

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

The Journal of Akdeniz University Faculty of Law



Cilt: **XI** - Sayı: **II** - Yıl: **Aralık - 2021**
Volume: **XI** - Issue: **II** - Year: **December - 2021**

KAMU HUKUKU

- Doç. Dr. **Hayri KESER**
Başkanlık Sisteminde Yasama ve Yürütme Organları Arasındaki Karşılıklı Etkileşim Araçları Açısından Türkiye-ABD Hükümet Sistemlerinin Karşılaştırması
- Doç. Dr. **Atıla ERKAL**
İdari İşlemlerde Usul ve Şekil Sakatlıklarının Sonradan Düzeltilmesi ve Almanya Örneği
- Dr. **Yunus ERASLAN**
Türk İdari Yargı Sisteminde Davaların Birleştirilmesi Usulü Üzerine Bir İnceleme
- Dr. **Fatih YURTLU**
Ceza Mahkemesi Kararlarının Gerekçeli Olma Zorunluluğu ve Silahsız Terör Örgütü Tartışmaları (Hizb-ut Tahrir Örneği)
- Arş. Gör. **Zeynep Esra TARAKÇIOĞLU**
Kripto Varlıklar ve Ceza Hukuku Sorumluluğu

ÖZEL HUKUK

- Doç. Dr. **Ertuğrul YUVALI**
Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Zorunlu Arabuluculuk
- Dr. Öğr. Üyesi **Hasan KARSLIOĞLU**
Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Tanınan Bilgi Alma Hakkı ve Bu Hakkın Üyelerin Görev ve Sorumlulukları ile İlişkisi
- Arş. Gör. Dr. **Fatih TAHİROĞLU** - Dr. **Volkan GÜNEŞ**
Sosyal Güvenlik Kurumunca Elektronik Ortamda Yapılacak Tebligata İlişkin Yönetmelik Çerçevesinde Elektronik Tebligat
- Dr. **Deniz ERGENE**
Milletlerarası Yatırım Hukukunda Yatırımcının Sorumluluğu: İşçi Haklarına Saygı Gösterme Yükümlülüğü Örneği

ANTALYA 2021

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi yılda iki sayı (Haziran, Aralık) olarak yayımlanan,
Index to Foreign Legal Periodicals'ta ve 2013 yılından bu yana
TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizini Hukuk Veritabanı'nda taranan hakemli bir dergidir.*

Sahibi

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA

Sorumlu Müdür ve Editör

Doç. Dr. Ayşe ARAT

Editör Yardımcısı

Arş. Gör. Melih IŞIK
Arş. Gör. Yakup ÇOKKAŞ
Arş. Gör. Bülent Ferat IŞÇI
Arş. Gör. Rahman İRİ

İletişim Adresi

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı PK. 10
Dumlupınar Bulvarı 07070 Kampus/ANTALYA
Tel: 0242 227 69 75-76
Faks: 0242 227 69 77
E-posta: hukukdergi@akdeniz.edu.tr
Elektronik Ağ: www.akdeniz.edu.tr/hukuk

Sayfa & Kapak Tasarımı

Emre KIZMAZ

ISSN

2147-3854

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bütün sayılarına HeinOnline ve Jurix veri tabanları üzerinden ulaşılabilir.

The Journal of Akdeniz University Faculty of Law is a refereed journal, published biannually (June, December) and cited in the Index to Foreign Legal Periodicals (IFLP) and since 2013 in the TUBITAK ULAKBIM TR Index Legal Database.*

Owner

Akdeniz University Faculty of Law Representative of the Publisher
Prof. Mehmet ALTUNKAYA

Managing Director and Editor in Chief

Assoc. Prof. Ayşe ARAT

Vice Editor

Res. Asst. Melih İŞİK
Res. Asst. Yakup ÇOKKAŞ
Res. Asst. Bülent Ferat İŞÇİ
Res. Asst. Rahman İRİ

Contact Information

Deanary of Akdeniz University Faculty of Law
Dumlupınar Blvd. 07070 Campus / Antalya / Turkey
Phone: 0242 227 69 75-76
Fax: 0242 227 69 77
E-mail: hukukdergi@akdeniz.edu.tr
Website: www.akdeniz.edu.tr/hukuk

Layout and Cover Design

Emre KIZMAZ

ISSN

2147-3854

* All issues of the Journal of Akdeniz University Faculty of Law are accessible via HeinOnline and Jurix Databases.

YAYIN KURULU
(Publishing Board)

Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

Prof. Dr. iur. Andreas EICKER
Luzern Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(Universität Luzern, Rechtswissenschaftliche Fakultät)
Ceza, Ceza Muhakemesi ve Uluslararası Ceza
Hukuku ve Kriminoloji Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ulrich M. GASSNER
Ausburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(Universität Ausburg, Juristische Fakultät)
İdare Hukuku Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Esra CENKÇİ
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Hayri KESER
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Loïc LEVOYER
Poitiers Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(Université de Poitiers, Faculté de Droit)
Kamu Hukuku Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Nedim MERİÇ
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Karine MICHELET
Poitiers Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(Université de Poitiers, Faculté de Droit)
Kamu Hukuku Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Necla ÖZTÜRK
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Dr. Öğr. Üyesi Ramazan Barış ATLADI
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

Dr. Öğr. Üyesi Furkan KARARMAZ
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

Dr. Öğr. Üyesi Bilge BİNGÖL SCHRIJER
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YURTSEVEN
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Tarihi Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

DANIŞMA KURULU

(Advisory Board)

Prof. Dr. Şahin AKINCI İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi	Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK Medipol Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi	Prof. Dr. Aziz TAŐDELEN Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN Medipol Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi	Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAG Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi	Prof. Dr. Mehmet ÜNAL BaŐkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Prof. Dr. Arslan KAYA İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi	Prof. Dr. Turan YILDIRIM Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi	

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

1. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda iki sayı (Haziran, Aralık) olmak üzere 2011 yılından bu yana “Hakemli Dergi” statüsünde yayımlanan, 2013 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin Hukuk Veri Tabanında dizinlenen bir dergidir.
2. Dergiye gönderilecek yazılar özgün, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan ve derginin yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan ve derginin yayın ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının yayımlanması talebinin reddine karar verilir ve durumdan yazar en kısa sürede haberdar edilir.
5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumlarını, telefon numarası ve e-mail adresi içeren iletişim adreslerini, çalışmalarının başına ekleyecekleri üst yazı ile birlikte göndermelidir.
6. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde yayımlanmak üzere gönderilen eserler, Chicago stili (Notes and Bibliography / Dipnotlar ve Kaynakça) ile uyumlu olmalıdır. Yazılar bilgisayarda, Times New Roman, ana metin 11 punto, dipnot 9 punto; yazı aralığı ana metin 1,5 aralık, dipnot 1 aralık şeklinde hazırlanıp e-mail yoluyla hukukdergi@akdeniz.edu.tr adresine gönderilmelidir.
7. Derginin yayın dili Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızcadır. Yazıların makale dilinde ve İngilizce özetinin yanı sıra, başlık ve anahtar kelimeleri de yine makale dilinde ve İngilizce gönderilmelidir.
8. Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmelidir ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise; yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurumu ile unvanı, e-mail adresi ve ORCID ID bilgileri belirtilmelidir.
Örn.: Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, xyz@gmail.com, ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-5077-4747>.
9. Metin içerisindeki başlıklar aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:

I. KOYU VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. KOYU VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

1. Koyu ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

a.1. Beyaz ve Sadece İlk Harfler Büyük

“GİRİŞ” başlığı kullanıldığı takdirde numaralandırılmamalıdır.

10. Kısaltmalar cetveline ve içindekiler kısmına yer verilmemelidir.
11. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Kullanılan her bir kaynak bakımından ilk atıf, kaynağı tanıtıcı tam bilgiyi içermelidir.
- a) **Kitaba yapılan atıflarda;**
- i. Tek yazarlı kitaplarda ilk ve sonraki atıf: yazarın Adı Soyadı, *Kitabın Adı* (Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl), Sayfa numarası yazılmalıdır; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın Soyadı, kitabın Kısaltılmış *Adı* ve sayfa numarası belirtilmelidir.
Örn.: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Yetkin Yayınları, 2010), 178.
Sonraki atıf: Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 178.
- ii. Çok yazarlı kitaplarda ilk ve sonraki atıf: Yazarın Adı Soyadı ve Diğer Yazarın Adı Soyadı, *Kitabın Adı* (Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl), Sayfa numarası yazılmalıdır; aynı esere yapılan sonraki atıflarda yazarların Soyadları, kitabın Kısaltılmış *Adı* ve sayfa numarası belirtilmelidir.
Örn.: Bahtiyar Akyılmaz; Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Savaş Kitabevi, 2021), 222.
Sonraki atıf: Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdare Hukuku*, 222.
- iii. Editörlü kitaplarda ilk ve sonraki atıf: Editörün Adı Soyadı, editör, *Eserin Adı* (Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl), Sayfa numarası yazılmalıdır; sonraki atıflarda Editörün Soyadı, *Eserin Kısaltılmış Adı*, Sayfa numarası belirtilmelidir.
Örn.: Richmond Lattimore, editör, *The Iliad of Homer* (Chicago: University of Chicago Press, 1951), 91-92.
Sonraki atıf: Lattimore, *Iliad*, 24.
- b) **Makaleye** yapılan ilk atıflarda, yazarın Adı Soyadı, “Makalenin Başlığı”, *Yayımlandığı Derginin İsmi* Derginin Cilt Numarası, Sayı (Yıl Bilgileri): Atıf yapılan sayfa/lar gösterilmelidir. Yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmelidir. Aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın Soyadı, gerekliyse makalenin Kısaltılmış Adı ve sayfa numarası belirtilmelidir.
Örn. İlk atıf: Merih Öden, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükümünde Kararnemelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, *AÜHFĐ* 58, S.3 (2009): 659-691.
Sonraki atıf: Öden, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükümünde Kararnemelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, 660.
- c) İnternet sitesine yapılan atıflarda; “Hukuk Fakültesi Tarihçesi”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Erişim Tarihi: Haziran 25, 2021, <http://hukuk.akdeniz.edu.tr/tarihce/>.
- d) Yargı kararlarının ve davaların dipnotta gösterim şekli;
Y11.HD, 11.11.2021, E.2021/12, K.2021/15
D10.D, 11.11.2021, E.2021/12, K.2021/15
AYM Kararı, Başvuru No: 2021/12, 11.11.2021, §30

12. Makalenin sonunda, kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.
- a) **Kitaplar** kaynakçada aşağıdaki şekilde gösterilmelidir:
- Tek yazarlı kitaplarda: Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*. Basıldığı Yer: Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl.
Örn.: Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2020.
 - Birden çok yazarlı kitaplarda: Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*. Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl.
Örn.: Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Savaş Kitabevi, 2021.
 - Editörlü kitaplarda: Yazarın Soyadı, Adı, editör. *Eserin Adı*. Basıldığı Yer: Yayınevi, Basıldığı Yıl
Örn.: Lattimore, Richmond, editör. *The Iliad of Homer*. Chicago: University of Chicago Press, 1951
- b) **Makaleler** kaynakçada aşağıdaki şekilde gösterilmelidir:
Yazarın Soyadı, Adı. “Makalenin Başlığı.”, *Yayımlandığı Derginin İsmi Derginin Cilt, Sayı (Yıl Bilgileri)*: Makalenin ilk ve son sayfa numaraları.
- c) **İnternet sitesi**, kaynakçada şu şekilde gösterilmelidir:
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi. “Hukuk Fakültesi Tarihçesi.” Erişim Tarihi: Haziran 25, 2021. <http://hukuk.akdeniz.edu.tr/tarihce/>.
13. Dipnotta birden fazla esere atıf yapıldığı takdirde, bunlar birbirinden noktalı virgülle ayrılmalıdır.
14. 25 Şubat 2020 tarihli ULAKBİM kararıyla getirilen “Tüm bilim dalları için (Sosyal Bilimler dahil), etik kurul kararı gerektiren klinik ve deneysel insan ve hayvanlar üzerindeki çalışmalar için ayrı ayrı ETİK KURUL ONAYI alınmış olmalı, bu onay makalede belirtilmeli ve belgelendirilmelidir.” şartı bakımından; yazar tarafından, bu şartı ilgilendiren çalışmalarında ilgili belgelerin temin edilmesi ve çalışmalarıyla beraber sisteme yüklenmek üzere dergiye gönderilmesi gerekmektedir. Bu şartı sağlamayan yayınlar dergiye kabul edilmeyecektir.
15. Dergide yayımlanması talebiyle editöre gönderilen eserler iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakem tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayımlanmaz.
16. Dergide yayımlanan yazılar karşılığında yazara telif ücreti ödenmez. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı ve/veya Dekanlığın yetkilendirdiği kişi ve/veya kurum, yayımlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur. Dekanlık bu konuda münhasır yetkilidir. Yazar, dergide yayımlanması talebiyle yazı göndermekle bu hususu kabul etmiş sayılır.
17. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara* da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların değerlendirilmesi Yayın Kurulu tarafından yapılır.

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

Başkanlık Sisteminde Yasama ve Yürütme Organları Arasındaki Karşılıklı Etkileşim Araçları Açısından Türkiye-ABD Hükümet Sistemlerinin Karşılaştırması
Doç. Dr. Hayri KESER 165

İdari İşlemlerde Usul ve Şekil Sakatlıklarının Sonradan Düzeltilmesi ve Almanya Örneği
Doç. Dr. Atila ERKAL 183

Türk İdari Yargı Sisteminde Davaların Birleştirilmesi Usulü Üzerine Bir İnceleme
Dr. Yunus ERASLAN 209

Ceza Mahkemesi Kararlarının Gerekçeli Olma Zorunluluğu ve Silahsız Terör Örgütü Tartışmaları (Hizb-ut Tahrir Örneği)
Dr. Fatih YURTLU 261

Kripto Varlıklar ve Ceza Hukuku Sorumluluğu
Arş. Gör. Zeynep Esra TARAKÇIOĞLU 295

ÖZEL HUKUK

Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Zorunlu Arabuluculuk
Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI 355

Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Tanınan Bilgi Alma Hakkı ve Bu Hakkın Üyelerin Görev ve Sorumlulukları ile İlişkisi
Dr. Öğr. Üyesi Hasan KARSLIOĞLU 377

Sosyal Güvenlik Kurumunca Elektronik Ortamda Yapılacak Tebligata İlişkin Yönetmelik Çerçevesinde Elektronik Tebligat
Arş. Gör. Dr. Fatih TAHIROĞLU - Dr. Volkan GÜNEŞ 399

Milletlerarası Yatırım Hukukunda Yatırımcının Sorumluluğu: İşçi Haklarına Saygı Gösterme Yükümlülüğü Örneği
Dr. Deniz ERGENE 425

CONTENTS

PUBLIC LAW

Comparison of Turkey-USA Government Systems in Terms of Interaction Between Legislation and Executive Bodies in the Presidential System

Assoc. Prof. Hayri KESER..... 165

Post-Correction of Procedural and Formal Errors in Administrative Act and the Example of Germany

Assoc. Prof. Atila ERKAL..... 183

An Examination on the Procedure of Joining Cases in the Turkish Administrative Jurisdiction System

Dr. Yunus ERASLAN 209

The Necessity of Justification of the Criminal Court's Decisions and Discussions of Unarmed Terrorist Organization (In the Light of Hizb-ut Tahrir Decision)

Dr. Fatih YURTLU 261

Cryptoassets and Criminal Liability

Res. Asst. Zeynep Esra TARAKÇIOĞLU 295

PRIVATE LAW

Compulsory Mediation in Business Relation Between the Main Employer and the Sub-Employer

Assoc. Prof. Ertuğrul YUVALI..... 355

Right to Obtain Information of the Joint Stock Company's Board of Directors Members and the Relationship of this Right with their Duty and Liability

Asst. Prof. Hasan KARSLIOĞLU..... 377

Electronic Notification within the Framework of Regulation on Notification to be Made on Electronic Medium by the Social Security Institution

Res. Asst. Dr. Fatih TAHİROĞLU - Dr. Volkan GÜNEŞ..... 399

Investor's Responsibility in International Investment Law: The Example of Obligation to Respect Labour Rights

Dr. Deniz ERGENE 425

KAMU HUKUKU

PUBLIC LAW

BAŞKANLIK SİSTEMİNDE YASAMA VE YÜRÜTME ORGANLARI ARASINDAKİ KARŞILIKLI ETKİLEŞİM ARAÇLARI AÇISINDAN TÜRKİYE-ABD HÜKÜMET SİSTEMLERİNİN KARŞILAŞTIRMASI^{*1}

Doç. Dr. Hayri KESER²

Öz

Türk Tipi Başkanlık sisteminin başarılı bir şekilde uygulanabilmesi için denge ve kontrol araçlarına ihtiyaç bulunmaktadır. Yazılı ve sert anayasa ile sınırlı devletin oluşturulması ve temel hak ve hürriyetlerin korunması için yasama, yürütme ve yargı organlarının görev ve yetkilerinin tanımlanması, dengelenmesi ve denetlenmesi gerekmektedir. Aynı zamanda temel hak ve hürriyetler tanınmalı ve korunmalıdır. Anayasal organların kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olarak demokratik şekilde oluşturulması esastır. Anayasal organlar arasında karşılıklı etkileşim araçlarına da ihtiyaç bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Kuvvetler Ayrılığı, Türk Tipi Başkanlık Sistemi, Yasama ve Yürütme, Fren ve Denge, Etkileşim Araçları.

COMPARISON OF TURKEY-USA GOVERNMENT SYSTEMS IN TERMS OF INTERACTION BETWEEN LEGISLATION AND EXECUTIVE BODIES IN THE PRESIDENTIAL SYSTEM

Abstract

Check and balance tools are needed for the successful implementation of the Turkish Type Presidential system. To create a limited state with a written and rigid constitution and to protect fundamental rights and freedoms, the duties and powers of the legislative, executive and judicial organs should be defined, balanced and supervised. At the same time, fundamental rights and freedoms should be recognized and protected. Constitutional bodies must be democratically established by the principle of separation of powers. There is also a need for means of interaction between constitutional bodies.

Keywords

Separation of Powers, Turkish Type Presidential System, Legislative and Executive, Brake and Balance, Interaction Tools.

^{*1} Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 07.12.2021 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 10.12.2021, DOI No: 10.54704/akdhfd.1033555.

^{*2} Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi / Antalya - Türkiye.
E-posta: hayrikeser@akdeniz.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-8209-1422>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

Extended Abstract

In the context of the conduct of international relations, the authority to conclude international agreements belongs to the president, and for some international agreements to become valid, the requirement of approval by the legislature is also stipulated. Regarding the exercise of the powers within the scope of the executive power, it is possible to conduct an informational inquiry by the legislature. On the other hand, even if the investigation by the legislature turns out to be negative, it is not possible to remove the president from office. A parliamentary investigation can be briefly described as a legislative investigation that may lead to criminal liability of the president. Although the president does not have the authority to propose laws, in the speeches he made in the legislature, he can suggest the laws he needs and want to be enacted to the legislature. The President may also request the amendment or repeal of the law in question, or the enactment of a new law, by making a statement or recommendation to Congress for laws that he cannot prevent with his veto power. Regulatory actions of the executive body, which is generally referred to as a decree in presidential systems, is a balance and control tool that allows presidents to implement their policies. The veto power is a tool that allows presidents to pass or return laws enacted by the legislature when necessary. In addition, it is aimed that the laws enacted by the legislature are audited by the executive branch.

Balance and control instruments are needed for the successful implementation of the Turkish Type Presidential system. In order to create a limited state with a written and rigid constitution and to protect fundamental rights and freedoms, the duties and powers of the legislative, executive and judicial organs should be defined, balanced and supervised. At the same time, fundamental rights and freedoms should be recognized and protected. It is essential that constitutional bodies be democratically established in accordance with the principle of separation of powers. There is also a need for means of interaction between constitutional bodies. As a result of the referendum on the constitutional amendment held on April 16, 2017, many articles of the constitution were changed and the Turkish Type Presidency system was introduced. Among the reasons why it is called the Turkish Type Presidential system, it comes to the fore that the bottlenecks in the political system are overcome through elections, the Parliament or the President can make an election decision, and the presidential and parliamentary elections are held at the same time. On the other hand, the characteristics of the presidential system have been adopted in that the executive body is composed of only one person, the President is elected by the people, and the executive body is not based on the trust of the parliament.

The theory of separation of powers in general terms; It is possible to describe it as the division of power into three as legislative, executive and judicial powers in order to protect human rights and freedoms by limiting the state power, and giving these three powers to three separate organs that are independent of each other. Thus, it was aimed to limit the state and protect the fundamental rights and freedoms of individuals. In the doctrine, the presidential system is called the rigid or rigid separation of powers system. In this context, in the presidential system, legislative and executive powers are given to two separate organs separated by sharp and clear lines, and these two organs are formed and function independently of each other in terms of resources and maintaining their existence. In other words, the legislative and executive bodies are elected separately and cannot end each other's legal existence after being elected. In the comparative analysis of Turkey and the USA systems in terms of the general characteristics of the presidential system; While in the USA the president cannot be appointed by the legislature and the president cannot dissolve the legislature, this is not the case in the current system in Turkey.

Despite the sharp separation of the legislative and executive organs expressed within the scope of the presidential system, the issue of brake-balance tools, which are tools of mutual interaction, forms the basis of this study. In this context, the comparative analysis of Turkey-US systems within the scope of brake-balance tools will be carried out in the next detail. In the presidential system, which is also known as the rigid separation of powers, there is a rigid separation of the legislative and executive organs. On the other hand, especially in order not to block the system, the means of interaction between the two bodies emerged in order to brake and balance each other, so to speak, the legislative and executive powers. In this context, the legislative body's tools such as the budget, appointments and approval of international treaties, parliamentary investigation and parliamentary investigation, as well as the executive body's tools in the form of messages, regulatory actions and veto, refer to the brake-balance tools of the presidential system. the budget; It is possible to define it as a one-year leave given by the legislature to the executive body in order to collect public revenues and make expenditures. In this context, the executive branch, that is, the president, has to agree with the legislature for the budget to be approved by the legislature. In a presidential system, appointments are generally held by the president, with some important appointments subject to legislative approval. In this context, the president has to take into account the views of the legislature in appointments and reach a compromise with the legislature.

GİRİŞ

16 Nisan 2017 tarihinde gerçekleştirilen anayasa değişikliğine ilişkin referandum neticesinde anayasanın bir çok maddesi değiştirilmiş ve Türk Tipi Başkanlık sistemine geçilmiştir.¹ Türk Tipi Başkanlık sistemi denmesinin sebepleri arasında siyasal sistemde meydana gelen tikanlıkların seçim yolu ile aşılması, Parlamento ya da Cumhurbaşkanının seçim kararı verebilmesi ve cumhurbaşkanlığı seçimi ile parlamento seçiminin aynı anda yapılması ön plana çıkmaktadır. Bununla birlikte yürütme organının tek kişiden oluşması, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi ve yürütme organının parlamentonun güvenine dayanmaması açısından başkanlık sistemine özgü özellikler benimsenmiştir. Ayrıca yürütmenin parlamento çalışmalarına katılmaması, aynı kişinin aynı anda hem parlamenter hem de bakan olamaması ve yürütme organının sorumsuz kanadının yasama organını fesih edememesi sebepleri başkanlık sisteminin özellikleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

I. KUVVETLER AYRILIĞI TEORİSİ

Kuvvetler ayrılığı teorisinin tarihsel anlamda ortaya çıkışı ve gelişmesi aşamasında; Aristo, Hugo Grotius, Christian Wolff, Samuel von Pufendorf ile John Locke'un görüşlerinin oldukça önemli olduğunu ifade etmek gerekir. Buna karşın teorinin temel esas ve çizgilerinin günümüzdeki anlamı açısından özellikle Montesquieu'nun görüşleri çerçevesinde oluştuğu belirtilmelidir.² Montesquieu'ya göre kuvvetler sınırlandırılmalı, birbirlerini denetlemeli ve durdurmalıdır. İktidar, iktidarla durdurulmalı ve bunlar arasında denge kurulmalıdır. İktidarın kötüye kullanılmaması için bir kuvvet diğer bir kuvvetle dengelenmeli ve tek kuvvet tek kişide birleşmemelidir. Yasama en büyük fonksiyondur, kral yürütme gücünü temsil etmeli, yargı ise bağımsız olmalıdır.³ Düşünür; her devlette, geçici veya sürekli kanunlar yapma, eskiden yapılmış olan kuralları düzeltme veya yürürlükten kaldırma işlerini ifade eden yasama kuvveti, devletin dış ve iç güvenliğini sağlamak (savaş veya barış yapmak, elçi göndermek ya da kabul etmek, güvenliğin sağlanması ve işgallerin önlenmesi vb.) şeklindeki yürütme kuvveti ile suçluları cezalandırma ve özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkları çözmeyi içeren yargı kuvveti şeklinde üç kuvvetin bulunduğu ileri sürmüştür. Düşünüre göre; üç devlet kuvveti, üç farklı organa verilmiş ve bunlardan her birinin yetkisi diğerinin yetkisiyle sınırlandırılmıştır. İnsanların hürriyetleri, üç kuvveti kullanan organların kendi sınırları içinde kalması halinde güvence altında olacağı vurgulanmıştır. Bu bağlamda yasama or-

¹ 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği için bkz. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu. 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, (2018): 64 vd.

² Kemal, Gözler. Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt: I, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2011) 537-548; H. Tahsin, Fendoğlu. 171 Soruda Başkanlık Sistemi, (Ankara: Atatürk Araştırma Merkezi, 2017) 85-86; Kuvvetler ayrılığı teorisinin özelliklerine ilişkin olarak bkz., Mustafa, Atalan. Başkanlık Sistemi ve Türkiye, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019) 32 vd.

³ Fendoğlu, Başkanlık Sistemi, 85-86.

ganı sınırlı bir yetkiye sahip olup, kendi koyduğu kuralları uygulaması mümkün değildir. Yürütme kuvveti de sınırlı bir yetkiyi ifade etmektedir, nitekim yasama organı tarafından konulan kuralların uygulanmasını sağlamaktadır. Yargı organı ise gene sınırlı bir kuvvet olup, ilgili kuralları uygulayarak uyuşmazlıkları çözmeye yetkisine sahip olacaktır. Dolayısıyla yasama, yürütme ve yargı organları, kendi yetki alanlarının dışına çıkarılsa, yani örneğin yasama organı kendi koyduğu kuralları yürütürse, yürütme organı yürüteceği kuralları kendisi koyarsa veya yargı organı kanunları uygulamakla yetinmeyip, yorum yoluyla yeni kurallar koyarsa hürriyet ortadan kalkacaktır.⁴ Montesquieu'nun kuvvetler ayrılığı teorisini savunmasının sebebi, hürriyetlerin güvencesi olarak görmesidir. Nitekim ünlü düşünür, kuvvetlerin tek kişide birleşmesinin istibdata yol açacağını ileri sürmüştür.⁵

Kuvvetler ayrılığı teorisini genel anlamda; devlet iktidarını sınırlandırmak suretiyle insan hak ve hürriyetlerinin korunması amacıyla iktidarın yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri şeklinde üçe bölünmesi ve bu üç kuvvetin birbirinden bağımsız olan üç ayrı organa verilmesi şeklinde tarif etmek mümkündür.⁶ Böylelikle devletin sınırlandırılması ve bireylerin sahip olduğu temel hak ve hürriyetlerin korunması amaçlanmıştır.⁷ Kuvvetin kuvvetle durdurulması çoğunluğun azınlık görüş ve düşüncesi karşısındaki ezici baskısı önlenmeye çalışılmaktadır. Çoğunluğun iradesinin her zaman doğru olmayabileceği ve çoğunluk iradesinin dengelenmesi, durdurulması ve denetlenmesi önem arz etmektedir. Bu nedenle çoğunluk iradesinin dengelenmesi ve kontrol edilmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Çoğunluk iradesini durduracak hukuki araçlar ise, yazılı ve sert anayasa, çift meclis sistemi, kuvvetler ayrılığı ilkesi, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin kabul edilmesi ve devlet başkanının veto yetkisi ön plana çıkmaktadır. Bu nedenle kuvvetler ayrılığına dayalı hükümet sistemlerinde denge ve kontrol araçlarına ihtiyaç duyulmaktadır.

Kuvvetler ayrılığı teorisi kapsamında; yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin birbirinden ayrı olduğu ve bu ayrılığın temelinde devlet fonksiyonlarını yerine getiren organların uzmanlık esasına dayalı bir işbölümü içinde olması ile bu organların birbirini denetleyip dengelemesi şeklinde bir sınırlandırmanın bulunması önemlidir.⁸ Yasama ve yürütme organları arasındaki karşılıklı etkileşim araçlarının amacı, bu organların karşılıklı işbirliği yapmaları ve uyum içerisinde çalışmalarını temin etmektir.⁹

⁴ Kuvvetler ayrılığı teorisinin tarihi gelişimi için bkz. Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 537-548.

⁵ Ergun, Özbudun. Türk Anayasa Hukuku, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 18. Basım, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 189 vd.

⁶ Ömer, Anayurt. Anayasa Hukuku Genel Kısım, 3. Baskı, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 349.

⁷ Fendoğlu, Başkanlık Sistemi, 82-83; Devletin hukuki fonksiyonlarının maddi-hukuki mahiyeti bakımından ve şekli ve organik bakımından tasnifi için bkz., Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 192 vd.

⁸ Serdar, Gülenler. Başkanlık Sistemlerinde Denge ve Denetleme, (İstanbul: SETA Yayınları, 2016), 12; Egemenlik tek olduğu için, kuvvetler ayrılığı yerine devlet organlarının ve fonksiyonlarının ayrılığı demek daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Bkz., Fendoğlu, Başkanlık Sistemi, 82.

⁹ Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, 539.

II. BAŞKANLIK SİSTEMİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ

Başkanlık sistemi açısından Türkiye ile ABD sistemlerinin karşılaştırmalı analizine geçmeden önce, doktrinde ve uygulamada başkanlık sisteminin genel özellikleri ile sistem kapsamında yer alan fren-denge araçlarının, yani karşılıklı etkileşim araçlarının temel özelliklerine değinilmesi gerekmektedir.

Doktrinde, başkanlık sistemi sert veya katı kuvvetler ayrılığı sistemi olarak adlandırılmaktadır. Bu bağlamda başkanlık sisteminde, yasama ve yürütme yetkileri birbirinden keskin ve net çizgilerle ayrılan iki ayrı organa verilmiş olup, bu iki organ kaynak ve varlıklarını sürdürme bakımından birbirinden bağımsız şekilde oluşmakta ve görev yapmaktadır.¹⁰ Başka bir deyişle yasama ve yürütme organları ayrı ayrı seçilmekte ve seçildikten sonra da birbirlerinin hukuki varlıklarına son verememektedir.¹¹

Sert kuvvetler ayrılığı sistemi olarak da anılan başkanlık sisteminin doktrinde ve uygulamada özellikle ABD açısından ortaya çıkan özelliklerine değinmek ve Türkiye ile ABD hükümet sistemlerinin karşılaştırmalı olarak ele almak faydalı olacaktır. Bu bağlamda başkanlık sisteminin ilk özelliğine göre; yürütme organı tek başlı olup ve halk tarafından seçilen başkan olarak anılan tek bir kişiden oluşmaktadır. Dolayısı ile başkan dışında ayrı bir devlet başkanlığı makamı bulunmamakta ve başkan, ayrıca devlet başkanı olarak görev yapmaktadır. Sistemin ikinci özelliği kapsamında; yürütmenin başı ve devlet başkanı olan başkan, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak halk tarafından belirli bir dönem için seçilmekte ve süresi dolmadan da yasama organı tarafından görevden alınmamaktadır. Sistemin üçüncü özelliği uyarınca; başkan, yasama organına karşı sorumlu olmayıp, sadece kendisini seçen halka karşı sorumludur. Bu doğrultuda sistemin dördüncü özelliğine göre; başkan da yasama organını feshedememekte ve dolayısıyla yasama ve yürütme organları birbirlerinin hukuki varlığına son verememektedir. Başkanlık sisteminde yasama ve yürütme organlarının ayrılığının doğal bir sonucu olarak, aynı kişi hem yasama hem de yürütme organında görev alamamaktadır. Bu bağlamda, başkan ile bakanlar (sekreterler) yasama organı üyesi olamayacaklardır. Benzer şekilde, yasama organı üyeleri de yürütme organında yer alamamakta, idari nitelikli gö-

¹⁰ Anayurt, Anayasa Hukuku, 396.

¹¹ Saf kuvvetler ayrılığı teorisi, anayasal organlardan birisinin kendi anayasal yetkilerini aşmasının nasıl önleneyeceği hususunda tatmin edici bir formül önermemektedir. Bundan dolayı anayasal organlar için frenler ve dengeler sistemine yer verilmesi gerekmektedir. Bu fren ve denge mekanizmaları ise, çift meclis, bakanların yasama sürecinde yer almaması, başkanın güçleştirici veto yetkisi, başkanın Kongreyi feshedememesi, Kongrenin kanunun yürütülmesine ilişkin işlem yapmaması ve geçmişe yürüyen kanun çıkaramaması, Kongrenin başkan ve bakanların görevlerine güvensizlik oyu ile son verememesi, Başkanın Temsilciler Meclisi tarafından suçlanıp, Senatoda yargılanması, Başkanın atamalarının Senatunun onayına tabi olması, federal bütçenin kabulünün Kongreye ait bir yetki olması şeklinde ifade edilmektedir. Bkz., Ergun, Özbudun. Anayasacılık ve Demokrasi, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 19 vd.; Ayhan, Döner. "Başkanlık Sisteminin Türkiye'de Uygulanabilirliği Başkanlık Sistemi ve Türkiye İçinde, Editör: N. Talat Arslan, Ankara: Aktüel Yayınları, (2013): 170 vd.

revleri kabul edememekte ve memur olarak görev yapamamaktadırlar. Başkanlık sisteminde, yasama ve yürütme kuvvetlerinin sert ayrılığı hususu, yürütme organının, yasama işlemlerine müdahale etmemesi sonucunu doğurmaktadır. Başkan ile bakanlar (sekreterler) yasama organı görüşmelerine katılamamakta, görüş bildirememekte ve kanun teklif etme yetkisine sahip olmamaktadırlar. Ayrıca yürütme organı, yasama organının toplanmasını engelleyememekte, toplantıları kapatamamakta ve yasama organını tatile sokamamaktadır.¹²

Başkanlık sistemi özellikle İngiltere'ye karşı yapılan bağımsızlık mücadelesinden sonra İngiliz sisteminin tersi bir sistem olarak, tarihi ve felsefi bilgi birikimlerinden yararlanılarak insan aklı ile düşünülmüş bir sistemdir. İngiltere'deki siyasi sistem; yazılı anayasanın bulunmaması, çift başlı yürütme, halk tarafından seçilmeyen lordlar kamarası, yürütmenin sorumsuz kanadını oluşturan ve ırsi olarak işbaşına gelen monarkın bulunması ve üniter devlet özelliklerine sahiptir. ABD sistemi ise yazılı ve sert anayasa ile federal devletin kurulması, halk tarafından seçilen başkan tarafından oluşturulan tek başlı yürütme, federatif yapı, federe devletlerin senatoda eşit temsili, yetki uyumsuzluklarının yargısal çözümü gibi bir çok özellikleri içinde barındırmaktadır.

Başkanlık sisteminin genel özellikleri açısından Türkiye ile ABD sistemlerinin karşılaştırmalı analizinde; ABD'de başkanın yasama organı tarafından görev alınmaması ve başkanın yasama organını feshedememesine karşılık, Türkiye'de mevcut sistemde durum böyle değildir. Nitekim Anayasanın 116. maddesine göre; Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tamsayısının beşte üç çoğunluğuyla seçimlerin yenilenmesine karar verebilir ve bu halde TBMM genel seçimi ile Cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılır. Aynı madde uyarınca; Cumhurbaşkanının seçimlerin yenilenmesine karar vermesi halinde ise Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimi ile Cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılacaktır. Ayrıca ABD, başkan yardımcısı, başkan ile beraber halk tarafından seçilmesine rağmen, Türkiye'de cumhurbaşkanı yardımcısı, Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. ABD başkanlık sisteminde yürütme ve yasama organı arasındaki iletişimi halk tarafından seçilen başkan yardımcısı yapmaktadır. Başkan yardımcısı aynı zamanda çift meclisli olan Kongrenin Senato kanadının başkanlığını da yapmaktadır. Dolayısı ile başkan yardımcısı yürütme organının parlamentodaki temsilcisi ve iletişimi sağlayan kişi konumundadır.¹³

¹² Erdoğan, Teziç. Anayasa Hukuku, 21. Baskı, (İstanbul: Beta Yayınları, 2017), 529 vd.; Atilla, Özer. Anayasa Hukuku, 7. Baskı, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2016), 179 vd.; Mustafa, Erdoğan. Anayasa Hukuku, 8. Baskı, (Ankara Orion Yayınları, 2014), 19-21; Osman Korkut Kanadoğlu ve Ahmet Mert Duygun, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020), 305 vd.

¹³ Atalan Başkanlık Sistemi ve Türkiye isimli çalışmasında Amerika Birleşik Devletleri ile Türkiye arasındaki başkanlık sistemini benzerlik ve farklılık yönlerinden karşılaştırmıştır. Başkanın halkoyu ile seçilmesi, başkanlığın iki dönemle sınırlandırılması, yürütme organının tek yapılı olması, başkanın kanunları onaylama ve geri gönderme yetkisinin bulunması, başkanın kararname çıkarma yetkisinin olması, bakanların başkan tarafından atanması, başkanın üst düzey yöneticileri

Başkanlık sistemi kapsamında ifade edilen yasama ve yürütme organının sert ayrılığına karşın, karşılıklı etkileşim araçları niteliğindeki fren-denge araçları hususu, bu çalışmanın temelini oluşturmaktadır. Bu bağlamda, Türkiye-ABD sistemlerinin fren-denge araçları kapsamında karşılaştırmalı analizi bir sonraki başlıkta ayrıntılı şekilde gerçekleştirilecektir.

III. TÜRKİYE-ABD HÜKÜMET SİSTEMLERİNİN FREN-DENGE ARAÇLARI ÇERÇEVESİNDE KARŞILAŞTIRMASI

Sert kuvvetler ayrılığı olarak da anılan başkanlık sisteminde, yasama ve yürütme organlarının sert ayrılığı söz konusudur. Buna karşın özellikle sistemin tıkanmaması açısından, iki organ arasında karşılıklı etkileşim araçları, deyim yerindeyse yasama ve yürütme yetkilerinin birbirini frenlemesi ve dengelemesi amacıyla ortaya çıkmıştır.¹⁴ Nitekim doktrinde Gülener, başkanlık sistemlerinde yasama, yürütme ve yargı organlarının gerçekleştirdiği suiistimallere karşı sistemin verdiği tepkinin başarısının, büyük ölçüde sistemde mevcut olan fren ve denge araçlarına bağlı olduğunu belirtmiştir.¹⁵ Bu bağlamda, yasama organının bütçe, atamalar ile uluslararası antlaşmaların onaylanması, meclis araştırması ve meclis soruşturması gibi araçlarının yanında, yürütme organının da mesaj, düzenleyici işlemler ve veto şeklindeki araçları, başkanlık sisteminin fren-denge araçlarını ifade etmektedir. Her bir aracın, öncelikle genel anlamı, ardından ise ABD ve Türkiye'nin hükümet sistemindeki yerine değinilmesiyle karşılaştırılması ayrı başlıklar altında yapılacaktır. Türkiye'nin hükümet sistemi ise, 2017 Anayasa değişikliği kapsamında getirilen düzenlemeler çerçevesinde yürürlükteki hali ile ele alınacaktır.

A. BÜTÇE

Yürütme organı tarafından gerçekleştirilen işlemlerin finansmanı, yasama organı tarafından onaylanması gereken bütçe sayesinde gerçekleştirilebilmektedir. Bütçeyi; kamu gelirlerini toplamak ve harcamaları yapmak için yasama

ataması, bakanların başkana karşı sorumluluğunun bulunması, yürütme organının kanun önerme yetkisinin bulunmaması, başkanın yasama organına karşı sorumluluğunun bulunmaması, yasama ve yürütme organı üyeliklerinin tek kişide birleşmemesi gibi hususlarda her iki hükümet sisteminin de benzer olduğunu ifade etmektedir. Farklılıkları ise, Türkiye'nin üniter yapısı, tek meclisli olması, bakanların ve üst düzey atamaların Meclisin onayına tabi olmaması, Başkanın ve Meclisin seçimlerin yenilenmesi kararı alabilmesi ve parlamento seçimleri ile Cumhurbaşkanı seçimlerinin aynı anda yapılması, Cumhurbaşkanının siyasi ve hukuki sorumluluğunun bulunması, cezai sorumluluk hususunda Meclis soruşturmasından sonra Yüce Divan sıfatı ile Anayasa Mahkemesinin yetkili olması, Cumhurbaşkanı yardımcısının seçim yolu ile değil de Cumhurbaşkanı tarafından atanması hususlarına değinilmiştir. Bkz., Atalan, Başkanlık Sistemi, 249 vd.

¹⁴ Kanadoğlu ve Duygun, Anayasa Hukuku, 315.

¹⁵ Yazar, bu araçların tek başına yeterli olmadığını, sistemde temel belirleyici olan "kurumsal dizayn" olduğunu belirtmiştir. Yazar, "kurumsal dizayn" açısından; başkan ile yasama organının seçim döngüsünün, başkanlık seçim formülü ile siyasi partisinin önem taşıdığını ileri sürmüştür. Yazarın ABD ile Latin Amerika ülkelerinin hükümet sistemleri açısından karşılaştırmalı değerlendirmesi için bkz. Gülener, Denge ve Denetleme, 12-67.

organının yürütme organına verdiği bir yıl süreli izin olarak tanımlamak mümkündür. Bu bağlamda yürütme organı, yani başkan, yasama organı tarafından onaylanacak olan bütçe için yasama organı ile uzlaşmak durumundadır. Nitekim ABD’de Kongre tarafından onaylanmayabilecek veya kısıtlanabilecek bütçe ihtimalinden dolayı, başkan Kongre’nin eğilimini dikkate almak zorundadır. Bu doğrultuda ABD’de Kongre’nin kendini merkezi bir konumda tutma arzusunun en güzel örneğinin bütçe tasarılarının onaylanması olduğu ifade edilmiştir.¹⁶ Buna karşın Türkiye’de, Anayasanın 161. maddesinin dördüncü fıkrasına göre; bütçe kanununun süresinde yürürlüğe konulamaması halinde geçici bütçe kanunu çıkarılabilmekte, geçici bütçe kanununun da çıkarılamaması durumunda ise yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerlendirilerek artırılarak uygulanması öngörülmüştür.¹⁷ Dolayısıyla TBMM, Cumhurbaşkanının bütçesini kabul etmez ise yeni bütçe kabul edilinceye kadar Cumhurbaşkanı bir önceki yıl bütçesini yeniden değerlendirilerek artırılarak vergileri toplamaya ve harcamaları yapmaya devam edebilecektir. ABD’de bütçe için Kongre ile uzlaşmak zorunda olan başkana karşın, Türkiye’de böyle bir

¹⁶ Mehmet Ali Zengin, “ABD Başkanlık Sisteminde Fren ve Denge Mekanizması Üzerine Bir İnceleme”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 28, (2016) 24; Anayurt, Anayasa Hukuku, 407.

¹⁷ Anayasanın “Bütçe ve Kesinhesap” başlıklı 161. maddesi: “Kamu idarelerinin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır.

Malî yıl başlangıcı ile merkezi yönetim bütçesinin hazırlanması, uygulanması ve kontrolü ile yaptırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süre ve usuller kanunla düzenlenir. Bütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz.

Cumhurbaşkanı bütçe kanun teklifini, malî yılbaşından en az yetmişbeş gün önce, Türkiye Büyük Millet Meclisine sunar. Bütçe teklifi Bütçe Komisyonunda görüşülür. Komisyonun ellibeş gün içinde kabul edeceği metin Genel Kurulda görüşülür ve malî yılbaşına kadar karara bağlanır.

Bütçe kanununun süresinde yürürlüğe konulamaması halinde, geçici bütçe kanunu çıkarılır. Geçici bütçe kanununun da çıkarılamaması durumunda, yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerlendirilerek uygulanır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Genel Kurulda kamu idare bütçeleri hakkında düşüncelerini her bütçenin görüşülmesi sırasında açıklarlar, gider artırıcı veya gelirleri azaltıcı önerilerde bulunamazlar.

Genel Kurulda kamu idare bütçeleri ile değişiklik önerileri, üzerinde ayrıca görüşme yapılmaksızın okunur ve oylanır.

Merkezi yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek tutarın sınırını gösterir. Harcanabilecek tutarın Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamaz.

Carî yıl bütçesindeki ödenek artışı öngören değişiklik teklifleri ile carî ve izleyen yılların bütçelerine malî yük getiren tekliflerde, öngörülen giderleri karşılayabilecek malî kaynak gösterilmesi zorunludur.

Merkezi yönetim kesinhesap kanunu teklifi, ilgili olduğu malî yılın sonundan başlayarak en geç altı ay sonra Cumhurbaşkanı tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulur. Sayıştay genel uygunluk bildirimini, ilişkin olduğu kesinhesap kanun teklifinin verilmesinden başlayarak en geç yetmişbeş gün içinde Meclise sunar.

Kesinhesap kanunu teklifi ve genel uygunluk bildirimini Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiş olması, ilgili yıla ait Sayıştayca sonuçlandırılmamış denetim ve hesap yargılamasını önlemez ve bunların karara bağlandığı anlamına gelmez.

Kesinhesap kanunu teklifi, yeni yıl bütçe kanunu teklifiyle birlikte görüşülür ve karara bağlanır.” şeklindedir.

uzlaşmayı içeren karşılıklı etkileşim aracı söz konusu değildir. Bütçe kanununun yeni mali yıldan önce çıkarılmaması ve devlet hayatının kesintiye uğramaması için yeniden değerlendirilmesine göre bütçenin uygulanması hali öngörülmüştür. Doktrinde Gözler, bu durumun sadece başkanlık sistemiyle değil, parlamenter hükümet sistemiyle de çeliştiğini, hükümet sisteminin ötesinde, kuvvetler ayrılığı ilkesiyle çeliştiğini ileri sürmüştür.¹⁸ Bununla birlikte Anayasanın 161. maddesinin 3. fıkrasında Cumhurbaşkanına bütçe konusunda kanun teklifinde bulunma yetkisi tanınarak yürütmenin kanun önerisinde bulunamama hali, bütçe kanunu hususunda istisnai bir konuma dönüşmüştür.

B. ATAMALARIN ONAYLANMASI

Başkanlık sisteminde, atamalar genel olarak başkanın elinde olup, bazı önemli atamalar yasama organının onayına tabidir. Bu bağlamda, başkan, atamalarda yasama organının da görüşlerini göz önüne almak ve yasama organı ile uzlaşma yoluna gitmek durumundadır. Nitekim ABD’de bazı önemli atamalar Senato’nun onayına bağlı olarak başkan tarafından gerçekleştirilebilmektedir.¹⁹

ABD’de başkanın bakanları (sekreterleri) atama yetkisi Senato’nun onay yetkisi ile dengelenmesine rağmen, Türkiye’de bakanlar Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Dolayısıyla ABD’de başkan, atamalar açısından Senato ile uzlaşmak zorunda iken, Türkiye’de Cumhurbaşkanının böyle bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Benzer şekilde, ABD’de başkanın yüksek hakimleri atama yetkisi de Senato’nun onayına tabi iken, Türkiye’de Cumhurbaşkanının Hakimler ve Savcılar Kurulu ile Danıştay ve Anayasa Mahkemesi’ne üye atama yetkisi açısından böyle bir onay şartı söz konusu değildir. Bakanlar (sekreterler) ile yüksek hakimlere ek olarak, üst kademe kamu yöneticilerinin atanması açısından da ABD’de elçiler, diğer temsilciler, konsoloslar ve Anayasa atamaları için başka bir usul öngörülmemiş ve kanunlarla kurulacak olan Birleşik Devletler makamları Senatunun onayıyla başkan tarafından atanmaktadır. Ayrıca Kongre, uygun gördüğü alt düzeydeki görevlilerin atanmasını kanun ile sadece başkana, mahkemelere veya yönetim bölümlerinin başkanlarına verebilecektir.²⁰ Buna karşın Türkiye’de tüm üst kademe kamu yöneticilerini atama yetkisi, başka bir organın veya kurulun onayına tabi olmaksızın Cumhurbaşkanına aittir. Dolayısıyla, yüksek hakimler ile üst kademe kamu yöneticilerini atama yetkisi açısından Türkiye’de Cumhurbaşkanının, TBMM ile uzlaşma zorunluluğunun bulunmadığını da belirtmek gerekir.

¹⁸ Gözler, Elveda Anayasa, s.67.

¹⁹ Özer, Anayasa Hukuku, 206-208; Fevzi Demir, Anayasa Hukuku, Genel Hükümler ve Türk Anayasa Hukuku, 9. Baskı, (İzmir: D.E.Ü. İ.İ.B.F. Yayınları, 2015), 125; Anayurt, Anayasa Hukuku, 406.

²⁰ Gülenler, Denge ve Denetleme, 62.

C. ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN ONAYLANMASI

Uluslararası ilişkilerin yürütülmesi bağlamında uluslararası antlaşmaların yapılması yetkisi başkana ait olup, bazı uluslararası antlaşmaların geçerlilik kazanması için yasama organı tarafından onay şartı da öngörülmektedir. Zira ABD’de imzalanan uluslararası antlaşmaların geçerliliği Senato tarafından 2/3 çoğunlukla onay şartına tabidir.²¹ Kongrenin Senato kanadının uluslararası antlaşmaların açısından onay yetkisinin bulunması nedeniyle başkan uluslararası ilişkilerin yürütülmesi ve antlaşmaların imzalanması konusunda Senatonun görüşlerini dikkate almak durumundadır.

Türkiye’de ise Anayasanın 90. maddesine göre; Cumhurbaşkanı kural olarak uluslararası antlaşmaları bir uygun bulma kanunundan sonra onaylayabilmekte, istisnai durumlarda ise doğrudan Cumhurbaşkanı’nın onayıyla yürürlüğe girmektedir.²² Bu bağlamda ABD’de üçte iki çoğunlukla Senato tarafından onaylanan uluslararası antlaşmalardan dolayı başkanın Senato ile uzlaşma ihtiyacına karşın, Türkiye’de bazı antlaşmalar açısından daha düşük bir çoğunluk olan TBMM salt çoğunluğu yeterli iken, diğer grup antlaşmalar için doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması yeterli olacaktır.²³

D. MECLİS ARAŞTIRMASI

Yürütme kuvveti kapsamında yer alan yetkilerin kullanılmasına ilişkin olarak, yasama organı tarafından bilgi edinme amaçlı bir araştırma yapılması mümkündür. Buna karşın, yasama organı tarafından yapılan araştırma olumsuz sonuçlansa dahi, başkanın görevden alınması mümkün değildir. ABD’de mec-

²¹ Örneğin Başkan Wilson tarafından hazırlanan ve imzalanan Versailles Antlaşması Senato tarafından onaylanmamış ve yürürlüğe girmemiştir. Bkz., Demir, s.123.

²² Tanör ve Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Hukuku, 327; Şeref, Gözübüyük, Anayasa Hukuku, 19. Bası, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2013), 226 vd.; Anayurt, Anayasa Hukuku, 407.

²³ Anayasanın “Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma” başlıklı 90. maddesi: “Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar; Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.

Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” şeklindedir.

lis araştırmaları, Kongre kapsamında görev yapan araştırma komisyonları tarafından gerçekleştirilmektedir. ABD Anayasasında Meclis araştırmasına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamasına karşın hem yasama uygulamaları hem de yargı içtihatlarına göre, Anayasa'nın bu yetkiyi zımnen tanımış olduğu kabul edilmektedir.²⁴ ABD'de meclis araştırması kamuya açık yapılmaktadır. Araştırma, komisyonunun saptayacağı kurallara uygun şekilde radyo ve televizyonda yayınlanabilir. Ancak milli güvenliğe aykırı olacak durumlarla, dinlenen kişinin veya bir kimsenin kişiliği ve şöhreti üzerinde kötü etki yapacağıının belirlenmesi durumunda komisyon, araştırmanın kapalı yapılmasına karar verebilmektedir. ABD'de araştırma komisyonu yolu ile denge ve denetleme söz konusu olmaktadır. Yasama organı tarafından yeni bir kanun çıkarılması için de meclis araştırması yapılabilir. Bu araştırma yürütme organının faaliyetinin araştırılmasını da içerebilmektedir. Meclis araştırması yapan komisyon, inceleme sırasında yürütme organından bazı belgeleri isteyebilir veya ilgililerin bilgilerine başvurabilir. Üçüncü kişiler de araştırma komisyonlarının sorularını cevaplamak ve istenen belgeleri vermekle yükümlüdürler. ABD'de yasama araştırması, Kongre'nin, herhangi bir konuyu kanunla düzenlemeden ve aksayan kısımlara çözüm bulmak ve gerekli bilgileri elde etmek için bu konuda Meclis araştırma yapma yetkisi mevcuttur. Kongre'nin siyasal araştırma hususunda da yürütme organının faaliyetleri üzerinde de meclis araştırması yapması mümkündür.²⁵

Türkiye'de ise, TBMM, meclis araştırması yoluyla bilgi edinme ve denetleme yetkisini kullanmaktadır. Anayasanın 98. maddesine göre; meclis araştırması, belli bir konuda bilgi edinmek için yapılan incelemedir. Meclis araştırması, yürütme organının yasama tarafından denetlenebilmesi araçlarından birisidir. Ayrıca Yasama organı, meclis araştırması yöntemi ile ihtiyaç duyulan bir konuda çıkarılacak veya yenilenecek kanun için bilgi toplanarak önceden aydınlanmak isteyebilir.²⁶ Bununla birlikte Meclis herhangi bir konuda yargı yoluna başvurulabilmesi için bilgi edinmek isteyebilir. Meclis İçtüzüğüne göre²⁷ devlet sırları

²⁴ Zengin, "ABD Başkanlık Sisteminde Fren ve Denge Mekanizması", 15.

²⁵ Veli Köroğlu, "Meclis Araştırması", Sosyal Bilimler Dergisi, 3(2), Aralık (2006), 35-36, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/695461>, E.T. 20.10.2021.

²⁶ Gözübüyük, Anayasa Hukuku, 231.

²⁷ TBMM İçtüzüğü "Meclis araştırmasının tarifi ve açılması" kenar başlıklı Madde 104 -Meclis araştırması, belli bir konuda bilgi edinmek için yapılan incelemeden ibarettir. Araştırma istemi önergesi beşyüz kelimedenden fazla ise önerge sahipleri beşyüz kelimeyi geçmemek üzere özetini eklemek zorundadır. Meclis araştırmasının açılmasında genel görüşme açılmasındaki hükümler uygulanır. Meclis araştırma komisyonunun raporu hakkında Genel Kurulda, genel görüşme açılır. "Meclis Araştırma Komisyonu ve yetkileri" kenar başlıklı Madde 105 - Meclis araştırmasının yürütülmesi görevi, genel hükümlere göre seçilecek bir özel komisyona verilir. Bu komisyonun üye adedi, çalışma süresi ve gerektiğinde Ankara dışında da çalışabileceği hususu Meclis Başkanının teklifi ile Genel Kurulda tespit edilir. Araştırmasını üç ay içinde bitiremeyen komisyona bir aylık kesin süre verilir. Komisyon bu süre sonunda da çalışmasını tamamlamadığı takdirde süre bitiminden itibaren onbeş gün içinde araştırmanın tamamlanmaması nedenleri veya o ana kadar varılan sonuçlar üzerinde Genel Kurulda görüşme açılır. Genel Kurul bu görüşme ile yetinebile-

ile ticari sırlar, Meclis araştırması kapsamı dışında yer almaktadır. Bu hususlar Meclis araştırmasının denetim aracı olma etkinliğini zayıflatmaktadır. Çünkü yürütme organı bazı bilgileri devlet sırrı ve ticari sır şeklinde nitelendirerek araştırma komisyonuna vermekten kaçınabilecektir. Bu yönüyle Meclis araştırmasından beklenen fonksiyon tam olarak gerçekleşmemektedir. Meclis Araştırması Komisyonu, inceleme faaliyetlerini bitirdiğinde meclise bir rapor sunmaktadır. Bu rapor hakkında Genel Kurulda genel görüşme açılacaktır. Ancak görüşme sonunda herhangi bir karar alınması ve yürütme organının sorumluluğuna yönelik oylama yapılması söz konusu değildir. Bu nedenle Meclis araştırması, etkinliği sınırlı bir denetim aracıdır. Buna karşın Meclis araştırması sonucunda, yürütme organının siyasetinin kusurlu yanları ortaya konmuşsa, bu bulgulara dayanılarak ilgili bakanlar hakkında dokunulmazlığının kaldırılması ya da görev suçlarından dolayı meclis soruşturması açılabilir. Kusurlu görülen devlet görevlileri için yetkili makamlara suç duyurusunda bulunulabilecektir.

E. MECLİS SORUŞTURMASI (IMPEACHMENT - SUÇLAMA)

Meclis soruşturması, kısaca başkanın cezai sorumluluğuna yol açabilecek bir yasama organı soruşturması şeklinde tarif edilebilir. Zira ABD’de; Temsilciler Meclisi’nin başkanı suçlama ve Senato’nun ise görevden alma yetkisi bulunmaktadır. Senato üyelerinin üçte iki çoğunluğu ile başkanı görevden alması mümkündür. Buna karşın söz konusu suçlama siyasi olmayıp, cezai bir nitelik arz etmektedir. Türkiye’de ise Anayasanın “Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu” başlıklı 105. maddesine göre; TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle Cumhurbaşkanı hakkında bir suç işlediği iddiasıyla soruşturma açılması istenebilecektir. Meclis, söz konusu önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilecektir. Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde Meclisteki siyasi partiler tarafından kurulacak olan on beş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılacaktır. Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclis Başkanlığına sunacaktır. Komisyon raporu, Meclis Başkanlığına verildiği tarihten itibaren on gün içinde milletvekillerine dağıtılmakta ve dağıtımından itibaren on gün içinde Genel Kurulda görüşülmektedir. Meclis, üye tamsayısının üçte ikisinin gizli oyuyla Cumhurbaşkanının Yüce Divana sevk kararı alabilecektir. Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan mahkûm edilen Cumhurbaşkanının

ceği gibi yeni bir komisyon da kurabilir.(2) Meclis Araştırma Komisyonu bakanlıklarla genel ve katma bütçeli dairelerden, mahalli idarelerden, muhtarlıklardan, üniversitelerden, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumundan, kamu iktisadi teşebbüslerinden, özel kanun ile veya özel kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulmuş banka ve kuruluşlardan, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından ve kamu yararına çalışan derneklerden bilgi istemek ve buralarda inceleme yapmak, ilgililerini çağırıp bilgi almak yetkisine sahiptir. Komisyon, gerekli gördüğünde uygun bulacağı uzmanların bilgilerine başvurabilir. Devlet sırları ile ticari sırlar, Meclis araştırması kapsamının dışında kalır.” hükümlerini ihtiva etmektedir.

görevi sona erecektir. Cumhurbaşkanının görevde bulunduğu sürede işlediği iddia edilen suçlar için görevi bittikten sonra da aynı madde uygulama alanı bulacaktır.²⁸ Anayasada yapılan bu değişiklik ile Cumhurbaşkanının kişisel ve görev yönünden herhangi bir ayırım yapılmaksızın cezai sorumluluğu kabul edilmiş ve Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanının görevinin devam edeceği, ancak seçilmeye engel bir suçtan mahkum edilen Cumhurbaşkanının görevinin sona ereceği hüküm altına alınmıştır. Yapılan bu değişiklik ile daha önceki tartışmaların sona erdirilmeye çalışıldığı göze çarpmaktadır.

F. MESAJ

Her ne kadar başkanın kanun teklif etme yetkisi bulunmasa da yasama organında yapmış olduğu konuşmalarda, ihtiyaç duyduğu ve çıkarılmasını istediği kanunları yasama organına telkin edebilmektedir. Zira ABD’de başkan ülkenin durumuna ilişkin mesajını, her dönemin başında Senato ile Temsilciler Meclisi’nin birleşik toplantısında dile getirmektedir.²⁹

Başkan ayrıca, veto yetkisi ile engelleyemediği kanunlar için Kongre’ye yönelik bir beyanda veya tavsiyede bulunarak söz konusu kanunun değiştirilmesini, kaldırılmasını ya da yeni bir kanunun yapılmasını talep edebilmektedir. İmza beyanı olarak da adlandırılan durumda ise başkan, kanunları imzalarken bazen kanuna dair düşüncelerini de belirtmektedir.³⁰ Başkan mesaj verme yolu ile kanun teklif edebilmektedir. Ayrıca basın toplantıları aracılığıyla da kanunla düzenlenmesini istediği konuları bildirebilmekte ve bu hususlara genel olarak ulusa sesleniş konuşmalarında değinmektedir.³¹

²⁸ Anayasanın “Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu” başlıklı 105. maddesi: *Cumhurbaşkanı hakkında, bir suç işlediği iddiasıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun vereceği önergeyle soruşturma açılması istenebilir. Meclis, önergeyi en geç bir ay içinde görüşür ve üye tamsayısının beşte üçünün gizli oyuyla soruşturma açılmasına karar verebilir. Soruşturma açılmasına karar verilmesi halinde, Meclisteki siyasi partilerin, güçleri oranında komisyona verebilecekleri üye sayısının üç katı olarak gösterecekleri adaylar arasından her siyasi parti için ayrı ayrı ad çekme suretiyle kurulacak onbeş kişilik bir komisyon tarafından soruşturma yapılır. Komisyon, soruşturma sonucunu belirten raporunu iki ay içinde Meclis Başkanlığına sunar. Soruşturmanın bu sürede bitirilememesi halinde, komisyona bir aylık yeni ve kesin bir süre verilir.*

Rapor Başkanlığa verildiği tarihten itibaren on gün içinde dağıtılır, dağıtımdan itibaren on gün içinde Genel Kurulda görüşülür. Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tamsayısının üçte ikisinin gizli oyuyla Yüce Divana sevk kararı alabilir. Yüce Divan yargılaması üç ay içinde tamamlanır, bu sürede tamamlanamazsa bir defaya mahsus olmak üzere üç aylık ek süre verilir, yargılama bu sürede kesin olarak tamamlanır.

Hakkında soruşturma açılmasına karar verilen Cumhurbaşkanı, seçim kararı alamaz.

Yüce Divanda seçilmeye engel bir suçtan mahkûm edilen Cumhurbaşkanının görevi sona erer. Cumhurbaşkanının görevde bulunduğu sürede işlediği iddia edilen suçlar için görevi bittikten sonra da bu madde hükmü uygulanır.” şeklindedir.

²⁹ Özer, Anayasa Hukuku, 205.

³⁰ Zengin, “ABD Başkanlık Sisteminde Fren ve Denge Mekanizması”, 21-23.

³¹ Gülener, Denge ve Denetleme, 55.

Türkiye’de ise Anayasanın 104. maddesine göre; Cumhurbaşkanı, gerekli gördüğü takdirde, yasama yılının ilk günü TBMM’de açılış konuşmasını yapar ve ülkenin iç ve dış siyaseti hakkında Meclise mesaj verir. ABD uygulamasına benzer şekilde parlamentoda temsil ettiği siyasi partiye çıkarılması istenen kanunlar ile ilgili mesaj verilebilmektedir. ABD gevşek parti sisteminin aksine Türk hukukunda disiplinli parti sistemi geçerlidir ve Cumhurbaşkanı aynı zamanda partinin genel başkanlığını üstlenebilmektedir. Bu yönüyle Cumhurbaşkanı, parlamentodan çıkarılmasını istediği kanunları kendi siyasi partisine mensup milletvekilleri vasıtasıyla gerçekleştirebilmektedir. Cumhurbaşkanının Mecliste kendi partisinin temsilcilerinin çoğunluğuna sahip olması halinde pek bir sorunla karşılaşılmayacaktır. Ancak farklı bir siyasi partinin parlamento çoğunluğuna sahip olması halinde kanunlaştırma çalışmaları hususunda sorunlar yaşanacaktır. Bu nedenle güçlü bir yürütmenin güçlü bir parlamento çoğunluğuna dayanması gerekmektedir. Başkanın parlamento vereceği mesajın karşılık bulabilmesi için güçlü bir parlamento desteğine de ihtiyacı bulunmaktadır.

G. YÜRÜTME ORGANININ DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ

Başkanlık sistemlerinde genel olarak kararname olarak anılan yürütme organının düzenleyici işlemleri, başkanların politikalarını hayata geçirmelerine imkan veren bir denge ve denetleme aracıdır. ABD’de başkanların kararname yetkisi açıkça Anayasada yer almamakta ise de ABD Anayasasının 2. maddesi uyarınca tüm yürütme yetkisinin başkana ait olduğunun ifade edilmiş olması doğrultusunda, başkanların bu maddeye dayanarak bağlayıcı kararlar alabilmesi söz konusu olmaktadır. Başkanlık kararnameleri, yürütme alanına ilişkin olarak kurumlar oluşturmak, bürokratik kuralları ve usulleri değiştirmek ile Kongre’den geçen tasarıları yürütmek için kullanılmaktadır.³²

Türkiye’de ise, Anayasanın 104. maddesinin 17. fıkrasına göre; Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilecektir. Ayrıca, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemeyecektir. Aynı hükme göre; Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konular ile kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamayacaktır. Bunlara ek olarak, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanacak ve TBMM’nin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelecektir. Cumhurbaşkanı, aynı maddenin 18. fıkrası uyarınca; kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler de çıkarabilecektir. Ayrıca; üst kademe kamu yöneticilerinin atan-

³² Gülenler, Denge ve Denetleme, 54; Anayurt, Anayasa Hukuku, 417 vd.

malarına ilişkin usul ve esaslar (Anayasa 104/9), bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasına ilişkin hususlar (Anayasa m.106/son), Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri (Anayasa m.108/son) ile Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri (Anayasa m.118/son) Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenecektir. Anayasanın 123. maddesinin. 3. fıkrasına göre; kamu tüzelkişilikleri kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kurulabilecektir. Olağanüstü hallerde ise Anayasanın 119. maddesinin 6. fıkrasına göre; Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda 104. maddenin 17. fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilecektir. Aynı fıkra uyarınca; kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanacak ve aynı gün Meclis onayına sunulacaktır. Aynı maddenin 7. fıkrasına göre ise savaş ve mücbir sebeplerle Meclis'in toplanamaması hâli hariç olmak üzere olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Meclis'te görüşülüp karara bağlanacaktır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkacaktır. Yönetmelikler bakımından Anayasanın 124. maddesine göre; Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabileceklerdir.

Cumhurbaşkanı anayasadan kaynaklanan yetki ile yasama organının yetkilendirmesine ihtiyaç duymaksızın doğrudan kararname çıkarma yetkisi ile donatılmıştır. Her ne kadar parlamentonun üstünlüğü kabul edilse de çıkarılan kararname için parlamentonun onayına gerek bulunmamaktadır. Ayrıca olağanüstü dönemlerde konu sınırlaması da kaldırılmakta ancak üç aylık süre içerisinde parlamento onayına ihtiyaç duyulmaktadır. Yani olağanüstü dönemlerde üç ay süre ile parlamento yetkilerinin kullanılabilceği sonucu çıkarılabilir. Her ne kadar parlamentonun bu süre içerisinde onay verip vermeme yetkisi bulursa veya aksine bir düzenleme yetkisine sahip olsa da geçici bir süre için Cumhurbaşkanı parlamentoya ait bir yetkiyi kullanma yetkisi ile donatılmıştır.

H. VETO

Veto yetkisi, başkanların yasama organı tarafından çıkarılan kanunları gerektiğinde kabul veya iade etmesine imkan veren bir araçtır. Ayrıca yasama organının çıkarmış olduğu kanunların yürütme organı tarafından denetlenmesi amaçlamaktadır.³³ Başkanın, yasama organı tarafından kabul edilen kanunları veto etme yetkisi, yürütme organının, yasama organına karşı sahip olduğu önemli fren-denge araçlarından birisidir. Nitekim ABD'de; başkan tarafından veto edilen kanunların

³³ Gülener, Denge ve Denetleme, 49.

kabul edilebilmesi için söz konusu kanunun Temsilciler Meclisi ile Senato tarafından ayrı ayrı üçte iki çoğunlukla tekrar kabul edilmesi gerekir. Söz konusu şart zorunlu olsa da gerçekleşir ise başkan artık bu kanunu onaylamak ve yayımlamak zorunda kalmaktadır. Belirtildiği gibi bu şart oldukça zor gerçekleşebildiği için yasama organının başkan ile uzlaşması gerekmektedir.³⁴

ABD’de “*cep vetosu*” olarak da anılan veto yöntemi kapsamında; on günlük süre sonunda başkanın imzalamadığı veya geri göndermediği bir kanunun yürürlüğe girmesi için bu süre sonunda Kongre’nin toplanık vaziyet bulunması gerekmesine karşın, süre sonunda Kongre tatilde ise kanun tasarısı kendiliğinden düşmektedir.³⁵

Türkiye’de, Anayasanın 89. maddesine göre; Meclis, Cumhurbaşkanı tarafından gönderilen kanunu, üye tamsayısının salt çoğunluğuyla aynen kabul ederse, kanun Cumhurbaşkanınca yayımlanacaktır.³⁶ Bu yönüyle Cumhurbaşkanının geciktirici veto yetkisi, güçleştirici veto yetkisine dönüşmüştür. Parlamentoda kanunun ilk kabul edilmesinden daha nitelikli bir çoğunlukla aynen kabul edilmesi, meşruiyet açısından daha güçlü bir unsur olarak kabul edilebilir.

SONUÇ

Başkanlık sistemi, sert kuvvetler ayrılığına dayanan demokratik bir hükümet sistemidir. Çünkü yasama ve yürütme organı halk iradesi ile serbest ve genel seçimler yolu ile belirlenmektedir. Demokratik yönetimlerde etkin siyasal makamlar düzenli aralıklar ile yapılan serbest seçimler ile belirlenmelidir. Birden fazla siyasi parti bulunmalı ve muhalefetin iktidara gelme şansı olmalıdır. İktidar seçim yolu ile el değiştirmelidir. İfade hürriyeti, bilim ve sanat hürriyeti, din, inanç, düşünce ve kanaat hürriyeti ile basın hürriyeti yazılı ve sert anayasa ile tanınıp korunmalıdır. Anayasal demokrasilerde, anayasal organların sınırlandırılması ve bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması esastır.

Başkanlık sisteminde anayasal organların karşılıklı olarak birbirini denetlemesine ve dengelemesine gereksinim duyulmaktadır. Yazılı ve sert anayasanın benimsendiği ve başkanlık sisteminin uygulandığı ülkelerde anayasal organlar

³⁴ Özer, Anayasa Hukuku, 204; Anayurt, Anayasa Hukuku, 405.

³⁵ Zengin, “ABD Başkanlık Sisteminde Fren ve Denge Mekanizması”, 20.

³⁶ Anayasanın “*Kanunların Cumhurbaşkanınca yayımlanması*” başlıklı 89. maddesi: “*Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilen kanunları onbeş gün içinde yayımlar. Yayımlanmasını kısmen veya tamamen uygun bulmadığı kanunları, bir daha görüşülmek üzere, bu hususta gösterdiği gerekçe ile birlikte aynı süre içinde, Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderir. Cumhurbaşkanınca kısmen uygun bulunmama durumunda, Türkiye Büyük Millet Meclisi sadece uygun bulunmayan maddeleri görüşebilir. Bütçe kanunları bu hükme tabi değildir. Türkiye Büyük Millet Meclisi, geri gönderilen kanunu üye tamsayısının salt çoğunluğuyla aynen kabul ederse, kanun Cumhurbaşkanınca yayımlanır; Meclis, geri gönderilen kanunda yeni bir değişiklik yaparsa, Cumhurbaşkanını değiştirilen kanunu tekrar Meclise geri gönderebilir. Anayasa değişikliklerine ilişkin hükümler saklıdır.*” şeklindedir.

hareketsiz kalmamalıdır. Bu nedenle bu organlar arasında karşılıklı etkileşim araçları bulunmalıdır. Karşılıklı etkileşim araçları kapsamında; atamalar, milletlerarası antlaşmaların onaylanması, meclis araştırması, suçlama, bütçe, veto ve mesaj uygulamalarına anayasalarda yer verilmektedir. Karşılıklı etkileşim araçları sert kuvvetler ayrılığı ilkesini yumuşatmakta, anayasal organlar arasında fren ve denge unsurlarını devreye sokmaktadır. ABD Başkanlık sistemi ile Türk Tipi Başkanlık sistemi arasında bir takım farklılıklar bulunmaktadır. Özellikle Türk Tipi Başkanlık sisteminde başkan yardımcısı Cumhurbaşkanı tarafından atanmakta ve üst düzey kamu görevlilerinin atanmasında meclisin denetimi bulunmaktadır. Yasama ve yürütme organları arasında ortaya çıkabilecek gerilimlerin seçim yolu ile giderilmesi ve bütçe konusunda yeniden değerlendirilerek eski bütçenin başkan tarafından uygulanması önemli bir farklılık oluşturmaktadır. Olağanüstü dönemlerde konu sınırlaması olmaksızın Cumhurbaşkanı tarafından kararname çıkarılması da diğer bir ayrık durumu oluşturmaktadır. Kervan yolda dizilir anlayışı gereğinde başkanlık sisteminin uygulanmasında ortaya çıkabilecek sorunların siyasi uzlaşma yolu ile giderilmesine özen gösterilmelidir. Yürürlükteki anayasal düzen kapsamında yasama ve yürütme organları arasındaki karşılıklı etkileşim araçları açısından Meclis'in etkinliğinin artırılması önemli bir ihtiyaçtır. Bu bağlamda bütçe, üst düzey kamu görevlilerinin atanması ve uluslararası antlaşmaların onaylanması aşamasında Meclis onayının öngörülmesi yararlı olabilecektir. Zira demokratik bir hukuk devleti olan Türk devlet işleyişinin Cumhuriyetin temel niteliklerine uygun şekilde ilerlemesi için yürütme organının etkinliği kadar kuvvetler ayrılığı ilkesi ve demokratik denetimin de önemli olduğu şüphesizdir. Dolayısıyla yürürlükteki hükümet sisteminin daha etkin ve dengeli işleyişi amacıyla başta bütçe ve üst kademe kamu görevlilerinin atanması yetkilerinin kullanımında Meclis onayının ve denetiminin açıkça anayasada düzenlenebilir. Bunun dışında olağanüstü hallerde çıkarılması mümkün olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetime kapalı olmasının sebep olabileceği riskler açısından gerekli denetim mekanizmalarının öngörülmesi hukuk devleti ilkesi açısından önemlidir.

KAYNAKÇA

- Anayurt, Ömer. Anayasa Hukuku Genel Kısım, 3. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Atalan, Mustafa. Başkanlık Sistemi ve Türkiye, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Demir, Fevzi. Anayasa Hukuku, Genel Hükümler ve Türk Anayasa Hukuku, 9. Baskı, İzmir: D.E.Ü. İ.İ.B.F. Yayınları, 2015.
- Döner, Ayhan. “Başkanlık Sisteminin Türkiye’de Uygulanabilirliği”, Başkanlık Sistemi ve Türkiye İçinde, Editör: N. Talat Arslan, Ankara: Aktüel Yayınları, (2013): 169-186.
- Erdoğan, Mustafa. Anayasa Hukuku, 8. Baskı, Ankara: Orion Yayınları, 2014.
- Fendoğlu, H. Tahsin. 171 Soruda Başkanlık Sistemi, Ankara: Atatürk Araştırma Merkezi, 2017.
- Gözler, Kemal. Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt: I, Bursa: Ekin Yayınevi, 2011.
- Gözler, Kemal. Elveda Anayasa, Bursa: Ekin Yayınevi, 2017.
- Gözübüyük, Şeref. Anayasa Hukuku, 19. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Gülener, Serdar. Başkanlık Sistemlerinde Denge ve Denetleme, İstanbul: SETA Yayınları, 2016.
- Kanadoğlu, Osman Korkut/ Duygun, Ahmet Mert. Anayasa Hukukunun Genel Esasları, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.
- Koroğlu, Veli. “Meclis Araştırması”, Sosyal Bilimler Dergisi, 3 (2), Aralık (2006): 30-46, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/695461>, E.T. 20.10.2021.
- Özbudun, Ergun. Türk Anayasa Hukuku, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 18. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Özbudun, Ergun. Anayasacılık ve Demokrasi, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Özer, Atilla. Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Ankara: Gazi Kitabevi, 2016.
- Tanör, Bülent/ Yüzbaşıoğlu. 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2018.
- Teziç, Erdoğan. Anayasa Hukuku, 21. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2017.
- Zengin, Mehmet Ali. “ABD Başkanlık Sisteminde Fren ve Denge Mekanizması Üzerine Bir İnceleme”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 28, (2016): 1-28.

İDARİ İŞLEMDE USUL VE ŞEKİL SAKATLIKLARININ SONRADAN DÜZELTİLMESİ VE ALMANYA ÖRNEĞİ^{*1}

Doç. Dr. Atıla ERKAL^{*2}

Öz

İdari işlemler idarenin faaliyetlerinde önemli bir yer tutmaktadır. İdari işlemler ile kişilerin temel haklarına müdahale edilebildiğinden bunların tesisinde hukuka uygunluğun sağlanması için idarenin azami dikkat göstermesi gerekmektedir. Buna rağmen idari işlemlerde sakatlık söz konusu ise esasa etki etmeyen sakatlıkların sonradan düzeltilme imkânının tanınması usul ekonomisine hizmet edecektir. İdari işlemin esasına etki etmeyen sakatlıklar usul ve şekil unsurunda söz konusu olabilmektedir. İdari işlemler yargısal denetimde usul ve şekil sakatlığı sebebiyle iptal edilse bile, idare bu usul ve şekil sakatlığını gidererek aynı hukuki sonucu amaçlayan yeni bir işlem tesis edebilmekte, bu da kamu hizmetlerinin aksamasına ya da kişilerin haklarına erişmesinde gecikmeye neden olabilmektedir.

Türk hukukunda bunu engellemek amacıyla yargı denetimde şekil sakatlıkları asli ve tali olarak ikiye ayrılarak ele alınmaktadır. Asli şekil sakatlıkları sonucu etkilediğinden iptal edilmekte, tali şekil sakatlıklarında ise sonucu etki etmediğinden hukuka aykırılık görmezden gelinmektedir. İdari süreçte idari işlemin kaldırılması ve geri alınması mümkün olmaktadır. Alman hukukunda idari işlem konusu idari usul kanununda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir. Bir idari işlemin hukuka uygun ve geçerli olabilmesi için hangi şartların gerektiği, hangi durumda yok hükmünde olduğu, hangi durumda idari işlemdeki usul ve şekil sakatlıklarının sonradan düzeltilebileceği ya da görmezden gelineceği hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda asli şekil sakatlığı olarak görülebilecek gerekçe yükümlülüğüne uyulmaması, hukuki dinlenilme hakkının tanınmaması gibi kanunda sayılan durumlarda bu usul hakları sonradan tanınarak idari işlemdeki usul sakatlıkları giderilmektedir. Böylece idari işlem yapıldığı andan itibaren hukuka uygunluk kazanmaktadır. Ancak bu usul ve şekil sakatlıklarının sonradan düzeltilmesi ilgililerin bu hakları etkili bir şekilde kullanabilmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Usul ve şekil sakatlıklarının hangi süre zarfında giderilebileceği de usul kanununda belirlenmiştir. İdari aşamada giderilebileceği gibi yargılama aşamasında da esasa ilişkin karar verilinceye kadar mümkündür. Buna karşılık tali nitelikte şekil sakatlıkları işlemin esasına etki etmediği sürece görmezden gelinmektedir. Bunlar hukuka uygun hale gelme de iptalleri istenememektedir.

Anahtar Kelimeler

İdari İşlem, Usul Sakatlığının Sonradan Düzeltilmesi, Şekil Sakatlığının Sonradan Düzeltilmesi, Alman İdari Usul Hukuku, İdari İşlemin Sonradan Sağlık Kazanması.

^{*1} Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 02.12.2021 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 09.12.2021, DOI No: 10.54704/akdhfd.1031464.

^{*2} Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi / Sakarya - Türkiye.

E-posta: atilaerkal@sakarya.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-7394-5414>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

POST-CORRECTION OF PROCEDURAL AND FORMAL ERRORS IN ADMINISTRATIVE ACT AND THE EXAMPLE OF GERMANY

Abstract

Administrative acts have an important place in the activities of the administration. Since the fundamental rights of individuals can be interfered with by administrative acts, the administration should pay maximum attention to ensure compliance with the law in their establishment. However, if there is an error in the administrative procedure, the possibility of correcting the error (recovery of it) that does not affect the merits will serve the judicial economy. The errors that do not affect the merits of the administrative act may occur in the element of procedure and form. Even if the administrative acts are canceled due to procedural and formal errors in the judicial review, the administration can eliminate this procedural and formal error and establish a new act aiming the same legal result, which may cause disruption of public services or delay (or violate) the rights of individuals.

In order to prevent this situation, the errors are divided into two as primary and secondary within the judicial review in Turkish Administrative Law. Primary format errors are canceled because they affect the result, and unlawful violations are ignored in secondary format errors as they do not affect the result. In the administrative process, it is possible to withdraw the administrative act. In German Law, the subject of administrative act is regulated in detail in the administrative procedure law. It is stipulated that what conditions are required for an administrative act to be lawful and valid, in which case it is null and void, and in this case the procedural and formal errors in the administrative act can be corrected or ignored posteriorly. In this context, in cases listed in the law, such as not complying with the obligation of justification, which can be seen as a primary form of errors and not recognizing the right to be heard, these procedural rights are subsequently recognized and procedural errors in the administrative act are eliminated. Thus, from the starting of administrative act, it becomes lawful. However, posteriorly correction of these procedural and formal error is only possible if the persons concerned are able to use these rights effectively. The time period within which procedural and form errors can be remedied is also determined in the procedural law. It can be resolved at the administrative stage as well as at the trial stage until the decision on the merits is made. On the other hand, secondary format errors are ignored as long as they do not affect the essence of the procedure. Although these do not comply with the law, their cancellation cannot be requested.

In German law, it is discussed whether the material errors in the administrative act will be corrected later or not. Some opinions are that the administrative procedure law allows this. However, in Turkish law, since the legal elements of the administrative act are related to public order, it is not accepted to correct later. For example, the approval of the decision taken by an unauthorized administration by the authorized administration for the acceptance of validity does not give correctly and validity to that transaction.

The Federal Administrative Procedure Law, which has been in effect for many years in Germany, preserves the principle of legality of the administration regulated in over particularized dealing with the preparation of the administrative act and the objection process, and the provisions regarding the recovery of the procedural and formal errors without the need for a new process. Since Turkish law does not regulate the subsequent correction of procedural and formal errors, except for simple material errors and tax procedure law, the Council of State ignores secondary errors that do not affect the merits with the case-law it has developed, and accepts that the procedure is in accordance with the law. However, this affects the freedom of claim rights and it can even be considered as a secondary errors in the situation stipulated by the constitution and imposes an obligation on the administration, as well as in showing the legal remedies. The procedural and formal obligation stipulated by the law can only be escalated by another law, ignored or correct in later. Ignoring a form or procedural errors regulated by law by a judicial decision does not make it lawful. Also, a general administrative procedure law, which has become a sine qua non of modern states of law, ensures uniformity in the administrative decision (or acts) gives equal rights to the parties involved in all administrative proceedings, and serves to prevent arbitrariness of the administration, is an essential requirement for Turkey.

Keywords

Administrative Act, Posteriorly Correction of Procedural Error, Subsequent Correction of Format Error, German Administrative Procedural Law, Recovery of Administrative Act Posteriorly.

Extended Abstract

Administrative acts have an important place in the activities of the administration. Since the fundamental rights of individuals can be interfered with by administrative acts, the administration should pay maximum attention to ensure compliance with the law in their establishment. However, if there is an error in the administrative procedure, the possibility of correcting the error (recovery of it) that does not affect the merits will serve the judicial economy. The errors that do not affect the merits of the administrative act may occur in the element of procedure and form. Even if the administrative acts are canceled due to procedural and formal errors in the judicial review, the administration can eliminate this procedural and formal error and establish a new act aiming the same legal result, which may cause disruption of public services or delay (or violate) the rights of individuals.

In order to prevent this situation, the errors are divided into two as primary and secondary within the judicial review in Turkish Administrative Law. Primary format errors are canceled because they affect the result, and unlawful violations are ignored in secondary format errors as they do not affect the result. In the administrative process, it is possible to withdraw the administrative act. In German Law, the subject of administrative act is regulated in detail in the administrative procedure law. It is stipulated that what conditions are required for an administrative act to be lawful and valid, in which case it is null and void, and in this case the procedural and formal errors in the administrative act can be corrected or ignored posteriorly. In this context, in cases listed in the law, such as not complying with the obligation of justification, which can be seen as a primary form of errors and not recognizing the right to be heard, these procedural rights are subsequently recognized and procedural errors in the administrative act are eliminated. Thus, from the starting of administrative act, it becomes lawful. However, posteriorly correction of these procedural and formal error is only possible if the persons concerned are able to use these rights effectively. The time period within which procedural and form errors can be remedied is also determined in the procedural law. It can be resolved at the administrative stage as well as at the trial stage until the decision on the merits is made. On the other hand, secondary format errors are ignored as long as they do not affect the essence of the procedure. Although these do not comply with the law, their cancellation cannot be requested.

In German law, it is discussed whether the material errors in the administrative act will be corrected later or not. Some opinions are that the administrative procedure law allows this. However, in Turkish law, since the legal elements of the administrative act are related to public order, it is not accepted to correct later. For example, the approval of the decision taken by an unauthorized administration by the authorized administration for the acceptance of validity does not give correctly and validity to that transaction.

The Federal Administrative Procedure Law, which has been in effect for many years in Germany, preserves the principle of legality of the administration regulated in over particularized dealing with the preparation of the administrative act and the objection process, and the provisions regarding the recovery of the procedural and formal errors without the need for a new process. Since Turkish law does not regulate the subsequent correction of procedural and formal errors, except for simple material errors and tax procedure law, the Council of State ignores secondary errors that do not affect the merits with the case-law it has developed, and accepts that the procedure is in accordance with the law. However, this affects the freedom of claim rights and it can even be considered as a secondary errors in the situation stipulated by the constitution and imposes an obligation on the administration, as well as in showing the legal remedies. The procedural and formal obligation stipulated by the law can only be escalated by another law, ignored or correct in later. Ignoring a form or procedural errors regulated by law by a judicial decision does not make it lawful. Also, a general administrative procedure law, which has become a sine qua non of modern states of law, ensures uniformity in the administrative decision (or acts) gives equal rights to the parties involved in all administrative proceedings, and serves to prevent arbitrariness of the administration, is an essential requirement for Turkey.

GİRİŞ

İdari işlemler, kamu hizmetlerinin ifasında idarenin önemli faaliyet araçları arasında yer almaktadır. İdari işlemin tek yanlı olması, kamu gücü kullanılarak karşı tarafın iradesi hilafına temel haklarına müdahale edilebilmesi, idarenin aldığı kararın hukuka uygunluğu konusunda titiz davranmasını zorunlu kılmaktadır. Hukuka aykırı bir idari işlem bir taraftan kamu düzenini ihlal etmesi diğer taraftan hukuka uygunluk karinesinden faydalanması, idarenin hukuka bağlılığını daha da önemli bir hale getirmektedir. Hukuka uygunluk karinesi uyarınca hukuka aykırı bir idari işlem idari veya yargısal denetimden geçmediği sürece hukuki varlığını devam ettirmektedir. İdari yargıda dava açma sürelerinin kısa ve hak düşürücü olması sebebiyle, süresinde açılmayan davalarda yargısal denetim yapılamadığından, idari işlem kendinden beklenen hukuki sonucu doğurması da söz konusu olmaktadır.

Modern hukuk devletlerinde idari tasarruflardaki usul süreci genel idari usul kanunlarında ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. İdari usul bir taraftan idari işlemin yapılmasındaki süreci düzenlerken diğer taraftan ilgililerin bu sürece katılımını ve doğru karar alınmasını sağlamayı amaçlamaktadır.¹ Almanya'da 1977 yılından beri yürürlükte bulunan Federal İdari Usul Kanunu idari işlemin geçerliliğini, usul ve şekil hatalarının sonradan düzeltilmesini ayrıntılı bir şekilde hüküm altına almaktadır. Bu çerçevede idarenin hukuka uygun davranması ve kamu düzeninin korumakla yükümlü olan idare tarafından ihlal edilmesi olabildiğince, önlenmeye çalışılmıştır. İdari usul kanunları bir bütün olarak, idarenin yaptığı işlemlerin hukuka aykırı olduğunu bildiği halde hukuka uygunluk karinesi arkasına sığınarak keyfi davranmasının önüne geçilmesinde önemli bir yer tutmaktadır.

Ülkemizde genel bir idari usul kanunu olmasa da İdari Yargılama Usul Kanunu ve Danıştay içtihatları dava açılmadan önce hukuka aykırı işlemlerin geri alınması ve kaldırılmasını kabul etmektedir. Ancak bu mevcut idari işlemin geçerliliğine son vermektedir. İdari işlemin yapılmasından sonra usul ve şekil hatalarının düzeltilmesini öngören genel bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla iptal davası açmadan önce hukuka aykırı idari işlemin hukuki varlığını sona erdirmeye imkanı bulunmaktadır. Bu usul veya şekil sakatlıkları için de geçerlidir. Şekil unsurundaki hukuka aykırılıklar asli ve tali sakatlık olarak incelenmektedir. Sonuca etkili olan asli sakatlıklar işlemin iptaline, etkili olmayan tali sakatlıklar ise davanın reddine sebebiyet vermektedir. Ancak hangi sakatlıkların asli hangilerinin tali olduğu ayrımı belirsiz olduğundan uygulamada sorunlar çıkabilmektedir. Ayrıca tali şekil sakatlığı olsa da ortada hukuka aykırı bir işlem bulunmakta, ancak yargı mercileri bunu görmezden gelmektedir.

Almanya'da idari usul kanununu, usulde yapılmış hatların hem idari süreçte hem de yargısal süreçte hangi hallerde giderilebileceğini düzenlemektedir. Düzeltilebilecek nitelikteki hatalar giderilerek idari işlem baştan itibaren hukuka uyum hale gelmektedir. Bunun

¹ Peter Häberle, "Grundrechte im Leistungsstaat", VVDStRL 30, S.80 (1970): 43-141; Jürgen Held, "Individualrechtsschutz bei fehlerhaftem Verwaltungsverfahren", NVwZ, S.462: (2012): 461-468.

yanında asli ve tali usul ve şekil sakatlığı ayrımı yapılarak önemsiz hataların görmezden gelinmesi de hüküm altına alınmaktadır. Bu makalede kısaca Türk hukukundaki durum ele alındıktan sonra, Alman İdari Usul Kanunu çerçevesinde hangi idari usul ve şekil hatalarının düzeltilebileceği, bunların işlemin hukukiliğine etkisi ve sonuçları incelenecektir.

I. İDARİ İŞLEM VE HUKUKA UYGUNLUK DENETİMİ

İdari işlem yukarıda ifade dildiği üzere idare tarafından kamu gücü kullanılarak karşı tarafın rızası olmasa da hukuki durumlarını etkilemeye ve hukuki sonuç doğurmaya yönelik tek yanlı irade açıklamasıdır.² İdari işlemler belli bir usul sürecinde tesis edilmektedir.³ İdari işlemler kendi içinde, maddi açıdan (genel düzenleyici-bireysel), iradenin dış dünyaya yansımaları ve irade sayısı, hukuki etkisine (emredici, inşai belirleyici, yararlandırıcı, yükümlendirici, garanti edici, geçici ve sürekli, çifte etkili vs.) göre çeşitlere ayrılmaktadır. İdari işlemler çeşitlere ayrılmakla birlikte hukuka uygunluğunun denetimi belli unsurlara göre yapılmaktadır. İdari Yargılama Usul Kanunu (İYUK) md.2'ye göre idari işlem yetki, şekil, sebep, konu ve amaç olmak üzere beş unsurdan meydana gelmektedir. Kanunda usul ayrı bir unsur olarak düzenlenmesinde de şekil unsuru içinde yer aldığı hem Danıştay hem de doktrinde kabule edilmektedir.⁴ Ancak idari işlemin dış dünyaya yansımaları olarak anlaşılan şekil, usulden daha dar kapsamlıdır.⁵ Usul idari işlemin yapılış öncesinden tamamlanmasına ve hatta itiraz sürecini de kapsadığından daha kapsamlı olan bu unsura kanunda yer verilmesi daha isabetli olacaktır.

Bir idari işlemin hukuka uygun kabul edilebilmesi için tüm unsurların hukuka uygunluğunun sağlanması gerekmektedir. Tek bir unsurdaki dahi hukuka aykırılık varsa işlem sakattır. Eğer idari işlem hukuka aykırı ise hukuk dünyasında varlığını kaldırmak için yargı dışı ve yargısal yollar bulunmaktadır. İYUK md.11 idari dava açmadan önce ilgililere, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasını üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan isteme hakkı tanımaktadır. Her ne kadar dava açmadan önce idareye başvuru hukuka aykırı idari işlemler için öngörülmüş olsa da, dilekçe hakkı bağlamında hukuka uygun bir idari işleminde değiştirilmesi ya da başka işlem yapılması için idareye başvuru için bir engel bulunmamaktadır. Hukuka aykırı işleme karşı yapılan başvurular sonrasında tesis edilecek yeni bir idari işlemle hukuka aykırı işlemin varlığına son verilmektedir. Usul sürecinde hukuka aykırı işlemdeki sakatlığı sona erdirerek varlığını devam ettirilmesi yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. İdari işlemin

² Bahtiyar Akyılmaz; Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku (Ankara: Savaş Kitabevi, 2021), 336.

³ D9.D, 15.10.2008, E.2008/278, K.2008/4607.

⁴ Şekil bir üst kavram olarak kullanılmaktadır. Murat Sezginer, "Usul Kanunlarında İdari İşlemin Dış Görünüşü", T.C. Başbakanlık İdari Usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu (Ankara 17-18 Ocak 1998), S.201: 201-226; D5.D, 22.11.1988, E.1988/2845, K.1988/2749.

⁵ Bahtiyar Akyılmaz, İdari Usul İlkeleri Işığında İşlemin Yapılış Usulü (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2000), 67, 187.

kamu düzenine ilişkin olması sebebiyle tüm unsurlarındaki hataların sonradan düzeltilerek hukuki varlığını devam ettirmesi zor görünmektedir.⁶ Daha çok işlemin şekil ve usul hataları sonradan düzeltilerek işlemin geçerliliği sağlanabilecektir.

A. İDARİ İŞLEMİN GERİ ALINMASI-KALDIRILMASI

Dava açmadan önce idareye başvurarak hukuka aykırılığı gidermek işlemin muhataplarına ait bir haktır. İdare bu başvuru üzerine hukuka aykırı işlemi geri alabileceği gibi, herhangi bir başvuru olmadan da kendisi resen tespit ederek geri alabilecektir. Geri alma hukuka aykırı bir işlemin geriye yürütür şekilde yapıldığı andan itibaren hukuki etkilerini ortadan kaldırmakta veya işlemin ilk yapıldığı andan itibaren hükümsüzlüğü sonucu doğurmaktadır.⁷ Yürürlükten kaldırma ise, idari işlemin idare tarafından geleceğe yönelik olarak hukuki varlığına son verilmesidir.⁸ İdari işlemin geri alınması ve kaldırılması hukuka aykırı ve hukuka uygun idari işlemler ayrımı yapılarak ele alınmaktadır. Hukuka uygun muhatap lehine hak doğuruyorsa⁹ geri alınmazlar.¹⁰ Hukuka aykırı idari işlemler ise hak doğurmuyorsa her zaman geri alınabilirler. Hak doğuran hukuka aykırı idari iş-

⁶ Özellikle iptal davasının kamu düzenine ilişkin bir dava olması, mahkemeye resen araştırma yaparak unsurlardaki hukuka aykırılığı tespit etme zorunluluğu yüklemekte, iptal edilen idari işlemle ilgili herkesin hükümden istifade etmesi söz konusu olmaktadır. İdari işlemde şekil unsuru da kamu düzenine ilişkindir., Bahtiyar Akyılmaz; Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, Açıklamalı-İçtihatlı (Ankara: Savaş Kitabevi, 2019), 184 vd., s.1029; İdari işlemde yetki kamu düzenine ilişkindir. DİDDGK, 28.03.1986, E.1986/8, K.1986/21.

⁷ Turgut Tan, İdari İşlemin Geri Alınması, (Ankara: Sevinç Matbaası 1970), 5.

⁸ Erdoğan Bülbül, İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, (İstanbul: Beta Basım Yayım 2010), 8; Kemal Gözler, İdare Hukuku, C.I, (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009), 1096; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, İdare Hukuku, 541.

⁹ Kazanılmış hak en geniş tanımıyla *"objektif bir hukuk kuralının kişi hakkında uygulanması veya kendiliğinden uygulanacak hale gelmesi, böylece objektif ve genel hukuki durumun kişisel bir işlemle özel hukuki duruma dönüşmesi, hukuka aykırı işlemlerde ise bir süre yararlanılması sonucunda anayasa ve yasalarca korunmaya değer hale gelmiş, elde edilmiş veya elde edilebilir durumdaki hak sahibinin her eylemi ve iradesi ileri sürülmüş olan ve üçüncü kişilerden bir şey isteyebilmek ve onu bir şey yapmaya zorunlu kılabilmek gibi aktif hak sahipliği bahşeden bir kişisel hak ve karşılanmadıkça ve boşluğu giderilmedikçe tek tarafı tasarrufla geri alınamayan hukuki olanak, güç veya yetkidir"*. Kemal Doğu Tolon, "İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak", İdare Hukuku ve İdari Yargı ile ilgili İncelemeler III, Danıştay Başkanlığı, (Ankara 1986) S.170: 163-209; doğumu anında hukuka uygun olarak tamamlanmış ve böylece kişiye özgü, lehte sonuçlar doğurmuş daha sonra mevzuat değişikliği ya da işlemin geri alınması gibi nedenlere rağmen, hukuk düzenince korunması gereken hak şeklinde de tanımlanmaktadır. Üyel Oğurlu, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), 28; benzer şekilde Fatih Birtok, "Kazanılmış Hak Kavramı", İBD, C.82, Sy.2, S.761 (2008): 759-777; Doktrinde yer alan bu tanımlamalar dışında Yargı organları da kazanılmış hak kavramını tanımlamaktadır. Anayasa Mahkemesi kazanılmış hakkı, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş hak olarak tanımlamaktadır. AYM., 3.4.2001, E.1999/50, K.2001/67; Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararında kazanılmış hak ise, gerek öğretide, gerekse uygulamada, kişilerin hukuki statülerini belirlemiş ve buna dayalı olarak da yeni hukuki durumların ve hakların elde edilmesine neden olmuş, bir başka deyişle hukuki sonuçlarını yerine getirmiş olan durumların, artık geriye dönülmez, vazgeçilmez haklar olduğu belirtmektedir. DİBKK, 14.06.1989, E.1989/1-2, K.1989/2.

¹⁰ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, İdare Hukuku, 475.

lemler ise hukuk güvenliği ve idari istikrar ilkesi gereğince, muhatabın hilesi yoksa dava açma süresi içinde geri alınabilmektedir. Düzenleyici idari işlemler ise geri alınamamakta, ileriye yönelik kaldırılmaktadırlar.¹¹

İdari işlemlerin geri alınması ve kaldırılması mevcut bir idari işlemin hukuki varlığını geriye ya da ileriye yönelik sona erdirmektedir. Hukuka aykırı işlemin sakatlıklarının sonradan giderilerek işleme sağlık kazandırılmasına ilişkin değildir.

B. YARGISAL DENETİMDE İDARİ İŞLEMİN SAKATLIĞINA RAĞMEN GEÇERLİ KABUL EDİLMESİ

İdari yargı merciinin bir idari işlem hakkında hukuka aykırılığı sebebiyle verdiği iptal kararı o işlemin varlığını yapıldığı andan itibaren sona erdirmektedir. Her hukuka aykırılık işlemin iptalini gerektirse de, şekil unsurundaki sakatlıklar Danıştay içtihatlarıyla asli ve tali şekil sakatlıkları olarak incelenmektedir.¹² İstisnai olsa da mevzuatta şekil sakatlıkları ve bunun sonucunu düzenleyen hükümler de mevcuttur. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu md.108 hatalı tebliğleri hüküm altına almaktadır. Buna göre tebliğ olunan vesikalar, esasa etkisi olmayan şekil hataları içerse de hukuki kıymetlerini kaybetmemektedir. Diğer taraftan vergi ihbarı ile ilgili vesikalarda mükellefin adının, verginin nevi veya miktarının, vergi mahkemesinde dava açma süresinin hiç yazılmamış olması veyahut bu vesikaların görevli bir makam tarafından tanzim edilmemiş bulunması vesikayı hükümsüz kılmaktadır.

Savunma hakkına riayet edilmemesi veya eksik üyeyle karar alınmasında¹³ olduğu gibi asli şekil sakatlıkları idari işlemin sonucunu etkilediğinden iptaline karar verilmektedir.¹⁴ Buna karşılık idari işlemde yazı, dizgi hatalarında olduğu gibi tali şekil sakatlıklarının sonucu etkilemediği bahsiyle iptali gerekmemektedir.¹⁵

Asli şekil sakatlıkları sonradan giderilememekle birlikte, tali şekil sakatlıkları sonradan düzeltilerek işlemin geçerliliği devam edebilmektedir.¹⁶ Ancak hangi şekil sakatlıklarının asli hangilerinin tali olduğu yönünde belirleyici kriterler bulunmamaktadır.¹⁷ Mevzuatta hatta Anayasa'da öngörülmüş bir usul veya şekle uyulmaması asli şekil sakatlığı olmasına rağmen, Danıştay bazen bunu tali şekil sakatlığı olarak değerlendirmektedir. Örneğin Basın Kartları Yönetmeliğine göre, basın kartı verilmemesi durumunda idarenin gerekçe yükümlülüğüne uyarak işlemin gerekçesini ilgiliye bildirmesi gerekirken, Danıştay idarenin gerekçeye yer vermemesini sonucu etkilemeyen, ilgililerin durumunu değiştirmeyen bir özelliğe

¹¹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, İdare Hukuku, 454.

¹² DİDDK, 16.04.2009, E.2006/69, K.2009/1089.

¹³ D5.D, 15.06.1954, E.1953/3272, K.1954/1790.

¹⁴ D12.D, 10.11.2008, E.2006/5273, K.2008/6116.

¹⁵ DİDDGK, 21.10.1983, E.1982/506, K.1983/127.

¹⁶ Metin Günday, İdare Hukuku (Ankara: İmaj Yayınevi, 2017), 135 vd.

¹⁷ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, İdari Yargılama, 1078.

sahip olduğu yaklaşımıyla tali şekil sakatlığı olarak görmüştür.¹⁸ Hatta Anayasa'nın md.40/2. fıkrasında belirtilen başvuru yollarının gösterilmesi yükümlülüğü de tali şekil sakatlığı olarak değerlendirilmektedir. Danıştay buna ilişkin kararında “başvuru zamanının ve yerinin bulunmadığı gerekçesiyle şekil yönünden hükümsüz kabul edilmesi Anayasanın 40. maddesinin 2. fıkrası ile sağlanmak istenen amacı aşan bir yorum olacaktır” gerekçesiyle kanaatimizce isabetsiz bir sonuca varmıştır.¹⁹ Anayasa md.40/2. fıkrası başvuru yollarını ve süresini gösterme konusunda idareye takdir ya da yorum yetkisi tanımamaktadır. Yükümlülük yüklediğinden bağlı yetki altındadır. Bu yükümlülüğe uyulmaması maddenin amacını aşma olarak yorumlanamaz. Kaldı ki idarenin hukuk kurallarına uymama ayrıcalığı bulunmamaktadır. Bu nedenle doktrinde şekil ve usul kurallarının keyfiligi önlemek için konulduğu, yargının görevinin işlemin mevzuata uygunluğunu denetlemek olduğu, hukuka aykırı bir işlemin çok veya az hukuka aykırılığında bahsedilemeyeceğinden asli- tali şekil sakatlığı ayırımının anlamsız olduğu belirtilmektedir.²⁰ Kanunda öngörülen bir usul ya da şekil zorunluluğu yine kanunla verilen sonradan düzeltme yetkisine göre giderilebilmelidir. Şekil unsurundaki asli-tali sakatlık ayırımının belirsiz olması, kesin bir kriterin bulunmaması bu konudaki tartışmaları beraberinde getirmektedir. Aslında asli şekil sakatlığı olan bir durumun tali şekil sakatlığı olarak değerlendirilmesi sonucu, kişilerin hak arama özgürlüklerinin ihlaline neden olabilmektedir. Hangi usul veya şekil sakatlıklarının işlemin sonucunu etkilemeyeceği ve bu hatalardan hangilerinin sonradan giderilebileceğinin genel bir kural olarak düzenlenmesi, hatta bir idari usul kanunu çıkartılması elzemdir.

İdari işlemin geçerliliği ile ilgili bir diğer durum ise sebep ikamesidir. Sebep ikamesi, yargı merciinin idarenin, işlemin sebebi olarak gösterdiği hususu dikkate almayıp, kendisi tarafından resen tespit edilen sebebe göre hüküm kurmasıdır.²¹ Sebep ikamesi, idarenin dayanak aldığı işlemin sebebinin hukuka aykırı olması ya da ida-

¹⁸ DİDDGK, 17.10.1997, E.1995/769, K.1997/525.

¹⁹ D9.D, 03.11.2010, E.2008/559, K.2010/5801; Danıştay başvuru yollarının gösterilmesini asli şekil sakatlığı olarak görmese de dava süresine etkilerini kabul etmektedir. Bu konuda “*Bu durumda; Anayasanın 40'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, “Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.” amir hükmüne aykırı olarak, yukarıda anılan işlemlerde dava açma süresi ve başvuru yolları belirtilmediği için dava açma süresinin başlatılmasına olanak bulunmadığından*” gerekçesiyle dava süresinin hiç başlamayacağına ilişkin kararları bulunmaktadır, D13.D, 26.11.2014, E.2014/3745, K.2014/3772; D13.D, 09.02.2018, E.2015/50, K.2018/357; Ayrıca “*Anayasa'nın 40. madde hükmü uyarınca, özel dava açma süresine tabi olmasına rağmen, bu hususun idari işlemde açıklanmaması halinde, dava konusu idari işlemin tebliği tarihinden itibaren, özel dava açma süresinin değil, 60 günlük genel dava açma süresinin uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır*” gerekçesiyle verdiği kararlarda ise özel süre öngörülen durumlarda genel dava açma sürelerinin geçerli olduğunu belirtmektedir. D8.D, 02.02.2017, E.2015/4796, K.2017/437; D6.D, 10.09.2018, E.2018/1260, K.2018/6582.

²⁰ Turan Yıldırım; Melikşah Yasin; Nur Kaman; H. Eyüp Özdemir; Gül Üstün; Özge Okay Tekinsoy, İdare Hukuku (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 376 vd.

²¹ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, İdari Yargılama, 1103.

renin işlemlerde dayandığı hukuk kuralında yanılığa düşmesi durumunda söz konusu olabilmektedir.²² İdarenin işlemin sebebinde yanılığa düşmesi durumunda yargı organının sebep bakımından doğru hukuk kuralını belirleyerek, işlemi hukuka uygun kabul etmektedir. Dayanılan sebebin hukuka aykırı olması durumunda ise mahkeme tespit ettiği sebebe dayanarak işlemi hukuka uygun kabul ederek işlemi iptal etmemektedir.²³ Danıştay, yetki ve şekil unsuru yönünden hukuka uygun olan bir idari işlemlerde, idarenin dayandığı sebebin hukuka uygun veya aykırı bulunmasına karşın, yargı mercii tarafından yapılan denetimde başka bir hukuka aykırılık veya uygunluk neden saptanmış ise, idarenin ileri sürdüğü sebep dışında saptanan nedene göre uyumsuzluğun çözümleneceğini kabul etmektedir.²⁴ Danıştay kararlarından idarenin gösterdiği sebep hukuka aykırı olsa bile, işlemin hukuka uygunluğu sonucunu doğuran başka bir sebebe dayanarak işlemin hukuki varlığının devam edeceği sonucu çıkmaktadır.

C. USUL VE ŞEKİL HATALARININ SONRADAN DÜZELTİLMESİ

İdari işlemlerde hukuka aykırılık içeriğine ve esasına ilişkin olabileceği gibi meydana geliş sürecine ilişkin usulde de gerçekleşebilmektedir.²⁵ Usul ve şekil dışındaki diğer unsurlardaki sakatlıklar sonradan düzeltilerek idari işlem geçerli hale getirilememektedir. Örneğin yetki sakatlıkları sonradan düzeltilerek idari işlem geçerlilik ya da hukukilik kazanmamaktadır.²⁶

Bir idari işlemlerde usul-şekil hataları varsa sonradan düzeltilerek hukuki varlığını devam ettirebilmesi hususunda Danıştay, “*idarelerin hatalı işlemlerini düzeltebileceği ilkesi*”ni kabul etmektedir.²⁷ Ancak bu ilkeye her usul-şekil sakatlığında değil sadece tali şekil sakatlıklarının giderilmesinde başvurulabilmektedir.²⁸ Şekil sakatlıklarının idare tarafından sonradan giderilmesinin, ilke olarak idari işlemi sakatlıktan kurtarmayacağını, ancak sonradan düzeltilen şekil sakatlığının, işlemin içeriğini, özellikle maddi-tekni nitelikteyse işleme sağlık kazandıracağı belirtilmektedir.²⁹ Danıştay, sonradan yapılan düzeltme işleminin hatalı işlemi geri alma niteliğinde olarak görmektedir. Buna göre yapıldığı tarihte yanlış, hatalı olan bir işlem sonradan yapılacak ikinci bir işlemle düzeltilebilecek, düzeltme işleminin ise yapıldığı tarihten son-

²² Ramazan Çağlayan, “İdari Yargılama Usulünde İdari Yargı Yerinin Sebep İkame Yetkisi”, DD. Sy.141, S.13 vd. (2016): 9-40.

²³ Çağlayan, Sebep İkamesi, 14; Danıştay içtihatlarıyla gelişen sebep ikamesi, resen araştırma ilkesinin sebep ikamesinin dayanağı olamayacağı, idarenin takdir yetkisini ihlal ettiği, yargı yerince bir nevi idare yerine geçerek karar alındığı gibi gerekçelerle eleştirilmektedir. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, İdare Hukuku, 428.

²⁴ DİDDK, 3.12.1999, E.1999/775, K.1999/1200; D5.D, 22.12.2015, E.2014/4325, K.2015/10764.

²⁵ Michael Sachs, VwVfG §45, Heilung von Verfahrens- und Formfehlern, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz (München: C.H. Beck, 2018), Rn.5.

²⁶ Gözler, C.I, 750; D8.D, 29.11.1996, E.1995/4567, K.1996/3513.

²⁷ D6.D, 13.06.1994, E.1993/3010, K.1994/2444.

²⁸ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, İdari Yargılama, 1086.

²⁹ A. Şeref Gözübüyük; Turgut Tan, İdare Hukuku, C.1, Genel Esaslar (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018), 483; Gözler, C.I, 850.

rası için hüküm doğuran bir işlem değişikliği niteliğinde olmayacak, yeni bir işlemle önceki yanlış, hatalı işlemi ortadan kaldıran bir geri alma işlemi niteliği taşıyacaktır.³⁰ Düzeltilebilecek nitelikte usul-şekil sakatlığı dava açmadan önce ya da dava aşamasında giderilebilecek ve işlem sağlık kazanabilecektir.³¹

Dolayısıyla usul ve şekil unsurundaki sakatlıkların sonradan giderilmesi genel kabul görmektedir. Doktrinde ağırlıklı olarak usul-şekil hatalarının düzeltilmesinin kural olarak işlemi sakatlıktan kurtarmayacağını ancak, işlemin içeriğini etkilemediği takdirde işleme sağlık kazandıracığı belirtilmektedir. Bu bağlamdan usul-şekil sakatlıkları işlemin içeriğini etkileyip etkilemeyeceğine göre bir ayırım yaparak işlemin geçerliliğine ve sonradan düzeltilip düzeltilmeyeceğine karar verilmesi yerinde olacaktır. Öncelikle usul ve şekil kurallarının işlemin muhatabının diğer haklarına etkisine bakmak gerekir. Çünkü usul kuralları aynı zamanda temel hakların korunmasına hizmet etmektedir.³² Örneğin başvuru yollarının gösterilmemesi, gerekçe yükümlülüğüne uyulmaması işlemin muhatabının hak arama özgürlüğünü gereği gibi kullanamamasına sebebiyet verebilmektedir.³³ Esasa etki etmeyen usul kurallarının hukuki varlığını devam ettirebilmesi için aşağıda belirtildiği üzere göz ardı edilebilecek nitelikte olması gerekir. Buna karşılık dinlenilme hakkında olduğu gibi karara katılma ve idari işleme yön verme imkanı olduğundan farklı bir işlem çıkmasını sağlama durumu söz konusu olacağından esasa etki etmesi olasıdır. Dolayısıyla temel hakların korunmasına hizmet eden usul hakları ile esasa etki edebilme imkanı tanıyan usul haklarının sonradan düzeltilmesi kanunun verdiği yetkiyle olmalıdır.

Kanunla öngörülmüş bir usul veya şekle uyulmaması sebebiyle hukuka aykırı olan bir işlemin ilkeye dayandırılarak hukuka uyum kabul edilmesi da birebiri ile çelişmektedir. İdari işleme sonradan sağlık kazandırılması usul-şekil hataları ve maddi hatalar ayırımını yaparak ayrı ayrı incelenmesini de gerektirmektedir. Maddi hatalarda sonradan düzeltme ile geçerlilik kazanmazken, usul hatalarında bu mümkündür.³⁴ Nasıl ki kanun koyucunun öngördüğü usul ve şekil şartı herkesi bağlamaktadır, hataların düzeltilmesi de kanun koyucu tarafından kanunla öngörülmelidir. Almanya'da İdari Usul Kanunu ve İdari Yargılama Usul Kanununda usul-şekil hatalarının sonradan düzeltilmesi hüküm altına alınarak ve idareye yetki tanınarak idarenin kanuniliği de sağlanmıştır.³⁵ Ancak şunu da belirtmek gere-

³⁰ D1.D, 03.04.1990, E.1990/50, K.1990/49.

³¹ D6.D, 18.04.1989, E.1988/1646, K.1989/912.

³² BVerfGE, 120, (274), 326 vd.

³³ Örneğin idari işlemin gerekçesi işlemin sebebini öğrenme imkanı sunduğundan işlemin muhatabı buna göre savunma hakkını geliştirebilecektir. Sezginer, İdari İşlem, 218 vd.

³⁴ Alman hukukunda usul hatalarının yanında bazı maddi hataların da sonradan düzeltilbileceği hususunda bkz. Friedrich Schoch, "Nachholen der Begründung und Nachschieben von Gründen", DÖV, S.406 (1984): 401-411.

³⁵ Sachs, VwVfG §45, Rn.6.

kir ki Almanya’da idari usul kanunu yürürlüğe girmeden önce usul sakatlıkları, maddi sakatlıklar ile aynı ağırlıkta görülmemiş, usul sakatlıkları derecelendirilerek iptal edilmiş, tali nitelikteki şekil sakatlıkları ise kısmen görmezden gelinerek geçerliliğine hükmedilmiştir.³⁶

İdari işlemin canlandırılması farklı aşama ve yönetmelerle mümkün olabilmektedir. Bunları idari usul aşaması, idari usulün tamamlanmasından sonra yapılan idari başvurular aşaması ve yargılama aşaması olarak saymak mümkündür.

II. ALMANYA’DA İDARİ USUL VE ŞEKİL SAKATLIKLARININ SONRADAN DÜZELTİLMESİ

İdari işlemler bir idari usul sürecinde hazırlanan ve nihayete erdirilen işlemlerdir. İdari usul, sürecin başlaması, olayın incelenmesi, soruşturulması, usulden etkilenenlerin katılımı, dosya inceleme, dinlenilme hakkı gibi hakların güvence altına alınmasına ilişkin usul hükümlerinden meydana gelmektedir. Türkiye’de genel bir idari usul kanununun bulunmamasından dolayı usule ilişkin hükümler mevzuatta dağınık bir biçimde yer almaktadır. Bunun dışında kamu ihale kanununda olduğu gibi özel kanunlarda, düzenlediği alana ilişkin usul kuralları mevcuttur. Türk hukukunun aksine Avrupa hukukunda, özellikle de Almanya’da hem federal hem eyalet bazında genel idari usul kanunları bulunmaktadır.

Almanya’da idari usul kanunu yürürlüğe girmeden önce yukarıda ifade edildiği üzere usul ve şekil hatalarının idari işlemin sonucunu etkileyip etkilemediğine göre bir ayırım yaparak geçerliliğine karar verilmekteydi.³⁷ Bu bağlamda aslı/kesin (absolute) ve tali hata ayırımı yapılmış, hukuki sonucu etkilemeyen tali şekil sakatlıklarında idari işlem geçerli kabul edilmiştir. Ancak bu dönemde de idari usul kurallarının zorunlu olduğu, bunlara uyulması, uyulmaması durumunda müeyyidelendirilmesi gerektiği, usul sakatlıklarının görmezden gelinmesinin idarenin keyfiliğine sebebiyet verebileceği gerekçeleriyle eleştirilerek, usule aykırı tesis edilen idari işlemin hukuka aykırı olması sebebiyle iptali gerektiği savunulmuştur.³⁸

İdari usul kanunuyla birlikte sonradan düzeltilebilecek usul ve şekil sakatlıkları kanunla düzenlenmiştir. Bunun dışındaki şekil sakatlıklarında ise asli şekil sakatlığı olup olmadığına göre idari işlemin geçerliliğine karar verilmektedir.

³⁶ Hans Werner Laubinger, “Heilung und Folgen von Verfahrens- und Formfehlern - §§45 und 46 VwVfG sowie §§126 und 127 AO 1977 in der Rechtsprechung”, VerwArch 72, S.333 (1981): 331-351; BVerwG 29, s.283 vd.

³⁷ Almanya’da idari işlemlerdeki şekil hatalarının sonradan düzeltilmesi Prusya dönemine kadar geri gitmektedir. Prusya Yüksek İdare Mahkemesi yargı aşamasında da şekil hatalarının düzeltilerek hukuka aykırılığın giderilebileceğini kabul etmekteydi. Wolfgang Durner, “Die Behördliche Befugnis zur Nachbesserung fehlerhafte Verwaltungsakte”, VerwArch 97, S.351 vd. (2006): 345-380.

³⁸ Hauelsen, Fritz, “Verwaltungsverfahren und Verwaltungsakt”, DÖV, S.656 (1973): 653-657; Maurer, Hartmut, “Das Verwaltungsverfahren des Bundes”, JuS, S.492 (1976): 485-497.

A. İDARİ USUL KANUNUNDA USUL VE ŞEKİL SAKATLIKLARININ DÜZELTİLMESİ İLE GÖRMEZDEN GELİNMESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLER

Alman İdari Usul Kanunu'nun (Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG) 3. bölümünün 2. kısmında idari işlemin geçerliliği ayrıntılı bir şekilde hüküm altına almaktadır. İdari işlemde şekil VwVfG md.37'de hüküm altına alınmaktadır. Temel kural idari işlemde şekil serbestisinin olmasıdır. Buna göre bir idari işlem yazılı, elektronik, sözlü ya da başka bir şekilde tesis edilebilmektedir. Ancak sözlü idari işlem, haklı menfaatin olması durumunda ilgili tarafından gecikmeksizin talep edilerek, yazılı hale getirilmektedir. VwVfG md.44 idari işlemin hangi hallerde yok hükmünde olduğunu düzenlemekte, VwVfG md.45'te ise usul ve şekil hatalarının sonradan düzeltilmesi hükmü yer almaktadır.

VwVfG md.45 yanında vergi işlemleri için Vergi Kanunu md.126, sosyal güvenlik alanında tesis edilen işlemler için Sosyal Güvenlik Kanunu X. Kitabı md.41, usul ve şekil hatalarının sonradan düzeltilerek işleme sağlık kazandırılması hükmüne yer vermektedir. Dolayısıyla üç temel alana ilişkin ayrı kanunlarda usule ilişkin hükümlerin yanında hatalarının sonradan giderilmesi de ayrı ayrı düzenlenmiştir. Hükümler içerik olarak birbirine benzemektedir. Kanun koyucu her usul ve şekil sakatlığının idari işlemin hukuka aykırılığını sonucunu doğurması, maddi ve içerik açısından hukuka uygun idari işlemin iptalini ve yeni bir işlem için aynı usul sürecinin baştan tekrarlanmasını önlemek amacıyla bu hükümleri getirmiştir.³⁹ Bu temel alanlar dışında özel kanunlarda da usul hataları ve bunların sonradan düzeltilmesi yer almaktadır. Örneğin çevreye ilişkin başvuru yollarını düzenleyen UmwRG⁴⁰ md.4 çevreyle ilgili alınan kararlarda usul hatalarının sonradan düzeltilmesini hüküm altına almaktadır.⁴¹ Bir bütün olarak bakıldığında Alman idari usul hukukunda idari işlemdeki usule ve şekle ilişkin hataların sonradan düzeltilmesinin yaygınlaştırılma çabası olduğu görülmektedir.⁴²

VwVfG md.46 ise genel olarak usul ve şekil hatalarının sonuçlarını hüküm altına almakta ayrıca md.45'te yer alan beş usul hatası da bu kapsamda değerlendirilmektedir.⁴³ İdari işlemde md.45'te sayılan usul ve şekil hatası giderilemiyorsa hemen iptal edilmemektedir. 46. madde uyarınca öncelikle görmezden gelinebilecek bir usul hatası olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Eğer görmezden gelinebilecek bir hataysa idari işlemin geçerliliğine etki etmeyecek, aksi durumda iptali gerekecektir.

³⁹ BT-Drucks.7/910, s.65 vd.

⁴⁰ Avrupa Birliği direktifi çerçevesinde yürürlüğe konulan Gesetz Über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG (Umwelt-Rechtshilfsgesetz-UmwRG).

⁴¹ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. Johannes Saurer, "Heilung von Verfahrensveghlern in umwelt-rechtlichen Zulassungsverfahren", NVwZ, S.1137 vd. (2020): 1137-1143.

⁴² Wolfgang, VerwArch 2006, 346 vd.

⁴³ Sachs, VwVfG §45, Rn.18.

VwVfG 45 ve 46. maddeleri usul ve şekil hatalarına ilişkin olsa da arasında temel farklılık bulunmaktadır. VwVfG md.45 usul ve şekil sakatlıklarının sonradan düzeltilebilmesine imkan tanırken, md.46 idari işlemin esasına etki etmeyen usul ve şekil sakatlıklarının görmezden gelinmesini, diğer bir ifadeyle dikkate alınmamasını hüküm altına almaktadır.⁴⁴ Usul ve şekil hatalarının sonuçlarını düzenleyen md.46'ya göre; yok hükmünde olmayan idari işlemler olaya ilişkin alınan kararın açıkça sakatlanmasına etki etmediği sürece sadece usul, şekil ya da bölgesel yetkiye ilişkin hükümlere aykırı olması sebebiyle iptali ya da geri alınması talep edilememektedir. Dolayısıyla idari işlem için öngörülen usul ve şekil kurallarına uyulmamış olmasının kararın esasına etki edecek ağırlıkta olup olmadığının tespitini gerektirmektedir.⁴⁵

İdari usul kanununda usul ve şekil sakatlıklarının sonradan düzeltilerek idari işleme sağlık kazandırılmasına ve usuldeki hataların görmezden gelinmesine ilişkin hükümler doktrinde usul ekonomisine uygun olarak kabul görünürken, eleştirilerde neden olmaktadır.⁴⁶ Hatta anayasaya aykırı olduğunu savunanlar bulunmaktadır. Bu görüşe göre dinlenilme gibi usul hakları idari karara yön verebildiğinden, usulde dinlenilme hakkı tanınmadan karar çıkması durumunda ilgilinin sonradan bu karara etki edemeyeceği ve hukuk devleti ile anayasada yer alan hukuki dinlenilme hakkıyla çelişeceği belirtilmektedir.⁴⁷

B. ALMAN İDARİ USUL KANUNUNDA USUL VE ŞEKİL SAKATLIKLARININ SONRADAN DÜZLETİLMESİ

VwVfG md.43 uyarınca idari işlem, muhatabına tebliğ edildikten sonra hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Yok hükmündeki işlemler hariç sakat bir idari işlem geri alınmadığı, kaldırılmadığı iptal edilmediği ya da farklı şekilde hukuki varlığı sona ermediği sürece yürürlüğünü ve etkisini devam ettirmektedir. Buna istinaden usul ve şekil sakatlıkları olan bir idari işlem kendisinden beklenen hukuki sonucu doğurmaktadır. Usul ve şekil sakatlıklarının sonradan düzeltilmesiyle, işlem bu açıdan hukuka uygun hale gelmekte, idari işlemin iptal davasına konu olmasına gerek kalmadan sağlık kazanmaktadır.⁴⁸ Kanunda sonradan düzeltilecek usul ve şekil hatalarının hangileri olduğu sayma yoluyla belirlenmiştir.

⁴⁴ Franz Schemmer, VwVfG §46, Folgen von Verfahrens- und Formfehlern, in: BeckOK VwVfG, Bader/Ronellenfitsch 2021, Rn.26.

⁴⁵ Sachs, VwVfG §45, Rn.135.

⁴⁶ Ferdinand Kopp; Ulrich Ramsauer, VwVfG §45, Verwaltungsverfahrensgesetz, (München: C.H. Beck, 2020), Rn.1, §46, Rn.4.

⁴⁷ Reiner Wahl; Jost Pitzcker, "Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag", VVDStRL 41, S.173 (1983): 151-186; Gwiasda Benjamin, Das verfahrenre Verfahren: §45 VwVfG und seine Wirkungen, NVwZ, S.532 (2021): 526-532.

⁴⁸ Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht (München: C.H. Beck 2020), 213.

