olabileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, bir başka devlette geçerli olan hukuk, sadece mahkemece bilinmediği zaman ispatın konusunu oluşturur. Yabancı hukukun araştırılmasını mahkeme taraflarca temin edilen delillerle sınırlandıramaz. Mahkeme yabancı hukukun tespiti için başka bilgi kaynaklarına da başvurmak hususunda yetkilidir (DZPO § 293).

Hukukun re'sen uygulanması kuralı (jura novit curia) nedeniyle, bir hukuk kuralının ispatın konusunu oluşturması nadiren karşılaşılan bir durumdur. Bir hukuk kuralının bilinmesinin hâkimden beklenemeyecek olması halinde, böyle bir istisna olabilir. Ki bu durum yabancı hukuk kuralı için geçerli olabilir. Yabancı hukuk kuralı mahkemece bilinmediği zaman ve bilinmediği kadarıyla ispatın konusunu oluşturur (DZPO § 293, S. 1)³². Bununla birlikte, uluslararası özel hukuk kuralları, devletler hukuku ve Avrupa Birliği hukuku yabancı hukuk kapsamında değildir³³.

Taraflar yabancı hukukun muhtevasını ispat için gerekli delilleri mahkemeye ibraz edebilir. Bazı hallerde taraflara ait bu görev daha belirgin şekilde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin ticari uyuşmazlıklarda tarafların yabancı hukuk hakkındaki bilgilere erişimi daha kolay olabilir. Ya da taraflar yaptıkları hukuk seçimi ile uygulanacak yabancı hukuku belirlemiş ise, yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların katılımı daha yoğundur. Tarafların bu kapsamdaki faaliyetlerinin biçim ve kalitesi değişkenlik göstermektedir. Pratikte ise bu durum çoğu zaman yabancı hukuka ait yasal düzenlemelere ait Almanca tercümenin mahkemeye sunulması şeklinde olmaktadır. Bununla birlikte ileri sürdüğü vakıalara dayanak olacak şekilde yabancı hukuka istinat eden tarafın daha açıklayıcı beyan ve bilgiler ileri sürmesi

²⁷ Enstitü hakkında bilgi için bkz. <https://www.isdc.ch/de/>

²⁸ HASENBÖHLER, s. 1125.

²⁹ LEU, s. 1125.

³⁰ SCHMİDT, s. 349; LEU, s. 1126.

³¹ HASENBÖHLER, s. 1125-1126.

³² REMİEN, Oliver, "Germany: Proof of and Information About Foreign Law – Duty to Investigate, Expert Opinions and a Proposal for Europe", Treatment of Foreign Law- Dynamics towards Convergence? (Editör: Yuko Nishitani), Ius Comparatum- Global Studies in Comparative Law, C. 26, 2017, s. 190.

³³ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 623.

karşısında mahkemenin bu beyan ve bilgilerin doğruluğu hususunda temkinli olması gerektiği vurgulanmaktadır³⁴.

Yabancı hukukun araştırılması maksadıyla bir ispat gerekli olduğunda, vakıaların ispatında olduğu gibi bir ispat söz konusu olur. Mahkeme yabancı hukukun ispatı için öncelikle tarafları davet etmelidir. Bununla birlikte mahkeme yabancı hukukun tespitini tarafların getirmiş oldukları ile sınırlandıramaz. Aksine mahkeme, yabancı hukukun tespiti için tarafların ileri sürmüş olduğu hususların dışında başka bilgi kaynaklarından yararlanmak hususunda yetkilidir (DZPO § 293 S. 2). Mahkemenin bu yetkisini kullanması, mahkeme için aynı zamanda bir yükümlülüktür. Bu anlamda taraflardan birisinin veya her ikisinin inkârı mahkemenin araştırma yükümlülüğünü etkilemez; aksine mahkeme tarafların ikrar veya inkârı ile bağlı olmaksızın yabancı hukukun içeriğini tespit için araştırma yapmakla yükümlüdür³⁵.

Hâkim yabancı hukukun içeriğini araştırırken, 1968 tarihinde Londra'da imzalanan Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi ve bu sözleşmeye ek olarak kabul edilen 1978 tarihli Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'ne Ek Protokol hükümlerinden faydalanabilir. Bu sayede mahkeme, yabancı hukukun içeriğini araştırırken Sözleşmeye taraf olan devletlerden yardım alabilir³⁶. Bunun dışında mahkeme bilirkişiye başvurmak suretiyle yabancı hukukun muhtevasını tespit edebilir³⁷.

Yabancı hukukun içeriği taraflarca ispat edilememişse, ispat yüküne ilişkin kararın sonuçlarına katlanma sonucu tam anlamıyla ortaya çıkmaz. Zira bu durumda bir yedek hukuk kuralı olarak Alman hukukuna üstünlük tanınır ve Alman hukuku hâkimin hukuku (lex fori) olarak uygulanır. Ayrıca taraflar, yargılamada herhangi bir zaman ile sınırlı olmaksızın Alman hukukunun uygulanmasını anlaşılarak kabul edebilir³⁸.

III. TÜRK HUKUKUNDA YABANCI HUKUKUN UYGULANMASINDA TARAF ROLLERİ

A. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Re'sen Uygulanması

Yabancılık unsuru taşıması nedeniyle, özel hukuka ilişkin bir uyumsuzlığa birden fazla ülke hukukunun uygulanma ihtimâli bulunabilir. Bu durumda ortaya çıkan çatışma halini çözmek için kullanılan kurallara *kanunlar ihtilafı kuralları*; bu kuralların oluşturduğu hukuk dalına ise *kanunlar ihtilafı hukuku* denir³⁹. Kanunlar ihtilafı kuralları somut olaya hangi ülke hukuk sisteminin uygulanacağı belirlemekle birlikte, bu kurallar ait olduğu hukuk sisteminin iç hukuk kuralı niteliğindedir. Bununla beraber bu kurallar maddî hukuk kurallarından farklıdır. Maddî hukuk kuralları somut olayı doğrudan çözüme kavuştururken, kanunlar ihtilafı kuralları somut olaya uygulanacak hukuk kurallarının tespitini yapar⁴⁰. Hukukumuzda kanunlar

³⁴ REMIEN, s. 194.

³⁵ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 623.

³⁶ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 624; REMIEN, s. 199-200.

³⁷ REMIEN, s. 195.

³⁸ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 623.

³⁹ YÖNEY, s. 8. Bir uyumsuzluğun kanunlar ihtilafı hukukunun kapsamına girebilmesi için o uyumsuzluğun yabancı unsur içermesinin gerekli olduğu hususunda bkz. AYGÜN, Mesut, "Yabancılık Unsurunun Mahiyeti Ve Yargılamadaki Rolü", DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014, s. 1028.

⁴⁰ YÖNEY, s. 8 vd.

ihtilafî kuralları 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir (MÖHUK m. 1)⁴¹.

Kanunlar ihtilafî kurallarının millî hukuk sistemine dâhil olmasının sonucunda, hâkimin hukuku re'sen uygulayacağı yönündeki kural kanunlar ihtilafî kaidelerinin tatbikinde de geçerlidir (MÖHUK m. 2; HMK m. 33). Tarafların talepleri olmasa dahi kanunlar ihtilafî kuralları mahkemece re'sen uygulanmalı, somut olaya uygulanacak yabancı hukuk tespit edilmelidir⁴². Bu noktada tarafların “Türk hukukunun uygulanması” hususundaki anlaşmalarında, sadece kanunlar ihtilafî kurallarının taraflara hukuk seçimi yapma olanağı tanıdığı hallerde önem taşır⁴³. Nitekim uyuşmazlık yabancılık unsuru taşınmasına rağmen mahkemenin kanunlar ihtilafî kurallarına uymak suretiyle yabancı hukuku uygulamayıp doğrudan Türk Hukukunu uygulaması bozma sebebidir⁴⁴.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre taraflar, dilekçelerinde dayandıkları hukukî sebepleri yazmalıdır (HMK m. 119/1-g; HMK m. 129/1-f). Buna karşılık hukukî sebebin dilekçede yazılmamış olmasının yaptırımını, Kanun'da açık bir şekilde düzenlenmemiştir (HMK m. 119/2; HMK m. 130). Doktrinde ise, hukukî sebebin vakıa iddialarına temel olması nedeniyle dilekçede yazılmasının önemine işaret

⁴¹ İsviçre hukukunda kanunlar ihtilafî kuralları, Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanun ile düzenlenmiştir (IPRG Art. 1).

⁴² NOMER, Usul, s. 131; ARSLAN, İlyas, “Yabancı Unsurlu Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı ile Yabancı Hukukun İçeriğinin Temin Edilmesi Arasındaki İlişki”, MHB, C. 37, S. 2, s. 76; YAŞAR, s. 82; YÖNEY, s. 73. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda, tarafların talebi olmasa bile kanunlar ihtilafî kurallarının re'sen uygulanacağı ifade etmiştir. Bkz. 11. HD, 16.09.1997, E. 1997/5344, K. 1997/5910 (www.lexpera.com).

⁴³ ERKAN, s. 551; YÖNEY, s. 74.

⁴⁴ 11. HD, 19.06.2017, E. 2016/5717 K. 2017/3854 (www.lexpera.com): “*Dava, uluslararası taşıma sırasında hasara uğrayan yük nedeniyle ödenen sigorta bedelinin rücuen tahsili istemine ilişkin olup, dava dışı sigortalı adına düzenlenen konşimentonun arka yüzünde yer verilen 23. maddede sözleşmeden kaynaklanan veya ekli olduğu konşimentonun içeriğinden doğan her türlü ihtilafın yüklenme ve tahliye yerindeki yerel hukukun zorunlu olarak uygulanacağı durumlar saklı kalmak kaydıyla Hong Kong Kanunları ile yönetileceği ve karara bağlanacağı öngörülmüştür. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 2/4. maddesi uyarınca hâkimin, Türk Kanunlar ihtilafî kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygulayacağı ve yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebileceği düzenlenmiş, aynı Yasa'nın 24/1. maddesinde ise sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbi olacağı ve 29/1. maddesinde ise eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelerin tarafların seçtikleri hukuka tâbi olacağı belirtilmiştir. **Somut uyuşmazlıkta, sigortalı ile taşıyan arasında düzenlenen sözleşme uyarınca Hong Kong Hukuku'nun uygulanacağı kararlaştırılmış olup, yukarıda yer verilen 5718 sayılı Yasa'nın 2, 24 ve 29. maddeleri uyarınca ... Hukuku'nun taraflar arasındaki uyuşmazlığa ilişkin kurallarının temini ile gerekirse tarafların bu hususta yardımının istenmesi ve yargılamanın belirlenen hukuk kurallarına göre yürütülerek sonuçlandırılması gerekirken; mahkemece bu yön üzerinde durulmaksızın, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle re'sen bozulması gerekmiştir.**”; 2. HD, 15.01.2015, E. 2014/16187, K. 2015/523 (www.lexpera.com): “...Tarafların ikisi de ... uyruklu olduklarına göre, boşanma sebepleri bakımından müşterek milli hukuklarının araştırılarak öncelikle bu hukukun uygulanması, yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi halinde Türk hukukunun uygulanması (5718 s. MÖHUK m. 2/2) gerekirken, müşterek milli hukukları araştırılmadan hüküm tesisi doğru bulunmamıştır.” Aynı şekilde bkz. 2. HD, 29.09.2010, E. 2010/13616, K. 2010/15652 (www.lexpera.com); 2. HD, 22.03.2012, E. 2011/16681, K. 2012/6879 (www.lexpera.com); 12. HD, 22.10.2013, E. 2013/23202, K. 2013/33020 (www.lexpera.com); 12. HD, 14.03.2016, E. 2016/5038, K. 2016/7339 (www.lexpera.com); 27.04.2016, E. 2015/7816, K. 2016/4745 (www.lexpera.com).*

edilmiştir⁴⁵. Bu düşünce kapsamında taraflarca yabancı hukukun uygulanması için gerekli vakıalar ileri sürülürken, hangi yabancı hukuk sisteminin uygulanması gerektiği hususunda açıklama yapılmalı ve bu yapılırken de ilgili kanunlar ihtilafı kurallarına dayanılmalıdır. Bu suretle taraf, vakıa iddialarını sağlam bir temel içinde ileri sürmesinin yanında, uygulanacak yabancı hukukun tespitinde hâkime yardımcı olur. Ancak önemle vurgulanmalıdır ki, hukuku re'sen uygulamak durumunda olan hâkim, uyuşmazlığa uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarını taraflar ileri sürmemiş olsalar bile tespit ederek olaya uygulamak zorundadır (HMK m. 33; MÖHUK m. 2).

B. Bağlama Noktası Olan Vakıaların İleri Sürülmesi ve İspatı

Kanunlar ihtilafı kurallarının bir yabancı ülke hukuk sistemini işaret etmesi durumunda, ilgili yabancı hukuk kuralları uygulanır. Kanunlar ihtilafı kurallarının yabancı hukuku işaret etmesi, bağlama noktalarının bir yabancı ülke ile bağlantılı olmasını gerektirir⁴⁶.

Bağlama noktası olan vakıalar medenî usûl hukuku bakımından maddî vakıa niteliğindedir. Bu nedenle bağlama noktası niteliğindeki vakıalar hâkimin hukuku bakımından, vakıaların ileri sürülmesi kurallarına göre yargılamaya dâhil edilmelidir. Hukukumuzda dava malzemesi olan vakıaların yargılamaya dâhil edilmesinde kural olarak taraflarca getirilme ilkesi geçerlidir. Nitekim bu durum Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça ifade edilmektedir. Buna göre, “*Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz*” (HMK m. 25/1). Bu nedenle taraflarca getirilme ilkesinin bir gereği olarak, bağlama noktası olan vakıalar taraflarca ileri sürülmelidir⁴⁷.

Medenî usûl hukukunda taraflarca getirilme ilkesinin geçerliliğinde, taraflar belli usûlî yükler altında bulunabilir. Bu yüklerin başında iddia yükü gelmektedir. Kanunlar ihtilafı kurallarında belirlenen bağlama noktalarına ilişkin vakıalar, iddia yükü çerçevesinde taraflarca ileri sürülmelidir. Zira taraflarca getirilme ilkesine göre, taraflarca iddia edilmeyen vakıalar mahkemece dikkate alınamaz. Vakıalar ileri sürülürken, aynı zamanda ispata elverişli şekilde somutlaştırılmalıdır (HMK m. 194/1). Ayrıca iddia edilen bağlama noktası niteliğindeki vakıalar taraflar arasında çekişmeli olursa, bu vakıaların ispat yükü altında bulunan tarafça ispat edilmesi gerekir (HMK m. 187/1)⁴⁸. Bağlama noktası niteliğindeki vakıalar iddia edilmez veya iddia edilse bile ispat edilmediği için mahkemece tespit edilemezse hâkim Türk Hukukunu uygular (MÖHUK m. 2).

C. Yabancı Hukukun Tespiti

Uyuşmazlığa uygulanacak yabancı hukukun muhtevasının doğru bir şekilde tespit edilmesi önemlidir. Milletlerarası özel hukukun başarılı olabilmesi ve

⁴⁵ ÖZEKES, Muhammet, “Dava Dilekçesinde Hukukî Sebep Bildirmek Zorunludur”, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009, s. 761 vd.; ÖZEKES, Muhammet, “HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler”, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014, s. 297-298.

⁴⁶ YÖNEY, s. 84.

⁴⁷ NOMER, Ergin, Devletler Hususî Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2013, s. 188; ERKAN, s. 546; AKİL, s. 20; YÖNEY, s. 85 vd.; ÖZÇELİK, Volkan, Türk Medenî Usûl Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi, Ankara 2020, s. 248-249.

⁴⁸ NOMER, Usul, s. 132-133; ERKAN, s. 546.

milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerçekleştirilebilmesi için yabancı hukukun muhtevası tam ve kesin biçimde tespit edilmelidir⁴⁹.

Kanunlar ihtilafı kurallarına göre uyumsuzluğa uygulanacak yetkili yabancı hukuk tespit edildikten sonra, yabancı hukukun içeriği belirlenmeli ve yabancı hukuk kuralları tutanağa kaydedilmelidir (HMK m. 154/1). Yargıtay'a göre, somut olaya tatbik edilen yabancı hukuk kurallarının dosyaya eklenmemesi bozma sebebidir⁵⁰.

Yabancı hukukun uygulanması için muhtevasının tespiti yapılırken, bu kuralların ilgili ülke hukukunda nasıl tatbik edildiği de tespit edilmelidir. Zira yabancı hukuk kuralları somut olaya uygulanırken, bu hukuk kuralı kendi ülkesinde hangi şekilde yorumlanıyor ve uygulanıyorsa o şekilde uygulanmak zorundadır⁵¹. Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 7. maddesi bunu sağlamaya yöneliktir. Düzenlemeye göre hukuk sistemi hakkında kendisinden bilgi talep edilen Devlet'in vereceği cevap, ilgili yasa ve tüzük metinleri ile içtihat kararlarını ihtiva etmelidir. Ayrıca istemde bulunan makamın sağlam bilgi edinebilmesi için gerekli görülecek ölçüde, doktrine ait eserler ve hazırlık çalışmaları gibi tamamlayıcı belgeler verilecek cevaba eklenir. Bunun dışında açıklayıcı yorumlar da cevaba eklenebilir (Sözleşme m. 7).

Hukukumuzda hâkim yabancı hukukun muhtevasını tespit ederken yapacağı araştırmada geniş bir hareket serbestisine sahiptir⁵². Bu serbesti kapsamında yabancı hukukun araştırılması için takip edilecek usûl, hâkimin görev anlayışına bırakılmıştır⁵³.

Yabancı hukukun muhtevası tespit edilirken mahkemenin belli bir sıraya uyması zorunluluğu, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun hükümlerinden açıkça anlaşılmamaktadır (MÖHUK m. 2). Bununla birlikte Yargıtay,

⁴⁹ ERKAN, s. 547.

⁵⁰ 11. HD, 07.10.2003, E. 2003/2977 K. 2003/8974 (www.lexpera.com): “Davalı F1 Bankası AŞ tarafından düzenlenen teminat mektubunda “Mevcut garanti; ICC, Garanti Talepleri Yeknesak Kurallarına tabidir.” hükmü yer almaktadır. Bu kayıt, F3 Bankası AŞ tarafından düzenlenen teminat mektubunda ise bulunmamaktadır. Bununla birlikte her iki davalı banka tarafından düzenlenen teminat mektuplarında “Bu garanti İsviçre yasalarına göre yönetilip, yorumlanacaktır.” hükmü yer almaktadır. **Mahkemece hükme esas alınan 28.11.2002 günlü bilirkişi raporunda, İsviçre Hukuku'nun da incelendiği ifade edilmiş ise, dava konusu uyumsuzluğa uygulanması gereken yabancı hukuk kuralları dosyaya sunulmamıştır. Hakim, MÖHUK.nun 2.maddesi hükmüne göre, bir davada yabancı kanunun uygulanıp uygulanmayacağını kendiliğinden araştırmakla yükümlüdür. MÖHUK.nun 24/1.maddesi hükmüne göre ise, sözleşmeden doğan borç ilişkileri, tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabidir. Taraflar arasındaki sözleşme hükmü sayılan teminat mektubunda yer alan hüküm gereğince, dava konusu uyumsuzluğa İsviçre yasalarının uygulanması gerekmektedir. Bu durumda mahkemece, işbu davada uygulanması gereken İsviçre yasalarını veya ilgili mevzuatı sunması için taraflardan yardım istemesi ve TC. Adalet Bakanlığı aracılığıyla ilgili yasa hükümlerinin celbi ile, bilirkişi raporunun, getirilen yabancı yasa hükümlerine uygun olup olmadığının denetlenmesi gerekirken, sadece bilirkişi raporunda yazılı gerekçelerle yetinilerek, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davalılar yararına bozulması gerekmiştir.”**

⁵¹ NOMER, Yabancı Kanun, s. 36; YAŞAR, s. 86; YÖNEY, s. 101.

⁵² EKŞİ, Nuray, “Yabancı Hukukun Tespiti Ve Uygulanması –Mukayeseli Bir İnceleme–”, Legal Uluslararası Ticaret Ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 3, S. 1, 2014, s. 20; NOMER, Yabancı Kanun, s. 88; TARMAN, Zeynep Derya, “Turkey: The Treatment of Foreign Law in Turkey, Treatment of Foreign Law- Dynamics towards Convergence?”, (Editör: Yuko Nishitani), Ius Comparatum-Global Studies in Comparative Law, C. 26, 2017, s. 553; AKİL, s. 21; YAŞAR, s. 85; YÖNEY, s. 97.

⁵³ NOMER, Usul, s. 136-137.

yabancı hukukun muhtevasının tespitinde öncelikle tarafların yardımına başvurulmasını, sonrasında ise gerekmesi durumunda Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi hükümlerinden yararlanılarak yabancı hukukun muhtevasının tespit edilmesi, bu işler yapıldıktan sonra da dosyanın bir bütün halinde alanında uzman bilirkişiye gönderilmesi gerektiğini belirtmektedir⁵⁴. Bu durumda taraflar mahkemece kendilerine verilen süre içinde, olaya uygulanacak yabancı hukukun kanun maddelerinin tercüme edilmiş hallerini, ilgili bilgi ve belgeler ile olayın çözümü için gerekli olan tüm dokümanları mahkemeye sunmalıdır⁵⁵.

1. Hâkimin Yabancı Hukuk Hakkında Bilgisi

Yabancı hukukun içeriğinin tespitinde başvurulabilecek kaynaklardan birisi hâkimin yabancı hukuk hakkındaki bilgisidir^{56, 57}. Buna göre hâkim sahip olduğu yabancı hukuk bilgisi ile uyumsuzluğu çözüme kavuşturabilir⁵⁸.

Ancak bu yapılırken uygulanacak yabancı hukuk ve muhtevası hakkında taraflar bilgilendirilmeli ve taraflara açıklama hakkı tanınmalıdır. Taraflara bilgi verilmesi ve açıklama hakkının tanınması hukukî dinlenilme hakkının bir gereğidir (HMK m. 27/2). Nitekim tarafın hukukî sebep kapsamına giren her şey hakkında açıklama yapma hakkı bulunmaktadır. Yabancı hukukun içeriğinin doğru bir şekilde belirlenmesinde tarafların yardım yükümlülüğünü tam anlamıyla yerine getirebilmesi için, hâkimin bilgisi dâhilinde olan yabancı hukuk hakkında taraflara açıklama yapma olanağı tanınmalıdır⁵⁹. Taraflar açıklamalarını uzman görüşüne dayanarak yapabilir

⁵⁴ 8. HD, 26.05.2011, E. 2010/5330, K. 2011/3103 (www.lexpera.com). Benzer şekilde bkz. 06.11.2008, E. 2008/13740, K. 2008/14696 (www.lexpera.com); 14. HD, 05.07.2017, E. 2016/13302, K. 2017/5712 (www.lexpera.com).

⁵⁵ 8. HD, 26.05.2011, E. 2010/5330, K. 2011/3103 (www.lexpera.com): “...O halde mahkemece yapılacak iş; öncelikle tarafların kendi milli hukukunda bulunan konuya ilişkin tercüme edilmiş kanun maddeleri, ilgili bilgi ve belgeler ile olayın çözümü için gerekli olan tüm dokümanları mahkemeye sunmaları için taraflara süre ve imkan tanınması, gerekirse Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi hükümlerinden de yararlanılması, bundan ayrı Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünden Alman Medeni Kanununda yer alan yasal mal rejimiyle ilgili tüm kanun maddeleri ile bilgi ve belgelerin mahkemeye gönderilmesinin istenmesi, bu konuda anılan genel müdürlüğe yöntemine uygun bir biçimde yazı yazılması, 5718 sayılı MÖHUK m. 1, 2, 5 ve 15. maddelerinin olayın çözümünde göz önünde tutulması, tarafların milli hukukuna göre gerekli bilgi ve belgeler ile kanun maddelerinin Türkçe örnekleri sağlandıktan sonra dosya tomarıyla birlikte Devletler Hususi Hukuk ve Medeni Hukuk konusunda uzman iki akademisyene verilmek suretiyle olayın çözümüne ve tarafların milli hukukuna uygun gerekçeli tarafların ve Yargıtay'ın denetimine açık rapor alınması, ondan sonra oluşacak duruma göre bir karar verilmesi gerekirken, tarafların milli hukuku göz ardı edilerek Türk Medeni Kanununa göre yapılan inceleme sonucu hüküm kurulmuş bulunması usul ve kanuna aykırıdır.”

⁵⁶ NOMER, Yabancı Kanun, s. 88; YÖNEY, s. 97-98.

⁵⁷ Hâkimin yabancı hukuk hakkında bilgisi için doktrinde, “hâkimin yabancı hukuk hakkında şahsî bilgisi” kavramı kullanılmaktadır. Bkz. NOMER, Yabancı Kanun, s. 88; YÖNEY, s. 97. Medenî usûl hukukunda “hâkimin şahsî bilgisi” kavramı genellikle hâkimin mesleği dışında kişisel olarak maddî vakıalar hakkındaki bilgisi için kullanılmaktadır. Bu nedenle hâkimin yabancı hukuk hakkında şahsî bilgisi deyimi yerine hâkimin yabancı hukuk hakkında bilgisi kavramını kullanmak daha yerinde olur.

⁵⁸ NOMER, Usul, s. 134, 137; YÖNEY, s. 98.

⁵⁹ ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usûl Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s. 136-138.

(HMK m. 293/1). Uzman görüşü sunulması durumunda hâkim uzman görüşünü dikkate almadan karar veremez⁶⁰.

2. Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi

Yabancı hukukun muhtevasının tespitinde başvurulabilecek yöntemlerden birisi Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin taraf olduğu iki ve çok taraflı adlî yardım anlaşmaları kapsamında ilgili ülkeden bilgi talep edilmesidir. Bu kapsamdaki talepler Adalet Bakanlığı ve Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla, hukuku uygulanacak ülkenin Türkiye'deki temsilciliklerinden veya ilgili ülkedeki Türk temsilciliklerinden yapılır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin diğer devletlerle arasında yapılmış iki taraflı adlî yardım anlaşmaları bulunmaktadır⁶¹. Çok taraflı adlî yardım anlaşması niteliğindeki Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi ayrıca ele almayı gerektirmektedir.

Ülkemiz, 7 Haziran 1968 tarihinde Londra'da imzalanan "Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi"ne taraftır. Mahkeme bu sözleşmeden kaynaklanan imkânlar vasıtasıyla bir yabancı hukuk sistemi hakkında bilgi sahibi olabilir. Bu Sözleşme ile akit devletlere, birbirlerine hukukî ve ticarî konulardaki mevzuatları ve hukuk usûlleri dâhil, hukukî alanda adlî teşkilatları hakkında bilgi sağlama yükümlülüğü getirilmiştir⁶².

Yabancı hukuk hakkında bilgi talebinde bulunulabilmesi, açılmış olan bir dava nedeniyle söz konusu olabilir (Sözleşme m. 3/1). Sözleşme hükümlerine göre, yabancı hukuk hakkında bilgi talebinde bulunacak mahkeme bu talebini, Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü'ne ("İletici Makam") bildirmelidir (Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü'nün⁶³Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün 1 Mart 2008 tarihli 67/1 numaralı Genelgesi, İkinci Bölüm, 3). Bilgi talebi için yazılacak yazı, hem talebin iyi bir şekilde anlaşılabilmesi hem de talebe kesin ve doğru cevap verilebilmesi için belli bir muhtevaya sahip olmalıdır. Buna göre, bilgi talebinde bulunan adlî makam, davanın niteliği, talepte bulunulan Devletin hukuku ile ilgili olarak hangi hususlar üzerinde bilgi istendiği ve istemde bulunulan Devletin birden fazla hukuk sistemi varsa, hangi hukuk sistemi hakkında bilgi istendiği mümkün olduğu kadar açık bir şekilde belirtmelidir. Ayrıca gerekmesi durumunda, talebin konusunu açıklayıcı nitelikteki belgelerin örnekleri eklenmelidir (Sözleşme m. 4).

Bilgi talebine ilişkin yazının Sözleşme'de belirlenen nitelikte olması doğrudan doğruya mahkemenin kontrol ve sorumluluğundadır. Ancak taraflar, bilgi talebine ilişkin yazının oluşturulmasında gerekli hususları mahkemeye bildirerek, yazının cevap vermeye uygun bir nitelik kazanmasına katkı sunabilir. Bu durum yargılamanın makûl sürede tamamlanmasına katkı sunacağından, tarafların menfaatini

⁶⁰ Bu yönde bkz. 11. HD, 04.05.2016, E. 2015/10467, K. 2016/5052 (www.lexpera.com); 11. HD, 01.10.2015, E. 2015/2448, K. 2015/9719 (www.lexpera.com); 11. HD, 31.03.2016, E. 2015/7580, K. 2016/3513 (www.lexpera.com); 15. HD, 10.11.2016, E. 2015/5127, K. 2016/4635 (www.lexpera.com).

⁶¹ ERKAN, s. 548.

⁶² Sözleşme ceza hukuku ve usûlü alanında bilgi edinilmesini kapsamamaktadır. Ancak 15 Mart 1978 tarihinde imzalanan ve ülkemizin de 1 Eylül 1980 tarihinde imzalayarak taraf olduğu "Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi"ne Ek Protokol" ile Sözleşmenin kapsamı ceza hukuku alanını da içine alacak şekilde genişletilmiştir.

⁶³ Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü ibaresi, Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü olarak değiştirilmiştir. Bkz. 4 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m. 799/a.

ilgilendirmektedir⁶⁴. Nitekim kendisinden bilgi talep edilen Devlet, talebe ilişkin cevap verirken, gerekli görülen tamamlayıcı bilgileri bilgi talebinde bulunan mahkemeden sorabilir (Sözleşme m. 13). Demek oluyor ki bilgi talebine ilişkin yazının muhtevası, bilgi talebinde bulunulan Devletin cevap vermesine ne kadar elverişli bulunursa, bilgi talebinde bulunulmasından sonra ayrıca tamamlayıcı bilgiler sunulmak zorunda kalınmaz. Bu ise yargılamanın daha kısa sürede tamamlanmasına katkı sunar.

Bilgi talep yazısı ve bu yazının ekleri, talepte bulunulan Devletin resmî dil veya dillerinden birinde yazılmalı veya bu dilde bir tercümesi ile birlikte sunulmalıdır (Sözleşme m. 14/1). Dolayısıyla hâkim, talepte bulunulan Devletin resmî dilini bilmiyorsa, talep yazısı ve ekli evrakın tercümesini yaptırmalıdır. Bu tercümenin noter marifetiyle yapılması gerekmektedir. Nitekim Noterlik Kanunu'na göre, "belgeleri bir dilden diğer dile veya bir yazıdan başka bir yazıya çevirmek" noterlerin genel olarak yapacakları işlerdendir (NK m. 60/6)⁶⁵. Talep yazısı ve ekli evrak iki takım halinde düzenlenmeli ve yabancı devlet yetkili makamlarına iletilmek üzere Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne gönderilmelidir (Genelge, Üçüncü Bölüm, I, 5).

Yabancı hukuk hakkında bilgi talep edilmesi üzerine verilen cevap, bilgi isteminde bulunulan devletin dilinde yazılır (Sözleşme m. 14/1). Bu durumda gelen cevabın mahkemece Türkçeye tercüme ettirilmesi gerekir. Uygulamada tercüme için gereken masraf taraflardan kesin süre verilmek suretiyle alınmaktadır⁶⁶.

⁶⁴ Usûl ekonomisini sağlamakla doğrudan doğruya devlet yükümlüdür. Nitekim gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda gerekse Anayasada usûl ekonomisini sağlamakla yükümlü muhatabın yargı organı, yani mahkeme olduğu belirlenmiştir (AY m. 141/4; HMK m. 30). Buna karşılık yargılamanın taraflarının usûl ekonomisi ilkesinin yükümlüsü olarak görülüp görülemeyeceği tartışmalıdır. Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. RÜZGARESEN, Cumhuriyet, Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Ankara 2013, s. 76 vd.

⁶⁵ Bu düzenlemenin uygulaması genellikle, noterlerin yeminli tercümanlara yaptırılan tercümenin onaylanması şeklinde olmaktadır.

⁶⁶ 2. HD, 25.06.2014, E. 2014/2879, K. 2014/14489 (www.lexpera.com): "Koca tarafından 02.08.2012 tarihinde boşanma davası açılmış, kadın tarafından 17.10.2012 tarihinde karşı boşanma davası açılmıştır. Dava ve karşı dava, kocanın daha önce açtığı aile konutu olarak özgülünen taşınmazın tapu kütüğüne konutla ilgili şerh konulmasına ilişkin davasıyla birleştirilerek görülmüştür. Tarafların her ikisi de İngiliz uyrukludur. Bu hususu dikkate alan mahkeme 5718 sayılı Türk Milletlerarası Özel Hukukuna göre boşanma ve hükümlerinde eşlerin müşterek milli hukukunun yetkili olduğunu (m.14/1) belirlemiş, aynı yasanın 2/1. maddesi gereğince "Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi" hükümlerinden yararlanarak konuya ilişkin İngiliz hukukunu Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü (Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü) vasıtasıyla ilgili Devletten talep etmiştir. Bu sözleşme gereğince İngiliz hukukunun boşanma ve hükümlerine ait düzenlemesi dosyaya talepte bulunulan devletin dilinde gönderilmiştir. Bunun Türkçe'ye tercümesinin gerektirdiği masraf davacı-karşı davalıdan mahkemece istenmiş, kesin süre içerisinde bu masraf yatırılmamıştır. Milletlerarası usul hukukunda "Lex Fori" prensibi geçerlidir. Bu prensibe göre özel hukuka ilişkin uyumsuzluklarda uyumsuzluğun götürüldüğü hâkim, kendi usul kurallarını uygular. Bu bakımdan uyumsuzluğa uygulanacak maddi hukuk açısından İngiliz hukuku yetkili olmakla birlikte taraflar usul hukuku bakımından Türk usul hukuku hükümlerine tabidirler. **Yabancı hukukun Türkçeye tercümesinin gerektirdiği masraf, davacı-karşı davalı (koca) vekilinden "gider avansı" kapsamında istenildiği halde bu gider, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 120/2. maddesinde gösterilen süre zarfında yatırılmadığına göre, kocanın boşanma davasının ve bununla birleştirilen aile konutu şerhi konulmasına ilişkin davasının mahalli mahkemece usulden reddine karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik görülmemiştir. Aile konutu şerhi konulmasına ilişkin dava, taşınmazın aynı ile ilgili olmadığından taşınmazın Türkiye'de bulunuyor**

Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi kapsamında yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesinde karşılaşılabilecek temel problemlerden birisi çeviri hataları olabilir. Hukuk terminolojisine vakıf olmayan kişilerce çevrilen talep metinleri gerçek anlamına uygun şekilde tercüme edilmeyebilir. Hukukî yardım talep edilen ülkenin yetkili makamları, kendilerine yöneltilen talebe ilişkin olarak ancak ilgili yardım talebinden ve eklerinden anlaşılabilirdiği ölçüde cevap verebilir. Ayrıca gelen cevap da yargılama dili olan Türkçeye tercüme edilmelidir. Bu aşamada da hukuk terminolojisine vakıf olmayan kişilerce çevrilen metinlere farklı anlamlar yüklenebilmektedir. Sonuç olarak hâkimin talep ettiği yardım, tam anlamıyla karşılanamayabilir⁶⁷. Bu sorunun çözümü hususunda tarafların hukukî menfaati bulunur. Çünkü yapılan tercüme hataları, hukuken yanlış kararlar verilmesine sebebiyet verebilir. Taraflar tercüme hatalarına itiraz etmek suretiyle bu metinlerin doğru bir şekilde tercüme edilmesini sağlayabilir.

Anılan Sözleşme hükümlerine göre bilgi talebinde bulunan Devlete, kural olarak hiçbir harç veya masraf yükletilmez. Ancak bilgi talebinde bulunulan Devletin kabul organı, bilgi talebinin yanıtlanması için talebi özel bir kuruma veya yetkili bir hukukçuya havale eder ve bu işlem nedeniyle masraf ortaya çıkarsa, bu masraf kural olarak bilgi talebinde bulunan Devlete yüklenir (Sözleşme m. 15). Ancak bunun için, kendisinden bilgi talebinde bulunulan Devletin kabul organı, söz konusu intikal işlemini yapmadan önce, istemi yapan makama, hangi özel kurum veya hukukçuya talebin havale edileceğini bildirmeli, muhtemel masraflar hakkında mümkün olduğu kadar kesin bilgi vermeli ve onun muvafakatini almalıdır (Sözleşme m. 6/3).

Bu durumda Sözleşme hükümlerine göre bilgi verilmesi için tarafların herhangi bir harç ve masraf yatırmasına gerek bulunmaz. Ancak bilgi talebinde bulunulan Devlet, bilgi verilmesi için talebi, özel bir kuruma veya yetkili bir hukukçuya havale eder ve bu işlem nedeniyle ortaya çıkacak masrafa Türkiye Cumhuriyeti Devleti muvafakat ederse, bu masrafın dava sonunda haksız çıkan tarafa yüklenmesi gerekir. Nitekim kanunda yazılı haller dışında, yargılama giderlerinin aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir (HMK m. 326/1). Belirtmek gerekir ki, yargılama esnasında ilk önce bu masrafın kim tarafından ödeneceğini belirleyen açık bir düzenleme mevcut değildir. Bu hususta Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "re'sen yapılması gereken işlemlere ilişkin giderler" başlığını taşıyan 325. maddesinin uygulanıp uygulanamayacağı tartışılabilir. Bu düzenlemenin kapsamı "tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerle" sınırlı tutulmuştur. Dolayısıyla denilebilir ki, sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği dava ve işlerde, Sözleşme hükümlerine göre bilgi talebinde bulunulduğunda gerekli masrafın öncelikle taraflardan birisi veya belirlenen oranda her ikisi ödemeli, giderin süresi içinde ödenmemesi halinde ise yargılama sonunda haksız çıkan taraftan alınmak üzere Hazine'den ödenmesi gerekmektedir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği dava ve işlerde ise gerekli gider öncelikle yabancı hukukun uygulanmasını talep eden tarafça ödenmeli; yargılama sonunda ise haksız çıkan tarafa yükletilmelidir (HMK m. 326/1). Kanaatimizce bu yorum "olan hukuk" bakımından yerinde görülebilirse de, yabancı hukukun "hukuk" olarak ele alındığı hukuk sistemimizin (MÖHUK m. 2) yapısına uygun düşmez. Hâkim hukuku re'sen uygular. Bu doğrultuda, uygulanması gereken hukuk kuralı, yabancı hukuk

olması yukarıda ulaşılan sonucu değiştirecek nitelikte görülmemiştir. Bu sebeple tarafların asıl ve birleşen davaya ilişkin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir."

⁶⁷ ERKAN, s. 548-549.

sistemine ait bir kural dahi olsa, mahkemece tespit edilmek ve uygulanmak durumundadır. Nitekim hukukun yanlış uygulanması bir bozma sebebi teşkil eder (HMK m. 371/1-a). Dolayısıyla yabancı hukukun muhtevasının tespiti için masraf ortaya çıktığında, bu masraf taraflardan birine veya belirtilen tutarda ikisine yüklenmeli; taraf veya taraflar kendilerine verilen bir haftalık süre içinde ödeme yapmazsa, gerekli gider yargılama sonunda haksız çıkan tarafa yükletilmek üzere Hazineden karşılanmalıdır.

3. Bilirkişi İncelemesine Müracaat Edilmesi

Yabancı hukukun içeriğinin tespitinde, bilirkişi incelemesine müracaat edilip edilemeyeceği belirlenmelidir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, *“mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Ancak genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez”* (HMK m. 266). Belirleme yapılırken, yabancı hukukun içeriğinin tespiti hususunun, *“çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren”* bir hâl olup olmadığı temel ölçüt olmalıdır.

Bilirkişilik Kanunu'na göre⁶⁸, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Bilirkişilik Daire Başkanlığı *“bilirkişilik hizmetlerine ilişkin temel ve alt uzmanlık alanlarını tespit etmek”*le görevlidir (BilK m. 6/2-a). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesindeki düzenleme ile uyumlu olarak, Bilirkişilik Daire Başkanlığı'nın yayımlamış olduğu *“Bilirkişilik Temel ve Alt Uzmanlık Alanları”* listesinde hukuk bilimine temel bir uzmanlık alanı olarak yer verilmemiştir⁶⁹. Bu durumda yabancı hukukun tespiti amacıyla bilirkişilik listesine müracaat edildiğinde, bilirkişiliğe kabul şartları yerine gelmediğinden yapılan başvurunun ret edilmesi gerekir (BilK m. 10/1-f, 4). Bilirkişi, kural olarak bilirkişilik bölge kuralları tarafından hazırlanan listelerden görevlendirilebileceğinden (BilK m. 12/5, 6; HMK m. 268); bir yabancı hukuk sistemi hakkında uzmanlığa sahip kişiler, bilirkişilik bölge kuralları tarafından hazırlanan listelerde yer almadıkları ve hukuk bilimine *“Bilirkişilik Temel ve Alt Uzmanlık Alanları”* listesinde temel bir uzmanlık alanı olarak yer verilmemesi nedenleriyle bilirkişi olarak görevlendirilemeyeceklerdir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan bu düzenlemenin, yabancı hukukun içeriğini tespit için mahkemenin bilirkişi incelemesine başvurmasına engel olmadığı kabul edilmektedir⁷⁰. Aksine yabancı hukukun gerçek anlamda uygulanabilmesi için yabancı uzmanlardan ve avukatlardan bilirkişi olarak istifade edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷¹. Doktrinde Nomer, yabancı hukuk hakkında bilgi için bilirkişi incelemesine müracaat edilebileceğini belirttikten sonra, bu husustaki bilirkişi raporunun diğer bilirkişi raporlarından farkına işaret etmektedir. Yabancı hukuk hakkında bilgi için bilirkişi incelemesine müracaat edildiğinde, bilirkişi hukukî meseleler hakkında açıklama yapabilir. Bilirkişi bunu yaparken

⁶⁸ RG. 24.11.2016, S. 29898.

⁶⁹ http://bilirkisilik.adalet.gov.tr/dokumanlar/2018/ekim/EK_1.pdf (Erişim Tarihi: 06.03.2019).

⁷⁰ YÖNEY, s. 99.

⁷¹ ERKAN, s. 554.

hâkime ait bir görevi üstlenmiş olmayıp, sadece mahkemeye yabancı hukuk hakkında bilgi aktarmaktadır⁷².

Uygulamada da yabancı hukukun muhtevasının tespitinde alanında uzman hukukçuların bilirkişi olarak atanabileceği kabul edilmektedir⁷³. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi yabancı hukuk uygulanacak bir uyuşmazlıkta, uygulanacak yabancı hukukun dilini yabancı hukuk sistemini inceleyebilecek yeterlilikte bilen ve özellikle üniversiteden bir hukukçunun bilirkişi olarak görevlendirilerek rapor alınmasını eksiksiz bir inceleme için şart görmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre bu şekilde bir rapor alınmadan karar verilmesi eksik inceleme ile karar verme sonucunu doğurmaktadır⁷⁴. Mukayeseli hukukta da yabancı hukukun muhtevasını tespit için bilirkişi incelemesinden faydalanılabileceği ifade edilmektedir. Örneğin İsviçre hukukunda, hukukun doğru uygulanması mahkemenin sorumluluğunda olması nedeniyle, mahkemenin yabancı hukukun içeriğini tespit için gerekli araştırmayı yapmasının zorunlu olduğu kabul edilmektedir. Bu doğrultuda mahkeme, bilirkişi incelemesine müracaat edebilir⁷⁵.

Hâkim re'sen ya da tarafların talebi üzerine bilirkişi incelemesine müracaat edebilir (HMK m. 266). Eğer taraf bilirkişi incelemesine dayanmamışsa, mahkemeden re'sen bilirkişi incelemesine müracaat edilmesi talep edilebilir.

Yabancı hukukun muhtevasının tespit edilmesi amacıyla bilirkişi incelemesine müracaat edilecek olduğunda, seçilecek bilirkişinin alanında uzman olması gerekir (HMK m. 266). Bilirkişi incelemesine müracaat eden mahkeme, bu hususta vereceği ara kararda seçilecek bilirkişinin uygulanacak yabancı hukukun muhtevasını tespit bakımından (veya en azından milletlerarası özel hukuk alanında) uzman olmasına atıfta bulunmalıdır⁷⁶. Taraflar ise ileri sürecekleri talep ve itirazlar ile

⁷² NOMER, Usul, s. 138.

⁷³ 12. HD, 12.07.2011, E. 2011/179, K. 2011/15737 (www.lexpera.com); 12. HD, 28.06.2012, E. 2012/16550, K. 2012/23020 (www.lexpera.com); 12. HD, 04.07.2013, E. 2013/16430, K. 2013/25383 (www.lexpera.com); 12. HD, 12.12.2016, E. 2016/7878, K. 2016/25149 (www.lexpera.com); 14. HD, 05.07.2017, E. 2016/13302, K. 2017/5712 (www.lexpera.com).

⁷⁴ 12. HD, 12.07.2011, E. 2011/179, K. 2011/15737 (www.lexpera.com); 12. HD, 28.06.2012, E. 2012/16550, K. 2012/23020 (www.lexpera.com); 12. HD, 04.07.2013, E. 2013/16430, K. 2013/25383 (www.lexpera.com); 12. HD, 12.12.2016, E. 2016/7878, K. 2016/25149 (www.lexpera.com).

⁷⁵ HASENBÖHLER, s. 1125.

⁷⁶ 14. HD, 05.07.2017, E. 2016/13302, K. 2017/5712 (www.lexpera.com): "*Mahkemece 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 2/1. maddesi dikkate alınmadan, 21.04.2015 tarihli dördüncü celsede dosyanın Milletlerarası Özel Hukuk alanında uzman bilirkişiye tevdi ile 05.03.2012 tarihli belgenin Alman Hukukuna uygun olup olmadığı ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a göre irdelenmesi istenilmiştir. Bilirkişinin, Milletlerarası Özel Hukuk konusunda uzmanlığı, 09.03.2016 tarihli dosyanın bilirkişiye teslimine dair tutanaktan, ya da 18.04.2016 havale tarihli raporundan anlaşılacakla birlikte hazırlanan raporda yer yer 12/11/2007 tarih ve 26728 S.R.G. de yayımlanan 5718 sayılı "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 64. maddesi birinci fıkrası ile yürürlükten kaldırılan 2675 sayılı kanuna ve 08/12/2001 tarih ve 24607 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4721 sayılı "Türk Medeni Kanununun 1028. maddesi ile yürürlükten kaldırılan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisine atıflar yapılan bilirkişi rapor esas alınarak davanın reddine karar verilmiştir. O halde mahkemece, 5718 sayılı Kanunun 2/1. maddesi dikkate alınarak olayla ilgili uygulanacak Alman Hukuku hükümlerinin Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nden sorulup getirilmeli, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nden bir cevap alınmaması halinde yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını istenerek sonucuna göre bir karar*

mahkemenin vereceği kararın bu yönüyle isabetli olmasına katkı sunabilir. Bu noktada taraflar, bilirkişinin alanında uzman bir kimse tarafından seçilmesi hususunda talepte bulunabilir. Ayrıca taraflar, bilirkişi raporunun kendilerine tebliğinden itibaren iki hafta içinde raporda gördükleri eksik hususların bilirkişiye tamamlattırılmasını; raporda belirsizlik gösteren hususlar hakkında bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını talep edebilir (HMK m. 281/1). Diğer taraftan taraflar, yabancı hukukun muhtevasının tespiti maksadıyla uzman görüşü olarak bilirkişi raporuna itiraz edebilir (HMK m. 293). Bu sayede taraflar, bilirkişinin vermiş olduğu raporun güvenilirliği hususunda mahkemede kuşku doğurabilir. Tarafın bilirkişi raporuna itiraz etmesi ve itirazına ek olarak sunduğu uzman görüşünün bilirkişi raporu ile çelişmesi durumunda mahkemece yapılması gereken, tarafın bilirkişi raporuna yönelik itirazlarının değerlendirilmek ve bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmesi için inceleme yapmaktır⁷⁷. Alınan

verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir.”