VwVfG 45. maddeye göre usul ve şekil hataları;

(1) [VwVfG] 44. madde uyarınca idari işlemi yok hükmünde saymayacak idari usul ve şekil hataları şu durumlarda göz ardı edilir,

“1. İdari işlemin yapılması için gerekli olan dilekçenin sonradan idareye verilmesi,

2. İdari işlem için zorunlu olan gerekçenin sonradan yazılması,

3. İdari usulde dinlenilmesi gereken katılanların sonradan dinlenilmesi,

4. İdari işlemin tesisi için zorunlu olan bir komisyon kararının sonradan alınması,

5. İdari işleme katılması gereken başka bir idarenin, daha sonradan karara katılması”

Bu madde usul ve şekil hatalarının giderilmesini düzenlediğinden esasa ilişkin diğer hataları kapsamamaktadır.⁴⁹ Dolayısıyla söz konusu sakatlıklar idari işlemin içeriğine ilişkin değil, meydana geliş sürecine yönelik olmalıdır. Bu nedenle idari işlemin maddi açıdan hukuka uygunluğuna değil, şekli açıdan hukuka uygunluğuna hizmet etmektedir.⁵⁰ Kanunda sayılan bu hallerde usul hatalarının düzeltilmesinin, kişilerin haklarını kullanmasına mani olunmaması şartına bağlıdır. Eğer haklarını kullanmasına mani oluyorsa idari işlemdeki usul sakatlığının sonradan düzeltilmemektedir.⁵¹ İdari işlemin içeriğine hiç etki etmeyen, idarenin iradesine yansımayan yazım ya da hesap gibi şekil hataları ise herhangi bir usul sürecine gerek kalmadan her zaman doğrudan giderilebilmektedir.⁵²

VwVfG md.45 uyarınca idari usul ve şekil hatalarının sonradan düzeltilmesi için md.44. uyarınca idari işlemin yok hükmüne olması sonucu doğurması gerekmektedir. VwVfG md.44/1. fıkra uyarınca bir idari işlem tüm koşullar bakımından makul bir şekilde değerlendirildiğinde ağır bir hata olduğunun açıkça görülmesi durumunda yok hükmündedir. Buradaki sakatlık bir bütün olarak hukuk düzeniyle uyumlayacak derecede ağır olduğundan, idari işlemin hukuki sonuç doğurması mümkün olmayacağından usul ve şekil hatalarının da sonradan düzeltilmesi mümkün değildir. Maddenin devamında her hâlükârda idari işlemin yokluğu sonucu doğuran durumlar ve istisnalar düzenlenmiştir. Buna göre yazılı veya elektronik olarak yapılmış bir idari işlemde, işlemi yapan idarenin kim olduğunun belirlenememesi, idari işlem yapmaya yetkili olmaması, idari işlemin suç ya da para cezası gerektiren bir eylemde bulunmayı içermesi gibi durumlarda

⁴⁹ Sachs, VwVfG §45, Rn.1.

⁵⁰ Sachs, VwVfG §45, Rn.1.

⁵¹ Ferdinand Kopp, “Die Heilung von Mängeln des Verwaltungsverfahrens und Nachschieben von Gründen im Verwaltungsprozeß”, VerwArch 61, S.219 vd. (1970): 219-259.

⁵² Michel Lysander Fremuth, “Formelle Fehler des Verwaltungsakts und Ihre Folgen”, JA, S.844 (2012): 844-850; Stefan Storr; Rainer Schröder, Allgemeines Verwaltungsrecht (Stuttgart: Kohlhammer 2021), 155.

işlem yok hükmündedir. İdari işlemin yokluğu idare tarafından resen ya da talep üzerine tespit edilebilir. İdare tespit konusunda hareketsiz kalırsa İdari Yargılama Usul Kanunu (VwVG) md.43 uyarınca idari yargıda yokluğun tespiti davası açılabilir. Eğer iptal davası açılmışsa mahkeme tarafından da işlemin yokluğuna karar verilebilmektedir.⁵³

VwVG md.45/2. fıkrasında usul ve şekil hatalarının idari yargılama usulünde de düzeltilebileceğini hüküm altına almaktadır. Buna göre esasa ilişkin yargılamanın son aşamasına diğer bir ifadeyle esasa ilişkin karar verilmeye kadar düzeltme yapılabilecektir.

VwVG md.45/3. fıkrada ise idari işlemlerde gerekli gerekçe eksik ya da hiç gösterilmemişse veya idari işlem yapılmadan önce idari usule katılan ve dinlenilmesi gereken kişinin dinlenilmemesi sebebiyle işlemin iptaline ilişkin süre kaçırılmışsa, bu kusura dayandırılmamaktadır. Eski hale getirmeyi düzenleyen VwVG 32. maddesinin süreye ilişkin 2. fıkrasına göre hareket edilerek, usul ve şekil hatasının düzeltildiği tarihte süre tekrar işlemeye başlamaktadır.

1. İdari İşlemin Yapılması İçin Gerekli Olan Dilekçenin Sonradan İdareye Verilmesi

Bir idari işlemin yapılması muhatabının talebine bağlıysa, dilekçe verilmeden idarenin idari işlemleri tesis etmesi, ağırlığına göre onu yok hükmünde veya iptal edilebilir kılmaktadır.⁵⁴ Örneğin işyeri açılması, bina yapılması ya da devlet destek ve teşviklerinden yararlanmak için idareden bu yönde talepte bulunulması zorunludur. Kişi sadece destek ya da teşvik konusunda bilgi almak için idareye başvurduğu, ancak talepte bulunmadığı halde yararlandırılırsa usul sakatlığı bulunmaktadır.⁵⁵ Kişinin amacı sadece bilgi almak olduğu halde idarenin ilgiliye bilgi, belge ve dilekçe formunu vermesi ve bunu kişinin talepte bulunması olarak değerlendirilerek ya da gözden kaçırılarak bu yönde kayıt yapılması söz konusu olabilmektedir. İdare bu kayda dayanarak kişinin dilekçe vermediği halde yararlandırılması yönünde bir idari işlem tesis ederse, ilgili bu teşvikten faydalanmak istiyorsa kendi rızasıyla dilekçesini sonradan idareye vererek idari işlemin geçerlilik kazanmasını sağlayabilmektedir.

İdarece tesis edilen idari işleme kişinin sonradan verdiği muvafakat ya da kısıtlı olanların veya fiil ehliyetine sahip olmayan küçüklerin verdiği dilekçeye istinaden tesis edilen işlemlerin bu kişilerin veli ya da vasilerin muvafakati ile sonradan düzeltilmesi mümkündür.⁵⁶ Dilekçe idari işlemin yapılmasından sonra dava açmadan önce verilebileceği gibi, kanun hükmünde de görüldüğü üzere

⁵³ Storr ve Schröder, 154.

⁵⁴ Sachs, VwVG §45 Rn.28.

⁵⁵ Guy Beaucamp, Heilung und Unbeachtlichkeit von formellen Fehlern im Verwaltungsverfahren, JA, S.117 (2007): 117-120.

⁵⁶ Sachs, VwVG §45, Rn.28.

dava açıldıktan sonra da esasa ilişkin karar verilene kadar bu sakatlık sonradan düzeltilebilmektedir. Ancak doktrinde idari usul ve şekil hatalarının idareden kaynaklanması durumunda mümkün olduğu, dilekçe hakkının ise muhataba ait olması sebebiyle idari aşamada sonradan vererek bu usul sakatlığını giderebileceği, yargı aşamasında ise bunun mümkün olamayacağı savunulmaktadır.⁵⁷

2. İdari İşlemden Gösterilmesi Gereken Gerekçenin Sonradan Tamamlanması

VwVfG md.39 idari işlemde gerekçe yükümlülüğünü hüküm altına almaktadır.⁵⁸ Buna göre idari işlem sebebinin ilgiliye bildirilmesi gerekmektedir. Sebep unsuru maddi hukukla ilgili olmakla birlikte, gerekçe işlemin usul-şekil unsuru ile ilgilidir.⁵⁹ Ayrıca sebep hakime gerekçe ise ilgiliye yöneliktir.⁶⁰ Bu yükümlülüğe uyulmaması durumunda bir usul hatası ortaya çıkmakta, idari işlem hukuka aykırı olmaktadır. Ancak bu işlem yoklukla geçersiz kılacak ağırlıkta bir sakatlık değildir.⁶¹ Dolayısıyla idari işlemin gerekçesi sonradan yazılarak idari işlem sağ-lık kazanabilmektedir.⁶²

İdari işlemde gerekçenin hiç gösterilmemiş olmasının yanında VwVfG md.39/1. fıkrasına uygun yazılmamış gerekçe de hukuka aykırı olduğundan, sonradan tamamlanması mümkündür.⁶³ Gerekçe yükümlülüğü özel kanuna dayanıyorsa gerekçenin kanunda öngörülen şartlar çerçevesinde yazılması veya tamamlanması gerekmektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus idari işlemin yapılışında dayanılan sebebe ilişkin gerekçenin gösterilmesidir. Başka bir sebebe dayanılarak başka gerekçe gösterilmesi mevcut idari işlemde gerekçenin sonradan tamamlanması anlamına gelmeyeceğinden hukuka aykırılık devam edecektir.⁶⁴ Gerekçe idari işlem yapıldıktan sonra yapan idare tarafından sonradan düzeltilebileceği gibi, itiraz sürecinde itiraz merci tarafından da giderilebilecektir.⁶⁵

Gerekçeye ilişkin hatalar ve eksikliklerin sonradan düzeltilmesinde süre sınırı olması gerektiği özellikle dava açılmadan önce yapılması yönünde görüşler bulunmaktadır. İdari işlemde gerekçenin işlemin muhatabına, hakkını daha etkili koruma imkanı sunmasının yanında gerekçeye istinaden hak arama yollarına gidip gitmeyeceğine karar vermesi, özellikle eksik gerekçe durumunda bazı mağ-

⁵⁷ Kei-Uwe Riese, VwGO §113, in: Schoch/Schneider, VwGO (München: C.H. Beck 2021), Rn 207.

⁵⁸ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. Atila Erkal, "Türk ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü", SÜHFD C.17, Sy.1, S.120 vd. (2009): 119-150.

⁵⁹ Erkal, 124.

⁶⁰ Akyılmaz, İdari İşlem, 200.

⁶¹ Kopp/Ramsauer, §45, Rn.22.

⁶² Erkal, 147.

⁶³ Storr ve Schröder, 156.

⁶⁴ BVerwGE 133, 13, Rn.13; Sachs, VwVfG §45, Rn.34, 45.

⁶⁵ Schoch, DÖV 1984, 406.

duriyetler yaşamasına sebebiyet verecektir. Özellikle eksik gerekçede işlemin hukuka uygun olduğu kanısına vararak uzun yargılamalar maruz kalmamak için dava açmama ihtimali bulunmaktadır. Bu nedenle de dava açmadan önce bu eksikliklerin düzeltilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁶⁶

3. İdari Usulde Dinlenilmesi Gereken Katılanların Sonradan Dinlenilmesi

VwVfG md.28 idari usulde hukuki dinlenme hakkını düzenlemektedir. Bunun yanında kanunun 38/1-2, 63, 67/1 ve 73/4. maddelerinde de alan bazlı dinlenme hakları mevcuttur. Ayrıca özel kanunlarda dinlenme hakkına yer veren hükümler bulunmaktadır. VwVfG md.28 yanında diğer hükümlerde yer alan dinlenme hakları da VwVfG md.45 kapsamında değerlendirilerek sonradan düzeltilebilmektedir.⁶⁷ Ancak bu husus doktrinde kanun sistematığına uymadığı, kanunun genişletilerek uygulanmasıyla diğer alanlarda yazılı olmayan istisnalar doğurduğu gerekçeleriyle eleştirilmektedir.⁶⁸

Kanun dinlenilmeyi kişiye bir hak olarak tanıırken, idareye bu konuda yükümlülük getirmektedir.⁶⁹ İdari işlem tesis edilirken kanunen zorunlu olarak dinlenilmesi gereken usule katılanlar dinlenilmemişse bir usul sakatlığı söz konusu olmaktadır. Bu usul sakatlığı da VwVfG md.45/1-3. fıkrası uyarınca sonradan düzeltilebilmektedir. Ancak bunun maddi hukuk çerçevesinde dinlenme hakkı ile ilgili olmaması gerekmektedir. Ayrıca katılanın dinlenmemiş olması, idari işlemin yok hükmünde sayılmasını gerektirecek ağırlıkta olmamalıdır.⁷⁰ Yok hükmünde sayılan bir idari işlemin sonradan dinlenme hakkının tanınmasıyla sağlık kazanması mümkün değildir. Dinlenme hakkının idari işlemi tesis eden idare tarafından sonradan tekrarlanarak usul hatasının giderilmesi gerekmektedir. İdari işlem birden fazla idarenin katılımıyla tesis ediliyorsa bu durumda bu idarelerin birlikte dinlenmesi gerekmektedir.

İdari usulde dinlenme hakkına riayet etmeden işlem tesis edilmesi ve bunun sonra giderilerek idari işleme sağlık kazandırılması haklı olarak eleştirilere konu olmaktadır. İdari usule katılan dinlenme hakkı ile kendisini ifade etme, kendi bakış açısıyla olayları değerlendirme ve idareyi etkileyerek lehine karar çıkmasını sağlayabilme imkanına sahiptir. Tesis edilen bir idari işlemde sonra dinlenme hakkının tanınması durumunda karara yön verme imkanı da ortadan kalkmaktadır.⁷¹ Bu nedenle dinlenme hakkına ilişkin usul hatasının sonradan düzeltilmesi, ancak bu hakkın anlam ve amacına ulaşması durumunda mümkündür. Bu da usule katılanların dinlenilmesiyle elde edilen bilgi ve görüşlerin idari

⁶⁶ Beaucamp, JA 2007, 118; Sachs, VwVfG §45, Rn.38.

⁶⁷ Kopp/Ramsauer, VwVfG §45, Rn.16 vd.; BVerwG, NVwZ 1984, 578 vd.

⁶⁸ Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 365; Beaucamp, JA 2007, 119.

⁶⁹ Gwiasda, NVwZ 2021, 528.

⁷⁰ Sachs, VwVfG §45, Rn.70-73.

⁷¹ Gwiasda, NVwZ 2021, 526, 528.

işleme etkisinin kontrolüyle mümkün olmaktadır. Örneğin bir memurun disiplin suçu nedeniyle dinlenilmeden görevine son verilmesi üzerine bir üst makama itiraz etmesi durumunda, üst makamın eksik olan dinlenilme hakkını tanıyarak usul hatasını sonradan gidermesi anlam ve amaca aykırılıktan dolayı mümkün değildir.⁷² Bu sebeple doktrinde ve bazı yargı kararlarında hukuki dinlenilmenin VwGO md.68 uyarınca en geç dava açılmadan önceki, ön usulde düzeltilebileceği ifade edilmektedir.⁷³

Diğer taraftan dinlenilme hakkının mevcut idari işleme ilişkin tanınması gerekmektedir. Mevcut idari işlemle ilgisi olmayan ya da işlemle ilgisi olsa da karara etkisi olan olaylar dışında dinlenilme hakkı tanınması da idari işleme sağlık kazandırmamaktadır.⁷⁴ Dinlenilme hakkının karar alınmadan önce ya da sonra tanınması hem ilgili hem de idare açısından karara etki bakımından farklılık arz etmektedir.⁷⁵ Dinlenilme hakkının karara etki etmeyeceğini düşünen ilgili sonradan dinlenmeyi reddedebilmektedir.⁷⁶

4. İdari İşlemin Tesisi İçin Zorunlu Olan Bir Komisyon Kararının Sonradan Alınması

İdari işlemin yürürlüğe girebilmesi kanunla öngörülmüş bir komisyon kararına ihtiyaç duyduğu halde, bu komisyon kararı alınmadan işlem tesis edilmişse hukuka aykırıdır. İhtiyaç duyulan karar, başka bir tüzel kişi içinde yer alan komisyona ait olabileceği gibi, aynı tüzel kişilik içinde yer alan bir komisyon kararı da olabilmektedir. Örneğin eğitim kurumlarına ilişkin mevzuatta öngörülen kitap harçlarının eğitim araçları komisyonunun katılımı ile yükseltileceği kuralına aykırı bir şekilde komisyon kararı olmadan yükseltilmişse işlem sakattır ve bu usul sakatlığı daha sonradan düzeltilebilmektedir.⁷⁷ Buna karşılık özel kanunla öngörülmesi durumunda komisyon kararının idari işleme etkisinin idari işlemin tesisinden önce gönderilmesiyle mümkünse, komisyon kararının sonradan gönderilmesi idari işleme sağlık kazandırmamaktadır.⁷⁸

5. İdari İşleme Katılması Gereken Başka Bir İdarenin, Daha Sonradan Karara Katılması

İdari işlemin birden fazla idarenin katılımıyla tesis edilmesi zorunluysa, karar altında hepsinin imzası bulunmalıdır. İdari işlem eksik katılımı ile tesis edilmişse, kararda iradesi bulunmayan idarenin sonradan karara katılımı sağlanarak usul

⁷² Fremuth, JA 2012, 845.

⁷³ Detterbeck, s.215; BVerwGE 66, s.114.

⁷⁴ Sachs, VwVfG §45, Rn.84.

⁷⁵ Beaucamp, JA 2007, 118.

⁷⁶ Sachs, VwVfG §45, Rn.91.

⁷⁷ Fremuth, JA 2012, 847.

⁷⁸ Laubinger, VerwArch 1981, 339.

hatası kaldırılabilir. Bu müşterek ya da zincir işlemlerde karşımıza çıkan bir durumdur. Buna karşılık yetkisiz bir idarenin aldığı kararın, yetkili bir idarece muvafakat göstererek onaylanması bu kapsamda yer almaz. Kaldı ki yetkisiz idarenin aldığı karar yetkili idarenin onayıyla da geçerlilik kazanamaz.

Karara katılacak idareler ayrı tüzel kişilik olabileceği gibi, aynı tüzel kişilik içinde farklı birim ya da makamlar da olabilmektedir.⁷⁹ Buradaki usul idari işlemin tesisi için gerekli komisyon kararının sonradan alınmasına benzemektedir. Gerek başka idarenin katılımı gerekse komisyon kararının alınacak idari işleme etkisinin işlem muhatabının (menfaatinin) korunmasıyla ilgili olup olmayacağı fıkrada düzenlenmemektedir. Ancak doktrinde ve yargı kararlarında sonradan düzeltmenin muhatabın menfaatinin korumaya hizmet etmesi gerektiği belirtilmektedir.⁸⁰

C. İDARİ USUL VE ŞEKİL HATALARININ SONRADAN GİDERİLMESİNDE SÜRE

VwVfG md.45/2. fıkrası uyarınca idari usul ve şekil hataları esasa ilişkin yargılamanın son aşamasına kadar düzeltilebilmektedir. Dolayısıyla hem idari süreçte hem de yargılama sürecinde düzeltme yapılarak idari işlemin geçerliliği sağlanabilmektedir. Kanun koyucu yargılama aşamasında da düzeltme yapılabileceğini 1996 yılında kabul etmiştir.⁸¹

Bunun öncesinde sadece idari aşamada ve ayrıca dava açılmadan önce ön aşama öngörülmüşse bu aşamada, kısaca dava açılmadan önce usul ve şekil hatalarının düzeltilmesi mümkündür.⁸² VwGO md.68 iptal davası açmadan önce işlemin hukuka ve yerindeliğe uygunluğunun bir ön usulde idare tarafından denetlenmesini hüküm altına almaktadır. Bu usulde usul ve şekil sakatlıkları sonradan düzeltilerek idari işleme geçerlilik kazandırabilmektedir. İdari yargı aşamasında da usul ve şekil hatalarının sonradan düzeltme imkanının getirilmesi yargısal fırsat eşitliğini, hakimlinin tarafsızlığını ve hukuki dinlenilme hakkını ihlal ettiği gerekçeleriyle anayasaya aykırılık tartışmalarını beraberinde getirmiştir.⁸³

1. İdari Aşama

Yukarıdan sayılan beş idari usul ve şekil sakatlıkları dava açılmadan önce idari aşamada sonradan düzeltilerek işleme geçerlilik kazandırılmaktadır. Usulle ilişkin yükümlülükleri idari işlemi tesis edecek idare tarafından yerine getirilece-

⁷⁹ Sachs, VwVfG §45, Rn.98.

⁸⁰ Sachs, VwVfG §45, Rn.100.

⁸¹ Gesetz zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren (GenBeschIG), BGBl. I, S.1354 Art.1 Nr.3.

⁸² Gwiasda, NVwZ 2021, 527.

⁸³ Friedhelm Hufen ve Torsten Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren (Baden Baden: Nomos Verlag 2021), Rn.959; Wolf Rüdiger Schenke, „Reform“ ohne Ende - Das Sechste Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze (6. VwGOÄndG)“, NJW, S.86 (1997): 81-93.

ğinden, bunlara hiç uymaması yada eksik yerine getirmesi durumunda usul hataları yine aynı idare tarafından sonradan düzeltilecektir. İdari işlem birden fazla idarenin katılımıyla çıkartılıyorsa, usul hataları bu idareler tarafından müşterek giderilecektir. Tesis edilen idari işleme karşı itiraza başvurulmuşsa, itirazı değerlendiren üst makam VwVfG md.43 uyarınca idari işlemi geri alabilir, kaldırabilir değiştirebilir ya da ilgili makam iade edebilir.⁸⁴ İtiraz makamının usul ve şekil hatalarını sonradan düzeltebilmesi hususunda tartışmalar olsa da, ağır basan yaklaşım düzeltilebileceği yönündedir.⁸⁵ Buna karşılık itiraz sürecinde idari işlemdeki usul ve şekil hatalarının düzeltilmesinin md.45'e, değil md.43'e dayanarak hukuki ve yerindelik denetimi çerçevesinde mümkün olacağı ifade edilmektedir.⁸⁶

2. Yargısal Aşama

İdari işlem aleyhine idari yargıda dava açılmışsa, usul ve şekil hatalarının giderilmesi esasa ilişkin yargılamanın son aşamasına kadar mümkündür. Esasa ilişkin yargılamada son aşama karar aşaması olduğundan, usul ve şekil sakatlıkları karar verilene kadar düzeltilebilecektir.⁸⁷ Maddi yargılama yapılmayan sadece kararın hukukilik denetimini yapıldığı temyizde olduğu ve diğer kanun yollarında ise idari usul ve şekil hatalarını düzeltilmesi istenemez ve yapılamaz.⁸⁸

Yargısal aşamada usul hataları mahkeme tarafından doğrudan giderilememektedir. Düzeltme idari işlemi tesis eden idare tarafından yapılmaktadır.⁸⁹ Yargısal aşamada işlemdeki usul ve şekil sakatlıkların hukuka uyum düzeltilebilmesi için süresinde, yetkili idare tarafından formaliteden uzak ve etkili bir şekilde yapılması gerekmektedir. Yargılama aşamasında idare işlemin geçerliliğini devam ettirmek, diğer bir ifadeyle işlemi kurtarmak için çabalayacağından, mahkemenin, işlemdeki usul veya şekil hatasının hukuka uygun bir şekilde düzeltilmiş olduğunu kontrol etmesi özel önem taşımaktadır.⁹⁰ İdari işlemdeki usul veya şekil hatası düzeltildikten sonra, ilk yapıldığı tarihten itibaren hukuka uygun hale geldiğinden mahkeme tarafından diğer unsurlar bakımından hukuka uygun olup olmadığını denetlenecektir.⁹¹ Ancak usul ve şekil sakatlığı sonradan düzeltildiğinde davacının davasını geri çekme hakkı da bulunmaktadır.⁹²

⁸⁴ Max Emanuel Geis, VwGO §68 Vorverfahren, Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung (München C.H. Beck, 2018), Rn.211 vd.

⁸⁵ Detterbeck, 213; Geis, VwGO §68, Rn.217.

⁸⁶ Durner, VerwArch 2006, 352.

⁸⁷ Gwiasda, NVwZ 2021, 526; Detterbeck, 214.

⁸⁸ Sachs, VwVfG §45, Rn.108.

⁸⁹ Friedrich Schoch, "Die Heilung von Anhörungsmängeln im Verwaltungsverfahren", Jura, S.32 (2007): 28-32.

⁹⁰ Hufen/Siegel, Rn.960.

⁹¹ Hufen/Siegel, Rn.973.

⁹² Storr/Schröder, 157.

D. VwVfG 45. MADDEDE YER ALMAYAN DİĞER USUL VE ŞEKİL SAKATLIKLARININ SONRADAN DÜZELTİLMESİ

Alman hukukunda idari usul kanununda öngörülen beş usul hatasının sonradan düzeltilmesi dışında diğer usul hatalarının da düzeltilip düzeltilmeyeceği hususunda tartışmalar devam etmektedir. VwVfG md.45'in sadece maddede sayılan hallerle sınırlı olduğu, kıyasen diğer kanunlarda yer alan usul ve şekil sakatlıklarında uygulanamayacağı belirtilmektedir.⁹³ Ancak ağır basan görüş ve uygulama bu hükmün diğer kanunlarda yer alan usul ve şekil hatalarının sonradan düzeltilmesinde de maddede sayılan beş durumla sınırlı olmak üzere kıyasen uygulanması yönündedir.⁹⁴

E. İDARİ USUL VE ŞEKİL HATALARININ GÖRMEZDEN GELİNMESİ

VwVfG md.46 yukarıda da ifade edildiği üzere idari işlemin esasına etki etmeyen usul ve şekil sakatlıklarının görmezden gelineceğini düzenlemektedir.⁹⁵ VwVfG md.45 sonradan düzelterek idari işlemin hukuka uygun hale gelerek sağlık kazanmasını hüküm altına alırken md.46 bir düzeltme öngörmemektedir. Bu durumda idari işlem şeklen hukuka aykırı olsa da iptali istenemediğinden geçerli kabul edilmektedir.⁹⁶ Usul ve şekil hatalarının görmezden gelinebilmesi için öncelikle idari işlemin yok hükmünde sayılacak başka bir sakatlığının bulunmaması gerekmektedir. Ayrıca idari işlemin esasına etki etmediği açıkça görülmelidir. Dolayısıyla usul ve şekil ile bölgesel yetkiye ilişkin hükümlere aykırı olmakla birlikte olaya ilişkin alınan kararın açıkça sakatlanmasına etki etmediği sürece idari işlemdeki bu hatalar görmezden gelinebilmekte ve işlemin iptali ya da geri alınması talep edilememektedir.⁹⁷ Bir usul ve şekil hatası idari işlemin içeriğine etki ediyorsa, kararın hukuki sonucunu değiştiriyorsa asli bir sakatlık olarak kabul edilmekte ve sonradan düzeltilerek idari işleme sağlık kazandırmamaktadır.⁹⁸

İdari usul kanununun öngördüğü belli usul ve şekil hatalarında ise asli/kesin ya da tali olup olmadığına bakılmaksızın idari işlemi hukuka aykırı kılmaktadır.⁹⁹ Mutlak usul hakları olarak ifade edilen bu durumda usul ya da şekil hatasının işlemin içeriğine ya da sonucun etki edip etmediğine bakmaksızın işlemi sakat-

⁹³ Laubinger, VerwArch 1981, s.334; Durner, VerwArch 2006, 357.

⁹⁴ Kopp/Ramsauer, VwVfG §45, Rn.9 vd.; BVerwG, NVwZ 1984, S.578 vd.; BVerwG, NVwZ 2004, S.1486 vd.; Hatta doktrinde VwVfG §45'in kıyasen uygulanarak maddi hukuka ilişkin hataların sonradan giderilebileceği yönünde görüşler de bulunmaktadır. Hermann Hill, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, Heidelberg 1986, s.325 vd.

⁹⁵ Schemmer, VwVfG §46, Folgen von Verfahrens- und Formfehlern, in: BeckOK VwVfG, Bader/Ronellenfitsch 2021, Rn.26; Detterbeck, 216.

⁹⁶ Hufen Fehler im Verwaltungsverfahren, 388; Kopp/Ramsauer, VwVfG §46, Rn.41 vd.

⁹⁷ Storr/Schröder, 157.

⁹⁸ Sachs, VwVfG §45, Rn.123.

⁹⁹ Hill, 373; Held, NVwZ 2012, 463.

lamakta ve işlemin iptalini gerektirmektedir.¹⁰⁰ Bu haklar kişiye maddi hukuktan bağımsız ve başlı başına bir usul hakkı olarak işlemi iptal ettirme imkanı tanımaktadır.¹⁰¹ Örneğin BauGB (İmar K.) md.36 uyarınca nihai ruhsat işleminden önce belediyenin yapı ruhsatı konusunda rıza gösterme sürecine katılım mutlak usul hakkı olarak kabul edilmektedir. Yine VwVfG md.44 uyarınca idari işlemin yokluğuna sebebiyet veren usul ve şekil hatalarında mutlak hukuka aykırı olduğundan sonradan düzeltilmesi mümkün değildir. Buna karşılık tali usul ve şekil sakatlıkları sonradan düzeltilerek idari işleme sağlık kazandırmaktadır.

F. İDARİ USUL VE ŞEKİL HATALARININ SONRADAN GİDERİLMESİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

İdari usulde hataların sonradan giderilmesi idari işleme ilişkin tüm usul sürecinin tekrarını gerektirmemektedir. Sadece kanunda öngörülen usul ve şekil sakatlıklarından hangisi giderilecekse onunla sınırlı bir usul süreciyle gereken düzeltmenin yapılması yeterlidir.¹⁰² İdari işlemdeki usul ve şekil hatasını sonradan düzelterek idarenin yetkili olması, düzeltmeyi hatasız ve formalite için yapmayı kanunu amaçlı doğrultusunda gerçekleştirmelidir.¹⁰³ İdari usul kuralları bir taraftan kişilerin haklarını korumayı, diğer taraftan da idari fonksiyonun gereği gibi yerine getirmesini amaçlamaktadır. Kişiler açısından usul hakları maddi hukuka ve kararın esasına etki edebildiği sürece anlam taşımaktadır.¹⁰⁴ Usul ve şekil hatalarının sonradan düzeltilmesinin de bu amaca hizmet etmesi gerekmektedir. Aksi durumda sonradan yapılan düzeltmenin hukuka uygunluğu tartışılabilir hale gelecektir.

Hukuka aykırı da olsa bir idari işlem geri alınana ya da iptal edilene kadar kendinden beklenen sonucu doğurduğundan usul ve şekil hataları sonradan giderilirse işlem şeklen hukuka uygun hale gelmektedir.¹⁰⁵ İdari işlemde sadece düzeltme sonrasına değil, ilk yapıldığı andan itibaren hukuka uygunluk sağlanmaktadır.¹⁰⁶ Sırf bu sebeple iptali istenememektedir. Buna karşılık idari işlemin diğer unsurlarında bir hukuka aykırılık varsa iptali konusunda önünde bir engel bulunmamaktadır. Diğer taraftan usul ve şekil hataları düzeltilse bile bir zarar meydana gelmişse buna ilişkin tazminat talebi önünde bir engel bulunmamaktadır.¹⁰⁷

Düzeltilme usul ve şekil hatalarının kanun öngördüğü şekilde giderilmesi suretiyle gerçekleşmektedir. Yoksa idareyi bu yükümlülükten kurtarmamaktadır.

¹⁰⁰ Held, NVwZ 2012, 466 vd.

¹⁰¹ Schemmer, VwVfG 46 Folgen von Verfahrens- und Formfehlern, in: BeckOK VwVfG, Bader/Ronellenfitsch 2021, Rn.26.

¹⁰² Durner, VerwArch 2006, 366; Kopp/Ramsauer, VwVfG §45, Rn.42; Sachs, VwVfG §45, Rn.85.

¹⁰³ Geis, VwGO §68, Rn.216.

¹⁰⁴ Storr/Schröder, 155.

¹⁰⁵ Fremuth, JA 2012, 845; Beaucamp, JA 2007, 120.

¹⁰⁶ Geis, VwGO §68, Rn.21.

¹⁰⁷ Sachs, VwVfG §45, Rn.21 vd.

Örneğin idari işlemin gerekçesi gösterilmemişse sadece buna ilişkin usul yürütülerek sonradan gösterilmelidir ya da hukuki işlemin muhatabı dinlenilmemişse sonradan dinlenerek sakatlık ya da hata giderilmektedir. Ancak dinlenilme hakkı işlemin aynı zamanda içeriğine etki edebileceğinden dolayı ve kişinin dinlenmesinden sonra elde edilen bilgiler bağlamında farklı bir işlem yapılma durum ortaya çıkarsa mevcut işlemin sağlık kazanarak geçerli hale gelmesi söz konusu olmamaktadır.

Bir idari işlemdeki usul veya şekil hatası VwVfG md.45 uyarınca giderilemiyorsa yukarıda bahsedildiği üzere VwVfG md.46 uyarınca görmezden gelinebilecek bir hata olup olmadığı yargı merci tarafından incelenecektir. Görmezden gelinebilecek bir hata değilse ve VwGO md.113 uyarınca davacının hakkını ihlal ediyorsa, usul ve şekil sakatlığı sebebiyle idari işlemin iptali gerekecektir. Dolayısıyla VwVfG md.45 ve md.46 kapsamı dışında kalan açık ve ağır usul sakatlıkları ile işlemin esasına etki eden sakatlıklar sonradan giderilememektedir.¹⁰⁸

SONUÇ

İdari faaliyetlerin yerine getirilmesinde önemli bir yer tutan idari işlemler hukuka uygun tesis edilmelidir. İdare bunun için azami gayret göstermeli ve hukuka uygunluk karinesinin arkasına sığınmamalıdır. İdari işlemin hukuka uygunluğu bütün unsurları bakımından söz konusu olmakla birlikte, usul ve şekil hatalarının sonradan düzeltilerek işleme sağlık kazandırılması mümkündür. Ancak bu düzeltme imkanı, usul ve şekil kurallarının maddi sakatlıklar karşısında daha önemsiz olduğu sonucunu doğurmamaktadır. Mecellede yer alan “*usul ve esas-tan mukaddemdir*” ve Rudolf von Jehring’in “*şekil keyfiliğin yeminli düşmanı özgürlüğün ikiz kardeşidir*” sözü idari işlemlerde elde edilecek doğru hukuki sonuçun usul ve şekle bağlı olduğunun ifadesidir.

Hukuka uygun bir idari işlem sadece maddi hukukun değil, aynı zamanda usul kurallarının tatbikiyle hayat bulması mümkündür. Eksiklik durumunda ise tüm idari usulü baştan tekrar işetip, o usul kuralına uyararak yine aynı kararın çıkması olasıdır. Türk hukukunda şekil bakımından iptal edilen bir idari işlem, iptale neden olan şekil sakatlığı giderilerek tekrar tesis edilebilmektedir. İdari işlemin esasına etki etmeyen, düzeltilebilecek ağırlıkta olan usul ve şekil kurallarına hem idari hem yargısal aşamada giderilmesinin usul ekonomisine fayda sağlayacağı aşikardır.

Türk hukukunda Vergi Usul Kanunundaki özel düzenleme dışında idari işlemdeki usul ve şekil hatalarının sonradan düzeltilmesini öngören genel bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık Danıştay asli ve tali şekil sakatlığı ayrımı yaparak, esasa etki etmeyen şekil sakatlıklarını önemsiz görerek iptal sebebi saymamaktadır. Şekil sakatlıklarının dava öncesi de idarece giderilebileceği kabul

¹⁰⁸ Beaucamp, JA 2007, 120.

edilmektedir. Ancak bu idari işlemdeki şekil sakatlığının hukuka aykırılığını gidermemektedir. Asli ve tali şekil sakatlığını birbirinden ayırabilecek belirleyici kesin bir kıstas olmadığından gerekçe yükümlülüğünde olduğu gibi asli şekil sakatlığı olarak kabul edilmesi gereken bir husus tali şekil sakatlığı olarak değerlendirilebilmektedir. Asli ve tali şekil sakatlığı ayrımı belirleyecek, asli usul ve şekil sakatlıklarında dahi düzeltilebilecek nitelikte olanların sonradan düzeltilmesini öngören, genel bir kuralın varlığı elzemdir. Bu da ancak genel bir idari usul kanunuyla mümkün olacaktır. İdari usul kanunlarında idari işlemin geçerliliği, yokluğu, şekli, usul hatalarının sonradan giderilmesi gibi birçok konu yasama organı tarafından düzenlenmişken, Türk hukukunda kanun olmaması sebebiyle işlemin geçerliliğine karine ya da ilkelere dayanılarak karar verilmektedir. Oysaki kanunla öngörülen bir usu veya şekil şartına idarenin uymaması idarenin kanuniliği ile çelişmektedir. Bu hataların sonradan düzeltilerek idari işleme sağlık kazandırılması konusunda idareye yetki tanınması kanuna bağlı idare ile de uyumlu hale gelecektir.

Almanya’da idari işlemdeki usul ve şekil sakatlıklarının sonradan düzeltilerek idari işleme sağlık kazandırılması idari usul kanununda hüküm altına alınmıştır. Yokluk müeyyidesine tabi olmayan idari işlemler kanunda sayılan usul ve şekil sakatlıklarının sonradan giderilmesiyle tekrar sağlık kazanmaktadır. Bu idari işlemler her ne kadar yürürlüğe girdikten sonra kendinden beklenen sonucu doğursa da, düzeltmeyle tesis edildiği tarihten itibaren hukuka uygun hale gelmektedir. Almanya’da idari usul kanunundaki bu düzenleme kanunun uygulama alanıyla sınırlı kalmamış, diğer usul ve şekil sakatlıklarının giderilmesinde de kıyasen uygulama imkanı bulmuştur. Alman idari usul kanunu 45. maddesinde sayılan haller dışında, 46. madde uyarınca idari işlemin esasına etki etmeyen önemsiz usul ve şekil hataları da görmezden gelinebilmektedir. Burada usul ve şekil hatasının asli ya da tali olup olmasına göre idari işlemin geçerliliğine karar verilmektedir. İdari işlemdeki usul ve şekil sakatlığının giderilmesi hem idari hem de yargı aşamasında mümkün olabilmektedir. Yargı aşamasında esasa ilişkin karar verilinceye kadar düzeltme yapılabilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar. İdari Usul İlkeleri Işığında İşlemin Yapılış Usulü, Ankara Yetkin Yayınevi, 2000.
- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. Türk İdare Hukuku, Ankara Savaş Yayınevi, 2021. (İdare Hukuku).
- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. Türk İdari Yargılama Hukuku, Açıklamalı-İçtihatlı, Ankara Savaş Yayınevi, 2019. (İdari Yargılama).
- Beaucamp, Guy. "Heilung und Unbeachtlichkeit von formellen Fehlern im Verwaltungsverfahren", JA (2007): 117-120.
- Birtek, Fatih. "Kazanılmış Hak Kavramı", İBD, C.82, Sy.2, (2008): 759-777.
- Bülbül, Erdoğan. İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2010.
- Çağlayan, Ramazan. "İdari Yargılama Usulünde İdari Yargı Yerinin Sebep İkame Yetkisi", DD. Sy.141, (2016): 9-40.
- Detterbeck, Steffen. Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, München: C.H. Beck, 2020.
- Durner, Wolfgang. "Die Behördliche Befugnis zur Nachbesserung fehlerhafte Verwaltungsakte", VerwArch 97, (2006): 345-380.
- Erkal, Atilla. "Türk ve Alman Hukukunda Gerekeç Yükümlülüğü", SÜHFD C.17, Sy.1, (2009): 119-150.
- Fremuth, Michel Lysander. "Formelle Fehler des Verwaltungsakts und Ihre Folgen", JA, (2012): 844- 850.
- Gözler, Kemal. İdare Hukuku, C.I, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2009. (c. I).
- Gözübüyük, A. Şeref ve Tan, Turgut. İdare Hukuku, C.1, Genel Esaslar, Ankara Turhan Kitabevi, 2018.
- Günday, Metin. İdare Hukuku, Ankara İmaj Yayınevi, 2017.
- Gwiasda Benjamin. "Das verfahrenre Verfahren: §45 VwVfG und seine Wirkunggen", NVwZ (2021): 526-532.
- Häberle, Peter. "Grundrechte im Leistungsstaat", VVDStRL 30, (1970): 43-141.
- Hauelsen, Fritz. "Verwaltungsverfahren und Verwaltungsak"t, DÖV, (1973): 653-657.
- Held, Jürgen. "Individualrechtsschutz bei fehlerhaftem Verwaltungsverfahren", NVwZ, (2012): 461-468.
- Hill, Hermann. Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, Heidelberg v. Decker-Verl., 1986.
- Hufen, Friedhelm. Fehler im Verwaltungsverfahren, Baden-Baden Nomos Verlag, 2002.
- Kopp, Ferdinand. "Die Heilung von Mängeln des Verwaltungsverfahrens und Nachschieben von Gründen im Verwaltungsprozeß", VerwArch 61, (1970): 219-259.
- Kopp, Ferdinand ve Ramsauer, Ulrich. VwVfG §45, Verwaltungsverfahrensgesetz, München C.H. Beck, 2020.

- Laubinger, Hans Werner. “Heilung und Folgen von Verfahrens- und Formfehlern - §§45 und 46 VwVfG sowie §§126 und 127 AO 1977 in der Rechtsprechung”, *VerwArch* 72, (1981): 331-351.
- Maurer, Hartmut. *Das Verwaltungsverfahren des Bundes*, JuS, (1976): 485-497.
- Oğurlu, Yücel. *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Ankara Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Riese, Kei-Uwe. VwGO §113, in: Schoch/Schneider, VwGO, München: C.H. Beck 2021. (BeckOnline).
- Sachs, Michael. VwVfG §45, Heilung von Verfahrens- und Formfehlern, in: Stelkens/Bonk/Sachs/, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, München: C.H. Beck, 2018.
- Saurer, Johannes. “Heilung von Verfahrensveghlern in umweltrechtlichen Zulassungsverfahren”, *NVwZ*, (2020): 1137-1143.
- Schemmer, Franz. VwVfG §46 Folgen von Verfahrens- und Formfelelern, in: BeckOK VwVfG, Bader/Ronellenfitsch, München C.H. Beck, 2021.(BeckOnline).
- Schenke, Wolf Rüdiger. „Reform“ ohne Ende - Das Sechste Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze (6. VwGOÄndG)”, *NJW*, (1997): 81-93.
- Schoch, Friedrich. “Nacholen der Begründung und Nachschieben von Gründen”, *DÖV*, (1984): 401-411.
- Sezginer, Murat. *Usul Kanunlarında İdari İşlemin Dış Görünüşü, İdari usul Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu*, (Ankara 17-18 Ocak 1998): 201-226. (idari işlem).
- Storr, Stefan ve Schröder, Rainer. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Stuttgart Kohlhammer, 2021.
- Tan, Turgut. *İdari İşlemin Geri Alınması*, Ankara Sevinç Matbaası, 1970.
- Tolon, Kemal Doğu. *İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile ilgili İncelemeler III*, Danıştay Başkanlığı, Ankara 1986: 163-209.
- Wahl, Reiner ve Pitzcker, Jost. “Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag”, *VVDStRL* 41, (1983): 151-186.
- Yıldırım, Turan; Yasin. Melikşah; Kaman, Nur; Özdemir, H. Eyüp; Üstün, Gül; Tekinsoy, Özge Okay, *İdare Hukuku*, İstanbul On İki Levha Yayıncılık, 2018.

TÜRK İDARİ YARGI SİSTEMİNDE DAVALARIN BİRLEŞTİRİLMESİ USULÜ ÜZERİNE BİR İNCELEME*¹

Dr. Yunus ERASLAN²

Öz

Yargılama usulünde bağlantı, davaların daha az giderle ve hızlı görülmesini sağlamak ve birbiriyle çelişen yargı kararı verilmesine engel olmak amacıyla, aralarında irtibat bulunan davaların birlikte görülmesini sağlayan usul müessesesidir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunda bağlantı müessesesi özel olarak düzenlenmiştir. Hukuk yargılama usulünde, aynı veya farklı mahkemelerde görülen bağlantılı davalar tek dosyada birleştirilmektedir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunda yer verilen bağlantı hükümleri ise, farklı mahkemelerdeki davaların aynı mahkemede farklı dosyalarda bakılacak şekilde birleştirilmesini amaçlamaktadır. Ancak idari yargıda son yıllarda, kanunda öngörülmediği halde aynı mahkeme görülen davaların bağlantı nedeniyle aynı dosyada birleştirilmesi yönünde kararlar verilmeye başlanmıştır. Bu nedenle, idari yargılama usulünde bağlantının sebepleri, bağlantı nedeniyle birleştirilmesinin kapsamı, usulü, sınırı ve yöntemlerinin uygulama örnekleriyle incelenmesi amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler

İdari Yargı, Bağlantılı Dava, Davaları Birleştirme, Dosyaları Birleştirme.

AN EXAMINATION ON THE PROCEDURE OF JOINING CASES IN THE TURKISH ADMINISTRATIVE JURISDICTION SYSTEM

Abstract

Connection in the judicial procedure is a procedural institution that enables the trial of the cases that are linked to each other, in order to ensure that the cases are heard quickly and with less expense and to prevent contradictory judicial decisions. The connection institution is specially regulated in Law No. 2577. In the civil procedure, connected cases heard in the same or different courts are combined in a single file. The connection provisions included in the Law No. 2577 aim to combine the cases in different courts so that they will be examined in different files by the same court. However, in recent years, decisions have been taken in the administrative jurisdiction to join the cases at the same court in the same file due to the connection, although not stipulated in the law. For this reason, it is aimed to examine the reasons for the connection, the scope, procedure, limit, and methods of joining due to the connection, with application examples in the administrative trial procedure.

Keywords

Administrative Jurisdiction, Connected Case, Joining the Cases, Joining the Files.

*¹ Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 06.05.2021 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 21.11.2021, DOI No: 10.54704/akdhf.1035291.

*² Kamu Hukuku Doktoru, Adana Bölge İdare Mahkemesi Hâkimi / Adana - Türkiye.
E-posta: ab97707@adalet.gov.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-9660-5519>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

Extended Abstract

Legal relation is a procedural institution in proceedings that provides the joinder of lawsuits which are linked to each other, with the aim to carry out the trial faster and at smaller expenses, and to avoid contradicting rulings. Legal relation has in particular been regulated in Law #2577. According to article 38 subclause 1 of Law #2577 the reasons of a legal relation are the arising of lawsuits from the same material or legal causes, or the fact that the judgement in one case will affect the other.

In civil jurisdiction procedure, legally related lawsuits before the same court or before different courts are being joined. The regulation about legal relation in Law #2577 however, has the aim to join the cases before different courts at the same court in such a form that each case is heard separately.

According to Article 38 of Law #2577, if the cases are before different courts within the judicial locality of a regional administrative court, the relevant regional administrative court shall judge on claims of legal relation between cases before the courts. If, however, the cases are before courts within the judicial locality of different regional administrative courts or one of the cases is before the Council of State, the relevant chamber of the Council of State shall judge.

In administrative jurisdiction, joinder of action decisions due to legal relation has begun appearing in recent years for cases before the same court or chamber, although such has not been stipulated by law. Many debates have arisen from such joinder practice and this subject has begun to find reflection also in the decisions of regional administrative courts and the Council of State. In administrative jurisdiction, the main purpose of joinder of action regarding cases before the same court is to ensure the imposition of a single attorney-fee in favor of the party winning the lawsuit.

In administrative jurisdiction practice, joinder of action for legally related cases is carried out in form of ex officio joinder by the court, joinder by applying the legal relation procedure, joinder by rejection of the bill of claims or joinder by abiding by a decision of reversal.

The ex officio joinder of action regarding legally related cases before the same court in one lawsuit is carried out by closing the register entry of the files and deciding the joinder of action in one lawsuit.

In the method of joinder of cases before the same court by applying the legal relation procedure, stipulating the existence of legal relation between the cases before the same court, the cases are sent to the regional administrative court for a decision on request of the parties or directly by the court. Also, in case of misjoinder of action appeals the cases are sent to the regional administrative court for a decision.

Also, in case of appeals against refusal of the joinder request by the court the cases are sent to the regional administrative court for a decision.

The method of joinder of action regarding legally related cases before the same court by refusal of the bill of claims is based on the ground that the bill of claims violates Article 3 of Law #2577. This method is applied contrary to the consent of the parties.

The joinder of action in one lawsuit regarding legally related cases before the same court can also take place by abiding by a decision of reversal of a court of higher instance.

Among the methods of joinder of action regarding legally related cases before the same court, ex officio joinder, and joinder by applying the procedure of legal relation have not gained general acceptance in administrative jurisdiction. On the other hand, the practice of joinder of action regarding legally related cases before the same court by abiding by a decision of reversal has a quite limited field of application.

Also, the method of joinder of action regarding legally related cases before the same court by refusal of the bill of claims has a limited field of application. However, neither the parties, nor the courts of higher instances are able to prevent this joinder practice. In this method, the co-incorporation of the will of the parties constitutes a major obstacle against procedural reversal of judgements handed down by the courts on joined cases.

For this reason, it is aimed to examine the reasons for the legal relation in the administrative jurisdiction procedure, as well as the scope, procedure, limit, and methods of the joinder due to legal relation with application examples.

GİRİŞ

Aynı mahkemede veya farklı mahkemelerde açılan davalar arasında bağlantı bulunması mümkündür. Örneğin aralarında bağlantı bulunan davalar aynı yer idare veya vergi mahkemesinde açılmış olabilir. Ancak yargıda iş yükünün artmasından dolayı mahkemeler birden fazla sayı ile çalışmaktadır. Bu nedenle aynı yer idare mahkemesinde açılan bağlantılı davalar, farklı numaralı idare veya vergi mahkemesinde görülüyor olabilir. Aralarında bağlantı bulunan davalar farklı yer idare veya vergi mahkemesinde açılmış da olabilir.

Aralarında bağlantı bulunan ancak ayrı ayrı açılan davaların birlikte görülmesinde hukuki yarar bulunmaktadır. Bağlantılı davaların birlikte görülmesi, yargılamanın uzamasını engelleyeceği gibi, davaların en az gider ile mümkün olan süratle makul sürede sonuçlanmasına da katkıda bulunacaktır.

Bağlantılı davaların birleştirilmesi müessesesi, ayrı ayrı açılmış olan ve aralarında kanunda öngörülen anlamda bağlantı bulunan davaların daha az giderle¹ ve daha hızlı görülmesini sağlamak amacıyla kabul edilen usul müessesesidir. Ayrı dava şeklinde açılmış olmakla birlikte, aralarında bağlantı bulunan davaların birlikte görülmesini sağlamak amacıyla usul kanunlarında özel düzenlemeler getirilmiştir.

Usul kanunlarında bağlantılı davaların birleştirilmesi müessesesinin getirilişinin diğer bir amacı da, bağlantı ilişkisi nedeniyle ayrılmaz bir bütünlük niteliği taşıyan davalar hakkında, birbiriyle çelişen yargı kararlarının verilmesine engel olmaktır.²

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bağlantı kurumu ile davaların birleştirilmesi müessesesi birlikte düzenlenmiştir (m.166). 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK) bağlantı müessesesi özel olarak düzenlenmiştir (m.38-42). İYUK'ta bağlantı ve davaların birleştirilmesi konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na bir atıf yapılmamıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bağlantı nedeniyle birleştirme, aynı veya farklı mahkemelerde görülen davalar hakkında uygulanmakta ve davalar tek dosyada birleştirilmektedir. İYUK'ta yer verilen bağlantı hükümleri ise, farklı mahkemelerde açılan davalar arasında uygulanmakta ve davalar aynı mahkemede farklı dosyalarda görülecek şekilde birleştirilmektedir.

¹ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, (Ankara: Vedat Kitapçılık, 2017), 307; İbrahim Ermenek, Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 30 vd.

² Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 457; Lütfi Şanal Görgün, Levent Börü, Barış Toraman ve Mehmet Kodakoğlu, Medeni Usul Hukuku, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 413; Gül Üstün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılabilecek Haller, (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2018), 9.

İdari yargıda son yıllarda aynı mahkeme görülen davaların, bağlantı nedeniyle aynı dosyada birleştirilmesi şeklinde kararlar verilmeye başlanmıştır. Kanunda öngörülme ve uygulamada son yıllarda başvuru bu birleştirme türünün, bağlantı hükümleri kapsamında yapıp yapılmayacağını ve hukuki sonuçlarının ortaya konulması amacıyla bu çalışma hazırlanmıştır.

Çalışmada, idari yargıdaki davalar arasındaki bağlantı sebepleri, bağlantı nedeniyle aynı veya farklı mahkemelerdeki davaların birleştirme usulü, yöntemleri ve hukuki sonuçları incelenmiştir. Çalışmanın yargılama usulüne ve uygulamaya ilişkin olması nedeniyle, konunun tam olarak aydınlatılması ve anlaşılabilirliği için güncel yargı kararlarından çok sayıda örnekler verilmiştir.

I. İDARİ YARGIDA BAĞLANTILI DAVALARIN BİRLEŞTİRİLMESİ

İdari yargılamada ilk zamanlar, davaların birleştirilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamakta idi. 521 sayılı mülga Danıştay Kanunu'nda konuya ilişkin bir hükme yer verilmemişti. 1951 yılında Danıştay İçtihatı Birleştirme Kurulu bu boşluğu, "*biri hakkında verilecek kararın diğerine tesir edecek mahiyette olan*" davaların birleştirilmesi yoluyla içtihatla doldurmuştur. 1981 yılına kadar idari yargıda ilk ve son derece yargı merci Danıştay olduğundan davaların birleştirilmesi sorunu kolayca halledilebiliyordu.³ İdare, vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kurulmasından sonra, bağlantı ve davaların birleştirilmesi müessesesi İYUK'ta özel olarak düzenlenmiştir (m.38-42). Dolayısıyla İYUK'ta bağlantı ve davaların birleştirilmesi konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na bir atıf yapılmamıştır.

İdari yargıda bağlantılı davalar, İYUK 38. maddesinde tanımlanmıştır. Madenin ilk şeklinde bağlantının tanımı ve bağlantı gerektiren hallere ilişkin bir açıklamaya yer verilmemişti. 10.6.1994 tarih ve 4001 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle İYUK m.38/1. madde hükmünde bağlantının tanımı da yapılmıştır. İYUK m.38/1. maddesine göre, aynı maddi veya hukuki sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek hüküm, diğerini etkileyecek nitelikte olan davalar bağlantılı davalardır.

II. İDARİ YARGIDA BAĞLANTI SEBEPLERİ

İdari yargıda bağlantılı davaların birleştirilmesi için davalar aralarında kanunun öngördüğü şekilde bir "hukuki bağ"ın bulunması gerekir. Kanunun öngördüğü hukuki bağ ise "bağlantı" olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle ancak arasında bağlantı olan davalar birleştirilebilir. Dolayısıyla kanunda öngörülen bağlantı gerektiren sebepler, davanın birleştirilmesi sebepleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

İYUK'un 38/1. maddesine göre, aynı maddi veya hukuki sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek hüküm, diğerini etkileyecek nitelikte olan davalar

³ Yahya Kazım Zabunoğlu, İdare Hukuku, C.2, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 576.

bağlantılı davalardır. İYUK'ta yer verilen aynı maddi veya hukuki sebepten doğan bağlantılı davalara ilişkin düzenleme, mülga HUMK'tan yararlanılarak yapılmıştır.⁴

A. AYNI MADDİ SEBEPTEN DOĞAN DAVALAR

İYUK'a göre, aynı maddi sebepten doğan davalar bağlantılı davalardır. İdari yargıda davaların birleştirilmesi için, davaların aynı maddi sebepten doğması yeterlidir. Kanunda üç farklı bağlantı sebebi gösterilmiş ise de; birleştirme için bu sebeplerin birlikte bulunmasına gerek yoktur. Bu sebeplerden birinin varlığı, davalar arasındaki bağlantı için yeterlidir.⁵

İdari yargıda bağlantının giderilmesine ilişkin her kararda, bağlantının hangi sebebe dayandığı ve bu sebebin tanımlanmasına yer verilmemektedir. Ancak bazı yargı kararlarında, davaların aynı maddi sebepten doğması, “*Maddi birliktelik koşulu; aynı sebepten farklı işlemlerin doğması ya da farklı işlemlerin tek sebepten doğması veya bir saikin birden fazla işlem doğmasına sebebiyet vermesi olarak tanımlanabilir*” şeklinde açıklanmıştır.⁶

Davaların aynı maddi sebepten doğması, uyumsuzluklar arasında maddi yönden bağlılık olduğunu gösterir.⁷ Zaten İYUK'un 5. maddesinde, aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabilmesine olanak tanındığı gibi, davacıların hak veya menfaatlerinde iştirak bulunması ve davaya yol açan maddi olay veya hukuki sebeplerin aynı olması halinde birden fazla şahsın müşterek dilekçe ile dava açması imkânı tanınmıştır. Kanun koyucu, aralarında maddi sebep yönünden bağlantı bulunan işlemlere tek dilekçe ile dava açma imkânı getirdiği gibi, ayrı ayrı açılan davaların da sonraki aşamalarda birleştirmesini özel olarak düzenlemiştir. Bu haliyle, davaların en az giderle ve hızlı bir şekilde sonuçlandırılmasına, kanun koyucunun özel önem verdiği söylenebilir.

Davaya yol açan maddi olayın aynı olması halinde, birden fazla şahsın müşterek dilekçe ile dava açması için davacıların hak veya menfaatlerinde iştirak bulunması aranırken, ayrı ayrı açılmış davaların sonradan birleştirilmesi için davaya yol açan maddi olayın aynı olması yeterlidir. Ayrıca davacıların hak ve menfaat-

⁴ Celal Karavelioğlu ve Erdem Cemil Karavelioğlu, İdari Yargılama Usulü Kanunu, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), 1403; Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, İdare Hukuku C.II, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2012), 954.

⁵ Zabunoğlu, İdare Hukuku, 577; Turgut Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 945; Yasin Melikşah, “İdari Yargıda Bağlantılı Davalar”, Hukuk, Ekonomi ve Siyaset Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S.60 (2007), Erişim Tarihi: Eylül 20, 2020, <http://www.e-akademi.org/>.

⁶ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, 29.05.2019, E.2019/1170, K.2019/1140 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 11İDD, 21.11.2018, E.2018/7801, K.2018/4371 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 13.03.2020.

⁷ Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 274.

lerinde iştirak bulunması şartı aranmaz. Farklı davacıların açtığı davaların birleştirilmesi için aranan maddi sebep yönünden bağlantı koşulu, dava açma sırasında aranan bağlantıdan daha geniş kapsamlıdır.⁸

Aynı maddi sebepten doğan bağlantı nedeniyle davaların birleştirilmesi durumuna uygulamada sık rastlamak mümkündür. Bu duruma örnek olarak; ruhsat ve eki mimarı projesine aykırı olarak yapı yapılması fiili nedeniyle tesis edilen yıkım işlemine karşı açılan dava ile imar para cezası kararına karşı açılan davalar arasında, aynı maddi sebepten doğan bağlantı bulunmaktadır. İdari yargı uygulaması da bu yödedir.⁹

Devlet memurunun işlediği bir eylemden dolayı açılan soruşturma sonucunda yapılan atama işlemine ayrı disiplin cezası işlemine karşı ayrı dava açılması halinde, davalar arasında aynı maddi sebepten doğan bağlantı vardır.¹⁰ Ancak aksi yönde kararlar da bulunmaktadır.¹¹

Aynı eylem nedeniyle birden fazla işlem tesis edilmesi ve bu işlemlere karşı ayrı dava açılması hallerinde, davalar arasında aynı maddi sebepten doğan bağlantı vardır. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, *“davacı tarafından ... gerçekleştirildiği iddia edilen bir fiil hakkında düzenlenen ... soruşturma raporunda tespitler dikkate alınmak suretiyle Diyanet İşleri Başkanlığı Atama Yer Değiştirme Yönetmeliğinin 5/1-b maddesinde yer alan “atanmalarında dini öğrenim şartı esas alınan unvanlarda itikat, ibadet, tavır, ve hareketlerinin İslam törelerine uygunluğunun çevresinde bilinir olması” şeklinde ortak nitelik şartını kaybettiği gerekçesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 98/b maddesi hükmü uyarınca memurluğunun sona erdirilmesine ilişkin ... sayılı davalı idare işleminin iptali istemiyle İstanbul 2. İdare Mahkemesinin E.2018/2585 esasına kayıtlı davanın;*

⁸ Bahtiyar Akyılmaz; Murat Sezginer ve Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, (Ankara: Savaş Yayınları, 2019), 202.

⁹ Ruhsat ve ekine aykırı yapı yapıldığından imar para cezası verilmesine ve aykırılıkların yıkımına ilişkin kararın iptali istemiyle açılan dava ile aynı davacı tarafından aynı yerde ruhsat ve ekine aykırı yapı yapıldığının tespitine ilişkin Yapı Tatil Tutanağının iptali istemiyle açılan dava arasında 2577 sayılı Kanunun 38. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen anlamda bağlantı varlığına, dair İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 5İDD, 18.06.2019, E.2019/1401, K.2019/1970 sayılı bağlantı kararı; benzer yönde İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 5İDD, 03.07.2019, E.2019/1634, K.2019/2301 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 13.03.2020.

¹⁰ Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, *“Esenboğa Havalimanı Başmüdürlüğü emrinde sözleşmeli koruma ve güvenlik görevlisi olarak çalışmakta olan davacının, hakkında yapılan soruşturma sonucunda Hakkari ili, ... Havalimanı Müdürlüğü emrine naklen atanmasına ilişkin ... işlemin iptali istemiyle Ankara 3. İdare Mahkemesinin 2019/71 esas sayısına kayden açtığı iş bu dava ile anılan soruşturma sonucunda 1/8 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına dair ... tarihli işlemin dava konusu edildiği Ankara 15. İdare Mahkemesi'nin 2019/125 esas sayısına kayıtlı dava arasında 2577 sayılı Yasanın 38. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen anlamda bağlantı bulunduğu”* yönünde Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1İDD, 14.02.2019, E.2019/387, K.2019/177 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 15.03.2020.

¹¹ Aynı eylemden kaynaklı atama ve disiplin davaları arasında bağlantı bulunmadığına dair İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, 15.11.2018, E.2018/3048, K.2018/3202 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 13.03.2020.

davacıya isnat edilen aynı filler nedeniyle hakkında başlatılan disiplin soruşturması sonucunda 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/E-g maddesi uyarınca “Devlet memurluğundan çıkarma cezası” ile cezalandırılmasına dair Yüksek Disiplin Kurulu kararının iptali istemiyle de İstanbul 12. İdare Mahkemesinin E.2019/616 esasına kayıtlı dava konusu işlemlerin aynı maddi vakıalara dayalı oldukları, söz konusu davalar arasında bağlantı bulunduğu” yönünde karar verilmiştir.¹²

B. AYNI HUKUKİ SEBEPTEN DOĞAN DAVALAR

İYUK’a göre, aynı hukuki sebepten doğan davalar da bağlantılı davalardır. Davaların birleştirilmesi için davaların aynı hukuki sebepten doğması yeterlidir.

Aynı hukuki sebepten doğan davalar, aynı kanun hükmüne dayanılarak tesis edilen işlemler veya biri hakkındaki hukuki sorunun çözümü diğerleriyle ilgili hukuki sorunların çözümünü etkileyecek veya kolaylaştıracak olması halinde ortaya çıkabilir.¹³

İdari yargıda bağlantının giderilmesine ilişkin kararlarda, bağlantının hangi sebebe dayandığı ve bu sebebin tanımlanmasına yer verilmemektedir. Ancak bazı yargı kararlarında, davaların aynı hukuki sebepten doğması, “*Hukuki birliktelik koşulu; davaların çözümünde göz önünde tutulması gereken hukuki dayanak aynı Yasanın farklı maddeleri olsa bile davaların aynı hukuki durum içinde değerlendirilmeyi gerektirmesi halidir*”¹⁴ şeklinde açıklanmıştır.

Davaların aynı hukuki sebepten doğması, uyuşmazlıklar arasında hukuki yönden bağıllık olduğunu, uyuşmazlıkların hukuki dayanaklarının aynı olduğunu, aynı hukuk kuralına dayandığını gösterir.¹⁵

Aynı hukuki sebepten doğan bağlantı nedeniyle davaların birleştirilmesi durumuna, uygulamada sık rastlanmaz. Birçok uyuşmazlıkta maddi sebep ile hukuki sebebin bir arada bulunduğu söylenebilir. Örneğin birbirinden farklı davacıların aynı işleme karşı açtığı davalarda, hem aynı maddi sebepten hem de aynı hukuki sebepten doğan bağlantı bulunmaktadır. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, *İzmir 5. İdare Mahkemesinin E.2019/375 sayısında kayıtlı dava ile İzmir 6. İdare Mahkemesinin E.2019/229 sayısında kayıtlı olarak açılan davaların aynı alana ilişkin aynı imar planlarının iptali istemiyle açılan ve davacıları farklı olmakla birlikte aynı maddi ve hukuki sebepten doğan bu davalar olduğu, gerek usul ekonomisi, gerekse farklı mahkemelerde görülmesinin uygulamada ortaya çıkardığı*

¹² İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, 27.03.2019, E.2019/573, K.2019/562 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 16.03.2020.

¹³ Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 275.

¹⁴ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, 29.05.2019, E.2019/1170, K.2019/1140 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 11İDD, 21.11.2018, E.2018/7801, K.2018/4371 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 18.03.2020.

¹⁵ Yasin, “İdari Yargıda Bağlantılı Davalar.”, Erişim Tarihi: Eylül 20, 2020, <http://www.e-akademi.org/>.

*sakıncalar dikkate alındığında aralarında bağlantı olduğu ve aynı mahkemece çözümlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılarak, bağlantının varlığına, davalara bakmak üzere İzmir 6. İdare Mahkemesi'nin yetkili kılınmasına, dava dosyasının anılan mahkemeye gönderilmek üzere yerine iadesine*¹⁶ karar verilmiştir.

Aynı düzenleyici işlemin iptali istemiyle farklı davacılar tarafından açılan davalar arasında da aynı hukuki sebepten doğan bağlantı bulunduğu söylenebilir.

C. BİRİ HAKKINDA VERİLECEK HÜKMÜN DİĞERİNİ ETKİLEYECEĞİ DAVALAR

Bir davada verilecek hükmün diğer davayı etkileyecek olması halinde, bu davalar arasında bağlantı vardır (İYUK m.38/1). Bir davada verilen hükmün diğer davayı etkileyecek olması geniş kapsamlı bir ifadedir.

Dava konuları arasında sebep sonuç ilişkisi bulunması hali bu duruma örnek olarak gösterilebilir. İYUK'un 5. maddesinde, aralarında sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabilir. Dava açıldığı sırada, aralarında sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı ayrı dilekçe ile de dava açılması da bağlantı örneğidir.¹⁷ Ancak İYUK 38/1 deki "biri hakkında verilecek hüküm, diğerini etkileyecek nitelikte olan davalar" ifadesi, İYUK 5/1 de yer verilen işlemler arasında sebep sonuç varlığına bağlı bağlantı ifadesinden daha geniştir. Bu şart, sadece önceki davada verilecek kararın sonraki davada verilecek karara dayanak olması ile sınırlı değildir. Biri hakkında verilecek kararın bir şekilde diğer davayı etkileyecek olması, örnek olarak, kararın diğer davadaki ihtilafı bir hususa kesinlik kazandıracak veya onun delil değerini kuvvetlendirecek olması durumunda, davalar arasında bağlantıdan bahsedilebilir. Diğer bir deyişle davalardan birinin karara bağlanabilmesi, başka bir davanın sonucunun veya o davadaki bir noktanın açıklığa kavuşturulmasının bekletici mesele yapılmasını zorunlu kılıyorsa, bağlantı durumu söz konusudur.¹⁸

İYUK 5/1 maddesinde yer verilen sebep sonuç ilişkisi, sadece idari işlemlerle ilgili davalarda geçerli olduğu halde, İYUK 38. maddesinde ise, bu tür bağlantı örneğine ek olarak, idari eylemlerden veya her türlü idari faaliyetten kaynaklanan tam yargı davaları da bu kapsamdadır.¹⁹ Yine bir davada verilen hükmün diğer davayı etkileyecek türde olması için davaların "aynı davacılar için" olması koşulu da aranmaz.²⁰

¹⁶ İzmir Bölge İdare Mahkemesi 3İDD, 05.07.2019, E.2019/778, K.2019/483 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 20.03.2020.

¹⁷ Üstün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılabilir Haller, 89. Üstün'e göre, bu durum davanın başında kurulan bağlantı örneğidir.

¹⁸ Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 946.

¹⁹ Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 947.

²⁰ Zabunoğlu, İdare Hukuku, 577; bağlantı hükümlerinin uygulanması için davaların aynı taraflara ait olması gerektiği hakkında, D9D, 17.11.1988, E.1988/159, K.1988/3534 sayılı kararı, aktaran Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 857.

Davalardan biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkilemesi hali idari yargı kararlarında, “*davalardan biri hakkında karar verebilmek için diğer davada yapılacak saptama ve hukuki değerlendirmelere ve verilecek karara ihtiyaç bulunması*” olarak belirtilmektedir.²¹

Biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olmasından doğan bağlantı nedeniyle davaların birleştirilmesi durumuna, uygulamada sık rastlanmaktadır. Bu tür bağlantılı dava örnekleri çeşitli konulara ilişkin olabilmektedir. Bunlardan en başlıcaları; ödeme emrine karşı açılan dava ile ödeme emrinin dayanağı vergi ihbarnamesi veya para cezası, ecrimisil ihbarnamesi gibi işlemlere karşı açılan davalar,²² atama işlemine açılan dava ile atama nedeniyle kamu konutundan tahliye edilmesine ilişkin işlemlere karşı açılan davalar,²³ bireysel işleme açılan dava ile bireysel işlemin dayanağı düzenleyici işleme karşı açılan davalar,²⁴ birden çok ili kapsayan sağlık hizmet sunumundan kaynaklı za-

²¹ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, 29.05.2019, E.2019/1170, K.2019/1140 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 11İDD, 21.11.2018, E.2018/7801, K.2018/4371 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 23.03.2020.

²² Ödeme emrine karşı açılan dava ile ödeme emri içeriği vergi ve cezalara karşı açılan davada, biri hakkında verilecek hüküm diğerini etkileyecek nitelikte olduğundan bağlantının varlığına, dair İzmir Bölge İdare Mahkemesi 2VDD, 23.05.2019, E.2019/500, K.2019/537 sayılı bağlantı kararı; aynı yönde İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 6VDD, 05.02.2017, E.2017/720, K.2017/469 sayılı bağlantı kararı; ödeme emri davası ile ödeme emrinin dayanağı işlemlere karşı açılan davalar arasında bağlantı bulunmadığı yönünde kararlar da verilmektedir. *Ecrimisil ihbarnamesinin iptali istemiyle açılan dava ile ecrimisilin tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan dava arasında bağlantı bulunmadığına*, dair İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 10İDD, 26.01.2017, E.2017/78, K.2017/87 sayılı bağlantı kararı; *ödeme emrinin iptali istemiyle açılan dava ile söz konusu ödeme emrinin dayanağı idari para cezası verilmesine ilişkin Encümen kararının iptali istemiyle açılan davada, imar para cezası verilmesi işleminin maddi sebebinin davacının imara ve ruhsata aykırı eylemi, hukuki sebebinin ise İmar Kanunu oluşturmasına karşılık, ödeme emri işleminin maddi sebebinin kesinleşen ve vadesinde ödenmeyen imar para cezası, hukuki sebebinin ise Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun oluşturduğu gibi, ödeme emrinin dayanağı idari işleme karşı dava açılmış olması, ödeme emrine karşı açılan davanın görülmesine ve Kanun'da öngörülen itiraz nedenleriyle sınırlı olarak incelenmesine ve sonuçlandırılmasına tek başına engel oluşturmadığı, ödeme emrinin dayanağı idari işleme karşı dava açılmış olması nedeniyle nihayet bu durumun bekletilen mesele yapılması suretiyle ödeme emrine karşı açılan davanın görülmesi ve Kanun'da öngörülen itiraz nedenleriyle sınırlı olarak incelenmesi ve sonuçlandırılması gerektiğinden dava dosyaları arasında bağlantı bulunmadığına dair*, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 10İDD, 24.01.2018, E.2018/229, K.2018/200 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 23.03.2020; idari yargıda baskın görüşün ödeme emrine açılan dava ile ödeme emrinin dayanağı işleme açılan dava arasında bağlantı bulunduğu yönünde olduğunu söylemek mümkündür.

²³ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 3İDD, 10.01.2019, E.2019/8, K.2019/2 sayılı bağlantı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 3İDD, 08.05.2019, E.2019/764, K.2019/963 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 25.03.2020.

²⁴ ... Nükleer Güç Santrali Projesine yönelik verilen ... ÇED olumlu kararına karşı açılan dava ile kararın dayanağı 25.11.2014 tarih ve 29186 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliğinin geçici 1. maddesindeki “Bu Yönetmeliğin lehte olan hükümleri ve/veya” ibaresinin iptali istemine ilişkin davanın 2577 sayılı Kanununun 38. maddesinde tanımlandığı şekliyle aynı maddi veya hukuki sebepten kaynaklandığı ve biri hakkında verilecek kararın diğerini etkileyecek nitelikte olduğu sonucuna varıldığından bağlantı isteminin kabulüne, dair D14D, 23.06.2015, E.2015/5116 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 27.03.2020.

rarın tazmini istemiyle açılan tam yargı davaları,²⁵ akademik kadro ilanı işlemini açılan dava ile akademik kadroya başkasının atanmasına ilişkin işleme karşı açılan davalar,²⁶ aynı kurumda görevli eşlerin naklen atanmasının iptali istemiyle açılan davalar²⁷ gösterilebilir.

Tarafı, konusu ve sebebi aynı olan davaların birinde verilecek hüküm diğerini de etkilemekte ise de, bu tür davalar açısından derdestlik²⁸ söz konusu olduğundan, bu davalar yönünden bağlantı hükümleri uygulanmamalı, sonra açılan davanın incelenmeksizin reddine veya esas kaydının kapatılmasına karar verilmelidir.²⁹

III. İDARİ YARGIDA BAĞLANTILI DAVALARI BİRLEŞTİRME USULÜ

İYUK'ta bağlantılı davaların birleştirilmesi usulü özel olarak düzenlenmiştir. Kanununun 38/2. maddesine göre “*İdare mahkemesi, vergi mahkemesi veya Danıştaya veya birden fazla idare veya vergi mahkemelerine açılmış bulunan davalarda bağlantının varlığına taraflardan birinin isteği üzerine veya doğrudan doğruya mahkemece karar verilir*”. Ancak aralarında bağlantı bulunan davaların nasıl birleştirileceğine, özellikle davaların aynı dosyada birleştirilip birleştirilme-yeceğine ilişkin ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Bu nedenle idari yargıda bağlantılı davaların birleştirilmesi usulünü, aynı mahkemede görülen davalar ile farklı mahkemede görülen davaların birleştirilmesi usulleri yönünden ayrı ayrı incelemek yerinde olacaktır.

²⁵ *Gürün Devlet Hastanesinden Malatya Devlet Hastanesine sevk edilen müteveffa ...'a Gürün Devlet Hastanesinde uygulanan tıbbi tedaviden kaynaklı olduğu, her iki davanın 2577 sayılı Kanununun 38. maddesinde tanımlandığı şekliyle aynı maddi veya hukuki sebepten kaynaklandığı ve biri hakkında verilecek kararın diğerini etkileyecek nitelikte olduğu sonucuna varıldığı, usul ekonomisi, mahkemeye erişim hakkı ve adil yargılanma hakkı bağlamında son tedavinin gerçekleştirildiği yer mahkemesi yetkili görülmekte olup, bu yer mahkemesince olayın tüm safahatıyla bir bütün olarak değerlendirilerek en kısa süre içinde uyuşmazlıkların sonuçlandırılması amaçlandığından bağlantı isteminin kabulüne, dair D15D, 14.06.2017, E.2017/1284, K.2017/3647 sayılı bağlantı kararı; benzer yönde D15D, 14.06.2017, E.2017/690, K.2017/3632 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 27.03.2020.*

²⁶ *İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 10İDD, 26.09.2017, E.2017/1733, K.2017/1663 sayılı bağlantı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4İDD, 10.05.2019, E.2019/1796, K.2019/1211 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 29.03.2020.*

²⁷ *Davacıları karı-koca olan iki dava dosyasının, aynı idari işlemlerin iptali istemiyle, biri eş durumu diğerinin ise engellilik durumuna dayalı olarak aynı tarihte açıldığı ve biri hakkında verilecek kararının diğerinin sonucunu etkileyecek nitelikte olduğu, uyuşmazlığın engellilik raporu hakkında yapılacak inceleme ve hukuki değerlendirme ile çözümleneceği görüldüğünden aynı işlemlerin iptali istemiyle açılan her iki davada bağlantı bulunduğu, dair İzmir Bölge İdare Mahkemesi 1İDD, 05.12.2017, E.2017/1324, K.2017/1290 sayılı bağlantı kararı; aynı yönde İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 10İDD, 19.04.2017, E.2017/673, K.2017/673 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 30.03.2020.*

²⁸ *Derdestlik hakkında geniş bilgi için Ersin Şekerci, “Yönetmelik Yargılama Hukukunda Derdestlik”, Ankara Barosu Dergisi, (1989/3): 429-449; Celal Işıklar, “İdari Yargıda Derdestlik”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 12, (2012): 63-106.*

²⁹ *Üstün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılabilir Haller, 39.*

A. FARKLI MAHKEMEDE GÖRÜLEN BAĞLANTILI DAVALARIN BİRLEŞTİRİLMESİ USULÜ

Farklı mahkemede görülen davalar, aynı bölge idare mahkemesinin yargı çevresindeki mahkemelerde bulunabileceği gibi, farklı bölge idare mahkemesinin yargı çevresindeki mahkemelerde de bulunabilir. Bu ayrıma göre, aralarında bağlantı bulunan davaların birleştirilmesine karar veren mercii de farklı olmaktadır. İdare mahkemesi ile vergi mahkemesinde görülen ve aralarında bağlantı bulunan davaların da birleştirilip birleştirilmeyeceği meselesinin de, farklı mahkemede görülen davaların birleştirilmesi kapsamında incelemek yerinde olacaktır.

1. Farklı Bölge İdare Mahkemelerinin Yargı Çevrelerindeki Mahkemelerde Bulunan Bağlantılı Davaların Birleştirilmesi

Değişik bölge idare mahkemelerinin yargı çevresindeki mahkemelerde görülen davalar arasında bağlantı olması mümkündür.³⁰

Değişik bölge idare mahkemesinin yargı çevrelerindeki mahkemelerde bulunan davalarda, taraflardan birinin isteği üzerine veya doğrudan doğruya mahkemece bağlantının varlığına karar verilmesi halinde, dosyalar Danıştay'a gönderilir (m.38).

Bağlantı iddiaları mahkemelerce kabul edilmediği takdirde,³¹ bu hususta verilen ara kararı taraflara tebliğ edilir. Taraflar, bu kararın tebliğ tarihini izleyen onbeş gün içerisinde, ayrı yargı çevresindeki davalarda bağlantı hakkında karar verilmesi için Danıştay'a başvuruda bulunabilirler (m.41).

Danıştay'ın dava konusu uyuşmazlığı incelemeye yetkili dairesi, bağlantılı dava dosyalarını öncelikle ve ivedilikle inceler ve karar verir. Danıştay bağlantının bulunduğu karar verdiği takdirde yetkili mahkemeyi kararında belirtir ve dosyaları bu mahkemeye göndererek diğer mahkemeye veya mahkemelere durumu bildirir. Yetkili mahkeme de durumu ilgililere duyurur. Danıştayca verilen karar bağlantı bulunmadığı yolunda ise, dosyalar ilgili mahkemelere geri gönderilir (m.39).

³⁰ Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, "Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca dava dışı ... Birliği Deniz Nakliyat A.Ş.'ye verilen ... sayılı Uluslararası Gemi ve Liman Tesisi Güvenlik Kod Belgesi' (ISPS)'nin ve bu belgeye dayanak olan davalı idare kararının iptali istemiyle Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığına karşı açılan dava sonucunda, Ankara 8. İdare Mahkemesinin 23.3.2015 tarihli ve E.2015/13, K.2015/501 sayılı kararıyla; bu davanın, ... Birliği Deniz Nakliyat A.Ş. adına düzenlenen kıyı tesisi geçici işletme izin belgesinin iptali istemiyle Hatay İdare Mahkemesinin E.2014/1827 sayılı dosyasına konu edilen ve henüz sonuçlanmayan davanın 2577 sayılı Kanununun 38. maddesinde tanımlandığı şekliyle aynı maddi veya hukuki sebepten kaynaklandığı ve biri hakkında verilecek kararın diğerini etkileyecek nitelikte olduğu" yönünde karar verilmiştir. D10D, 16.09.2015, E.2015/1400, K.2015/3807 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 06.04.2020.

³¹ Bağlantı isteminin mahkemelerce kabul edilmemesi de mümkündür. Oğuz Sancakdar, İdari Yargılama Hukuku, (İzmir: Soru Bankası Net Yayınları, 2019), 95.

Kanun hükmünde belirtildiği üzere, değişik bölge idare mahkemesinin yargı çevrelerindeki mahkemelerde görülen bağlantılı davalar, Danıştay tarafından yetkili mahkeme kararda belirtmek ve dosyalar bu mahkemeye gönderilmek suretiyle birleştirilmektedir.³²

Hukuk yargılama usulünün aksine, idari yargıda farklı mahkemelerdeki bağlantılı davaların birleştirilmesi, her iki davanın aynı dava dosyasında birleştirilmesi şeklinde yapılmamaktadır. Farklı mahkemelerdeki bağlantılı davaların birleştirilmesi, her iki dava dosyasının aynı mahkemede görülmesinin sağlanması şeklinde yapılmaktadır. Diğer bir deyişle, her iki dava tek dosyada birleşmemekte, sadece tek mahkemede birleşmektedir. Bağlantılı davaların tek dosyada değil, tek mahkemede yargılmasının yapılması sağlanmış olmaktadır. Tek mahkemede görülmesi sağlanan bağlantılı davalar, ayrı ayrı esas numarası almaktadır. Davalar aynı mahkemede görülmekle beraber, birbirinden bağımsızdırlar.³³

İdari yargı uygulaması da bu yöndedir. Farklı mahkemelerde bakılan bağlantılı davaların birleştirilmesi, yetkili mahkemenin belirlenmesi suretiyle yapılmaktadır. İdari yargıda, farklı mahkemelerde görülen bağlantılı davaların tek dosyada birleştirilmesi yönünde bir uygulamaya rastlamak mümkün değildir. Uygulamada bağlantı nedeniyle, bakıldığı mahkemesi değişen dava dosyası, gönderildiği yetkili mahkemede yeni bir esas numarası almaktadır. Danıştay'ın yetkili gördüğü mahkeme, bağlantıyla gelen dava dosyalarını ayrı ayrı inceleyerek karar vermektedir.

2. Aynı Bölge İdare Mahkemesinin Yargı Çevresindeki Mahkemelerde Bulunan Bağlantılı Davaların Birleştirilmesi

İdari yargıda bağlantı, çoğunlukla aynı bölge idare mahkemesinin yargı çevresindeki mahkemelerde görülen davalar arasında görülmektedir.

Aynı bölge idare mahkemesinin yargı çevresindeki mahkemelerde bulunan davalarda, taraflardan birinin isteği üzerine veya doğrudan doğruya mahkemece bağlantının varlığına karar verilmesi halinde, dosyalar o yer bölge idare mahkemesine gönderilir (m.38). Bağlantı iddiaları mahkemelerce kabul edilmediği takdirde, bu hususta verilen ara kararı taraflara tebliğ edilir. Taraflar, bu kararın tebliğ tarihini izleyen onbeş gün içerisinde, bağlantı hakkında karar verilmesi için o yer bölge idare mahkemesine başvuruda bulunabilirler (m.41).

Bölge idare mahkemesi bağlantılı dava dosyalarını öncelikle ve ivedilikle inceler ve kararını verir. Bölge idare mahkemesince verilen karar, bağlantının bulun-

³² "bağlantı isteminin kabulüne, durumun Ankara 8. İdare Mahkemesine ve davanın taraflarına bildirilmesine, dosya esas kaydının kapatılarak 2577 sayılı Kanununun 39. maddesi uyarınca yetkili Hatay İdare Mahkemesine gönderilmesine" dair D10D, 16.09.2015, E.2015/1400, K.2015/3807 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 07.04.2020.

³³ Üstün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılabilecek Haller, 81.

duğu yolunda ise, yetkili mahkeme kararda belirtilmek suretiyle dosyalar yetkili mahkemeye gönderilir. Durum ayrıca diğer mahkemeye de duyurulur. Yetkili kılınan mahkeme durumu ilgililere bildirir. Bölge idare mahkemesince verilen karar bağlantı olmadığı yolunda ise, dosyalar ilgili mahkemelere geri gönderilir (m.39).

Bağlantının varlığı yolunda idare ve vergi mahkemelerince veya bu konuda yapılacak itiraz üzerine bölge idare mahkemesi veya Danıştayca bağlantı hakkında karar verilmeye kadar usuli işlemler durur. Bağlantıya ilişkin işlemler sonuçlandırıldıktan sonra bu davalara bakmakla yetkili kılınan mahkeme, davalara bırakıldığı yerden devam eder (m.42/2). Bağlantı bulunup bulunmadığı yolundaki bölge idare mahkemesi veya Danıştay kararları kesindir.³⁴

Farklı mahkemelerde görülen dava dosyalarıyla ilgili bağlantı istemi hakkında karar verilmesi için, bölge idare mahkemesine gönderilen dosyaların ait olduğu mahkemesindeki esas kaydı bu aşamada devam etmektedir. Çünkü bağlantı istemi hakkında karar verilmek üzere bölge idare mahkemesine gönderme kararı, ara karar şeklinde vermektedirler. Bölge idare mahkemesi bağlantının bulunduğu yolunda karar vermesi halinde, kararda yetkili mahkeme belirtilmek suretiyle kanun gereği dosyalar yetkili mahkemeye gönderilmektedir.³⁵ Durum ayrıca diğer mahkemeye de duyurulur. Kanunda, bağlantı yoluyla diğer mahkemeye gönderilen ve durumu ise mahkemesine duyurulan dava dosyasının akıbeti ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Çünkü, bağlantı isteminin kabulü üzerine diğer mahkemeye gönderilen dava dosyasının esas kaydı mahkemesinde açık bulunmaktadır. Kanunda bu durumla ilgili bir boşluk bulunduğunu söylemek mümkündür. 2577 sayılı İYUK'ta bağlantı kararı verilmesinden sonra izlenecek usul konusunda bir açık düzenleme bulunmamaktadır.³⁶

Kanundaki bu boşluğun doldurulması ve bağlantı nedeniyle diğer mahkemeye gönderilen davanın esas kaydının kapatılması gerektiği açıktır. Bölge idare

³⁴ Bu kesinlik davada verilecek nihai kararın kanun yolu aşamasında, kanun yolu başvurusunu inceleyen merciinin bağlantı yönünde yapacağı incelemeye engel olmayacağı yönünde DİDDK, 16.12.2011, E.2010/2045, K.2011/1639, www.uyap.gov.tr, e.t., 07.04.2020; Hüseyin Bilgin, İdari Davalar ve Çözüm Yolları, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018), 618.

³⁵ "bağlantının varlığına, davalara bakmak üzere Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin yetkili kılınmasına, dava dosyalarının anılan mahkemeye gönderilmesine" dair Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, 09.05.2019, E.2019/829, K.2019/994 sayılı bağlantı kararı; "bağlantının varlığına, davalara bakmak üzere Ankara 16. İdare Mahkemesi'nin yetkili kılınmasına, dava dosyalarının anılan mahkemeye gönderilmesine" dair Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1İDD, 20.02.2019, E.2019/514, K.2019/208 sayılı bağlantı kararı; "Mardin 1. İdare Mahkemesinin E.2018/1175 sayılı dosyası ile Mardin 2. İdare Mahkemesinin 2018/1216 sayılı dosyasında görülmekte olan davalar arasında bağlantı bulunduğu, ... davaların görüm ve çözümünde Mardin 1. İdare Mahkemesinin yetkili kılınmasına... 2577 sayılı Kanunun 40/1. maddesi uyarınca Mardin 2. İdare Mahkemesinin 2018/1216 sayılı dosyasının yetkili kılınan Mardin 1. İdare Mahkemesi'ne gönderilmesine, durumun ayrıca Mardin 2. İdare Mahkemesi'ne bildirilmesine, kararın ilgililere tebliğ işlemlerinin Mardin 1. İdare Mahkemesi'nce yapılmasına", dair Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 3İDD, 16.05.2019, E.2019/1039, K.2019/2466 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 08.04.2020.

³⁶ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku C.İI, 963.

re mahkemesince bağlantı isteminin kabulü üzerine diğer mahkemeye dosyanın gönderilmesi ve durumun mahkemesine duyurulması üzerine, mahkemece karar numarası alınmak suretiyle dosyanın esas kaydı kapatılması işlemi yapılması gerekir.

İdari yargı uygulamasında bu boşluk çoğu bölge idare mahkemesi dairesince farklı bir yöntem kullanılarak doldurulmaya çalışılmaktadır. Bölge idare mahkemeleri bağlantı nedeniyle bir mahkemenin yetkili kılınmasına karar verdikten sonra, her iki dosyayı da yetkili kılınan mahkemeye gönderilmesine karar vermektedir. Bağlantı nedeniyle diğer mahkemeye gönderilmesi gereken dava dosyasının, kendi mahkemesince, dosya esas kaydı kapatılarak yetki verilen mahkemeye gönderilmesi için iadesine karar verilmektedir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta *“bağlantı isteminin kabulüne, her iki davaya bakmak üzere, İstanbul 5. İdare Mahkemesinin yetkili kılınmasına, İstanbul 11. İdare Mahkemesince dosya esas kaydı kapatılarak yetki verilen İstanbul 5. İdare Mahkemesine gönderilmek üzere, dosyaların ilgili Mahkemelerine iadesine”*³⁷ karar verilmiştir. Bu yöntemin kanunun *“dosyalar yetkili mahkemeye gönderilir”* hükmüne aykırı bir uygulama olduğu açıktır. Bu nedenle kanundaki boşluğu doldurmak için düzenleme yapılması yerinde olacaktır. 2577 sayılı Kanunda bağlantılı davalar konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na atıf yapılmaması, doktrinde *“eksik bir düzenleme”* olarak değerlendirilmekte³⁸ ise de, kanaatimce 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 40. maddesindeki bu boşluk, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na atıf yapılmadan, madde hükmünde yer verilen *“durum ayrıca diğer mahkemeye de duyurulur”* ifadesinin *“dosya esas kaydının kapatılması için durum ayrıca diğer mahkemeye de duyurulur”* şeklinde değiştirilmesi suretiyle giderilebilir.

Aynı durum ayrı bölge idare mahkemesinin yargı çevrelerindeki mahkemelerde görülen davalar arasındaki bağlantılı isteminin Danıştayca çözümlenmesi yönünden de geçerlidir. Çünkü Danıştay’ın dava konusu uyuşmazlığı incelemeye yetkili dairesi, bağlantının bulunduğu karar verdiği takdirde yetkili mahkemeyi kararında belirtir ve dosyaları bu mahkemeye göndererek diğer mahkemeye veya mahkemelere durumu bildirir (m.39). Ancak idari yargı uygulamasında resen veya istem üzerine bağlantının bulunduğu karar verildiği takdirde, bağlantı isteminin çözümlenmesi için dava dosyası, karar numarası alınarak ve esas kaydı kapatılmak suretiyle Danıştay’a gönderilmektedir.³⁹

³⁷ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8İDD, 16.04.2019, E.2019/465, K.2019/490 sayılı bağlantı kararı, benzer yönde İzmir Bölge İdare Mahkemesi 3VDD, 19.06.2019, E.2019/1510, K.2019/1525 sayılı bağlantı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 4İDD, 08.07.2019, E.2019/1393, K.2019/1356 sayılı bağlantı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, 22.05.2018, E.2018/810, K.2018/925 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 08.04.2020.

³⁸ Kazım Yenice ve Esin Yüksel, İdari Yargılama Usulü, (Ankara: Arisan Matbaacılık, 1983), 684.

³⁹ Gürün Devlet Hastanesindeki eksik teşhis ve hatalı tedavi sebebiyle vefat ettiğinden bahisle, maddi ve manevi tazminatın ödenmesi istemiyle Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna karşı açılan davada, Malatya İdare Mahkemesinin 11.05.2017 tarih ve E.2017/548, K.2017/853 sayılı ka-

Bu uygulama dikkate alındığında, kanundaki boşluğun kısmen giderildiği söylenebilir. Ancak bu uygulama, esas kaydı açık olan dava dosyasının diğer mahkemeye gönderilmesi şeklindeki boşluğu tamamıyla gidermeyeceği de açıktır. Çünkü, Danıştay'a gelen dosyanın birinin esas kaydı kapatılmış ve karar numarası olarak gelmiş ise de, diğer dosya bu şekilde Danıştay'a gönderilmez. Bağlantılı olduğu iddia olunan diğer dava dosyası, Danıştay tarafından incelenmek üzere getirilir. Bu şekilde getirilen dava dosyasının esas kaydı açık bulunmaktadır. Danıştay tarafından bağlantı isteminin kabulü üzerine her iki dosyanın, esas kaydı açık olan dosyanın bulunduğu mahkemede birleştirilmesi halinde yukarıda belirtildiği üzere sorun yoktur. Çünkü diğer dosyanın esas kaydı Danıştay'a gönderilirken kapatılmıştı.

Hangi mahkemenin bağlantılı davalara bakmaya yetkili olduğu konusunda Danıştay'ın geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Danıştay bağlantılı davalara bakmaya yetkili mahkeme olarak, kendisine ilk gelen dosyayı gönderen mahkemeyi yetkili kılabilirdiği gibi, incelenmek üzere getirilen dava dosyasının bulunduğu mahkemeyi de yetkili kılabilir. Danıştay, bağlantı isteminin kabulü üzerine, esas kaydı kapatılmış olan mahkemeyi davalara bakmakla yetkili kılması ve dosyaları bu mahkemeye göndermesi durumunda durum farklıdır. Bu durumda Danıştay, dosyaları bu mahkemeye gönderir, diğer mahkemeye veya mahkemelere durumu bildirir (m.39). Bu ihtimal ile ilgili olarak kanunda, Danıştay tarafından bağlantı incelemesi için getirilen dava dosyasının akıbeti ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Çünkü, bağlantı isteminin kabulü üzerine diğer mahkemeye gönderilen dava dosyasının esas kaydı mahkemesinde açık bulunmaktadır. Kanunda bu durumla ilgili de bir boşluk bulunduğunu söylemek mümkündür. Kanunun 39. maddesindeki bu boşluğun, yukarıda açıklandığı üzere Kanunun 40. maddesi için önerilen yöntemle giderilmesi yerinde olacaktır.

Aynı durum, bağlantı iddialarının mahkemelerce kabul edilmediği takdirde, bu hususta verilen ara kararı taraflara tebliği üzerine, ayrı yargı çevresindeki davalarda bağlantı hakkında karar verilmesi için Danıştay'a başvurulması durumunda da geçerlidir (m.41). Bu ihtimalde, bağlantı iddiasıyla Danıştay'a gönderilen her iki dava dosyasının da esas kaydı açık haldedir. Kanunda boşluk bulunduğuna ilişkin açıklamalar, bu ihtimal için de aynen geçerlidir.

Kanun hükmünde belirtildiği üzere, aynı bölge idare mahkemesinin yargı çevrelerindeki mahkemelerde görülen bağlantı davalar, bölge idare mahkemesi tarafından, kararda yetkili mahkeme belirtilmek ve dosyalar bu mahkemeye gönderilmek suretiyle birleştirilmektedir. Bağlantılı davaların tek dosyada değil, tek mahkemede yargılamasının yapılması sağlanmış olmaktadır. Tek mahkemede gö-

rarıyla; bu davanın, Sivas İdare Mahkemesinin E.2017/408 sayılı dosyasına konu edilen ve henüz sonuçlanmayan dava arasında *bağlantı isteminin kabulüne* dair D15D, 14.06.2017, E.2017/1284, K.2017/3647 sayılı bağlantı kararı; benzer yönde D10D, 16.09.2015, E.2015/1400, K.2015/3807 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 08.04.2020.

rülmesi sağlanan bağlantılı davalar, ayrı ayrı esas numarası almış bulunmaktadır. İdari yargı uygulaması da bu yöndedir.⁴⁰ Bu konuda, ayrı bölge idare mahkemesinin yargı çevrelerindeki mahkemelerde görülen bağlantı davalarının birleştirilmesine ilişkin yapılan açıklamalar aynen burada da geçerlidir.

3. İdare ve Vergi Mahkemelerinde Görülen Bağlantılı Davaların Birleştirilmesi

İdari yargıda davalardan birinin idare mahkemesinde diğerinin ise vergi mahkemesinde bulunması ve bu davalar arasında bağlantı varlığının tespiti halinde, davaların aynı mahkemede birleştirilmesinin hukuken olanaklı olup olmadığının da irdelenmesi gerekir.

İYUK'un 38. maddesine göre, “*İdare mahkemesi, vergi mahkemesi veya Danıştaya veya birden fazla idare veya vergi mahkemelerine açılmış bulunan davalarda bağlantının varlığına taraflardan birinin isteği üzerine veya doğrudan doğruya mahkemece karar verilir*”. Kanun ifadesinden, biri idare ve diğeri vergi mahkemesinde açılmış olan bağlantılı davalar hakkında da, bağlantıya ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi gerektiğini söylemek mümkündür.

Bu uygulamanın, bir davanın “görevli mahkemede görülmesi” gerektiği, diğer ifadeyle kanunun göreve ilişkin hükümlerine aykırılık teşkil edebileceği düşünülebilir. Hatta doktrinde, idare mahkemesi ile vergi mahkemesinde görülen davalar arasında bağlantıdan söz edilemeyeceği savunulmaktadır.⁴¹ Ancak idari yargıda bağlantı müessesesi kanunda açık olarak düzenlendiğinden, 2576 sayılı kanunda yer verilen görev ve yetkiye ilişkin hükümlerin istisnası niteliği taşımaktadır.⁴² Çünkü Anayasa'nın 142. maddesine göre, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenlenir. Anayasanın 37. maddesinde ise, hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağı kurala bağlanmıştır. Bu düzenlemeler, uyumsuzlukları

⁴⁰ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1İDD, 20.02.2019, E.2019/514, K.2019/208 sayılı bağlantı kararı; Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 3İDD, 16.05.2019, E.2019/1039, K.2019/2466 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 09.04.2020.

⁴¹ Üstün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılabilir Haller, 51; Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 947; Candan'a göre, konuya ilişkin “*vergi ve idare mahkemelerinde bulunan davalar ile Danıştay'da temyiz aşamasında bulunan davalar arasında 2577/38'inci maddesi anlamında bağlantı bulunmadığı hk.*” yönünde D9D, 21.09.1984, E.1984/1767, K.1984/2757 sayılı kararını göstermiş ise de, bu karar vergi ve idare mahkemelerinde bulunan davalar arasındaki bağlantı uyumsuzluğuna ilişkin olmayıp, ilk derece mahkemesinde görülen dava ile temyiz aşamasında görülen dava arasındaki bağlantı uyumsuzluğuna ilişkindir. Ancak Danıştay 6. Dairesinin 18.03.1998 gün ve E.1998/1040, K.1998/1622 sayılı kararında, *birden fazla dava arasında bağlantıdan söz edilebilmesi için, davaların tamamının yalnızca idare mahkemelerinin veya vergi mahkemelerinin görevine girme koşulu*, gerektiği ifade edilerek bu görüş desteklenmiştir. www.uyap.gov.tr, e.t., 09.06.2020.

⁴² Aynı yönde Üstün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılabilir Haller, 16; Arzu Ulusoy, “İdari Yargıda Bağlantılı Davalar”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi XV, 2012/1, 185-195; Yasin, “İdari Yargıda Bağlantılı Davalar”, Erişim Tarihi: Eylül 20, 2020, <http://www.e-akademi.org/>.

çözmekle görevli ve yetkili olan yargı mercilerinin önceden kanunla gösterilen mahkemeler olduğunu göstermektedir. Ancak kanunlarla öngörülen bazı istisnai hallerde, uyuşmazlıklar asıl görevli ve yetkili olan mahkeme dışındaki bir mahkeme tarafından çözümlenebilmektedir.

Yargılama usulüne ilişkin kanunlarda yer alan görev ve yetki kurallarının istisnasının sınırları ise, yine kanunlarla çizilmektedir. İdari yargılama usulünde bağlantıya ilişkin hükümlerle, davalar, asıl görevli ve yetkili olan mahkeme dışındaki bir mahkeme tarafından görülecektir. Örneğin Danıştay'da görülen bir dava ile ilk derece idare veya vergi mahkemesinde görülen bir dava arasında bağlantı bulunması durumunda davalar Danıştay'da birleştirilmektedir (m.39). Normalde ilk derece mahkemesinin görevinde olan bir dava, bağlantı hükümleri uygulanarak Danıştay'da görülmektedir. Aynı durum biri idare ve diğeri vergi mahkemesinde görülen bağlantılı davalar için de geçerlidir. Bu nedenle, biri idare diğeri vergi mahkemesinde görülen bağlantılı davaların birleştirilmesi, 2576 sayılı Kanunda yer verilen mahkemelerin görev ve yetkiye ilişkin hükümlerine aykırılık oluşturmayacaktır.⁴³

Danıştay Kanunu'nda yer verilen, idare ve vergi mahkemeleri arasındaki merci tayinine ilişkin düzenleme de, bu durumu teyit eder niteliktedir. Danıştay Kanunu'nun 27. maddesine göre, "*idare mahkemeleri arasında görev ve yetkiye ilişkin uyuşmazlıklarda ve bağlantılı davalarda merci tayini, uyuşmazlığın esasını çözümlenmekle görevli idari dava dairesince yapılır. Vergi mahkemeleri arasında görev ve yetkiye ilişkin uyuşmazlıklarda ve bağlantılı davalarda merci tayini, uyuşmazlığın esasını çözümlenmekle görevli vergi dava dairesince yapılır*". Danıştay Kanunu 52. maddesine göre ise, "*ayrı yargı çevrelerinde bulunan idare ve vergi mahkemeleri arasında görev ve yetkiye ilişkin uyuşmazlıklarda ve bağlantılı davalarda merci tayinini yapmak*" Danıştay Başkanlar Kurulu'nun görevleri arasında sayılmıştır. Danıştay Kanunu'nun 27. maddesinde, ayrı yargı çevrelerinde bulunan idare veya vergi mahkemeleri arasındaki bağlantılı davalarda merci tayini hükmüne ter verilmişken, 52. maddesinde ise, ayrı yargı çevrelerinde bulunan idare ve vergi mahkemeleri arasındaki bağlantılı davalarda merci tayini hükmüne ter verilmiştir. Dolayısıyla Danıştay Kanunu'nun 52. maddesi hükmüyle, ayrı yargı çevrelerinde bulunan idare ve vergi mahkemeleri arasındaki davalarda, bağlantı kurumunun geçerli olduğu kabul görmüş ve merci tayinine ilişkin hükme yer verilmiştir.

İdari yargıda bağlantı nedeniyle davaların birleştirilmesi müessesesi bu yönüyle, hukuk yargılama usulündeki bağlantılı davaların birleştirilmesinden

⁴³ Üstün'e göre, idare veya vergi mahkemelerinde görülen davaların, Danıştay veya bölge idare mahkemesince bağlantı yoluyla hangi mahkemede birleştirileceği hususunda, kanunda bir kriter bulunmadığından, bu tür birleştirme, kanuni hakim ilkesini bertaraf ediyor olarak yorumlanabilir. Üstün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Davaya Açılabilir Haller, 18.

farklıdır. Hukuk yargılamasında davaların bağlantı nedeniyle birleştirilebilmesi için, aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde görülmekte olması gerekir (m.166). Aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinden anlaşılması gereken ise, her iki davanın bakıldığı mahkemenin görev yönünden aynı mahkeme olmasıdır. İdari yargıda farklı mahkemelerdeki bağlantılı davaların birleştirilmesinde, mahkemelerin aynı düzey ve sıfatta olması şartı yoktur. Farklı görevli mahkemelerde bulunup da (örneğin Danıştay ile ilk derece mahkemeleri veya idare ile vergi mahkemesi) aralarında bağlantılı bulunan davaların birleştirilmesi mümkündür.⁴⁴

Biri idare ve diğeri vergi mahkemesinde açılmış olan bağlantılı davaların, aynı mahkemede farklı dosyalarda bakılmak üzere birleştirilerek görülmesinin sağlanması hukuken mümkün ise de, idari yargı uygulamasında bu durumun örneğine çok nadir rastlanmaktadır. Ancak Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun bir kararında, *idare mahkemesinin görevine giren toplu konut fonu ile ilgili bir dava ile vergi mahkemesi görevine giren gümrük vergisi davasının vergi mahkemesinde çözümlenmesi gerektiğine*, karar vermiştir.⁴⁵ Dolayısıyla Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nca, biri idare ve diğeri vergi mahkemesinde açılmış olan bağlantılı davaların, aynı mahkemede farklı dosyalarda bakılmak üzere görülebileceği belirtilmiştir.⁴⁶ Yine biri idare diğeri vergi mahkemesinde görülen ve aralarında bağlantı bulunan dava türü de vardır. Örneğin, dâhilde işleme izin belgesi taahhüt hesabının müeyyideli olarak kapatılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davalar idare mahkemesinde görülmektedir. Dâhilde işleme izin belgesi taahhüt hesabının müeyyideli olarak kapatılması sebebinden kaynaklı gümrük para cezası veya gümrük vergisi tahakkuk işlemlerine karşı açılan davalar ise vergi mahkemesinde görülmektedir. İdare ve vergi mahkemesinde görülen bu davalar, aynı maddi sebepten doğan ve kanunun öngördüğü anlamda bağlantılı davalardır. Bağlantı hükümlerinin uygulanmasıyla, bu davaların vergi mahkemesinde görülmesi sağlanabilir.

4. Danıştay ve İlk Derece (İdare ve Vergi) Mahkemelerinde Görülen Bağlantılı Davaların Birleştirilmesi

İdari yargılama usulünde Danıştay, hem temyiz mercii hem de ilk derece mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Danıştay ilk derece mahkemesi sıfatıyla, Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde öngörülen davalar veya diğer kanunlarda belirtilen uyuşmazlıklara bakar.

Danıştay'da görülen bir dava ile ilk derece (idare ve vergi) mahkemelerinde görülen dava arasında bağlantı bulunabilir. Danıştay ile ilk derece (idare ve vergi)

⁴⁴ Aynı yönde Yasin, "İdari Yargıda Bağlantılı Davalar.", Erişim Tarihi: Eylül 20, 2020, <http://www.e-akademi.org/>.

⁴⁵ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun E.2003/1, K.2003/1 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 09.06.2020.

⁴⁶ Üstün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılabilecek Haller, 53.

mahkemelerinde görülen farklı dava konuları, bağlantı örneği olarak gösterilebilir. Örneğin, *2017 Seviye Tespit Kılavuzu'nun bazı maddelerinin iptalinin istemiyle Danıştay 8. Dairesinde açılan dava ile 2017 İlkbahar Dönemi Mühendislik Elektronik ve Haberleşme Mühendisliği bölümündeki Seviye Tespit Sınavı'nın bazı sorularının iptali istemiyle Ankara 9. İdare Mahkemesi'nde açılan ve bağlantı istemi hakkında karar verilmek üzere Danıştay'a gönderilen dava arasında bağlantı isteminin kabulüne ve bu davaların birlikte Danıştay 8. Dairesinde incelenmesine*,⁴⁷ karar verilmiştir.

Danıştay ile ilk derece (idare ve vergi) mahkemelerinde görülen davalar arasındaki bağlantı şeklinin en çok uygulama alanı, Danıştay'ın görevine giren düzenleyici işlemlerin iptali istemiyle açılan davalar ile düzenleyici işlemlere dayanılarak tesis edilen ve idare veya vergi mahkemesinin görevine giren işlemlerin iptali istemiyle açılan davalarlardır.⁴⁸

Ancak Danıştay'ın çoğu dairesi bu tür bağlantı istemleri reddetmektedir. Gerçekçe olarak da, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge gibi düzenleyici işlemlerin ilk derecede Danıştay'da dava konusu edilmiş olması, bu objektif düzenlemeler uygulanmak suretiyle tesis edilen subjektif işlemlerin de bağlantılı dava olarak ilk derecede Danıştay'da görülmesi sonucunu doğurmayacağı, bu yöndeki yaklaşımın, genel görevli idare mahkemelerinin kuruluş amacına ve tabii hâkim il-

⁴⁷ D8D, 30.05.2018, E.2018/3053, K.2018/2984 sayılı bağlantı kararı; benzer yönde, "... Gecekondu Ölleme Bölgesi, Maslak Mahallesi, ... parsel sayılı taşınmazları kapsayan alanda 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 9. maddesi uyarınca ... tarihinde Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca onaylanan 1/5000 ve 1/1000 ölçekli revizyon nazım ve uygulama imar planlarının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle Danıştay Altıncı Daire'nin E.2012/4412 sayılı dosyasında açılan davada, Dairemizin 26.03.2014 tarihli E.2016/6417 sayılı kararıyla söz konusu işlemlerin yürütülmesinin durdurulmasına karar verildiği yürütmenin durdurulması kararı üzerine ... Gecekondu Ölleme Bölgesine ilişkin hazırlanan -1- paftalık 1/100.000 ölçekli ... plan işlem numaralı İstanbul İli Çevre Düzeni Planı değişikliği, -1- paftalık 1/5.000 ölçekli ... plan işlem numaralı Nazım İmar Planı ve -5- paftalık 1/1.000 ölçekli ... plan işlem numaralı Uygulama İmar Planının; 644 sayılı K.H.K. ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 9. maddesi uyarınca Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca 19.01.2016 tarihinde re'sen onaylanması üzerine İstanbul 4. İdare Mahkemesinin E.2016/685 sayılı dosyasında açılan kayıtlı davalar arasında 2577 sayılı Kanun'un 38. maddesinde tanımlandığı şekliyle bağlantılı ... bulunduğu bu nedenle görülmekte olan davanın Dairemizde çözümlenmesine", dair D6D, 14.06.2016, E.2016/6417 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 09.04.2020.

⁴⁸ Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, ölüm belgesi (defin belgesi) düzenleyecek hekimlere ait nöbet çizelgesi ve müvekkilinin ölüm belgesi düzenleme ile görevlendirilmesine ilişkin 31.01.2013 tarihli ve 737 sayılı Güngören Kaymakamlığı işleminin iptali istemiyle Güngören Kaymakamlığı'na karşı açılan davada, Güngören Kaymakamlığı'nca ölüm belgesi düzenleyecek hekimlere ait nöbet listesi, davacının görevlendirilmesine ilişkin işlem ve dayanağı olan 19.01.2013 gün ve 28533 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Mezarlık Yerlerinin İnşası ile Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmelik Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" ile 19.01.2010 gün ve 27467 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan aynı adlı Yönetmeliğin 16. maddesini değiştiren 3. ve 4. fıkralarının, Yönetmeliğin 4. maddesinin (h) bendinde düzenlenen "veya aile hekimini" ibaresinin iptali istemiyle Dairemizin E.2013/10659 sayısına kayıtlı açılan dava ile bağlantısı bulunduğu gerekçesiyle Danıştay'a gönderilmesine ilişkin İstanbul 3. İdare Mahkemesi'nin 11.06.2014 gün ve E.2012/466, K.2014/1238 sayılı kararı üzerine, bu davalar arasında bağlantı bulunduğu ana dair, D8D, 02.12.2014, E.2014/9846 sayılı bağlantı istemi hakkında kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 09.04.2020.

kesine de aykırı olacağını göstermektedir.⁴⁹ Danıştay aynı kararlarında, Danıştay dava dairesinde görülmekte olan bir düzenleyici işleme dayanılarak tesis edilen uygulama işleminin iptali istemiyle genel görevli idare mahkemesinde açılan iptal davasında, mahkemenin, Danıştay’da dava konusu edilen düzenleyici işleme ilişkin dosyayı “bekletici ön mesele olarak kabul etmesi” yargılama usulünü kullanması gerektiği belirtilmektedir. Danıştay’ın bu yaklaşımına katılmıyoruz. Çünkü düzenleyici işlemlere açılan dava ile düzenleyici işleme dayanılarak tesis edilen uygulama işleminin iptali istemiyle açılan davalar, biri hakkında verilecek hükmün, diğerini etkileyecek nitelikte olan bağlantılı davalardır. Kaldı ki İYUK 7. maddesinde, düzenleyici işlemlerin uygulanması üzerine ilgililerin, düzenleyici işlem veya uygulanan işlemin her ikisi aleyhine birden dava açabilecekleri düzenlemesine yer verilmek suretiyle, bu iki işleme ilişkin davalar arasında bağlantı bulunduğunu kanun koyucunun da kabul ettiğini söylemek mümkündür.⁵⁰ Danıştay’ın bu tür bağlantı istemlerini reddetmesinin sebebinin, iş yükünün artmasını engellemek olduğunu düşünmekteyiz.⁵¹

İYUK’ta, ilk derece (idare ve vergi) mahkemeleri ile Danıştay’da görülen bağlantılı davaların birleştirilmesi usulü özel olarak düzenlenmiştir. İdare mahkemesi, vergi mahkemesi veya Danıştay’a veya birden fazla idare veya vergi mahkemelerine açılmış bulunan davalarda bağlantının varlığına taraflardan birinin isteği üzerine veya doğrudan doğruya mahkemece karar verilir. Bağlantılı davalardan birinin Danıştay’da bulunması halinde dava dosyası Danıştay’a gönderilir (m 38).

Öncelikle ilk derece (idare ve vergi) mahkemelerinde bakılan bir dava ile Danıştay’da bakılan, hangi dava türü arasında bağlantıya ilişkin hükümlerin uygulanacağını açıklığa kavuşturulması gerekir. Bağlantı hükümlerinin uygulanacağı dava türü, Danıştay’ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı dava mıdır yoksa temyiz merci sıfatıyla baktığı dava mıdır? Ya da her iki dava içinde bağlantı hükümleri uygulanacak mıdır?

İYUK’ta bu konuda açık bir ayırım yapılmamıştır. İYUK’ta “*davalardan biri Danıştay’da açılmış*” ifadesindeki açılmış davadan kastedilenin, ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay’da açılmış olan bir dava olarak anlaşılması gerektiği söylenebilir. Doktrinde temyiz başvurusunun da bir dava türü (temyiz davası) olduğu görüşü savunulsa da,⁵² bağlantı için aranan “Danıştay’da açılan dava” ifadesinden kanun koyucunun amaçladığı davalar, Danıştay’a ilk derece mahkemesi sıfatıyla açılan davalardır. İdari yargılama usulünde ilk derece yargı yerleri idare

⁴⁹ D15D, 03.10.2017, E.2016/10637, K.2017/5104 sayılı bağlantı isteminin reddi kararı; aynı yönde D2D, 25.07.2017, E.E. 2017/1808 sayılı bağlantı isteminin reddi kararı; D10D, 30.9.1996, E.1996/5834, K.1996/5694 sayılı bağlantı isteminin reddi kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 09.04.2020.

⁵⁰ Aynı yönde Üstün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılabilecek Haller, 162.

⁵¹ Aynı görüşte Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 951.

⁵² Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 765.

ve vergi mahkemesi ile Danıştay'dır. Bölge idare mahkemesi ise istinaf merciidir, ilk derece mahkemesi sıfatıyla yargılama yapmaz.

2577 sayılı Kanununun 38. maddesinde bölge idare mahkemesinin sayılmaması da, "Danıştay'da açılmış davadan" kastedilenin ilk derece mahkeme sıfatıyla açılan davalar olduğu görüşünü destekler niteliktedir. Aksi bir yorum, davaların birleştirilmesi müessesesinin getiriliş amacına aykırı olacaktır. Çünkü davaların birleştirilmesi müessesesinin amacı, aralarında bağlantı bulunan davaların daha az giderle ve daha hızlı görülmesini sağlamaktır. Danıştay'da görülen temyiz aşamasındaki bir dava ile ilk derece 'idare veya vergi' mahkemesinde görülen davanın birlikte görülmesiyle, davaların daha az gidere ve daha hızlı görülmesi sağlanmaz. Danıştay'ın görüşü de bu yöndedir. Danıştay'a göre, bağlantılı davalar ile ilgili kanuni düzenlemede, bağlantı kararının henüz esastan karara bağlanmamış davalar için verilebileceği, temyiz aşamasında bulunan davalar hakkında bağlantı hükümlerinin uygulanabilmesine olanak sağlayan bir düzenlemeye yer verilmediğinden temyiz aşamasındaki davalar için bağlantıya ilişkin hükümler uygulanamaz.⁵³

Konuya ilişkin bir ilişkin uyuşmazlıkta, *davacıya ait ruhsatlı yapıda ruhsatsız olarak esaslı tadilat yapıldığından bahisle imar para cezası verilmesine encümen kararının iptali istemiyle davada, Bursa 2. İdare Mahkemesinin 03.05.2017 günlü, E.2016/642, K.2017/827 sayılı kararıyla; para cezasına ilişkin encümen kararına dayanak teşkil eden yapının mühürlenmesi ve uygun hale getirilmesi için bir ay süre verilmesine encümen kararına ilişkin davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararının temyizi istemiyle Danıştayda görülmekte olan dava arasında davaların farklı yargılama aşamasında olduğu, temyiz aşamasındaki davanın 2575 sayılı Danıştay Kanununun 24. maddesinde sayılan Danıştay'ın ilk derece yargı mercii olarak bakabileceği davalar arasında yer almadığı dolayısıyla 2577 sayılı Kanunun 38. maddesinde sayılan şartların gerçekleşmediği sonucuna varılmıştır.*⁵⁴ Danıştay bu kararla, ancak Danıştay'da ilk derece sıfatıyla görülen bir davada bağlantı hükümlerinin uygulanabileceğini belirtmektedir. Danıştay'ın görüşünün yerinde ve kanunun amacına uygun olduğunu söylemek mümkündür.

Doktrinde, bağlantı bulunduğu iddia edilen davaların aynı aşamada veya aynı düzeyde olması gerektiği ve bu nedenle temyiz aşamasındaki bir dava ile ilk derece aşamasındaki bir davanın bağlantı hükümlerine göre birleştirilemeyeceği görüşündedir.⁵⁵

⁵³ D10D, 7.11.2001, E.2001/2928 sayılı bağlantı isteminin reddi kararı; aksi yönde D5D, 30.01.1997, E.1994/6416, K.K. 1997/210 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 07.04.2020.

⁵⁴ D14D, 21.09.2017, E.2017/1499, K.2017/4823 sayılı bağlantı isteminin reddi kararı; benzer yönde "biri kanun yolu aşamasında, diğeri ilk derece dava aşamasında olan iki davanın birlikte çözümlenmesi, 2577 sayılı Kanun'un "Bağlantılı Davalar" başlıklı 38. maddesinin amacına uygun olmadığına" dair D13D, 19.12.2017, E.2017/2873, K.2017/3992 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 11.04.2020.

⁵⁵ Halil Kalabalık, İdari Yargılama Usulü Hukuku, (Konya: Sayram Yayınları, 2014), 303; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku C.II, 955; Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 357; Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 948.

Bağlantılı davalardan birinin Danıştay'da bulunması halinde, bağlantı talebinin giderilme usulünün de irdelenmesi yerinde olacaktır. 2577 sayılı Kanunun 38. maddesinde, *bağlantının varlığına taraflardan birinin isteği üzerine veya doğrudan doğruya mahkemece karar verileceği, bağlantılı davalardan birinin Danıştay'da bulunması halinde dava dosyası Danıştay'a gönderileceği* hükmüne yer verilmiştir. 2577 sayılı Kanunun 41. maddesinde ise, *bağlantı iddiaları mahkemelerce kabul edilmediği takdirde, bu hususta verilen ara kararı taraflara tebliğ edileceği, tarafların, tebliğ tarihini izleyen onbeş gün içerisinde biri Danıştayda görülen davalar için Danıştaya başvuruda bulunabileceği*, düzenlemesine yer verilmiştir.

Bağlantı uyuşmazlığı çıkarılmasına ilişkin İYUK'un 38. maddesi hükmünün düzenleniş şekline, Danıştay'da görülen bir dava ile ilk derece (idare ve vergi) mahkemelerinde görülen dava arasında bağlantı bulunması veya bu yönde bir iddianın bulunması halinde, davaların birleştirilmesi istemi hakkında öncelikle mahkemece karar verileceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Diğer bir deyişle, bu tür bağlantı istemlerinin öncelikle ve mutlaka ilk derece (idare veya vergi) mahkemelerinden talep edileceği, bağlantı isteminin mahkemece kabul edilmesi üzerine ya da red edilirse de itiraz edilmesi üzerine, Danıştay'ın bağlantı istemi hakkında karar vereceği anlaşılmaktadır.

Ancak Danıştay'da görülen bir dava ile ilk derece (idare ve vergi) mahkemelerinde görülen dava arasında bağlantı bulunması halinde, bağlantı nedeniyle davaların birleştirilmesi isteminin taraflarca doğrudan Danıştay'a yapılması da mümkündür. Bu tür bir istem hakkında, ne yönde karar verileceğine ilişkin kanunda açık bir düzenleme yapılmamıştır. Yine bu tür bağlantı durumlarında, Danıştay'ın da doğrudan doğruya karar vermesi yetkisi bulunup bulunmadığı konusunda, kanunda açık bir düzenleme yoktur. Bu konuyla ilgili kanunda boşluğun bulunduğunu söylemek mümkündür.

İYUK'un 38. maddesinde yer verilen *"bağlantının .. doğrudan doğruya mahkemece karar verileceği"* yönündeki ifadede geniş yorumla Danıştay'ın da kastedildiği düşünülebilir. Ancak maddenin devamı ve bağlantıya ilişkin diğer madde hükümleri birlikte değerlendirildiğinde bu şekilde bir yorum yapmak zor görünmektedir.

Danıştay'da görülen bir dava ile ilk derece (idare ve vergi) mahkemelerinde görülen dava arasında bağlantı nedeniyle birleştirme isteminin doğrudan Danıştay'a yapılması halinde, iki ayrı ihtimal düşünülebilir. Birinci ihtimal olarak, Danıştay bu istem hakkında karar verilmek üzere dilekçeyi ilk derece (idare veya vergi) mahkemesine gönderir ve kanunda öngörülen prosedür işletilir. İkinci ihtimal olarak ise, bu istem üzerine ilk derece (idare veya vergi) mahkemesinde görülen dava dosyası getirilerek istem hakkında nihai ve kesin karar verilir.

Danıştay'ın bağlantı nedeniyle doğrudan doğruya karar vermek istemesi halinde ise, kanundaki boşluğun daha hissedilir olduğu söylenebilir. Çünkü Danıştay bu ihtimalde takdir yetkisi kullanarak, ilk derece (idare veya vergi) mahkemesinde görülen dava dosyası getirtilerek, istem hakkında nihai ve kesin karar verecektir. Yoksa bağlantı istemi üzerine Danıştayca, ilk derece (idare veya vergi) mahkemesinden, kanunda öngörülen usulü prosedürün işletilmesini talep etmesi kanunen mümkün değildir. Çünkü *“bağlantının varlığına taraflardan birinin isteği üzerine veya doğrudan doğruya mahkemece karar verileceği”* yönündeki kanuni düzenlemeyle (m.38), bağlantı prosedürünü başlatma yetkisi mahkemeye veya taraflara verilmiştir.

İYUK'un bağlantıya ilişkin hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, Danıştay'da görülen bir dava ile ilk derece (idare ve vergi) mahkemelerinde görülen dava arasında bağlantı bulunması halinde, bağlantı istemlerinin Danıştayca kesin olarak çözüme kavuşturulmasını kanun koyucunun amaçladığını söylemek mümkündür. Bu tür bağlantılarda amaçsal yorumla Danıştay, doğrudan doğruya veya istem üzerine, ilk derece (idare veya vergi) mahkemesinde görülen dava dosyasını getirterek, bağlantı hakkında nihai ve kesin karar verebilmelidir. Kanundaki boşluğun amaçsal yorumla doldurulması mümkün ise de, usul hükümlerine yönelik bu boşluğun doldurulmasına yönelik kanuni düzenleme yapılması daha uygun bir çözüm yolu olacaktır. Bu nedenle, İYUK'un bağlantıya ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılmalı ve Danıştay'ın da doğrudan doğruya veya istem üzerine bağlantı istemi hakkında karar verebilmesi açıkça düzenlenmelidir.

Bağlantının giderilmesi istemiyle önüne gelen dava dosyalarını Danıştay'ın dava konusu uyumsuzluğu incelemeye yetkili dairesi, öncelikle ve ivedilikle inceleyerek ve karar verir. Danıştay bağlantının bulunduğu karar verdiği takdirde, davalardan biri Danıştay'da açılmış ve çözümlenmesi Danıştay'ın görevine dâhil bir uyumsuzlukla ilgili ise, davaların tümü Danıştay'da görülür ve durum ilgili mahkemelere ve taraflara bildirilir. Danıştayca verilen karar bağlantı bulunmadığı yolunda ise, dosyalar ilgili mahkemelere geri gönderilir (m.39).

Kanun hükmünde belirtildiği üzere, Danıştay'da görülen bir dava ile ilk derece (idare ve vergi) mahkemelerinde görülen dava arasında bağlantı bulunması halinde, davaların tümü Danıştay'da görülür. Danıştayca bağlantılı davaların tümü, tek bir dosyada birleştirilerek mi yoksa ayrı esas dosyalarda mı görüleceğine ilişkin kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. İdari yargıda farklı mercilerde bakılan bağlantılı davaların birleştirme usulünde genel kabul görmüş uygulama, dosyaların aynı mahkemede veya aynı dairede farklı esaslarda bakılmasıdır. Farklı mercilerde bakılan bağlantılı dosyaların tek dosyada birleştirilmesi usulü istisnai ve kanuni dayanağı olmayan bir uygulamadır. Danıştay'da görülen bir dava ile ilk derece (idare ve vergi) mahkemelerinde görülen bağlantılı davaların birleştirilmesinde Danıştay'ın genel uygulaması, davaların aynı dairede farklı

esas numarası alınarak görülmesi şeklindedir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, “İstanbul 4. İdare Mahkemesinin E.2016/685 sayılı esasında açılan dava ile Danıştay Altıncı Dairesinin E.2012/4412 sayılı esasında açılan kayıtlı davalar arasında 2577 sayılı Kanun’un 38. maddesinde tanımlandığı şekliyle bağlantılı bulunduğu bu nedenle görülmekte olan davanın Dairemizde çözümlenmesi”⁵⁶ yönünde karar verilmiştir.

Öte yandan, İYUK’un 39. maddesinin 2. fıkrasının a bendinin ilk hali, “Davalardan biri Danıştayda açılmış ve çözümlenmesi Danıştayın görevine dâhil bir uyuşmazlıkla ilgili ise, davaların tümü Danıştayda “birleştirilerek” görülür ve durum ilgili mahkemelere ve taraflara bildirilir” şeklinde iken, madde hükmünde geçen “birleştirilerek” ifadesi, 5.4.1990 tarih ve 3622 sayılı Kanunun 14. maddesiyle kanundan çıkarılmıştır. Madde metninden “birleştirilerek” ifadesinin çıkarılmasıyla, kanun koyucunun bağlantılı davaların aynı dosyada birleştirilmesinin önlemeyi amaçladığı söylenebilir. Madde metninden “birleştirilerek” ifadesinin çıkarılmasına ilişkin kanun değişikliği, bağlantılı davaların Danıştay’ın aynı dairesinde farklı esas numarası olarak görülmesi gerektiği görüşünü destekler niteliktedir. Kaldı ki, İYUK’un bağlantıya ilişkin diğer hükümlerinde de, davaların aynı dosyada “birleştirilerek” görüleceğine ilişkin bir ifade yoktur. Bu kanun değişikliği, yerinde ve bağlantılı davaların birleştirme usulü yönünden uygulamadaki yeknesaklığa katkıda bulunmuştur.

5. Danıştayda İlk Derece Mahkeme Sıfatıyla Görülen Bağlantılı Davaların Birleştirilmesi

Danıştay ilk derece mahkemesi sıfatıyla, Danıştay Kanunu’nun 24. maddesinde öngörülen davalar veya diğer kanunlarda belirtilen uyuşmazlıklara bakar.

Danıştay daire sistemi şeklinde örgütlendiği ve yargılama yaptığı için, daireler arasında da görev ayrımı vardır. Danıştay Kanununa göre, görevlendirilen dairedeki dosyaların vergi ve idari uyuşmazlıklara ilişkin görev ayrımı gözetilerek hangi daireye ve nasıl devredileceği, görevlendirilen daireye görevlendirildiği alan içinde hangi daire işlerinin verileceği hususları Başkanlık Kurulu kararıyla belirlenir. Bu kararlar Resmî Gazete’de yayımlanır ve yayımını izleyen ay başından itibaren uygulanır (m.26).

İYUK’ta, ilk derece (idare ve vergi) mahkemeleri ile Danıştay’ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı bağlantılı davaların birleştirilmesi usulü özel olarak düzenlenmiştir (m.38-39). Ancak ne Danıştay Kanunu’nda ne de İYUK’ta,

⁵⁶ D6D, 14.06.2016, E.2016/6417 sayılı bağlantı kararı; benzer yönde D13D, 19.10.2018, E.2018/2756 sayılı bağlantı kararı; D8D, 30.05.2018, E.2018/3053, K.2018/2984 sayılı bağlantı kararı; aksi yönde, Ankara 15. İdare Mahkemesinde açılan dava ile Danıştay 5. Dava Dairesinde görülen E.2010/5056 sayılı dava aralarında bağlantı bulunduğu, bu davanın E.2010/5056 sayılı dosya ile birleştirilmesine, davanın E.2010/5056 sayılı dosya üzerinde görülmesine ve E.2011/2057 sayılı dosya kaydının kapatılmasına, dair D5D, 21.3.2011, E.2011/2057, K.2011/1706 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 12.04.2020.

Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla farklı dairelerinde bakılan bağlantılı davaların birleştirilmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.⁵⁷ Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla farklı dairelerinde bakılan davalar arasında da bağlantı bulunabilir. Kanun koyucu bu bağlantı türünün, çok istisnai bir durum arz ettiğinden kanunda özel bir düzenlemeye yer vermemiş olabilir. Ancak, bu bağlantı türünün uygulamada ortaya çıkma ihtimali çok zor görünse de, hukuken imkânsız değildir.

İYUK'ta, ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülen bağlantılı davaların tek yargı merciinde bakılması amacıyla bağlantı müessesesi özel olarak öngörölmüş iken, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla farklı dairelerinde bakılan bağlantılı davalar ile ilgili, davaların birleştirilmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesi,⁵⁸ kanunun bütünlüğü açısından önemli bir eksikliklerdir. Kanundaki boşluğun içtihat yoluyla doldurulması gerektiği ve "uyuşmazlığı doğuran asıl hukuki ilişkiye ait" davaya bakan Danıştay dairesinde davaların birleştirilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁵⁹ Yargılama usulü hükümlerine yönelik bu boşluğun doldurulmasına yönelik kanuni düzenleme yapılması daha uygun bir çözüm yolu olacaktır.⁶⁰ Bu nedenle, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla farklı dairelerinde bakılan bağlantılı davalar ile ilgili, davaların aynı dairede birleştirilmesi usulü de Kanunda düzenlenmelidir.

Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla farklı dairelerinde bakılan bağlantılı davaların aynı dairede (farklı esas numarası alarak) birleştirilmesi usulü Danıştay Kanunu'nda düzenlenebilir. Bağlantı uyuşmazlığını giderme yetkisi de Danıştay Başkanlar Kuruluna verilebilir.⁶¹ Çünkü, Danıştay daireleri arasında çıkan görev uyuşmazlıklarını karara bağlamak, ayrı yargı çevrelerinde bulunan idare ve vergi mahkemeleri arasında görev ve yetkiye ilişkin uyuşmazlıklarda ve bağlantılı davalarda merci tayinini yapmak Danıştay Başkanlar Kuruluna aittir.

6. İlk Derece (İdare veya Vergi) Mahkemeleri ile Bölge İdare Mahkemelerinde Görülen Bağlantılı Davaların Birleştirilmesi

İdari yargıda ilk derece idare ve vergi mahkemesinde görülen bir dava ile istinaf aşamasında bölge idare mahkemesinde görülen dava arasında bağlantı

⁵⁷ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku C.II, 962; Üstün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılacak Haller, 75.

⁵⁸ Aynı görüşte Kalabalık, İdari Yargılama Usulü Hukuku, 304; Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, 359.

⁵⁹ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku C.II, 963.

⁶⁰ Üstün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılacak Haller, 75.

⁶¹ Aynı görüşte Yasin, "İdari Yargıda Bağlantılı Davalar.", Erişim Tarihi: Eylül 20, 2020, <http://www.e-akademi.org/>; Üstün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılacak Haller, 76; Çağlayan'a göre, bu yetki Dava Daireleri Kuruluna verilmelidir, Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku, 359.

bulunması mümkündür. Bağlantılı bu davaların birleştirilmesinin mümkün olup olmadığının da açıklığa kavuşturulması gerekir.

İYUK'un "bağlantılı davalar" başlıklı 38. maddesi hükmünde, bağlantının idare mahkemesi, vergi mahkemesi veya Danıştayda açılmış davalar arasında istenebileceğinin öngörüldüğü, bölge idare mahkemeleri ile diğer idari yargı mercileri arasında bağlantının istenebileceğine ilişkin açık bir hükmün ise bulunmadığı dikkate alındığında, bölge idare mahkemesi ile ilk derece (idare veya vergi) mahkemelerinde görülen bağlantılı davalar hakkında aynı yargı merciinde birleştirme kararı verilebilmesi hukuken mümkün değildir.

Kanunda bağlantı istenilecek davalar yönünden bölge idare mahkemesinin sayılmaması, bağlantı müessesesinin, ancak ilk derece mahkemelerinde görülen davalar arasında söz konusu olabileceğini teyit etmektedir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, *"davacı tarafından, İstanbul 3. Vergi Mahkemesi'nde görülmekte olan dava ile Dairemizde istinaf incelemesi devam eden dava arasında bağlantının varlığına karar verilmesi istenilmiş ise de; bağlantı müessesesi ancak ilk derece mahkemelerinde görülen davalar arasında söz konusu olabileceğinden, ilk derece mahkemesinde görülmekte olan dava ile Dairemizde istinaf incelemesi devam eden dava arasında bağlantının varlığına karar verilmesi hukuken mümkün olmadığından, bağlantı isteminin reddi yolundaki mahkeme kararına karşı davacı tarafından yapılan itiraz yerinde görülmediğine"*⁶² karar verilmiştir.

Anayasa'nın 142. maddesinde, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenlenmiştir. Anayasanın 37. maddesinde ise, hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağı kurala bağlanmıştır. Bu düzenlemeler, uyuşmazlıkları çözmekle görevli ve yetkili olan yargı mercilerinin önceden kanunla gösterilen mahkemeler olduğunu göstermektedir. Ancak kanunlarla öngörülen bazı istisnai hallerde, uyuşmazlıklar asıl görevli ve yetkili olan mahkeme dışındaki bir mahkeme tarafından çözümlenebilmektedir.

Yargılama usulüne ilişkin kanunlarda yer alan görev ve yetki kurallarının istisnası niteliğindeki bu durumların sınırları ise, yine kanunlarla çizilmektedir. İdari yargılama usulünde bağlantıya ilişkin hükümlerle, davalar asıl görevli ve yetkili olan mahkeme dışındaki bir mahkeme tarafından görülecektir. Bu nedenle bağlantıya ilişkin istisnai usul hükümlerinin dar yorumlanması gerekmektedir. Bu sayede, davaların asıl görevli ve yetkili mahkeme tarafından görülmesi sağlanmış olur. Bu nedenle bölge idare mahkemesi ile ilk derece (idare veya vergi) mahkemelerinde görülen davalar hakkında bağlantı nedeniyle birleştirme kararı verilemez.

⁶² İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 5VDD, 05.02.2019, E.2019/540, K.2019/190 sayılı bağlantı itiraz kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 12.04.2020.

İdari yargı uygulamasında bağlantı nedeniyle davaların aynı mahkemede birleştirilmesi yönünden geliştirilen ölçütlerden biri de, bağlantı bulunduğu iddia edilen davaların aynı aşamada veya aynı düzeyde olması ölçütüdür.⁶³ Bu ölçüte göre de, bölge idare mahkemesi ile ilk derece (idare veya vergi) mahkemelerinde görülen bağlantılı davalar, aynı yargılama aşamasında bulunmadığından aynı yargı merciinde birleştirilemez.

7. Farklı Mahkemelerde Görülen Bağlantılı Davaların Hangi Mahkemede Birleştirileceği Sorunu

Farklı mahkemelerde bakılan ve aralarında bağlantı bulunan davaların hangi yargı merciinde birleştirileceğine veya hangi yargı merciin yetkili kılınacağına karar verilirken, hangi ölçüte göre hareket edileceği konusunda ikili bir ayırım yapmak gerekir.

Davalardan biri Danıştay'da açılmış ve çözümlenmesi Danıştay'ın görevine dâhil bir uyuşmazlıkla ilgili ise, davaların tümü Danıştay'da görülür (İYUK m.39). Kanun koyucu bu ihtimalde, konuya göre bir ölçüt belirlememiştir. Yetkili merci, doğrudan kanunda gösterilmiştir.

Farklı idare veya vergi mahkemelerinde bakılan ve aralarında bağlantı bulunan davaların görülmesinde hangi yargı merciin yetkili kılınacağına karar verilirken, hangi ölçüte göre hareket edileceği konusunda ise kanunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Uyuşmazlığı doğuran asıl ilişki ölçütüne göre karar verilmesi gerektiği, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da dolaylı olarak bu ölçütü benimsenmiş olduğu (m.166/5) savunulmaktadır.⁶⁴ Uyuşmazlığın temelini, dayanak işlemi çözecek olan mahkemede davaların birleştirilmesi gerektiği kriteri de savunulmakta⁶⁵ ise de, bu konuyla ilgili kanunda belirli bir ölçütün gösterilmemesi nedeniyle, bölge idare mahkemelerinin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu söylemek mümkündür. Bağlantı müessesinin beklenen faydayı sağlayamadığının anlaşılması⁶⁶

⁶³ Bağlantı bulunduğu iddia edilen davaların aynı aşamada olması gerektiği yönünde D13D, 19.12.2017, E.2017/2873, K.2017/3992 sayılı bağlantı kararı; D13D, 19.12.2017, E.2017/2872, K.2017/3991 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 12.04.2020; Kalabalık, İdari Yargılama Usulü Hukuku, 303; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku C.II, 955; Ramazan Yıldırım ve Mustafa Avcı, Türk İdari Rejimine Giriş İdare Hukuku İdari Yargı, (Ankara: Astana Yayınları, 2015), 386; Zehra Odyakmaz; Ümit Kaymak ve İsmail Ercan, İdari Yargı, (İstanbul: İkinci Sayfa Yayınları, 2011), 278; Üstün'e göre, bozma üzerine ilk derece mahkemesinde görülen bir dava ile ilk derece mahkemesinde bakılan başka bir davanın aşamaları teknik yönden aynı değilse de, nitelik olarak aynı aşamada olduğundan, bağlantı hükümleri uygulanabilir. Üstün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılabilir Haller, 42.

⁶⁴ Gürsel Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, (Ankara: Ekin Yayınları, 2020), 425; Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku C.II, 955.

⁶⁵ Ulusoy, "İdari Yargıda Bağlantılı Davalar," 193; Üstün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılabilir Haller, 19.

⁶⁶ Yasin, "İdari Yargıda Bağlantılı Davalar.," Erişim Tarihi: Eylül 20, 2020, <http://www.e-akademi.org/>.

veya kanuni hakim ilkesini zedeleyeceğinin anlaşılması halinde, hakim bu konuda takdir yetkisinin olduğunun kabulü gerektiği, bağlantı kararının verilmesinin zorunluluk olmaması gerekir.⁶⁷

Bağlantılı davaların, tarih itibariyle önce açılan veya yargılama aşaması itibariyle ileride olan davanın görüldüğü mahkemenin yetkili kılınması gerektiği düşünülebilir. Bağlantılı davaların konusu, niteliği ve her somut olayın özelliği dikkate alınarak yetkili mahkemenin belirlenmesi yoluna gidilmesi yerinde bir uygulama olacaktır.

İdari yargı uygulamasında, bir ölçütün geliştirildiğini söylemek mümkün değildir. Hatta bağlantı kapsamında yetkili merci tayinine ilişkin kararların çoğunda, herhangi bir ölçüte dahi yer verilmemektedir. Sadece davalar arasında bağlantı olduğu ve davalara bakmaya mahkemelerden birinin yetkili kılındığı belirtilmekte, yetkili kılınan mahkemenin hangi ölçüte göre belirlendiği yönünde bir açıklama yapılmamaktadır.⁶⁸ Açıklama yapılan kararlarda ise, belirli bir ölçüte göre hareket edilmemektedir. Örneğin konuya ilişkin bir bağlantı uyuşmazlığında, *her iki dava arasında bağlantı olduğu belirtildikten sonra, Danıştay Dairesinin yerleşik içtihadına göre, birden çok ili kapsayan sağlık hizmet sunumundan kaynaklı tam yargı davalarında usul ekonomisi, mahkemeye erişim hakkı ve adil yargılanma hakkı bağlamında son tedavinin gerçekleştirildiği yer mahkemesi yetkili görülmekte olup, bu yer mahkemesince olayın tüm safahatıyla bir bütün olarak değerlendirilerek en kısa süre içinde uyuşmazlıkların sonuçlandırılması amaçlandığından, bağlantı isteminin kabulüne, durumun Elazığ İdare Mahkemesine ve davanın taraflarına bildirilmesine, dosya esas kaydının kapatılarak 2577 sayılı Kanunun 39. maddesi uyarınca yetkili Adana 3. İdare Mahkemesine gönderilmesine*⁶⁹ karar verilmiştir. İdari yargı kararlarında daha çok davanın safahatı ve aşamasının dikkate alındığını söylemek mümkündür.⁷⁰

⁶⁷ Üstün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılabilir Haller, 79.

⁶⁸ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 3İDD, 08.05.2019, E.2019/764, K.2019/963 sayılı bağlantı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 11İDD, 27.06.2019, E.2019/4220, K.2019/4151 sayılı bağlantı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 10İDD, 19.04.2017, E.2017/673, K.2017/673 sayılı bağlantı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, 27.03.2019, E.2019/573, K.2019/562 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 12.04.2020.

⁶⁹ D15D, 14.06.2017, E.2017/690, K.2017/3632 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 12.04.2020.

⁷⁰ "Van 3. İdare Mahkemesinin E.2018/1002 esasında kayıtlı davanın, Van 2. İdare Mahkemesinin E.2018/710 esasında kayıtlı olan davanın sonucuna bağlı olduğu ve bu davanın daha önce açılmış olduğu dikkate alındığında, bağlantılı davalara bakmak üzere Van 2. İdare Mahkemesinin yetkili kılınması gerektiğine" dair Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 3İDD, 12.06.2019, E.2019/670, K.2019/755 sayılı bağlantı kararı; başka bir uyuşmazlıkta, "İzmir 6. İdare Mahkemesinin E.2019/229 sayısında incelenmekte olan davanın daha önce açıldığı, ayrıca 03/05/2019 tarihinde yürütmeyi durdurma istemi hakkında karar verildiği, dolayısıyla dosya safahatının daha ileride olduğu hususu gözönünde bulundurulduğunda, bağlantılı davalara bakmak üzere İzmir 6. İdare Mahkemesinin yetkili kılınması gerektiğine" dair İzmir Bölge İdare Mahkemesi 3İDD, 05.07.2019, E.2019/778, K.2019/483 sayılı

Farklı idare veya vergi mahkemelerinde bakılan ve aralarında bağlantı bulunan davalarda hangi yargı merciin yetkili kılınacağı konusunda kanunda boşluk bulunduğu açıktır. Bu boşluğun belli bir ölçüt esas alınarak doldurulması yerinde olacaktır. Örneğin, davalardan birinde düzenleyici işlem dava konusu edilmişse bu mahkemede, davalardan her ikisinde düzenleyici veya bireysel işlem tesis edilmişse tarih itibarıyla önce açılan veya yargılama aşaması itibarıyla ileride olan davanın görüldüğü mahkemenin yetkili kılınması suretiyle bu boşluk doldurulabilir.⁷¹ Bu şekilde, idari yargıda bu konudaki farklı uygulamaların da önüne geçilmiş olacaktır.

8. Kanun Yolu Aşamasındaki Bağlantılı Davaların Birleştirilmesi

İdari yargıda ilk derece mahkemeleri; idare mahkemesi, vergi mahkemesi ve Danıştay'dır. Olağan kanun yolları istinaf ve temyizdir.⁷² Bölge idare mahkemesi istinaf mercii, Danıştay ise temyiz merciidir.

İYUK'un bağlantılı davalar ile ilgili usulü düzenleyen hükümlerinde, bağlantı kararının henüz esastan karara bağlanmamış davalar için verilebileceği anlaşılmakta olup, kanun yolu aşamasında bulunan davalar hakkında bağlantı hükümlerinin uygulanabilmesine olanak sağlayan bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir.⁷³ Bu nedenle istinaf veya temyiz aşamasında bulunan bağlantılı davaların aynı dairede birleştirilmesi hukuken olanaklı değildir. İdari yargı uygulaması da bu yöndedir.⁷⁴

İYUK'un 38. maddesinde idare mahkemesi, vergi mahkemesi veya Danıştay'a veya birden fazla idare veya vergi mahkemelerine açılmış bulunan davalarda bağlantı nedeniyle davaların aynı mercide birleştirilmesi öngörülmüştür.

bağlantı kararı; "Kocaeli 2. İdare Mahkemesi'nin E.2019/6 esaslı dosyasının safahatı itibarıyla daha elverişli olması nedeniyle, davaların çözümü için Kocaeli 2. İdare Mahkemesi'nin yetkili kılınması uygun bulunduğu ve ... Kocaeli 1. İdare Mahkemesi'nin 2019/259 esas sayılı dosyası ile Kocaeli 2. İdare Mahkemesi'nin 2019/6 esas sayılı dosyasında görülen davalar arasında bağlantı bulunduğu" dair İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 3İDD, 08.07.2019, E.2019/1393, K.2019/1356 sayılı bağlantı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 13.04.2020.

⁷¹ Üstün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılabilir Haller, 19.

⁷² İdari yargıda kanun yolları hakkında geniş bilgi için bkz. Ramazan Çağlayan, İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017); Ender Ethem Atay, İdari Yargılama Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 393 vd.; Mustafa Avcı, "İdari Yargıda İstinaf", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.96 (2011): 179-204; Mustafa Avcı, İdari Yargılama Usulündeki Son Yenilikler ve İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017); Serkan Çınarlı, İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018); Hüseyin Bilgin, İdari Yargıda İstinaf Başvuru Rehberi, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016).

⁷³ Üstün'e göre, kanun koyucu aksini öngörmediğinden aynı kanun yolu aşamasında olan davalar yönünden bağlantıya ilişkin hükümlerin uygulanması olanaklıdır. Üstün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılabilir Haller, 67.

⁷⁴ Temyiz aşamasında bulunan davalar hakkında bağlantı hükümlerinin uygulanabilmesine olanak sağlayan bir düzenlemeye yer verilmediğinden ... Dairemizin E.2000/4569 ve E.2001/2928 sayılı temyiz dosyaları arasında bağlantı kurulması isteminin reddine, dair D10D, 7.11.2001, E.2001/2928 sayılı bağlantı isteminin reddi kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 13.04.2020.

Burada bölge idare mahkemesinin sayılmaması da, sadece ilk derece mahkeme sıfatıyla açılan davalar arasında bağlantı hükümlerinin uygulanacağı, kanun yolu aşamasındaki davalarda bağlantı nedeniyle birleştirmenin yapılamayacağına diğer bir göstergesidir.

Kanun yolu aşamasında bağlantıya ilişkin hükümlerin uygulanması olanaklı olmadığından, temyiz aşamasındaki dava ile bölge idare mahkemesinde görülen istinaf aşamasındaki dava arasında da bağlantı nedeniyle birleştirme yapılamaz.⁷⁵

Hukuk yargılama usulünde, istinaf kanun yolu aşamasında da bağlantılı davaların birleştirilmesi uygulaması vardır. “*İstinaf incelemesi ayrı dairelerde yapılması gereken davaların da bu madde hükmüne göre birleştirilmesine karar verilebilir. Bu hâlde istinaf incelemesi, birleştirilen davalarda uyumsuzluğu doğuran asıl hukuki ilişkiye ait kararı inceleyen bölge adliye mahkemesi dairesinde yapılır*” (HMK m.166/5). İdari yargıma usulünde ise, kanun yolları aşamasında bağlantı müessesesi özel olarak düzenlenmemiştir. Ancak, iki dairesinin görevine ilişkin davaların kanun yolunda birlikte görülmesi sağlayan “müşterek heyet” düzenlemesi bulunmaktadır.

2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun Ek 1. maddesinde; “*İki dava dairesinin görevine ilişkin davalar, ilgili dava dairesinin isteği üzerine o dava dairesinin birlikte yapacakları toplantıda karara bağlanır.*” hükmüne yer verilmiştir. 2576 sayılı Kanunun 3/D-2 maddesinde de, “*İki dairesinin görevine ilişkin davalar, ilgili dairesinin isteği üzerine o dairesinin birlikte yapacakları toplantıda karara bağlanır. Bu toplantıya daire başkanlarından kıdemli olan katılır ve başkanlık eder. Toplanma ve görüşme yeter sayısı beştir. Kararlar oy çokluğuyla verilir.*” kuralına yer verilmiştir. Kanun yolu aşamasında müşterek heyet uygulaması, amaç yönünden bağlantı kurumuna benzemektedir. Ancak müşterek heyette uyumsuzluk, tek yargı merci tarafından değil, birden fazla daire tarafından müştereken çözülmektedir. Yine müşterek heyet uygulamasında tek dava bulunmakta iken, bağlantı kapsamındaki davalar birden fazladır. Müşterek heyet kapsamındaki bağlantı, davanın birden fazla dairesinin görevine ilişkin olmasıyla ilgilidir. Bu yönüyle müşterek heyet uygulaması, farklı dairelerde görülen davaların birlikte görülmesini sağlamaz.

Danıştay Kanunu’nda öngörülen müşterek heyet hükümleri, Danıştay’ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalar yönünden de geçerlidir.

⁷⁵ Konuya ilişkin bir bağlantı uyumsuzluğunda, “*Bölge İdare Mahkemeleri ile 2577 sayılı Kanunun 38. maddesinde sayılan idari yargı mercileri arasında bağlantının istenebileceğine ilişkin açık bir hükmün bulunmadığı dikkate alındığında, Danıştay ile Bölge İdare Mahkemesi İdari Dava Dairesi arasında, incelenmekte olan bu dava dosyası hakkında bağlantı kararı verilebilmesi hukuken mümkün bulunmadığına*” dair D2D, 06/03/2019, E.2019/409, K.2019/1058 sayılı bağlantı isteminin reddi kararı; benzer yönde D10D, 27.02.2018, E.2018/37, K.2018/913 sayılı bağlantı isteminin reddi kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 14.04.2020.

Kanun yolu aşamasında, farklı dairelerde bakılan davalar arasında da bağlantı bulunabilmektedir. Örneğin, ödeme emrine karşı açılan dava ile ödeme emrinin dayanağı vergi ihbarnamesi veya para cezası, ecrimisil ihbarnamesi gibi işlemlere karşı açılan davalar, kanun yolu aşamasında farklı dairelerde görülebilmektedir. Bu örneklerin çoğaltılması mümkündür. Kanun yolu aşamasında farklı dairelerde görülen bağlantılı davalar hakkında, birbiriyle çelişen yargı kararlarının verilmesine engel olmak amacıyla, idari yargıda da bağlantı kurumuna ihtiyaç duyulmaktadır. Kanun yolu aşamasında, bağlantı kurumuna daha fazla ihtiyaç duyulduğu söylenebilir. Çünkü ilk derece yargılama aşamasında verilen çelişkili kararların, kanun yolu aşamasında giderilmesi mümkün iken, kanun yolu aşamasında verilen çelişkili kararların giderilmesi daha güçtür.

Bu nedenle, kanun yolu aşamasında bağlantılı davaların birleştirilme müessesesi, idari yargıya ilişkin kanunlarda özel olarak düzenlenmelidir. İdari yargıda kanun yolu aşamasında bağlantı müessesesine yer verilmesi, çelişkili kararları önleyeceğinden yargıya olan güvenin artırılmasını sağlar ve adil yargılanma ilkesine hizmet eder.

B. AYNI MAHKEMEDE GÖRÜLEN BAĞLANTILI DAVALARIN BİRLEŞTİRMESİ

İdari yargıda ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülen ve aynı mahkemede (veya Danıştay'da aynı dairede) bulunan davalar arasında kanunun öngördüğü anlamda bağlantı bulunabilir. Aynı mahkemede açılan veya dava sırasında bağlantı hükümleri uygulanarak aynı mahkemede ayrı esas numarası alınarak birleştirilen davaların, aynı dava dosyasında birleştirilip birleştirilemeyeceğinin de irdelenmesi yerinde olacaktır. Bağlantı hükümleri uygulanmasıyla, aynı mahkemede bakılan davaların aynı mahkemede farklı esas dosyalarında görülmek üzere birleştirilmektedir. Aynı mahkemede görülen davaların birleştirilmesi ise, davaların tek dosyada birleştirilmesi suretiyle yapılmaktadır.

İdari yargıda son yıllarda, aynı mahkeme veya dairede görülen davaların, bağlantı nedeniyle aynı dosyada birleştirilmesi şeklinde bir eğiliminin olduğunu söylemek mümkündür. Farklı mahkemelerde bakılan bağlantılı davaların aynı dosyada birleştirilmesinin uygulanması, istisnai kararlar dışında bulunmamaktadır. Ancak, aynı mahkemede görülen bağlantılı davaların birleştirilmesi, idari yargıda uygulama bulmakta ve artış eğiliminde olduğu görülmektedir. Bu tür birleştirme uygulamasıyla ilgili birçok uyuşmazlık ortaya çıkmış ve bu konu, bölge idare mahkemesi ve Danıştay kararlarına da yansımaya başlamıştır.

Hukuk yargılama usulünde bağlantılı davaların birleştirilmesi, aynı dava dosyasında birleştirilmek suretiyle uygulanmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda davaların birleştirilmesi veya birleştirme kararı (m.166), sonradan birleştirilmiş davaların ayrılması (m.167) ifadelerine yer verilmek suretiyle, bağlantıda asıl uygulama aynı dosyada davaların birleştirilmesidir.

İYUK'ta bağlantı ve davaların birleştirilmesi konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na bir atf yapılmamıştır. 2577 sayılı Kanunda, davaların tek dosyada birleştirilme yolu da düzenlenmemiştir. 2577 sayılı Kanunun 38, 39, 40, 41 ve 42. maddelerinde “bağlantı” konusunda özel düzenlemeler yapılmış bulunmaktadır. Bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen davaların birleştirilmesine ilişkin hükümlerin idari yargıda doğrudan uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. İdari yargı uygulaması da genel olarak bu yöndedir.⁷⁶

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen davaların birleştirilmesine ilişkin hükümlerin idari yargıda doğrudan uygulanması gerektiği yönünde istisnai nitelik arz eden bazı idari yargı kararları verilmektedir.⁷⁷

Aynı mahkemede görülen davalar olsun olmasın İYUK'ta, hiçbir şekilde davaların aynı dosyada birleştirilmesini öngören bir kurala yer verilmemiştir. İYUK'un 39. maddesinin 2. fıkrasının a bendinin ilk halindeki madde hükmünde geçen “birleştirilerek” ifadesi, kanundan çıkarılmasıyla da, kanun koyucunun bağlantılı davaların aynı dosyada birleştirilmesinin önlemeyi amaçladığı söylenebilir.

İdari yargıda, aynı mahkemede görülen davaların tek dosyada birleştirilmeye çalışılmasındaki temel amaç, davayı kazanan taraf lehine tek vekâlet ücreti hükmedilmesini sağlamaktır. Amacın bu olduğu hususu, idari yargı kararlarına da yansımaktadır. Danıştay konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, “Mahkemece, davacı

⁷⁶ “2577 sayılı Kanunun 31/1. maddesi ile 2577 sayılı Kanunda hüküm bulunmayan ve sayma yoluyla belirtilen hususlarda Hukuk Muhakemeleri Kanununa göndermede bulunularak, maddede belirtilen hususlarda HMK'da yer alan düzenlemelerin, idari yargıda da kıyasen uygulanma imkanı getirilmiştir. Ancak, maddede belirtilenler arasında davaların birleştirilmesi hususuna ve bu konuda HMK'ya göndermede bulunulmadığından, HMK'daki “birleştirmeye” ilişkin hükmün, idari yargıda uygulanma olanağı bulunmamaktadır”, Kapanan İzmir Bölge İdare Mahkemesi 1. Kurulu, 17.05.2016, E.2016/1354, K.2016/1363 sayılı kararı; benzer yönde Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, 18.04.2019, E.2018/1772, K.2019/917 sayılı kararı; Danıştay İDDK, 12.06.2013, E.2009/187, K.2013/2335 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 14.04.2020.

⁷⁷ “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesiyle yollamada bulunulan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “Davaların Birleştirilmesi” başlıklı 166. maddesinin 1. fıkrasında “Aynı yargı çevresinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılmış davalar, aralarında bağlantı bulunması durumunda, davanın her aşamasında, talep üzerine veya kendiliğinden ilk davanın açıldığı mahkemede birleştirilebilir...” hükmüne yer verildiği belirtilmek suretiyle davaların aynı dosyada birleştirilmesi gerektiği yönünde, Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10İDD, 11.01.2017, E.2017/17, K.2017/3 sayılı kararı; benzer yönde Manisa İdare Mahkemesinin 22.11.2007, E.2007/57, K.2007/2305 sayılı kararı; Danıştay 7. Dairesi bazı kararlarında, 2577 sayılı Kanunun bağlantıya ilişkin hükümlerine yer vermeden, doğrudan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun davaların birleştirilmesi hükümlerine yer verildiği ve “Mahkemece, davacı adına tesis edilen aynı işlemden yer alan unsurlara ilişkin kendi esasına kayıtlı dosyaların birleştirilmesi suretiyle yargılama yapılması yargılama sonucunda birleştirilen, ancak seri dava niteliğinde olmayan işbu davada, haklı çıkan davacı lehine tek vekâlet ücretine hükmedilmesinde hukuka aykırılık görülmediği”, yönünde açıklamaya yer vermek suretiyle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen davaların birleştirilmesine ilişkin hükümlerin idari yargıda doğrudan uygulanması gerektiğinin savunulduğu söylenebilir, D7D, 26.3.2018, E.2014/5114, K.2018/2009 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 15.04.2020.

adına tesis edilen aynı işlemde yer alan unsurlara ilişkin kendi esasına kayıtlı dosyaların birleştirilmesi suretiyle yargılama yapılması, yargılama sonucunda birleştirilen ancak seri dava niteliğinde olmayan işbu davada, haklı çıkan davacı lehine tek vekâlet ücretine hükmedilmesinde hukuka aykırılık görülmediğine” karar verilmek suretiyle, mahkemece bağlantılı davaların tek dosyada resen birleştirilmesinde amacın vekâlet ücreti olduğu da belirtilmiş olmaktadır. Başka bir uyuşmazlıkta, *dava dilekçesinin reddi suretiyle dokuz davaya ayrılan dosyalarda, derdestlik nedeniyle incelenmeksizin ret kararı verilmesinin ve davacı aleyhine ayrı ayrı vekalet ücretine hükmedilmesinin, yargılamanın ucuz ve kısa olması ilkesine aykırılık oluşturduğu, bu davaların tekrar birleştirilerek karar verilmesi gerektiğine*⁷⁸ karar verilmiştir. Bu kararda belirtilen bozma sebebi, tek vekâlet ücretine hükmedilmesini sağlamak amacıyla davaların birleştirilmesini sağlamaktır.

Aynı yargı merciinde bulunan davaların birleştirme usulünün güncel bir yargı uygulaması olması nedeniyle, öncelikle bu tür birleştirmenin hukuki olup olmadığının ortaya konulması gerekmektedir. Konunun anlaşılması açısından, aynı mahkemede görülen bağlantılı davaların aynı dosyada birleştirme yöntemleri, bu birleştirmenin hukuka uygunluğu ve sonuçlarının incelenmesi faydalı olacaktır.

1. Aynı Mahkemede Görülen Bağlantılı Davaların Birleştirme Yöntemleri

İdari yargıda görülen bağlantılı davaların aynı dosyada birleştirilmesi farklı yöntemlerle yapılabilmektedir. Bunlar; mahkemece resen birleştirme, bağlantı usulü kullanılarak birleştirme, dava dilekçesinin reddi suretiyle birleştirme, bozma kararına uyulması suretiyle dava dosyalarının birleştirilmesi yöntemleridir.

a. Davaların Mahkemece Resen Birleştirilmesi

Aynı mahkemede veya Danıştay’ın aynı dairesinde görülen iki dava arasında, bağlantı bulunduğu yönünde tarafların iddiası üzerine veya doğrudan doğruya davalar aynı dosyada birleştirilebilmektedir. Bu usul, idari yargıda genel kabul görmüş bir usul olmamakla birlikte, birçok idari yargı merci tarafından uygulanmaktadır. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, *“Dairemizin 2001/2724 esasına kayıtlı davada verilecek hüküm, bakılan bu davayı da doğrudan etkileyecek nitelikte bulunduğundan, Dairemizin E.2001/2414 ve E.2001/2724 sayılarına kayıtlı dosyalar arasında bağlantı bulunduğuna ve 2001/2414 sayılı dosya esasının kapatılarak ilgisi nedeniyle 2001/2724 esas sayılı dosya ile birleştirilmesine”*⁷⁹ karar verilmiştir.

⁷⁸ Konya Bölge İdare Mahkemesi 3İDD, 14.12.2017, E.2017/2527, K.2017/3168 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 16.04.2020.

⁷⁹ D5D, 2.10.2001, E.2001/2414, K.2001/3317 sayılı birleştirme kararı; benzer yönde, E.2017/115 esas sayılı dava dosyasının E.2017/114 sayılı dava dosyasında birleştirilmesine ve yargılamanın E.2017/114 sayılı dava dosyası üzerinden sürdürülmesine, dair Ankara 3. Vergi Mahkemesinin 26.01.2017 gün ve E.2017/115, K.2017/122 sayılı birleştirme kararı; *“davacı tarafından hem zımnen red işlemi hem de tarafına tebliğ edilen red işlemi dava konusu edilerek; tarafları, konusu,*

Aynı mahkemede görülen bağlantılı davaların tek dosyada resen birleştirilmesi, dosyaların esas kaydının kapatılması ve tek dosyada birleştirilme yönünde karar verilmesi suretiyle yapılmaktadır. Aynı mahkemede görülen bağlantılı davaların tek dosyada birleştirilmesi uygulaması, farklı hukuki gerekçelere dayanılabilmektedir. Bir görüşe göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen davaların birleştirilmesine ilişkin hükümlerin idari yargıda doğrudan uygulanabilmesi gerektiğinden, aynı mahkemede bulunan bağlantılı davalar tek dosyada resen birleştirilebilir.⁸⁰ Bu görüşe katılmak hukuken olanaklı değildir. Çünkü 2577 sayılı Kanunda dosyaların birleştirme yolu düzenlenmemiş ve 2577 sayılı Kanunun 38, 39, 40, 41 ve 42. maddelerinde “bağlantı” konusunda özel düzenlemeler yapılmış bulunmaktadır. Bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen davaların birleştirilmesine ilişkin hükümlerin idari yargıda doğrudan uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. İdari yargıda genel uygulama bu yöndedir.⁸¹ Doktrinde bir görüşe göre, aynı mahkemede görülen davalar arasında bağlantı olduğu yönünde verilecek karar, takdire bağlıdır ve dosya üzerinde bir not olarak verilmelidir.⁸²

Diğer bir görüşe göre, İYUK'un 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, birden fazla şahsın müşterek dilekçe ile birlikte dava açabileceği hükmünden hareketle, bu yöntemin mahkemece de kendiliğinden uygulanabileceği ve bu suretle davaların birleştirilebileceği savunulmaktadır.⁸³ Bu görüşe de katılmıyoruz. Çünkü İYUK'un 5. maddesi ile birden fazla şahsın müşterek dilekçe ile birlikte nasıl dava açabilecekleri, yani dava arkadaşlığı düzenlenmiştir. Ancak, anılan düzenlemede davacıların birlikte dava açmaları, yani dava açma konusundaki iradelerini bu yönde kullanmaları durumunda geçerlidir. Davacıların ayrı dava açma iradesine rağmen mahkemelerce re'sen davaların birleştirilmesine olanak tanıyan

maddi ve hukuki sebebi aynı olan iki dava ortaya çıkarılmış olması ve bu durumun usul ekonomisi kurallarına uygun olmaması dikkate alındığında açılan davaların tek bir dosyada birleştirilmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Açıklanan nedenle; davacının başvurusunun zimnen reddedilmesi üzerine açtığı ve Danıştay 12. Dairesinin 2008/3259 Esasına kaydedilen dava dosyasının esas kaydının kapatılarak bu dosyanın Danıştay 12. Dairesinin 2007/1563 Esas No.lu dosyası ile birleştirilmesine”, dair D12D, 26.11.2008, E.2008/3259, K.2008/6751 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 16.04.2020.

⁸⁰ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10İDD, 11.01.2017, E.2017/17, K.2017/3 sayılı kararı; benzer yönde Manisa İdare Mahkemesinin 22.11.2007, E.2007/57, K.2007/2305 sayılı kararı; D7D, 26.3.2018, E.2014/5114, K.2018/2009 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 17.04.2020.

⁸¹ Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, 18.04.2019, E.2018/1772, K.2019/917 sayılı kararı; Danıştay İDDK, 12.06.2013, E.2009/187, K.2013/2335 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 17.04.2020.

⁸² Üstün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılabilir Haller, 50.

⁸³ Yasin, “İdari Yargıda Bağlantılı Davalar.”, Erişim Tarihi: Eylül 20, 2020, <http://www.e-akademi.org/>; Üstün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılabilir Haller, 175; aynı yönde Manisa İdare Mahkemesi, 17.09.2008, E.2008/1717, K.2008/1714 sayılı kararı; Van 3. İdare Mahkemesinin 26.02.2018 tarih ve E.2017/1647, K.2018/481 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 17.04.2020.

bir hükme kanunda yer verilmemiştir. Bu nedenle, İYUK'un 5. maddesinde belirtilen usul hükmünün kıyasen uygulanarak aynı yöntemin mahkemelerde de kendiliğinden uygulanabileceği ve bu suretle davaların birleştirilebileceği sonucuna ulaşmak hukuken olanaklı değildir. Bu tür bir yorum, İYUK'un 5. maddesinin 2. fıkrasına da açık aykırılık teşkil edecektir. İdari yargıda hâkim uygulama da bu yöndedir.⁸⁴

Başka bir görüşe göre ise, İYUK'un bağlantıya ilişkin mevcut hükümleri, aynı mahkemede görülen davaların tek dosyada birleştirilmesine engel değildir.⁸⁵ Bu görüşe katılmak da hukuken olanaklı değildir. Çünkü İYUK'ta aynı mahkemede görülen davalar olsun olmasın, açılmış olan davaların aynı dosyada birleştirilmesini veya birleştirilen dosyaların ayrılmasını öngören bir kurala yer verilmiştir. İYUK'un 39. maddesinin 2. fıkrasının a bendinin ilk halindeki madde hükmünde geçen "birleştirilerek" ifadesi, kanundan çıkarılmasıyla da, kanun koyucunun görülmekte olan bağlantılı davaların aynı dosyada birleştirilmesinin önlemeyi amaçladığı söylenebilir. Üstün'e göre Kanunun mevcut halinde, birden fazla davanın tek dava çatısı altında açılması şeklinde birleştirmeye imkân tanıyan istisnai düzenlemeleri mevcuttur. Örnek olarak da, aynı dilekçeyle dava açılması (m.5), ilanı gereken düzenleyici işlem ile uygulama işlemine aynı dilekçeyle dava açılması, aynı işlemden kaynaklanan iptal ve tam yargı davasının aynı dilekçeye konu edilmesidir.⁸⁶ Üstün'ün belirttiği üzere, Kanunun mevcut halinde, birden fazla davanın tek dava çatısı altında açılması şeklinde birleştirmeye imkân tanıyan istisnai düzenlemeleri mevcut ise de, bu durum, açılmış olan davaların birleştirilmesi değil, bazı bağlantılı davaların tek dilekçeyle açılmasıyla ilgilidir.

İYUK'ta, farklı mahkemelerdeki bağlantı davaların, aynı mahkemede farklı esas numarası alarak görülmesi amaçlanmıştır.⁸⁷ Kanun koyucu dolayısıyla, aynı mahkemede açılmış olan ve bağlantılı davaların tek dava dosyasında birleştirilmesi usulünü tercih etmemiştir. Aynı bölge idare mahkemesinin yargı çevrelerindeki mahkemelerde görülen bağlantı davalar, bölge idare mahkemesi tarafından kararda "yetkili mahkeme belirtilmek" ve dosyalar bu mahkemeye gönderilmek suretiyle birleştirilmektedir. Bağlantılı davaların tek dosyada değil, tek mahke-

⁸⁴ Bunu destekleyen idari yargı kararları Danıştay İDDK, 12.06.2013, E.2009/187, K.2013/2335 sayılı kararı; Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, 18.04.2019, E.2018/1772, K.2019/917 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 17.04.2020.

⁸⁵ Gözübüyük ve Tan, İdare Hukuku C.II, 957; Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, 423; Aksi görüşte olan Candan'a göre, davalar arasında 2577 sayılı Kanunun öngördüğü anlamda bağlantı olabilmesi için, davaların aynı mahkemenin yetkisine girmemesi gerektiği savunulmaktadır. Candan, Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 947; Bu görüşe göre, aynı mahkemede görülen davalar arasında bağlantı hükümleri uygulanamayacağını söylemek mümkündür.

⁸⁶ Üstün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılacak Haller, 89.

⁸⁷ Aynı yönde Üstün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılacak Haller, 6.

mede yargılamaının yapılması sağlanmış olmaktadır. Öte yandan, aynı mahkemede görülen davaların tek dosyada birleştirilmesi gerektiği görüşünü savunmak, İYUK'un "*Bağlantının bulunup bulunmadığı yolundaki bölge idare mahkemesi ve Danıştay kararları kesindir*" (m.42/3) hükmüne aykırı olabileceğini düşünmekteyiz. Çünkü bağlantılı davalar, bölge idare mahkemeleri ve Danıştay tarafından, tek dosyada görülmesi şeklinde değil, kanun gereği "yetkili mahkeme belirtilmek" ve dosyalar bu mahkemeye gönderilmek suretiyle, tek mahkemede ayrı esas numarası alınması suretiyle birleştirilmektedir. Danıştay veya bölge idare mahkemesinden bağlantı kararı üzerine gelen dosyaların, mahkemesince tek dosyada birleştirilebilmesi, bağlantının bulunup bulunmadığı yolundaki bölge idare mahkemesi ve Danıştay kararlarının kesin olduğu hükmüne aykırı olacaktır.

Yine bu uygulama İYUK'un 5/1. maddesine de açık aykırılık teşkil edecektir. 2577 sayılı Kanuna göre "*Her idari işlem aleyhine ayrı ayrı dava açılır. Ancak, aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık yada sebep sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabilir*" (m.5/1). Aynı mahkemede görülen bağlantılı davaların tek dosyada birleştirilmesi uygulamasının kabul edilmesi halinde, aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık yada sebep sonuç ilişkisi bulunmamakla birlikte, biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek işlemin iptali davalarının da, aynı dosyada birleştirilmesi sonucu ortaya çıkacaktır.⁸⁸ Ancak aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep sonuç ilişkisi bulunmayan işlemlere tek dilekçeyle dava açılması halinde ise, 5. maddeye uygun olmayan dava dilekçesi ayrı dava açılmak üzere reddedilecektir (m.15). Kanun koyucunun amir hükmü gereği ayrı dava açılmak üzere reddedilecek bir durumu, bağlantı hükümleri kapsamında yorum yoluyla dosyaların birleştirilmesi yoluyla aşmak, kanunun açık hükmüne ve kanun koyucunun amacına açık aykırılık teşkil edecektir. Bu durum, aynı mahkemede görülen bağlantılı davaların tek dosyada birleştirilmesinin hukuka aykırı olduğunun diğer bir kanıtıdır.

b. Davaların Bağlantı Yöntemiyle Birleştirilmesi

Aynı mahkemede bakılan davaların tek dosyada birleştirilmesinde, idari yarıda uygulanmaya çalışılan diğer bir yöntem, İYUK'un bağlantıya ilişkin hükümlerinin uygulanması usulüdür. Bu yöntemde, tarafların isteği üzerine veya doğrudan mahkemece, aynı mahkemede davaların tek dosyada birleştirilmesi yönündeki bağlantı iddiasının kabulü üzerine, konuyla ilgili karar verilmek üzere dosyalar bölge idare mahkemesine gönderilir. Birleştirme isteminin mahkemece reddi kararına yapılan itiraz üzerine de, konuyla ilgili karar verilmek üzere dosyalar bölge idare mahkemesine gönderilmektedir.

⁸⁸ Üstün'e göre böyle bir durumda, Kanununun 38. maddesine göre münferiden inceleme yapılması gerekir. Üstün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılabilir Haller, 176.

İdari yargıda genel uygulama, İYUK'taki bağlantı usulünün, aynı mahkemede görülen bağlantılı davaların tek dosyada birleştirilmesinde uygulanmasının mümkün olmadığı yönündedir. Bu nedenle, aynı mahkemedeki davaların tek dosyada birleştirilmesi yönündeki bağlantı iddiasının kabulü üzerine veya ret kararına itiraz üzerine, dosyaların gönderildiği bölge idare mahkemeleri, bağlantı isteminin reddine karar vermektedir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, *“bağlantı isteminin reddine ilişkin karara vaki itiraz üzerine bölge idare mahkemesine gönderilen dava dosyası incelenmesi üzerine, bağlantı kararı verilmesi halinde, dosyalar tek bir mahkemede toplanarak farklı esas numaraları altında incelenmeye devam edilmekte, dosyaların tek bir esas numarası altında birleşmesi söz konusu olmadığı, somut olayda; Bursa 1. Vergi Mahkemesinin başka esaslarında kayıtlı davalar arasında bağlantının varlığına karar verilmesi istenilmişse de; bağlantı müessesesi ancak farklı mahkemelerde görülen davalar arasında söz konusu olabileceğinden, Bursa 1. Vergi Mahkemesi dosyaları arasında bağlantının varlığına karar verilmesi mümkün olmadığından, itiraz isteminin reddine”*⁸⁹ karar verilmiştir.

Başka bir uyuşmazlıkta ise, *davacı tarafından aynı mahkemenin farklı esasında açılan davanın birleştirilmesi isteminin, mahkemece bağlantı istemi olduğu kabul edilerek bağlantının bulunmadığı yolunda verilen karara itiraz edilmesi üzerine, bölge idare mahkemesince, aynı mahkemenin esasına kayıtlı dava dosyalarının mahkemeden birleştirilmesine karar verilmesinin istenilmesine karşın, dava dosyalarının birleştirilmesi isteminin bağlantı istemi olduğu kabul edilerek bağlantı isteminin reddi yolunda verilen kararda isabet bulunmadığına ve davaların birleştirilmesi istemi ve davanın esası hakkında karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine,*⁹⁰ karar verilmiştir. Bu kararda, İYUK'ta öngörülen bağlantı hükümlerinin, aynı mahkemede görülen dava dosyalarının birleştirme istemleri hakkında uygulanamayacağı, bağlantı istemleri ile aynı mahkemede davaların tek dosyada birleştirme istemlerinin farklı müesseseler olduğu vurgulanmıştır. Dolayısıyla, aynı mahkemede davaların birleştirme is-

⁸⁹ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 5VDD, 25.05.2018, E.2018/6993, K.2018/2800 sayılı bağlantı kararı; benzer yönde Ankara Bölge İdare Mahkemesi 12İDD, 06.03.2018, E.2018/301, K.2018/308 sayılı bağlantı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 5VDD, 29.05.2018, E.2018/7154, K.2018/3990 sayılı bağlantı kararı; İzmir Bölge İdare Mahkemesi 3İDD, 22.05.2018, E.2018/588, K.2018/550 sayılı bağlantı kararı; aynı mahkemede iki ayrı davanın birleştirilmesinin hukuken mümkün olmadığından, birleştirme isteminin reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararına karşı yapılan itirazın reddine, dair Samsun Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, 20.06.2019, E.2019/699, K.2019/716 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 18.04.2020.

⁹⁰ Konya Bölge İdare Mahkemesi 3VDD, 24.4.2018, E.2018/476, K.2018/275 sayılı bağlantı kararı, benzer bir uyuşmazlıkta, *“davalı idare tarafından yapılan davaların birleştirilmesi talebi hakkında değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerekirken, birleştirme talebinin bağlantı talebi olarak kabul edilmesi suretiyle karar verilmesi yerinde değil ise de, aynı mahkemede açılmış olan davalar için 2577 sayılı Kanunda öngörülmeven davaların birleştirilmesi yönteminin uygulanması mümkün olmadığından, birleştirme istemi hakkında değerlendirme yapılmaksızın verilen mahkeme kararında sonucu itibarıyla isabetsizlik görülmediğine”,* dair Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 2VDD, 08.07.2019, E.2019/881, K.2019/928 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 18.04.2020.

temleri hakkında bölge idare mahkemelerinin karar verme yetkisi bulunmadığı, bu istem hakkında mahkemesince karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu kararın hukuka uygun olduğunu düşünmekteyiz. Bu nedenle aynı mahkemedeki davaların tek dosyada birleştirilmesi istemlerinde, İYUK'un bağlantıya ilişkin usul hükümleri uygulanmamalı, mahkemece bu istem karşılanmalıdır. Hatta, bu müessese kanunda özel olarak düzenlenmediğinden, bu istemler hakkında mahkemece ret veya kabul kararı verilmeden yargılamaya devam edilebilmelidir.

Bu yöntem bazı ilk derece idare veya vergi mahkemeleri tarafından uygulanmaya çalışılarak, dosyalar birleştirme için bölge idare mahkemelerine gönderilmekte ise de, aynı mahkemedeki dosyaların birleştirilmesi yönünde bölge idare mahkemelerince verilmiş bir karar örneği yoktur. Ancak bazı bölge idare mahkemesi istinaf daireleri, aynı mahkemede görülen bağlantılı davaların tek dosyada birleştirilebileceği görüşündedir.⁹¹ Bu istinaf dairelerine bağlantı usulü kapsamında aynı mahkemedeki bağlantılı davaların tek dosyada birleştirilmesi istemlerini karara bağlanması başvurusu gelmesi halinde, davaların tek dosyada birleştirilmesi kuvvetle ihtimaldir.

c. Dava Dilekçesinin Reddi Yoluyla Birleştirme

İdari yargıda aynı mahkemede görülen bağlantılı davaların tek dosyada birleştirme uygulamasının diğer bir örneği de, dava dilekçesinin reddi yöntemidir. Bu karar türü, idari yargıda 2015 yılından sonra verilmeye başlanmıştır. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, *davacılar tarafından talep edilen maddi ve manevi zararların miktarlarında da tereddüde düşüldüğü ve davalar arasında derdestlik durumu olduğu anlaşılacakla söz konusu olay nedeniyle tek bir dava açılması gerekirken iki ayrı dava açılmış olması nedeniyle davanın sebebi, konusu ve talep edilen tazminat tutarı bakımından 2577 sayılı Yasa'nın 3. maddesine uygun olarak düzenlenmeyen dava dilekçesinin bu haliyle kabulüne olanak bulunmadığından dava dilekçesinin reddine*⁹² karar verilmiştir.

⁹¹ Özel usulsüzlük cezalarının kaldırılması istemiyle ayrı ayrı açılan ve birleştirme kararları uyarınca tek dosya üzerinden karara bağlanan davada istinaf isteminin reddi yönünde Konya Bölge İdare Mahkemesi 2VDD, 11.04.2017, E.2016/111, K.2017/919 sayılı istinaf isteminin reddi kararı, bu kararda dolaylı olarak, aynı mahkemedeki dosyaların birleştirilebileceğinin benimsendiğini göstermektedir; aynı yönde; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 3VDD, 27.12.2016, E.2016/2713, K.2016/1898 sayılı bağlantı kararı; başka bir uyuşmazlıkta "uyuşmazlığın her ikisinin de Malatya İdare Mahkemesinde olduğu gözetildiğinde, İdare Mahkemesince birleştirme kararı alınarak Mahkemelerindeki dosyaların birleştirilmesi suretiyle uyuşmazlığın yeniden tek davaya dönüştürülmesi ve bu şekilde işin esası incelenmek suretiyle davacıların talepleri hakkında bir karar verilmesi gerekirken, 2577 sayılı Kanun'un 3. maddesine açıkça aykırı bir şekilde söz konusu dilekçenin reddedilmesi ve ardından süresi içinde davanın yenilenmediğinden bahisle davanın süreaşımı nedeniyle reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmadığı" yönünde Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 3İDD, 22.05.2018, E.2018/2068, K.2018/2386 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 18.04.2020.

⁹² Malatya İdare Mahkemesi, 27.10.2017, E.2017/1183, K.2017/1520 sayılı kararı, aynı yönde Malatya İdare Mahkemesi, 27.10.2017, E.2017/1063, K.2017/1519 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 20.04.2020.

Aynı mahkemedeki bağlantılı davaların tek dosyada birleştirilmesi görüşünde olan ilk derece idare ve vergi mahkemeleri, resen birleştirme veya bağlantı usulüyle davaların tek dosyada birleştirilmesi yöntemlerinin idari yargıda genel olarak kabul görmemesi ve netice alınamaması üzerine bu yönetime yönelmişlerdir. Çünkü idare veya vergi mahkemelerince bağlantılı davaların aynı dosyada resen birleştirme uygulaması, temyiz veya istinaf kanun yolu aşamasında usul hükümlerine aykırılık olarak kabul edilmekte, birleştirilen dosyanın tekrar ayırılmak suretiyle yeniden yargılama yapılması amacıyla, birleştirilen davada verilen kararın bozulmasına karar verilmektedir.⁹³ Bağlantı usulüyle davaların tek dosyada birleştirilmesi yöntemi de bölge idare mahkemelerince genel anlamda kabul görmemiştir.

Aynı mahkemedeki bağlantılı davaların tek dosyada birleştirilmesi amacıyla yapılan dava dilekçesinin reddi, dilekçenin İYUK'un 3. maddesine aykırılık olduğu gerekçesine dayandırılmaktadır. Ancak İYUK'un 3. maddesinde, bağlantılı birden fazla dava konusunun aynı dilekçede yer alması gibi bir zorunluluk öngörülmemiştir. Bu nedenle, aynı mahkemedeki bağlantılı davaların, tek dosyada birleştirilmesi amacıyla yapılan dava dilekçesinin reddi kararlarının hukuka uygun olmadığı söylenebilir.

Aynı mahkemedeki davaların birleştirilmesi için uygulanan bu yöntemle, usul açısından kısmen sonuç alındığını söylemek mümkündür. Çünkü dava dilekçesinin 2577 sayılı İYUK'un 3. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan "dava dilekçesinin reddi" kararları, istinaf ya da temyiz yoluna başvurulamayan kararlardandır (m.15). Netice itibarıyla bu uygulama, yargılama usulü yönünden engellenemeyen bir yöntemdir.

Aralarında bağlantı olan ve aynı mahkemede ayrı ayrı açılan davaların, dava dilekçesinin reddi yöntemiyle birleştirilme uygulaması İYUK'un 5. maddesine aykırılık teşkil ettiğini düşünmekteyiz. Çünkü İYUK'un 5. maddesine göre, kural olarak her idari işlem aleyhine ayrı ayrı dava açılır. Aralarında maddi veya hukuki yönden bağıllık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabilmesi davacının ihtiyarında olan bir haktır. Yani davacılar açısından bakıldığında, ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusudur.⁹⁴ Yine hak veya menfaatlerinde iştirak bulunması ve davaya yol açan maddi olay veya hukuki sebeplerin aynı olması halinde birden fazla şahsın müşterek dilekçe ile dava açabilmesi de isteğe bağlı bir haktır. Bu seçimlik hakkın kullanılmayarak

⁹³ Danıştay İDDK, 12.06.2013, E.2009/187, K.2013/2335 sayılı kararı; Danıştay VDDK, 25.4.2012, E.2010/741, K.2012/164 sayılı kararı; Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, 18.04.2019, E.2018/1772, K.2019/917 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1VDD, 11.04.2018, E.2017/1832, K.2018/555 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 3VDD, 11.04.2017, E.2017/242, K.2017/645 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 22.04.2020.

⁹⁴ Oğuz Sancakdar, "İdari Yargıda Tek Dilekçe ile Dava Açma (Karşılaştırmalı Hukukî Analiz)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, S.2 (2007): 223-269.

aynı mahkemede ayrı açılan davaların tek dava dilekçesinde açılmak üzere dava dilekçesinin reddine karar verilmesi, kanunla taraflara verilen seçimlik hakka müdahale niteliği taşır. Bu nedenle, bu yöntemin yürürlükteki mevzuata aykırı olduğunu söylemek mümkündür.

Dava dilekçesinin reddi yöntemiyle davaların aynı dosyada birleştirilmesi yöntemi, tarafların rızası hilafına olmaktadır. Ancak tarafların iradeleri birleştirme usulüne dâhil olmaktadır. Çünkü dilekçenin reddi üzerine, birden fazla dava, tek dilekçeyle dava açılmak suretiyle aynı dosyada davacı tarafından birleşmektedir. Diğer bir anlatımla mahkeme, bu usulü taraflar aracılığıyla gerçekleştirmektedir. Bu durum, açılan yeni davada verilen kararın usulden (ayrı ayrı davalara bakılması gerektiği yönünden) bozulma ihtimalini azaltmaktadır. Bu şekilde birleşen dosyada verilen mahkeme kararlarının kanun yolu incelemesinde, yargılamanın daha az giderle ve daha hızlı görülmesini sağlamak açısından, bu yöntemin usul hükümlerine uygun olup olmadığına girilmemektedir. Bu yöntemde davanın iradesinin de dâhil edilmiş olması, birleştirilmiş dosyada verilen mahkeme kararının usulden bozulmasına önemli bir engel teşkil ettiği açıktır.

Dava dilekçesinin reddi suretiyle davaların tek dosyada birleştirilmesi yöntemi, taraflar yönünden bazı sakıncalar doğurabilmektedir. Örneğin dava dilekçesinin reddi üzerine, davacı tarafından 30 gün içinde yenileme dilekçesiyle yeniden dava açılması gerekmektedir. Dilekçe ret kararına uygun olarak 30 gün içinde dava açılmaması veya kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren 30 günden sonra dava açılması halinde, davacı hak kaybına uğrayacaktır. Bu durum ise, mahkemeye ulaşmayı aşırı derecede zorlaştıran ya da imkânsız hâle getiren uygulamalar kapsamında değerlendirilerek, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna götürebilir.⁹⁵

Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, *aynı mahkemede görülen davalar arasında derdestlik durumu olduğu, olay nedeniyle tek bir dava açılması gerekirken iki ayrı dava açılmış olması nedeniyle davanın sebebi, konusu ve talep edilen tazminat tutarı bakımından 2577 sayılı Yasa'nın 3. maddesine uygun olarak düzenlenmeyen dava dilekçesinin bu haliyle kabulüne olanak bulunmadığı yönünde Malatya İdare Mahkemesi tarafından birlikte açılması gerekirken ayrı ayrı dilekçelerle aynı olaydan kaynaklı tazminat davası açılmasının 2577 sayılı Kanun'un 3. maddesine aykırı olduğu belirtilerek ve dava dilekçelerinin birleştirilmesini sağlamak amacıyla dilekçenin reddine karar verildiği, söz konusu dilekçe ret kararının davacı vekiline tebliği üzerine 30 günlük süre içinde yenileme dilekçesi verilmediğinden bahisle ise davanın süreaşımı nedeniyle reddi yönünde verilen kararın, davaların birleştirilmesi suretiyle tek bir davaya dönüştürülmesi olanaklı olmasına karşın dilekçenin reddine ilişkin kararın 2577 sayılı Kanun'a açıkça*

⁹⁵ Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 3İDD, 22.05.2018, E.2018/2068, K.2018/2386 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 22.04.2020.

aykırı bir şekilde verilmesi nedeniyle davacının 30 günlük hak düşürücü yenileme süresini kaçırdığından söz edilemeyeceği, bu haliyle mahkemeye erişim hakkı ile hak arama özgürlüğünün kısıtlandığı, bu hususların ise hakkaniyete ve hukuka aykırı olduğundan, süre ret kararının kaldırılmasına,⁹⁶ karar verilmiştir.

Karar hakkaniyete uygun olmakla birlikte iki yönden hukuka uygun olmadığını düşünmekteyiz. Birinci olarak karar “otuz gün içinde bizzat veya bir avukat vasıtasıyla dava açılmak üzere dilekçelerin reddine” (İYUK m.15) dair Kanun hükmüne açık aykırıdır. İkinci olarak ise, iki ayrı dosyada tazminat davası açılması halinde anılan dosyaların birleştirilmesi ve tazminat isteminin tek davaya dönüştürülmesinin İYUK’un 3. maddesi uyarınca sağlanmasına olanak bulunmadığı gerekçesi yerindedir. Ancak, davaların (resen) birleştirilmesi suretiyle tek bir davaya dönüştürülmesi olanaklı olmasına karşın dava dilekçesinin reddinin hukuka uygun olmadığı gerekçesi karar da belirtilmiş ise de, davaların resen tek dosyada birleştirilmesinin de açık bir kanuni dayanağının bulunmadığı, bu gerekçeye dayanılarak, kanunda öngörülen 30 gün içinde açılmayan davanın süre aşımı nedeniyle reddine dair kararın kaldırılmasının hukuken olanaklı olmadığını düşünmekteyiz.

Sayılan sakıncalar nedeniyle, aynı mahkemede davaların tek dosyada birleştirilmesi için dava dilekçesinin reddi yöntemine zorunlu olmadıkça başvurulmaması yerinde olacaktır.

d. Bozma Kararına Uyuma Yoluyla Birleştirme

İdari yargıda aynı mahkemede görülen bağlantılı davaların tek dosyada birleştirilmesi, üst derece yargı merciinin bozma kararına uyulmak suretiyle de yapılabilir.

Danıştay veya bölge idare mahkemeleri, aynı mahkemede bağlantılı davaların tek dosyada birleştirilerek görülmesi gerektiği yönünde bozma kararları verebilmektedir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, “*uyuşmazlığın her ikisinin de Malatya İdare Mahkemesinde olduğu gözetildiğinde, İdare Mahkemesince birleştirme kararı alınarak Mahkemelerindeki dosyaların birleştirilmesi suretiyle uyuşmazlığın yeniden tek davaya dönüştürülmesi ve bu şekilde işin esası incelenmek suretiyle davacıların talepleri hakkında bir karar verilmesi gerekirken, 2577 sayılı Kanun’un 3. maddesine açıkça aykırı bir şekilde söz konusu dilekçenin reddedilmesi ve ardından süresi içinde davanın yenilenmediğinden bahisle davanın süreaşımı nedeniyle reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmediği*”⁹⁷ yönünde karar verilmiştir.

⁹⁶ Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 3İDD, 22.05.2018, E.2018/2068, K.2018/2386 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 07.05.2020.

⁹⁷ Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 3İDD, 22.05.2018, E.2018/2068, K.2018/2386 sayılı kararı; benzer yönde mahkeme esasına kaydedilen dosyaların birleştirilmesi gerekirken derdestlik nedeniyle incelenmeksizin ret kararı verilmesinde hukuki isabet görülmediğine ve yeniden bir karar

Başka bir uyuşmazlıkta, 9 ders ile ilgili olarak tesis edilen işlemin iptali is-temiyle açılan davada, her bir ders için ayrı dilekçeyle işlemin iptali için dava açılması gerekirken tek dilekçeyle dava açılmasında 2577 sayılı Kanunun 5'inci madde hükmüne uyarlık bulunmadığı" gerekçesiyle dava dilekçesinin reddine karar verildiği, dilekçe ret kararı sonrasında yenilenen 9 ayrı davada da incelenmeksizin ret kararı verildiği, davacının tek bir kararla tesis edilen işleme yönelik olarak tek dilekçeyle açtığı davada vermiş olduğu dava dilekçesinin 2577 sayılı Kanunun 5/1 maddesine uygun bir dilekçe olduğu, bu itibarla uyuşmazlığın tek bir davada görüm ve çözümlünün mümkün olduğu sonucuna varıldığından, davacının usulüne uygun olarak düzenlediği dava dilekçesine yönelik olarak usul ve yasaya aykırı verilen dilekçe ret kararı sonrasında açılan davaların derdest olduğu gerekçesiyle incelenmeksizin reddi yönünde verilen istinafa konu Mahkeme kararında usul kurallarına ve hukuka uyarlık bulunmadığına⁹⁸ karar verilmiştir. Bu kararda açık olarak belirtilmemiş ise de, tek dava ile görülecek uyuşmazlığın dilekçenin reddi yoluyla 9 ayrı davaya ayrılmasının hukuka aykırı olduğu, ayrılan davaların tekrar birleştirilmesi suretiyle yeniden karar verilmesi gerektiği amaçlanmıştır. Bu kaldırma kararın uygulanması, dava dilekçesinin reddi yoluyla ayrılan davaların yeniden tek dosyada birleştirilmesi ve bu şekilde karar verilmesi şeklinde olacaktır.

Bu yöntem, kaldırma kararı üzerine uygulandığı için, ilk derece yargı merci tarafından zorunlu olarak uygulanmaktadır. Çünkü bölge idare mahkemesinin istinaf üzerine verdiği ve temyiz yolu açık olmayan kararları kesin olarak verilmektedir. Bölge idare mahkemesinin bu tür kararlarına karşı, ilk derece mahkemesinin direnme hakkı hukuken bulunmamaktadır. İlk derece yargı merci bölge idare mahkemesinin kararına katılmasa dahi, bozma (kaldırma) kararında öngörülen birleştirmeyi mecburi olarak uygulayacaktır. Bu durum, aynı mahkemede davaların tek dosyada birleştirmesinde farklı bir yöntemi ortaya çıkarmıştır.

2. Aynı Mahkemede Görülen Bağlantılı Davaların Birleştirilmesinin Hukuki Sonuçları

İYUK'ta öngörülen bağlantı hükümleri, farklı mahkemelerde açılan davaların tek bir mahkemede ayrı esas numarası olarak birleştirilmesini amaçlamaktadır. Ancak son yıllarda aynı mahkemede görülen davaların da, bağlantı nedeniyle aynı dosyada birleştirilmesi şeklinde kararlar verilmeye başlanmıştır.

Bu kararlar farklı gerekçelere dayandırılmakta ve değişik yöntemlerle yapılmaktadır. Aynı mahkemede bağlantılı davaların tek dosyada birleştirilmesi yöntemlerinden resen birleştirme ve bağlantı yoluyla birleştirme türü idari yargıda genel kabul görmemiştir. Danıştay ve bölge idare mahkemeleri, bu tür birleş-

verilmek üzere dosyanın mahkemesine iadesine, dair Ankara Bölge İdare Mahkemesi 10İDD, 11.01.2017, E.2017/17, K.2017/3 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 07.05.2020.

⁹⁸ Konya Bölge İdare Mahkemesi 3İDD, 14.12.2017, E.2017/2527, K.2017/3168 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 07.05.2020.

tirme kararlarını usul hükümlerine aykırı bulmuş ve davaların tekrar ayrılmasını sağlamıştır. Ancak bu tür birleştirme kararları, kısmen de olsa uygulama alanı bulmuştur. Bozma kararına uyularak, aynı mahkemedeki davaları birleştirme uygulamasının uygulama alanı da çok sınırlıdır.

Dava dilekçesinin reddi suretiyle aynı mahkemedeki davaların birleştirilmesi yöntemi de, sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Ancak gerek taraflar gerekse de üst yargı mercileri, bu birleştirme uygulamasına engel olamamaktadır. Çünkü “dava dilekçesinin reddi” kararları, istinaf ya da temyiz yoluna başvurulamayan kararlardandır (m.15). Bu yöntemde davacının iradesinin de dâhil edilmiş olması, birleştirilmiş dosyada verilen mahkeme kararının usulden bozulmasına önemli bir engel teşkil etmektedir.

Aynı mahkemedeki bağlantılı davaların tek dosyada birleştirilmesinin kanuni bir dayanağı bulunmamaktadır. Danıştay kararında da, “*idari yargılama usulünde, bağlantılı davaların birleştirilmesine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmasa da, birbiriyle hukuki irtibatı bulunan davaların birleştirilmesi usulü Danıştay içtihatlarıyla tesis edilmiş olduğundan, biri hakkında verilecek kararın, diğerine tesir edecek mahiyetteki davaların birleştirilebileceği içtihat olarak kabul edilmektedir*”⁹⁹ açıklamasına yer verildiği üzere, bu uygulama idari yargıda içtihat yoluyla benimsendiği belirtilmiştir. Ancak aynı mahkemede görülen ve tek dosyada birleştirilecek davaların kapsamı ve sınırının ne olduğu konusunda bir ölçüt bulunmamaktadır.

Aynı mahkemedeki davaların birleştirilmesinde, genellikle bağlantıya ilişkin hükümlere atıf yapılmaktadır. Bağlantı hükümleri kapsamındaki davalar ise geniş kapsamlıdır. İYUK’ta, aynı mahkemede tek dilekçeyle açılacak davalara 5. maddeyle sınır getirilmiştir. Çünkü biri hakkında verilecek kararın diğerine tesir edecek mahiyetteki davaların tümü arasında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep sonuç ilişkisi bulunmayabilir (İYUK m.5/1). Ya da hak veya menfaatlerinde iştirak bulunması ve davaya yol açan maddi olay veya hukuki sebeplerin aynı olması halinde birden fazla şahsın müşterek dilekçe ile dava açabilmesi mümkün iken, biri hakkında verilecek kararın diğerine tesir edecek mahiyetteki davalar bu kapsamı aşabilir. Davalar arasında bağlantı olması, bu davaların mutlaka tek dilekçe ile açılabileceğini göstermez.¹⁰⁰

Aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep sonuç ilişkisi bulunmayan işlemlere tek dava açılması veya birden fazla kişinin tek dilekçeyle açtığı davada hak veya menfaatlerin iştirak olmaması ve davaya yol açan maddi olay veya hukuki sebeplerin aynı olmama halinde, 5. maddeye uygun olmayan dava dilekçesi kanunun amir hükmü gereği, ayrı dava açılmak üzere reddedilecektir (İYUK m.15). Kanun koyucunun amir hükmü gereği ayrı dava açılmak

⁹⁹ D7D, 26.3.2018, E.2014/5114, K.2018/2009 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 07.05.2020.

¹⁰⁰ Sancakdar, “İdari Yargıda Tek Dilekçe ile Dava Açma (Karşılaştırmalı Hukukî Analiz),” 256.

üzere reddedilecek bir durumu, biri hakkında verilecek kararın diğerine tesir edecek mahiyetteki davalar olarak kabul etmek, bağlantı hükümleri kapsamında yorum yoluyla ve davaların birleştirilmesi usulüyle aşmak, kanunun açık hükmüne ve kanun koyucunun amacına açık aykırılık teşkil edecektir.

Aynı mahkemede görülen davaların tek dosyada birleştirilmesi uygulamasının idari yargıda kısmen kabul görmüş olması, dava dilekçesinin reddi gibi engel olunamayan birleştirme yöntemlerinin kullanılmaya başlanması halleri dikkate alındığında, “*aynı mahkemede davaların tek dosyada birleştirilmesi*” müessesinin İYUK’ta özel olarak düzenlenmesini gerekli kılmaktadır. Bu şekilde, aynı mahkemede davaların birleştirilmesine ilişkin farklı uygulamaların ve hak kayıplarının idari yargıda önüne geçilmiş olacaktır. Örneğin dava dilekçesinin reddi suretiyle davaların birleştirilmesi yönteminde olduğu gibi, davanın süresinde yenilenmemesi gibi sakıncalar ortadan kalkacaktır.

Aynı mahkemede görülen davaların birleştirilmesinin yöntem ve usulü, bağlantı hükümlerinden farklı olarak yapılması kanunda öngörülmelidir. Bu konuda yapılacak kanuni düzenlemeyle, bu tür birleştirme, istek üzerine veya doğrudan mahkeme veya daire tarafından yapılabilir. Bağlantı hükümlerinde olduğu gibi, aynı mahkemede davaların birleştirilmesi için dosya bölge idare mahkemesine gönderilmemelidir. Yapılacak kanuni düzenlemeyle, tek dosyada birleştirilecek davaların kapsam ve sınırı İYUK’un 5. maddesi hükmüne uyumlu olacak şekilde belirlenmelidir. Diğer bir deyişle, tek dava dilekçesiyle açılacak konularla sınırlı olarak, ayrı açılan davaların birleştirilmesi imkânı getirilmelidir. Bu şekilde 2577 sayılı İYUK 5. maddesine uygun olmayan ve bu nedenle dava dilekçesinin reddi sebebi sayılabilecek uyuşmazlıkların tek dava dosyasında birleştirilmesinin önüne geçilmiş olacaktır. Bu durum davacı lehine de olacaktır. Çünkü davacı tarafından tek dilekçeyle açılma imkânı olduğu halde ayrı açılan davaların, davacının sonradan istemi üzerine tek dosyada birleştirilmesi imkânı olacaktır.

Uygulamada, aynı mahkemede görülen davaların birleştirilmesindeki temel amacın, davayı kazanan tarafa tek vekâlet ücreti hükmedilmesi sağlamak olduğu yukarıda belirtilmişti. Bu nedenle yapılacak kanuni düzenlemede, birleştirilen dosyada taraflar lehine vekâlet ücretinin ne şekilde hükmedileceğinin de açık olarak belirtilmesi faydalı olacaktır.

Farklı mahkemelerde görülen davaların bağlantı hükümleri kapsamında aynı mahkemede farklı esas numarası alarak birleştirilmesi üzerine dahi, mahkeme veya dairece gerekli görülmesi halinde davalar tek dosyada birleştirilebilmelidir. Bu amaçla, İYUK’ta yer verilen “*Bağlantının bulunup bulunmadığı yolundaki bölge idare mahkemesi ve Danıştay kararları kesindir*” (m.42) kuralından sonra gelmek üzere aynı maddeye, “*Bağlantı bulunduğu yolundaki bölge idare mahkemesi ve Danıştay kararlarının kesin olması, bu davaların tek dosyada birleştirilmesine engel değildir*” yönünde bir bent eklenmesi yerinde olacaktır.

3. Bağlantı Nedeniyle Tek Dosyada Birleştirme Kararlarına Karşı Kanun Yolları

Farklı mahkemelerde veya biri Danıştay’da görülen davalar arasında bağlantının bulunup bulunmadığı yolundaki bölge idare mahkemesi ve Danıştay kararları kesindir (İYUK m.42/3). Kanun gereği kesin olarak verilen bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulamaz.

Aynı mahkemede görülen bağlantılı davaların tek dosyada birleştirilmesine ilişkin kararlar ise, İYUK 38-42 maddeleri kapsamındaki kararlardan değildir. Bu kararlar davaya bakan ilk derece mahkemelerince “*Dosya esas kaydının kapatılmasına ve dosyaların birleştirilmesine*” şeklinde verilmektedir. Bu kararlar kesin kararlardan değildir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 168’inci maddesine göre, “*Aynı yargı çevresinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde görülmekte olan davalar yönünden verilen birleştirme ve ayırma hususundaki ilk derece mahkemesi kararlarına karşı istinaf yoluna; bölge adliye mahkemesi kararları hakkında ise temyiz yoluna, ancak hükümle birlikte gidilebilir*”.

İdari yargıda uyumsuzluğun esasını çözmekle beraber karar numarası alan “*davaların birleştirilmesine ve esas kaydının kapatılmasına*” dair kararlar, kendi başlarına veya asıl kararla birlikte temyiz ya da istinafa konu edilip edilemeyeceklerine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na benzer bir düzenlemeye İYUK’ta yer verilmemiştir.

Aynı mahkemede görülen bağlantılı davaların tek dosyada birleştirilmesine ilişkin kararlara karşı, kanun yoluna başvurulup başvurulmayacağı idari yargıda tartışmalıdır. Danıştay, aynı mahkemede görülen “*davaların birleştirilmesine ve esas kaydının kapatılmasına*” dair kararlara karşı tek başına kanun yoluna başvurulamayacağı görüşündedir. Konuya ilişkin uyumsuzlukta, *mahkemece, temyize konu kararlar, Mahkemelerinin başka bir dosyasının aynı işleme ilişkin olması gerekçe gösterilerek, dosyanın, diğer dosya ile birleştirilmesine ve esas kaydının kapatılmasına karar verildiği, bu karar hukuka aykırı olduğu iddiasıyla temyiz edilmiş ise de; mahkemelerce verilen birleştirme kararlarına karşı ayrıca bir itiraz ve temyiz yolu kanunda öngörülmediğinden, davaların birleştirilmesi müessesesinin içtihatlarla kabul edilmesi karşısında, birleştirme kararına karşı yapılan temyiz başvurusunun, birleştirilen asıl dosyadan bağımsız olarak incelenmesi ve bu hususta karar verilmesinin mümkün bulunmadığına*¹⁰¹ karar vermiştir.

Danıştay’ın bu görüşüne katılmıyoruz. Çünkü bu kararlar ara karar şeklinde verilmemektedir. İYUK’ta, kanun yoluna başvurulamayacak kararlar tahdidi olarak gösterilmiştir. Örneğin, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve

¹⁰¹ D7D, 30.5.2018, E.2014/5164, K.2018/3051 sayılı kararı, aynı yönde D7D, 30.5.2018, E.2014/5162, K.2018/3050 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 08.05.2020.

vergi mahkemelerince verilen kararlar kesin olup, bunlara karşı istinaf yoluna başvurulamaz (İYUK m.45/1). Yine dava dilekçesinin reddi kararlarına da ilgisi-ne göre istinaf ya da temyiz yoluna başvurulamaz (İYUK m/15).

“*Davaların birleştirilmesine ve esas kaydının kapatılmasına*” dair kararların kanunda gösterilen karar türlerinden olmaması ve bu kararlara karşı ayrıca bir istinaf ve temyiz yolunun kanunda öngörülmemesi, bu kararlara karşı kanun yolunun kapalı olduğunu göstermez. Bu kararların asıl (birleştirilen dosyada verilen) kararlarla birlikte temyiz ya da istinafa konu edileceğine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na benzer bir düzenlemeye İYUK’ta yer verilmemiştir. Temyiz veya istinaf yoluna başvurulamayacağı kanunda özel olarak belirtilmeyen ve ara karar niteliğinde olmayan kararlara karşı kanun yoluna başvurulabilmesi hak ara hürriyeti gereğidir. İdari yargıda incelenmeksizin ret veya karar verilmesine yer olmadığı yönündeki kararlar da kanunda öngörülmemen kararlar¹⁰² olduğu halde, bu kararlara karşı kanun yollarına başvurulabilmektedir.

“*Davaların birleştirilmesine ve esas kaydının kapatılmasına*” dair kararlara karşı kanun yolunun kapalı olduğunu savunmak, hak arama hürriyetini kısıtladığı gibi, adil yargılanma hakkını da ihlal eder. Bu tür bir yorum, yargılamanın uzamasına ve daha fazla masraf yapılmasına sebep olur. Çünkü böyle bir durumda aynı mahkemede görülen davaların tek dosyada birleştirilmesinin hukuka uygun olup olmadığı hususu, birleştirilen dosyada verilen kararın kanun yolu aşamasında yapılacaktır. Bu aşamada, birleştirme kararının hukuka uygun olmadığı, davaların ayrı ayrı bakılması gerektiği yönünde karar verilmesi halinde ise yargılamanın uzamasına sebebiyet verilecektir. Kaldı ki idari yargı yerleri birleştirilmiş davaların kanun yolu aşamasında, birleştirme kararının hukuka uygun olmadığı, davaların ayrı ayrı bakılması gerektiği yönünde kararlar vermektedir.¹⁰³ Şayet birleştirme kararına karşı doğrudan kanun yoluna başvurulsa ve bu aşamada bozma veya kaldırma kararı verilse idi, yargılamanın uzaması engellenebilirdi.

Yapılan açıklamaların neticesi olarak, aynı mahkemede görülen davalarda karar numarası alınarak verilen “davaların birleştirilmesine ve esas kaydının kapatılmasına” dair kararlara karşı, hukuki menfaati bulanana tarafın kanun yoluna başvurulabilmesi İYUK’a, hak arama hürriyetine ve adil yargılanma ilkesine uygun olacaktır.

¹⁰² İdari yargıda incelenmeksizin ret kararları hakkında bkz. Yunus Eraslan ve Selman Sacit Boz, “İdari Yargılama Usulünde İncelenmeksizin Ret Kararları”, Türk İdare Dergisi, S.488 (2019): 203-241.

¹⁰³ Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, 18.04.2019, E.2018/1772, K.2019/917 sayılı kararı; Danıştay İDDK, 12.06.2013, E.2009/187, K.2013/2335 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t., 09.05.2020.

SONUÇ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bağlantı nedeniyle birleştirme, aynı veya farklı mahkemelerde görülen davalar hakkında uygulanmakta ve davalar tek dosyada birleştirilmektedir. İYUK'ta bağlantı hükümleri ise, farklı mahkemelerde görülen davalar arasında uygulanmakta ve davalar aynı mahkemede farklı dosyalara görülecek şekilde birleştirilmektedir. İdari yargıda farklı mercilerde bakılan bağlantılı davaların birleştirme usulünde genel kabul görmüş uygulama, dosyaların aynı mahkemede veya aynı dairede farklı esaslarda bakılmasıdır. Farklı mercilerde bakılan bağlantılı dosyaların tek dosyada birleştirilmesi usulü istisnai ve kanuni dayanağı olmayan bir uygulamadır. Danıştay'da görülen bir dava ile ilk derece (idare ve vergi) mahkemelerinde görülen bağlantılı davaların birleştirilmesinde ya da farklı mahkemelerdeki bağlantılı davaların birleştirilmesinde Danıştay'ın ve bölge idare mahkemelerinin genel uygulaması, davaların aynı mahkeme veya dairede farklı esas numarası alınarak görülmesi şeklindedir.

Danıştay'da görülen bir dava ile ilk derece (idare ve vergi) mahkemelerinde görülen dava arasında bağlantı bulunması halinde, bağlantı nedeniyle davaların birleştirilmesi istemi taraflarca doğrudan Danıştay'a yapılması halinde, birleştirme usulüne yönelik ne yönde karar verileceğine ilişkin kanunda açık bir düzenleme yapılmamıştır. Bu tür bağlantı durumunda, Danıştay'ın doğrudan doğruya karar vermesi yetkisi bulunup bulunmadığı konusunda kanunda açık bir düzenleme yoktur. Bu konuyla ilgili kanunda bir boşluğun bulunduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle 2577 sayılı Kanunun bağlantıya ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılmalı ve Danıştay'ın da doğrudan doğruya veya istem üzerine bağlantı istemi hakkında karar verebilmesi açıkça düzenlenmelidir.

Farklı mahkemelerde görülen dava dosyalarıyla ilgili bağlantı istemi hakkında karar verilmesi için, bölge idare mahkemesine veya Danıştaya gönderilen dosyaların ait olduğu mahkemesindeki esas kaydı, bağlantı istemi bulunduğu yolunda karar verilmesi halinde de açık bulunmaktadır. Bağlantının bulunduğu yolundaki kararda, yetkili mahkeme belirtilmek suretiyle kanun gereği dosyalar yetkili mahkemeye gönderilmektedir. Durum ayrıca diğer mahkemeye de duyurulmaktadır. Kanunda, bağlantı yoluyla diğer mahkemeye gönderilen ve durumu ise mahkemesine duyurulan dava dosyasının akıbeti ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanunda bu durumla ilgili bir boşluk bulunmaktadır. İYUK'ta yer alan bu boşluk, "*durum ayrıca diğer mahkemeye de duyurulur*" ifadesinin "*dosya esas kaydının kapatılması için durum ayrıca diğer mahkemeye de duyurulur*" şeklinde değiştirilmesi suretiyle giderilebilir.

İdari yargıda son yıllarda, aynı mahkeme veya dairede görülen davaların bağlantı nedeniyle aynı dosyada birleştirilmesi şeklinde kararlar verilmeye başlanmıştır. Bu tür birleştirme uygulamasıyla ilgili birçok uyuşmazlık ortaya çıkmış ve bu konu bölge idare mahkemesi ve Danıştay kararlarına da yansımaya

başlamıştır. Aynı mahkemede görülen davaların birleştirilmesindeki temel amaç, davayı kazanan tarafa tek vekâlet ücreti hükmedilmesidir.

İdari yargı uygulamasında aynı mahkemedeki bağlantılı davaların aynı dosyada birleştirilmesi; mahkemece resen birleştirme, bağlantı usulü kullanılarak birleştirme, dava dilekçesinin reddi suretiyle birleştirme, bozma kararına uyulması suretiyle dava dosyalarının birleştirilmesi yöntemleriyle yapılmaktadır.

İYUK'un bağlantıya ilişkin mevcut hükümleri, aynı mahkemede görülen davaların tek dosyada birleştirilmesine engel olmadığı doktrinde de savunulmakta ise de, davaların aynı dosyada birleştirilmesini öngören bir kurala İYUK'ta yer verilmemiştir. Hatta İYUK'un 39. maddesinin 2. fıkrasının a bendinin ilk halindeki hükmünde geçen "*birleştirilerek*" ifadesi, kanundan çıkarılmasıyla da, bağlantılı davaların aynı dosyada birleştirilmesinin önlemeyi kanun koyucunun amaçladığı söylenebilir.

Aynı mahkemedeki bağlantılı davaların tek dosyada birleştirilmesinin uygulaması, idari yargıda sınırlı da olsa içtihat yoluyla benimsenmiştir. Ancak tek dosyada birleştirilecek davaların kapsamı ve sınırının ne olduğu konusunda bir ölçüt bulunmamaktadır.

Aynı mahkemedeki davaların birleştirilmesinde, genellikle bağlantıya ilişkin hükümlere atıf yapılmaktadır. Ancak İYUK'ta, aynı mahkemede tek dilekçeyle açılacak ve görülecek davalara 5. maddeyle sınır getirilmiştir. Çünkü 5. maddeye göre, aralarında maddi veya hukuki yönden bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile dava açılabilir. Ya da hak veya menfaatlerin iştirak bulunması ve davaya yol açan maddi olay veya hukuki sebeplerin aynı olması halinde birden fazla şahıs müşterek dilekçe ile dava açabilir. Aksi halde 5. maddeye uygun olmayan dava dilekçesi kanunun amir hükmü gereği, ayrı dava açılmak üzere reddedilir (İYUK m.15). Bağlantı hükümleri kapsamındaki davalar ise, 5. maddede belirtilen ve tek dilekçeyle dava açılabilen hallerden daha kapsamlıdır. Çünkü, biri hakkında verilecek kararın diğerine tesir edecek mahiyette olması bağlantı sebebidir. Bu sebep geniş kapsamlı olduğundan İYUK'un 5. maddesi kapsamında olmayan durumlarda da, davaların tek dosyada birleştirilebilmesi mümkündür. Böyle bir durum ise, kanunun amir hükmü gereği dilekçenin reddi gerektiren bir halin, biri hakkında verilecek kararın diğerine tesir edecek mahiyetteki davalar olarak kabul edilerek, bağlantı hükümleri kapsamında yorum yoluyla ve davaların tek dosyada birleştirilmesi usulüyle aşılması sonucunu doğurur. Bu uygulama ise, İYUK'un 5. maddesi hükmüne ve kanun koyucunun amacına açık aykırılık teşkil edecektir.

Aynı mahkemedeki bağlantılı davaların tek dosyada birleştirilmesi yöntemlerinden resen birleştirme ve bağlantı yoluyla birleştirme türü idari yargıda genel kabul görmemiştir. Danıştay ve bölge idare mahkemeleri, bu tür birleştirme kararlarını usul hükümlerine aykırı bulmuş ve davaların tekrar ayrılmasını sağlamıştır.

Ancak bu tür birleştirme kararları, kısmen de olsa uygulama alanı bulmuştur. Bozma kararına uyularak aynı mahkemedeki davaları birleştirme uygulamasının uygulama alanı da çok sınırlıdır.

Dava dilekçesinin reddi suretiyle aynı mahkemedeki davaların birleştirilmesi yöntemi de sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Ancak gerek taraflar gerekse de üst yargı mercileri, bu birleştirme uygulamasına engel olamamaktadır. Çünkü “dava dilekçesinin reddi” kararları, doğrudan istinaf ya da temyiz yoluna başvurulamayan kararlardandır. Bu yöntemde davacının iradesinin de dâhil edilmiş olması, birleştirilmiş dosyada verilen mahkeme kararının usulden bozulmasına önemli bir engel teşkil etmektedir.

Aynı mahkemede görülen davaların tek dosyada birleştirilmesi uygulamasının idari yargıda kısmen kabul görmüş olması, dava dilekçesinin reddi gibi engel olunamayan birleştirme yönteminin kullanılmaya başlanması halleri de dikkate alındığında, “*aynı mahkemedeki davaların tek dosyada birleştirilmesi*” müessesinin İYUK’ta özel olarak düzenlenmesini gerekli kılmaktadır. Bu şekilde idari yargıda, aynı mahkemedeki davaların birleştirilmesine ilişkin farklı uygulamaların önüne geçilmiş olacaktır.

Aynı mahkemede görülen davaların tek dosyada birleştirilmesinin yöntem ve usulü, bağlantı hükümlerinden farklı olarak kanunda özel olarak düzenlenmelidir. Bu konuda yapılacak kanuni düzenlemeyle, tek dosyada birleştirilecek davaların kapsam ve sınırı, İYUK’un 5. maddesi hükmüne uyumlu olacak şekilde belirlenmelidir. Diğer bir deyişle; tek dava dilekçesiyle açılacak konularla sınırlı olarak, ayrı açılan davaların tek dosyada birleştirilmesi imkânı getirilmelidir. Bu şekilde İYUK 5. maddesine uygun olmayan ve bu nedenle dava dilekçesinin reddi sebebi sayılabilecek dava konularının, tek dava dosyasında birleştirilmesinin önüne geçilmiş olacaktır.

Aynı mahkemede görülen davaların birleştirilmesinin yöntem ve usulüne ilişkin yapılacak kanuni düzenlemede, birleştirme kararına karşı kanun yolunun olup olmadığı ve birleştirilen dosyada taraflar lehine vekâlet ücretinin ne şekilde hükmedileceğinin de açık olarak belirtilmesi yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar; Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. Türk İdari Yargılama Hukuku. Ankara: Savaş Yayınları, 2019.
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim ve Erdoğan, Ersin. Medeni Usul Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Atay, Ender Ethem. İdari Yargılama Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Avcı, Mustafa. “İdari Yargıda İstinaf.”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.96 (2011): 179-204.
- Avcı, Mustafa. İdari Yargılama Usulündeki Son Yenilikler ve İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Bilgin, Hüseyin. İdari Yargıda İstinaf Başvuru Rehberi. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Bilgin, Hüseyin. İdari Davalar ve Çözüm Yolları. Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- Candan, Turgut. Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu. Ankara: Yetkin Yayınları, 2017.
- Çağlayan, Ramazan. İdari Yargılama Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Çağlayan, Ramazan. İdarî Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Çınarlı, Serkan. İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Eraslan, Yunus ve Boz, Selman Sacit. “İdari Yargılama Usulünde İncelenmeksizin Ret Kararları”, Türk İdare Dergisi, S.488 (2019): 203-241.
- Ermenek, İbrahim. Medeni Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Görgün, Lütfi Şanal; Börü, Levent; Toraman, Barış ve Kodakoğlu, Mehmet. Medeni Usul Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Gözübüyük, Şeref ve Tan, Turgut. İdare Hukuku C.II. Ankara: Turhan Kitabevi, 2012.
- İşıklar, Celal. “İdari Yargıda Derdestlik.”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XVI, (2012): 63-106.
- Kalabalık, Halil. İdari Yargılama Usulü Hukuku. Konya: Sayram Yayınları, 2014.
- Kaplan, Gürsel. İdari Yargılama Hukuku. Ankara: Ekin Yayınları, 2020.
- Karavelioğlu, Celal ve Karavelioğlu, Erdem Cemil. İdari Yargılama Usulü Kanunu. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Melikşah, Yasin. “İdari Yargıda Bağlantılı Davalar.”, Hukuk, Ekonomi ve Siyaset Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S.60 (2017), <http://www.e-akademi.org/>.
- Odyakmaz, Zehra; Kaymak, Ümit ve Ercan, İsmail. İdari Yargı. İstanbul: İkinci Sayfa Yayınları, 2011.
- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz ve Özekes, Muhammet. Medeni Usul Hukuku. Ankara: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Sancakdar, Oğuz. “İdari Yargıda Tek Dilekçe ile Dava Açma (Karşılaştırmalı Hukukî Analiz).”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9, S.2 (2007): 223-269.

- Sancakdar, Oğuz. İdari Yargılama Hukuku. İzmir: Soru Bankası Net Yayınları, 2019.
- Şekerci, Ersin. “Yönetsel Yargılama Hukukunda Derdestlik”, Ankara Barosu Dergisi, (1989/3): 429-449.
- Ulusoy, Arzu. “İdari Yargıda Bağlantılı Davalar.”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi XV, 2012/1 (2012): 185-195.
- Üstün, Gül. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda Bağlantılı Davalar ve Aynı Dilekçeyle Dava Açılabilir Haller. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2018.
- Yenice, Kazım ve Yüksel, Esin. İdari Yargılama Usulü. Ankara: Arısan Matbaacılık, 1983.
- Yıldırım, Ramazan ve Avcı, Mustafa. Türk İdari Rejimine Giriş İdare Hukuku İdari Yargı. Ankara: Astana Yayınları, 2015.
- Zabunoğlu, Yahya Kazım. İdare Hukuku. C.2. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.

CEZA MAHKEMESİ KARARLARININ GEREKÇELİ OLMA ZORUNLULUĞU VE SİLAHSIZ TERÖR ÖRGÜTÜ TARTIŞMALARI*¹ (HİZB-UT TAHRİR ÖRNEĞİ)

Dr. Fatih YURLU²

Öz

Bu çalışmada; genel olarak ceza mahkemesi kararlarının gerekçeli olmasının adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi yapılacaktır. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin 26.10.2018 tarih ve 30577 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2014/13117 numaralı bireysel başvuru kararı (Hizb-ut Tahrir) ışığında, "ceza mahkemesi kararlarının gerekçeli olması ve adil yargılanma hakkı arasındaki ilişki" üzerinde durulacaktır. Bununla beraber inceleme konusu yargılama kararlarının temelinde "silahsız terör örgütü" tartışmaları bulunduğundan çalışmada, maddi ceza hukuku boyutuyla örgüt suçlarına da değinilecektir. Maddi ceza hukuku bakımından özellikle üzerinde durulacak konu ise, meri Türk mevzuatına göre "silahsız terör örgütü" kavramı olacaktır.

Çalışmada ilk olarak, inceleme konusu bireysel başvuru kararına temel teşkil eden yargı kararlarına kısaca değinilecek ve uyumsuzluğa konu olaylar genel hatlarıyla açıklanacaktır. Bu kapsamda, ilk derece mahkemelerinin ve Yargıtay'ın konuya ilişkin vermiş olduğu kararlar kısaca özetlenecektir. Sonrasında, Anayasa Mahkemesi'nin somut olaya yaklaşımı ve konuya ilişkin görüşleri üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır. Akabinde, çalışmanın bütünlüğünün sağlanabilmesi açısından Türk ceza mevzuatındaki örgüt suçlarına ilişkin düzenlemeler üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda; suç örgütü, silahlı örgüt ve terör örgütü suçları kısaca açıklanacaktır. Böylece çalışmamızın ve dolayısıyla da söz konusu uyumsuzluğun esasını oluşturan "silahsız terör örgütü konusu" meri mevzuatımız açısından açıklığa kavuşturulacaktır. Bunun için suç örgütü kavramına ve bu kavramın kriminoloji ve maddi ceza hukuku bakımından türlerine ilişkin kısa değerlendirmeler yapılacaktır. Bir başka ifadeyle bu kısımda, Türk ceza mevzuatı bakımından "silahsız terör örgütünden" bahsedilip bahsedilemeyeceği tartışma konusu yapılacaktır. Maddi ceza hukukuna ilişkin bu değerlendirmelerin akabinde tartışmaya açılacak esas konu ise, "ceza mahkemesi kararlarının yeterli gerekçeye sahip olmamasının ceza muhakemesi hukuku ve adil yargılanma hakkı bağlamında ortaya çıkardığı sonuçlar ve sorunlar" olacaktır.

Çalışmanın hukuki değerlendirme ve görüşümüz başlıklı kısmında ise, özellikle çalışmamızın başlığını da oluşturan ceza mahkemesi kararlarının yeterli ve tatmin edici gerekçeye sahip olması zorunluluğu üzerinde durulacaktır. Özetle bu çalışmada; meri Türk mevzuatı açısından "silahsız terör örgütü" suçundan bahsedilip bahsedilemeyeceği ile savunma makamının ısrarla ileri sürdüğü ve hükmün esasını etkileyecek nitelikteki iddialara yargılama makamının yeterli cevap vermeden hüküm kurması halinin "adil yargılanma hakkı" bağlamında değerlendirilmesi yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Adil Yargılanma Hakkı, Hükmün Gerekçeli Olması, Suç Örgütü, Terör Örgütü, Silahsız Terör Örgütü.

*¹ Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 16.11.2021 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 29.11.2021, DOI No: 10.54704/akdhfd.1024653.

*² Kamu Hukuku Doktoru, Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi, İktisadi, İdari ve Sosyal Bilimler Fakültesi / Antalya - Türkiye.
E-posta: fatihyurlu@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0003-2905-7900>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

THE NECESSITY OF JUSTIFICATION OF THE CRIMINAL COURT'S DECISIONS AND DISCUSSIONS OF UNARMED TERRORIST ORGANIZATION (IN THE LIGHT OF HİZB-UT TAHRİR DECISION)

Abstract

The need for justification of criminal court decisions will be assessed in this study within the context of *“the right to a fair trial”*. Within this framework, the relationship between the necessity of justification and the right to a fair trial will be discussed in light of the Turkish Constitutional Court's individual application decision (Hizb-ut Tahrir) No. 2014/13117, which was published in the Turkish Official Gazette on October 26, 2018, and numbered 30577.

The legal problems that need to be resolved on the subject are related to both the substantive criminal law and the penal procedure law. In this context, the first problems to be solved are what the regulations regarding organized crimes in Turkish criminal law mean, and the relationship between them. As *“unarmed terrorist organization discussions”* underpin the matter, this section will also focus on the concept of *“unarmed terrorist organization”*. The relationship between the 220th and 314th articles of the Turkish Penal Code (TPC) numbered 5237, and the provisions of the Anti-Terrorism Law numbered 3713 must be clarified in order for the subject to be placed on a correct legal basis.

In this respect, first of all, it should be examined whether an element of *“being armed”* is needed for an organization to be considered a *“terrorist organization”*. The second legal problem that needs to be resolved is related to the criminal procedure law. The link between the *“necessity of justification the criminal court's decisions”* and the *“right to a fair trial”*, which is a constitutional right, appears to be a legal problem that must be overcome in terms of procedural law.

Shortly, in this study, it will be discussed whether the right to a fair trial is violated if the judicial authority does not respond adequately to the defense's claims that affect the merits of the judgment and convicts the person concerned.

Keywords

The Right to a Fair Trial, Justification of Judgment, Criminal Organization, Terrorist Organization, Unarmed Terrorist Organization.

Extended Abstract

The need for justification of criminal court decisions will be assessed in this study within the context of *“the right to a fair trial”*. Within this framework, the relationship between the necessity of justification and the right to a fair trial will be discussed in light of the Turkish Constitutional Court's individual application decision (Hizb-ut Tahrir) No. 2014/13117, which was published in the Turkish Official Gazette on October 26, 2018, and numbered 30577.

Since the *“unarmed terrorist organization discussions”* constitute the basis of the dispute in question, criminal organizations will be briefly explained from the point of Turkish criminal law. In this regard, the point to be emphasized will be the concept of *“unarmed terrorist organization”*.

In this context, the judicial decisions that constitute the basis for the individual application decision in question will be briefly mentioned, and the events subject to the dispute will be described in general terms. In addition, the decisions of the trial courts and the Supreme Court on the issue will also be summarized. Following that, the Turkish Constitutional Court's approach to the specific case and its views on the issue will be discussed in detail.

Subsequently, Turkish penal legislation related to organized crime will be tackled. *“Criminal organization crimes (Turkish Penal Code (TPC) article 220)”, “armed organization crimes (TPC article 314)”, and “terrorist organization crimes (Turkish Anti-Terror Law Number 3713, article 7)”* will be discussed in this context. Legal judgments and opinions on the subject will also be presented in the legal assessment section, which is the basis of our study.

In this context, brief evaluations will be made on the concept of a criminal organization and its types in terms of criminological and substantive criminal law. In other words, it will be a matter of discussion whether an *“unarmed terrorist organization”* can be mentioned in terms of Turkish criminal law. After these brief assessments related to criminal law, the main issue that needs to be discussed is *“the consequences of the lack of sufficient justification of the criminal court decisions in the context of criminal procedure law and the right to a fair trial”*.

The legal problems that need to be resolved on the subject are related to both the substantive criminal law and the penal procedure law. In this context, the first problems to be solved are what the regulations regarding organized crimes in Turkish criminal law mean, and the relationship between them. As “*unarmed terrorist organization discussions*” underpin the matter, this section will also focus on the concept of “*unarmed terrorist organization*”. The relationship between the 220th and 314th articles of the Turkish Penal Code (TPC) numbered 5237, and the provisions of the Anti-Terrorism Law numbered 3713 must be clarified in order for the subject to be placed on a correct legal basis.

In this respect, first of all, it should be examined whether an element of “*being armed*” is needed for an organization to be considered a “*terrorist organization*”. The second legal problem that needs to be resolved is related to the criminal procedure law. The link between the “*necessity of justification the criminal court’s decisions*” and the “*right to a fair trial*”, which is a constitutional right, appears to be a legal problem that must be overcome in terms of procedural law.

Shortly, in this study, it will be discussed whether the right to a fair trial is violated if the judicial authority does not respond adequately to the defense’s claims that affect the merits of the judgment and convicts the person concerned.

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruya konu olay, Y.Ç. hakkında mahkûmiyetle sonuçlanan iki farklı ceza davasına ilişkin yargılama süreçleridir. Ankara’da ikamet eden ve inşaat işleriyle uğraşan Y.Ç. ve arkadaşları hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı; 03.02.2008 tarihli iddianamesiyle “*terör örgütü üyeliği*” ve “*örgüt propagandası yapma*” suçlarından, 13.07.2009 tarihli iddianamesiyle “*terör örgütü kurma ve yönetme*” suçundan kamu davası açmıştır.

Bireysel başvuruya konu yargılamaya ait iddianamelerde şüpheli ve arkadaşlarına isnat edilen fiiller özetle şu şekildedir:

- i. “*Hizb-ut Tahrir Türkiye Vilayeti Resmi Sözcüsü Y.Ç.*” unvan ve ismiyle 2008 yılında basılıp dağıtıldığı anlaşılan; “*Hizb-ut Tahrir Türkiye Vilayeti hilafetin yıkılışının 87. yıl dönümünde tüm Müslümanları yeniden Raşidi hilafeti kurmaya davet eder*”, “*İstanbul’daki katliamdan bataklıkta yöneticiler sorumludur*”, “*Aziz ve hâkim olan Allah’ın katından başka nusret yoktur*” başlıklı bildirimlerin şüphelide bulunması.
- ii. Hakkında toplatma kararı bulunan ve örgütün kurucusu T.N.’nin yazarı olduğu “*Demokrasi Kültür Nizamıdır*”¹ isimli kitabın, bir adet “*Raşid-i Hilafet*” dergisinin ve “*Kitleleşme, Allah’a Kulluk ve Zafer*”, “*Hizb-ut Tahrir’in Yola Çıkışı*”, “*İslam-ı Hilafet Nizamının Şer-i Esasları*”, “*Tek Çıkar Yol İslam*” isimli kitapların şüphelide bulunması.
- iii. Üzerinde “*Hilafet Nasıl Yıkıldı, Hizb-ut Tahrir Türkiye Vilayeti*” yazılı DVD’nin şüphelide bulunması.² DVD’de başka fikirlerin yanı sıra, “*İslam devletlerinin başında bir halifenin bulunmasının farz olduğu, bu farzı iptal edenlerin büyük cürüm işlediği gibi tekrar halifeliği ihdas etmeyenlerin de bü-*

¹ Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararında ilgili kitabın ismi “*Demokrasi Kültür Nizamıdır*” şeklinde ifade edilmiş olsa da kitabın orijinal isminin “*Demokrasi Kûfür Nizamıdır*” şeklinde olduğu tespit edilmiştir.

² Savcılığa göre bu DVD’de, Mustafa Kemal Atatürk ve arkadaşları hakkında bazı iddialar ile hilafetin yıkılmasının dış devletler tarafından gerçekleştirildiğine yönelik fikirler ileri sürülmektedir.

yük cürüm işlediği” fikri savunulmakta ve “*Hizb-ut Tahrir’in hilafeti yeniden kurmak için fikri ve siyasi çalışmalar içerisinde olduğu*” anlatılmaktadır.

- iv. Bir diğer sanık R.C.’de bulunan el yazması bir not defterinin içeriği. Bu defterde, adı kodlanmış kişilerce el yazısı ile doldurulmuş anket ve bilgi notları bulunmaktadır. Bu anketlerde ilgililere, ailelerinin örgüte bakışı ve yakınlığına ilişkin olarak yöneltildiği istenen sorular yer almaktadır.

Tüm bu iddialar karşısında sanık Y.Ç., yargılama sürecindeki savunmalarında özetle:

- i. Hizb-ut Tahrir örgütünün üyesi ve sözcüsü olduğunu, örgüt adına bildiri hazırlayarak internete koyduğunu kabul ettiğini, ancak örgüte isnat edilen dokümanların sorumluluğunu kabul etmediğini,
- ii. Hizb-ut *Tahrir örgütünün silahlı bir örgüt olmadığını, örgütün dünyanın hiçbir yerinde herhangi bir şiddet eylemi gerçekleştirmediğini, cebir, şiddet veya baskı yöntemlerini benimsemediğini* ve resmî kurumların da bu durumu bildiğini belirtmiştir. Sanık; *örgütün düşüncelerini şiddete başvurmadan* ve bilhassa basın yoluyla yaymaya çalıştığını savunmuştur.

I. ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEMLER

Konuya ilişkin olarak çözülmesi gereken hukuki problemler, hem maddi ceza hukukuna hem de ceza muhakemesi hukukuna ilişkindir. Bu kapsamda, çözülmesi gereken hukuki problemlerden ilki; Türk ceza hukuku mevzuatındaki örgüt suçlarına ilişkin düzenlemelerin ne anlama geldiği ve bunlar arasındaki ilişkinin ne olduğudur. Konunun doğru bir hukuki zemine oturtulabilmesi için özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 220. ve 314. maddeleriyle 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun (TMK) ilgili hükümleri arasındaki ilişkinin ortaya konulması gerekir. Bu noktada, bir yapılanmanın “*terör örgütü*” olarak kabul edilebilmesi için “*silahlı*” olmasının zorunlu bir unsur olup olmadığının açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir.

Konuya ilişkin çözülmesi gereken ikinci hukuki problem ise muhakeme hukukuna ilişkindir. Bu bağlamda, “*ceza yargılaması bakımından verilen hükmün gerekçelendirilmesi*” ile Anayasal bir hak olan “*adil yargılanma hakkı*” arasındaki ilişkinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

İş bu çalışmamızda; söz konusu bu iki temel hukuki problem üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır. Bu bağlamda, bir yargılama sırasında sanıkların, savunmalarının esasına ilişkin olarak ortaya koymuş oldukları tezlere yargılama makamı tarafından gerekçeli bir şekilde cevap verilmemesinin “*adil yargılanma hakkının*” bir ihlalini oluşturup oluşturmayacağı üzerinde durulacaktır. Elbette ki söz konusu bu değerlendirme yapılırken, yukarıda değinmiş olduğumuz ve maddi ceza hukukunu ilgilendiren ilk probleme, yani meri Türk mevzuatına göre

“silahsız terör örgütünden” bahsedilip bahsedilemeyeceğine yönelik değerlendirmelerde de bulunulacaktır.

II. SOMUT OLAYDA MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKLİ

Hizb-ut Tahrir örgütüne ilişkin olarak ilk derece mahkemelerinin vermiş oldukları kararların kanun yolu incelemelerinde, Yargıtay’ın farklı yaklaşımlarına rastlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru konusu olan (Hizb-ut Tahrir örgütüne ilişkin) yargı kararlarına kronolojik sırayla kısaca değinmek, çalışmanın bütünlüğü açısından faydalı olacaktır. Bu nedenle çalışmamızın bu bölümünde; öncelikle Hizb-ut Tahrir örgütüne ilişkin daha önceden verilen ilk derece mahkemesi ve Yargıtay kararlarına, akabinde inceleme konusu bireysel başvuruya konu iki Yargıtay kararına kısaca yer verilecektir.

A. HİZB-UT TAHRİR ÖRGÜTÜNE İLİŞKİN İLK YARGI KARARLARI

Hizb-ut Tahrir örgütüne ilişkin daha önceden verilen ilk derece mahkemesi hükümleri ve bu hükümlerin temyizi üzerine verilen dört Yargıtay kararı bireysel başvuru sürecinde incelenmek üzere AYM’ye gönderilmiştir.

1. Adana 7. Ağır Ceza Mahkemesi’nin Kararı

Hizb-ut Tahrir örgütüne yönelik Türkiye’de ilk yargılama Adana’da gerçekleşmiştir. Adana 7. ACM, sanık B.S. hakkında; 14.03.2003 tarihinden önce gerçekleşen ve Hizb-ut Tahrir örgütüne üye olma, örgütün eğitimlerine katılma, bildiri dağıtma fiillerine istinaden 3713 sayılı TMK’nın m.7/2 hükmünce açılan davada “beraat kararı” vermiştir. Adana 7. ACM’nin verdiği beraat kararının gerekçesi ise şu şekildedir: “3713 sayılı Yasa’nın 7. maddesi gereğince cezalandırılması isteğiyle açılan kamu davasında, sanıkların 3713 sayılı Yasa’nın 1. maddesinde tanımlanan örgütü kurmadıkları, cebir şiddete dayalı eylemlerinin bulunmadığı gerekçesi ile suç unsurlarının oluşmadığından bahisle sanık hakkında beraat kararı...” verilmesi gerekir.

Ancak bu kararın temyizi üzerine Yargıtay 9. CD; “Hizb-ut Tahrir örgütünün devletin ve Cumhuriyet’in varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak ya da ele geçirmek amacıyla kurulmuş terör örgütü niteliğinde olduğu” sonucuna vararak beraat hükmünü bozmuştur.³ Hizb-ut Tahrir yapılanmasının bir terör örgütü olduğuna ilişkin daha sonraki tüm ilk derece mahkemesi ve Yargıtay kararlarının temelini, iş bu Yargıtay 9. CD’nin bozma kararı oluşturmaktadır. Hizb-ut Tahrir örgütüne ilişkin olarak verilen tüm yargı kararına dayanak teşkil eden söz konusu Yargıtay ilamının gerekçesi ise yukarıda zikredildiği kadardır. Yargıtay 9. CD kısa bir süre sonra 21.10.2004 tarih, 2004/4829 esas ve 2004/5628 karar sayılı ilamında da içtihadını tekrarlamıştır.

³ Yargıtay 9. CD, E.2004/1586, K.2004/1433, T. 19.04.2004.

2. Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 18.10.2005 ve 02.03.2006 Tarihli Kararları

Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nca Hizb-ut Tahrir örgütüne ilişkin bazı sanıklar hakkında açılan davada, Ankara 11. ACM 18.10.2005 Tarihli, 2005/92 Esas ve 2006/314 Karar sayılı hükmünde; yukarıda değinilen karara nazaran daha geniş bir değerlendirme yaparak Hizb-ut Tahrir'in bir terör örgütü olduğuna hükmetmiştir. Ankara 11. ACM'nin vermiş olduğu bu mahkûmiyet kararının gerekçesi özetle şu şekildedir:

“... İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 1.4.2004 tarihli suça konu Hizb-ut Tahrir örgütünün amaç ve stratejisi hakkındaki bilgi notunda örgütün Terörle Savaşım (Mücadele) Yasası'nın 4928 sayılı Yasa ile değişik 1. maddesi kapsamında tarif edilen terör örgütüne ideoloji ve örgüt boyutları itibariyle tipik olarak uyduğu, ancak cebir ve şiddet boyutu itibariyle uymadığı, Yargıtay içtihatları gereğince örgütün amacının devletin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek devletin otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek amacıyla kurulmuş terör örgütü niteliğinde olduğunun kabul edildiği belirtilmiştir (...) Diğer sanıkların ise açık ikrarlarından da görüldüğü üzere yasadışı Hizb-ut Tahrir örgütü üyesi oldukları, örgüt adına çeşitli tarihlerde bildiri dağıttıkları, bu amaçla çoğalttıkları bildirileri işyerlerinde bulundurdıkları, bu suretle Hizb-ut Tahrir örgütü üyesi olmak suçunu işledikleri sübuta ermiştir. Hizb-ut Tahrir örgütünün devletin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek amacıyla kurulmuş terör örgütü niteliğinde olduğu sübuta erdiğinden sanıkların belirtilen örgüte üye olmak suçundan anılan maddeler gereğince cezalandırılmalarına karar verilmesi [ne gerek duyulmuştur]”.

Ankara 11. ACM'nin vermiş olduğu bu hüküm Yargıtay 9. CD tarafından ayrıntılı bir gerekçeye yer verilmeden onanmış ve kesinleşmiştir.⁴

Yukarıdaki karardan kısa bir süre sonra Ankara 11. ACM tarafından verilen 02.03.2006 Tarih, 2005/198 Esas ve 2006/26 Karar sayılı hükümde de ilgili yapının bir terör örgütü olduğu tespitinde bulunulmuştur. Ankara 11. ACM'nin kararına konu yargılama sırasında sanıkların bir bölümü atılı suçlarla ilgilerinin olmadığını savunmuş; diğer bir bölümü ise, örgütün ideolojisini benimsediklerini kabul etmiş ve örgütün görüşlerini internet, dergi, gösteri, toplantı vb. araçlarla yaymayı sürdüreceklerini ifade etmiştir.

Sanıklar savunmalarında özetle; yargılamaya konu toplantının valilik izniyle gerçekleştirildiğini, hiçbir zaman zora, maddi ve manevi şiddete, cebir, yıldırma ve korkutma yöntemlerine başvurmadıklarını, aksine sadece fikir çatışması ve siyasi mücadele ilkesini benimsediklerini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme ise kararında; 2005 yılında Ankara Abdi İpekçi Parkı'nda, *Köklü Değişim* dergisi tara-

⁴ Yargıtay 9. CD, E.2006/8281, K.2007/8763, T. 29.11.2007.

findan Özbekistan'daki olaylara karşı çıkmak amacıyla yapılan toplantıda bildiri okunduğu ve hilafet devletinin kurulmasının savunulduğunu vurgulamıştır. Mahkemeye göre sanıklar, “zulmedenlerden hesap sorulacağını, Müslümanların öldürüldüğünü, Özbekistan'da akan kana ve zulme ses çıkarmayan yöneticilerin dilsiz şeytan ve katil olduklarını” ifade etmişlerdir.

Nihayetinde mahkeme aşağıdaki gerekçelerle ilgili yapılanmanın bir “terör örgütü” olduğuna hükmetmiştir: “...[S]anıklar her ne kadar şiddete başvurmadıklarını söyleseler de demokrasiyi benimsemedikleri, mevcut rejimden memnun olmadıkları, bunu yıkarak raşid-i hilafet devletini kurmak istediklerini ifade ettikleri, ılımlı demokratik bir hakkı kullandıklarını ifade etmekten ziyade yıkıcı ve hırçın şekilde devirip yerine yenisini kurmak şeklindeki tarz ve tutumları ile savunma içerikleri, ele geçen bildiriler bütünlüğü değerlendirildiğinde sanıkların 3713 sayılı Yasa kapsamında kaldığı anlaşılan örgütsel faaliyetin kapsamında suç tarihinde de etkinliğe katılarak faaliyet gösterdikleri ve bu şekilde bir örgüte üye oldukları sonuç ve kanaatine varılmıştır”. Bu hüküm Yargıtay 9. CD tarafından onanmıştır.⁵

Yargıtay 9. CD daha sonraki çeşitli kararlarında da söz konusu içtihadını aynen tekrarlamıştır.⁶ Bununla beraber 9. CD konuya ilişkin diğer kararlarında da, “Hizb-ut Tahrir örgütünün neden terör örgütü olarak kabul edildiğine” dair ayrıntılı bir değerlendirme ve gerekçelendirme yapmamış, önceki Yargıtay kararlarına ve EGM raporlarına atıf yapmakla yetinmiştir.

3. Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 04.10.2017 Tarihli Kararı

Yargıtay 16. CD de vermiş olduğu yakın tarihli bir kararında, 9. CD'nin Hizb-ut Tahrir örgütüne ilişkin içtihadını devam ettirmiştir.⁷ Ancak 16. CD de tıpkı 9. CD gibi, söz konusu yapılanmanın hangi gerekçeyle terör örgütü olarak kabul edildiğine ilişkin tatmin edici bir gerekçeye yer vermemiştir. Bununla beraber 16. CD'nin ilgili kararına muhalif kalan bir üyenin karşı oy yazısı dikkate değer ve önemli görünmektedir. Muhalif üyenin karşı oy gerekçesi şu şekildedir:

“Hizb-ut Tahrir örgütü, Anayasal düzeni değiştirme veya ortadan kaldırmayı hedeflemesi nedeniyle yasalarımız tarafından himaye görmesi mümkün olmayan bir örgüt olmakla birlikte, cebir ve şiddeti öngörüp başvurmadığı için de terör örgütü sayılması Anayasa ve ceza kanunumuza uygun düşmemektedir”. Karara katılmayan ilgili üye, özellikle konuya ilişkin mevzuatta yapılan değişikliklere de atıf yaparak, söz konusu mevzuat değişikliklerinin amaçlarıyla verilen hükmün örtüşmediğini vurgulamıştır.

⁵ Yargıtay 9. CD, E.2007/5600, K.2007/8399, T. 19.11.2007.

⁶ Yargıtay 9. CD, E.2007/324, K.2007/8187, T. 13.11.2007; Yargıtay 9. CD, E.2007/5166, K.2007/9121, T. 10.12.2007.

⁷ Yargıtay 16. CD, E.2015/2605, K.2017/5049, T. 04.10.2017.

B. BİREYSEL BAŞVURUYA KONU MAHKEME KARARLARI

Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi (ACM), yukarıda yer verdiğimiz iddia ve savunmalar doğrultusunda sanık Y.Ç. hakkında 07.04.2011 tarihinde; terör örgütü üyesi olma suçundan 6 yıl 3 ay, terör örgütü propagandası yapma suçundan ise 10 ay hapis cezasına hükmetmiştir.

Ankara 11. ACM iş bu kararında; ilk olarak Hizb-ut Tahrir örgütü hakkında kısa bir değerlendirme yapmış⁸ ve akabinde ilgilileri mahkûm etmiştir. Mahkeme vermiş olduğu mahkûmiyet kararının gerekçesinde; “geçmişte örgüte yapılan operasyonlar sonucunda hücre evlerinden birden fazla silah ve ağır silah ele geçirildiğini” ifade etmiş, ancak ilgili silahların kimden ve ne zaman ele geçirildiği, adı geçen silahların başvuruya konu yargılamalarla bir ilgisinin olup olmadığı sorularını ise cevapsız bırakmıştır. Ankara 11. ACM; “örgüt mensuplarının şu ana kadar silahlı bir eyleme katılmadıklarının” tespitini de yapmış, ancak Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin (CD) yerleşik içtihatları ile Emniyet Genel Müdürlüğü (EGM) Raporu’nda geçen silahların niteliğini, adedini, örgütün amaç ve faaliyetlerini göz önünde tutarak **Hizb-ut Tahrir** örgütünün 5237 sayılı TCK m.314 hükmü uyarınca “**silahlı bir terör örgütü**” olduğuna karar vererek ilgilileri TCK m.314/2 hükmü uyarınca “**terör örgütü üyeliğinden**” mahkûm etmiştir.

Ankara 11. ACM hükmünün temyizi üzerine Yargıtay 9. CD; 27.06.2014 tarihli ilamı ile bu mahkûmiyet hükmünü terör örgütü üyeliği yönünden onamış, terör örgütünün propagandasını yapma yönünden ise bozmuştur. Sanık Y.Ç. ise bu kararı 06.08.2014 tarihinde öğrendiğini bildirerek 12.08.2014 tarihinde Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunmuştur.

Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı’nın 13.07.2009 tarihli iddianamesiyle, şüpheli Y.Ç.’nin “**silahlı terör örgütü kurma veya yönetme suçundan**” cezalandırılması istemiyle ikinci bir kamu davası daha açılmıştır. Söz konusu bu ikinci kamu davasının iddianamesinde ise özetle şu bilgiler ve tespitler yer almaktadır:⁹ Şüpheli Y.Ç. yasadışı kabul edilen Hizb-ut Tahrir örgütünün Türkiye sorumlusudur. Hizb-ut Tahrir örgütünün amacı; cebir ve şiddet kullanarak, baskı, korkutma, yıl-

⁸ Bu değerlendirmeye göre; 1953 yılında Ürdün’de kurulan örgüt; ümmetçilik anlayışı kapsamında bir halifenin etrafında hilafet devleti kurmayı amaçlamakta, hali hazırda bir yöneticinin liderliğinde Ürdün, Suriye, Lübnan, Sudan, Kuveyt, Kudüs, Malezya ve Özbekistan gibi Müslüman ülkelerin yanı sıra Batı ülkelerinde de faaliyet göstermektedir. Örgüt; “*kültürlenme, halk ile bütünleşme ve halkı örgütledikten sonra şer’i esaslara göre İslam Devleti kurma*” şeklinde üç aşamalı bir strateji belirlemiş olup Türkiye’yi ise 1997 yılından itibaren bir vilayet olarak nitelendirerek ülke içi hiyerarşik yapılanmaya gitmiştir. Örgüt, Türkiye’nin değişik illerinde ayda bir kere merkezden gelen sorumlular başkanlığında değerlendirme amaçlı toplantılar düzenlemekte ve örgüt elemanları hiyerarşik üstlerine düzenli olarak faaliyet raporları sunmaktadır.

⁹ Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından düzenlenen iddianameler ile bu iddianamelere istinaden Ankara 11. ACM’nin vermiş olduğu mahkûmiyet hükümlerinin ayrıntılarına erişemediğimizden, aynı kişi hakkında aynı örgüte ilişkin olarak kısa süre içinde hem örgüt üyesi hem de yöneticisi olmaktan iki ayrı ceza davasının açılmasının “*non bis in idem*” kuralına aykırılık oluşturup oluşturmadığı hususunda bir değerlendirme yapamıyoruz.

dırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle Cumhuriyet'in laik niteliğini değiştirmek ve yerine şeri hükümlere dayalı bir hilafet devleti kurmaktır. Örgütün faaliyet gösterdiği ülkeler örgüt tarafından “vilayet” olarak adlandırılmakta ve kurulması hedeflenen devlete “*Raşidi Hilafet Devleti*” denilmektedir.

Söz konusu ikinci iddianameye karşı yaptığı savunmasında da şüpheli özetle: “*Hizb-ut Tahrir örgütünün silahlı bir örgüt olmadığını, cebir, şiddet veya baskı yöntemini benimsemediğini ve amaçlarının yalnızca hilafeti tekrar getirmek olduğunu ifade etmiştir*”.

Ankara 11. ACM 13.12.2011 tarihli hükmünde de Hizb-ut Tahrir örgütü hakkında önceki ceza davasındakine benzer tespit ve değerlendirmelere yer vermiş ve bu yapının bir “*terör örgütü*” olarak kabul edilmesine dayanak yapılan Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin görüşüne atıf yapmakla yetinmiştir.¹⁰ Bu tespit ve değerlendirmeler neticesinde Ankara 11. ACM, sanık Y.Ç. hakkında 6 yıl 3 ay hapis cezasına hükmetmiştir.¹¹ Bu karar, Yargıtay 9. CD'nin 27.06.2014 tarihli ilamı ile onanmış ve hükümlü bu kararı 06.08.2014 tarihinde öğrendiğini bildirerek 12.08.2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

C. ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARI VE MAHKEMENİN KONUYA İLİŞKİN YAKLAŞIMI

Hükümlü tarafından yapılan bireysel başvuru neticesinde yukarıda ayrıntılarına değindiğimiz yargılamalara ilişkin gerekçeli kararları değerlendiren Anayasa Mahkemesi, 26.10.2018 tarih ve 30577 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2014/13117 no.lu bireysel başvuru kararında önemli tespitlerde bulunmuş ve nihayetinde ilgili yargılamalarda “*hak ihlali yapıldığına*” hükmetmiştir.

AYM öncelikle, ilk derece mahkemelerinde görülen davalarda esas tartışmanın sanığın ilgili örgüte üye olup olmadığı üzerinde yapıldığını ancak söz ko-

¹⁰ “*Hizb-ut Tahrir örgütünün Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 26/10/2004 Tarih 2004/4824 Esas ve 2814 Karar no.lu ilamı ile 3713 Sayılı Yasanın 1. maddesinde tanımlanan cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafiyete uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek amacı ile kurulmuş terör örgütü olduğu tespit edilmiştir*”.