⁷⁷ 11. HD, 01.10.2015, E. 2015/2448 K. 2015/9719 (www.lexpera.com):“...Yargılama sırasında yürürlüğe giren ve somut uyuşmazlığa uygulanması gereken 6100 sayılı HMK'nın 293. maddesinde, tarafların, dava konusu olayla ilgili olarak uzmanından bilimsel mütalaa alabilecekleri düzenlenmiş olup hakimin bu delili serbestçe değerlendirebileceği kuşkusuzdur. Bu itibarla, mahkemece alınan bilirkişi raporları ile sunulan uzman görüşü arasındaki çelişki giderilerek ve gerekirse anılan maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen, hakimin rapor alınan uzman kişiyi davet ederek dinleyebileceği imkanı da gözetilerek, oluşacak sonuç çerçevesinde çelişkiyi giderecek şekilde gerektiğinde içerisinde kimya mühendisinin de olduğu yeni bir uzman bilirkişi heyetinden rapor alınarak karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru görülmediğinden asıl davada davalı-birleşen davada davacı İleri E. K. Sanayi A.Ş. vekilinin bu yöne ilişkin karar düzeltme itirazının kabulü ile Dairemizin 18.11.2014 gün ve 2013/16851-2014/17841 karar sayılı onama ilamının kaldırılarak, yerel mahkeme kararının anılan nedenle asıl davada davalı-birleşen davada davacı İleri E. K. Sanayi A.Ş. yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.”; 11. HD, 04.05.2016, E. 2015/10467 K. 2016/5052 (www.lexpera.com): “Mahkemece, iddia, savunma, toplanılan deliller, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, dava konusu tasarımların genel karakter, detay özellikleri itibarıyla zaten daha önce sunulmuş tasarımlar kapsamında kaldığından yeni ve ayırt edici olmadığı, davalı tarafça bilirkişi raporundan sonra sunulan uzman raporuna itibar edilmediği zira, uzman raporunda, bir takım detay farklılıklarının öne çıkartıldığı buna göre, karşılaştırılan sonraki tarihi taşıyan tasarımla aradaki farkların ortaya konduğu oysa, daha sonra tescillenen bir tasarımın önceki tasarımın yani dava konusu tasarımın yeniliğini bozmayacağı gerekçesiyle, davanın kabulü ile 2012/02870/1, 2, 3 sıra no'lu çoklu tasarımların hükümsüzlüğü ile sicilden terkinine karar verilmiştir....Dava, davalı adına çoklu tasarım belgesi ile tescilli tasarımların hükümsüzlüğü istemine ilişkin olup, mahkemece benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda dava konusu çoklu tasarım belgesinde yer alan 1 ve 2 no'lu tasarımların da hükümsüzlüğüne karar verilmiştir. Ancak, davalı tarafça bilirkişi raporuna itiraz dilekçesi verilmiş ve ekinde uzman görüşüne dayanılmıştır. Bu durumda, mahkemece, uyuşmazlık konusu 1 ve 2 no'lu tasarımlar bakımından davalının rapora itirazlarının karşılanması ve bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmesi için 6100 sayılı HMK'nın 293. madde hükümleri de nazara alınmak suretiyle inceleme ve değerlendirme yapılarak sonucuna göre bir karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.” 15. HD, 10.11.2016, E. 2015/5127, K. 2016/4635 (www.lexpera.com):“...Alınan bilirkişi raporuna davalı vekili esaslı itirazlarda bulunmuş ve bu itirazlarına 6100 sayılı HMK'nın 293. maddesi gereğince alınan uzman görüşünü dayanak olarak eklemiştir. Bilindiği üzere 6100 sayılı HMK'nın 293. maddesinde düzenlenen uzman görüşü, tarafların uyuşmazlığın aydınlanabilmesi, anlaşılabilmesi ve iddia ve savunmaların ispatı için kendisinin belirlediği özel ve teknik bilirkişiden bir konuda bilgi alması olarak düzenlenmiş olup, uygulamada özel bilirkişi adı da verilmektedir. Taraflar kendi menfaatlerini koruyabilmek ve alınan bilirkişi raporundan tatmin olmamaları halinde olayın tam olarak aydınlanmasını sağlamak ve doğru ve adil kararın verilmesi için uzman görüşü alıp mahkemeye ibraz edebilecektir. Mahkeme özellikle özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda, tarafın sunduğu uzman görüşünün

bilirkişi raporuna taraflardan biri, uzman görüşüne dayanmak suretiyle itiraz eder ve bu itirazlar mahkeme tarafından hiç değerlendirmeye alınmaz ve itirazlar gerekçeli bir şekilde karşılanmamış olursa, uzman görüşüne dayanan tarafın hukukî dinlenilme hakkı ihlâl edilmiş olur⁷⁸. Diğer taraftan mahkeme uzman görüşünü değerlendirirken, uzman görüşüne dayanmayan karşı tarafın sunulan bu rapora olan itirazlarını da dikkate almalıdır. Bunun için mahkemenin uzman görüşüne karşı itirazlarını bildirmesi için tarafa makûl bir süre vermesi yerinde olur. Tarafa itiraz imkânı verilmeden ya da tarafın itirazlarını ileri sürmesi için makûl bir süre verilmeden, sunulan uzman görüşü dikkate alınarak karar verilmesi, uzman görüşüne dayanmayan tarafın adil yargılanma hakkını ihlâl eder⁷⁹.

D. Yabancı Hukukun Tespitinde Tarafların Yardım Etme Yükümlülüğü

1. Medenî Usûl Hukukunda Usûlî Yük ve Yükümlülük

Medenî usûl hukukunda taraflar için usûlî yük ve yükümlülükler bulunur. Bu yük ve yükümlülükler medenî usûl hukukunda beraber bulunmaktadır⁸⁰. Çünkü her ikisi de, ilgili tarafın belli bir usûlî davranışı yerine getirmelerine, aksi halde ise belli elverişsiz sonuçlarla karşılaşılmasına neden olur⁸¹.

Medenî usûl hukukunda yük ve yükümlülük arasında önemli farklılıklar vardır. Bu nedenle aralarındaki ayrımın yapılması önem taşır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, Kanunda “yükümlülük” kelimesinin kullanılmış olması, bir normun taraflar için bir yük veya yükümlülük tesis edip etmediğini belirlemek hususunda karar

dava konusuyla ilgili olması halinde mutlaka dikkate almak ve değerlendirmek zorundadır. Bu anlamda alınan bilirkişi raporuna, taraflardan biri, uzman görüşüne dayanmak suretiyle itiraz etmiş ve ve bu itirazlar mahkeme tarafından hiç değerlendirmeye alınmamış ve itirazlar gerekçeli bir şekilde karşılanmamış ise uzman görüşüne dayanan tarafın 6100 sayılı HMK'nın 27., Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan hukuki dinlenme hakkını ihlal etmiş olabilecektir. Dosyaya ibraz edilen uzman görüşünde bilirkişi raporu ile tespit edilen görüşlerinin aksine tespit ve görüşler ileri sürülmüş olup, bilirkişi raporu ile uzman görüşü ciddi şekilde çelişkiler içermektedir. Alınan bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmesi amacıyla dosyanın yeni bir bilirkişi heyetine tevdi edilmesi yerine yetersiz ve esaslı itiraza uğrayan rapora dayanılarak uzman görüşü karada gerekçeli olarak değerlendirilip tartışılmadan karar verilmiş olması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.”

⁷⁸ 15. HD, 10.11.2016, E. 2015/5127, K. 2016/4635 (www.lexpera.com).

⁷⁹ 11. HD, 31.03.2016, E. 2015/7580, K. 2016/3513 (www.lexpera.com):“...Somut uyuşmazlıkta davacılar vekilince,...'den alınan ve 26.12.2014 tarihli celse dosyaya ibraz edilen mütalaa mahkemece, uzman görüşü olarak değerlendirilmiştir. Davalılar vekili ise söz konusu mütalaa inceleyip beyanda bulunmak üzere süre talep etmiştir. Anayasa'nın 36'ncı maddesine göre herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı merciileri önünde iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Adil yargılanma hakkı hak arama özgürlüğünün uygulamaya yönelik uzantısı niteliğindedir. Somut uyuşmazlıkta davalılar vekilinin, davacı tarafın ibraz ettiği mahkemenin de uzman görüşü olarak nitelendirdiği uzman görüşüne karşı beyanda bulunması için gerekli ve makul süre verilmeden yukarıda özetlendiği şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. Bu durumda mahkemece, HMK'nun 293. maddesinde öngörülen usul ve esaslara uyulup, davalılar vekiline savunma hakkı tanınarak oluşacak sonuç çerçevesinde karar verilmesi gerekirken HMK'nun 293. maddesi hükmü nazara alınmadan ve savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracak şekilde işlem yapıp yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...”

⁸⁰ Medenî usûl hukukunda taraflara yükümlülük getiren hallerin istisnai nitelik taşıdığı hususunda bkz. ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 11.

⁸¹ BRÖNNIMANN, C. Jürgen, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Stämpfli&Cie Verlag AG, Bern 1989, s. 31.

vermeye esas teşkil etmez⁸². Taraflar için bir yükümlülük veya yük getirildiğinden söz edilebilmesi, aşağıda izah edilecek hususlara dikkat etmeyi gerektirir.

a. Usûlî Yükler

Usûlî yükler, bir usûl işleminin ihmâl edilmesinin ortaya çıkaracağı usûlî bir dezavantaj ile karşı karşıya kalınmasının ifadesidir⁸³. Eğer taraf kendisinden beklenen usûlî davranışı yerine getirmese, bu davranışa bağlanan dezavantajlı sonuç gerçekleşir. Usûl işlemini yapmakla kim yüklü ise, bu sonuç ile de o taraf karşılaşır. Bu işlemi yapıp yapmamak ve dolayısıyla olumsuz sonuçla karşılaşmak ya da bu sonucun önüne geçmek esas itibarıyla tarafın iradesindedir. Bununla birlikte, tarafın dezavantajlı bir usûlî sonucun önüne fiilen geçtiği durumda, ancak bir usûlî yükten bahsedilebileceği anlamına gelmez⁸⁴. Örneğin ispat yükü altında olan taraf bütün çabalarına rağmen ispat yükünü yerine getiremezse, ispat edememenin rizikosunu taşır. Yani bu durumda tarafın iddiası ispat edilememiş olur⁸⁵.

b. Usûlî Yükümlülükler

Usûlî yük karşısında usûlî yükümlülükler, ilgili tarafı yargılamada belli bir şekilde davranması hususunda zorunlu kılar veya en azından teşvik eder⁸⁶. Medenî usûl hukukunda bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi amaçlanır; dolayısıyla taraflar başka bir davranış yapmak suretiyle bu yükümlülüklerden kaçınmaz. Aksi halde bu durum, kanun ve mahkemece kabul edilmez⁸⁷. Örneğin doğruyu söyleme yükümlülüğünün bir gereği olarak taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdür (HMK m. 29; DZPO § 138; SchZPO Art. 52)⁸⁸. Nitekim doğruyu söyleme yükümlülüğünün ihlâl edilmesi suretiyle ileri sürülen vakıalar mahkemece dikkate alınmaz⁸⁹.

⁸² BRÖNNİMANN, Substanziierungslast, s. 31.

⁸³ BLOMEYER, Arwed, Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, 2. Auflage, Berlin 1985, s. 362; ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 11.

⁸⁴ BRÖNNİMANN, Substanziierungslast, s. 31-32.

⁸⁵ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 12; BRÖNNİMANN, Substanziierungslast, s. 32.

⁸⁶ GULDENER, Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1979, s. 187; ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 12; BRÖNNİMANN, Substanziierungslast, s. 32.

⁸⁷ ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 12.

⁸⁸ STÖCKLİN, Sabine Asprion, Die Verhandlungsmaxime im schweizerischen Zivilprozessrecht, de lege lata und de lege ferenda, Basel 2008, s. 36; ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 12; ALANGOYA, Yavuz, Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 118; ARSLAN, Ramazan, Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 116; TERCAN, Erdal, “Medenî Usûl Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü”, SÜHFD, Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan, Konya 1996, s. 183.

⁸⁹ PRÜTTİNG, Hanns, GEHRLEİN, Markus, ZPO Kommentar, 1. Auflage, Köln 2010, s. 553; STEİN, Friedrich, JONAS, Martin, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Auflage, Bd. 3, § 128-252, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, s. 224; ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 346; GRUNSKY, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 1974, s. 182-183; BECKER-EBERHARD, Ekkehard, “Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları (Grundlagen und Grenzen des Verhandlungsgrundsatzes)”, İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2012, s. 29; SCHILKEN, Eberhard, “Medenî Yargılamada Hâkimin Rolü”, *İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2012 (Çeviren: Deren-Yıldırım, Nevhis), s. 55; ALANGOYA, s. 124; ARSLAN, Dürüstlük, s. 122-123; TANRIVER, Süha, Medenî Usûl Hukuku, C. 1 (Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması), Ankara 2016, Usûl, s. 420; PEKACANITEZ, Hakan, Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 920; ÖZEKES, Hukukî Dinlenilme, s. 80;

Usûlî yükümlülükler, bir usûlî yük düzenlenmesiyle medenî usûl hukukunun amacına ulaşılamayacak olması durumunda söz konusu olur⁹⁰. Bir yükümlülüğün tarafa yüklenmesinin şartı, tarafın kendisinden beklenen davranışı yerine getirebilecek konumda olmasıdır⁹¹.

Taraf, kendisinden beklenen davranışı yerine getirmezse, medenî usûl hukukuna aksi şekilde davranmış olur. Bu durumda medenî usûl hukuku taraf için müeyyideler öngörür. Usûlî yükümlülüğün bu yönü, onu usûlî yükten ayırır. Zira usûlî yükte sadece olumsuz bir durum ile karşı karşıya kalmak söz konusu iken, bir usûlî yükümlülüğün yerine getirilmemesinde ilgili taraf, medenî usûl hukukunun öngördüğü bir müeyyide ile karşılaşır⁹².

2. Yabancı Hukukun Tespitinde Tarafların Yardım Etme Yükümlülüğü

“*Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfî kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir*” (MÖHUK m. 2/1). Gerek Türk hukukunu gerekse kanunlar ihtilafî kuralları uyarınca yabancı hukuku uygulamak hâkimin görevidir. Bu nedenle uygulanacak yabancı hukukun muhtevasının tespiti işinde tarafların faaliyeti, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Kanunu’nda “yardım” olarak nitelendirilmiştir (MÖHUK m. 2/1). Taraflar, hâkimin hukuku uygulama görevini yerine getirirken yabancı hukukun muhtevasını tespitte hâkime yardımcı olmaktadır⁹³.

Hâkimin tarafların yardımını istemesinin ön şartı, uyuşmazlığa uygulanacak hukukun yabancı hukuk olmasıdır (MÖHUK m. 2/1). Uyuşmazlık yabancı unsur içermediği durumlarda hukukun uygulanması hususunda anılan düzenleme işlevini kaybeder. Nitekim millî hukuk sistemimiz için yabancı hukuk niteliğindeki düzenlemelerin uyuşmazlıkta uygulanması durumunda tarafların yardım etme yükümlülükleri söz konusu olabilirken, tümüyle Türk hukukunu ilgilendiren ihtilaflarda tarafların yardım etme yükümlülükleri olmaksızın hâkim hukuku re’sen uygular (HMK m. 33). Bu anlamda hukukumuzda usûlüne uygun şekilde yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmünde olduğundan (AY m. 90/5), bu düzenlemeler Türk hukuku niteliğindedir⁹⁴. Buna karşılık mukayeseli hukuktan farklı olarak Avrupa Birliği hukuku yabancı hukuk kapsamında yer almaktadır⁹⁵.

Yabancı hukukun muhtevasının tespitinde asıl iş mahkemenin araştırma yapmasıdır. Başka bir deyişle mahkemenin araştırma yapması ile tarafın bu konuda yardım etmesi ayrı ayrı ele alınacak hususlar değildir. Yabancı hukukun muhtevasının tespiti için taraflardan yardım istenmesi, mahkemenin yabancı hukuku doğru bir şekilde tatbik etme görevini ortadan kaldırmaz⁹⁶. Tarafların yardımını isteyen

TERCAN, s. 205; BÖRÜ, Levent, Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016, s. 100; KURT KONCA, Nesibe, Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, Ankara 2016, s. 289.

⁹⁰ BLOMEYER, s. 173; HENCKEL, Wolfram, Prozessrecht und Materielles Recht, Verlag Otto Schwartz&CO, Göttingen 1970, s. 14.

⁹¹ BRÖNNİMANN, Substanziierungslast, s. 32. Ayrıca krş. BLOMEYER, s. 362.

⁹² BRÖNNİMANN, Substanziierungslast, s. 32.

⁹³ NOMER, Yabancı Kanun, s. 92; YÖNEY, s. 102.

⁹⁴ YAŞAR, s. 44.

⁹⁵ Alman hukuku bakımından Avrupa Birliği hukukunun yabancı hukuk kapsamında olmadığı açıklaması için bkz. ROSENBERG, SCHWAB, GOTTWALD, s. 623.

⁹⁶ NOMER, Usul, s. 134; TARMAN, s. 559; ERKAN, s. 552; YAŞAR, s. 90; YÖNEY, s. 103.

mahkeme, taraflarca ileri sürülen yabancı hukuk kurallarının doğru olup olmadığından kuşku duyuyorsa, yabancı hukukun içeriğinin tespiti için ayrıca yapacağı araştırma neticesinde elde ettiği bilgiler ile taraflarca sunulan bilgileri denetlemelidir. Yabancı hukuk kurallarının muhtevasını temin etmek için tarafların yardımını isteyen mahkeme, örneğin Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler Ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü vasıtasıyla bu yabancı hukuk sisteminin uyumsuzluğa uygulanacak kurallarını temin etmelidir⁹⁷. Bu durum esas itibarıyla yabancı hukukun re'sen uygulanmasının mahkemenin bir görevi olmasından kaynaklanmaktadır (MÖHUK m. 2/1). Nitekim hâkim yabancı hukuk hakkında bilgi sahibi ise veya yapmış olduğu araştırma neticesinde bilgi sahibi olmuşsa, artık tarafların yardımının istenmesi söz konusu olmaz⁹⁸. Diğer taraftan taraflarca ortaya konulan yardım hâkimi bağlamaz⁹⁹.

Yabancı hukukun muhtevasının belirlenmesinde tarafların yardım etme faaliyeti, teknik anlamda bir ispat faaliyeti değildir¹⁰⁰. Gerçi yabancı hukukun muhtevasının tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi durumunda Türk hukukunun uygulanacak olması, yabancı hukuk kuralları lehine olan taraf bakımından olumsuz bir durum ortaya çıkarsa da, bu sonuç bir vakıanın ispatsız kalması halinde ortaya çıkan durum ile aynı değildir¹⁰¹. Yabancı hukukun muhtevasının tespit edilememesi durumunda Türk hukukunun uygulanması, yabancı hukuk kuralı lehine olan taraf bakımından bir müeyyidedir¹⁰². Bu ise yabancı hukukun muhtevasının tespitine tarafın yardımının bir yük olmadığını aksine bir yükümlülük olduğunu göstermektedir¹⁰³. Nitekim medenî usûl hukukunda tarafın bir yükümlülüğü yerine getirmemesi, tarafın bir müeyyide ile karşılaşması sonucunu doğurur¹⁰⁴.

Taraflar yardım yükümlülüğünü yabancı hukuka ilişkin kanun metinleri, doktrindeki görüşler, yargı kararları gibi hususları içeren belgeleri mahkemeye ibraz etmek suretiyle yerine getirebilir¹⁰⁵. Taraflar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesi kapsamında uzman görüşü almak suretiyle yabancı hukukun muhtevası hakkında beyanda da bulunabilir¹⁰⁶.

Yabancı hukukun muhtevasını tespitinde yardım etmekle yükümlü olacak taraf, yabancı hukukun uygulanmasından fayda görecektir¹⁰⁷. Gerçi Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da bu hususta açık bir düzenleme bulunmamaktadır (MÖHUK m. 2/1). Ancak yabancı hukukun uygulanması menfaatine olmayan taraftan böyle bir yardım beklemek pratik olmaz. O

⁹⁷ Bu doğrultuda bkz. 11. HD, 07.10.2003, E. 2003/2977, K. 2003/8974 (www.lexpera.com).

⁹⁸ AKİL, s. 21.

⁹⁹ ERKAN, s. 552.

¹⁰⁰ NOMER, Yabancı Kanun, s. 87; TARMAN, s. 556; AKİL, s. 20; YÖNEY, s. 102.

¹⁰¹ NOMER, Yabancı Kanun, s. 87; YÖNEY, s. 102.

¹⁰² Buna karşılık doktrinde yabancı hukukun muhtevası konusunda mahkemeye yardım yapılmamasının herhangi bir yaptırımı olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. EKŞİ, s. 27. Benzer şekilde, yardım mükellefiyetinin yerine getirilmemesinin, taraflara herhangi bir hukukî sorumluluk yüklemeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. GİRAY, s. 566.

¹⁰³ Buna karşılık, tüm araştırmalara rağmen yabancı hukukun muhtevasının tespit edilememesi durumunda Türk hukuku uygulanacağından, taraftan yabancı hukukun muhtevasının tespiti için yardım istenmesi taraf için gerçek anlamda bir yardım yükümlülüğü anlamına gelmediği doktrinde ifade edilmiştir. Bkz. YÖNEY, s. 103-104.

¹⁰⁴ BRÖNNİMAN, Substanziierungslast, s. 32.

¹⁰⁵ YAŞAR, s. 89; YÖNEY, s. 102.

¹⁰⁶ ARSLAN, Yabancı, s. 81; YÖNEY, s. 102.

¹⁰⁷ ERKAN, s. 552.

halde yabancı hukukun muhtevasını tespitte yardımı istenecek taraf, yabancı hukuka dayanan taraf olmalıdır. Çünkü yabancı hukukun muhtevasının belirlenmesi, talep ve iddialarını bu hukuka dayandıran tarafın menfaatinedir¹⁰⁸.

Yardım talebinin bir zaman sınırlaması yoktur. Hâkim yabancı hukukun muhtevasını araştırırken aynı zamanda tarafların yardımına başvurabileceği gibi, yabancı hukukun muhtevasını tespitte güçlük yaşar yahut tespit edilen içerikte tereddüt ederse tarafların yardımına müracaat edebilir¹⁰⁹.

E. Yabancı Hukukun Tespit Edilememesi ve Türk Hukukunun Uygulanması

Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde, Türk hukuku uygulanır (MÖHUK m. 2/2).

Yabancı unsurlu bir davada Türk hukukunun uygulanması konusunda hâkimin şarta bağlı bir yetkisi vardır. Bu şart tüm araştırmalara rağmen yabancı hukukun muhtevasının mahkemece tespit edilememiş olmasıdır¹¹⁰. Yabancı hukukun tam olarak bilinemediği veya anlaşılamadığı, muhtevasında tereddüt olduğu hallerde yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçilerek Türk maddî hukukuna göre karar verilmelidir¹¹¹. O halde yabancı hukukun uygulanması menfaatine aykırı olan taraf, yabancı hukukun muhtevası hususunda mevcut kuşku ve tereddütleri ileri sürmesi kendi yararınadır. Taraf, yabancı hukukun muhtevasının tam anlamıyla tespit edilemediğini gerekçe göstererek Türk hukukunun uygulanmasını talep edebilir.

IV. YABANCI HUKUKUN UYGULANMASINDA TARAF ROLLERİNE İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR

A. TARAFLARIN YABANCI HUKUKU SEÇME HAKKININ BULUNMASI

Devletler özel hukukunda tarafların uygulanacak yabancı hukuku seçme olanağı, maddî hukuktaki “irade serbestisi” ilkesine dayanır. Anılan ilkenin devletler özel hukukundaki görünümü tarafların “hukuk seçimi” yapabilme esasıdır¹¹². Tarihi gelişim içinde önceleri, yalnızca sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında tarafların uygulanacak hukuku seçebilecekleri kabul edilmekte iken, bugün sözleşmeden doğan borç ilişkileri dışındaki hukukî işlem veya ilişkiler için de tarafların uygulanacak hukuku seçme olanağı kabul edilmektedir. Nitekim hukukumuzda hukukî işlemlerin şekli, evlilik mal rejimi, miras, haksız fiil ve eşya hukuku gibi alanlarda, tarafların uygulanacak hukuku belirleme olanağı bulunmaktadır¹¹³.

Doktrinde, kanunlar ihtilafı kurallarının tarafların iradesini üstün tuttuğu hallerde, uygulanması gerekli hukukun taraflarca veya ilgili tarafça ileri sürülmesinin zorunlu olabileceği, aksi halde hâkimin kanunlar ihtilafı kurallarının göstermiş olduğu yabancı hukuku uygulama zorunluluğunun devam edeceği ifade edilmektedir¹¹⁴. Yabancı hukuk, “hukuk” olarak nitelendirildiğinde tarafların uygulanacak hukuk

¹⁰⁸ NOMER, Usul, s. 134.

¹⁰⁹ ERKAN, s. 552.

¹¹⁰ ERKAN, s. 553.

¹¹¹ NOMER, Usul, s. 140.

¹¹² ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri”, MHB, C. 9, S. 2, Ocak 1989, s. 104.

¹¹³ DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Baskı, Ankara 2019, s. 212.

¹¹⁴ NOMER, Usul, s. 132.

kuralını dilekçelerinde belirtmemiş olması eksiklik oluşturmaz (HMK m. 119/2; HMK m. 130). Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddî veya hukukî açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir (HMK m. 31). Dolayısıyla kanunlar ihtilafı kurallarının taraf iradesine üstünlük tanıdığı hallerde, taraflar seçmiş oldukları yabancı hukuku dilekçelerinde ileri sürmemiş olsalar dahi, mahkeme doğrudan doğruya kanunlar ihtilafı kurallarının yetkilendirdiği yabancı hukuku uygulamamalı; hâkim, davayı aydınlatma ödevi kapsamında taraflardan açıklama yapmalarını istemelidir. Bunun için mahkemenin taraflara kesin süre vermesi etkili bir çözüm olabilir. Zira kesin süre içinde yapılması gereken işlemi, süresinde yapmayan tarafın, o işlemi yapma hakkı ortadan kalkar (HMK m. 94/3). Kesin süre içinde taraf(lar)ın herhangi bir açıklama yapmaması durumunda, Türk kanunlar ihtilafı kurallarının yetkilendirdiği yabancı hukuk tatbik edilmelidir¹¹⁵.

Tarafların hukuk seçimini ne zamana kadar yapabilecekleri belirlenmelidir. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukukun taraflarca her zaman yapılabileceği açıkça düzenlenmiştir (MÖHUK m. 24/2). Doktrinde hukuk seçiminin yargılama aşamasında bile yapılmasına olanak tanınması gerektiği; özellikle böyle bir durumda seçimin “hâkimin hukuku” lehine olacağı, dolayısıyla hâkimin kendi hukukunu uygulama kolaylığı sağlayacağı gerekçesiyle ileri sürülmektedir¹¹⁶. Hukuk seçiminin zamanına ilişkin yasal düzenleme (MÖHUK m. 24/3), tarafların yargılama yapılırken de hukuk seçebilmesine olanak tanıyacak biçimde düzenlenmiştir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yargılama aşamaları ve düzenlemeleri dikkate alınarak bunun sınırlanması gerekmektedir. Kanaatimizce taraflar en geç ön inceleme duruşması tamamlana kadar hukuk seçimi yapabilir; ön inceleme aşaması tamamlandıktan sonra artık kural olarak taraflar hukuk seçimi yapamamalıdır. Bir dava için ön inceleme aşaması, davanın görülebilmesinin hazırlık işlemlerinin yapıldığı aşama olarak anılabilir. Bu cümleden olmak üzere mahkeme ön inceleme aşamasında, dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder (HMK m. 137/1). Mahkeme ön inceleme duruşmasında anılan hazırlık işlemlerinin tamamlanması için taraflara da söz vermek suretiyle gerekli kararları alır. Ön inceleme duruşmasında yapılan işlemler ve alınan kararlar ön inceleme tutanağına kaydedilir. Tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür (HMK m. 140/3). Dolayısıyla taraflar, hukuk seçimi yapacak ise de bu seçimi tahkikat aşamasına geçmeden yapmalıdır. Bu zorunluluk sadece ön inceleme aşamasının varlığından kaynaklanmaz. Yargılamanın makûl sürede tamamlanması suretiyle adil yargılanma hakkının tesis edilmesi gerekliliği, tarafların hukuk seçimini belli bir süre ile sınırlamayı gerektirir. Nitekim adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilgili olan usûl ekonomisi ilkesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda da açıkça düzenlenmiştir (HMK m. 30). Buna göre hâkim, yargılamanın makûl süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider

¹¹⁵ Medenî usûl hukukunda hâkimin verdiği kesin süre ve kesin sürenin etkileri hakkında bkz. ÖZÇELİK, Volkan, “Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Verdiği Kesin Süre”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 129, 2017, s. 133 vd.

¹¹⁶ Bu hususta bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti Ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, MHB, Yıl: 30, S. 1-2, 2010, s. 31.

yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür. Dolayısıyla mahkeme gerekirse taraflara bu hususta kesin süre vererek, tarafların hukuk seçimini tahkikat aşamasına geçmeden önce yapmasını sağlamalı; tahkikat aşamasında ise taraflar arasında çekişme konusu olan vakıalar dikkate alınarak uygulanacağı belirlenen hukuk kuralları çerçevesinde yargılama yapılmalıdır.

B. YABANCI HUKUKUN İÇERİĞİ HUSUSUNDA TARAFLARIN ANLAŞMASI

Taraflar kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak yabancı hukukun muhtevası hususunda anlaşmaya varırsa, bu anlaşmanın hâkim için bağlayıcı olup olmadığı ele alınmalıdır. Bu durum özellikle yabancı hukukun muhtevasının tespitine yardım etme yükümlülüğünü yerine getiren tarafın yabancı hukukun muhtevası hususunda ileri sürmüş olduğu beyanlara karşı, diğer tarafın itiraz etmemesi durumunda değerlendirilmelidir. Acaba böyle bir durumda mahkeme, karşı tarafın itiraz etmemesinden bahisle yabancı hukukun muhtevasını yardım eden tarafın beyanı doğrultusunda dikkate alarak karar mı vermeli; yoksa tarafların bu mutabakatına rağmen yabancı hukukun muhtevasını araştırmalı mıdır?

Hukuk sistemimiz için yabancı hukuk, “hukuk” niteliğindedir (MÖHUK m. 2)¹¹⁷. Yabancı hukukun bu niteliğinin gereği olarak, hâkim yabancı hukuku tarafların katılımı olmasa bile re’sen uygulamak zorundadır. Bunun bir sonucu olarak, yabancı hukukun içeriği hususunda tarafların anlaşmaları hâkimi bağlamaz¹¹⁸. Dolayısıyla tarafların açık veya zımnî olarak yabancı hukukun muhtevası hakkında yaptıkları anlaşma, hâkim için bağlayıcı olmamalıdır. Hâkim tarafların bu iradelerinden bağımsız olarak uygulanacak yabancı hukuku re’sen tespit etmeli ve bu hukuk sistemine ilişkin kuralları olaya uygulamalıdır¹¹⁹.

C. KANUN YOLU İNCELEMESİNDE YABANCI HUKUKUN UYGULANMASININ DENETİMİ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda nelerin istinaf sebebi olabileceği tek tek sayılmamış; ayrıca Kanun’da istinaf sebepleri konusunda bir sınırlama da yapılmamıştır. İstinaf incelemesinde, istinafin niteliğinin gereği olarak, hem hukukîlik hem de maddî vakıalar ve deliller bakımından inceleme yapılabilir¹²⁰. Dolayısıyla uygulanacak yabancı hukuk sisteminin doğru bir şekilde tespit edilip edilmediği (kanunlar ihtilafı kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığı) ve yabancı hukuk kurallarının olaya doğru uygulanıp uygulanmadığı istinaf incelemesinin konusunu oluşturabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, istinaf incelemesinin kural olarak istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılmasıdır (HMK m. 355). Bu nedenle istinaf dilekçesinde yabancı hukukun uygulanması hususundaki

¹¹⁷ ERKAN, s. 545-546.

¹¹⁸ YÖNEY, s. 51-52.

¹¹⁹ Tarafların anlaşmak suretiyle hâkimin hukuku re’sen uygulaması ilkesi üzerinde tasarrufla bulunup bulunamayacakları konusu doktrinde tartışmalıdır. Ancak hâkim görüş, tarafların anlaşmak suretiyle mahkemeyi bağlayıcı bir tasarrufla bulunamayacakları şeklindedir. Bu husustaki görüşler ve açıklamalar için bkz. AKİL, s. 7 vd.

¹²⁰ YILMAZ, Ejder, İstinaf, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 62; ÖZEKES, Muhammet, “Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi –Özellikle İstinaf-”, Legal Hukuk Dergisi, C. 2, S. 23, 2004, s. 3105; AKKAYA, Tolga, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009, s. 188-189; ÖZEKES, Pekcanitez Usûl, s. 2206; MERAKLI YAYLA, Deniz, Medenî Usûl Hukuku’nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014, s. 66.

istinaf sebeplerinin eksiksiz biçimde yazılmış olması gerekir (HMK m. 342/2-e). Kural bu olmakla birlikte, bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık hallerini re'sen nazara alır (HMK m. 355). Dolayısıyla yabancı hukukun uygulanması Türk kamu düzenine aykırılık oluşturursa, bu durum bölge adliye mahkemesi tarafından re'sen gözetilmelidir¹²¹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre, hukukun yanlış uygulanması temyiz incelemesinde bir bozma nedenidir (HMK m. 371/1-a). Yabancı hukukun uygulanması bakımından iki nedenle temyiz incelemesi söz konusu olabilir. Bunlardan ilki, uygulanacak yabancı hukukun hatalı tespit edilmesi yahut uyuşmazlığa yabancı hukuk uygulanması gerekirken Türk Hukuku uygulanmasıdır¹²². İkincisi, uyuşmazlığa uygulanacak yabancı hukuk doğru bir şekilde tespit edildikten sonra, bu hukuk sistemine ilişkin kuralların olaya yanlış uygulanması halidir¹²³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemede yer alan "hukuk" ifadesinin (HMK m. 371/1-a), yabancı hukuku da kapsadığı kabul edilmektedir. Bu nedenle yabancı hukukun olaya uygulanmasında yapılan hatalar, temyiz incelemesi kapsamında yer almalıdır¹²⁴. Dolayısıyla taraflar hem kanunlar ihtilafı kurallarının hem de yabancı hukukun yanlış uygulanmasını temyiz sebebi olarak ileri sürebilir. Ancak taraflar bunu ileri sürmemiş olsa bile, Yargıtay bu hususları bozma sebebi yapabilir. Çünkü her ne kadar taraflar, temyiz dilekçesine temyiz sebeplerini yazmak durumunda olsa da (HMK m. 364/1); Yargıtay temyiz incelemesinde tarafların ileri sürdükleri temyiz sebepleriyle bağlı olmayıp, kanunun açık hükmüne aykırı gördüğü diğer hususları da inceleyebilir (HMK m. 369/1).

SONUÇ

Yabancı hukukun olaya uygulanması için öncelikli olarak kanunlar ihtilafı kurallarına göreyetkili yabancı hukukun tespiti gereklidir. Sonrasında ise bu hukuk sisteminin muhtevası belirlenmelidir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun m. 2/1'e göre hâkim, yabancı hukukun muhtevasını tespit ederken tarafların yardımını isteyebilir. Taraflara isabet edecek bu hal, medenî usûl hukuku bakımından bir yükümlülük niteliğindedir.

Hâkim, yabancı hukukun muhtevasını tespit ederken taraflardan yardım istese dahi yabancı hukukun olaya doğru bir şekilde uygulanmasından sorumludur. Dolayısıyla tarafların yardımına müracaat eden hâkim, yabancı hukukun muhtevasını araştırmak durumundadır. Taraflar ise medenî usûl hukukunun kendilerine verdikleri olanaklar ile hâkimin tespit ettiği muhteva hakkında söz sahibidir. Eş söyleyişle yabancı hukukun tespiti için tarafların yardımına müracaat edilmese dahi, taraflar önemli hak ve yetkilere sahiptir. Esasında bu durum yabancı hukukun uygulanmasından yahut uygulanmamasından dolayı menfaat sahibinin taraflar

¹²¹ Milletlerarası hukukta kamu düzeni, kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken bir yabancı hukukun, kamu düzenine aykırı olması nedeniyle hâkimin ülkesinde uygulanmasına engel olur. Kamu düzeni kuralları hâkim tarafından re'sen göz önünde tutulurlar. Bkz. ALTUĞ, Yılmaz, YASAN, Mustafa Yasan, "Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni", Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 142. Ayrıca bkz. s. 146 vd.

¹²² GÖGER, s. 135; NOMER, Usul, s. 141; EKŞİ, s. 52-53.

¹²³ Kanunlar ihtilafı normları yabancı bir hukuk nizamını yetkili kabul ettiği takdirde, bununla, yürürlükteki yabancı hukukun ifade edildiği ve dolayısıyla hakimin, yabancı hukukun kendi menşee ülkesindeki hakimlerce hangi şekliyle ve nasıl yorumlandığını ve uygulandığını tespit etmek zorunda olduğu hususunda bkz. NOMER, Yabancı Kanun, s. 36.

¹²⁴ EKŞİ, s. 54.

olmasından ileri gelmektedir. Nitekim yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi durumunda Türk Hukuku uygulanır (MÖHUK m. 2/2). Aynı durum Alman hukuku ve İsviçre hukuku için de geçerlidir.

Kanunlar ihtilafı kuralları millî hukuk sistemine dâhil olmakla birlikte, taraflarca getirilme ilkesi geçerli olan medenî usûl hukukumuzda bu kuralların uygulanması için gerekli bağlama noktası olan vakıaların taraflarca ileri sürülmesi zorunludur. Ayrıca bu vakıalar taraflar arasında çekişmeli olursa, taraflarca gösterilen deliller ile bu vakıaların ispatı gereklidir (HMK m. 25).

Hâkim, yabancı hukukun muhtevası hakkında bilgi sahibi ise, ayrı bir araştırma yapmadan yabancı hukuku olaya uygulayabilir. Ancak mahkeme hukukî dinlenilme hakkının bir gereği olarak taraflara bu hususta açıklama hakkı vermelidir. Kendisine açıklama hakkı verilen taraf, yabancı hukukun muhtevasına ilişkin açıklamalarda bulunabilir. Bu sayede yabancı hukukun doğru bir şekilde olaya uygulanmasına etki edebilir.

Yabancı hukukun muhtevasının tespitinde başvurulabilecek kaynaklardan birisi adlî yardım anlaşmalarıdır. Taraflar iki ve çok taraflı anlaşmalar kapsamında, anlaşmaya taraf ülkenin ilgili biriminden yardım alınması talebinde bulunabilir. Böylece yabancı hukukun muhtevası doğrudan kaynağından öğrenilebilir. Bu kaynak için en önemli sorun çeviri hatası yapılabilmesidir. Adlî yardım talep yazısının ve bu yazıya istinaden verilen cevabın oluşturulmasında, hukukî terminolojiye uygun davranılması ve bu terminolojinin ilgili yabancı dildeki karşılığı doğru bir şekilde kullanılarak çevirilerin oluşturulması önemlidir. Bu noktada taraflar adlî yardım talep yazısının doğru bir şekilde oluşturulmasına etki edebilmeli ve gelen cevap yazısının yabancı hukukun muhtevasına uygun olup olmadığına itiraz edebilmelidir.

Yabancı hukukun muhtevasının belirlenmesinde bilirkişi incelemesine müracaat edilebileceği kabul edilmelidir. Hâkim re'sen veya taraflardan birisinin talebi üzerine yabancı hukukun muhtevasını tespit için bilirkişiye başvurabilir (HMK m. 266). Bilirkişinin uzmanlık alanındaki bilgilerini mahkemeye aktardığı düşünüldüğünde, mahkemece seçilecek bilirkişinin hakkında bilgi alınacak yabancı hukuk alanında uzman olması gerekir. Ayrıca taraflar, bilirkişi raporunun kendilerine tebliğinden itibaren iki hafta içinde raporda gördükleri eksik hususların bilirkişiye tamamlattırılmasını; raporda belirsizlik gösteren hususlar hakkında bilirkişinin açıklama yapmasını sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını talep edebilir (HMK m. 281/1). Diğer taraftan taraflar, yabancı hukukun muhtevasının tespiti maksadıyla uzman görüşü olarak bilirkişi raporuna itiraz edebilir (HMK m. 293).

Yetkili yabancı hukukun tespit edilmesi ve yabancı hukukun muhtevasının somut olaya uygulanması istinaf incelemesinde taraflarca istinaf sebebi yapılabilir. Ayrıca yabancı hukukun uygulanmasında hata edilmesi temyiz sebebidir (HMK m. 371/1-a).

KAYNAKÇA

AKİL, Cenk, Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi, AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008, s. 1-32.

AKKAYA, Tolga, Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara 2009.

ALANGOYA, Yavuz, Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.

ALTUĞ, Yılmaz, YASAN, Mustafa, Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 139-150.

ARSLAN, İlyas, Yabancı Unsurlu Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı ile Yabancı Hukukun İçeriğinin Temin Edilmesi Arasındaki İlişki, MHB, C. 37, S. 2, s. 60-94 (Yabancı).

ARSLAN, Ramazan, Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989 (Dürüstlük).

AYGÜN, Mesut, "Yabancılık Unsurunun Mahiyeti Ve Yargılamadaki Rolü", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014, s. 1025-1066.

BECKER-EBERHARD, Ekkehard, "Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları (Grundlagen und Grenzen des Verhandlungsgrundsatzes)", *İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2012, s. 17-38.

BLOMEYER, Arwed, Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, 2. Auflage, Berlin 1985.

BÖRÜ, Levent, Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016.

BRÖNNIMANN, C. Jürgen, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, Stämpfli&Cie Verlag AG, Bern 1989 (Substanziierungslast).

BRUNNER, Alexander, GASSER, Dominik, SCHWANDER Ivo(LEU, Christian), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar, 2. Auflage, Dike Verlag, Zürich 2016.

ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, "Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 9, S. 2, Ocak 1989, s. 103-120.

DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Baskı, Ankara 2019.

EKŞİ, Nuray, "Yabancı Hukukun Tespiti Ve Uygulanması –Mukayeseli Bir İnceleme-", Legal Uluslararası Ticaret Ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 3, S. 1, 2014, s. 3-94.

ERKAN, Mustafa, "Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukun Tatbiki: Olan vs. Olması Gereken", Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi 21-22 Nisan 2016 Eskişehir, Sempozyum Bildirileri ve Tartışmalar, Ankara 2016, s. 543-555.

GEHRİ, Myriam A., JENT-SØRENSEN, Ingrid, SARBACH, Martin(SCHMİDT, Roland), ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Orel Füsli Verlag AG, Zürich 2015.

GİRAY, Faruk Kerem, “Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII/2-IX/1, Özel Sayı: Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, 2011, s. 555-577.

GÖGER, Erdoğan, Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilafı), 4. Bası, Ankara 1977.

GULDENER, Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1979.

GRUNSKY, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 1974.

HAUSHERR, Heinz, WALTER, Hans Peter (BRÖNNIMANN, Jürgen), ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012 (Kommentar).

HENCKEL, Wolfram, Prozessrecht und Materielles Recht, Verlag Otto Schwartz&CO, Göttingen 1970.

DOEHRİNG, Karl, (Çeviren: Ahmet Mumcu), Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), 3. Baskı, Ankara 2015.

KOÇAK, Mustafa, “Batı’da Ve Türkiye’de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik (Eski Kavramlar-Yeni Anlamlar)”, Ankara 2006.

KURT KONCA, Nesibe, Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, Ankara 2016.

MERAKLI YAYLA, Deniz, Medenî Usûl Hukuku’nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması, Ankara 2014.

NOMER, Ergin, Davada Yabancı Kanun, İstanbul 1972 (Yabancı Kanun).

NOMER, Ergin, Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009 (Usul).

NOMER, Ergin, Devletler Hususî Hukuku, 20. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013 (Hususî).

ÖZÇELİK, Volkan, “Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Verdiği Kesin Süre”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 129, 2017, s. 133-160 (Süre).

ÖZÇELİK, Volkan, Türk Medenî Usûl Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi, Ankara 2020 (Taraflarca).

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti Ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 30, S. 1-2, 2010, s. 27-88.

ÖZEKES, Muhammet, Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003 (Hukukî Dinlenilme).

ÖZEKES, Muhammet, “Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Kanun Yolu İncelemesi –Özellikle İstinaf-, Legal Hukuk Dergisi, C. 2, S. 23, 2004, s. 3103-3116 (İstinaf).

ÖZEKES, Muhammet, “Dava Dilekçesinde Hukukî Sebep Bildirmek Zorunludur”, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009, s. 745-788 (Hukukî Sebep).

ÖZEKES, Muhammet, HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, 2014, s. 263-300 (Dava Dilekçesinde).

PEKCANITEZ, Hakan, Medenî Usûl Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017.

PRÜTTING, Hanns, GEHRLEIN, Markus, *ZPO Kommentar*, 1. Auflage, Köln 2010.

REMIEN, Oliver, “Germany: Proof of and Information About Foreign Law – Duty to Investigate, Expert Opinions and a Proposal for Europe”, Treatment of Foreign Law- Dynamics towards Convergence? (Editör: Yuko Nishitani), Ius Comparatum- Global Studies in Comparative Law, C. 26, 2017, s. 183-220.