¹¹ Mahkûmiyet hükmünün gerekçesi şu şekildedir: “... sanık Y.Ç.'nin örgüte eleman kazandırma, örgüte taban oluşturma çabaları doğrultusunda propaganda amaçlı olarak 18.05.2006 tarihinde yasadışı Hizb-ut Tahrir örgütü tarafından Adalet.gov.tr.ve “... kokuşmuş küfür kanunlarında merhamet yoktur, raşidi hilafet devleti gerçekleşecektir” şeklinde e-mail göndermek, işyerinde 670 adet üzerinde ‘Y.Ç. Hizb-ut-tahrir resmi sözcüsü Türkiye vilayeti’ yazılı kartvizit, 65 adet ‘Hizb-ut Tahrir resmi sözcüsü Türkiye vilayeti’ yazılı bayram kartı bulundurmak, ATO Başkanı S.A. ya Ramazan Bayramı nedeniyle göndermiş olduğu kartta kendisini “Hizb-ut Tahrir resmi sözcüsü Türkiye vilayeti sorumlusu” olarak göstermek şeklindeki eylemlerinin örgütle organik bağ oluşturacak şekilde, süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gösterdiği, sanığın bu şekildeki eylemlerinin terör örgütü boyutuna ulaştığı, ancak sanığın sabit olarak kabul edilen bu eylemlerinin sanığın örgüt yöneticisi ve kurucusu olduğu şeklinde kanaat oluşturmadığı, sanığın eyleminin örgüt üyeliği boyutunda olduğu ve sanığın da savunmalarında Hizb-ut Tahrir'in Türkiye Vilayeti resmi sözcüsü olduğu hususunu kabul ettiği kanaatine varılmıştır”.

nusu örgütün terör örgütü olup olmadığı noktasında herhangi bir değerlendirme yapılmadığını, bu durumun da AYM tarafından “ifade özgürlüğü” bakımından bir değerlendirme yapılmasına engel teşkil ettiğini ifade etmiştir. Çünkü AYM; ilk derece mahkemesi tarafından ele alınıp değerlendirilmemiş hususları ilk elden gündeme alarak incelemeyi usulen kabul etmemektedir. Bu nedenle Yüksek Mahkeme, başvuruçunun iddialarını “ifade özgürlüğü” bakımından değil, “adil yargılanma hakkı” bakımından değerlendirmiştir. Yapılan ilk inceleme neticesinde, üç üyenin karşı oyuna rağmen “oy çokluğu” ile “başvurunun kabul edilebilir olduğuna” karar verilmiş ve esas yönünden incelemeye geçilmiştir.

Yüksek Mahkeme, esas yönünden incelemesini Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen “adil yargılanma hakkı” üzerinden yürütmüştür. Mahkemeye göre; her ne kadar Anayasa 36. maddede açıkça “gerekçeli karar” hakkından söz edilmemiş olsa da, mahkemenin daha önceki içtihatlarında da açıkça vurguladığı üzere “adil yargılanma hakkı” “gerekçeli karar güvencesini” de içermektedir.¹² Anayasa m.141/3 hükmünde mahkemelerin kararlarının gerekçeli yazılma zorunluluğu öngörüldüğünden, konuya ilişkin değerlendirme yapılırken Anayasa’daki bu hükmün de göz önünde tutulması gerekmektedir.

AYM’ye göre gerekçeli karar hakkı, kişilerin adil yargılanmasını ve bu durumun denetlenmesini amaçlamaktadır. Bu hak, tarafların muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının hukuka uygun bir biçimde incelendiğini bilmeleri ve demokratik bir toplumda kendi adlarına verilen yargı kararlarının gerekçelerinin toplum tarafından öğrenilmesini sağlamak için de elzemdir.¹³ Eğer uyumsuzluk bir ceza davası ise gerekçeli karar hakkı, sanığın beraat etmesi veya daha az ceza alması sonucunu doğurabilecek savlarının cevaplanmasını da zorunlu hale getirmektedir. Bu bağlamda suçun maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurlarına, suça etki eden diğer hallere ve suçun özel görünüş biçimlerine yönelik esaslı iddiaların mahkemece dikkate alınması ve değerlendirilmesi gerekir. Ceza mahkemesinin yukarıda bahsedilen ve hükmün sonucunu değiştirebilecek nitelikteki sanık iddialarını dikkate aldığı kabulü için, gerekçenin bu iddialara cevap verebilecek nitelikte olması gerekir. Elbette ki ceza mahkemelerinin bu yükümlülüğü, dosyada yer alan tüm iddialara ayrıntılı bir şekilde cevap verilmesi şeklinde anlaşılabilir. Ancak derece mahkemeleri, dosyada ileri sürülen tüm iddialara cevap vermek zorunda olmasalar dahi en azından davanın esasını oluşturan iddia ve savunmaları incelemiş olduklarını gerekçeli kararlarında göstermelidir.¹⁴ Yargılamanın sonucuna etki edebilecek nitelikteki iddia ve savunmalara hükmün gerekçesinde “yeterli bir yanıt verilmemesi” durumunda ise hak ihlali gündeme gelebilecektir.¹⁵

¹² Abdullah Topçu, Başvuru No: 2014/8868, T. 19.04.20017, paragraf 75; Gülşen Tüzün, Başvuru No: 2016/5147, T. 27.06.2018, paragraf 18.

¹³ Sencer Başat ve diğerleri, Başvuru No: 2013/7800, T. 18.06.2014, paragraf 31 ve 34.

¹⁴ Yasemin Ekşi, Başvuru No: 2013/5486, T. 04.12.2013, paragraf 56.

¹⁵ Sencer Başat ve diğerleri, Başvuru No: 2013/7800, T. 18.06.2014, paragraf 35 ve 39; Mehmet Yavuz, Başvuru No: 2013/2995, T. 20.02.2014, paragraf 51.

AYM'nin görevi; ilk derece mahkemelerinin gördükleri davalardaki iddiaların kanıtlanması, olaya ilişkin hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, yargılama sırasında ileri sürülen delillerin kabul edilebilirliği veya verilen hükmün adil olup olmaması yönünden bir değerlendirme yapmak değildir. Yüksek Mahkemenin görevi; bireysel başvuruçunun derece mahkemeleri önünde davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikteki iddialarının makul ölçüde değerlendirilip değerlendirilmediğini denetlemekten ibarettir. Çünkü yukarıda da belirtildiği üzere, davanın sonucuna etki edebilecek nitelikteki iddiaların yeterli bir biçimde cevaplandırılmaması, bir temel hak ihlaline neden olabilmektedir.

Bireysel başvuruya temel teşkil eden ceza davalarının hiçbirinde, başvuruçunun (sanığın) Hizb-ut Tahrir örgütüne üye olmadığı şeklinde bir iddiası söz konusu değildir. Aksine, tüm ceza davalarında sanık, bu oluşumun bir örgüt olduğunu ve kendisinin de bu örgütün bir üyesi olduğunu kabul etmektedir. Bununla beraber başvuruçunun; Hizb-ut Tahrir örgütünün suç işlemek amacıyla kurulmadığını, örgütün amaç suç için elverişli araç ve silahlarının olmadığını ve hiçbir zaman cebir ve şiddet kullanmadığını iddia etmektedir. Başvuruçunun yapmış olduğu bireysel başvuruda özetle, "*Hizb-ut Tahrir'in silahlı bir terör örgütü olmadığına*" ilişkin temel savunmasına ceza mahkemelerince yanıt verilmemesinden yakınmaktadır. Bir başka ifadeyle başvuruçunun, davanın esasını etkileyecek nitelikteki iddialarına cevap verilmediğini ve ilgili mahkûmiyet hükümlerinin gerekçesinde temel savunmasına ilişkin herhangi bir değerlendirme olmadığından şikâyet etmekte ve bu durumun da bir hak ihlali oluşturduğunu öne sürmektedir.

Başvuruçunun, hem ilk derece mahkemelerine hem de Anayasa Mahkemesi'ne verdiği dilekçelerde; Hizb-ut Tahrir örgütünün terör örgütü olup olmadığına ilişkin ulusal mevzuata ve uluslararası hukuktaki kavramlara vurgu yapmış ve Hizb-ut Tahrir'in her ne kadar radikal görüşleri savunsa da herhangi bir şiddet eylemi olmaması nedeniyle terör örgütü sayılmayacağını iddia etmektedir. Başvuruçunun tüm bu iddialarına karşılık ilk derece mahkemeleri ve Yargıtay kararlarında ise Hizb-ut Tahrir'in bir terör örgütü olduğunun kabulü ile yetinilmiş, başvuruçunun iddia ve savunmaları hakkında herhangi bir değerlendirmede bulunulmamıştır.

Dosyalara sunulan emniyet raporlarından, örgüte yönelik ilk operasyonun yapıldığı 1967 yılından AYM'ye sunulan son raporun hazırlandığı 2016 yılına kadar geçen süre içinde, "*örgütün silahlı bir eyleme karışmadığı*" açıkça anlaşılmaktadır. Örgüte yönelik soruşturma ve kovuşturmaların tamamında şüpheli ve sanıklara yöneltilen isnad; "*örgüt propagandası yapmak*", "*örgüte eleman kazandırmak için çalışmak*", "*örgütsel dokümanları basmak ve dağıtmak*", "*örgüt adına internet üzerinden yayın ve örgütsel toplantılar yapmaktır*". Uluslararası belgelerde, mukayeseli hukukta, doktrinde ve Yargıtay kararlarında ortaya konulan temel yaklaşımlar dikkate alındığında ilk derece mahkemelerinin kararla-

rından da “*Hizb-ut Tahrir örgütünün hangi nedenlerle bir terör örgütü olarak kabul edildiği anlaşılamamaktadır*”.

EGM'nin hazırladığı ve konuya ilişkin tüm dava dosyalarında bulunan Hizb-ut Tahrir'e yönelik bilgi notlarının en güncel halinde;¹⁶ örgüte ait yayınların hiçbirinde zor ve şiddet kullanmaya yönelik kışkırtıcı düşüncelere ve yasalara aykırı, dış dünyaya yansıtılan suç oluşturuca bir davranışa rastlanılmadığı açıkça ifade edilmektedir. Üstelik başvuruçunun iddiasına göre örgüt; Türkiye’de ve diğer ülkelerde kendilerine karşı silahlı bir baskı olması durumunda bile silaha başvurmayacaklarını, şiddeti bir yöntem olarak benimsemediklerini açıkça beyan etmiştir. Buna rağmen örgüt suçundan mahkûmiyet hükmü veren mahkemeler, bu hususları göz önüne alarak dava konusu yapının 5237 sayılı TCK bağlamında bir

¹⁶ Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kararını vermeden önce İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü'nden (EGM); Hizb-ut Tahrir örgütünün silahlı terör örgütü olarak kabul edilmesine dayanak teşkil eden bilgi, belge ve mahkeme kararlarını talep etmiştir. EGM'den konuya ilişkin olarak gönderilen 24.02.2017 tarihli raporda özetle şu hususlara yer verilmiştir:

i. Hizb-ut Tahrir; 1950'li yılların başında Mısır'da faaliyet gösteren İhvan-ı Müslimin (Müslüman Kardeşler) örgütünden ayrılan T.N. tarafından Ürdün'de kurulmuştur. Örgüt; nihai hedefi olarak gördüğü İslam Devleti'nin kurulması için gerekli olan halk hareketinin yönlendirilmesi noktasında, İhvan Hareketi'nin öngördüğü “*tabandan tavana*” yönelimin aksine “*tavandan tabana*” stratejisini benimsemektedir. Kurulması planlanan İslam devletinin önce Arap ülkelerine, daha sonra diğer İslam ülkelerine nüfuz etmesi öngörülmektedir.

ii. Hizb-ut Tahrir, İslami Kurtuluş Partisi anlamında kullanılmaktadır. Örgütün nihai amacı, tüm Müslümanları bir halife etrafında toplayarak hilafet devletini kurmaktır. Örgüt, “*kültürlenme, halk ile bütünleşme ve halkı örgütledikten sonra dini esaslara göre İslam devletini kurma*” şeklinde üç aşamalı bir strateji benimsemektedir. Örgüt mensupları her fırsatta geçmiştiki hilafet kurumuna atıfta bulunmakta, bu kurumun tekrar ihdası için propaganda yapmaktadır. Bu yönde, Ağustos 1994 tarihinde Londra'da bir stadyumda, Türkiye'de hilafetin kaldırılışının 70. yılı dolayısıyla bir konferans düzenledikleri ve bu konferansa yaklaşık 12.000 kişinin katıldığı bilinmektedir.

iii. Örgüt mensupları, İslami kimliğin oluşumu için kültürel faaliyetlere ağırlık vermekte, özellikle hilafet kurumunun kaldırılmasını eleştiren bildiriler ile örgüt propagandasına yönelik metinleri gerek elektronik ortamlarda, gerekse dergiler vasıtasıyla dağıtmaktadır.

iv. Örgüt; başta Türkiye, Ürdün, Suriye, Lübnan ve Endonezya gibi ülkeler olmak üzere Asya ve Avrupa ülkelerinde teşkilatlanmıştır. Faaliyet gösterilen her ülke örgüt tarafından “*vilayet*” olarak adlandırılmaktadır. Sözde vilayetlerde 3-10 kişilik komitelerle gizli başkanlık konseyine bağlı olarak örgütsel faaliyetler sürdürülmektedir.

v. Örgüt, günümüz ideolojilerini; İslam, kapitalist demokrasi ve komünizm olmak üzere üçe ayırmakta ve İslam dışında kalan iki sistemi “*İslam ile çelişen küfür ideolojisi*” olarak nitelendirmektedir. Ayrıca dünyadaki müslümanların ezizlet altında olduğunu, günümüzde faaliyet gösteren siyasi partilerin hiçbirine oy verilmemesi gerektiğini, bu partilerin küfür olduğunu ve dolayısıyla bu partilere oy verenlerin büyük günah işleyeceğini iddia etmektedir.

vi. **Örgüte yönelik ilk operasyonların yapıldığı 1967 yılından söz konusu raporun hazırlandığı tarihe kadar geçen süre içinde örgütün herhangi bir silahlı eylemi tespit edilememiştir.** Örgüte yönelik olarak gerçekleştirilen soruşturma ve kovuşturmanın tamamının; “*örgüt propagandası yapma, örgüte eleman kazandırmak için çalışma, örgütsel dokümanları basma ve dağıtma, örgüt adına internet üzerinden yayın ve örgütsel çalışmalar yapma*” gibi nedenlerle yürütüldüğü anlaşılmaktadır. 2009 yılında yapılan bir operasyonda; 1 adet uzun namlulu silah, 2 adet tabanca, 5 adet tüfek ve 6 adet kurusıkı tabanca ele geçirilmiştir.

vii. Örgüt üyesi şahısların silahlı faaliyet yürütmeye psikolojik olarak hazır oldukları ve uygun bir zemin bulmaları halinde silahlanabilecekleri değerlendirilmektedir.

viii. Örgütün faaliyetlerinin Mısır, Ürdün ve Lübnan'da rejim karşıtlığı nedeniyle yasaklandığı bilinmektedir.

suç örgütü olup olmadığını ve eylemlerinin başka bir suç oluşturup oluşturmadığına yönelik herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır.

AYM, bireysel başvuruya konu olan yargı kararlarında 3713 sayılı TMK’da 2006 yılında yapılan değişikliklerin anlamları üzerinde durulmadığının da altını çizmektedir. Bu kapsamda:

1. 3713 sayılı TMK’nın 1. maddesinin “*terör ve örgüt tanımı*” olan başlığının “*terör tanımı*” olarak değiştirilmesi ve örgüt tanımının 3713 sayılı kanundan çıkarılması,
2. 3713 sayılı TMK’nın 7. maddesinin 5237 sayılı TCK’nın 314. maddesindeki “*silahlı örgüt*” suçuna atıfta bulunacak şekilde değiştirilmesinden ve bu atfın sadece cezaya değil suçun unsurlarına da yönelik olduğundan ve bu nedenle mevzuatımızda “*silahsız terör örgütü*” diye bir kavramın olup olmadığı,
3. İlgili değişiklikten önce, 765 sayılı mülga TCK’nın 141. 142. ve 163. maddelerindeki suçların 3713 sayılı TMK’da istisna tutulmasına yönelik hükümlerin artık yürürlükte olmadığı hususları, konuya ilişkin yargılama yapan mercilerin gerekçeli kararlarında herhangi bir şekilde cevaplandırılmamıştır.

AYM’ye göre; bireysel başvuruya temel teşkil eden mahkûmiyet hükümlerini veren ilk derece mahkemelerinin “*silahsız terör örgütü*” diye bir suçu kabul edip etmedikleri, ettikleri takdirde bunun hukuki dayanağının ne olduğu sorusunun cevabı da belirsiz görünmektedir. Ne önceki ne de başvuruya temel teşkil eden Yargıtay kararlarında bu konuya ilişkin herhangi bir açıklama olmamasına rağmen “*Hizb-ut Tahrir’in silahlı bir terör örgütü olduğu*” kabul edilmektedir.

Yüksek Mahkeme’ye göre, Hizb-ut Tahrir’e ilişkin mahkeme kararlarında sürekli olarak atıf yapılan “*Yargıtay’ın müstakar içtihatlarının*” neler olduğu da izaha muhtaçtır. Dahası, örgüte yapılan operasyonda ele geçirildiği iddia edilen silahlar somutlaştırılmamış ve bu silahların yargılamalarla ilişkisi de kurulamamıştır. Söz konusu silahlara ilişkin soruşturma ve kovuşturmanın akıbeti, silahların Hizb-ut Tahrir yargılamalarıyla ilgili olup olmadığı, eğer ilgisi varsa bu silahların söz konusu yapılmayı bir terör örgütü olarak nitelendirmeye elverişli olup olmadığı da ilgili mahkeme kararlarında hiç tartışılmamıştır.

AYM’ye göre terör; çağımızda demokratik toplumları tehdit eden en büyük tehlikelerden biridir ve “*bir azınlığın iradesini şiddet yolu ile halkın iradesine kabul ettirmek için başvurduğu bir yöntemdir*”.¹⁷ Buna göre; elbette mevcut hu-

¹⁷ Yüksek Mahkeme’nin terör tanımında “*bir azınlığın iradesinden*” bahsetmesi kanaatimizce isabetli değildir. Terörizm; ilgili fiillerin bir azınlık ya da çoğunluk tarafından gerçekleştirilmesi noktasında değil, kullanılan cebir, şiddet ve tehdit ile vafasını gösteren bir suçluluk metodudur. Bu nedenle; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerin azınlık ya da çoğunluk tarafından uygulanmasının terör suçunun oluşumu açısından hiçbir önemi yoktur. Toplumun çoğunluğunu oluşturan bir grup

kuki düzeni değiştirmek için kullanılan her türlü zor ve şiddet içeren eylemlerin, silahlı ayaklanma ya da hükümet darbesi gibi girişimlerin olağan ve meşru kabul edilmesi düşünülemez. Her konunun tartışılabildiği ve mevcut iktidarın meşru yollarla değiştirilebildiği demokratik düzenlerde, cebir ve şiddete başvurmak gayrimeşrudur. Ancak terör örgütü suçuna bağlanan ağır hukuksal sonuçlar göz önüne alındığında, ilgili kamu otoritelerinin bu konudaki değerlendirmelerini daha özenli yapmasını beklemekten daha doğal bir şey de olamaz.

Başvurucuya atfedilen söz ve eylemlerin hukuk sistemimizde bir suç oluşturup oluşturmadığını takdir yetkisi hiç kuşkusuz derece mahkemelerine aittir. Ancak derece mahkemeleri bu konudaki gerekçelerini “*ilgili ve yeterli*” şekilde ortaya koymalıdır. Bu bakımdan ilk derece mahkemelerinin; “*Hizb-ut Tahrir yapılanmasının bir terör örgütü olup olmadığına dair en azından bir kere değerlendirilmede bulunması*”, başvurucunun temel iddialarına ve yargılamanın doğası gereği cevaplanması gereken sorulara hüküm gerekçesinde cevap vermesi gerekir. Ancak ilgili dosyanın içeriğinden tüm bunların yapılmadığı anlaşılmaktadır.

Başvurucu tarafından ilk derece mahkemeleri önünde ileri sürülen iddiaların davanın sonucuna etkili olmayacağı da öne sürülemez. Buna rağmen başvurunun ortaya koyduğu iddialara ilişkin hiçbir aşamada yeterli ve tatmin edici bir yanıt verilmemiştir. Başvurucu hakkında verilen hükümlerin hemen hepsinde bazı şablon cümlelerin tekrarıyla yetinilmiş ve kararların hangi temele dayandıkları yeterince açıklanmamıştır. Esas amacı maddi gerçeğe ulaşmak olan ceza yargılamasında en önemli unsurlardan bir tanesi de, tarafların adalete olan güveninin tesis edilmesidir. Tarafların adalete olan güvenini tesis etmenin en önemli yöntemi de “*gerekçeli karar hakkıdır*”.

Sonuç olarak; somut olay bakımından ceza yargılamasının sonucunu değiştirme ihtimali bulunan iddialarının kaale alınmaması ve gereği gibi değerlendirilmemesi nedeniyle Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan “*adil yargılanma hakkı*” kapsamında “*gerekçeli karar hakkı*”nın ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Başvurucu, temel hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin olarak AYM’den yargılamanın yenilenmesine karar verilmesi talebinde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi Mehmet Doğan¹⁸ kararında; ihlal kararına varıldığında, söz konusu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı belirlenmesi noktasında genel ilkeleri belirlemiştir. Yüksek Mahkeme ilgili kararında özetle, uygun giderim yolunun tespit edilebilmesi için öncelikle ihlalin kaynağının belirlenmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bu genel yaklaşıma göre; ihlalin mahkeme kararlarından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun’un

da belirli bir amaca ulaşmak için cebir, şiddet ve tehdit gibi yöntemlere başvurduğu takdirde terör örgütünden ve terörizmden bahsedilecektir.

¹⁸ Mehmet Doğan, GK, Başvuru No: 2014/8875, T. 07.06.2018.

m.50/2¹⁹ ve İctüzük'ün m.79/1-a²⁰ düzenlemeleri uyarınca, kural olarak, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama yapmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir. AYM tarafından tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yargılamanın yenilenmesine karar verilmesi durumunda; ilgili usul kanunlarında düzenlenenden farklı olarak yargılamanın yenilenmesi ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemelerinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Çünkü ihlal kararı verilen hallerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir yetkisi derece mahkemelerine değil AYM'ye bırakılmıştır. Dolayısıyla derece mahkemesi, AYM'nin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür.²¹

Sonuç olarak; AYM'ye yapılan bu bireysel başvuruda, başvuruçunun Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen "adil yargılanma hakkı" kapsamında "gerekçeli karar hakkı"nın ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Bu durumda, gerekçeli karar hakkı ihlalinin ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak olan yeniden yargılama ise 6216 sayılı kanunun m.50/2 hükmüne göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerinin yapması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapmak üzere Ankara 11. ACM'ye gönderilmesine karar verilmiştir.

III. KONUYA İLİŞKİN MEVZUAT ve KAVRAMLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Örgütlü suçluluk; tarihin eski dönemlerinden günümüze kadar ulaşan, içinde bulunulan dönemin şartlarına çok çabuk adapte olabilen ve kendine has özellikleri olan bir suçluluk metodudur. Tarihsel süreçte örgütlü suçluluk nitelik ve nicelik bakımından ciddi manada değişime uğramıştır. Özellikle iletişim ve ulaşım olanaklarının çok hızlı gelişim gösterdiği günümüz dünyasında suç örgütleri toplumları; ekonomik, sosyal ve siyasal manada olumsuz yönde etkilemektedir. Örgütlü suçluluğun ortaya çıkardığı bu çok yönlü sorunlar günümüzde ulusal dü-

¹⁹ 6216 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun"un 50. maddesinin 2. fıkrası şu şekildedir:

"Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvuruçunun lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir".

²⁰ Anayasa Mahkemesi İctüzük m.79/1-a hükmü şu şekildedir:

"(1) Bölüm, ihlalin bir mahkeme kararından kaynaklandığını tespit ederse;

a) İhlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. İlgili mahkeme, Bölümün ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde yeniden yargılama yapar ve mümkünse dosya üzerinden ivedilikle karar verir".

²¹ Mehmet Doğan, GK, Başvuru No: 2014/8875, T. 07.06.2018, paragraf 59.

zeyi aşırp uluslararası boyuta ulaşmıştır. Hatta son dönemlerde suç örgütlerinin “uluslarüstü” organizasyonlar halini aldıkları vurgulanmaktadır.²²

Tarihsel süreçte olduğu gibi günümüzde de suç örgütleri, içinde buldukları coğrafya ve kültürün de etkisiyle farklı özellikler gösterebilmektedir. Suç örgütlerinin kendilerine has bu yapıları, maddi ceza hukukundan ziyade kriminolojinin ilgi alanına girmektedir. Ancak suç örgütlerinin kriminolojik yönden gösterdiği bu farklılıklar, kanunilik ilkesi vasıtasıyla çoğu zaman maddi ceza hukukuna da sirayet etmektedir. Bu bağlamda maddi ceza hukuku bakımından örgütlü suçluluk kapsamında; suç işlemek için örgüt kurmaktan, yönetmekten, bu örgüte üye olmaktan veya bu örgüte ya da örgütün işlediği suçlara katkı sağlamaktan söz edilebilir.²³

Kriminolojik yönden ise suç örgütleri, “ekonomik çıkar amaçlı suç örgütleri” ve “terör örgütleri” şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulabilir.²⁴ Bu ayrımın temelinde, ilgili suç örgütünün yöneldiği “nihai amacın niteliği” yatmaktadır. Mafya tipi suç örgütleri de denilen “ekonomik çıkar amaçlı suç örgütleri”, işledikleri suçlardan maddi menfaat temin etme amacındadır. Bu tip suç örgütleri de cebir, şiddet ve tehdit gibi yöntemleri suç işlerken sık sık kullansalar da; cebir ve şiddet kullanma, çıkar amaçlı suç örgütleri bakımından zorunlu (olmazsa olmaz) bir unsur değildir.²⁵ Bir başka ifadeyle, cebir ve şiddete başvurmeyen çıkar amaçlı suç örgütü teori ve pratikte mümkündür. Örneğin, salt olarak hırsızlık veya rüşvet suçunu işlemek amacıyla çıkar amaçlı suç örgütü kurulabilir. “Mafya tipi” de denilen çıkar amaçlı suç örgütleri, 20. yüzyıl boyunca özellikle batı demokrasilerini ciddi manada etkisi altına alarak siyasal/hukuki düzeni değişime zorlamıştır.²⁶

²² Suç örgütlerinin günümüzdeki faaliyetleri “transnational” kavramı ile ifade edilmektedir. Bkz. Attilio Nisco, “Organized Crime in Italian Criminal Law and Practice: An Overview of Some Current Problems”, Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, (Ankara: 2018), s.445-446; Mansour Rahmdel, “Organized Crimes and Organized Criminal Groups in the Iranian Criminal Law”, Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, (Ankara: 2018), s.583-584.

²³ İzzet Özgenç, Suç Örgütleri, 13. Bası, (Ankara: 2018), s.13.

²⁴ Feridun Yenisey, “Örgüt Suçu, Muhakemesi ve Gizli Tanık”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C.I, (İstanbul 2010): s.398.

²⁵ Mafya tipi suç örgütlerinin farklı görünüş biçimleri ve özellikleri bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Fatih Yurtlu, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, Kurulmuş Örgütü Yönetme veya Bu Örgüte Üye Olma”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Ankara: 2013), s.29 vd. Aslında Güney İtalya orijinli olan mafya tipi örgütlenmeler, kısa zamanda dünyanın çeşitli coğrafyalarında farklı şekilde kendilerini göstermişlerdir. Mafya tipi suç örgütleri, aslında ekonomik çıkar amaçlı suç örgütlerinin kriminolojik yönden farklı bir görünüş biçimidir. Mafya tipi örgütlenmeleri sıradan çıkar amaçlı suç örgütlerinden ayıran birçok özel husus vardır. Bunların bir tanesi de; mafya tipi örgütlenmelerin cebir, şiddet ve tehdit yöntemlerini esas gayeleri olan maddi çıkar elde etmek için sıkça kullanmasıdır. Ancak söz konusu bu kriminolojik farklılık çoğu zaman göz ardı edilmekte ve ekonomik çıkar amaçlı suç örgütleri kavramı yerine çoğunlukla mafya tipi suç örgütü kavramı kullanılmaktadır. Nisco, s.446. Ayrıca bkz. Hasan Dursun, “Organize (Örgütü) Suçlulukla Mücadelede İtalya”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.5 (2015): s.332.

²⁶ Örneğin İtalya’da mafya tipi suç örgütleriyle mücadele için özel bir kanun çıkarılmıştır. Benzer şekilde ülkemizde de 1999 yılında 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu (ÇASÖMK) çıkarılmıştır. ÇASÖMK, 2005 yılında 5320 sayılı Ceza Muhakemesinin Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Kriminolojik açıdan suç örgütü türlerinden ikincisini ise “*terör örgütleri*” oluşturmaktadır. Terör örgütlerini çıkar amaçlı suç örgütlerinden ayıran temel kıstas, terör örgütlerinin yöneldiği amacın “*siyasi*” nitelikte olmasıdır.²⁷ Ekonomik çıkar amacıyla kurulan suç örgütleri, işledikleri suçlardan maddi çıkar elde etme gayesini güderken; terör örgütleri ise işledikleri suçlarla nihai olarak “*siyasi*” bir hedefe ulaşmayı amaçlar. Bir başka ifadeyle, terör örgütleri nihai hedefleri olan siyasi amaçlarına ulaşmak için suç işler ve işledikleri suçlar şiddet ve cebir içerir. Dolayısıyla terör örgütlerinin nihai amaçlarının “*siyasi*” olması, onları diğer suç örgütlerinden ayırmaya yarayan kriminolojik bir kıstas olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁸

Suç örgütlerinin nihai amacının niteliği, kriminolojik yönden yapılan ayırım noktasında önem arz etmektedir. Bununla beraber maddi ceza hukuku düzenlemeleri söz konusu olduğunda terör örgütlerini diğer suç örgütlerinden ayıran temel kıstas; ulaşmak istedikleri amacın siyasi olmasından ziyade, bu amaca ulaşmak için başvurdukları “*cebir, şiddet ve tehdit*” yöntemleridir. Bu bakımdan, bir örgütlü yapılanmanın faaliyetleri suç oluşturmakla beraber içeriğinde “*cebir, şiddet ve tehdit*” söz konusu değilse kanaatimizce terör örgütünden bahsetmek mümkün değildir. Bir başka ifadeyle, çıkar amaçlı suç örgütleri bakımından zorunlu bir unsur olmayan “*cebir, şiddet ve tehdit*” kullanma, terör örgütleri bakımından “*olmazsa olmaz bir maddi unsur*” olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla, her ne kadar siyasi bir amaca ulaşma gayesinde olsa da cebir, şiddet ve tehdidi kendisine bir yöntem olarak seçmeyen örgütlenmelerin “*terör örgütü*” olarak kabul edilmemesi gerekir. Tüm bu teorik tespitlere rağmen, somut bir ceza davasına konu olan hiyerarşik yapılanmanın bir suç örgütü oluşturup oluşturmadığı, ilgili yapılanma bir suç örgütü olarak kabul edildiği takdirde hangi nitelikte (çıkarm amaçlı suç örgütü mü yoksa terör örgütü mü?) bir örgüt olduğunun tespiti uygulamada hiç de kolay değildir.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme ve üye olma suçları; esasında birer hazırlık hareketi olmasına rağmen, korudukları hukuki değerlerin önemi nedeniyle Türk ceza mevzuatında müstakil suçlar olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK’nın 220. maddesinde, “*suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme ve üye olma suçları*”; aynı Kanun’un 314. maddesinde ise “*silahlı örgüt*” suçları düzenlenmiştir. TCK m.220’deki düzenleme, esas olarak “*ekonomik çıkar amaçlı suç örgütleri*” bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Buna karşılık TCK’nın 314. maddesindeki düzenleme, anayasal düzene ve hükümete karşı suçları işlemek için kurulan “*silahlı örgütler*” bakımından uygulanacaktır. Türk mevzuatında, TCK’daki bu hükümlerin haricinde müstakil bir kanun olarak 3713 sayılı Terörle Mücade-

²⁷ Sulhi Dönmezer, “*Organize Suçlulukla Mücadele*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Kemal Oğuzman’a Armağan, S.1, (İstanbul: 2002 Ocak): s.6.

²⁸ Fatih Yurtlu, “*Terör Eylemleri Nedeniyle Devletin Mali Sorumluluğu*”, Düşünce Dünyasında Türkiz, S.40 (2016): s.27.

le Kanunu'nda (TMK) terör örgütlerine yönelik özel nitelikte düzenlemelere yer verilmiştir. Bununla birlikte 3713 sayılı Kanun'da, örgüt suçunun genel unsurları bakımından TCK m.314'e yollama yapılmakla yetinilmiştir (TMK m.7/1). Örgütlü suçlara yönelik bu çoklu yapı nedeniyle, mevzuatta bulunan ve suç örgütlerine yönelik olarak birden fazla düzenleme arasındaki ilişki olduğu oldukça önem arz etmektedir. Çünkü incelememize konu AYM bireysel başvurusundaki ceza yargılamalarında da sanığın ısrarla vurguladığı iddiası ve savunması; *“cebir ve tehdide başvurmeyen, elinde herhangi bir silah bulundurmayan bir yapının salt olarak amacına bakılarak “terör örgütü” olarak kabul edilemeyeceğidir”*.

TCK m.220'deki düzenlemenin bir somut tehlike suçu olduğu göz önüne alındığında, ilgili örgütün gerek teçhizat gerekse üye sayısı bakımından amaçlarını gerçekleştirme noktasında somut bir tehlike yaratıp yaratmadığı hususu yargılama mercii tarafından ayrıca tespit edilecektir.²⁹ Söz gelimi, muhitteki esnaf ve küçük işletmelerinden haraç toplayarak maddi çıkar elde etmeyi amaçlayan bir örgüt açısından üç veya dört üye yeterli olabilir. Buna karşılık cebir ve şiddet kullanarak ülkenin toprak bütünlüğünü bozma amacıyla kurulan bir suç örgütü bakımından, 10-15 kişinin somut bir tehlike yaratacağını söylemek mümkün olmayabilir. Üye sayısı ve teçhizat bakımından örgütün amaç suçları işlemeye elverişli olup olmadığının tespiti, her somut olayda örgütün bir bütün olarak değerlendirilmesi suretiyle bizzat yargılama makamı tarafından yapılacaktır.

Suç örgütünün amaç suçlar bakımından somut bir tehlike yaratıp yaratmadığı hususunda, *“örgütün silahlı olup olmaması ve bu silahların nitelik veya nicelikleri de”* dikkate alınmalıdır.³⁰ Dikkat edilmelidir ki silahlı olma, TCK m.220'de tanımlanan örgüt suçunun nitelikli unsurunu oluşturuyorken (m.220/3) TCK m.314'te tanımlanan örgüt suçunun ise kurucu unsurunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla *“silahın”* bir nitelikli ya da kurucu unsur olarak arandığı suçlar bakımından iki aşamalı bir değerlendirme yapılması gerekir. Öncelikle söz konusu yapılanmanın silahlı olup olmadığı değerlendirilerek suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı tespit edilmelidir. Bu aşamada ilgili örgütün silahlı olduğu, yani suçun kurucu/nitelikli maddi unsurlarının tam olduğu kanaatine varılırsa, ikinci aşamada ilgili silahların nitelik ve nicelik bakımından amaçlanan suçları işleme hususunda *“somut bir tehlike yaratıp yaratmadığı”* üzerinde durulmalıdır. Bir başka ifadeyle, somut olayda örgüt suçu bakımından objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşip gerçekleşmediği ikinci aşamada bilahare değerlendirilmelidir.³¹

Maddi ceza hukukuna ilişkin bu tartışmalar ışığında, çalışmamıza temel oluşturan bireysel başvuru kararına konu olan temel problemlerden ilki; örgütlü bir

²⁹ Özgenç, s.20-21.

³⁰ Özgenç, s.22.

³¹ Objektif cezalandırılabilme şartlarının suçun yapısındaki yerine ilişkin tartışma ve değerlendirmeler için bkz. İlhan Üzülmöz ve Ahmet Hulusi Akkaş, *“Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları”*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S.1-2 (2007): s.71 vd.

yapılanmanın, “yasadışı” fakat kanunlarda suç olarak tanımlanmamış metotlarla hareket etmesi durumunda ceza hukuku bakımından ne şekilde hareket edileceği hususudur. İfade etmek gerekir ki; şu anki mevzuatımıza göre bir suç örgütünden bahsedebilmek için mutlaka bir “suç işleme amacının” var olması gerekir. Suç oluşturması gereken bu amaç; örgütün nihai amacı olabileceği gibi, nihai amaca ulaşmak için seçilen yöntemler, yani ara/ikincil amaçlar da olabilir. Bununla birlikte söz konusu amaçların mutlaka kanunlarda “suç” olarak düzenlenmiş olması gerekir. Sair mevzuatta başka hukuki yaptırımlara bağlanması sebebiyle “bir haksızlık oluşturmasına rağmen suç oluşturmayan amaçları güden yapılanmaların” suç örgütü olduğundan bahsedilemez. Söz gelimi, bir hiyerarşik yapılanmanın amacı özel hukuk bağlamında ya da idare hukuku bağlamında bir haksızlığı gerçekleştirmek ise, örgüt suçuna ilişkin diğer tüm maddi unsurlar tamam olsa dahi amaç unsuru gerçekleşmediğinden bir suç örgütünden bahsedilemez.³²

Bireysel başvuruya konu olayda Anayasa Mahkemesi’nin hak ihlali kararına dayanak teşkil eden husus, Türk mevzuatı açısından “silahsız terör örgütü kavramından” bahsedilip bahsedilemeyeceğidir. Bu soruya cevap verebilmek içinse, öncelikle TCK m.220 ve m.314 ile TMK m.7 arasındaki ilişkinin ortaya konulması gerekir. TCK m.314’te düzenlenen “silahlı örgüt” suçunun unsurları açısından, TCK m.220’de aranan tüm maddi ve manevi unsurlar aynen geçerlidir.³³ TCK m.314’teki suç tipinin oluşabilmesi için TCK m.220’deki örgüt suçunun unsurlarına ek olarak; “örgütün silahlı olması” ve “işlenmesi amaçlanan suçların Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar’dan (TCK m.302, 303, 304, 305, 306, 307, 308) veya Anayasal Düzene veya Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar’dan (TCK m.309, 310, 311, 312, 313) biri olması” gerekir. Bir başka ifadeyle, TCK m.314 TCK m.220’ye nazaran “özel norm” niteliğindedir. Dikkat edilmelidir ki “silahlı olma”, TCK m.220’deki örgüt suçu bakımından bir nitelikli unsur olduğu halde TCK m.314’teki suç bakımından “kurucu bir unsur” olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna mukabil TCK m.314’te tanımlanan “silahlı örgüt” suçu, işlenmesi amaçlanan suçlar bakımından da özelleştirilmiştir.

Türk Mevzuatında “terör örgütü” tanımı 3713 sayılı TMK m.7/1’de yapılmıştır. İlgili maddede TCK m.314’e atıf yapıldığı görülmektedir. Bu noktada tartışılması gereken temel husus; TMK m.7’de TCK m.314’e yapılan atıfın sadece suçun cezası yönünden mi yoksa suçun tüm unsurlarını kapsayacak şekilde mi

³² “Suçun tüm maddi unsurlarını, hukuka aykırılık unsurunu, manevi unsur olarak da doğrudan kastı ihtiva eden bir birleşmenin amacı kabahat türünden filleri gerçekleştirmek ise; bu durumda suçun manevi unsurlarından amaç unsuru eksik olacağı için suçun oluşmadığını kabul etmek gerekir. Örneğin her biri dilencilik yapmak amacıyla bir araya gelen üçten fazla kimse, aralarında hiyerarşik bir yapılanma kurup, iş bölümü yaparak elde ettikleri kazancı tek bir merkezde topluyor olsalar dahi, suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve yönetme suçundan bahsedemeyiz. Çünkü dilencilik yapmak bir suç değil bir kabahattir”. Yurtlu, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, Kurulmuş Örgütü Yönetme veya Bu Örgüte Üye Olma”, s.96.

³³ Özgenç, s.46.

yapıldığıdır. Mülga 765 sayılı TCK'da, 168 ve 313. maddelerde yapılan örgüt tanımlarına ek olarak TMK m.7'de ayrı bir suç örgütü tanımı yapılmışken, bu durum 29.06.2006 tarih ve 5532 sayılı Kanunla değiştirilmiştir.³⁴ Bu değişikliğin temel amacı ise, TCK m.220 ve m.314'e işlerlik kazandırmaktır.³⁵ Bu değişikliklerle beraber TMK'da düzenlenen "*terör örgütü*" suçuna ilişkin normun da TCK m.314'teki "*silahlı örgüte*" göre özel norm haline geldiğini söyleyebiliriz.

Sonuç olarak; bir "*terör örgütünden*" bahsedebilmek için TCK m.314'teki yollama nedeniyle, TCK m.220'deki tüm maddi unsurları taşıyan yapılanmanın bu unsurlara ek olarak "*cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle*" ve "*TMK 1. maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak kurulmuş olması*" gerekir.³⁶ Dolayısıyla bir terör örgütünden bahsedebilmek için ilgili hiyerarşik yapılanmanın; "*cebir ve şiddet kullanarak, baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla hareket etmesi*" gerekir.

Yukarıda da vurguladığımız üzere, TCK 220. maddede düzenlenen örgüt suçunun temel şekli bakımından "*silah*" zorunlu bir maddi unsur değildir. Bununla beraber 220. maddenin üçüncü fıkrası "*örgütün silahlı olmasını*" suçun cezasını artıran nitelikli bir unsur olarak düzenlemiştir.³⁷ Buradaki silah deyiminden, elbette ki TCK m.6/1-f'de yapılan "*silah*" tanımı anlaşılacaktır. Bu nitelikli unsurun oluşması için örgütün tüm üyelerinin silahlı olması şart değildir. Örgüt mensuplarının bir kısmının bu silahlar üzerinde tasarruf imkânının bulunması yeterlidir.³⁸ Örgüt devamlılık gerektiren bir yapılanma olduğundan, yalnızca tek bir eylemde silah kullanılmış olması örgütün silahlı sayılması için yeterli değildir; örgütsel yapının bir parçası olan silahlı olma halinin de devamlılık arz etmesi gerekir.³⁹ Bununla beraber örgütün silahlı sayılabilmesi için somut olarak silahlı bir

³⁴ Özgenç, s.50.

³⁵ Özgenç, s.50.

³⁶ Alman ceza mevzuatında da "*terör örgütü*" suçu, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunun özelleştirilmiş bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Mehmet Arslan, Alman Ceza Hukukunda Suç ve Terör Örgütleriyle Bağlantılı Suçlar ve İştirak Hükümleriyle İlişkileri, (Ankara: 2020), s.75 vd.

³⁷ Silah unsuruna ilişkin olarak 220. madde gerekçesinde şu açıklamalarda bulunulmuştur: "*Üçüncü fıkraya göre, örgütün silahlı olması, bir ve ikinci fıkrada tanımlanan suçların daha ağır ceza ile cezalandırılmasını gerektiren nitelikli unsurunu oluşturmaktadır. Suç örgütünün silahlı olup olmaması veya sahip olunan silahların cins, nitelik ve miktarı, somut tehlikenin belirlenmesi veya var olan somut tehlikenin ağırlığı bakımından dikkate alınmalıdır*". TBMM 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, Sıra Sayı: 664, s.614 vd.

³⁸ Özgenç, s.22.

³⁹ Erkan Sarıtaş, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220 - 221), (İstanbul: 2018), s.389 - 390.

eylemde bulunmuş olması şart değildir. Envanterdeki silahların örgütün amacı doğrultusunda ve hiyerarşik ilişki içerisinde örgüt mensuplarına tahsis edilmiş olması bu unsurun kabulü için yeterlidir. TCK 220. madde bağlamındaki silahlı örgüt, kriminolojik yönden ekonomik çıkar amaçlı suç örgütlerine, diğer bir ifadeyle “mafya” tipi suç örgütlerine işaret etmektedir.

TCK 314. maddesinde ise belirli suçları işlemek amacıyla kurulan “silahlı örgüt” suçuna yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre kanun koyucu; belirli nitelikteki suçları işlemek için örgüt kurma, yönetme ve üye olma fiillerini müstakil suçlar olarak düzenlemiştir. Böyle bir düzenleme yapılmasının temel nedeni; bu tip örgütlerin silahlı, organize ve disiplinli yapısıyla amaç suç açısından “yakın ve ciddi zarar tehlikesi” yaratacağının öngörülmesidir.⁴⁰ Bu suç tipi bakımından da örgütün tüm mensuplarının silahlı olması gerekmez. Hedeflenen suçların işlenmesini sağlayabilecek derecede olmak üzere bazı üyelerin silahlı olmaları 314. maddedeki örgüt suçunun oluşması için yeterlidir. Silahların nitelik ve nicelik olarak suçun oluşması için yeterli olup olmadığı ise yargılama makamı tarafından ayrıca (somut tehlikenin oluşup oluşmadığı noktasında) değerlendirilecektir.⁴¹

Yukarıda da değindiğimiz üzere Türk mevzuatında terör örgütü tanımı, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 7. maddesinde yapılmıştır. 3713 sayılı TMK düzenlemesinde, TCK m.314’e doğrudan bir atıf söz konusudur. Bununla beraber söz konusu atfın sadece suçun yaptırımına değil, suçun tüm unsurlarına yönelik olduğunu kabul etmek gerekir. TMK’daki mevcut düzenlemeye göre; Kanun’un 1. maddesindeki amaçları⁴² gerçekleştirmek için cebir ve şiddet kullanılarak, baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle suç işlemek üzere kurulan silahlı örgütler, “terör örgütü” olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla bir suç örgütünün terör örgütü olarak kabul edilebilmesi için, örgüt suçunun diğer unsurlarına ek olarak “3713 sayılı Kanun’un 1. maddesinde ifade edilen özel saiklere yönelik olması” ve nihayetinde “silahlı” olması gerekir. Bu nedenle, suç işlemek amacıyla kurulmuş olmakla birlikte silahlı olmayan örgütler bakımından TMK’daki terör örgütlerine ilişkin hükümler değil; TCK’nın suç işlemek amacıyla örgüt kurmaya ilişkin genel hükmü olan 220. madde hükümleri uygulama alanı bulacaktır.⁴³

⁴⁰ Çetin Özek, “Silahlı Çete - Amaç Suç İlişkisinde İştirak Sorunları”, Yılmaz Günel’a Armağan, Ankara Üniversitesi SBFD, C.49, S.3-4, (1994 Haziran-Aralık): s.60.

⁴¹ TCK 314. madde gerekçesi, TBMM 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, Sıra Sayı: 664, s.702 vd.

⁴² 3173 sayılı TMK madde 1: “Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir”.

⁴³ Özgenç, s.50.

Sonuç olarak, pozitif Türk mevzuatına göre “*silahsız terör örgütü*” diye bir kavramdan bahsetmek mümkün değildir. Bir terör örgütünden bahsedebilmek için TCK 220. madde bağlamındaki örgüt suçunun unsurlarına ek olarak cebir, şiddet, baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden birini benimsemiş “*silahlı bir yapılanma*” olmalıdır.⁴⁴ Bununla beraber terör örgütleri yönünden de mevcut üye sayısı, hali hazırdaki araç, gereç ve silahlar bakımından amaç suçları işleme noktasında “*elverişlilik*” durumu her somut olayda yargılama mercii tarafından ayrıca değerlendirilecektir. Bu bakımdan, bir an için meri mevzuatımıza göre “*silahsız terör örgütü*” suçunun mümkün olduğunu kabul etsek dahi; elinde silah niteliğinde herhangi bir şey bulunmayan bir hiyerarşik yapılanmanın var olan hukuk düzenine ve bu düzenin temel niteliklerine yönelik somut bir tehlike oluşturacağından bahsetmek hayatın olağan akışıyla bağdaşmayacaktır. Bir başka ifadeyle, silahsız bir örgüt her ne kadar suç işleme amacıyla kurulmuş olsa dahi, TMK’da tanımlanan suçları gerçekleştirme noktasında somut bir tehlike oluşturmayacağından ilgililerin cezalandırılması da mümkün olmayacaktır.

IV. HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE GÖRÜŞÜMÜZ

Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelen uyuşmazlık özelinde örgütlü suçlara yönelik hem maddi ceza hukuku hem de ceza muhakemesi hukuku bakımından tartışılması gereken önemli hususlar mevcuttur. Konuya ilişkin maddi ceza hukuku bakımından çözülmesi gereken temel problem, “*meri Türk mevzuatı bakımından silahsız terör örgütünden bahsedilip bahdilemeyeceğidir*”.^{45,46} Ceza

⁴⁴ Aynı yönde görüş için bkz. Burak Boz, “*Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Örgütüne Üye Olma Suçu*”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.1 (2020): s.153.

⁴⁵ Konuya ilişkin olarak ortaya çıkan bir diğer önemli problem ise; suç örgütlerine ilişkin olarak verilen hükümlerde, yargı mercilerinin idari mercilerin verdikleri karar/raporlarla yetinerek hüküm kurmalarıdır. Bir yapının suç örgütü olup olmadığına, suç örgütü niteliğinde ise failerin hangi mevzuat hükmüne göre cezalandırılacağına yönelik tespit yalnızca ceza mahkemeleri tarafından yapılabilir. Bunun haricinde, adı ve konumu ne olursa olsun “*idari bir mercii tarafından alınan kararlara*” dayanılarak bir yapılanmanın suç örgütü olup olmadığına karar verilemez. Bu bakımdan; örneğin Emniyet Genel Müdürlüğü, Milli İstihbarat Teşkilatı veya Milli Güvenlik Kurulu gibi idari nitelikteki organların kararlarına dayanılarak bir yapının suç örgütü olduğuna karar verilemez. Ceza mahkemeleri, önüne gelen dosyaya ilişkin karar verirken elbette ki bu idari mercilerden gerekli bilgi ve belgeleri talep edebilir. Bununla beraber ilgili idari makamlar tarafından verilen kararlar ya da gönderilen bilgi ve belgeler yalnızca birer takdiri delil niteliğindedir. Dolayısıyla ilgili yapının bir suç örgütü olup olmadığına tespit edilmesi, bu bilgi ve belgeleri değerlendiren mahkemenin verdiği kararın kesinleşmesiyle mümkün olacaktır.

⁴⁶ Konuya ilişkin uygulamamızda ortaya çıkan diğer bir önemli problem ise, özellikle propaganda suçlarına yönelik verilen hükümlerden kaynaklanmaktadır. Propaganda suçları, en temel hak ve özgürlüklerden biri olan “*düşünme ve düşünceyi açıklama hakkı*” ile “*suç ve suçluluğun övülmesinin engellenmesi yükümlülüğü*” arasındaki dar alanda kalmaktadır. Buna karşılık, propaganda suçlarına ilişkin olarak verilen birçok hükümden bu dengenin “*suç ve suçluluğun övülmesinin engellenmesi yükümlülüğü*” lehine ciddi anlamda bozulduğu görülmektedir. Bu konuda Türk uygulamasının da tıpkı AİHM’nin yaptığı gibi, propaganda niteliğinde olduğu iddia edilen söz veya eylemleri; failin statüsü, fiilin icra edildiği yer, fiilin toplum üzerinde ortaya çıkardığı/çıkartabileceği olumsuz etkiler gibi hususları birlikte değerlendirmesi bir çözüm yolu olabilir. Kanaatimizce, bu

muhakemesi hukuku boyutuyla incelenmesi gereken temel husus ise, “savunma makamının ısrarla üzerinde durduğu ve hükmün esasını etkilemesi mümkün olan bir hususa mahkûmiyet kararının gerekçesinde cevap verilmemesinin adil yargılanma hakkının ihlalini oluşturup oluşturmayacağıdır”.

Çalışmanın ilk kısmında ayrıntılarıyla ifade edildiği üzere, inceleme konusu bireysel başvuruda sanık Y.Ç.; hem ilk derece mahkemesi hem de temyiz mercii önünde ısrarla aynı yönde savunma yapmıştır. Bu savunmanın temelini, üyesi olmakla itham edildiği “*Hizb-ut Tahrir örgütünün bir terör örgütü olmadığı savı*” oluşturmaktadır. Bu savunmada maddi ceza hukuku bakımından açıklığa kavuşturulması gereken ilk husus; özellikle 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesi ve akabinde 3713 sayılı TMK’da yapılan değişiklikler sonrası meri mevzuat bakımından “*silahsız terör örgütünden*” bahsedilip bahsedilemeyeceğidir.⁴⁷

Yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız gerekçelerle, 5237 sayılı TCK ve 3713 sayılı TMK’daki hükümler ve özellikle de 3713 sayılı TMK’da 29.06.2006 tarih ve 5532 sayılı kanunla yapılan değişiklikler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, meri mevzuatımız açısından “*silahsız terör örgütü*” diye bir suç tipinin olmadığını kabul etmek gerekir.⁴⁸ TMK’da ayrıca bir “*örgüt*” tanımı yapılmaksızın doğrudan TCK 314. maddeye atıf yapılmıştır. Bu nedenle TCK 314. maddedeki örgüt suçu bakımından kurucu bir unsur olan “*silah*”, terör örgütleri bakımından da kurucu bir maddi unsur olarak kabul edilmelidir. Kaldı ki “*silahsız terör örgütü*” kavramı, suç tipinin diğer unsurları bakımından da ciddi açmazlar barındırmaktadır. Çünkü silahsız olma; terör örgütleri bakımından kanunen aranan “*cebiri ve şiddet kullanarak baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinin*” uygulanması noktasında teorik açıdan olmasa da fiili açıdan ciddi bir imkânsızlık yaratır.

Elbette silahlı örgüt/terör örgütünden bahsedebilmek için, örgütün tüm üyelerinin silahlı olması ya da daha önceden silahlı bir eylem gerçekleştirmiş olması şart değildir. Üyelerin örgütün amaçları doğrultusunda kullanılmak üzere

problemin çözümü uygulamanın elinde görünmektedir. Çünkü ilgili mevzuatta defaatle yapılan değişiklikler, konuya ilişkin sorunları çözmek bir yana daha da artırmış görünmektedir. Uygulamada “*suç ve suçluluğun övülmesinin engellenmesi*” lehine ciddi anlamda bozulan dengeyi “*düşünme ve düşünceyi açıklama hakkına*” doğru dengelemek için, propaganda suçlarının da tipki “*suçu ve suçluyu övme (TCK m.215)*” gibi bir “*somut tehlike suçu*” olarak tadil edilmesi düşünülebilir. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, bu noktada ortaya çıkan esas problemin bir uygulama sorunu olduğunu ve söz konusu sorunun ancak tutarlı bir uygulama sayesinde çözülebileceğini kabul etmek gerekir. Propaganda suçlarına ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Fatih Yurtlu, “*Suç Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu ve Türkiye Açısından AIHM Kararlarına Yansımaları*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XX, S.3 (2016 Temmuz): s.411-435.

⁴⁷ Yargıtay bu konuda bizden farklı düşünmektedir. Yargıtay 16. CD ilk derece mahkemesi sıfatıyla yapmış olduğu yargılama neticesinde E.2015/3, K.2017/3, T. 24.04.2017 künyeli kararının 95. sayfasında, “*3713 sayılı TMK’nın m.7/1 hükmünün “silahlı olmayan terör örgütlerini” düzenlediğini ifade etmiştir. Aktaran: Özgenç, s.107.*

⁴⁸ Özgenç, s.107.

özgülenmiş silahlar üzerinde tasarruf imkânının olması bu suçların oluşumu için yeterlidir.⁴⁹ Bununla beraber, bir “*terör örgütünün*” elinde bulundurduğu silahların nitelik ve miktarının amaçlanan suçların işlenmesi bakımından elverişli olup olmaması ise her somut olayda yargılama makamı tarafından ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur.⁵⁰ Çünkü terör örgütleri salt olarak adi suçları işlemek amacıyla değil, devlete ve devletin toprak bütünlüğüne karşı suçları işlemek amacıyla hareket ederler. Bu bakımdan üye sayısı ne kadar fazla olursa olsun envanterinde herhangi bir silah bulunmayan bir hiyerarşik yapının, “*devletin ve ülkenin bölünmez bütünlüğü bakımından somut bir tehlike yaratması*” mümkün değildir. Bir başka ifadeyle, biran için hukukumuz açısından “*silahsız terör örgütü*” kavramı geçerli kabul edilse dahi, silahsız olan bir örgütün amaç suçlar bakımından somut bir tehlike yaratması mümkün olmayacağından, ilgililerin örgüt suçundan cezalandırılması yine mümkün olmayacaktır.

Bireysel başvuruya konu mahkûmiyet hükümlerine temel teşkil eden ilgili EGM raporuna göre; “*2009 yılında örgüte yapılan bir operasyonda 1 adet uzun namlulu silah, 2 adet tabanca, 5 adet tüfek ve 6 adet kurusıkı tabanca ele geçirilmiştir*”. Bu nitelik ve nicelikteki silahların, örgütün amaç suçlarını işleme noktasında somut bir tehlike yaratıp yaratmayacağı elbette ki yargılama mercii tarafından somut olay özelinde ayrıca değerlendirilmelidir. Kanaatimizce; özellikle “*ateşli silahlar*” söz konusu olduğunda, amaç suçların işlenmesi noktasında bunların sayısının fazla olması gerekmez. Örneğin; birkaç ateşli silaha sahip bir terör örgütü, önemli şahsiyetlere yönelik birtakım suikast fiillerinde bulunarak nihai amaçlarına ulaşmayı deneyebilir.

Buna karşılık, bireysel başvuruya konu mahkeme kararlarında ısrarla vurgulanan EGM raporundaki söz konusu tespitlerin altının doldurulamadığı anlaşılmaktadır. Gerçekten iddia edildiği gibi yapılan bir operasyon sonucunda söz konusu silahlar ele geçirildiyse, yapılan operasyon neticesinde silahlara ilişkin olarak bir merciin kararının da olması gerekir (örneğin elkoyma ya da müsadere gibi). Ancak konuya ilişkin tüm kararlarda, salt olarak EGM raporundaki ifadeler aynen tekrar edilmekle yetinilmiş, operasyon neticesinde bulunduğu iddia edilen silahların akıbetinin ne olduğuna hiç değinilmemiştir. Bu durum, ceza muhakemesi açısından ciddi bir sübut problemine işaret etmektedir. Dahası bu durum, elde edilen delillerin kanuna uygun bir şekilde elde edilip edilmediğinin tespit edilmesini de imkânsız hale getirmektedir.

Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 07.04.2011 tarihinde verdiği ve Yarıntay 9. CD’nin 27.06.2014 tarihli ilamı ile onadığı hükümde: “*Örgüt mensuplarının silahlı bir eyleme katılmadıkları tespiti yapılmış ancak EGM raporu ve*

⁴⁹ Mathias Krauß, Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Auflage, (Berlin/New York: 2010), Band 5, Bn.127, Kn.17.

⁵⁰ Özgenç, s.22.

Yargıtay'ın içtihatlarına dayanarak” ilgili kişiler hakkında “*terör örgütü üyeliğinden*” ceza verilmiştir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, bir örgütün “*silahlı*” olması için bu silahların herhangi bir suçta kullanılmış olması gerekmez. Silahların kullanılmak üzere örgüt üyelerine özgülenmiş olması yeterlidir. Ancak daha önceden hakkında verilmiş ve kesinleşmiş bir hüküm olmayan, dahası silahlı olup olmadığı noktasında ciddi şüphe bulunan bir örgüt söz konusu olduğunda, elde edilen silahların örgüt adına kullanılmak üzere hazır tutulduğunun somut olay bakımından mutlak suretle tespit edilmesi gerekir. Çünkü silahlı örgüt suçundan dolayı ilgililerin cezalandırılabilmesi için örgütün silahlı olduğunu bilmeleri gerekir. Bu bakımdan; daha önce kamuoyuna yansımış herhangi bir silahlı eylemi olmayan bir yapılanmanın belirli üyelerinin silahlı olması halinde, diğer üyelerin bu durumu bilip bilmediklerinin de kesin olarak sübuta erdirilmesi gerekir. Kanatımızca, bu durumdan haberdar olmayan kişilerin en azından “*silahlı örgüt*” suçundan cezalandırılması mümkün değildir. Bu kişiler, silahlı olduğunu bilmedikleri örgütün suç işleme amacını biliyorlar ise TCK m.220’de tanımlanan örgüt suçundan sorumlu tutulabilirler. Çünkü yukarıda da vurguladığımız üzere, hem TCK m.314 hem de TMK m.7/1’deki örgüt tipleri bakımından “*silahlı olma*” kurucu bir maddi unsurdur. Dolayısıyla örgüt hiyerarşisindeki kişilerin bu unsuru da bilmeleri gerekir. Bir başka ifadeyle, bu tip örgütlerde “*silahlı olma*” suçun kurucu bir maddi bir unsuru olduğundan kast kapsamında mütalaa edilmelidir.

Konuya ilişkin ceza muhakemesi açısından tartışılması ve çözülmesi gereken temel sorun ise, sanığın ısrarla üzerinde durduğu ve hükmü esastan etkileyecek hususlara yargılama mercilerinin gerekçede yeterli cevap vermemiş olmasıdır. Bir başka ifadeyle, verilen mahkûmiyet hükümlerinin yeterli ve tatmin edici gerekçeye sahip olmamasıdır. Elbette ki mahkûmiyetle sonuçlanmayan (örneğin beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı) hükümler de yeterli gerekçeye sahip olmalıdır. Ancak söz konusu olan mahkûmiyet kararı olduğunda, hükmün yeterli ve doyurucu gerekçeye sahip olması temel hak ve özgürlükler bakımından çok daha önemli bir hal almaktadır.

Bireysel başvuruya konu olayda; Hizb-ut Tahrir örgütüne yönelik düzenlenen iddianamelerde örgütün cebir, şiddet veya tehdit içerikli herhangi bir suçuna yer verilmemesine rağmen ilgili yapıya yönelik olarak ısrarla “*terör örgütü*” nitelendirmesi yapıldığı görülmektedir. Bu yaklaşımın isabetli olduğunu söylemek mümkün değildir. Tıpkı “*silahlı olma*” gibi “*cebir, şiddet veya tehdit yöntemi*” de TMK bağlamında terör örgütü suçunun kurucu bir maddi unsurunu oluşturmaktadır. Hakeza; “*örgüt üyesi şahısların şu ana kadar herhangi bir silahlı faaliyet yürütmemesine rağmen, silahlı faaliyet yürütmeye psikolojik olarak hazır olduklarına*” yönelik gerekçe de yargılamaya konu hiyerarşik yapılanmanın bir terör örgütü olarak kabul edilebilmesi için yeterli değildir. Böyle bir yaklaşım, var olan delil ve olgulardan yola çıkılarak hüküm kurulmasına yönelik temel ceza

muhakemesi ilkesiyle bağdaşmaz. Çünkü burada var olan olgulardan, delillerden ya da işlenmiş somut suçlardan yola çıkılmak suretiyle değil; sadece bir varsayımdan, bir öngörüden hareket ederek suçun maddi bir unsurunun sübut bulunduğu kabul edilmekte ve ilgililer cezalandırılmaktadır. Böyle bir yaklaşımın ceza muhakemesi hukuku bakımından kabul edilmesi ise mümkün değildir.

Yine inceleme konusu bireysel başvuruya temel teşkil eden tüm ceza mahkemesi kararlarında atf yapılan EGM raporunda: *“İlgili örgütün 1967 yılından günümüze kadar herhangi bir silahlı eyleme karışmadığını, örgüte yönelik olarak yapılan soruşturmaların tamamının; örgüt propagandası yapmak, örgüte eleman kazandırmak, örgütsel doküman basıp dağıtmak, örgüt adına internet üzerinden yayın yapmaya ilişkin olduğu”* ifade edilmiştir. Söz konusu bu tespit de hukuki anlamda oldukça sorunludur. Şöyle ki; örgüt propagandası yapmak, örgüte yardım etmek gibi örgütle bağlantılı suçlardan bahsedebilmek için, öncelikle ortada bulunan hiyerarşik yapının bir *“suç örgütü”* olduğu tespit edilmelidir. Yargılamaya konu hiyerarşik yapı bir suç örgütü olarak nitelendirilemiyorsa, bu yapıya yardım etmek veya bu yapının propagandasını yapmak da suç olarak kabul edilemeyecektir.⁵¹ Buna karşılık mahkûmiyet hükümlerine temel teşkil eden EGM raporundan; ilgili yapının bir suç örgütü olup olmadığı tespit edilmeden bu yapıya ilişkin olarak *“propaganda yapmak, örgüte üye kazandırmak, örgütsel doküman basıp dağıtmak”* gibi fiillerden soruşturma ve kovuşturma yapılarak ilgililerin cezalandırıldığı anlaşılmaktadır.

Kısacası; bireysel başvuru neticesinde AYM'nin önüne gelen somut olayda başvurucunun ısrarlı bir şekilde vurguladığı *“Hizb-ut Tahrir örgütünün silahlı bir örgüt olmadığı, şiddet içeren hiçbir eyleme karışmadığı ve üyelerini şiddete çağıran herhangi bir faaliyette bulunmadığı”* iddiaları çürütülmeden sanıkları terör suçlarından mahkûm etmek, hem maddi ceza hukuku hem de ceza muhakemesi hukuku açısından oldukça sorunlu görünmektedir. Elbette ki bir yapılanmanın *“suç örgütü”* niteliği taşıyıp taşımadığının tayin ve tespiti yargılama makamları tarafından bizzat yapılacaktır. Örgüt suçlarının maddi ve manevi unsurlarının oluşup oluşmadığı noktasında takdir ve tespit yapılırken; işlenen veya işlenmesi amaçlanan suçlar, yapılanmanın üye sayısı, suç işlenmesinde kullanılan veya kullanılmak için hazırda bekletilen teçhizat ve silahlar gibi hususlar dikkate alınmalıdır.⁵² İlgili yapının bir suç örgütü niteliği taşıyıp taşımadığının tespiti; *“örgüt propagandası yapma”*, *“örgüte bilerek ve isteyerek yardım etme”* ya da *“örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme”* halleri bakımından da son derece

⁵¹ Bu bağlamda bir yapının suç örgütü olarak tespit edilmiş olması, örgüte yardım ve örgüt propagandası suçları bakımından “öncül suç” olarak nitelendirilebilir. Öncül suçların ceza muhakemesi bağlamında önemi ve etkisine yönelik ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Ahmet Hulusi Aktaş, Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerine Etkisi, (Ankara 2016): s.284 vd., s.332 vd.

⁵² Özgenç, s.18.

önemlidir. Çünkü ilgili yapının suç örgütü niteliği taşıyamaması durumunda söz konusu fiillerin de suç oluşturmadığı kabul edilecektir.

İnceleme konusu olayda Hizb-ut Tahrir örgütüne yönelik olarak ilk yargılamayı Adana 7. ACM'nin vermiş olduğu karar ve gerekçenin isabetli olduğu kanaatindeyiz. Mahkeme şu tespitlerde bulunarak ilgili davada beraat kararına hükmetmiştir: “3713 sayılı Yasa'nın 7. maddesi gereğince cezalandırılması isteğiyle açılan kamu davasında, sanıkların 3713 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde tanımlanan örgütü kurmadıkları, cebir şiddete dayalı eylemlerinin bulunmadığı gerekçesi ile suç unsurlarının oluşmadığından bahisle sanık hakkında beraat kararı verilmesi...”. Ancak bu kararın temyizi üzerine Yargıtay 9. CD; “Hizb-ut Tahrir örgütünü devletin ve Cumhuriyet'in varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak ya da ele geçirmek amacıyla kurulmuş terör örgütü niteliğinde olduğu” sonucuna varmış ve verilen beraat kararını bozmuştur.⁵³

Yargıtay 9. CD'nin vermiş olduğu bu karar; bir örgütün amacının suç oluşturmamakla beraber meşru olmaması durumlarında ne şekilde hareket edileceği bakımından önem arz etmektedir. Elbette ki her hukuk düzeni ancak hukuka uygun ve meşru amaçlarla kurulmuş örgütlenmeleri hukuki bir süje olarak kabul eder ve korur. Bir başka ifadeyle, meşru olmayan bir amaca matuf olarak bir araya gelen kimselerin birleşmeleri elbette ki hukuk düzeni tarafından korunmayacaktır. Bu tip durumlarda, konuya ilişkin mevzuat çerçevesinde yetkilendirilmiş idari makamlar söz konusu yapılanmaları denetleyerek hukuka uygun hareket etmelerine yönelik birtakım tedbirler alabilir. Eğer ilgili örgütler tüm uyarılara rağmen bunu sağlamazlarsa, tüzel kişi veya organizasyonun dağıtılmasına ve ilgililer hakkında “kabahat” nedeniyle hukuki yaptırımlar uygulanmasına karar verilebilir.⁵⁴ Buna karşılık, bir yapılanmanın nihai amacının “hukuka aykırı” olmasına rağmen herhangi bir suç oluşturmadığı durumlarda, bu yapının “suç örgütü” olarak kabul edilmesi ve ilgililerin örgüt suçları bakımından cezalandırılması mümkün değildir. Çünkü bu tip durumlarda örgüt suçunun manevi unsuru olan “suç işleme amacından” bahsedilemez.

Vurgulamak gerekir ki; temelde maddi ceza hukukuna ilişkin yanlış tespitlerden kaynaklanan bu hatalı yaklaşım, örgütlü suçlara ilişkin muhakeme süreçlerindeki usuli hatalardan da beslenmektedir. Örgüt suçlarına ilişkin bir uyuşmazlıkta yargılama mercileri tarafından tespit edilmesi gereken iki temel husus, sırasıyla şu şekildedir: Birincisi, “davaya konu yapılanmanın bir suç örgütü niteliği taşıyıp taşımadığı ve taşıyorsa hangi nitelikte bir suç örgütü olduğu”; ikincisi ise, “sanıkların bu yapılanma ile bir irtibatının bulunup bulunmadığı ve varsa bu irtibatın niteliğidir”. Söz konusu tespitlerin sırasıyla yapılması oldukça önemlidir.

⁵³ Yargıtay 9. CD, E.2004/1586, K.2004/1433, T. 19.04.2004.

⁵⁴ Özgenç, s.83-84. 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 30/A maddesinde “görevden uzaklaştırma ve faaliyetten geçici alıkoyma” hususları; 32. maddesinde ise idari para cezaları düzenlenmiştir.

Buna karşılık birçok somut olayda yargılama mercileri, sırasıyla yapılması gereken bu tespitlerden birincisini göz ardı edip doğrudan ikincisine geçmekte ve bu suretle ilgilileri cezalandırmaktadır. Böyle bir yöntem; ilgili yapılanmanın suç örgütü olduğuna yönelik daha önceden verilmiş ve “*kesinleşmiş mahkeme kararlarının*” olduğu hallerde ciddi bir soruna yol açmaz.⁵⁵ Örneğin; PKK, DAESH ve FETÖ’ye ilişkin olarak verilen ve kesinleşen onlarca mahkeme kararı söz konusudur. Bu bakımdan, adı geçen örgütlere ilişkin yapılan ceza yargılamalarında, yukarıda vurguladığımız ilk adımın atlanması ciddi bir sorun teşkil etmez. Ancak, Hizb-ut Tahrir örneğinde olduğu gibi, ilgili yapılanmanın bir suç örgütü olduğuna yönelik daha önceden gerekçeli olarak verilmiş ve kesinleşmiş mahkeme kararlarının olmadığı durumlarda, söz konusu ilk adımın atlanarak doğrudan ikinci adıma geçilmesi, hukuki açıdan birçok sorunu da beraberinde getirmektedir.

Bu bakımdan suç örgütlerine ilişkin yargılamalarda olması gereken; işlenmiş olan birden fazla muhtelif suçlardan hareketle örgütün varlığının tespit edilmesi ve bunun akabinde sanıkların örgüt hiyerarşisindeki yerine göre kurucu, yönetici veya üye olarak cezalandırılması cihetine gidilmesidir.⁵⁶ Bu itibarla, tamamlanmış veya en azından teşebbüs aşamasına varmış suçlardan soyutlayarak suç işlemek amacıyla kurulmuş örgütün varlığından bahsetmek ancak niyet okuma şeklinde bir yaklaşım olacaktır ki bu durum da hem maddi ceza hukuku hem muhakeme hukuku bakımından kabul edilebilir nitelikte değildir.⁵⁷

Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru kararında tartışma konusu yaptığı ve “*adil yargılanma hakkının*” bir ihlalini oluşturduğunu tespit ettiği temel husus ise “*mahkûmiyet hükmünün yeterli gerekçeye sahip olmamasıdır*”. Ceza muhakemesinde gerekçe, kurulan hükmün en önemli unsurudur.⁵⁸ Gerekçe hem yasal hem de anayasal bir zorunluluk olduğundan, her hükmün mutlaka gerekçesi olmalıdır.⁵⁹ Bir hükümde gerekçenin bulunmaması mutlak bozma sebebidir.⁶⁰ Gerekçe, bir hükmün neden ve niçin kurulduğunu gösteren mantıki dayanaktır.⁶¹ Hükmün esasa ilişkin kısmı gerekçe kapsamında ortaya çıktığından gerekçede; gerçekleşmiş kabul edilen olayın açıkça ortaya konması, delillerin tartışılması, kabul veya reddedilen delillerin gösterilmesi ve bir sonuca varılması gerekir.⁶² Bu

⁵⁵ Akkaş, s.332, 333.

⁵⁶ Özgenç, s.14.

⁵⁷ “*Aksi takdirde, örgütten hareketle somut birtakım suçların işlendiği yargısına varılması halinde, insanlığın çok acı tecrübelerle kurtulmaya çalıştığı itham sistemine geri dönmüş olacaktır*”. Özgenç, s.14.

⁵⁸ Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 10. Baskı, (Ankara: 2020), s.180.

⁵⁹ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, (Ankara: 2019), s.657; Nur Centel ve Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, (İstanbul: 2008), s.711; Şahin ve Göktürk, s.181.

⁶⁰ Bahri Öztürk Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, (Ankara: 2020), s.437.

⁶¹ Centel ve Zafer, s.711.

⁶² Şahin ve Göktürk, s.181.

bakımdan gerekçe; hukuken yeterli ve gerekli içeriğe sahip olmalı, kanun maddelerinin veya kısa kararın tekrarı ya da genel şablon ifadelerden ziyade kararın dayanak ve nedenlerini açıklayıcı nitelikte olmalıdır.⁶³ Aralarında bağlantı kurulmaksızın sırf delillerin arka arkaya sıralanması ile oluşturulan metin, yeterli ve geçerli bir gerekçe niteliği taşımayacaktır.⁶⁴ Bir hükümdede gerekçe; keyfiligi önlemek, tarafları tatmin etmek ve denetim imkânlarını sağlamak açısından olmazsa olmaz bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁵

Çalışmamıza konu bireysel başvuru kararının temelini oluşturan ceza yargılamalarında ise, başvurucunun tüm aksi yöndeki savunmalarına rağmen Hizbut Tahrir yapılanmasının neden ve niçin “*terör örgütü*” olarak kabul edildiğine dair tatmin edici bir gerekçe ortaya konulamamıştır.⁶⁶ Hükümün gerekçeli olması, yargılama makamlarının hata yapma ihtimalini minimize eder.⁶⁷ Anayasa Mahkemesi’nin de ihlal kararında açıkça vurguladığı üzere, elbette gerekçeli hüküm hakkı bir ceza yargılamasında ortaya konulan her iddiaya cevap vermek şeklinde anlaşılmalıdır.⁶⁸ Bununla beraber hüküm kuran mahkeme, bu hükmü hangi temel delillere dayanarak ve niçin verdiğini gerekçesinde tatmin edici bir şekilde açıklamakla mükelleftir.⁶⁹

Gerekçe yönünden önceki bir mahkeme kararına atıfta bulunmak da kural olarak yeterli değildir.⁷⁰ Bununla beraber, bir suç örgütüne yönelik olarak daha

⁶³ Ünver ve Hakeri, s.657.

⁶⁴ Şahin ve Göktürk, s.182.

⁶⁵ “*Gerekçenin yeterli olması, hükmün izah ve denetimine imkân verecek yeterlikte bulunması gerekir*”. Yargıtay 8. CD, 2874/10196, T. 27.10.2005, aktaran: Ünver ve Hakeri, s.659.

⁶⁶ “*İspat ve hukuki nitelendirmelere ilişkin tüm değerlendirmelerin hükme yansıtılması gerekir*”. Yargıtay 4. CD; 3992/8551, T. 22.03.2006, aktaran: Ünver ve Hakeri, s.659.

⁶⁷ “*Sanık hakkında Hizbullah örgütünün sair efradı olmak suçundan dava açılmış bulunması ve gerekcede de kabulün Hizbullah örgütüne yardım ve yataklık olmasına rağmen, hüküm fıkrasında P.K.K. örgütüne yardım ve yataklıktan hüküm kurulması suretiyle kararın karıştırılması... Kanuna aykırı, sanık vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan, sair yönleri incelenmeksizin hükmün bu sebepten dolayı BOZULMASINA, 9.10.2003 gününde oybirliğiyle karar verildi*”. Yargıtay 9. CD, E.2003/1535, K.2003/1709, T. 9.10.2003.

⁶⁸ Mehmet Arslan, “*Ceza Davasında Mahkûmiyet Hükümünün Gerekçesinin Yazılması (Abfassung der Urteilsgründe im Strafverfahren)*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.27 (2016): s.578.

⁶⁹ “*Anayasanın 141, 5271 sayılı CMK’nın 34 ve 230. maddeleri uyarınca mahkeme kararlarının sanıkları, mağdurları, C. Savcısını, ve de herkesi inandıracak ve Yargıtay denetimine olanak verecek biçimde olması, Yargıtay’ın gerekçelerde tutarlılık denetimini yapması ve bu açıdan gerekçelerde disiplin işlemini yerine getirebilmesi için; kararın dayandığı tüm verilerin, bu veriler konusunda mahkemenin ulaştığı sonuçların, iddia, savunma ve tanık anlatımlarına ilişkin değerlendirmelerin açık olarak gerekçeye yansıtılması, belirsiz, kapalı, ve duraksamalı söylemlerden kaçınılması, suçun yasal öğeleri ve kabul edilen olayların gösterilmesi gerekirken, bu ilkelere uyulmadan, yalnızca suçun yasal unsurlarının oluşmadığı belirtilerek gerekçeden yoksun hüküm kurulması, Yasaya aykırı ve katılan İdare vekilinin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden başkaca yönlere incelenmeksizin HÜKMÜN BOZULMASINA*”. Yargıtay 4. CD, E.2004/4132, K.2006/6059, aktaran: Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Ceza Muhakemesi Hukuku. 11. Baskı, (Ankara: 2007), s.740.

⁷⁰ Yargıtay 5. CD, 4731/4797, T. 14.6.2007, aktaran: Ünver ve Hakeri, s.659.

önceden verilmiş ve kesinleşmiş mahkeme kararlarının olması, bu örgütle ilgili olarak yapılan diğer yargılamalar sırasında mahkemelerin bu yapının bir “suç örgütü” olup olmadığı noktasında ayrıntılı bir tartışma yapması zorunluluğunu yumuşatır. Bu tip durumlarda yargılama makamı; sanıkların ilgili örgüt ile ilişkileri olup olmadığını, ilişkilerinin mahiyetini ve nihayetinde sanıkların hiyerarşisine bağlı oldukları bu yapının suç örgütü olduğunu bilip bilmemelerine yoğunlaşarak hükmünü kurabilir.

Anayasa Mahkemesi’nin de vurguladığı üzere, bir ceza yargılamasında hükmün sonucunu değiştirme ihtimali bulunan esaslı iddialara gerekcede cevap verilmesi gerekir. Söz konusu iddialar, maddi bir delil olabileceği gibi hukuki itirazlar şeklinde de olabilir. Örneğin; ısrarla suç işlendiği sırada olayla alakasız bir yerde olduğunu iddia eden sanığın bu iddiasına herhangi bir cevap verilmeden mahkûmiyet hükmü kurulması mümkün değildir. Bu durum, maddi delil bakımından esasa doğrudan etki edebilecek bir husustur. Bununla birlikte hırsızlık suçundan yargılanan sanık, ısrarla suçun konusunun kendisine ait olduğunu iddia ediyor olabilir. Bu durum ise mülkiyet hakkı kapsamında hukuki bir itirazdır ve davanın esasını doğrudan etkileyebilecek niteliktedir. Dolayısıyla söz konusu iddiaya neden itibar edilmediğinin hükmün gerekçesinde yer alması gerekir.

İnceleme konusu bireysel başvuruya konu yargılamaların hemen hepsinde sanık; ısrarlı bir şekilde bağlı bulunduğu Hizb-ut Tahrir adlı yapının cebir, şiddet ve tehdit yöntemlerini benimsemediğini ve herhangi bir şiddet eylemine karışmadığını iddia etmektedir. Bir başka ifadeyle sanık, temel savunmasını “*ilgili yapının bir terör örgütü olmadığı*” üzerine inşa etmiştir. Söz konusu iddialar hukuki yönden ceza davalarının esasını doğrudan etkileyebilecek nitelikte olmasına rağmen yargılama makamları bu savunmaya yönelik herhangi bir olumlu ya da olumsuz değerlendirmede bulunmamıştır. Kanaatimizce de bu durum, ceza muhakemesi temel ilkeleri ve özellikle gerekçeli hüküm hakkı bağlamında kabul edilemez. Dolayısıyla AYM’nin vermiş olduğu hak ihlali kararı isabetli görünmektedir.

V. SONUÇ

İnceleme konusu bireysel başvuru neticesinde Anayasa Mahkemesi’nin verdiği “*hak ihlali*” kararının temel gerekçesi, yukarıda ayrıntılı olarak değinmiş olduğumuz maddi ceza hukukuna ilişkin aykırılıklardan ziyade muhakeme hukukuna ilişkindir. Elbette ki bu husus, bireysel başvuru değerlendirmesinde AYM’nin esasa yönelik değerlendirme yapamamasıyla da doğrudan bağlantılıdır. Hak ihlali kararının gerekçesinde AYM özetle: Bir yapılanmanın suç örgütü oluşturup oluşturmadığı noktasındaki takdir ve tespit yetkisinin ilk derece mahkemelerinde olduğunu, ancak yargılamalar esnasında sanığın ısrarla vurguladığı ve savunmasına temel teşkil eden noktalara ne ilk derece mahkemesi ne de Yargıtay

kararlarında tatmin edici bir cevap verilmediğini vurgulamaktadır. Yüksek Mahkeme, bu durumun da Anayasa tarafından güvence altına alınan “*adil yargılanma hakkıyla*” bağlantılı olarak “*gerekçeli karar hakkına*” aykırılık teşkil ettiği kanaatine varmıştır. Yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız gerekçelerle, Anayasa Mahkemesi’nin konuya ilişkin genel yaklaşımının ilk derece mahkemeleri ve Yargıtay’a nazaran daha isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Çalışmamızda ayrıntılı olarak incelediğimiz Hizb-ut Tahrir yapılanmasına ilişkin sair yargı kararlarında da görüldüğü üzere, hem ilk derece mahkemelerinin hem de Yargıtay’ın konuya ilişkin genel yaklaşımı, gerek maddi ceza hukuku gerekse ceza muhakemesi hukuku açısından ciddi sorunlar barındırmaktadır.

Her şeyden önce, suç örgütü olduğu iddia edilen bir yapılanmanın meri mevzuata göre örgüt suçunun tüm yasal unsurlarını taşıyıp taşımadığı tespit edilmeden yalnızca sanıkların ilgili yapıyla arasındaki ilişki tespit edilmek suretiyle mahkûmiyet hükmü kurulması hem suç teorisi hem de muhakeme hukuku açısından kabul edilemez. Kanaatimizce, suç örgütlerine ilişkin davalarda yargılama makamları tarafından sırasıyla şu şekilde hareket edilmelidir. Öncelikle ilgili yapılanmanın bir suç örgütü olup olmadığı tespit edilmeli ve ilgili yapının bir suç örgütü olduğuna kanaat getirilirse ikinci aşamada, bu yapının hangi nitelikte bir suç örgütü (TCK m.220/1, m.220/3, m.314 veya TMK m.7/1 kapsamında mı) olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır. Üçüncü aşamada ise, sanıkların örgütlerle arasındaki ilişkinin niteliği tespit edilmeli ve tüm bu aşamalar sonrası hüküm kurulmalıdır. Bu iş ve işlemlerin sırasıyla takip edilmesi oldukça önemlidir. Aksi takdirde, inceleme konusu yargılamalarda olduğu gibi, hukuken kabul edilemeyecek sonuçlar ortaya çıkabilecektir.

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruya konu yargılamalar bakımından tartışılması gereken ve çalışmamızın esasını oluşturan diğer bir husus ise; ceza yargılamaları sırasında savunma makamı tarafından ileri sürülen ve hükmün esasına doğrudan etki edecek hususlara ilişkin iddialara hükmün gerekçe kısmında yeterli, tatmin edici bir cevap verilmemesidir. Gerekçe, ceza yargılamasında varılan hükmün nasıl ve niçin kurulduğunun açıklanması, bir başka ifadeyle hükmün özüdür. Dolayısıyla bir ceza mahkemesi hükmünde gerekçenin, en azından yargılamaya temel teşkil eden iddia ve hususlara yeterli yanıt verecek nitelikte olması gerekir. Bu bakımdan, savunma makamının ısrarla üzerinde durduğu ve uyuşmazlığın esasını doğrudan etkileyen hususlara gerekçede mutlaka cevap verilmelidir. Aksinin kabulü, hem ceza muhakemesinin temel ilkelerinin hem de adil yargılanma hakkının bir yansıması olan “*gerekçeli hüküm hakkının*” ihlaline yol açacaktır.

KAYNAKÇA

- Akkaş**, Ahmet Hulusi. Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerine Etkisi. Ankara: 2016.
- Arslan**, Mehmet. Alman Ceza Hukukunda Suç ve Terör Örgütleriyle Bağlantılı Suçlar ve İştirak Hükümleriyle İlişkileri. Ankara: 2020.
- Arslan**, Mehmet. “*Ceza Davasında Mahkûmiyet Hükümünün Gerekçesinin Yazılması (Abfassung der Urteilsgründe im Strafverfahren)*”. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.27 (2016): s.549-608.
- Boz**, Burak. “*Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Örgütüne Üye Olma Suçu*”. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.1 (2020): s.131-186.
- Centel**, Nur ve **Zafer**, Hamide. Ceza Muhakemesi Hukuku. 5. Bası, İstanbul: 2008.
- Dönmezer**, Sulhi. “*Organize Suçlulukla Mücadele*”. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Kemal Oğuzman’a Armağan, S.1 (İstanbul, Ocak 2002): s.3-11.
- Dursun**, Hasan. “*Organize (Örgütlü) Suçlulukla Mücadelede İtalya*”. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.5, (2015): s.327-389.
- Krauß**, Mathias. Leipziger Kommentar zum StGB. 12. Auflage, Berlin/New York: 2010, Band 5.
- Nisco**, Attilio. “*Organized Crime in Italian Criminal Law and Practice: An Overview of Some Current Problems*”. Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, (Ankara: 2018), s.445-458.
- Özek**, Çetin. “*Silahlı Çete - Amaç Suç ilişkisinde İştirak Sorunları*”. Yılmaz Günel’a Armağan, Ankara Üniversitesi SBF, C.49, S.3-4 (1994 Haziran-Aralık): s.357-378.
- Özgenç**, İzzet. Suç Örgütleri. 13. Bası, Ankara: 2020.
- Öztürk**, Bahri. Ceza Muhakemesi Hukuku. 7. Baskı, Ankara: 2020.
- Öztürk**, Bahri ve **Erdem**, Mustafa Ruhan. Ceza Muhakemesi Hukuku. 11. Baskı, Ankara: 2007.
- Rahmdel**, Mansour. “*Organized Crimes and Organized Criminal Groups in the Iranian Criminal Law*”. Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, (Ankara 2018): s.583-599.
- Sarıtaş**, Erkan. Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m.220 - 221). İstanbul: 2018.
- Şahin**, Cumhur ve **Göktürk**, Neslihan. Ceza Muhakemesi Hukuku II. 10. Bası, Ankara: 2020.
- Ünver**, Yener ve **Hakeri**, Hakan. Ceza Muhakemesi Hukuku. 16. Baskı, Ankara: 2019.
- Üzülmez**, İlhan ve **Akkaş**, Ahmet Hulusi. “*Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları*”. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S.1-2 (2007): s.71 vd.
- Yenisey**, Feridun. “*Örgüt Suçu, Muhakemesi ve Gizli Tanık*”. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C.I, (İstanbul 2010): s.397-420.
- Yurtlu**, Fatih. Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, Kurulmuş Örgütü Yönetme veya Bu Örgüte Üye Olma. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara: 2013.

Yurtlu, Fatih. “*Suç Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu ve Türkiye Açısından AİHM Kararlarına Yansıması*”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XX, S.3 (2016 Temmuz): s.411-435.

Yurtlu, Fatih. “*Terör Eylemleri Nedeniyle Devletin Mali Sorumluluğu*”. Düşünce Dünyasında Türkiz, s.40 (2016): s.25-45.

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları

Abdullah Topçu, Başvuru No: 2014/8868, T. 19.04.20017.

Gülşen Tüzün, Başvuru No: 2016/5147, T. 27.06.2018.

Mehmet Doğan, GK, Başvuru No: 2014/8875, T. 07.06.2018.

Mehmet Yavuz, Başvuru No: 2013/2995, T. 20.02.2014.

Sencer Başat ve diğerleri, Başvuru No: 2013/7800, T. 18.06.2014.

Yasemin Ekşi, Başvuru No: 2013/5486, T. 04.12.2013.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 4. CD, E.2004/4132, K.2006/6059.

Yargıtay 4. CD, 3992/8551, T. 22.03.2006.

Yargıtay 5. CD, 4731/4797, T. 14.6.2007.

Yargıtay 8. CD, 2874/10196, T. 27.10.2005.

Yargıtay 9. CD, E.2003/1535, K.2003/1709, T. 9.10.2003.

Yargıtay 9. CD, E.2004/1586, K.2004/1433, T. 19.04.2004.

Yargıtay 9. CD, E.2007/324, K.2007/8187, T. 13.11.2007.

Yargıtay 9. CD, E.2007/5600, K.2007/8399, T. 19.11.2007.

Yargıtay 9. CD, E.2006/8281, K.2007/8763, T. 29.11.2007.

Yargıtay 9. CD, E.2007/5166, K.2007/9121, T. 10.12.2007.

Yargıtay 16. CD, E.2015/3, K.2017/3, T. 24.04.2017.

Yargıtay 16. CD, E.2015/2605, K.2017/5049, T. 04.10.2017.

KRİPTO VARLIKLAR VE CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU^{*1}

Arş. Gör. Zeynep Esra TARAKÇIOĞLU^{*2}

Öz

İnsanlar tarafından kurulan para sistemleri zaman içinde yetersiz kalarak yerini farklı ödeme sistemlerine bırakmıştır. Kullanılan ödeme yöntemleri, özellikle teknolojinin gelişmesiyle birlikte büyük oranda değişmeye başlamıştır. Bu değişikliğin gerçekleşmesinde, itibari paranın elektronik ortamda kullanılmasına imkân tanıyan elektronik ödeme sistemleri önemli bir rol oynamıştır. En radikal değişim ise kripto varlıkların ortaya çıkmasıyla yaşanmıştır. Kripto varlıkların yaygınlaşmasıyla zamandan ve mekândan bağımsızlaşan, fiziki ve coğrafi sınırlamalardan kurtulan paralar kullanılmaya başlanmıştır. Esasında kripto varlıklar, mahremiyeti ve işlem şeffaflığını kripto şifreleme yöntemiyle koruyarak aracısız ve güvenli veri transferi yapılmasını sağlayan yazılımlardır. Ancak bu varlıklar, verilerin değişim ve yatırım amacıyla kullanılmasına olanak sağladığı için para ile özdeşleştirilmektedir.

Bitcoin'in ortaya çıkmasıyla hayatımıza dahil olan kripto varlıklar, güvenlik, mahremiyet ve hız gibi birçok konuda kişilere büyük avantaj sağlamaktadır. Parasal bir değer dünyanın bir ucundan diğer bir ucuna daha hızlı, daha güvenli ve daha ucuz şekilde transfer edilebilmesi, bu varlıkların önemli ölçüde yaygınlaşmasına neden olmuştur. Fakat bu teknolojinin sağladığı avantajlar, suç işlemek için yeni fırsatlar arayan suçluların da dikkatini çekmektedir. Üstelik kripto varlıkların ortak kabul gören hukuki bir kimliği bulunmadığından hem ulusal hem de uluslararası alanda yasal boşluklar ortaya çıkabilmektedir. Bu durum, suç işlemek isteyen kişilerin daha yoğun bir şekilde bu alana yönelmesine sebep olmaktadır. Suçlular, kripto varlıkların sağladığı anonimlikten faydalanarak hırsızlık, dolandırıcılık, uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti, silah ticareti, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması, vergi kaçakçılığı, terörizmin finansmanı gibi birçok suç tipini daha korkusuz ve kolay şekilde işlemektedir. Bu nedenle konunun cezai ve hukuki açıdan mercek altına alınması önem taşımaktadır. Özellikle mevcut ceza hukuku düzenlemelerinin, kripto varlıkların sanal, anonim ve kompleks yapısıyla mücadele etmek için yeterli olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda ilk olarak konuyla ilgili temel kavramlar hakkında bilgi verilmiş, sonrasında Bitcoin üzerinden kripto varlıkların sistemsel özellikleri somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Çalışmanın ikinci ve son bölümünde ise konunun ceza hukuku bakımından yansımaları ele alınarak, hırsızlık, yağma, dolandırıcılık ve suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanması suçu özelinde Türk ceza hukuku bakımından ayrıntılı bir inceleme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Sanal Para Birimleri, Elektronik Para, Kripto Varlıklar, Bitcoin, Hırsızlık, Dolandırıcılık, Suçtan Elde Edilen Malvarlığı Değerlerinin Aklanması.

^{*1} Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 16.11.2021 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 8.12.2021, DOI No: 10.54704/akdhfd.1024708.

^{*2} Hacettepe Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı / Ankara - Türkiye.
E-posta: zeynepdilek@hacettepe.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-6641-3225>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

CRYPTOASSETS AND CRIMINAL LIABILITY

Abstract

The monetary systems established by people became insufficient over time and left their place to different payment systems. The payment methods used have started to change significantly, especially with the development of technology. Electronic payment systems, which allow the use of fiat money in electronic form, played an essential role in realizing this change. The most radical change has been experienced with the emergence of crypto assets. With the spread of crypto assets, money that becomes independent of time and space, free from physical and geographical limitations, has begun to be used. In fact, crypto assets are software that provides unmediated and secure data transfer by protecting the privacy and transaction transparency with crypto encryption. However, these assets are identified with money because they allow data to be used for exchange and investment purposes.

Crypto assets, which have become part of our lives with the emergence of Bitcoin, provide a great advantage to people in many areas such as security, privacy, and speed. The fact that a monetary value can be transferred from one part of the world to the other faster, safer, and cheaper has led to the widespread use of these assets. However, the advantages of this technology also attract the attention of criminals who are looking for new opportunities to commit crimes. Moreover, since crypto-assets do not have a common legal identity, legal gaps emerge nationally and internationally. This situation causes people who want to commit crimes to tend to this area more intensely. Criminals commit many crimes such as theft, fraud, drug trafficking, arms trade, money laundering, tax evasion, financing of terrorism more fearlessly and effortlessly by taking advantage of the anonymity provided by crypto assets. Therefore, it is crucial to examine the issue from a criminal and legal perspective. In particular, it is necessary to evaluate whether the current criminal law regulations are sufficient to combat the virtual, anonymous, and complex structure of crypto assets. In this context, the basic concepts related to the subject were provided, and then the systematic features of crypto assets via Bitcoin were tried to be concreted. In the second and last part of the study, the subject's reflections in terms of criminal law were discussed, and a detailed examination was carried out in Turkish criminal law, especially for the crime of theft, looting, fraud, and money laundering.

Keywords

Virtual Currencies, Electronic Money, Crypto Assets, Bitcoin, Theft, Fraud, Money Laundering

Extended Abstract

The monetary systems established by people became insufficient over time and left their place to different payment systems. The payment methods used have started to change significantly, especially with the development of technology. Electronic payment systems, which allow the use of fiat money in electronic form, played an essential role in realizing this change. The most radical change has been experienced with the emergence of crypto assets. With the spread of crypto assets, money that becomes independent of time and space, free from physical and geographical limitations, has begun to be used. In fact, crypto assets are software that provides unmediated and secure data transfer by protecting the privacy and transaction transparency with crypto encryption. In other words, crypto-assets transform money from tangible physical objects such as paper or coins into the software. However, these assets are identified with money because they allow data to be used for exchange and investment purposes. Therefore, even if the phrase currency is used, it should be stated that they are different from fiat money and do not have the same legal character.

Today, there are thousands of crypto-asset types produced from different software. Since the software that forms the basis of crypto assets differs, the systemic features and the level of anonymity may vary. Bitcoin is an important example of understanding the systemic features, as it constitutes the origin of many crypto assets. The most well-known example of its kind, Bitcoin, is a digital finance protocol that ensures reliable transfer of monetary value by protecting user privacy with cryptographic encryption and making transaction records transparent with Blockchain structure. The smooth operation of this protocol depends on the existence of some systemic features and actors. In this context first feature to dwell on is cryptographic encryption techniques. In the issuance and circulation of Bitcoin, encryption (cryptographic) techniques are used, which converts transactions into an unreadable format so that only certain people can decrypt them. These encryption techniques play a vital role in ensuring transaction

security. Nevertheless, the use of these techniques is not capable of preventing all risks. In order to prevent problems such as double payment, fake Bitcoin production, there is a need for a private recording system that will enable the tracking of transactions. At this point, the Blockchain system comes to the fore, allowing users to remain anonymous while enabling the tracking of the transactions. However, since there is no centralized structure in the Bitcoin system, people are needed to follow and verify the transactions. For this reason, actors known as miners are included in the system that ensures the verification of transactions. All these mentioned elements are essential in terms of ensuring the continuity and security of the Bitcoin system.

Crypto assets, which have become part of our lives with the emergence of Bitcoin, provide a great advantage to people in many areas such as security, privacy, and speed. The fact that a monetary value can be transferred from one part of the world to the other faster, safer, and cheaper has led to the widespread use of these assets. However, the advantages of this technology also attract the attention of criminals who are looking for new opportunities to commit crimes. Moreover, since crypto-assets do not have a common legal identity, legal gaps emerge nationally and internationally. This situation causes people who want to commit crimes to tend to this area more intensely. Criminals commit many crimes such as theft, fraud, drug trafficking, arms trade, money laundering, tax evasion, financing of terrorism more fearlessly and effortlessly by taking advantage of the anonymity provided by crypto assets. In addition, since it can be easily converted into real money, crypto-assets can also be used as financing for committing certain crimes or obtaining the necessary criminal tools. Therefore, it is crucial to examine the issue from a criminal and legal perspective. In particular, it is necessary to evaluate whether the current criminal law regulations are sufficient to combat the virtual, anonymous, and complex structure of crypto assets. In this context, the basic concepts related to the subject were provided, and then the systematic features of crypto assets via Bitcoin were tried to be concreted. In the second and last part of the study, the subject's reflections in terms of criminal law were discussed, and a detailed examination was carried out in Turkish criminal law, especially for the crime of theft, looting, fraud, and money laundering.

GİRİŞ

Günlük hayatın her alanında yaygın olarak kullanılan madeni ve kâğıt formundaki paralar, evrensel olarak kabul edilen değişim araçlarıdır. Ancak paranın madeni para ve kâğıt para formuna sahip olması uzun bir tarihsel süreç sonrasında gerçekleşmiştir. Önceleri kendinden bir değere sahip olan pirinç, sığır ve deniz kabuğu gibi mallar bir çeşit para formu olarak kullanılırken, daha sonraları emtiaya dayalı paralar ortaya çıkmış ve daha büyük miktarlarda paranın el değiştirmesi kolaylaşmıştır.¹ Günümüzde gelinen nokta itibarıyla, merkezi bir otorite tarafından kontrol edilen ve hukuk ürünü olan itibari paralar kullanılmaktadır. Bu bakımdan, paranın gelişimi ile insanlığın, sosyal, ekonomik ve teknolojik gelişimi arasında bir bağlantı kurulması mümkündür. Başka bir ifadeyle para, meydana gelen değişimlere kendini uyarılma potansiyeline sahip bir değer olarak tarihsel süreç içerisinde önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır.

Paranın geçirdiği süreçler göz önüne alındığında, özellikle teknolojik gelişmelerin bu süreç içinde ayrı bir yere sahip olduğu anlaşılmaktadır. Teknolojide meydana gelen gelişmelerle birlikte elektronik ödeme yöntemleri yaygınlık kazanmış ve para transferleri elektronik ortamda gerçekleştirilmeye başlanmıştır. Bunun sonucunda fiziksel bir varlığa sahip olan dolayısıyla eller hissedilebilir ve gözle görülebilir olan paranın bir veri olarak elektronik ortamda tedavül etmesi mümkün hale gelmiştir. Teknolojide

¹ European Central Bank, Virtual Currency Schemes, 2012, 9.

yaşanan süratli gelişmeler karşısında uyum sağlama yetisine sahip olan para, niteliksel değişikliğe uğrayarak soyutlaşmaya, zamandan ve mekândan bağımsızlaşmaya başlamıştır. Ancak kripto varlıkların ortaya çıkması, para kavramına olan bakış açısını kökten değiştirerek yeni bir dönemin kapısını aralamıştır. Henüz hukuki olarak aydınlatılmayan bu yeni dönem kripto varlıkların suç işlemek için cazibe merkezi haline gelmesine neden olmuştur. Dolayısıyla kripto varlıkların irdelenmesi ve hukuki olarak aydınlatılması, bir savunma mekanizması oluşturulması bakımından önem taşımaktadır.

“Kripto Varlıklar ve Ceza Hukuku Sorumluluğu” başlıklı bu çalışma ile kripto varlıkların hangi suçlara konu edilebileceği ve bu suçların Türk hukukundaki hangi düzenlemeler kapsamında ele alınabileceği sorularına cevap verilmesi amaçlanmaktadır. Temel olarak Türk mevzuatı göz önüne alınarak değerlendirme yapılacak ise de uluslararası hukuk ve yabancı hukuk düzenlemelerinden ve uygulamalarından da örnekler verilecektir. Bu kapsamda ilk olarak konuyla ilgili temel kavramlar hakkında bilgi verilecek, sonrasında kripto varlıkların sistemsal özellikleri açıklanmaya çalışılacaktır. Ancak sayısı binleri aşan kripto varlıkların kullandığı sistemler ve taşıdığı özellikler farklılık gösterdiği için konunun sınırlandırılması gerekmektedir. Söz konusu çalışmada, en yaygın kullanılan ve en büyük ticaret hacmine sahip olan Bitcoin üzerinden bir somutlaştırma yapılacak, konuyla ilişkili olduğu ölçüde diğer kripto varlıklara da değinilecektir. Çalışmanın ikinci ve son bölümünde ise konunun ceza hukuku bakımından yansımaları ele alınarak; hırsızlık, yağma, dolandırıcılık ve suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanması suçu özelinde Türk ceza hukuku bakımından ayrıntılı bir inceleme yapılacaktır.

I. SANAL PARA BİRİMLERİ

A. GENEL OLARAK

Kripto varlıkların ne olduğuna ilişkin genel bir çıkarım yapabilmesi için bu varlıkların dahil olduğu kapsayıcı küme hakkında da bilgi sahibi olunması gerekmektedir. Genel kabule göre kripto varlıklar, sanal paranın bir alt kategorisini oluşturmaktadır.² Dijital bir temsili ifade eden sanal paralar, merkezi bir geliştiriciye sahip olmayan tarafların bunları kullanmayı kabul ettiği müddetçe kullanılabilen ve elektronik olarak elde edilebilir, saklanabilir, erişilebilir ve işlem yapılabilir nitelikte olan değerlerdir.³ Benzer nitelikteki tanımlamaları,

² Avrupa Merkez Bankası (ECB), Uluslararası Para Fonu (IMF), Uluslararası Ödemeler Bankası bünyesinde ödeme sistemleri konusunda çalışmalarını sürdürmekte olan Ödemeler ve Piyasa Altyapıları Komitesi (CPMI), Avrupa Bankacılık Otoritesi (EBA), Avrupa Menkul Kıymetler ve Piyasalar Kurulu (ESMA), Dünya Bankası, Mali Eylem Görev Gücü (FATF) gibi önemli teşkilatlar, kripto varlıkları sanal paranın bir alt kümesi olarak değerlendirmektedir. Konuya ilişkin benzer değerlendirmelere yer veren raporlar için bkz.: U.S Department of Justice, Cryptocurrency Enforcement Framework, Report of Attorney Generals Cyber Digital Task Force, 2020, 3.

³ Dong He; Karl Habermeier; Ross Leckow; Vikram Haksar; Yasmin Almeida; Mikari Kashima; Nadim Kyriakos-Saad; Hiroko Oura; Tahsin Saadi Sedik; Natalia Stetsenko and Concepcion Verdugo-Yepes, Virtual Currencies and Beyond: Initial Considerations, IMF Staff Discussion Note,

uluslararası kuruluşların düzenlemelerinde ve yabancı hukuk mevzuatlarında da görmek mümkündür. Avrupa Merkez Bankası 2015 yılında yayınlamış olduğu bir analizde sanal para birimlerini, merkez bankası, kredi kuruluşu ve elektronik para kuruluşları tarafından ihraç edilmeyen ve bazı durumlarda paraya alternatif olarak kullanılabilen değerini dijital temsili olarak tanımlamıştır.⁴ Mali Eylem Görev Gücü -Financial Action Task Force (FATF) ise sanal para birimlerini, dijital ortamda değişim aracı, hesap birimi olarak işlev gören ve bir değerini depolanmasına olanak sağlayan ancak yasal bir statüye sahip olmayan bir değer olarak tarif etmiş ve sahip olunan fonksiyonlar üzerinden bir tanım geliştirmiştir.⁵ 2015/849/EC sayılı Direktif’de ise sanal paralar, merkez bankası veya bir kamu otoritesi tarafından basılmayan ve garanti edilmeyen, yasal olarak düzenlenen bir para birimine bağlı olması gerekmeyen ve yasal bir para birimi statüsünde de olmayan, elektronik ortamda transfer edilebilen, saklanabilen, alınıp satılabilen ve bir mübadele aracı olarak kabul edilen değer şeklinde ifade edilmiştir. Sanal para kavramına ilişkin yabancı hukukta yapılan tanımlara ise Amerika’dan ve Litvanya’dan örnek verilmesi mümkündür. Litvanya Para Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun’da (*Law on the Prevention of Money Laundering and Terrorism and Proliferation Financing*) sanal para birimlerinin tanımı; banknot, madeni para, elektronik para ve yasal bir ödeme aracı olarak tanımlanamayan ancak dijital olarak transfer edilebilen, depolanabilen, işlem gören ve değişim aracı olarak fonksiyon gören değerini dijital bir temsili şeklinde yapılmıştır. Washington ise Para Hizmetleri Kanunu’nun (*Uniform Money Services Act*) 19.230.10 numaralı bölümünde sanal para kavramını; değişim aracı, hesap birimi veya değer depolanması için kullanılan ancak Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti tarafından tanınan yasal bir statüye sahip olmayan değerini dijital bir temsili olarak ele almıştır. Yapılan bu tanımlardan hareketle sanal paraların üç temel özelliği bulunduğu söylenebilir. Bunlar; sanal para birimlerinin yasal bir statüye sahip olmaması, bir değişim aracı olması ve ancak dijital ortamda işlev görebilmesidir.

Bu noktada, sanal para ile elektronik para kavramlarının birbirinden ayrılması önem arz etmektedir. Her ne kadar sanal parayı elektronik paranın bir alt grubu olarak değerlendiren görüşler bulunsada esasında sanal paralar birçok özelliğiyle

2016, 7. Sanal para kavramına ilişkin yapılan diğer tanımlar için bkz: U.S Department of Justice, Cryptocurrency Enforcement Framework, 2.

⁴ European Central Bank, Virtual Currency Schemes - A Further Analysis, 2015, 25; Avrupa Bankacılık Otoritesi de benzer şekilde sanal para birimlerini, bir merkez bankası ve kamu otoritesi tarafından basılması ve itibari para ile zorunlu bir ilişkisi bulunması gerekmeyen ancak gerçek veya tüzel kişiler tarafından bir değişim aracı olarak kullanılan ve elektronik olarak aktarılabilen, saklanabilen veya işlem görebilen dijital bir değer olarak tanımlamıştır. İlgili tanım için bkz: Europe Banking Authority, Opinion on Virtual Currencies, 2014, 11.

⁵ Financial Action Task Force (FATF), Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks, 2014, 4.

elektronik paradan ayrılmaktadır. Elektronik paralar dijital ortamda itibari parayı temsil ederken, sanal paraların gerçek hayatta temsil ettiği somut bir değer bulunmamaktadır.⁶ Sanal paranın temsil ettiği değer, sistemin kendine özgü olan soyut bir değerdir. Bu durum, hukuki açıdan da elektronik para ile sanal para arasında bir ayırım yapılmasını gerektirmektedir. İtibari para yasal olarak düzenlenen ve evrensel olarak korunan bir değer olduğundan, elektronik paralar bakımından da benzer düzenlemeler yapılması söz konusu olmaktadır. Ancak sanal paraların düzenlenmesi ve korunması noktasında karşımıza böyle evrensel bir koruma mekanizması bir yana kapsamlı yasal bir koruma dahi çıkmamaktadır. Dolayısıyla, elektronik para ile sanal para arasında bir değeri dijital olarak temsil etme özelliği ile sınırlı bir benzerlik bulunmaktadır. Bu nedenle, sanal paraların elektronik para kapsamında incelenmesinin ne kadar doğru bir yaklaşım olduğunun sorgulanması gerekmektedir. Konuya ilişkin hem Türk doktrininde hem de yabancı hukuk doktrininde bazı tartışmalar yapıldığını ve sanal paraların itibari para olarak kabul edilmemesi yönünde genel bir eğilim bulunduğunu görmekteyiz.⁷ Nitekim Avrupa Merkez Bankası, 2015 yılında yayımlanmış olduğu analizinde daha önce yaptığı sanal para birimi tanımından⁸ “*money*” ifadesini çıkarmış ve bu değişikliğe sanal para birimlerinin likit bir varlığı olmamasını ve paranın sahip olması gereken kabul seviyesine ulaşmamasını gerekçe olarak göstermiştir.⁹ Mali Eylem Görev Gücü de ilk yayımlanmış olduğu raporlarda “*sanal para (virtual currency)*” kavramını kullanmaktayken, 2018 yılında güncellediği Tavsiye Kararı’nda “*sanal varlık (virtual assets)*” ifadesine yer vermiştir. Benzer şekilde Japonya’da da Ödeme Hizmetleri Kanunu’nda (*Payment Services Act*) 2019 yılında değişikliğe gidilerek, “*sanal para*” kavramı yerine “*sanal varlık*” kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Netice olarak, bünyesinde para ifadesini barındırsa bile sanal para birimlerinin elektronik paradan farklı bir kavram olduğu ve aynı hukuki niteliğe sahip bulunmadığı ifade edilmelidir. Bu eğilimin bir yansıması olarak, söz konusu çalışmada “*kripto para*” kavramı yerine “*kripto varlık*” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

Yapılan tanımlar göz önüne alındığında, sanal para birimlerinin internet kuponları, uçak milleri ve kripto varlıklar gibi birçok kümeyi kapsadığı anlaşılmaktadır. Buna karşın, sanal para birimlerini kendi içinde farklı ayrımlara tabi tutmak

⁶ Abdurrahman Çarkacıoğlu, Kripto-Para Bitcoin, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Raporu, 2016, 7.

⁷ Michael Abramowicz, “Cryptocurrency-Based Law,” *Arizona Law Review* 58, S.2 (2016): 361; Osman Gazi Güçlütürk, “Türk Hukukunda Kripto Varlıkların Para ve Elektronik Para Niteliğinin İncelenmesi,” *Regesta Ticaret Hukuku Dergisi* 4, S.3 (2019): 387.

⁸ Avrupa Merkez Bankası 2012 yılında yayımlanmış olduğu analizinde sanal para birimlerini, geliştiricileri tarafından kontrol edilen ve tedavül ettirilen, belirli bir sanal topluluğun üyeleri arasında geçerli olan ve hukuki olarak düzenlenmemiş dijital para olarak tanımlamıştı. Görüldüğü gibi sanal para alanında meydana gelen değişimler, yapılmış olan bir tanımın sadece 3 yıl içerisinde geçerliliğini kaybetmesine yol açmıştır. 2012 tarihinde yapılan bu tanım için bknz: European Central Bank, *Virtual Currency Schemes*, 13.

⁹ European Central Bank, *Virtual Currency Schemes - A Further Analysis*, 25.

mümkündür. Bu kapsamda en yaygın şekilde kullanılan ayırım, kullanılan sistemin merkezi mi yoksa hibrit nitelikte mi olduğuna ilişkindir. Daha sonra da ayrıntılı inceleneceği üzere, Bitcoin, Litecoin, Namecoin gibi birçok kripto varlık katılımcıların başrol oynadığı merkezi olmayan bir sistem kullanılmaktadır, Linden Doları gibi bazı kripto varlıklar merkezi bir sisteme sahip bulunmaktadır. Bununla birlikte bazı işlemlerin katılımcılar, bazı işlemlerin merkezi bir otorite tarafından yürütüldüğü hibrit sistemler de kullanılabilir. ¹⁰ Bu sistemi kullanan kripto varlıklara ise işlem güvenliğinin ve geçerliliğinin tamamen olmasa da büyük oranda Ripple Labs tarafından sağlandığı Ripple (*XRP*) örnek olarak verilebilir. ¹¹

Sanal paralar bakımından yapılan diğer önemli bir ayırım ise mal, hizmet ve gerçek para birimlerine dönüştürülebilirlik düzeylerini esas almaktadır. Dönüştürülebilirlik düzeyini esas alan bu ayırmada sanal para birimleri; kapalı sistem, tek yönlü akışa sahip sistem ve çift yönlü akışa sahip sistem olarak üçlü bir başlık altında incelenmektedir. Kapalı sistemi kullanan sanal para birimleri, sadece ait olduğu sanal ortamda kullanılabilirdi için gerçek hayat ile bağlantısı önemli ölçüde sınırlandırılmış bir yapıya sahip bulunmaktadır. Bu sisteme en iyi örnek, sanal para birimi kullanan oyunlardan biri olan World of Warcraft'dır. Bu oyunda kazanılan sanal paralar (*World of Warcraft Gold*) gerçek ekonomik bir değere sahip olmadığı gibi sadece oyun platformu içinde kullanılabilir. ¹² Ekonomik değere sahip olan araçlarla alınmasına karşın tekrardan bunlara dönüştürülemeyen sanal para birimleri bakımından ise tek yönlü akışa sahip sistem karşımıza çıkmaktadır. Bu sistemde tek yönlülük, gerçek paranın sanal para birimine dönüştürülebilirken, sanal para biriminin gerçek para birimine dönüştürülememesinden kaynaklanmaktadır. ¹³ Bu kapsamda, gerçek para karşılığı alınmasına karşın tekrardan gerçek para birimlerine dönüştürülemeyen Facebook Credits ve Project Entropia Dollars örnek olarak verilebilir. ¹⁴ Çift yönlü akışa sahip sanal para birimlerinde

¹⁰ He, Habermeier, Leckow, Haksar, Almeida, Kashima, Kyriakos-Saad, Oura, Sedik, Stetsenko and Verdugo-Yepes, *Virtual Currencies and Beyond: Initial Considerations*, 8.

¹¹ Ripple hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Frederik Armknecht; Ghassan O. Karame; Avikarsha Mandal; Franck Youssef and Erik Zenner, "Ripple: Overview and Outlook, Trust and Trustworthy Computing," in *Lecture Notes in Computer Science*, ed. Mauro Conti, Matthias Schunter, Ioannis Askoxylaki (Cham: Springer, 2015), 171; FATF, *Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, 5; Adrian Blundell Wignall, *The Bitcoin Question: Currency versus Trust-less Transfer Technology*, OECD Working Papers on Finance, Insurance and Private Pensions No: 37, 2014, 15; European Central Bank, *Virtual Currency Schemes - A Further Analysis*, 11-12; Derya Mutluoğlu, "Kripto Para Birimleri ve Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu," (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2020), 37 vd.

¹² Ioannis Kounelis, "Secure and Trusted Mobile Commerce System Based on Virtual Currencies," (Doctoral Thesis, School of Information and Communication Technology Royal Institute of Technology, 2015), 18.

¹³ Kounelis, "Secure and Trusted Mobile Commerce System Based on Virtual Currencies," 18.

¹⁴ FATF, *Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, 4; Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, "Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış," *İÜHF 73*, S.2 (2015): 198.

ise sanal paranın tekrardan gerçek paraya dönüştürülmesi mümkündür. Başka bir ifadeyle, çift yönlü akışa sahip sanal paralar hem gerçek parayla alınabilen hem de gerçek paraya dönüştürülebilen bir niteliği haiz bulunmaktadır. Bu bakımdan çift yönlü akışa sahip sanal para birimleri, ekonomik bir değeri temsil etmekte ve bu değer yerine kullanılabilir. Bu sistemi kullanan sanal paraların en önemli örneğini ise kripto varlıklar oluşturmaktadır. Bitcoin, Linden Doları, Ethereum gibi birçok kripto varlık, çift yönlü akışa sahip bir dönüştürülebilirlik düzeyine sahip bulunmaktadır. Ancak dikkat edilmesi gerekirse, sanal para birimleri yasal bir statüye sahip olmadığından yalnızca tarafların bunları kullanmayı kabul ettiği müddetçe dönüştürülebilir niteliktedir.¹⁵

B. KRİPTO VARLIKLAR

1. Genel Olarak

Sanal paraların bir alt grubunu oluşturan kripto varlıkların farklı bakış açıları ışığında tanımlanması mümkündür. Bir kullanıcı açısından kripto varlıklar, telefon veya bilgisayara indirilerek mal ve hizmet satın alınması, yatırım yapılması, fon sağlanması gibi çeşitli amaçlarla kullanılabilen dijital değişim araçlarını ifade etmektedir. Teknik bir bakış açısından ise kripto varlıkların verileri değişim aracı olarak kullanmaya imkân sağlayan yazılımlar olduğunu söyleyebiliriz. Başka bir deyişle, kripto varlıklar parayı kâğıt veya madeni para gibi elle tutulur fiziki nesnelere olmaktan çıkartıp birer yazılıma dönüştürmektedir.¹⁶ Kripto varlıkların genel kabul görmüş hukuki bir tanımı bulunmamakla birlikte sanal paraya ilişkin farklı kuruluşların yaptığı tanımlardan faydalanılabilmektedir. Ancak bu tanımlara önemli bir unsurun da eklenmesi gerekmektedir. Kripto varlıkların ihracında ve tedavül etmesinde, işlemleri okunamayan bir biçime dönüştürerek yalnızca belirli kişilerin bu işlemleri deşifre edebilmesine imkân tanıyan şifreleme (*kriptografik*) teknikleri kullanılmaktadır. Bu nedenle, bu varlıklara kripto veya kriptografik varlık denmektedir.¹⁷ Nitekim Dünya Bankası tarafından kripto varlıklar, katılımcılar arasında konsensüsü sağlamak için kriptografik teknikler kullanan dijital para birimleri olarak tanımlanmıştır.¹⁸ Avrupa Bankacılık Otoritesi'ne göre ise kripto varlıklar, temel olarak kriptografi ve dağıtık defter teknolojilerine veya benzer bir teknolojiye bağlı olan, herhangi bir merkez bankası ve kamu otoritesi

¹⁵ FATF, Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks, 4.

¹⁶ Muhammet Şahin, "Kripto Para Yeni Bir Vergi Sığınağı mı? Bilişim Teknolojilerindeki Gelişmeler Temelinde Bir Değerlendirme," Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S.34 (2019): 174; Kounelis, "Secure and Trusted Mobile Commerce System Based on Virtual Currencies," 18.

¹⁷ Şahin Çetinkaya, "Kripto Paraların Gelişimi ve Para Piyasalarındaki Yerinin Swot Analizi ile İncelenmesi," Uluslararası Ekonomi ve Siyaset Bilimleri Akademik Araştırmalar Dergisi 2, S.5 (2018): 13.

¹⁸ World Bank Group, Distributed Ledger Technology (DLT) and Blockchain, FinTech Note No. 1, 2017, IV.

tarafından ihraç ve garanti edilmeyen, değişim, yatırım veya bir mal ve hizmete erişim amacıyla kullanılabilen bir değeri ifade etmektedir.¹⁹ Bu itibarla kripto varlıklar, kriptografi olarak bilinen yöntem ile güvence altına alınan, iki yönlü olarak paraya dönüştürülebilir ve bir değişim aracı olarak paraya alternatif şekilde eşler arası kullanılabilen bir değere karşılık gelmektedir.²⁰

Kripto varlıkların ortaya çıkmasına sebep olan gelişmelerin başında, dijital mahremiyet taraftarı bir grup bilişim uzmanının kurduğu “*Cyberpunk*” hareketi bulunmaktadır.²¹ Kendilerini mahremiyeti koruyucu sistemler kurmaya adanarak sosyal ve politik bir değişim gerçekleştirmek isteyen bu kriptografi ve bilgisayar uzmanları, mahremiyetin kriptografik teknikler kullanarak sağlanabileceğini öne sürmüştür.²² *Cyberpunk* hareketine göre kırılabilir bir yapıya sahip olan mahremiyet, ona değer vermeyen merkezi yapıların elinde kolayca kaybolabileceğinden, bilginin daha önce devletin silahı olan kriptografinin araç olarak kullanılması suretiyle korunması gerekmektedir.²³ Kriptografiyi ön plana çıkaran bu gruba, Wikileaks’in kurucusu Julian Assange, Bittorent’in kurucusu Bram Cohen, Bit Gold’un ve akıllı sözleşme kavramının mucidi Nick Szabo, Zcash’in kurucusu Zooko Wilcox-O’Hearn gibi önemli isimler dahil bulunmaktadır. Ayrıca 2009 yılında²⁴ “*Bitcoin: Eşler Arası Elektronik Ödeme Sistemi (Bitcoin: A Peer to Peer*

¹⁹ Europe Banking Authority, Report with Advice for the European Commission on Crypto-Assets, 2019, 10-11.

²⁰ Kripto varlıklar hakkında yapılan diğer tanımlar için bkz: European Parliament, Cryptocurrencies and Blockchain, 2018, 23; Greeshma K V., “Crypto Currencies and Cybercrime,” *International Journal of Engineering Research & Technology (IJERT)* 3, S.30 (2015): 1; Selman Musab Çeker, “Kripto Paralar ve Ekonomik Etkileri,” (Bitirme Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi, 2018), 2; Erdal Durdu, “Kripto Para Birimi Olarak Bitcoin ve Ceza Hukuku,” (Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2018), 12; FATF, Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks, 5; Sherena Sheng Huang, “Crypto Assets Regulation in the UK: An Assessment of the Regulatory Effectiveness and Consistency,” *Journal of Financial Regulation and Compliance* 29, S.3 (2021): 338.

²¹ World Bank Group, Distributed Ledger Technology (DLT) and Blockchain, 4; Sessa Kethineni and Ying Cao, “The Rise in Popularity of Cryptocurrency and Associated Criminal Activity,” *International Criminal Justice Review*, 30, S.3 (2020): 337. Bu noktada *Cyberpunk* ile *Crypto-anarchy*’nin farklı yaklaşımlar olduğuna dikkat edilmesi gerekmektedir. *Cyberpunk*, mahremiyeti korumak için kriptografik tekniklerin kullanılmasını savunan bir yaklaşımken, *Crypto-anarchy* kriptografi dışında hiçbir yasanın özgürlük sağlamayacağını düşünen ve mevcut yasaları tanımayan politik bir görüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz: Lana Swartz, “What Was Bitcoin, What Will It be? The Techno-Economic Imaginaries of a New Money Technology,” *Cultural Studies* 32, S.4 (2018): 625-627.

²² Eric Hughes, “A *Cyberpunk*’s Manifesto,” Erişim Tarihi: Ekim 25, 2020, <https://www.activism.net/cyberpunk/manifesto.html>.

²³ Swartz, “What Was Bitcoin, What Will It be? The Techno- Economic Imaginaries of a New Money Technology,” 626.

²⁴ *Cyberpunk* hareketi ile oluşturulacak yeni bir sistemde dijital paranın önemli bir yapı taşı olacağı düşünüldüğü için böyle bir paranın üretilmesi için daha önce de çeşitli girişimlerde bulunulmuştur. Bu bakımdan kripto varlık üretme fikri 1985’li tarihlere kadar götürülebilmektedir. Bu girişimler kapsamında “eCash”, “CryptoCredits”, “b-money” gibi kriptografik varlıklar üretilmiş ancak hiçbir Bitcoin kadar başarılı olamamıştır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Sarah Jeong, “The Bitcoin Protocol as Law, and the Politics of a Stateless Currency,” Erişim Tarihi: Kasım 18, 2021, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2294124.

Electronic Cash System)” makalesi ile Bitcoin’i tüm dünyaya duyurarak yeni bir dönemin kapısını aralayan Satoshi Nakamoto’nun da bu gruba dahil olduğu ileri sürülmektedir.²⁵

Kripto varlıklar, sanal para birimlerinin belki de en kapsamlı gruplarından birini oluşturmaktadır. Bugün, binden fazla kripto varlık türünden bahsedilebilmekte ve bu sayı sürekli artmaya devam etmektedir.²⁶ Bu kripto varlıklardan bazıları Bitcoin’e ait açık erişimli yazılımdan türetilirken (*altcoin*), bir kısmı ise tamamen farklı yazılımlardan (*metacoin*) türetilmiştir.²⁷ Mesela Namecoin, Peercoin, Dogecoin, Zerocoin ve Litecoin Bitcoin’den türetilmiş bir yazılıma sahipken, Ethereum²⁸ ve Ripple gibi kripto varlıklar kendi yazılımlarına sahip bulunmaktadır.²⁹ Dolayısıyla kripto varlıkların temelini oluşturan yazılımlar farklılık göstermektedir. Bu durum, kripto varlıklar arasında sistemsel ve zamansal farklılıklar doğmasına ve anonimlik seviyesinin değişkenlik göstermesine yol açmaktadır. Bitcoin, birçok kripto varlığın kökeni oluşturması sebebiyle öncü olarak değerlendirilmesi yanında halen en geniş ticaret hacmine ve piyasa değerine sahip bulunan kripto varlık türüdür. Bu nedenle, kripto varlıkların işleyişinin somutlaştırılması ve daha iyi anlaşılabilmesi için Bitcoin üzerinden bir inceleme yapılması yararlı olacaktır.