ROSENBERG, Leo, SCHWAB, Karl Heinz, GOTTWALD, Peter, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2010.

RÜZGARESEN, Cumhur, Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Ankara 2013.

SCHILKEN, Eberhard, “Medenî Yargılamada Hâkimin Rolü”, *İlkeler Işığında Altında Medenî Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, İstanbul 2012 (Çeviren: Deren-Yıldırım, Nevhis), s. 39-59.

STEIN, Friedrich, JONAS, Martin, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Auflage, Bd. 3, § 128-252, Mohr Siebeck, Tübingen 2005.

STÖCKLIN, Sabine Asprien, Die Verhandlungsmaxime im schweizerischen Zivilprozessrecht, de lege lata und de lege ferenda, Basel 2008.

SUTTER-SOMM, Thomas, HASENBÖHLER, Franz, LEUENBERGER, Christoph(**HASENBÖHLER, Franz**), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2016.

TANRIVER, Süha, Medenî Usûl Hukuku, C. 1 (Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması), Ankara 2016.

TARMAN, Zeynep Derya, Turkey: The Treatment of Foreign Law in Turkey, Treatment of Foreign Law- Dynamics towards Convergence? (Editör: Yuko Nishitani), Ius Comparatum- Global Studies in Comparative Law, C. 26, 2017, s. 549-561.

TERCAN, Erdal, “Medenî Usûl Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan, Konya 1996, s. 181-212.

YAŞAR, Tuğçe Nimet, “Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 33, S. 2, s. 75-114.

YILMAZ, Ejder, İstinaf, 2. Baskı, Ankara 2005.

HAKEMLİ MAKALE**AVRUPA DOĞRU İDARİ DAVRANIŞ YASASI VE İYİ YÖNETİM İLKELERİ
ÜZERİNDEN YEREL YÖNETİMLERDE REFORM*****Dr. Öğretim Üyesi Oğuzhan ERDOĞAN******ÖZET**

Son yirmi yılda halkın istek ve ihtiyaçlarına cevap verme görevini daha çok üstlenmeye başlayan yerel yönetimlerin yeniden yapılanma sürecine girdiği izlenmektedir. Bu süreçte yerel yönetimlerin etkinlik ve etkililiğini artırılmasına yönelik çabalara ihtiyaç duyulmaktadır. Özellikle Avrupa Birliği üyelik sürecinin etkisiyle kamu yönetiminde meydana gelen değişimler sonucu vatandaşlara sunulan hizmetlerin boyutu ve niteliği değişmiştir. Bu süreçte yönetim anlayışı ve yönetimin öncelikleri de değişmiştir. Bir taraftan hizmet kalitesini arttıracak çalışmalar yapılırken diğer taraftan kamu yönetimindeki unsurların ‘iyi’leştirilmesi amaçlanmıştır. Bu çalışmada katılımcılık, şeffaflık, vatandaş odaklılık, hesap verebilirlik gibi iyi yönetim ilkelerinin toplumsal etik ve değerler bütününe sağladığı katkılar ve bu ilkelerin yerel yönetimler üzerindeki etkileri açıklanmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda Türkiye’nin Avrupa Birliğine üyelik süreciyle etkisini hissettiren reform dalgalarının etkileri iyi yönetim ilkeleri üzerinden incelenmiştir.

Çalışmada öncelikle Avrupa Birliği kamu yönetimleri için öngörülen temel ilkelerden yola çıkılacak, ardından iyi yönetim ilkeleri ve Türkiye’ye yansımaları sorgulanacaktır. Yine Avrupa Birliği kamu yönetimlerinin en öncelikle parçalarından sayılan yerel yönetimler için iyi yönetim ilkeleri değerlendirilecektir. Son olarak bu kapsamda politika önerileri ve gelecek projeksiyonları oluşturulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İyi Yönetim, Yönetişim, Avrupa Birliği, Yerel Yönetim Reformu

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 22/04/2020
Kabul Edildiği Tarih: 02/05/2020

** Burdur Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi, Bucak Belediyesi, Başkan Yardımcısı,
E-Mail: oerdogan@mehmetakif.edu.tr,
ORCID-ID: 00000-0003-3809-6688

PEER-REVIEWED ARTICLE**REFORM IN LOCAL GOVERNMENTS THROUGH EUROPEAN GOOD ADMINISTRATION CODE AND GOOD ADMINISTRATION PRINCIPLES****ABSTRACT**

In the last two decades, it is observed that local governments have entered the reform process and they have started to take on the task of responding to the demands and needs of the citizens. In this process, efforts are needed to increase the effectiveness and efficiency of local governments. The size and quality of the services provided to citizens have changed as a result of changes in public administration with the effect of the European Union membership process. In this process, manner of rule and the priorities of administrations have also changed. On the one hand, while improving the service quality, it is aimed to improve the elements of public administration. In this study, the contributions of good governance principles such as participation, transparency, citizen orientation and accountability to the whole of social ethics and values and the effects of these principles on local governments are tried to be explained. In this context, Turkey's reform efforts with the effects of the growing impact of the European Union accession process, were investigated through principles of good administration.

The study will be first starting from the fundamental principles of the European Union provided for public administration, followed by reflections on principles of good governance and reflections on Turkey will be questioned. Similarly, good governance principles will be evaluated for local governments, which are considered primarily as parts of the European Union public administrations. Finally, policy suggestions and future projections are tried to be created in this context.

Key Words: Good Administration, Governance, European Union, Local Government Reform.

GİRİŞ

1980'lerden sonratüm dünyada yaşanan küreselleşme sürecine bağlı olarak gerçekleşen gelişmeler sonucunda hızla değişen dünya düzeni, yeni yasal ve örgütsel düzenlemeler ile kamu yönetiminde birtakım değişimleri gündeme getirmiştir. Bu değişim, hem merkezi yönetimin hem de yerel yönetimlerin yeniden tanımlanmasını, konumlanmasını ve yapılanmasını zorunlu kılmaktadır. Kamu yönetiminde yaşanan bu yapısal ve işlevsel dönüşümle beraber, günümüzde kamu yönetiminin büyüklüğünde, kapsamında, kullandığı kaynaklarda ve etkileme araçlarında bir daralma meydana getirmektedir¹. İlkeler üzerinden gelen dönüşüm kamu yönetiminde yeniden yapılanmanın gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Türkiye'de dünyadaki gelişmelere paralel olarak küreselleşme, Avrupa Birliği üyeliği sürecinin etkisi ve kamuoyunun iç dinamiklerine bağlı olarak değişen ve artan talepleri karşısında başlayan ve 2000'li yıllarda hız kazanan idari reform sürecine tanıklık etmektedir. Bu süreçte özellikle hizmet kalitesinin yükseltilmesi, hizmetlere daha kolay ve hızlı erişimin sağlanması, dijital hizmetlerin artırılması, şeffaflık, hesap verebilirlik, açık devlet gibi kavramların öne çıkmasıyla iyi yönetimin sağlanması adına hem anayasal hem de yasal düzeyde birçok yeniliğe imza atılmış, yeni kurumlar ortaya çıkmış, var olan kurumlar da kendilerini yenilemiştir.

Yerel yönetimler, halka en yakın hizmet veren kamu yönetimi birimleri olarak bu değişimin geçkeleşebileceği alanların başında gelmektedir. Yerel yönetimler, merkezi yönetimin belirleyeceği ilke ve standartlar ile ulusal ve bölgesel planlar doğrultusunda mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması konularında kendi kararlarını alabilen, kendi mali kaynaklarını oluşturan, uygulayan ve uygulama sonuçlarını halkın denetimine açan idari birimler olarak yeniden yapılandırılmaktadır².Günümüz modern devlet anlayışı, gerçekleştirdiği faaliyetlerin hesabını verebilen ve yaptıklarının sorumluluğunu üzerine alan bir devlet yönetimini tanımlamaktadır. Bu kapsamda devlet yönetiminde şeffaflık, hesap verebilirlik, adillik ve sorumluluk bugüne çok üzerinde durulan iyi yönetim ilkeleridir.

Bu çalışmada öncelikle Avrupa Birliğinin Türk kamu yönetimine etkileri üzerinden hareket edilerek, ortaya konan iyi yönetim ilkeleri değerlendirilmiş, ardından Türkiye'de iyi yönetim çalışmaları incelenmiştir. Son olarak yerel yönetimlerde uygulanabilecek iyi yönetim ilkeleri tartışılmış ve bu kapsamda yürütülebilecek çalışmalar üzerinden durum değerlendirmesi yapılmıştır.

1. AVRUPA'DA DOĞRU DAVRANIŞ YASASI VE İYİ YÖNETİM İLKELERİ

Kamu yönetimi işlevsel ve yapısal bir değişime tanıklık etmektedir. Küreselleşme ile birlikte ortaya çıkan bu değişimde devlet yönetimine olan güveni sağlamak ve vatandaşların hayat standartlarını arttırmaya yönelik reformları hayata geçirmek için iyi işleyen bir kamu yönetimine ihtiyaç duyulmaktadır. İyi işleyen bir kamu yönetimi ise ancak iyi yönetim ilkelerini içselleştirmiş bir yönetim anlayışı ile mümkün olabilmektedir. İyi yönetim kavramı, birçok farklı disiplinin ortak çalışma alanına giren, kamu, özel ve sivil toplum sektörleri tarafından farklı yönleriyle

¹ Recai Akyel- Ömer Hacı Köse, "Kamu Yönetiminde Etkinlik Arayışı: Etkin Kamu Yönetimi için Etkin Denetimin Gerekliliği", *Türk İdare Dergisi*, Mart 2010, S.466, s.12.

² Ayşe Yıldız Özsalmanlı, *Yeni Kamu Yönetimi Yaklaşımı Açısından Yerel Yönetimlerde Modernleşme Çabalarının Değerlendirilmesi, Yerel Yönetimler Yerel Siyaset ve Kentsel Politikalar*, Ed. Bekir Parlak, Dora Yayınları, 1. Baskı, Bursa, 2010, s.249.

benimsenen geniş bir kullanım alanına sahiptir. 1990'lı yılların sonlarına doğru Avrupa'da ilk defa hukuki denetim ölçütü olarak da kullanılmaya başlayan bu kavram, en genel anlamda, belirli bir faaliyeti/işi yürütmek için öngörülen usul, ilke ve kurallara uygun hareket edilmesini ifade etmektedir³. Geniş anlamda ise iyi yönetim kavramı bürokratik oligarşi, yolsuzluk, sorumsuz hükümetler ve kötü insan hakları siciline sahip olma ile karakterize edilen kötü yönetim uygulamalarının giderek daha tehlikeli hale gelmesi sonucu bu gibi durumlarda olaylara müdahale etme halidir⁴. İyi yönetimin bir denetim ölçütü ve bir hak olarak kabul edilmesi oldukça yeni olmakla birlikte, iyi yönetimin fikrini, tarihi temellerini ya da halkın iyi yönetilme taleplerini ilk yazılı hukuk kurallarına kadar götürmek mümkündür. Venedik Komisyonu tarafından hazırlanan bir raporda iyi yönetimin "Aristo tarafından ahlaki ve adil bir yönetici tarafından yönetilen bir devletin anlatımında dile getirildiği" belirtilmektedir. Tarihi süreçte, Sümerler'de, Eski Mısır'da, Pers İmparatorluğunda, Eski Çin ve Hint, Yunan, Roma, İnka ve Maya Medeniyetlerinde iyi yönetime ilişkin belirli ilke ve kurallara da rastlanıldığı görülmektedir⁵.

Günümüz modern yönetim anlayışında iyi yönetim alanında ortaya konulmuş en önemli belgelerden birisi Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 28 Eylül 1977 tarihli ve (77) 31 sayılı "Bireyin İdari İşlemler Karşısında Korunması" konulu kararıdır⁶. Bu kararla;

- Dinlenilme hakkı,
- Belgelere erişim hakkı,
- İdari usulde temsil ve danışmanlık hakkı,
- İdari işlemde gerekçe yükümlülüğü,
- Hukuki başvuru yollarının gösterilmesi, şeklinde beş ilke tespit edilmiş ve üye ülkelerin bu ilkelere uymaları tavsiye edilmiştir.

Avrupa'da iyi yönetim ve iyi yönetişim ile ilgili hukuki mevzuata bakıldığında; Venedik Komisyonu'nun 2011 yılında yayınladığı, "iyi yönetişim" ve "iyi yönetim" kavramlarını içeren envanter raporu incelendiğinde, spesifik olarak "iyi yönetişim hakkı" kavramına Avrupa Birliği üye ülkelerin hiçbirinin anayasasında yer verilmediği görülmektedir. Buna rağmen Hollanda'nın "Medya Kanunu ve Emekli Aylığı Kanunları"nda, Letonya'nın "Devlet İdari Kuruluş Kanunu"nda "iyi yönetişim" kavramına yer verilmiştir. Diğer taraftan, daha yaygın olarak kullanılan "iyi yönetim" kavramı, Finlandiya Anayasası'nın 21. maddesinde, iyi yönetimin yasayla düzenleneceği şeklinde belirtilmiştir. İyi yönetimle ilgili temel ilkelere ve iyi yönetim hakkının güvence altına alınması ile kötü yönetime karşı başvurulabilecek mekanizmalara ise birçok Avrupa ülkesinin anayasasında ve hukuk mevzuatında yer verilmiştir⁷. İtalyan Anayasası'nın "Kamu Yönetimi" başlıklı 97. maddesinde, "*Resmi daireler, yönetimin iyi işlemlerini ve tarafsızlığını güvence altında bulunduracak şekilde kanun hükümleriyle oluşturulur. Dairelerin yönetmeliklerinde memurların yetkileri, görevleri ve sorumlulukları ortaya konur. Resmi dairelerdeki memuriyetlere, kanunun belirttiği durumlar dışında yarışmaya dayalı sınavlarla girilir.*" ifadesi yer

³KDK, *İyi Yönetim İlkeleri Rehberi*, Kamu Denetçiliği Kurumu Yayınları, Ankara, 2019, s.11.

⁴EDRC, "Good governance—the concept", <http://www.edrc.ro/docs/docs/11-17.pdf>, (ET: 15.10.2018).

⁵KDK, *a.g.e.*, s.12.

⁶Avrupa Komisyonu, 2007.

⁷European Commission for Democracy through Law, Venice Commission, 2011.

almaktadır. Anayasa’da geçen yönetimin iyi işlemesi ifadesiyle iyi yönetimin kastedildiği anlaşılmaktadır. Bunun yanında bu maddede liyakat, sorumluluk, şeffaflık ve tarafsızlık gibi ilkelere de yer verildiği görülmektedir⁸.İspanyol Anayasası’nın 31. ve 103. maddelerinde de kamu yönetiminin objektif ve tarafsızlığı vurgulanarak; yönetimin etkili işlem, etkililik, ekonomi ve koordinasyon ilkelerine uygun hareket etmesini öngörmekte aynı zamanda anayasanın 9. maddesiyle kamu görevlilerinin hesap verebilirliği düzenlemekte ve keyfi işlem yapmaları yasaklanmaktadır⁹.Britanya’da ise bir sivil toplum örgütü olan Adalet Komitesi iyi yönetim ilkeleri ile ilgili çeşitli raporlar yayımlamış ve bu raporlarda iyi yönetimin gerçekleşmesi için alınması gereken tedbirler ele alınmıştır¹⁰.

7 Aralık 2000 tarihinde “Nice Zirvesinde” kabul edilerek yürürlüğe giren Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı da iyi yönetim ilkelerinin kurumsallaşması açısından önemli bir adımdır¹¹. Avrupa Birliği vatandaşlarının temel haklarını ve AB’nin vatandaşlara karşı sorumluluklarını düzenleyen bu Şartın; sekizinci maddesinde “kişisel verilerin korunması”, 20. ve 21. maddelerinde “eşitlik ve ayrımcılık yasağı”, 42. maddesinde “belgelere erişim hakkı” ve 44. maddesinde “dilekçe hakkı”na yer verilerek iyi yönetimin sağlanmasına yönelik ilkeler ortaya konulmuştur. Şartın 41. maddesinde ise “İyi Yönetim İsteme Hakkı” düzenlenmiştir¹². Buna göre:

“1) Herkes, kendisiyle ilgili işlerin, Birliğin kurum ve kuruluşları tarafından, tarafsız ve adil bir şekilde ve makul bir süre içerisinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.

2) Bu hak, herkesin, kendisini olumsuz şekilde etkileyebilecek herhangi bir işlemin yapılmasından önce görüşlerinin dinlenmesini isteme hakkı; herkesin, kendi dosyasına erişme hakkı ve meşru gizlilik çıkarlarına ve mesleki ve ticari gizliliğe saygı gösterilmesi ve idarenin, kararları konusunda gerekçe gösterme yükümlülüğünü içermektedir.

3) Herkes, birliğin kuruluşları veya görevlilerinin, görevlerinin ifası sırasında yol açtıkları her türlü zararı, Üye Devletlerin yasalarındaki ortak genel ilkelere göre Topluluğa tazmin ettirme hakkına sahiptir.

4) Herkes, Birliğin kuruluşlarına, Antlaşmaların lisanlarından birinde mektup gönderebilir ve kendisine aynı lisanda cevap verilmesi zorunludur.”

Avrupa Ombudsmanının iyi yönetim konusundaki çalışmaları özellikle zikredilmelidir. Ombudsmanlık tarafından Avrupa Adalet Divanı kararlarından yararlanılarak 1999 yılında hazırlanan *Doğru İdari Davranış İlkeleri*

⁸EuropeanCommissionforDemocracythroughLaw, VeniceCommission, 2011.

⁹JuliPonce, “Good Administration andAdministrativeProcedures”,*Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2005, Y.12, S.2, s.556.

¹⁰Ponce,a.g.m., s.557.

¹¹Avrupa Ombudsmanlığı, *Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası*, Avrupa Ombudsmanlığı, Brüksel, 2015, s.6.;AreeanMustafa, “Comprehension of thePrinciple of Good Administration in the Framework of EU AdministrativeLaw”, *JUHD*, March 2017, Y.3, S.1, s. 263-264.

¹²Bahtiyar Akyılmaz, “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Aralık 2003, C.VII, S.1-2, s.145.; Avrupa Ombudsmanlığı, March 2017,s.7.;Avrupa Komisyonu, “Avrupa Temel Haklar Şartı”, 2012, Md. 41, <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN>, (03.04.2020).; Joana MENDES,“Good Administration in EU LawandtheEuropeanCode of GoodAdministrativeBehaviour”, *SSRN Electronic Journal*, March 2009, Y.131, S.9, s.10-13.

ile uygulamalardaki kötü yönetim örneklerinden yola çıkarak 2001 yılında Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası iyi yönetimle ilgili en önemli belgelerden biridir¹³. 27 başlık altında sıralanan ilkelerde; bilgiye erişim hakkından, kişisel verilerin korunmasına; karar hakkından, kararlara katılıma; adil, eşit, tarafsız yönetime kadar farklı öncelikler sıralanmıştır¹⁴. Söz konusu yasanın amacı giriş kısmında, “vatandaşların, AB kurumlarından hangi idari standartları beklemeye hakları olduğu konusunda bilgi sahibi olmalarına yardımcı olmak ve iyi idare ilkesini daha somut hale getirerek, en yüksek idare standartlarının teşvik edilmesini sağlamak” olarak belirtilmiştir¹⁵.

Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası, ilk düzenlemeyi, “kanunilik” başlığı altında, kamu görevlilerin hukuka uygun davranmaları gereğini ortaya koyarak belirtmiştir (m. 4). Kanunilik ilkesinden sonra ise “Ayrım yapmama yükümlülüğü” başlığıyla, eşitlik ilkesi düzenlenmiştir (m. 5). Daha sonra “ölçülülük” (m. 6), “yetki aşımında 26 bulunmama yükümlülüğü” (m. 7), “tarafsızlık ve bağımsızlık” (m. 8), “objektif davranma yükümlülüğü” (m. 9), “hukuki güven, uyumluluk ve yol gösterme” (m. 10). “adil davranma” (m. 11), “nezaket” (m. 12), “mektuplara vatandaşların kendi dilinde cevap verme” (m.13), “alındı belgesi ve sorumlu görevlinin gösterilmesi” (m. 14), “kurumun yetkili birimine iletme yükümlülüğü” (m. 15), “dinlenilme ve görüş bildirme hakkı” (m. 16), “karar alınmasında uygun süre” (m. 17), “kararları gerekçelendirme yükümlülüğü” (m. 18), “başvuru yollarının gösterilmesi” (m. 19), “kararın tebliği” (m. 20), “verilerin korunması” (m. 21), “bilgi isteme” (m. 22), “belgelere ulaşma talebi” (m. 23), “kayıt tutma” (m. 24) hükümleri doğrultusunda iyi yönetim ilkelerine yer verilmiştir¹⁶.

Buradan da anlaşılacağı üzere iyi yönetim alanında son yıllarda dünya genelinde birçok olumlu gelişme yaşanmıştır. Birçok hukuki nitelikteki belgede ve mevzuatta kamu yönetiminde iyi yönetim anlayışının benimsenmesi ve geliştirilmesi amacıyla kurallar ortaya konulmuş, yeni kurumlar ihdas edilmiş, mevcut kurumlar yeni gelişmelere uyum sağlayacak biçimde yapılandırılmıştır.

2. AVRUPA’DAN TÜRKİYE’YE “İYİ YÖNETİM” YANSIMALARI VE REFORM

Bürokraside işletme ilkelerinin uygulanmasını ifade eden “yeni kamu yönetimi yaklaşımı” çerçevesinde özellikle 1980’li yıllardan itibaren Türkiye’de yerel yönetim alanında birçok reform çalışması hayata geçirilmiştir¹⁷. Türkiye’de yerel yönetim alanında yaşanan bu değişimde, demokrasinin içselleştirilmesinin, küreselleşmenin ve Avrupa Birliği’ne giriş sürecinde etkisi büyüktür. Öyleki bu düzenlemelerle merkezi yönetimin yerel yönetimler üzerindeki etkinliği ve denetiminin azaltılarak yerel

¹³Mırlında Batalli - Artan Fejzullahu, *Principles of Good Administration under the European*, y.y, 2018, s.29.; Francisco Cardona, “Integrating National Administrations into the European Administrative Space”, *Conference on Public Administration Reform and European Integration*, 26-27 March 2009, Budva, Montenegro, s.4. <http://www.sigmaxweb.org/publicationsdocuments/42747690.pdf>, (ET:10.03.2020).; Mendes, a.g.m., s.5.

¹⁴ Avrupa Ombudsmanlığı, 2015.

¹⁵ Avrupa Ombudsmanlığı, 2015.

¹⁶ Avrupa Ombudsmanlığı, 2015; Batalli - Fejzullahu, *a.g.e.*, s. 31.;

¹⁷ Murat Akçakaya, “Yeni Yönetim Anlayışının Yerel Yönetimlere Yansımaları”, *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Ocak-Nisan 2017, S.9, s.109

yönetimlerin güçlendirilmesi, vatandaşların yönetime etkin bir şekilde katılımının sağlanması temel amaç olarak belirlenmiştir.

Türkiye’de yeni kamu yönetimi anlayışının yerel yönetimler üzerindeki ilk yansıması, 1984 yılındaki 3030 sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkındaki Kanun ile atılmıştır. Bu kanun ile birlikte büyükşehir belediyeleri kurulmuş, görev, yetki ve sorumlulukları belirtilmiştir. 1988 yılında Avrupa Konseyi tarafından yerel yönetimlerde özerk ile ilgili ilkelerin yer aldığı Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı yürürlüğe girmiş; Türkiye’de 1991 yılında bazı maddeler dışında bu metni kabul etmiştir¹⁸. 1990’lı yıllarda ise yerel yönetimlerin güçlendirilmesine yönelik yapısal reform dalgası başlamış, 1991 yılında “Yerel Yönetimler Araştırma Grubu Raporu” hazırlanmıştır. 2000’li yıllarda Başbakanlık tarafından merkezi yönetimin yetki ve sorumluluklarının azaltılmasını içeren “Değişimin Yönetimi için Yönetimde Değişim” adlı bir rapor yayımlanmıştır¹⁹. 2004 yılında ise 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu, kabul edilerek büyükşehir belediyelerinin hukuki statüsü düzenlenerek büyükşehir belediyesinin görev ve sorumlulukları tam olarak belirlenmiştir²⁰. Yerel yönetim alanında yapılan reformlarından bir diğeri il özel idaresinin kuruluşunu, organlarını, yönetimini, görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esaslarını düzenleyen 2005 yılında kabul edilen 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ve aynı yıl kabul edilen Mahalli İdare Birlikleri Kanunudur²¹. 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5393 sayılı Belediye Kanun ise yerel yönetimlerde reform çalışmalarının en önemli basamaklarından birini oluşturmaktadır. Bu kanun ile yerel yönetimlerin görev ve yetkileri ile kaynaklarının artırılması amaçlanmış ve Avrupa Birliği yerel yönetimlerine uyum amaçlanmıştır²². Yerel yönetimlerle ilgili en geniş kapsamlı son düzenleme 2012 tarihinde kabul edilen 6360 sayılı On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’dur. Bu kanun kimi araştırmacılar tarafından yerel yönetimlerde bir geriye gidiş olarak algılanmıştır. Yanı sıra bir taraftan belediyelerin yetki ve sorumluluğu artarken diğer taraftan da kurulan Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlıkları vasıtasıyla merkezi yönetimin etkinliğinin artırıldığı ifade edilmiştir. Yine kanun ile köylerin ilçe belediyelerinin birer mahallesi olarak belirlenmesinin yerellik ilkesine aykırı bir tutum sergilendiğine vurgu yapılmıştır²³. Görüldüğü üzere Türkiye’de yerel yönetimler alanında birçok reform hayata geçirilmiştir. Bu reformların hayata geçirilme nedenlerinden biri iyi işleyen bir kamu yönetimi ve yerel yönetimleri ortaya çıkarmaktadır.

¹⁸Abdülşamet Yaman-GökbörüÖnalp, “Yeni Kamu Yönetimi Reformlarının Yerel Yönetimler Üzerindeki Etkisi”, *Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, <http://www.yyusbedergisi.com/dergi/yeni-kamu-yonetimi-reformlarinin-yerel-yonetimler-uzerindeki-etkisi20180101043441.pdf> (ET: 10.02.2020).

¹⁹ Emimi, F. Tufan, “Türkiye’de Yerel Yönetimler Reformunun İç ve Dış Dinamikleri”, *Yönetim ve Ekonomi Dergisi*, 2009,C.16, S.2, s.35.

²⁰Yıldız Atmaca, “Optimal Belediye Büyüklüğü ve Yeni Büyükşehir Belediye Yasası”, *Çankırı Kartekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2013, C.3, S.2, s.169.

²¹Abdülşamet Yaman-GökbörüÖnalp, a.g.m.

²²Erol Kaya, “Türkiye’de Yeni Bir Dönem: Yerel Yönetimler Reformu (2)”, <http://erolkaya.com/wp-content/uploads/makaleler/turkiye-de-yeni-bir-donem-yerel-yonetimler-reformu-II.pdf> (ET:01.02.2020).

²³Zuhal Çetin Önez, “Türkiye’de İl Özel İdaresi Sisteminin Dönüşümü ve 6360 Sayılı Kanunun Dönüşüme Etkileri”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi*, C.20, S.2, 2015, s.263.

Tarihi geçmişine bakıldığında Türk kamu yönetimi Tonyukuk, Nizamülmülk, Yusuf Has Hacip, Ebu Necib, Koçi Bey, Katip Çelebi ve Defterdar Sarı Mehmet Paşa gibi devlet adamları tarafından yazılan iyi yönetim örneklerinin yer aldığı siyasetname örnekleriyle doludur²⁴. Özellikle Selçuklu ve Osmanlı Devletlerinde devrin yöneticileri için yazılan bu siyasetnamelerdeki tavsiyeler iyi yönetim ilkelerinin günümüze kadar gelen uygulamalarına da öncülük etmektedir²⁵. Bu geleneğin bir devamı olarak modern Türkiye’de kamu yönetiminde iyi yönetim ilkelerinin geliştirilmesi ve uygulanması için birçok düzenleme yapılmıştır. Bu çerçevede toplumda hak arama kültürünün geliştirilmesi ve iyi yönetim ilkelerinin kamu yönetiminde vücut bulması için çeşitli mekanizmalar oluşturulmuştur. 1982 Anayasası’nın “Temel Hak ve Özgürlükler” başlıklı 40. maddesinde;

“Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili vatandaşların hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır. Kişinin, resmî görevliler tarafından haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da devletçe tazmin edilir”

denilmektedir. Bu maddeye istinaden kamuda hizmet standardı geliştirilmiş, kurumlar vatandaşların nereye, nasıl ve hangi sürelerde başvurabileceğini hizmet rehberlerinde belirtmiştir. Böylelikle, vatandaşlar kendilerine tanınmış yasal haklarını kolayca kullanabilmekte, herhangi bir işleme karşı nereye ve hangi süre içinde başvuruda bulunulabileceğini bilmekte ve uğrayabileceği muhtemel zararların işin başında giderilmesini de sağlamaktadır. Bu durum vatandaşların devlete olan güvenini de arttırmaktadır.

İçişleri Bakanlığı tarafından yayınlanan 07.05.2002 tarih ve 12/467 sayılı, “iyi yönetimin geliştirilmesi” konulu genelge ile kamu hizmetlerindeki iyi yönetimin sağlanabilmesi için alınması gereken tedbirler 18 madde halinde sıralanmıştır. Genelge de vatandaşın, “zaman kaybına, bezginliğe, yorgunluğa ve gereksiz masrafa sevk eden, onun layık olduğu medeni hizmet standartlarının gerisinde kalan, ürettiği hizmeti sunarken vatandaşın ihtiyaçları yerine kendi hiyerarşik mantığını ve ihtiyaçlarını esas alan bürokratik yönetim kültürü ve yapısının terk edilmesi gerektiği” ifade edilerek “vatandaş odaklı kamu hizmeti sunmak” ve “vatandaşların devlete olan güvenini sağlamak” hedeflenmektedir. Genelge ile “vatandaş odaklı kamu hizmeti kültürüne geçiş” için, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde, kalite, hız, verimlilik ve etkinliğin sağlanması gerektiği de vurgulanmaktadır.

Türkiye’de iyi yönetim ilkeleri bağlamında yapılan en önemli değişikliklerden biri 2003 yılında çıkarılan “4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu”dur. Bu kanuna göre “Herkes bilgi edinme hakkına sahiptir. İdare, belirli istisnalar dışında her türlü bilgi veya belgeyi vatandaşların kullanımına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdür.” Bu durum vatandaşların merak ettikleri ve ilgi duydukları bilgiye erişimini kolaylaştırmakta kamu kurum ve kuruluşlarını şeffaflaştırmaktadır. İyi yönetim ile ilgili bir diğer gelişmede temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasının sınırı

²⁴ KDK, a.g.e, s.13.

²⁵ Yakup Bulut- Miraç Muhammed Aslan, “Kutadgu Bilig’de İyi Yönetimin Esasları” *Ombudsman Akademik*, Aralık 2018. S. Özel Sayı 1, Kamu Hizmetlerinde İyi Yönetim İlkeleri, s.16.

olarak kullanılan “ölçülülük ilkesi”nin anayasal bir ilke haline gelmesidir. Hukuki mekanizmaların adaletli, dengeli ve ölçülü bir şekilde oluşturulması ve devletin aşırı güç kullanma eğilimi karşısında vatandaşların korunması ölçülülük ilkesinin de temelini oluşturmaktadır²⁶.

Etik kavramı günümüzde iyi yönetim ile iç içe geçmiş bir kavramdır. Etik, iyi/kötü, doğru/yanlış ile ilgili değerler, ilkeler ve kurallar bütünüdür²⁷. 5176 sayılı Kanunla 2004 yılında kurulan Kamu Görevlileri Etik Kurulu da kamu görevlilerinin uymaları gereken saydamlık, tarafsızlık, dürüstlük, hesap verebilirlik, kamu yararını gözetme gibi etik davranış ilkelerini benimsemiş ve kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken uymaları gereken temel ilke ve standartları belirlemiştir²⁸.

Bunların yanı sıra 2012 yılında 1982 Anayasası'nın 74. maddesi ile anayasal bir kurum olarak Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) kurulmuştur. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 5. maddesine göre “Kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla...” görevlendirilmiştir. Kamu Denetçiliği Kurumu; “idarenin hizmet kalitesinin yükseltilmesine, iyi yönetim ilkelerinin yerleşmesine, insan haklarının gelişmesine, hukukun üstünlüğünün sağlanmasına, hak arama kültürünün yaygınlaşmasına, şeffaf, hesap verebilir, insan odaklı bir idarenin oluşmasına katkı sağlamaya çalışmaktadır²⁹.” “6328 sayılı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinde ise “Kurum, inceleme ve araştırma yaparken idarenin, insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde; kanunlara uygunluk, ayrımcılığın önlenmesi, ölçülülük, yetkinin kötüye kullanılmaması, eşitlik, tarafsızlık, dürüstlük, nezaket, şeffaflık, hesap verilebilirlik, haklı beklentiye uygunluk, kazanılmış hakların korunması, dinlenilme hakkı, savunma hakkı, bilgi edinme hakkı, makul sürede karar verme, kararların gerekçeli olması, karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi, kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi, kişisel verilerin korunması gibi iyi yönetim ilkelerine uygun işlem ve eylem ile tutum veya davranışta bulunup bulunmadığını gözetir ve iyi yönetim ilkelerine uyar.” denilerek kamu yönetiminde iyi yönetim ilkelerinin yerleşmesine ön-ayak olmuştur. Böylece kurum verdiği kararlarda idarenin yaptığı işlemin iyi yönetim ilkelerine uygun olup olmadığını da denetlemektedir.

Son olarak kamu hizmetlerinde bürokrasinin azaltılmasına yönelik olarak yayımlanan 2018/13 sayılı Cumhurbaşkanlığı genelgesinde “kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde sorun çözen, çözüm üreten, sonuç ve vatandaş odaklı devlet anlayışı ile bürokrasinin azaltılmasının Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nin öncelikli hedeflerinden olduğu vurgulanarak kamu hizmetlerinde hantallığa neden

²⁶ Akyılmaz, a.g.m., s.148.; İlker Duman, “Ölçülülük İlkesi, Yalnız Anayasa Mahkemesinin Dikkate Alacağı Bir İlke Olmayı, Devlet ve Toplum Hayatının Her Alanında Göz Önünde Bulundurulması Gerekir”, 2016, <https://www.ilkerduman.av.tr/?d=1111> (ET:10.10.2019).

²⁷ Ahmet Yatkın, “Etik Düşünce ve Davranışın Yerel Yönetimlerde Hizmet Verimliliğinin Arttırılmasında Rolü ve Önemi (Elazığ Belediyesi Örnek Alan Araştırması)”. *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. 2008, C.18, S.1, s.213.

²⁸ Oğuzhan Erdoğan, *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yerel Yönetimler*, Sage Yayınları, Ankara, 2019,

²⁹ Ombudsman Bülten, “Dünya Ombudsmanları İnsanlık için buluştu”. *Ombudsman Bülten Dergisi*, 2017, S.8, s.4.

olan hususların ortadan kaldırılmasının önemine dikkat çekilmiştir.”“...Bu itibarla kamu kurum ve kuruluşlarına yapılan tüm başvurularda, talebin sonuçlandırılması başka bir idari makamın görev alanında kalsa dahi başvurular anında incelenerek takip edilecek, talebin ilk başvuru yerinde neticelendirilmesine özen gösterilecek, başvuru sahibine yapılan işlemler hakkında gecikmeksizin nihai ve kesin bilgi verilecek” denilerek, kamuda başvuruların süratli ve doğru sonuçlandırılması amacıyla gerekli tüm tedbirler alınacağını belirtilmiştir³⁰. Bu genelge, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmesiyle birlikte kamu yönetiminde iyi yönetim ilkelerini hâkim kılmak için yapılan önemli düzenlemelerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. 26 Şubat 2020 tarihinde Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı tarafından tüm kurum ve kuruluşlara gönderilen yazıyla 2018/13 sayılı genelge bir kez daha hatırlatılmış, “Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin öncelikli hedeflerinin; kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde sorun çözen, çözüm üreten, sonuç ve vatandaş odaklı devlet anlayışı ile bürokrasinin azaltılması” olduğu vurgulanmıştır³¹. Tablo 1’de bu minvalde yukarıda özetlenen Türkiye’de iyi yönetim alanında gerçekleştirilen reformlar yer almaktadır.

Tablo 1. Türkiye’de İyi Yönetim Kapsamında Atılan Adımlar

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ve Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun Oluşturulması	Kamu Denetçiliği Kurumunun Kurulması	Kamu Yönetimi Reformu ve Kamu Yönetimi Temel Kanunu Tasarısı	Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu
E-Devlet Uygulamaları	Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 40. ve 13. Maddeleri	İçişleri Bakanlığının 7.05.2002 Tarih ve B050ökm0000011-12/467 Sayılı Genelgesi	2013/13 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi
Kamu Görevlileri Etik Kurulunun Kurulması	Kamu İhale Kanunu	Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı	Kişisel Verileri Koruma Kurumu Kurulması
Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu	Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmelik	İçişleri Bakanlığının Açık Kapı Uygulaması	Kişisel Verileri Koruma Kurumunun Kurulması
Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Kurulması	Ulusal Yargı Ağı Projesi	Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkının Tanınması	Dokuzuncu Kalkınma Planında “Kamuda İyi Yönetişim” Raporunun Hazırlanması
Onbirinci Kalkınma Planında “İyi Yönetişim” Başlığına Yer Verilmesi			

Kaynak: Yazarlar tarafından oluşturulmuştur.

Diğer taraftan kamu yönetiminde ve yerel yönetimlerde uygulanan “e-devlet uygulamaları”, “Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu” çerçevesinde yapılan değişiklikler, “Kamu İhale Kanunu”nda yapılan düzenlemeler, İçişleri Bakanlığının

³⁰ 12 Ekim 2018 Tarihli ve 30563 Sayılı Resmî Gazetede yayınlanan Cumhurbaşkanlığı Genelgesi, Kamu hizmetlerinde bürokrasinin azaltılmasına ilişkin genelge, 2018/13

³¹ <https://www.memurlar.net/> (E.T: 26.02.2020).

uygulamaya koyduğu “Açık Kapı Uygulaması”, “Kişisel Verileri Koruma Kurumu”nun kurulması, Anayasa Mahkemesine “Bireysel Başvuru Hakkı”nın tanınması, “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu”nun kurulması, “Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Uyulacak Usul ve Esaslara İlişkin Yönetmeliğin” yürürlüğe konulması, “Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP)” gibi uygulamaların hayata geçirilmesi kamu yönetiminde iyi yönetim ilkelerinin sağlanması adına yapılan değişiklikleri ve yenilikleri vurgulamak açısından son derece önemlidir.

3. YEREL YÖNETİMLERDE İYİ YÖNETİM İLKELERİ

Yerel yönetimler, kamu yönetiminde vatandaşlara en yakın birimlerdir. Yerel yönetimlerin kuruluş amacı yerel halkın istek ve ihtiyaçlarını gerçekleştirmektir. Hizmetlerin yerine getirilmesinde halkın memnuniyetinin ölçülmesi, düzeltici-önleyici faaliyetlerin geliştirilmesi ve vatandaş odaklı bir hizmet sunumunun gerçekleştirilmesi yerel yönetimlerin en çok dikkat ettiği noktalar arasındadır. Bu nedenle, bilgi temelli, katılım ve işbirliğini önemseyen, etkin ve verimli çalışmanın ağırlık kazandığı alanların başında yerel yönetimler gelmektedir. Sürdürülebilir ve kapsayıcı yönetimin sağlanmasında kötü yönetim karşısında önemli bir aktör olan iyi yönetime, günümüzde en çok yerel yönetimlerde gereksinim duyulmaktadır.

Avrupa kıtasının şehir temelli yönetsel geleneği de yerel yönetimlerin güçlü sosyal ve siyasal temellere sahip olması sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle Avrupa Birliği içerisinde de yerel yönetimler özellikle vurgulanan yönetsel yapılar olarak öne çıkmaktadır. Vatandaşlara en yakın hizmet birimleri olan yerel yönetimlerde “iyi yönetim” ilkelerinin uygulanması kamu hizmetleri sunumu, vatandaş ihtiyaçlarının temini, kentsel yaşamların geliştirilmesi anlamında büyük önem taşımaktadır. Avrupa Birliğine giriş sürecinde uyum yasaları kapsamında iyi yönetimin yerel yönetimlere odaklandığı görülmektedir. Yerel yönetimlerde iyi yönetim³²:

- Tüm sivil toplum kuruluşlarının ve vatandaşların politik karar alma süreçlerine katılımlarını teşvik eden bir yerel yönetim sistemi öngörmektedir.
- Tarafsız ve güvenilir bir seçim yöntemi ile bilinçli bir vatandaşlık kavramı üzerinde durmaktadır.
- Güçlendirilmiş bir yerel yönetim ve kamu sektörünü vurgulamaktadır.
- Yerel yönetimler tarafından alınan kararlarda şeffaflık, öngörülebilirlik ve hesap verebilirlik olmalıdır.
- İstikrarlı bir mali yapı, etkin kaynak yönetimi, kamu kaynaklarının verimli kullanımı gerekmektedir.
- Kamu güvenliği, hukukun üstünlüğü, temel hak ve özgürlüklerin korunması, toplumsal cinsiyet eşitliği ve adil gelir dağılımı olmalıdır.

Bu çerçevede yerel yönetimlerde iyi yönetimi tesis etmenin başlıca ilkelerinin, açıklık ve kapsayıcılık, bütünlük, hesap verebilirlik, etik davranış ve nezaketlilik, yetkinlik ve kapasite, yenilik ve değişime açıklık, duyarlılık, kurumsal yönetim, liderlik, yerel demokrasi, katılımcılık, dürüstlük ve tarafsızlık, liderlik ve sorumluluk, sürdürülebilirlik ve uzun vadeli oryantasyon, sağlam mali yönetim ve hukukun

³² IFAD(International FundforAgricultural Development Executive Board) – Sixty-SeventhSession Rome, 8-9 September 1999 GoodGovernance: An Overviewhttps://www.ipa.government.bg/sites/default/files/pregled-dobro_upravljenje.pdf , (ET: 05.10.2018).;ITC, “Report Of TheCommission On Global GovernanceOur Global Neighbourhood”, 2018, <http://www.itcilo.it/english/actrav/telearn/global/ilo/globe/gove.htm> (ET: 09.10.2018).

üstünlüğü, olarak belirlemek yerinde olacaktır. Bu çalışmada söz konusu ilkeleri ele alarak, içerikleri hakkında bilgiler sunulacaktır.

Açıklık, Kapsayıcılık ve Şeffaflık: Yerel meclislerin ve belediye başkanının, aldıkları tüm kararlar ve yaptıkları tüm işlemler mümkün olduğunca açık olmalıdır. Kararların ve eylemlerin nedenleri açıklanmalıdır. Vatandaşların ve yerel aktörlerin karar alma ve yönetim süreçlerine katılımında yerel meclislerin ve yerel makamların yaklaşım ve uygulamalarına güvenmeleri sağlanmalıdır³³. Bunun için vatandaşlarla ve yerel aktörlerle gerçek bir işbirliği yapılmalı, onlara tam, doğru ve net bilgiler verilmelidir. Açıklık tüm yerel aktörlerin karar alma süreçleri ve yerel makamların eylemleriyle etkili bir şekilde iletişim kurma fırsatına sahip olmasını sağlayan kapsayıcı bir yaklaşım da gerektirmektedir. İyi yönetim ayrıca, karar alma sürecinin şeffaflığına dayandırılmaktadır³⁴. Şeffaflık idare için bir görev, vatandaş için bir haktır. Bu ilke vatandaşların yerel yönetimlerdeki bilgilere ulaşabilmesini, yerel yönetimlerin işlemlerinden önce ve sonra vatandaşları bilgilendirmesini, yerel yönetimlerin işleyişine ilişkin kurallara vatandaşların kolayca ulaşılabilir olmasını kapsamaktadır. Bu, bilginin serbestçe alınmasını ve alınan kararlardan etkilenenler için bu kararların erişilebilir olmasını içermektedir³⁵. Şeffaflık bu nedenle bilgiye serbest erişim anlamına da gelmektedir. Diğer taraftan, Meclis toplantıları halka açık olmalı ve alınan kararlarda halka duyurulmalıdır³⁶.

Yönetimde Bütünlük: Yerel yönetimlerde aynı görevleri yapan kişiler aynı vizyon ve misyona sahip olmak zorundadır. Bu, kurumda koordinasyon ve işbirliğini sağlamanın da temelini oluşturmaktadır. Yönetim bütünlüğü olmadan talimatlarda ve uygulamada bütünlüğü sağlamak mümkün değildir. Bütünlük bir yaklaşım aynı zamanda yüksek doğruluk standartlarına da dayanmaktadır³⁷.

Hesap verebilirlik: Belediye başkanı, yerel meclis üyeleri ve belediye çalışanları aldıkları tüm kararlar ve eylemler için kamuya karşı sorumludur ve kamu yararı açısından kendilerini her türlü denetime sunmak zorundadır. Yerel yönetimlerin iş ve işlemlerinde kusurlu olmaları durumunda sorumluluğu üstlenip; bu durumun telafisini sağlamaları gerekmektedir³⁸. Yerel yönetimler hukuka bağlı olmalı ve etik dışı yaklaşımlardan kaçınılmalıdır³⁹. Siyasi ve ekonomik süreçlerdeki tüm aktörler

³³ Tufan Filiz Emini- Eren Çağlar Ayaz, "Türkiye'de Bilgi Edinme Hakkı: Açıklık ve Şeffaflık İlkelerinin Belediye Web Sayfalarına Yansımaları", *Journal Of Awareness*, Aralık 2018,. S.3, Özel Sayı, s.269.

³⁴ Musa Eken, "Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı", *Amme İdaresi Dergisi*, Haziran 1994, C.27, S2, s.39.

³⁵ Jonathan Fox, "The Uncertain Relations Between Transparency and Accountability", *Development in Practice*, November 2007, Y.17, S.4-5, s.663.

³⁶ Michael Johnston, *Good Governance: Rule of Law, Transparency, And Accountability*. New York: United Nations Public Administration Network, United Nations Public Administration Network, New York, 2006, s.2.

³⁷ Xing, "Yönetimin 14 İlkesi", 2007, <https://www.xing.com/communities/posts/yoenetimin-14-ilkesi> -1004550859, (ET: 10.10.2018).

³⁸ OECD, *Kamu Yönetimi İlkeleri*, OECD/SIGMA, Ankara, 2017, s.22.

³⁹ Baran Özeren- Özlem Temizel, *Kamusal Yönetim: Kamu Sektöründe Kurumsal Yönetim, Niçin, Nasıl?* Sayıştay, Araştırma/İnceleme/Çeviri Dizisi: 36, Ankara, 2004, s.4; Erol Kaya, *Yerel yönetimler reformu ve belediyelerde yeniden yapılanma*. Kent Yönetimi Dizisi: 2, İlke Yayınevi, İstanbul, 2003, s.1.

kendi kararlarından dolayı sorumludurlar. Hesap verebilirlik, iyi yönetimin temel gerekliliklerinden biridir.

Etik Davranış ve Nezaketlilik: Etik iyi bir yönetimin temel unsurudur⁴⁰. Yerel meclis üyeleri, belediye başkanı ve çalışanlar, kamu çıkarını kendi şahsi çıkarlarının önünde tutmak zorundadır. Her türlü yolsuzluğu önlemek ve bunlarla mücadele etmek için etkili önlemler almalıdır. Etik davranış, siyasal yozlaşmalardan arındırılmış bir yerel yönetimleri de ifade etmektedir. Diğer taraftan nezaketlilik ilkesi belediye başkanı, meclis üyesi ve çalışanların tutum ve davranışlarında saygılı, güler yüzlü, kibar olmasını, vatandaş odaklı hareket etmesini ve vatandaşların sorununu anlamaya ve çözmeye yönelik çalışmalar yapmasını içermektedir⁴¹.

Yetkinlik ve Kapasite: Yerel yöneticilerin performanslarını artırmak için sürekli motive edilmeleri gerekmektedir. Çalışanlara düzenli aralıklarla eğitimler verilmeli ve kendilerini geliştirmeleri için imkânlar sağlanmalıdır. Kurumda çalışma kapasitelerini arttırıcı etkinlikler düzenlenmeli, becerileri kapasiteye dönüştürmek için pratik yöntemler ve prosedürler oluşturulmalıdır⁴². Personel verimliliği ve vatandaşa sunulan hizmetlerin kalitesini arttırmak için hizmet içi eğitimler gerçekleştirilmelidir. Personeller arasında rekabet ortamı oluşturularak performans seviyelerinin geliştirilmesi ve motivasyonlarının arttırılması için gerekli performans denetimleri yapılmalıdır⁴³.

Dürüstlük ve Tarafsızlık: Yerel yöneticilerin, görevleriyle ilgili özel menfaatlerini beyan etme ve kamu çıkarını koruyacak şekilde ortaya çıkabilecek her türlü anlaşmazlığı çözmek için adımlar atma görevi vardır. Yerel yöneticiler, aldıkları kararları yalnızca kamu yararı açısından almalıdır⁴⁴. Bunu kendileri, aileleri veya arkadaşları için finansal veya diğer maddi faydalar elde etmek amacıyla yapmamalıdır. Yerel kamu hizmetlerinin sunumunda herkese eşit muamele yapılmalı ve din, dil, inanç, siyasi düşünce, ırk ve cinsiyet gibi sebeplerle vatandaşlar arasında ayırım yapılmamalıdır. Toplumda, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların oluşturulmasının önüne geçilmelidir⁴⁵.

Katılım ve Yerel Demokrasiyi Artırma: Katılım, toplumun tüm üyelerinin, iyi yönetimin kilit unsuru olarak eşit katılımını, herkesin karar alma sürecinde bir rolü olması gerektiğini ifade etmektedir. Yerel yönetimlerle ilgili alınan kararların hazırlanmasında, alınması ve uygulanmasında vatandaşların, STK'ların ve kamu kuruluşlarının da fikirleri alınmalıdır. Yerel demokrasi yerel yönetimlerin en temel özelliklerinden biridir. Yerel demokrasi, konsensüs oluşturma, katılım ve yurttaşlık bilincini kapsayan geniş bir kavramı ifade etmektedir. Yerel demokrasilerde, yerel meclisler çok önemli bir rol oynamaktadır. Yerel karar alma sürecine yerel vatandaşların katılımını teşvik eden tedbirler alınmalı, toplumda vatandaşlık bilinci geliştirilmelidir. Bu çerçevede, katılımcı bütçeleme, geri çağırma, yerel girişim,

⁴⁰ Kamu Görevlileri Etik Kurulu, *Etik Rehberi*, Ankara, 2017, s.1.

⁴¹ KDK, *a.g.e.*, s.69

⁴² Yerel Yönetim Reformu Uzmanlık Merkezi, "İyi Demokratik Yönetişimin İlkesi", 2019, s.3. http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/1/2/12_prensip-2-1.pdf (ET:04.02.2020).

⁴³ www.cay.gov.tr (E.T: 12.10.2018).

⁴⁴ Selman Karakul, "Hukuki ve İdari Denetim Ölçütü Olarak İyi Yönetim İlkeleri", *Ombudsman Akademik Dergisi*, 2015, C.2, S.3, s.89.

⁴⁵ Kamu Görevlileri Etik Kurulu, *a.g.e.* s.38.

referandum, kent konseyleri, dilekçe hakkı, mahalle meclisleri gibi çeşitli yerel demokrasi uygulamaları geliştirilmelidir⁴⁶.

Liderlik ve Sorumluluk: Yerel yöneticiler, iyi yönetim ilkelerini uygularken liderlik yetilerini ön plana çıkarmalı ve bunu örneklerle desteklemelidir. İyi yönetim egemen bir otoriteyi kabul etmemektedir. Önemli olan husus otoritenin egemenlik ile sorumluluk arasındaki dengeyi net olarak oluşturabilmesidir⁴⁷. Sorumluluk yerel yönetimlerin vatandaşlara özellikle paydaşlara yönelik ortak bir sorumluluk çerçevesinde hareket etmesi gerektiğini ifade etmektedir⁴⁸.

Yenilik ve Değişime Açıklık (Dijital Uygulamalardan Yararlanma): Yerel yöneticiler ve çalışanlar, sorunlara yeni ve verimli çözümler aramalı, modern hizmet sağlama yöntemlerinin avantajlarından yararlanmalıdır. Yerel yönetimler vatandaşların hayatını kolaylaştıran e-belediye uygulamaları gibi dijital uygulamalardan daha çok faydalanmalıdır. Yeni programları denemeli ve başkalarının deneyimlerinden yararlanmalıdır⁴⁹.

Duyarlılık: Belediye başkanı ve yerel meclislerin, vatandaşların meşru beklentilerine ve ihtiyaçlarına cevap olarak amaçlara, kurallara ve prosedürlere uymaları beklenmektedir. Tüm istek ve şikâyetler makul bir süre içinde ve gereksiz gecikmeler olmaksızın cevaplandırılmalıdır⁵⁰.

Kurumsal Yönetim: Yerel meclisler etkili bir kurumsal yönetim oluşturabilmek için yerel bir vizyon oluşturulmalı, çalışanların kurumun amaç ve misyonuna uygun bir şekilde hareket etmesi teşvik edilmelidir. Yerel yönetimlerde açıkça tanımlanmış işlevler ve roller ile ortak bir amaca ulaşmak için birlikte çalışan üyeler ve memurların oluşumu sağlanmalıdır⁵¹. İş tanımları, her personelin işini aksatmadan yapmasını sağlayacak şekilde açık ve net olmalıdır. Yerel meclis için yüksek düzeyde davranış geliştirilmelidir. Toplam kalite yönetim tekniklerinin benimsenmesi, özellikle idari işlevler bakımından, yerel vatandaşlara kaliteli hizmet verilmesinde çok önemlidir⁵².

Sürdürülebilirlik ve Uzun Vadeli Oryantasyon: Yerel düzeyde sürdürülebilir kalkınma, vatandaşların sosyal, ekonomik, politik, kültürel ve psikolojik niteliklerini geliştirmeye, onları topluma entegre etmeye ve aynı zamanda da yaşamlarını sürdürmelerine yardımcı olmaya yöneliktir. Yerel yönetimler tarafından vatandaşlara yeterlik kamu hizmet sağlanmalı, çevrenin, tarihi ve kültürel mirasın uygun şekilde korunması için yerel yönetimin sürdürülebilir kalkınması desteklenmeli, boş zaman ve kültür

⁴⁶ Erdoğan, a.g.e, s.152.

⁴⁷ Bulut- Aslan,a.g.m., S.1.

⁴⁸ Ferit İzci - Mehmet Sarıtürk,"Değişen Kamu Yönetimi Anlayışı: İyi Yönetişim ve Temel Bileşeni Olarak Hesap Verebilirlik" *International Journal of Academic Value Studies (Javstudies)*, 2017, 3(13), s.184.

⁴⁹ Yerel Yönetim Reformu Uzmanlık Merkezi, "İyi Demokratik Yönetişimin İlkesi", 2019, s.3. http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/1/2/12_prensip-2-1.pdf (ET:04.02.2020).

⁵⁰ Mehmet Akçay,"Belediyeler ve İyi Yönetişim", Ankara Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2013, s.75.

⁵¹ Sibel Hoştut,"Kurumsal Yönetişim ve Halkla İlişkiler:Halkla İlişkiler Uzmanlarıyla Niteliksel Bir Araştırma", *Selçuk İletişim*, 2015, C.9, S.1, s.57-58.

⁵² Emrah Alper Çoşkun - Fatih Abdullah, Akcan, "Kurumsal Yönetişim İlkelerinin Benimsenmesinin Örgütselçekiciliğe Etkisi", *Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Haziran 2018, C.2 S.1, s.65-66.

olanakları teşvik edilmeli, sürdürülebilir yerel ekonomik kalkınmayı teşvik ederek herkes için fırsat yaratılmamalıdır⁵³.

Sağlam Mali Yönetim: Yerel yönetimler tarafından yapılan hizmetler ve girilen yükümlülükler maliyetini aşmamalı ve özellikle önemli kamu hizmetleriyle ilgili olarak talepler aşırı bir şekilde azaltılmamalıdır. İş planları ve bütçeler yerel vatandaşlarla istişare halinde hazırlanmalıdır. Denetlenen hesaplar yayınlanmalı, bütçenin şeffaflığı ve etkin denetimi sağlanmalıdır⁵⁴. Gelir/gider dengesini sağlayacak şekilde yatırımlar yapılmalı, tahsilatlar gerçekleştirilmelidir.

Hukukun üstünlüğü: Yerel yönetimler, aldıkları tüm kararlar ile ilgili yasa ve yargı kararlarına uymak zorundadır. Kurallar ve yönetmelikler, tarafsız bir şekilde yerine getirilen yasal hükümlere ve yaptırımlara uygun olarak benimsenmelidir⁵⁵. Hukukun üstünlüğü, hukuk sisteminin tarafsızlığı ve etkinliği ile insan haklarını, bağımsız ve tarafsız yargıyı, adaletin iyi yönetimini, hak arama mekanizmalarının etkinliğini ve adalete eşit erişimi kapsamaktadır. Hukukun üstünlüğü ilkesi yerel yöneticilerin hukuk kuralları içerisinde kalarak, objektif bilgiye dayalı kararlar vermesini ve kararların hukuk yoluyla denetlenmesini ifade etmektedir⁵⁶.

Hizmette Yerellik İlkesi: Hizmette yerellik ilkesi, devletin gücü ve etkinliğini sınırlandırmaya yönelik olarak geliştirilmiş bir ilkedir⁵⁷. Bu ilke, kamu hizmetinin vatandaşlara en yakın idari birim tarafından yerine getirilmesini; şayet söz konusu birim hizmeti yerine getiremiyorsa bir üstteki birim tarafından bu hizmetin sağlanmasını gerektiğini ifade etmektedir⁵⁸.

İyi yönetimin yaklaşımı üzerinden yerel yönetimlerin de yapılandırılması gerekliliği vurgulanarak 15 ilke üzerinden tavsiyeler geliştirilmiştir. Bu ilkeler bir yandan şeffaflık ve açıklık, hesapverebilirlik, dürüstlük gibi ilkeler üzerinden özdenetim yaklaşımını geliştirerek vatandaşa yönelik veri akışını savunurken; bir yandan kurumsal kapasite, yeniliğe açıklık, liderlik ve sorumluluk gibi kurumun başarısı için gerekleri vurgulamaktadır. Vatandaşın haklarını savunan tarafsızlık, nezaketlilik, duyarlılık, hizmette yerellik gibi ilkelerle de bu sürecin yapıstırıcıları ortaya konmuş olmaktadır.

SONUÇ

İyi yönetim, insan haklarına saygılı, bireysel özgürlüklerin korunduğu ve hukukun üstünlüğünün sağlandığı bir yönetim olarak ifade edilmektedir. İyi yönetimde bireylerin devlete karşı hakları diğer yönetim biçimlerine göre daha iyi korunabilmektedir. İyi yönetim idare açısından bir mükellefiyet, yönetilenler açısından ise hakkı ifade etmektedir⁵⁹. Önemle vurgulanmalıdır ki, iyi yönetim; bir

⁵³Aslı Gaye Sancar, “Kurumsal Sürdürülebilirlik Bağlamında Kurumsal Yönetişim: Kavramın Doğuşu, Gelişimi ve Değerlendirilmesi”, *Selçuk İletişim*,2013, C.8, S.1, s.73-74.

⁵⁴ OECD, *a.g.e.*, s.30.

⁵⁵ Özlem Yıldırım Kara, “Türkiye’de İyi Yönetişim”, *Uluslararası Afro-Avrasya Araştırmaları Dergisi*,2018, S.6, s.284.

⁵⁶ Tokgöz, *a.g.e.* s. 19.

⁵⁷ Ahmet Tozlu,“Daha Verimli Hizmet ve Hizmette Yerellik Tartışmaları Düzleminde Yeni Büyükşehir Modeli”, *HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi*, Ekim 2017, Y.6, S.15, s.242.

⁵⁸ Safiye Kaya, ,” Hesap Verme Sorumluluğu, Parlamento ve Sayıştay”, *2. Kamu Mali Yönetim Reformu Arenası*, 2003, Ankara, s.44.

⁵⁹ Recai Abdullah Akalan, “Türk Kamu Hizmetinde İyi Yönetim ve Yolsuzlukla Mücadele”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Konya, 2006, s.12-15.

dizi ilke ve kuralı listelemekle başarılabilecek bir hedef olmaktan çok o ilke ve kuralların yetkili kişiler ve kurumlar tarafından nasıl algılandığıyla ve ne ölçüde uygulamaya aktarıldığıyla yakından ilgilidir. İyi yönetim aynı zamanda yöneten-yönetilen ilişkilerini biçimlendiren bir kültürdür; etkileşimlere yön veren zihni yol haritasıdır; karar verme, kaynak tahsisi, siyasal önceliklerinin belirlenmesi ve çatışmaların çözümü süreçlerinde esas alınan usul ve üsluptur. Yerel nitelikli kamu hizmetlerinin sunumunda hizmetlerden yararlanan vatandaşların memnuniyetini artırmak, hukuka uygunluğu, etkinliği ve verimliliği gerçekleştirmek için halkın taleplerini öncelikli olarak ele alan bir anlayışı yönetime egemen kılmak gerekmektedir. Sonuca, yani çıktılara odaklanan bir yönetimde hesap verebilirliği, açıklığı, saydamlığı, katılımı, öngörülebilirliği de içeren mekanizmalara gereksinim duyulmaktadır.

Fakat bu aşamada bazı ilkelerin halkın refahı için önemli olduğu gerçeğinden hareketle çaba gösterilmesi zorunludur. Bu kapsamda iyi yönetim ilkelerinin toplumda yer alan tüm aktörlerce tam anlamıyla benimsenmesi ve gerçekleştirilmesine yönelik çabalar önemlidir. “Vatandaşa rağmen” anlayışı yerine “vatandaşla birlikte hareket etme” duygusu, öncelikli düşünce olmalıdır. Öte yandan vatandaşların da bu süreçte talepkar olmaları, edilgen değil etken roller üstlenmeleri önemlidir. Bu süreçte yerel yönetimlerin güçlendirilmesi anlayışı özellikle önemlidir. Saydamlık, hesap verebilirlik, katılımcılık, yerindelik, bütünlük, etkinlik, verimlilik gibi kriterlere dayanan, çok aktörlü ve toplumsal ortaklıklara dayalı yönetim anlayışı şeklinde ifade edilen iyi yönetim ilkelerini, yerel yönetimler kendi bünyelerinde oluşturacakları birçok hizmet birimi ile gerçekleştirmeye çalışmalıdırlar.

Yakın dönemdeki küresel ve ulusal gelişmeler yerel yönetimlerin güçlenmesi noktasındaki değişimin yönünü tersine çevirmiş olsa da yerel yönetimlerin iyi yönetim kapsamında güçlendirilmesi demokratik kazanımlar açısından önemlidir. Yerel yönetimlerin güçlendirilmesi tartışmaları zayıflamış olmakla birlikte iyi yönetim yaklaşımı her dönem için kamu yönetiminin öncelikli konularındandır.

Yukarıda da belirtildiği gibi iyi yönetim vatandaş açısından bir hak; idare açısından ise bir yükümlülüktür. Bu çerçevede yerel yönetimlerde iyi yönetim ilkelerini yaygınlaştırmak ve uygulamak için toplumsal odaklı, ülkelerin ve şehirlerin tarihini, kültürünü, coğrafi ve sosyal-ekonomik özellikleri dikkate alan bir “Yerel Stratejik Plan” belirlenmelidir. Yerellik için bir “Vizyon”un kabul edilmesi gerekmektedir. Meclislerin ve çalışanların amaca ulaşmak için birlikte çalışması sağlanmalı ve iş tanımları net olarak yapılmalıdır. Yerel yönetimler, etkili bir incelemeye tabi olan ve riski yöneten şeffaf kararlar almalıdır. Meclis üyelerinin ve çalışanların yetkinlikleri ve kapasiteleri artırılmalı ve bu kapasiteleri geliştirilmelidir. Görevlerin ve projelerin etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak için tüm meclisler arasında etkili diyalog teşvik edilmelidir. Meclis üyeleri arasında görev ve sorumlulukların uygun şekilde dağıtılması sağlanmalıdır. Alınan kararların yerel toplumun çıkarlarına uygun olmasını sağlamak için vatandaşlarla ve diğer paydaşlarla etkileşim kurulmalıdır. E-hizmetler, topluma daha yakın olma aracı olarak etkin bir şekilde kullanılmalıdır.

Vatandaşların yönetime katılımının artırılması, kamu yönetiminin vatandaş odaklı bir yaklaşımla yeniden yapılandırılmasına her daimi ihtiyaç duyulmaktadır. Bu ihtiyaç kamu yönetimi ve yerel yönetimlerin yapısı ve işlevlerinin önemli ölçüde işletme yönetimi ilkelerinden etkilenmesine yol açmaktadır. Günümüz kamu

yönetiminin saydamlık, hesap verebilirlik, verimlilik, etkinlik ve tutumluluk, katılımcılık ve insan odaklılık gibi ilkelerinden vazgeçmesi güçtür. Bu yaklaşımın bir sistem ve ilkeler üzerinden yerel yönetimlere uyarlanması da zorunludur.

KAYNAKLAR

AKALAN, Recai Abdullah, “Türk Kamu Hizmetinde İyi Yönetim ve Yolsuzlukla Mücadele”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2006.

AKÇAKAYA, Murat, “Yeni Yönetim Anlayışının Yerel Yönetimlere Yansımaları”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.9, 105-130, Ocak-Nisan 2017.

AKYEL, Recai ve KÖSE, Ömer Hacı, “Kamu Yönetiminde Etkinlik Arayışı: Etkin Kamu Yönetimi için Etkin Denetimin Gerekliliği”, *Türk İdare Dergisi*, S.466, 9-24, Mart, 2010.

AKÇAY, Mehmet, “Belediyeler ve İyi Yönetişim”, Ankara Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2013.

AKYILMAZ, Bahtiyar, “İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.VII, S.1-2, 143-158, Aralık, 2003.

ARGÜDEN, Yılmaz, “İyi Yönetişim”, 2012, <http://www.arguden.net/tr/makaleler/iyi-yonetisim-3/B> (ET:10.10.2018).

ARSLAN, İbrahim, “İyi Yönetişim Perspektifinde Karar Alma Süreci”, 2016, <https://ibrahimarslanblog.wordpress.com/2016/02/04/iyi-yonetisim-perspektifinde-karar-alma-sureci> (ET:10.10.2018).

ARSLANER, Hakan ve KARACA, Yakup, “Türkiye Kamu Yönetiminde Yönetişim Algısı: Aydın İli Vergi Dairelerinde Bir Uygulama”, Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Y.4, S.49, 128-151, Aralık, 2017

ATMACA, Yıldız, “Optimal Belediye Büyüklüğü ve Yeni Büyükşehir Belediye Yasası”, Çankırı Kartekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.3, S.2, 168-184, 2013.

AUSAİD, *The Australian Government's Overseas Aid Program, Good Governance: Guiding Principles For Implementation*. Canberra: Australian Agency For International Development (Ausaid), 2000.

AVRUPA KOMİSYONU, “Avrupa Temel Haklar Şartı”, 2012, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN>, (ET:03.04.2020).

AVRUPA OMBUDSMANLIĞI, *Avrupa Doğru İdari Davranış Yasası*, Avrupa Ombudsmanlığı, Brüksel, 2015.

BATALLİ, Mırlında ve FEJZULLAHU, Artan, *Principles of Good Administration under the European*, 2018.

CODE OF GOOD ADMINISTRATIVE BEHAVİOR, *Pécs Journal of International and European Law*, 2018/126-35.

BAYRAMOĞLU, Sonay, *Yönetişim Zihniyeti*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2005.

BULUT, Yakup ve ASLAN, Miraç Muhammed, “Kutadgu Bilig’de İyi Yönetimin Esasları” *Ombudsman Akademik*, S. Özel Sayı 1, Kamu Hizmetlerinde İyi Yönetim İlkeleri, 15-25, Aralık, 2018.

CARDONA, Francisco, “Integrating National Administrations into the European Administrative Space”, *Conference on Public Administration Reform and European Integration*, 26-27 March 2009, Budva, Montenegro. <http://www.sigmaweb.org/publicationsdocuments/42747690.pdf>, (ET:10.03.2020).

ÇOŞKUN, Emrah Alper ve AKCAN, Fatih Abdullah, “Kurumsal Yönetişim İlkelerinin Benimsenmesinin Örgütselçekiciliğe Etkisi”, *Osmaniye Korkut Ata Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Y.2 S.1, 64-75, Haziran, 2018.

DUMAN, İlker, “Ölçülülük İlkesi, Yalnız Anayasa Mahkemesinin Dikkate Alacağı Bir İlke Olmayıp, Devlet ve Toplum Hayatının Her Alanında Göz Önünde Bulundurulması Gerekir”, 2016, <https://www.ilkerduman.av.tr/?d=1111> (ET:10.10.2019).

EDRC, “Good governance—the concept”, 2018, <http://www.edrc.ro/docs/docs/11-17.pdf>, (ET:15.10.2018).

EKEN, Musa, “Kamu Yönetiminde Gizlilik Geleneği ve Açıklık İhtiyacı”, *Amme İdaresi Dergisi*, Y.27, S2, 25-54, Haziran, 1994.

EMİNİ, Tufan Filiz ve AYAZ, Eren Çağlar, “Türkiye’de Bilgi Edinme Hakkı: Açıklık ve Şeffaflık İlkelerinin Belediye Web Sayfalarına Yansımaları”, *Journal Of Awareness*, S.3, Özel Sayı, 267-278, Aralık, 2018.

EMİNİ, Tufan Filiz, “Türkiye’de Yerel Yönetimler Reformunun İç ve Dış Dinamikleri”, *Yönetim ve Ekonomi Dergisi*, Y.16, S.2, 31-48, 2009.

ERDOĞAN, Oğuzhan, *Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yerel Yönetimler*, Sage Yayınları, Ankara, 2019.

FOX, Jonathan, “The Uncertain Relations Between Transparency and Accountability”, *Development in Practice*, Y.17, S.4-5, 663-671, November, 2007.

HOŞTUT, Sibel, “Kurumsal Yönetişim ve Halkla İlişkiler: Halkla İlişkiler Uzmanlarıyla Niteliksel Bir Araştırma”, *Selçuk İletişim*, 9 (1): 55-71, 2015.

IFAD (International Fund for Agricultural Development Executive Board) – Sixty-Seventh Session Rome, 8-9 September 1999 Good Governance: An Overview <https://www.ipa.government.bg/sites/default/files/pregled-dobro-upravljenie.pdf> sayfa, (ET: 05.10.2018).

ITC, “Report Of The Commission On Global Governance Our Global Neighbourhood”, 2018, <http://www.itcilo.it/english/actrav/telearn/global/ilo/globe/gove.htm> (ET: 09.10.2018).

İÇİŞLERİ BAKANLIĞI, 7.05.2002 tarih ve B050ÖKM0000011-12/467 sayılı, “iyi yönetimin geliştirilmesi ” konulu bir yönerge

İZCİ, Ferit - SARITÜRK, Mehmet, “Değişen Kamu Yönetimi Anlayışı: İyi Yönetişim ve Temel Bileşeni Olarak Hesap Verebilirlik” *International Journal of Academic Value Studies (Javstudies)*, 3(13), 2017.

JOHNSTON, Michael, *Good Governance: Rule of Law, Transparency, and Accountability*. New York: United Nations Public Administration Network, United Nations Public Administration Network, New York, 2006.

KAMU GÖREVLİLERİ ETİK KURULU, *Etik Rehberi*, Ankara, 2004.

KARAKUL, Selman, Hukuki ve İdari Denetim Ölçütü Olarak İyi Yönetim İlkeleri. *Ombudsman Akademik Dergisi*, 2(3), 61-105, 2015.

KAYA, Safiye, *Hesap Verme Sorumluluğu, Parlamento ve Sayıştay*, 2. Kamu Mali Yönetim Reformu Arenası, Ankara, 2003.

KAYA, Erol, *Yerel Yönetimler Reformu Ve Belediyelerde Yeniden Yapılanma. Kent Yönetimi Dizisi: 2*, İlke Yayınevi, İstanbul, 2003.

KAYA, Erol, “Türkiye’de Yeni Bir Dönem: Yerel Yönetimler Reformu (2)”, <http://erolkaya.com/wp-content/uploads/makaleler/turkiye-de-yeni-bir-donem-yerel-yonetimler-reformu-II.pdf> (ET:01.02.2020).

KAYMAK, Oktay, “Antik Çağ’dan Günümüze Bir Işık; Aristoteles’in Yönetim Biçimleri”, 2017, <https://www.ilimvemedeniyet.com/antik-cagdan-gunumuze-bir-isik-aristotelesin-yonetim-bicimleri.html>(ET:10.10.2018).

KDK, *İyi Yönetim İlkeleri Rehberi*, Kamu Denetçiliği Kurumu Yayınları, Ankara, 2019.

KÖSEKÂHYA, Gamze, *Katılımcılık ve İyi Yönetişim*, İyi Yönetişimin Temel Unsurları, Maliye Bakanlığı ABDİB Yay., Ankara, 2003.

KÜRESEL YÖNETİM KOMİSYON (1996). *Küresel Yönetim Komisyonu Raporu: Küresel Komşuluk*, çev. Belkıs Çorakçı Dişbudak, Ankara: Türkiye Çevre Vakfı, 169.

MENDES, Joana, “Good Administration in EU Law and the European Code of Good Administrative Behaviour”, *SSRN Electronic Journal*, Y.131, S.9, 15-19, March, 2009.

MINISTRY OF EDUCATION AND EMPLOYMENT OF MALTA, *Governance*, 2008, http://www.education.gov.mt/youth/pdf_cyf/cyf_themes_concept_papers/cg_governance_paper.pdf. (ET: 01.10.2018).

MUSTAFA, Areean, “Comprehension of the Principle of Good Administration in the Framework of EU Administrative Law”, *JUHD*, Y.3, S.1, 259-267, March, 2017.

NURUDİN, Suzie Mat, HASHİM, Rugayah, ZULKİFLİ, Nursyahida, RAHMAN, HAMİK, SaidatulAkma, ve MOHAMED, Ahmad Shah Pakeer, “Good Governance Practices at Local Government: Experience from the Seremban Municipal Council”. *Advanced Science Letters*, 23(1), 457-461. DOI: 10.1166/asl.2017.7221, (ET: 12.10.2018).

OECD, *Kamu Yönetimi İlkeleri*, OECD/SIGMA, ANKARA, 2017.

OMBUDSMAN BÜLTEN, “Dünya Ombudsmanları İnsanlık için buluştu”. *Ombudsman Bülten Dergisi*, 8, 1-88, 2017.

ÖMÜRGÖNÜLŞEN, Uğur ve ÖKTEM, M. Kemal, *Avrupa Birliği’ne Üyelik Sürecinde Türk Kamu Yönetimi*, İmaj Yay., Ankara, 2007.

ÖNEZ ÇETİN, Zuhale. “Türkiye’de İl Özel İdaresi Sisteminin Dönüşümü ve 6360 Sayılı Kanunun Dönüşüme Etkileri”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi*, C.20, S.2, 247-266, 2015.

ÖRS, Ferlal ve TETİK, Semra, “Küreselleşen Dünyada Yeni Yönetim Paradigmaları: Değişim ve İletişim”,*Ç.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Y.19, S.3, 439-45, 2010.

ÖZEREN, Baran ve TEMİZEL, Özlem, *Kamusal Yönetim: Kamu Sektöründe Kurumsal Yönetim, Niçin, Nasıl?* Sayıştay, Araştırma/İnceleme/Çeviri Dizisi: 36, Ankara, 2004.

PONCE, Juli, “Good Administration and Administrative Procedures”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 12(2), 2005,551-588.

SIGMA (Support for Improvement in Governance and Management), *European Principles for Public Administration*, SIGMA Papers No. 27, OECD, Paris, 1999.

TOZLU, Ahmet, “Daha Verimli Hizmet ve Hizmette Yerellik Tartışmaları Düzleminde Yeni Büyükşehir Modeli”, *HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi*, Y.6, S.15, 235-258, Ekim, 2017.

SANCAR, Aslı Gaye, “Kurumsal Sürdürülebilirlik Bağlamında Kurumsal Yönetişim: Kavramın Doğuşu, Gelişimi ve Değerlendirilmesi”, *Selçuk İletişim*, 8, 1, 71-84, 2013.

YATKIN, Ahmet, “Etik Düşünce ve Davranışın Yerel Yönetimlerde Hizmet Verimliliğinin Arttırılmasında Rolü ve Önemi (Elazığ Belediyesi Örnek Alan Araştırması).”*Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. Y.18, S.1, 211-231, 2008.

YAMAN, Abdülsamet ve ÖNALP, Gökbörü, “Yeni Kamu Yönetimi Reformlarının Yerel Yönetimler Üzerindeki Etkisi”, *Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, <http://www.yyusbedergisi.com/dergi/yeni-kamu-yonetimi-reformlarinin-yerel-yonetimler-uzerindeki-etkisi20180101043441.pdf> (ET: 10.02.2020).

YEREL YÖNETİM REFORMU UZMANLIK MERKEZİ, “İyi Demokratik Yönetişimin İlkesi”, 2019, http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/1/2/12_prensip-2-1.pdf (ET:04.02.2020).

YILDIZ ÖZSALMANLI, Ayşe, *Yeni Kamu Yönetimi Yaklaşımı Açısından Yerel Yönetimlerde Modernleşme Çabalarının Değerlendirilmesi, Yerel Yönetimler Yerel Siyaset ve Kentsel Politikalar*, Ed. Bekir Parlak, Dora Yayınları, 1. Baskı, Bursa, 239- 259, 2010.

YILDIRIM, Kara Özlem, “Türkiye’de İyi Yönetişim”,*Uluslararası Afro-Avrasya Araştırmaları Dergisi*, 6, 273-289, 2018.

ZABCI, Çulha Filiz, “Dünya Bankasının Küresel Pazar için Yeni Stratejisi. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*”, 57(3), 151-179, 2002.

XING, “Yönetimin 14 İlkesi”, 2007, [https://www.xing.com/communities/posts/yoenetimin-14-ilkesi"-1004550859](https://www.xing.com/communities/posts/yoenetimin-14-ilkesi), (ET: 10.10.2018).

12 Ekim 2018 Tarihli ve 30563 Sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Genelgesi (2018) Kamu hizmetlerinde bürokrasinin azaltılmasına ilişkin genelge

09.10.2003 tarih ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu.

1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası.

6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Yasası.

5176 Sayılı Kamu Görevlileri Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.

<https://www.memurlar.net/> (E.T: 26.02.2020)

www.cay.gov.tr (ET: 12.10.2018).

www.teftis.gov.tr (ET: 12.10.2018).

1947 İtalyan Anayasasının Türkçe çevirisi için bkz. <https://www.adaletbiz.com/mevzuat/italya-anayasasi-tam-metni-h9149.html> (ET: 12.10.2018).

12 Ekim 2018 Tarihli ve 30563 Sayılı Resmî Gazetede yayınlanan, 31 Temmuz 2009.

HAKEMLİ MAKALE**ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN HÜKMÜN İPTALİNİ TALEP ETMESİ ÜZERİNE BİR
İNCELEME***
(HMK m. 376)**Ozan AKKUŞ******ÖZET**

Yargılamanın iadesi HMK m. 374 vd.'de düzenlenmiş, kesinleşmiş hükümlere karşı başvurulacak olağanüstü bir kanun yoludur. Çalışmamızda yargılamanın iadesi sebeplerinden biri olan “*Üçüncü Kişilerin Hükümün İptalini Talep Etmesi*” incelenmiştir. HMK'nın 376. maddesinde düzenlenmiş olan bu hükme dayanılarak açılan davanın konusunu, davanın taraflarının üçüncü kişileri zarara sokmak amacıyla almış oldukları mahkeme hükümleri oluşturmaktadır. Yani HMK m. 376 ile kanun koyucu, hükmün taraflarının muvazaa yaparak üçüncü kişiler aleyhine kesin hüküm elde etmelerini önlemeyi amaçlamıştır. Bu çalışmada, doktrinde yeterince incelenmediğini düşündüğümüz ve birçok tartışmalı hususun bulunduğu bu kanun hükmünün açıklanması amaçlanarak, hükmün üçüncü kişilerce iptali davasına dayanak teşkil eden hususlar Yargıtay kararları ile doktrindeki görüşler ışığında ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Yargılamanın İadesi, Olağanüstü Kanun Yolu, HMK m. 376, Üçüncü Kişilerin Hükümün İptalini Talep Etmesi, Muvazaa

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 19/09/2019
Kabul Edildiği Tarih: 17/02/2020

** Stajyer Avukat, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2018 Mezunu,
E-Mail: ozanakkus01@gmail.com,
ORCID ID: 0000-0002-6608-816X.

PEER-REVIEWED ARTICLE

**AN EXAMINATION ON REQUEST FOR CANCELLATION OF THE
JUDGMENT OF COURT BY THIRD PARTIES**

(Code of Civil Procedure Art. 376)

ABSTRACT

Retrial is regulated in HMK article 372 and following articles. In addition, retrial is an extraordinary legal remedy that appeal court's final order. In this study examine done of the reasons for the retrial “*request for cancellation of the judgment of court by third parties*”. The subject of this request, court decisions that parties to the case, taken to inflict harm on third parties. Sowith Art. 376 of HMK, the lawmaker, aimed to prevent the parties of the provision from cheating to obtain in a court's final order against third parties. In this study, it is aimed to explain the provision of the law which we think is not examined sufficiently in the doctrine and which contains many controversial issues. Also, the facts constituting the basis for request for cancellation of the judgment of court by third parties were discussed in the light of the decisions of the Court of Cassation and the views in the doctrine.

Key Words: Retrial, extraordinary legal remedy, Code of Civil Procedure Art. 376, Request For Cancellation of The Judgment of Court By Third Parties, Simulation

KISALTMALAR CETVELİ

Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Cv.	: Cıvarı
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas
E.T.	: Erişim tarihi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	: 2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
m.	: Madde
MİHDER	: Legal Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi
s.	: Sayfa
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
Vb.	: Ve benzeri
Vd.	: Ve devamı
Y.	: Yargıtay
yuk.	: Yukarıda

GİRİŞ

Yargılama faaliyetinin nihai amaçlarından biri de, taraflar arasında ortaya çıkan anlaşmazlığın maddi gerçeğe yeniden örtülecek şekilde çözümlenmesi ve bu gerçeğe uygun olarak hükmün kurulmasıdır. Bu noktada toplumun yargı erkinden beklentisi maddi gerçeği temsil eden bir hükmün kurulmasıdır, medeni usul hukukunun amacı da uyuşmazlık çözümlenirken usul kurallarının eksiksiz uygulanmasının sağlanması olmaktadır. Çünkü hükmün kesinleşmesiyle, taraflar arasındaki uyuşmazlığın tekrardan yargılamaya konu olmayacak biçimde çözümlenmiş olması gerekmektedir. Ancak uygulamada, kesinleşen bir karar maddi gerçeğe örtüşmeyebilmekte veya kesinleşmiş olan bir kararda önemli usul hataları yapılmış olabilmektedir. Bu durumda tekrardan yargılamaya konu olmayacak şekilde çözümlenmiş ve mahkeme tarafından verilmiş kesin hüküm karşısında ne yapılacaktır? Önemli usul hatalarının yapılmış olması veya kesinleşen bir kararın maddi gerçeğe uygun olmama ihtimali nedeniyle hukuk sistemimizde olağanüstü kanun yolu olarak yargılamanın iadesi müessesesi öngörülmüştür.

Yargılamanın iadesi, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 374. maddesinde de tanımlandığı üzere “kesin olarak verilen veya kesinleşmiş olan hükümlere karşı istenebilen” olağanüstü bir kanun yoludur. HMK’nın 374. maddesinde yargılamanın iadesi müessesesi tanımlanırken, 375. maddesinde ise yargılamanın iadesi müessesesinin olağanüstü bir kanun yolu olması ve bu kanun yolunun kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla on iki tane yargılamanın iadesi sebebi tahdidi olarak sayılmıştır. Çalışmamızın konusunu oluşturan 376. madde de ise, 375. maddede yer alan sebeplerden farklı olarak bir sebep daha öngörülmüştür. 376. maddeye göre davada taraf olmayan üçüncü kişiler, davanın taraflarının muvazaalı hareket ettiklerini ileri sürerek kesin hükmün iptalini isteyebilmektedirler¹.

Üçüncü kişilerce hükmün iptali talebi, HMK’nın 376. maddesinde “*Davanın taraflarından birisinin alacaklıları veya aleyhine hüküm verilen tarafın yerine geçenler, borçluları veya yerine geçmiş oldukları kimselerin aralarında anlaşarak, kendilerine karşı hile yapmaları nedeniyle hükmün iptalini isteyebilirler.*” olarak açıklanmışken, Mülga 1086 sayılı HUMK’un 446. maddesinde “*Alacaklılar veya mahkûmunaleyh makamına kaim olanlar, borçluları veya makamına kaim oldukları kimseler aleyhinde sadır olan hükümler hakkında mahkûmunleh ile mahkûmunaleyh beyninde bilittifak kendilerine karşı vuku bulan hile sebebiyle iadei muhakeme talebinde bulunabilir.*” şeklinde yer almıştır. 6100 sayılı HMK ile 1086 sayılı HUMK kıyaslandığında yeni Kanunda üçüncü kişilerin hükmün iptalini talep etmesi bakımından ifadelerin güncel hale getirilmesi dışında bir değişiklik yapılmamıştır.

Çalışmamızda genel olarak, “HMK m. 376 ile getirilen düzenlemenin amacının ne olduğu, madde metninde yer alan “hile” ifadesinin nasıl anlaşılması gerektiği, hükmün iptali talebinin kimler tarafından hangi kararlara karşı istenebileceği, hangi mahkemeden talep edilebileceği, talebin mahkemece nasıl inceleneceği ve bu inceleme sonucunda mahkemenin vereceği kararın ne şekilde olması gerektiği” hususlarına cevap aranmıştır.

I. HMK m. 376 HÜKMÜNÜN AMACI

¹MUŞUL, Timuçin, Medenî Usûl Hukuku, 3. Bası, Ankara 2012, s. 591; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, İstanbul 2018, s. 498.

A. Yargılamanın İadesi Müessesesinin Amacı

Üçüncü kişilerce hükmün iptalinin talep edilmesi müessesesinin amacını incelemeyen önce “*Hukuk sistemimizde yargılamanın iadesine neden ihtiyaç duyulmuştur?*” sorusuna cevap vermek daha doğru olacaktır.

Her davanın amacı, taraflar arasındaki bir ihtilâfın karara bağlanması ve böylelikle uyuşmazlıkların nihai olarak ortadan kaldırılmasıdır. Maddi anlamda kesin hüküm ile de amaçlanan budur². Çünkü maddi anlamda kesin hüküm, ihtilafları sonsuza dek ortadan kaldıracak bir etkiye sahip olmazsa yargı kararlarının bağlayıcılığı ortadan kalkar ve yargılamalar hiç bitmeyecek şekilde devam edebilir³. İşte medeni yargılama hukukunun da bu noktada iyi bir denge sistemi kurması gerekmektedir. Çünkü kesin hüküm müessesesinin de mutlak olarak uygulanması adaletin gerçekleşmesine engel olabilir. Bu noktada medenî usûl hukukunun bir “*denge hukuku*”⁴ olmasının gereği olarak, hukuk sisteminin duyduğu ihtiyaçlar da gözetilerek, hukuk sistemimizde yargılamanın iadesi kurumu öngörülmüştür. Böylece maddi gerçek ile adli gerçeğin tam olarak örtüşmediği kesin kararlara karşı, kanunda öngörülen sebeplerle sınırlı olarak, olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilmektedir.

B. HMK m. 376’nın Diğer Yargılamanın İadesi Sebeplerinden Farkı ve HMK m. 376 Hükmünün Amacı

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 376. maddesinde yer alan “*üçüncü kişilerin hükmün iptali talebinde*” de, 375. maddede yer alan diğer yargılamanın iadesi sebepleri gibi amaç maddi gerçeğin bulunması ve yapılan yargılama hatalarının düzeltilmesidir. Ancak yine de aralarında bazı farklar bulunmaktadır.

Taraflardan birinin yerine geçenler (küllî ve cüzi halef), kesin hüküm kendilerini etkilediği ölçüde, o tarafın halefi olarak, HMK m. 375’teki sebeplerden birine dayanarak, yargılamanın iadesi yoluna başvurabilir veya kendilerine karşı yargılamanın iadesi davası açılabilir⁵. Ancak HMK m. 376’da düzenlenen husus bu değildir. *HMK m. 376*’da hükmün taraflarının yargılamanın iadesini isteyemeyecekleri bir halde, tarafların halefleri ve alacaklıları bakımından ayrı bir yargılamanın iadesi sebebi kabul edilmiştir⁶.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 375’te yer alan yargılamanın iadesi sebeplerine bakıldığında ise; a, b, c, 1 ve i bentlerinde ağır usulî hata ve eksikliklere

² BLOOMEYER, Arved, Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları, Çeviren: İrfan YAZMAN, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 25, Sayı: 3, 1968, s. 225; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, MedenîUsûl Hukuku, Ankara 2018, s. 655.

³ BLOOMEYER, s. 231.

⁴ NAMLI, Mert, Türk ve Fransız Medenî Usûl Hukuku’nda Yargılamanın Yenilenmesi, İstanbul 2014, s. 23.

⁵ Y. HGK, 14.04.1993, E. 1993/2-40, K. 1993/165 “Dava kesinleşmiş bulunan boşanma kararının yargılamanın iadesi yoluyla iptali istemine ilişkindir. Taraflardan birinin küllî veya cüzi halefleri, kesin hüküm kendilerine tesir ettiği ölçüde o tarafın halefi olarak ve olağanüstü bir yasa yolu olan HUMK 445 maddesinde yazılı sebeplerden birine dayanarak yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilecekleri gibi, kendilerine karşı da yargılamanın yenilenmesi davası açılabilir. Bu husus HUMK 446. Maddesi gereğidir. O itibarla mahkemenin olayda yargılamanın yenilenmesi isteğine ilişkin davanın dinlenme olanağı bulunduğuna değinen direnmesi yerindedir.” (www.e-uyar.com, E.T. 07.06.2019).

⁶ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, MedenîUsûl Hukuku, Ankara 2018, s. 637.

ilişkin nedenler; ç, d, e, f, g ve ğ bentlerinde dava malzemesine ilişkin yargılamanın iadesi sebepleri, h bendinde ise hileye ilişkin olan yargılamanın iadesi sebepleri tahdidi olarak sayılmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 375'in h bendi ile HMK m. 376 hükümlerinin konuları hile olsa da; "h" bendinde "Lehine karar verilen tarafın, karara tesir eden hileli bir davranışta bulunmuş olması" denilerek, davanın taraflarından birisinin karşı tarafı zarara uğratmak için hile yoluna başvurması yargılamanın iadesi sebebi olarak öngörülmüştür.

Oysa, HMK'nın 376. maddesinde taraflar, dava dışı üçüncü kişiyi zarara uğratmak için hile yoluna başvurmaktadır. Yani iki hüküm arasında zarara uğrayan sühler bakımından bir fark bulunmaktadır. HMK'nın 376. maddesinin gerekçesinde ise bu husus şu şekilde yer almıştır: "Bu madde hükmü ile ...ilâmın taraflarının, üçüncü kişi aleyhine muvazaaları önlenmiş olmaktadır." Yani kanun koyucu tarafından, kesin hüküm karşısında taraf menfaatlerinin korunmasından ziyade üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması amaçlanmıştır⁷.

C. Tasarrufun İptali Davası (İİK m. 277 vd.) ile Karşılaştırılması

Üçüncü kişilerce hükümün iptali talebi, amaç bakımından değerlendirildiğinde, İİK'da yer alan tasarrufun iptali davaları⁸ ile benzerlik göstermektedir. Bu husus Yargıtay kararlarında da şu şekilde yer almıştır; "... borçlunun alacaklısından mal kaçırma imkanı vardır. Gerek tasarrufun iptali davalarında, gerekse HUMK'un 446. maddesinde yargılamanın iadesi yoluna başvurmak suretiyle açılan davaların yasal düzenlemelerinin, aynı amaca yönelik olduğu kuşkusuzdur..."⁹. Görüldüğü üzere Yargıtay da amaç bakımından İİK m. 277 ve HMK m. 376 hükümlerini benzer görmektedir¹⁰.

Doktrinde ise, İİK m. 277 ve HMK m. 376 hükümlerinin uygulama alanı yönünden iki farklı görüş vardır. Birinci görüş; bir davada, davanın taraflarından birinin alacaklılarını zarara uğratabilecek bir hüküm elde etmek için davayı danişıklı yürütmeleri halinde, zarar gören alacaklının İİK m. 277 vd.'de düzenlenen iptal davasını açabileceğini savunmaktadır¹¹. Ancak doktrinde bu görüşü savunan Umar¹², bu durumda HMK m. 376'nın uygulama alanının son derece sınırlı kalacağını da kabul etmektedir.

⁷ BORAN GÜNEYSU, Nilüfer, Yargılamanın İadesi Sebebi Olarak Üçüncü Kişilerin Hükümün İptalini Talep Etmesi, MİHDER, Cilt: 12, Sayı 33, 2016, s. 24.