2. Bitcoin

Bitcoin, herhangi bir kamu kurumuna ya da özel sektöre bağlı olmadan kullanıcıların katılımıyla işlemlerin doğrulanmasını sağlayan, dağıtık bir muhasebe sistemine sahip olan, transfer işlemlerinde mahremiyet ve şeffaflığın esas alındığı bir yazılımdır.³⁰ Başka bir ifadeyle, kullanıcı mahremiyetini kriptografik şifreleme ile koruyup, işlem kayıtlarını şeffaflaştırarak parasal bir değer aracı ve güvenli şekilde transfer edilmesini sağlayan dijital bir finans protokolüdür. Hukuki bir tanım yapılması noktasında ise Adalet Divanı tarafından Bitcoin’e ilişkin

²⁵ Swartz, “What Was Bitcoin, What Will It be? The Techno-Economic Imaginaries of a New Money Technology,” 628.

²⁶ Kripto varlık türleri hızlı bir şekilde artış göstermektedir. Aylar önce bu sayı yaklaşık 4902 iken, 06.12.2021 tarihi itibarıyla 7982’ye çıkmıştır. Kripto varlık türlerinin güncel sayısı, değeri ve market hacmi için bkz: “Today’s Cryptocurrency Prices by Market Cap,” Coinmarketcap, Erişim Tarihi: Kasım 15, 2021 <https://coinmarketcap.com/1/>.

²⁷ K V, “Crypto Currencies and Cybercrime,” 1; European Parliament, Cryptocurrencies and Blockchain, 29.

²⁸ Ethereum, akıllı sözleşmeler ve tokenlar gibi çeşitli formatların oluşturulabileceği dijital bir platformdur. Ethereum üzerinden türetilen tokenların listesine ulaşmak için bkz: “Token Tracker,” Etherscan, Erişim Tarihi: Ocak 27, 2021, <https://etherscan.io/tokens>.

²⁹ Armknecht, Karame, Mandal, Youssef and Zenner, “Ripple: Overview and Outlook, Trust and Trustworthy Computing,” 163; FATF, Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks, 6.

³⁰ Murat Volkan Dülger ve Onur Özkan, “Kripto Para Suçları: Kripto Para Birimlerinin Hukuki Boyutu ve Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi,” in Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, ed. Mahmut Koca (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 968.

verilen önemli bir karardan yararlanılması mümkündür. Adalet Divanı Skatteverket v. David Hedqvist kararında, Bitcoin'in çek gibi diğer kıymetli evrakların aksine sadece onu kabul edenler arasında kullanılabilen ve sözleşmeden kaynaklanan doğrudan bir ödeme yöntemi olduğunu ifade etmiştir.³¹ Bu ödeme yöntemi vasıtasıyla işleme konu edilen ve elektronik olarak depolanabilen değer birimi ise Bitcoin (BTC) olarak adlandırılmaktadır.³² Her Bitcoin, kriptografik gizli anahtarlar tarafından oluşturulan bir imza dizisini temsil etmektedir.³³ Dolayısıyla ağda yer alan ve bir imza dizisini temsil eden Bitcoinler esasında birer veriye karşılık gelmektedir. Ancak bu veriler diğer birçok veriden farklı olarak ekonomik bir değer taşımakta, yatırım ve değişim aracı olarak kullanılabilir. Bu bakımdan Bitcoin'in internet ortamında kullanılan nakit paraya benzetilmesi mümkündür.³⁴ Nitekim Bitcoin'in günlük hayattaki kullanım alanlarına bakıldığında, nakit para gibi işlev gördüğü açıkça anlaşılmaktadır. Bir ödeme aracı olarak bu sistemin kullanıldığı ilk olay, 2010'da "Laszlo" lakaplı bir kişinin 10.000 Bitcoin karşılığında iki adet pizza satın almasıyla gerçekleşmiştir.³⁵ Bu olay sonrasında Bitcoin, mal ve hizmet alımlarında bir ödeme aracı olarak yaygın şekilde kullanılmaya başlanmıştır.³⁶ Günümüzde geline nokta itibarıyla, Bitcoin ile bazı üniversitelerin eğitim ücreti ödenebilmekte, Tesla ve Lamborgini'ye ait bazı araba modelleri alınabilmekte, Greenpeace ve Wikileaks gibi kuruluşlara bağış yapılabilen, Burger King, KFC ve Subway gibi zincirlerde yemek yenebilmekte ve Microsoft, Amazon, Dell gibi şirketlerden ürün satın alınabilmektedir.³⁷

³¹ Judgment of 22 October 2015, Skatteverket v David Hedqvist, C-264/14, EU:C:2015:718, §42. Söz konusu karar, üye devletlerin vergi hukuku bakımından önem taşıyan bir karardır. Adalet Divanı verdiği kararda, Bitcoin alım ve satımına ilişkin faaliyetin Katma Değer Vergisi'ne ilişkin 2006/112/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin kapsamına girebileceğini ancak aynı Direktif'in 135/1-e maddesi uyarınca ödemenin muaf tutulabileceğini belirtmiştir.

³² Fatih Kaplanhan, "Kripto Paranın Türk Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi "Bitcoin Örneği," Vergi Sorunları Dergisi, S.353 (2018): 106.

³³ Scott D. Hughes, "Cryptocurrency Regulations and Enforcement in the U.S," Western State Law Review 45, S.1 (2017): 4.

³⁴ Mehmet Ata Sarıkatoğlu; Timur Arif Çapkın ve Fatma Karaaloğlu, "Bitcoin: Bir Sanal Para Birimi Olarak Regülasyonu ve Kara Para Aklanması Bakımından Durumu," GSI Dergisi, (2015): 91.

³⁵ John O. McGinnis and Kyle Roche, "Bitcoin: Order without Law in the Digital Age," Indiana Law Journal 94, S.4 (2019): 54; Çarkacıoğlu, Kripto-Para Bitcoin, 17; Swartz, "What Was Bitcoin, What Will It be? The Techno-Economic Imaginaries of a New Money Technology," 637; Blundell Wignall, The Bitcoin Question: Currency versus Trust-less Transfer Technology, 7.

³⁶ Avrupa Merkez Bankası'na göre, kripto varlıkların değerindeki hızlı değişimler nedeniyle bir değişim aracı olma işlevinden ziyade yatırım ve spekülasyon aracı olma özelliği daha ön plana çıkmaktadır. İlgili görüş için bkz: European Central Bank, Virtual Currency Schemes - A Further Analysis, 23.

³⁷ Vivian A. Maese; Alan W. Avery; Benjamin A. Naftalis; Stephen P. Wink and Yvette D. Valdez, "Cryptocurrency: A Primer," Banking Law Journal 133, S.8 (2016): 469; Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK), Kripto Para Araştırma Raporu, 2020, 14; Murat Yıldırım, "Blok Zincir Teknolojisi, Kripto Paralar ve Ülkelerin Kripto Paralara Yaklaşımları," Bartın Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 10, S.20 (2019): 272; Kethineni and Cao, "The Rise in Popularity of Cryptocurrency and Associated Criminal Activity," 325-326.

Bitcoin'in yaygınlık kazanmasında, dünyanın bir ucundan diğer bir ucuna hızlı, güvenli ve ucuz transfer gerçekleştirilebilmesinin ve kullanıcılara sağlanan mahremiyetin önemli bir yeri bulunmaktadır. Ayrıca merkezi otoritelerin kontrolü altında bulunan paralara duyulan güvensizliğin bir sonucu olarak da bu paraya alternatif nitelikte görülen Bitcoin'e başvurulması söz konusu olabilmektedir.³⁸ Nakit paraya benzetilmesine karşın Bitcoin, güvenlik, mahremiyet, hız gibi birçok konuda daha avantajlı bir niteliğe sahip bulunmaktadır.³⁹ Bu avantajlar, Bitcoin'in kullandığı sistemin temel özelliklerinden ileri gelmektedir. Aynı zamanda bu özellikler, Bitcoin'i hem sanal paradan hem de elektronik paradan önemli ölçüde ayırmaktadır. Bu nedenle, söz konusu temel özelliklerin ayrı başlıklar altında genel hatlarıyla incelenmesi gerekmektedir.

a. Kriptografi

Bitcoin sisteminde, transfer işlemlerinin yapılması, yapılan işlemlerin doğrulanması, gizliliğin sağlanması ve hatta Bitcoin arzının gerçekleşmesinde şifreleme teknikleri kullanılmaktadır.⁴⁰ Bitcoin transferi gerçekleştirmek isteyen her kişiye biri açık, biri kapalı olmak üzere iki anahtar ve bir adres tahsis edilmektedir. Tahsis edilen adres Bitcoin biriktirilmesine, anahtarlar ise Bitcoin'in işleme tabi tutulmasına hizmet etmektedir.⁴¹ Bu bakımdan Bitcoin adresi banka hesabına, anahtarlar ise banka şifresine veya PIN numarasına benzetilmektedir.⁴² Fakat banka hesabı ve şifresinden farklı olarak bunlar hash şifreleme tekniğiyle oluşturulmaktadır. Bitcoin adresi açık anahtardan, açık anahtar ise gizli anahtardan tek yönlü fonksiyon ile türetilmektedir.⁴³ Fonksiyonun tek yönlü olması işlemin tersi yöne işleyememesi anlamına gelmektedir. Diğer bir ifadeyle, adresten açık anahtara, açık anahtardan ise gizli anahtara ulaşılması mümkün değildir. Anahtarların oluşturulması yanında işlemlerin gizliliği de bu şifreleme teknikleri ile sağlanmaktadır. Açık anahtar ile şifrelenen bir mesaj, sadece açık anahtarla ilişkili olan gizli anahtar ile deşifre edilebilmektedir.⁴⁴ Bu nedenle Bitcoin trans-

³⁸ Bu durumun en güzel örneklerinden biri Çin'de yaşanmıştır. Baskıcı rejim nedeniyle 2013-2017 yılı arasında Çin'de, dünyanın geri kalanından daha fazla Bitcoin işlemi gerçekleştirilmiştir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bknz: Mcginnis and Roche, "Bitcoin: Order without Law in the Digital Age," 12-13.

³⁹ Bozkurt Yüksel, "Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış," 194.

⁴⁰ Edward V. Murphy; M. Maureen Murphy and Michael V. Seitzinger, Bitcoin: Questions, Answers, and Analysis of Legal Issues (2015), Congressional Research Service Report R43339, 1.

⁴¹ Çarkacıoğlu, Kripto-Para Bitcoin, 28; Kounelis, "Secure and Trusted Mobile Commerce System Based on Virtual Currencies," 71; Durdu, "Kripto Para Birimi Olarak Bitcoin ve Ceza Hukuku," 64.

⁴² Michele R. Korver; C. Alden Pelker and Elisabeth Poteat, "Attribution in Cryptocurrency Cases," United States Attorneys' Bulletin 67, S.1 (2019): 234.

⁴³ Çarkacıoğlu, Kripto-Para Bitcoin, 24; Durdu, "Kripto Para Birimi Olarak Bitcoin ve Ceza Hukuku," 64; Blundell Wignall, The Bitcoin Question: Currency versus Trust-less Transfer Technology, 8.

⁴⁴ Swartz, "What Was Bitcoin, What Will It be? The Techno-Economic Imaginaries of a New Money Technology," 629; Jeong, "The Bitcoin Protocol as Law, and the Politics of a Stateless Currency," 3.

feri yapmak isteyen bir kişinin alıcıdan açık anahtarını temin etmesi, alıcının ise kendisine ulaşan şifreli mesajı gizli anahtarı ile deşifre etmesi gerekmektedir. Bu itibarla, açık anahtarın Bitcoin sisteminde ikili bir işlev gördüğü söylenebilir. Açık anahtar hem Bitcoin adresinin türetilmesi için kaynak işlevi görmekte hem de göndericinin kimliğinin doğrulanmasına imkân tanımaktadır.

Anahtarların kriptografi ile oluşturulması ve korunması söz konusu olduğu için hesaptaki Bitcoinler'in başkası tarafından harcanması veya başka bir işleme konu edilmesi, gizli anahtar ele geçirilmediği sürece mümkün değildir. Dolayısıyla gizli anahtar güvenli bir ortamda saklanmalı ve başkalarıyla paylaşılmamalıdır.⁴⁵ Aksi takdirde para dolu bir cüzdanın çalınmasına benzer sonuçlar ortaya çıkabilecek ve adreste bulunan Bitcoinler ile istenilen işlemler yapılabilecektir. Gizli anahtar ele geçirilmediği sürece Bitcoinler'in harcanmaması, sistemin güvenliğini sağlama noktasında şifreleme tekniklerinin çok önemli bir rol oynadığını göstermektedir.⁴⁶ Bu bakımdan, sistemin dolandırıcılığa ve hırsızlığa karşı güvenilir olduğu ifade edilmektedir.⁴⁷ İleri sürülen bu görüşe karşı çıkanlar da bulunmakla beraber yaşanan hırsızlık ve dolandırıcılık olaylarına bakıldığında, bunların Bitcoin sisteminden ziyade cüzdan ve değişim hizmeti sunan site ve uygulamaları hedef aldığı görülmektedir. Buna rağmen, Bitcoin sisteminin de siber saldırılara maruz kalması mümkündür.⁴⁸ Henüz Bitcoin ağına karşı böyle bir saldırının gerçekleştirilmemiş olması, bu ağın mutlak güvenlik sağladığı şeklinde yorumlanmamalıdır.⁴⁹

b. Eşitler Arası (Peer to Peer) Prensibi

Devlet adına paranın kontrol edilmesi için oluşturulan merkezi otoriteler, para ve kur politikalarının yönetilmesinden sorumlu baş aktörler olup yaptıkları iş mahiyeti gereği güven gerektirmektedir.⁵⁰ Ancak modern para, bir hukuk ürünü olduğu için manipüle edilebilmekte ve devletler tarafından baskı aracı olarak kullanılabilmektedir.⁵¹ Bu niteliği dolayısıyla merkezi otoriteye bağlı sistemler, krizin bir parçası hatta kaynağı olarak algılanmakta ve kişilerin güven kaybı yaşamasına yol açmaktadır.⁵² Bitcoin'in mucidi Nakamoto'ya göre, araçlar vasıtasıyla

⁴⁵ Henry S. Zaytoun, "Cyber Pickpockets: Blockchain, Cryptocurrency, and the Law of Theft," North Carolina Law Review 97, S.2 (2019): 406.

⁴⁶ Durdu, "Kripto Para Birimi Olarak Bitcoin ve Ceza Hukuku," 21; Çeker, "Kripto Paralar ve Ekonomik Etkileri," 2.

⁴⁷ Eveshnie Reddy and Anthony Minnaar, "Cryptocurrency: A Tool and Target for Cybercrime," Southern African Journal of Criminology 31, S.3 (2018): 72.

⁴⁸ Bozkurt Yüksel, "Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış," 203.

⁴⁹ Mcginnis and Roche, "Bitcoin: Order without Law in the Digital Age," 38.

⁵⁰ European Central Bank, Virtual Currency Schemes, 9-10.

⁵¹ Mcginnis and Roche, "Bitcoin: Order without Law in the Digital Age," 7.

⁵² Pauline W.J. van Esterik Plasmeijer and W. Fred van Raaij, "Banking System Trust, Bank Trust, And Bank Loyalty," International Journal of Bank Marketing 35, S.1 (2017): 97; Swartz, "What Was Bitcoin, What Will It be? The Techno-Economic Imaginaries of a New Money Technology," 629.

işlemlerin gerçekleştirilmesini sağlayan mevcut sistemler, güvene dayandığı için bu güven ilişkisinden doğan bazı zafiyetlere sahip bulunmaktadır. Bu sebeple, güven ilişkisine dayanan bir sistemden ziyade kriptografik şifreleme tekniklerine dayanan bir elektronik ödeme sistemi oluşturularak, güvenilir üçüncü bir kişiye ihtiyaç duymadan işlem yapılması sağlanmalıdır.⁵³ Söz konusu amacı gerçekleştirebilmek için Bitcoin sisteminde işlemlerin yapılmasına aracılık eden merkezi bir yapıdan yararlanılmamıştır. Kişiler ile merkezi otorite arasında bulunan güven ilişkisi yerine kriptografik teknikler koyularak, katılımcıların hem aktör hem de seyirci olarak hareket etmesine imkân sağlayan bir yazılım geliştirilmiştir.⁵⁴ Bu sistemde transfer işlemlerinin yapılması, yapılan işlemlerin doğrulanması ve sisteme Bitcoin arz edilmesi gönüllü katılımcılar tarafından gerçekleştirilmektedir.⁵⁵ Bu itibarla, Bitcoin'in kullandığı sistem "peer to peer (eşitler arası)"⁵⁶ prensibine dayanmaktadır. Fakat bu prensip özellikle kullanıcılar açısından olumsuz sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Merkezi bir yapı bulunmadığından, yaşanan olumsuz durumlar karşısında şikâyet ve itiraz yolunun işletilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla Bitcoin kullanıcıları, merkezi yapıya sahip bir sistemde yer alan kullanıcılara kıyasla daha savunmasız bir pozisyonda bulunmaktadır.

Merkezi yapıyı kaldırarak kullanıcıları aktör haline getiren eşitler arası prensibinin, paraların yasal bir düzenlemeye sahip olması gerektiği fikrine bir başkaldırı niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir.⁵⁷ Gerçekten de Bitcoin'in işleyişine bakılırsa, ne sistemi regüle etmek amacıyla konulan kurallar ne de konulan kuralları uygulayabilecek merkezi bir otorite bulunmaktadır. Halbuki her para biriminin arkasında paranın hukuki olarak regüle edilmesi gerektiği fikri yatmaktadır. Bu nedenle Bitcoin başta gelmek üzere kripto varlıklar, para birimlerinin hukuki bir alt yapıya sahip olması gerektiği fikrini kökten değiştirmiştir. Para birimleri hukuk düzenine ait bir ürünken, Bitcoin gibi kripto varlıklar kanunsuz bir düzenin ürünüdür.⁵⁸

c. Anonimlik

Kripto varlıklar bakımından anonimlik, kullanıcıların gerçek kimliklerini açıklamak zorunda kalmadan sisteme girebilmelerini ve işlemlerini gerçekleştirebilmelerini ifade etmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere, Bitcoin ile işlem

⁵³ Satoshi Nakamoto, "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System," 1, Erişim Tarihi: Kasım 27, 2020 <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

⁵⁴ Nakamoto, "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System," 1.

⁵⁵ Dülger ve Özkan, "Kripto Para Suçları: Kripto Para Birimlerinin Hukuki Boyutu ve Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi," 966.

⁵⁶ Peer to peer sisteminin farklı şekillerde kullanımı için bkz: Abramowicz, "Cryptocurrency-Based Law," 404 vd.

⁵⁷ Mcginnis and Roche, "Bitcoin: Order without Law in the Digital Age," 4; Jeong, "The Bitcoin Protocol as Law, and the Politics of a Stateless Currency," 17.

⁵⁸ Mcginnis and Roche, "Bitcoin: Order without Law in the Digital Age," 4.

yapmak isteyen herkese banka hesabı gibi işlev gören bir adres tahsis edilmektedir. Tahsis edilen bu adres, banka hesabından farklı olarak hiçbir kişisel bilgi kullanılmadan kriptografik tekniklerle üretilmektedir. Başka bir ifadeyle, Bitcoin adresleri, “1” veya “3” sayısı ile başlayan, sadece harf ve rakamlardan oluşan bir dizi ya da bir QR kodu olup, isim, soy isim ve doğum tarihi gibi hiçbir kişisel bilgi içermemektedir.⁵⁹ Bundan dolayı hem sistemdeki kullanıcıların hem de 3. kişilerin, işlemi yapan adresin kime ait olduğunu bilmesi mümkün değildir. Bitcoin adreslerinden gerçek kişilere teknik yollarla ulaşılması da ciddi engellerin ve zorlukların aşılmasını gerektirmektedir. Bu zorluklara rağmen, bir Bitcoin adresinin kime ait olduğu biliniyorsa Blokzincir yapısının sağlamış olduğu şeffaflık nedeniyle bu adresin yapmış olduğu tüm işlem ve transferlerin takip edilmesi olanaklıdır.⁶⁰ Hatta bu niteliğinden dolayı Bitcoin’in anonim değil, “*pseudonymity*”⁶¹ özelliğine sahip olduğu ileri sürülmektedir.⁶² Bu bakımdan, Bitcoin sisteminin mutlak bir anonimlik sağlaması söz konusu değildir. Buna karşın kullanıcıların alacağı ek önlemlerle bu seviyeyi yükseltmesi imkân dahilindedir. Daha üst bir seviyede anonimlikten yararlanmak isteyen kişilerin, sahip olduğu Bitcoin adresini bir defa kullanması alınabilecek bu önlemlerin başında gelmektedir.

d. Blokzincir Sisteminin Kullanılması

Bitcoin, kullanıcıların anonim kalmasına imkân tanırken yapılan transferlerin aleni bir şekilde takip edilmesini mümkün kılmaktadır. Bu şeffaflığı veri depolama sistemi olarak nitelendirebileceğimiz Blokzincir sistemi ile sağlamak-

⁵⁹ Hughes, “Cryptocurrency Regulations and Enforcement in the U.S.,” 5; Çarkacıoğlu, Kripto-Para Bitcoin, 12.

⁶⁰ Steven David Brown, “Cryptocurrency and Criminality: The Bitcoin Opportunity,” *Police Journal* 89, S.4 (2016): 331; Kounelis, “Secure and Trusted Mobile Commerce System Based on Virtual Currencies,” 18; K V, “Crypto Currencies and Cybercrime,” 1; Durdu, “Kripto Para Birimi Olarak Bitcoin ve Ceza Hukuku,” 78.

⁶¹ Pseudonymity (takma ad), bireylerin kimliklerini açıklamadan başkalarına kendileri hakkında bilgi vermelerini veya işlemi yapanın kendileri olduğunu kanıtlamalarını sağlayan bir yöntemdir. Kullanılan bu takma ad sayesinde kişilerin kimliğine ilişkin bilgilere ulaşamayacak ancak bu takma ad altında yapılan bütün işlemler bu adı kullanan kişi ile ilişkilendirilebilecektir. Bu nedenle Bitcoin sistemi anonim olmaktan ziyade pseudonymity özelliğine sahip bulunmaktadır. Zira Bitcoin hesabından kişilerin kimliğine ilişkin bir çıkarım yapılması mümkün olmamasına karşın yapılan işlemlerin belli bir hesap ile ilişkilendirilmesi mümkündür. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Miranda Mowbray, “Implementing Pseudonymity,” *SCRIPT-ed* 3, S.1 (2006).

⁶² Aaron Wright and Primavera De Filippi, “Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia,” *SSRN Electric Journal*, (2015): 19; Rustem Magizov; Sergey Kuznetsov; Venera Garipova; Muhamat Gilmanov; Anastasia Kasatova and Aleksey Kuznetsov, Criminal, Problems of Criminal Responsibility for Illegal Circulation of Cryptocurrency, 12th International Conference on Developments in eSystems Engineering, 2019, 997; Murphy, Murphy and Seitzinger, Bitcoin: Questions, Answers, and Analysis of Legal Issues, 1; Reddy and Minnaar, “Cryptocurrency: A Tool and Target for Cybercrime,” 71; European Parliament, Cryptocurrencies and Blockchain, 33; Ghassan O. Karame; Elli Androulaki and Srdjan Capkun, “Two Bitcoins at the Price of One? Double-Spending Attacks on Fast Payments in Bitcoin,” *Cryptology ePrint Archive IACR Report No.248*, 2012, 2; European Central Bank, Virtual Currency Schemes - A Further Analysis, 22.

tedir.⁶³ Blokzincir sistemi, verilerin depolandığı açık ve dağıtık bir kayıt defterine benzemektedir. Ancak bir kayıt defterinden farklı olarak, veriler sayfalar halinde değil bloklar halinde depolanmaktadır.⁶⁴ Diğer bir deyişle, bu sistemde veriler her on dakika içerisinde gerçekleştirilen işlemlerin blok şeklinde şifrelenmesi ile saklanmaktadır.⁶⁵ Bu blokların birbirine bağlanması ile de zincir yapısı ortaya çıkmaktadır. Ortaya çıkan bu zincir yapısı aleni olduğu için işlemlerin blok blok geçmişe giderek incelenmesine olanak tanımaktadır.⁶⁶

Zincir yapısının şeffaflık dışında sağladığı diğer bir avantaj ise bölünemezlik ve değiştirilemezliktir.⁶⁷ Bir zincirde yer alan halkaların değiştirilmesi için nasıl tüm zincirin parçalanması gerekiyorsa, Blokzincir sisteminde yer alan işlemlerin değiştirilebilmesi veya silinebilmesi için de ondan sonraki tüm blokların geriye dönük bir şekilde değiştirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, bir işlemin ve blokun Blokzincir'e eklendikten sonra geri alınması ve değiştirilmesi mümkün değildir. Hata sonucu yapılan bir işlemin olumsuz sonuçlarını önlemek adına başvurulabilecek tek yol, alıcının yeni bir işlem yaparak geri alınmak istenen işlem tutarını göndericiye geri göndermesidir.⁶⁸ Fakat alıcının böyle bir işlem yapmasını zorunlu kılan bir düzenleme olmadığı gibi her işlemin olumsuz sonucu telafi edilebilir nitelikte değildir. Mesela gönderilen bir mal karşılığı ödenecek Bitcoin tutarının hiç ödenmediği veya eksik ödendiği bir durumda, satıcı açısından ortaya çıkan olumsuz sonuçların ortadan kaldırılması mümkün olmayabilecektir. Dolayısıyla Bitcoin kullanıcılarının sadece güvenilen ve bilinen kişilerle işlemlerini gerçekleştirmesi gerekmektedir.

Bitcoin sisteminin Blokzincir şeklinde aleni ve şeffaf bir yapı kullanması, sistemsel bir gereksinim olarak karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki, yapılan işlemlerin doğrulanması ve blok olarak zincire eklenmesi merkezi bir yapı olmadığından katılımcılar tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu doğrulama işlemi, düğüm (*node*) olarak adlandırılan uçlar tarafından konsensüs mekanizması ile yapılmaktadır. Düğümlerin çoğunluğu tarafından onaylanmayan bir transfer işlemi, zincir yapıya katılmamaktadır. Bu bakımdan Blokzincir sisteminde sadece doğrulanmış işlemler yer almaktadır. Düğümler tarafından bu doğrulama işleminin yapılabilmesi için veri depolama sisteminin aleni olması ve işlemleri denetlemeye imkân vermesi gerekmektedir. Nitekim Bitcoin'in kurucusu Nakamoto da ele aldığı makalesinde,

⁶³ European Parliament, Cryptocurrencies and Blockchain, 15.

⁶⁴ Betül Üzer, "Sanal Para Birimleri," (Uzmanlık Yeterlik Tezi, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Ödeme Sistemleri Genel Müdürlüğü, 2017), 24.

⁶⁵ Mesut Serdar Çekin, "Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?," İstanbul Hukuk Mecmuası 77, S.1 (2019): 321-322.

⁶⁶ Aleni olmayan özel nitelikte Blokzincir ağları da bulunmaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Mutluoğlu, "Kripto Para Birimleri ve Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu," 25-26.

⁶⁷ Çeker, "Kripto Paralar ve Ekonomik Etkileri," 2.

⁶⁸ Kounelis, "Secure and Trusted Mobile Commerce System Based on Virtual Currencies," 21.

güven duyulan merkezi bir yapı bulunmadığından işlemlerin doğrulanabilmesi için bunların bilinmesi gerektiğine dikkat çekmiştir.⁶⁹ Nakamoto'ya göre ancak bu sayede işlemlerin doğrulanabilmesi ve çifte harcamanın⁷⁰ önüne geçilmesi olanaklı hale gelmektedir.⁷¹ Bitcoin'in öncü olarak değerlendirilmesine yol açan ve özel bir yerde konumlandırılmasını sağlayan temel neden de Blokzincir sisteminin kullanılmış olmasıdır. Zira elektronik paralara özgü sistemsel sorunlar Blokzincir sistemi kullanılarak büyük oranda aşılmıştır. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, Blokzincir sadece ödeme sistemleri bakımından değil, kamu ve özel sektör için de büyük bir potansiyele sahip bulunmaktadır.⁷² Sağlık, bankacılık, finans, yönetim, iletişim gibi alanlarda da Blokzincir sisteminden faydalanılabilmektedir.⁷³ Kısacası, veri değişimi olan her alanda Blokzincir sisteminin kullanılması mümkündür. Bu nedenle, söz konusu sistem para transferlerinin yapılması ile sınırlı görülmemelidir.

3. Bitcoin Sisteminde Yer Alan Temel Aktörler

a. Bitcoin Kullanıcıları

Bitcoin sisteminde kullanıcılar, kendilerine tahsis edilen anahtarları mal ve hizmet satın almak, kişisel ödemelerini gerçekleştirmek veya yatırım yapmak amacıyla kullanan kişilerdir.⁷⁴ Herhangi özel bir şart gerekmeden Bitcoin'e ait açık erişimli yazılımın bilgisayar ve telefon gibi sistemlere yüklenmesi ile kullanıcı olunabilmektedir. Ayrıca özel olarak geliştirilen bazı uygulamalar ile Bitcoin yazılımını indirilmeden dahi kullanıcı olarak işlem yapmak mümkündür.⁷⁵ Ancak kullanıcı olarak işlem yapılabilmesi için Bitcoin satın alınması, ödeme olarak Bitcoin kabul edilmesi ve madencilik yapılması gibi çeşitli yöntemlerle Bitcoin'in elde edilmesi gerekmektedir.

⁶⁹ Nakamoto, "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System," 2.

⁷⁰ Aynı Bitcoin'in birden fazla harcanmasına çifte harcama denmektedir. Yapılan bir işlemin onaylanması zaman aldığı için çifte harcama yapılma olasılığı bulunmaktadır. Bunu önlemek adına zaman damgası ve madencilik sistemi kullanılarak Bitcoin'lerin kopyalanması ve birden fazla kullanımı engellenmek istenmiştir. Çifte harcamanın ne olduğu, nasıl önlenebildiği ve Bitcoin'in halen çifte harcama tehlikesi altında olup olmadığına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Karame, Androulaki and Capkun, "Two Bitcoins at the Price of One? Double-Spending Attacks on Fast Payments in Bitcoin," 1 vd.; Çarkacıoğlu, Kripto-Para Bitcoin, 40; Bozkurt Yüksel, "Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış," 201.

⁷¹ Nakamoto, "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System," 2; European Parliament, Cryptocurrencies and Blockchain, 18.

⁷² Blokzincir teknolojisinin, akıllı sözleşmeler ve merkezi olmayan (özerk) kuruluşlar aracılığıyla yönetilen bir dünya ve Lex Cryptographia olarak adlandırılan yeni bir hukuk düzenine yol açabileceği görüşü için bkz: Wright and Filippi, "Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia," 44 vd.

⁷³ Zaytoun, "Cyber Pickpockets: Blockchain, Cryptocurrency, and the Law of Theft," 397. Blokzincir sisteminin kripto varlıklar dışındaki çeşitli uygulamaları için bkz: World Bank Group, Distributed Ledger Technology (DLT) and Blockchain, 21 vd.

⁷⁴ European Central Bank, Virtual Currency Schemes - A Further Analysis, 8.

⁷⁵ FATF, Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks, 6.

b. Cüzdan Sağlayıcıları

Cüzdan sağlayıcıları, kripto varlık kullanıcılarına Bitcoinler’i tutmak, saklamak ve kullanmak için tahsis edilen anahtarları depolayan veya üreten programlardır.⁷⁶ Mevcut olan anahtarların bu cüzdanlarda saklanması mümkün olduğu gibi, anahtarı olmayan bir kişiye uygulama vasıtasıyla anahtar tahsis edilmesi de olanaklıdır. Bu kapsamda; online cüzdan (*hotstorage*), offline cüzdan (*coldstorage*), mobil cüzdan (*mobile wallet*), masaüstü cüzdanı (*desktop wallet*), kâğıt cüzdan (*paper wallet*) gibi çeşitli cüzdan uygulamalarından faydalanılabilmektedir.⁷⁷ Bu noktada şunu ifade etmek gerekir ki, Bitcoin kullanımı için cüzdan uygulamalarından yararlanılması zorunluluk teşkil etmemektedir.⁷⁸ Cüzdanlar, Bitcoinler’in saklanması ve harcanması noktasında kullanıcılara yardımcı olarak işlemlerin daha kolay bir şekilde gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir.⁷⁹ Dolayısıyla cüzdanlar, teknik alt yapıya sahip olmayan veya daha pratik şekilde işlemlerini gerçekleştirmek isteyen kullanıcılar tarafından tercih edilmektedir. Ancak bu durumda, kullanıcıların anahtarların güvenliği konusunda cüzdan sağlayıcılarına güven duyması önem arz etmektedir. Zira cüzdan sağlayıcılarının, teknik sorunlar ve sistemin hacklenmesi gibi sebeplerle anahtarları kaybetme tehlikesi bulunmaktadır. Ayrıca kötü amaçlı programlanan bir yazılım tarafından oluşturulan anahtarların, kullanıcıların iradesi dışında kullanılması da mümkündür.⁸⁰ Bu nedenle, kullanıcılara birbiriyle bağlı olmayan birden fazla kurumsal cüzdandan veya offline cüzdan uygulamalarından yararlanması önerilmektedir.⁸¹

c. Değişim Hizmeti Sunanlar

Değişim hizmeti sunanlar, belli bir komisyon karşılığında Bitcoin gibi kripto varlıkların satın alınmasına, gerçek para birimlerine veya sanal para birimlerine dönüştürülmesine imkân sağlayan platformlardır.⁸² Bu platformların birçoğu, ihraççıya veya 3. bir kişiye bağlı finansal olmayan şirketler tarafından işletilmekte-

⁷⁶ Kounelis, “Secure and Trusted Mobile Commerce System Based on Virtual Currencies,” 23; European Central Bank, *Virtual Currency Schemes - A Further Analysis*, 8; Çetinkaya, “Kripto Paraların Gelişimi ve Para Piyasalarındaki Yerinin Swot Analizi ile İncelenmesi,” 16; Korver, Pelker and Poteat, “Attribution in Cryptocurrency Cases,” 234; FATF, *Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, 8.

⁷⁷ U.S Department of Justice, *Cryptocurrency Enforcement Framework*, 3.

⁷⁸ European Central Bank, *Virtual Currency Schemes - A Further Analysis*, 8.

⁷⁹ Güçlütürk, “Türk Hukukunda Kripto Varlıkların Para ve Elektronik Para Niteliğinin İncelenmesi,” 389; Kounelis, “Secure and Trusted Mobile Commerce System Based on Virtual Currencies,” 72; FATF, *Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, 8.

⁸⁰ European Central Bank, *Virtual Currency Schemes - A Further Analysis*, 13.

⁸¹ Kounelis, “Secure and Trusted Mobile Commerce System Based on Virtual Currencies,” 73. Offline cüzdan uygulamalarıyla birlikte biyometrik kimlik doğrulama teknolojisinin kullanılmasının güvenlik sorunlarını sona erdireceğini düşünen görüş için bkz: David Orme, “Is Biometrics the Answer to Crypto-Currency Crime?,” *Biometric Technology Today*, S.2 (2019): 9.

⁸² Zaytoun, “Cyber Pickpockets: Blockchain, Cryptocurrency, and the Law of Theft,” 406; FATF, *Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, 7.

dir.⁸³ Türkiye’de hizmet gören değişim platformlarına BTCTurk, Paribu, Binance gibi örnekler verilmesi mümkündür. Bu platformlardan bazılarının kullanıcılara cüzdan sağlaması da söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla değişim platformları, borsa ve döviz bürosu gibi işlev görmesinin yanında cüzdan sağlayıcı olarak da hizmet verebilmektedir. Bu itibarla, Bitcoin aktörleri birbirinden bağımsız olarak düşünülmemelidir.

Değişim hizmeti sunan aktörler bakımından vurgulanması gereken en önemli husus, kullanıcılara hizmet verebilmek için kişisel bilgi talep edebilmesidir. Bu platformlara kayıt esnasında isim, soy isim, doğum yılı hatta kimlik numarası gibi bilgilerin girilmesi gerekebilmektedir. Bu bakımdan değişim hizmeti sunan aktörler, Bitcoin’in sağladığı anonimliğin yumuşatılmasında ve kullanıcıların takip edilmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Bu önem dolayısıyla Amerika, Japonya, İsrail, Fransa gibi bazı ülkeler, yapmış olduğu düzenlemelerle para borsalarında olduğu gibi kripto varlık değişim platformlarında da kişisel bilgi talebini zorunlu tutmaktadır. Anonimliğin aşılmasında önemli bir araç olabilmesine karşın, değişim hizmeti sunan platformlar bazı güvenlik zafiyetlerine sahip bulunmaktadır. Bitcoin’lerin çalınması, anahtarların başkaları tarafından ele geçirilmesi, cüzdanların hacklenmesi gibi birçok eylem bu aktörleri hedef alarak gerçekleştirilmektedir.⁸⁴ Genellikle merkezi bir yapının bulunduğu bu platformlarda kullanıcılar dolandırıcılık, hırsızlık ve iflastan kaynaklanan maddi kayıplara maruz kalabilmektedir. Konuya ilişkin en bilinen örneklerden birini “MT GOX” platformu oluşturmaktadır. En büyük değişim platformlarından biri olan MT GOX, 2014 yılında hacklenmiş ve 473 milyon dolar değerindeki Bitcoin’in çalınmasından sonra iflas etmiştir.⁸⁵ Verilen bu örnekten de anlaşılacağı üzere, değişim platformlarının regüle edilmemesi ve denetlenmemesi hem kullanıcıların kendisi hem de kamu düzeni bakımından büyük bir risk oluşturmaktadır.⁸⁶

d. Ticari Platformlar

Ticari platformlar, Bitcoin alıcıları ile satıcılarını bir araya getirerek teklif yoluyla anlaşma yapılmasına olanak sağlamaktadır. Merkezi bir yapıya sahip bulunmayan bu platformlar, geliştirilen yazılım aracılığıyla alıcıya ve satıcıya uygun bir ortam oluşturma amacı taşımaktadır.⁸⁷ Bu niteliği itibariyle söz konusu platformlar adeta Bitcoin pazarı gibi işlev görmektedir. Ancak değişim hizmeti sunan aktörlerden farklı olarak bu platformların kendisi Bitcoin alımı ve satımı ile uğraşmamaktadır.⁸⁸

⁸³ European Central Bank, Virtual Currency Schemes - A Further Analysis, 8.

⁸⁴ Zaytoun, “Cyber Pickpockets: Blockchain, Cryptocurrency, and the Law of Theft,” 407.

⁸⁵ Murphy, Murphy and Seitzinger, Bitcoin: Questions, Answers, and Analysis of Legal Issues, 8; European Central Bank, Virtual Currency Schemes - A Further Analysis, 21.

⁸⁶ U.S Department of Justice, Cryptocurrency Enforcement Framework, 15.

⁸⁷ European Parliament, Cryptocurrencies and Blockchain, 27.

⁸⁸ European Central Bank, Virtual Currency Schemes - A Further Analysis, 8.

e. Madenciler (Miners)

Bitcoin sisteminde merkezi bir yapı bulunmadığından işlemlerin doğrulanması katılımcılar tarafından gerçekleştirilmektedir. Katılımcıların yapılan işlemleri doğrulayabilmesi ise konsensüs mekanizmasına bağlı bulunmaktadır.⁸⁹ Bir işlem ancak katılımcıların çoğu tarafından onaylanması halinde geçerlilik kazanabilmektedir. İşte Bitcoin sisteminde işlemlerin doğrulanmasını bu konsensüs mekanizması ile gerçekleştiren kişilere madenci (*miners*) denmektedir.⁹⁰ Yeryüzünden değerli bir mineral çıkarmak amacıyla zaman ve enerji harcayan insanlara benzediği için bu kişilere madenci denmektedir.⁹¹ Madenciler yeni yapılan işlemleri bir araya toplayarak ve zamansal olarak sıralayarak blok haline getirmekte, her yeni bloğun daha önceki blokların şifresel çıkarımını içermesini özel bir algoritmayla (SHA-256) sağlamaya çalışmaktadır.⁹² Bu bakımdan madencilik, bir işlem kayıt hizmeti olarak da görülebilir.⁹³ Fakat Blokzincir de yer alan veriler her geçen gün artarak büyük miktarlara ulaştığından, daha önceki blokların şifresel çıkarımının yapılması zorlaşmakta ve daha çok vakit almaktadır.⁹⁴ Ayrıca böyle bir işlemin yapılması çok büyük miktarda bilgisayar gücü de gerektirmektedir. Bu nedenle, özellikle elektriğin ucuz olduğu yerlerde madencilik faaliyetine rastlanmaktadır. Gene aynı nedenle bireysel çalışmak yerine “*mining pools*” olarak bilinen madenci havuzlarına katılarak kolektif bir çalışma yapılması tercih edilmektedir.

Blokzincire yeni bir bloğun eklenmesi için madencinin işlemleri sadece doğrulanması yeterli olmamakta ayrıca bu işlemlerin kendisi tarafından doğrulandığının da ağa kanıtlanması gerekmektedir. Bu sisteme iş kanıtı “*Proof of Work (PoW)*” denmektedir.⁹⁵ Proof of work sisteminde bir madencinin iş kanıtı su-

⁸⁹ Simon Dyson; William J. Buchanan and Liam Bell, “The Challenges of Investigating Cryptocurrencies and Blockchain Related Crime,” *The Journal of the British Blockchain Association* 1, S.2 (2018): 1; Mcginnis and Roche, “Bitcoin: Order without Law in the Digital Age,” 27; European Parliament, *Cryptocurrencies and Blockchain*, 18; Çekin, “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain,” 321-322.

⁹⁰ Madencilik sisteminin, yasal olmayan mekanizmaların geleneksel bir hükümet işlevini nasıl tamamlayabileceğine ve hatta yerini alabileceğine iyi bir örnek teşkil ettiğini düşünen görüş için bkz: Mcginnis and Roche, “Bitcoin: Order without Law in the Digital Age,” 30.

⁹¹ European Central Bank, *Virtual Currency Schemes - A Further Analysis*, 7.

⁹² Üzer, “Sanal Para Birimleri,” 32.

⁹³ Üzer, “Sanal Para Birimleri,” 32.

⁹⁴ European Parliament, *Cryptocurrencies and Blockchain*, 18; Blundell Wignall, *The Bitcoin Question: Currency versus Trust-less Transfer Technology*, 8; Isaac Kfir, “Cryptocurrencies, National Security, Crime and Terrorism,” *Comparative Strategy* 39, S.2 (2020): 116.

⁹⁵ Bu sistemin alternatifi olan Proof of Stake (PoS) sisteminde ise iş kanıtı değil kullanıcılar tarafından sahip olunan birim sayısı göz önünde bulundurulmaktadır. Böylece PoW sisteminde söz konusu olan manipülasyon tehlikesi ve yüksek enerji tüketimi sorunu aşılmaya çalışılmıştır. Bu sistemleri hibrit şekilde kullanan Peercoin, Blackcoin gibi kripto varlık türleri de olduğunu belirtmek gerekir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: European Central Bank, *Virtual Currency Schemes - A Further Analysis*, 10.

nabilmesi için bazı şifresel bulmacaları çözmesi zorunluluk arz etmektedir. Bu kapsamda, daha önceden belirlenmiş bir formatı⁹⁶ sağlamak için her türlü girdi deneme yanılma yoluyla test edilmekte ve bu formata uygun şifresel bir özet bulunmaya çalışılmaktadır.⁹⁷ Bulunacak özet, daha fazla girdinin daha kısa sürede denenmesine bağlı olduğundan her madencinin ödülü alabilme şansı mevcuttur. İstenilen bu formatı sağlayan ilk madenci, yeni bir bloku zincire eklemeye hak kazanmakta ve belli bir miktar Bitcoin ödemesi ile ödüllendirilmektedir. Madencilere teşvik amaçlı verilen bu ödüller aynı zamanda sistemin kendi içindeki Bitcoin arzını da sağlamaktadır.⁹⁸ Bu durum, itibari paralar ile kripto varlıklar arasında önemli bir fark yaratmaktadır. Para birimlerinde arz merkez bankaları aracılığıyla gerçekleştirilirken, Bitcoin sisteminde bu sistemin katılımcısı olan madenciler tarafından gerçekleştirilmektedir.⁹⁹ Tasarlanan yazılım gereği madenciler aracılığıyla arz edilen Bitcoin miktarı her 210.000 blokta yarılanarak azalmaktadır.¹⁰⁰ Başlangıçta 50 Bitcoin ödül olarak verilirken, günümüz itibarıyla bu miktar 6,25 Bitcoin'e kadar düşmüş bulunmaktadır. Dolayısıyla belli bir süre sonra Bitcoin sistemine yapılacak olan arzın bitme noktasına gelecek kadar azalması söz konusu olacaktır. Netice olarak, madenciler ancak belli aşamalardan geçerek doğrulama işlemlerini tamamlayabilmektedir. Bu aşamaları kısaca; kullanıcılar tarafından yapılan işlemlerin madenciler tarafından bir blok içinde toplanması, her madencinin işlemleri topladığı bir blok için işlem kanıtı bulmaya çalışması, bulunan işlem kanıtının çoğunluk tarafından onaylanabilmesi için tüm düğümlere yayımlanması, eğer işlemler geçerli ise ve çifte harcama söz konusu değilse bloğun düğümler tarafından onaylanarak zincire eklenmesi şeklinde sıralayabiliriz. Doğrulama işleminin tamamlanması belli bir süre aldığı için farklı içeriklere sahip blokların onaylanması ve zincirin çatallaşması mümkündür.¹⁰¹ Bu halde çoğunluk kararını, en büyük iş kanıtını içeren en uzun zincir temsil etmektedir.¹⁰²

Madenciler tarafından yapılan doğrulama ve onaylama işlemleri sonucunda yaklaşık 10 dakikada bir zincire yeni bir blok eklenmekte, böylece sistemin kendi

⁹⁶ Söz konusu format algoritmanın kendisi tarafından tanımlanmakta ve bir madencinin çözümü bulması için gereken süreyi dikkate alarak her 2016 blokta yenilenmektedir.

⁹⁷ Kounelis, "Secure and Trusted Mobile Commerce System Based on Virtual Currencies," 19; Jeong, "The Bitcoin Protocol as Law, and the Politics of a Stateless Currency," 4; Karame, Androulaki and Capkun, "Two Bitcoins at the Price of One? Double-Spending Attacks on Fast Payments in Bitcoin," 2; World Bank Group, Distributed Ledger Technology (DLT) and Blockchain, 6.

⁹⁸ Nakamoto, "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System," 4.

⁹⁹ Ayşe Esra Pirinççi, "Yeni Dünya Düzeninde Sanal Para Bitcoin'in Değerlendirilmesi," Uluslararası Ekonomi Siyaset İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi 1, S.1 (2018): 47-48.

¹⁰⁰ Kounelis, "Secure and Trusted Mobile Commerce System Based on Virtual Currencies," 19.

¹⁰¹ Doğrulama süresinin yeterince kısa olmamasını, farklı kripto varlıkların ortaya çıkmasında temel bir neden olarak değerlendiren görüş için bkz: Kounelis, "Secure and Trusted Mobile Commerce System Based on Virtual Currencies," 21.

¹⁰² Nakamoto, "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System," 3.

içinde devamı ve güvenliği sağlanmaktadır.¹⁰³ Madenciler olmadan sistem doğru bir şekilde işleyemeyeceğinden çifte harcama ve sahte Bitcoin oluşturulması gibi sorunlarla karşılaşılabilir.¹⁰⁴ Bu bakımdan Bitcoin'in belki de en önemli aktörlerinden birini madenciler oluşturmaktadır. Ancak Bitcoin'e güvenlik bakımından getirilen eleştirilerin başında da madencilik faaliyetinin ve konsensus mekanizmasının yer aldığı belirtilmelidir. Konsensus mekanizması nedeniyle kötü niyetli madencilerin sistemi belli hallerde manipüle etmesi mümkündür.¹⁰⁵ Genel kabul gören görüş, sistemin manipüle edilebilmesi için kötü niyetli madencilerin bilgisayar gücünün çoğunluğuna sahip olması gerektiğini vurgulayarak sistemin güvenli olduğunu ileri sürmektedir.¹⁰⁶ Bu görüşe göre Blokzincire, ancak sistemdeki tüm bilgisayar gücünün %51'ini oluşturan madenciler bir araya gelerek (%51 *attack*) sahte işlemlerden oluşan bloklar ekleyebilecektir. Sistemin %51'den daha az bilgisayar gücü ile manipüle edileceğini belirten görüşler de bulunmakla beraber konuya ilişkin şu çıkarımın yapılması mümkündür: Bitcoin sistemi mutlak güvenlik sözü verilebilecek bir sistem olmayıp belli hallerde manipüle edilebilecek bir niteliği haizdir.

II. KRIPTO VARLIKLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. GENEL OLARAK

Ceza hukuku bakımından doğru bir değerlendirme yapılabilmesi için öncelikle kripto varlıkların hukuki niteliği üzerinde durulması gerekmektedir. Eğer kripto varlıklar elektronik para, emtia veya menkul kıymet gibi kategorilere dahil edilebilirse, bu kategorilere ilişkin düzenlemelerin söz konusu varlıklar hakkında da uygulanması mümkün olabilecektir. Konuyu bir örnekle açıklayacak olursak; kripto varlıkların emtia olduğu kabul edilirse üzerinde sahiplik iddiası kurulabilecek bir mal söz konusu olacağından hem mülkiyet hakkının sonuçlarından yararlanılabilecek hem de konusu mal olan, mala zarar verme, hırsızlık, yağma gibi suçların işlenmesi olanaklı hale gelecektir.¹⁰⁷ Dolayısıyla hukuki niteliğine ilişkin yapılacak yorum, kripto varlıklara uygulanacak kuralları da belirleyecektir. Bununla birlikte, kripto varlıklar bizzat devlet eliyle desteklenmesi halinde önemli ölçüde yaygınlaşma potansiyeline de sa-

¹⁰³ Madenciler tarafından her 10 dakikada bir yapılan işlemler bir araya getirilerek bir blok içinde sıralanmaktadır. Alıcı ve satıcının yaptıkları transferlerin daha erken işleme alınması için işlem ücreti teklif etmesi mümkün olduğu gibi madencinin de böyle bir ücret talep etmesi mümkündür. İşlem ücretleri genellikle toplam işlem değerinin %0,1 altındadır. İşlem ücretinin alınması noktasında ise girdi değeri ile çıkış değeri arasındaki fark göz önünde tutulmaktadır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: McGinnis and Roche, "Bitcoin: Order without Law in the Digital Age," 26.

¹⁰⁴ European Central Bank, Virtual Currency Schemes - A Further Analysis, 7.

¹⁰⁵ Christopher P. Buttigieg, "Anti-Money Laundering Regulation of Crypto Assets in Europe's Smallest Member State," Law and Financial Markets Review 13, S.4 (2019): 212.

¹⁰⁶ Şahin, "Kripto Para Yeni Bir Vergi Sığınağı mı? Bilişim Teknolojilerindeki Gelişmeler Temelinde Bir Değerlendirme," 173; McGinnis and Roche, "Bitcoin: Order without Law in the Digital Age," 27; Jeong, "The Bitcoin Protocol as Law, and the Politics of a Stateless Currency," 5.

¹⁰⁷ Kaplanhan, "Kripto Paranın Türk Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi "Bitcoin Örneği," 113.

hip bulunmaktadır. Dünya geneline baktığımız zaman; Singapur, İsveç, Çin, Meksika ve Rusya gibi bazı ülkelerin merkez bankaları aracılığıyla kripto varlık üretmek için faaliyete başladığı görülmektedir.¹⁰⁸ Türkiye de böyle bir faaliyette bulunmayı planlayan ülkeler arasında yer almaktadır. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi'nin ilk kalkınma planı olan 11. Kalkınma Planı'nda, Blokzincir tabanlı dijital merkez bankası parası çıkartılması kararı bulunmaktadır.¹⁰⁹ Bu nedenle, kripto varlıkların hukuki bir kimliğe ihtiyacı daha belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Buna rağmen kripto varlıkların hukuki niteliğine ilişkin genel geçer bir yorum yapılması şu an için mümkün gözükmemektedir. Kripto varlıklara karşı olan tutum, dünya genelinde önemli ölçüde farklılık göstermektedir. Japonya, Singapur, Almanya, Amerika, İngiltere gibi bazı ülkeler bu varlıkları desteklerken; Rusya, Çin gibi bazı ülkeler önemli kısıtlamalar getirmekte, Bolivya, Lübnan, Bangladeş gibi bazı ülkeler ise yasaklayıcı bir tutum sergilemektedir.¹¹⁰ Diğer birçok ülke ise bu konudaki tarafsızlığını korumaktadır. Ayrıca bu varlıkları destekleyen ülkeler arasında da konu oldukça tartışmalıdır. Bu kapsamda kripto varlıkları, para birimi olarak kabul edenler bulunduğu gibi; emtia, sanal emtia, mal, menkul kıymet¹¹¹ ve hatta bir ürün (*production*)¹¹² olarak değerlendirilen görüşler de bulunmaktadır. Aynı ülkede dahi kripto varlıkların hangi niteliğe sahip olduğu tartışmalıdır. Konunun en karmaşık şekilde ele alındığı ülkelerden biri olan Amerika'da, yürütülen faaliyetle ilişkili olarak farklı nitelendirmeler yapılmaktadır. Kripto varlıklar, Menkul Kıymetler Borsa Komisyonu'na (SEC) göre menkul kıymet,¹¹³ mali istihbarat birimi FİNCEN'e göre para, Gelirler İdaresi'ne (IRS) göre

¹⁰⁸ Rustem Magizov; Sergey Kuznetsov; Venera Garipova; Muhamat Gilmanov; Anastasia Kasatova and Aleksey Kuznetsov, Problems of Legal Regulation of Cryptocurrencies, 12th International Conference on Developments in eSystems Engineering, 2019, 958; Craig Calcaterra; Wulf A. Kaal and Vadhindran Rao, "Stable Cryptocurrencies," Washington University Journal of Law & Policy 61, S.1 (2020): 205-206.

¹⁰⁹ 11. Kalkınma Planı'nın onaylandığına dair karar 23.07.2019 tarihli 30840 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹¹⁰ Magizov, Kuznetsov, Garipova, Gilmanov, Kasatova and Kuznetsov, Criminal, Problems of Criminal Responsibility for Illegal Circulation of Cryptocurrency, 997; Kfir, "Cryptocurrencies, National Security, Crime and Terrorism," 114; Svitlana Kostenko; Vitalii Strilchuk; Roman Chernysh and Anna Buchynska, "The Threats to National Security of Ukraine and Poland Inassisting to the Development of the Crypto-Asset Market: Legal Aspect," Management Theory and Studies for Rural Business and Infrastructure Development 43, S.2 (2021): 231.

¹¹¹ Eric Engle, "Is Bitcoin Rat Poison: Cryptocurrency, Crime, and Counterfeiting," Journal of High Technology Law 16, S.2 (2016): 374.

¹¹² Magizov, Kuznetsov, Garipova, Gilmanov, Kasatova and Kuznetsov, Problems of Legal Regulation of Cryptocurrencies, 956.

¹¹³ SEC'in Kurumsal Finans Bölüm Direktörü William Hinman tarafından yapılan bir konuşmada, Bitcoin ve Ethereum'un artık menkul kıymet olarak değerlendirilemeyeceği yönünde bir görüş ileri sürülmüştür. Bu açıklamaya dayanılarak oluşturulan "Hinman Test" Amerikan doktrininde büyük tartışmalara yol açmıştır. İlgili açıklama metni için bkz: William Hinman, "Digital Asset Transactions: When Howey Met Gary (Plastic)," (SEC transcribed speech, 14 Haziran 2018), Erişim Tarihi: Ocak 20, 2021, <https://www.sec.gov/news/speech/speech-hinman-061418>. Kripto varlıkların menkul kıymet olarak değerlendirilemeyeceği yönünde ileri sürülen diğer görüş için bkz: Irina Cvetkova, "The Legal Definition of Crypto Asset," BRICS Law Journal 5, S.2 (2018): 136.

mal (*property*), Vadeli Emtia İşlemleri Komisyonu'na¹¹⁴ (CFTC) göre ise emtia niteliğindedir.¹¹⁵ Söz konusu kuruluşlar arasındaki görüş ayrılığına ek olarak mahkeme kararları arasında da içtihat birliği bulunmamaktadır. Kripto varlıkların para birimi, menkul kıymet ve fon olduğunu ifade eden mahkeme kararları bulunduğu gibi emtia olarak değerlendirildiği kararlar da mevcuttur.¹¹⁶ Bu nedenle, kripto varlıkların hangi niteliğe sahip olduğundan ziyade hangi niteliğe sahip olmadığını belirlemek şu an için daha doğru bir yaklaşım olarak görünmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi, kripto varlıkların dahil olduğu sanal para birimleri “*itibari para*” olarak değerlendirilmemektedir. Bu bakımdan, itibari paraya ilişkin mevzuatın kripto varlıklar için uygulanamayacağı açıktır.

Kripto varlıkların niteliğine ilişkin hukuki değerlendirmenin, öncelikle elektronik para üzerinden yapılması gerekmektedir. Avrupa Birliği 2009/110 sayılı Elektronik Para Kuruluşlarının Kurulması, Faaliyetlerinin Sürdürülmesi Denetimi Direktifi konuya ilişkin en önemli hukuki metinlerden biri olup; birçok ülke mevzuatında yer alan düzenlemelere kaynak teşkil etmektedir.¹¹⁷ Bu Direktif'in 2. maddesinde elektronik para; ödeme işlemlerinin yerine getirilmesi amacıyla fon karşılığı çıkarılan, ihraççısı dışındaki gerçek veya tüzel kişiler tarafından da kabul edilen ve elektronik olarak onu ihraç edene karşı bir talepte temsil edilmek üzere elektronik veya manyetik olarak depolanan parasal değer şeklinde tanımlanmıştır. Avrupa Merkez Bankası ise elektronik para kavramını geniş bir şekilde yorumlamış, bu kavramın ihraççı dışındaki kuruluşlara ödeme yapmak için kullanılabilen ve teknik bir cihazda elektronik olarak depolanabilen parasal bir değeri ifade ettiği belirtilmiştir.¹¹⁸ Elektronik paranın tanımlanması noktasında

¹¹⁴ Kripto varlıklar üzerinde en güçlü yasal otoriteye CFTC'nin sahip olduğunu düşünen görüş için bkz: Tyler C. Lee, “Decrypting Crypto: Issues Plaguering Today's Hottest Regulatory Nightmare,” New York University Journal of Law and Business 16, S.2 (2020): 565.

¹¹⁵ FATF, Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers, 2019, 50-51; Gabrielle Chasin Velkes, “International Anti-Money Laundering Regulation of Virtual Currencies and Assets,” New York University Journal of International Law and Politics 52, S.3 (2020): 895; Türkiye Bilişim Vakfı (TBV), Kripto Para ve ICO Raporu, 2020, 22; Lee, “Decrypting Crypto: Issues Plaguering Today's Hottest Regulatory Nightmare,” 561; Kfir, “Cryptocurrencies, National Security, Crime and Terrorism,” 120; Kethineni and Cao, “The Rise in Popularity of Cryptocurrency and Associated Criminal Activity,” 331.

¹¹⁶ Konuya ilişkin önemli bazı kararlar için bkz: CFTC v. My Big Coin Pay, Inc., 2018; CFTC v. McDonnell, 2018; Audet v. Fraser, 2017; U.S v. Coinbase, Inc., 2017; Balestra v. ATBCoin LLC, 2019; Hodges v. Harrison, 2019; SEC v. Blokvest LLC, 2018; SEC v. Plexcorps, 2017; U.S v. Anthony Murgio, 2017; State of Florida v. Michell Abner Espinoza, 2016; Securities and Exchange Commission v. Trendon T. Shavers and Bitcoin Savings and Trust, 2013. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Hughes, “Cryptocurrency Regulations and Enforcement in the U.S.,” 8; Pavlo Bartusiak, “Judicial Finding' of the Legal Nature of Cryptocurrency,” Ehrlich's Journal 2, S.1 (2018): 32.

¹¹⁷ AB, Directive 2009/110/EC on the Taking Up, Pursuit and Prudential Supervision of the Business of Electronic Money Institutions Amending Directives 2005/60/EC and 2006/48/EC and Repealing Directive 2000/46/EC (2009), OJ L 267/7.

¹¹⁸ European Central Bank, “Electronic Money,” Erişim Tarihi: Şubat 7, 2021, https://www.ecb.europa.eu/stats/money_credit_banking/electronic_money/html/index.en.html.

karşılaştırmalı hukuktan da yararlanması mümkündür. İngiltere Elektronik Para Yönetmeliği'nin (*Electronic Money Regulations*) 2. maddesine göre elektronik para, elektronik ve manyetik olarak depolanabilen parasal bir değerdir. Ancak bu parasal değerın ödeme yapmak amacıyla fon karşılığı çıkarılmış olması, ihraççı dışındaki kişiler tarafından da kabul edilmesi ve kanuni düzenlemelerden hariç tutulmaması olması gerekmektedir.

Elektronik paraya ilişkin uluslararası ve karşılaştırmalı hukukta yapılan tanımlar göz önüne alındığında, temel olarak üç noktaya parmak basıldığı söylenebilir. Bunlar; parasal değerın temsili olması, bu temsilin elektronik veya manyetik olarak depolanabilmesi ve ihraççı dışındaki diğer kişiler tarafından da kabul edilmesidir. Bu bakımdan elektronik paralar, itibari paranın elektronik ortamdaki bir temsilinden ibaret olup genel kabul gören ödeme yöntemleri arasında yer almaktadır.¹¹⁹ Başka bir deyişle, elektronik paranın bir karşılığı, temsil ettiği somut bir değer bulunmaktadır. Elektronik paranın transfer edilmesi, ilgili miktarın adeta banka kasasından başka bir banka kasasına aktarılması gibi sonuç doğurmaktadır. Kripto varlıkların ise temsil ettiği somut bir değer bulunmadığı gibi, ihraççısı dışındaki diğer kişiler tarafından da kabul görmesi söz konusu değildir. Bu nedenle, elektronik paraya ilişkin yasal düzenlemelerin kripto varlıklar için uygulama alanı bulması mümkün değildir. Ancak değeri ülke paraları, altın gibi çeşitli değerlere endekslenebilen ve “*stable coin*” olarak adlandırılan kripto varlıklar da bulunmaktadır.¹²⁰ Bazı yazarlara göre, somut olayın şartlarına göre stable coinlerin elektronik para olarak kabul edilmesi mümkündür.¹²¹ Henüz bunların da elektronik para kapsamında değerlendirilebileceğine ilişkin yasal bir dayanak bulunmasa da ileride bunlar hakkında da kapsamlı düzenlemeler yapılması kaçınılmaz olacaktır. Zira kripto varlıkların arz ve talebe bağlı olarak dalgalanmalar yaşaması, paradan beklenen stabil yapıyı sağlamamaktadır.¹²² Stable coinlerin ise belli değerlere sabitlenmesi daha stabil ve öngörülebilir bir durum oluşturmaktadır.¹²³ Nitekim yapılan bazı çalışmalarda da stable coinlerin niteliğine göre elektronik para kavramı içinde değerlendirilebileceği ifade edilmektedir.¹²⁴

¹¹⁹ BTK, Kripto Para Araştırma Raporu, 4; Pirinççi, “Yeni Dünya Düzeninde Sanal Para Bitcoin'in Değerlendirilmesi,” 46.

¹²⁰ Dirk Bullmann; Jonas Klemm and Andrea Pinna, In Search for Stability in Crypto-Assets: Are Stablecoins the Solution?, ECB Occasional Paper Series No: 230, 2019, 9. Stable coin kavramı yerine fiat tokens, managed coins gibi kavramların da kullanıldığına ilişkin bkznz: Tobias Adrian and Tommaso Mancini-Griffoli, The Rise of Dijital Money, IMF Fintech Notes, 2019, 4.

¹²¹ Güçlütürk, “Türk Hukukunda Kripto Varlıkların Para ve Elektronik Para Niteliğinin İncelenmesi,” 400.

¹²² Şahin, “Kripto Para Yeni Bir Vergi Sığınağı mı? Bilişim Teknolojilerindeki Gelişmeler Temelinde Bir Değerlendirme,” 175.

¹²³ Adrian and Mancini-Griffoli, The Rise of Dijital Money, 5.

¹²⁴ Her Majesty's Treasury, UK Regulatory Approach to Cryptoassets and Stablecoins: Consultation and Call for Evidence, 2021, 5-6; The European Consumer Organisation (BEUC), Crypto Assets-BEUC Response to the Commission's Consultation, 2020, 8.

Emtia ve menkul kıymet görüşü bakımından bu kadar kesin bir yorum yapılamayacak olmakla birlikte, kripto varlıkların hukuki niteliğinin belirlenmesinde belli kuruluşların yapmış olduğu sınıflandırmalardan yararlanılması mümkündür. Bu kapsamda, İngiltere Finansal Yürütme Kurulu (*Financial Conduct Authority*) exchange tokens (*değişim tokenları*), utility tokens (*hizmet tokenları*), security tokens (*menkul kıymet tokenları*), e-money tokens şeklinde bir ayırım yaparken; Avrupa Bankacılık Otoritesi investment tokens (*yatırım tokenları*), exchange/payment tokens ve utility tokens şeklinde bir ayırım yapmakta, Avrupa Tüketiciler Birliği Bürosu ise bu ayırma hibrit tokenlar şeklinde yeni bir grup daha eklemektedir.¹²⁵ Yapılan sınıflandırmalar, kripto varlıkların sahip olduğu erişim özelliklerini, sistemsel özelliklerini ve ekonomik fonksiyonlarını göz önüne alarak farklı değerlendirmeler yapılmasına imkan tanımaktadır. Kanaatimizce sınıflandırma yöntemi, sistemsel ve zamansal farklılıklara sahip olan kripto varlıkları tek bir grup altında ele almaması nedeniyle daha isabetli bir yaklaşımdır.¹²⁶ Bu yaklaşım neticesinde, niteliğine ve özelliklerine göre her varlığa farklı hukuki kimlikler vermek mümkün olacaktır. Ancak kripto varlıklar her geçen gün büyüdüğünden, farklı kategoriler oluşturulması ve sınıflandırmalar yapılması da yeterli bir çözüm değildir. Yapılan sınıflandırmalar her kripto varlığı kapsayamayacağı gibi, bir kripto varlığın birden fazla grup altında konumlandırılması da mümkün olabilecektir.¹²⁷ Bu nedenle günümüzde, hibrit tokenlar gibi farklı ayırımların yer aldığı daha kompleks ve kapsamlı çalışmalar yapılmaya başlanmıştır.¹²⁸ Kripto varlıklar nasıl sınıflandırılacak olursa olsun, yapılan düzenlemelerin uygulanma kabiliyetini kaybetmemesi için esnek bir şekilde ele alınması gerekmektedir.

B. TÜRK MEVZUATI BAKIMINDAN

Kripto varlıklara ilişkin uzun süredir tarafsızlığını koruyan Türkiye, 2021 yılında konuya ilişkin ilk düzenlemeyi yaparak bu tarafsızlığı bozmuştur. 16 Nisan 2021 tarihinde 31456 sayılı Resmî Gazete’de “*Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik*” yayımlanmıştır. Söz konusu yönetmelikte kripto varlıklar; “*dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak*

¹²⁵ Financial Conduct Authority, Guidance on Cryptoassets Feedback and Final Guidance to CP 19/3, 2019; Europe Banking Authority, Report with Advice for the European Commission on Crypto-Assets; BEUC, Crypto Assets-BEUC Response to the Commission’s Consultation.

¹²⁶ Apolline Blandin; Ann Sofie Cloots; Hatim Hussain; Michel Rauchs; Rasheed Saleuddin; Jason Grant Allen; Bryan Zhang and Katherine Cloud, Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study, Cambridge Center for Alternative Finance, 2019, 12.

¹²⁷ Blandin, Cloots, Hussain, Rauchs, Saleuddin, Allen, Zhang and Cloud, Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study, 18.

¹²⁸ Yapılan bu çalışmalara, Arap Birleşik Emirlikleri Menkul Kıymet ve Emtia Otoritesi’nin hazırlamış olduğu taslak çalışma örnek olarak verilebilir: Securities and Commodities Authority, The Chairman of the Authority’s Board of Directors’ Decision No. (23/ Chairman) of 2020 Concerning Crypto Assets Activities Regulation, 2020, Erişim Tarihi: Eylül 12, 2021, <https://www.sca.gov.ae/Content/Userfiles/Assets/Documents /80041 51b.pdf>.

sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıklar” olarak tanımlamıştır. Yapılan bu tanımla kripto varlıkların hangi niteliğe sahip olmadığı açıkça belirlenmiştir. Esasında yönetmelikte böyle bir düzenleme olmasaydı dahi mevcut hükümlerden hareketle aynı sonuçlara ulaşılabildi. Şöyle ki; Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına girebilecek değerler kambiyo, nukut, esham, tahvilat, kıymetli madenler, kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymet, ticari senet ve tediyeyi temine yarayan her türlü vasıta ve vesika olarak sayılmıştır.¹²⁹ Bu bakımda, Türk mevzuatına göre kripto varlıkların para olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.¹³⁰ Bununla birlikte 2009/110 sayılı Direktif’e paralel şekilde düzenlenen 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun’un 3. maddesine göre elektronik para; belli bir fon karşılığı kabul edilen, elektronik olarak saklanan, ödeme işlemlerini gerçekleştirmek için kullanılan ve ihraç edenler dışındaki kişiler tarafından da kabul edilen parasal değeri ifade etmektedir. Bu itibarla, fon karşılığı çıkarılmayan ve ihraç eden dışındaki kişilerce kabul edilmeyen¹³¹ kripto varlıkların Türk mevzuatına göre elektronik para olarak kabulü de mümkün görünmemektedir. Nitekim Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu da 2013 tarihli bir basın açıklamasında: “Herhangi bir resmi ya da özel kuruluş tarafından ihraç edilmeyen ve karşılığı için güvence verilmeyen bir sanal para birimi olarak bilinen Bitcoin, mevcut yapısı ve işleyişi itibarıyla Kanun kapsamında elektronik para

¹²⁹ Kanununun 1. maddesi: “Kambiyo, nukut, esham ve tahvilat alım ve satımının ve bunlar ile kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyeyi temine yarayan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve Türk parasının kıymetinin korunması zımında kararlar ittihazına Cumhurbaşkanlığı yetlidir.” şeklindedir. Cumhurbaşkanlığı’nın bu kapsamda yayımlanmış olduğu düzenleme Türk Parası’nın Kıymetinin Korunması Hakkında 32 sayılı Karardır. Bu karar ile Türk parasının yabancı paralar karşısındaki değerinin belirlenmesine, döviz ve döviz temsil eden belgelere (menkul değerler ve diğer sermaye piyasası araçları dahil) ilişkin tüm işlemler ile dövizlerin tasarruf ve idaresine, Türk parası ve Türk parasını temsil eden belgelerin (menkul değerler ve diğer sermaye piyasası araçları dahil) ithal ve ihracına, kıymetli maden, taş ve eşyalara ilişkin işlemlere, ihracata, ithalata, özelliği olan ihracat ve ithalata, görünmeyen işlemlere ve sermaye hareketlerine ilişkin kambiyo işlemlerine ait düzenleyici ve sınırlayıcı esaslar tayin edilmiştir.

¹³⁰ Bu bakımdan kripto varlıklar, Türk Ceza Kanunu’nun 197. maddesinde düzenlenen parada sahtecilik suçuna konu olamayacaktır. Başka bir ifadeyle, eğer birisi kripto varlık birimini sahte olarak taklit eder veya çoğaltırsa parada sahtecilik suçundan dolayı sorumlu tutulamayacaktır. Ancak gelecekte, kripto varlıkların daha geniş bir kitle tarafından kabul edilerek istikrarlı bir yapıya sahip olması halinde para birimi olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu ileri sürülmektedir. İlgili görüş için bkz: Hamdi Furkan Günay ve Veli Kargı, “Kripto Paranın Vergilendirilmesi Fikrinin Mali Yönden Değerlendirilmesi,” Journal of Life Economics 5, S.3 (2018): 69.

¹³¹ Aksi yönde görüş için bkz: Bozkurt Yüksel, “Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Dolari’na Hukuki Bir Bakış,” 207; Dülger ve Özkan, “Kripto Para Suçları: Kripto Para Birimlerinin Hukuki Boyutu ve Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi,” 974.

olarak değerlendirilmemekte, bu nedenle de söz konusu Kanun çerçevesinde gözetim ve denetimi mümkün görülmemektedir.” şeklindeki gerekçeyle Bitcoin’in 6493 sayılı kanun kapsamına girmeyeceğini açıkça vurgulamıştır.¹³²

Kripto varlıkların menkul değer sayılabilmesi için 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 3. maddesine göre, belirli payları temsil etmesi ve kamu ya da özel sektör kuruluşlarının piyasadan borç alabilmek için kullandıkları hazine bonusu, gelir ortaklığı senetleri, devlet iç borçlanma senetleri, özel kesim tahvil ve bonoları gibi borçlanma araçlarından olması gerekmektedir. Halbuki Bitcoin gibi kripto varlıklar ne belirli payları temsil etmekte ne de kanunun aradığı anlamda borçlanma aracı olarak kullanılabilir. Bu nedenle kripto varlıkların Türk mevzuatına göre menkul kıymet olarak kabul edilmesi de olanaklı değildir.¹³³ Emtia kavramı bakımından ise kripto varlıkların kendinden bir değere sahip bulunmaması, tamamen arz ve talebe göre değerlendirilmesi nedeniyle olumsuz bir yorum yapılmaktadır.¹³⁴ Kısacası, kripto varlıkların Türk hukukuna göre elektronik para, menkul kıymet ve emtia olarak sınıflandırılması zaten mümkün değildi. Dolayısıyla, ilgili düzenlemeyle mevcut hükümler kapsamında yapılan yorumlar tasdik edilmiş, yeni bir nitelendirme yapılmamıştır. Yönetmelikte yapılan düzenlemeler, karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi farklı görüşlerin ileri sürülmesine ve içtihat birliğinin bozulmasına kısmen de olsa engel olabilecektir. Ancak bu düzenlemeler, konuya ilişkin soru işaretlerini yok edebilecek ve mevcut boşluğu doldurabilecek nitelikte olmayıp; aksine yeni problemler doğurabilecek niteliktedir. Zira Yönetmelik’te, kripto varlıkların ödemelerde kullanılmasını yasaklayan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu Yönetmeliğin çıkarılmasına dayanak olan hüküm göz önüne alındığında, MASAK’ın görüşlerinin belirleyici olduğu görülmektedir. Bundan dolayı özellikle suç gelirlerinin aklanmasına ilişkin risk nedeniyle kripto varlıkların ödemelerde kullanılmasının yasaklandığı izlenimi doğmaktadır. Halbuki alınan bu önlem, riski ne sona erdirebilecek ne de azaltabilecek niteliktedir. Bununla birlikte diğer birçok ülkede, piyasa değeri ve işlem hacmi nedeniyle kripto varlıkların vergilendirilmesine ve farklı alanlarda kullanılmasına yönelik çeşitli çalışmalar yürütülmektedir.¹³⁵ Bu nedenle, kripto

¹³² İlgili basın açıklaması için bkz: https://www.bddk.org.tr/ContentBddk/dokuman/duyuru_0512_01.pdf, E.T: 09.11.2020-14.18.

¹³³ Dülger ve Özkan, “Kripto Para Suçları: Kripto Para Birimlerinin Hukuki Boyutu ve Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi,” 976. Nitekim Türkiye Sermaye Piyasası Kurulu, Sanal Paralara Dayalı İşlemler Hakkında 785 numaralı Genel Mektup’ta Sermaye Piyasası Kanunu’nda yer alan türev araçlara dayanak teşkil edebilecek unsurlar içinde sanal paraların bulunmadığını açıkça belirtmiştir. İlgili mektup için bkz: Sanal paralara ve kripto varlıklara Sermaye Piyasası Kanunu’nda yer verilmesi gerektiğini ileri süren görüş için bkz: Türkiye Bilişim Vakfı, Kripto Para ve ICO Raporu, 33.

¹³⁴ Durdu, “Kripto Para Birimi Olarak Bitcoin ve Ceza Hukuku,” 54; Günay ve Kargı, “Kripto Paranın Vergilendirilmesi Fikrinin Mali Yönden Değerlendirilmesi,” 71.

¹³⁵ Vergilendirme konusunda da ülkelerin izledikleri yol farklılık göstermektedir. Kripto varlıkları vergilendirme bakımından Kanada ve Endonezya emtia, İsrail sermaye kazancı, Amerika, Avustralya ve İsviçre gibi ülkeler ise mal (property) kabul etmektedir.

varlıkların devletler için sağladığı avantajları göz önünde bulunduran ve konuyu hukukun diğer alanları bakımından da mercek altına alan daha detaylı bir çalışma yapılmalıdır.

III. KRİPTO VARLIKLAR VE CEZA HUKUKU İLİŞKİSİ

A. GENEL OLARAK

Kripto varlıkların vergilendirilmesine ilişkin bazı çalışma ve faaliyetlere başlanmış olmasına rağmen ceza hukuku alanında konuyu kapsamlı şekilde ele alan bir düzenleme henüz yapılmamıştır. Bu durum, yasal boşlukların ortaya çıkmasına ve suç işlemek isteyen kişilerin aktif olarak kripto varlıklara yönelmesine sebep olmaktadır. 2019 yılında yapılan bir çalışmada, Bitcoin işlemlerinin yarısına yakınının yasadışı faaliyetlerle ilişkili olduğu saptanmıştır.¹³⁶ Kripto varlıkların suçla olan bu çarpıcı ilişkisi, büyük oranda sistemsel avantajlardan kaynaklanmaktadır. Merkezi bir otoritenin kontrol ve denetiminin söz konusu olmaması, konuya ilişkin kapsamlı bir regülasyon bulunmaması ve işlemi gerçekleştirenlerin anonim kalabilmesi gibi faktörler, çeşitli suçların işlenmesi noktasında kripto varlıkları elverişli bir araç haline dönüştürmektedir. Suç işlemek için elverişli bir araç olması yanında, kripto varlıkların ulusal güvenliği de tehdit ettiği düşünülmektedir.¹³⁷ Gerçekten de kripto varlıklar; hukuki bir alt yapıya sahip bulunmadığından ekonomik ve mali politikalarından bağımsız olup, kişilerin vergi kaçırması için önemli imkanlar sağlamaktadır. Bu niteliğinden ötürü kripto varlıkların vergi cennetlerinin karakteristik özelliklerine sahip olduğu belirtilmektedir.¹³⁸ Buna ek olarak, kripto varlıkların nükleer fırlatma kodları ve terörist saldırıları gibi devlet nezdinde tehlikeli addedilecek mesajları şifrelemek için de kullanılabilmesi ileri sürülmektedir.¹³⁹

Kripto varlıklar, doğrudan suça konu edilebileceği gibi suç işlenmesinde veya suç faillerinin kimliğinin gizlenmesinde bir araç olarak da kullanılabilir. Bu varlıklar ile hırsızlık, dolandırıcılık, uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti, silah ticareti, çocuk pornografisi, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması, vergi kaçakçılığı, terörizmin finansmanı gibi birçok suç işlenebilmek-

¹³⁶ Sean Foley; Jonathan R. Karlsen and Talis J. Putninš, "Sex, Drugs, and Bitcoin: How Much Illegal Activity is Financed Through Cryptocurrencies?," *The Review of Financial Studies* 32, S.5 (2019): 1826.

¹³⁷ Engle, "Is Bitcoin Rat Poison: Cryptocurrency, Crime, and Counterfeiting," 352: Durdu, "Kripto Para Birimi Olarak Bitcoin ve Ceza Hukuku," 2; Kfir, "Cryptocurrencies, National Security, Crime and Terrorism," 114; Kostenko, Strilchuk, Chernysh and Buchynska, "The Threats to National Security of Ukraine and Poland Inassisting to the Development of the Crypto-Asset Market: Legal Aspect," 232.

¹³⁸ Omri Marian, "Are Cryptocurrencies 'Super' Tax Havens?," *Michigan Law Review First Impressions* 112, S.38 (2013): 42.

¹³⁹ Engle, "Is Bitcoin Rat Poison: Cryptocurrency, Crime, and Counterfeiting," 347.

tedir.¹⁴⁰ Kripto varlıklar sanal ortamda nakit para işlevi gördüğünden, para ile suçun kesiştiği her alanda kullanılabilir. Başka bir ifadeyle, kripto varlıklar kolayca gerçek paraya dönüştürülebildiği için belli suçların işlenmesinde veya gerekli suç araçlarının elde edilmesinde finansman aracı olarak da kullanılabilir.¹⁴¹ Konuya ilişkin güncel bir örnek Amerika’da yaşanmıştır. 2020 yılında Adalet Bakanlığı; El Kaide, DAESH gibi örgütlerin terörü finanse etmek için düzenledikleri kampanyalarda kripto varlık talep ettiklerini belirterek terörizmin finansmanı bağlamında şimdiye kadar en yüksek miktar olan 2 milyonun ele geçirildiğini duyurmuştur.¹⁴² Terörizmin finansmanı, hırsızlık, dolandırıcılık, şantaj¹⁴³ gibi temel suç tipleri yanında, kripto varlıkların veya bunların kullandığı ağların daha özel nitelikte bazı yasa dışı faaliyetlere de konu olması mümkündür. Bu kapsamda, bir başkasının bilgisayarının zararlı kod ve yazılımlarla madencilik yapmak için kullanılmasını ifade eden “*crypto jacking*” fiili örnek olarak verilebilir.¹⁴⁴ Bunun dışında, sahte uygulamalarla kripto varlıkların çalınması da (*cryptocurrency theft*) söz konusu olabilmektedir. Verilen bu örnekler dışında kripto varlıklar, temel suç fiillerini icra etmek için bir araç olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla şu an için “*kripto varlık suçu*” şeklinde bağımsız bir suç tipinden bahsedilememekte, mevcut suçlar kripto varlıklarla yeni bir işleniş şekli kazanmış bulunmaktadır.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Engle, “Is Bitcoin Rat Poison: Cryptocurrency, Crime, and Counterfeiting,” 344; Foley, Karlsen and Putnins, “Sex, Drugs, and Bitcoin: How Much Illegal Activity is Financed Through Cryptocurrencies?,” 1799; FATF, Money Laundering and Terrorist Financing Red Flag Indicators Associated with Virtual Assets, 2020, 4. Kripto varlıkların suç işlemek için kullanılmasının en çarpıcı örneklerinden biri Silk Road sitesidir. William Ulbricht tarafından kurulan bu siteden, uyuşturucu ticareti, bilişim suçları, para aklanması gibi farklı suçlardan elde edilen 33,6 milyon dolar değerinde Bitcoin ele geçirilmiştir. Bu sitelere Silk Road dışında Hansa, AlphaBay, Dream Market gibi örneklerin de verilmesi mümkündür. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Matthew Kien and Meng Ly, “Coining Bitcoin’s “Legal-Bits”: Examining the Regulatory Framework for Bitcoin and Virtual Currencies,” Harvard Journal of Law & Technology 27, S.2 (2014): 603; FATF, Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks, 11; U.S Department of Justice, Cryptocurrency Enforcement Framework, 19; Sessa Kethineni; Ying Cao and Cassandra Dodge, “Use of Bitcoin in Darknet Markets: Examining Facilitative Factors on Bitcoin-Related Crimes,” American Journal of Criminal Justice 43, S.2 (2017): 146.

¹⁴¹ Korver, Pelker and Poteat, “Attribution in Cryptocurrency Cases,” 237; Çeker, “Kripto Paralar ve Ekonomik Etkileri,” 31-32; U.S Department of Justice, Cryptocurrency Enforcement Framework, 5-6.

¹⁴² U.S Department of Justice, Cryptocurrency Enforcement Framework, 7; Cipher Trace, Cryptocurrency Crime and Anti Money Laundering Report, 2021, 26.

¹⁴³ Kripto varlıkların şantaj amacıyla kullanıldığı örnekler için bkz: U.S Department of Justice, Cryptocurrency Enforcement Framework, 8; Bartusiak, “‘Judicial Finding’ of the Legal Nature of Cryptocurrency,” 28.

¹⁴⁴ U.S Department of Justice, Cryptocurrency Enforcement Framework, 16; Viktoriia Ivaniuk and Serhiy Banakh, “Cryptocurrency-Related Cybercrimes in Ukraine,” OER Eastern Europe Law 66, S.1 (2020): 218-219; Kfir, “Cryptocurrencies, National Security, Crime and Terrorism,” 118; Bu tür saldırıların en çok Monero’yu hedef aldığını belirten çalışma için bkz: Aaron Zimba; Zhaoshun Wang; Mwenge Mulenga and Nickson Herbert Odongo, “Crypto Mining Attacks in Information Systems: An Emerging Threat to Cyber Security,” Journal of Computer Information Systems 60, S.4 (2020): 306.

¹⁴⁵ Dülger ve Özkan, “Kripto Para Suçları: Kripto Para Birimlerinin Hukuki Boyutu ve Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi,” 978.

Görüldüğü üzere, kripto varlıkların belirsiz doğası suçluların yasadışı faaliyetlerde bulunmasını kolaylaştırmaktadır. Şüphesiz kripto varlıkların suç işlemek için cazibe merkezi haline gelmesinde, kullanıcılara sağlanan “anonimlik” hayati bir rol oynamaktadır. Normal şartlarda, sanal ortamda gerçekleşen para hareketlerinin takip edilmesi mümkündür. Üstelik böyle bir takibin yapılması bazı durumlarda yasal bir zorunluluk da oluşturmaktadır.¹⁴⁶ Ancak kripto varlıklar, gizlilik sağlanmak istenen işlemlerde ve dark web gibi platformlarda kullanıcılara bir değişim aracı olarak anonimlik vadetmektedir.¹⁴⁷ Blokzincir’in aleni yapısına kıyasla son zamanlarda daha çok anonimlik sözü veren Dash, Monero,¹⁴⁸ Zcash,¹⁴⁹ Grin gibi “*privacy coin*” olarak da nitelendirilen bazı kripto varlıkların ortaya çıkmasıyla alıcıyı, göndereni ve işleme konu tutarı dahi gizlemek mümkün hale gelmiştir.¹⁵⁰ Blokzincir yapısını kullanan kripto varlıkların kullanıcılarını belli ölçüde deşifre edebilen CipherTrace, Big Data, Titanium gibi analiz programlarının ve Chainalysis, Elliptic gibi özelleşmiş şirketlerin varlığı nedeniyle mahremiyeti öne çıkaran kripto varlıkların sayısında ve kullanımında bir artış olacağı açıktır.¹⁵¹

Kripto varlıklar, sadece ceza hukuku bakımından değil ceza muhakemesi bakımından da özel düzenlemeler yapılmasını gerektirmektedir. Bu varlıkların kullanılması ve suçla konu edilebilmesi için bilişim sistemlerinin kullanılması zorunluluk

¹⁴⁶ Franziska Boehm and Paulina Pesch, “Bitcoin: A First Legal Analysis - With References to German and US-American Law,” Conference Paper, 1st Workshop on Bitcoin Research in Association with Financial Crypto, 2014, 5.

¹⁴⁷ Giannis Tziakouris, “Cryptocurrencies-A Forensic Challenge or Opportunity for Law Enforcement? An Interpol Perspective,” IEEE Security and Privacy Magazine 16, S.4 (2018): 92; Brown, “Cryptocurrency and Criminality: The Bitcoin Opportunity,” 336; Kethineni, Cao and Dodge, “Use of Bitcoin in Darknet Markets: Examining Facilitative Factors on Bitcoin-Related Crimes,” 142.

¹⁴⁸ Suç işlenmesi noktasında öne çıkan Monero, transfer işlemlerinin kökenlerini, miktarlarını ve hedeflerini gizlemek için halka imzaları (ring signature) ve gizli adresleri kullanan bir kripto varlık türüdür. Monero hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Reddy and Minnaar, “Cryptocurrency: A Tool and Target for Cybercrime,” 87; Tziakouris, “Cryptocurrencies-A Forensic Challenge or Opportunity for Law Enforcement? An Interpol Perspective,” 93; Buttigieg, “Anti-Money Laundering Regulation of Crypto Assets in Europe’s Smallest Member State,” 213.

¹⁴⁹ Zcash kullanıcılarının büyük bir kısmının sistemin sunduğu anonimlik avantajından yararlanmadığı hakkında bkz: George Kappos; Haaron Yousaf; Mary Maller and Sarah Meiklejohn, An Empirical Analysis of Anonymity in Zcash, Proceedings of the 27th USENIX Conference on Security Symposium, 2018, 475.

¹⁵⁰ Dyson, Buchanan and Bell, “The Challenges of Investigating Cryptocurrencies and Blockchain Related Crime,” 1; Foley, Karlsen and Putniņš, “Sex, Drugs, and Bitcoin: How Much Illegal Activity is Financed Through Cryptocurrencies?,” 1807; U.S Department of Justice, Cryptocurrency Enforcement Framework, 4.

¹⁵¹ Foley, Karlsen and Putniņš, “Sex, Drugs, and Bitcoin: How Much Illegal Activity is Financed Through Cryptocurrencies?,” 1807; Çekin, “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain,” 332; Murphy, Murphy and Seitzinger, Bitcoin: Questions, Answers, and Analysis of Legal Issues, 3; European Parliament, Cryptocurrencies and Blockchain, 53; Zaytoun, “Cyber Pickpockets: Blockchain, Cryptocurrency, and the Law of Theft,” 431; Kfir, “Cryptocurrencies, National Security, Crime and Terrorism,” 119; Daniel Dupuis and Kimberly Gleason, “Money Laundering with Cryptocurrency: Open Doors and the Regulatory Dialectic,” Journal of Financial Crime 28, S.1 (2021): 65.

arz ettiğinden, bunlarla işlenen suçlar bilişim karakterlidir.¹⁵² Kripto varlıkların sağladığı anonimlik yanında bilişim sistemlerinin sağladığı kolaylıktan da faydalanan suçlular, elinin altındaki tek bir tuş ile dünyanın öbür ucundaki bir olaya müdahale ederek haksız yarar sağlama imkanına sahip bulunmaktadır. Bunun sonucunda kripto varlıkların kullanıldığı suçların soruşturulması ve kovuşturulması da teknik açıdan oldukça zorlaşmaktadır. Merkezî bir yapı bulunmadığı ve yapılan işlemler geri alınmadığı için muhakeme makamlarının ihtiyaç duydukları belge ve bilgileri nasıl elde edeceği, bu varlıklara nasıl el koyacağı da oldukça problemleri bir hal almaktadır.¹⁵³ Ayrıca yargı makamlarının, tamamen bilişim karakterli olan kripto varlıkların saklanması, çeşitli tedbirlere tabi tutulması noktasında cüzdân gibi uygulamalara ihtiyaç duyması da söz konusu olabilmektedir.¹⁵⁴

Suçlular hem bilişim sisteminin sunduğu kolaylıktan hem de kripto varlıkların sunduğu anonimlikten faydalanırken, özel hayatın gizliliği, mülkiyet hakkı gibi temel değerler zarar görmekte ve bu durum devlete olan güvenin yitirilmesine sebep olabilmektedir. Bu nedenle, mevcut düzenlemelerin kripto varlıklarla işlenen suçları cezalandırmada yeterli olup olmadığı, yeterli değilse özel bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulup duyulmadığı tartışılmalıdır. Kapsam bakımından sınırlı olan bu çalışmada, kripto varlıkların araç olarak kullanılabilmesi tüm suç tiplerinin ele alınması mümkün olmadığından konunun sınırlandırılması gerekmektedir. Söz konusu çalışma, kripto varlıklar ile en yaygın işlenen bazı suç tipleriyle sınırlandırılmıştır. FBI İnternet Şikâyet Merkezi'nin yayınlamış olduğu 2020 tarihli rapordan (*Internet Crime Report*), en çok şikâyetin dolandırıcılığa ilişkin fiiller bakımından yapıldığı, uğranılan zararın büyük bir kısmını kripto varlıkların oluşturduğu ve mağdurların nerdeyse yarısının da kripto varlıklarla ilişkili olduğu anlaşılmaktadır.¹⁵⁵ Yapılan başka bir çalışmaya göre, kripto varlıkları en çok hedef alan suçlar arasında hırsızlık ve dolandırıcılık suçu bulunmakta olup, bu suçlar nedeniyle sadece 2020 yılı içinde 1,9 milyar dolar değerinde zarar meydana gelmiştir.¹⁵⁶ Bu veriler ışığında çalışmamızda; hırsızlık, dolandırıcılık ve bu suçları tamamlayıcı nitelikte olan suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanması suçu incelemeye tabi tutulacaktır.¹⁵⁷ Kripto varlıkların Türk ceza hukuku bakımından ele alındığı ilk kararın yağma suçuna ilişkin olması nedeniyle yukarıda sayılan suçlar dışında yağma suçu bakımından da bir inceleme yapılacaktır.

¹⁵² Dülger ve Özkan, "Kripto Para Suçları: Kripto Para Birimlerinin Hukuki Boyutu ve Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi," 979.

¹⁵³ Durdu, "Kripto Para Birimi Olarak Bitcoin ve Ceza Hukuku," 203-204.

¹⁵⁴ Korver, Pelker and Poteat, "Attribution in Cryptocurrency Cases," 256-257.

¹⁵⁵ Federal Bureau of Investigation, *Internet Crime Report* (2020), 19 vd.

¹⁵⁶ Cipher Trace, *Cryptocurrency Crime and Anti Money Laundering Report*, 7.

¹⁵⁷ Claire Nolasco Braaten and Michael S. Vaughn, "Convenience Theory of Cryptocurrency Crime: A Content Analysis of U.S. Federal Court Decisions," *Deviant Behavior* 42, S.8 (2019): 964. FATF, suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanması ve terörizmin finansmanı suçunun işlendiğine ilişkin göstergelere yer veren 2020 tarihli bir raporunda, en sık işlenen suçlar arasında aklama suçu dışında uyuşturucu ticareti ve dolandırıcılık gibi suçların bulunduğunu belirtmiştir.

B. HIRSIZLIK SUÇU

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) malvarlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlenen hırsızlık suçu, zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malın kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak amacıyla bulunduğu yerden alınmasını ifade etmektedir. Suçun oluşabilmesi için “başkasına ait taşınır bir malın” zilyedin rızası olmadan alınması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, hırsızlık suçunun konusunu, başkasına ait taşınır bir mal oluşturmaktadır. Ancak mal kavramından anlaşılan ile hukuki anlamda mal/eşya kavramı her zaman örtüşmemektedir. Bu nedenle “taşınır mal” kavramının açıklanması ve kripto varlıkların çalınmasının bu kapsama dahil edilip edilemeyeceğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Doktrindeki genel yaklaşım, “mal” kavramının tanımlanması noktasında medeni hukuktan yararlanılması yönündedir.¹⁵⁸ Medeni hukukta eşya; üzerinde hakimiyet kurulabilen, belli sınırlara sahip, ekonomik değer taşıyan ve insan dışı olan bir kavrama karşılık gelmektedir.¹⁵⁹ Genel kabul gören bu tanıma göre, hukuki anlamda eşyanın sahip olması gereken dört temel unsur bulunmaktadır. Bunlar; maddi bir varlığın bulunması, üzerinde hakimiyet kurulmaya elverişli olması, insan dışı olması ve ekonomik bir değere sahip olmasıdır.¹⁶⁰ Esasında maddi bir varlığın bulunması ile hakimiyet kurulmaya elverişli olma unsuru, birbirini tamamlayan ve biri diğerinin sonucu olarak değerlendirilebilecek unsurlardır. Bir şey üzerinde hakimiyet kurulduğundan bahsedilebilmesi için bunun sınırlandırılmış maddi bir varlığa sahip olması gerektiği açıktır.¹⁶¹

Taşınır eşya kavramının tanımı ise eşyanın yerinin fiilen değiştirilip değiştirilememesine göre yapılmaktadır. Özüne zarar vermeksizin bir yerden başka yere taşınabilen eşyalar, taşınır olarak kabul edilmektedir.¹⁶² Böyle bir tanımın, taşınmaz kavramından hareketle menfi bir şekilde yapılması da mümkündür. Yeryüzünde sabit olması nedeniyle özüne zarar vermeden bir yerden başka yere taşınamayan ve kanun uyarınca taşınmaz niteliğine sahip olanlar dışında kalan eşyalar taşınır niteliktedir. Bu bakımdan hırsızlık suçunun konusunu “alınabilir” olan taşınır eşyalar

¹⁵⁸ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 605; M. Emin Artuk; Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 525; Durmuş Tezcan; Mustafa Ruhan Erdem ve Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 734.

¹⁵⁹ Turhan Esener ve Kudret Güven, Eşya Hukuku (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2015), 41; M. Kemal Oğuzman; Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku (İstanbul: Filiz Kitapevi, 2014), 8.

¹⁶⁰ Ekonomik bir değere sahip olma unsuru, üzerinde görüş birliği bulunan bir unsur değildir. Bu unsurun aranması gerektiğini düşünen yazarlar için bknz: Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, 7-8. Ceza hukuku bakımından sadece ekonomik değere sahip olan şeylerin değil manevi bir değer taşıyan şeylerin de mal sayılabileceği görüşü için bknz: Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım (Ankara: Savaş Yayınevi, 2019), 135; Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 612; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 527; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 735.

¹⁶¹ Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, 7.

¹⁶² Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, 10.

oluşturmaktadır.¹⁶³ Dolayısıyla sadece fiziki bir varlığa sahip olması nedeniyle üzerinde hakimiyet kurularak fiilen yeri değiştirilebilen mallar hırsızlık suçuna konu olabilecektir.¹⁶⁴ Fakat taşınır malın illaki suçun işlendiği anda bu nitelikte olması gerekmemektedir. Taşınmaz malın çeşitli parçalarının sökülmesinde olduğu gibi, belli hallerde de taşınır malın varlığından bahsedilebilmektedir.¹⁶⁵

Kripto varlıklar ise fiziki bir varlığı olmaması nedeniyle üzerinde ancak tahsis edilen anahtarlar vasıtasıyla hakimiyet kurulabilen, ekonomik değeri haiz sanal birimlerdir. Yukarıda belirtilen hususlar da dikkate alındığında, fiziki bir varlığı olmaması nedeniyle kripto varlıkların taşınır mal olarak kabulü mümkün görünmemektedir. Nitekim Adalet Divanı da vermiş olduğu bir kararda, kripto varlıkların sadece bir ödeme aracı olduğunu ve taşınır mal olarak kategorize edilemeyeceğini belirtmiştir.¹⁶⁶ Bu itibarla, kripto varlıkların çalınması halinde ortada taşınır bir mal söz konusu olmadığından hırsızlık suçunun oluştuğundan bahsedilemeyecektir. Ancak kripto varlıkların TCK'nın 142/2-e¹⁶⁷ karşısındaki durumunun ayrıca incelenmesi gerekmektedir. TCK'nın 142. maddesinin 2. fıkrasında, hırsızlık suçunun "*bilişim sistemlerinin kullanılması aracılığıyla işlenmesi*" şeklinde nitelikli bir hale yer verilmiştir. Bu nitelikli hal ile kastedilen, bilgileri otomatik olarak işleme tabi tutan manyetik sistemler kullanılarak hırsızlık fiilin icra edilmesidir.¹⁶⁸ Diğer bir deyişle, bu nitelikli halin uygulanabilmesi için taşınır bir malın bilişim sistemleri aracı kılınarak alınması gerekmektedir. Bu nedenle, ekonomik bir değer arz etse bile bir verinin çalınması halinde TCK'nın 142/2-e'nin uygulanması söz konusu olamayacaktır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da tesis etmiş olduğu bir kararda, hırsızlık suçunun konusunu oluşturacak malın yerinden alınıp götürülebilecek nitelikte olmasını ve maddi bir varlığa sahip bulunması gerektiğini vurgulamıştır. Aynı kararda, hırsızlık suçunun söz konusu olabilmesi için verinin taşınır mal niteliğine sahip olması gerektiği ancak 5237 sayılı TCK'nın hiçbir maddesinde verilerin taşınır mal olarak düzenlenmediği dolayısıyla kanunilik ilkesi gereğince cezalandırma yapılamayacağı da belirtilmiştir.¹⁶⁹

¹⁶³ Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 613; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 527; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 740.

¹⁶⁴ Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 135; Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 606; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 526; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 735.

¹⁶⁵ Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 613; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 528; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 135; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 741.

¹⁶⁶ Judgment of 22 October 2015, Skatteverket v David Hedqvist, C-264/14, EU:C:2015:718, §24.

¹⁶⁷ TCK 142/2-e: "*Bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle, hırsızlık suçunun işlenmesi hâlinde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.*"

¹⁶⁸ Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 649; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 551.

¹⁶⁹ YCGK, 17.11.2009, E.2009/268, K.2009/11-193.

Verilerin hırsızlık suçuna konu olamayacağına ilişkin yerleşik içtihat, banka hesaplarında yer alan paraların internet bankacılığı hizmetinden yararlanılarak başka bir hesaba aktarıldığı durumlar için yumuşatılmıştır. Daha önceleri böyle bir fiilin icra edildiği hallerde TCK 141/2-e'nin değil, TCK 244/4'ün uygulanması gerektiği düşünülmekteydi.¹⁷⁰ Ancak Yargıtay, 5 yılı aşkın süredir verilerin parayı temsil ettiğini düşünmekte ve icra edilen hırsızlık eylemlerinin paraya yönelmediğini kabul ederek 142/2-e'yi uygulama yoluna gitmektedir.¹⁷¹ Bu yaklaşım uygulamada istikrar kazanmasına rağmen doktrinde halen tartışılmaktadır. Sadece verilerin yer değiştirdiğinden bahisle TCK 244. maddenin 4. fıkrasının uygulanması gerektiğini savunan görüşler bulunduğu gibi,¹⁷² Yargıtay uygulamasını destekleyen görüşler de mevcuttur.¹⁷³

Kripto varlıklara ilişkin hukuki değerlendirmenin, söz konusu içtihat değişikliği göz önüne alınarak yapılması gerekmektedir. Zira bu içtihatla internet bankacılığı hizmetinden yararlanılarak başka bir hesaba aktarılan ve esas itibarıyla veri niteliğinde olan paraların hırsızlık suçuna konu olabileceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla kripto varlıkların çalınması halinde de aynı yorumun yapılmasının mümkün olduğu düşünülebilir. Fakat konuyla ilgili kararlar incelendiğinde, verilerin hırsızlık suçuna konu olabileceği düşüncesinden ziyade verilerin temsil ettiği somut bir değer, paranın, korunması amacı ön plana çıkmaktadır. Daha önce de açıklandığı üzere, kripto varlıkların temsil ettiği değer kendine has ve soyut bir değerdir. Parayı temsil eden verilerin aksine kripto varlıkların temsil ettiği somut bir değer bulunmadığından, yukarıda yapılan değerlendirmelerin bunlar açısından geçerli olduğu

¹⁷⁰ TCK 244/4: “Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturmaması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasına hükümlenir.”

¹⁷¹ Y15. CD, 09.06.2020, E.2020/1236, K.2020/5130 sayılı kararda konuya ilişkin şu açıklamalara yer vermiştir: “Katılanın hesabından internetten bilgileri kullanılarak 1939 doğumlu ... adına 18800 TL para havalesi yapılmak istendiğinde bankanın katılanı arayıp işlemi onaylayıp onaylamadığını sorduğunda katılanın işlemden haberdar olmadığı anlaşılmış sonrasında yapılan araştırmada katılanın internet bankacılığında açık olan hesaptan 1920 TL ve kredi kartından 5000 TL para çekildiği ve toplamda 6920 TL paranın internet hesabına aktarıldığı anlaşıldığından aktarılan paraları çekmeye gelen kişinin polis gelene kadar oyalamaya çalışıldığı ancak sanığın durumu anlayıp kaçtığı iddia edilen olayda; bankadan parayı çekmeye çalışan kişinin bıraktığı nüfus cüzdanındaki kimlik bilgileri sanığa ait olsa da fotoğrafın sanığa ait olmadığı ve havale yapılan ...'in 1939 doğumlu olduğu anlaşıldığından sahte nüfus cüzdanı ile suça konu parayı çekmeye çalışan kişinin sanık olduğuna dair yeterli delil bulunmadığı gözetilerek sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine dair hüküm kurulması, kabule göre de; Sanığın eyleminin sübutu halinde de katılanın hesabından hesaplarına paranın aktarıldığı gözetilerek eyleminin küll halinde tamamlanmış TCK'nın 142/2-e maddesindeki bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle hırsızlık suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması..”. Aynı yönde diğer bir karar için bkz: Y8.CD, 01.07.2019, E.2019/11457, K.2019/9171.

¹⁷² Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 766.

¹⁷³ Fatih Selami Mahmutoğlu, “Türk Ceza Kanununda Yer Alan Bilişim Alanındaki Suçlar ve Karşılaşılabilir Sorunların Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi,” İÜHF 71, S.1 (2013): 881; Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 551; Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 649; Durdu, “Kripto Para Birimi Olarak Bitcoin ve Ceza Hukuku,” 101.

söylenemeyecektir. Nitekim rıza dışı telefon kontör transferinin gerçekleştiği bir olayda Yargıtay, ekonomik bir değere sahip olmasına karşın telefon kontörlerinin çalınmasını hırsızlık suçu kapsamında değil TCK'nın 244/4. maddesi kapsamında değerlendirmiştir.¹⁷⁴ Knight Online oyunundaki karakterin çalındığı diğer bir olayda ise verilerin ekonomik değer taşısa dahi taşınır mal haline gelmeyeceği belirtilerek hırsızlık suçundan hüküm kurulamayacağına karar verilmiştir.¹⁷⁵

Konuya ilişkin içtihatlardan hareketle genel bir çıkarımda bulunulacak olursa; doğrudan parayı temsil eden veriler bakımından TCK 142/2-e uygulanabilirken, ekonomik bir değere sahip olsa bile somut bir değeri temsil etmeyen veriler bakımından hırsızlığa ilişkin hükümler uygulanamamaktadır. Ancak aksi yönde değerlendirmeler içeren bazı yargı kararlarının da bulunduğunu belirtmek gerekir. Yargıtay, konuya ilişkin önemli bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: “*Sanınğin eylemi, telefonun kullanılmasını sağlayan, ekonomik bir değer ifade eden ve bilişim sisteminde veri ile temsil edilen kontörleri, bilişim sistemini kullanıp veriyi yer değiştirmek suretiyle kendi telefon hattına geçirmeye, katılanın rızasına aykırı olarak malvarlığında azalmaya neden olmaya; başka bir anlatımla var olan veriyi başka bir yere göndermekten ziyade, bu verinin temsil ettiği ve ekonomik bir değeri olan, ancak bir bedel ödemek suretiyle alınabilecek olan kontörleri alarak mal edinmeye yöneliktir. Kaldı ki sanığın mağdurun telefonunda kullandığı kontörleri almak için bilişim sistemlerini araç olarak kullanmaktan başka alternatifi de yoktur. Dolayısıyla olayımızda, 5237 Sayılı TCK'nın 142/2-e maddesinde düzenlenmiş bulunan “bilişim sistemleri kullanılmak suretiyle hırsızlık” suçunun gerçekleştiği kabul edilmelidir.*”¹⁷⁶ Her ne kadar söz konusu karar, kripto varlıklar bakımından da uygulanabilir gibi görünse de hem doktrinin hem de Yargıtay'ın konuya ilişkin genel görüşünü yansıtmamaktadır.

Ekonomik bir değer taşıdığı şüphesiz olmakla beraber somut bir değeri temsil etmeyen kripto varlıkların doktrin ve yerleşik kararlar uyarınca TCK'nın 142/2. maddesi kapsamına dahil edilmesi mümkün değildir.¹⁷⁷ Bu halde, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı birçok suç bakımından da uygulama alanı bulan TCK 244/4. madde gündeme gelecektir. Ancak ortaya çıkan bu sonuç, doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Amaşsal yorum ile kripto varlıkların 142. madde içerisinde değerlendirilebileceğini düşünen bir görüş, bunların sanal alemde para olarak kabul edilmesi nedeniyle iktisadi değere sahip bir malvarlığı değerini oluşturduğunu be-

¹⁷⁴ Y3.CD, 30.01.2013, E.2011/26435, K.2013/1955.

¹⁷⁵ Y2.CD, 13.01.2020, E.2019/11010, K.2020/568; Y13.CD, 10.10.2017, E.2016/2155, K.2017/10403.

¹⁷⁶ YCGK, 25.11.2014, E.2013/13-448, K.2014/524. Aynı yönde diğer bir karar için bkz: Y17.CD, 16.07.2018, E.2015/28682, K.2018/10194.

¹⁷⁷ Benzer bir sonuca Alman hukukundaki düzenlemeler bakımından da ulaşılmaktadır. Alman hukukunda da sadece fiziksel varlığı olan taşınır mallar hırsızlık suçuna konu olabilmektedir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Boehm and Pesch, “Bitcoin: A First Legal Analysis - With References to German and US-American Law,” 7.

lirtmektedir.¹⁷⁸ Ayrıca TCK 142/2-e'deki düzenlemenin konusunu verilerin mi yoksa taşınır nitelikteki malların mı oluşturduğu noktasında belirsizlik bulunduğunu düşünen bu görüş, söz konusu nitelikli halin “*bilişim hırsızlığı*” şeklinde bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹⁷⁹ Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüş ise “*taşınır mal*” kavramının aktarılabılır bir mal olarak anlaşılması gerektiğini, bu nedenle başka yere gönderilmesi veya bulunduğu yerden alınması mümkün olan kripto varlıkların da hırsızlık suçuna konu olabileceğini savunmaktadır.¹⁸⁰

Kanaatimizce, sıradan veri niteliğinde olmayan kripto varlıkların çalınması halinde failin sadece TCK'nın 244/4. maddesi uyarınca cezalandırılması fiilin ağırlığı ile orantılı olmayacaktır. Kripto varlıklar sanal alemde adeta bir para gibi tedavül etmekte, her an her yerde değişim platformları veya bankamatikler aracılığıyla (sadece bazı kripto birimleri için kullanılabilen) para birimlerine çevrilerek kolayca maddi bir varlığa kavuşturulabilmektedir. Ayrıca fiziksel bir şeyin çalınması ile kripto varlıkların çalınması benzer hukuki sonuçlar doğurabilmektedir. Fiziki varlığı olan bir şeyin çalınmasıyla nasıl tasarruf yetkisi sona eriyorsa, Bitcoin anahtarının çalınması sonucunda da ilişkili hesap tekrar kullanılamamaktadır.¹⁸¹ Bu nedenle, kripto varlıklara karşı gerçekleştirilen hırsızlık fiillerinin özel olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak böyle bir düzenlemeye, bağımsız bir suç kapsamında mı yoksa hırsızlık suçuna ilişkin hükümler altında mı yer verileceği dikkatli bir şekilde değerlendirilmelidir. Kripto varlıkların, içtihat yoluyla taşınır mal kapsamına dahil edilmesi ve hırsızlık hükümleri uyarınca cezalandırılması sakıncalı sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Zira hem yargı kararlarında hem de doktrinde, ekonomik bir değer ifade etse de fiziki bir varlığı olmayan verilerin 142. maddede düzenlenen suça konu olamayacağı kabul edilmektedir. Bu bakımdan, kripto varlıkların çalınması halinde hırsızlık hükümlerinin uygulanabilmesi için yerleşik içtihadın değiştirilmesi gerekmektedir. Fakat bu durum kanunilik ilkesinin ihlali olarak yorumlanabilecektir. Şöyle ki; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) göre kanunilik ilkesinin temelini oluşturan yasal dayanak kavramı, sadece kanunları değil yeterince öngörülebilir ve ulaşılabilir olması şartıyla mahkeme kararlarını, teamül hukuku kurallarını ve kanundan daha alt bir hiyerarşide bulunan yönetmelik gibi hukuki kaynakları da kapsamaktadır.¹⁸² Dolayısıyla kanundaki düzenlemeler kadar

¹⁷⁸ Dülger ve Özkan, “Kripto Para Suçları: Kripto Para Birimlerinin Hukuki Boyutu ve Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi,” 985-986.

¹⁷⁹ Dülger ve Özkan, “Kripto Para Suçları: Kripto Para Birimlerinin Hukuki Boyutu ve Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi,” 987; Durdu, “Kripto Para Birimi Olarak Bitcoin ve Ceza Hukuku,” 101-102.

¹⁸⁰ Ersan Şen, “Bitcoin Çalınır mı?,” Erişim Tarihi: Ocak 22, 2021, <https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1948163-bitcoin-calindir-mi>.

¹⁸¹ Zaytoun, “Cyber Pickpockets: Blockchain, Cryptocurrency, and the Law of Theft,” 419.

¹⁸² Rohlena v. The Czech Republic, Başvuru No: 59552/08- 27.01.2015; Larionovs Tess v. Latvia, Başvuru No: 45520/04 ve 19363/05- 25.11.2014; Del Rio Prada v. Spain, Başvuru No: 2750/09- 21.10.2013; Jorgic v. Germany, Başvuru No: 74613/01-12.06.2008. Kanunilik ilkesine ilişkin ay-

bu düzenlemelerin mahkeme tarafından nasıl yorumlanıp uygulandığı meselesi de AİHM açısından önem taşımaktadır. Mahkemenin suç kapsamını sanık aleyhine genişletmemesi ve suç unsurlarını esaslı bir biçimde değiştirmemesi gerektiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte içtihat değişikliğinin suçun özü ile uyumlu ve öngörülebilir nitelikte olması gerekmektedir.¹⁸³ Bu nitelikte olmayan içtihat değişiklikleri, AİHM tarafından kanunilik ilkesine aykırı bulunmaktadır. Kripto varlıkların hırsızlık suçu kapsamına dahil edilmesi, suçun maddi unsurlarından biri olan suç konusunun esaslı bir şekilde değiştirilmesi anlamı taşımaktadır. Üstelik daha önce TCK 244/4 kapsamında cezalandırılması kabul edilen bir kişinin, içtihat değişikliği ile TCK 142 kapsamında cezalandırılması her ne kadar suçun özü ile uyumlu bir yorum olarak değerlendirilebilirse de sanık aleyhinedir. Bu nedenle, kripto varlıkların çalınmasına ilişkin özel bir düzenleme yapılması kanunilik ilkesine daha uygun olacaktır. Ayrıca böyle bir düzenlemeye ekonomik değer taşıyan diğer verilerin de dahil edilmesiyle doktrindeki mevcut tartışmaların önüne geçilmesi mümkün olabilecektir. Yeni bir suç ihdas edilmesi yanında, kripto varlıkların hırsızlık suçu bakımından taşınır mal sayılacağına ilişkin kanuni bir düzenleme yapılması yoluna da başvurulabilecektir.

C. YAĞMA SUÇU

TCK'nın 148. maddesine göre yağma suçu, tehdit ve cebir yoluyla kişinin bir malı teslim etmeye veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur edilmesidir. Bu bakımdan yağma suçunun cebir veya tehditle işlenen hırsızlık suçu olduğu söylenebilir.¹⁸⁴ Kanun metninde sadece “mal” ibaresi kullanılmış ise de kanun gerekçesinde bu malın taşınır nitelikteki bir mal olduğu açıkça belirtilmiştir. Nitekim doktrinde de yağma suçunun konusunu taşınır malların oluşturduğu kabul edilmektedir.¹⁸⁵ Bu itibarla, taşınır mala ilişkin yapmış olduğumuz tüm açıklamalar yağma suçu bakımından da geçerlidir. Taşınır mal niteliğine sahip bulunmayan kripto varlıklar yağma suçunun da konusu olamayacaktır. Ancak Yargıtay tarafından tesis edilen bir karar, varılan bu sonuca şüpheyle yaklaşılmamasına yol açmaktadır. Söz konusu karar, kripto varlıkların Türk ceza hukuku bakımından ele alındığı ilk kararlar arasında yer almaktadır. Yargıtay 6. CD tesis

rıntılı bilgi için bkz: Zeynep Esra Tarakçıoğlu, “AİHM Kararları Işığında Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi,” (Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2020).

¹⁸³ Konuya ilişkin örnek kararlar için bkz: Case of Kokkinakis v. Greece, Başvuru No: 14307/88-25.05.1993. Benzer yöndeki diğer kararlar için bkz: Haarde v. Iceland, Başvuru No: 66847/12-23.11.2017; Schluga v. Austria, Başvuru No: 65665/01, 71879/01 ve 72861/01- 26.09.2002; Case of Larissis and Others v. Greece, Başvuru No: 23372/94- 24.02.1998; S.W. v. United Kingdom, Başvuru No: 20166/92- 22.11.1995; N. v. Switzerland, Başvuru No: 9870/82- 13.10.1983; A.K. v. Switzerland, Başvuru No: 19189/91- 13.10.1993.

¹⁸⁴ Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 671.

¹⁸⁵ Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 150; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 567; Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 791; Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 674-675.

etmiş olduğu bir kararda: “*Oluş ve dosya içeriğine göre; kendilerini polis olarak tanıtan ve silah gösteren sanıklar ... ve ... 'ın dijital para borsası sahibi mağdur ... 'i zorla araca bindirip, ellerini kelepçeledikten sonra bir otoparka götürdükleri, telefonda görüştikleri ... 'ın da yönlendirmesi ile mağdura ait dizüstü bilgisayar ve cep telefonunu alıp beklemeye başladıkları, sanıklar ... ve ... 'un başka bir araba ile otoparka geldikleri, sanık ... 'ın mağdurdan zorla bilgisayar şifresi ile bitcoin işlemlerinde kullandığı şifreleri aldığı ve mağdura ait bilgisayar ile işlem yapmaya çalıştığı, internet bağlantısının zayıflığı nedeniyle işlem yapmakta zorlanınca internet bağlantısının daha güçlü olduğu bir mekana gitmek istediği, bu sırada mağdurun içinde bulunduğu aracın da başka bir otoparka geçerek beklemesini kararlaştırdıkları, mağdurun kaçırıldığı aracın izinin sürülememesi için sanık ... 'un aracın plakalarını değiştirdiği, sanık ... 'la birlikte internet bağlantısı kuvvetli bir mekana giderek ... 'ın işlem yapmasını beklediği ve sonrasında ... 'la birlikte mağduru serbest bırakan diğer sanıklarla bulunduğu, olayda; Diğer sanıklarla el ve iş birliği içerisinde hareket eden sanık ... 'ın, yağma ve hürriyeti tahdit eylemlerine asli fail olarak katıldığı gözetilmeden, kanıtların takdirinde yanlıya düşülerek, yazılı şekilde, yağma suçundan TCK'nın 39. maddesi uyarınca yardım eden sıfatı ile sorumlu olduğu gerekçesi ile cezasında indirim yapılması ve hürriyeti tahdit suçundan beraatine karar verilmesi nedeniyle bozma kararı verilmiştir.*” ifadelerine yer vermiştir.¹⁸⁶

Söz konusu kararda, birçok açıdan eksik değerlendirme yapılmıştır. Öncelikle, yağma suçu kapsamında değerlendirilen fiili, mağdurdan zorla bilgisayar ve cep telefonu alınmasının mı yoksa mağdurun hesabından başka bir hesaba Bitcoin transferi yapılmasının mı oluşturduğu belirsiz bırakılmıştır. Telefon ve bilgisayarın zorla alınması yanında Bitcoin işlemlerinde kullanılan şifrelerin zorla alınması ve mağdura ait Bitcoinler'in başka bir hesaba gönderilmesi de yağma suçu bakımından ayrı ayrı değerlendirmesi gereken fiillerdir. Bu kapsamda, Bitcoinler'in yağma suçuna konu olabileceği kanaatine varılırsa tek bir hareketle birden fazla yağma suçunun mu olduğu yoksa tek bir suçun mu olduğu da izaaha muhtaçtır. Bitcoinler'in yağma suçuna konu olamayacağına karar verilirse de başka bir suçun söz konusu olup olamayacağının ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Zira mağdura ait gizli anahtarın ele geçirilmesi ve Bitcoinler'in failin kontrol ettiği bir hesaba transfer edilebilmesi için bilişim sistemine girilmesi zorunluluk arz etmektedir. Bu noktada TCK'nın 243. maddesinde düzenlenen “*bilişim sisteme girme*” suçunun geçit suç niteliğinde olup olmadığı da tartışılmalıdır. Dolayısıyla somut olayda varılacak her iki sonuç bakımından da içtima meselesinin ayrıntılı bir şekilde incelenmesi gerekmektedir. Yargıtay böyle bir değerlendirmeden kaçınarak, bugün için değeri on binlerce doları geçen kripto varlıkların çalınmasını cezalandırılabilir bir fiil olarak ele almaya gerek duymamıştır.

¹⁸⁶ Y6.CD, 07.07.2020, E.2020/1158, K.2020/2598.

D. DOLANDIRICILIK SUÇU

Kripto varlıklar çok farklı nitelikteki dolandırıcılık fiillerine konu olabilmektedir. Özellikle saadet zincirleri (*ponzi schemes*), kripto varlıklar kullanılarak icra edilen dolandırıcılık fiillerinin başında gelmektedir.¹⁸⁷ Daha önce de bahsedildiği üzere, 2020 yılı içinde sadece kripto varlıklara ilişkin hırsızlık ve dolandırıcılık fiilleri nedeniyle 1,9 milyar dolar değerinde zarar meydana gelmiştir. Bu miktarın yaklaşık 1,1 milyarı Çin kaynaklı “*Wotoken*” adlı bir saadet zincirinden kaynaklanmakta olup, bu zincirlerin ne kadar ciddi sonuçlar doğurabildiğinin çarpıcı bir örneğini teşkil etmektedir.¹⁸⁸ Konu bakımından önem arz eden diğer bir örnek ise “*Security and Exchange Commission v. Trendon T. Shavers and Bitcoin Savings and Trust*” davasına konu olmuştur. Karara konu olan olayda Bitcoin Savings and Trust’ın (BTCST) kurucusu olan Trendon Shavers, yatırım yapanlara günlük faiz ödeyeceği sözü vererek 700,000’den fazla Bitcoin toplamıştır. Mahkeme yapmış olduğu yargılamada, olayda emtia dolandırıcılığı suçunun işlendiği gerekçesiyle mahkûmiyet kararı vermiştir.¹⁸⁹ Benzer başka bir olayda ise altın ile desteklendiği, Mastercard’ın geçtiği her yerde geçerli olduğu ve birçok para birime dönüştürülebildiği iddia edilen “*My Big Coin*” isimli kripto varlıktan 6 milyar dolar değerinde haksız kazanç sağlanmıştır. Gene Linden Doları’nın kullanıldığı Second Life oyununda meydana gelen olumsuz gelişmeler karşısında, Linden Lab açıklama yaparak faiz veya herhangi bir doğrudan yatırım getirisi sunulmasını yasaklamıştır.¹⁹⁰ Bu noktada belirtmek gerekir ki, Bitcoin yazılımının kendisinin de bir saadet zinciri olduğunu ileri süren bazı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşe; gerçek paranın Bitcoin’e dönüştürülmesinin kolay olmasına karşın, ancak sisteme Bitcoin olarak giren kişilerin varlığı halinde Bitcoin’in gerçek paraya dönüştürülebilmesi gerekçe olarak gösterilmektedir.¹⁹¹

Saadet zincirleri yanında genel olarak ortalama kavramı altında değerlendirilebilecek phishing, vishing, smishing, pharming¹⁹² dolandırıcılık yöntemleriyle de kripto varlıklar haksız bir şekilde ele geçirilebilmektedir. Bu yöntemde, kullanıcıları sahte web sitelerine yönlendirmek için e-posta (*phishing*), mesaj (*smishing*) ve telefon aramaları (*vishing*) kullanılmaktadır. Normal saldırılarından farklı olarak kripto varlıklara ilişkin dolandırıcılıkta amaç, gizli anahtar bilgilerini elde etmeye

¹⁸⁷ Akıllı sözleşmeler ile saadet zinciri kurulabileceği (smart ponzi schemes) ve Ethereum’da 500’den fazla saadet zinciri işletildiği hakkında bkz: Weili Chen; Zibin Zheng, Edith Ngai, Peilin Zheng and Yuren Zhou, “Exploiting Blockchain Data to Detect Smart Ponzi Schemes on Ethereum,” IEEE Access 7, (2019): 37576.

¹⁸⁸ Cipher Trace, Cryptocurrency Crime and Anti Money Laundering Report, 2020, 6-7.

¹⁸⁹ Securities and Exchange Commission v. Trendon T. Shavers and Bitcoin Savings and Trust, 2013.

¹⁹⁰ “New Policy Regarding In-World Banks,” Linden Lab, Erişim Tarihi: Şubat 15, 2021, <https://lindenlab.wordpress.com/2008/01/08/new-policy-regarding-in-world-banks/>.

¹⁹¹ Engle, “Is Bitcoin Rat Poison: Cryptocurrency, Crime, and Counterfeiting,” 352.

¹⁹² Bu dolandırıcılık fiilinde, kötü amaçlı kodların kişisel bir bilgisayara veya sunucuya yüklenmesi sonucunda kişilerin izni veya bilgisi olmadan sahte bir web sitesine yönlendirilmesi sağlanmaktadır.

yöneliktir.¹⁹³ Üstelik kripto varlıklara ilişkin gizli anahtar veya şifrelerin elde edilmesi için meşru bir değişim platformunun da taklit edilmesi mümkündür.¹⁹⁴ Hizmet ve malların karşılığının ödenmemesi, kripto varlıklar bakımından da sıklıkla karşılaşılan diğer bir klasik dolandırıcılık yöntemidir.¹⁹⁵ Ancak bu yöntem kripto varlıklar için kullanıldığında daha ağır sonuçlar doğurabilmektedir. Anonimlik nedeniyle borca aykırı davranan kişiye kullandığı hesap üzerinden ulaşılması çok mümkün olmadığı gibi yapılan işlemin geri alınması veya iptal edilmesi de söz konusu değildir.¹⁹⁶ Bu bakımdan dolandırıcıların kripto varlıklara yönelmesinin en önemli sebeplerinden birinin bilgi asimetrisi olduğu ifade edilmelidir.¹⁹⁷ Kripto varlıkların hile ile elde edilmesinde kullanılan diğer bir yöntem ise “*Business E-mail Compromise*” yöntemidir. BEC saldırıları olarak da bilinen bu yöntem, genel olarak banka havalesiyle ödeme yapan işletme ve kuruluşları hedef alan bir aldatmacadır. Bu aldatmacada dolandırıcılar, ödeme sistemleri hakkında bilgi edinmek için hackleme veya sosyal mühendislik teknikleri kullanmakta ve elde ettikleri gizli bilgilerle şirket çalışanları, yönetici gibi kişilerin yasal bir işlem yaptığını düşünmesine sebep olarak para, hediye kartı, kripto varlıklar gibi ekonomik değer taşıyan şeylerin başka bir hesaba transferinin yapılmasını sağlamaktadır. Konuya ilişkin verilebilecek son örnek ise madencilik faaliyetine ilgi duyanların, pahalı teknolojik donanımlara yatırım yapmadan madencilikten kar elde edeceği vaadiyle dolandırılması yöntemidir (*mining-investment scams*).¹⁹⁸

Görüldüğü üzere, çok çeşitli dolandırıcılık yöntemleri ile kişilerin yanıltılarak kendisine ait malvarlığı değeri üzerinde normal şartlarda gerçekleştirmeyeceği bir tasarrufta bulunması söz konusu olabilmektedir. Bu fiiller neticesinde ise hem devletler hem kişiler nezdinde yıkıcı sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Thodex gibi platformlarla Türkiye’de de gündeme gelen benzer olaylar, bu yıkıcı sonuçlara çarpıcı örnekler oluşturmaktadır. Bu nedenle, kripto varlıkların Türk ceza hukuku bakımından dolandırıcılık suçuna konu edilip edilemeyeceğinin irdelenmesi önem arz

¹⁹³ Reddy and Minnaar, “Cryptocurrency: A Tool and Target for Cybercrime,” 80.

¹⁹⁴ Reddy and Minnaar, “Cryptocurrency: A Tool and Target for Cybercrime,” 80; Marie Vasek and Tyler Moore, There’s No Free Lunch, Even Using Bitcoin: Tracking the Popularity and Profits of Virtual Currency Scam (2015), 19th International Conference on Financial Cryptography and Data Security (FC), 9.

¹⁹⁵ James Elliott, “Help-Somebody Robbed My Second Life Avatar!,” Journal of Virtual Worlds Research 1, S.1 (2008): 6.

¹⁹⁶ Bozkurt Yüksel, “Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları’na Hukuki Bir Bakış,” 209; Tyler Moore and Nicolas Christin, “Beware the Middleman: Empirical Analysis of Bitcoin-Exchange Risk,” in Financial Cryptography and Data Security, ed. Ahmad-Reza Sadeghi (Heidelberg: Springer-Verlag, 2013), 26.

¹⁹⁷ Chen, Zheng, Ngai, Zheng and Zhou, “Exploiting Blockchain Data to Detect Smart Ponzi Schemes on Ethereum,” 5; Vasek and Moore, There’s No Free Lunch, Even Using Bitcoin: Tracking the Popularity and Profits of Virtual Currency Scam, 10.

¹⁹⁸ Vasek and Moore, There’s No Free Lunch, Even Using Bitcoin: Tracking the Popularity and Profits of Virtual Currency Scam, 9.

etmektedir. TCK'nın 157. maddesine göre dolandırıcılık suçu, hileli hareketle bir kişinin aldatılması suretiyle onun veya başkasının zararına olarak yarar sağlanmasıdır.¹⁹⁹ Bu itibarla, dolandırıcılık suçu hırsızlık suçundan önemli ölçüde ayrılmaktadır. Hırsızlık suçunda malın bir yarar sağlamak maksadıyla alınması gerekiyor olsa da fiilen bu yararın sağlanmış olması gerekmezken, dolandırıcılık suçunda hile sonucu elde edilen bir yarar bulunması gerekmektedir. Konumuz açısından önem teşkil eden diğer bir fark ise suçun konusuna ilişkindir. Hırsızlık suçunun konusunu daha önce de belirtildiği gibi sadece taşınır bir mal oluşturabilirken, dolandırıcılık suçunun konusunu haklar, alacaklar, taşınır ve taşınmaz mallar ile bir hizmet dahi oluşturabilmektedir.²⁰⁰ Önemli olan, hile ile elde edilen yararın malvarlığına ilişkin olmasıdır.²⁰¹ Dolayısıyla hırsızlık ve yağma suçunda varılan sonuçtan farklı olarak, fiziksel varlığı olmayan şeylerin malvarlığına ilişkin olması şartıyla dolandırıcılık suçuna konu olması mümkündür. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir.²⁰²

Türk ceza hukukuna göre kripto varlıklar, örnek verilen tüm dolandırıcılık fiillerine konu olabilecek ve TCK'nın 158. maddesi kapsamında cezalandırılabilirlerdir.²⁰³ Zira ekonomik bir değer taşıyan kripto varlıkların hile suretiyle elde edilmesi halinde, hileye maruz bırakılan kişinin malvarlığı bakımından bir zarara uğraması, fail veya bir başkasının da yarar sağlaması söz konusu olmaktadır. Ancak kripto varlıklar üzerinde gerçekleştirilen dolandırıcılık fiilleri, bilişim sistemleri aracılığıyla icra edilebileceği için 158. maddenin f bendinde düzenlenen nitelikli halin uygulanması gerekmektedir.²⁰⁴ Kripto varlıkların hileli bir hareket ile haksız bir şekilde ele geçirilebilmesi için bilişim sistemindeki verilerin başka bir yere gönderilmesi (mesela failin Bitcoin hesabına transfer yapılması) zorunluluk arz etmektedir. Böyle bir fiil sonucunda haksız bir çıkar da elde edilmiş olacağından hem dolandırıcılık suçu hem de bilişim sistemleri aracılığıyla haksız yarar sağlama suçu

¹⁹⁹ TCK 157. maddesi: "*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası verilir.*"

²⁰⁰ Tezcan, Erdem ve Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 866; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 185; Koca ve Üzülmmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 744; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 624.

²⁰¹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 630.

²⁰² Yargıtay tesis etmiş olduğu bir kararda şu ifadelere yer vermiştir: "*Hırsızlık suçunun maddi konusu ekonomik değer taşıyan taşınabilir bir maldır ve bu sebeple de tek maddi konulu bir suçtur. Buna karşılık dolandırıcılık suçu iki hukuki konulu suçtur. Bunlardan birisi insan iradesinin özgürlüğü, diğeri malvarlığına dair varlık ve yararlardır. Yine dolandırıcılık suçu taşınır ve taşınmaz mallar dışında alacak hakkı gibi malvarlığı değerlerine karşı da işlenen bir suçtur.*" İlgili karar için bknz: YCGK, 04.02.2014, E.2013/15-262, K.2014/37.

²⁰³ Rusya Yüksek Mahkemesi tarafından da benzer bir sonuca varıldığına ilişkin bkz: Y. Bokovnya; T.G. Zhukova, A.A. Shutova and L.V. Ryabova, "Legal Measures for Crimes in the Field of Cryptocurrency Billing," *Utopia Y Praxis Latinoamericana* 25, S.7 (2020): 273.

²⁰⁴ Bazı ülkeler bilişim sistemleri aracılığıyla gerçekleştirilen dolandırıcılık fiilini bağımsız bir suç kapsamında (*cyber fraud*) cezalandırmaktadır. Türk hukukunda ise bu fiil dolandırıcılık suçuna ilişkin nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir. Böyle nitelikli bir hale yer verilmesini doğru bulmayan görüş için bkz: Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 194.

(TCK 244/4) gündeme gelecek ve içtima bakımından bir değerlendirme yapılması gerekecektir. Bu değerlendirme ise TCK'nın 244. maddesinin niteliği göz önünde alınarak yapılmalıdır. Söz konusu maddede, “*başka bir suç oluşturmama*” şartına yer verilmiştir. Bu bakımdan ilgili madde açıkça tali norm şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla aynı eyleme iki suçun uygulanmasının mümkün olduğu hallerde, asli norm niteliğine sahip olan dolandırıcılık hükümleri tatbik edilmelidir.

E. SUÇTAN KAYNAKLANAN MALVARLIĞI DEĞERLERİNİ AKLAMA SUÇU

Hukuka uygun faaliyetlerden elde edilen gelirlerle suçtan elde edilen gelirler temel bir konuda farklılaşmaktadır. Suçtan elde edilen gelirler hukuka uygun faaliyetlerden elde edilen gelirler kadar kolay harcanamamaktadır.²⁰⁵ Özellikle suç gelirlerinin büyük miktarlara ulaştığı hallerde kısa vadede harcanabilecek bir nakit söz konusu değildir. Bu nedenle, suçtan elde edilen gelirlerin yasal sisteme dahil edilmesine imkân sağlayacak bazı işlemlerin yapılması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Oluşacak şüpheyi bertaraf etmek için gayri meşru yollarla elde edilen çeşitli değerlere meşruluk imajı verilmesi, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması kavramına karşılık gelmektedir. Aklama faaliyeti çeşitli suç gruplarını besleyerek, bu grupların daha derine kök salmasına sebep olmakta ve olası faileri suç işlemeye teşvik etmektedir.²⁰⁶ Bu durum, suçla mücadele edilmesini ciddi oranda zorlaştırdığı gibi vergi gelirlerini azaltarak kamu düzeninin bozulmasına da sebep olabilmektedir.²⁰⁷ Ancak aklama faaliyeti sadece ülkelerin kamu düzenini ve ekonomik sistemlerini etkilememekte, küresel bazda makro ekonomik düzenin dengesinin, bütünlüğünün ve şeffaflığının da kaybolmasına yol açmaktadır.²⁰⁸ Ayrıca amaçladıkları siyasi hedefe varmak için şiddetli bir yöntem olarak seçen terör örgütleri, bu amaçlarına ulaşmak için ihtiyaçları olan mali kaynağı suçtan kaynaklanan değerlerin aklanması suretiyle de elde edebilmektedir.²⁰⁹ Bundan dolayı suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması bağımsız bir suç olarak düzenlenmektedir.

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçuna ilk olarak 4208 sayılı Kararparanın Aklanmasının Önlenmesine Dair Kanun'da “*kara para aklama suçu*”

²⁰⁵ Joras Ferwerda, *The Multidisciplinary Economics of Money Laundering*, (Ridderkerk: Ridderprint, 2012), 2.

²⁰⁶ Sacit Yılmaz, “Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu,” *Ankara Barosu Dergisi*, S.2 (2011): 75; Neslihan Coşkun, “Kararparanın Aklanması Suçu,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, S.3-4 (2004): 245.

²⁰⁷ John McDowell and Gary Novis, “The Consequences of Money Laundering and Financial Crime,” *An Electronic Journal of the U.S. Department of State* 6, S.2 (2001): 8.

²⁰⁸ McDowell and Novis, “The Consequences of Money Laundering and Financial Crime,” 7-8; Fatih Yurtlu, “Terör Suçlarıyla Mücadelede Yeni Konsept: Önalın Suçları- BGH Kararları Işığında Almanya Örneği,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, S.3 (2021): 2171-2172.

²⁰⁹ İzzet Özgenç ve Fatih Yurtlu, “Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçları Bakımından Teori ve Uygulamada Ortaya Çıkabilecek Sorunlara İlişkin Bir Değerlendirme,” in 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Cilt II, ed. İzzet Özgenç, Cumhuriyet Şahin, Faruk Turhan (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020), 448.

şeklinde yer verilmiştir. Bu kanunun 2. maddesinde kara para aklama suçu tanımlanmış ve 7. maddesinde bu suça ilişkin yaptırım öngörülmüştür. Fakat TCK'nın 282. maddesinde suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanması şeklinde bir suç düzenlenmesiyle iki kanun arasında bazı çelişkiler ortaya çıkmıştır.²¹⁰ Bu çelişkilerin ortadan kaldırılmasıyla amacıyla 18.10.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5549 Sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkındaki Kanun ile 4208 Sayılı Kanun'un birçok hükmü yürürlükten kaldırılmış ve "kara para" ibaresinden "suçtan kaynaklanan malvarlığı değerinin" anlaşılması gerektiği açıkça düzenlenmiştir.²¹¹ Böylece iki kanun arasında ortaya çıkan çelişki giderilmiştir.

5549 sayılı kanunda ve TCK'nın 282. maddesinde yer alan hükümler göz önüne alındığında, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun işlendiğinden söz edilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu şartlardan ilki, öncül bir suçun varlığıdır. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanmasından bahsedilebilmesi için öncelikle bu malvarlığı değerlerinin elde edileceği bir suç işlenmiş olmalıdır. Aklanması amaçlanan malvarlığı değerine kaynaklık eden bu suça öncül suç, ön suç, temel suç, müstet suç, yüklem suç da denilmektedir.²¹² Öncül suçun kapsamını tespit etme noktasında, kural olarak kanun koyucuların takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu suçlar, eşik bir değer koyularak belirlenebileceği gibi tek tek sayılarak da somutlaştırılabilmektedir.²¹³ Birçok hükmü yürürlükten kaldırılan 4208 sayılı kanun tek tek sayma yöntemi²¹⁴ kullanması sebebiyle doktrinde yoğun bir şekilde eleştirilmiştir.²¹⁵ Bu nedenle, 5237 sayılı TCK'da sayma yönteminden vazgeçilerek eşik değer belirle-

²¹⁰ TCK'nın 282. maddesi: "Alt sınırı altı ay veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini, yurt dışına çıkararak veya bunların gayrimeşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak amacıyla, çeşitli işlemlere tâbi tutan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Birinci fıkradaki suçun işlenmesine iştirak etmeksizin, bu suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerini, bu özelliğini bilerek satın alan, kabul eden, bulunduran veya kullanan kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." şeklinde düzenlenmiştir."

²¹¹ "Kara para aklama" kavramının "suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanması" şeklinde değiştirilmesinin, uluslararası belgelere uyum sağlama amacı taşıdığı belirtilmektedir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1142.

²¹² Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1147; Özgenç ve Yurtlu, "Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçları Bakımından Teori ve Uygulamada Ortaya Çıkabilecek Sorunlara İlişkin Bir Değerlendirme," 454.

²¹³ Ümit Kocasakal, "Karapara Aklama Suçu," (Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2000), 178.

²¹⁴ 4208 sayılı kanunun 2/a maddesinde gösterilen ve öncül suç olarak nitelendirilen bu suçlar şu şekildedir: "1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanundaki suçlar, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar Hakkında Kanundaki suçlar, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanundaki suçlar, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması Hakkındaki Kanundaki suçlar, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 359. maddesinin b fıkrasındaki suç ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenen Cürümler ve aynı Kanunun 179, 192, 264, 316, 317, 318, 319, 322, 325, 332, 333, 335, 339, 341, 342, 345, 350, 403, 404, 406, 435, 436, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 504 ve 506. maddesinde düzenlenen suçlar."

²¹⁵ Söz konusu eleştiriler için bkz: Kocasakal, "Karapara Aklama Suçu," 345-350; Coşkun, "Karaparanın Aklanması Suçu," 245 vd.

me yöntemi tercih edilmiştir. İlgili düzenlemeye göre, alt sınırı 6 ay ve daha fazla olan suçlar öncül suç olarak değerlendirilecektir.

Öncül suçtan kaynaklanan gelirlerin yasal bir görünüme kavuşturulması, aklama suçunun varlığı için aranan diğer bir şartı teşkil etmektedir. Malvarlığı değerlerine yasal görünüm kazandırmaya yönelik fiiller TCK'da seçimlik olarak düzenlenmiştir.²¹⁶ Seçimlik fiiller, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin yurt dışına çıkarılması ve bunların gayri meşru kaynağını gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak amacıyla çeşitli işlemlere tâbi tutulmasıdır. Çeşitli işlemlere; sermaye piyasası araçlarına yatırım yapılması, sigorta poliçesi alınması, mali sistem vasıtasıyla yurt içinde transfer yapılması, başkası adına hesaba para yatırılması, hizmet sektörlerinden faydalanarak niteliğin, sahibin, zilyedin gizlenmesi ve farklı gösterilmesi gibi örnekler verilebilmektedir. Bunun dışındaki işlemlerle de aklama suçunun işlenmesi mümkün olup; önemli olan husus, bu işlemlerin gayrimeşru kaynağı gizlemek veya meşru bir yolla elde edildiği konusunda kanaat uyandırmak amacıyla icra edilmesidir.²¹⁷ Netice olarak, öncül bir suçtan elde edilen malvarlığı değerinin TCK 282. madde kapsamında değerlendirilebilmesi için ya yurt dışına çıkarılması ya da özel bir amaç doğrultusunda çeşitli işlemlere tabi tutulması gerekmektedir.

Öncül suçtan elde edilen hangi değerlerin TCK 282. maddede düzenlenen suçta konu olabileceği, üzerinde durulması gereken bir diğer önemli meseledir. 4208 sayılı kanunun 2. maddesinde bu konuya ilişkin açık bir hükme yer verilmiştir. İlgili düzenlemeye göre; kanunun 2/a maddesinde sayılan fiillerden birinin işlenmesi suretiyle elde edilen para, para yerine geçen her türlü kıymetli evrak, mal ve gelirler ile bir para biriminden diğer bir para birimine çevrilmesi de dahil sözü edilen para, evrak, mal veya gelirlerin birbirine dönüştürülmesinden elde edilen her türlü maddi menfaat ve değer aklama suçuna konu olabilecektir. TCK'nın 282. maddesinde konuya ilişkin açık bir düzenleme yapılmamış, ancak kanun gerekçesinde yol gösterici mahiyette olan şu açıklamalara yer verilmiştir: *“Bu suçun konusunu suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleri oluşturmaktadır. Bu malvarlığı değerlerinin elde edildiği suçun türü ve mahiyeti önemli değildir. Önemli olan bu suçun konusunu oluşturan ekonomik değerlerin başka bir suçun işlenmesi suretiyle veya dolayısıyla elde edilmiş olmasıdır.”*²¹⁸ Ayrıca Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Kapsamında İşlemlerin Ertelemesine Dair Yönetmelik'te, kanun gerekçesini tamamlayıcı bir hüküm bulunmaktadır. Bu yönetmeliğin 2. maddesinde malvarlığı kavramı, para, değeri para ile temsil edilebilen taşınır veya taşınmaz, maddi veya gayri maddi her türlü mal ve haklar ile bunlar üzerindeki hakları tevsik eden her

²¹⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1144.

²¹⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1145.

²¹⁸ HBV Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt I, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019), 525.

türlü yasal belge veya araç şeklinde tanımlanmıştır. Nitekim Viyana Konvansiyonu, Palermo Konvansiyonu, Strasburg Sözleşmesi gibi temel metinlerde de malvarlığı değerleri, maddi ve gayri maddi her çeşit mal ile bunlar üzerindeki bir hakkı gösteren belge ve senetler olarak sayılmıştır. Doktrinde de malvarlığı değeri ifadesinden, bir kişinin hukukî bütünlük oluşturmak üzere sahip ve yükümlü tutulacağı para ile ölçülen hak ve borçlarının tamamının, kısacası, her türlü mali değer anlaşılmaması gerektiği belirtilmektedir.²¹⁹ Bu itibarla, TCK'nın 282. maddesi, ekonomik anlamda bir değeri haiz maddi ve maddi olmayan her şeyi kapsadığı gibi bu değerleri temsil veya ifade eden her türlü belge, evrak ve kaydı da muhtevasında barındırmaktadır. Dolayısıyla ekonomik bir değer taşıyan kripto varlıkların da bu suç kapsamına girmesi mümkündür. Suçla etkin bir şekilde mücadele edilebilmesi için de böyle bir sonuca varılması zorunluluk arz etmektedir.

Her yerde ve herkese anında ödeme imkânı sunan, merkezi olmayan, belirli bir seviyede gizlilik ve anonimlik sağlayan kripto varlıklar ile aklama suçunu işlemek hem daha kolay hem de daha caziptir. Şöyle ki; suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması yerleştirme, ayrıştırma ve bütünleştirme olarak nitelendirilen üç aşamada gerçekleşmektedir. Bu aşamalardan ilki, kirli değerlerin finansal sisteme sokulmasına ve böylece nakdi paranın kaydı paraya dönüşmesine imkân tanıyan yerleştirme aşamasıdır.²²⁰ İkincisi ise bu değerlerin yasadışı kaynağından uzaklaştırılmasını sağlayan ayrıştırma aşamasıdır. Bu aşamada, suçtan elde edilen değerlerin izinin sürülmesi finansal işlemler çoğaltılarak engellenmeye çalışılmaktadır.²²¹ Son aşama olan bütünleştirme aşamasında ise aklanan değer yasal işlemlerle ülkelerin mali sistemine aktararak ekonomik dolaşıma dahil edilmektedir.²²² Yerleştirme, ayrıştırma ve bütünleştirme olarak sayılan bu aşamaların üçünün de ayrı ayrı gerçekleşmesi zorunlu değildir. Bazı durumlarda bu aşamaların birbiriyle örtüşmesi söz konusu olabilmektedir. Kripto varlıklarda ise bu üç aşamanın takip edilmesine çoğunlukla ihtiyaç duyulmamaktadır. Suçtan doğrudan kripto varlık kazanılması halinde, kaydı paraya çevrilmesi gereken bir değer bulunmadığı gibi merkezi yapı olmaması ve anonimlik nedeniyle bunların kaynağının izinin sürülmesi de mümkün değildir.²²³ Bu avantajları kullanarak büyük miktardaki gelirleri kaynağından uzaklaştırmak da son derece hızlı ve kolay olabilmektedir.²²⁴

²¹⁹ Özgenç ve Yurtlu, "Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçları Bakımından Teori ve Uygulamada Ortaya Çıkabilecek Sorunlara İlişkin Bir Değerlendirme," 454; Yılmaz, "Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu," 79; Kocasakal, "Karapara Aklama Suçu," 204.

²²⁰ Kocasakal, "Karapara Aklama Suçu," 71.

²²¹ Kocasakal, "Karapara Aklama Suçu," 72; Ufuk Ünlü, "Kara Para Aklamada Yeni Yöntemler ve Kara Paranın Ekonomi Üzerindeki Etkileri," Sayıştay Dergisi, S. 113 (2019): 161.

²²² Kocasakal, "Karapara Aklama Suçu," 73; Türkiye Bankalar Birliği, s. 17; Ünlü, "Kara Para Aklamada Yeni Yöntemler ve Kara Paranın Ekonomi Üzerindeki Etkileri," 161.

²²³ Reddy and Minnaar, "Cryptocurrency: A Tool and Target for Cybercrime," 76.

²²⁴ Vitalii Rysin and Mariia Rysin, "The Money Laundering Risk and Regulatory Challenges for Cryptocurrency Markets," in Restructuring Management Models-Changes-Development, ed.

Aklama sürecinde kullanılan smurfing ve parçalama yöntemlerine kripto varlıkların aklanmasında da başvurulmaktadır. Yüksek meblağlı Bitcoin'ler, aynı kişiye ait birden çok hesap açılarak bölünmekte ya da birden çok cüzdan hesabında saklanabilmektedir.²²⁵ Yapılan bir çalışmada da Bitcoin'i yasadışı faaliyetler için kullananların, aynı taraf ile daha küçük tutarlarla ve daha fazla işlem yapma eğiliminde olduğu ortaya koyulmuştur.²²⁶ Bununla birlikte Bitcoin ATM'lerinin de aklama faaliyetinde yoğun bir şekilde kullanıldığını belirtmek gerekir.²²⁷ Ayrıca "chain hopping" olarak adlandırılan bir uygulama ile farklı kripto varlık türleri arasında geçişler yapılarak elde edilen değerlerin takibi de zorlaştırılabilmektedir.²²⁸ Bu bakımdan kripto varlıklar, sağladıkları anonimlik nedeniyle suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin kökenini gizlemek için kullanılmaktadır. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere, Blokzincir kullanan kripto varlıklar bakımından anonimliğin belli bir oranda yumuşatılması ve işlem yapan adresin kime ait olduğunun tespit edilmesi mümkündür. Bu nedenle, Bitcoin gibi kripto varlıkların aklanmasında tumbler ve mixer hizmetleri²²⁹ ile off-chain kanalları²³⁰ kullanılarak kaynak ve işlem yapan kişinin kimliği tamamen gizlenmeye çalışılmaktadır. Tumbler ve mixerler, birden fazla kullanıcının kripto varlıklarını karıştırarak işlem ile kay-

Marek Dziura, Andrzej Jaki, Tomasz Rojek (Toruń: Dom Organizatora, 2020), 194; U.S Department of Justice, Cryptocurrency Enforcement Framework, 13. Konuya ilişkin Liberty Reserve önemli bir örnek oluşturmaktadır. Kosta Rika merkezli bir kripto varlık piyasası olan Liberty Reserve para transferi için çok asgari düzeyde kişisel bilgi talep eden, bu bilgileri doğrulama ve kontrol mekanizması olmayan bir şirkettir. Bu şirket hakkında dolandırıcılık, kimlik hırsızlığı, çocuk pornosu gibi suçlardan elde edilen gelirlerin aklanması nedeniyle soruşturma başlatılmış ve yargılama sürecinin sonunda para aklandığı ve lisanssız para transferi gerçekleştirildiği gerekçesiyle kapatılma kararı verilmiştir. On yedi ülkenin dahil olduğu adli süreçte, 36 farklı karşılıklı adli yardım sözleşmesi uygulama alanı bulmuş, 15 ülkeden adli arama yapması, malvarlığı değerlerini dondurması ve müsadere tedbirine başvurması talep edilmiştir. Verilen bu örnek, kripto varlıklara ilişkin muhakeme işlemlerinin yapılmasında iş birliğinin önemini açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Libert Reserve hakkında ayrıntılı bilgi için bknz: Kien and Ly, "Coining Bitcoin's "Legal-Bits": Examining the Regulatory Framework for Bitcoin and Virtual Currencies," 595; Nolasco Braaten and Vaughn, "Convenience Theory of Cryptocurrency Crime: A Content Analysis of U.S. Federal Court Decisions," 965; FATF, Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks, 10.

²²⁵ Marian, "Are Cryptocurrencies 'Super' Tax Havens?," 44.

²²⁶ Foley, Karlisen and Putniņš, "Sex, Drugs, and Bitcoin: How Much Illegal Activity is Financed Through Cryptocurrencies?," 1801.

²²⁷ Cipher Trace, Cryptocurrency Crime and Anti Money Laundering Report, 2020, 14 vd.

²²⁸ Korver, Pelker and Poteat, "Attribution in Cryptocurrency Cases," 251; U.S Department of Justice, Cryptocurrency Enforcement Framework, 44; Buttigieg, "Anti-Money Laundering Regulation of Crypto Assets in Europe's Smallest Member State," 213.

²²⁹ Bunların etkinliğinin sorgulanabilir ve kullanıcılar açısından daha maliyetli olduğunu düşünen görüş için bknz: Dyson, Buchanan and Bell, "The Challenges of Investigating Cryptocurrencies and Blockchain Related Crime," 3.

²³⁰ Off-chain kanalları, açılan bir ödeme kanalı aracılığıyla işlem yapılmasını ve bu işlemlerin blokzincirde yayımlanmasına gerek kalmadan sürdürülmesini sağlayan kanallardır. Bu kanallar hakkında ayrıntılı bilgi için bknz: Buttigieg, "Anti-Money Laundering Regulation of Crypto Assets in Europe's Smallest Member State," 213.

nağı arasındaki bağlantıyı kesmeye yarayan uygulamalardır.²³¹ Bu hizmetlerin kullanılmasının ne kadar çarpıcı sonuçlar doğurabileceğine Helix adlı tumbler uygulaması iyi bir örnek oluşturmaktadır. Söz konusu program, adeta bir blender işlevi görerek suç faaliyetlerinden elde edilen kripto varlıkları temiz kripto varlıklarla karıştırarak bunların birbirinden ayrılmasını ciddi oranda zorlaştırmış ve 300 milyon değerindeki Bitcoin'in aklanmasına hizmet etmiştir.²³²

Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması ve terörizmin finansmanı suçuna ilişkin önleyici tedbirler, anonimlik perdesinin aralanmasına olanak sağladığından kripto varlıkların konu edildiği suçlarla mücadele edilmesinde de önemli bir yere sahiptir. Bu önemi somut verilerle de ortaya koymak mümkündür. Yapılan bir çalışmada, doğrudan değişim platformlarında kullanılan suç fonlarının küresel ortalamasının 2019 yılında yüzde 47% oranında azaldığı tespit edilmiştir.²³³ Görüldüğü üzere, değişim hizmeti veren platformların hukuki bir düzenlemeye tabi tutulması ile suçlular üzerinde ciddi bir caydırıcılık yaratılabilmektedir. Sistemde yer alan aktörlerin hukuka boyun eğdirilmesi suretiyle en büyük engel olarak değerlendirilen anonimliğin yumuşatılması gerekmektedir. Esasında bu gereklilik, tüm devletler için yasal bir zorunluluk haline de gelmiştir. FATF, suçtan elde edilen gelirlerin aklanması ve terörizmin finansmanı ile mücadele etmek amacıyla yayınladığı 40 Tavsiye Kararı'nda sanal varlıklara (*virtual asset*) ilişkin önemli bir tavsiyeye yer vermiştir. Bahse konu metnin 15 numaralı tavsiyesinde, ülkelerin sanal varlıklardan kaynaklanan riskleri²³⁴ kontrol edebilmek ve azaltabilmek için hizmet sağlayıcılarını aklama riskini de göz önünde bulundurarak düzenlemesi, lisans ve kayıt zorunluluğuna tabi tutması ve öngörülen diğer tedbirlerin kapsamına dahil etmesi gerektiği belirtilmiştir.²³⁵ Benzer şekilde Mali Sistemin Karaparanın Aklanması ve Terörizmin Finansmanı Amacıyla Kullanımının Önlenmesi Hakkında 2015/849/EC sayılı Direktif'de değişiklik yapılarak aklama konusunda güncel risk taşıyan kripto varlık değişim platformları ve cüzdan sağlayıcıları yükümlüler kap-

²³¹ Reddy and Minnaar, "Cryptocurrency: A Tool and Target for Cybercrime," 77; Tziakouris, "Cryptocurrencies-A Forensic Challenge or Opportunity for Law Enforcement? An Interpol Perspective," 93; FATF, Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks, 6; European Central Bank, Virtual Currency Schemes-Further Analysis, 8; U.S Department of Justice, Cryptocurrency Enforcement Framework, 41; Dupuis and Gleason, "Money Laundering with Cryptocurrency: Open Doors and the Regulatory Dialectic," 66.

²³² Cipher Trace, Cryptocurrency Crime and Anti Money Laundering Report, 2020, 19-20; U.S Department of Justice, Cryptocurrency Enforcement Framework, 43.

²³³ Cipher Trace, Cryptocurrency Crime and Anti Money Laundering Report, 2020, 7.

²³⁴ Aklama ve terörizmin finansmanı suçuyla ilgili risk göstergeleri hakkında FATF'in 2020 yılında yayımladığı önemli bir rapor bulunmaktadır. Bu raporda, klasik risk göstergelerinin sanal varlıklar bakımından da geçerli olduğu belirtilmiştir. Ayrıca transferin sıklığı ve miktarı, geçerli bir iş ilişkisi olmadan transfer yapılması, birden fazla sanal varlık arasında geçiş yapılması, privacy coin kullanılması gibi ek risk göstergeleri de belirlenmiştir. İlgili rapor için bkzn: FATF, Money Laundering and Terrorist Financing Red Flag Indicators Associated with Virtual Assets.

²³⁵ FATF, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation the FATF Recommendations, 2020, 16.

samına dahil edilmiştir.²³⁶ Avrupa Parlamentosu tarafından 2018 yılında yapılan bir çalışmada da, Avrupa Birliği standartları için kripto varlık kullanıcılarının gönüllü kayıt sisteminden ziyade zorunlu kayıt sistemine tabi tutulması gerektiği önerisine yer verilmiştir. Buna ek olarak, kullanıcıların kontrol edilmesini ve cezai yaptırıma tabi tutulmasını imkânsız hale getirmeyi amaçlayan mixer, tumbler gibi uygulamaların da yasaklanması gerektiği vurgulanmıştır.²³⁷

Suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanması ve terörizmin finansmanı suçunu önlemek adına Japonya,²³⁸ Kanada,²³⁹ Almanya, Belarus, İsrail, Fransa, Avusturalya, İsveç, Finlandiya, İtalya, Meksika, Jersey, Malta, Estonya gibi birçok ülkede sanal para işletmelerinin lisans alması zorunlu kabul edilmiştir.²⁴⁰ Amerika'da hazineye bağlı olarak faaliyet gösteren ve konuya ilişkin otorite olarak görev yapan FinCEN de değişim hizmeti sunan platformların para işletmeleri olduğunu kabul ederek bunların lisans almasını zorunlu tutmaktadır.²⁴¹ Lisans almak zorunda olan bu işletmeler, kayıt tutma, raporlama ve bu kayıtların saklanması gibi önemli yükümlülükler altına girmekte ve bu yükümlülükleri yerine getirmediği takdirde yaptırıma tabi tutulabilmektedir. Nitekim FinCEN 2015 yılında bu yükümlülükleri uymadığı gerekçesiyle Ripple hakkında cezai işlem uygulamıştır.²⁴² Söz konusu işlem, kripto varlıkların çıkışından itibaren bu varlıklara devlet eliyle uygulanan ilk yaptırım olarak değerlendirilmektedir.²⁴³ Federe düzeyde de benzer düzenlemelere rastlamak mümkündür. New York, California, Alabama, Vermont, North Carolina, Connecticut, Washington gibi birçok eyalette lisans alma zorunluluğu getirilmiştir. “*BitLicense*” uygulaması gereği New York'ta faaliyet gösteren bütün sanal para işletmeleri, her işlemden önce belirtilen bilgileri yazılı olarak ifşa etmek zorundadır.²⁴⁴

²³⁶ AB, Directive 2018/843 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU, (2018), OJ L 156/43. Yapılan değişikliğin sınırlı bir kapsama sahip olması ve yasal boşlukları ortadan kaldıramaması nedeniyle eleştirildiğini görmekteyiz. Bu eleştiriler için bkz: Rysin and Rysin, “The Money Laundering Risk and Regulatory Challenges for Cryptocurrency Markets,” 189.

²³⁷ European Parliament, Cryptocurrencies and Blockchain, 14.

²³⁸ Japonya'nın MT GOX platformuna ilişkin yaşanan olumsuz gelişmelerden dolayı kanunda değişikliğe gittiği hakkında bkz: FATF, Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers, 49.

²³⁹ Aklama suçu kapsamında sanal para işletmelerine yükümlü olarak ilk yer veren ülkenin Kanada olduğu hakkında bkz: Lee, “Decrypting Crypto: Issues Plaguing Today's Hottest Regulatory Nightmare,” 575.

²⁴⁰ Örnek olarak verilen bu ülkelerden, Finlandiya, İsrail, Malta gibi ülkeler özel bir kanun kapsamında düzenleme yapmayı tercih ederken, Kanada, Avusturalya, Jersey ve Estonya gibi ülkeler aklama suçuna ilişkin mevcut hükümlerde değişikliğe gitmeyi tercih etmiştir.

²⁴¹ Korver, Pelker and Poteat, “Attribution in Cryptocurrency Cases,” 240.

²⁴² U.S Department of Justice, Cryptocurrency Enforcement Framework, 25; Kethineni and Cao, “The Rise in Popularity of Cryptocurrency and Associated Criminal Activity,” 331.

²⁴³ BTK, Kripto Para Araştırma Raporu, 18.

²⁴⁴ Hughes, “Cryptocurrency Regulations and Enforcement in the U.S.,” 22; Murphy, Murphy and Seitzinger, Bitcoin: Questions, Answers, and Analysis of Legal Issues, 15-16; Lee, “Decrypting Crypto: Issues Plaguing Today's Hottest Regulatory Nightmare,” 570.

Türk hukukunda da suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanması ve terörizmin finansmanına ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulabilmesi için benzer düzenlemelerin yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu ihtiyacı gidermek amacıyla 1 Mayıs 2021 tarihinde 31417 sayılı Resmî Gazete’de, Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine Dair Tedbirler Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik yayımlanmıştır. Bu yönetmelikle yükümlüler kapsamına kripto varlık hizmet sağlayıcıları ve tasarruf finansman şirketleri dahil edilmiştir. Böylece suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama ve terörizmin finansmanı suçuyla mücadelede önemli bir adım atılmıştır. Ancak uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin tam olarak yerine getirildiğini söylemek mümkün değildir. Konuya ilişkin uluslararası hukukta yapılan düzenlemeler, sadece kripto hizmet sağlayıcılarını değil sanal para hizmet sağlayıcılarını da içine alan bir kapsama sahiptir. Daha önce de belirtildiği gibi sanal paralar, kripto varlıkları da içine alan geniş kapsamlı bir kümedir. Bu bakımdan mevzuatımızda yapılan değişikliğin yetersiz olduğu ifade edilmelidir. Bu noktada, kripto varlık hizmet sağlayıcılarının tanımının ne şekilde yapılacağı da önem arz etmektedir. Bazı ülkeler ilgili kavramın tanımlanmasında, sadece sanal varlıklardan itibari paraya çevirme faaliyetini göz önünde tutmaktadır. Bu durumda alınacak önlemler, sadece kripto varlıkların itibari paraya dönüştürülmesi halinde geçerli olabilecektir. Böyle bir dönüştürmenin söz konusu olmadığı hallerde ise yasal düzenlemelerin radarından kaçılacaktır.²⁴⁵ Ayrıca yapılacak tanıma göre hizmet sağlayıcıları kapsamına madenciler gibi daha farklı fonksiyonlar icra eden aktörlerin girip girmeyeceği noktasında da tereddütler oluşabilecektir. Bu nedenle kapsamlı ve titiz bir düzenleme yapılmalı, kripto varlıklar arasındaki değişimler de yapılacak tanıma dahil edilmelidir.

SONUÇ

Teknolojinin hayatımıza getirdiği yeniliklerden bazıları günlük hayatı kolaylaştırırken, bazıları günlük hayatın yeni temeller üzerine inşa edilmesini gerektirmektedir. Hayatımıza teknolojik gelişmelerle dahil olan bu yenilikler, günlük hayatımızı kolaylaştırdığı oranda kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlike de oluşturabilmektedir. Bu tehlikeye rağmen, özellikle hukuk alanında bu değişime ayak uydurulamamakta ve meydana gelen gelişmeler geriden takip edilmeye çalışılmaktadır. Devlet kontrolünde olmayan ve sadece katılımcılar aracılığıyla işleyen bir sistemin para transferi yapmak için kullanılması bu zamansal farkı daha da belirgin hale getirmiştir. Günümüzde hukuk ürünü olan

²⁴⁵ KuCoin, BitFinex, StormGain gibi bazı değişim platformları sadece kripto varlıkların itibari paraya dönüştürüldüğü hallerde yükümlülüklerini yerine getirmekte, kripto varlıklar arasındaki değişimlerde anonim işlem yapılmasına olanak sağlayabilmektedir. Kimlik bilgisi gerektirmeyen değişim platformlarını listeleyen bazı internet siteleri de bulunmaktadır. Bu sitelerden biri için bkz: <https://kycnot.me/>. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: Dupuis and Gleason, "Money Laundering with Cryptocurrency: Open Doors and the Regulatory Dialectic," 64.

paralar yerine sanal ortamda bu işlevi gören “veriler” kullanılmaya başlanmıştır. Kripto varlıklar olarak isimlendirilen bu veriler, merkezi bir otoriteye ihtiyaç duyulmadan dünyanın her yerine çok daha hızlı ve ucuz şekilde ekonomik bir değer transfer edilmesine olanak sağlamaktadır. Bu çarpıcı ve beklenmeyen duruma devletlerin tepkisi ise oldukça geç olmuştur. Devletlere nazaran teknolojiye daha kolay adapte olan suçlular ise kripto varlıkların sunduğu imkanları suç işlemek için kullanmaktadır.

Suçluların kripto varlıklara yönelmesiyle; hırsızlık, dolandırıcılık, uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti, silah ticareti, çocuk pornografisi, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin aklanması, vergi kaçakçılığı, terörizmin finansmanı gibi birçok suç tipi yeni bir boyut kazanmıştır. Suçların kazandığı bu yeni boyut karşısında hukukun da koruma alanını genişletmesi gerekmektedir. Her ne kadar transfer işlemi yapılması için artık bankalara gerek kalmamış olsa da güvenlik ve düzen için halen hukuk kurallarına ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak mevcut ceza hukuku kurallarının kripto varlıkların sanal, anonim ve kompleks yapısıyla mücadele etmek için yeterli olmadığı açıktır. Konuyu ele alacak ulusal nitelikteki düzenlemelerin de tek başına bu problemleri çözmesi mümkün değildir. Bu nedenle, yapılacak düzenlemenin evrensel nitelikte olması ve meydana gelecek gelişmelere uyum sağlayacak bir esneklikte ele alınması gerekmektedir. Bitcoin ile başlayan yeni dönem, suçlulara farklı imkanlar sunan binlerce kripto varlık türünü de beraberinde getirmiştir. Şüphesiz her bir kripto varlık türü için özel düzenleme yapılması mümkün değildir. Tamamen yasaklayıcı bir tutum içerisinde hareket etmek de istenilen sonuçları vermeyecektir. Yeni başlayan bu dönem artık durdurulamaz ve engellenemez bir boyuta ulaşmıştır. Ayrıca devletler için önemli fırsatlar yaratan teknolojik gelişmelerin yavaşlamasına veya durmasına da sebep olunmamalıdır.

Kripto varlıkları yasaklamak bir çözüm olamayacağından konuya ilişkin atılacak en makul adım, hepsi için ortak özellik taşıyan ve suç işleme noktasında bu varlıkları cazibe merkezi haline getiren anonimliğe odaklanmaktır. Anonimliğin yarattığı olumsuz sonuçların azaltılmasında ise kripto varlık aktörlerinden araç olarak yararlanılması düşünülmelidir. Bu çözüme temel oluşturan esas düşünce, aktörleri sistemde 3. kişi (*middle man*) olarak konumlandırabilmek ve bunlar aracılığıyla süreci daha şeffaf hale getirebilmektir. Bir kripto varlığın sadece kendi içinde sistemin devamını sağlaması çok olanaklı görünmediğinden farklı aktörlerin sürece dahil olması kaçınılmaz olmaktadır. Özellikle iki yönlü akışa sahip kripto varlıklarda bu akışı sağlayacak aktörlere ihtiyaç duyulmaktadır. Dolayısıyla bu aktörlerin düzenlenmesi yoluyla sistemin kısmen de olsa kontrol altına alınması mümkün olabilecektir. Ancak hangi aktörlerinin nasıl bir düzenlemeye tabi tutulacağı hem teknolojik gelişmeyi baltalamamak hem de insanları tamamen anonim varlıklara kaydırmamak adına titiz bir şekilde ele alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- AB, Directive 2009/110/EC on the Taking Up, Pursuit and Prudential Supervision of the Business of Electronic Money Institutions Amending Directives 2005/60/EC and 2006/48/EC and Repealing Directive 2000/46/EC, (2009), OJ L 267/7.
- AB, Directive 2018/843 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU, (2018), OJ L 156/43.
- Abramowicz, Michael. “Cryptocurrency-Based Law.”, *Arizona Law Review* 58, S.2 (2016): 359-420.
- Adrian, Tobias and Mancini-Griffoli, Tommaso. *The Rise of Dijital Money*. IMF Fintech Notes, 2019.
- Armknecht, Frederik; Karame, Ghassan O.; Mandal, Avikarsha; Youssef, Franck and Zenner, Erik. “Ripple: Overview and Outlook, Trust and Trustworthy Computing.” In *Lecture Notes in Computer Science*, ed. Mauro Conti, Matthias Schunter, Ioannis Askoxylaki, 163-180. Cham: Springer, 2015.
- Artuk, M. Emin; Gökçen, Ahmet; Alşahin, M. Emin ve Çakır, Kerim. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Bartusiak, Pavlo. “‘Judicial Finding’ of the Legal Nature of Cryptocurrency.”, *Ehrlich’s Journal* 2, S.1 (2018): 24-36.
- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK). *Kripto Para Araştırma Raporu*, 2020.
- Blandin, Apolline; Cloots, Ann Sofie; Hussain, Hatim; Rauchs, Michel; Saleuddin, Rasheed; Allen, Jason Grant; Zhang, Bryan and Cloud, Katherine. *Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study*, Cambridge Center for Alternative Finance, 2019.
- Blundell Wignall, Adrian. *The Bitcoin Question: Currency versus Trust-less Transfer Technology*. OECD Working Papers on Finance, Insurance and Private Pensions No: 37, 2014.
- Boehm, Franziska and Pesch, Paulina. “Bitcoin: A First Legal Analysis-With References to German and US-American Law.”, *Conference Paper, 1st Workshop on Bitcoin Research in Association with Financial Crypto*, 2014.
- Bokovnya, Y.; Zhukova, T. G.; Shutova, A. A. and Ryabova, L.V. “Legal Measures for Crimes in the Field of Cryptocurrency Billing.”, *Utopía Y Praxis Latinoamericana* 25, S.7 (2020): 270-275.
- Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru. “Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları’na Hukuki Bir Bakış.”, *İÜHFİM* 73, S.2 (2015): 173-220.
- Brown, Steven David. “Cryptocurrency and Criminality: The Bitcoin Opportunity.”, *Police Journal* 89, S.4 (2016): 327-339.
- Bullmann, Dirk; Klemm, Jonas and Pinna, Andrea. *In Search for Stability in Crypto-Assets: Are Stablecoins the Solution?*. ECB Occasional Paper Series No: 230, 2019.
- Buttigieg, Christopher P. “Anti-Money Laundering Regulation of Crypto Assets in Europe’s Smallest Member State.”, *Law and Financial Markets Review* 13, S.4 (2019): 211-227.

- Calcaterra, Craig; Kaal, Wulf A. and Rao, Vadhindran. "Stable Cryptocurrencies.", Washington University Journal of Law & Policy 61, S.1 (2020): 193-228.
- Chen, Weili; Zheng, Zibin; Ngai, Edith; Zheng, Peilin and Zhou, Yuren. "Exploiting Blockchain Data to Detect Smart Ponzi Schemes on Ethereum.", IEEE Access 7, (2019): 37575-37586.
- Cipher Trace. Cryptocurrency Crime and Anti Money Laundering Report, 2020.
- Cipher Trace. Cryptocurrency Crime and Anti Money Laundering Report, 2021.
- Coinmarketcap. "Today's Cryptocurrency Prices by Market Cap." Erişim Tarihi: Kasım 15, 2021. [https:// coinmarketcap.com/1/](https://coinmarketcap.com/1/).
- Coşkun, Neslihan. "Kararın Aklanması Suçu.", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 12, S.3-4 (2004): 229-261.
- Cvetkova, Irina. "The Legal Definition of Crypto Assets.", BRICS Law Journal 5, S.2 (2018): 128-153.
- Çarkacıoğlu, Abdurrahman. Kripto-Para Bitcoin. Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Raporu, 2016.
- Çeker, Selman Musab. "Kripto Paralar ve Ekonomik Etkileri.", Bitirme Tezi, Yıldız Teknik Üniversitesi, 2018.
- Çekin, Mesut Serdar. "Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?.", İstanbul Hukuk Mecmuası 77, S.1 (2019): 315-341.
- Çetinkaya, Şahin. "Kripto Paraların Gelişimi ve Para Piyasalarındaki Yerinin Swot Analizi ile İncelenmesi.", Uluslararası Ekonomi ve Siyaset Bilimleri Akademik Araştırmalar Dergisi 2, S.5 (2018): 11-21.
- Dupuis, Daniel and Gleason, Kimberly. "Money Laundering with Cryptocurrency: Open Doors and the Regulatory Dialectic.", Journal of Financial Crime 28, S.1 (2021): 60-74.
- Durdu, Erdal. "Kripto Para Birimi Olarak Bitcoin ve Ceza Hukuku.", Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2018.
- Dülger, Murat Volkan ve Özkan, Onur. "Kripto Para Suçları: Kripto Para Birimlerinin Hukuki Boyutu ve Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi." In Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan, ed. Mahmut Koca, 963-994. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Dyson, Simon; Buchanan, William J. and Bell, Liam. "The Challenges of Investigating Cryptocurrencies and Blockchain Related Crime.", The Journal of the British Blockchain Association 1, S.2 (2018): 1-6.
- Elliott, James. "Help-Somebody Robbed My Second Life Avatar!.", Journal of Virtual Worlds Research 1, S.1 (2008): 1-11.
- Engle, Eric. "Is Bitcoin Rat Poison: Cryptocurrency, Crime, and Counterfeiting.", Journal of High Technology Law 16, S.2 (2016): 340-393.
- Esener, Turhan ve Güven, Kudret. Eşya Hukuku. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2015.
- Esterik Plasmeijer, Pauline W.J. van and Raaij, W. Fred van. "Banking System Trust, Bank Trust, And Bank Loyalty.", International Journal of Bank Marketing 35, S.1 (2017): 97-111.

- Etherscan. “Token Tracker.” Erişim Tarihi: Ocak 27, 2021. <https://etherscan.io/tokens>.
- Europe Banking Authority. Opinion on Virtual Currencies, 2014.
- Europe Banking Authority. Report with Advice for the European Commission on Crypto-assets, 2019.
- European Central Bank. “Electronic Money.” Erişim Tarihi: Şubat 7, 2021. https://www.ecb.europa.eu/stats/money_credit_banking/electronic_money/html/index.en.html.
- European Central Bank. Virtual Currency Schemes - A Further Analysis, 2015.
- European Central Bank. Virtual Currency Schemes, 2012.
- European Parliament. Cryptocurrencies and Blockchain, 2018.
- FATF. Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers, 2019.
- FATF. International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation the FATF Recommendations, 2020.
- FATF. Money Laundering and Terrorist Financing Red Flag Indicators Associated with Virtual Assets, 2020.
- FATF. Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risks, 2014.
- Ferwerda, Joras. The Multidisciplinary Economics of Money Laundering. Ridderkerk: Ridderprint, 2012.
- Financial Conduct Authority. Guidance on Cryptoassets Feedback and Final Guidance to CP 19/3, 2019.
- Foley, Sean; Karlson, Jonathan R. and Putninš, Talis J. “Sex, Drugs, and Bitcoin: How Much Illegal Activity is Financed Through Cryptocurrencies?.”, *The Review of Financial Studies* 32, S.5 (2019): 1798-1853.
- Greeshma, K V. “Crypto Currencies and Cybercrime.”, *International Journal of Engineering Research & Technology (IJERT)* 3, S.30 (2015): 1-5.
- Güçlütürk, Osman Gazi. “Türk Hukukunda Kripto Varlıkların Para ve Elektronik Para Niteliğinin İncelenmesi.”, *Regesta Ticaret Hukuku Dergisi* 4, S.3 (2019): 383-408.
- Günay, Hamdi Furkan ve Kargı, Veli. “Kripto Paranın Vergilendirilmesi Fikrinin Mali Yönden Değerlendirilmesi.”, *Journal of Life Economics* 5, S.3 (2018): 61-76.
- HBV Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi. Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt I. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- He, Dong; Habermeier, Karl; Leckow, Ross; Haksar, Vikram; Almeida, Yasmin; Kashima, Mikari; Kyriakos-Saad, Nadim; Oura, Hiroko; Sedik, Tahsin Saadi; Stetsenko, Natalia and Verdugo-Yepes, Concepcion. Virtual Currencies and Beyond: Initial Considerations. IMF Staff Discussion Note, 2016.
- Her Majesty’s Treasury (HM Treasury). UK Regulatory Approach to Cryptoassets and Stablecoins: Consultation and Call for Evidence, 2021.
- Hinman, William. “Digital Asset Transactions: When Howey Met Gary (Plastic).” (SEC transcribed speech, 14 Haziran 2018). Erişim Tarihi: Ocak 20, 2021. <https://www.sec.gov/news/speech/speech-hinman-061418>.

- Huang, Sherena Sheng. "Crypto Assets Regulation in the UK: An Assessment of the Regulatory Effectiveness and Consistency.", *Journal of Financial Regulation and Compliance* 29, S.3 (2021): 336-351.
- Hughes, Eric. "A Cypherpunk's Manifesto." Erişim Tarihi: Ekim 25, 2020. <https://www.activism.net/cypherpunk/manifesto.html>.
- Hughes, Scott D. "Cryptocurrency Regulations and Enforcement in the U.S.", *Western State Law Review* 45, S.1 (2017): 1-28.
- Ivaniuk, Viktoriia and Banakh, Serhiy. "Cryptocurrency-Related Cybercrimes in Ukraine.", *OER Eastern Europe Law* 66, S.1 (2020): 217-224.
- Jeong, Sarah. "The Bitcoin Protocol as Law, and the Politics of a Stateless Currency." Erişim Tarihi: Kasım 18, 2021. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2294124.
- Kaplanhan, Fatih. "Kripto Paranın Türk Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi "Bitcoin Örneği.", *Vergi Sorunları Dergisi*, S.353 (2018): 105-123.
- Kappos, George; Yousaf, Haaron; Maller, Mary and Meiklejohn, Sarah. *An Empirical Analysis of Anonymity in Zcash. Proceedings of the 27th USENIX Conference on Security Symposium, 2018.*
- Karame, Ghassan O.; Androulaki, Elli and Capkun, Srdjan. *Two Bitcoins at the Price of One? Double-Spending Attacks on Fast Payments in Bitcoin. Cryptology ePrint Archive IACR Report No.248. 2012, 1-17.*
- Kethineni, Sesha and Cao, Ying. "The Rise in Popularity of Cryptocurrency and Associated Criminal Activity.", *International Criminal Justice Review* 30, S.3 (2020): 325-344.
- Kethineni, Sesha; Cao, Ying and Dodge, Cassandra. "Use of Bitcoin in Darknet Markets: Examining Facilitative Factors on Bitcoin-Related Crimes.", *American Journal of Criminal Justice* 43, S.2 (2017): 141-157.
- Kfir, Isaac. "Cryptocurrencies, National Security Crime and Terrorism.", *Comparative Strategy* 39, S.2 (2020): 113-127.
- Kien, Matthew and Ly, Meng. "Coining Bitcoin's "Legal-Bits": Examining the Regulatory Framework for Bitcoin and Virtual Currencies.", *Harvard Journal of Law & Technology* 27, S.2 (2014): 587-608.
- Koca, Mahmut ve Üzülmöz, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Kocasakal, Ümit. "Karapara Aklama Suçu." *Doktora Tezi*, İstanbul Üniversitesi, 2000.
- Korver, Michele R.; Pelker, C. Alden and Poteat, Elisabeth. "Attribution in Cryptocurrency Cases.", *United States Attorneys' Bulletin* 67, S.1 (2019): 233-262.
- Kostenko, Svitlana; Strilchuk, Vitalii; Chernysh, Roman and Buchynska Anna. "The Threats to National Security of Ukraine and Poland Inassisting to the Development of the Crypto-Asset Market: Legal Aspect.", *Management Theory and Studies for Rural Business and Infrastructure Development* 43, S.2 (2021): 225-236.

- Kounelis, Ioannis. "Secure and Trusted Mobile Commerce System Based on Virtual Currencies." Doctoral Thesis, School of Information and Communication Technology Royal Institute of Technology, 2015.
- Lee, Tyler C. "Decrypting Crypto: Issues Plaguering Today's Hottest Regulatory Nightmare.", New York University Journal of Law and Business 16, S.2 (2020): 551-578.
- Maese, Vivian A.; Avery, Alan W.; Naftalis, Benjamin A.; Wink, Stephen P. and Valdez, Yvette D. "Cryptocurrency: A Primer, Banking Law Journal.", 133, S.8 (2016): 468-471.
- Magizov, Rustem; Kuznetsov, Sergey; Garipova, Venera; Gilmanov, Muhamat; Kasatova, Anastasia and Kuznetsov, Aleksey. Criminal, Problems of Criminal Responsibility for Illegal Circulation of Cryptocurrency. 12th International Conference on Developments in eSystems Engineering, 996-999, 2019.
- Magizov, Rustem; Kuznetsov, Sergey; Garipova, Venera; Gilmanov, Muhamat; Kasatova, Anastasia and Kuznetsov, Aleksey. Problems of Legal Regulation of Cryptocurrencies. 12th International Conference on Developments in eSystems Engineering. 956-959, 2019.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami. "Türk Ceza Kanununda Yer Alan Bilişim Alanındaki Suçlar ve Karşılaşılan Sorunların Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi.", İÜHF 71, S.1 (2013): 855-889.
- Marian, Omri. "Are Cryptocurrencies 'Super' Tax Havens?.", Michigan Law Review First Impressions 112, S.38 (2013): 38-48.
- McDowell, John and Novis, Gary. "The Consequences of Money Laundering and Financial Crime.", An Electronic Journal of the U.S. Department of State 6, S.2 (2001): 6-8.
- Mcginnis, John O. and Roche, Kyle. "Bitcoin: Order without Law in the Digital Age.", Indiana Law Journal 94, S.4 (2019): 1-56.
- Moore, T. and Christin, N. "Beware the Middleman: Empirical Analysis of Bitcoin-Exchange Risk," In Financial Cryptography and Data Security, ed. Ahmad-Reza Sadeghi, 25-33. Heidelberg: Springer-Verlag, 2013.
- Mowbray, Miranda. "Implementing Pseudonymity.", SCRIPT-ed 3, S.1 (2006): 34-44.
- Murphy, Edward V.; Murphy, M. Maureen and Seitzinger, Michael V. Bitcoin: Questions, Answers, and Analysis of Legal Issues. Congressional Research Service Report R43339, 2015.
- Mutluoğlu, Derya. "Kripto Para Birimleri ve Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu." Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2020.
- Nakamoto, Satoshi. "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System." 1-9. Erişim Tarihi: Kasım 27, 2020. <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.
- Nolasco Braaten, Claire and Vaughn, Michael S. "Convenience Theory of Cryptocurrency Crime: A Content Analysis of U.S. Federal Court Decisions.", Deviant Behavior 42, S.8 (2019): 958-978.
- Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer ve Oktay Özdemir, Saibe. Eşya Hukuku. İstanbul: Filiz Kitapevi, 2014.

- Orme, David. "Is Biometrics the Answer to Crypto-Currency Crime?," *Biometric Technology Today*, S.2 (2019): 8-10.
- Özgenç, İzzet ve Yurtlu, Fatih. "Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçları Bakımından Teori ve Uygulamada Ortaya Çıkabilecek Sorunlara İlişkin Bir Değerlendirme." In 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler Cilt II, ed. İzzet Özgenç, Cumhuriyet Şahin, Faruk Turhan, 447-468. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- Pirinççi, Ayşe Esra. "Yeni Dünya Düzeninde Sanal Para Bitcoin'in Değerlendirilmesi," *Uluslararası Ekonomi Siyaset İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi* 1, S.1 (2018): 45-52.
- Reddy, Eveshnie and Minnaar, Anthony. "Cryptocurrency: A Tool and Target for Cybercrime.," *Southern African Journal of Criminology* 31, S.3 (2018): 71-92.
- Rysin, Vitalii and Rysin, Mariia. "The Money Laundering Risk and Regulatory Challenges for Cryptocurrency Markets." In *Restructuring Management Models-Changes-Development*, ed. Marek Dziura, Andrzej Jaki, Tomasz Rojek, 187-201. Toruń: Dom Organizatora, 2020.
- Sarıkatipoğlu, Mehmet Ata; Çapkın, Timur Arif ve Karaalioğlu, Fatma. "Bitcoin: Bir Sanal Para Birimi Olarak Regülasyonu ve Kara Para Aklanması Bakımından Durumu.," *GSI Dergisi*, (2015): 89-102.
- Securities and Commodities Authority. The Chairman of the Authority's Board of Directors' Decision No. (23/ Chairman) of 2020 Concerning Crypto Assets Activities Regulation, 2020. Erişim Tarihi: Eylül 12, 2021, <https://www.sca.gov.ae/Content/Userfiles/Assets/Documents/8004151b.pdf>.
- Swartz, Lana. "What Was Bitcoin, What Will It be? The Techno- Economic Imaginaries of a New Money Technology.," *Cultural Studies* 32, S.4 (2018): 623-650.
- Şahin, Muhammet. "Kripto Para Yeni Bir Vergi Sığınağı mı? Bilişim Teknolojilerindeki Gelişmeler Temelinde Bir Değerlendirme.," *Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S.34 (2019): 169-181.
- Şen, Ersan. "Bitcoin Çalınır mı?." Erişim Tarihi: 22 Ocak, 2021. <https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1948163-bitcoin-calindir-mi>.
- Tarakçıoğlu, Zeynep Esra. "AİHM Kararları Işığında Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi." Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2020.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2020.
- The European Consumer Organisation (BEUC), *Crypto Assets-BEUC Response to the Commission's Consultation*, 2020.
- Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku Özel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2019.
- Türkiye Bilişim Vakfı. *Kripto Para ve ICO Raporu*, 2020.
- Tziakouris, Giannis. "Cryptocurrencies-A Forensic Challenge or Opportunity for Law Enforcement? An INTERPOL Perspective.," *IEEE Security and Privacy Magazine* 16, S.4 (2018): 92-94.

- U.S Department of Justice. Cryptocurrency Enforcement Framework. Report of Attorney Generals Cyber Digital Task Force, 2020.
- Ünlü, Ufuk. “Kara Para Aklamada Yeni Yöntemler ve Kara Paranın Ekonomi Üzerindeki Etkileri.”, Sayıştay Dergisi, S.113 (2019): 155-179.
- Üzer, Betül. “Sanal Para Birimleri.” Uzmanlık Yeterlik Tezi, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Ödeme Sistemleri Genel Müdürlüğü, 2017.
- Vasek, Marie and Moore, Tyler. “Beware the Middleman: Empirical Analysis of Bitcoin-Exchange Risk.”, In Financial Cryptography and Data Security, ed. Ahmad-Reza Sadeghi, 1-17. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2013.
- Velkes, Gabrielle Chasin. “International Anti-Money Laundering Regulation of Virtual Currencies and Assets.”, New York University Journal of International Law and Politics 52, S.3 (2020): 875-906.
- World Bank Group. Distributed Ledger Technology (DLT) and Blockchain. FinTech Note No. 1, 2017.
- Wright, Aaron and De Filippi, Primavera. “Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia.”, SSRN Electric Journal, (2015): 1-58.
- Yıldırım, Murat. “Blok Zincir Teknolojisi, Kripto Paralar ve Ülkelerin Kripto Paralara Yaklaşımları.”, Bartın Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 10, S.20 (2019): 265-277.
- Yılmaz, Sacit. “Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçu.”, Ankara Barosu Dergisi, S.2 (2011): 70-97.
- Yurtlu, Fatih. “Terör Suçlarıyla Mücadelede Yeni Konsept: Önalın Suçları- BGH Kararları Işığında Almanya Örneği.”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29, S.3 (2021): 2169-2208.
- Zaytoun, Henry S. “Cyber Pickpockets: Blockchain, Cryptocurrency, and the Law of Theft.”, North Carolina Law Review 97, S.2 (2019): 395-431.
- Zimba, Aaron; Wang, Zhaoshun; Mulenga, Mwenge and Odongo, Nickson Herbert. “Crypto Mining Attacks in Information Systems: An Emerging Threat to Cyber Security.”, Journal of Computer Information Systems 60, S.4 (2020): 297-308.

ÖZEL HUKUK

PRIVATE LAW

ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE ZORUNLU ARABULUCULUK¹

Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI²

Öz

Her türlü uyuşmazlığın yargı önüne götürülmesi, sürecin uzaması ve mahkemelerinin iş yükünün ağırlaşmasının yanında gerek devlete gerek bireylere ekonomik anlamda ağır maliyetler yüklemekte ve bireyler arasında düşmanlığa yol açabilmektedir. Bu itibarla uyuşmazlıkların nitelik bakımından uygun olanlarının mahkeme önünde çözümüne yerine alternatif çözüm yolları ile giderilmeye çalışılması pek çok sorunun da önüne geçebilecektir. Arabuluculuk kurumu bahsi geçen alternatif çözüm yolları arasında belki de en çok tercih edilen yöntem olarak dikkat çekmektedir.

Arabuluculuk; iradilik, tarafsızlık, gizlilik ve eşitlik ilkeleri çerçevesinde yürütülen bir süreçtir. Bununla birlikte kanun koyucu 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile iş yargısında arabuluculuğa başvuruyu dava şartı olarak öngörerek mahkemelerin iş yükünü hafifletmeyi, uyuşmazlıkların daha kolay, hızlı, ucuz ve etkili bir biçimde çözülmesini hedeflemiştir. Söz konusu "dava şartı arabuluculuk"; arabuluculuğun iradilik ve taraf eşitliği esaslarına aykırı olduğu ve Anayasa'da öngörülen hak arama özgürlüğüne aykırılık oluşturabileceği noktalarında kritik edilmiştir. Bununla birlikte belirtelim ki; bu çalışma özü itibarıyla asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk sürecinin nasıl işleyeceği hususunu irdelemektedir. Dolayısıyla arabuluculuk kavramı, arabuluculuğun temel ilkeleri vb. konular daha yüzeysel olarak ele alınmış ve asıl-ışveren alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu uyuşmazlıklar bakımından arabuluculuk süreci incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Arabuluculuk, Dava Şartı Arabuluculuk, Asıl İşveren, Alt İşveren, Muvazaalı İş İlişkisi.

COMPULSORY MEDIATION IN BUSINESS RELATION BETWEEN THE MAIN EMPLOYER AND THE SUB-EMPLOYER

Abstract

Bringing all kinds of disputes to the judiciary, in addition to the prolongation of the process and the heavy workload of the courts, imposes heavy costs on both the state and individuals in economic terms and may lead to hostility among individuals. For these reasons, trying to resolve the disputes with alternative solutions instead of solving the disputes in front of the court will prevent many problems. The mediation institution draws attention as perhaps the most preferred method among the aforementioned alternative solutions.

Mediation is a process that carried out within the framework of the principles of voluntariness, impartiality, confidentiality and equality. In addition, the legislator, with the Labour Courts Law No. 7036, aimed to alleviate the workload of the courts and to resolve disputes more easily, quickly, cheaply and effectively by envisaging the application to mediation as a condition of litigation. The aforementioned "mediation as a condition of trial" has been criticized on the points that mediation is contrary to the principles of voluntariness and equality of parties and may constitute a violation of the free-

¹ Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 19.09.2021 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 02.12.2021, DOI No: 10.54704/akdhfd.997497.

² Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı / Kayseri - Türkiye.

E-posta: eyuvali@erciyes.edu.tr,

Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-7272-0897>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

dom of seeking rights envisaged in the Constitution. However, this study examines how the mediation process will work in terms of disputes where the main employer and the sub-employer relationship is in question. Therefore, the concept of mediation, the basic principles of mediation, etc. these issues were handled more superficially and the mediation process was examined in terms of disputes involving the main employer and the sub-employer relationship.

Keywords

Mediation, Mediation as a Condition of Trial, Main Employer, Sub-Employer, Collusive Business Relations.

Extended Abstract

Bringing all kinds of disputes to the jurisdiction imposes heavy costs on both the state and individuals in economic terms and may lead to hostility among individuals in addition to the prolongation of the process and the heavy workload of the courts. In this respect, trying to resolve the disputes with alternative solutions instead of solving the disputes in the court will prevent many problems. Mediation institution draws attention as the most preferred method among the aforementioned alternative solutions.

The most important innovation brought by Law No.7036, which abolished the Law No: 5521 on Labor Courts, is that mediation in labor disputes is a cause of action, and obligation of applying to a mediator before filing a lawsuit. A quite long and detailed regulation related to mediation of Article 3 of the aforementioned Law was envisaged. In its first *paragraph*, the provision of "In lawsuits filed with the demand of employee or employer receivables and compensation and reemployment based on the law, individual or collective labor agreements, the application to a mediator is a cause of action," has been included. Based on this provision, mediation, which is a cause of action in labor law, can basically be grouped into two categories. The first one of these is employee or employer receivables, and the second is reemployment lawsuits.

The basic principles of mediation are being volitional and equality (Law on Mediation in Civil Disputes Art.3), confidentiality (Law on Mediation in Civil Disputes Art.4), and non-use of statements and documents (Law on Mediation in Civil Disputes Art.5). In the mediation method, which is a unique model, the fact that mediator has no authority to make a decision has made mediation a two-sided structure. However, the fact that mediators do not have authority to make decisions does not mean that they are powerless. In fact, the mediator is the person who initiates the process and is responsible for the good management of the process. In this respect, a secure negotiation environment should be provided for the parties. In terms of the aforementioned negotiation environment, the mediator must be an impartial third person independent of the parties and the dispute. In fact, the most basic duty of the mediator is to try to ensure that the parties continue this negotiation without any interruption or disruption.

In terms of the scope and limitations of this study, we tried to examine not all of the new regulations foreseen regarding mediation in labor disputes, but only the regulations and innovations in terms of labor receivables and reemployment lawsuits in labor disputes where the primary employer-sub-employer relationship is in question. The provision of the third paragraph of Article 15 of the Law No. 7036, which is a special regulation for the mediation process, and the issue of "joinder of parties" between the primary employer and the sub-employer in the context of this provision have been examined especially while examining the issue, in terms of reemployment in cases where the primary employer-sub-employer relationship questions the cause of action for the mediation process.

In the case of the primary employer-sub-employer institution, where there is a triple business relationship, the employee may apply to mediation jointly or separately for the sub-employer or the primary employer, who are jointly responsible for the reinstatement of their rights. It is not necessary for the sub-employer and the principal employer to participate in mediation together and reach an agreement in order to make an agreement. However, if the employee wants to file a lawsuit for his receivables, it will be in the employee's interest to direct the enmity against the two employers together, since both employers have joint liability in the primary employer-sub-employer relationship. Otherwise, to whom the enmity is directed from the main employer or sub-employer, it will only make a judgment about him. Similarly, if the employee applies to the mediator for only one of the primary employer and sub-employer who are jointly liable, the agreement made by these people in the mediator will only bind them.

In addition to the fact that this is the case in terms of laborers' receivables, a special regulation has been envisaged for the cause of action mediation process in cases where the primary employer-sub-employer relationship is in question in terms of reemployment. In fact, in the provision of the 15th paragraph of the 3rd Article of the

Labor Courts Law No. 7036 when a mediator is consulted with a request for reemployment in case of the presence of the principal employer-sub-employer relationship, it is required that the employers participate in the mediation negotiations together and their wills are compatible with each other in order for the agreement to be made.

In conclusion, in the presence of the sub-employer-principal employer relationship, the disputes that may occur between the aforementioned employee and the employers are not just about reemployment. It should be stated that the obligation stipulated by the provision of Article 3/15 of the Labor Courts Law is valid only for reemployment disputes and shall not be applied for other laborers' receivables and compensations. As stated above, dispute resolution may be necessary for the employment dispute between the employee and their employer in terms of other workers' receivables and compensations. In terms of the disputes in question, it is not obligatory to put forward all the demands put forth by the employer together against the primary employer and the sub-employer due to the voluntary joinder of parties. In addition, prior to the lawsuit to be filed by the laborer, consulting to mediation is a cause of action for the enmity to be directed against only one or both of them.

GİRİŞ

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 7036 sayılı Kanun'un getirdiği en önemli yenilik, iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun bir dava şartı olması, bu çerçevede dava açmadan önce arabulucuya başvuru zorunluluğudur. Söz konusu Kanunun 3. maddesinde arabuluculukla ilgili oldukça uzun ve ayrıntılı bir düzenleme öngörülmüş olup ilk fıkrasında "*Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*" hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümden hareketle, iş hukukunda dava şartı arabuluculuk esasen iki kategoride toplanabilir. Bunlardan ilki, işçi veya işveren alacakları, ikincisi ise işe iade davalarıdır. 7036 sayılı Kanunla öngörülen bu yeni düzenlemeyle uyumlu olarak başta İş Kanunu olmak üzere diğer ilgili kanunlarda da değişiklikler yapılmıştır. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nda da işe iade davalarıyla ilgili olarak öngörülmüş olan 20. ve 21. maddeleri değiştirilmiş, arabuluculuk hususunda hükümler eklenmiştir.

Bu çalışma kapsamı ve sınırları itibariyle iş uyuşmazlıklarında arabuluculukla ilgili öngörülen yeni düzenlemelerin tümünü değil, sadece asıl işveren alt işveren ilişkisinin de söz konusu olduğu iş uyuşmazlıklarında işçilik alacakları ve işe iade davaları bakımından yapılan düzenleme ve getirilen yenilikleri incelemeye çalışacağız. Konuyu incelerken bilhassa işe iade bakımından asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda dava şartı arabuluculuk süreci için özel bir düzenleme olan 7036 sayılı Kanun'un 15. maddesinin üçüncü fıkrası hükmünü ve bu hüküm bağlamında asıl işveren alt işveren arasındaki "dava arka- daşlığı" hususunu irdelemeye çalışacağız.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN KAVRAMLARI

İşveren, mevzuatımızda bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluş olarak tanımlan-

maktadır (İ.K. md.2/I). İş Kanunu'nda ayrıca bir alt işveren tanımına yer verilmemekle birlikte,¹ Kanunun 2. maddesinin 6. fıkrasında “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir.” denilerek asıl işveren-alt işveren ilişkisi tanımlanmıştır.

Belirtelim ki, 4857 sayılı İş Kanunu'nun kabulünün akabinde uygulamada oluşan boşlukları gidermek ve ihtilafli hususları çözüme bağlamak adına Alt İşverenlik Yönetmeliği² ile asıl işveren ve alt işveren kavramları tanımlanmıştır.³ Nitekim Alt İşverenlik Yönetmeliğinin 3. maddesinin a fıkrası itibariyle alt işveren; “bir işverenden, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan, bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları, ifade eder” denilmek suretiyle tanımlanmıştır. Söz konusu Yönetmeliğin 3. maddesinin ç fıkrasında asıl işveren ise; “işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işleri veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işleri diğer işverene veren, asıl işte kendisi de işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları” şeklinde ifade edilmiştir.

Alt işveren, kendi işçilerine karşı doğrudan işveren konumunda olmakla birlikte, asıl işverenin işyerinin bir bölümünde veya işyeri eklentilerinden birinde faaliyet göstermekte ve bu faaliyet yeri alt işveren işçileri bakımından doğrudan işyeri niteliğinde olan işverendir. Alt işveren işçilerinin doğrudan bağlı oldukları işveren alt işveren olup; işçilerin özlük hakları, ücret ve yan kazanımları bakımından alt işveren sorumludur. Nitekim asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edebilmek bakımından alt işverenin asıl işverenden bağımsız bir yönetiminin ve iş organizasyonunun bulunması gerekmektedir.⁴ Görüldüğü üzere alt işveren kendi adı ve hesabına faaliyette bulunan ayrı bir işverendir. Asıl işveren alt işveren

¹ Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014), 117; Şahin Çil, editör, Ali Güzel, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sempozyum - 04 Nisan 2009, (İstanbul: Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2009), 7.

² Resmî Gazete Tarihi: 27/09/2008, Resmî Gazete Sayısı: 27010.

³ Söz konusu yönetmeliğe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gülsevil Alpagut, “Alt İşverenlik Yönetmeliği ve Hukuka Uygunluk Sorunu”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.5, S.20 (2008): 1347-1358.

⁴ Gülsevil Alpagut, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara (2014): 20-21.

arasındaki hukuki ilişkiyi kuran işlemin dayanağı; kira akdi, taşıma akdi ya da istisna akdi vb. gibi bir sözleşme olabilir ki;⁵ esasen söz konusu iki işveren arasındaki ilişki iş hukukunun konusu da değildir.⁶ Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde, bir işverenin “asıl”, diğerinin ise “alt” olarak ifade edilmesindeki gaye, bu işverenleri birbirinden ayırt etmektir.⁷

B. ARABULUCULUK KAVRAMI

En genel anlamıyla arabuluculuk; bağlayıcı bir karar verme yetkisine ve gücüne sahip olmayan, anlaşmayı kolaylaştırmaya çaba gösteren üçüncü bir kimse- nin katıldığı, müzakere temelli her türlü uyuşmazlık çözüm yolunu ifade etmek için kullanılmaktadır.⁸ Uyuşmazlıkların çözümü, esasen yargı erkini kullanan devletin vazifesidir. Bununla birlikte mahkemelerin iş yükünü önemli ölçüde azaltan alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri yaygın ve etkin şekilde kullanılmaktadır. Zira alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde, devletin yargılama yetkisine ve mutlak egemenliğine zarar vermeden, uyuşmazlığın taraflarının tatmin olacağı bir sonuca ulaşmalarını hedefleyen yöntemleri ifade etmektedir.⁹ Dolayısıyla söz konusu çözüm yöntemlerini, yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan ve onunla rekabet içinde bulunan bir yöntemler bütünü olarak değerlendirmemek gerekir.¹⁰ Aynı yöndeki bir Anayasa Mahkemesi kararında alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, mahkemelerin alternatif olarak nitelendirmeyip, tam aksine uyuşmazlıkların çözümü için tamamlayıcı ek yöntemler bütünü olarak değerlendirilmiştir.¹¹ Alternatif uyuşmazlık çö-

⁵ Fevzi Demir, İş Hukuku ve Uygulaması, (İzmir: Albi Yayınları, 2017), 54; Sarper Süzek, İş Hukuku, 21. Baskı, (İstanbul: Beta Yayınları, 2021), 164.

⁶ Hamdi Mollamahmutoğlu; Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı, (Ankara: Lykeion Yayınları, 2021), 44-45.

⁷ Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal, Bireysel İş Hukuku, 45.

⁸ Ömer Ekmekçi; Muhammet Özkes; Murat ve Vural Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019), 18; Süha Tanrıver, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuk ve Sosyolojik Bir Bakış”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, (Ankara: 2006), 828.

⁹ Felix Steffe, editör, Steffek, Unberath, Genn, Greger ve Menkel-Meadow, “Principled Regulation of Dispute Resolution: Taxonomy, Policy, Topics”, Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads, (Oregon: 2013), 56; J. A. Scimecca J. A., editör, Dennis J. D. Sandole ve Hugo van der Merwe, “The Oryand Alternative Dispute Resoution: A Contradiction in Terms?”, Conflict Resolution Theory and Practice, Integration and Application, (Manchester: 1993), 212.

¹⁰ Henry Brown ve Arthur Marriott, ADR Principles and Practice, (London: 2011), 21; Mustafa Serdar Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2016), 201; Hakan Pekcanitez, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), S.5 (2005): 12.

¹¹ AYM Kararı, E.2012/94, K.2013/89, 10.07.2013: “Alternatif uyuşmazlık çözümü kavramında geçen ‘Alternatif’ terimi, mahkemelere alternatif bir yol olarak kullanılamaz. Arabuluculuk, tarafların sorunlarını kendilerinin çözmesini amaçlayan gönüllülük esasına dayanan dostane bir çözüm yolu olup bir yargılama faaliyeti değildir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlıkların çözümünde yargısal yolların yanında yer alan ve tarafların istemeleri hâlinde işlerlik kazanan, esas itibarıyla ilişkilerin koparılmadan sürdürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafı da

züm yolları olarak başta arabuluculuk kurumu olmak üzere; uzlaşma, müzakere, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların tespiti yöntemleri sayılabilir.¹² Alternatif çözüm yolları bu sayılanlarla sınırlı olmamakla beraber en etkin ve yaygın kullanılanların arabuluculuk ve uzlaşma olduğunu söylemek mümkündür.^{13,14} Şüphesiz söz konusu çözüm yollarını irdelemek bu çalışmanın kapsamını aşacaktır.

Arabuluculuk kurumu, yukarıda bahsi geçen alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde kendine özgü bir yöntem olarak kabul edilmektedir. Nitekim arabulucu; uyuşmazlığın ve tarafların niteliğine, uyuşmazlığın tarafları etkilene derecesine göre değişen yönetim davranış modelleri sergileyerek tarafların uyuşmazlıklarını çözmelerine yardımcı olmaktadır.¹⁵ Nitekim Hukukî ve Ticarî Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi'nde arabuluculuk; *“adlandırılma ve başvurulma şekline bakılmaksızın, uyuşmazlığın tarafı iki veya daha fazla kişinin, gönüllü bir temelde uyuşmazlıklarını çözmek için bir arabulucunun yardımı ile bizzat çaba gösterdikleri yapılandırılmış bir süreç”* olarak tanımlanmıştır.¹⁶

Kendine özgü bir model olarak arabuluculuk yönteminde, arabulucunun karar verme yetkisinin olmaması, arabuluculuğu iki taraflı bir yapıya büründürmüştür. Bununla birlikte arabulucuların karar verme noktasında yetkisinin olmaması, onların güçsüz olmaları anlamına gelmez. Nitekim arabulucu süreci başlatan ve sürecin iyi bir şekilde idaresinden sorumlu olan kişidir. Bu itibarla taraflar için güvenli bir müzakere ortamı sağlanmalıdır. Söz konusu müzakere ortamı bakımından ara-

tatmin edici bir çözüme ulaşılmamasını hedefleyen yöntemler bütünüdür. Bir başka ifadeyle, alternatif uyuşmazlık çözümleri, Devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden işlerlik kazanan ve uygulama alanı bulan ek yöntemler bütünü olarak nitelendirilebilir. Bir başka ifadeyle, taraflar arasında arabuluculuk yöntemine başvurulmuş olması, Devletin yargılamaya yetkisini bertaraf edemez. Arabuluculukta iradilik ilkesi gereğince yargıya ve diğer çözüm yollarına başvuru yolu her zaman açık bulunmaktadır. Başka bir kararında Anayasa Mahkemesi *“Uyuşmazlık çözümü için alternatif uyuşmazlık çözümlerinin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin Anayasa kurallarının etkinliğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir...”* şeklinde karar vermiştir. (AYM Kararı, E.2003/98, K.2004/31, 3.3.2004).

¹² Barış Faruk Mutlay, *“İşe İade Davalarında Arabuluculuk”*, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.4 (2018): 2132.

¹³ Pekcanitez, *“Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”*, 15; İnci Biçkin, *“Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”*, Hukuk Perspektifler Dergisi, S.7 (2006): 36.

¹⁴ Uzlaştırma ve arabuluculuk kurumlarının farklılıkları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Süha Tanrıver, *“Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi”*, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C.2, (Ankara: 2010), 243.

¹⁵ Orhan Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Konya: 2017), 10.

¹⁶ *“Council of the European Union, Directive 2008/52/EC”*. Aynı yönde; Amerikan Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Danışma Kurulu'nun tanımına göre arabuluculuk; *“Uyuşmazlık içindeki tarafların, uyuşmazlığın içeriğine veya çözüme ilişkin belirleyici etkisi olmayan, fakat sürece ilişkin olarak tavsiye veya karar verme yetkisi bulunan bir uyuşmazlık çözümü uygulayıcısı (arbulucu) yardımı ile uyuşmazlık konularının belirlenmesi, çözüm önerileri üretilmesi, alternatiflerin değerlendirilmesi ve bir anlaşmaya varılması çabasını içeren bir süreçtir”*.

bulucunun taraflardan ve uyuşmazlıktan bağımsız, tarafsız üçüncü bir kişi olması gerekir.¹⁷ Nitekim arabulucunun en temel görevi, tarafların bu müzakere zeminini herhangi bir kesinti ve sekteye uğratmadan devam etmesini sağlamaya çalışmaktır.

07.06.2012 tarih, 28331 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun "Tanımlar" başlığını taşıyan 2. maddesinin ilk fıkrasının b bendinde, arabuluculuk "*Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*" olarak tanımlanmıştır.¹⁸

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu itibarıyla yapılan tanımdan yola çıkarsak arabuluculuğun tarafsız ve bağımsız uzman üçüncü bir kişi ile yürütülmesi zorunlu olduğu görülmektedir.¹⁹ Bu bakımdan bağımsız, tarafsız ve uzman bir üçüncü kişi katılmaksızın salt tarafların kendi aralarında yaptığı müzakereler arabuluculuk çözüm yolu olarak değerlendirilemez.²⁰

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun ilk maddesinin 2. fıkrası ile arabuluculuk ile çözülebilecek uyuşmazlıklar belirlenmiş olup, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde ara-

¹⁷ Seda Özümucu, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXXIV, S.2 (2016): 831; Elif Kismet Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, Yayımlanmamış Doktora Tezi, (İzmir: 2010), 75.

¹⁸ Hükmün gerekçesinde; "Kanunun uygulanması bakımından merkezi bir konumda bulunan "Arabuluculuk" kavramına yüklenen anlam ve içerik "uzlaştırma" kavramından temel farklılıklarına da işaret edilmek suretiyle tespit edilmiştir. Bu tanımlama çerçevesinde arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, birbirlerini anlamalarını ve bu suretle "kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak" için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran, uzman eğitimi almış, bağımsız, tarafsız ve objektif bir konumda bulunan üçüncü kişinin katkısı ya da katılımıyla yürütülen, gönüllü olarak işlerlik kazanan bir uyuşmazlık çözüme yöntemidir. Bir başka ifade ile arabulucu, uyuşmazlık hakkında herhangi bir karar veremez, taraflara çözüm önerilerinde bulunamaz. Arabulucu, sadece sistemati bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; taraflara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle, sorumlulukları kendilerine ait olmak üzere çözümlü kendilerinin bulmasına yardımcı olur..."

¹⁹ Melis Taşpolat Tuğsavul, Türk Hukukunda Arabuluculuk, 1. Bası, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012), 28; Mutlay, "İşe İade Davalarında Arabuluculuk", 2132; M. Serhat Sarısözen, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkına Aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu", EÜHFD, C.15, S.1-2 (2011): 256.

²⁰ Hakan Pekcanitez; Muhammet Özkes; Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz, Medeni Usul Hukuku, C.3, 15. Bası, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 2817; Kekeç, Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 61; Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 52.

buluculuktan yararlanılabileceği öngörülmüştür. Nitekim söz konusu hükme göre “*Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir*”.

Arbuluculuğun temel ilkeleri; iradi olmak ve eşitlik (HUAK m.3), gizlilik (HUAK m.4) ve beyan ve belgelerin kullanılmaması (HUAK m.5) olarak sayılabilir. Bu ilkelerden iradi olma ilkesi, ilerleyen paragraflarda “Dava Şartı Arabuluculuk” başlığı altında ele alınacağı için diğer ilkelerden bahsedilecektir.

Arbuluculuğun temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesi esasen arabulucunun tarafsızlığının bir gereğidir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun arabulucunun hak ve yükümlülüklerini düzenleyen 9. maddesinin 2. fıkrasında arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlü tutulmuştur.²¹

Eşitlik, hakkaniyet ve adalet kavramları ile yakın bir ilişki içerisindedir. Öyle ki; eşitlik, adalet ve hakkaniyet kavramları birbirinden ayrılması çok güç kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır.²² Bu itibarla eşitlik ilkesi, yargısal çözümlerde de alternatif çözüm yollarında da kendisini göstermektedir. Bununla birlikte yargılamadaki eşitlik kendisini daha somut olarak usulî eşitlik ve silahların eşitliği şeklinde adil bir karar verilmesi biçiminde gösterirken arabuluculuktaki eşitlik tarafların içselleştirdikleri ve süreçte tam olarak hissettikleri bir biçimde olmalıdır.²³

Eşitlik ilkesi gereği arabulucu, tarafların menfaatleri ve çözüm önerileri karşısında onlara eşit mesafede olmak zorundadır. Bununla birlikte arabulucunun bunu yaparken taraflar arasındaki güç dengesizliğine de dikkat etmesi gerekir. Zira uyuşmazlık tarafları arasında güç dengesizliğinin bulunması pekâlâ mümkün olup bu asimetrik ilişkinin zayıf olan tarafı olumsuz etkilememesi için arabulucu tarafından bu dengesizliğin bertaraf edilmesi için çaba gösterilmelidir.²⁴

Yargı organlarında mevcut olan aleniyet prensibinin²⁵ aksine, arabuluculukta esas olan gizlilik ilkesidir. HUAK’ın “Gizlilik” başlığını taşıyan 4. maddesi hükümüne; “*Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belge-*

²¹ HUAK m.9/f.2’nin hükümet gerekçesi “... Şüphesiz bu, arabuluculuk faaliyetinin doğal bir sonucu, tarafsızlığın ve arabuluculuğa hâkim olan ilkenin de bir gereğidir. Eşit davranma, yargılamadaki anlamıyla eşitlik değildir. Burada, taraflarla iletişimde ve uyuşmazlık çözüm sürecinin gerektirdiği anlamda eşitlik söz konusudur.” şeklindedir.

²² R. Ben Israel ve P. Faubert, editör, Roger Blainpain, Equality and Prohibition of Discrimination in Employment Law, Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market, 8. Edition, (Kluwer Law International, 2004), 321.

²³ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 31.

²⁴ Kekeç, Arabuluculuk Yoluya Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 304; Dür, Arabuluculuk Faaliyeti, 263.

²⁵ Anayasa’nın 141. maddesi ve HMK’nın 28. maddesi itibarıyla, mahkeme yargılamasının aleni olarak yapılması gerekmektedir.

ler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür". Gizlilik ilkesi, arabulucunun olduğu gibi tarafların da yükümlülüklerinden bir tanesidir. Nitekim söz konusu hükmün 2. fıkrası uyarınca aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar. Konuya ilişkin Yönetmelik²⁶ hükmüncü ise; gizlilik kuralına uyma yükümlülüğü, arabulucunun yanında çalışan kişiler, denetim ve gözetimi altında ilgili mevzuat çerçevesinde staj yapanlar, Bakanlık ve Kurul görevlileri yönünden de geçerlidir.

Gizlilik ilkesi, taraflara rahatça müzakere etme ve çözüm üretme imkânı vermekte olduğundan önem ihtiva etmektedir.²⁷ Bahse konu ilkenin aksi kararlaştırılabilirse de bunun için açık bir anlaşmanın mevcudiyeti gerekir.

Belirtmek gerekir ki; arabuluculuk sürecinde tarafların, uyuşmazlık konusunu bütün yönleriyle tartışmaları esnasında ortaya çıkabilecek ticari sırların ya da mahrem bilgilerin gizli kalmasını sağlayacak bir yöntemle uyuşmazlıklarını çözme imkanının mevcudiyeti, arabuluculuk yönteminin tercih edilme sebebi ve üstünlüğüdür.²⁸

Gizlilik ilkesinin bir diğer yönünü ise arabuluculuk faaliyeti kapsamında beyan ve belgelerin kullanılabilmesi oluşturur. Nitekim bu husus HUAK ve ilgili Yönetmelik itibarıyla özel ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Arabuluculuk sürecinde söz konusu olan beyan ve belgeler yargı yolunda delil olarak sunulamaz, sunulsa dahi hükme esas alınmaz (HUAK m.5; HUAKY m.7).²⁹ Örneğin, bir işçi-işveren uyuşmazlığı söz konusu olduğunda, arabuluculuk sürecinde elde edilen bilgi daha sonra farklı bir alacak davasında kullanılamaz.³⁰ Bu itibarla arabuluculuk sürecinde ticari sırları da dahil olmak üzere özel bilgi ve belgeleri sunan taraflar söz konusu bilgi ve belgelerin ileride aleyhlerinde delil olarak kullanılmayacağından emin olarak rahat hareket edebilmektedir.³¹ Bununla birlikte, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller hâline gelmez.

²⁶ "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği", R.G. Tarih: 2.6.2018, Sayı: 30489.

²⁷ Mert Namli, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, (Ankara, TİSK, 2016), 155; Tanrıver, "Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları", 187; Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 30.

²⁸ Özbek, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 291.

²⁹ Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil olmak üzere üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz: a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği. b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler. c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü. ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.

³⁰ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 36.

³¹ HUAK 33. maddesi itibarıyla maddesindeki gizlilik yükümlülüğüne aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

II. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE DAVA ŞARTI ARABULUCULUK

A. DAVA ŞARTI ARABULUCULUK

Arabuluculuk sürecinin ön şartı, tarafların dışarıdan zorunlu kılınmadan arabuluculuk faaliyetinin gerçekleşmesini serbest iradeleriyle talep etmeleridir.³² Nitekim arabuluculuk sürecinde, taraflar arasındaki aşırı güç dengesizliği ancak iradilik ilkesinin uygulanmasıyla giderilebilir. Bu süreçte arabulucu; serbest iradenin tam olarak mevcudiyetinin gerekliliğini konu hâline getirip işleyerek, güçsüz tarafın iradesini baskı altına alan unsurları bertaraf edip, tarafların süreci her zaman terk edebileceklerini onlara izah ederek yapabilir.

Arabuluculuğa ilişkin olarak temel düzenleme niteliğinde olan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun kabul edildiği tarihte arabuluculuğun iradi olması esas alınmış ve söz konusu Kanun bu esasa göre şekillendirilmiştir. Nitekim HUAK'ın 3. maddesine göre tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest olduğu düzenlenmiştir. Yine iradilik ilkesinin neticesi olarak, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği md.7 uyarınca taraflar bu sürecin içine zorla dâhil edilemeyecekleri gibi her aşamada uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmekten de vazgeçebilirler. Bununla birlikte 7036 sayılı Kanun³³ ile birlikte iş uyuşmazlıklarına ilişkin olarak zorunlu bir arabuluculuk müessesesi öngörülmüştür.³⁴ Bu düzenlemeyi ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğu düzenleyen "TTK md.5/A" hükmü³⁵ ve tüketici uyuşmazlıklarında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması zorunlu arabuluculuğu düzenleyen 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a "Dava şartı olarak arabuluculuk" başlığı ile eklene "73/A" hükmü³⁶ takip etmiştir. Bu bağlamda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun "İradi Olma ve Eşitlik" başlığı taşıyan 3. maddesine eklenen düzenlemeyle dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin 18/A maddesi hükmünün saklı olduğu ifade edilmiştir.³⁷

Arabuluculuğa ilişkin temel kanun 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu olmasına rağmen "zorunlu arabuluculuğa" ilişkin muhtelif kanunlarda yapılan düzenlemeler kanun yapma tekniğine uygun olmadığı ve yorum yanlışlıklarına sebebiyet verebileceği gerekçeleri ile doktrinde isabetli olarak ifade edilmiştir.³⁸

³² Dür, Arabuluculuk Faaliyeti, 139.

³³ 12.10.2017 tarihinde TBMM Genel Kurulunda görüşülerek kabul edilmiş, 25.10.2017 gün ve 30221 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

³⁴ Zorunlu arabuluculuk yöntemleri ve mukayeseli hukuk alanında arabuluculuk hakkındaki gelişmeler için bakınız: Özümücü, "Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", 808 vd.

³⁵ Ek: 6/12/2018-7155/20 md.

³⁶ Ek: 22/7/2020-7251/59 md.

³⁷ Ek cümle: 6/12/2018- 7155/22 md.

³⁸ Ekmekçi, Özkes, Atalı ve Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 126.

İş uyuşmazlıklarındaki dava şartı arabuluculuk düzenlemesi ile ilgili olarak İş Mahkemeleri Kanunu'nun genel gerekçesinde³⁹ işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıkların hem çalışma hayatının hem de yargının gündeminde önemli bir yer tuttuğu ve ilk derece mahkemelerindeki ve Yargıtay'daki uyuşmazlıkların önemli bir bölümünü oluşturduğu ifade edilmiştir. Bunun yanında işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlık çeşit ve sayısının artmasının nedenleri olarak nüfus artışı, iş alanları ve iş yapma şeklinin değişmesi, teknoloji alanındaki gelişmeler ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin alanın genişlemesi gösterilmiştir.

Zorunlu arabuluculuğu arabuluculuğun temel ilkeleri ve bilhassa iradilik ilkesi bağlamında savunmak güçtür. Bunun yanında bilhassa çalışmamızın konusunu oluşturan iş uyuşmazlıkları bakımından, "işçinin korunması" ilkesinin yargısal yollarla çözümünün sağlandığı, bu nedenle yargısal yollar dışında uyuşmazlık çözümlerinin, iş hukukunun temel ilkeleri ile varlık nedenlerine zarar verebileceği ifade edilmiştir.⁴⁰ Bunun gibi arabuluculuk sürecinin gizli ve esnek bir süreç olması nedeniyle güçlü olan tarafın süreçte baskın olmasına, güçsüz olan tarafın ise yargı güvenesinden yoksun kalması nedeniyle daha da güçsüz kalarak üzerinde baskı oluşmasına neden olabileceği de savunulmuştur.⁴¹ Zorunlu arabuluculuk yerine tarafların arabuluculuğa başvurması için özendirici tedbirler alınabileceği ifade edilmiştir.⁴²

Doktrinde ileri sürülen kritiklere paralel olarak 7036 sayılı Kanun'un arabulucuya başvuru zorunluluğuna ilişkin hükümleri ile 4857 Sayılı İş Kanunu'nun işe iade talepli uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmasının zorunlu olduğuna ilişkin hükümlerin iptali ve yürürlüklerinin durdurulması için Anayasa Mahkemesinde dava açılmıştır. Söz konusu iptal isteminde arabuluculuğa başvurmada işçiye özgür iradesiyle hareket etme imkânının tanınmamasının hak arama hürriyetini engellediği, hakkın özüne dokunan ölçü-

³⁹ Gerekçede yer alan 2016 yılı Aralık ayı verilerine göre ülkemizde 14 milyona yakın işçi ve 1 milyon 750 bine yakın işyeri bulunmaktadır. 2017 yılı Mayıs ayı verilerine göre 50'si sosyal güvenlik hukukunda uzman olmak üzere 320 iş mahkemesinde 376 hâkim ve İş mahkemesi kurulmayan yerlerde ise 514 asliye hukuk mahkemesi iş mahkemesi sıfatıyla işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlıkları çözmek için çalışmaktadır. Gerekçede yer alan 2016 yılı verilerine göre ilk derece mahkemelerindeki 3 milyon 525 bin civarındaki hukuk uyuşmazlığının yaklaşık yüzde 15'i ve Yargıtay'da bakılan 780 bin civarındaki hukuk uyuşmazlığının yaklaşık yüzde 30'u iş uyuşmazlıklarından kaynaklanmaktadır. Gerekçede yer alan Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü verilerine göre iş davalarının yıllık ortalama görülme süresi 2010 yılında 466, 2011 yılında 488, 2012 yılında 483, 2013 yılında 381, 2014 yılında 417, 2015 yılında 431, 2016 yılında 434 gün olarak gösterilmiştir.

⁴⁰ Zeynep Şişli, "Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözümü", Ankara Barosu Dergisi, S.2 (2012): 64; Yamakoğlu, Efe; Ay, Ömer Mirac. "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Doğan İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.15 (2020): 141.

⁴¹ Namı, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi", 158.

⁴² Kürşat Karacabey, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi, S.1 (2016): 464 vd.

süz bir müdahale olduğu, kuralla yargı yoluna başvurulmadan önce yeni bir zorunlu aşama getirilerek doğal hâkim ilkesinin sınırlandırıldığı belirtilmiş ise de Anayasa Mahkemesi söz konusu gerekçeleri yerinde bulmamış iptal talebinin reddine karar vermiştir.⁴³

Zorunlu arabuluculuk uygulamasının; iradilik ilkesi, hak arama özgürlüğü vb. esaslar bakımından ayrıntılı olarak değerlendirilmesi ve tartışılması bu çalışmanın kapsamını aşacağından bu bahsi bitiriyoruz.

İş Mahkemeleri Kanunu md.3/1 itibariyle; kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. 7036 sayılı Kanun gerekçesinde, işçi veya işveren alacağı niteliğindeki uyuşmazlıklardan kaynaklı taleplerden kaynaklı uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın iş ilişkisinden kaynaklanması gerektiği,⁴⁴ ayrıca talebe ilişkin olarak tarafların işçi ve işveren niteliği taşıması ve taleplerin birbirlerine karşı ileri sürülmüş olması gerektiği belirtilmiştir. Bu itibarla kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, ücret, prim, ikramiye, fazla çalışma ücreti, fazla sürelerle çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, yıllık izin ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, ayrımcılık tazminatı, kötü niyet tazminatı, sendikal tazminat, yol yardımı, yakacak yardımı ve iş ilişkine bağlı maddi ve manevi tazminatı zorunlu arabuluculuğa tabi işçi alacakları olarak sıralanabilir.⁴⁵ Bunun yanında iş sözleşmesi feshedilen işçi; fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu

⁴³ Zorunlu arabuluculuğun hak arama hürriyetine engel teşkil edip etmediği Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiş ve söz konusu düzenlemenin hak arama hürriyetine engel teşkil etmediği kanaatine varılmıştır. Detaylı bilgi için bkz.: AYM, 2017/178 E., 2018/82 K., 11.07.2018 T., RG: 11.12.2018, S.30662. Zorunlu arabuluculuğun hak arama hürriyetini ihlal etmediğine ilişkin görüşler bakımından bkz.: Gülgün İldir, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), 45; Ersin Erdoğan, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi”, Legal İSGHD, C.14, S.55 (2017): 1222. Zorunlu arabuluculuk bakımından Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları bağlamında değerlendirme için bkz.: Mert Namlı, “Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı ile İlişkisi”, Legal İSGHD, C.15, S.60 (2018): 1295 vd.

⁴⁴ Gerekçede belirtilen örneğe göre; işçi veya işverenin iş ilişkisi kapsamında birbirlerine hakaret etmelerinden kaynaklanan ya da işçinin işyerindeki işverene ait mal ve malzemelere zarar vermesinden doğan tazminat taleplerinde arabuluculuğun dava şartı olduğu, ancak işverenin kiracısı olan bir işçinin, kira borcunu ödememesinden kaynaklanan, bir başka ifadeyle iş ilişkisinden doğmayan alacakların kapsamında sayılmayacağı ifade edilmiştir.

⁴⁵ Özlem Özkes, “İşe İade Taleplerinde Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk,” TBB Dergisi, S.138 (2018): 283; Mustafa Kılıçoğlu, İş Hukuku Esasları Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Uygulaması ve İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, 2. Bası, (Ankara: Bilge Yayınevi, 2019), 678; Şahin Çil, İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K. Uygulaması, Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar, İş Güvencesi, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2018), 19; Cumhur Sinan Özdemir, “İş Davalarında Zorunlu Arabuluculuk Sistemi”, Mali Çözüm Dergisi, Y. 27, S.144 (2017): 245.

hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır.⁴⁶ İşe iade talepli uyuşmazlıklar bakımından arabulucuya başvuru zorunluluğu ilerleyen paragraflarda ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

B. ASIL İŞVEREN-ALT İŞVEREN İLİŞKİSİNDE ARABULUCULUK

Üçlü iş ilişkisi söz konusu olduğu durumlardan olan asıl işveren-alt işveren müessesesinde işçi, haklarının teslimi için müteselsil sorumlu olan alt işveren veya asıl işveren bakımından, birlikte veya ayrı ayrı arabuluculuğa başvurabilir.⁴⁷ Anlaşmanın gerçekleşebilmesi için alt işveren ve asıl işverenin birlikte arabuluculuğa katılması ve anlaşma sağlanması şart değildir.⁴⁸ Bununla birlikte işçi, alacakları için dava açmak isterse asıl işveren-alt işveren ilişkisinde her iki işveren de müteselsil sorumlu olduğu için husumeti iki işverene birlikte yöneltmesi işçinin menfaatine olacaktır. Aksi hâlde husumet asıl işveren yahut alt işverenden kime yöneltmişse sadece onun hakkında hüküm ifade edecektir. Benzeri biçimde işçi müteselsil sorumlu olan asıl işveren ve alt işverenden yalnızca biri bakımından arabulucuya başvurduğu takdirde bu kişilerin arabulucuda yapmış olduğu anlaşma sadece kendilerini bağlayacaktır.

Arabuluculuk görüşmelerinde anlaşamama durumunda işçi dava açmayı düşünüyorsa dava şartı bakımından asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte arabulucuya başvurması gereklidir. Aksi hâlde arabulucuya başvurmadığı işveren bakımından dava açmak isteyen işçi, tekrar arabulucuya başvurmak zorunda kalacaktır. Arabuluculuk sürecinin sadece asıl işverenle yürütüldüğü, buna karşılık süreç sonunda anlaşamama durumuna bağlı olarak açılan davada husumetin asıl işveren ve alt işverene birlikte yöneltildiği bir örneği inceleyelim. Bu durumda alt işveren bakımından tefrik kararı verilmek suretiyle davanın dava şartı yokluğu sebebiyle reddi gerekmektedir. Bununla birlikte asıl işveren bakımından dava şartı yokluğundan söz edilemez.⁴⁹

İşçi alacakları bakımından durum bu şekilde olmakla beraber işe iade bakımından asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda dava şartı arabuluculuk süreci için özel bir düzenleme öngörülmüştür. Nitekim 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 15. fıkrası hükmünde; asıl

⁴⁶ Y9.HD, 14.9.2020, E.2020/5349, K.2020/7421: "7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3/1. maddesinde "kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebi ile açılan davalarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır" şeklinde düzenlemeye yer verilerek dava şartı olarak arabuluculuk öngörülmüştür. Aynı Kanun'un 3/21. maddesi uyarınca uygulanan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15/3. maddesinde ise "Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür" denilmek sureti ile arabuluculuk faaliyetinin ne şekilde sürdürüleceği belirlenmiştir".

⁴⁷ Çil, "Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi", 108.

⁴⁸ Ekmekçi, Özekes, Atalı ve Seven, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 238.

⁴⁹ Bursa BAM 3.HD, 13.12.2018, E.2018/670, K.2018/3043.

işveren-alt işveren ilişkisinin mevcudiyeti hâlinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranmaktadır. Söz konusu hükmün gerekçesinde, alt işverenin çalıştırdığı işçi tarafından işe iade talebiyle açılan davalarda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz olduğunun veya muvazaaya dayandığının belirlenmesine bağlı olarak, davalının gerçek işveren olmadığı belirlenmesi hâlinde taraf sıfatı sorununun ortaya çıktığı, davanın sıfat yokluğu sebebiyle reddi durumunda ise işçinin gerçek işverene karşı dava açması gerektiğinden işçinin, işe iade davaları için öngörülen bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesiyle karşı karşıya kaldığı, bu durumun işçiyi mağdur ettiği ve bir aylık süre geçmemişse yeni bir dava açılmasının da usul ekonomisine aykırı olduğu ifade edilmiştir.

Bahse konu maddenin gerekçesinde, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığı konusunda yapılması gereken yargısal denetimin, ilişkinin taraflarını, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını, kendi hukuklarını koruyacak açıklamaları yapmalarını ve iddialarıyla ilgili olarak ispat haklarını kullanmalarını zorunlu kıldığı, aksi takdirde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile 6100 sayılı Kanun'un 27. maddesinde öngörülen hukuki dinlenilme hakkına aykırılığın gündeme gelebileceği belirtilmiş, dolayısıyla asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda, işe iade davalarına özgü olarak, davalı taraf yönünden mecburi dava arkadaşlığının var olduğunun kabulünün gerektiği öngörülmüştür.

Söz konusu gerekçede bahsi geçen “mecburi dava arkadaşlığı” hususunu kısaca ele almak gerekmektedir. Nitekim mevzuatımız bakımından açık bir düzenleme olmamakla birlikte, işe iade davalarına özgü olarak asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalar bakımından davalı taraf yönünden şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığının bulunduğu Yargıtay kararlarında⁵⁰ da kabul edilmektedir.⁵¹ HMK md.59 hükmü itibarıyla, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi gereken hâllerde, mecburi (zorunlu) dava arkadaşlığı vardır. Mecburi dava arkadaşları, ancak birlikte dava açabilir veya aleyhlerine de birlikte dava açılabilir ki; kendi içinde maddi bakımdan ve şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı olmak üzere ikiye ayrılır.⁵²

⁵⁰ Y22. HD, 20.12.2018, E.2018/16121, K.2018/27965.

⁵¹ Konuyla ilgili olarak bkz.: İftar Urhanoğlu, “Geçersiz Fesih ve İşe İade Davalarında, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Bulunduğu Durumlarda Davalı Yönünden Şekli Bakımdan Mecburi Dava Arkadaşlığı (Karar İncelemesi)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.29 (2013) 117; Gülsevil Alpagut, “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2017 Yılı Toplantıları, (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2018), 112 vd.

⁵² Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 1. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017), 354; Pekcanitez, Özkes, Akkan ve Taş Korkmaz, Medeni Usul Hukuku, 121.

Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığında, mecburi dava arkadaşlarının birlikte dava açması veya aleyhlerine de birlikte dava açılması hem maddi hem de şekli zorunludur.⁵³ Buna mukabil şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığında, maddi bir zorunluluk olmadığı hâlde kanun gereği gerçeğin ve hukuki ilişkinin daha iyi bir biçimde ortaya çıkarılması ve karara bağlanması bakımından birden fazla kişiye karşı birlikte dava açılması zorunlu kılınmıştır.⁵⁴

Yukarıda da ifade edildiği üzere Yargıtay tarafından asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu işe iade davalarında, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik yargısal denetimin, asıl işveren ve alt işverenin davada yer almaları ve her iki tarafın açıklama ve ispat hakkını kullanmalarını zorunlu kıldığı, bu sebeple taraflar arasında bir çeşit şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu ifade edilmektedir.^{55,56}

⁵³ Melis Çömlekçi Sarı, İş Güvencesi Hükümleri Bakımından Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul: 2018), 65.

⁵⁴ Ahmet Taşkın, Türk İş Hukukunda ve İşletme Yönetiminde Alt İşverenlik İlişkileri, 1. Baskı, (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2016), 393.

⁵⁵ Y22. HD, 10.10.2017, E.2017/39113, K.2017/21278.

⁵⁶ Daha önce asıl işveren - alt işveren arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunduğu görüşünde olan Yargıtay görüş değişikliğini şu şekilde açıklamıştır: Y22. HD, 18.11.2011, E.2011/6169, K.2011/5306: "Alt işveren işçisi tarafından, feshin geçersizliğine karar verilmesi istemiyle yalnızca alt işveren hakkında veya geçersizlik yahut muvazaa iddiasıyla sadece asıl işveren aleyhine açılan davalarda, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz veya muvazaaya dayandığının belirlenmesine bağlı olarak, davalı olarak gösterilen kişinin işçinin gerçek işvereni olmadığı belirlenmesi halinde taraf sıfatı sorunu ortaya çıkmaktadır. Davanın taraf sıfatı yokluğu nedeni ile reddedilmesi halinde, gerçek işverene karşı açılacak davada işçi, çoğunlukla, işe iade davaları için öngörülen bir aylık dava açma süresini kaçırma tehlikesi ile karşılaşmaktadır. Böyle bir sonuç işçiyi mağdur edeceği gibi, bir aylık süre geçmemişse yeni bir dava açılmasını gerektirmesi nedeni ile usul ekonomisine de uygun düşmez. Gerek daha önce işe iade davalarının bakan Yargıtay 9. Hukuk Dairesince ve gerek Dairemiz tarafından davacının temsilcide yanıldığı veya taraf sıfatında maddi hataya düştüğü kabul edilmek suretiyle taraf değişikliği konusunda mülga 1086 sayılı HMK'nın katı kuralları aşılarak sorun çözülmeye çalışılmıştır. Ne var ki, işe iade davası asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte açıldığında asıl işveren hakkında taraf sıfatı yokluğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmezken, sadece asıl işveren hakkında dava açılmışsa taraf sıfatının bulunmadığı ve taraf sıfatında yanılığının kabulüne karar verilmesi sözü edilen çözümün çelişkisi olarak dikkat çekmiştir. Öte yandan, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Kanunun 124. maddesinde kabul edilebilir yanılığa dayanan iradi taraf değişikliği taleplerinin mahkemece kabul edilmesi yönünde düzenleme yapılmıştır. Ancak sözü edilen düzenlemede taraf değişikliğinin talep şartına bağlanması karşısında, hâkim tarafından bu hususta taraflara hatırlatmada bulunulması mümkün değildir. Bu nedenle talep olmadığı halde, taraf sıfatında maddi hataya düştüğünden söz edilmek suretiyle mahkeme kararının bozulmasına yönelik uygulamaya devam edilmesinin, kanunun belirtilen açık düzenlemesi karşısında, mümkün olmadığı görülmektedir. Hal böyle olunca, Dairemizde yukarıda belirtilen içtihadın yeniden gözden geçirilerek değerlendirilmesi ihtiyacı doğmuştur. Mahkemece verilecek hükmün etkisi bakımından mecburi dava arkadaşlığı, maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ve şekli (usuli) bakımdan mecburi dava arkadaşlığı olarak ikiye ayrılmaktadır. Maddi bakımdan mecburi dava arkadaşlığı, maddi hukuka göre bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılması veya birden fazla kimseye karşı birlikte ileri sürülmesi ve tamamı hakkında tek hüküm verilmesi zorunlu hallerde söz konusu olur (6100 sayılı HMK m.59). Şekli (usuli) bakımdan mecburi dava arkadaşlığı ise, kanunun özel

Doktrinde Yargıtay'ın ulaştığı bu sonuç; asıl işveren alt işveren arasında ihtiyari dava arkadaşlığı olduğu, Türk Borçlar Kanunu'nda müteselsil sorumlulukta alacaklının borcun tamamının veya bir kısmının ifasını dilerse borçlulardan birinden, dilerse hepsinden isteyebileceği, asıl işveren-alt işveren arasında rücu ilişkisinde geçerli olan ve kendileri arasında davanın ihbarı ile yerine getirilmesi gereken usulî işlemin davacı işçiye yükletilmesi ve mecburi olarak davaya diğer işverenin dahil edilmesinin istenmesinin isabetli olmayacağı ifade edilmek suretiyle kritik edilmiştir.⁵⁷ Buna karşılık Yargıtay'ın asıl işveren-alt işveren bakımından kabul ettiği mecburi dava arkadaşlığı hususunun; asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaalı olup olmadığının ya da kanuna uygun olup olmadığının incelendiği bir davada, asıl işveren ya da alt işverenin yer almaması düşünülemez olduğundan işe iade davaları bakımından işçinin korunması düşüncesi ve hukuki dinlenilme hakkı gereği isabetli olduğu da belirtilmiştir.⁵⁸ Aynı yönde doktrinde, Yargıtay içtihadını gerek işçi gerek işveren bakımından uygun, maddi ve usulî bakımdan her iki tarafın haklarının korunmasını sağlayan, asıl işveren-alt işveren ilişkisinde işe iade davalarını usulî açıdan sağlam bir hukuki zemine oturtan bir çözüm yolu olarak değerlendirildiği görülmektedir.⁵⁹

Yukarıda da ifade edildiği üzere 7036 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 15. fıkrasında yer verilen bu özel düzenleme, işe iade uyumsuzluklarında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde bunlar arasında bulunan dava arkadaşlığı dikkate alınmak suretiyle hazırlanmıştır. Bu bağlamda asıl işveren-alt işveren arasında mevcut şekli mecburi dava arkadaşlığının, işçi bakımından taraf teşkili

hükümleri ve davanın niteliğinden kaynaklanan, birden fazla kişiye karşı dava açılmasının ve yürütülmesinin zorunlu olduğu hallerde oluşan dava arkadaşlığına denir. (Pekcanitez, Özkes, Akkan ve Taş Korkmaz, Medeni Usul Hukuku, 223). Şekli dava arkadaşlığı, gerçeğin tam olarak ortaya çıkarılması ve taraflar arasındaki ilişkinin doğru karara bağlanmasını sağlamak için kabul edilmiştir. Bu durumda, dava konusu hukuki ilişki hakkında bütün dava arkadaşlarına yönelik tek ve aynı doğrultuda bir karar verme zorunluluğu yoktur. Ayrıca dava arkadaşlarının yaptıkları usulî işlemler birbirinden bağımsızdır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarına göre asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli olup olmadığı veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik re'sen yapılması gereken yargısal denetim, ilişkinin taraflarının, yani asıl işveren ve alt işverenin davada yer almalarını ve kendi haklarını koruyacak açıklama ve ispat haklarını zorunlu kılmaktadır. Aksince bir düşünce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. maddesinde öngörülen hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil eder. Buna göre, işe iade davalarına özgü olarak, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu davalarda, davalı taraf yönünden bir çeşit şekli (usulî) bakımdan mecburi dava arkadaşlığının mevcut olduğu kabul edilmelidir. Görüldüğü üzere, bu çözüm tarzı hem işçi hem de işveren yönünde hukuka uygun maddî ve usulî bakımdan her iki tarafın haklarını korumasını sağlayan bir çözümdür".

⁵⁷ Yalçın Bostancı ve Süleyman Serhat Kırtıloğlu, "İşçinin Asıl İşverene Karşı Dava Açması Durumunda Davanın Alt İşverene Teşmil Edilme Zorunluluğu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.2 (2013): 845-864.

⁵⁸ Seracettin Gökaş, "Asıl İşverenin İş Güvencesi Hükümleri Yönünden Sorumluluğu", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 7, S.27 (2012): 62.

⁵⁹ Fevzi Şahlanan, "Alt İşveren İşçisinin Açtığı İşe İade Davasında Mecburi Dava Arkadaşlığı (Karar İncelemesi)", Tekstil İşveren Dergisi, S.390 (2012): 3; Urhanoğlu, "(Karar İncelemesi)", 120.

ve işe iade davasının yasal süresi içerisinde açılmasına ve işveren açısından ise adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkının ihlaline yönelik sorunların çözümüne katkı sağladığı da ifade edilmelidir.⁶⁰

Söz konusu düzenlemeye ilişkin kanun gerekçesi itibarıyla, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersizliği veya muvazaaya dayanması hâlinde ortaya çıkacak sorunların önüne geçmenin amaçlandığı görülmektedir. Bununla birlikte öngörülen düzenlemeyle asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersizliğine veya muvazaaya dayanıp dayanmadığına yönelik herhangi bir ayırım yapmaksızın, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu bütün işe iade uyuşmazlıkları bakımından anlaşma sağlanabilmesini “işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması” şartlarının mevcudiyetine bağlamaktadır.⁶¹ Bu itibarla geçersiz veya muvazaaya dayanan asıl işveren-alt işverenlik ilişkisi söz konusu olduğunda dahi işverenler arasında da menfaat çatışması söz konusu olacağından anlaşma sağlanmasının pek mümkün olmayacağı ve düzenlemenin gerçek hayatta pek uyum gösteremeyeceği belirtilmiştir.⁶²

Bu noktada belirtmek gerekir ki; işe iade konusunda işçinin asıl muhatabının alt işveren olduğu düşünüldüğünde, arabuluculuk süreci sonunda işe iade hususunun, alt işverenin feshin geçersizliği ve işçinin işe iadesi konusundaki olumlu yaklaşımı ile çözüme kavuşturulması mümkündür. Bununla birlikte söz konusu 3. maddenin 15. fıkrasındaki düzenleme itibarıyla, asıl işverenin anlaşmamaya ilişkin göstereceği olası tutum, işe iade uyuşmazlığının arabuluculuk neticesinde çözüme kavuşturulmasına engel olabilecektir.⁶³ Konuya bu yönüyle baktığımızda söz konusu düzenlemenin zorunlu arabuluculuğun kanunla getiriliş amacına hizmet etmediği ve iş yükünün azalmasına olanak tanımadığından hareketle alt işveren ile işçi arasında söz konusu olabilecek olası bir anlaşmanın önünü kapamanın isabetli olmadığı söylenebilir.

Nihayet belirtelim ki, alt işveren-asıl işveren ilişkisinin mevcudiyeti durumunda işçiyle söz konusu işverenler arasında vuku bulabilecek uyuşmazlıklar işe iadede ibaret değildir. Bu noktada İMK md.3/15 hükmüyle öngörülen zorunluluğun yalnızca işe iade uyuşmazlıkları bakımından geçerli olduğunu, diğer işçi alacak ve tazminatları bakımından uygulanmayacağını ifade etmek gerekir. Yukarıda da ifade edildiği üzere diğer işçi alacak ve tazminatları bakımından da

⁶⁰ Şahlanan, “(Karar İncelemesi)”, 3; Urhanoğlu, “(Karar İncelemesi)”, 117.

⁶¹ Muhittin Astarlı, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 4857 Sayılı İş Kanunu’nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.38 (2017): 43; Emre Karabacak, Türk İş Hukukunda Alt İşveren Uygulaması ve Toplu İş Hukukunda Ortaya Çıkardığı Sorunlar, (Ankara: Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları, 2018), 98.

⁶² Özgür Oğuz, Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2019), 127; Alpagut, “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, 127.

⁶³ Talat Canbolat, “İş Yargısında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2017 Yılı Toplantıları, (İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2018), 102.; Mutlay, “İşe İade Davalarında Arabuluculuk”, 2149.

işçi ile işverenleri arasında bir iş uyuşmazlığının çözümü gerekebilir. Söz konusu uyuşmazlıklar bakımından ihtiyari dava arkadaşlığı dolayısıyla işçi tarafından ileri sürülen bütün taleplerin asıl işveren ve alt işverene karşı birlikte ileri sürülmesi mecburi değildir. Bununla birlikte işçi tarafından açılacak dava öncesinde, husumetin bunlardan yalnızca birine veya her ikisine karşı birlikte yöneltilmesi için öncelikle zorunlu arabuluculuğa başvurulmuş olması dava şartıdır.

SONUÇ

Gerek kamuoyunda gerekse iş hayatındaki uygulaması daha çok taşeronluk olarak adlandırılan asıl işveren-alt işveren ilişkisi ülkemizde esas itibariyle 1980’li yıllar sonrasında yaygınlık kazanmaya başlamıştır. Alt işveren, kendi işçilerine karşı doğrudan işveren konumunda olmakla birlikte, asıl işverenin işyerinin bir bölümünde veya işyeri eklentilerinden birinde faaliyet göstermekte ve bu faaliyet yeri alt işveren işçileri bakımından doğrudan işyeri niteliğinde olan işverendir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinden söz edebilmek bakımından alt işverenin asıl işverenden bağımsız bir yönetiminin ve iş organizasyonunun bulunması gerekmektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde, devletin yargılama yetkisine ve mutlak egemenliğine zarar vermeden, uyuşmazlığın taraflarının tatmin olacağı bir sonuca ulaşmalarını hedefleyen yöntemleri ifade etmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olarak başta arabuluculuk kurumu olmak üzere; uzlaşma, müzakere, tarafsız ön değerlendirme, vakıaların tespiti sayılabilir. Arabuluculuk kurumu, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içerisinde kendine özgü bir yöntem olarak kabul edilmektedir. Nitekim arabulucu; uyuşmazlığın ve tarafların niteliğine, uyuşmazlığın tarafları etkileme derecesine göre değişen yönetim davranış modelleri sergileyerek tarafların uyuşmazlıklarını çözmelerine yardımcı olmaktadır.

Arabuluculuğa ilişkin olarak temel düzenleme niteliğinde olan Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun kabul edildiği tarihte arabuluculuğun iradi olması esas alınmış ve söz konusu kanun bu esasa göre şekillendirilmiştir. Bununla birlikte 7036 sayılı Kanun ile birlikte iş uyuşmazlıklarına ilişkin olarak zorunlu bir arabuluculuk müessesesi öngörülmüştür. Çalışmamızın sınırları özelinde, zorunlu arabuluculuk uygulamasının; iradilik ilkesi, hak arama özgürlüğü vb. esaslar bakımından ayrıntılı olarak değerlendirilmesi ve tartışılması ayrıntılı olarak ele alınmamıştır.

İş Mahkemeleri Kanunu’nun 3. maddesi hükmü itibariyle; kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, ücret, prim, ikramiye, fazla çalışma ücreti, fazla sürelerle çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, yıllık izin ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, ayrımcılık tazminatı, kötü niyet tazminatı, sendikal tazminat, yol yardımı, yakacak yardımı ve iş ilişkisine bağlı maddi ve manevi tazminatı zorunlu arabuluculuğa tabi

işçi alacakları olarak sıralanabilir. Bunun yanında iş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde işe iade talebiyle, İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uyarınca arabulucuya başvurmak zorundadır.

Üçlü iş ilişkisi söz konusu olduğu durumlardan olan asıl işveren-alt işveren müessesesinde işçi, haklarının teslimi için müteselsil sorumlu olan alt işveren veya asıl işveren bakımından, birlikte veya ayrı ayrı arabuluculuğa başvurabilir. Anlaşmanın gerçekleşebilmesi için alt işveren ve asıl işverenin birlikte arabuluculuğa katılması ve anlaşma sağlanması şart değildir. İşçi alacakları bakımından durum bu şekilde olmakla beraber işe iade bakımından asıl işveren-alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda dava şartı arabuluculuk süreci için özel bir düzenleme öngörülmüştür. Nitekim 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin 15. fıkrası hükmünde; asıl işveren-alt işveren ilişkisinin mevcudiyeti hâlinde işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması aranmaktadır. Söz konusu özel düzenleme, işe iade uyuşmazlıklarında asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı hâlinde bunlar arasında bulunan dava arkadaşlığı dikkate alınmak suretiyle hazırlanmıştır. Bu bağlamda asıl işveren-alt işveren arasında mevcut şekli mecburi dava arkadaşlığının, işçi bakımından taraf teşkili ve işe iade davasının yasal süresi içerisinde açılmasına ve işveren açısından ise adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkının ihlaline yönelik sorunların çözümüne katkı sağladığı da ifade edilmektedir.

Nihayet belirtelim ki, işe iade konusunda işçinin asıl muhatabının alt işveren olduğu düşünüldüğünde, söz konusu düzenleme itibarıyla, asıl işverenin anlaşmamaya ilişkin göstereceği olası tutum, işe iade uyuşmazlığının arabuluculuk neticesinde çözüme kavuşturulmasına engel olabilecektir. Konuya bu yönüyle baktığımızda söz konusu düzenlemenin zorunlu arabuluculuğun kanunla getiriliş amacına hizmet etmediği ve iş yükünün azalmasına olanak tanımadığından hareketle alt işveren ile işçi arasında söz konusu olabilecek olası bir anlaşmanın önünü kapamanın isabetli olmadığı söylenebilir.

KAYNAKÇA

- Alpagut, Gülsevil. “Alt İşverenlik Yönetmeliği ve Hukuka Uygunluk Sorunu”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.5, S.20 (2008): 1347-1358.
- Alpagut, Gülsevil. “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara: 2014.
- Alpagut, Gülsevil. “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2017 Yılı Toplantıları, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, (2018): 111-131.
- Astarlı, Muhittin. “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 4857 Sayılı İş Kanunu’nun İş Güvencesi Hükümlerinde Öngördüğü Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.38 (2017): 38.
- Biçkin, İnci. “Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, Hukuk Perspektifler Dergisi, S.7 (2006): 34-39.
- Bostancı, Yalçın ve Kırtıloğlu, Süleyman Serhat. “İşçinin Asıl İşverene Karşı Dava Açması Durumunda Davanın Alt İşverene Teşmil Edilme Zorunluluğu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.2 (2013): 845-864.
- Brown, Henry ve Marriott, Arthur. ADR Principles and Practice. London: 2011.
- Canbolat, Talat. “İş Yargısında Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2017 Yılı Toplantıları, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, (2018): 95-111.
- Council of the European Union, Directive 2008/52/EC.
- Çil, Şahin, editör. Güzel, Ali. “Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi, İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum - 04 Nisan 2009, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul: (2009): 4-59.
- Çil, Şahin. İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 Sayılı İ.M.K. Uygulaması, Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar, İş Güvencesi. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2018.
- Çömlekçi Sarı, Melis. İş Güvencesi Hükümleri Bakımından Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisi. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: 2018.
- Demir, Fevzi. İş Hukuku ve Uygulaması. İzmir: Albi Yayınları, 2017.
- Dür, Orhan. Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya: 2017.
- Ekmekçi, Ömer; Özekes, Muhammet; Atalı, Murat ve Seven, Vural. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019.
- Erdoğan, Ersin. “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nda Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk ve Hak Arama Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi”, Legal İSGHD, C.14, S.55 (2017): 1211-1242.
- Göktaş, Seracettin. “Asıl İşverenin İş Güvencesi Hükümleri Yönünden Sorumluluğu”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.27 (2012) 56-67.
- İldır, Gülgün. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.