⁸ "Borçlunun alacaklısını zarara sokmak kastıyla malvarlığından çıkarmış olduğu mal ve hakların veya bunların yerine geçen değerlerin, tasarruftan zarar gören alacaklının alacağını elde etmesi amacıyla dava açarak tekrar borçlunun malvarlığına geçmesini sağlayan davadır." Bkz. UYAR, Talih, Tasarrufun İptali Davası ve Muvazaa, Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 74 Sayı: 2016/2, s. 344.

⁹ Y. 17. HD, 13.11.2008, E. 2008/1908, K. 2008/5306 (www.e-uyar.com, E.T. 09.06.2019).

¹⁰ Y. 17. HD, 15.10.2014, E. 2014/9087, K. 2014/13394 "...Gerek tasarrufun iptali davalarında, gerekse 6100 sayılı HMK'nın 376. (1086 sayılı 446.) maddesinde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmak suretiyle açılan davaların yasal düzenlemelerinin, aynı amaca yönelik olduğu kuşkusuzdur. Bu durumda mahkemece tarafların delilleri toplanarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiği halde, yazılı olduğu biçimde davanın reddine karar verilmesi isabetli görülmemiştir." (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 10.06.2019).

¹¹ UMAR, Bilge, Türk Medenî Usûl Hukukunda İadei Muhakeme, İÜHFMD, Cilt: 29, Sayı: 1-2, 1963, s. 288.

¹² UMAR, İadei Muhakeme, s. 288.

Bizim de katıldığımız ikinci bir görüş ise, kesin hükmün tesirlerinin iptal davası yoluyla değil, ancak yargılamanın iadesi yoluyla ortadan kaldırılabileceğinden bahisle bunların uygulama alanının tamamen birbirinden farklı olduğunu ileri sürmektedir¹³. İİK’da yer alan “*tasarrufun iptali*” davalarını incelediğimizde, dava konusunu tasarruf işlemleri oluşturmaktadır¹⁴. Oysa çalışmamızın konusu olan *hükmün iptali davasının* konusunu –maddenin lafzından da anlayacağımız üzere– “*hükümler*” oluşturmaktadır. Yani tasarrufun iptali davasında üçüncü kişileri zarara sokan bir tasarruf işlemiyken, hükmün iptali talebinde üçüncü kişiler kesin hükümle zarara uğramaktadır. Örneğin, bir kimsenin hiçbir alacağının bulunmamasına rağmen, tarafların kendi aralarında anlaşmaları sonucu açılan bir davada, kesin hüküm elde etmek suretiyle alacaklı haline getirilerek, davalının alacaklılarını zarara uğratması mümkündür. Bu durumda ortada kesin bir hüküm olması sebebiyle, tasarrufun iptali davası açılmayacaktır. Bu durumda muvazaaa ancak üçüncü kişilerin hükmün iptalini talep etmesi ile bertaraf edilebilecektir.

Ayrıca, bir hükmün kendilerine karşı hileli olarak elde edildiğini ileri süren üçüncü kişilerin, hükmün bu tesirlerinden kurtulmak için İİK m. 277’de yer alan iptal davası yoluna başvurmaları durumunda, bir mahkeme tarafından verilen kesin hükmün ve bu kesin hükmün etkilerinin yine başka bir mahkeme tarafından ortadan kaldırılması oldukça sakıncalıdır. Her kararın kesinleşmesinden sonra doğru olmadığını iddiası ancak yargılamanın iadesi sebeplerinin mevcudiyeti ile sınırlandırılmıştır¹⁵. Bu nedenle kesin hükmün etkileri sadece olağanüstü kanun yoluna müracaat ile kaldırılabilir. Aksi takdirde mahkeme kararlarının ve kesin hükmün otoritesi kalmayacaktır¹⁶.

Ancak buna rağmen, Yargıtay’ın “tasarrufun iptali” ve” hükmün üçüncü kişilerce iptali” davalarının ayrımını iyi yapamayıp vermiş olduğu bazı hatalı kararları mevcuttur¹⁷. Özellikle anlaşmalı boşanma kararlarına karşı açılan davalarda bu husus göze çarpmaktadır. Yargıtay bu içtihatlarında hatalı olarak anlaşmalı boşanma kararlarına karşı tasarrufun iptali davası açılabilmesine karar vermiştir¹⁸.

Yargıtay’ın 2008 yılında verdiği bir karara konu olayda; eşler anlaşmalı boşanma hükümleri çerçevesinde boşanmışlar, bunun ardından boşanan kocanın alacaklısı, eşlerin muvazaalı şekilde boşandıkları gerekçesiyle eşler arasındaki anlaşmanın iptali talebiyle İİK m. 277 vd. çerçevesinde bir iptal davası açmıştır. İlk derece mahkemesi yerinde bir kararla, olayda bir hükmün mevcut olduğu, bunun ise

¹³ ARSLAN, Ramazan, *Medenî Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, Ankara 1977, s. 126-127; ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul 2000, s.925-927.

¹⁴ UYAR, Talih, *Tasarrufun İptali Davaları (İİK. m. 277-284)*, İzmir 2017, s. 47.

¹⁵ BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Bası, Ankara 1978, s. 710; KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, c. V, İstanbul 2001, s. 5171; ÜSTÜNDAĞ, s. 912; Y. HGK, 04.07.1970, E. 1/470, K. 392 “...Her kararın kesinleşmesinden sonra doğru olmadığı iddiası ancak iadei muhakeme sebeplerinin mevcudiyeti ile sınırlandırılmıştır.” (ÜSTÜNDAĞ, s. 927-928).

¹⁶ ÜSTÜNDAĞ, s. 927.

¹⁷ Y. 17. HD, 23.6.2008, E.2008/812 K. 2008/3427 “...Borçlu iki daire bir villasını boşandığı eşine boşanma davasında anlaşmalı şekilde devretmiştir. Boşanma davası 11.03.2005 tarihinde açılmış 21.03.2005 tarihinde anlaşmalı biçimde sonuçlandırılmıştır. Uygulamada tarafların anlaşmalı boşanmaları halinde eşe yapılan mal temliklerinin iptale tabi tasarruf gibi kabul edildiği bilinmektedir. Zira bu tür temliklerde mahkeme genellikle tarafların anlaşmalı biçimindeki iradelerini esas alarak hüküm kurmaktadır. Maddi olayların hukuki tavsifini hâkimin yapması gerekir.” (www.kazanci.com, E.T. 28.02.2020).

¹⁸ Y. 17. HD, 11.4.2013, E. 2012/7947, K. 2013/5210; Y. 17. HD, 05.11.2015, E. 2014/3106, K. 2015/11590 (www.kararara.com, E.T. 27.02.2020).

tasarrufun iptali davasına konu yapılamayacağı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Ancak kararın temyizi üzerine Yargıtay anlaşmalı boşanma protokolünün hükme geçirilmediği durumlarda, bu ilama dayanılarak alacaklılardan mal kaçırılması halinde tasarrufun iptali yoluna başvurulabileceğine hükmetmiştir¹⁹.

Alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla anlaşmalı boşanma ile eşe geçen malvarlığı değerine, alacaklıların tasarrufun iptali davası açarak hakkını talep etmesi mümkün değildir²⁰. Protokol metni ister hükme aynen geçirilmiş olsun, isterse hükme geçirilmeksizin sadece uygun bulunduğu belirtilmiş olsun, yapılan devrin mahkeme kararı neticesinde gerçekleştiğinden şüphe duymamak gerekir²¹. Bu nedenle anlaşmalı boşanma davasında hâkim tarafından hükme geçirilen anlaşmalı boşanma protokolü kapsamında gerçekleştirilen devirler, tasarrufun iptali davasına konu edilemez. Çünkü burada artık mahkeme kararı neticesinde gerçekleştirilen bir devir söz konusudur. Mahkeme hükmü ile tesis edilen bir devir işlemi için tasarrufun iptali davası açılması halinde kesin hükme karşı açılan tasarrufun iptali davasının reddedilmesi gerekmektedir. Alacaklı bu durumda yalnızca HMK m. 376 da yer alan hükmün iptalini talep ederek yargılamanın iadesi davasını açabilir.

II. HÜKMÜN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERCE İPTALİNDE HİLE UNSURU

Çalışmamızın konusunu oluşturan HMK m. 376 hükmünde; “Davanın taraflarından birisinin alacaklıları veya aleyhine hüküm verilen tarafın yerine geçenler, borçluları veya yerine geçmiş oldukları kimselerin aralarında anlaşarak, kendilerine karşı hile yapmaları nedeniyle hükmün iptalini isteyebilirler.” denilerek hile unsurunun bulunması halinde üçüncü kişilerin hükmün iptalini talep edebileceği düzenlenmiştir. Hile kavramı, Türk Dil Kurumu sözlüğünde²²; *birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen*, olarak tanımlanmışken Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzda herhangi bir tanıma yer verilmemiştir.

¹⁹ Y. 17. HD, 13.11.2008, E. 2008/1908, K. 2008/5306“...Davacı taraf, davalı borçlu Selami'nin eşi İnci Nur Ç.'e boşanma protokolü ile 8 adet bağımsız bölümü (taşınmaz) devrettiğini, bu devir işleminin tarafların anlaşmalı boşanmaları sonucu mahkeme hükmüne bağlandığını açıklayarak, söz konusu tasarrufun iptalini dava etmiştir. Mahkemece, mahkeme hükümlerinin tasarrufun iptali davalarına konu edilemeyeceği düşüncesi ile dava reddedilmiştir. İlke olarak taraflar arasında bir anlaşmazlığı hükme bağlayan ilamlara karşı tasarrufun iptali davası açılmaz. Tarafların iradelerinin uygunluğu ile bir mahkeme hükmünün elde edilmesi halinde, nizalı bir yarıdan bahsedilemez. Bu gibi hallerde tarafların uygun iradesi hükmün oluşmasına yetmektedir. Alacaklısından mal kaçırmak amacıyla olabilecek borçlu bu durumda amacına uygun bir mahkeme kararı elde edebilecektir. Somut olayda, davalı borçlu ile diğer davalı eşi, boşanma davasına esas olmak üzere bir protokol hazırlamış ve bunu mahkemeye sunmuşlardır. Davacı alacaklı, anılan protokol ile borçlu tarafından eşine devredilen 8 adet taşınmaz (bağımsız bölüm) hakkındaki tasarrufların iptalini istemiştir. Davacının asıl amacı, boşanmaya ilişkin mahkeme hükmünün iptali değil, taşınmaz devrine ilişkin tasarrufun iptalidir. Tasarrufun tarafları karı-kocadır. Boşanma davasında tarafların mal bölüşümü mahkeme tarafından belirlenmiş değildir. Tarafların mahkemeye anlaşma şeklinde bildirdikleri iradeleri ile mal paylaşımı belirlenmiştir. Bu gibi hallerde borçlunun alacaklısından mal kaçırabilme imkanı vardır. Gerek tasarrufun iptali davalarında, gerekse HUMK'nun 446. maddesinde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmak suretiyle açılan davaların yasal düzenlemelerinin, aynı amaca yönelik olduğu kuşkusuzdur. Bu durumda mahkemece tarafların delilleri toplanarak oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerektiği halde, yazılı olduğu biçimde davanın reddine karar verilmesi isabetli görülmemiştir.” (www.e-uyar.com, E.T. 09.06.2019).

²⁰ TUNCER KAZANCI, İdil, Bir Yargıtay Kararı Işığında Eşlerin Anlaşmalı Boşanma İle Alacaklılarından Mal Kaçırılmalarının Tasarrufun İptali Davasına Konu Edilmesi Sorunu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, 2015, s. 417.

²¹ TUNCER KAZANCI, s. 413.

²² <http://sozluk.gov.tr> (E.T. 05.07.2019).

Türk Borçlar Kanununda ise hile; irade bozuklukları bölümünün altında 36. maddede düzenlenmiştir. Maddede aldatan kişinin karşı taraf²³ veya üçüncü kişi²⁴ olmasına göre ayırım yapılmıştır. Borçlar hukukunda hile kavramını *Saban*²⁵, “karşı tarafı bir sözleşme yapmaya sevk etmek amacıyla bilinçli olarak hatalı tasavvur yaratmak veya mevcut tasavvuru susmak suretiyle devamını sağlaması” olarak tanımlayıp; aldatıcı davranış, illiyet bağı, geçerli bir sözleşmenin varlığı ve hile yapma amacı olarak dört unsurunun²⁶ olduğunu belirtirken; *Oğuzman/Öz*²⁷ ise hileyi; “bir kimsenin davranışıyla başka bir kişiyi irade beyanında bulunmaya yöneltmek için o kişide yanıltıcı bir fikrin doğumuna, kabulüne ya da devamına sebebiyet verilmesi” olarak tanımlamıştır.

Türk Borçlar Kanunu kapsamında yapılan hile tanımları ve açıklamaları, HMK m. 376’da yer alan hile kavramından oldukça farklıdır. Bu nedenle HMK m. 376’da yer alan hile kavramının, TBK’da yer alan muvazaa kavramına daha yakın olduğu söylenebilir²⁸. Borçlar Hukukunda muvazaa; tarafların, üçüncü kişileri aldatmak amacı ile kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmeyen bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmaları olarak tanımlanmaktadır²⁹.

Bu tanımdan hareketle, davanın taraflarının birbiriyle anlaşmak suretiyle, mahkemeyi yanlış yola sevk edip maddi gerçeğe uymayan bir karar vermesini sağlayarak üçüncü kişileri aldatmaktadırlar. Zaten, HMK’nın 376. maddesinin gerekçesinde “...böylece ilamın taraflarının, üçüncü kişiler aleyhine muvazaaları önlenmiş olmaktadır.” denilerek muvazaa kavramına vurgu yapılmıştır. Yine de kanun koyucunun, hükmün üçüncü kişiler tarafından iptali talebinde hile kavramının, borçlar hukukundaki hileden daha geniş ve muvazaayı içine alan bir kavram niteliğinde olmasını amaçladığını söyleyebiliriz.

*Namlı*³⁰; kanun koyucunun HMK m. 376’da hileyi tanımlamaktan özel olarak kaçınarak, buna göre hükmü etkileyen ve yargıyı yanılgıya götüren tüm olayların, özelliklerine göre hâkim tarafından “hile” olarak değerlendirilebileceğini, bu hususun Yargıtay içtihatlarında³¹ da yer aldığını belirtmektedir.

Tüm bu hususları birlikte değerlendirdiğimizde; HMK m. 376’da yer alan hile unsuru, kesin hüküm etkisi ile üçüncü kişileri zarara uğratmak isteyen tarafların bu amaç uğruna yaptıkları her türlü davranışı kapsamaktadır. HMK m. 376 kapsamında

²³ TBK 36/1; Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir.

²⁴ TBK 36/2; Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir.

²⁵ SABAN, Nihal, Bir Analiz: Türk Hukukunda Hile Kavramının Unsurları, Muhasebe ve Finansman Dergisi, Sayı: 31, 2006, s. 60.

²⁶ YILDIRIM, Mustafa, Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara 2002, s.95’den aktaran SABAN, s. 60.

²⁷ OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2018, s. 111.

²⁸ BORAN GÜNEYSU, Hükmün İptalini Talep Etmesi, s. 41.

²⁹ GÜNAY, Merve, Roma Hukukundan Günümüze Muvazaa Kavramı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 45.

³⁰ NAMLI, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 355.

³¹ Y. HGK, 19.03.2003, E. 2003/6-169, K. 2003/183 “...Burada sözü edilen hilenin geniş anlamda anlaşılması, hükme etkili olan pek çok eylem ve hareketin hile şeklinde nitelendirilmesi ve olayların gelişimine göre ne gibi hallerin hile oluşturacağını hâkim tarafından takdiri gerekir.” (www.kazanci.com E.T. 10.06.2019).

hileli davranışlara örnek olarak; davalının davaya katılmaması, davalının davayı kabulü, delillerin sunulmaması, duruşmalara katılmama, davaya süresinde cevap vermeme, kanun yollarına başvurmama gibi hareketler hileli davranış kapsamında gösterilebilir³². Kaldı ki Yüksek Mahkeme de yargılamanın iadesi davasına bakan hâkimin hileli davranışın belirlenmesinde geniş bir takdir hakkı olduğunu belirtmiştir³³.

III. HÜKMÜN İPTALİNİN TALEP EDİLEBİLECEĞİ KARARLAR

Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz, üçüncü kişilerin iptalini talep edebileceği kararlar için ayrıca bir düzenleme öngörmemiştir. Bu nedenle “üçüncü kişilerce hükmün iptali hangi kararlara karşı istenebilir?” ile “yargılamanın iadesi yoluna hangi kararlara karşı başvurulabilir?” sorularına vereceğimiz cevaplar aynıdır³⁴.

Yargılamanın iadesi kesin olarak verilen veya kesinleşmiş olan hükümlere karşı istenebilir³⁵ (HMK m. 374). Kesin olarak verilen veyakesinleşmiş olan hükümlerden kastedilen maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden kararlardır³⁶. Zira, kesin hüküm ikiye ayrılmaktadır. Bunlar maddi anlamda kesin hüküm ve şekli anlamda³⁷ kesin hükümdür. Ancak sadece maddi anlamda kesin hüküm adli gerçeği temsil etmektedir³⁸. Bu nedenle HMK’nın 374. maddesinde yer alan “kesinleşmiş mahkeme hükümleri” ifadesi ile maddi anlamda kesin hüküm kastedilmektedir.

Mehaz Neuchâtel Kanunu, yargılamanın iadesinin istenemeyeceği halleri düzenlemiştir. Postacıoğlu³⁹ bu halleri şu şekilde saymaktadır;

- 1-) İadei muhakeme yolu ile bir defa cerhi talep edilmiş olan hükme,
- 2-) İadei muhakeme talebini karara bağlayan hükme,
- 3-) İadei muhakeme talebinin kabulü ile ihtilafın esası hakkında yeniden tesis edilen hükme karşı yargılamanın iadesi yolu kapalıdır.

Yargıtay, aleyhinde yargılamanın iadesi talep edilecek kararın henüz kesin hüküm niteliği kazanmaması durumunda yargılamanın iadesi talebinin reddedilmesi

³² BORAN GÜNEYSU, Hükmün İptalini Talep Etmesi, s. 43.

³³ Y. 2. HD, 19.07.2007, E. 2007/11640, K. 2007/11596 (www.kazanci.com, E.T. 01.03.2020)

³⁴ BORAN GÜNEYSU, Hükmün İptalini Talep Etmesi, s. 30.

³⁵ “Katiyen verilen veya katiyet iktisap etmiş olan kararlar hakkında aşağıdaki sebeplere binaen iadei muhakeme talep edilebilir.” (HUMK m. 445).

³⁶ UMAR, İadei Muhakeme, s. 265; ARSLAN, s. 70; KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s. 5170; ÜSTÜNDAĞ, s. 910; MUŞUL, s. 552; BORAN GÜNEYSU, Hükmün İptalini Talep Etmesi, s. 24; NAMLI, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 99-100; KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2011, s. 701; ÖZEKES, Muhammet, PekcanitezUsülMedeniUsül Hukuku, İstanbul 2017, s. 2325.

³⁷ “Bir hükme karşı başvurulabilecek kanun yolunun bulunmaması ile hüküm şekli anlamda kesinleşir. Bir hükme karşı başvurulabilecek kanun yolunun bulunmaması, iki şekilde karşımıza çıkar. Birinci ihtimalde, ilk derece mahkemesince verilen karara karşı kanun yoluna başvurma imkanı yoktur ve bu nedenle hüküm verildiği anda şekli bakımdan kesin hüküm oluşturur. İkincisi ise, ilk derece mahkemesinde verilen hükme karşı kanun yoluna başvurulmuştur, fakat bu başvuru üzerine verilen karardan sonra başvurulacak başka bir kanun yolu kalmaz ve hüküm kesinleşir. Yani şekli anlamda kesin hüküm, hükmün olağan kanun yollarına başvurularak değiştirilememesi ve gelecek için uyumsuzluğun son bulmasını amaçlar.” Bkz. PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 437.

³⁸ PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 436.

³⁹ POSTACIOĞLU, İlhan, MedeniUsül Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 781.

gerektiğini belirtmektedir⁴⁰. Ancak *Kuru*; bir hüküm kesinleşmedikçe ona karşı yargılamanın iadesi yoluna gidilemeyeceği ancak buna rağmen gidilmişse, mahkemenin yargılamanın iadesi talebini reddetmeyip, bekletici sorun yapılarak, hükmün kesinleşmesinin beklenmesinin uygun olacağı görüşündedir⁴¹.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere Türk Hukuku'nda üçüncü kişilerce hükmün iptali talebi ile yargılamanın iadesi arasında kararlar bakımından bir ayırım yapılmamaktadır⁴². Bu nedenle çalışmamızda sadece yargılamanın iadesinin istenebileceği kararlara kısaca değinilecektir.

A. İlk Derece Mahkemelerinin Verdikleri Eda⁴³, Tespit⁴⁴ ve İnşai Hükümleri⁴⁵

Burada eda hükümleri ile tespit hükümleri maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmekle birlikte, üçüncü kişilerce iptali talep edilebilecek hükümlerdendir⁴⁶. Ancak, İnşai davaların reddine ilişkin kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceği hususunda ise herhangi bir tartışma bulunmasa da, inşai hakka dayanılarak mevcut olan bir hukuki durumdeğiştirilmesi, kaldırılması veya yeni bir hukuki durumun yaratılmasına yönelik olan inşai davaların kabul edilmesi halinde verilen inşaihükümlerin maddi anlamda kesin hüküm teşkil edip etmeyeceği hususu tartışmalıdır⁴⁷. Eskiden inşai hükümlerin sadece inşai etkiye sahip olacağı, bunların maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği yönünde yorum yapılırken, bugün çoğunlukta olan görüş, inşai etki ile maddi anlamda kesin hüküm etkisini birbirinden ayırmakta ve inşai hükümlerin hem inşaietkiye sahip olduklarını, hem de maddi anlamda kesin hüküm teşkil ettiklerini kabul etmektedir⁴⁸. Bu nedenle inşai hükümlerin de maddi anlamda kesin hüküm etkisiyle donatıldığını ve bu hükümler hakkında yargılamanın iadesi yoluna başvurulabileceğini söylemek mümkündür.

Bu konuda tartışmalı olan hususlardan biri usul hukuku hükümlerine göre, mahkemenin anlaşmalı boşanma davası sonucunda verdiği kararın maddi anlamda

⁴⁰ Y. 9. HD, 13.03.2002, E. 2002/5091, K. 2002/4083 "...davaya konu olan işte aleyhine yargılamanın iadesi istenilen karar kesinlik kazanmamıştır. Karar 18.1.2002 tarihinde tebliğe çıkarılmış olup bu sebeple reddi gerekirken işin esasına girilerek yargılamanın iadesi 24.8.2000 tarihinde yapılmıştır. Bu durumda istemin bu sebeple reddi gerekirken işin esasına girilerek yargılamanın iadesi isteğinin kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." (ARSLAN, s. 50).

⁴¹ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s. 5169.

⁴² ARSLAN, s. 60.

⁴³ Edâ hükümlerinin maddi anlamda kesin hüküm teşkil edeceklerine dair herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla edâ hükümlerinin maddi anlamda kesinleşmesini müteakiben, bu hükümlere karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. NAMLI, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 101.

⁴⁴ Tespit dâvaları, bir hukuki ilişkinin mevcudiyetinin (müspet tespit dâvası) veya yokluğunun (menfi tespit dâvası) tespit edilmesine yönelik dâvalar olup, bu dâvaların sonucunda verilen hükümler "tespit hükümleri" olarak adlandırılmaktadır. Gerek müspet gerek de menfi tespit hükümleri maddi anlamda kesin hüküm teşkil edebilecekler, böylelikle de bu hükümler hakkında da yargılamanın yenilenmesine başvurulabilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. NAMLI, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 102.

⁴⁵ İnşai dava, yeni bir hukuki durum yaratılması veya mevcut bir hukuki durumun içeriğinin değiştirilmesi yahut onun ortadan kaldırılması talep edildiği davalardır (HMK m. 108/1).

⁴⁶ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s. 5093; Namlı, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 101-102.

⁴⁷ Tartışmalar için bkz. AKKAN, Mine, Medenî Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükmün Delil Niteliği, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, Özel Sayı, Cilt: 11, 2009, s. 51 vd.

⁴⁸ NAMLI, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 103; Y. 1. HD, 19.10.2005, E. 2005/8457, K. 2005/11297 (www.hukukturk.com, E.T. 28.02.2020).

kesin hüküm oluşturup oluşturmadığıdır. Anlaşmalı boşanma müessesesi TMK'nın 166. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiş ve bu hükme göre anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için aranan koşullardan biri, taraflarca mahkemeye sunulan protokolün hâkim tarafından uygun bulunması olarak belirlenmiştir. Ayrıca, madde hükmü gereğince boşanmaya karar verilirken, anlaşmadaki hükümler de karara geçirilmektedir. Yani anlaşmalı boşanma kararı verilirken; protokol, hâkim tarafından onaylanıp, hükme alınır ve hüküm protokolde yer alan hususlarla birlikte bütünüyle kesinleşir⁴⁹. Bu nedenle anlaşmalı boşanma davaları sonucunda verilen kararların maddi anlamda kesin hüküm oluşturduğu ve hükümün üçüncü kişilerce iptalinin istenebileceği konusunda şüphe duyulmamalıdır⁵⁰.

B. Davaya Son Veren Taraf İşlemleri (Ferat, Kabul ve Sulh)

Davaya tarafların son vermeleri halinde, üçüncü kişilerce hükümün iptali talep edilebilecek midir? Bu durumda, dava her ne kadar ferat, kabul veya sulh ile doğrudan sona erecek olsa da, hâkim, bu işlemlerin tespitine yönelik şekli bir karar verecek ve dava ferat, kabul veya sulh ile kendiliğinden son bulmayacaktır⁵¹. Ancak ferat, kabul veya sulh talebini esas almak suretiyle mahkemenin vereceği hükümün kesinleşmesi ile son bulacaktır. Örneğin, sulh durumunda hâkim, “*esas hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına*” veya “*sulh sebebiyle hüküm verilmesine yer olmadığına*” karar verecektir. Bu nedenle kesin hüküm oluşturan bu kararlara karşı yargılamanın iadesi sebeplerinin gerçekleşmesi hâlinde, yargılamanın iadesi yoluna başvurulması mümkün olmaktadır⁵².

Hukuk Muhakemeleri Kanununa yeni bir dava çeşidi olarak getirilen belirsiz alacak davasında, kabul ve ferat halinde nasıl hüküm kurulacağını ve hükme karşı yargılamanın iadesinin talep edilip edilemeyeceğini ayrıca incelemek gerekirse; belirsiz alacak davasından ferat ile ilgili olarak, doktrinde Simil⁵³; davalının, davacının dava dilekçesinde gösterdiği geçici değeri de kabul edebileceğini, davalının geçici talebi kabul etmesi halinde, davanın sadece kabul edilen kısım bakımından kabul ile sonuçlanacağını, kabul edilmeyen kısım hakkında yargılamaya devam edileceğini ifade etmiştir. Buna göre mahkeme, davalının kabul ettiği kısmı esas almak suretiyle bir karar hüküm kuracaktır⁵⁴. Mahkemenin kabul beyanı üzerine vereceği kararın da kesin hüküm oluşturması nedeniyle, bu karara karşı yargılamanın iadesi yoluna gidilebilecektir.

Bunun yanı sıra, eğer davalı, geçici değerinin tamamından fazla bir değeri kabul edecekse, kabul beyanında bulunurken mutlaka belirli bir miktar belirtmesi

⁴⁹ SEÇER, Öz, Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7 Sayı: 2, 2016, s. 279.

⁵⁰ GÜNEŞLİOĞLU, Filiz, Boşanma Ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s. 73.

⁵¹ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s. 3704; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI s. 555; YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. III, Ankara 2017, s. 3032; NAMLI, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 117; Aksi yönde görüşler için bkz. TANRIVER, Süha, MedenîUsûl Hukuku, C. I, Ankara 2018 s. 1016; BORAN GÜNEYSU, Nilüfer, MedenîUsûl Hukukunda Karar, Ankara 2014, s. 141.

⁵² KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s. 3704; NAMLI, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 118; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI s. 555; YILMAZ, HMK Şerhi, s. 3032.

⁵³ SİMİL, Cemil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013, s. 266-267.

⁵⁴ Y. 12. HD, 02.05.2019, E. 6554, K. 7495 (www.e-uyar.com, E.T. 01.03.2020).

gerekecektir⁵⁵. Aksi takdirde davalının, belirsiz alacak davasında, talep sonucu kesin olarak belirlenmeden, tüm talep sonucunu kabul ediyorum demesi, sonuç doğurmayacak ve mahkeme bu beyana bağlı olarak hüküm kuramayacaktır⁵⁶.

Davacının geçici talebini henüz artırmadan davadan feragat etmesi durumunda ise, mahkeme feragat nedeniyle davanın reddine karar verecek⁵⁷ ve verilen hüküm alacağın tümü hakkında kesin hüküm doğuracaktır⁵⁸. Buna bağlı olarak, hükme karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulması halinde yargılamanın iadesi talebinin alacağın tamamı için değerlendirilmesi gerekecektir.

C. Geçici Hukuki Koruma Kararları

Geçici hukuki koruma kararlarına karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulup başvurulamayacağı konusunda HMK'da özel bir hüküm mevcut değildir. Ancak geçici hukuki koruma kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil edip etmediğine baktığımızda; gerek doktrinde⁵⁹ gerekse de Yargıtay içtihatlarında⁶⁰ geçici hukuki koruma kararlarının maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediği görülmektedir. Bu durumun nedeni olarak, geçici hukuki koruma kararlarının, kesin hukuki korumanın sonucuna kadar var olan tehlikeyi ortadan kaldırmayı amaçlaması gösterilebilir.⁶¹ Bu nedenle, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen ihtiyati tedbir, delil tespiti ve ihtiyati haciz kararlarına karşı yargılamanın iadesi talep edilemeyecektir.

D. Çekişmesiz Yargı Kararları

Çekişmesiz yargı kararları maddi anlamda kesin hüküm oluşturmaz (HMK m. 388). Maddi anlamda kesin hüküm oluşturmadığından yargılamanın iadesi de istenemez⁶². Ancak ilgililer, aynı konu hakkında yeniden talepte bulunabilirler⁶³.

E. İcra Mahkemesi Kararları

İcra mahkemelerinin maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen kararlarına karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurmak mümkün değildir⁶⁴. İcra mahkemelerinin

⁵⁵ SİMİL, s. 267.

⁵⁶ SİMİL, s. 268.

⁵⁷ Y. 14. HD, 03.07.2012, E. 2012/8290, K. 2012/9175 (YILMAZ, HMK Şerhi, s.3032)

⁵⁸ Geçici talep sonucunun arttırılmaması ve mahkemece davanın reddi kararı verilmesi durumunda alacağın tümü hakkında kesin hüküm oluşacağı hakkında bkz. PEKCANITEZ, Hakan, Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Ankara 2011, s. 66.

⁵⁹ BİLGE/ÖNEN, s. 36; POSTACIOĞLU, s. 488; NAMLI, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 125; MISTAÇOĞLU, Yasemin, Medeni Yargılama Hukuku'nda İhtiyati Tedbir Yargılaması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2016, s. 14.

⁶⁰ Y. İBHGK. 21.02.2014, E. 2013/1, K. 2014/1 (28975 Sayı, 17.04.2014 tarihli Resmi Gazete).

⁶¹ MISTAÇOĞLU, s. 14.

⁶² Y. HGK, 15.06.2011, E. 2011/20-226, K. 2011/412 "...Yargılamanın yenilenmesi, sadece kesinleşmiş olan esasa ilişkin son kararlara karşı başvurulabilecek bir kanun yoludur. Maddi anlamda kesin hüküm gücü bulunmayan kararlara karşı -örneğin çekişmesiz yargıda verilen son kararlar-yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamaz." (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 29.02.2020).

⁶³ Y. 7. HD, 17.10.2012, E. 2007/4652, K. 2007/7149 "...Çekişmesiz yargı işlerinde tekrardan talepte bulunabileceği gibi bir iptal davası da açılabilir. Hasımsız açılan çekişmesiz yargıya tabi olan davalarda verilen kararlar kesin hüküm teşkil etmediği gibi bu kararlar açılacak bir iptal davası sonucunda değiştirilebilir." (YILMAZ, Zekeriya, MedeniUsûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 2013, s. 58).

⁶⁴ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 637; Y. 12. HD, 19.11.2019, E. 2019/12690, K. 2019/16729 "...İcra mahkemesince verilen kararlar (istihkak davalarında verilen kararlar ile ihalenin feshi isteminin reddi kararları hariç), kural olarak maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden, bu kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamaz. HMK'nun 375.

verdiği kararlar arasında bunun iki istisnası vardır. Bunlardan birincisi ihalenin feshi talebinin reddine ilişkin kararlardır. Maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesi nedeniyle, bu kararlara karşı yargılamanın iadesi talebinde bulunulabilecektir⁶⁵. Buna karşılık ihalenin feshi talebinin kabulü kararı, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceğinden bu kararlara karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulması söz konusu olmayacaktır. İkinci istisna ise, istihkak davaları sonucunda verilen kararlara, maddi anlamda kesin hüküm etkisi tanınmasının sonucudur. Maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden bu kararlara karşı da yargılamanın iadesinin talep edilmesi mümkündür⁶⁶(İİK m. 97).

F. Bölge Adliye Mahkemesi Kararları

Bölge adliye mahkemesinin istinaf incelemesi sonucunda verebileceği kararları istinaf başvurusunun haklı ve haksız olmasına göre ikiye ayırarak incelemekte fayda vardır⁶⁷. İstinaf başvurusunun haksız olması durumunda; bölge adliye mahkemesi tarafından, başvuru henüz ön inceleme aşamasında usule aykırı bulunup reddedilebileceği gibi, yapılan asıl incelemede, ilk derece mahkemesi kararının usul ve esas yönünden hukuka uygun olması durumunda, istinaf başvurusunun esastan reddine de karar verilebilir.

İstinaf başvurusunun haklı olması ve kabulü halinde ise bölge adliye mahkemesi tarafından; ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak gönderme kararı verilmesi, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın kısmen ya da tamamen kabulü kararı verilmesi, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davanın reddine karar verilmesi olarak üçe ayrılmaktadır. Yani bölge adliye mahkemesi, istinaf başvurusunu kabul etmesi halinde ilk derece mahkemesinin yerine geçerek, uyuşmazlığın esası hakkında yeni bir karar verebilmektedir.

İstinaf talebinin haklı bulunması üzerine, bölge adliye mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak uyuşmazlığın esası hakkında yeni bir karar verilmişse, bu bölge adliye mahkemesi kararına karşı yargılamanın iadesinin talep edilebileceği konusunda bir şüphe yoktur⁶⁸.

Burada asıl incelenmesi gereken husus, bölge adliye mahkemesinin bu kapsamda kalmayan diğer kararlarına karşı da yargılamanın iadesinin talep edilip edilemeyeceğidir. Bölge adliye mahkemesi, istinaf başvurusunu ön inceleme aşamasında reddetmiş, dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermiş

maddesine göre yargılamanın iadesi istenebilecek kararlar, aynı Kanun'un 303. maddesi anlamında kesin hüküm niteliği taşıyanlardır.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 29.02.2019).

⁶⁵ARSLAN, s. 66 vd.; KURU,Hukuk Muhakemeleri Usulü, s. 5048;. KARSLI, s. 834.

⁶⁶ ARSLAN, s. 67; “İstihkak davası sonucunda verilen kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmesinin gerekçesi şudur; İstihkak davaları teknik anlamda bir davadır. İcra Mahkemesi, her türlü delili tıpkı bir genel mahkeme gibi serbestçe değerlendirerek kararını verir. Gerekirse tanık dinler, keşif yapar, bilirkişi incelemesi yaptırır. Bu davalarda hâkim, takip hukukunun dar kalıpları içinde hareket etmez. Bu nedenle, İcra mahkemesinin nu davalar sonucu verdiği kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder.” (UYAR Talih, Menfi Tespit Davalarında Takibin Durdurulması İçin Borçlu Tarafından Yatırılan Teminatın İşlevi, TBB Dergisi, Sayı 136, 2008, s. 397).

⁶⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 477; ATAY COŞKUN, Ayşegül, İstinaf Yargılaması, TBB Dergisi, Sayı 135, 2018, s. 300-301; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, İstinaf İncelemesi Sonunda Verilebilecek Kararlar, TBB Dergisi, Sayı 134, 2018, s. 349.

⁶⁸ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 656; UYMA BULUT, Berfin, Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarına Karşı Yargılamanın Yenilenmesi, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 83, Sayı: 3, 2018, s. 133.

veya istinaf başvurusunu esastan reddetmişse, bu kararlara karşı yargılamanın iadesini talep etmek mümkün müdür?

Doktrinde bir görüş, istinaf başvurusunun usulden reddi, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılarak dosyanın mahkemesine geri gönderilmesi ya da istinaf başvurusunun reddi kararlarının usule ilişkin nihai karar olduğunu, usule ilişkin nihai kararlarında ilgili olduğu konuda kesinlik arz ettiği ve bu nedenle yargılamanın iadesinin mümkün olduğu yönündedir⁶⁹.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise, bölge adliye mahkemesi tarafından verilecek istinaf başvurusunun usulden reddi, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılarak dosyanın mahkemesine geri gönderilmesi ya da istinaf başvurusunun reddi kararları her ne kadar teknik anlamda bir bozma veya onama kararı teşkil etmese de, bu kararlar ilk derece mahkemesi kararlarına karşı bozma ve onama anlamına gelmektedir. Bu nedenle, temyiz mahkemesi tarafından verilen onama, bozma veya düzelterek onamaya ilişkin kararlara karşı yargılamanın iadesi yolunu kapatan 1942 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının⁷⁰ uyuşmazlığın esası hakkında yeni bir karar verilmeyen bu bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı da uygulanması gerekmektedir⁷¹.

G. Temyiz Mahkemesi Kararları

Yargıtay'ın temyiz kanun yoluna başvuru sonucunda verebileceği kararlar kural olarak bozma, onama ya da istisnaen de olsa düzelterek onama şeklindedir. Yargıtay, ilk derece ve istinaf gibi bir tahkikat yürütmemekle birlikte kural olarak uyuşmazlığın esası hakkında karar vermeden dosya üzerinden inceleme yaparak temyiz başvurusuna ilişkin bir karar verir⁷².

Yargıtay bozma, onama ve düzelterek onama kararları için yargılamanın iadesi yoluna başvurulup başvurulamayacağını, 1942 tarihli içtihadı birleştirme kararında tartışmış ve bu kararlara karşı yargılamanın iadesine başvurulamayacağı kabul edilmiştir⁷³.

IV. HÜKMÜN İPTALİNİ TALEP EDEBİLECEK KİŞİLER

⁶⁹ UYMA BULUT, s. 134.

⁷⁰ Bkz. aş. III, G, dn. 68 cv.

⁷¹ NAMLI, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 167-168.

⁷² UYMA BULUT, s. 139.

⁷³Y. İBK, 25.11.1942, E. 1942/41, K. 1942/23 "...Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun iadei muhakemeye mütedair faslındaki maddeleri metin ve ruhundan mezkûr fasılda ancak davanın esası hakkındaki kararların yeniden muhakeme yapılmak suretiyle iptal veya tadil edilebilmesi bahis mevzuu olduğu yoksa Temyiz Mahkemesince esasa müteallik bir hükmün tetkiki neticesinde verilen tasdik, nakız yahut temyiz istidasının reddi gibi kararların bu mevzu haricinde kaldığı açıkça anlaşılmakta olup temyiz yoluyla verilen o gibi mukarreta karşı yalnız tashihi karar usûlü vaz ve kabul edilmiş bulunmasına ve esası halletmeyen Temyiz mukarreratına karşı muhakemenin iadei istenilmek için emsali muhakeme usûllerinde mevcut olmayan bu hususa dair kanunda bir sarahat bulunmak lazım gelip mezkûrusûl kanunu ise aslın hilafı olan bir sarahatı ihtiva etmemesine ve esas hakkındaki hükümlere mahsus olan bir yolun temyizen tetkiki neticesinde verilen mukarreta karşı kıyas yoluyla kabul ve tatbiki cihetine gidilemeyeceğine ve içtihadın tevhibi müzakeresine mevzu teşkil eden hadiselerle benzer hallerde zarar görenler Temyiz Mahkemesinden eski hale getirme talebinde bulunmak yahut Temyiz kararına mesnet teşkil eden vesikada yapılan sahtelikten dolayı suçlu olan kimselerle suç ortakları aleyhine tazminat davası açmak hususlarında muhtar bulunmalarına göre o gibi kararlara karşı Temyiz Mahkemesinden iadei muhakeme istenemeyeceği oyların üçte ikisini geçen çoğunluğu ile karar altına alındı." (26.01.1943 tarihli Resmi Gazete, www.resmigazete.gov.tr, E.T. 10.06.2019).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 376'yı diğer yargılamanın iadesi sebeplerinden ayıran, bu kısımda anlatacağımız yargılamanın iadesini talep edecek sùjelerdir. HMK m. 376'da kanun koyucu, hükümün iptalini talep edebilecek kişileri iki gruba ayırmıştır. Bunlardan birincisi “*davanın taraflarından birisinin alacaklıları*” ikincisi ise “*aleyhine hüküm verilen tarafın yerine geçenler*”; bu iki gruptan birinde yer alan kişiler hükümün iptalini talep edebileceklerdir. Buna karşılık mehz Eski Neuchâtel ve Yeni Neuchâtel kanunlarında böyle bir sınırlama yapılmamış hükümün ileri sürülebileceği tüm kişiler için bu yol açık tutulmuştur. Yargıtay da verdiği kararlarda kanun hükümünü geniş yorumlayarak, hükümün iki tarafının anlaşması ile elde edilen kararlara karşı, hukuki durumu etkilenen tüm üçüncü kişilerin yargılamanın iadesi yoluna başvurabileceğini belirtmektedir⁷⁴.

Yargıtay'ın genişletici yorumuna örnek olarak 9. Hukuk Dairesinin 1990/5424 E. - 1990/6065 K. sayılı kararı⁷⁵ örnek olarak gösterilebilir. Karara konu olayda; bir sendika şubesinin genel kurulunda, şube yöneticileri seçilmiş, ancak seçimden sonra bazı sendika üyeleri, sendika genel merkeziyle anlaşarak yani hile kullanmak suretiyle, İş Mahkemesinden sendika genel merkezini hasım göstererek yapılan genel seçimlerin ve genel kurulun iptalini istemişlerdir, dava sonunda davanın kabulüne karar verilmiş ve hükümlerle birlikte -hakları zarar görmüş olan- daha önce seçilmiş yöneticiler, yargılamanın iadesi yoluna başvurarak, hükümün iptalini talep etmişlerdir. Yargıtay ise İş Mahkemesi tarafından verilen hükümün, yargılamanın iadesini talep eden üçüncü kişilerin hukukunu etkilemesi nedeniyle HUMK m. 446 (HMK m. 376) hükümünden yararlanabileceğine karar vermiştir⁷⁶.

Doktrinde⁷⁷ de ağırlıklı görüş mehz Neuchatel Kanununda yer alan düzenlemenin daha uygun olduğu, hükümlerle birlikte davanın taraflarının anlaşması

⁷⁴ Y. 19. HD, 11.12.2003, E. 2003/6106, K. 2003/12507 “Bir hükümün iptalini, taraf olmayan üçüncü kişi, HUMK 446. Maddesine göre alacaklı ile borçlunun anlaşarak hile ile aleyhe hüküm verilmesini sağladıklarını ileri sürerek iade-i muhakeme yoluyla isteyebilir. Hükümden zarar gören üçüncü kişi kendisine ayrılması gereken payın azaltılması amacıyla dava açılıp karar alındığını iadei muhakeme davası konusu yapabilir.” (<https://www.hukuki.net/ictihat>, E.T. 23.06.2019).

⁷⁵ Y. 9. HD, 18.05.1990, E. 1990/5424 K. 1990/6065 “Davacılar, 7.10.1989 tarihinde yapılan P...-İş Sendikası Yarımca Şubesi Olağan Genel Kurul toplantısında şube yöneticiliklerine seçildikleri halde, bazı sendika üyelerinin genel kurulda seçilmiş bulunan başkan ve yöneticilerini zararlandırmak amacıyla hile ve huda kullanmak suretiyle sendika genel merkeziyle anlaşarak, muvazaalı şekilde, kendilerinden habersiz olarak sadece sendika genel merkezini hasım göstermek suretiyle Yarımca Şubesi Genel Kurulu'na oluşturmak üzere yapılan delege seçimlerini ve delegelik sıfatlarının iptali ve yasa dışı oluşturulan delegelere dayanılarak yapılan Yarımca Şubesi Genel Kurulu'nun iptali istemiyle İstanbul Üçüncü İş Mahkemesi'ne açmış oldukları dava sonunda, davanın kabulüne karar verilmiş olduğunu, bu kararın kendilerinin hukukunu etkilediğini bildirerek, söz konusu kararın iade-i muhakeme yoluyla ortadan kaldırılmasına ve davanın reddine karar verilmesini istemişlerdir.(...) öncelikle belirtmek gerekir ki, iade-i muhakemenin konusunu teşkil eden davada davacılar taraf değillerse de, o davada verilen karar, davacıların hukukunu etkileyeceği cihetle HUMK.nun 446. Maddesi uyarınca iade-i muhakeme isteğinde bulunmaya hakları vardır.”(<https://www.hukuki.net/ictihat>,E.T. 23.06.2019).

⁷⁶ Yargıtay'ın genişletici yorumuna örnek olarak; Y. 2. HD, 28.06.1977, 5178/5315 “ ... bir ilamın tarafları başkalarını zararlandırmak amacı ile hareket ederlerse, alınmış olan ilam hakkında üçüncü kişiler, yargılamanın iadesi yoluna başvurabilirler. Olayda davalı kadın gerçekte boşanmış iken aylığına hak kazanmak için ölmüş kocasının mirasçıları ile anlaşarak boşanma ilamını hükümsüz hale getiren iptal kararını almayı başarmış ise bu davranışı yüzünden Emekli Sandığı aylık ödemek zorunda kalacağı için, hileli durumun ispat edilmesi halinde yargılamanın iadesi yolu ile iptal kararı ortadan kaldırılabilir.” (ÜSTÜNDAĞ, s. 928).

⁷⁷ ÜSTÜNDAĞ, s. 928; NAMLI, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 377; BORAN GÜNEYSU, Hükümün İptalini Talep Etmesi, s. 37.

neticesinde hakları zarar gören kişilerin, kanunda sayılan alacaklılardan ve mirasçılardan farkı olmadığı, bu nedenle de Yargıtay'ın yorumunun doğru olduğu yönündedir. Hatta *Güneysu*⁷⁸ kanunda yer alan “davanın taraflarından birisinin alacaklıları veya aleyhine hüküm verilen tarafın yerine geçenler” ifadesinin “hakları ihlal edilen üçüncü kişiler” olarak düzenlenmesinin daha isabetli olacağını savunmaktadır.