- Israel, R. Ben ve Faubert, P. editör Roger Blainpain. Equality and Prohibition of Discrimination in Employment Law, Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market, 8. Edition, Kluwer Law International, 2004.
- Karabacak, Emre. Türk İş Hukukunda Alt İşveren Uygulaması ve Toplu İş Hukukunda Ortaya Çıkardığı Sorunlar. Ankara: Türk Metal Sendikası Araştırma ve Eğitim Merkezi Yayınları, 2018.
- Karacabey, Kürşat. “Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, S.1 (2016): 457-489.
- Kekeç, Elif Kısmet. Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler. Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir: 2010.
- Kılıçoğlu, Mustafa. İş Hukuku Esasları Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri Uygulaması ve İş Hukuku Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk, 2. Bası. Ankara: Bilge Yayınevi, 2019.
- Kuru, Baki. İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 1. Baskı. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2017.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi; Astarlı, Muhittin ve Baysal, Ulaş. İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 5. Baskı. Ankara: Lykeion Yayınları, 2021.
- Mutlay, Barış Faruk. “İşe İade Davalarında Arabuluculuk”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.4 (2018): 2129-2154.
- Namlı, Mert. “Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuğun Mahkemeye Erişim Hakkı ile İlişkisi”, Legal İSGHD, C.15, S.60 (2018): 1295-1328.
- Namlı, Mert. “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medeni Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağının Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, Ankara: TİSK, Mayıs 2016, 151-166.
- Narmanlıoğlu, Ünal. İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014.
- Oğuz, Özgür. Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2019.
- Özbek, Mustafa Serdar. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2016.
- Özdemir, Cumhur Sinan. “İş Davalarında Zorunlu Arabuluculuk Sistemi”, Mali Çözüm Dergisi, Yıl 27, S.144 (2017): 245-252.
- Özekes, Özlem. “İşe İade Taleplerinde Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk”, TBB Dergisi, S.138 (2018): 273-316.
- Özmumcu, Seda. “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXXIV, S.2 (2016): 807-842.
- Pekcanitez, Hakan. “Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri”, Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), S.5 (2005): 12-16.
- Pekcanitez, Hakan; Özekes, Muhammet; Akkan, Mine ve Taş Korkmaz, Hülya. Medeni Usul Hukuku, C.3, 15. Bası. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz ve Özekes, Muhammet. *Medenî Usûl Hukuku Temel Bilgiler*, 11. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- Sarısözen, M. Serhat. “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Getirdikleri, İcra Edilebilirlik Belgesi ve Arabuluculuğun Avukatın Tekel Hakkına aykırılık Oluşturup Oluşturmadığı Sorunu”, *EÜHFD*, C.15, S.1-2 (2011): 255-271.
- Scimecca J. A., editör Sandole, Dennis J. D. ve Merwe, Hugo van der. “The Oryand Alternative Dispute Resoution: A Contradiction in Terms?”, *Conflict Resolution Theory and Practice, Integration and Application*, Manchester: 1993.
- Steffe, Felix, editör Steffek; Unberath; Genn; Greger ve Menkel-Meadow. “Principled Regulation of Dispute Resolution: Taxonomy, Policy, Topics”, *Regulating Dispute Resolution ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oregon: 2013.
- Süzek, Sarper. *İş Hukuku*, 21. Baskı: İstanbul: Beta Yayınları, 2021.
- Şahlanan, Fevzi. “Alt İşveren İşçisinin Açtığı İşe İade Davasında Mecburi Dava Arkadaşlığı (Karar İncelemesi)”, *Tekstil İşveren Dergisi*, S.390 (2012): 2-6.
- Şişli, Zeynep. “Bireysel İş Uyuşmazlıkları ve Yargısal Çözümü”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.2 (2012): 45-67.
- Tanrıver, Süha. “Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C.2, Ankara: 2010, 2025-2036.
- Tanrıver, Süha. “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuk ve Sosyolojik Bir Bakış”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara: 2006, 821-842.
- Taşkın, Ahmet. *Türk İş Hukukunda ve İşletme Yönetiminde Alt İşverenlik İlişkileri*, 1. Baskı. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2016.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis. *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, 1. Bası. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012.
- Urhanoglu, İftar. “Geçersiz Fesih ve İşe İade Davalarında, Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinin Bulunduğu Durumlarda Davalı Yönünden Şekli Bakımdan Mecburi Dava Arkadaşlığı (Karar İncelemesi)”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.29 (2013): 115-121.
- Yamakoğlu, Efe ve Ay, Ömer Mirac. “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.8, S.15 (2020): 139-163.

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNE TANINAN BİLGİ ALMA HAKKI VE BU HAKKIN ÜYELERİN GÖREV VE SORUMLULUKLARI İLE İLİŞKİSİ^{*1}

Dr. Öğr. Üyesi **Hasan KARSLIOĞLU**^{*2}

Öz

6102 Sayılı TTK'nın 392'nci maddesinde düzenlenen yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkı, yönetim kurulu üyelerinin ağır ve kapsamlı sorumluluklarının doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, hakkın kapsam ve sınırlarının incelenmesi üyelerin hangi hallerde bilgi alma haklarını kullanıp kullanamayacaklarının belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Nitekim üyelerin bilgi alma hakkının herhangi bir sınırlama olmaksızın kullanılabileceğinin kabulünün, kanunda düzenlenen hakkın amacına aykırı olabileceği düşünülmektedir. Bu kapsamda, yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkının sınırının genel olarak üyelerin sorumluluklarının doğabileceği noktaya kadar olduğu, sorumluluğun doğmasının ise her üyenin kendi görev ve yetkisi kapsamında kalan konularda mümkün olabileceği ve bu görev ve yetkilerin detaylı olarak belirlenmesinin ise bir yönetim kurulu iç yönergesi düzenlemek sureti ile mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda, bilgi alma hakkı zamansal olarak kullanılmaları bakımından yönetim kurulu toplantısından önce, yönetim kurulu toplantısı esnasında ve yönetim kurulu toplantısı dışında kullanılan bilgi alma hakkı olmak üzere üçe ayrılarak incelenmekte, hakkın kapsam ve sınırlarının yönetim kurulu üyelerinin görev ve sorumlulukları ile olan ilişkisi ise buna göre değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Yönetim Kurulu, Bilgi Alma Hakkı, Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, İç Yönerge, Yönetim Kurulu Üyelerinin Görev ve Yetkilerin Belirlenmesi.

RIGHT TO OBTAIN INFORMATION OF THE JOINT STOCK COMPANY'S BOARD OF DIRECTORS MEMBERS AND THE RELATIONSHIP OF THIS RIGHT WITH THEIR DUTY AND LIABILITY

Abstract

Right to obtain information of the Board of Directors members which is regulated under the 392nd Article of the TCC numbered 6102, as much as being a right, also constitutes an obligation for the board members. Right to obtain information appears as a natural outcome of the heavy and extensive liability of the board members. In addition to this, review of the scope and limits of these rights is of importance in manner of determining how to use this right. Also, it would be in contradiction with the purpose of this right, to accept that the members are allowed to use their right to obtain information without being subject to any limits. Within this scope, limits of the right to obtain information of the board members appear when their liability arises in accordance with their duty and authority which can be regulated in detailed through company's internal directive. With regards to the relationship between right to obtain information and duty and liability of the board members, right to obtain information will be examined in this article in three different categories according to their timewise usage which are; right to obtain information before the board meeting, during the board meeting and after the board meeting, and the scope and limits of the right to obtain information and its relationship with members' liability are addressed accordingly.

^{*1} Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 10.11.2021 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 21.12.2021, DOI No: 10.54704/akdhfd.1021590.

^{*2} İstanbul Teknik Üniversitesi, İşletme Fakültesi, İşletme Mühendisliği Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye.
E-posta: hasankarslioglu@itu.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-3872-9986>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

Keywords

Board of Directors, Right to Obtain Information, Liability of the Board Members, Internal Directive, Determination of the Duty and Authority of the Board Members.

Extended Abstract

Right to obtain information of the Board of Directors members which is regulated under the 392nd Article of the TCC numbered 6102, as much as being a right, also constitutes an obligation for the board members. Right to obtain information appears as a natural outcome of the heavy and extensive liability of the board members. In addition to this, review of the scope and limits of these rights is of importance in manner of determining how to use this right. Also, it would be in contradiction with the purpose of this right, to accept that the members are allowed to use their right to obtain information without being subject to any limits. Within this scope, limits of the right to obtain information of the board members appear when their liability arises in accordance with their duty and authority which can be regulated in detailed through company's internal directive. Rights and authorities of the board members, especially the specific duty, power, liability, or accountability of each member can be designated within the internal directive. As a result, all members shall be liable within the scope of their own authority or designated duties. In addition to this, considering the fact that each member obtains information on the matters that are related to their liability, here the term of "matters related to the liability" should be subject to a broad interpretation and contain both direct and indirect relation. Additionally, as a rule, board of directors uses its authority in order to manage the company as a board. However, occasionally board may decide to confer some of its authorities to certain members or third parties. In this case, board's authority may be conferred through an internal directive to be prepared by the board itself. With the internal directive that includes the conferral of the authority, also the liability gets transferred to the competent persons accordingly. The reason for this is that one of the fundamental purposes of the transfer of authority is the removal of the liability of the unauthorized member. This way, by accepting the fact that the liability only arises for the members to whom the duties and authorities have been transferred, in case of transfer of authority, right to obtain information shall be transferred to the authorized member accordingly. Thus, it would be appropriate to state that each board member shall be liable within the framework of their duties and authorities appointed with the internal directive. Article 375 of the TCC set forth the untransferable duties and authorities of the board of directors. As per the relevant provision, monitoring duty of the board is one of the untransferable duties and authorities. Thus, the board cannot be disposed from the liability that may arise out of its monitoring duty. Consequently, the board members can use their right to obtain information when it is required as a result of their monitoring duty. Moreover, if board members cause a damage in the company due to not fulfilling their obligation to obtain information with default, there would be a causal link between the act of the members and the damage, they should be held liable because of their faulty act of not obtaining information. With regards to the relationship between the right to obtain information and duty and liability of the board members, right to obtain information will be examined in this article in three different categories according to their timewise usage which are; right to obtain information before the board meeting, during the board meeting and after the board meeting, since the determination of the scope and limits of the right to obtain information and its relationship with members' liability are addressed accordingly.

GİRİŞ

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma ve inceleme hakkı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 392'nci maddesinde düzenlenmektedir. TTK'nın 392'nci madde hükmünde yönetim kurulu üyelerine tanınan bilgi alma ve inceleme hakkı, yönetim kurulu üyeleri açısından bir hak olmanın yanı sıra, aynı zamanda bir yükümlülük teşkil etmekte ve yönetim kurulu üyelerinin ağır ve kapsamlı sorumluluklarının bir sonucu olarak, üyelerin sorumluluktan kurtulabilmeleri için bu yükümlüğün yerine getirilmesi gerekli olmaktadır.¹

¹ Mehmet Bahtiyar, Ortaklıklar Hukuku, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2019), 245.

Yönetim kurulu üyeleri açısından sorumluluk ve bilgi alma hakkı TTK'da bir-biri ile ilişkili olarak düzenlenen müesseseler olup 6762 sayılı mülga TTK ile 6102 sayılı TTK arasında bu konuda da bazı farklı yaklaşımlar benimsenmekte, 6762 sayılı mülga TTK'daki bazı düzenlemeler, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu sistemiyle bağdaşmamaktaydı. Nitekim mülga kanunda, yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumluluğu öngörülmekte; ancak üyelerin sorumluluğu doğurucu defter ve evrakı inceleme yetkileri yönetim kurulunun iznine tabi tutulmak suretiyle kısıtlanmaktaydı.² 6102 sayılı TTK'da ise, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili hükmündeki düzenlemelere benzer bir şekilde, her yönetim kurulu üyesi bireysel olarak bilgi alma hakkına sahip olmakta, böylelikle yönetim kurulu üyeleri açısından sorumluluk ve yetki dengesi sağlanmaya çalışılmaktadır.

Yönetim kurulunun, organ sıfatını haiz olması sebebiyle bilgi ve hesap verme yükümlüsü olmasının yanı sıra bilgi alma hakkı sahibi de olduğu kabul edilmektedir.³ Bununla birlikte, tüm diğer haklar gibi, yönetim kurulu üyelerine tanınan bilgi alma hakkı da sınırsız değildir. Nitekim yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkı, en temelde ve en geniş yorumu ile yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları ile paralellik göstermektedir. Açıklanan nedenle, çalışmamızda öncelikle bilgi alma hakkına genel olarak değinilecek, daha sonra ise bilgi alma hakkı ile yönetim kurulu üyelerinin görev ve sorumlulukları arasındaki ilişki, iç yönerge kavramı da göz önünde bulundurularak açıklanmaya gayret edilecektir. Ayrıca, karşılaştırmalı bir bakış açısıyla konuyu ele almanın faydalı olabileceği düşüncesiyle yer yer İsviçre ve Alman hukukunda yer alan bilgi alma hakkına ilişkin düzenlemelere de değinilerek konu ele alınacaktır.

I. GENEL OLARAK BİLGİ ALMA HAKKININ KAPSAMI

Bilgi alma ve inceleme hakkı TTK'nın 392/1'inci fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir; *"Her yönetim kurulu üyesi şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilir, soru sorabilir, inceleme yapabilir. Bir üyenin istediği, herhangi bir defter, defter kaydı, sözleşme, yazışma veya belgenin yönetim kuruluna getirilmesi, kurulca veya üyeler tarafından incelenmesi ve tartışılması ya da herhangi bir konu ile ilgili yöneticiden veya çalışandan bilgi alınması reddedilemez. Reddedilmişse dördüncü fıkra hükmü uygulanır"*. Buna göre, bilgi alma hakkı bütün yönetim kurulu üyelerine ait bir haktır. Bu hak, yönetim kurulu üyelerinin görev ve sorumluluğunun bir gereği olarak kanunla teminat altına alınmış olup kaldırılması ve kısıtlanması mümkün olmayan şahsi bir hak olarak değerlendirilmektedir.⁴

² Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi 2. Cilt, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 1386.

³ Arslan Kaya, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2001), 60.

⁴ Savaş Bozbel, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı," Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1, S. 1 (2013): 79-96.

TTK'da düzenlenen bilgi alma ve inceleme hakkı, bir madalyonun iki yüzüne benzetilebilir. Nitekim, söz konusu düzenleme, yönetim kurulu üyelerine tanınmış bir hak olmanın yanı sıra, aynı zamanda bir yükümlülük olarak da ortaya çıkmaktadır. Şirket yönetim ve temsilinin amaca uygun olarak gerçekleşmesi yönetim kurulu üyelerinin şirketin iş ve işlemleri hakkında doğru bilgi almalarına bağlıdır.⁵ Bir diğer yandan, yönetim kurulu üyelerinin, tedbirli bir yönetici olarak vekalet ilişkisinden doğan özen borcuna uygun davranabilmeleri için bu bilgilere erişmeleri son derece önemlidir.⁶ Bilgi alma hakkı ile üyelerin sorumlulukları arasında doğrudan bir ilişkinin var olması sebebiyle üyelerin sorumluluktan kurtulması, bilgi alma hak ve yükümlülüğünün yerine getirilmiş olmasıyla da doğrudan ilişkilidir.⁷ Nitekim bilgiye erişim ile sorumluluğun birbirine paralel olduğu, dolayısıyla bilgiye erişimi olmayan bir üyenin sorumluluğunun da kısıtlanmış olduğu ifade edilebilir. Yönetim kurulu üyelerinin yetkilerini kullanabilmeleri, görevlerini ifa edebilmeleri ve ağır hukuki sorumluluğa tabi olmaları, bilgi alma hakkının temelini oluşturmaktadır. Bir karar alma merci olan yönetim kurulunun görev ve yetkileri kapsamında, şirkette meydana gelebilecek zararlardan dolayı sorumlulukları söz konusu olabilirken, görevin yerine getirilmesi amacıyla alınması gereken bilgilere erişiminin sınırlandırılması çelişkilidir.⁸ Nitekim bilgi alma hakkının temel dayanağı hakkın sahibinin görevi ve görevinden kaynaklanan sorumluluğu olup bilgi alma hakkı ile sorumluluk arasında bir paralellik bulunmaktadır.

Bilgi alma hakkının kapsam ve sınırlarının, yönetim kurulu üyelerinin görev ve sorumlulukları ile olan ilişkisinin kanun ve doktrinde yer alan sınıflandırma göz önünde bulundurularak incelenmesinde fayda görmekteyiz. Buna göre, yönetim kurulu üyelerine tanınmış olan bilgi alma hakkına ilişkin olarak TTK'da ikili bir ayrıma gidilmiştir. Kanun, bilgi alma hakkının kullanılmasını, "yönetim kurulu toplantısı sırasında" ve "yönetim kurulu toplantısı dışında" olmak üzere iki farklı şekilde ele almıştır. Bununla birlikte, kanundaki ikili ayrıma ek olarak doktrinde üçüncü bir ayrıma daha gidilmiş ve bilgi alma hakkının "toplantı öncesi hazırlık aşamasında" kullanılmasına da yer verilmiştir.⁹ Söz konusu ayırım kanaatimizce de yerinde olup yönetim kurulu üyelerince kullanılacak olan bilgi alma hakkı, üçlü ayrıma uygun olarak aşağıda incelenecektir.

⁵ Abdülkadir Bulut, "Transfer of Management Authority in Joint Stock Company Content Organization Regulation," *PressAcademia Procedia*, 2, S. 1 (2016): 578.

⁶ TTK m. 369/1 "Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar".

⁷ Hediye Bahar Sayın, "Yönetim Kurulu Üyelerinin Kişisel Haklarının Kurul Kararı ile İhlal Edilmesi ve İlgili Kararların Butlanı," *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2, S. 3 (2016): 207.

⁸ Emre Kalender, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m.392)*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2017), 86.

⁹ Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi 2. Cilt*, 1386.

II. YÖNETİM KURULU TOPLANTISI ÖNCESİNDE BİLGİ ALMA HAKKI

A. HAKKIN KAPSAMI

Yönetim kurulu üyeleri tarafından toplantı öncesi hazırlık aşamasında kullanılacak olan bilgi alma hakkı, toplantının yapılmasından hemen önceki zaman dilimine ilişkindir.¹⁰ Zira yönetim kurulu üyelerinin yönetim kurulu toplantılarına toplantı gündemi ile ilgili bilgi sahibi olarak katılması gerekmektedir. Aksi durum, yönetim kurulu toplantısının mantığına ve buna bağlı olarak yönetim-sorumluluk dengesine aykırılık oluşturmaktadır. Yönetim kurulu üyelerine, toplantının hemen öncesine denk gelen bu aşamada da bilgi alma hakkı tanınması toplantının sıhhatinin bir güvencesi olarak düşünülebilir.¹¹ Nitekim yönetim kurulu müzakerelerinin ve toplantıda alınacak kararların yerindeliliğinin sağlanması bakımından, üyelerin toplantı öncesi gündemdeki konular ve olaylar hakkında bilgi edinmesi, doğru ve sağlıklı yönetim kurulu kararları alabilmek için gereklidir. Doktrinde de yönetim kurulu üyelerinin görevlerini gereği gibi yerine getirmelerinin, gündemde yer alan konular hakkında bilgi sahibi olmalarına bağlı olduğu ve müzakere edilecek konular hakkında bilgi almalarının bu anlamda fonksiyonel bir gereklilik olduğu haklı olarak ifade edilmektedir.¹²

B. HAKKIN SINIRI

Toplantı öncesindeki hazırlık aşamasında yönetim kurulu üyelerince kullanılacak olan bilgi alma hakkı, kanun koyucu tarafından yönetim kurulu başkanının, başkaca bir kişi veya makamın iznine tabi tutulmamıştır. Bununla birlikte, hazırlık aşamasında yapılabilecek olan bilgi alma taleplerinin toplantı konularına ilişkin olup olmadığının kontrolüne ilişkin başkaca bir denetim mekanizması da bulunmamaktadır. Ancak toplantı öncesi ile ilgili bilgi alma hakkının herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kullanılabilir olduğu kabul etmek, söz konusu hakkın amacına uygun değildir. Nitekim toplantı öncesi hazırlık aşamasında kullanılacak olan bilgi alma hakkı, toplantı dışındaki bilgi alma hakkı kapsamında değerlendirilmemeli ve yönetim kurulu başkanının iznine tabi tutulmamalıdır. Zira bu hakkın kullanımı, toplantının yapılmasından hemen öncesine denk gelmekte ve yalnızca yönetim kurulu toplantısında değerlendirilecek konularla ilgili bilgi alınmasını amaçlamaktadır.¹³

Türk hukuk doktrininde de toplantı öncesi hazırlık aşamasında kullanılacak olan bilgi alma hakkının toplantı gündemine ilişkin konularla sınırlandırılmasının uygun olabileceği, başka bir deyişle bu hakkın kullanımının konu bakımından

¹⁰ Bozbel, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı," 79-96.

¹¹ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi 2. Cilt, 1386.

¹² Hasan Pulaşlı, "Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı," Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 18, S. 2 (2012): 588.

¹³ Kalender, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m.392), 152.

“gündemdeki olaylara ilişkin bilgi ve belgeler” ile sınırlandırılabilceği ifade edilmektedir.¹⁴ Nitekim, toplantı öncesinde bilgi alma ve inceleme hakkının amacı, toplantı sırasında ele alınacak konuların aydınlatılmasıdır. Bu sebeple hakkın, gündemdeki olaylar hakkında bilgi alınmasını sağlayacak ve toplantıda gerçekleşecek olan müzakerelere katkı yapacak bilgi ve belgelerle sınırlı olmak üzere kullanılması gerektiği belirtilmektedir.¹⁵ Kanaatimizce de yerinde olan bu görüş bilgi alma hakkının amacına hizmet etmektedir. Toplantı öncesi hazırlık aşamasında kullanılacak olan bilgi alma hakkının sınırının toplantı gündemine ilişkin konularla sınırlı olduğu, nitekim toplantı gündemine ilişkin olmayan konularda bilgi talebinde bulunulabilmesinin, söz konusu hakkın amacına hizmet etmeyeceği ve bu hakkın kötüye kullanımına neden olabileceği kanaatindeyiz. Ancak burada gündemle ilgili olma hususu geniş yorumlanmalı ve gündemle doğrudan veya dolaylı olarak ilgili olan tüm konular bilgi alma hakkının kapsamı dahilinde değerlendirilmelidir.

Toplantı gündemine ilişkin olmak şartıyla toplantıya katılacak olan tüm yönetim kurulu üyelerinin, kendi görev ve yetkileri kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın, gündemle ilgili olan her konuda bilgi talebinde bulunabileceği kabul edilebilir. Başka bir ifadeyle, toplantıya hazırlık aşamasında kullanılacak olan bilgi alma hakkının tek sınırını “toplantı gündemine ilişkin olmak” şartı oluşturmaktadır. Nitekim gündeme ilişkin bilgi talebinde bulunacak olan üye, söz konusu toplantıya katılmakla kendi görev ve yetkisine ilişkin olmasa dahi o konudaki müzakerelere tanıklık etmiş ve hatta müdahil olmuş olacaktır. Dolayısıyla bu noktada, zaten toplantıya katılacak olan yönetim kurulu üyelerinin, üzerinde müzakere yapılacak ve karar alınacak olan gündem maddelerine ilişkin bilgi talep etmesi doğal kabul edilmeli ve toplantı gündemine ilişkin olduğu sürece bilgi alma hakkı her üyenin kendi görev ve sorumlulukları ile sınırlandırılmamalıdır. Nitekim söz konusu üye, ilgili yönetim kurulu toplantısına katılacak ve gündemdeki maddeler ile ilgili oy kullanacaktır. Dolayısıyla bir üyenin oy kullanacağı bir konuda bilgilenmeyi talep etmesi, yönetim kurulu üyeliğinin doğal bir uzantısı olarak düşünülmelidir.

III. YÖNETİM KURULU TOPLANTISI SIRASINDA BİLGİ ALMA HAKKI

A. HAKKIN KAPSAMI

Yönetim kurulu toplantısı sırasında bilgi alma hakkının kapsamının belirlenmesinde TTK'nın 392'nci maddesinin birinci ve ikinci fıkrası birlikte değerlendirilmektedir. Buna göre, TTK madde 392/1'de konu; “*Her yönetim kurulu üyesi şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilir, soru sorabilir, inceleme yapabilir*” denilmek suretiyle düzenlenmiştir. Bu hükmün ihdas edilmiş amacı madde

¹⁴ Bozbel, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı,” 79-96.

¹⁵ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi 2. Cilt, 1386.

gereğesinde detaylı bir şekilde açıklanmıştır.¹⁶ Buna göre, her yönetim kurulu üyesinin, şirketin bütün işleri ile ilgili bilgi alma hakkı olduğu konusunda temel kuralı belirleyen birinci fıkra hükmünden, ancak kanunun kendisi veya genel hukuk kuralları ile bir sınırlandırma getirmek suretiyle sapmak mümkün olacaktır.¹⁷ Böylelikle temel kural olarak; toplantı sırasında kullanılan bilgi alma hakkının kapsamını “şirketin tüm iş ve işlemleri” oluşturmaktadır.¹⁸

TTK madde 392/2’de ise, “*Yönetim kurulu toplantılarında, yönetim kurulunun bütün üyeleri gibi, şirket yönetimiyle görevlendirilen kişiler ve komiteler de bilgi vermekle yükümlüdür. Bir üyenin bu konudaki istemi de reddedilemez; soruları cevapsız bırakılamaz*” hükmü yer almaktadır. Toplantı sırasında bilgi alma hakkının kapsamı genel olarak değil, münferit olarak şirket işlerini kapsayacak şekilde değerlendirilmelidir.¹⁹ Bir diğer yandan, yönetim kurulu toplantısı sırasında yönetim kurulu üyeleri tarafından yapılacak bilgi alma taleplerinde “gereklilik” unsuru aranmamakta, bu kapsamda bilgi alma hakkının kullanılabilmesi için talep edilen bilginin yönetim kurulu üyesinin karar vermesinde “yararlı olması” yeterli görülmektedir.²⁰ Zira şirketin en iyi şekilde yönetilebilmesi yönetim kurulu üyelerinin görevlerini gereği gibi yerine getirebilmelerine bağlıdır. Bu ise yönetimde izlenecek yolların sağlıklı bir şekilde belirlenebilmesini ve dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin doğru, zamanında ve ayrıntılı olarak bilgi edinebiliyor olmalarını gerektirmektedir.

B. HAKKIN SINIRI

Toplantı esnasında bilgi alma hakkının sınırları incelendiğinde, yönetim kurulu başkanının, başkaca bir kişi veya makamın izninin alınmasını gerekli kılacak şekilde bir sınırlama getirilmediği görülmektedir.²¹ Hal böyle olmakla birlikte,

¹⁶ TTK m.392/1 gereğesi: “*Ağır ve kapsamlı sorumluluğunun bir gereği olarak her yönetim kurulu üyesinin şirketin bütün iş ve işlemleri hakkında bilgi almak hakkı vardır. Bu hak aynı zamanda üyenin güvenilirliğine ve özenine bırakılmış bulunan yönetim görevinin ve şirket ile üye arasındaki ilişkinin gereğidir. Bilgilendirilen üye yönetebilir ve doğru zamanda, doğru kararı alabilir. Bu yünden üyeler arasında fark yoktur. Bilgi vermek, verecek olan kişi yönünden bir yükümdür. Bu hak dördüncü fıkrafta açıkça belirtildiği gibi ne kaldırılabilir ne de sınırlandırılabilir. Üyeye verilecek bilgi ayrıntılı, amaca uygun ve istenileni karşılar nitelikte olmalıdır. Bu fıkra aynı zamanda yönetim kurulu üyelerinin kurula defter ve bilgi getirebilmesi hususundaki yetkisini açık bir şekilde hükme bağlamıştır. Bu yetkinin, ne kurulda oylama yaparak, ne de yapılmadan reddi mümkün değildir*”.

¹⁷ İsmail Kırca; Feyzan Hayal Şehirali Çelik ve Çağlar Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013), 709.

¹⁸ Kalender, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m.392), 48.

¹⁹ Pulaşlı, “Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı,” 590.

²⁰ Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, 708.

²¹ TTK m. 392/3’te toplantı dışında bilgi alma hakkı düzenlenmiş olup bu hakkın kullanımı için başkanın izninin alınması öngörülmüştür. Bunun aksine, toplantı esnasındaki bilgi alma talepleri bakımından böyle bir izin öngörülmemiştir, dolayısıyla başkanın iznine tabi olmaksızın bilgi alma hakkı kullanılabilir.

kural olarak şirket yönetimiyle görevlendirilen kişilerin, toplantı esnasında herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın bilgi vermekle yükümlü olacağı anlaşılmaktadır.²² Hakkın kullanımı süre veya konu bakımından bir sınırlamaya tabi olmasa da, yönetim kurulu üyelerinin bilgi taleplerinde görevin gereği gibi ifası dışında başkaca menfaat elde etme amacı gütmüyor olması gerekmektedir. Aksi yaklaşım, somut olaya göre hakkın kötüye kullanımı olarak nitelendirilebilecektir.

Toplantı esnasında kullanılacak olan bilgi alma hakkının gündem ile bağlılık ilkesi kapsamında kısıtlanamayacağı ifade edilmektedir.²³ Bu görüş, yönetim kurulu üyelerinin toplantı gündeminde bulunan konular ile sınırlı olmaksızın şirketin tüm iş ve işlemlerine ilişkin olarak bilgi alma haklarını kullanabileceğine işaret etmektedir. Bu durumun üyeler tarafından gündeme madde eklenmesi talebinde bulunulabiliyor olmasının bir sonucu olduğu, dolayısıyla gündemde o konuda bir madde bulunmadığı gerekçesiyle bilgi alma talebinin reddinin hukuki bir temeli bulunmadığı belirtilmektedir.²⁴ Buna karşın, toplantı esnasında kullanılan bilgi alma hakkının toplantı gündemine ilişkin konularla sınırlandırılmayacağına kabulü, ileride ayrıca ele alınacağı üzere, iç yönergeye ve toplantı dışında kullanılacak olan bilgi alma hakkına ilişkin açıklamalar ile çelişecektir. Nitekim toplantı dışında bilgi alma hakkının kısıtlandığı her halde, toplantı esnasında bilgi talep edilmek suretiyle kanunla getirilen sınırlamalar aşılmış olacaktır. Bu durum ise, üyelerin toplantı dışında bilgi talep etmeleri, kısıtlanan veya verilmesi mümkün olmayan her türlü bilgiyi toplantı esnasında -gündeme ilişkin konularla sınırlandırılmaması sebebiyle- edinebilmeleri anlamına gelecek ve bir yerde kanunun dolanılmasına meşruiyet kazandırmış olacaktır. Bu sebeple toplantı esnasında da doğrudan veya dolaylı olarak gündem ile ilgili olmayan konularda bilgi talep edilememelidir. Ayrıca, görevli ve sorumlu olmayan üyelerin bilgi alması, bilgi alma hakkının amacına ters düşeceğinden burada gündeme ilişkin olmayan konularda bilgi talep edilebileceğinin kabulü, bilgi alma hakkı ve buna ilişkin düzenlemelelerin ruhu ile çelişecektir.

Bunun dışında, toplantı esnasında bilgi alma hakkına getirilecek sınırlamalar konusunda hem İsviçre doktrininde hem de Türk doktrininde sınırlama olarak kabul edilebilecek hallere ilişkin beş farklı kavram ele alınmış olup bunlar; işlevsellik, orantılılık, menfaat çatışması hali, hakkın kötüye kullanılması ile işletme ve ticari sırların korunması olarak belirtilmiştir.²⁵ Alman hukukunda, hangi konular-

²² Bozbel, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı," 79-96.

²³ Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020), 279.

²⁴ Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 279.

²⁵ Jacek Bak, Aktienrecht zwischen Markt und Staat, (Wiasbaden: Deutscher Universitätsverlag, 2003), 205; Pulaşlı, "Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı," 591; Bozbel, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı," 79-96.

da yönetim kurulu üyelerine toplantı sırasında bilgi verilemeyeceğine ilişkin bir yasal düzenlemeye rastlanmamakla beraber, bilgi alma hakkının yalnızca şirket faaliyetleri ile ilgili olma ve karar vermede gerekli olma şartlarının gerçekleşmesi halinde kullanılabilmesi belirtilmektedir.²⁶ Bu yönüyle Alman hukukunun Türk hukuk sistemi ile paralel düzenlemeler içerdiği söylenebilir.

Bunlarla birlikte, yönetim kurulu üyeleri kural olarak toplantı sırasında görevin yerine getirilmesinde yararlı görülen tüm bilgiyi talep edebilecektir. Ancak her halde bilgi alma talepleri sınırsız olarak kullanılamayacak olup Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci ve 3'üncü maddelerinde tanımını bulan "dürüstlük" ve "iyiniyet" kuralları ile açıkça çelişecek şekilde bir bilgi alma talebi, hakkın kötüye kullanımı olarak nitelendirilebilecektir²⁷. Buna göre Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde belirtildiği üzere "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*". Bu kapsamda, yönetim kurulu üyeleri, her zaman olduğu gibi, bilgi alma hakkının kullanılması sırasında da, hukukun genel ilkelerinden olan iyiniyet ve dürüstlük kurallarına uygun olarak hareket etmelidir.

IV. YÖNETİM KURULU TOPLANTISI DIŞINDA BİLGİ ALMA HAKKI

A. HAKKIN KAPSAMI

Yönetim kurulu üyelerinin toplantı dışında bilgi alma hakkı TTK'nın 392'nci maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; "*Her yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu toplantıları dışında, yönetim kurulu başkanının izniyle, şirket yönetimiyle görevlendirilen kişilerden, işlerin gidişi ve belirli münferit işler hakkında bilgi alabilir ve görevinin yerine getirilebilmesi için gerekliyse, yönetim kurulu başkanından, şirket defterlerinin ve dosyalarının incelemesine sunulmasını isteyebilir*". Bu noktada kanunun lafzından anlaşıldığı üzere toplantı dışında bilgi alma hakkı, işlerin gidişatı ve münferit işler bakımından mümkün olmaktadır.²⁸

İşlerin gidişatı hakkında bilgi talebi daha çok şirkette neler olup bittiğine ilişkin genel bir bilgi alma talebinden ibaret olup münferit işlerden olmayan her konu işlerin gidişatı kapsamında değerlendirilmelidir.²⁹ Buna karşın münferit işlere ilişkin bilgi talepleri ise daha spesifik ve somut olaylara ilişkin bilgi taleplerini içerir.³⁰

²⁶ Wolf-Dieter Arnold, "Die Pflicht des Vorstandes zur Auskunftsverweigerung in der Hauptversammlung", GesRZ, 2, (2007): 99-103.

²⁷ Kalender, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m.392), 160.

²⁸ Soner Altaş, "Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyeleri ile Başkan'ın Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı," Terazi Hukuk Dergisi, 14, S. 149 (2019): 72-77.

²⁹ Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, 717; Ayhan Kortunay, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı, (İstanbul: 12 Levha Yayınları, 2015), 355.

³⁰ Hediye Bahar Sayın, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Toplantı Dışında Bilgi Alma Hakkının Konusu," Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 29, S. 124 (2016): 491.

B. HAKKIN SINIRI

TTK'nın 392'nci maddesinin üçüncü fıkrasında da belirtildiği üzere, yönetim kurulu üyelerinin toplantı dışında işlerin gidişi ve belirli münferit işler konusunda bilgi alabilmesi, yönetim kurulu başkanının iznine tabi tutulmuştur.³¹ Ayrıca söz konusu düzenleme ile defter ve belgelerin incelenmesinin talep edilmesi ise hem başkanın iznine hem de görevin ifası için gerekli olması şartına tabi tutulmuştur.³² Bu durumda mevcut kanuni düzenlemeye göre toplantı dışında bilgi alma hakkının sınırını, işlerin gidişatı ve münferit işler bakımından başkanın izni; defterlerin incelenmesi bakımından ise hem başkanın izni hem gerekli olma şartlarının birlikte gerçekleşmiş olması oluşturmaktadır.

Yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma haklarının mehz İsviçre Borçlar Kanun'undan farklı olarak TTK'da bu şekilde sınırlandırılması doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.³³ Nitekim mehz Kanunun 715a/3 maddesinde “işlerin gidişatı” hakkındaki bilgilerin, yönetim kurulu başkanının iznine gerek olmaksızın, “belirli münferit işler” hakkındaki bilgilerin ise, yönetim kurulu başkanının izniyle talep edilebileceği düzenlenmiştir.³⁴ Bazı yazarlar Kanunun lafzına bakılmaksızın mehz kanun düzenlemesi doğrultusunda yorum yapılarak toplantı dışında bilgi alma hakkının izne tabi olmadan kullanılması gerektiğini ileri sürmüş olsalar da, kanunun lafzı gereği geniş yorum yapılamayacağı ve başkanın izni olmadan bilgi alınamayacağı yönünde görüşler de mevcuttur.³⁵

Bir diğer yandan, TTK madde 392/3'te yer alan ifadelerle TTK madde 392/1'e sınırlama getirilmektedir. Şöyle ki; TTK madde 392/1'de; “*Her yönetim kurulu üyesi şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilir, soru sorabilir, inceleme yapabilir*” denilmek suretiyle her yönetim kurulu üyesinin şirketin bütün iş ve işlemleri hakkında bilgi alma hakkı olduğu ilke olarak düzenlense de,

³¹ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi 2. Cilt, 1393.

³² Defter ve dosyaların incelenmesi konusu aşağıda ayrı başlıkta detaylı olarak ele alınmıştır.

³³ Kırca, Şehirali Çelik ve Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, 715-717; Doktrinde mehz kanun ile TTK arasındaki bu farka ilişkin çeşitli yaklaşımlar mevcuttur. Örneğin, Bozbel'e göre, bu farklılık tercümedeki özensizlikten kaynaklanan bir durum olup hükmü mehz düzenlemeye uygun şekilde yorumlayarak, işlerin genel gidişatı hakkında başkanın onayı olmadan her yönetim kurulu üyesinin doğrudan bilgi alma hakkına sahip olduğu kabul edilmeli, buna karşın, münferit işler bakımından bilgi alma hakkının kullanılabilmesi ise -mezh kanunda olduğu gibi - yönetim kurulu başkanının izniyle mümkün olmalıdır. Bkz. Bozbel, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı,” 79-96. Pulaşlı'ya göre ise, TTK'nın 392/1'inci maddesinde açıkça belirtildiği şekilde her yönetim kurulu üyesinin şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilmesi asıl kural olup bu kural, mehz kanuna da uygundur. Pulaşlı, kaynak İsviçre hukukundaki gibi, her üyeye, toplantı dışında da en azından genel olarak “şirket işlerinin gidişatı” hakkında bilgi isteme hakkının tanınmasının yerinde olacağını ifade etmiştir. Bkz. Pulaşlı, “Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı,” 593-594.

³⁴ Kalender, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m.392), 200.

³⁵ Kortunay, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı, 356; Necla Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), 121. Aksi görüş için bkz. Güzin Üçışık; Aydın Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku Cilt 1, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 481.

TTK madde 392/3'ün ifadesinden de anlaşıldığı üzere, yönetim kurulu üyelerinin toplantı dışında doğrudan bilgi alma hakları başkanın izni ile sınırlanmaktadır. Bu sınırlama ise, hem yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu düzenleyen TTK'nın 553'üncü maddesi ile de bağdaşmamakta hem de aynı madde fıkralarının kendi içinde tutarsızlığına neden olmaktadır.³⁶

Doktrinde isabetli bir şekilde, her üyenin görev kapsamı dışında kalan konularda bilgi talep edebilmesinin önüne geçilerek görevin gereği gibi ifası amacına hizmet etmeyen taleplerin reddedilebileceği belirtilmiştir.³⁷ Böylelikle, yönetim kurulu üyelerinin bilgi isteminin haksız veya gereksiz nitelikte olması gibi hallerde yönetim kurulu başkanına bilgi alma talebini reddetme imkanı kanunla verilmiş olmaktadır. Kanaatimizce de yerinde olan bu kural, yönetim kurulu üyelerinin toplantı dışında bilgi alma hakkının sınırını oluşturmaktadır. Böylelikle bilgi alma hakkının gereksiz, haksız yere kullanılması gibi durumların varlığının takdir ve değerlendirmesi yönetim kurulu başkanına bırakılarak bu gibi hallerde bilgi alınmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

V. BİLGİ ALMA HAKKININ GÖREV BAKIMINDAN SINIRI; İÇ YÖNERGE

Yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkının sınırları ele alınırken göz önünde bulundurulması gereken bir başka konu ise, yönetim kurulu üyelerinin başkan tarafından izin verilecek olan bilgi alma taleplerinin konusunun neyle sınırlı olacağıdır. Nitekim kanun koyucu toplantı dışındaki bilgi alma taleplerini başkanın iznine tabi tutmuş olmasına rağmen başkanın izin verip vermeme yetkisini neye göre kullanacağına ilişkin bir düzenleme yapmamış veya kanun gerekçesinde bir açıklamada bulunmamıştır. Hal böyle olunca, her üyenin yalnızca kendi görevi ve yetkisi dahilinde kalan konular hakkında bilgi alma talebinde bulunabileceği, kendi görev ve yetkisi kapsamı dışında kalan konulardaki bilgi alma taleplerinin ise başkan tarafından reddedileceği kabul edilebilir. Peki bilgi alma talebinin değerlendirilmesi bakımından her yönetim kurulu üyesinin görev ve yetkileri nasıl belirlenecektir?

Bilindiği üzere, yönetim kuruluna münhasıran verilmiş görev ve yetkiler arasında yönetim kurulu iç yönergesi hazırlamak da yer almaktadır.³⁸ Yönetim kurulu iç yönergesinde, esas sözleşmede ayrıntılı olarak düzenlenmeyen veya düzenlenmesi mümkün olmayan, yönetim kurulunun ve yönetim kurulu üyelerinin görev paylaşımına ilişkin hususlar ele alınmaktadır.³⁹ İç yönerge ile görevler genel olarak tanımlanmakla birlikte, yönetim kurulu üyelerinin görev ve yetkilerinin

³⁶ Sayın, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Toplantı Dışında Bilgi Alma Hakkının Konusu," 488.

³⁷ Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 122.

³⁸ Himmet Koç, Anonim Şirketlerde İç Yönerge ile Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 158.

³⁹ Akdağ Güney, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 85.

sınırları ve kullanılış biçimleri düzenlenebilmekte ve üyelerin sorumluluğunun kapsamı belirlenebilmektedir.⁴⁰ İç yönerge, şirket yönetim ve temsilinde görevli ve yetkili kişilerin belirtilmesi, görev ve yetkilerin tanımı, kapsamı, konumunun düzenlenmesi anlamında önem arz etmektedir.⁴¹ Özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olacağı, organizasyon şemasına uygun bir şekilde iç yönergede tayin edilebilmektedir.⁴² Hal böyleyken, bilgi alma hakkının varlığının tespitinde, konuyla ilgili olarak her bir yönetim kurulu üyesinin görev ve yetkilerinin kapsamının belirlenmesi için varsa iç yönergeye müracaat edilmesi, bilgi alma hakkının sınırlarının belirlenmesi açısından gerekli olacaktır. Nitekim kanunda tanınan bilgi alma hakkı, her üyenin kendi sorumluluğunun doğabileceği konular ile sınırlı ve bu ölçüde mevcut olacaktır.⁴³ Bu ise, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğundan söz edilebilmesinin ancak görevli ve yetkili oldukları alanlarda mümkün olmasının bir sonucudur. Bu nedenle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu kavramına da bilgi alma hakkının kullanımı ile ilgili olduğu ölçüde değinmeye gayret edeceğiz.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin TTK'nın 553'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre; *"Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kursurlarıyla ihlal ettikleri takdirde hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar"*. Fıkra hükmünden de anlaşıldığı üzere, TTK'da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda kusur sorumluluğu ilkesi benimsenmekte, kusur sorumluluğu yönetim kurulunun bütün görevlerini kapsayacak şekilde aynı madde altında düzenlenmektedir.⁴⁴ Buna göre, yönetim kurulu üyelerinin eylem ve işlemleri ile zarara neden olması halinde sorumluluklarının gündeme gelmesi ancak kusurlu oldukları ispat edildiği ölçüde mümkün olmaktadır.⁴⁵

Yine yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin olarak, TTK'nın 557'nci maddesinin birinci fıkrasında; *"Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur"* demek suretiyle birlikte zarara neden olan

⁴⁰ Koç, Anonim Şirketlerde İç Yönerge ile Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri, 157.

⁴¹ Himmet Koç, "Anonim Şirketlerde İç Yönerge ve İç Yönergenin Benzer Hukuki Kurumlarla Olan İlişkisi," Medeniyet ve Toplum Dergisi, 1, S. 2 (2017): 163-186.

⁴² Hasan Pulaşlı, "Anonim Şirketlerde İç Yönerge", Legal Hukuk Dergisi, 11, S. 125 (2013): 35-45.

⁴³ Sayın, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Toplantı Dışında Bilgi Alma Hakkının Konusu," 489; Üçışık, Çelik, Anonim Ortaklıklar Hukuku Cilt 1, 481.

⁴⁴ Beşir Fatih Doğan, Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), 253-254; Mehmet Helvacı, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2001), 37.

⁴⁵ Reha Poroy; Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), 432.

yönetim kurulu üyelerinin dış ilişkideki sorumlulukları konusunda farklılaştırılmış teselsül ilkesi benimsenmektedir. Buna göre, aynı zararın ortaya çıkmasına sebep olan her bir yönetim kurulu üyesi, bu zarardan kusuruna ve durumun gereklerine uygun olarak ve zarar kişisel olarak kendisine yükletilebildiği ölçüde diğer üyelerle birlikte müteselsilen sorumlu olmaktadır.⁴⁶ Bu kural, her üyenin uygun illiyet bağı doğrultusunda, yalnızca kendi sebep olduğu zarardan, kusuru oranında ve durumun gereklerine göre sorumlu olması sonucunu doğurmaktadır.⁴⁷ Bir diğer ifade ile, her bir yönetim kurulu üyesinin yalnızca kendi sorumluluğunun öngörülmüş olması halinde ne kadar miktar ile sorumlu olacak idiye en fazla o miktardan ve kendi eylemi ile zarar arasındaki nedensellik ilişkisi kapsamında sorumluluğu bulunmaktadır.⁴⁸ Böylelikle her üye, aynı oranda kusura sahip olmadığı gerekçesiyle tam teselsülden kurtulabilmekte ve yalnızca kendi kusuru oranında sorumlu tutulmaktadır.⁴⁹

Bilgi alma hakkının yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları ile doğrudan ilişkili olduğu göz önünde bulundurulduğunda, her üyenin bilgi alma hakkını kendi görev ve sorumluluğunda kalan konularda kullanması, müessesenin amaç ve ruhuna daha uygun düşmektedir. Nitekim sorumluluğu bulunmayan bir üyenin, sorumlu olmadığı bir konuda bilgi alma hakkını kullanıyor olması kanunun amacına hizmet etmeyecektir. Bilgi alma talebinde bulunan üyenin görev ve sorumluluğu iç yönerge uyarınca tam olarak belirlendikten sonra, bu görev ve sorumlulukla doğrudan veya dolaylı olarak ilişkili olabilecek bilgi alma talepleri bilgi alma hakkı kapsamında değerlendirilmeli, bunun dışındaki bilgi alma taleplerinin ise hakkın kapsamı dışında kaldığı kabul edilmelidir. Bir diğer ifade ile, yönetim kurulu üyelerinin doğrudan görev ve yetkileri ile ilişkili olan konularda bilgi alma haklarını kullanabilecek olmalarının yanı sıra, bahse konu ilişkili olma hali geniş yorumlanmalı, bilgi alma hakkı, yönetim kurulu üyelerinin görev ve yetkileriyle dolaylı olarak ilişkilendirilebilecek konuları da kapsamalıdır.

Üzerinde durulması gereken bir başka konu ise yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkını kullanmaması ve buna bağlı olarak bir zarar meydana gelmesi halinde sorumluluklarının doğup doğmayacağıdır. Bilindiği üzere yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkı bir hak olmanın yanı sıra bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri görevin gereği gibi ifasını gerektiren tüm yükümlülüklerini özenle yerine getirmek zorundadır. Bilgi alma hak ve yükümlülüğü de bunlardan biridir. Bu nedenle bir konuda bilgi alması gereken yönetim kurulu üyesinin bilgi alma yükümlülüğünü yerine getirmemesi zarara sebebiyet verirse, kusur ve illiyet bağı şartlarının da mevcut olma-

⁴⁶ Doğan, Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 254.

⁴⁷ Doğan, Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 255.

⁴⁸ Mehmet Helvacı, "Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül," Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 12, S. 2 (2013): 84-85.

⁴⁹ Helvacı, "Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül," 85.

sı halinde, zarardan dolayı sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu kapsamda bilgi alma hakkı özen ve sadakat yükümlülüğünün bir devamı olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla bir yönetim kurulu üyesinin özen ve sadakat borcuna aykırı şekilde bilgi alma yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve bu durumun bir zarara neden olması halinde üye, kusuru oranında ve nedensellik bağı mevcut olduğu ölçüde sorumlu olacaktır.

VI. İÇ YÖNERGE İLE GÖREV VE YETKİ DEVRİ YAPILMASI HALİNDE BİLGİ ALMA HAKKININ SINIRI

İç yönerge ile yönetim kurulu üyelerinin görev ve sorumluluklarının belirlenebileceğine ve bilgi alma hakkının da bu şekilde belirlenen görev ve sorumluluklar doğrultusunda kullanılabilmesine değinmiştik. Bu kısımda ise iç yönerge ile yönetim kurulu üyelerinden bazılarına veya üçüncü kişilere yetki devri yapılması halinde bilgi alma hakkının sınırının ne olacağı açıklanacaktır.

Bilindiği üzere anonim şirketlerde yönetim ve temsil yetkisi kurul organ olarak tüm yönetim kurulundadır ve şirket kurulun aldığı kararlarla yönetilmektedir.⁵⁰ Bunun istisnası ise yetkilerin yönetim kurulu üyelerine veya üçüncü kişilere kısmen veya tamamen devredilmesi halidir. Bu yetki devri, esas sözleşmede izin verilmek koşuluyla, iç yönerge ile mümkün olmaktadır.⁵¹ Bu halde ise karşılaşılan sorun, görev ve yetkilerini devreden yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkının devam edip etmeyeceği hususudur. Nitekim Kanunda geniş bir çerçevede tanınan bilgi alma hakkı, yönetim kurulu üyelerinin görev ve yetkilerini gereği gibi yerine getirebilmeleri amacıyla, geniş ve kapsamlı sorumluluklarının bir gereği olarak tanınmıştır. Bu durumda, usulüne göre tescil ve ilan ettirilen bir iç yönerge ile görev ve yetkilerin belirli üyelere veya üçüncü kişilere devri halinde, devreden kişiler bakımından bilgi alma hakkından söz etmek mümkün olacak mıdır?

İç yönerge ile görev ve yetkilerin devri halinde bilgi alma hakkı bağlamında; yönetim kurulu üyelerinin görev ve yetkilerinin devrini düzenleyen TTK'nın 367'nci madde, 370'inci madde ve devir halinde sorumluluğu düzenleyen 553'üncü madde hükümlerinin birlikte incelenmesinde fayda görülmektedir. Nitekim, özellikle halka açık anonim şirketler bakımından şirket faaliyetlerinin yalnızca yönetim kurulu tarafından yerine getirilmek yerine görev ve yetki devri yapılması uygulamada sıkça karşılaşılan bir husustur.⁵² Yönetim yetkisinin devrini düzenleyen TTK'nın 367'nci madde hükmü uyarınca; *“(1) Yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yöneti-*

⁵⁰ Helvacı, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 31; Doğan, Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 113.

⁵¹ Duygu Demirel, “Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri,” Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 7, S. 2 (2017): 221; Esra Cenkci, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Devri, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 51.

⁵² Helvacı, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 78.

mi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Bu iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler. (2) Yönetim, devredilmediği takdirde, yönetim kurulunun tüm üyelerine aittir". Buna göre, yönetim yetkisinin kural olarak kurul halinde kullanılması öngörülmekle beraber, yönetim kurulu usulüne uygun olarak hazırlayacağı bir iç yönerge ile yönetim yetkilerini üyelere birine, birkaçına veya üçüncü kişilere devredebilmektedir.⁵³

Yönetim kurulunun temsil yetkisinin devrine ilişkin TTK'nın 370'inci maddesi uyarınca; "(2) Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır". Görüldüğü üzere yönetim kurulu, yönetim yetkisinin yanı sıra temsil yetkisini de devredebilmektedir. Bununla birlikte, TTK'nın 367'nci maddesinde belirtilen yönetim yetkisi, geniş anlamda yönetimi ifade etmekte, dolayısıyla temsil yetkisini de kapsamaktadır.⁵⁴ Bu nedenle yönetim yetkisinin devri için öngörülmüş olan esas sözleşmede hüküm bulunması ve buna ilişkin bir iç yönerge çıkarılması gerekliliği temsil yetkisinin devri için de söz konusu olmaktadır.⁵⁵

Yönetim ve temsil yetkisinin devrinin en önemli sonucu ise devrin, sorumluluğu sınırlayıcı bir etkiye sahip olmasıdır.⁵⁶ Nitekim iç yönerge ile esasında görev ve yetkiler devredilmekle birlikte, temelde sorumluluk devri de yapılmakta olup iç yönerge ile yetki devrinin temel gayelerinden biri, yetkisiz üyenin sorumluluktan kurtarılmasıdır.⁵⁷ Dolayısıyla, yetkilerin kısmen veya tamamen devri yönetim kurulunu devrettiği yetkiler bakımından yetkisizleştirmekte ve sorumsuzlaştırmaktadır.⁵⁸

Yine bununla paralel olarak görev ve yetki devri halinde üyelerin sorumluluğunun kalktığını düzenleyen TTK'nın 553'üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında; "(2) Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar. (3) Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar

⁵³ Rıza Ayhan; Hayrettin Çağlar ve Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esasları, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 317; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 382.

⁵⁴ Cenkci, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Devri, 54.

⁵⁵ Cenkci, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Devri, 51.

⁵⁶ Cenkci, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Devri, 32.

⁵⁷ Ayhan, Çağlar ve Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esasları, 317; Cenkci, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Devri, 51-52.

⁵⁸ Doğan, Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 116; Helvacı, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 82.

sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gösterilerek geçersiz kılınamaz” hükümleri amirdir. Belirtilen hükümlerle, usulüne göre yetkinin devredilmesi halinde yetkileri devralan kişilerin yetkileri birlikte sorumluluğu da devraldığı, yetki devrini yapan kişiler bakımından ise sorumluluğun sona ereceği öngörülmüştür.⁵⁹ Bir başka deyişle, yetki devrinin yapıldığı alanlara giren işler bakımından diğer yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bulunmayacaktır.⁶⁰ Bu kapsamda, kanundaki usule ve esasa uygun olarak yetki devri yapılması halinde, iç yönergeye göre yetkili ve görevli olmayan üyelerin veya zarara sebebiyet verdiği iddia edilen eylem ile ilgili görevli olmayan üyelerin sorumluluktan kurtulması söz konusu olmaktadır.⁶¹ Zira Kanun hükmü uyarınca, yetkinin devredildiği kişilerin seçiminde gerekli özenin gösterilmesi, bu kişilerin fiil ve davranışlarından dolayı yönetim kurulunun sorumluluğunu kaldırmak için yeterli olmaktadır.⁶² Bir diğer ifade ile, yönetim kurulunun yetki devri yapılan kişilerin seçiminde makul özeni göstermiş olması şartıyla sorumluluğu doğmayacak, gerekli özenin gösterilmemesi halinde sorumluluğu doğacaktır.⁶³

Hal böyle olunca, yetki devri ile sorumluluk devri de gerçekleşeceğinden, sorumluluğu ortadan kalkan üyelerin bilgi alma haklarının da bulunmaması gerekmekte, bilgi alma hakkının da yetkiyi devreden üyeden yetkinin devredildiği üyeye geçmesi gerekmektedir. Nitekim her konuda, tüm yönetim kurulu üyelerinin, sınırsız şekilde bilgi alma haklarının varlığının kabul edilmesi halinde iç yönergedeki görev ve sorumluluk paylaşımının bir anlamı kalmayacaktır.

Bununla birlikte, elbette ki iç yönerge çıkarılması yasal bir mecburiyetten kaynaklanmamakta olup tüm anonim şirketlerde iç yönerge çıkarılması söz konusu değildir. Bu nedenle iç yönerge ve bilgi alma hakkına ilişkin açıklamalarımız, iç yönerge ile görev ve yetki devri yapılması halinde geçerli olacaktır. Aksi halde bir sorumluluk devri söz konusu olmayacağından, bilgi alma hakkının da bu açıdan bir sınırı olmayacaktır. Zira yönetim kurulu üyeleri arasında herhangi bir görev paylaşımı veya yetki devri yapılmamışsa, yönetim hakkı kurul halinde kulanılacak, dolayısıyla sorumluluk ve buna bağlı olarak bilgi alma hakkı açısından üyeler arasında bir farklılık olmayacaktır.

Tüm bu belirtilenlerin yanı sıra, yönetim kurulunun yönetim ve temsil yetkilerini devredebilmesinin ancak ve ancak devredilemez görev ve yetkilerinin dışında kalanlar bakımından mümkün olduğu ifade edilmektedir.⁶⁴ Yetki devrinde

⁵⁹ Koç, Anonim Şirketlerde İç Yönerge ile Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri, 123; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 383.

⁶⁰ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 383.

⁶¹ Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, 612.

⁶² Kırca, Şehirli Çelik ve Manavgat, Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1, 612; Ayhan, Çağlar ve Özdamar, Şirketler Hukuku Genel Esasları, 317.

⁶³ Koç, Anonim Şirketlerde İç Yönerge ile Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri, 114-115.

⁶⁴ Ceneci, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Devri, 33.

dahi yönetim kurulunun gözetim yükümlülüğünün, TTK'nın 375'inci maddesinde sayılan devredilemez ve vazgeçilemez yetkilerden olması nedeniyle, devam ettiği kabul edilmektedir.⁶⁵ TTK'da düzenlenen yönetim kurulunun gözetim yükümlülüğü, aynı zamanda yönetim kurulu tarafından kurul halinde kullanılması gereken devredilemez bir yetkidir.⁶⁶ Bu anlamda yönetim kurulunun yalnızca yetkilerin devredileceği kişilerin seçimi konusunda gerekli özeni göstermiş olması sorumluluktan kurtulmasını sağlamamaktadır.⁶⁷ Bu kişilerin faaliyetlerinin kurul tarafından devamlı olarak gözetlenmesi, yürütülen işlerle ilgili olarak bilgi alınması; bu kapsamda yetki devri yapılan kişilerin kanuna, esas sözleşmeye, iç yönergeye ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediğinin kontrol edilmesi gerekmektedir.⁶⁸ Yönetim kurulu tarafından gözetim görevinin gereği gibi yerine getirilmemesi, yetkilerin devredildiği kişilerin neden olduğu zararlardan bu kişilerle birlikte sorumlu olunması sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla gözetim görevinin gereği gibi yerine getirilmesi için yönetim kurulu üyelerinin gözetim yükümlülüğü kapsamındaki bilgi alma taleplerinin kabul edilmesi gerekmektedir. Burada ayrı ayrı her işlemin denetlenmesinden ziyade, gerekli tedbirlerin alınmasına hizmet edecek şekilde işlerin gidişatı hakkında genel olarak bilgi alınması yeterli görülmektedir.⁶⁹ Bilgi akışının iyi sağlanamaması, yetkiyi devralan kişilerden devamlı olarak bilgi alınamaması veya şirket defter ve kayıtlarının incelenememesi gözetim yükümlülüğünün yerine getirilmesini engelleyebilecektir.⁷⁰ Böylelikle, yönetim kurulu üyelerinin devredilemez ve vazgeçilemez yetkilerinden kaynaklanan gözetim yükümlülüğünün devam etmesi hali, sorumluluğun gündeme gelmesine neden olabileceğinden bilgi alma hakkının da bu anlamda kullanılabilir olduğu kabulü gerekmektedir.

Burada ayrıca, konumuzla temas ettiği noktalarla sınırlı olacak şekilde kısaca TTK'nın 371'inci maddesinin yedinci fıkrası da incelenecektir. Belirtilen fıkra hükmünde; *"...bu kişilerin, şirkete ve üçüncü kişilere verecekleri her tür zarardan dolayı yönetim kurulu müteselsilen sorumludur"* denilmek suretiyle, sorumluluğun niteliği de belirtilmektedir. Yetkilerin devredildiği kişilerin seçiminde ve bu kişilerin işlem ve eylemlerinin gözetiminde gerekli özeni göstermiş olmak şartıyla sorumluluk, görev ve yetki devriyle birlikte devreden üyeler bakımından sona erecektir. Nitekim, iç yönerge ile yapılan yetki devri sonucunda, yetkiyi devralan kişilerin kusurları ile meydana gelen zararlardan doğan sorumluluğun

⁶⁵ Yavuz Selim Günay, Anonim Şirketlerin Temsili, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 135-139; Ersin Çamoğlu, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 197.

⁶⁶ Doğan, Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 282.

⁶⁷ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 382-383.

⁶⁸ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, 383; Çamoğlu, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 186.

⁶⁹ Çamoğlu, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 197.

⁷⁰ Doğan, Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 283-284.

yetkiyi devralan kişilerde olacağına, görev ve yetki devri yapan ve dolayısıyla sorumluluğu da devreden üyelerin ise sorumluluğundan söz edilemeyeceğinin kabulü Kanunun amacıyla örtüşmektedir. Dolayısıyla, gözetim yükümlülüğü kapsamında doğabilecek sorumluluklar hariç olmak üzere, yetkilerini kanuna uygun bir şekilde iç yönergeyle devreden yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun devam ettiğinin kabulü, Kanunun amacına uygun düşmemektedir. Böylelikle iç yönerge ile yönetim kurulu üyelerinin yetkilerinin devredildiği konularda, ilgili üyenin sorumluluğundan söz edilememesi halinde bahse konu yönetim kurulu üyelerin bilgi alma haklarının da sınırlandırılması gerekmektedir.

Sonuç olarak, yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkının kapsamının her üyenin kendi görev, yetki ve sorumluluğuyla doğru orantılı olarak devam ettiği, dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkının da bunlarla sınırlı olması gerektiği görüşü Kanunun amaç ve ruhuna daha uygun düşmektedir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

TTK'nın 392'nci maddesinde düzenlenen anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkı, üyelerin ağır ve kapsamlı sorumluluğunun bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim şirketin gereği gibi yönetimi ve doğru zamanda, doğru kararların alınması ancak bilgilendirilmiş bir üye tarafından sağlanabilmektedir. Bilgi alma hakkı bakımından ilgili kanun maddesinde “yönetim kurulu toplantısı sırasında” ve “yönetim kurulu toplantısı dışında” olmak üzere ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Bununla birlikte, bizim de katıldığımız üzere doktrinde üçüncü bir ayrıma gidilerek “yönetim kurulu toplantısı öncesi” aşamada da bilgi alma hakkına yer verilmektedir. Böylelikle bilgi alma hakkı zamansal olarak üçlü bir ayrıma tabi tutulmakta ve bunlar; yönetim kurulu toplantısı öncesinde, yönetim kurulu toplantısı esnasında, yönetim kurulu toplantısı dışında bilgi alma ve inceleme hakkı olarak ortaya çıkmaktadır.

Yönetim kurulu toplantısından önceki toplantıya hazırlık aşamasında yönetim kurulu üyelerinin bilgi alma hakkının kapsamını toplantı gündemindeki konular oluşturmaktadır. İlgili yönetim kurulu üyeleri toplantıdan hemen önceki zaman diliminde gündemde konuşulacak konulara ve gündem maddelerine ilişkin olarak bu haklarını kullanabilmektedirler. Bunun amacı toplantı sırasında doğru ve yerinde kararlar alınabilmesini sağlamaktır.

Yönetim kurulu toplantısı esnasında kullanılan bilgi alma hakkının kapsamı ise şirketin tüm iş ve işlemlerinden oluşmaktadır. Burada bilgi alma hakkının kullanılabilmesi için talep edilen bilginin yönetim kurulu üyesinin görevinin ifası için “yararlı olması” yeterli görülmektedir. Nitekim yönetim kurulu üyelerinin görevini tam olarak yapabilmeleri için doğru, zamanında ve ayrıntılı bilgi sahibi olmaları gerekmektedir. Burada ele alınan bir diğer husus ise, yönetim kurulu toplantısı esnasında talep edilebilecek bilgilerin gündeme ilişkin konulardan ibaret

olabileceği yönündeki değerlendirmemizdir. Bunun sebebi ise, gündeme ilişkin olmayan konular bilgi alma hakkının kapsamına dahil edilirse, üyelerin toplantı dışında başkanın iznine tabi tutularak talep edilmesine sınırlama getirilmiş olan konularda toplantı esnasında bilgi talebinde bulunabileceği sonucunun ortaya çıkma ihtimalidir. Bu durum mevcut hukuki düzenlemelerin amacına aykırı düşeceğinden, toplantı esnasında da ancak gündeme ilişkin olarak bilgi alma talebinde bulunulabilmelidir. Ancak gündemle ilgili olma hususunun, geniş yorumlanarak dolaylı ve doğrudan ilgili olmayı da kapsaması gerektiği kanaatindeyiz.

Yönetim kurulu toplantısı dışında kullanılan bilgi alma hakkının kapsamını ise işlerin gidişi ve münferit işlemler oluşturmaktadır. Burada, bilgi alma hakkının kullanılması bakımından toplantı öncesi aşamadan ve toplantı esnasında kullanılacak olan bilgi alma hakkından farklı olarak, yönetim kurulu başkanının izni aranmaktadır. Ayrıca, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda TTK'dan farklı olarak münferit işler ve işlerin gidişatı konusunda izne tabi olmaları bakımından ayırım yapılmakta, işlerin gidişatına ilişkin bilgi taleplerinde başkanın izni aranmasa da münferit işlere ilişkin bilgi taleplerinde başkanın izni aranmaktadır. Türk doktrininde bazı yazarlar TTK ile mehz Kanun arasındaki bu farkın tercüme hatasından kaynaklandığını ileri sürerek, işlerin gidişatına ilişkin bilgi alma taleplerinin izne tabi tutulmasını eleştirmektedirler. Buna karşılık, Kanunun gerekçesine baktığımızda kanun koyucunun bilinçli olarak böyle bir izin şartı öngördüğü, dolayısıyla yönetim kurulu başkanından izin alınarak bilgi alma hakkının kullanılması gerektiği ifade edilmektedir.

Bilgi alma hakkı konusunda önem arz ettiğini düşündüğümüz esas konu ise yönetim kurulu üyelerinin görev ve sorumlulukları ile bilgi alma hakkının kullanımını arasındaki ilişkidir. Bilgi alma hakkının her bir yönetim kurulu üyesi için, iç yönergede belirtilen görev ve yetkilere ilişkin olarak kullanılması ve bu sebeple her bir yönetim kurulu üyesinin görev ve yetkilerinin neler olduğunun belirlenmesi için varsa iç yönergeye bakılması, bilgi alma hakkının sınırlarının belirlenmesi açısından uygun olacaktır. Yönetim kurulu üyelerinin her birinin görev ve yetkilerinin neler olduğu, kimin kime bağlı olduğu ve bilgi sunmakla yükümlü olduğu gibi konular iç yönergede tayin edilir. Dolayısıyla her üyenin kendi yetkisi ve kendisine tayin edilen görevler kapsamında sorumluluğu devam etmektedir. Bununla birlikte TTK'da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin olarak kusur sorumluluğu ve farklılaştırılmış teselsül ilkeleri benimsenmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin zarara neden olmaları halinde sorumluluklarının doğması, kendi kusurları oranında, sebep oldukları zarar ölçüsünde, durumun gereklerine göre ve illiyet bağı bulunduğu takdirde söz konusu olmaktadır.

İç yönerge ile yetkilerin devredilmesi halinde ise temelde sorumluluk devri de yapılmış olmaktadır. Bunun sebebi, iç yönerge ile yetki devrinin temel gayelerinden birinin yetkisiz üyenin sorumsuzlaştırılmasıdır. Bu şekilde yetki devri

halinde, devirden sonra görev ve yetkileri devralan üye bakımından sorumluluk söz konusu olacağından, bilgi alma hakkının da yetkili üyeye geçtiğinin kabulü yerinde olacaktır. Yönetim kurulun devredilemez görevlerinden olan gözetim yükümlülüğü kapsamında doğabilecek sorumluluğu ise bunun istisnasını oluşturmaktadır. Yönetim kurulunun gözetim yükümlülüğü yetki devri halinde de devam ettiğinden bilgi alma hakkı da bu kapsamda kullanılabilir.

KAYNAKÇA

- Altaş, Soner. “Anonim Şirkette Yönetim Kurulu Üyeleri ile Başkan’ın Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 14,149 (2019): 72-77.
- Arnold, Wolf-Dieter. “Die Pflicht des Vorstandes zur Auskunftsverweigerung in der Hauptversammlung”, *GesRZ*, 2 (2007): 99-103.
- Ayhan, Rıza; Çağlar, Hayrettin ve Özdamar, Mehmet, *Şirketler Hukuku Genel Esasları*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Bahtiyar, Mehmet. *Ortaklıklar Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2019.
- Bak, Jacek. *Aktienrecht zwischen Markt und Staat*. Wiesbaden: Deutscher Universitätsverlag, 2003.
- Bozbel, Savaş. “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı”, *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1,1 (2013): 79-96.
- Bulut, Abdülkadir. “Transfer of Management Authority in Joint Stock Company Content Organization Regulation”, *PressAcademia Procedia*, 2,1 (2016): 574-594.
- Bürgers, Tobias; Körber, Torsten, *Aktiengesetz (Heidelberger Kommentar)*. Münih: C.F. Müller, 2017.
- Cenççi, Esra. *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Devri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Çamoğlu, Ersin. *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Demirel, Duygu. “Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Devri”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7,2 (2017): 211-250.
- Doğan, Beşir Fatih. “Yönetim Kurulunun Devredilemez Yetkileri ve Yönetim Yetkisinin Devri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18,2 (2012): 609-640.
- Doğan, Beşir Fatih. *Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Günay, Yavuz Selim. *Anonim Şirketlerin Temsili*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Güney Akdağ, Necla. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- Helvacı, Mehmet. *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2001.
- Helvacı, Mehmet. “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12, 2 (2013): 77-96.
- Kalender, Emre. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma Hakkı (TTK m.392)*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2017.
- Kaya, Arslan. *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2001.
- Kırca, İsmail; Şehirli Çelik, Feyzan Hayal ve Manavgat, Çağlar, *Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2013.

- Koç, Himmet. “Anonim Şirketlerde İç Yönerge ve İç Yönergenin Benzer Hukuki Kurumlarla Olan İlişkisi”, *Medeniyet ve Toplum Dergisi*, 1,2 (2017): 163-186.
- Koç, Himmet. *Anonim Şirketlerde İç Yönerge ile Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Kortunay, Ayhan. *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı*. İstanbul: 12 Levha Yayınları, 2015.
- Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal ve Çamoğlu, Ersin, *Ortaklıklar Hukuku I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- Pulaşlı, Hasan. “Anonim Şirketlerde İç Yönerge”, *Legal Hukuk Dergisi*, 11,125 (2013): 35-45.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi 2. Cilt*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Pulaşlı, Hasan. “Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18,2 (2012): 587-599.
- Sayın Hediye, Bahar. “Yönetim Kurulu Üyelerinin Kişisel Haklarının Kurul Kararı ile İhlal Edilmesi ve İlgili Kararların Butlanı”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2,3 (2016): 201-210.
- Sayın Hediye, Bahar. “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Toplantı Dışında Bilgi Alma Hakkının Konusu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 29,124 (2016): 485-496.
- Tekinalp, Ünal. *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Üçışık, Güzin; Çelik, Aydın, *Anonim Ortaklıklar Hukuku Cilt 1*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.

SOSYAL GÜVENLİK KURUMUNCA ELEKTRONİK ORTAMDA YAPILACAK TEBLİGATA İLİŞKİN YÖNETMELİK ÇERÇEVESİNDE ELEKTRONİK TEBLİGAT*¹

Arş. Gör. Dr. Fatih TAHİROĞLU²
Dr. Volkan GÜNEŞ³

Öz

Teknolojik gelişmeler, hukuk alanında da etkilerini her geçen gün artırmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, tebligatların elektronik ortamda yapılması amacıyla birçok düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemelerden biri de 01.10.2021 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren Sosyal Güvenlik Kurumunca Elektronik Ortamda Yapılacak Tebligata İlişkin Yönetmelik'tir. Bu Yönetmelik Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından elektronik ortamda yapılacak tebligatlara ilişkin usul ve esasları belirlemek amacıyla çıkarılmıştır. Çalışmanın konusunu Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından söz konusu Yönetmelik çerçevesinde yapılacak elektronik tebligat oluşturmaktadır. Çalışmada öncelikle, elektronik tebligat kavramından ve elektronik tebligat sisteminden bahsedilmiştir. Daha sonra, elektronik tebligatın uygulama alanı üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda, elektronik tebligatın uygulama alanı hem konu bakımından hem de kişi bakımından olmak üzere ayrı ayrı incelenmiştir. Ardından elektronik tebligat adresinin edinilmesi, elektronik tebligatın yapılması ve yapılamaması konuları ele alınmıştır. Son olarak ise, elektronik tebligat adresinin kapatılması anlatılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Sosyal Güvenlik Kurumu, Yönetmelik, İşveren, Muhatap, Tebligat, Elektronik Tebligat.

ELECTRONIC NOTIFICATION WITHIN THE FRAMEWORK OF REGULATION ON NOTIFICATION TO BE MADE ON ELECTRONIC MEDIUM BY THE SOCIAL SECURITY INSTITUTION

Abstract

Technological advancements are increasing their effects in the field of law day by day. As a result of this, many regulations have been made in order to make notifications electronically. One of these regulations is the Regulation on Notification to be made on Electronic Medium by the Social Security Institution, which came into force as of 01.10.2021. This Regulation was issued by the Social Security Institution in order to determine the procedures and principles regarding the notifications to be made on electronic medium. The subject of the study is the electronic notification to be

*1 Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 16.11.2021 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 10.12.2021,
DOI No: 10.54704/akdhfd.1024357.

*2 İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra -İflâs Hukuku Anabilim Dalı / İstanbul, Türkiye (Res. Asst. Dr., İstanbul University, Faculty of Law, Department of Civil Procedure Enforcement - Bankruptcy Law, İstanbul, Turkey).
E-posta: fatiht@istanbul.edu.tr,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-6382-4942>.

*3 İstanbul Teknik Üniversitesi, İşletme Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı (2015-2021) / İstanbul - Türkiye (Dr., İstanbul Technical University, Faculty of Management, Department of Labor and Social Security Law (2015-2021), İstanbul, Turkey).
E-posta: volkangns@hotmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-1713-8204>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

made by the Social Security Institution within the framework of the aforementioned Regulation. In the study, firstly, the concept of electronic notification and the system of electronic notification are mentioned. Then, the scope of electronic notification is emphasized. In this context, the scope of electronic notification has been examined separately, both in terms of subject and person. Then, the issues of obtaining the electronic notification address, making and not being able to make the electronic notification are discussed. Finally, closing the electronic notification address is explained.

Keywords

Social Security Institution, Regulation, Employer, Addressee, Notification, Electronic Notification.

Extended Abstract

Technological advancements are increasing their effects in the field of law day by day. As a result of this, many regulations have been made in order to make notifications electronically. One of these regulations is the Regulation on Notification to be made on Electronic Medium by the Social Security Institution, which came into force as of 01.10.2021. This Regulation was issued by the Social Security Institution in order to determine the procedures and principles regarding the notifications to be made on electronic medium. The subject of the study is the electronic notification to be made by the Social Security Institution within the framework of the aforementioned Regulation.

Based on the authority granted to it in Art.88/23 of the Law No. 5510, the Social Security Institution has determined the employers that employ those deemed to be insured according to the subparagraphs (a) and (c) of the first paragraph of the Art.4 of the Law No. 5510 as the obligatory addressee. In determining whether an employer is an obligatory addressee or not, the condition of "employing those deemed to be insured" should be evaluated within the framework of the provisions of Law No. 5510. In this context, employers employing workers and those deemed to be insured as workers; public administrations employing public servants and those deemed to be insured as public servants and finally, employers who employ partially insured persons should be considered as obligatory addressees within the framework of the Regulation. These persons must obtain an electronic notification address and use the electronic system. However, although the Art.12/2 of the Law No. 5510 includes the provision that "the term employer in this Law also includes the employer's representative", it is not possible for employers' representatives to be accepted as obligatory addressees as per the Regulation.

It is not yet clear which electronic notification system will be used by the Social Security Institution. However, the institution can make electronic notifications to the addressees within the scope of the Regulation, through UETS or through the system called "E-Notification" established according to Art.107/A of the Tax Procedure Law No. 213, or it can establish another technical infrastructure itself.

Within the scope of the regulation, a three-month application period is projected to obtain an electronic notification address for employers who are the obligatory addressees. The beginning of this period is clearly regulated in the Regulation. The beginning of the aforementioned period is the date of entry into force of the Regulation, that is, 1 October 2021. It is also regulated in the Regulation that employers who start to employ insured persons after this date must apply through the system determined by the Institution within three months following the month/period in which they start to employ them (Regulation Art.7/2). When calculating this three-month period for employers who subsequently start to employ insured persons, the date of actual commencement of work should be taken into account, not the date of the employment contract. In this case, the beginning of the three-month period should be the beginning of the month following the month/period in which the work activity has started.

According to the Regulation Art.8/2, the electronic signed document is deemed to have been notified at the end of the fifth day following the date it reaches the addressee's address in electronic medium. While determining the date on which the electronic notification will be deemed to have been made, the day when the notification reaches the electronic notification address of the addressee is not taken into account, and the five-day period is calculated starting from the day after the notification is received. In addition, even if the content of the electronic notification is opened and read by the addressee before, the notification is considered to have been made at the end of the fifth day following the date it reaches the electronic address of the addressee.

In electronic notifications to be made by the Institution within the scope of the Regulation, the certification element will be provided with the event record. If the event record is not available, it will result in the absence of the electronic notification made by the Social Security Institution.

In the Regulation Art.5/2, it is regulated that in case the electronic notification cannot be made for a compulsory reason, the addressees who are required to be notified electronically can also be notified by other means. In cases that make electronic notification impossible, it can be mentioned that there is a compelling reason. In cases where the Institution makes a physical notification even though there is no compulsory reason when it is required to make an electronic notification, inadequacy of notification is in question.

According to the Regulation, as a rule, it is not possible for those who are included in the electronic notification system, either mandatory or optional, to leave the system. In this respect, electronic notification addresses cannot be closed depending on the request of the addressees.

GİRİŞ

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 88. maddesine 18.05.2017 tarih ve 7020 sayılı Kanun'un¹ 16. maddesi ile yeni bir fıkra eklenmiştir. 5510 sayılı Kanun'un bahsi geçen maddesinin 23. fıkrası uyarınca, *"Kurum görev alanı kapsamındaki tebliğler, bu Kanunun 99'uncu maddesi hükümleri saklı kalmak kaydıyla, tebliğe elverişli elektronik bir adres vasıtasıyla elektronik ortamda yapılabilir. Elektronik ortamda yapılan tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır. Kurum, elektronik ortamda yapılacak tebliğle ilgili her türlü teknik altyapıyı kurmaya veya kurulmuş olanları kullanmaya, tebliğe elverişli elektronik adres kullanma zorunluluğu getirmeye, kendisine elektronik ortamda tebliğ yapılacakları ve elektronik tebliğe ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye yetkilidir. Kurum tarafından yapılacak tebliğler, Maliye Bakanlığı ile yapılacak protokol çerçevesinde 213 sayılı Kanunun 107/A maddesi hükümlerine göre kurulan teknik altyapı kullanılarak da elektronik ortamda yapılabilir. Bu şekilde yapılan tebligatlar, 99'uncu maddenin ikinci fıkrası kapsamındaki bildirim yerine geçer"*.

5510 sayılı Kanun'un yukarıdaki hükmünün uygulanmasına ilişkin olarak Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından Sosyal Güvenlik Kurumunca Elektronik Ortamda Yapılacak Tebligata İlişkin Yönetmelik² (Yönetmelik) çıkartılmıştır. Söz konusu Yönetmelik, yürürlük maddesi (m.14) uyarınca 01.10.2021 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

Elektronik ortamda tebligat, tebliğ işlemlerinin daha kısa sürede ve daha az masrafla tamamlanmasına hizmet eder.³ Ayrıca elektronik tebligatın, usulsüz

¹ Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda ve Bir Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG, 27.05.2017, 30078.

² RG, 24.09.2021, 31608.

³ Özlem Tüzüner, "Elektronik Tebligatın Kalitatif Yöntemle İncelenmesi," *Ankara Barosu Dergisi*, S.4 (2011): 152; İbrahim Özbay, "6099 Sayılı Kanun ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Çerçevesinde Tebligat Hukukundaki Son Değişiklikler," *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 S.1-2 (2012): 124; Levent Börü, "Elektronik Tebligat Yönetmeliği Taslağı'na İlişkin Kısa Bir Değerlendirme," *Ankara Barosu Dergisi*, S.2 (2012): 405; Nesibe Kurt Konca, "Türk Hukukunda Tebligata İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.114 (2014): 262; Asaf Varol ve İhsan Baştürk, "Hukuki ve Teknik Boyutuyla Elektronik Tebligat ile Kayıtlı Elektronik Posta Sistemi," *Ankara Barosu Dergisi*, S.1 (2015): 271; Mine Akkan, "Tebli-

tebliğ sonucunu doğuran hataların önlenmesine katkı sağladığı da söylenebilir.⁴ Bunların yanında, Yönetmelik çerçevesinde Kurum tarafından yapılacak elektronik tebligat, özellikle süresi içinde ödenmeyen sosyal sigorta ve genel sağlık sigortası primleri, işsizlik sigortası primleri, idari para cezaları, gecikme zamları, katılım payları Kurum alacağına dönüştüğünde, kamu alacağı niteliğindeki bu alacakların tahsil sürecini daha seri hâle getireceği için de önemlidir.⁵ Böylece Kurum alacaklarının sonradan 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un uygulama alanına dâhil edilmiş olmasının yanında, bu alacakların tahsili açısından bir başka etkili önlem daha alınmış olmaktadır.

Diğer taraftan Kurum'un 5510 sayılı Kanun'un 88. maddesinin 23. fıkrası ve buna istinaden çıkarılan Yönetmelik uyarınca yapacağı elektronik tebligatı, Kurum'un Tebligat Kanunu⁶ ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği uyarınca yapacağı elektronik tebligattan ayırt etmek de önemlidir. Zira her iki elektronik tebligat da farklı düzenlemelere tâbidir. Kaldı ki, her iki elektronik tebligatın muhatapları da esasen birbirinden farklıdır. Bununla birlikte, Sosyal Güvenlik Kurumunca Elektronik Ortamda Yapılacak Tebligata İlişkin Yönetmelik'te yer alan bazı hükümler, Tebligat Kanunu'nda ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nde yer alan hükümlerle uyumludur. Bu bakımdan Kurum'un Yönetmelik uyarınca yapacağı elektronik tebligatlarda Tebligat Kanunu ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği kapsamında yapılmış tespitlerden yararlanılabilir. Ayrıca Yönetmelik'in 13. maddesinin birinci fıkrasında, Yönetmelik'te hüküm bulunmayan hâllerde Tebligat Kanunu ve ilgili diğer mevzuat hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla böyle durumlarda da Tebligat Kanunu'nda ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nde yer alan hükümlerden ve bu hükümlere ilişkin açıklamalardan yararlanılması gündeme gelebilir.

Yukarıda genel hatları ile açıklanan önemi ve özellikleri dikkate alınarak, bu çalışmada 5510 sayılı Kanun'un 88. maddesinin 23. fıkrasına istinaden çıkarılan Sosyal Güvenlik Kurumunca Elektronik Ortamda Yapılacak Tebligata İlişkin Yönetmelik hükümlerinin incelenerek açıklığa kavuşturulması amaçlanmaktadır. Bu çerçevede, öncelikle elektronik tebligat ve elektronik tebligat sistemi kavramları ortaya konulacak, ardından elektronik tebligatın konu ve kişi bakımından uygulama alanı belirlenmeye çalışılacaktır. Daha sonra ise, elektronik tebligat adresinin alınması, elektronik tebligatın yapılması, yapılamaması ve elektronik tebligat adresinin kapanması konuları incelenecektir.

gat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebligat," *Medenî Usûl ve İcra ve İflâs Hukuku Dergisi*, S.39 (2018): 50; Levent Börü, "Elektronik Tebligat," *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, S.1 (2020): 191.

⁴ Akkan, "Elektronik Tebligat," 51.

⁵ Mahmut Kabakçı, *Sosyal Sigorta Prim Borçlarından Şahsi Sorumluluk*, (İstanbul: Beta, 2019), 11.

⁶ RG, 19.02.1959, 10139.

I. ELEKTRONİK TEBLİGAT VE ELEKTRONİK TEBLİGAT SİSTEMİ KAVRAMLARI

Elektronik tebligat kavramı, Türk hukukuna 2011 yılında 6099 sayılı Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁷ ile Tebligat Kanunu'na eklenen 7/a maddesi ile girmiştir.⁸ Söz konusu maddenin son fıkrasında, bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esasların yönetmelikle belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu maddeye dayanılarak, ilk olarak 19.01.2013 tarihli Elektronik Tebligat Yönetmeliği⁹ yayımlanmıştır. Daha sonra ise, bu Yönetmeliği yürürlükten kaldıran 06.12.2018 tarihli Elektronik Tebligat Yönetmeliği¹⁰ yayımlanmıştır.

01.01.2019 tarihinde yürürlüğe giren 06.12.2018 tarihli Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nde elektronik tebligatın, "*Tebligat Kanunu ve söz konusu Yönetmelik'e uygun olarak elektronik ortamda yapılan tebligatı*" ifade ettiği düzenlenmiştir (m.3/1-ç). Sosyal Güvenlik Kurumunca Elektronik Ortamda Yapılacak Tebligata İlişkin Yönetmelik'te ise, elektronik tebligat, "*İlgili mevzuata göre muhataplara tebliği gereken evrakin elektronik tebligat sistemi ile muhatapların elektronik adreslerine tebliğ edilmesi*" şeklinde tanımlanmıştır (m.3/1-ç). Aşağıda açıklanacak olan elektronik tebligat sistemlerine ilişkin farklılıklar bir yana bırakılacak olursa, elektronik tebligat ile esas olarak elektronik ortamda yapılan tebligat anlatılmak istenmektedir.

Elektronik tebligat sistemi ise, elektronik tebligat kavramından farklıdır. Yönetmelik m.3/1, (e) hükmünde elektronik tebligat sisteminin "*Bilişim sistemleri kanalıyla muhatabın elektronik adresine iletmek üzere tebliğ evrakının gönderildiği ve elektronik ortamda delillendirilerek tesliminin sağlandığı sistemi*" ifade ettiği düzenlenmiştir. 5510 sayılı Kanun'un 88. maddesinin 23. fıkrasında Kurum'un elektronik ortamda yapılacak tebliğle ilgili her türlü teknik altyapıyı kurmaya veya kurulmuş olanları kullanmaya yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır. Tebligat Kanunu'nun uygulama alanı çerçevesinde Kurum tarafından çıkarılan tebligatı yapacak olan merci, Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi (PTT) olarak belirlenmiş (Tebligat Kanunu m.1) ve bu tebliğ işleminin PTT tarafından kurulan ve işletilen Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi (UETS) üzerinden yürüteceği düzenlenmiştir (Tebligat Kanunu m.7/a). Buna karşılık, 5510 sayılı Kanun'un 88. maddesinin 23. fıkrasında ise, Kurum elektronik tebligat sistemleri açısından kurulmuş olanları kullanmak dışında her türlü teknik altyapıyı kurmaya da yetkili kılınmıştır.¹¹ Hatta söz konusu hükümde, Kurum'un, Maliye Bakanlığı

⁷ RG, 19.01.2011, 27820.

⁸ Ejder Yılmaz ve Tacar Çağlar, *Tebligat Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013), 118-119; Akkan, "Elektronik Tebligat," 24; Börü, "Elektronik Tebligat," 185; Hakan Albayrak, "Mukayeseli Hukuk ve Yargı Kararları Işığında Elektronik Tebligatın Yapılmış Sayıldığı Tarih," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29, S.3 (2021): 2417.

⁹ RG, 19.01.2013, 28533.

¹⁰ RG, 06.12.2018, 30617.

¹¹ Başkaca kamu kurumlarının kendilerine tanınan benzer yetkilere dayanarak farklı teknik altyapılar kurmuş oldukları da belirtilmelidir. Örneğin, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun Ek 1. mad-

ile yapılacak protokol çerçevesinde 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun¹² 107/A maddesi hükümlerine göre kurulan teknik altyapıyı kullanarak elektronik ortamda tebligat yapabileceği de açıkça düzenlenmiştir. O hâlde, Kurum, Yönetmelik kapsamında yapacağı elektronik tebligatları, UETS üzerinden ya da 213 sayılı Kanun'un 107/A maddesinin üçüncü fıkrasında Maliye Bakanlığı'na verilen yetki çerçevesinde kurulan ve "E-Tebligat"¹³ olarak adlandırılan sistem üzerinden gerçekleştirebileceği gibi, başka bir teknik altyapı da kurabilir.

II. ELEKTRONİK TEBLİGATIN UYGULAMA ALANI

A. ELEKTRONİK TEBLİGATIN KONU BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI

Elektronik ortamda tebliğin konusunu oluşturan belgeler, Yönetmelik'in beşinci maddesinin birinci fıkrasında, "*Kurumca, mevzuat gereği tebliği gereken tüm evraklar*" olarak belirlenmiştir. Bu kapsamda, Kurum, en başta bilgi ve belge talepleri ile ilgili evrakları Yönetmelik'e göre muhatap olanlara elektronik ortamda tebliğ edecektir. Yine prim borçlarının ve bununla birlikte gecikme cezası ve gecikme zammının takip ve tahsili için gerekli evraklar ile idari para cezaları ile ilgili evraklar da elektronik tebligatın konusunu oluşturacaktır.

B. ELEKTRONİK TEBLİGATIN KİŞİ BAKIMINDAN UYGULAMA ALANI

Elektronik tebligatın kişi bakımından uygulama alanını muhataplar oluşturur. Yönetmelik'te muhatap, "*elektronik ortamda tebligat yapılacak olanlar*" şeklinde tanımlanmıştır (m.3/1/ı). Yönetmelik'in altıncı maddesi göz önüne alındığında, muhatapların zorunlu muhataplar ve isteğe bağlı muhataplar olmak üzere ikiye ayrılabilmesi mümkündür.

1. Zorunlu Muhataplar

a. İşveren

Zorunlu muhataplar, Yönetmelik uyarınca kendilerine zorunlu olarak elektronik ortamda tebligat yapılması gerekenlerdir. Yönetmelik'in altıncı maddesinin birinci fıkrasında, zorunlu muhatap belirlenirken 5510 sayılı Kanun'un 88. maddesinin 23.

desinde ihale sürecinde her türlü bildirim kısmen veya tamamen, Kurum tarafından oluşturulan "Elektronik Kamu Alımları Platformu (EKAP)" üzerinden gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Evren Koç, "Kamu İhale Hukukunda Tebligat Esasları," *iç Kamu İhale Hukuku'na İlişkin Tebliğler ve Makaleler-2*, ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan ve Seyyid Ahmet Hakakul (İstanbul: Aristo Yayınevi, 2016), 222 vd..

¹² RG, 10-11-12.01.1961, 10703-10704-10705.

¹³ E-Tebligat sisteminde muhataplara Gelir İdaresi Başkanlığı'nın İnternet Vergi Dairesi sistemi içerisinde kendileri için oluşturulmuş hesaplar üzerinden tebligat yapılmaktadır. Vergi sisteminde elektronik tebligat ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Mehmet Arslan ve Mine Biniş, "Türk Vergi Sisteminde Tebligat ve Elektronik Tebligat" *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, 14, S.1 (2016): 305 vd.; Hatice Yurtsever, "Vergi Hukukunda Tebligatta Yeni Bir Uygulama: Elektronik Tebligat," *Yönetim ve Ekonomi* 23, S.2 (2016): 461 vd.

fıkrasına dayanılmıştır. Nitekim bu hüküm ile Kurum, tebliğe elverişli elektronik adres kullanma zorunluluğu getirmeye ve kendisine elektronik ortamda tebliğ yapacakları belirlemeye yetkili kılınmıştır. Bu hükme dayanılarak Yönetmelik'te işverenler için elektronik tebligat adresi alma ve elektronik sistemi kullanma zorunluluğu kabul edilmiştir (Yönetmelik m.6/1). Bir diğer deyişle, işverenler, Kurum tarafından yapılacak elektronik tebligatlar bakımından zorunlu muhatap olarak belirlenmiştir.

Yönetmelik'te işverenin, *“Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihte ve sonrasında 5510 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiyi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları”* ifade ettiği hüküm altına alınmıştır (m.3/1/f). Yönetmelik ile getirilen işveren tanımının 5510 sayılı Kanun ile getirilen işveren tanımı ile uyumlu olduğu görülmektedir. Nitekim işveren, 5510 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasında da *“4'üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre sigortalı sayılan kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar”* olarak tanımlanmıştır.

5510 sayılı Kanun'un dördüncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre sigortalı sayılanları çalıştıranlar Yönetmelik anlamında zorunlu muhatap olduğundan, ilk olarak sigortalı sayılanların kimler olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır. Sözü geçen maddenin (a) bendi uyarınca *“hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar”* sigortalı sayılmaktadır.¹⁴ Bu hüküm kapsamında sigortalı sayılmak için önemli olan iş sözleşmesi (hizmet akdi) ile çalıştırılmak olduğundan, sadece İş Kanunu kapsamındakilerin değil; 5953 sayılı Basın İş Kanunu kapsamında gazeteciler, 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamında gemi adamları ya da 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler de m.4/1, (a) uyarınca sigortalı sayılır.¹⁵ Dolayısıyla bu kişileri çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar Yönetmelik anlamında işveren, yani zorunlu muhataptır. Bir çalışmanın iş sözleşmesine (hizmet akdine) dayanıp dayanmadığı belirlenirken bağımlılık unsurundan hareket edilmesi, işçinin işverene ait iş veya iş organizasyonu çerçevesinde onun yararına bir iş yapması bağımlılık unsurunun varlığı için yeterli sayılmalıdır.¹⁶

¹⁴ Yargıtay'ın 5510 sayılı Kanun'un dördüncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı niteliğinin kazanılması şartlarını üç başlık altında topladığı görülmektedir: 1) Çalışma ilişkisinin kural olarak hizmet sözleşmesine dayanması, 2) İşin işverene ait işyerinde ya da işyerinden sayılan yerlerde iş organizasyonu içerisinde yapılması, 3) Çalışanın 5510 sayılı Kanun'un 6. maddesinde belirtilen istisnalardan olmaması. Bkz. YHGK, 15.06.2021, E.2017/2655, K.2021/764 (Legalbank); YHGK, 15.06.2021, E.2017/2230, K.2021/755 (Legalbank).

¹⁵ Aziz Can Tuncay ve Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, (İstanbul: Beta, 2019), 302, 306 vd. Aynı yönde bkz. Ali Nazım Sözer, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, (İstanbul: Beta, 2019), 69; M. Fatih Uşan, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009), 74; Müjdat Şakar, *Sosyal Sigortalar Uygulaması*, (İstanbul: Beta, 2017), 96; Kübra Doğan Yenisey ve Mahmut Kabakçı, *Gönüllü Emeği ve İş Hukuku*, (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017), 59; Haluk Hadi Sümer, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 39.

¹⁶ Tuncay ve Ekmekçi, 303 vd.; Uşan, 75; Sümer, 39.

Yine ücret de, her ne kadar bir iş sözleşmesinden söz etmek ve dolayısıyla m.4/1, (a) uyarınca iş sözleşmesi ile çalıştırılan olarak sigortalı sayılmak için zorunlu bir unsur teşkil etse de, sigortalı kavramının kapsamına iş sözleşmesi ile çalışmayan bazı gruplar ve bunlar içerisinde ücret unsurunu içermeyen bazı çalışma ilişkileri de alınmıştır.¹⁷ Aşağıda yeri geldikçe belirtilecek olan bu kişilerin dışında kalan ücretsiz gönüllü faaliyetler gerçekleştirenlerin, “hizmet sözleşmesi ile çalıştırılan” olarak sigortalı sayılmayacağını burada belirtmek gerekir.¹⁸ O hâlde, bugünkü yasal düzenlemeler çerçevesinde ücretsiz gönüllü faaliyetleri gerçekleştirenler için “sigortalı” çalıştıran bir işverenden ve dolayısıyla Yönetmelik anlamında bir zorunlu muhataptan da söz edilemez.

5510 sayılı Kanun kapsamında işçiler yukarıda açıklandığı şekilde sigortalı sayılmakla birlikte kanun koyucu, iş sözleşmesine göre çalışıp çalışmadıkları duraksama yaratan ya da iş sözleşmesi ile çalışmadıkları açık olan bazı kişilere de iş sözleşmesi ile çalıştırılıp sigortalı sayılanlara ilişkin hükümlerin uygulanmasını öngörmüştür.¹⁹ “İşçi konumunda sayılanlar” olarak da adlandırılan²⁰ bu kişiler, 5510 sayılı Kanun’un dördüncü maddesinin ikinci fıkrasında, aşağıda yer verildiği gibi sayılmış olup, bu kişileri çalıştıranlar 5510 sayılı Kanun anlamında işveren sayılmaktadır.²¹ O hâlde, bu kişiler de Yönetmelik anlamında zorunlu muhatap olacaktır.

- İşçi sendikaları ve konfederasyonları ile sendika şubelerinin başkanlıkları ve yönetim kurullarına seçilenler,
- Bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan; film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarlar,
- Müttekabiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülke uyuğunda olanlar hariç olmak üzere, yabancı uyruklu kişilerden hizmet akdi ile çalışanlar,

¹⁷ Prime esas günlük kazançları düzenleyen 5510 sayılı Kanun m.82/2 hükmünde “ücretsiz çalışan sigortalılar”dan söz edilmesi de Kanunda sigortalı kavramının kapsamına alınmış olup ücret unsurunu içermeyen bu çalışma ilişkileri dikkate alındığında anlam kazanmaktadır. Bkz. Doğan Yenisey ve Kabakçı, 73.

¹⁸ Doğan Yenisey ve Kabakçı, 75 vd. Tüm ücretsiz çalışmaların sigortalılık niteliği doğurmadığı yönünde bkz. Uşan, 78.

¹⁹ Ali Güzel, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, (İstanbul: Beta, 2020), 80, 82; Sözer, 91.

²⁰ Bkz. Sözer, 75 vd.; Tankut Centel, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 142 vd.

²¹ Sözer, 37. 5510 sayılı Kanun m.4/2, (g)’de her ne kadar Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen Toplum Yararına Çalışma Programlarından yararlananlara da yer verilmişse de hükmün devamında Türkiye İş Kurumu’nun bu kişiler için prim ödeme yükümlüsü olmakla birlikte bu Kanun kapsamında işyeri ve işveren sayılmayacağı açıkça düzenlenmiştir.

- 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanuna göre çalıştırılanlar,
- 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununda belirtilen umumî kadınlar,
- Milli Eğitim Bakanlığı tarafından düzenlenen kurslarda usta öğretici olarak çalıştırılanlar, kamu idarelerinde ders ücreti karşılığı görev verilenler ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4'üncü maddesinin (C) bendi kapsamında çalıştırılanlar.

Yönetmelik anlamında zorunlu muhatap olacak diğer bir grup işveren ise, 5510 sayılı Kanun'un dördüncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı sayılanları çalıştıranlardır. Söz konusu (c) bendi kapsamında kamu görevlileri sigortalı sayılmıştır. Sigortalı olarak kabul edilen kamu görevlileri ilgili hükümde iki gruba ayrılmıştır. Birinci grupta "kamu idarelerinde, bu maddenin birinci fıkrasının (a) bendine tabi olmayanlardan, kadro ve pozisyonlarda sürekli olarak çalışıp ilgili kanunlarında (a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülmemiş olanlar" sigortalı olarak kabul edilmişken, ikinci grupta "kamu idarelerinde, bu maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine tabi olmayanlardan, sözleşmeli olarak çalışıp ilgili kanunlarında (a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülmemiş olanlar ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 86'ncı maddesi uyarınca açıktan vekil atananlar" sigortalı olarak kabul edilmiştir.

Kanun koyucu, işçi konumunda sigortalı sayılanlar gibi, "kamu görevlisi konumunda sigortalı sayılanları" da belirlemiştir. 5510 sayılı Kanun'un dördüncü maddesinin dördüncü fıkrasında, Kanun'un m.4/1, (c) hükmü gereği sigortalı sayılanlara (kamu görevlileri) ilişkin hükümlerin kamu görevlisi konumunda sigortalı sayılanlar hakkında da uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. O hâlde, m.4/1, (c) uyarınca kamu görevlisini çalıştıranlar gibi, aşağıda yer verilen m.4/4'te sayılan kamu görevlisi konumunda sigortalı sayılan kişileri çalıştıranlar da 5510 sayılı Kanun anlamında işveren sayılmaktadır.²² İşveren sayılan bu kişiler, Yönetmelik anlamında zorunlu muhatap olacaktır.

- Kuruluş ve personel kanunları veya diğer kanunlar gereğince seçimle veya atama yoluyla kamu idarelerinde göreve gelenlerden; bu görevleri sebebiyle kendilerine ilgili kanunlarında Devlet memurları gibi emeklilik hakkı tanınmış olanlardan hizmet akdi ile çalışmayanlar,
- Başbakan, Cumhurbaşkanı yardımcıları, bakanlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, belediye başkanları, il encümeninin seçimle gelen üyeleri,
- Birinci fıkranın (c) bendi kapsamında iken, bu kapsamdaki kişilerin kurduğu sendikalar ve konfederasyonları ile sendika şubelerinin başkanlıkları ve yönetim kurullarına seçilenlerden aylıksız izne ayrılanlar,

²² Sözer, 37.

- Harp okulları ile fakülte ve yüksekokullarda, Milli Savunma Bakanlığı hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken askerî öğrenci olanlar ile astsubay meslek yüksekokulları ve astsubay naspedilmek üzere temel askerlik eğitimine tâbi tutulan adaylar,
- Polis Akademisi ile fakülte ve yüksek okullarda, Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okumaya devam eden öğrenciler ile polis nasbedilmek üzere Polis Meslek Eğitim Merkezlerinde polislik eğitime tabi tutulan adaylar,
- Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi ile fakülte ve yüksekokullarda Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı nam ve hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı nam ve hesabına okumaya devam edenler ile subay ve astsubay naspedilmek üzere temel askerlik eğitime tabi tutulan adaylar.

5510 sayılı Kanun açısından işveren sıfatını taşıyan diğer bir grup ise kısmi sigortalıları çalıştıranlar olup²³ bu işverenler de Yönetmelik anlamında zorunlu muhataptır. 5510 sayılı Kanun'un beşinci maddesinde sadece bazı sigorta kollarnın uygulanacağı sigortalılar şu kişiler olarak belirlenmiştir:

- Hizmet akdi ile çalışmamakla birlikte, ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular,
- 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanununda belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde meslekî eğitim gören öğrenciler, meslekî ve teknik ortaöğretim ile yükseköğrenimleri sırasında staja tabi tutulan öğrenciler, mesleki ve teknik ortaöğretim sırasında tamamlayıcı eğitim ya da alan eğitimi gören öğrenciler, kamu kurum ve kuruluşları tarafından desteklenen projelerde görevli bursiyerler ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 46'ncı maddesine tabi olarak kısmi zamanlı çalıştırılan öğrenciler,
- Harp malulleri ile 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna veya 2330 sayılı Kanun hükümleri veya 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Kanunun 56'ncı maddesi uygulanarak aylık bağlanmasını gerektiren kanunlara göre vazife malullüğü aylığı bağlanmış malullerden, 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başlayanlar,
- Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme eğitimine katılan kursiyerler,
- Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçiler.

²³ Güzel, Okur ve Caniklioğlu, 194; Aydemir, 66.

Özet olarak, Yönetmelik uyarınca zorunlu muhatap olarak kabul edilecek olan işverenleri üç grupta toplamak mümkündür: 1) İşçi ve işçi konumunda sigortalı sayılan kişileri çalıştıran işverenler, 2) Kamu görevlisi ve kamu görevlisi konumunda sigortalı sayılan kişileri çalıştıran kamu idareleri, 3) Kısmi sigortalı konumunda olanları çalıştıran işverenler.

Bununla birlikte, işçi konumunda sigortalı sayılanlar, kamu görevlisi konumunda sigortalı sayılanlar ile kısmi sigortalı konumunda olanlardan bazıları yönünden bunları çalıştıranın, yani işverenin kim olduğunun belirlenmesinde zorluklarla karşılaşılabilir. Nitekim 5510 sayılı Kanun'un 12. maddesinde bu zorlukların aşılmasına yönelik düzenlemeler getirilmiştir.²⁴ Bu kapsamda, örneğin, Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanun'a göre çalışan koruma bekçilerinin işvereni olarak bunları tayine yetkili makam, yani koruma ve ihtiyar meclisleri (5510 sayılı Kanun m.12/4); işçi sendikaları ve konfederasyonları ile sendika şubelerinin başkanlıkları ve yönetim kurullarına seçilenlerin işvereni olarak ise bunları çalıştıran işçi sendikaları ve konfederasyonları kabul edilir (5510 sayılı Kanun m.12/3). Ayrıca genel kadınları çalıştıranlar da onların işvereni olmaktadır.²⁵ Kamu görevlisi konumunda sigortalı sayılanlarda ise işveren, bunları çalıştıran kamu idareleri veya eğitim gördükleri okullardır (5510 sayılı Kanun m.12/3). Kısmi sigortalı konumunda olanlardan ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutukluların işvereni ise Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İş Yurtları Kurumu'dur (5510 sayılı Kanun m.12/5).

Zorunlu muhatap olarak elektronik tebligat adresi almak ve elektronik tebligat sistemi kullanmak zorunluluğu olan yukarıda belirtilen işverenler gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. O hâlde, zorunlu muhatap olacak işverenler arasında şirketler, kooperatifler, dernekler, vakıflar, sendikalar, KİT'ler, belediyeler, bakanlıklar sayılabilir. Yine tüzel kişiliğe sahip olmayan kurum ve kuruluşlar da işveren olabileceğinden, Bakanlıklara bağlı olup tüzel kişilikleri olmayan kurum ve kuruluşlar da sigortalı çalıştırdıkları takdirde Yönetmelik uyarınca zorunlu muhatap olacaklardır. Aynı durum, özel hukuk açısından adi şirket ve donatma iştiraki için de geçerlidir.

Son olarak, Yönetmelik gereği zorunlu muhatap olan bir işverenin bulunup bulunmadığı belirlenirken, 5510 sayılı Kanun'un 6. maddesi de göz önünde bulundurulmalıdır. Söz konusu hükümde, *sigortalı sayılmayanlar* aşağıda yer verildiği şekilde belirlenmiş olup, bu kişileri çalıştıranların, çalışma ilişkisi iş sözleşmesine dayansa bile, Kanun anlamında işveren sayılmaları mümkün değildir.²⁶ O hâlde, bu kişileri çalıştıranların Yönetmelik gereği elektronik tebligat adresi alma ve elektronik sistemi kullanmak zorunluluğunun bulunduğundan söz edilemez.

²⁴ Bkz. Güzel, Okur ve Caniklioğlu, 195; Tuncay ve Ekmekçi, 359; Sözer, 37; Sümer, 76.

²⁵ Sözer, 38.

²⁶ Güzel, Okur ve Caniklioğlu, 194; Aydemir, 66.

- İşverenin işyerinde ücretsiz çalışan eşi,
- Aynı konutta birlikte yaşayan ve üçüncü derece dahil bu dereceye kadar hı-sımlar arasında ve aralarına dışardan başka kimse katılmaksızın, yaşadıkları konut içinde yapılan işlerde çalışanlar
- Ev hizmetlerinde çalışanlar (Kanunun ek 9'uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamında sigortalı olanlar ile ücretle aynı kişi yanında ay içinde 10 gün ve daha fazla süreyle çalışanlar hariç),
- Askerlik hizmetlerini er ve erbaş olarak yapmakta olanlar ile yedek subay ve yedek astsubay okulu öğrencileri,
- Uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri hükümleri saklı kalmak kaydıyla; yabancı bir ülkede kurulu herhangi bir kuruluş tarafından ve o kuruluş adına ve hesabına Türkiye'ye üç ayı geçmemek üzere bir iş için gönderilen ve ya-bancı ülkede sosyal sigortaya tabi olduğunu belgeleyen kişiler ile Türkiye'de kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan, yurt dışında ikamet eden ve o ülke sosyal güvenlik mevzuatına tabi olanlar,
- Yüksek okullarda fiilen normal eğitim süreleri içinde yapılan, tatbikî mahi-yetteki yapım ve üretim işlerinde çalışan öğrenciler,
- Sağlık hizmet sunucuları tarafından işe alıştırılmakta olan veya rehabilite edilen, hasta veya malûller,
- 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentleri gereği sigortalı sayıl-ması gerekenlerden 18 yaşını doldurmamış olanlar,
- Kamu idarelerinde ve Kanunun ek 5'inci maddesi kapsamında sayılanlar ha-riç olmak üzere, tarım işlerinde veya orman işlerinde hizmet akdiyle süresiz işlerde çalışanlar ile tarımda kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan; tarımsal faaliyette bulunan ve yıllık tarımsal faaliyet gelirlerinden, bu faali-yete ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarın aylık ortalamasının, bu Kanunda tanımlanan prime esas günlük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeleyenler ile 65 yaşını dolduranlardan talepte bulunanlar,
- Kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlardan, aylık faaliyet gelirlerinden bu faaliyetine ilişkin masraflar düşüldükten sonra kalan tutarı, prime esas gün-lük kazanç alt sınırının otuz katından az olduğunu belgeleyenler,
- Kamu idarelerinin dış temsilciliklerinde istihdam edilen ve temsilciliğin bulundu-ğu ülkede sürekli ikamet izni veya bu devletin vatandaşlığını da haiz bulunan Türk uyruklu sözleşmeli personelden, bulunduğu ülkenin sosyal güvenlik kurumunda si-gortalı olduğunu belgeleyenler ile kamu idarelerinin dış temsilciliklerinde istihdam edilen sözleşmeli personelin uluslararası sosyal güvenlik sözleşmeleri çerçevesinde ve temsilciliğin bulunduğu ülkenin ilgili mevzuatının zorunlu kıldığı hallerde, işve-renleri tarafından bulunulan ülkede sosyal sigorta kapsamında sigortalı yapılanlar,

- Gençlik ve Spor Bakanlığı, Spor Genel Müdürlüğü, Türkiye Futbol Federasyonu, bağımsız spor federasyonları tarafından yapılan her türlü gençlik ve spor faaliyetleri ile bu faaliyetlerle ilgili kamp, eğitim ve hazırlık çalışmalarında süreklilik arz etmeyecek şekilde görevlendirilenler,
- 30'uncu maddenin üçüncü fıkrasının (b) bendi kapsamında olanlar hariç olmak üzere, yaşlılık aylığı almaktayken bu aylıkları kesilmeksizin 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında çalışanlar.

b. İşveren Vekilinin Yönetmelik Kapsamında Zorunlu Muhatap Olup Olamayacağı

5510 sayılı Kanun ya da 6183 sayılı Kanun uyarınca tebliğ edilmesi gereken evraklarda muhatap genellikle işverenler olsa da işveren vekillerine tebliğ edilmesi gereken evraklar da söz konusu olabilir. Örneğin, Kurum alacaklarının tahsilinde işveren vekillerinin işveren ile birlikte sorumluluğu söz konusu olduğunda, ilgili işveren vekiline Kurum tarafından 6183 sayılı Kanun uyarınca bir ödeme emri tebliğ edilebilir. Nitekim 5510 sayılı Kanun'un 12. maddesinin ikinci fıkrasında, işveren vekilinin, bu Kanunda belirtilen yükümlülüklerinden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Yine işveren vekillerine 5510 sayılı Kanun uyarınca idari para cezası uygulanmasını gerektiren hâller de ortaya çıkabilir ki, hem bu idari para cezalarının tebliği hem de ödenmeyen idari para cezalarının tahsili için ödeme emirlerinin tebliği gerekebilir. O hâlde, yukarıda belirtilen işverenler dışında işveren vekillerinin de Yönetmelik uyarınca zorunlu muhatap olarak kabul edilip edilemeyeceği ve dolayısıyla elektronik tebligat adresi alma zorunluluklarının olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır.²⁷

İşveren vekili, 5510 sayılı Kanun'un 12. maddesinin ikinci fıkrasında -4857 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak- "*İşveren adına ve hesabına, işin veya görülen hizmetin bütünüünün yönetim görevini yapan kimse*" şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla Kanun anlamında işveren vekilinden söz edebilmek için gerçek kişi işverenin kendisinin; tüzel kişi işverenlerde ise yönetim organının sahip olduğu bütün yönetim yetkileri ile donatılmış olmak gerekir.²⁸ Bir başka deyişle, işyerinin tümünü yönetmek yetkisine sahip olmayanlar, 5510 sayılı Kanun anlamında işveren vekili olarak kabul edilemezler.²⁹ 5510 sayılı Kanun'un 12. mad-

²⁷ Bu noktada, işveren vekilini, Tebligat Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasında bahsedilen ve kille karıştırmamak gerekir. Söz konusu hükme göre, vekil aracılığıyla takip edilen işlerde tebligat vekile yapılır. Tebligat Kanunu anlamında vekil ile kastedilen, avukat, dava vekili, dava takipçisi ve Kadastro Kanunu'nda belirtilen belirli derecede yakınlardır (Recep Akcan ve Hakan Albayrak, *Tebligat Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 103; İbrahim Özbay ve Taner Emre Yardımcı, *Tebligat Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 54; Melih Işık, "Muhatap Yerine Tebellüğe Yetkilendirilen Kişilere Tebligat Yapılması," *İç Olaylarla Tebligat Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 81).

²⁸ Kabakcı, 28.

²⁹ Güzel, Okur ve Caniklioğlu, 196; Aydemir, 110, 114.

desinin ikinci fıkrasında işveren vekilinin tanımlanmasını takiben “*bu Kanunda geçen işveren deyimi, işveren vekilini de kapsar*” düzenlemesine yer verilmiştir. Kanun’da işveren vekili için dar kapsamlı bir tanıma yer verilmiş olması ve buna uygun şekilde Kanun’da geçen işveren deyiminin işveren vekilini de kapsadığının açık bir şekilde düzenlenmesi dikkate alındığında, Yönetmelik açısından işveren vekillerinin de işveren gibi zorunlu muhatap kabul edilmeleri gerektiği şeklinde bir görüş ileri sürülebilir. Böylece işveren vekilleri için de elektronik tebligat adresi alma zorunluluğu doğacaktır. Bu görüşün benimsenmesi hâlinde, bir başka soruya daha cevap aranması gerekir. Acaba, Kanun’un 88. maddesinin 20. fıkrasında sayılan ve Kurum’un ödenmeyen sigorta primleri ve diğer alacaklarından işverenle birlikte sorumluluğu öngörülenler de Yönetmelik anlamında zorunlu muhatap mı olmalıdır? Nitekim öğretilde, Kanun’un 88. maddesinin 20. fıkrası çerçevesinde primlerin tahakkuk ve ödemesi işini üstlenenlerin de (örneğin, sigorta işlemleri işinin bütününe yöneten birim sorumlusu müdür, şef gibi) Kanun anlamında işveren vekili olarak nitelendirildiği görülmektedir.³⁰

Kanaatimizce Yönetmelik anlamında işveren vekillerinin de işveren olarak kabul edilerek Kurumca kendilerine yapılacak tebligatlar için elektronik tebligat adresi alma zorunluluklarının olduğundan söz edilemez. Aksi hâlde, özellikle büyük şirketlerdeki karmaşık organizasyon yapıları bakımından sürekli olarak ve çok sayıda uyuşmazlığın doğacağı açıktır ki, bu sonucun elektronik tebligatın getirilmesindeki amaçlarla bağdaştırılması mümkün değildir. Yine Yönetmelik’i yayımlayarak zorunlu muhatapları belirleyen Kurum’un, Yönetmelik’te işveren vekillerini açıkça zikretmeyip 5510 sayılı Kanun yardımıyla bu sonuca varılmasını öngördüğü de düşünülemez. Bir başka deyişle, Yönetmelik’te bu hususta bilinçli bir susmanın ya da boşluğun olduğu sonucuna varmak yerinde olmaz. Ayrıca tebligatın, hukuki dinlenme ve bilgi edinme hakkı ile sıkı ilişkisi göz önünde bulundurulduğunda,³¹ muhatapların açık bir şekilde belirlenmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Sonuç olarak, Yönetmelik açısından işveren vekillerine elektronik yolla tebligat yapılması zorunluluğundan bahsedilemez. Dolayısıyla işveren vekillerinin elektronik tebligat adresi edinme zorunlulukları bulunmamaktadır.

2. İsteğe Bağlı Muhataplar

İsteğe bağlı muhataplar, kendilerine elektronik ortamda tebligat yapılmasını talep edebilecek olanlardır. Yönetmelik’in altıncı maddesinin birinci fıkrası kapsamında zorunlu muhatap olan işverenler dışında kalan muhataplar, isteğe bağlı olarak kendilerine elektronik ortamda tebligat yapılmasını talep edebilirler (Yönetmelik m.6/2). Yukarıda açıklanan sebeplerle işveren gibi zorunlu muhatap ola-

³⁰ Sözer, 43-44.

³¹ Bu ilişki ilgili açıklamalar için bkz. Hakan Pekcanitez, “Hukuki Dinlenme Hakkı,” *İç Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan* (İzmir: 2000), 770 vd.; Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2003), 98 vd.

rak kabulü mümkün olmayan işveren vekilleri Yönetmelik anlamında isteğe bağlı muhatap olabilecektir. Bununla birlikte, sigortalı sayılanlar ile hak sahiplerinin de isteğe bağlı muhatap olmaları mümkündür. Yine Kurum tarafından genel sağlık sigortası çerçevesinde kendilerine sıklıkla tebligat gönderilmesi söz konusu olan sağlık kurumları ile eczaneler de isteğe bağlı olarak Yönetmelik kapsamında yapılacak elektronik tebligatın muhatabı olabilirler.

İsteğe bağlı olarak kendilerine elektronik tebligat yapılmasını talep eden muhataplar da elektronik tebligat sistemini kullanmak zorunda olup daha sonra bu kapsamdan çıkamazlar (Yönetmelik m.6/3). Bir başka deyişle, bu şekilde isteğe bağlı olarak sisteme dâhil olan muhataplara da elektronik yolla tebligat yapılması zorunlu hâle gelir.

III. ELEKTRONİK TEBLİGAT ADRESİNİN EDİNİLMESİ

Yönetmelik'in yedinci maddesinin birinci fıkrasına göre, elektronik tebligat adresi almak zorunda olan işverenler, Kurum tarafından belirlenen sistem üzerinden, bu Yönetmelik'in yürürlüğe girdiği tarihi takip eden üç ay içinde başvuru yapmakla yükümlüdür. İsteğe bağlı olarak elektronik tebligat adresi alacak olan muhataplar da Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından belirlenen sistem üzerinden başvuru yapmakla yükümlü kılınmıştır (Yönetmelik m.7/3).

Yukarıdaki hükümler çerçevesinde, gerek zorunlu muhataplar için öngörülen elektronik tebligat adresinin edinilmesine ilişkin üç aylık başvuru süresine gerekse de Kurum tarafından belirlenecek elektronik tebligat sistemi üzerinden gerçekleştirilecek başvuru yollarına ilişkin açıklığa kavuşturulması gereken bazı hususlar söz konusudur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, üç aylık başvuru süresinin başlangıcı Yönetmelik'te açıkça hüküm altına alınmıştır. Elektronik tebligat adresi almak zorunda olan işverenler için bu üç aylık sürenin başlangıcı, Yönetmelik'in yürürlüğe girdiği tarih, yani 1 Ekim 2021'dir. Yine Yönetmelik'te bu tarihten sonra sigortalı çalıştırmaya başlayan işverenlerin, sigortalı çalıştırmaya başladığı ayı/dönemi takip eden aydan itibaren üç ay içinde, Kurum tarafından belirlenen sistem üzerinden başvuruda bulunması gerektiği de açıkça düzenlenmiştir (Yönetmelik m.7/2). Sonradan sigortalı çalıştırmaya başlayan işverenler için üç aylık sürenin başlangıcında sosyal sigorta ilişkisinin kurulduğu anın önemli olduğuna dikkat edilmelidir. Sigortalılığın başlangıcı genel olarak işçilerde çalışmaya, kamu görevlilerinde ise göreve başlamaya bağlıdır (5510 sayılı Kanun m.7/1, (a) ve (c)).³² O hâlde, Yönetmelik'te sonradan sigortalı çalıştırmaya başlayan işverenler için getirilen başvuru yüküm-

³² Sigortalılığın başlangıcına ilişkin açıklamalar için bkz. Güzel, Okur ve Caniklioğlu, 150 vd.; Sözer, 55 vd.; Tuncay ve Ekmekçi, 151 vd.; Ufuk Aydın, "Sosyal Sigortalarda Sigortalılık Niteliğinin Kazanılması ve Yitirilmesi," *TÜHİS* 16, S.2 (2000): 35-36; Nurşen Caniklioğlu ve Ercüment Özkaraca, "Sanatçıların Sosyal Güvenliği," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 72, S.2 (2014): 657-658.

lülüğüne ilişkin üç aylık süre hesaplanırken iş sözleşmesinin yapıldığı tarih değil, çalışmaya ya da göreve başlandığı tarih dikkate alınmalıdır. Bu durumda üç aylık sürenin başlangıcı, çalışmaya başladığı ayı/dönemi takip eden ayın başı olmalıdır.

Yönetmelik'te öngörülen elektronik tebligat adresinin edinilmesine ilişkin üç aylık sürenin hâlihazırda işlemeye başlamasına rağmen Kurum'un hangi elektronik tebligat sistemini kullanacağı henüz belli değildir. Dolayısıyla söz konusu sürenin uzatılması gündeme gelebilir. Öte yandan, bir sigortalı çalıştıran işverenlerin dahi zorunlu muhatap olduğu göz önüne alındığında, oldukça geniş bir kesimin elektronik tebligat sistemine gireceği söylenebilir. Bu nedenle elektronik tebligat adresi edinilmesi için başvuru süresinin daha uzun tutulması da düşünülebilir.

Yönetmelik kapsamında zorunlu muhatap olan işverenlerin elektronik tebligat adresi almak için nasıl bir başvuru yolu izleyecekleri, elektronik tebligat sistemi henüz belirlenmediği için açık değildir. Bununla birlikte, kurulacak ya da tercih edilecek elektronik tebligat sistemi ne olursa olsun, çeşitli sebeplerle elektronik tebligat adresini edinmeyen veya edinemeyen zorunlu muhataplarla uygulamada karşılaşılabilir. Yönetmelik'te, elektronik tebligat adresi edinmeyen muhataplar açısından bir yaptırım öngörülmemiştir. Bununla birlikte, elektronik tebligat adresi edinmemiş olan muhataplara hâliyle klasik usûlle tebligat yapılmaya devam edilecektir. Bu bağlamda, söz konusu muhataplar için, vergi mükellefleri bakımından geçerli olan elektronik tebligat düzenlemesine (Bkz. Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği Sıra No: 456) benzer bir düzenleme yapılması ve re'sen elektronik tebligat adresinin oluşturularak muhataplara tebliğ edilmesi de düşünülebilir.

IV. ELEKTRONİK TEBLİGATIN YAPILMASI

Sosyal güvenlik il müdürlüğü veya sosyal güvenlik merkezi/merkez teşkilatı tarafından tebliğ edilmesi gereken evrak elektronik ortamda imzalanır ve Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından muhatabın elektronik tebligat adresine ulaştırılır (Yönetmelik m.8/1).

Yönetmelik'in sekizinci maddesinin ikinci fıkrasına göre, elektronik imzalı evrak muhatabın elektronik ortamdaki adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda tebliğ edilmiş sayılır. Bu düzenleme, Tebligat Kanunu'nun 7a maddesinin dördüncü fıkrası ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nin dokuzuncu maddesinin son fıkrası ile uyumludur.³³ Söz konusu hükümlere göre de, elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır. O hâlde, elektronik tebligatın yapılmış sayılacağı tarih ile ilgili tespit ve tartışmalara burada değinmek gerekir.

³³ Bu bağlamda, mevzuatımızda tebliğ tarihi konusunda Tebligat Kanunu'ndan farklı düzenlemeler de mevcuttur. Örneğin, Elektronik Kamu Alımları Platformu (EKAP) üzerinden yapılacak tebligatlarda bildirim tarihi tebliğ tarihi sayılır (Kamu İhale Kanunu m.65). Bu konuda bkz. Koç, "Kamu İhale," 229-230.

Elektronik tebligatın yapılmış sayılacağı tarih belirlenirken, tebligatın muhatabın elektronik tebligat adresine ulaştığı gün hesaba katılmaz, beş günlük süre tebligatın ulaştığı günün ertesi gününden başlanarak hesaplanır.³⁴ Örneğin, tebligat 21.10.2021 tarihinde muhatabın elektronik posta adresine ulaşırsa, bu gün hesaba katılmaz, bu günü takip eden beşinci günün sonunda, yani 26.10.2021 tarihi bittiğinde tebligat yapılmış sayılır.³⁵ Ayrıca belirtmek gerekir ki, elektronik tebligatın mesai saatleri dışında ulaşması söz konusu hesaplamada bir değişiklik yaratmaz.³⁶ Örneğin, muhataba saat 23:59'da ulaşan elektronik tebligatın dahi ertesi gün ulaştığı kabul edilemez.³⁷

Aynı esas, Kurum tarafından Yönetmelik çerçevesinde yapılacak elektronik tebligatlar bakımından da geçerli olacaktır. Nitekim yukarıda belirtildiği üzere, Yönetmelik'te yer alan düzenleme ile Tebligat Kanunu'nda ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nde yer alan düzenleme aynıdır.