Kanaatimizce, Yargıtay'ın genişletici yorumu yerinde olup, yapılan hile nedeniyle, zarara uğrayan üçüncü kişinin, alacaklı veya halef olmadığı için bu hukuki korumadan yararlandırılmaması, medeni yargılamanın amacına uygun düşmeyecektir. Bu nedenle, bir hukuk devletinde olması gerektiği gibi; yapılan hile sonucu, verilen hükme karşı hakları ihlal edilen üçüncü kişilerin bu olağanüstü kanun yolundan yararlanabilmesi gerekmektedir.

V. HÜKMÜN İPTALİ TALEBİNDE BULUNULMASI GEREKEN SÜRE

A. Genel Olarak

Yargılamanın iadesi davasının açılması için gereken süreler HMK m. 377'de düzenlenmiş olup yargılamanın iadesi sebepleri niteliğine göre farklı sürelerle ve farklı başlangıç tarihlerine tabi tutulmuştur. Bu süreler hak düşürücü sürelerdir⁷⁹. Bu nedenle, bu sürelerin geçirilmiş olması halinde yargılamanın iadesi talep edilemeyecek veya sürenin geçmesi nedeniyle talep reddedilecektir.

Eski HUMK'da üçüncü kişilerin hükmün iptalini talep etme süresi hükümden usulen haberdar olduğu tarihten itibaren bir ay olarak öngörülmüştür (HUMK m. 447/1). HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte kanun koyucu yerinde bir düzenleme yaparak üçüncü kişilerce hükmün iptalinin talep edilebileceği süreyi “...*alacaklı veya davalı yerine geçenlerin karardan usulen haberdar olduğu tarihten itibaren üç ay ve her hâlde iade talebine konu olan hükmün kesinleşmesinden itibaren on yıl*(HMK m. 377/1-b)” olarak belirlemiştir. Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere, süre hilenin öğrenildiği tarihten itibaren değil hükümden usulen haberdar olduğu tarihten itibaren başlamaktadır⁸⁰.

Hükmün üçüncü kişilerce iptali talebinde hak düşürücü sürenin başlangıcı olarak karardan haberdar olma tarihi esas alındığı için, bu sürelerle uyulup uyulmadığı hakkında bir uyuşmazlık çıkması halinde bir ispat yükü sorununu beraberinde getirecektir. Ancak yargılamanın iadesi süresinin öğrenme tarihi, her türlü delille ispat

⁷⁸ BORAN GÜNEYSU, *Hükmün İptalini Talep Etmesi*, s. 37.

⁷⁹ARSLAN, s. 139; KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, s. 5243; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 790; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 63.

⁸⁰ Y. HGK, 26.12.1990, E. 1990/11-418, K. 1990/664 “... Yargılamanın yenilenmesindeki hak düşürücü süreleri düzenleyen aynı yasanın 447/1. maddesinde de, alacaklıların veya davayı kaybedenlerin yerine geçecek olanların(haleflerin) hükümden usulen haberdar oldukları günden itibaren bir ay içerisinde yargılamanın yenilenmesini isteyebilecekleri öngörülmüştür. Açık yasal düzenlemeye göre, hak düşürücü olanların(haleflerin) hükümden usulen haberdar oldukları günden itibaren bir ay içerisinde yargılamanın yenilenmesini isteyebilecekleri öngörülmüştür. Açık yasal düzenlemeye göre, hak düşürücü sürenin başlangıcı özel dairenin kabulünün aksine, hilenin öğrenilme tarihi değil yargılamanın yenilenmesinin konusunu teşkil eden hükmün öğrenilmesi tarihidir.” (KURU,Hukuk Muhakemeleri Usulü, s. 5241-5242).

edilebilecektir⁸¹. Ayrıca öğrenme tarihinin belirlenmesinde hâkimin de oldukça geniş bir takdir yetkisi mevcuttur⁸².

Doktrinde bazı yazarlar⁸³; olması gereken hukuk bakımından sürenin başlangıcının, lehine karar verilen tarafın hükmü etkileyen hileli bir davranışta bulunması halinde olduğu gibi, hilenin öğrenildiği anda başlaması gerektiğini savunmaktadırlar.

Bizim savunduğumuz görüş ise; hükmün üçüncü kişilerce iptali davası için daha uzun bir sürenin öngörülmesidir. Hukuk sistemimizde, HMK m. 376 hükmüne benzer görülen, tasarrufun iptali davalarında hak düşürücü süre olarak İİK'nın 284. maddesinde "iptal davası hakkı, batıl tasarrufun vukuu tarihinden itibaren beş sene geçmekle düşer." denildiği görülmektedir. Yani Yargıtay'ın amaç bakımından hükmün üçüncü kişilerce iptali davasına benzer gördüğü tasarrufun iptali davası için kanun koyucu tasarruf işleminden itibaren 5 yıllık bir hak düşürücü süre öngörmüştür. Yine hükmün üçüncü kişilerce iptali davası ile benzer görülen, muvazaa nedenine dayalı iptal davalarında ise herhangi bir zamanaşımı veya hak düşürücü süre öngörülmemektedir⁸⁴. Yukarıda belirttiğimiz hususlar dikkate alındığında; hukuk sistemimizde, hükmün üçüncü kişilerce iptali talebinde de üç aydan daha uzun bir sürenin öngörülmesi kanaatimizce daha uygun olacaktır.

Ayrıca, bir yargılamanın iadesi sebebi olan hükmün üçüncü kişilerce iptali talebinin, HMK m. 375'te yer alan sebeplerden ayrı olarak düzenlenmesine rağmen; sürelerin düzenlendiği 377. madde de; diğer sebeplerin bent numaralarına atıf yapılarak düzenlenmişken, HMK m. 376'ya atıf yapılmamış ve buna ek olarak kanunun sistematığına uygun olarak ayrı bir fıkra düzenlemesi gerekirken sadece "...alacaklı veya davalı yerine geçenlerin karardan usulen haberdar olduğu" ifadesine yer verilmesi uygun olmamıştır. Hükmün üçüncü kişilerce iptali talebinde süre; 376. maddeye eklenecek ikinci bir fıkra ile veya 377. maddede ayrı bir fıkra düzenlenmesi kanunun sistematığına daha uygun olacaktır.

B. Mecburi Dava Arkadaşlığı Olması Durumunda Süre

Hükmün üçüncü kişilerce iptali davasında; yargılamanın iadesini talep edecek kişiler arasında mecburi dava arkadaşlığı söz konusu olabilir. Mecburi dava arkadaşları arasında hak düşürücü sürenin korunmuş sayılabilmesi için, en son dava arkadaşına yapılan tebliğ veya öğrenme tarihinin dikkate alınması gerekir⁸⁵. Bu nedenle; hak düşürücü sürenin başlangıcı olarak, son dava arkadaşının kararı öğrenme tarihinden itibaren belirlenmesi gerekecektir. Bu yönde verilmiş bir Yargıtay kararında "İştirak halindeki mülkiyette hak sahibi olanların hepsinin muttali olması ve

⁸¹ARSLAN, s. 144; NAMLI, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 434.

⁸²UMAR, İadei Muhakeme, s. 291; ARSLAN, s. 144; NAMLI, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 434.

⁸³NAMLI, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 433-434; BORAN GÜNEYSU, Hükmün İptalini Talep Etmesi, s. 40.

⁸⁴Y. 1. HD, 21.03.2016, E. 2014/14726, K. 2016/3328 "...Muvazaa iddiasına dayalı davalar hiçbir hak düşürücü süreye ya da zamanaşımına tabi olmayıp, her zaman açılacak davalardandır. Çünkü, zaman geçmekle muvazaalı işlemin geçerli hale gelebilmesine yasal olanak bulunmamaktadır. Açıklanan ilkeler ve maddi olgu gözetilmek suretiyle toplanan deliller değerlendirilerek, işin esası yönünden bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır." (<https://karararama.yargitay.gov.tr,E.T. 29.02.2020>).

⁸⁵UFACIK, Ayşe İmren, MedeniUsul Hukuku'nda Dava Açılmasının Maddi Hukuk Açısından Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 108; ULUKAPI, Ömer, MedeniUsul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991, s. 322.

en son muttali olanın ittıla tarihinden itibaren kanuni sürenin geçirilmiş olduğunun sübut bulması icap eder” denilmiştir⁸⁶. Bu nedenle hükmün iptali talebinde bulunacak mecburi dava arkadaşları için süre; en son hükümden haberdar olan dava arkadaşının haberdar olduğu tarihten itibaren başlar.

C. İhtiyari Dava Arkadaşlığı Olması Durumunda Süre

İhtiyari dava arkadaşlığında ise dava arkadaşı sayısı kadar bağımsız dava vardır. Bu nedenle ihtiyari dava arkadaşlarının yargılamanın iadesi talebinde bulunurken hak düşürücü süreleri her biri için ayrı ayrı hesaplanacak ve dava açılması ile hak düşürücü sürelerin korunmuş olması sonucu her bir ihtiyari dava arkadaşı için farklı değerlendirilecektir⁸⁷. Bu durumda; diğer dava arkadaşları ile yargılanmanın iadesi talebinde bulunmayan ihtiyari dava arkadaşı, dava arkadaşlarının süresinde dava açmaları neticesinde hak düşürücü süreleri korumuş olmaları sonucundan yararlanamayacaktır⁸⁸.

VI. HÜKMÜN İPTALİNİN TALEP EDİLECEĞİ GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 378/1’e göre yargılamanın iadesi talebi, hükmü veren mahkemede ileri sürülecektir. Kanun koyucunun böyle bir kuralı kabul etmesinin sebebi; tarafların arasındaki uyuşmazlığı ve bunun çözülmesi için yapılan yargılamayı en iyi bilecek olanın, o kararı veren mahkeme olacağı düşüncesidir⁸⁹.

Doktrinde; *Umar*⁹⁰ ve *Arslan*⁹¹ yargılamanın iadesi taleplerinin iş dağılımına konu olmaması gerektiğini; davanın doğrudan ilk hükmü vermiş olan mahkemede açılması gerektiğini belirtmektedir⁹². *Kuru*⁹³ da yargılamanın iadesi davasının ilk davaya bakmış ve hüküm vermiş olan mahkemede açılacağını, hatta ilk davaya bakan mahkemenin göreve ilişkin yeni bir kanun hükmü ile görevsiz hale gelmesi halinde dahi yine hükmü vermiş olan mahkemede açılması gerektiğini savunmuştur.

Ancak, *Pekcanitez/Atalay/Özekes*⁹⁴e göre, hükmü veren mahkemenin bulunduğu yerde birden fazla aynı tür mahkeme varsa, aynı mahkeme olması gerekmez. Örneğin kararı İzmir 1. Asliye Hukuk Mahkemesi vermişse, yargılamanın iadesi davasının da o mahkemede açılması veya iş dağılımında buna uyulması gerekmez. İzmir Asliye Hukuk Mahkemesi olarak görevli ve yetkili bir mahkemede talep incelenebilir.

Yargıtay ise güncel içtihatlarında, görevli ve yetkili mahkemenin somut davayı en iyi şekilde bildiği ve incelediği düşüncesine dayalı olarak; hükmü veren ve yargılamayı yapan mahkeme olduğunu belirtmektedir⁹⁵.

⁸⁶ Y. 6. HD, 25.10.1968, E. 1968/2752, K. 1968/ 4433 (UFACIK, s. 109).

⁸⁷ ULUKAPI, s. 322; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 160.

⁸⁸ UFACIK, s. 108.

⁸⁹ KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, s. 5247; NAMLI, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 394; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 634.

⁹⁰ UMAR, İadei Muhakeme, s. 292; UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 1104.

⁹¹ ARSLAN, s. 150.

⁹² Aynı yönde bkz. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 634.

⁹³ KURU, s. 5247.

⁹⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 500.

⁹⁵ Y. 20. HD, 17.09.2018, E. 2018/4269, K. 2018/5686 “... davaya bakan ilk mahkeme göreve ilişkin yeni bir kanun ile görevsiz hale gelmiş olsa dahi hükmü veren ve yargılamayı yapan mahkemenin

Görevli ve yetkili mahkemeyi hükmün üçüncü kişilerce iptali sebebine özgü olarak, olması gereken hukuk açısından incelersek; bizimde katılacağımız görüş, davanın doğrudan ilk hükmü vermiş olan mahkemede açılması gerektiği yönündedir. Çünkü dosyada yer alan belge ve taraflar hakkında bilgi sahibi olan mahkeme, bu şekilde, iptali istenen karara yönelik hile ve muvazaa iddialarını daha iyi muhakeme edebilecek ve en az sürede uyuşmazlığı çözebilecektir.

VII. HÜKMÜN İPTALİ TALEBİNİN İNCELENMESİ VE YARGILAMA USULÜ

A. Genel Olarak

Yargılamanın iadesi talebi, bir dava olarak açılıp, yeni bir esasa kaydedilerek incelenmektedir⁹⁶. Yargılamanın iadesi talebinin bir dava olarak görülmesi nedeniyle de dava şartları ve davaya ilişkin genel hükümler geçerli olacaktır⁹⁷. Özekes⁹⁸, yargılamanın iadesi talebini ihtiva eden dilekçenin nasıl olması gerektiğini şu şekilde açıklamıştır; önce yargılamanın iadesine ilişkin hususlara yer verilerek, kendisine karşı bu yola başvurulmuş karar tam olarak belirtilmeli, hangi yargılamanın iadesi sebebine dayanıldığı gerekçeleriyle açıklanmalı ve bu konudaki deliller gösterilmelidir. Sonrasında bu talebin süresinde olduğu belirtilmeli ve davanın esas hakkında açıklamalarda bulunulmalıdır. Hükmün iptali dışında yeni bir hüküm verilmesi isteniyorsa bu açıkça belirtilmelidir.

Yargılamanın iadesi hakkındaki dilekçenin verilmesinden sonra, inceleme üç safha teşkil etmektedir⁹⁹. İlk önce talebin kabule şayan olup olmadığı meselesi incelenir. Bu aşamada mahkeme; Yargılamanın iadesi yoluna başvuru süresi geçmiş mi?, Yargılamanın iadesi konu edilen mahkeme kararı maddi anlamda kesin hüküm niteliğinde mi?, İleri sürülen yargılamanın iadesi sebebi kanunda yazılı sebeplerden mi?, hususlarını resen araştırır¹⁰⁰(HMK m.379). Örneğin, yargılamanın iadesi talebinde, HMK m. 376'ya dayanılmasına rağmen, “davanın taraflarından birisinin

somut davayı en iyi şekilde bildiği ve incelediği düşüncesine dayalı olarak, yargılamanın yenilenmesi davası hükmü veren mahkemede açılır ve o yer mahkemesince incelenip sonuçlandırılır.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr>,E.T. 10.06.2019).

⁹⁶YILMAZ, (HMK Şerhi), s. 3430; Y. 10. HD, 11.02.2002, E. 2002/817, K. 2002/886 “Yargılamanın iadesi davasının iade-i muhakemeye konu hükmü veren mahkemede açılır o mahkemece incelenip karara bağlanacağı HUMK nun 448/1 maddesi hükmü gereği ise de; yargılamanın iadesi davası yeni bir dava olduğundan ayrı esasa kaydedilerek yargılama yürütülmelidir.”(<https://www.hukuki.net/ictihat>,E.T. 26.06.2019).

⁹⁷UMAR, Şerh, s.1106; ÖZEKES, PekcanitezUsûl, s. 2343.

⁹⁸ ÖZEKES,PekcanitezUsûl, s. 2344.

⁹⁹ Y. 2. HD, 04.06.1994, E. 1994/6222, K. 1994/6499 “... Yargılamanın iadesi davası, üç safhada incelenir. Şüphesiz ilk önce yargılamanın iadesi davasının mesmu olup olmadığına bakılacaktır. Bu arada davalının hukuki yararı olup olmadığı da tartışma konusu yapılabilir. Yargılamanın iadesi davasının mesmu olduğu sonucuna varılırsa, yargılamanın iadesi sebebi olarak gösterilen hadise incelenerek, sebep varit bulunursa esas dava yeniden görülerek, ya eski hüküm tasdik olunacak veya eski hüküm kısmen veya tamamen değiştirilerek yeniden hüküm oluşturulacaktır.” (NAMLI, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 448).

¹⁰⁰Y. 8. HD, 13.11.2018, E. 2018/11404, K. 2018/18543 “...6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 379. maddesi uyarınca yargılamanın iadesi talebi üzerine mahkeme, tarafları davet edip dinledikten sonra; talebin kanuni süre içinde yapılmış olup olmadığını, yargılamanın iadesi yoluyla kaldırılması istenen hükmün kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş olup olmadığını, ileri sürülen yargılamanın iadesi sebebinin kanunda yazılı sebeplerden olup olmadığını kendiliğinden inceler. Bu koşullardan biri eksik ise hakim davayı esasa girmeden reddeder.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr>,E.T. 10.06.2019).

alacaklıları” veya “aleyhine hüküm verilen tarafın yerine geçenler” tarafından yapılmamışsa, hâkim davayı usulden reddedecektir. Yargılamanın iadesi bir dava olarak görüleceğinden, bu aşamada davaya ilişkin genel ön incelemenin de mutlaka yerine getirilmesi zorunludur¹⁰¹ (HMK m. 137 vd.).

Bu inceleme olumlu bir şekilde neticelenirse ikinci safhaya geçilmelidir. Bu aşamada ileri sürülen yargılamanın iadesi sebebinin gerçekleşip gerçekleşmediği irdelenecektir. Hükümün üçüncü kişilerce iptalinin talep edileceği davada hâkim; hükümün “üçüncü kişiyi zarara uğratmak amacıyla tarafların kendi aralarında anlaşarak, hile yapıp yapmadığına” bakacaktır. Eğer hile yapılmadığı kanısına varırsa, yargılamanın iadesi sebebinin gerçekleşmemesi nedeniyle talebin reddine karar verecektir.

Yargılamanın iadesi sebebinin gerçekleştiği belirlenirse, sebebe göre, kesinleşmiş hüküm iptal olunarak bertaraf edilmeli ve yeniden yargılama yapılmalıdır¹⁰². İşte bu yeniden yargılama da üçüncü safhayı teşkil edecektir. Bu nedenle ilk önce esas hakkında yargılama yapılarak, sonradan iade istemi hakkında karar verilmesi usule aykırı olacaktır.

Yargılamanın iadesi talebinin dosya üzerinden incelenip incelenemeyeceği konusunda, Yargıtay bu hususa ilişkin olarak 23.05.1956 tarihinde bir İçtihadı Birleştirme Kararı vermiştir¹⁰³. Kararda; yargılamanın iadesi talebinin bir dava olduğu ve HUMK’a göre hâkimin, kanunda gösterilen istisnalar haricinde, her iki tarafı dinlemek veya iddia ve savunmalarını beyan etmeleri için dâvet etmedikçe hüküm veremeyeceği, yargılamanın iadesi talebi de böyle bir istisnaya tabi tutulmadığına göre hâkimin mutlaka taraf teşkilini sağlayarak ve duruşma yaparak talebi incelemesi gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁴.

Üçüncü kişilerce hükümün iptali talebinde davacı, hakkı ihlal edilen üçüncü kişidir. Davalı ise yargılamanın iadesi talebine konu olan hükümün, davacısı ve davalısıdır¹⁰⁵. Güneysu¹⁰⁶, gerçeğin daha iyi ortaya çıkarılması ve taraflar arasında

¹⁰¹ ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 2345.

¹⁰² NAMLI, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 448.

¹⁰³ Y. İBK, 23.05.1956, E. 1956/8, K. 1956/9 “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun Yirmi üçüncü maddesinde: Kanunun gösterdiği istisnalar haricinde Hâkim her iki tarafı istima veyahut iddia ve müdafaalarını beyan etmeleri için kanuni şekillere tevfikân davet etmedikçe hükmünü veremeyeceği esasî vaz ve kabul edilmiştir. İadei muhakeme talebinin de bir dava olduğu mezkur Kanunun 449 uncu maddesinde açıkça belirtilmiştir. Müteakip 450, 452, 454 üncü maddelerinin mana ve mefhumları taraflar davet edilmeden iadei muhakeme taleplerinin evrak üzerinde karara bağlanmasına müsait olmadığı göstermekte bulunmuştur. İadei muhakemenin bir dava olduğuna ve taraflar davet edilmeksizin evrak üzerinde tetkik ve karara bağlanacağı hakkında Usul Kanununda istisnai bir hüküm mevcut olmadığına göre usulen teşkili tarafeyn edilmesi, taraflar istima edildikten sonra gerekli kararın verilmesi icap eder.” (11.08.1956 tarihli Resmi Gazete, www.resmigazete.gov.tr, E.T. 08.06.2019).

¹⁰⁴ Y. 2.H.D, 01.10.2012, E. 2012/9461, K. 2012/23211 “Dava, Sivas 2. Asliye hukuk mahkemesinin 25.05.2006 tarih ve 2006/8-147 sayılı kararın yargılamanın yenilenmesi yoluyla kaldırılması talebine ilişkindir. Yargılamanın yenilenmesi talebine konu, Sivas 2. Asliye Hukuk mahkemesinin 25.05.2006 tarih ve 2006/8 -147 sayılı dosyasının davacıları, davaya dahil edilmeden, eksik hasımla yargılamaya devam edilerek, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.”; Y. 2. HD, 28.09.2012, E. 2012/7195, K. 2012/22844 “Yargılamanın yenilenmesi isteği yeni ve bağımsız bir dava niteliğinde olduğundan iptali istenen kararda davanın tarafı olarak gösterilen tüm ilgililerin davaya dahil edilerek taraf teşkilinin sağlanması gerektiği düşünülmeden eksik hasımla karar verilmiş olması da usul ve yasaya aykırıdır.” (YILMAZ, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 61).

¹⁰⁵ BORAN GÜNEYSU, Hükümün İptalini Talep Etmesi, s. 44; ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 2344.

¹⁰⁶ BORAN GÜNEYSU, Hükümün İptalini Talep Etmesi, s. 45.

hukuki ilişkinin daha iyi karara bağlanabilmesi için bunların şekli mecburi dava arkadaşı oldukları görüşündedir.

Yargılamanın iadesi isteğini içeren dava bağımsız bir dava niteliğinde olduğundan harca tabi bulunduğu kuşkusuzdur. Ancak yargılamanın iadesi talebinde bulunan tarafın haklı çıkması hâlinde, önceden alınan harç mahsup edilecektir¹⁰⁷.

Son olarak vekilin yargılamanın iadesi yoluna başvurabilmesi için bu hususun vekâletnamesinde açıkça yazması gerekmektedir (HMK m. 74/1). Çünkü yargılamanın iadesi olağanüstü bir yoldur. Hâlbuki vekâlet ancak hüküm kesinleşinceye kadar davanın takibi hususundaki muameleleri yapma yetkisini kapsar¹⁰⁸.

B. Teminat

Kanun koyucu, HMK’da yargılamanın iadesi talebi için iki farklı teminata yer vermektedir. Birincisi, HMK m. 378/2’de yer alan, karşı tarafın yargılamanın iadesi nedeniyle yapmak zorunda kalacağı masrafları telâfi etmeyi amaçlayan teminattır. Mahkeme, dayanılan sebebin niteliğine göre yargılamanın iadesi talebinde bulunan taraftan, karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılayacak uygun bir miktar teminat göstermesini isteyebilir (HMK m. 378/2). Bu durumda yargılamanın iadesi talebinde bulunan taraf, mahkeme tarafından belirlenecek teminatı vermek zorundadır¹⁰⁹. İkinci teminat ise HMK m. 381’de düzenlenen hâkimin icranın durdurulmasına karar vermesi hâlinde, karşı tarafın bu nedenle uğrayabileceği zararın karşılanmasına yönelik bir teminattır.

C. İspat

Üçüncü kişiler tarafından hükmün iptali talebine ilişkin yargılamada genel ispat kuralları geçerlidir¹¹⁰. HMK’nın 190. maddesinde ispat yükünün, “*iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa ait*” olduğu belirtilmiştir. Yargılamanın iadesi talebinde bulunacak üçüncü kişi bu durumda hükmün iptal edilmesi için geçerli sebepleri ve bu vakıaları ispatla mükellef olacaktır.

Örneğin üçüncü kişi, alacaklı olduğunu ilam, haciz tutanağı, senet veya aciz vesikası ile ispatlayabilir. Alacaklı üçüncü kişi bunun yanı sıra alacağını tahsil edemediğini ve hükmün hile ile alındığını da ispat etmek zorundadır. Üçüncü kişi hile iddiasını tanık ile de ispat edebilecektir (HMK m. 203/1-d). Bu durumda hükmün iptalini talep eden üçüncü kişi, hukuki fiil olan hileyi HMK’nın tanıdığı imkân sayesinde tanıkla ispatlayabilecektir. Ancak yine de uygulamada, hileli vakıayı ispatlamak çok zordur. Bu nedenle hâkim dava malzemeleri içerisinden; yaşam deneyimleri ve mantık kurallarına dayanarak hayatın olağan akışına uygun bir sonuç çıkarmaya çalışmalıdır¹¹¹. Bu durumda ise hile yapan tarafların gerçek iradesinin tespiti, yargılamanın iadesi sırasında hâkimin asıl amacı olmalıdır.

¹⁰⁷ “İadei muhakemenin kabulü üzerine cereyan edecek davalar, yeni davalar gibi harca tabidir. İadei muhakeme talebinde bulunan neticede haklı çıkarsa evvelce alınan harç mahsup edilir.” (Harçlar Kanunu m. 10).

¹⁰⁸BİLGE/ÖNEN, s. 720; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 635.

¹⁰⁹KURU, s. 5249; ÖZEKES, Pekcanitez Usul, s. 2345.

¹¹⁰UMAR, İadei Muhakeme, s. 288; BORAN GÜNEYSU, Hükmün İptalini Talep Etmesi, s. 47; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 668.

¹¹¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 453-454.

VIII. HÜKMÜN İPTALİ TALEBİ SONUCUNDA VERİLECEK KARAR VE BUNA KARŞI BAŞVURULABİLECEK KANUN YOLLARI

A. Hükümün İptali Talebi Sonucunda Verilebilecek Kararlar

Hükümün iptali talebini inceleyen mahkeme, öncelikle genel dava şartlarını ya da HMK m. 379/1 de yer alan şartları inceleyecek ve yargılamanın iadesi talebinin bunları taşıması halinde “*davanın usulden reddi*” kararını verebilecektir. Mahkeme ayrıca, hükümün üçüncü kişilerce iptali talebini incelediği davada üçüncü kişiyi zarara uğratmak amacıyla tarafların kendi aralarında anlaşarak, hile yapıp yapmadığına bakacak ve bu durumun gerçekleşmediği kanısına varması durumunda “*yargılamanın iadesi sebebinin gerçekleşmemesi nedeniyle talebin reddine*” kararı verebilecektir.

Yapılan inceleme sonunda, hile yapıldığı kanısına varılıp, hükümün üçüncü kişilerce iptali sebebi sabit görülürse yeniden yargılama yapılacaktır (HMK m. 380/1). Bu durumda mahkeme; hile ile alınan hükmü iptal edecek ve iptale konu uyuşmazlığa ilişkin olarak da, yapacağı değerlendirmeye göre, kısmen veya tamamen ret¹¹² kararı verecektir¹¹³.

B. Mahkeme Tarafından Verilen Hükümün İcrası

Yargılamanın iadesi talebini haklı bulan mahkeme, yeniden yargılama sonucunda yeni bir nihai karar vermiş olacaktır. Yargılamanın iadesi sonucunda verilen yeni hükmün, geriye etkili olarak hüküm doğuracağı kabul edilmektedir¹¹⁴. “Yeni hükmün geriye etkili olması” ifadesi ise; eski hükmün değiştirildiği ölçüde hiç verilmemiş gibi olması ve tüm sonuçlarının ortadan kaldırılmış olmasını ifade etmektedir¹¹⁵.

İlk hüküm eğer henüz icra edilmemişse; hükümün iptali ile ilam icraya hiç konulamayacak ya da yeni hüküm, eski hükmü değiştirdiği ölçüde onun yerine geçecektir¹¹⁶. Yani hükmün icrasına henüz başlanmadıysa, yeni hükmün ne şekilde uygulanacağına dair herhangi bir tereddüt yoktur.

Ancak ilk hüküm kısmen veya tamamen icra edilmişse; yani ilk hükmün icrasına başlanmışsa, hükümün iptali ile icra takibi duracak ve kararın kesinleşmesi ile iptal olunacaktır¹¹⁷. Bunun gereği olarak, icraya bağlı sonuçların tamamen ortadan kaldırılması, kısmen veya tamamen değiştirilen hükmeye dayanılarak yapılan işlemlerin de icradan önceki eski hale geri getirilmesi gerekecektir. Fakat, icradan önceki eski hale getirmenin nasıl olacağı hakkında üç farklı görüş bulunmaktadır.

Birinci görüş¹¹⁸; ilk hükmün icrasından elde edilen şeyleri *sebpsiz zenginleşme hükümleri* uygulanarak, hükmün icrasından önceki durumun

¹¹² Y. 2. HD, 1.10.2013, E. 2013/13206, K. 2013/22846 “... Davacı yargılamanın yenilenmesi isteğinin hile sebebine dayalı olarak kabulü ile, daha önce kabul edilen boşanma davasının bu kez reddine karar verilmesini talep etmiştir. ... davalılardan S.’nin alacaklısı olan davacıya yargılamanın yenilenmesi yoluyla, daha önce davanın kabulüyle gerçekleşen boşanma sonucunun, bu kez davasının reddi yoluyla ortadan kaldırılmasına imkan vermektedir.” (www.kazanci.com, E.T. 28.02.2020).

¹¹³ BORAN GÜNEYSU, Hükümün İptalini Talep Etmesi, s. 50; YILMAZ, HMK Şerhi, s. 3430.

¹¹⁴ UMAR, İadei Muhakeme, s. 295; ARSLAN, s. 170; ÜSTÜNDAĞ, s. 933; KURU, s. 5264; NAMLI, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 475.

¹¹⁵ ÜSTÜNDAĞ, s. 933; NAMLI, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 475.

¹¹⁶ BORAN GÜNEYSU, Hükümün İptalini Talep Etmesi, s. 52.

¹¹⁷ İİK m. 40/1; ARSLAN s. 170-171.

¹¹⁸ UMAR, İadei Muhakeme, s. 295.

sağlanabileceğini savunurken, ikinci görüş¹¹⁹ ise; ilâma dayanılarak yapılan icranın, ilamın kanun yollarına başvuru sonucunda ortadan kaldırıldığı zaman uygulanan İİK m. 40'ta yer alan icranın iadesi hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanacağını savunmaktadır.

Bizim katıldığımız görüş ise; eğer ilk ilam sonucunda bir icra takibine girilmişse ya da herhangi bir cebri icra yoluna başvurulmuşsa, bunun İİK m. 40/2'de yer alan düzenleme uyarınca, başka bir hükmeye gerek olmaksızın, eski hükmün icrası sonucunda ödenen para veya teslim edilen taşınır ya da taşınmaz malın, icra dairesi tarafından yeni hükmün eski hükmü değiştirdiği ölçüde geri alınarak, borçluya iade edilmesidir. Bu çerçevede eski hükmün icrası sonucunda ödenen para veya teslim edilen taşınır ya da taşınmaz mal, icra dairesi tarafından yeni hükmün eski hükmü değiştirdiği ölçüde geri alınarak borçluya iade edilecektir.¹²⁰

Bu durumda İİK m. 40 çerçevesinde eski hükmün icrasının eski hâle iadesi için ayrıca bir dâva açmaya ve bunu müteakiben ilâmlı icra yoluyla tâkip yapıp alacaklıya bir icra emri gönderilmesine gerek bulunmayacaktır. Üstelik İİK m. 40 çerçevesinde icranın iadesinin istenmesi bakımından kanunda herhangi bir süre de belirlenmemiştir. Bu nedenle TBK m. 82¹²¹'de belirlenen sürelerle tâbi olmaksızın icranın iadesini isteyebilecektir¹²². Ancak eğer ilk hükmün gereği cebren değil, taraflar arasında iradi olarak icra edilmişse, İİK m. 40'a dayanılarak bunun iadesini sağlamak mümkün olmayacaktır. Bu durumda ise sebepsiz zenginleşme davası ile eski hale getirme mümkün olabilecektir. Hatta *Umar*¹²³'a göre yargılamanın iadesi sebebi haksızlık ve hile içermesi durumunda, haksız fiil kurallarına göre tazminatta istenebileceğini, sebepsiz zenginleşme ve haksız fiil taleplerinin yargılamanın iadesi talebi ile birlikte yapılarak, yargılamanın iadesi talebini inceleyen mahkemece karara bağlanacağını belirtmektedir.

Sonuç olarak mahkeme, hükmün üçüncü kişilerce iptalinin talep edilmesi durumunda; hükmün icrasına başlanmışsa veya tamamlanmışsa; hükmün cebri icra yoluyla icra edilmesi halinde, İİK m. 40 hükmü uygulanacak, eğer ilk hükmün gereği cebren değil, tarafların kendi arasında iradi olarak icra edilmişse, İİK m. 40'a dayanılarak bunun iadesini sağlamak mümkün olmayacak ve bu durumda, sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil dâvası ile eski hükmün icrasına bağlı olarak ortaya çıkan sonuçlar ortadan kaldırılabilir.

¹¹⁹ KURU, s. 5264.

¹²⁰ NAMLI, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 478; Y. 3. HD, 28.03.2006, E. 2006/1386, K. 2006/3151, "...İcranın iadesi yolu ile alacaklıdan geri alınıp borçluya verilecek meblağ, borçlunun icra dairesine ve icra dairesinin de alacaklıya ödemiş olduğu paradır. Bunun dışındaki paranın kullanılmamasından doğan gelir kaybı ise ancak iade borçlusunun bu durumu kesin olarak öğrenmesinden itibaren karşılanabilir hale gelir. Mahkeme ilamına dayanılarak kusursuz elde edilen paranın haksız bir edinim ve kullanıma dayanmadığı ve böylece iade borçlusunun karar kesinleşmeden gelir kaybından sorumlu tutulamayacağı, istemin hukuki dayanaktan yoksun olduğu gözetilmeden davanın kabulüne karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir." (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 30.06.2019).

¹²¹ "Sebepsiz zenginleşmeden doğan istem hakkı, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar." (TBK m. 82).

¹²² KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2018, s. 297-298.

¹²³ UMAR, İadei Muhakeme, s. 295.

C. Yeni Karara Karşı Başvurulabilecek Kanun Yolları

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu yürürlükte iken, madde 452'nin açık hükmü gereğince bu yeni karara karşı olağan kanun yollarına başvurulabilmekteydi. Ancak bu maddeye kesin hükmün tabii bir sonucunu içermesi sebebiyle, kanun koyucu tarafından HMK'da yer verilmemiştir. Gerçekten de yargılamanın iadesi talebi bir dava olarak açılıp görüldüğünden dava hakkında mahkemenin verdiği kararlar nihai kararlardır ve şartlarının bulunmasına bağlı olarak bu kararlar aleyhine kanun yollarına başvurulması mümkündür¹²⁴. Ancak HUMK m. 452 hükmünün HMK'ya alınmamasından sonra ortaya çıkan asıl tartışma¹²⁵; yargılamanın iadesi davasının sonunda verilen karara karşı yargılamanın iadesi talep edilip edilemeyeceğidir.

Türk Hukukunda HUMK m. 452 ile yargılamanın iadesi yoluna tekrar başvurma yasağı kabul edilmişti. HUMK m. 452'de yargılamanın iadesi talebi hakkında verilen karar ile yargılamanın iadesi talebinin kabul edilmesi üzerine yapılacak yeniden yargılama sonucunda verilecek yeni hükme karşı yargılamanın iadesi yoluna başvurulması yasaklanmıştı¹²⁶.

Hukuk Muhakemeleri Kanununda ise HUMK m. 452'yi karşılayacak bir hükme yer verilmemesi, “*yargılamanın iadesi yoluna tekrar başvurma yasağı*”nın HMK döneminde yer almayacağı izlenimini uyandırmaktadır. HUMK m. 452'de düzenlenen yasağın yeni HMK'da yer almamasının nedeni olarak kanun gerekçesinde “kesin hükmün tabii bir sonucu” ifadesi yer almışsa da bu yorum yanlış olmuştur¹²⁷.

HUMK m. 452 hükmünün HMK'ya alınmaması karşısında, yeniden yargılama sonucunda yeni bir karar verilmesi durumunda, bu karar hakkında yapılacak yargılamanın iadesi başvurusunun, kesin hüküm çerçevesinde yasaklanması, iki davanın netice-i talepleri, sebepleri birbirinden farklılaşabileceği için ve yargılamanın iadesi davasının konusunu yeni bir karar oluşturacağından mümkün olamayacaktır¹²⁸. Bu nedenlerle Türk Hukuku'nda yargılamanın iadesi yoluna tekrar başvurma yasağı terk edilmiş olup; yasağın terk edilmesinin, olması gereken hukuk bakımından da yerinde olduğu değerlendirilmektedir¹²⁹.

SONUÇ

Yargılamanın iadesi, kesin olarak verilen veya kesinleşmiş olan hükümlere karşı istenebilen olağanüstü bir kanun yolu olarak tanımlanmıştır. Çalışmamızın konusunu ise yargılamanın iadesi sebeplerinden biri olarak “hükmün üçüncü kişilerce iptali talebi” oluşturmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 376. maddesinde düzenlenen bu müesseseye göre davada taraf olmayan üçüncü kişiler, davanın taraflarının muvazaalı hareket ettiklerini ileri sürerek kesin hükmün iptalini isteyebilmektedir.

¹²⁴NAMLI, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 456; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 501; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 669; YILMAZ, HMK Şerhi, s. 3430.

¹²⁵ Tartışmalar için bkz. NAMLI, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 470-474.

¹²⁶ NAMLI, Mert, Yargılamanın Yenilenmesi Yoluna Tekrar Başvurma Yasağı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 16, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, 2014, s. 1666.

¹²⁷ NAMLI, Tekrar Başvurma Yasağı, s. 1665.

¹²⁸ NAMLI, Tekrar Başvurma Yasağı, s. 1665.

¹²⁹ NAMLI, Tekrar Başvurma Yasağı, s. 1667.

Bu madde ile kanun koyucu tarafından, kesin hüküm karşısında üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması amaçlanmıştır. Madde amaç bakımından ise İİK m. 277 de düzenlenen tasarrufun iptali davasına benzetilmektedir. Ancak hükmün üçüncü kişilerce iptali müessesesi amaç bakımından her ne kadar İİK m. 277 de yer alan tasarrufun iptali davası ile benzerlik gösterse de her iki davanın konusu birbirinden farklıdır. İİK m. 277'ye dayanılarak açılan davalarda konu bir tasarruf işlemi olmasına rağmen HMK m. 376 ile iptali istenen, yani davanın konusunu oluşturan kesinleşmiş bir mahkeme hükmüdür. Bu nedenle bu iki kanun hükmünün uygulama alanının tamamen birbirinden farklı olduğunun kabulü gerekmektedir.

Kanunda, yargılamanın iadesinin, kesin olarak verilen veya kesinleşen mahkeme hükümlerine karşı istenebileceği düzenlenmiştir. Burada kesin hükümden kasıt maddi anlamda kesin hükümdür. Bu nedenle maddi anlamda kesin hüküm oluşturmayan geçici hukuki koruma kararlarına, çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlara, istihkak davalarında verilen kararlar ile ihalenin feshi talebinin reddine ilişkin kararlar istisna olmak üzere icra mahkemesinin vermiş olduğu kararlara, bölge adliye mahkemesinin uyuşmazlığın esası hakkında yeni bir hüküm kurduğu kararları istisna olmak üzere tüm bölge adliye mahkemesi kararlarına, Yargıtay'ın onama, bozma ve düzelterek onama kararlarına karşı yargılamanın iadesi talebinde bulunulamayacağı kabul edilmektedir. Belirsiz alacak davasında ise; davalı, geçici talep sonucunu da kabul edilebilmektedir. Ancak, mahkeme kabul edilen kısım bakımından hüküm kurarken, kabul edilmeyen kısım bakımından yargılamaya devam edecektir. Geçici talep sonucunun arttırılmasından önce davacı, davadan feragat etmesi durumunda da, mahkeme tarafından verilen feragat nedeniyle davanın reddi kararı alacağın tamamı hakkında kesin hüküm doğuracaktır.

Yargıtay içtihatlarında, hükmün iptalini talep edebilecek süjeler geniş yorumlanmaktadır. Kanaatimizce Yargıtay'ın genişletici yorumu yerinde olup, yapılan hile nedeniyle, zarara uğrayan üçüncü kişinin, alacaklı veya halef olmadığı için bu hukuki korumadan yararlandırılmaması medeni yargılamanın amacına uygun düşmeyecektir. Bu nedenle bir hukuk devletinde olması gerektiği gibi; yapılan hile sonucu, verilen hükme karşı hakları ihlal edilen üçüncü kişilerin tamamının bu olağanüstü kanun yolundan yararlanabilmesi gerekmektedir.

Yargılamanın iadesi dâvasının açılması için gereken süreler HMK m. 377'de düzenlenmiş olup yargılamanın iadesi sebeplerinin niteliğine göre farklı sürelerle ve farklı başlangıç tarihlerine tabi tutulmuştur. Bu süreler hak düşürücü sürelerdir. Sürenin başlangıcı, hükmün üçüncü kişilerce iptali talebinde, kanunda her ne kadar kararın usulen öğrenilmesinden itibaren üç ay olarak öngörülmekteyse de, lehine karar verilen tarafın hükmü etkileyen hileli bir davranışta bulunması halinde olduğu gibi, hilenin öğrenildiği anda başlaması gerektiği doktrinde savunulmaktadır.

Ancak hükmün üçüncü kişilerce iptali talebinde sürenin, HMK m. 376'ya amaç bakımından benzer olarak görülen; tasarrufun iptali davaları ve muvazaa nedenine dayalı iptal davalarında olduğu gibi daha uzun hak düşürücü sürelerle sahip olması gerekmektedir. Kaldı ki, hükmün iptali talebinde sürenin düzenlendiği yer, kanunun sistematığına uygun düşmemektedir. Sürenin, 376. maddeye eklenecek ikinci bir fıkra ile ya da HMK m. 377'de ayrı bir fıkroda düzenlenmesi daha uygun olacaktır.

Doktrinde, bizim de katıldığımız ağırlıklı görüş ve Yargıtay; hükmün iptalinin talep edileceği görevli ve yetkili mahkemenin, somut davayı en iyi şekilde bilen, ilk hüküm vermiş olan mahkeme olduğunu belirtmektedir (HMK m. 378).

Hükmün iptali talebi, bir dava olarak açılıp, yeni bir esasa kaydedilerek incelenecek ve üç safha teşkil edecektir. İlk önce talebin kabule şayan olup olmadığı meselesi incelenecek, ikinci safhada ileri sürülen yargılamanın iadesi sebebinin gerçekleşip gerçekleşmediği irdelenecektir. Son aşamada ise yargılamanın iadesi sebebinin gerçekleştiği belirlenirse, kesinleşmiş hüküm iptal olunarak yeniden yargılama yapılacaktır. Bu aşamalarda hâkim mutlaka taraf teşkilini sağlayarak ve duruşma yaparak talebi incelemelidir.

Yargılamanın iadesi talebinde bulunan tarafın,

1. Karşı tarafın uğrayabileceği zararı telâfi etmeye yönelik,

2. Hâkimin icrayı durdurulmasına karar vermesi halinde karşı tarafın bu nedenle uğrayabileceği zararın karşılanmasına yönelik iki farklı teminatı göstermesi gerekmektedir.

Yargılamanın iadesi talebinin, HMK m. 379'da yer alan şartları taşıması halinde, ikinci aşamaya geçilecektir. Bu aşamada ise hâkim yargılamanın iadesi sebebinin gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleyecektir. Mahkeme, ikinci aşamada hükmün üçüncü kişilerce iptali sebebinin sabit görürse, yeniden yargılama yapacaktır. Bu durumda mahkeme; hile ile alınan hükmü iptal edecek ve iptale konu uyuşmazlığa ilişkin olarak da yapacağı değerlendirmeye göre, kısmen veya tamamen ret kararı verecektir.

Yargılamanın iadesi sonucunda verilen yeni hükmün geriye etkili olarak hüküm doğuracağı kabul edilmektedir. Bu durumdamahkeme, hükmün üçüncü kişilerce iptali talep edilmesi durumunda; hükmün icrasına başlanmışsa veya tamamlanmışsa; hükmün cebri icra yoluyla icra edilmesi halinde İİK m. 40 hükmü uygulanacak, eğer hükmün gereği, taraflarca iradi olarak yerine getirilmişse İİK m. 40'a dayanılarak bunun iadesini sağlamak mümkün olamayacak ve bu durumda, sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil dâvası ile eski hükmün icrasına bağlı olarak ortaya çıkan sonuçlar ortadan kaldırılabilir.

Yargılamanın iadesi talebi, bir dava olarak açılıp görüldüğünden dava hakkında mahkemenin verdiği kararlar nihai kararlardır. Bu nedenle şartlarının bulunmasına bağlı olarak, bu kararlar aleyhine kanun yollarına başvurulması mümkündür. HUMK m. 452 hükmünün HMK'ya alınmaması sonucunda, Türk Hukuku'nda, artık yargılamanın iadesi yoluna tekrar başvurma yasağının terk edilmiş olduğu doktrinde savunulmaktadır.

KAYNAKÇA

AKKAN, Mine, Medenî Usul Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükmün Delil Niteliği, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, Özel Sayı, Cilt: 11, 2009, s. 3-61.

ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel, Medenî Usûl Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2019.

ARSLAN, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977.

ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2018.

ATAY COŞKUN, Ayşegül, İstinaf Yargılaması, TBB Dergisi, Sayı 135, 2018, s. 261-308.

BİLGE, NECİP / ÖNEN, Ergun, Medenî Yargılama Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978.

BLOOMEYER, Arvved, Kesin Hüküm Tesiri Ve Sınırları, Çeviren İrfan YAZMAN, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:25, Sayı:3-4, 1968, s. 225-238.

BORAN GÜNEYSU, Nilüfer, Medenî Usûl Hukukunda Karar, Ankara 2014.

BORAN GÜNEYSU, Nilüfer, Yargılamanın İadesi Sebebi Olarak Üçüncü Kişilerin Hükmün İptalini Talep Etmesi, MİHDER, Cilt: 12, Sayı 33, 2016, s. 23-62 (BORAN GÜNEYSU, Hükmün İptalini Talep Etmesi).

GÜNAY, Merve, Roma Hukukundan Günümüze Muvazaa Kavramı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.

GÜNEŞLİOĞLU, Filiz, Boşanma Ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.

KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, İstanbul 2011.

KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, 6. Baskı, İstanbul 2001(KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü).

KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2018.

MİSTAÇOĞLU, Yasemin, Medeni Yargılama Hukuku'nda İhtiyati Tedbir Yargılaması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2016.

MUŞUL, Timuçin, Medenî Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012.

NAMLI, Mert, Türk ve Fransız MedenîUsûl Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi, İstanbul 2014(NAMLI, Yargılamanın Yenilenmesi).

NAMLI, Mert, Yargılamanın Yenilenmesi Yoluna Tekrar Başvurma Yasağı, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, Özel Sayı, Cilt: 16, 2014, s. 1645-1668(NAMLI, Tekrar Başvurma Yasağı).

OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, 16. Baskı, İstanbul 2018.

ÖZEKES, Muhammet, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Baskı, İstanbul 2017(ÖZEKES,PekcanitezUsûl).

PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2018.

PEKCANITEZ, Hakan, Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Ankara 2011.

POSTACIOĞLU, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.

SABAN, Nihal, Bir Analiz: Türk Hukukunda Hile Kavramının Unsurları, Muhasebe ve Finansman Dergisi, Sayı: 31, 2006, s. 59-62.

SEÇER, Öz, Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7 Sayı: 2, 2016, s. 259 – 286.

SİMİL, Cemil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013.

TANRIVER, Süha, Medenî Usûl Hukuku, C. I, 2. Baskı, Ankara 2018.

TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, İstinaf İncelemesi Sonunda Verilebilecek Kararlar, TBB Dergisi, Sayı 134, 2018 s. 313-354.

TUNCER KAZANCI, İdil, Bir Yargıtay Kararı Işığında Eşlerin Anlaşmalı Boşanma İle Alacaklılarından Mal Kaçtırmalarının Tasarrufun İptali Davasına Konu Edilmesi Sorunu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, Yıl 2015, s. 401-423.

UFACIK, Ayşe İmren, Medeni Usul Hukuku'nda Dava Açılmasının Maddî Hukuk Açısından Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

ULUKAPI, Ömer, Medenî Usûl Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991.

UMAR, Bilge, Türk Medeni Usul Hukukunda İadei Muhakeme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 29, Sayı 1-2, 1963, s. 261-298.

UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014.

UYAR, Talih, Menfi Tespit Davalarında “Takibin Durdurulması” İçin Borçlu Tarafından Yatırılan Teminatın İşlevi, TBB Dergisi, Sayı: 136, 2018, s. 396-411.

UYAR, Talih, Tasarrufun İptali Davaları (İİK. m. 277-284), İzmir 2017.

UYAR, Talih, Tasarrufun İptali Davası ve “Muvazaa”, “Nam-ı Müstear”, “İşletmenin Devri”, “Kanuna Karşı Hile” ve “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 74 Sayı: 2016/2, 2016, s. 344-403.

UYMA BULUT, Berfin, Bölge Adliye Mahkemesi Ve Yargıtay Kararlarına Karşı Yargılamanın Yenilenmesi, İzmir Barosu Dergisi Yıl: 83 Sayı: 3, 2018, s. 111-166.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000.

YILDIRIM, Mustafa, Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara 2002.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. III, 3. Baskı, Ankara 2017(YILMAZ, HMK Şerhi).

YILMAZ, Zekeriya, Medenî Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi,
Ankara 2013.

İnternet Kaynakları

www.e-uyar.com

www.hukuki.net/ictihat

www.hukukturk.com

www.kararara.com

www.karararama.yargitay.gov.tr

www.resmigazete.gov.tr

www.sozluk.gov.tr/

CEVİRİ

BİRLEŞİK KRALLIK YÜKSEK MAHKEMESİ'NİN AYDOĞDU KARARI*

(DECISION OF THE UPPER TRIBUNAL IMMIGRATION AND ASYLUM CHAMBER RELATING TO THE CASE OF AYDOĞDU V. SECRETARY OF STATE)

Emrullah Taha PALANCI**

YÜKSEK MAHKEME

Göç ve İltica Komisyonu

Adli İnceleme Kararı Bildirimi

Başvuru Sahibi: Hacer Aydoğdu

Davalı: İçişleri Bakanlığı

Sayın Yargıç McCloskey Huzurunda, Başkan

Sunulan bütün belgeler göz önünde bulundurduktan sonra, tarafların vekillerinin, Başvuru Sahibi adına Londra Avukatları tarafından görevlendirilen Bayan Peterson ve Davalı adına Hükümet Hukuk Departmanı tarafından görevlendirilen Bayan Rhee QC, sözlü ve yazılı beyanları ile birlikte 17 Kasım 2016 ve 14 Ocak 2017 tarihlerinde FieldHouse'da, duruşmada.

(I) Ankara Anlaşmasının 13. madde kapsamında yerleşme serbestisinden faydalanılması kanununun emri olmadığından, göçmen Türk vatandaşlarının ve aile üyelerinin oturumu, Avrupa Topluluğu İşbirliği Antlaşması Ek Protokolününün 41. maddesinin 1. fıkrasındaki “standstill” klozu kapsamında yer almamaktadır. Böylece, Türk vatandaşlarının ve aile üyelerinin Birleşik Krallık'taki bu oturum durumu, herhangi bir şekilde, Ankara Anlaşması ve onun Ek Protokolünden kaynaklanamaz.

* <https://tribunalsdecisions.service.gov.uk/utiac/2017-ukut-167>

Tuncay Aydoğdu'nun Ankara Anlaşması kapsamında gerekli çalışma süresini doldurmasının bir sonucu olarak daimi oturum hakkı kazanmasının ardından, Tuncay Aydoğdu'nun aile üyesi statüsünde (eşi) olan Başvuru Sahibi Hacer Aydoğdu da daimi oturum hakkı için başvurmuştur. İçişleri Bakanlığı, bu başvuruyu reddetmiş ve ihtilaf yargıya taşınmıştır. İşbu çalışma, Yüksek Mahkemenin bu ihtilafı hükme bağlayan kararının çevirisidir. Bu karar, İngiltere İçişleri Bakanlığı (Home Office) tarafından 15 Mart 2018 tarihinde Ankara Anlaşması vizelerinde daimi oturumları kaldırdığını ve bu tarihten sonra yapılan daimi oturma başvurularının kabul edilmeyeceğini resmen açıkladığı bildirisinin hukuki temelini oluşturmaktadır.

** Stajyer Avukat, İstanbul Barosu,

E-Mail: tahapalanci@gmail.com,

ORCID: 0000-0003-2828-196X

¹ “Stand-stilleclause” terimi, literatürde “standstill” klozu olarak kullanılmıştır. Hâkim dile bağlı kalmak amacıyla değişikliğe gidilmeyecektir. Ancak, Avrupa Birliği Başkanlığı tarafından düzenlenen AB Terimleri Sözlüğünde “stand-still” terimi “mevcudun korunması, dondurma” olarak çevrilmiştir. (ç.n.)

(II) *Ankara Anlaşması kapsamındaki haklardan istifade eden bir Türk vatandaşına oturma hakkı tanındığında, bu kişinin veya aile üyelerinin oturma hakları Ankara Anlaşması'ndan veya onun Ek Protokolünden kaynaklanmamaktadır.*

McCLOSKEY J.

Giriş

1. Konsey Yönetmeliği (EEC) 2760/72 (genellikle Ankara Anlaşması olarak bilinen) ve onun Protokolünün sonucu olarak Avrupa Birliği'ne çalışma amacıyla girmeye talip bağımlı veya bağımsız çalışan Türk vatandaşları için özel düzenlemeler ve imkanlar vardır. İşbu itiraz yolu ile yapılan adli denetim, serbest meslek mensubu Türk vatandaşlarının aile bireylerini ilgilendiren ve bilhassa mevzu bahis "standstill" klozu hükmünün askıya alınması sürecini ve söz konusu belgenin yorumu ve kapsamıyla alakalı bazı sorunları ortaya koymaktadır.

İki Ana Karakter

2. Hem Başvuru Sahibi hem de kocası Türk vatandaşıdır. Başvuru Sahibininşu anda 33 yaşında bulunan eşi, Ankara Anlaşması kapsamından yararlanarak 8 Nisan 2011 tarihli sınırlı bir oturma izni hakkıyla hukuka uygun bir şekilde Birleşik Krallık'a giriş yapmıştır. 8 Ekim 2012 tarihinde, 8 Nisan 2015 tarihine kadar izni uzatılmıştır. 9 Mayıs 2013 tarihinde Başvuru Sahibi ve kocası Türkiye'de evlenmiştir. 23 Eylül 2013 tarihinde Başvuru Sahibine eş sıfatı dolayısıyla Birleşik Krallık'a sınırlı giriş izni verilmiştir. 4 Şubat 2015 tarihinde Başvuru Sahibi ve eşinin erkek çocuğu Birleşik Krallık'ta doğmuştur.

Kronoloji

3. Geçmişteki göze çarpan tarihleri ve olayları tasnif etmek faydalı olacaktır:
- 8 Nisan 2011 tarihinde, Başvuru Sahibinin eşine Ankara Anlaşması kapsamında kendi işini kurmak için sınırlı oturma izni verilmiştir. Buna uygun olarak, Başvuru sahibi bağımsız çalışan olarak peyzaj düzenleme işi kurmuştur.
 - 8 Ekim 2012 tarihinde, Başvuru Sahibinin eşinin oturma hakkı, Türk iş adamı olarak 8 Nisan 2015 tarihine kadar uzatılmıştır.
 - 9 Mayıs 2013 tarihinde, Türkiye'de Başvuru Sahibi ve eşi evlenmiştir.
 - 23 Eylül 2013 tarihinde Başvuru Sahibine Ankara Anlaşması kapsamında, 8 Nisan 2015 tarihine kadar Türk iş adamına tâbi aile üyesi olarak Birleşik Krallık'a girmesi ve burada kalması için izin verilmiştir.
 - 8 Kasım 2013 tarihinde, Başvuru Sahibi, Birleşik Krallık'a giriş yapmıştır.
 - 4 Şubat 2015 tarihinde Başvuru Sahibinin ve eşinin erkek çocuğu doğmuştur.
 - 18 Ağustos 2015 tarihinde Başvuru Sahibinin eşine Birleşik Krallık'tadaimi oturma izni verilmiştir.
 - 23 Eylül 2015 Başvuru Sahibinin ve oğlunun daimi oturma izni başvurusu reddedilmiştir.

Ankara Anlaşması ve “Mevcut Halin Korunması” İlkesi

4. 1963 yılında Avrupa Ekonomik Topluluğu'na Üye Devletler ve Türkiye Cumhuriyeti arasında işbirliği kuran Ankara Anlaşması'nı akdetmişlerdir. Anlaşma'nın dayandığı ilkeler Başlık 1'de sayılmıştır. Madde 2 ise Anlaşmanın amacını açıklamaktadır:

“Anlaşma'nın amacı, Türkiye ekonomisinin hızlandırılmış kalkınmasını ve Türk halkının çalıştırılma seviyesinin ve yaşama şartlarının yükseltilmesini sağlama gereğini tümü ile göz önünde bulundurarak, Taraflar arasındaki ticari ve ekonomik ilişkileri aralıksız ve dengeli olarak güçlendirmeyi teşvik etmektedir.”

Ankara Anlaşması'nın (ve onun Protokolünün) temel amacı,Türkiye ve Avrupa Topluluğu arasındaki ticari ve ekonomik ilişkilerin gelişiminin güçlenmesi ve gümrük birliğinin üç safhada kurulmasının akabinde birleştirilmesidir. Ortaklık Konseyi'nin 1/95sayılı Kararı ile gümrük birliğinin son safhası başarılamamış ve 31 Aralık 1995 tarihine kadar yürürlüğe girmemiştir. Türkiye'nin ulusal mevzuatını Avrupa Birliği'ne uyumlu hale getirme çabası, bilhassa gümrük alanlarında, ticaret politikalarında, rekabette ve fikri, sınai ve ticari mülkiyette devam etmiştir.Türkiye'nin AB'ye girişi, ne yapılan yasal düzenlemelerin ve kabul edilen anayasa değişikliklerinin yetersiz görülmesi sebebiyle ne de başka zamanda gerçekleşmemiştir.Devlet şiddetine, ifade özgürlüğüne, dinsel özgürlüğe ve kadın ve azınlık haklarıyla ilgili olarak mühim kaygılar vardır. Bu kaygılar, resmi Avrupa Birliği yayınlarında belgelenmiştir.

5. Ankara Anlaşması'nın birinci ve ikinci bölümleri, gümrük birliğinin ve zirai mahsul ticaretinin gelişimi ile ilgili hükümler içermektedir. Ankara Anlaşması'nın mevcut bağlamda en ehemmiyetli hükümleri Anlaşma'nın üçüncü bölümün “ Ekonomik Nitelikteki Sair Hükümler” başlığı altında tanzim edilmiştir. 12,13 ve 14. maddeler, sırasıyla, işçilerin seyahat özgürlüğü, yerleşme serbestisi ve hizmet sunulma hakkı olarak düzenlenmiştir. Kaçınılmaz metinsel farklılıklarla karşı karşıya kalındığında bu hükümler aynı dili benimseyecektir.Bu doğrultuda, 13. maddeyi yinelemek yeterlidir:

“Sözleşmenin tarafları, yerleşme serbestliği kısıtlamalarını aralarında kaldırmak amacıyla Topluluğu kuran Antlaşma'nın 52 ilâ 56. (Dahil) maddeleri ile 58. maddesinden esinlenmekteymişlerdir.”

(Maddeler 59-63 ve 65-81 arasındaki Avrupa Birliği İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın güncellenen hükümleridir.)

6. Yukarıda mezkûr olan üç temel özgürlük üzerindeki kısıtlamaların kaldırılması, Avrupa Ekonomik Topluluğu ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki ticari ve ekonomik ilişkilerin ilerlemesi ve gelişimi için tasarlanan temel mekanizma olarak tanımlanmıştır. Anlaşma, üç temel özgürlükten herhangi birini, Türk nüfusu için genişletme iddiasında bulunmamaktadır. Bilakis, mevzubahis Anlaşma hükümleri,Anlaşma'nın işleyişinde referans noktası olarak hareket edecektir. İşlevleri, zorlaştırmak yerine, yol göstermektir.
7. Bahsi geçen “standstill” klozu, Ankara Anlaşması'nın asıl metninin bir parçası olarak yer almamıştır. İşbu ilke, 23 Kasım 1970 tarihinde imzalanan Ek Protokol ile düzenlenmiştir. Protokol, Türkiye'nin önceki 7 yıl boyunca “hazırlık” döneminden “geçiş” dönemine ilerlemeyi gerçekleştirme adına

yapmış olduğu yeterli gelişimi kabul etmeye dayanıyordu. Protokol, malların serbest dolaşımı, nicel kısıtlamaların kaldırılması ve Topluluğun Ortak Tarım Politikası ile ilgili olarak teferruatlı bölümler içermektedir. Bu muhtelif bölümler, "Kişi ve Hizmet Dolaşımı" başlıklı olan II. Kısım tarafından takip edilmektedir.

8. "İş Kurma Hakkı, Hizmet ve Ulaştırma" başlıklı II. Kısımın ilk hükmü olan 41. Madde, şunları sağlamaktadır:

"Akit Taraflar, aralarında, yerleşme serbestisi ve hizmetlerin serbest edimine yönelik yeni kısıtlamalar koymaktan sakınırlar."

41. maddenin 2.fıkrası, açıkça, Ankara Anlaşması'nın 13 ve 14. maddelerine atıfta bulunarak "ilkeler" dilini benimsemektedir. Bu şekilde amacını vurgulamaktadır:

"...Sözleşmenin tarafları, kendi aralarında yerleşme serbestisindeki ve hizmetlerin serbest edimindeki kısıtlamaları aşamalı olarak kaldıracaktır. Ortaklık Konseyi, söz konusu sıra, süre ve usulleri, çeşitli faaliyet dalları için bu alanlarda Topluluğun daha önce koyduğu hükümleri ve Türkiye'nin ekonomik ve sosyal alanlardaki özel durumunu göz önüne alarak tespit eder."

4.Kısım altında toplanan "Genel ve Son Hükümler" arasında, 59. madde dikkat çekmektedir:

"Bu Protokol'ün kapsamına giren alanlarda, Türkiye, üye devletlerin, Topluluğu kuran Antlaşma uyarınca birbirlerine tanıdıklarından daha elverişli bir işlemde yararlanamaz."

Ortaklık Konseyi'nin 1/80 sayılı Kararına, bilhassa Türk işçilerinin ayrıma tabi tutulmasına ilişkin "standstill" klozu olan 13. maddeye atıf yapılacaktır.

Birleşik Krallık'ın Göçmenlik Kuralları

9. Birleşik Krallık, yukarıda [1] bahsedildiği gibi, 1 Ocak 1973 tarihinde yürürlüğe giren 2760/72 sayılı Konsey Tüzüğü gereğince Ankara Anlaşması ve Protokol ile bağlı hale gelmiştir. Bu durum, Birleşik Krallık'ın Avrupa Birliği'ne katılmasıyla ilişkili bir dizi ölçülerden biriydi.
10. Birleşik Krallık tarafından söz konusu özgürlüklere yönelik herhangi bir yeni kısıtlamanın getirilip getirilmediğinin ölçülmesi için 1973 yılında yürürlüğe giren kısıtlamaların tanımlanması gerekir. Bahse konu kısıtlamalar, Göç Kuralları'nın 509 ve 510 sayılı Avam Kamarası belgelerinde² bulunmaktadır. 509 sayılı Avam Kamarası belgesinin, Birleşik Krallık'a girişte uyulması gereken şartları ilgilendiren 35. paragrafı, "tâbi aile üyesi"ne atıfta bulunarak açıklar:

"Birleşik Krallık'a bağımsız çalışan olarak kabul edilmiş bir kişinin karısı ve 18 yaşının altındaki çocuklarına, eşe verilmiş kalma izni süresince Birleşik Krallık'a giriş için izin verilmelidir."

²https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/691087/Turkish-ECAA-business-guidance-v7.0EXT.PDF

510 sayılı Avam Kamarası belgesi, “giriş sonrası” gereklilikleri tanzim etmektedir. Bu belgeler içerisinde, 28. paragrafta “oturma” konusu ele alınmaktadır:

“İlk olarak sınırlı bir süre için kabul edilen ve dört yıl boyunca onaylı işlerde çalışan biri ya da bir iş adamı, bağımsız çalışan veya kendi kaynakları ile geçinen biri olarak Birleşik Krallık’ta kalan bir kişinin, işini sürdürme gerekçesi olmadıkça, oturmasındaki süre sınırına sahiptir. Süre sınırının kaldırılması için yapılmış başvurular, 4. paragrafta düzenlenenler dahil olmak üzere, ilgili durumlar ışığında dikkate alınmalıdır. Bir kere süre sınırı kaldırıldıktan sonra, herhangi bir iş veya istihdam alanında faaliyet göstermek için İçişleri Bakanlığı’ndan veya Çalışma Bakanlığı’ndan başka bir izin alınması şart değildir. İkamet etme maksadıyla ülkeye girmek için izinlerin değiştirilmesi başvurusu, başvuruları önceden kabul edilmiş kişilerden de (örneğin ziyaretçi olarak kabul edilmiş) alınabilir; fakat izin, halihazırda oturma için kabul edilmiş kişilerin yakınları ile sınırlandırılmalıdır. Detaylar, Ekim 1972 tarihli Girişte Kontrol Kuralları’nda 37 ve 44. paragraflar arasında düzenlenmiştir.”

Bu cihetle, Türk iş adamları ve bağımsız çalışanları için, Birleşik Krallık’ta ki 4 yıllık ekonomik faaliyet, oturma statüsünü güvenceye alma yoludur. İşbu statü, Başvuranın kocasının edindiği statüdür.

11. Birleşik Krallık’ta kalmak için daimi oturma izni veya oturma için gereksinimler, 1973’ten beri önemli ölçüde tekâmül etmektedir. Bu gereksinimler, artan bir şekilde katılaşmakta ve sertleşmektedir. Gereksinimler, Göç Kuralları’nın Ek Aile Göçü³ (395 sayılı Avam Kamarası belgesi) içerisinde yer almaktadır. Bu Ek içerisinde, oturma çeşitliliği, dil ve ekonomik şartlar bulunmaktadır. Kısaca belirtildiği gibi, İçişleri Bakanı’nın, bu yargılamada aradığı bilgilendirme, oturma başvurusu ile ilgili yürürlükteki Göç Kuralları’nın hükümlerinin ve ortak politikanın, Ankara Anlaşması doğrultusunda Birleşik Krallık’ta mevcut ve yerleşik Türk iş adamlarının veya bağımsız çalışanların kendilerine bağımlı aile üyelerine uygulanıp uygulanmayacağına ilişkindir.

Aleyhe Verilen Karar

12. Yukarıda da belirtildiği gibi, İçişleri Bakanı tarafından 23 Eylül 2015 tarihinde, Başvuru Sahibi ve çocuğunun daimi oturma iznini reddeden bir karar verilmiştir. Takip eden başarısız bir idari inceleme süreci ardından, bu kararların, 22 Aralık 2015 tarihinde başlatılan bu dava işlemleri ile hukuka uygun olmadığı iddiasında bulunulmuştur. Aleyhe verilen kararın özü ve gerekçesi takip eden paragraftan anlaşılabilir.

*“**KARAR ÖZETİ** -Başvurunuz, 1973’te yürürlükte olan Göçmenlik Kuralları uyarınca, iş gereksinimlerini ana hatlarıyla düzenleyen 510 sayılı Avam Kamarası belgesininin 41. paragrafına göre reddedilmiştir.*

İçişleri Bakanı, Birleşik Krallık’ta, haminiz ile en az iki yıldır beraber yaşadığınıza dair hemfikir değildir...

³ <https://www.gov.uk/guidance/immigration-rules/immigration-rules-appendix-fm-family-members>

*“Avrupa Topluluğu İşbirliği Antlaşması uyarınca İş Başvuruları”
kılavuzunun 72. Sayfası şunu açıklamaktadır:*

*“ Başvuru Sahibi ve Türk iş adamı, en az iki yıllık bir süreden
beri Birleşik Krallık'ta evlilik veya medeni birlikteliğe benzer
bir ilişkide yaşamaktadır. ”*

Delillere dayanan karar mercii, Başvuru Sahibinin, eşiyle birlikte Birleşik Krallık'ta on dokuz aydan az bir süredir yaşadığını belirtmiştir. Bu durum ihtilafsızdır.

Duruşma: İlk Safha

13. Hülasa, aleyhe verilen karar, Başvuru Sahibinin daimi oturma izni talebine karşılık 510 sayılı Avam Kamarası belgesinin 41. paragrafı ile İçişleri Bakanlığı Yönetmeliği'nin 72. Sayfasının beraber değerlendirilmesiyle verilmiştir. Tamamlanmamış ilk duruşma sırasında ortaya çıkan birinci uyuşmazlık, bu Yönetmeliğin, toplanan yazılı delillerin bir parçasını teşkil etmemesi ve her iki tarafın ayrıntılı yazılı beyanlarında yer almamasıydı. İkinci ilgili uyuşmazlık, bahsi geçen beyanların, aleyhe verilen kararı ileri bir tarihe atan 15 Ekim 2015'te yayımlanmış yeni İçişleri Bakanlığı yönetmeliğine dair olmasıdır.
14. Duruşma ilerledikçe, başka bir ihtilaf ortaya çıkmıştır. İçişleri Bakanı'nın vekili Bayan RheeQC'nin temel argümanı aşağıdaki beyanı içermektedir:

“İçişleri Bakanı'nın Detaylı Savunma Gerekçesi'nde açıkladığı ve onayladığı gibi, ,Başvuru Sahibinin durumunun...510 sayılı Avam Kamarası belgesi temelinde Türk iş adamlarından daimi oturma izni için başvuruları değerlendirmeye alan Avrupa Topluluğu İşbirliği Anlaşması Yönetmeliği'nce düzenlenen statü ile çelişmesi...ve Başvuru Sahibinin kocasının daimi oturma izni başvurusunun gerçekte 28. paragraf kapsamında incelenmiş olması...

Ayrıca, Başvuru Sahibinin daimi oturma izni için başvurusu,Avrupa Topluluğu İşbirliği Anlaşması Yönetmeliği hükümleri ile birlikte 510 sayılı Avam Kamarası belgesi kapsamında incelenmiştir...

Başvuru Sahibi koşulu(Birleşik Krallık'ta iki yıllık evli bir çift gibi birlikte yaşama) yerine getirmemiştir.

Aynı zamanda, biraz dikkatli inceledikten sonra, İçişleri Bakanlığı'nın görüşü,oturumun, mevcudun korunması hükmü aracılığıyla elde edilemediği üzerinedir.

...

Bunun üzerine, hem Başvuru Sahibinin kocasının hem de kendisinin daimi oturma izni için başvurusu Göç Kuralları kapsamında incelenmeliydi. İlgili Kurallar kapsamında, daimi oturma izni imtiyazı için yeterlik kazanma, beş yıllık oturma süresidir. Başvuru Sahibi bu koşulu yerine getirmemektedir.

Burası kesin ve açıktır ki İçişleri Bakanı, yönetmeliğinde değişiklik yapmayı ve doğru yasal durumu yansıtmayı gözetmeden önce ilgili ilke konusunda mahkemeden nihai bir karar beklemektedir.”

Kısacası, Başvuru Sahibi'nin başvurusunun reddedilmesine ilişkin aleyhe verilen karardaki gerekçelerin, İçişleri Bakanı tarafından açık bir şekilde hatalı ve sürdürülemez olduğu kabul edilmiştir. Bayan Rhee, 510 sayılı Avam Kamarası belgesinin 41. paragrafı kapsamında başvurunun reddedilmesinin temel olarak hatalı olduğunu kabul etmiştir. Başvuru, bunun yerine, Göç Kuralları'nın Ek Aile Göçü (395 sayılı Avam Kamarası Belgesi) ve bilhassa 1.1 ile 1.5 paragraflar arasında değerlendirilmeliydi. 1.3. paragraf ise, temel hükümdür.

15. Duruşmayı erteleyerek aşağıdaki ara kararlar verilmiştir:

- (a) Elde edilemeyen önceki yönetmeliğin mahkemeye sunulmalıdır;
- (b) İçişleri Bakanı, yasal temsilcisi tarafından yazılmış resmi bir dilekçede, Başvuru Sahibi tarafından süresiz oturum izni için 7 Nisan 2015 tarihinde yapılan ve 23 Eylül 2015 tarihinde sonuçlanan başvurusunun kararına esas olan Göç Kuralları Ek Aile Göçü'ndeki hükümlerin tam olarak hangileri olduğunu tartışmasız bir biçimde belirtmelidir.

Vurgulandığı gibi, Mahkeme, İçişleri Bakanı'nın yeni veya tali bir karar vermesi gerektiğini ima etmemiştir. Bilakis, Mahkeme, duruşmada ortaya çıkan uyumsuzlukları ve duruşmada ortaya çıkan savları göz önünde bulundurarak, yargılamada ilerlemeden önce mutlak belirliliğe ihtiyaç duymuştur. Üstelik, ortaya çıkan meselenin doğası göz önüne alındığında, bu durum, Başvuru Sahibi'nin avukatının dilekçesinin büyük ciddiyet ve resmiyet gerektiren ve talimatlara dayalı olarak yazılı ve sözlü beyanları ile karşılaştırılması gereken bir meseledir.

Duruşma: İkinci Safha

16. Evvelden zikredilen erteleme nedeniyle yaşanan ara görüşmede, İçişleri Bakanlığı, Başvuru Sahibi'ne 2 Kasım 2016 tarihli dilekçeyle yazmıştır. Dilekçenin içeriği "...oturma başvurunuz, yürürlükte olan ilgili Aile Kuralları uyarınca yapılmış olsaydı nasıl ele alınmış olurdu" olarak düzenlenmiştir. Hem bu yazının içeriğini hem de bu yargılamadaki sorunları anlamak için, 509 ve 510 sayılı Avam Kamarası belgelerini ve Ankara Anlaşması'nın akdedildiği 1973 yılında yürürlükte bulunan Göç Kuralları ilgili hükümlerini kavramak gerekmektedir.

17. Dilekçe, ayrıca açıklamaktadır:

"İçişleri Bakanlığı, Türk iş adamları ve onlara tâbi aile üyelerinin oturumunu, 510 sayılı Avam Kamarası belgesi kapsamında değerlendirmemesine karşın, daimi oturma izninin, 1973 Göç Kuralları kapsamında elde edilebilmesi için izin vermiştir."

Dilekçe, Göç Kuralları'na ek olarak, İçişleri Bakanlığı yönetmeliğinde uygulanacak kuralların da olduğunu beyan etmektedir. Mevcut yönetmelik, 22 Nisan 2015 tarihinde yayınlamış "Avrupa Topluluğu İşbirliği Anlaşması kapsamında İş Başvuruları" başlığına dayanmaktadır. 65-67. Sayfalarda, Ankara Anlaşması kapsamında Birleşik Krallık'a kabul edilen Türk vatandaşlarının bağımlı aile üyeleri için düzenlenen hükümler mevcuttur. Bu arada, mahkeme tarafından yukarıda [15](a)'da yapılan soruşturmada, Nisan 2015 yönetmeliğinin 65-67. sayfalarının haleflerinden (Ekim 2015 yönetmeliği, 60-62. sayfaları) farkı olmadığını ortaya koymuştur.

18. Türk iş adamlarına ve bağımlı aile üyelerine yönelik oturumun, 510 sayılı Avam Kamarası belgesi kapsamında değerlendirilip kararlaştırıldığı önceki İçişleri Bakanlığı uygulamasını kabul ettikten sonra, dilekçe, bu topluluğun üyelerinin oturumu için İçişleri Bakanlığı'nın gözden geçirilmiş yaklaşımını, yani "zaman zaman revize edilmiş yürürlükteki Göç Kuralları"nı, vurgulamaktadır. Bu husus, aşağıdaki ifadelerle açıklanmıştır:

"... Geçerli olan tatbik edilebilir ilgili kurallar, oturum arayan Türk vatandaşlarının, mevcut Göç Kuralları içerisindeki Aile Kuralları gibi oturum yollarından birine geçmek için başvuruda bulunması gerektiği anlamına gelir. Aile Kuralları yolu, deneme süresi boyunca ilgili tüm kriterleri yerine getirmesi sonucunda başvuru sahibine beş yılın tamamlanmasının ardından daimi oturma iznini sağlar."

Dilekçe, ayrıca Başvuru Sahibi'ni bilgilendirmektedir:

"Özetle, yürürlükteki Aile Kuralları kapsamında daimi oturma izni için yapılan bir başvuru, Göç Kuralları 1.2, ... 1.3, ... 1.4, ... 1.5 ve 1.6. paragrafları uyarınca reddedilirdi."

Başvuru Sahibi, beş yıl boyunca Birleşik Krallık'taki kocasıyla beraber kesintisiz ikamet ettiğini ispatlayamayacaktır. Dilekçe, son olarak şunu ifade etmektedir:

"“standstill” klozu sınırlamaları konusundaki İçişleri Bakanlığı'nın kararlarının korunmalıdır. Avrupa Topluluğu İşbirliği Anlaşması kapsamındaki oturma izinlerini güvence altına almak için işbu Anlaşma kapsamındaki daimi oturma iznine sahip iş adamlarının bağımlı aile üyelerine yeni bir yol olanağı sağlanması göz önünde bulundurulabilir."

19. Yukarıdakilerin tamamı göz önünde bulundurduktan sonra, yeni bir karar vermek amacıyla kamu hukuku yükümlülüğünü harekete geçiren İçişleri Bakanı'nın aleyhe verilen kararında hatanın kabul edilmiş olmasına bağlı kalmaksızın, bu adli işlemlerin tamamlanmasıyla faydalı bir amaç sunulacağı kanaatindeyim. Bilhassa, Mahkeme, İçişleri Bakanı'na önemli rehberlik sağlayacak, ilgili yasal kuralların aydınlatılması diğer davaları etkileyecek ve ayrıca İçişleri Bakanı'nın ileride yapacağı kurallara etki edecektir. Ek olarak, bir karar alınmaya devam edilmektedir ve süregelen bu yargılama bu sürece katkı sağlayacaktır.

Karşı Savlar

20. Her iki avukatın sözlü ve yazılı savlarının açık ve kesin ifadesine harcadığı gayreti ve özeni Mahkeme görmektedir. Belirli bazı temel ihtilaflar hükme bağlandığı için, bunları yeniden değerlendirmeye almak gereksiz olacaktır.
21. Başvuru Sahibi adına, Bayan Peterson tarafından geliştirilen savın temel noktası, İçişleri Bakanı'nın kararının "standstill" klozunu ihlal ettiği yönündeydi. Bayan Peterson, Başvuru Sahibinin oturma izni başvurusunun, güncel Göç Kuralları ve yukarıda bahsedilen İçişleri Bakanı'nın yönetmeliğinden ziyade, 1973 Göç Kuralları referans alınarak belirlenmesi gerektiğini savunmuştur. Bay Peterson'ın atıf yaptığı davalar; Savaş (C-37/98), Dereci (C-256/11)

22. Başvuru Sahibi'nin iddiasının ikinci esas unsuru, Sınırlar, Vatandaşlık ve Göç Yasası'nın 55. bölümü ile birlikte göz önünde bulundurulmasıyla beraber Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. maddesi uyarınca ilgili üç aile üyesinin aile hayatına saygı gösterme hakkının ihlal edildiğine dairdir. Bayan Peterson, beyanında bu durumu aşağıdaki terimlerle desteklemiştir:

“Yükümlü olan kişi Birleşik Krallık'ta başarılı bir iş kurmuştur... işe ve Davacı için olan hükümlere zarar vermeden işinden ayrılmayacaktır. Dahası Ankara Anlaşması'nın hedeflerinin hukuka aykırı bir şekilde engelleniyor olduğu sunulmuştur... ve bir yaştan daha küçük olan ikinci davacıyı, ya babasının bakımından ya da ailesinin bakımını sağlayan gelirin kesin olarak kesilmesiyle mahrum bırakmaya çalışıldığını ifade etmiştir.”

Ailenin çocuğunun “İkinci Davacı” olarak tanımlanması hata olsa da, artık önemli değildir; başvurudan sonra, “İkinci Davacı” olan evlilik birliği içinde doğan çocuğunun İngiliz Vatandaşlığı onaylanmıştır.

23. İşçileri Bakanı adına Bayan RheeQC'in beyanlarının özü, daimi oturma izninin, “standstill” klozu kapsamı çerçevesinde, ilgili Türk iş adamının veya bağımsız çalışanın sahip olduğu yerleşme serbestisinin bir gereği veya sonucu olarak değerlendirilemeyeceğidir. Bilakis, hem göçmene hem de tâbi aile üyelerine sınırlı oturma izni imtiyazı verilmesi, Ankara Anlaşması'nın amaçlarına hizmet etmek için yeterlidir. Bayan Rhee'nin ikinci ana beyanı, oturma imtiyazı tanınan Başvuru Sahibi'nin eşinin artık Anlaşma kapsamındaki haklarını kullanmadığıdır. Bayan Rhee'nin beyanı, ayrıca, yukarıda zikredilen Ankara Anlaşması'nın 59. maddesinden destek almaktadır.

Karar Duruşması

24. Hem Avrupa Birliği Adalet Divanı hem de selefi Avrupa Adalet Divanı, Ankara Anlaşması ve bilhassa zaman zaman “standstill” klozu hakkında mütalaa vermiştir. Özellikle, işçilerin serbest dolaşım hakkı bağlamında uygulanabilir hüküm, Ortaklık Konseyi'nin 1/80sayılı Kararının 13. maddesinde yer almaktadır. Bu maddenin gerekçesi ve etkisi Şahin Davası'nda göz önünde bulundurulmuştur. [Dava C-242/06] Türk vatandaşı Bay Şahin, oturma izni başvurusu yaparken yeni bir finansal verginin getirilmesine itiraz etmişti. Mahkeme 63. paragrafta şunu belirtmiştir:

“13. maddede hüküm altına alınmış olan “standstill” klozu, genel olarak, bir Türk vatandaşının istifade ettiği işçilerin seyahat serbestisi hakkı kullanımını etkilemeye yönelik herhangi bir sınırlandırıcı tedbirin yürürlüğe girmesini ve kabul edilenden daha fazla sınırlandırılmasını yasaklayan yerleşmiş bir içtihatır.”

Mahkeme kararında, ayrıca, Ek Protokol'ün 59. maddesine dayanarak, Topluluk vatandaşlarına da aynı kısıtlamalar uygulanıyor olması koşuluyla, Üye Devletlerin Ankara Anlaşması dahilinde yeni kısıtlamaları Türk vatandaşlarına getirebileceklerine karar verilmiştir. Mahkeme, bu gibi durumlarda getirilen kısıtlamaların, Topluluk yurttaşlarına etkisiyle karşılaştırıldığında Türk vatandaşlarına etkisinin orantısız olmaması gerektiğini eklemiştir. Sonuç olarak, orantısızlık, daha uzun süreli geçerliliği olan oturma izni kabul edilen Topluluk yurttaşlarının 30 Euro'luk ücreti ile

karşılaştırıldığında, Türk vatandaşlarının maruz bırakıldığı 169 Euro'luk ücrete dayanmaktadır.

25. Türk işçileri ile ilgili “standstill” klozu, yani 1/80 sayılı Kararın 13. maddesi, Genç Davası'nda da ayrıca hükme esas alınmıştır[Dava C-561/14]. Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından 37. paragrafta “standstill” klozuna atf yaparak sorulan soru, ilgili Üye Devlet tarafından uygulanan aleyhe tedbirin, Türk işçilerinin söz konusu Üye Devlet içerisindeki çalışma özgürlüğüne etki edip etmeyeceğine yönelik idi.

Mahkeme, 39. paragrafta şunu hatırlatmıştır:

“Öyleyse, Mahkemenin, Ek Protokolün yürürlüğe girdiğinde uygulanabilen şartlara ilişkin olarak, Türk vatandaşlarının eşlerinin ilgili Üye Devletin ülkesine girişte ön kabul şartlarının katılaştırılmasıyla aile birleşimini daha çok zorlaştıran yeni yasal düzenlemenin, Ek Protokol'ün 41(1) maddesi bağlamında yerleşme serbestisinden faydalanan Türk vatandaşları için “yeni kısıtlama” oluşturduğuna karar verdiğini hatırlamak gerekmektedir. (Doğan Davası, C-138/13,EU:C:2015:2066, 36. Paragraf).”

Takip eden 40. paragraf, ayrıca göz önünde bulundurulmalıdır:

“Bir Türk vatandaşının bir Üye Devlette istikrarlı bir ekonomik etkinlik yürütmek için oraya yerleşme kararı, ilgili Üye Devlet düzenlemeleri, aile birleşimini zor veya imkânsız hâle getiriyorsa, negatif biçimde etkilenebilir. Böyle bir durumda, ilgili Türk vatandaşı, duruma göre, kendisini ilgili Üye Devletteki etkinliği ile Türkiye'deki aile hayatı arasında bir seçim yapmaya zorlanmış bulabilir (Doğan Davası, C-138/13, EU:C:2015:2066, 35.paragraf).”

Büyük Daire'nin Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın 267. maddesi kapsamında verdiği gerekçeli karar söz konusu yargılamanın son paragrafında bulunur:

“İlgili Üye Devlette yasal bir şekilde mukim olan bir Türk işçisi ve onun küçük çocuğu arasındaki aile birleşimine getirilen, başvuru sahibi çocuk ve diğer ebeveyni başka bir ülkede yaşarken, çocuğun Danimarka'ya entegrasyonunu sağlayacak, hâlihazırda kurulmuş ya da gelecekte kurulma ihtimali bulunan Danimarka ile yeterli bağ şartı ve Türk işçisinin ilgili üye devlette daimi oturma izni veya daimi oturma ihtimali olan oturma izni almasının üzerinden 2 yıldan fazla zaman geçtikten sonra yapılan aile birleşimi başvurusunun kabul edilemeyeceğini öngören ulusal düzenleme, Ortaklık Konseyi 1/80 sayılı Kararının 13. maddesi bağlamında, “yeni kısıtlama” teşkil etmektedir... Böyle bir kısıtlama adil değildir.”

26. Büyük Daire'nin daha önceden verilmiş “Demirkan” kararı, 55. paragrafta kısa, öz ve genel bir ifade içermektedir (Case C-221/11):

“Sonuç olarak, yerleşme serbestisi veya hizmet sunumu serbestisinin ileri sürülüp sürülmediğine bakmaksızın, “standstill” klozu, yalnızca, ihtilaflı bir ekonomik etkinliğin yürütülmesinin doğal sonucu olduğunda Türk Vatandaşları'nın bir üye devlet ülkesine girişi ve orada ikameti koşulları yönünden alakalı olabilir.”

Ayrıca, Türk işçilerine ilişkin diğer bir dava olan ve birlikte görülen Abatay ve Şahin (C - 317/01 ve C – 369/01)davalarındaki Mahkeme'nin 81. paragraftaki anlatımından yardım almaktayım:

“...Hukuka uygun bir şekilde bir Üye Devlet'te istihdam edilen bir Türk vatandaşının bundan böyle istihdama erişim konusunda “standstill” klozundan faydalanmasına ihtiyacı yoktur. Çünkü bu erişime zaten izin verilmiştir ve akabinde ilgili kişi kariyerinin geri kalanı için bu kararın 6. maddesinde kendisine açıklanan haklardan ev sahibi Üye Devlet'te faydalanmaktadır. Diğer taraftan, istihdama erişimin şartları hususunda mevcut halin korunması ihtiyacı, ulusal otoriteleri, başlangıçta bu özgürlüğün aşamalı olarak yürürlüğe girmesi amacıyla da olsa, istihdama erişim hususunda muhafaza edilebilecek mevcut ulusal kısıtlamaları ve işçilerin serbest dolaşımına izin veren 1/80 sayılı Karar'ın başarısını tehlikeye atacak tedbirleri engellemeyi amaçlamıştır.”

27. Aile birleşimi sorunu, Doğan Davası'nda (C – 138/13)Avrupa Birliği Adalet Divanı (İkinci Daire) tarafından özel olarak ele alınması gereken bir konu olmuştur. Mahkeme 34. paragrafta şunu ifade etmiştir:

“Bu bakımdan, belirtilmelidir ki; Divana göre, aile birleşimi, Üye Devletlerin iş gücüne dâhil bulunan Türk işçilerinin aile hayatını mümkün kılan asli yoldur ve Türk işçilerinin hem kalıplarının kalitesini arttırmaya hem de ilgili Üye Devletlerdeki entegrasyonlarına katkı yapar(Dülger Davası, C-451/11, EU:C:2012:504, 42. Paragraf).”

Karar 35. paragrafta devam etmektedir:

“Bir Türk vatandaşının bir üye devlette istikrarlı bir ekonomik etkinlik yürütme amacıyla oraya yerleşme kararı, o Üye Devletin düzenlemeleriyle aile birleşimini zor veya imkânsız hâle getirmesi durumunda, negatif biçimde etkilenebilir. Böyle bir durumda, söz konusu Türk vatandaşı, duruma göre kendisini, ilgili üye devletteki faaliyeti ile Türkiye'deki aile hayatı arasında bir seçim yapmaya zorlanmış bulabilir.”

28. Son olarak, Temyiz Mahkemesi'nin ‘‘R (Buer) v İçişleri Bakanı’’ [2014] kararına atıf yapılmalıdır. Bu dava, 1/80 sayılı Kararın 13. maddesinin kapsamı ve yorumuyla ilgilidir. Dava konusu, istihdam edilmiş bir Türk işçisi olan Davacının, daimi oturma izni hakkını iddia etmesine karşılık İçişleri Bakanı'nın sınırlı oturma izni imtiyazı yönündeki idari kararına itirazdır. Richards LJ'nin aşağıdaki kararında aktarılmış olduğu için *usûl ekonomisi gereğince* Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın ilgili diğer kararlarına ayrıntılı atıflar yapmak gereksizdir. Şahin kararını göz önünde bulundurduktan sonra, Richards LJ 39. paragrafı devam etmektedir:

“Oturmadan açıkça bahsetmemesine rağmen 13. maddenin oturma başvurusunda kullanılmasının sebebi, oturumun, istihdamın doğal bir sonucu olmasıdır: bir oturma hakkı olmadan istihdama etkili bir erişim söz konusu olamaz. Bu, oturma konusunda aynı şekilde sessiz olan ama oturma hakkının elde edilmesi için düzenlenen 6. maddeyle açıkça ortaya konmuştur.”Kus v LandeshauptstadtWiesbaden (Dava C-237/91), [1992] ; Sevince v Staatssecretaris Van Justitie (Dava C-

192/89), [1990].Mahkeme bunu 29 ve 30. paragraflarda dile getirmektedir.

“Bu yargılamada, 1/80sayılı Kararın 6.maddesinin 1.fikrasının üçüncü bendi bağlamında bu hükmün, Türk işçisinin oturma hakkını değil sadece istihdam hususunu yönettiğine karar verilmesine rağmen bir Türk işçisinin kişisel durumunun bu iki yönü yakın bir şekilde ilişkilendirilmiştir. Üye Devlet'te yasal istihdamın belirli bir süre zarfından sonra bu işçiye dilediği herhangi bir ücretli işe erişim hakkını tanınmasında söz konusu hüküm, zorunlu bir şekilde ilgili kişinin oturma hakkının mevcudiyetini belirtir. Aksi halde Türk işçisine tanınan hak etkisiz kalacaktır.

1/80 sayılı Kararın 6. maddesinin 1. fıkrasının birinci bendi hasebiyle bir yıllık yasal istihdamın ardından Türk işçisine tanınan aynı işveren için çalışma iznini yenileme hakkı, bir oturma hakkı olmadan, aynı şekilde etkisiz kalır.”

Karar 40. paragrafta devam eder:

“ Bu paragraftaki odak, bir yerleşim hakkından veya daimi oturmadan çok farklı olan işe erişimi etkili hale getiren oturma hakkıdır. Aynı muhakeme, 13. maddeye de uygulanmalıdır. Ayrıca, 13. madde, yukarıda tartışılan maddenin sınırlı kapsamı ile vurgulanmıştır. Eğer madde, ev sahibi Üye Devlet'in işçi sınıfına halihazırda entegre olmuşları koruma amaçlı değil de 6. madde kapsamındaki haklara sahip olmayanlara uygulanmak amacındaysa, madde, uzun süreli oturma veya yerleşim ile değil; 6. madde kapsamında hakların elde edileceği noktaya kadar oturma ile ilgili olmalıdır.

41. Paragraf:

“Oturma ve istihdam arasındaki yakın ilişki Bozkurt Davası'ndaki örneklerle açıklanmaktadır. Bu davadaki sorulardan biri, hak sahibi başvuranının, kendisini iş için kalıcı olarak çalışamaz duruma getiren iş kazasının ardından ev sahibi Üye Devletin ülkesinde kalıp kalmayacağına ilişkindir. Mahkeme, bu soruya olumsuz yönde cevap vermiştir. Kararın 39 ve 40. paragraflarında belirtilenler şunlardır:

“1/80 sayılı Kararın 6. Maddesi, çalışıyor olan veya iş için geçici olarak çalışamaz durumda olan Türk işçilerinin durumunu kapsadığını göstermektedir. Diğer yandan, Üye Devletin iş gücüne mensup olmayı kesin bir şekilde sonlandırana, örneğin, emekliliğe erişen yaşından veya mevcut davadaki gibi tamamen ve kalıcı olarak çalışamaz duruma geldiğinden dolayı çalışamayan bir Türk işçisini, kapsamamaktadır.”

Bu muhakeme, Mahkemeyi karara bağlamaya yönlendirmiştir, 46. paragrafta:

“... bu 13. madde, ev sahibi Üye Devlette oturma ile ilgili değildir ve bu cihetle, oturma hakkına yeni kısıtlamaların getirilmesini yasaklamamaktadır.”

Yargularım

29. Yukarıda dikkate alınmış davalardan özüksenecek birinci temel esas,1980 sonrasında getirilen ve aile birleşimini etkileyen, aile hayatını zorlaştıran veya imkansızlaştıran herhangi bir AB Üye Devletinin tedbirinin, Türk vatandaşının çalışma veya hizmet sunma becerisi üzerinde veya ilgili Üye Devletteki oturumuna yeni bir kısıtlama oluşturabileceğidir. İkincisi, aile birleşiminin, bir Türk vatandaşının Ankara Anlaşması kapsamında ev sahibi Üye Devlette ekonomik olarak aktif olması veya aktif kalmaya devam etmesinin temel bir unsuru olabileceğidir. Bu senaryoların her ikisinde de “standstill” klozu ihlal edilebilir.
30. Benim muhakememde belirlenecek ana soru aşağıdaki terimlerle açıklanabilir: **Ankara Anlaşmasına uygun olarak Birleşik Krallık’a giriş yapan ve iş kuran bir Türk vatandaşının bağımlı aile üyelerinin daimi oturma iznine dair bir ret kararı Türk vatandaşının işini yapmaya devam etmesini engeller veya ortadan kaldırır mı?**
31. Sorunun bu şekilde ifade edilmesi, teamül hukuku yargısı için genel ve soyut bir cevabın mümkün olmadığı sonucunu doğurabilir. Her davanın yoğun bir şekilde bu duruma duyarlı olacağı kaçınılmaz gerçekliktir. Dolayısıyla, bazı davalardaki olayın yapısı bu soruya olumlu bir cevabın verilmesini gerektirebilir. Aynı şekilde, diğer bazı davalarda ise kendine özgü gerçek yapısı sebebiyle, olumsuz bir cevap belirtilebilir.
32. Ancak, baştaki ihtirazı kayıtlarla birlikte, verilen soruya somut ve net bir cevap vermekte herhangi bir isteksizliği reddetmekteyim. Bunu, yukarıda bahsi geçen Ankara Anlaşması’nın, ilgili protokolünün ve içtihatlarının, Avrupa iç hukukunun hüküm ve amaçlarını temel almaktayım.
33. Birleşik Krallık yasaları kapsamında daimi oturma izni, Birleşik Krallık vatandaşı olmayanlar tarafından kazanılabilecek en yüksek statüdür. İngiliz milletinin bütün haklarını, avantajlarını ve yükümlülüklerini beraberinde taşır. Bu izin, 2007 Birleşik Krallık Sınırları Yasası sınır dışı etme hükümlerinden muafiyeti de içermektedir. En büyük yaptırım ise vatandaşlıktan çıkarmaktır. Yüksek Mahkeme’nin Ahmed & Ors v SSHD ‘de verdiği karara bakınız. [2017] UKUT 118 (IAC) at [26] - [31].
34. Yukarıda verilen soruya doğru cevap, benim açımdan, herhangi bir özel karmaşıklık gerektirmiyor. Bir Türk vatandaşının aile üyelerine, girmek ve kalmak için sınırlı izin tahsisi, en istisnai durumda da olsa, etkin çalışmayı ve ekonomik haklardan istifadeyi sağlamak için yeterli olacaktır. En yüksek oturma statüsü bu amaç için gerekli değildir. Hakim içtihadı dile bakıldığında, daimi oturma statüsü verilmesi, temel hakların kullanılması için bir önkoşul veya netice değildir. Söz konusu hakların etkili bir şekilde kullanılmasını

sağlamak için sadece daimi oturmanın etkili olacağına dair bir kanıt yoktur. Ya da bu yasal bildirim üzerine müdafaa edilebilir herhangi bir temel yoktur. Buna ek olarak, bağımsız çalışan Türk müteşebbisiyleile (bağımlı) Türk işçisi arasındaki farkı açık bir şekilde delillerle veya savlarla haklı çıkaracak hiçbir şey tespit edilmemiştir.

35. Böylelikle, Ankara Anlaşması'nın 13. maddesi uyarınca iş kurmanın kendine özgü durumu üzerine Şahin, Buer ve yukarıda dikkate alınan diğer davalardaki prensipleri uygulamak gerekir. Bilhassa, Ankara tedbirlerinde, bazı Türk vatandaşı müteşebbislerin başarabileceği Avrupa Birliği Üye Devletlerinin ekonomisine yapılan daha büyük yatırımın, bireysel davaların içeriğine bağlı olarak, Türk işçilerine tanınan imtiyazlı muameleyi haklı çıkaracağını gösteren hiçbir şey yoktur. Bu arada, hizmetlerin sağlanmasının (14. madde)neden farklı olarak ele alınması gerektiğinin belirgin bir sebebi yoktur.
36. Gerektiği gibi benim temel sonucum, yukarıda tekrarlanmış olan Ek Protokol'ün 59. maddesiyle desteklenmiştir. Türkiye, hiçbir zaman AB üyesi olmamış bir devlettir. Yakın tarihin içeriği dikkate alındığında, Türkiye AB'ye katılma öncesinde aday devlet statüsü bile kazanmamıştır. Bu noktada, siyasi ve ilgili gerçeklikleri göz önünde bulundurduktan sonra, Ankara Anlaşmasıyla desteklenen amaçların her zamankinden daha uzak gibi görünmesi, hukuki çerçeveyi değiştirmez. Özellikle, 1980'de ayrımcılık yapmama ilkesi sıkı bir şekilde AB hukukuna dahil edilmiştir. Ek Protokol'ün 59. maddesi bunu yansıtmaktadır. Yakın zamanda, 2004/38 sayılı AB Yönetmeliği, (Vatandaş Yönetmeliği) AB vatandaşı aile üyeleri tarafından elde edilebilir hakları içermektedir. Ankara Anlaşması ve onun Ek Protokol'ü, Türk vatandaşlarına ve onların aile üyelerine, mevcut AB vatandaşlarından ve onların aile üyelerinden üstün haklar bahsetmiş ise bunun haksız olacağı kısa ve öz bir şekilde belirtilmiştir. Hakkaniyet,59. maddede açıkça detaylandırılmıştır. Benim muhakememde diğer bir sonuç ise, bir bütün olarak dikkate alınan iki ana Ankara belgesinin şartları ve amaçlarıyla AB hukuku temel ilkeleri ve yukarıda dikkate alınan geçerli AB hukuku ve iç hukuk hükümleri karıştırılmaktadır.
37. Bundan başka tamamlayıcı bir soru bulunmaktadır: Ekonomik olarak etkin bir Türk vatandaşı Birleşik Krallık'ta daimi oturma izni statüsü elde etmişse yukarıda formüle edilen ana sorunun cevabı farklılık gösterir mi? Fikrimce, böyle bir durumda, ilgili kişinin ekonomik hakları Ankara Anlaşması'ndan değil, oturum statüsünden kaynaklanmaktadır. Tarihsel olarak, Ankara Anlaşması kapsamındaki hakları Türk vatandaşının kullanmış olması gerçeği bu çözümlmeyi değiştirmez. İlgili Türk vatandaşının aile üyeleri tarafından iddia edilen haklar –Başvuru Sahibi gibi- konuyla ilişkili Türk vatandaşının statüsüne bağlıdır. Bunlar muntazar haklardır. Buradan da anlaşılacağı üzere, benim muhakememde, Ankara Anlaşması ve Ek Protokolü'nün bu şartlarda mevcut sorun üzerinde uygulama alanı yoktur. Böylece, bu gibi durumlarda [30] 'da teşkil etmiş ana soru ortaya çıkmaz. Bayan Rhee'nin bu beyanına katılmaktayım.

38. Ama benim yukarıdaki esas hükümlerim için ilave deliller, muhtemel tanık ifadeleri ve diğer materyaller, aile birleşimi ile ilgili olarak daha ileri bir tartışmayı içermesi halinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. maddesi bu uyuşmazlığı çözümlenmek için gerekli olurdu. Bununla beraber, esas hükümlerim, bu durumu boşa çıkarmıştır.

Karar

39. Birincisi, İçişleri Bakanı tarafından 23 Eylül 2015 tarihli aleyhe verilmiş kararı iptal eden bir karar veriyorum. İkincisi, yukarıda [34] ve [37]'deki kararlarımı yansıtan aşağıdaki paragraflarla açıklamayı uygun görmekteyim:

- (i) Yerleşme serbestisinden, Avrupa Topluluğu İşbirliği Anlaşması'nın 13. maddesi kapsamında faydalanılması zaruri olmadığı gibi, Avrupa Topluluğu İşbirliği Antlaşması kapsamında Birleşik Krallık'ta oturma hakkından faydalanan göçmen bir Türk vatandaşının ve aile üyelerinin oturumu, Avrupa Topluluğu İşbirliği Antlaşması Ek Protokolü'nün 41. maddesinin 1. Fıkrasındaki "standstill" klozu kapsamında doğmamaktadır;
- (ii) Avrupa Topluluğu İşbirliği Antlaşması kapsamındaki hakları kullanan bir Türk vatandaşı, Birleşik Krallık'ta oturma imtiyazı aldığında bu kişilerin veya aile üyelerinin hakları Avrupa Topluluğu İşbirliği Antlaşması veya onun Ek Protokolü'ne atfedilemez ya da Anlaşma veya Ek Protokol tarafından sağlanamaz.

Dava Masrafları

40. Her iki tarafında bu meseledeki görüşleri dikkatle değerlendirilmiştir. Takdir yetkimin kullanılmasına bağlı olarak, bu yargılamaların nihai temel amacı, tarihi ve gelişimiyle ilgili özel düşüncelerim var. Benim kanaatime göre dengelenecek iki ana husus vardır. Birincisi, idari kararı iptal eden bir karar verilmesi gerektiğine dair ihtilaf olmadığı sürece, bu davanın başlatılması ve adli takibatıyla birlikte, Başvuru Sahibinin, İçişleri Bakanı'nın aleyhe verilmiş kararının hukuka aykırı olduğunu saptaması ve ileri sürmesidir.
41. İkinci ana husus, geçerli olduğuna karar verdiğim beyanlar, İçişleri Bakanı'nın bu meseleye ilişkin savları olduğundan, en nihayetinde bu yargılama, ağırlıklı olarak İçişleri Bakanı menfaatine bir istişari karar statüsü elde etmiştir. Bu yargılama, tahmin edildiği gibi, Göç Kuralları ve İçişleri Bakanı'nın bağlantılı politikalarında değişimi etkileyecektir. Devam eden kovuşturmalarda katıldığım haller yukarıda 12. ve 19. paragraflarda anlatılmıştır. İçişleri Bakanı'nın aleyhe verilmiş idari kararını iptal eden kararın elde edilmesinde

Başvuru Sahibi kazanan olarak kabul edilmelidir. Dava masrafları söz konusu olduğunda, bu analizin, tartışılan ve belirlenen yasal ilkeler konusundaki İçişleri Bakanının beyanlarını destekleyen idari karar ile yeterli düzeyde dengelenmediği sonucuna varmaktayım.


42. Eğer bu yargılamaların tek sonucu verdiğim tespit kararı olsaydı, o zaman taraflar arasındaki davanın masrafları ile ilgili karara gerek olmazdı. Her şeyi göz önünde tutarak, Başvuru Sahibi lehine iptal edilen idari karar, mahkeme masraflarının belirleyici faktörü olmaktadır. Dolayısıyla, İçişleri Bakanı'nın herhangi bir anlaşmanın mevcut olmaması durumunda, Başvuru Sahibi'nin makul masraflarını ödemesine hükmediyorum.

Başvurma Hakkı

43. Bu olanağı dahil ediyorum.

Temyize Başvuru İzni

Buna münferiden karara verilecektir.

İmza: 

Sayın Hakim McCloskey

Tarih: **18 Şubat 2017[kabul edildi]**
8 Mart 2017[karara bağlandı]



R (on the application of Aydogdu) v Secretary of State for the Home Department
(Ankara Agreement – family members – settlement) [2017] UKUT 00167 (IAC)

**Upper Tribunal
Immigration and Asylum Chamber**

Judicial Review Decision Notice

The Queen on the application of Hacer Aydogdu

Applicant

v

Secretary of State for the Home Department

Respondent

Before The Honourable Mr Justice McCloskey, President

Having considered all documents lodged, together with the oral and written submissions of the parties' representatives, Ms Peterson, of counsel, instructed by London Solicitors, on behalf of the Applicant and Ms Rhee QC, instructed by the Government Legal Department, on behalf of the Respondent, at a hearing at Field House, London on 17 November 2016 and 14 January 2017.

- (I) *The settlement of migrant Turkish nationals and their family members does not fall within the scope of the “stand-still clause” in Article 41(1) of the Ankara Agreement (ECAA) Additional Protocol as it is not necessary for the exercise of freedom of establishment under Article 13. Thus the status of settlement in the UK for such Turkish nationals and their family members cannot derive in any way from the ECAA or its Additional Protocol;*
- (II) *Where a Turkish national who exercised rights under the ECAA has been granted settlement in the UK the rights of such person and his family members are not derived from the ECAA or its Additional Protocol.*

McCLOSKEY J

Introduction

1. By virtue of Council Regulation (EEC) 2760/72 (commonly known as the “Ankara Agreement”) and its Protocol, there are special arrangements and facilities for employed and self-employed Turkish nationals desirous of entering the EU for the purpose of working. This judicial review challenge raises certain questions relating to the construction and scope of this instrument, relating particularly to the operation of the *soi-disant* “standstill clause” as regards family members of self-employed Turkish nationals.

The Two Protagonists

2. The Applicant and her spouse are both Turkish nationals. The Applicant’s spouse, now aged 33 years, taking advantage of the Ankara Agreement, lawfully entered the United Kingdom pursuant to a grant of limited leave to remain dated 08 April 2011. On 08 October 2012 he was granted further leave to remain, extended to 08 April 2015. On 09 May 2013 the Applicant and her husband married in Turkey. On 23 September 2013 the Applicant was granted limited leave to enter the United Kingdom, in her capacity of spouse. On 04 February 2015 a son was born to the Applicant and her spouse in the United Kingdom.

Chronology

3. It is convenient to tabulate the most salient dates and events in the history:
 - (a) On 08 April 2011 the Applicant’s spouse was granted leave to remain in the United Kingdom to establish himself in business under the Ankara Agreement. Pursuant thereto, he established a self-employed landscaping business.
 - (b) On 08 October 2012, the Applicant’s spouse was granted further leave to remain as a Turkish business person, extending to 08 April 2015.
 - (c) On 09 May 2013, the Applicant and her spouse were married in Turkey.
 - (d) On 23 September 2013 the Applicant was granted leave to enter and remain in the United Kingdom as the dependent family members of a Turkish business person under the Ankara Agreement, until 08 April 2015.

- (e) On 08 November 2013, the Applicant entered the United Kingdom.
- (f) On 04 February 2015 a son was born to the Applicant and her spouse.
- (g) On 18 August 2015 the Applicant's spouse was granted indefinite leave to remain in the United Kingdom.
- (h) On 23 September 2015 the applications of the Applicant and her son for indefinite leave to remain were refused.

The Ankara Agreement and the “Stand-still” Clause

4. In 1963 the Member States of the European Economic Community and the Republic of Turkey executed an agreement (the “*Ankara Agreement*”) establishing an association between the EEC and Turkey. The principles on which the Agreement is based are rehearsed in Title 1. Article 2(1) explains the aim of the Agreement:

“The aim of this Agreement is to provide the continuous and balanced strengthening of trade and economic relations between the Parties, while taking full account of the need to ensure an accelerated development of the Turkish economy and to improve the level of employment and the living conditions of the Turkish people.”

The basic objectives of the Ankara Agreement (and its Protocol, (*infra*) were – and remain – the progressive fortification of trade and economic relations between Turkey and the EC, coupled with the establishment of a customs union in three phases. In the event, the timetable was not met and the final phase of the customs union was not achieved until 31 December 1995, via Decision Number 1/95 of the Association Council. Turkey's efforts to align its national legislation with that of the EC particularly in the fields of customs, trade policy, competition and the protection of intellectual, industrial and commercial property were continuing. Notwithstanding the not insignificant constitutional and legislative changes which have been adopted, the accession of Turkey to the EC has not materialised within the timescale originally envisaged or at all. There are substantial enduring concerns relating to state torture, freedom of expression, religious freedom and the rights of women and minorities. These are documented in official EU publications.

5. Chapters 1 and 2 of the Ankara Agreement contain provisions relating to the development of a customs union and trade in agricultural products. The provisions of the Agreement of most importance in the present context are arranged in Chapter 3 under the rubric of “Other Economic Provisions”. Articles 12 - 14 regulate, respectively, freedom of movement of workers, freedom of establishment and the right to provide services. Subject to certain

unavoidable textual differences these provisions adopt the same language. Given the context of these proceedings, it suffices to reproduce Article 13:

“The contracting parties agree to be guided by Articles 52 to 56 and Article 58 of the Treaty establishing the Community for the purpose of abolishing restrictions on freedom of establishment between them. “

(Articles [59] – [63] and [65] – [81] are the updated TFEU provisions).

6. Thus the abolition of restrictions on the three aforementioned core freedoms was identified as one of the principal mechanisms designed to facilitate the promotion and development of trade and economic relations between the EEC and Turkey. The terminology “guided by” is striking. The Agreement did not purport to extend any of the three core Treaty freedoms to the Turkish population. Rather, the Treaty provisions in question were to act as touchstones, points of reference, in the operation of the Agreement. Their function was to steer, rather than mandate.
7. The so-called “stand-still clause” did not form part of the original Ankara Agreement. Rather, it was introduced via the Additional Protocol which was signed on 23 November 1970. The Protocol was based on the recognition that during the previous seven years Turkey had done enough to warrant progressing from the “preparatory” stage to the “transitional” (second) stage. It contains detailed chapters relating to free movement of goods, the elimination of quantitative restrictions and the Community’s Common Agricultural Policy. These assorted chapters are followed by Title II which is entitled “Movement of Persons and Services”.
8. The first provision of Chapter II, entitled “Right of Establishment, Services and Transport” is Article 41(1), which provides:

“The Contracting Parties shall refrain from introducing between themselves any new restrictions on the freedom of establishment and the freedom to provide services.”

Article 41 (2) notably, in making reference to Articles 13 and 14 of the Ankara Agreement employs the language of “principles”. In doing so, it reiterates the objective of –

“... The progressive abolition by the Contracting Parties, between themselves, are restrictions on freedom of establishment and on freedom to provide services. The Council of Association shall, when determining such timetable and rules for the various classes of activity, take into account corresponding measures already adopted by the Community in

this field and also the special economic and social circumstances of Turkey”.

Among the “General and Final Provisions” assembled in Title IV, Article 59 is deserving of attention:

“In the fields covered by this Protocol Turkey shall not receive more favourable treatment than that which Member States grant to one another pursuant to the Treaty establishing the Community.”

I shall make reference *infra* to Decision 1/80 of the Association Council, in particular Article 13 which is the “stand-still clause” relating to the discrete cohort of Turkish workers.

The United Kingdom’s Immigration Rules

9. The United Kingdom, as noted in [1] above, became bound by the Ankara Agreement and Protocol pursuant to Council Regulation (EEC) 2760/72, which came into operation on 1 January 1973. This was one of the series of measures associated with the accession of the United Kingdom to the EU.
10. The exercise of gauging whether any “new” restrictions bearing on the specified “freedoms” have been introduced by the United Kingdom requires identification of the relevant restrictions in force at the material time viz 1973. These restrictions are contained in HC 509 and HC 510 of the Immigration Rules. Paragraph 35 of HC 509, which concerns “on entry” requirements, states with reference to “dependents” (as defined):

“The wife and children under 18 of a person admitted to the United Kingdom to take or seek employment, or as a business man, a person of independent means or a self-employed person, should be given leave to enter for the period of his authorised stay”

HC 510 regulates “after entry” requirements. Within this instrument the topic of “settlement” is addressed at paragraph 28:

“A person who is admitted in the first instance for a limited period and who has remained here for four years in approved employment or as a businessman or a self-employed person or a person of independent means, may have the time limit on his stay removed unless there are grounds for maintaining it. Applications for removal of the time limit are to be considered in the light of all the relevant circumstances, including those

set out in paragraph 4. Once the time limit is removed no further permission from the Home Office or the Department of Employment is needed to engage in any kind of business or employment. Applications for variation of leave to enter with a view to settlement may also be received from people originally admitted as, for example, visitors; but permission has to be limited to close relatives of people already accepted for settlement. Particulars are set out in paragraphs 37-44 of the Rules for Control on Entry dated October 1972 (HC 509).”

Thus, for Turkish business persons and the self-employed, four years' economic activity in the United Kingdom is the gateway to securing the status of settlement. This is the status which the Applicant's husband has obtained.

11. The requirements for indefinite leave to remain, or settlement, have evolved substantially since 1973. They have become increasingly strict and exacting. They are now enshrined in Section E-ILRP of Appendix FM (HC 395). There is an assortment of residence, language and financial stipulations. Stated succinctly, the enlightenment which the Secretary of State seeks from the judgement of this Tribunal is whether the relevant current provisions of the Immigration Rules and associated policy relating to settlement apply to the dependants of Turkish business persons and self-employed persons (as well as to Turkish business persons and self-employed persons) present and settled in the United Kingdom in accordance with the Ankara Agreement.

The Impugned Decision

12. As noted above, a decision was made on behalf of the Respondent, **the Secretary of State for the Home Department** (the “*Secretary of State*”), dated 23 September 2015, refusing the leave to remain applications of the Applicant and her son. Following an unsuccessful administrative review process, these decisions were challenged by the initiation of these proceedings on 22 December 2015. The substance and grounds of this decision are discernible from the following passages:

“DECISION SUMMARY – *Your application is refused under paragraph 41 of HC 510 which outlines the business requirements under the Immigration Rules in force in 1973*

The Secretary of State is not satisfied that you have been living in the United Kingdom with your sponsor for a period of at least two years

Paragraph 72 of the “Business Applications under the Turkish EC Association Agreement” guidance states:

‘The Applicant and the Turkish ECAA business person have been living in the UK in a relationship similar to marriage or civil partnership for a period of at least two years.’”

The decision maker reasoned that, on the evidence, the Applicant had been living together with her spouse in the United Kingdom for a period of just under 19 months when the application was made. This is undisputed.

The Hearing: First Phase

13. To summarise, the impugned decision states unequivocally that the Applicant’s quest for indefinite leave to remain was refused under a combination of paragraph 41 of HC 510 and page 72 of the Secretary of State’s guidance. The first incongruity which emerged during the initial, uncompleted hearing was that this guidance did not form part of the (bulky) documentary evidence assembled and did not feature in either party’s detailed written submissions. The second, related incongruity is that the aforementioned submissions focus upon new Home Office guidance published on 15 October 2015 which (self-evidently) postdates the impugned decision and played no role therein.

14. As the hearing progressed a further anomaly emerged. The skeleton argument of Ms Rhee QC, representing the Secretary of State, contains the following passage:

“As the Secretary of State has explained and acknowledged in her Detailed Grounds of Defence, her position ... is contradicted by the position set out in the ECAA Guidance which seeks to treat applications for ILR from Turkish business persons on the basis of HC 510 and by the fact that the Applicant’s husband’s application for ILR was in fact considered (and granted) under paragraph 28 thereof

Further, the Applicant’s own application for ILR was considered under HC 510 – albeit in conjunction with the provisions of the ECAA Guidance ...

The Applicant did not satisfy [the] requirement [of two years’ cohabitation in the United Kingdom]

However, having considered the position with some care, the Secretary of State's position is that settlement is not caught by the stand-still provision [in the Ankara Agreement] .

...

Accordingly, both the Applicant's husband's and her own application for ILR should – on this basis – have been considered under the Immigration Rules. Under the relevant Rules, the qualifying period for the grant of ILR is five years' residence. The Applicant does not satisfy this requirement

It is in the interests of certainty and clarity that the Secretary of State seeks a definitive ruling from the Court on this question of principle before seeking to recast her guidance and position to reflect the correct legal position (as confirmed by the Court).”

In short, it was unambiguously acknowledged on behalf of the Secretary of State that the grounds rehearsed in the impugned decision for refusing the Applicant's application are incorrect and unsustainable. Ms Rhee acknowledged that the expressed refusal of the application under paragraph 41 of HC 510 is fundamentally in error. The application should, rather, have been considered under Section E-ILRP of Appendix FM (HC 395) of the Immigration Rules and, specifically, paragraphs 1.1 – 1.5 thereof. Paragraph 1.3 is the key provision.

15. Adjourning the hearing I made the following directions:

- (a) The “missing” earlier guidance must be provided;
- (b) The Secretary of State must, via a formal letter written by her legal representative, indicate unequivocally the exact provision within Section E-ILRP of Appendix FM which is said to have governed the Applicant's application for indefinite leave to remain at the time when it was made viz 07 April 2015 and decided viz 23 September 2015.

As emphasised in my *ex tempore* ruling, the Tribunal was not purporting to require the Secretary of State to make a fresh or ancillary decision. Rather, taking into account the incongruities and hypothesis exposed at the hearing, the Tribunal required absolute clarity before proceeding further. Moreover, given the nature of the issue exposed, this was a matter which requires the solemnity and formality of a letter to the Applicant's solicitors, to be contrasted with written/oral submissions of counsel based on instructions.

The Hearing: Second Phase

16. During the interlude occasioned by the aforementioned adjournment, the Home Office wrote to the Applicant, by letter dated 02 December 2016. The purpose of this letter was to set out “... *how your application for settlement would have been treated had it been made under the current and relevant Family Rules.* In order to grasp both the content of this letter and the issues in these proceedings, it is necessary to appreciate that HC 509 and HC 510 were, for present purposes, the relevant provisions of the Immigration Rules in force in 1973 viz at the time when the Ankara Agreement was concluded.
17. The letter further explains:

“While the Home Office position is that settlement for Turkish business persons and their dependents does not fall to be considered under HC 510, it has previously allowed indefinite leave to remain (‘ILR’) to be obtained under the 1973 Rules.”

Continuing, the letter explains that, in addition to the Rules, there is an instrument of Home Office guidance to be applied. The operative guidance bears the title “Business Applications under the Turkish EC Association Agreement” and was published on 22 April 2015. This made provision, at pages 65 – 67, for the dependent partners of Turkish nationals admitted to the United Kingdom under the Ankara Agreement. *En Passant*, the enquiry directed by the Tribunal at [15](a) above established that pages 65 – 67 of the April 2015 guidance do not differ from their successor (the October 2015 guidance, pages 60 – 62).

18. Having acknowledged the previous Home Office practice whereby settlement for Turkish business persons and their dependants was considered and determined under HC 510, the letter, continuing, indicates the revised approach of the Home Office - namely that settlement for members of this cohort is governed by “*the current Immigration Rules as from time to time revised*”. The effect of this is explained in the following terms:

“... The relevant applicable rules pertaining at present would mean that Turkish nationals seeking settlement should apply to switch into one of the settlement routes such as the Family Rules within the current Immigration Rules. The Family Rules route would only lead to ILR after completion of five years with the applicant needing to meet all the relevant criteria for leave throughout the qualifying period.”

The letter further informs the Applicant:

“In summary, an application for ILR made under the current Family Rules would have been refused under paragraphs E.ILRP. 1.2 ... 1.3 ... 1.4 ... 1.5 and ... 1.6.”

I interpose that the Applicant would not have been able to demonstrate five years' continuous residence with her husband in the United Kingdom. The letter states, finally:

“Should the Home Office position on the limitations of the stand still clause be upheld, we may consider creating a new route enable dependents of those ECAA business persons with ILR to secure further ECAA leave to remain.”

19. Having considered all of the above, I am satisfied that notwithstanding the admitted error in the impugned decision of the Secretary of State which would, in the ordinary course of events, stimulate a public law obligation to make a fresh decision, thereby rendering any judicial review challenge moot, a useful purpose will be served by permitting these proceedings to reach completion. In particular, the judgment of this Tribunal will provide important guidance to the Secretary of State and others in circumstances where the illumination of the relevant legal rules will affect other cases and will also have an impact on the Secretary of State's future rule making: see R v Secretary of State for the Home Department, ex parte Salem [1999] 1 AC 450. Furthermore, a lawful decision remains to be made and this judgment will contribute to that exercise.

The Competing Arguments

20. I acknowledge the industry and care which both counsel invested in the formulation of their written and oral arguments. It is unnecessary to reproduce these *in extenso* since they resolved to certain core contentions.
21. On behalf of the Applicant, the centrepiece of the argument developed by Ms Peterson was that the imposition of the Secretary of State is in contravention of the stand-still clause. Ms Peterson argued that the settlement application of the Applicant must be determined by reference to the 1973 Immigration Rules, rather than the current Rules and the guidance of the Secretary of State noted in [paragraph 12] above. The decided cases upon which Ms Peterson relied included in particular (and not exhaustively) C-37/98 Savas [2000] ECR I – 2927 at [46], [54] and [69] especially and Case C-256/11, Dereci and Others.
22. The second main component of the Applicant's challenge is an asserted breach

of the right to respect for family life enjoyed by the three family members concerned under Article 8 ECHR, considered in conjunction with section 55 of the Borders, Citizenship and Immigration Act 2009. In her skeleton argument Ms Petersen formulated this discrete challenge in the following terms:

“The sponsor has established a successful business ... in the United Kingdom and cannot leave his business without detriment to the business and provisions for the Claimant. It is submitted that this is a further prohibited frustration of the objects of the [Ankara Agreement] and seeks to deprive the second Claimant [sic], who is less than a year old, of either his father’s care or the cessation of the family’s income which provides for his care.”

While the description of the child of the family as “*second Claimant*” is inaccurate this error is of no moment; after the application was lodged the child of the marriage, the “*second Claimant*”, was granted British Citizenship.

23. The core submission of Ms Rhee QC on behalf of the Secretary of State is that indefinite leave to remain (settlement) does not fall within the scope of the stand still clause as it is neither necessary for, nor a corollary of, the exercise of the right in play, namely freedom of establishment on the part of the Turkish business person or self-employed person concerned. Rather, the grant of (mere) limited leave to remain to both the migrant and any of their dependants suffices to give effect to, and further the aims of, the Ankara Agreement. Ms Rhee’s second main submission is that the Applicant’s husband, having been granted settlement, is no longer exercising his rights under the Agreement. Her argument also invoked Article 59 of the Ankara Agreement (*supra*).

The Decided Cases

24. Both the CJEU and its predecessor (the ECJ) have given consideration to the Ankara Agreement and, specifically, the stand still clause from time to time. In the particular context of freedom of movement of workers (not this case) the applicable clause is contained in Article 13 of Decision Number 1/80 of the Association Council. The rationale and effect of this clause were considered in the case of Sahin [Case C-242/06]. Mr Sahin, a Turkish national, challenged the introduction of a new financial levy to be paid upon making a residence permit application. The Court stated, at [63]:

*“It is also settled case law that the stand-still clause enacted in Article 13 prohibits generally the introduction of any new measure **having the object or effect of making the exercise by a Turkish national in its territory of the freedom of movement for workers subject to more restrictive***

conditions than those which applied ...”

In its decision the Court also drew on Article 59 of the Additional Protocol holding that, within the compass of the Ankara Agreement, Member States may introduce new restrictions on Turkish nationals provided that the same restrictions apply also to Community nationals. The Court added the rider that in such cases any new restrictions introduced must not have a disproportionate impact on Turkish nationals when compared with the impact on Community nationals. Ultimately, disproportionality was the rationale of the Court's decision, based on the charge of €169 to which Turkish nationals were subjected, compared with the substantially lesser charge of €30 for Community nationals who also received residence permits of longer temporal validity.

25. The stand-still clause pertaining to Turkish workers viz Article 13 of Decision Number 1/80, (*supra*) featured also in Case C – 561/14, (Genc). There the question posed by the CJEU, at [37], was whether the impugned measure adopted by the Member State concerned would, with reference to the Article 13 standstill clause, be “... *likely to affect* [the Turkish workers] *freedom to carry out paid employment in that Member State*”.

At [39], the Court recalled:

“In that regard, it is necessary to bear in mind that the Court has previously held that legislation which makes family reunification more difficult, by tightening the conditions of first admission to the territory of the Member State concerned by spouses of Turkish nationals in relation to those conditions applicable when the Additional Protocol entered into force, constitutes a ‘new restriction’, within the meaning of Article 41(1) of the Additional Protocol, on the exercise of the freedom of establishment by those Turkish nationals (judgment in Dogan, C-138/13, EU:C:2014:2066, paragraph 36).”

The next ensuing passage, at [40], must also be considered:

“That is the case since the decision of a Turkish national to establish himself in a Member State in order there to exercise a stable economic activity could be negatively affected where the legislation of that Member State makes family reunification difficult or impossible, so that that national could, as the case may be, find himself obliged to choose between his activity in the Member State concerned and his family life in Turkey (see, to that effect, judgment in Dogan, C-138/13, EU:C:2014:2066, paragraph 35).”

The reasoned basis of the Grand Chamber’s ruling under Article 267 TFEU is found in the final paragraph of its judgment:

“A national measure such as that at issue in the main proceedings, making family reunification between a Turkish worker residing lawfully in the Member State concerned and his minor child subject to the condition that the latter have, or have the possibility of establishing, sufficient ties with Denmark to enable him successfully to integrate, when the child concerned and his other parent reside in the State of origin or in another State, and the application for family reunification is made more than two years from the date on which the parent residing in the Member State concerned obtained a permanent residence permit or a residence permit with a possibility of permanent residence constitutes a ‘new restriction’, within the meaning of Article 13 of Decision 1/80 of the Association Council Such a restriction is not justified.”

26. The earlier decision of the Grand Chamber in Case C – 221/11, (Demirkan) contains an admirably succinct formulation of the overarching test at [55]:

“Consequently, irrespective of whether freedom of establishment or freedom to provide services is invoked, it is only where the activity in question is the corollary of the exercise of an economic activity that the ‘stand still’ clause may relate to the conditions of entry and residence of Turkish nationals within the territory of the Member States.”

I derive assistance also from the formulation of the Court in Joined Cases C – 317/01 and C – 369/01, (Abatay and Sahin), another case concerning the discrete cohort of Turkish workers, at [81]:

“... a Turkish national who is already lawfully employed in a Member State no longer needs the protection of a stand-still clause as regards access to employment, as such access has already been allowed and the person concerned subsequently enjoys, for the rest of his career in the host Member State, the rights which Article 6 of that decision expressly confers on him. On the other hand, the stand-still requirement as regards conditions of access to employment is intended to ensure that the national authorities refrain from taking measures likely to compromise the achievement of the objective of Decision No 1/80, which is to allow freedom of movement for workers, even if, initially, with a view to the gradual introduction of that freedom, existing national restrictions as regards access to employment may be retained ...”

27. The issue of family reunification was the subject of specific consideration by the CJEU (Second Chamber) in Case C – 138/13, (Dogan), where the Court stated, at [34]:

“In that regard, it must be noted that the Court has held that family reunification constitutes an essential way of making possible the family life of Turkish workers who belong to the labour force of the Member States, and contributes both to improving the quality of their stay and to their integration in those Member States (see judgment in Dülger, C-451/11, EU:C:2012:504, paragraph 42).”

The judgment continues, at [35]:

“The decision of a Turkish national to establish himself in a Member State in order to exercise there a stable economic activity could be negatively affected where the legislation of that Member State makes family reunification difficult or impossible, so that that national could, as the case may be, find himself obliged to choose between his activity in the Member State concerned and his family life in Turkey.”

28. Finally, reference must be made to the decision of the Court of Appeal in R (Buer) v Secretary of State for the Home Department [2014] EWCA Civ 1109. This case concerned the scope and interpretation of Article 13 of Decision Number 1/80. The context was a challenge to the Secretary of State's decision to grant further limited leave to remain in circumstances where the Claimant, a Turkish employed worker, asserted a right to indefinite leave to remain (settlement). In the interests of economy it is unnecessary make detailed references to certain other pertinent decisions of the CJEU as these are quoted in the following passage in the judgment of Richards LJ. Having considered, *inter alia*, the decision in Sahin, Richards LJ continued, at [39]:

“The reason why Article 13 has been held to apply to residence even though it does not contain any express mention of residence is that residence is a corollary of employment: without a right of residence there can be no effective access to employment. This has been brought out clearly in relation to Article 6(1), which is likewise silent as to residence but has been held to imply a right of residence. Thus in Case C-237/91, Kus v Landeshauptstadt Wiesbaden [1992] I-6807, referring back to Case C-192/89, Sevince v Staatssecretaris Van Justitie [1990] ECR I-3461, the Court said this at paragraphs 29-30:

“It also held, in that judgment, in the context of the third indent of Article 6(1) of Decision No 1/80 that even though that provision governs the situation of the Turkish worker only with respect to

employment and not to the right of residence, those two aspects of the personal situation of a Turkish worker are closely linked and that, by granting to such a worker, after a specified period of legal employment in the Member State, access to any paid employment of his choice, the provision in question necessarily implies – since otherwise the right granted by it to the Turkish worker would be deprived of any effect – the existence, at least at that time, of a right of residence for the person concerned

The same is also true as regards the first indent of Article 6(1) of Decision No 1/80, since without a right of residence the grant to the Turkish worker, after one year's legal employment, of the right to renewal of his permit to work for the same employer would likewise be deprived of effect.”

The judgment continues, at [40]:

“The focus in that passage is on a right of residence in order to render effective the right of access to work, which is very different from a right to settlement or permanent residence. The same reasoning ought to apply to Article 13. In the case of Article 13, moreover, the point is underlined by the limited scope of the article, discussed above. If the article is not intended to protect those who are already integrated into the labour force of the host Member State but is intended to apply only to those who do not yet qualify for rights under Article 6(1), its concern must be with residence up to the point where rights are acquired under Article 6(1), not with longer-term residence or settlement.”

And at [41]:

“The close relationship between residence and employment is further illustrated by Bozkurt (see paragraph 33 above). One of the questions in that case was whether Article 6(1) entitled the applicant to remain in the territory of the host Member State following an accident at work which rendered him permanently incapacitated for work. The Court of Justice answered that question in the negative, stating at paragraphs 39-40 of the judgment:

“It follows that Article 6 of Decision No 1/80 covers the situation of Turkish workers who are working or are temporarily incapacitated for work. It does not, on the other hand, cover the situation of a Turkish worker who has definitively ceased to belong to the labour force of a Member State because he has, for example, reached retirement age or, as in the present case, become totally and permanently incapacitated for work.”

This reasoning impelled the Court to conclude, at [46] that Article 13 –

“... does not relate to settlement in the host Member State and does not therefore prohibit the introduction of new restrictions on the right of settlement.”

My Conclusions

29. I consider that the first main principle to be distilled from the cases considered above is that any EU Member State measure introduced post-1980 which has the effect of rendering family reunification or the enjoyment of family life difficult or impossible may constitute a “new restriction” on the ability of a Turkish national to work or to provide services or to become established in the Member State concerned. The second, related principle is that family reunification may be an essential element of a Turkish national’s ability to become, or remain, economically active in the host Member State under the Ankara Agreement. In both of these scenarios the applicable stand-still clause may be contravened.
30. In my judgement, the main question to be determined is to be formulated in the following terms: **could a refusal to grant indefinite leave to remain (i.e. settlement) to the dependants of a Turkish national who has entered the United Kingdom and established a business therein in accordance with the Ankara Agreement frustrate, or extinguish, the ability of the Turkish national to continue to do so?**
31. To the common law judge, the formulation of the question in this way might tend to invite the conclusion that a general, abstract response is not possible. This follows from the unavoidable reality that every case will be intensively fact sensitive. Thus, in some cases, the factual matrix may be such that an affirmative answer to the question is appropriate. Equally, in other cases with their distinctive factual framework, a negative answer may be indicated.
32. However, having registered this initial reservation, I disclaim any reluctance to provide a concrete, concluded answer to the question posed. I do so on the basis that a confident answer lies in the terms and aims of the Ankara Agreement, its Protocol and the jurisprudence, European and domestic, considered above.
33. Under United Kingdom law settlement is the optimum status achievable by those who are not British nationals. It carries with it all of the rights, advantages and obligations of British nationality. This includes exemption from the deportation provisions of statutes such as the UK Borders Act 2007. The ultimate sanction is deprivation of nationality. See generally the recent decision

of the Upper Tribunal in Ahmed & Ors v SSHD [2017] UKUT 118 (IAC) at [26] - [31].

34. The correct answer to the question posed above does not, in my view, require any particular sophistication. The grant of limited leave to enter and remain to the family members of a Turkish national exercising rights will, in all cases bar the most exceptional, suffice to ensure the efficacious exercise and enjoyment of the economic right in play. The higher, optimum status of settlement is not necessary for this purpose. In the language of the governing jurisprudence, the grant of settlement status is neither a prerequisite to nor a corollary of the exercise of the primary rights engaged. There is no evidence warranting the assessment that only settlement will suffice to ensure that the rights in question can be efficaciously exercised. Nor is there any basis upon which judicial notice of this detriment is justifiable. Furthermore, nothing has been identified in evidence or argument to warrant any distinction between Turkish self – employed entrepreneurs and Turkish workers.

35. Thus I apply the principles in Sahin, Buer and the other cases noted above to the discrete context of establishment under Article 13 of the Ankara Agreement. In particular, there is nothing in the Ankara measures to suggest that the heavier investment in the economy of EU Member States which some Turkish national entrepreneurs might achieve, depending on the fact sensitive context of individual cases, justifies treatment preferential to that accorded to Turkish workers. In passing (*obiter*) there is no apparent reason why the provision of services (Article 14) should be treated any differently.

36. Insofar as necessary, my primary conclusion, rehearsed above, is buttressed by Article 59 of the Additional Protocol. Turkey has at all material times been a non-EU Member State. Taking into account the context of recent history it has not even achieved the status of a pre-accession state. While at this remove the noble aspirations which underpinned the 1963 accord may seem more distant than ever, having regard to political and related realities, this does not alter the juridical framework. In particular, by 1980 the principle of non-discrimination had become firmly embedded in EU Law. Article 59 of the Additional Protocol reflects this. More recently, Directive 2004/38 (the “Citizens Directive”) contains the outworkings of the rights attainable by the family members of EU nationals. Stated succinctly, it would be incongruous if the Ankara Agreement and its Additional Protocol were to confer on Turkish nationals and their family members rights superior to those available to EU nationals and their family members. Parity is the most which, in this Article 59, clearly contemplates. Any other conclusion is, in my judgement, confounded by the terms and aims of the two main Ankara instruments considered as a whole, basic principles of EU law and the applicable EU and domestic jurisprudence considered above.

37. There is a further, subsidiary question: does the answer to the main question formulated above differ if the economically active Turkish national has acquired the status of indefinite leave to remain (i.e. settlement) in the United Kingdom?

In my view, where this is the case the economic rights of the person concerned derive from the status of settlement and not the Ankara Agreement. The fact that, historically, the Turkish national was exercising rights under the Ankara Agreement does not in my estimation alter this analysis. The rights asserted by family members of the Turkish national concerned – such as this Applicant – depend upon the status of the relevant Turkish national. They are contingent rights. It follows, in my judgement, that the Ankara Agreement and its Additional Protocol have no application to the matrix of the present challenge. Thus in such cases the main question posed in [30] does not arise. I agree with Ms Rhee's submission to this effect.

38. But for my main conclusions above further evidence, likely to include witness statements and other materials together with further argument relating to the family reunification, Article 8 ECHR and section 55 issues would have been necessary in order to determine this challenge. However, this is rendered otiose by my main conclusions.

Order

39. First, I make an order quashing the impugned decision of the Secretary of State dated 23 September 2015. Second, I consider a declaratory order reflecting my conclusions in [34] – [37] above appropriate, in the following terms:
- (i) The settlement in the UK of a migrant Turkish national who has exercised the right of establishment under the ECAA and their family members does not fall within the scope of the “stand-still clause” in Article 41(1) of the ECAA Additional Protocol as it is not necessary for the exercise of freedom of establishment under Article 13 of the ECAA;
 - (ii) Where a Turkish national who exercised rights under the ECAA has been granted settlement in the UK the rights of such persons and his family members are not referable to or conferred by the ECAA or its Additional Protocol.

Costs

40. I have considered the submissions of both parties on this issue. In exercising my discretion I have had particular regard to the history, evolution and ultimate main purpose of these proceedings. There are in my estimation two main considerations to be balanced. The first is that by the initiation and prosecution of this challenge the Applicant has exposed and established that the Secretary of State's impugned decision is unlawful, to the extent that there is no dispute that an order quashing the decision should be made.

41. The second principal consideration is that while the Secretary of State's arguments on the issue bearing on the declaratory order which I have decided to make have prevailed, this judgment has, ultimately, acquired the status of an advisory opinion predominantly for the benefit of the Secretary of State. This judgment will, predictably, influence changes in the Immigration Rules and the Secretary of State's associated policies. The circumstances in which I was agreeable to the proceedings continuing are rehearsed in [12] – [19] above. In securing an order quashing the impugned decision of the Secretary of State the Applicant must be considered the winner in substance. In the matter of costs, I conclude that this analysis is not offset sufficiently by the declaratory order favouring the Secretary of State's arguments on the broader issue of legal principle debated and determined.
42. I add that if the only outcome of these proceedings had been the declaratory order I would have made no order as to costs *inter-partes*. I conclude, on balance, that the quashing order in favour of the Applicant is the decisive factor in the costs debate. Accordingly, I order that the Secretary of State pay the Applicant's reasonable costs, to be assessed in default of agreement.

Liberty to apply

43. I include this facility.

Permission to appeal

This will be decided separately.



Signed:

The President, The Honourable Mr Justice McCloskey

Dated:

18 February 2017 [initially]

08 March 2017 [finally]