Tebligat Kanunu ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği çerçevesinde yapılacak elektronik tebligatlar açısından, beş günlük süre içerisinde muhatabın tebligatı açıp okumasının tebliğ tarihi bakımından değişiklik yaratıp yaratmayacağı meselesi tartışmalıdır.³⁸ Öğretide bir görüşe göre, muhatabın, beş günlük süre içerisinde elektronik tebligat adresini açtığı tespit edilirse, elektronik tebligatın açıldığı an tebliğ tarihi olarak kabul edilmelidir.³⁹ Öğretideki ağırlıklı görüşe göre ise, beş günlük süre içerisinde elektronik tebligatın muhatab tarafından açılıp okunması, tebliğ tarihi bakımından herhangi bir değişiklik yaratmaz.⁴⁰ Zira Tebligat

³⁴ Akkan, "Elektronik Tebligat," 80; Ayşe Ece Acar, "Elektronik Tebligat," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 74, S.1 (2016): 163; Seyithan Deliduman, *Tebligat Hukuku Bilgisi* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 50; Ahmet Cemal Ruhi ve Canan Ruhi, *Tebligat Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 101-102; Şanal Görgün, Levent Börü ve Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usûl Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 218; Koç, "Kamu İhale," 229; Özbay ve Yardımcı, 34; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve S. Hilal Üçüncü, *Tebligat Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 82; Börü, *Elektronik Tebligat*, 209; Hakan Albayrak, *Tebligat Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 57; Tuğçe Arslanpınar Tat, "Elektronik Tebligat," *İç Olaylarla Tebligat Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 209; Alper Tunga Küçük, "Yargı Kararları Işığında Elektronik Tebligatın Yapılmış Sayılacağı Tarihin Belirlenmesi," *Terazi Hukuk Dergisi* 16, S.179 (2021): 1321.

³⁵ Görgün, Börü ve Kodakoğlu, 218; Deliduman, 50; Özbay ve Yardımcı, 34; Börü, "Elektronik Tebligat," 209; Albayrak, *Tebligat*, 57; Arslanpınar Tat, 209; Küçük, 1321.

³⁶ Börü, "Elektronik Tebligat," 209; Albayrak, *Tebligat*, 57; Taner Emre Yardımcı, "Yeni Elektronik Tebligat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebligat", *Ankara Barosu Dergisi*, S.3 (2019): 27.

³⁷ Yardımcı, 27; Börü, "Elektronik Tebligat," 209; Küçük, 1321.

³⁸ Bu konu hakkında geniş bilgi için bkz. Küçük, 1319-1327; Albayrak, "Elektronik Tebligat," 2415-1453.

³⁹ Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku Cilt I* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 488; Özbay ve Yardımcı, 34; Yardımcı, 27.

⁴⁰ Mine Akkan, "Elektronik Tebligat," 81; Mine Akkan, "7101 sayılı Kanunla Elektronik Tebligat Konusunda Getirilen Yeni Düzenlemeler ve Değerlendirilmesi" iç *7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, ed. Muhammet Özekes, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 164; Atalı, Ermenek ve Üçüncü, *Tebligat*, 79; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), 190; Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021), 139;

Kanunu'nda tebliğ tarihi açıkça belirlenmiştir.⁴¹ Nitekim bu düzenleme ile tebligatın muhatabın elektronik ortamdaki adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonu tebliğ tarihi olarak varsayılmıştır.⁴² Söz konusu düzenlemeye göre, tebligatın okunmasının, yani öğrenilmesinin tebliğ tarihi açısından bir önemi yoktur.⁴³ Yargıtay kararlarında da, elektronik tebligatın muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi takip eden beşinci günün sonunda yapılmış sayılacağı kabul edilmektedir.⁴⁴ Anayasa Mahkemesi ise, bir kararında, muhatabın elektronik tebligatı okumasıyla sürenin başlayacağına hükmetmiştir.⁴⁵ Ancak belirtmek gerekir ki, söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi'nin elektronik tebligatın okunma tarihini esas almasının sebebi, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru süresinin ihlâlin öğrenildiği tarihten itibaren başlamasıdır.⁴⁶ Nitekim Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 47. maddesinin beşinci fıkrasına göre, bireysel başvuru süresi, ihlâlê karşı bir başvuru yolu düzenlenmemişse, ihlâlın öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.⁴⁷

Kanaatimizce Kurum'un yaptığı elektronik tebligatlarda da tebligatın içeriği muhatap tarafından daha öncesinde açılıp okunsa dahi tebligat muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır. Şöyle ki, Tebligat Kanunu'nda ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nde olduğu gibi,⁴⁸ bu Yönetmelik'teki düzenleme de aslında açıktır. Nitekim Yönetmelik'te de tebliğ tarihi düzenlenirken öğrenme tarihi dikkate alınmamıştır.

Son olarak, elektronik tebligatın yapılmasının belgelendirilmesinden de bahsetmek gerekmektedir. Tebligat Kanunu ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği

Börü, "Elektronik Tebligat," 212; Ayşe Ece Acar "Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi'nde Tutulan Delil Kayıtlarının İspat Kuvveti ve Bu Kayıtların Aksinin İleri Sürülmesi," *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, S.1 (2020): 77; Küçük, 1325; Arslanpınar Tat, 207; Albayrak, "Elektronik Tebligat," 2446.

⁴¹ Akkan, "Elektronik Tebligat," 81; Akkan, "7101 sayılı Kanun," 164; Küçük, "Elektronik Tebligat," 1325; Acar, "Delil Kayıtları," 77.

⁴² Akkan, "Elektronik Tebligat," 81; Akkan, "7101 sayılı Kanun," 164.

⁴³ Akkan, "Elektronik Tebligat," 81; Acar, "Delil Kayıtları," 77; Küçük, 1325-1326.

⁴⁴ "[...] Görüldüğü üzere, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 7/a maddesinde muhatabın elektronik tebligatı tebellüğ etmiş sayılacağı tarihe ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre "Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır." Bunun sonucu olarak elektronik tebligatta tebellüğ tarihi elektronik tebligatın muhatabın elektronik posta hesabına ulaştığı veya okunduğu tarih olmayıp, tebligatın muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonu olmaktadır. Böylelikle, muhatabın kayıtlı elektronik posta hesabını kontrol etmemek suretiyle tebliğin sonuçlarını geciktirmesi ihtimali söz konusu olmayacaktır [...]" YHGK, 14.01.2020, E.2019/623, K.2020/9 (Lexpera); aynı yönde bkz. YHGK, 24.11.2020, E.2020/547, K.2020/924 (Lexpera).

⁴⁵ AYM Kararı, Başvuru No: 2019/6266, 15/1/2020, §27 (RG, 04.03/2020, 31058).

⁴⁶ Küçük, 1325-1326.

⁴⁷ Keza Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 64. maddesinin birinci fıkrasına göre de ihlâlê karşı bir başvuru yolu bulunmadığı hâllerde, başvuru süresi ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

⁴⁸ Küçük, 1326; Acar, "Delil Kayıtları," 77.

çerçevesinde yapılacak elektronik tebligatlarda belgelendirme unsurunun delil kaydı ile sağlandığı ifade edilmektedir.⁴⁹ Söz konusu kayıt, Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nde tanımlanmıştır. Delil kaydı, tebligatın tebligat çıkarmaya yetkili makam ve merciden Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi (UETS) tarafından teslim alındığına, muhatabın elektronik tebligat adresine ulaştığına, okunduğuna ve usûlen tebliğ edilmiş sayıldığına dair üretilen ve elektronik sertifika ile imzalanmış kayıtları ifade eder (m.3/1-b). Bu noktada, delil kaydı tebliğ tutanağı işlevine sahiptir.⁵⁰

Kurum tarafından Yönetmelik kapsamında yapılacak elektronik tebligatlar da ise belgelendirme unsuru olay kaydı ile sağlanacaktır.⁵¹ Olay kaydı, elektronik tebligat hizmetinin verilmesi esnasında meydana gelen ve mevzuat gereği kaydının tutulması zorunlu olan tüm bilişim sistemi işlem kayıtlarını ifade eder (Yönetmelik m.3-i). Bu kapsamda, olay kaydı elektronik tebligatta tebliğ tutanağı işlevini görecektir.⁵²

Delil kaydının bulunmaması, elektronik tebligatın yokluğu sonucunu doğurur.⁵³ Şöyle ki, bu durumda, tebliğin unsurlarından olan belgelendirme unsurunun varlığından bahsedilemez.⁵⁴ Tebliğ işleminin yazılı bildirim ve belgelendirme unsurlarından birinin mevcut olmaması tebliğ yokluğu sonucunu doğurur.⁵⁵ Aynı durum, olay kaydı bakımından da geçerlidir. Bir başka deyişle, olay kaydının mevcut olmaması Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılan elektronik tebligatın yokluğuna neden olur.

⁴⁹ Yardımcı, 25; Acar, "Delil Kayıtları," 81; Evren Koç, "Zorunlu Elektronik Tebligatta Delil Kaydı", *Meditol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, S.1 (2021): 267; İrem İleri, *Tebligat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebligat* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 66. Belgelendirme unsurunun işlem ve delil kayıtları ile sağlandığı şeklinde bkz. Atalı, Ermenek ve Üçüncü, 59; Börü, "Elektronik Tebligat," 189. Belgelendirme unsurunun işlem kaydı ile sağlanacağı yönünde bkz. Nedim Meriç, "Tebligatın Anlamı ve İlgili Mevzuat," *İç Olaylarla Tebligat Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 5.

⁵⁰ Acar, "Delil Kayıtları," 81; Koç, "Delil Kaydı," 263.

⁵¹ Bu bağlamda, eski Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nde de olay kaydı kavramına yer verilmişti. Olay kaydı, idare veya diğer hizmet sağlayıcılar tarafından elektronik tebligat hizmetinin verilmesi esnasında meydana gelen ve mevzuat gereği kaydının tutulması zorunlu olan tüm bilişim sistemi işlem kayıtlarını ifade etmekteydi (m.3/1-k). Doktrinde, olay kaydının elektronik tebligatın belgelendirme unsurunu sağladığı ifade edilmiştir (Akkan, "Elektronik Tebligat," 48).

⁵² Eski Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nde yer alan olay kaydının tebliğ tutanağı işlevi gördüğü belirtilmiştir bkz. Akkan, "Elektronik Tebligat," 48-49.

⁵³ Yardımcı, 25; Börü, "Elektronik Tebligat," 190; Koç, "Delil Kaydı," 270; Acar, "Delil Kayıtları," 79-80.

⁵⁴ Yardımcı, 25; Börü, "Elektronik Tebligat," 190; Koç, "Delil Kaydı," 270.

⁵⁵ Timuçin Muşul, *Tebligat Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 138; Timuçin Muşul, *İcra ve İflâs Hukuku Cilt I* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 162; Derya Belgin Güneş, "Tebliğ Yokluğu," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 74, S.1 (2016): 221; Koç, "Delil Kaydı," 261; Melih Işık, "Tebligatın Yokluğu ve Usulsüz Tebliğ," *İç Olaylarla Tebligat Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 178.

Olay kayıtları, işlem zaman bilgisi eklenerek arşivde erişilebilir şekilde saklanır. Söz konusu kayıtlar, ancak tebliğ konusu evrakın ilgili mevzuat hükümleri uyarınca imha edilmesinin ardından silinebilir (Yönetmelik m.8/3). Talep edilmesi durumunda olay kayıtları muhataba veya yetkili mercilere sunulur (Yönetmelik m.8/4).

Olay kayıtları aksi ispat edilmedikçe kesin delil sayılır (Yönetmelik m.8/5). Bu düzenleme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 204. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hüküm ile uyumludur. Söz konusu hükme göre, ilgililerin beyanına dayanılarak noterlerin tasdik ettikleri senetlerle diğer yetkili memurların görevleri çerçevesinde usûlüne uygun olarak düzenledikleri belgeler, aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılırlar. Bu kapsamda, olay kayıtları, resmî belge olarak değerlendirilmelidir.⁵⁶

V. ELEKTRONİK TEBLİGATIN YAPILAMAMASI

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından elektronik yolla tebligat yapılması bazen mümkün olmayabilir. Yönetmelik'in beşinci maddesinin ikinci fıkrasında, elektronik yolla tebligatın zorunlu bir sebeple yapılamaması durumunda, kendilerine elektronik tebligat yapılması gereken muhataplara diğer usûllerle de tebligat yapılabileceği düzenlenmiştir. Benzer düzenlemeler, Tebligat Kanunu'nun 7a maddesinde ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nin 16. maddesinde de mevcuttur. Söz konusu hükümlere göre de, elektronik yolla tebligatın zorunlu bir sebeple yapılamaması hâlinde Tebligat Kanunu'nda belirtilen diğer usûllerle tebligat yapılır.

Yönetmelik'te, Tebligat Kanunu'nda ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nde de olduğu gibi, hangi hâllerin zorunlu sebep olduğu açıkça belirtilmemiştir. Ancak elektronik tebligatın yapılmasını imkânsız kılan durumlarda, zorunlu bir sebebin varlığından bahsedilebilir.⁵⁷ Bu konuda, 6099 sayılı Kanun'un gerekçesinde bazı durumlardan bahsedilmiştir. Bu kapsamda, elektronik postaların engellenmesi, teknik alt yapının zarar görmesi, istem dışı engellemeler gibi hâller zorunlu sebep olarak sayılabilir.

Yönetmelik'te yer alan diğer usûller ile kastedilen Tebligat Kanunu'nda yer alan diğer usûllerdir. Zira Kurum, Tebligat Kanunu hükümlerine uygun tebliğ yapmakla yükümlü mercilerdendir (Tebligat Kanunu m.1).⁵⁸ Öyleyse zorunlu bir sebeple elektronik yolla tebligatın yapılamaması durumunda, tebligatın öncelikle posta yoluyla veya şartları varsa memur vasıtasıyla yapılması gerekir.⁵⁹ Eğer söz konusu usûllere göre de tebligat yapılamazsa, muhataba ilan tebligat yapılması gerekir.⁶⁰

⁵⁶ Delil kayıtları bakımından aynı yönde bkz. Yardımcı, 29-30; Acar, "Delil Kayıtları," 81.

⁵⁷ Yardımcı, 12; Börü, "Elektronik Tebligat," 213.

⁵⁸ Tebligat çıkarmaya yetkili merciler hakkında geniş bilgi için bkz. Fatih Tahiroğlu, "Tebligat Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Tebligat Çıkarmaya Yetkili Merciler," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 74, S.1 (2016): 389-396.

⁵⁹ Tebligat Kanunu çerçevesinde yapılacak elektronik tebligatlar açısından aynı yönde bkz. Yardımcı, 12; Börü, "Elektronik Tebligat," 214.

⁶⁰ Tebligat Kanunu çerçevesinde yapılacak elektronik tebligatlar açısından aynı yönde bkz. Yardımcı, 12; Börü, "Elektronik Tebligat," 214.

Bu başlık altında, elektronik yolla tebligat yapılmasına bir engel bulunmamasına rağmen, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun muhataba Tebligat Kanunu'nda yer alan diğer usûllere göre tebligat yapmasının nasıl bir sonucu olacağı üzerinde de durulmalıdır. Bu konu Tebligat Kanunu ve Elektronik Tebligat Yönetmeliği çerçevesinde yapılacak elektronik tebligatlar bakımından tartışılmıştır.

Öğretide bir görüşe göre, zorunlu bir sebep olmamasına rağmen elektronik tebligat yerine diğer usûllerle tebligat yapılmışsa, yapılan tebligatın usûlsüz olduğu söylenemez.⁶¹ Öğretide diğer bir görüşe göre, elektronik tebligat yapılması gerekirken fizikî tebligat yapılmışsa, bu tebligat usulsüzdür.⁶² Zira bu durumda tebligat, Kanun'da öngörülen usûle uygun yapılmamıştır.⁶³ Öğretide bir başka görüşe göre ise, elektronik yolla tebligat yapılması zorunlu olan muhataba, bu yolla tebligatın yapılmaması tebliğ yokluğuna neden olur.⁶⁴ Yargıtay da, bazı kararlarında, elektronik yolla tebligat yapılmasının zorunlu olmasına rağmen, klasik usûlle yapılan tebligatın yok hükmünde olduğunu kabul etmiştir.⁶⁵

Kanaatimizce Kurum'un zorunlu bir sebep olmamasına rağmen elektronik yolla tebligat yerine fizikî tebligat yaptığı hâllerde esasen usûlsüz tebligat söz konusu olur. Şöyle ki, böyle bir durumda Kurum tarafından fizikî tebligat yapılmış olması tek başına tebliğ yokluğu sonucunu doğurmaz. Zira yukarıda belirtildiği üzere, tebliğ yokluğundan bahsedebilmek için tebliğ işleminin yazılı bildirim ve belgelendirme unsurlarından birinin mevcut olmaması gerekir. Öyleyse tebliğ yokluğu, ancak Kurum tarafından elektronik tebligat yerine yapılan fizikî tebligatta bu unsurlardan birinin bulunmaması hâlinde gündeme gelebilir. Öte yandan, usûlsüz tebligatta ortada bir tebliğ işlemi mevcut olsa da, tebliğ usûle (Tebligat Kanunu'nda ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'te öngörülen kurallara) uygun gerçekleşmiş değildir.⁶⁶ Örneğin, adresin meçhul olup olmadığı tespit edilmeden ilan tebligat yapılırsa, bu tebligat usûlsüz olur.⁶⁷ Aslında Kurum tarafından Yönetmelik uyarınca elektronik yolla tebligat yapılması gerekirken fizikî tebligat yapılması hâlinde de benzer bir durum söz konusudur. Nitekim burada da zorunlu bir sebebin bulunup bulunmadığı tespit edilmeden fizikî tebligat yapılmaktadır. Bununla birlikte, Kurum tarafından fizikî tebligat yapılması hâlinde de ortada bir tebliğ işlemi vardır, ancak tebliğ

⁶¹ Yardımcı, 13; Özbay ve Yardımcı, 33.

⁶² Akkan, "Elektronik Tebligat," 68-69; Atalı, Ermenek ve Üçüncü, 85; Börü, "Elektronik Tebligat," 216; Albayrak, Tebligat, 55; Arslanpınar Tat, 204.

⁶³ Akkan, "Elektronik Tebligat," 69; Atalı, Ermenek ve Üçüncü, 85.

⁶⁴ Koç, "Delil Kaydı," 269.

⁶⁵ Y12.HD, 26.12.2019, E.2019/13554, K.2019/18558 (Kazancı).

⁶⁶ Muşul, *Tebligat*, 85 ve 571; Belgin, 221-222; Akcan ve Albayrak, 175; Özbay ve Yardımcı, 34; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları: 2020), 308; Anıl Köroğlu, "Medeni Usul Hukukunda Sürelere İlişkin Esaslar" (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014), 161; Işık, 161.

⁶⁷ Akcan ve Albayrak, 58; Özbay ve Yardımcı, 101; Albayrak, *Tebligat*, 45.

Yönetmelik'te öngörülen usûle uygun gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla muhatabın fizikî tebligatın içeriğini öğrenmesiyle, tebligat geçerli sayılır (Tebligat Kanunu m.31/1). Böyle bir durumda, muhatabın öğrenme tarihi, tebliğ tarihi kabul edilir (Tebligat Kanunu m.31/2). Son olarak, söz konusu tespitlerin sadece zorunlu muhataplar açısından değil, isteğe bağlı muhataplar açısından da geçerli olduğu belirtilmelidir.

VI. ELEKTRONİK TEBLİGAT ADRESİNİN KULLANIMA KAPATILMASI

Yönetmelik'in dokuzuncu maddesinde gerek zorunlu olarak gerekse de isteğe bağlı olarak elektronik tebligat sistemine dâhil olanların sistemden çıkılmalarının kural olarak mümkün olmadığı düzenlenmiştir.

Bununla birlikte, Yönetmelik'te iki durumda elektronik tebligat adresinin kullanıma kapatılacağı hüküm altına alınmıştır. Bunlar; tüzel kişilerde ticaret sicil kaydının silinmesi (nevi değişikliği, birleşme hâlleri dâhil), gerçek kişilerde ise ilgilinin ölümü ya da gaipliğine karar verilmesidir (m.9). Ölen ya da gaipliğine karar verilen kişinin elektronik tebligat adresi re'sen veya mirasçılarının talebi üzerine kapatılır (m.9).

Görüldüğü üzere, muhatapların isteğine bağlı olarak elektronik tebligat adreslerinin kapatılması mümkün değildir. Bu konuda, zorunlu olarak elektronik tebligat adresi edinmiş olan muhataplar ile isteğe bağlı olarak elektronik tebligat adresi edinmiş olan muhataplar arasında bir fark bulunmamaktadır.

SONUÇ

Kurumca, mevzuat gereği tebliği gereken tüm evrakların, Sosyal Güvenlik Kurumunca Elektronik Ortamda Yapılacak Tebligata İlişkin Yönetmelik gereği zorunlu muhatap olanlara elektronik ortamda tebliği öngörülmektedir. Kurum, 5510 sayılı Kanun'un 88. maddesinin 23. fıkrasında kendisine tanınan yetki çerçevesinde zorunlu muhatap olarak 5510 sayılı Kanun'un dördüncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre sigortalı sayılan kişileri çalıştıran işverenleri belirlemiştir. Bir işverenin zorunlu muhatap olup olmadığının belirlenmesinde, "sigortalı sayılanları çalıştırma" koşulu, 5510 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu kapsamda işçi ve işçi konumunda sigortalı sayılan kişileri çalıştıran işverenler; kamu görevlisi ve kamu görevlisi konumunda sigortalı sayılan kişileri çalıştıran kamu idareleri ve son olarak da kısmi sigortalı konumunda olanları çalıştıran işverenler, Yönetmelik anlamında zorunlu muhatap sayılmalıdır. Bu kişiler elektronik tebligat adresi almak ve elektronik sistemi kullanmak zorundadırlar. Bununla birlikte her ne kadar 5510 sayılı Kanun'un 12. maddesinin ikinci fıkrasında "*bu Kanunda geçen işveren deyimi, işveren vekilini de kapsar*" hükmüne yer verilmişse de işveren vekillerinin, Yönetmelik anlamında zorunlu muhatap olarak kabul edilmeleri mümkün değildir.

Yönetmelik kapsamında zorunlu muhatap olan işverenler için elektronik tebligat adresi almak için öngörülen üç aylık süre 1 Ekim 2021 tarihi itibarıyla başlamışsa da Kurum tarafından hangi elektronik tebligat sisteminin kullanılacağı henüz belirlenmemiştir. Bu nedenle özellikle tebligat adresi edinilmemesi hali ile ilgili bazı soruların bugün için cevaplanması mümkün değildir.

Yönetmelik'in sekizinci maddesinin ikinci fıkrasına göre, elektronik imzalı evrak muhatabın elektronik ortamdaki adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda tebliğ edilmiş sayılır. Elektronik tebligatın yapılmış sayılacağı tarih belirlenirken, tebligatın muhatabın elektronik tebligat adresine ulaştığı gün hesaba katılmaz, beş günlük süre tebligatın ulaştığı günün ertesi gününden başlanarak hesaplanır. Ayrıca elektronik tebligatın içeriği muhatap tarafından daha öncesinde açılıp okunsa dahi tebligat muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış olur.

Kurum tarafından Yönetmelik kapsamında yapılacak elektronik tebligatlarda belgelendirme unsuru olay kaydı ile sağlanacaktır. Olay kaydının mevcut olmaması ise, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılan elektronik tebligatın yokluğuna neden olur.

Yönetmelik'in beşinci maddesinin ikinci fıkrasında, elektronik yolla tebligatın zorunlu bir sebeple yapılamaması durumunda, kendilerine elektronik tebligat yapılması gereken muhataplara diğer usûllerle tebligat yapılabileceği düzenlenmiştir. Elektronik tebligatın yapılmasını imkânsız kılan durumlarda, zorunlu bir sebebin varlığından bahsedilebilir. Kurum'un elektronik yolla tebligat yapması gerekirken zorunlu bir sebep olmamasına rağmen fizikî tebligat yaptığı hâllerde ise esasen usûlsüz tebligat söz konusu olur.

Yönetmelik'e göre, gerek zorunlu olarak gerekse isteğe bağlı olarak elektronik tebligat sistemine dâhil olanların sistemden çıkmaları kural olarak mümkün değildir. Bu bakımdan muhatapların isteğine bağlı olarak elektronik tebligat adresleri kapatılamaz.

KAYNAKÇA

- Acar, Ayşe Ece. “Elektronik Tebligat.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 74, S.1 (2016): 159-174.
- Acar, Ayşe Ece. “Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi’nde Tutulan Delil Kayıtlarının İspat Kuvveti ve Bu Kayıtların Aksinin İleri Sürülmesi.” *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, S.1 (2020): 73-88.
- Akcan, Recep ve Albayrak, Hakan. *Tebligat Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Akkan, Mine. “Tebligat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebligat.” *Medenî Usûl ve İcra ve İflâs Hukuku Dergisi*, S.39 (2018): 23-89.
- Akkan, Mine. “7101 sayılı Kanunla Elektronik Tebligat Konusunda Getirilen Yeni Düzenlemeler ve Değerlendirilmesi.” *İç 7101 sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, ed. Muhammet Özekes, 149-167. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Albayrak, Hakan. *Tebligat Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Albayrak, Hakan. “Mukayeseli Hukuk ve Yargı Kararları Işığında Elektronik Tebligatın Yapılmış Sayıldığı Tarih.” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, S.3 (2021): 2414-2453.
- Arslan, Mehmet ve Biniş, Mine. “Türk Vergi Sisteminde Tebligat ve Elektronik Tebligat” *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi* 14, S.1 (2016): 300-317.
- Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar, Ayvaz Sema ve Hanağası, Emel. *Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- Arslanpınar Tat, Tuğçe. “Elektronik Tebligat.” *İç Olaylarla Tebligat Hukuku*, 197-214. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim ve Erdoğan, Ersin. *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları: 2020.
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim ve Üçüncü, S. Hilal. *Tebligat Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Aydemir, Murteza. *Türk Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları*. İstanbul: Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası Yayınları, 1993.
- Aydın, Ufuk. “Sosyal Sigortalarda Sigortalılık Niteliğinin Kazanılması ve Yitirilmesi.” *TÜHİS* 16, S.2 (2000): 32-50.
- Belgin Güneş, Derya. “Tebliğ Yokluğu.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 74, S.1 (2016): 221-231.
- Börü, Levent. “Elektronik Tebligat Yönetmeliği Taslağı’na İlişkin Kısa Bir Değerlendirme.”, *Ankara Barosu Dergisi*, S.2 (2012): 403-410.
- Börü, Levent. “Elektronik Tebligat.” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, S.1 (2020): 183-225.
- Budak, Ali Cem ve Karaaslan, Varol. *Medenî Usul Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- Caniklioğlu, Nurşen ve Özkaraca, Ercüment. “Sanatçıların Sosyal Güvenliği.” *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 72, S.2 (2014): 637-664.

- Centel, Tankut. *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Deliduman, Seyithan. *Tebligat Hukuku Bilgisi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Doğan Yenisey, Kübra ve Kabakcı, Mahmut. *Gönüllü Emeği ve İş Hukuku*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2017.
- Görgün, Şanal; Börü, Levent ve Kodakoğlu, Mehmet. *Medenî Usûl Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.
- Güzel, Ali; Okur, Ali Rıza ve Caniklioğlu, Nurşen. *Sosyal Güvenlik Hukuku*. İstanbul: Beta, 2020.
- Işık, Melih. “Muhatap Yerine Tebellüğe Yetkilendirilen Kişilere Tebligat Yapılması.” *İç Olaylarla Tebligat Hukuku*, 79-107. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Işık, Melih. “Tebligatın Yokluğu ve Usulsüz Tebliğ.” *İç Olaylarla Tebligat Hukuku*, 159-179. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- İleri, İrem. *Tebligat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebligat*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Kabakcı, Mahmut. *Sosyal Sigorta Prim Borçlarından Şahsi Sorumluluk*. İstanbul: Beta, 2019.
- Koç, Evren. “Kamu İhale Hukukunda Tebligat Esasları.” *İç Kamu İhale Hukuku'na İlişkin Tebliğler ve Makaleler-2*, ed. Fehim Üçışık, Çetin Arslan ve Seyyid Ahmet Hakakul, 222-240. İstanbul: Aristo Yayınevi, 2016.
- Koç, Evren. “Zorunlu Elektronik Tebligatta Delil Kaydı.” *Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, S.1 (2021): 259-271.
- Köroğlu, Anıl. “Medeni Usul Hukukunda Sürelere İlişkin Esaslar.” Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Kurt Konca, Nesibe. “Türk Hukukunda Tebligata İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. S.114 (2014): 239-274.
- Küçük, Alper Tunga. “Yargı Kararları Işığında Elektronik Tebligatın Yapılmış Sayılacağı Tarihin Belirlenmesi.” *Terazi Hukuk Dergisi* 16, S.179 (2021): 1319-1327.
- Meriç, Nedim. “Tebligatın Anlamı ve İlgili Mevzuat.” *İç Olaylarla Tebligat Hukuku*, 1-9. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflâs Hukuku Cilt I*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Muşul, Timuçin. *Tebligat Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Özbay, İbrahim. “6099 Sayılı Kanun ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Çerçevesinde Tebligat Hukukundaki Son Değişiklikler.” *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, S.1-2 (2012): 115-157.
- Özbay, İbrahim ve Yardımcı, Taner Emre. *Tebligat Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Özekes, Muhammet. *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.
- Pekcanitez, Hakan. *Hukuki Dinlenilme Hakkı*. İç Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, 753-791. İzmir: 2000.

- Ruhi, Ahmet Cemal ve Ruhi, Canan. *Tebliğat Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Sözer, Ali Nazım. *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*. İstanbul: Beta, 2019.
- Sümer, Haluk Hadi. *Sosyal Güvenlik Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Şakar, Müjdat. *Sosyal Sigortalar Uygulaması*. İstanbul: Beta, 2017.
- Tahiroğlu, Fatih. "Tebliğat Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Tebliğat Çıkarmaya Yetkili Merciler." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 74, S.1 (2016): 389-396.
- Tanrıver, Süha. *Medenî Usûl Hukuku Cilt I*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Tuncay, Aziz Can ve Ekmekçi, Ömer. *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*. İstanbul: Beta, 2019.
- Tüzüner, Özlem. "Elektronik Tebliğatın Kalitatif Yöntemle İncelenmesi." *Ankara Barosu Dergisi*. S.4 (2011): 137-159.
- Uşan, M. Fatih. *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Varol, Asaf ve Baştürk, İhsan. "Hukuki ve Teknik Boyutuyla Elektronik Tebliğat ile Kayıtlı Elektronik Posta Sistemi." *Ankara Barosu Dergisi*. S.1 (2015): 263-278.
- Yardımcı, Taner Emre. "Yeni Elektronik Tebliğat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebliğat." *Ankara Barosu Dergisi*, S.3 (2019): 1-38.
- Yılmaz, Ejder ve Çağlar, Tacar. *Tebliğat Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.
- Yurtsever, Hatice. "Vergi Hukukunda Tebliğatta Yeni Bir Uygulama: Elektronik Tebliğat." *Yönetim ve Ekonomi* 23, S.2 (2016): 451-466.

MİLLETLERARASI YATIRIM HUKUKUNDA YATIRIMCININ SORUMLULUĞU: İŞÇİ HAKLARINA SAYGI GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ ÖRNEĞİ¹

Dr. Deniz ERGENE²

Öz

Yabancı yatırımcının ev sahibi devlet ülkesinde sorumlu davranmasının temin edilmesi, milletlerarası yatırım hukukunda özellikle son yirmi yılda giderek daha fazla önem arz eden bir mesele hâline geldi. Bu çalışmada milletlerarası yatırım hukukunda yabancı yatırımcının hukukî sorumluluğu meselesini, özellikle sosyal sorumluluğundan ayırt ederek inceledik ve yatırımcının milletlerarası yatırım hukukunda hukukî sorumluluğunun bulunması gerektiği görüşünü savunduk. Hukukta sorumluluk bir yükümlülüğün ihlâlinden kaynaklandığı için, yatırımcının hukukî sorumluluğu meselesini incelerken, yatırımcının yükümlülüklerine odaklandık. Geleneksel yatırım anlaşmalarında yatırımcılara yükümlülük öngörülmez. Ancak yeni tarihli bazı yatırım anlaşmalarında yatırımcı yükümlülükleri öngörüldüğünü tespit ettik. Bu yükümlülüklerden özellikle işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüklerini tarihi gelişimi çerçevesinde inceledik.

Anahtar Kelimeler

Milletlerarası Yatırım Hukuku, Yatırımcı Yükümlülüğü, Yatırımcının Sorumluluğu, Kurumsal Sosyal Sorumluluk, İşçi Hakları, Hukuka Uygun Yatırım, Hukuka Aykırı Yatırım.

INVESTOR'S RESPONSIBILITY IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW: THE EXAMPLE OF OBLIGATION TO RESPECT LABOUR RIGHTS

Abstract

The purpose of this article is to examine the question of how foreign investors could be held responsible for their wrongful acts in host countries. This article puts an emphasis on the legal responsibility of investors in contradistinction to their corporate social responsibility. It argues that investors should have legal responsibility, hence legal obligations in international investment law. It focuses on the investors' obligation to respect labour rights, as foreseen in some new generation international investment agreements. It analyses these new provisions by putting it into a historical perspective and it assesses their potential impact on international investment law.

Keywords

International Investment Law, Investor's Obligation, Investor's Responsibility, Corporate Social Responsibility, Labour Rights, Legal Investment, Illegal Investment.

¹ Makalenin Dergiye Geliş Tarihi: 31.10.2021 - Makalenin Kabul Edildiği Tarih: 09.12.2021, DOI No: 10.54704/akdhfd.1016781.

² İzmir Barosu'na Kayıtlı Avukat / İzmir - Türkiye.
E-posta: denizergene@gmail.com,
Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0002-5516-3259>.



"This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)"

Extended Abstract

In this article we examine the investor's responsibility in international investment law. What makes this issue interesting is that international investment law is traditionally a branch of law that only regulates the rights of investors and refrains from regulating their responsibilities. For the orthodox international investment law scholar or practitioner, foreign investors only bear social responsibility but no legal responsibility in international investment law. We argue in this article that not only host states but also foreign investors should have legal responsibility in international investment law, particularly for their wrongful acts towards their -or their affiliates' or even their third party providers'- employees.

Legal responsibility requires non-compliance with legal obligations; hence legal responsibility requires the pre-existence of a legal obligation within the legal system of prospective responsibility. Therefore an analysis of investors' responsibility in international investment law should first and foremost focus on legal obligations of investors in international investment law. In this article we focus on the legal obligation of investors to respect labour rights.

Investors' obligations to respect labour rights is not dealt with in the original design of international investment law. For it is assumed that investors' obligations are already foreseen and effectively enforced by national laws of host states. The sixty years practice of international investment law unfortunately proved this assumption to be wrong. Indeed entrusting host state laws with the enforcement of legal responsibility of investors towards their employees did not result in effective compensation for the employees who were negatively affected by investment activities. The more the injuries incurred by the employees were left uncompensated, the more the social pressure went up in the international investment circles for the inclusion of investors' obligations in investment agreements, particularly for investors' obligations to respect labour rights.

In fact most of the international investment agreements in force today do not foresee investors' obligations to respect labour rights or any type of investor obligation for that matter. Investment agreements typically include obligations for states and for states only. However this asymmetrical feature of international investment agreements does not reflect the underlying bargain struck -from the 60's to the mid-90's- by developed and developing states for the establishment of international investment law. In fact international investment law as a legal system is built upon a *quid pro quo*; international legal protection for foreign investors in exchange for the contribution of the investors to the sustainable economic development of the host state. Yet the "investors' contribution to the sustainable economic development of the host state" part of the bargain did not find its place in the binding provisions of investment agreements until early 2000's. This asymmetry is the root cause of the investors' irresponsibility in international investment law. The lack of investors' obligations in international investment law resulted in the legal "irresponsibility" of investors in this legal regime. And the legal irresponsibility in its turn resulted in the lowering or the non-improvement of labour standards in the host states; a result which clearly goes against "the contribution to the sustainable economic development of the host state" part of the bargain.

Academic and politico-bureaucratic efforts are made in order to render the international investment law symmetrical. These efforts may be categorized in two camps; one proposing voluntary guidelines to investors which may lead to their social responsibility but not to their legal responsibility, the other one imposing binding legal obligations to investors, which can lead to their legal responsibility in international investment law. The former is mostly advocated by developed states and the latter mostly by developing states. A general overview of these efforts show that there are significantly more voluntary guidelines in non binding international instruments than binding investors' obligations in investment agreements.

Very few investment agreements foresee investors' obligations to respect labour rights. Some of these investment agreements provide that investors shall comply with all labour provisions of the host states national law; some more specifically provide that investors will give priority to the nationals of the home state when providing employment and some others provide that investors will only be authorized if they expressly undertake the obligation to respect the labour laws of the host state. In addition to these labour rights specific provisions, some investment agreements provide that investors are under a general obligation to comply with the host states law as a whole, not only at the establishment stage but also after the establishment.

An overview of existing investment agreements show that there is a trend for the inclusion of investors' obligations into investment agreements. The more such binding provisions appear in investment agreements, the more investors may be held internationally responsible for their breach of labour standards and the better the symmetry is rendered in international investment law.

“Yatırımcılar bir ülkeye girerken, orada faaliyetlerinden -iyi ya da kötü-etkilenecek bir toplum ya da cemaat yokmuş gibi davranamazlar.”¹

GİRİŞ

Bangladeş’in başkenti Dakka’da, 24 Nisan 2013 günü büyük bir facia yaşandı. İçinde beş kumaş imalâthanesinin bulunduğu bina çöktü. Bu kazada, imalâthanelerde çalışan 1000’den fazla insan öldü ve 2500’den fazla insan yaralandı.² Binanın duvarları, çökmeden bir gün önce çatlamıştı. Binada bulunan bazı mağazalar, çatlaklar sebebiyle, kazadan bir gün önce kapatılmış, ancak yabancı yatırımcılara hammadde sağlayan imalâthane çalışanlarına işe gitme talimatı verilmişti. İmalâthaneler, Benetton, El Corte Inglés, Gucci, Mango, Prada, Versace gibi birçok yabancı yatırımcıya kumaş sağlıyordu.³ Dakka kazası, milletlerarası kamuoyunun dikkatinin, ucuz hammadde ve ucuz iş gücü bulmak, bu yolla kârlılıklarını artırmak amacıyla gelişmekte olan ülkelere yatırım yapan yabancı yatırımcıların bu ülkelerde yaşayanlara ve hususiyetle işçilere karşı sorumluluklarına yönelmesine sebebiyet verdi.

Milletlerarası yatırım hukukuyla ilgili çalışan yazarlar ve kurumlar da bu yönelimin dışında kalmadılar. Özellikle son on beş yılda, yabancı yatırımcıların sorumlulukları ve yükümlülükleri üzerinde çalışanların sayısı hatırı sayılır düzeyde arttı.⁴ Biz de bu külliyata bir katkı olması ümidiyle, bu çalışmada, milletlerarası

¹ Peter Muchlinski, “Corporate Social Responsibility”, *International Investment Law* içinde, editör Peter Muchlinski, Federico Ortino ve Christoph Schreuer, (New York: Oxford University Press, 2008), 640. Yazarın orijinal ifadesi şu şekildedir; “Investors cannot enter a country as if there was no society or community there, upon which their activities will impact, whether for good or ill.”

² “2013 Dakka Kumaş İmalathanesi Faciası”, Uluslararası Çalışma Örgütü, Erişim Tarihi: Ekim 6, 2021, https://www.ilo.org/global/topics/geip/WCMS_614394/lang-en/index.htm.

³ “2013 Dakka Kumaş İmalathanesi Faciası”, Wikipedia, Erişim Tarihi: Ekim 6, 2021, https://en.wikipedia.org/wiki/2013_Dhaka_garment_factory_collapse.

⁴ Muchlinski, “Corporate Social Responsibility”, 638 vd.; Peter Muchlinski, “Regulating Multinationals: Foreign Investment, Development, and the Balance of Corporate and Home Country Rights and Responsibilities in a Globalizing World”, *The Evolving International Investment Regime* içinde, editör José E. Alvarez ve Karl P. Sauvant, (New York: Oxford University Press, 2011), 30 vd.; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *World Investment Report 2011: Non Equity Modes of International Production and Development*, World Investment Report Series, (İsviçre: United Nations Publication, 2011), 111 vd.; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework*, Guiding Principles, (New York, Cenevre: United Nations Publication, 2011) 13 vd.; Olufemi Amao, *Corporate Social Responsibility, Human Rights and the Law: Multinational Corporations in Developing Countries*, (New York: Routledge, 2011), 23 vd.; Karsten Nowrot, “Obligations of Investors”, *International Investment Law* içinde, editör Jörn Griebel, Stephan Hobe, August Reinisch Marc Bungenberg, (Portland: C.H.Beck, Hart, Nomos, 2015), 1154 vd.; Makane Moïse Mbengue, “Les Obligations des Investisseurs”, *L’entreprise multinationale et le droit international* içinde, editör Laurence Dubin, Pierre Bodeau-Livinec, Jean-Louis Iten ve Vincent Tomkiewicz, (Paris: Pedone, 2017), 295 vd.; Nitish Monebhurrn, “Mapping the Duties of Private

yatırım hukuku düzeninde yabancı yatırımcıların sorumluluğunu, işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüğünü merkeze almak suretiyle inceliyoruz.

Yabancı yatırımcılar sıklıkla çok uluslu şirketlerden⁵ oluştuğu için ve çok uluslu şirketlerin kurumsal sosyal sorumluluğu meselesi, üzerinde çokça çalışılan bir konu olduğu için “yatırımcının sorumluluğu” terimi, ilk anda akla yatırımcının kurumsal sosyal sorumluluğunu getirebilir. Kurumsal *sosyal* sorumluluk, üzerinde herkesçe uzlaşılan ortak bir tanımı olmamakla birlikte, *hukukî olmayan* -etik, ihtiyarî, ticarî- bir sorumluluk türü olarak tarif edilir.⁶ Bu çalışmada yatırımcıların sosyal değil, hukukî sorumluluklarını, hususiyetle de milletlerarası yatırım hukukundaki hukukî sorumluluklarını inceliyoruz. Yatırımcıların kurumsal sosyal sorumluluklarına ise, hukukî sorumluluklarına ilişkin hukuk boşluğunu doldurmakta bir araç olarak kullanıldığı müddetçe yer veriyoruz.⁷

Yatırımcıların milletlerarası yatırım hukukundaki hukukî sorumlulukları meselesini ilgi çekici kılan, milletlerarası yatırım hukukunun -geleneksel olarak- yatırımcıların yalnızca haklarını düzenleyen, buna mukabil sorumluluklarını düzenlemekten geri duran bir hukuk dalı olmasıdır.⁸ Bu yönüyle milletlerarası yatırım hukuku -çalışmamızın başlığını şaşırtıcı kılacak şekilde- yatırımcıların hukukî sorumluluklarına ilişkin bir hukuk boşluğu içerir. Nitekim doktrinde çok uluslu şirketlerin, “etkisiz millî hukuklar ile var olmayan ya da icrası mümkün olmayan milletlerarası hukuk arasında, bir boşlukta” faaliyet gösterdikleri ifade edilir.⁹ Dola-

Companies in International Investment Law” *Revista de Direito Internacional* 14, S.2 (2017), 49 vd.; UNCTAD, *UNCTAD’s Reform Package for the International Investment Regime*, (New York ve Cenevre: United Nations Publications, 2018), 64 vd.

⁵ Çok uluslu şirket kavramı OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development - Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü) tarafından hazırlanan Uluslararası Yatırımlar ve Çok Uluslu İşletmeler Bildirgesi’nde birden fazla ülkede kurulmuş veya faaliyet gösteren şirketlerden oluşan şirketler topluluğu olarak tanımlanır. OECD Uluslararası Yatırımlar ve Çok Uluslu İşletmeler Bildirgesi, Kısım I bknz. “Uluslararası Yatırımlar ve Çok Uluslu İşletmeler Bildirgesi”, OECD, Erişim Tarihi: Kasım 25, 2021, <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>.

⁶ Kurumsal sosyal sorumluluk teriminin çeşitli tarifleri ve tanım denemeleri için bknz. Amao, *Corporate Social Responsibility*, 67 vd.

⁷ Yatırımcıların sosyal sorumluluklarını doğuran bazı soft-law kaynaklarına bu sebeple, yalnızca yatırımcıların hukukî sorumluluklarını doğuracak -hard-law- kaynaklarının hazırlık çalışması olduğu müddetçe değiniyoruz. Soft-law kaynaklarının, hard-law’daki boşlukları tamamlamak fonksiyonu icra ettiği yönünde bknz. Andrea K.Bjorklund, “Assessing the Effectiveness of Soft Law Instruments in International Investment Law”, *International Investment Law and Soft Law* içinde, editör Andrea K.Bjorklund ve August Reinisch, (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012), 54. Benzer şekilde kurumsal sosyal sorumluluk kavramının, şirketlere kamusal hukukî yükümlülükler yüklemenin güçlüğü sebebiyle ortaya çıkan boşluğu tamamlamak amacıyla ortaya atılmış olduğu yönünde bknz. Amao, *Corporate Social Responsibility*, 81.

⁸ Nowrot, “Obligations of Investors”, 1154; Frank J. Garcia, Lindita Ciko, Apurv Gaurav ve Kirrin Hough, “Reforming the International Investment Regime: Lessons from International Trade Law”, *Journal of International Economic Law* 18 (2015) 869 vd.; UNCTAD, *Reform Package*, 65; Yarik Kryvoi, *Three Dimensions of Inequality in International Investment Law*, (British Institute of International and Comparative Law, 2020) 8.

⁹ Amao, *Corporate Social Responsibility*, 1.

yısıyla, çalışmamız esas itibarıyla, milletlerarası yatırım hukukundaki bu boşluğun doldurulması gayretlerini ve bu gayretlerin başarıya ulaştığı sınırlı alanları konu alır.

Çalışmamızda yabancı yatırımcının milletlerarası yatırım hukukunda hukukî sorumluluğunu, işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüğünün ihlâlinden kaynaklanan sorumluluk örneği üzerinden inceliyoruz. Esasında yabancı yatırımcının milletlerarası yatırım hukukunda sorumluluğu, çevrenin korunmasına saygı gösterme ve insan haklarına saygı gösterme yükümlülüklerinin ihlâlinden de kaynaklanabilir. Yatırımcının bu yükümlülüklerinden, işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüğünü ayırarak incelememizin sebebi, yabancı yatırım için çalışanların, ev sahibi devlet ülkesinde yabancı yatırımcı ile en yakın irtibata giren kişiler olmalarıdır. Bu sebeple, ev sahibi devlet ülkesinde yatırım faaliyetlerinden en çok etkilenenler işçilerdir. Nitekim bu sebeple işçi haklarına saygı gösteril(me)mesinden kaynaklanan sorumluluk, yatırımcının diğer muhtemel sorumluluk hâllerine kıyasla, yatırımcının davranışı ile zarar arasındaki illiyet bağının daha kolay tespit edilebildiği bir hâldir.¹⁰ Kanımızca bu sebeplerle, yabancı yatırımcının işçi haklarına saygı gösterme *yükümlülüğü*, milletlerarası yatırım hukukunda yatırımcının *sorumluluğu* meselesini incelemeye başlamak için en uygun yerdir.

Yatırımcının hukukî *sorumluluklarını* incelemeye neden yatırımcının *yükümlülüklerinden* başladığımız merak konusu olabilir. Temelde her hukukî *sorumluluk*, bir hukukî *yükümlülüğe* aykırı davranıştan kaynaklanır.¹¹ Bu kurala göre şayet yabancı yatırımcı, faaliyet gösterdiği ev sahibi devlet ülkelerinde yatırımları için çalışanların maruz kaldığı kimi zararlardan hukuken sorumlu tutulacak ise, bu yatırımcının işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüğünün bulunduğu ve bu yükümlülüğe uygun davranmadığının tespit edilebilmesi gerekir. Yatırımcının hukukî sorumluluğu milletlerarası yatırım hukukunda doğacak ise, ilgili yüküm-

¹⁰ Benzer şekilde yatırımcının hukukî değil, sosyal sorumluluğunda da öne çıkan üç sorumluluk alanından -i.e. çevreye, insan haklarına ve işçi haklarına saygı başlıklarından- en erken tarihlere beri incelenmeye başlanani işçi haklarına saygı gösterilmemesinden kaynaklanan sosyal sorumluluktur. Muchlinski, "Corporate Social Responsibility", 645.

¹¹ Yükümlülük ve sorumluluk ilişkisi esasında -sırasıyla- birincil ve ikincil norm ilişkisidir. Birincil norm, norm süjesinden hangi davranışın beklendiğini düzenlerken, ikincil norm bu davranış normuna aykırı davranmanın hukukî sonuçlarını öngörür. Bu sınıflandırma, birincil ve ikincil norm terimleri kullanılmak suretiyle ilk olarak Hart tarafından, "The Concept of Law" eserinde geliştirilmiştir. Bknz. H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (New York: Oxford University Press, 1994), 91-94. Hart'ın bu sınıflandırması, milletlerarası hukukta Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun devletin milletlerarası sorumluluğuna ilişkin çalışmaları esnasında, hususî raportör Roberto Ago tarafından benimsenmiştir. Bknz. Milletlerarası Hukuk Komisyonu, *Second report on State responsibility, by Roberto Ago, Special Rapporteur - The Origin of International Responsibility*, Yearbook of International Law Commission C.II (1970), 179. Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun Devletlerin Milletlerarası Hukuka Aykırı Fiillerinden Sorumluluğuna Dair Kuralları'nın nihaî hâlinde de bu sınıflandırmanın benimsenmesiyle, birincil ve ikincil norm ayrımı milletlerarası hukukun önemli bir parçası hâline gelmiştir. Milletlerarası Hukuk Komisyonu, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Yearbook of International Law Commission C.II Kısım 2 (2001) 31 vd.

lülüğün de -millî hukuklardan değil- milletlerarası yatırım hukukundan kaynaklanması gerekir. Bu sebeple yatırımcıların milletlerarası yatırım hukukundaki *sorumluluklarına* dair bir çalışmanın, öncelikle yatırımcıların milletlerarası yatırım hukukundaki *yükümlülüklerini* incelemesi olağandır.

Günümüzde yürürlükteki milletlerarası yatırım anlaşmaları -oldukça *avant-garde* hükümler ihtiva eden istisnaî yatırım anlaşmaları hariç- yatırımcılara hiçbir yükümlülük yüklemesiz.¹² Milletlerarası yatırım anlaşmalarında¹³ öngörülen yükümlülüklerin yükümlüsü devlet, hatta çoğunlukla ev sahibi devlettir. Yatırım anlaşmalarının neredeyse tamamında bulunan, tazminatsız kamulaştırma yasağı, âdil ve hakkaniyetli muamele, tam koruma ve güvenlik, millî muamele ve en çok gözetilen millet muamelesi hükümlerinin tamamının yükümlüsü ev sahibi devlettir.¹⁴ Yatırımcı ise bu yükümlülük-hak ilişkisinin¹⁵ hak sahibidir.¹⁶ Özetle günümüzde yürürlükteki yatırım anlaşmalarının neredeyse hiçbiri yatırımcıya yükümlülük yüklediğinden, yatırımcının milletlerarası yatırım hukukunda, kural olarak hukukî sorumluluğu bulunmaz.

Milletlerarası yatırım hukukunda yatırımcının kural olarak sorumsuz olmasının sebebi, yatırımcının sorumluluğunun millî hukuklarda “zaten” düzenlendiği düşüncesidir. Gerçekten de yabancı yatırımcının, çalışanlarına karşı ev sahibi devletin iş hukukundan kaynaklanan yükümlülükleri bulunur. Milletlerarası ya-

¹² Nowrot, “Obligations of Investors”, 1154; Garcia, et al., “Reforming Investment Regime”, 870; UNCTAD, *Reform Package*, 65; Kryvoi, *Inequality*, 8.

¹³ Milletlerarası yatırım hukukunda yükümlülük, hak ve serbestilerin ana kaynağı milletlerarası yatırım anlaşmalarıdır. Bknz. Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (New York: Oxford University Press, 2010) 78 vd.; Andrew Newcombe ve Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment* (New York: Kluwer Law International, 2009) par. 1.30 vd. Yatırım anlaşmalarının çoğu iki taraflıdır. İngilizce literatürde “bilateral investment treaties” olarak adlandırılan bu yatırım anlaşmaları Türkçede “yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması anlaşmaları” olarak adlandırılır. Çalışmamızda ifade akıcılığını ve anlaşılabilirliği artırmak adına bu uzun ifade yerine kısaca “milletlerarası yatırım anlaşmaları” terimini kullanmayı tercih ettik. Belirtmek isteriz ki “milletlerarası yatırım anlaşması” terimi ile yalnızca iki taraflı yatırım anlaşmalarını değil, aynı zamanda çok taraflı yatırım anlaşmalarını ve yabancı yatırımların korunmasına ilişkin hükümler içeren serbest ticaret anlaşmalarını da kast ediyoruz.

¹⁴ Mbengue, “Les Obligations des Investisseurs”, 297; Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 131 vd.

¹⁵ Hukuk normlarının doğurduğu nispi hukukî rabita türleri hakkında genel olarak ve bunlardan -sorumluluk doğurabilen- yükümlülük-hak türündeki hukukî rabita hakkında ayrıntılı açıklama için bknz. Wesley Newcombe Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning” *The Yale Law Journal* 23, S.1 (1913), 30 vd.

¹⁶ Mbengue, “Les Obligations des Investisseurs”, 297; Milletlerarası yatırım anlaşmalarında öngörülen klasik hükümlerin tesis ettiği yükümlülük-hak ilişkilerinde yükümlünün devlet olduğunda şüphe olmamakla birlikte, hak sahibinin doğrudan doğruya yatırımcı olup olmadığı tartışmalıdır. Kimi yazarlar hak sahibinin menşe devlet olduğu, kimileri de doğrudan doğruya yabancı yatırımcı olduğu görüşündedir. Bizim iştirak ettiğimiz görüş uyarınca yatırımcı doğrudan doğruya hak sahibidir. Bu sebeple makalenin ana metnindeki ifade bu görüşümüzü yansıtır. Konu hakkında farklı görüşler ve aralarındaki nüanslar için bknz. Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (New York: Cambridge University Press, 2009), 10 vd.

tırım hukukunun klasik kurgusunda, millî hukuklardaki bu yükümlülüklerin işçi haklarının hukuken korunmasında yeterli olacağı varsayılmıştır.

Milletlerarası yatırım hukukunun kurgulanmasını takip eden uygulama aşamasında ise baştaki bu varsayımın çok haklı olmadığı görüldü. Çoğunluğu geliştirmekte olan ekonomilere sahip olan ev sahibi devletlerin, yabancı yatırımcıları hukuken sorumlu tutmakta aciz kaldığı görüldü. Geliştirmekte olan ekonomilere sahip ev sahibi devletler, bir taraftan millî hukuklarında etkin bir hukukî sorumluluk sistemi oluşturamadıkları için, diğer taraftan iktisadî yapılarındaki kırıl-ganlıkların yabancı yatırımcıyı “küştürmeyi” göze almalarına müsaade etmemesinden ötürü yabancı yatırımcıları sorumlu tutmakta yetersiz kaldılar.¹⁷ Diğer bir ifadeyle milletlerarası yatırım hukukunun klasik kurgusu, politiko-ekonomik sebeplerle, yabancı yatırımcıların ev sahibi devlet ülkelerinde sebebiyet verdikleri sosyal zararların telafisinde eksik kaldı.

Uygulamada bu eksikliğin giderilmesine, gelişmiş ekonomilere -ve hukukî sorumluluk sistemlerine- sahip menşe devletlerin çare olabileceği düşünöldü.¹⁸ Nitekim 90'lı yıllar, yatırımcılara karşı, ev sahibi devletlerdeki yatırım faaliyetlerinden ötürü, menşe devlet mahkemelerinde sıklıkla sorumluluk davalarının açıldığı yıllardı.¹⁹ Bu akımın en sıklıkla başvuru aracı, ABD'nin meşhur “Alien Tort Claims Act” düzenlemesi oldu.²⁰ Ne var ki bu akım da milletlerarası yatırım ilişkilerinin doğurduğu adâletsizlikleri gidermeye yeterli olmadı. Zira geliştirmekte olan ekonomilere sahip devletlerde çalışanlar için, yabancı devlet mahkemelelerinde dava açmak pahalı ve zahmetlidir. Yatırımdan zarar gören çalışanların bu engelleri aşp, bir şekilde menşe devlet mahkemelerinde dava açmayı başardıkları hâllerde de menşe devlet mahkemeleri çoğunlukla yetki tesisinde veya zararla-kurumsal yapısının arkasına saklanan- yatırımcı arasındaki bağlantıyı kurmakta zorlandı.²¹ Özetle milletlerarası yatırım ilişkilerinin sebebiyet verdiği toplumsal meselelere, menşe devlet millî hukukları da çare ol(a)madı.

¹⁷ Yabancı yatırımcıların geliştirmekte olan ekonomilere sahip ölkeleri “gevşek düzenleme cenneti” olarak gördükleri ve sıkı iş ve pazar güvenliği düzenlemelerine uymak durumunda kalmaksızın kârlılıklarını bu ölkelerdeki yatırım faaliyetleriyle artırdıkları yönünde bkz. Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (New York: Cambridge University Press, 2010) 225.

¹⁸ Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 144 vd., 155-157; Nowrot, “Obligations of Investors”, 1173.

¹⁹ Nowrot, “Obligations of Investors”, 1158.

²⁰ Muchlinski, “Corporate Social Responsibility”, 673. Yatırımcıların sorumlulukları için menşe devletlerin mahkemelerine başvurulması eğilimi yalnızca ABD'de değil, İngiltere'de, Avustralya'da ve Hollanda'da da kabul görmüştür. Bu devlet mahkemelerinde açılan dava örnekleri için bkz. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 151.

²¹ Muchlinski, “Corporate Social Responsibility”, 674, 675; Kryvoi, *Inequality*, 9. Menşe devlet hukukunda *forum non conveniens* ya da tüzel kişilik perdesinin kaldırılamaması gibi teknik hukukî sebeplerle bu tür davalar sıklıkla reddedildiğinden, bunun önüne geçmek adına yeni kuşak yatırım anlaşmalarında menşe devletlerin yatırımcının hukukî sorumluluğunu temin edecek düzenlemeler yapmakla yükümlü kıldığını görüyoruz. Bu tür bir düzenleme Fas-Nijerya Yatırım Anlaşması

Milletlerarası yatırım hukukunun yatırımcının hukukî sorumluluğunu millî hukuklara emanet eden klasik kurgusunun hatalı -ya da eksik- olduğunun düşünülmeyle başlanmasıyla milletlerarası yatırım hukukunun yatırımcıyı yalnızca hak sahibi, devleti ise yalnızca yükümlü kılan asimetrik yapısı ciddi eleştirilere maruz kaldı. Bu eleştiriler kapsamında, yatırımcıların hukukî sorumluluklarının yalnızca millî hukuklara emanet edilemeyeceği, bu kapsamda yatırımcılara milletlerarası hukukta da yükümlülükler yüklenmesi gerektiği dile getirildi.²² Bu fikir milletlerarası yatırım anlaşmalarında hukuken bağlayıcı yükümlülükler (II) tercüme olmadan önce, hukuk dışı -ya da hukuk öncesi olarak ifade edebileceğimiz-mecralarda temellendirildi (I).

I. YABANCI YATIRIMCININ İŞÇİ HAKLARINA SAYGI GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TEMELLERİ

Milletlerarası yatırım hukukunda yabancı yatırımcının işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüğü ve sair yükümlülükleri bulunması gerektiği fikri, esasında, milletlerarası yatırım hukuku tarihi kadar eskidir. Ne var ki bu fikrin bağlayıcı hukuk normlarına tercüme olması hâlâ tamamlanmamış bir mücadelenin konusudur.

Çalışmanın bu bölümünde, öncelikle, milletlerarası yatırım hukukunda ev sahibi devlet kadar yatırımcıya da yükümlülükler yüklenmesi mücadelesini, tarihî ve siyasî temelleri (I.A.) üzerinden açıklıyoruz. Esasında bu mücadele milletlerarası yatırım anlaşmalarının önemli bir kısmında, yatırımcıları hukuken bağlayan yükümlülükler öngörülmesini doğrudan doğruya başaramadı. Ancak mücadelenin dolaylı bir başarıya ulaştığı söylenebilir. Zira bu gayretler hukuken bağlayıcı yatırımcı yükümlülüklerinin öncülleri diyebileceğimiz soft-law kaynaklarının yaratılmasına vesile oldu. Bu soft-law kaynakları -çalışmanın II. bölümünde göreceğimiz az sayıdaki- hukuken bağlayıcı yatırımcı yükümlülüklerine temel (I.B) teşkil etti.

A. YABANCI YATIRIMCININ İŞÇİ HAKLARINA SAYGI GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TARİHİ VE SİYASİ TEMELLERİ

Milletlerarası yatırım hukuku düzeni 60'lı yılların başında²³ endüstriyelleşmiş devletlerce tasarlandı.²⁴ Bu dönem aynı zamanda, endüstriyelleşmiş

ml.20'de yer alır. Bknz. "Fas-Nijerya Yatırım Anlaşması", UNCTAD Investment Policy Hub, Erişim Tarihi: Ekim 10, 2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download>.

²² Nowrot, "Obligations of Investors", 1156; Mbengue, "Les Obligations des Investisseurs", 335; Garcia, et al., "Reforming Investment Regime", 869 vd.; Kryvoi, *Inequality*, 8.

²³ Milletlerarası yatırım hukuku, milletlerarası iktisadî hukukun (international economic law) bir alt dalı olarak 1960'lı yıllarda yeşermeye başladı. Nitekim milletlerarası yatırım hukuku tarihinde ilk yatırım anlaşması olarak kabul edilen Almanya-Pakistan Yatırım Anlaşması 1959 yılında imzalandı ve 1962 yılında yürürlüğe girdi. "Almanya-Pakistan Yatırım Anlaşması", UNCTAD Investment Policy Hub, Erişim Tarihi: Ekim 7, 2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/1732/germany---pakistan-bit-1959->. Bknz. Milletlerarası yatırım hukuku sisteminin merkezinde yer alan ICSID Anlaşması'nın hazırlık çalışmaları da 1961

devletlerin sömürge olarak kullandıkları ülkelerde tek tek bağımsız devletler ilân edilmeye başlandığı yıllardı. Endüstriyelleşmiş -eski sömürgeci- devletler, milletlerarası yatırım hukuku düzenini tasarlarken, bağımsızlıklarını yeni kazanan devletlerin henüz “tadını çıkarmaya” başladıkları egemenliklerini, bu ülkelerde kalan endüstriyelleşmiş devlet vatandaşı yatırımcıların aleyhine kötüye kullanabilecekleri endişesinden²⁵ hareket ettiler.²⁶ Dolayısıyla bugünün milletlerarası yatırım hukuku düzeni, yabancı yatırımcıyı ev sahibi devlet ülkesinin egemenlik yetkisi kullanımlarına karşı koruyacak bir kalkan olarak inşa edildi.²⁷ Bu sebeple, endüstriyelleşmiş ve geleneksel olarak yatırım ihraç eden devletler, milletlerarası yatırım anlaşmalarında yalnızca ev sahibi devletlerin yükümlülüklerini düzenlediler. Buna mukabil, yatırımcıların yükümlülüklerini düzenlemediler.²⁸

Esasında bağımsızlıklarını güçlülük ve henüz elde etmiş -müstakbel ev sahibi- devletleri, yeni kazandıkları egemenliklerini yatırım anlamaları ile kısıtlamaya ikna etmek başta kolay olmadı.²⁹ Zira sömürge dönemi travması bu devletler için henüz çok tazeydi. Yatırım ihraç eden devletlerle yeni bağımsız devletler arasındaki karşılıklı güven eksikliğinin giderilmesi zaman aldı. Nitekim milletlerarası yatırım hukukunun hukukî altyapısını oluşturan yatırım anlaşmaları ağının esas itibarıyla kurulabilmesi için 80’li yılları beklemek gerekti.³⁰

yılında başladı ve anlaşma 1966 yılında yürürlüğe girdi. Bknz. “History of the ICSID Convention”, ICSID, Erişim Tarihi: Ekim 25, 2021, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20I.pdf>. Türkiye’nin de taraf olduğu Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşme, bu çalışmada söz konusu sözleşme ile kurulan uyuşmazlıkların çözümü merkezinin İngilizce isminin (International Center for Settlement of Investment Disputes) kısaltmasına (ICSID) atıfı, “ICSID Anlaşması” ismiyle anılacaktır. ICSID Anlaşması için bknz. RG. 06.12.1988/20011.

²⁴ Muchlinski, “Corporate Social Responsibility”, 639.

²⁵ Esasında yatırımcılar ve yatırım ihraç eden devletler nezdinde bu endişelerin çok da haksız olmadığı, özellikle 70’li yıllarda zirveye ulaşan millileştirme programlarına bakılarak görülebilir.

²⁶ Jeswald W. Salacuse ve Nicholas S. Sullivan, “Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain”, *Harvard International Law Journal* 46, S.1 (2005) 76; Muchlinski, “Corporate Social Responsibility”, 639; Newcombe ve Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, par. 1.14; Vid Prislán ve Ruben Zandvliet, *Labor Provisions in International Investment Agreements: Prospects for Sustainable Development*, Workin Paper 2013/003-IEL, Grotius Centre (Leiden: Universiteit Leiden, 2013), 18; Garcia, et al., “Reforming Investment Regime”, 870; Kryvoi, *Inequality*, 7.

²⁷ Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 69 vd.

²⁸ Muchlinski, “Corporate Social Responsibility”, 639.

²⁹ Karl P. Sauvant, “The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned” *The Journal of World Investment and Trade* 16 (2015), 14-21.

³⁰ 1980 yılına kadar imza edilmiş yatırım anlaşması sayısı 131’dir. Sauvant, “The Negotiations”, 24. 1990’ların sonunda ise imza edilen yatırım anlaşması sayısı 1862’dir Sauvant, “The Negotiations”, 57.

Gelişmekte olan ekonomilere sahip devletlerin ikna edilmesinde bu ülkelerdeki iktisat politikalarının değişmesinin önemli bir rolü oldu.³¹ Arada geçen 20-30 yılda bu devletlerin ithâl ikamesi yerine ihracatı artırmayı esas alan iktisat politikalarını tercih etmeye başlamaları, Sovyet bloğunun yıkılmasıyla merkezizetçi kalkınma modelini bir alternatif olarak görmemeye başlamaları ve hepsinden önemlisi içine düştükleri istihdam krizi yabancı yatırımlara daha sıcak bakmalarına sebebiyet verdi.³² Aynı süreçte milletlerarası yatırım hukukunun kurucuları, gelişmekte olan ekonomilere sahip devletler nezdindeki bu değişimle uyumlu olarak milletlerarası yatırım hukuku retoriğini de değiştirdiler. Milletlerarası yatırım hukuku retoriğinde, yabancı özel mülkiyetin koruması odağının yerini, yabancı yatırımlar vasıtasıyla ev sahibi devlet ülkesinde endüstriyellemenin ivmeleneceği, istihdamın artacağı, altyapı ve teknoloji transferi sağlanacağı, iktisadî büyümeye katkı sağlanacağı ve nihayet toplumsal refahın artacağı beklentisi aldı.³³ Sözün özü, endüstriyellemiş devletlerin arza talep uydurmaları üzerine (i.e. arz ettikleri yabancı yatırımcıların asimetrik biçimde hukuken korunması modeline, müstakbel ev sahibi devletler nezdinde doğurdukları kalkınma beklentisi vasıtasıyla talep uydurmaları üzerine) gelişmekte olan ekonomilere sahip devletler, yatırım anlaşmalarını imzalamaya ikna oldular.³⁴

Özetle 60'lı yıllarda başlayan 20-30 yıllık süreçte, milletlerarası yatırım hukuku düzeni yabancı yatırımların milletlerarası hukukta korunmasının ev sahibi devlet ülkesinin kalkınmasına katkıda bulunacağı vaadi ile kuruldu. Ancak vadedilen kalkınma -ne pahasına olursa olsun- salt iktisadî bir kalkınma değildi. Zira gelişmekte olan ekonomilere sahip devletlerin milletlerarası yatırım anlaşmalarını imzalamaya ikna oldukları süreçte etkili olan faktörler salt iktisadî değildi. Yukarıda kısaca açıkladığımız gibi, müstakbel ev sahibi devletler, bu anlaşmaların nihayetinde ülkelerinde istihdamı artıracacağı, toplumun refahını artıracacağı taahhüdü -ya da retoriği- ortaya konduktan sonra yatırım anlaşmalarına imza atmaya yanaştılar. Bu sebeple milletlerarası yatırım hukuku düzeninin kuruluşunda, endüstriyellemiş devletlerce talep edilen yabancı yatırımcıların korunması talebi, ev sahibi devletlerin salt iktisadî değil, sürdürülebilir kalkınması karşılığında kabul edilmiştir.³⁵ Özetle, yatırım anlaşmaları bir pazarlık sonucunda tesis edilen

³¹ Muchlinski, "Regulating Multinationals", 36.

³² Salacuse ve Sullivan, "Do BITs Really Work?", 90; Sauvart, "The Negotiations", 59, 60.

³³ Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 38; Abdur Chowdhury ve George Mavrotas, "FDI and Growth: What Causes What?", *The World Economy* 9, S.1 (2006), 9.

³⁴ Nitekim doktrinde Salacuse ve Sullivan, 80 ve 90'lı yıllarda imza edilen milletlerarası yatırım anlaşmalarını "yatırımcı koruma taahhüdü karşılığında, gelecekte daha fazla yatırım yapılması beklentisi pazarlığı" olarak tarif ederler. Salacuse ve Sullivan, "Do BITs Really Work?", 77.

³⁵ "Sürdürülebilir kalkınma" terimi ile kast ettiğimizi kısaca açıklamak icap eder. Sürdürülebilir kalkınma elbette iktisadî kalkınmayı kapsar. Zira kalkınmanın iktisadî bir kalkınma olmaksızın sözü konusu olamayacağı aşikârdır. İktisadî kalkınmanın "sürdürülebilir" olması ise, kalkınmanın aracı olan milletlerarası yatırımların etkileşimde bulunduğu çevreye ve halka (örneğin işçilere) olan

quid pro quo ilişkisinin ürünüdür; yatırımcının ev sahibi ülkede kalkınmaya katkı sağlaması karşılığında korunması!³⁶

Bir pazarlık neticesinde imza edilen her anlaşmanın, pazarlıkta değiş tokuş edilenleri içermesi beklenir. Ne var ki, milletlerarası yatırım anlaşmalarında, bu değiş tokuşun tüm unsurları -ya hiç ya da hukuken aynı kuvvetle- ifade edilmemiştir. Yatırımcıların ev sahibi devletlerden beklentileri -tazminatsız kamulaştırmama, tam koruma ve güvenlik, âdil ve hakkaniyetli muamele vb.- hukuken bağlayıcı hükümlere bağlanmış; ancak ev sahibi devletlerin yatırımcılardan beklentilerine anlaşmanın hukuken bağlayıcı olmayan kısmında, yani anlaşmanın dibacesinde, yalnızca bir temenni olarak yer verilmiştir.³⁷ Teknik ifadesiyle yatırım anlaşmalarında yatırımcılara kimi haklar tanınmış, ancak yükümlülükler yüklenmemiştir.³⁸

Milletlerarası yatırım hukuku sisteminin kurulması için yapılan pazarlıkların, hukukî metinlere yansımaması, bir yönüyle, ev sahibi devletlere taahhüt edilen kalkınmanın yabancı yatırımcının hukuken korunması ile -i.e. yatırım anlaşmalarının imza edilmesiyle- *kendiliğinden* gerçekleşeceği teorisine dayanır.³⁹ Ne yazık ki, milletlerarası yatırım uygulamaları bu teoriyi haklı çıkarmadı. Yatırım anlaşmalarının bırakınız sürdürülebilir kalkınmaya *kendiliğinden* katkı sağlaması, salt iktisadî kalkınmaya dahi katkı sağlayıp sağlamadığı şüphelidir. Nitekim yatırım anlaşmalarının iktisadî büyüme üzerindeki etkilerini değerlendiren birçok bilimsel çalışma bu varsayımın gerçekçiliğine temkinli yaklaşılması gerektiğini ortaya koymuştur.⁴⁰ Yabancı yatırımların sürdürülebilir kalkınmaya, hususiyetle

etkilerinin âdil olması anlamına gelir. Bknz. United Nations Development Programme, *Human Development Report* (New York: Oxford University Press, 1994) iii vd. Kanımızca "sürdürülebilir" sıfatına dahi ihtiyaç duyulmaksızın, salt "kalkınma" kavramı, toplumsal kalkınmayı ve çevrenin korunmasını kapsar. Aynı istikamette bknz. Amartya Sen, *Development as Freedom* (New York: Alfred A. Knopf Inc., 2000), 36; Sueli Giorgetta, "The Right to a Healthy Environment" *International Law and Sustainable Development: Principles and Practices* içinde, editör Nico Schrijver ve Friedl Weiss, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004) 380. Buradan hareketle, kanımızca, "kalkınma" terimi ile "ne pahasına olursa olsun, salt iktisadî" bir kalkınma kast edildiğinde, bunun "iktisadî" sıfatı ile nitelendirilmesi icap eder. Aksi takdirde tek başına "kalkınma" teriminin, -milletlerarası kamuoyunda "sürdürülebilir kalkınma" terimi ile kast edilen şekilde- toplumsal ve çevresel kalkınmayı da kapsayacak biçimde anlaşılması gerekir.

³⁶ Douglas, *The International Law of Investment Claims*, 135.

³⁷ Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 225. Yatırım anlaşmalarının önemli bir kısmının dibacesinde ev sahibi devlet ülkesinde beklenen kalkınma hatırlatılırken, neredeyse hiçbirinin hukuken bağlayıcı kısımlarda yatırımcıların bu kalkınmaya katkı sağlamaları gerektiği düzenlenmemiştir. Benzer şekilde milletlerarası yatırım hukukunun günümüzde yürürlükteki en temel kaynaklarından biri olan ICSID Anlaşması'nın dibacesi, yabancı yatırımcıların -yatırım yaptıkları ülkelerdeki- iktisadî kalkınmada oynadıkları role vurgu yaparak başlar, ancak ev sahibi devletlere değil, yalnızca yatırımcılara -bir takım usûfî- haklar tanır.

³⁸ Bonnie Penfold, *Labour and Employment Issues in Foreign Direct Investment: Public Support Conditionalities*, Working Paper, Labour and Employment Issues in Foreign Direct Investment (International Labour Office, Geneva: ILO, 2004), 3.

³⁹ Prisman ve Zandvliet, *Labor Provisions*, 17, 23; Monebhurrin, "Duties of Private Companies", 53.

⁴⁰ Milletlerarası yatırım hukukunun iktisadî büyümeyi sağlayıp sağlamadığı tartışmalıdır. Hâkim görüş milletlerarası yatırım anlaşmalarının gayrisafî yurtiçi hasılayı artırdığı yönündedir. Bknz. UNCTAD,

toplumsal refah artışına *kendiliğinden* katkısının bulunmadığı ise birçok uzman tarafından tespit edilmiştir.⁴¹ Yabancı yatırımın sürdürülebilir kalkınmaya katkısı *kendiliğinden* değil, yatırımcının ev sahibi devlet ülkesinde sorumlu davranmasını temin edebilecek mekanizmalar devrede ise mümkün olur.

Yatırımcının sorumlu davranmasını temin edecek mekanizmaların yokluğunda, milletlerarası yatırım anlaşmalarının, ev sahibi devlet ülkesinde toplumsal refahı menfi yönde etkilediği dahi söylenebilir. Zira bu durumda yabancı yatırımcı yalnızca kârlılığını artırma gayesiyle hareket eder. Milletlerarası yatırım anlaşmasının korumasından istifade eden yabancı yatırımcı, ev sahibi devlet ülkesinde bir taraftan ucuz hammaddeye ve ucuz işgücüne erişir, bu yolla artırdığı kârını yatırım anlaşması ile koruma altındaki transfer serbestisi ile hâlihazırda endüstriyelleşmiş devletlere aktarır, diğer taraftan endüstriyel faaliyetlerinin sebebiyet verdiği iş güvenliği ve kamu sağlığı risklerini, çevresel risklerini vb. ev sahibi devlet ülkesinde bırakır. Yatırımcı, bu riskler sebebiyle sorumluluğunu düzenleyen bir mekanizmanın yokluğunda, kârlılığını artırmak adına “sorumsuz” davranır. Nitekim Dakka faciası örneğinde olduğu gibi yatırımcının endüstriyel faaliyetlerinin sebebiyet verdiği birçok toplumsal ve çevresel risk, doğrudan doğruya mağdurların omuzlarına binmiştir.⁴²

Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s, UNCTAD/ITE/IIT/7, (New York ve Cenevre: United Nations Publications, 1998), 109 vd. ABD'nin gelişmekte olan devletlerle yaptığı yatırım anlaşmalarından sonra, bu ülkelerin gayrisafi yurtiçi hasılasında -zayıf da olsa- gelişme olduğu yönünde bir tespit için bkz. Salacuse ve Sullivan, “Do BITs Really Work?”, 104 vd. Aynı istikamette bkz. Andrew Guzman, “Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties” *Virginia Journal of International Law* 38 (1998), 666 vd.; Henrik Hansen ve John Rand, “On the Casual Links Between FDI and Growth in Developing Countries” *The World Economy* 29, S.1 (2006) 37; Jan Peter Sasse, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties* (Hollanda: Gabler Verlag, 2011), 73. Milletlerarası yatırım anlaşmalarının iktisadî kalkınmaya etkisinin olduğunu ileri süren çalışmaların önemli bir kısmı bu etkinin zayıf olduğunu “itiraz” eder. Öte yandan milletlerarası yatırım anlaşmalarının iktisadî kalkınmaya katkısının bulunduğu itiraz eden yazarlar da vardır. Bknz. Stephan W. Schill, “International Investment Law and Comparative Public Law - An Introduction” *International Investment Law and Comparative Law* içinde, editör Stephan W. Schill, (New York: Oxford University Press, 2010) 5; Doktrinde Chowdhury ve Mavrotas ise, yabancı yatırımın gayrisafi yurtiçi hasılayı değil, gayrisafi yurtiçi hasılanın yabancı yatırımı artırdığını tespit etmiştir. Bknz. Chowdhury ve Mavrotas, “FDI and Growth”, 17. Doktrinde Chowdhury ve Mavrotas yatırımın, zaten hâlihazırda gelişmiş ekonomilere sahip devletlere aktığını vurgulamaktadırlar.

⁴¹ Somarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 229; Muchlinski, “Regulating Multinationals”, 39.

⁴² Doğrudan doğruya işçi haklarına saygı gösterilmesi ile ilgili olmamakla birlikte, yabancı yatırımcıların ev sahibi devlet ülkesinde bıraktığı endüstriyel risklerden en dikkat çekicileri; Bhopal ve Ekvador Lago Agrio petrol sahası facialarıdır. Bhopal faciası, yabancı yatırımcının işlettiği ziraî ilaç fabrikasından sızan ve 2000'den fazla insanı öldürüp, 500.000'den fazla insanın sağlığını menfi yönde etkileyen gazın etkisiyle yaşandı. Yatırımcı, faaliyetinin bu etkileri sebebiyle hukukten sorumlu tutulamadı. Bknz. “Bhopal Faciası”, Wikipedia, Erişim Tarihi: Ekim 27, 2021, https://en.wikipedia.org/wiki/Bhopal_disaster. Ekvador Lago Agrio petrol sahasında yaşanan faciada ise, yabancı yatırımcının yürüttüğü petrol sondajı faaliyetleri bölgedeki su kaynaklarını kirletip ve bölge halkının gıda kaynaklarını neredeyse yok etti. Yatırımcı, faaliyetlerinin bu etkileri sebebiyle, menşe devlet mahkemelerinde ya da milletlerarası yatırım hukukunda sorumlu tutulamadı. Bknz. “Lago Agrio Petrol Sahası”, Wikipedia, Erişim Tarihi: Ekim 27, 2021, https://en.wikipedia.org/wiki/Lago_Agrio_oil_field.

Yatırımcıların, milletlerarası yatırım hukukunda yalnızca hak sahibi olup, sorumlu olmamalarından istifade ederek, ev sahibi devlet ülkesinde işçi haklarının iyileştirilmesi için alınan tedbirleri yatırım tahkiminde davaya konu ettikleri de görülür. Örneğin Centerra Gold Inc. v. Kırgızistan davasında yabancı yatırımcı, çalışanları için ödeyeceği prim oranlarının artırılmasını konu alan tedbiri;⁴³ Foresti v. Güney Afrika davasında siyahî Güney Afrikalıların istihdamının artırılması konu alan tedbiri;⁴⁴ Veolia v. Mısır davasında asgarî ücret artışını;⁴⁵ Paushok v. Moğolistan davasında ise ev sahibi devlet ülkesinde istihdamı artırmayı amaçlayan tedbiri⁴⁶ tahkim davasına konu etmiş ve bu tedbirler sebebiyle uğradığı “zararın” tazminini talep etmiştir. Bu davalar (Paushok v. Moğolistan davası haricinde) tarafların sulh olmasıyla sonuçlandığından ve dava ayrıntıları kamuya açılmadığından, somut vakıalar üzerinde daha ayrıntılı bir tahlil yapma imkânından mahrumuz. Ancak yabancı yatırımcının milletlerarası yatırım hukukunda hukuken sorumlu olmaması sebebiyle endüstriyel risklerini ev sahibi devlet ülkesinde (doğrudan doğruya mağdurların ya da dolaylı olarak ev sahibi devletin omuzlarında) bırakmasından ve yatırımcının milletlerarası yatırım hukukunda yalnızca hak sahibi olması sebebiyle işçilerin korunmasına yönelik ev sahibi devlet tedbirlerini yatırım tahkiminde dava etmelerinden hareket ederek genel bir sonuca varmak mümkün olur. Milletlerarası yatırım hukuku bugünkü asimetrik hâliyle, ev sahibi devlet ülkesinde toplumsal refahı ve kalkınmayı müspet yönde etkilemek şöyle dursun, menfi yönde etkileme riski barındırır. Zira, yalnızca hak sahibi olup, hiçbir sorumluluğu olmayan yabancı yatırımcı, ev sahibi devletin sürdürülebilir kalkınmasına kendiliğinden katkıda bulunmaz.⁴⁷

⁴³ **Centerra Gold Inc. ve Kumtor Gold Company v. Kırgızistan**, Permanent Court of Arbitration Vakia No. 2007-01/AA278.

⁴⁴ **Piero Foresti, Laura de Carli et al. v. Güney Afrika Cumhuriyeti**, ICSID Vakia No. ARB(AF)/07/01.

⁴⁵ **Veolia Propreté v. Mısır**, ICSID Case No. ARB/12/15.

⁴⁶ **Sergei Paushok, CJSC Golden East Company ve CJSC Vostokneftegaz Company v. Moğolistan**, UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) Tahkimi, **Yetki ve Sorumluluğa dair Hüküm**, 28 Nisan 2011. Dava, Moğolistan'da altın madenciliği ile iştigal eden bir Rus yatırımcı tarafından açılmıştır. Dava, altın madeni işletmecilerinin azamî %10 yabancı çalışan istihdam etmesini, aksi takdirde çalıştırdığı yabancı başına asgarî ücretin on katı idarî para cezası ödemesini öngören tedbiri konu alır. Çalışanlarının %50'si yabancı olan yatırımcı, söz konusu tedbirin yatırım anlaşmasından kaynaklanan adil ve hakkaniyetli muamele ile tam koruma ve güvenlik yükümlülüklerine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Hakem heyeti ev sahibi devlet ülkesinde istihdamın artırılmasına yönelik tedbirler alınmasının olağan olduğunu, hatta uygulamada yabancı istihdamının bütünüyle yasaklanması yoluna dahi gidilebileceğini, somut vakıada alınan tedbirin de istihdamı artırmak amacıyla alındığını, üstelik yatırımcıya %10 oranında yabancı yatırımcı istihdam etme imkânı tanıdığını, ayrıca bu tedbirin ayrımcılık yapılmaksızın tüm altın madeni sektörüne yönelik olarak alındığını tespit etmiş ve bu sebeplerle tedbirin yatırım anlaşmasını ihlâl etmediğine karar vermiştir. Bknz. **Paushok v. Moğolistan, Yetki ve Sorumluluk**, par. 350-374.

⁴⁷ Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 229.

Milletlerarası yatırım hukukunun yatırımcılara yalnızca hak sağlayan, ancak yükümlülükler yüklemeyen asimetrik yapısının sebebiyet verdiği adâletsizlikler,⁴⁸ sistemin ciddî eleştirilere maruz kalmasına sebebiyet vermiştir.⁴⁹ O kadar ki milletlerarası yatırım hukukunun asimetrik yapısı, bu hukuk düzeninin meşruiyetini kaybettiği iddialarına dahi dayanak oluşturmuştur.⁵⁰ Milletlerarası yatırım hukukunun bu tek taraflılığına bir çare ve milletlerarası yatırım hukuku rejimi pazarlıklarının temel unsurlarından olan “ev sahibi devletin kalkınmasına katkı” taahhüdünün bir gereği olarak yatırımcının yükümlülüklerinin ve sorumluluklarının da sisteme dâhil edilmesi önerilmektedir.⁵¹

Milletlerarası yatırım hukuku doktrininde ileri sürülen “yatırım anlaşmaları yatırımcıların yükümlülüklerini ve sorumluluklarını da öngörmeli” önerilerinin en somutunu, Kanada merkezli bir düşünce kuruluşu olan International Institute

⁴⁸ Milletlerarası yatırım hukukunun yatırımcılara yalnızca hak doğuran, buna mukabil yükümlülük yüklemeyen asimetrik yapısı, yalnızca yatırımcıların milletlerarası yatırım hukuk sisteminde sorumlu tutulamaları sebebiyle adâletsiz sonuçlar doğurmaz. Bu asimetrik yapı, aynı zamanda ev sahibi devletlerin de hareket kabiliyetini sınırlandırır. Zira yatırımın ev sahibi devlet ülkesinde kamu menfaatlerine verdiği zararlar karşısında, ev sahibi devletin alabileceği bir çok tedbir -anlaşmada yer alan âdil ve hakkaniyetli muamele hükmüne aykırı olduğu iddiasıyla- yatırım hukuku sisteminde yatırımcıya tazminat hakkı doğmasına sebebiyet verebilir. Zaten kırılğan ekonomilere sahip olan ev sahibi devletler, yatırım anlaşmalarının tek tarafı olarak yatırımcıya tanıdığı tazminat haklarından çekindiği için söz konusu kamu menfaatlerini korumaktan geri durabilir. Görüldüğü üzere, milletlerarası yatırım hukukunun tek taraflılığı, yalnızca yatırımcıları sorumlu tutmayarak değil, ev sahibi devletlerin de elini kolunu bağlayarak adâletsiz sonuçlar doğmasına sebebiyet verir. Bknz. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 227. Milletlerarası yatırım hukukunun asimetrik yapısının bu sonucuna doktrinde “kamu menfaatini koruyan düzenleyici işlemler üzerinde dondurucu etki” (“chilling effect”) denir. Bknz. Bruno Simma, “Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights” *International and Comparative Law Quarterly* 60 (2011), 580.

⁴⁹ Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 225; Mbengue, “Les Obligations des Investisseurs”, 304. Milletlerarası yatırım hukukunun asimetrik sisteminin, adâletsiz sonuçlar doğurmayacağını savunan yazarlar da bulunur. Muchlinski, “Regulating Multinationals”, 37.

⁵⁰ Milletlerarası yatırım hukukunun meşruiyet krizi hakkında genel bir perspektif için bknz. UNCTAD, *Reform Package*, 7 vd.

⁵¹ Muchlinski, “Corporate Social Responsibility”, 638 vd.; Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 229; UNCTAD, *World Investment Report*, 111 vd.; Prislán ve Zandvliet, *Labor Provisions*, 31; Nowrot, “Obligations of Investors”, 1156; Mbengue, “Les Obligations des Investisseurs”, 295 vd.; UNCTAD, *Reform Package*, 65 vd. Benzer yaklaşımlar, milletlerarası yatırım tahkiminde hakem heyetlerince de benimsenir. Urbaser v. Arjantin davasında, hakem heyeti, yatırım anlaşmalarının yatırımcılara hak tesis ederken, yükümlülük yüklemiyor oluşuna dikkati çekmiştir. Hakem heyeti, milletlerarası hukukta yatırımcılara yükümlülükler yüklenebileceğinin ilke olarak kabul edildiğini ve yine milletlerarası hukukta özel kişilerin sorumluluklarının doğabildiğini, *obiter dictum* niteliğinde, vurgulanmıştır. **Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergoa v. Arjantin**, ICSID Vakıa No. ARB/07/26, **Esasa dair Hüküm**, 8 Aralık 2016, par. 1193-1195. Dava yatırımcının işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüğü ile ilgili olmamakla birlikte, milletlerarası yatırım anlaşmalarında yatırımcıya yükümlülük yüklenmesinin ilke olarak mümkün olduğunu belirtmesi bakımından önem arz eder. Kararda bu ilke ortaya konmakla birlikte, somut vakıya uygulanan yatırım anlaşmasında, yatırımcıya su hakkının korunması yükümlülüğünün yüklenmediği, bu sebeple yatırımcının sorumluluğunun doğmadığı hükme bağlanmıştır. Urbaser v. Arjantin, Esas, par. 1205-1212.

for Sustainable Development (Sürdürülebilir Kalkınma için Milletlerarası Enstitü - IISD) 2006 yılında yayınladığı bir model yatırım anlaşmasıyla milletlerarası kamuoyuna sundu.⁵² IISD'nin model yatırım anlaşmasında yalnızca ev sahibi devlet yükümlülüklerine değil, yatırımcıların yükümlülüklerine de yer verilmiştir. Model anlaşmada yer alan yatırımcı yükümlüklerinden, işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüğü, “Yatırımın Kuruluşundan Sonraki Yükümlülükler” başlıklı maddede şu ifadelerle öngörülmüştür;

“Yatırımcılar ve yatırımlar, **işyerinde**, buldukları ülkede ve toplumda **insan haklarını korumalıdır**lar. [...] Yatırımcılar ve yatırımlar, **1998 tarihli ILO Çalışma Yaşamında Temel İlke ve Haklar Bildirgesi'nin gerektirdiği temel çalışma standartlarına göre hareket ederler**. [...] Yatırımcılar ve yatırımlar, ev sahibi devletin veya menşe devletin taraf olduğu milletlerarası çevre, **işçi hakları ve insan hakları yükümlülüklerini dolanacak şekilde yatırımları yönetmez ya da işletmezler**.”⁵³ [Dipnotlar göz ardı edilmiştir. Vurgu eklenmiştir.]

IISD'nin model yatırım anlaşmasında, yatırımcılara yalnızca yükümlülükler öngörülmemiş, bu yükümlülüklerin milletlerarası yatırım hukukunda yatırımcının hukukî sorumluluğunu doğurabileceği⁵⁴ ve bunun hangi yargı mercileri tarafından muhakeme edileceği⁵⁵ de düzenlenmiştir. Bu yönüyle model yatırım anlaşması, milletlerarası yatırım hukuku rejimini gözden geçiren bürokratlara, simetrik yükümlülükler içeren, âdil bir yatırım anlaşması alternatifi sunar.

⁵² “IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development: Negotiators' Handbook Second Edition”, International Institute for Sustainable Development (IISD), Erişim Tarihi: Ekim 7, 2021, https://www.iisd.org/system/files/publications/investment_model_int_handbook.pdf.

⁵³ IISD Model Yatırım Anlaşması m.14 bknz. “IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development: Negotiators' Handbook Second Edition”, IISD, Erişim Tarihi: Ekim 7, 2021, https://www.iisd.org/system/files/publications/investment_model_int_handbook.pdf. Orijinal metinde yer alan ifade şu şekildedir; “Investors and investments should uphold **human rights in the workplace** and in the state and community in which they are located. [...] Investors and investments **shall act in accordance with core labour standards as required by the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work, 1998**. [...] Investors and investments **shall not manage or operate the investments in a manner that circumvents international environmental, labour and human rights obligations** to which the host state and/or home state are Parties.” [Dipnotlar göz ardı edilmiştir. Vurgu eklenmiştir.]

⁵⁴ IISD Model Yatırım Anlaşması m.16 bknz. “IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development: Negotiators' Handbook Second Edition”, IISD, Erişim Tarihi: Ekim 7, 2021, https://www.iisd.org/system/files/publications/investment_model_int_handbook.pdf.

⁵⁵ Özellikle menşe devlet mahkemelerinde sorumluluk davaları için yetki tesis edileceği, yükümlüklerini sürekli olarak ihlâl eden yatırımcıların usûlüne göre uyarıldıktan sonra yatırım anlaşmasından kaynaklanan haklarından mahrum bırakılabileceği, sürekli ihlâllerin yatırımcının açtığı yatırım tahkimi davalarında tazminattan indirim sebebi sayılabileceği ya da ev sahibi devletin yatırımcıya karşı yatırım tahkiminde karşı davaya konu olabileceği düzenlenmiştir. Bknz. IISD Model Yatırım Anlaşması m.18 bknz. “IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development: Negotiators' Handbook Second Edition”, IISD, Erişim Tarihi: Ekim 7, 2021, https://www.iisd.org/system/files/publications/investment_model_int_handbook.pdf.

Yabancı yatırımcıların ev sahibi devlet ülkesinde daha sorumlu davranmalarını temin edebilmek amacıyla yatırım anlaşmalarında hangi somut yatırımcı yükümlülüklerinin düzenlenmesi gerektiği tespit edilirken çoğunlukla (IISD'nin model yatırım anlaşmasının ILO'nun hazırladığı belgelere yaptığı atıfta olduğu gibi) yatırımcıların sosyal sorumluluklarına ilişkin olarak hâlihazırda kaleme alınmış soft-law kaynaklarından istifade edilir. Bu sebeple, milletlerarası yatırım hukuku rejiminin yatırımcı yükümlülüklerine dair boşluklarının doldurulmasında soft-law kaynaklarının kayda değer bir önemi olduğu görüşündeyiz.

B. YABANCI YATIRIMCININ İŞÇİ HAKLARINA SAYGI GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SOFT-LAW TEMELLERİ

Milletlerarası yatırım anlaşmalarının tasarlanmaya başlandığı günden itibaren, yatırımcıların yükümlülüklerinin bağlayıcı hukukî metinlerde mi düzenleneceği, yoksa soft-law⁵⁶ niteliğindeki ihtiyarî rehber ilkelerde mi düzenleneceği tartışmaları doğdu.⁵⁷ Geleneksel olarak yatırım ihraç eden, endüstriyelleşmiş devletler yatırımcı yükümlülüklerinin ihtiyarî rehber ilkelerde yer alması gerektiği görüşünü savundular.⁵⁸ Geleneksel olarak yatırım ithâl eden devletler ise yatırımcı yükümlülüklerinin -ev sahibi devlet yükümlülükleri için olduğu gibi- bağlayıcı hukukî metinlerde yer alması gerektiği ve yatırımcının *hukukî sorumluluğunu* doğurması gerektiği görüşünü savundular. Yatırımcı yükümlülüklerine ilişkin hukuken bağlayıcı bir metinde uzlaşma sağlanamaması sebebiyle, yatırımcı yükümlülükleri yatırımcıların yalnızca *sosyal sorumluluklarını* doğurabilecek şekilde ihtiyarî rehber ilkelerde, diğer bir ifadeyle soft-law kaynaklarında düzenlendi.⁵⁹ Diğer bir ifadeyle bu tartışma, ihtiyarî rehber ilkelerde düzenlenen kurumsal sosyal sorumluluk görüşünü savunan, endüstriyelleşmiş devletlerce kazanılmış gözükmektedir.

Öte yandan yatırımcı yükümlülüklerine ilişkin hukuken bağlayıcı düzenleme/ihtiyarî düzenleme çekişmesinin, hukuken bağlayıcı yükümlülükler öngörül-

⁵⁶ 1970'lerde ortaya atılan soft-law terimi, bağlayıcı norm koyma yetkisine sahip olmayan bir merci tarafından hazırlandığı için bağlayıcı olmayan, ama ileriki tarihlerde bağlayıcı norma dönüşmesinin muhtemel olduğu düşünülen davranış normlarıdır. Bjorklund, "Soft Law", 51. Bağlayıcı hukuk normları olmayıp, salt siyasi veya ahlâkî temennileri ifade eden bu milletlerarası metinleri Türkçeleştirilmiş hâliyle "esnek kanun" ya da "yumuşak kanun" terimi ile değil, milletlerarası literatürdeki İngilizce terimle ifade etmeyi tercih ettik. Zira bağlayıcılık (buyurma) unsuru eksik olan ve bu sebeple "hukuk normu" niteliğini haiz olmayan bu metinler için "-esnek" ya da "yumuşak" sıfatıyla nitelendirilse dahi- "kanun" teriminin kullanılmasından imtinâ edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

⁵⁷ Sauvart, "The Negotiations", 13 vd.

⁵⁸ Çalışmada atıfta bulunduğumuz birçok rehber ilkenin ve *soft-law* kaynağının uygulama alanı bakımından "yatırımcıların" sosyal sorumluluğu ile sınırlı düzenlemeler öngörmediğini hatırlatmak isteriz. Bu metinler çoğunlukla "milletlerarası" (transnational) ya da "çok uluslu" (multinational), "işletmelerin" (enterprises) ya da "şirketlerin" (corporations) tamamına yönelik rehber ilkeler ortaya koyar. Bu çalışmada, yalnızca "yatırımcıların" sorumluluklarını incelediğimizden, çalışmada tüm bu terimleri kullanmak yerine, yeknesak biçimde, "yatırımcının sorumluluğu" terimini kullanmayı tercih ettik. Çalışmada bu kuraldan saptığımız hâller, yalnızca, doğrudan doğruya alıntılardır.

⁵⁹ Bjorklund, "Soft Law", 56, 57.

mesi gerektiği görüşü için de kimi faydaları olduğu kanaatindeyiz. Zira bu sayede, milletlerarası yatırım ilişkilerinde yatırımcıların yükümlülüklerinin -derhâl hukukî bir sorumluluk doğuracağı endişesi güdülmeksizin- somutlaştırılması ve geniş katılımcılı metinlerde teyit edilmesi mümkün olmuştur. Bu sebeple yatırımcı yükümlülüklerine ilişkin hukuken bağlayıcı/ihtiyarî belge çekişmesinin ve bu çekişmenin ürünleri olan soft-law kaynaklarının kısaca incelenmesinin çalışmamız bakımından faydalı olduğu kanaatindeyiz.

Yatırımcıların yükümlülüklerine ilişkin bağlayıcı/ihtiyarî belge çekişmesine sahne olan en erken tarihli çalışmalardan biri, OECD (Organisation for Economic Cooperation and Development - Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü) bünyesinde 1959 yılında müzakere edilmeye başlanan Yabancılara Ait Mülkiyetin Korunması Anlaşması Taslağıdır. Geleneksel olarak yatırım ihraç eden devletlerce hazırlanan bu çok taraflı anlaşma taslağı, ev sahibi devletlerin yükümlülüklerini öngörüyor olmasına rağmen yatırımcıların yükümlülüklerini öngörmüyor olması sebebiyle, Türkiye ile birlikte, Yunanistan, Portekiz gibi gelişmekte olan ekonomilere sahip OECD devletlerinin itirazlarına maruz kaldı ve hukuken bağlayıcı bir metne dönüşemedi.⁶⁰ Diğer bir ifadeyle, geleneksel olarak yatırım ithâl eden devletler, bugün yürürlükteki asimetrik sistem kendilerine ilk teklif edildiğinde bu teklifi reddettiler.

OECD bünyesinde hazırlanması planlanan bu çok taraflı anlaşma çalışmasının başarısızlığa uğramasıyla, endüstriyelmiş devletler, gelişmekte olan ekonomilere sahip devletlerle teke tek yatırım anlaşmaları imza etmeye başladılar. Gelişmekte olan ekonomilere sahip devletler, çok taraflı bir anlaşmanın müzakere sürecinde birlikte hareket ederek, bugünün asimetrik milletlerarası yatırım hukuku sistemini reddetmiş olmalarına rağmen, aynı teklif iki taraflı yatırım anlaşmaları vasıtasıyla kendilerine sunulduğunda -tek başlarına pazarlık güçleri düştüğü için- bu teklifleri kabul ettiler.⁶¹ Böylece günümüzün milletlerarası yatırım anlaşmaları ağını oluşturan, iki taraflı asimetrik yatırım anlaşmaları imza edilmeye başlandı.

Ev sahibi devletleri hukuken bağlamasına rağmen, yatırımcılara yükümlülük yüklemeyen iki taraflı yatırım anlaşmalarının sayısı henüz oldukça az iken, 1970'li yılların başında, gelişmekte olan ekonomilere sahip devletler, Yeni Milletlerarası İktisadî Düzen (New International Economic Order - NIEO) düşüncüsüyle, yatırımcıları milletlerarası hukukta yükümlü ve sorumlu kılacak bir anlaşmanın yapılması için yeniden harekete geçtiler.⁶² Bu kapsamda, 1977 yı-

⁶⁰ Muchlinski, "Regulating Multinationals", 33.

⁶¹ Garcia, et al., "Reforming Investment Regime", 870, 871.

⁶² UNCTAD, *Employment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, IIA Issues Paper Series (New York: United Nations Publications, 2000) 4. Yatırımcıların ev sahibi devlet faaliyetlerinden ötürü sorumluluklarının doğması gerektiği konusundaki ilk işaret fişeğini; Şili devlet başkanı Allende'nin iktidardan indirilmesinde bir yabancı yatırımcının etkin rol oynaması çekmiştir. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 147; Sauvart, "The Negotiations", 13.

İnada Birleşmiş Milletler bünyesinde, Milletlerarası Şirketlerin Davranış Kodu çalışmaları yürütölmeye başlandı.⁶³ Bu kodifikasyon çalışması on beş yıl sürdü. Müzakerelerin resmî olarak sonlandırıldığı 1992 yılına kadar, endüstriyelleşmiş devletler bir taraftan iki taraflı yatırım anlaşmaları vasıtasıyla gelişmekte olan ekonomilere sahip devletlere yatırımcıyı koruma yükümlölüklerini kabul ettirirken, diğler taraftan BM bünyesindeki Şirketlerin Davranış Kodu'nun bağlayıcı bir hukukî metne bağlanması müzakerelerini sürüncemede bıraktılar.⁶⁴ Böylece bu süreçte bir taraftan yabancı yatırım(cı)ların ev sahibi devletlere karşı hukuken korunmasını öngören hükümleri bağlayıcı metinlere bağlamış, diğler taraftan yatırımcıları milletlerarası hukukta sorumsuz bırakılmış oldular. Kısacası endüstriyelleşmiş devletler, baştan beri talep ettikleri asimetrik sistemi fiilen kurmuş oldular.

Yatırımcıların yükümlölük ve sorumluluklarını hukuken bağlayıcı bir metinde düzenlemeyi amaçlayan BM Milletlerarası Şirketlerin Davranış Kodu çalışmalarının sona erdirilmesinde etkili olan faktörlerden biri de müzakerelerin devam ettiği on beş yıllık süreçte, geleneksel olarak yatırım ihraç eden devletlerin yatırımcıların *sosyal* sorumluluklarını öngören soft-law niteliğinde ihtiyarî rehber ilkeler hazırlamış olmalarıdır. Gerçekten de milletlerarası kamuoyundan gelen meşru baskıları bütünüyle reddetmelerinin kolay olmayacağını gören yatırım ihraççısı devletler, mensubu oldukları çeşitli milletlerarası kuruluşlarda, yatırımcının *sosyal* sorumluluklarını öngören, ancak *hukuken* bağlayıcı olmayan milletlerarası belgelerin ardı ardına kabul edilmesine ön ayak oldular. Bu yolla, milletlerarası kamuoyunun -tabiri caizse- “ateşini düşürdüler.”⁶⁵ Doktrinde Sauvante'nin ifadesiyle, *hukuken bağlayıcı* bir anlaşma metni hazırlık aşamasında, yatırımcıların *sosyal* sorumluluklarını öngören ihtiyarî rehber ilkelerin hızlıca ve ardı ardına çıkartılması -yatırımcı yükümlölüklerinin hukukî bir belgeye bağlanmasına karşı- bir nevi önleyici darbeydi.⁶⁶ ve başarıya ulaştı.⁶⁷

Bu süreçte geleneksel olarak yatırım ihraç eden devletlerin ön ayak olmasıyla hazırlanan ilk ihtiyarî rehber ilke, Milletlerarası Yatırım için Rehber İlkeler ismiyle, ICC (International Chamber of Commerce - Milletlerarası Ticaret Oda-

⁶³ Sauvante, “The Negotiations”, 15.

⁶⁴ Prislana ve Zandvliet, *Labor Provisions*, 18; Sauvante, “The Negotiations”, 38 vd. Bu çalışmanın hukuken bağlayıcı bir metin olarak ortaya çıkmasında başarısızlığa uğranılmasının altındaki en önemli sebeplerden birinin, endüstriyelleşmiş devletlerin müzakereleri sürüncemeye bırakmış olmaları olduğu yönünde bkz. Sauvante, “The Negotiations”, 46 vd., 79.

⁶⁵ Sauvante, “The Negotiations”, 30.

⁶⁶ Sauvante, “The Negotiations”, 30, 31.

⁶⁷ Öte yandan BM bünyesinde yapılan Milletlerarası Şirketlerin Davranış Kodunun bütünüyle başarısız olduğu da düşünölmemelidir. Yabancı yatırımcıların hukukî sorumluluklarına ilişkin olarak bugün de tartışılan temel meseleler ve muhtemel çözüm önerileri bu çalışma sayesinde somutlaşmıştır. Bkz. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 146, 147; Sauvante, “The Negotiations”, 12.

sı) tarafından 1972’de yayımlandı.⁶⁸ Bu belge, yatırımcıların işçi haklarına riayet etme yükümlülüklerinin bulunduğunu ve bu yükümlülüğe aykırı davranışlarının kurumsal sorumluluklarına sebebiyet vereceğini öngören ilk belgedir.⁶⁹

ICC’nin rehber ilkelerini OECD’nin 1976 yılında hazırladığı Uluslararası Yatırımlar ve Çok Uluslu İşletmeler Bildirgesi takip eder.⁷⁰ Bildirge, yalnızca yatırımcıların ev sahibi devlet ülkesinde yaşayanlara karşı yükümlülüklerini değil, aynı zamanda, ev sahibi devletin yatırımcıya karşı yükümlülüklerini de düzenler. Bu yönüyle milletlerarası yatırım hukukunun *quid pro quo* niteliğini yansıtan bir metindir. Ancak metin, hukukî bağlayıcılığı bakımından asimetriktir. Bildirgede, yatırımcıların yükümlülükleri ihtiyarî,⁷¹ devletin yükümlülükleri ise hukuken bağlayıcı olacak şekilde kaleme alınmıştır.⁷² Bu asimetriyi bir kenara bırakacak olursak, bildirgede yatırımcıların işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüklerinin *sosyal* sorumluluklarına sebebiyet verebileceği öngörülmüş ve işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüğü somutlaştırılmıştır. Nitekim bildirgede yatırımcıların ev sahibi devletin sürdürülebilir kalkınmasına katkı sağlamalarının gerektiği, bu kapsamda ev sahibi devlet ülkesinde istihdam imkânları yaratmalarının gerektiği, çalışanların toplu iş sözleşmesi yapma ve örgütlenme haklarına saygı göstermeleri gerektiği, çocuk işçiliğin ve angaryanın önlenmesi için tedbirler almaları gerektiği, istihdam ederken ayrımcılık yapmaktan imtinâ etmeleri gerektiği düzenlenmiştir.⁷³

Benzer şekilde yatırımcının işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüğünü somutlaştıran başka bir soft-law kaynağı, Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labour Organization - ILO) tarafından 1977 yılında hazırlanan, Çok Uluslu İşletmeler ve Sosyal Politika İlkeleriyle İlgili Üç Tarafı Bildirgesidir.⁷⁴ Bu bildirgede

⁶⁸ ICC’nin Milletlerarası Yatırım için Rehber İlkeleri esasında 1949 yılında, ICC’nin hazırladığı Yabancı Yatırımlar için Âdil Muamele Kodunun (International Code for Fair Treatment for Foreign Investments) güncellenmiş bir versiyonudur. Ancak ilkelerin 1949 versiyonunda yatırımcıların sosyal sorumluluklarına ilişkin düzenlemeler yer almazken, bu konu ilk defa İlkelerin 1972 versiyonunda yer aldı. Sauvant, “The Negotiations”, 16.

⁶⁹ 1972 versiyonunu takiben rehber ilkeler birçok kez güncellendi. Rehber ilkelerin -2012 yılında yayınlanıp, 2016 yılında gözden geçirilen- en güncel versiyonu için bkz. “ICC Guidelines for International Investment”, ICC, Erişim Tarihi: Ekim 13, 2021, <https://iccwbo.org/publication/icc-guidelines-international-investment-2016/>.

⁷⁰ İlk olarak 1976 yılında yayınlanan bildirge, birden fazla kez gözden geçirilmiştir. Nowrot, “Obligations of Investors”, 1178. Bildirgenin son olarak 2011 yılında güncellenen hâli için bkz. “Uluslararası Yatırımlar ve Çok Uluslu İşletmeler Bildirgesi”, OECD, Erişim Tarihi: Ekim 8, 2021, <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>.

⁷¹ Bu bildirgede imzacı devletler, ülkelerinde faaliyet gösteren veya vatandaşları olan yatırımcıların OECD Çok Uluslu İşletmeler Rehberinde yer alan ilkelere riayet etmeleri tavsiye ettiklerini beyan ederler.

⁷² Sauvant, “The Negotiations”, 28 29.

⁷³ OECD Uluslararası Yatırımlar ve Çok Uluslu İşletmeler Bildirgesi, Kısım V bkz. “Uluslararası Yatırımlar ve Çok Uluslu İşletmeler Bildirgesi”, OECD, Erişim Tarihi: Ekim 8, 2021, <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>.

⁷⁴ “Çok Uluslu İşletmeler ve Sosyal Politika İlkeleriyle İlgili Üç Tarafı Bildirge”, Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labour Organization - ILO), Erişim Tarihi: Ekim 8, 2021, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf.

yatırımcıların özellikle gelişmekte olan ekonomilere sahip ülkelerde istihdamı artırmaları, mümkün mertebe ev sahibi devlet vatandaşlarına istihdam sağlamaları, angaryanın ve çocuk işçiliğin önlenmesi için tedbirler almaları, ayrımcılık yapmaktan geri durmaları, asgarî iş güvencesi koşullarına saygı göstermeleri, çalışanların eğitimi için ev sahibi devletçe öngörülen programlara katılmaları, menşe devlette benzer işlerde çalışanlara sağlanan çalışma koşullarını ve ücretleri ev sahibi devlet ülkesindeki çalışanlarına da sağlamaları, en yüksek iş güvenliği tedbirlerini almaları, çalışanların toplu iş sözleşmesi yapma ve örgütlenme haklarına saygı göstermeleri gerektiği öngörülmüştür. ILO Çok Uluslu İşletmeler Bildirgesi, yatırımcıların işçi haklarına saygı göster(me)mekten kaynaklanan sorumluluğunu oldukça kapsamlı biçimde ele almış olmasına rağmen, hukuken bağlayıcı bir metin olmadığından, hukukî sorumluluğun doğmasında bir araç olarak kullanılmadı.⁷⁵ Esasında ILO'nun bu bildirgesi hukuken bağlayıcı bir milletlerarası anlaşma olarak düzenlenebilirdi, zira ILO -örneğin ICC'den farklı olarak- bağlayıcı hükümler ihtiva eden birçok milletlerarası anlaşmasının mimarıdır.⁷⁶ Nitekim gelişmekte olan ekonomilere sahip devletler, bu bildirgenin hukuken bağlayıcı bir anlaşmaya devşirilmesi için gayret gösterdiler ancak başarıya ulaşamadılar.⁷⁷

1990'lı yıllara gelindiğinde, yatırımcı yükümlülüklerinin bağlayıcı/ihhtiyarî ilkelere düzenlenmesi tartışmalarına sahne olan, iki farklı çok taraflı milletlerarası yatırım anlaşması çalışması yapıldı. Bunlardan ilki OECD bünyesinde başlatılan Çok Taraflı Yatırım Anlaşması (Multilateral Agreement on Investment - MAI) çalışması, ikincisi Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) bünyesinde başlatılan yatırım anlaşması çalışmasıdır. Kamuoyuna kapalı biçimde hazırlanan ancak 1997 yılında kamuoyuna sızan MAI taslağı, geniş katılımlı bir çevreden (sivil toplum kuruluşlarından, gelişmekte olan ekonomilere sahip devletlerden ve hatta geleneksel olarak yatırım ihraççısı bazı devletlerden) kuvvetli biçimde eleştiri aldı.⁷⁸ Bu taslağa yöneltilen eleştirilerden en önemlisi, yatırımcıların sorumluluklarının -hususiyetle işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüklerinden kaynaklanan sorumluluklarının- anlaşmada düzenlenmiyor olmasıydı.⁷⁹ Bu eleştiri göz önüne alınarak 1998 yılında güncellenen taslakta işçi haklarına saygıyı gösterme yükümlükleri öngörüldü.⁸⁰ An-

⁷⁵ Muchlinski, "Corporate Social Responsibility", 652 vd.

⁷⁶ Türkiye'nin de taraf olduğu ILO sözleşmeleri için bkz. "Türkiye'nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri", ILO Türkiye Ofisi, Erişim Tarihi: Ekim 13, 2021, <https://www.ilo.org/anکارa/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm>.

⁷⁷ ILO'nun üç taraflı yapısının bir ayağını oluşturan işveren örgütleri ise -endüstriyelmiş devletlerle birlikte- bu tür bir sorumluluğun ihhtiyarî bir rehber metinde düzenlenmesi yönünde direnç gösterdiler. Sauvart, "The Negotiations", 22; Muchlinski, "Corporate Social Responsibility" 646, 647.

⁷⁸ Campbell McLachlan, Laurence Shore ve Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, (New York: Oxford University Press, 2008), par. 7.58; Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 106, 107.

⁷⁹ Muchlinski, "Corporate Social Responsibility" 642.

⁸⁰ "The Multilateral Agreement on Investment: Commentary to the Consolidated Text", OECD, Erişim Tarihi: Ekim 13, 2021, <https://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>.

cak bu taslak metinde, işçi haklarına saygı gösterme yükümlülükleri yatırımcılara değil, ev sahibi devletlere yüklenecek biçimde düzenlendi.⁸¹ Bu sebeple MAI hukuken bağlayıcı bir milletlerarası anlaşma hâline getirilmiş olsa idi dahi, yatırımcıların hukukî sorumluluğunun doğmasına dayanak oluşturamazdı.

1997 yılında kamuoyuna sızan MAI taslağına yöneltilen eleştirilerden en çok taraftar bulan bir diğeri, ağırlıklı olarak yatırım ihraç eden devletlerden oluşan bir kurumda -i.e. OECD bünyesinde- yatırım ithâl eden devletlerin etkin bir katılımı olmaksızın hazırlanan çok taraflı yatırım anlaşmasının meşruiyetten yoksun olacağı yönündeydi. Bu eleştiri kapsamında, doğru bir müzakere mecrası olarak DTÖ gösterildi ve 1998 yılında MAI çalışmaları durduruldu.⁸²

Eleştiriler doğrultusunda, çok taraflı bir yatırım anlaşması hazırlanması çalışmalarında bayrağı DTÖ devraldı. 2001 yılında DTÖ'nün Doha Bakanlar Toplantısında yatırım meselesinin, kalkınma perspektifiyle ele alınmasına karar verildi.⁸³ 2002 yılında bazı gelişmekte olan ekonomilere sahip devletler, DTÖ'nün Ticaret ve Yatırım Çalışma grubuna bir bildiri sunarak DTÖ'nün hazırlayacağı çok taraflı yatırım anlaşmasında yatırımcıların hakları kadar, sorumluluklarının da hukuken bağlayıcı düzenlemelere bağlanmasını talep ettiklerini beyan ettiler.⁸⁴ DTÖ'nün 2003 yılındaki Cancún Bakanlar Toplantısında da gelişmekte olan ekonomilere sahip devletler, yatırımcıların sorumluluğunu bağlayıcı olarak düzenlemeyen bir çok taraflı yatırım anlaşmasına muvafakat vermeyeceklerini bildirdiler. DTÖ bünyesindeki müzakerelerde devletlerin bir kısmının istikrarlı biçimde “yatırımcılara hukuken bağlayıcı yükümlülükler yükleme” talebinde bulunması, bu çok taraflı yatırım anlaşması çalışmasının da sonlandırılmasına sebebiyet verdi.⁸⁵

⁸¹ The Multilateral Agreement on Investment: Commentary to the Consolidated Text 54-55.

⁸² Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 107, 108.

⁸³ Doha Bildirisinin özellikle 20 ilâ 22. paragrafları çalışma grubunun kurulması ve hazırlıkların genel çerçevesinin çizilmesi ile ilgilidir. Bknz. “Doha Bakanlar Bildirisi”, DTÖ, Erişim Tarihi: Ekim 13, 2021, https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm.

⁸⁴ Bu bildiriye imza atan Çin, Küba, Hindistan, Kenya, Pakistan ve Zimbabve, yabancı yatırımcıların kayda değer büyüklüklerde fizikî ve malî kaynaklara hükmettiklerini, küresel ölçekte faaliyet göstermelerinin ev sahibi devletlerle kuvvetli bir pozisyonda pazarlık masasına oturmalarına imkân sağladığını, bu pazarlık gücü karşısında ev sahibi devletlerin yatırımcıların ülkelerindeki davranışlarını düzenlemek konusunda sınırlı kaldığını, yatırımcıların kârlılıklarını artırma amaçlarının ev sahibi devlet ülkelerindeki kalkınma politikaları ile ihtilâfa girebildiğini ve nihayet yabancı yatırımların ev sahibi devlet ülkelerindeki muhtemel menfi etkileri üzerine eğilmek gerektiğini ifade ettiler. Bu devletler, sundukları bildiride, DTÖ bünyesindeki yatırıma ilişkin çalışmaların yatırımcıların haklarını etraflıca tartışmasına karşın, yatırımcıların yükümlülüklerini tartışmamış olmasını eleştirdiler. Özetledikleri meselelerin çaresinin, yabancı yatırımcıların sorumluluklarının hukuken bağlayıcı biçimde düzenlenmesini olduğunu belirttiler. Bildiri metni için bknz. “Communication from China, Cuba, India, Kenya, Pakistan and Zimbabwe, WTO Doc. WT/WGTI/W/152”, DTÖ Erişim Tarihi: Ekim 8, 2021, <https://docs.wto.org/dol2fe/P ages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/WGTI/W152.pdf&Open=True>.

⁸⁵ Somarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 27.

Milletlerarası yatırım hukukunun yürürlük kaynaklarında, yatırımcılara da hukukî yükümlülükler yüklenmesi çabaları bu vesileyle iki defa daha başarısızlığa uğrayınca, yatırım anlaşmalarının asimetrik yapısı ile bozulan dengesini ihya etme çalışmalarında yeniden ihtiyarî rehber ilkelere -i.e. yatırımcının sosyal sorumluluklarına- odaklanıldı. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, 2011 yılında, İş ve İnsan Hakları Rehber İlkelerini kabul etti⁸⁶ Bu belgenin on birinci ilkesinde, yatırımcıların insan haklarına saygı gösterme yükümlülüklerinin bulunduğu ve bu yükümlülüğün yatırımcıların sosyal sorumluluğunu doğurabileceği açıkça ifade edilmiştir. Rehber ilkelerde bahsi geçen insan haklarının, ILO'nun Çalışma Yaşamında Temel İlke ve Haklar Bildirgesi'nde yer alan temel hakları da kapsadığı ise on ikinci ilkede açıkça belirtilmiştir. Bu belgeyi takiben 2012 yılında, UNCTAD da Sürdürülebilir Kalkınma için Yatırım Politikaları Çerçevesini yayınladı. Bu belgenin dokuzuncu ilkesinde de benzer şekilde, milletlerarası yatırım hukuk sisteminde yatırımcıların sorumluluklarının öngörülmesi gerektiği ifade bulmuştur.⁸⁷

Bu bölümde milletlerarası yatırım hukukunda yatırımcıların sorumluluklarının hukuken bağlayıcı metinlerde düzenlenmesi gerektiği görüşü ile ihtiyarî rehber ilkelerde düzenlenmesi gerektiği görüşü arasındaki mücadeleyi özetlemeye çalıştık. Bu özet, milletlerarası yatırım hukukunda yatırımcıların sorumluluklarına dair birkaç hususu tespit etmemize imkân sağlar. Birincisi, milletlerarası yatırım hukukunun kuruluşundan beri, milletlerarası yatırım hukukunun tüm paydaşları, yatırımcıların ev sahibi devlet ülkesindeki faaliyetlerinden ötürü sorumlu olmaları gerektiği konusunda hem fikirdir.⁸⁸ Geleneksel olarak yatırım ithâl eden devletler kadar, geleneksel olarak yatırım ihraç eden devletler de bu istikametteki görüşlerini, kendilerini hukuken bağlamasa da siyaseten bağlayan belgelerde birden fazla kere beyan etmişlerdir. Devletlerin konuya dair siyasi tutumlarını gösteren bu belgelerin önemli bir kısmında yatırımcıların, özel olarak, işçi haklarına saygı göstermeleri gerektiği de defalarca belirtilmiştir. Ne var ki, bu belgeler, hukuken bağlayıcı bir iradeye dönüşmediği müddetçe yatırımcıların işçi haklarına saygı göstermemelerinden ötürü hukukî sorumlulukları doğmaz.

Bu bölümde özetlediğimiz mücadeleden çıkan ikinci sonuç, mücadelenin -şimdilik- yatırımcı yükümlülüklerinin ihtiyarî belgelere bağlanması gerektiğini

⁸⁶ "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework", Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi, Erişim Tarihi: Ekim 13, 2021, https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.

⁸⁷ İlk olarak 2012 yılında hazırlanan bu belge 2015 yılında güncellenmiştir. Belgenin güncel versiyonu için bkz. "Investment Policy Framework for Sustainable Development", UNCTAD Investment Policy Hub, Erişim Tarihi: Ekim 13, 2021, https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2015d5_en.pdf.

⁸⁸ Nitekim tartışma -özünde- yatırımcıların sorumluluğunun kurumsal sosyal sorumluluk türünde mi yoksa hukukî sorumluluk türünde mi olması gerektiği üzerinde yürümektedir, yoksa var olup olmadığı üzerinde değil.

savunan yatırım ihraççısı devletlerce kazanıldığıdır. Ancak milletlerarası kamuoyunun hukuken bağlayıcı yükümlülüklerle talebi hem istikrarlı, hem de azımsanmayacak seviyededir. Nitekim bu taleplere cevaben milletlerarası yatırım hukukunun az sayıdaki hukuken bağlayıcı kaynağında, yabancı yatırımcıların yükümlülüklerinin, hususiyetle de işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüklerinin düzenlendiğini görürüz.

II. YABANCI YATIRIMCININ İŞÇİ HAKLARINA SAYGI GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ KAYNAKLARI

Milletlerarası yatırım hukuku ilişkilerinde yabancı yatırımcıların da sorumluluklarının bulunduğunu, hukuken bağlayıcı olmayan belgelerde ifade etmek -önceki bölümde açıkladığımız gibi- nispeten kolaydır. Buna mukabil yatırımcıların yükümlülüklerini yatırım anlaşmalarında bağlayıcı hükümlere dercetmek zordur. Bu zorluk milletlerarası yatırım hukukunun norm koyucusu olan devletlerin önemli bir kısmının, yatırımcıların yükümlülüklerinin hukuken bağlayıcı olmaması gerektiği pozisyonunu savunmasından kaynaklanır.⁸⁹

Günümüzde yürürlükteki yatırım anlaşmalarının çok azında yatırımcıların işçi haklarına saygı göstermeleri gerektiği ifade edilmiştir.⁹⁰ Bir yatırım anlaşmasında bu istikamette ifadeler bulunduğu dahi, bunların çoğunlukla anlaşmanın bağlayıcı (operative) hükümlerinde değil dibacesinde yer aldığı görülür.⁹¹ Tespit edebildiğimiz kadarıyla Türkiye'nin taraf olduğu yatırım anlaşmalarının dibacesinde -dahi- bu istikamette ifadeler yer almaz.⁹² Ancak örneğin, ABD'nin 2004 model yatırım anlaşmasına uygun olarak imza edilen ABD-Uruguay Yatırım Anlaşmasının dibacesinde işçi haklarının teşvik edileceği temennisi şu ifadelerle yer alır;

“Bu **hedeflere** sağlık, güvenlik ve çevrenin korunması ile tüketicinin korunmasının ve **milletlerarası düzeyde kabul görmüş işçi haklarının teşvikine uygun biçimde ulaşmayı arzu ederek** [...]”⁹³ [Vurgu eklenmiştir.]

⁸⁹ Belirtmek isteriz ki burada “önemli” olarak nitelendirdiğimiz kısmın önemi, söz konusu devletlerin niceliğinden değil, milletlerarası yatırım hukuku bakımından arz ettikleri niteliklerinden kaynaklanır. Bu nitelik, milletlerarası yatırım uygulamasının en büyük yatırım ihraççısı devletleri olmalarıdır.

⁹⁰ Nowrot, “Obligations of Investors”, 1161.

⁹¹ Penfold, *Labour and Employment Issues in Foreign Direct Investment*, 2.

⁹² Türkiye'nin taraf olduğu yatırım anlaşmalarında yatırımcıların ev sahibi devlet ülkesindeki faaliyetlerinden ötürü sorumlu olduklarına gösteren bir ifadeye rastlamadık. Buna mukabil Türkiye'nin 2010'lu yıllardan itibaren imzaladığı yatırım anlaşmalarının dibacesinde “yatırımların teşvikinin işçi haklarını zayıflatmadan da mümkün olabildiğine” inancın yer aldığı görülür. Örneğin bkz. Türkiye-Kırgızistan Yatırım Anlaşması RG. 22.05.2019/30781. Anlaşma metni için bkz. “Türkiye-Kırgızistan Yatırım Anlaşması”, UNCTAD Investment Policy Hub, Erişim Tarihi: Ekim 14, 2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6096/download>.

⁹³ “ABD-Uruguay Yatırım Anlaşması”, UNCTAD Investment Policy Hub, Erişim Tarihi: Ekim 23, 2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2380/download>. Anlaşmanın orijinalinde şu ifade yer alır; “Desiring to achieve these objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the **promotion of consumer protection and internationally recognized labor Rights**” [Vurgu eklenmiştir.]

Dibacede yer alması sebebiyle, yatırımcı bakımından hukuken bağlayıcı olmayan, hukuken bağlayıcı olmadığı için de yatırımcının milletlerarası yatırım hukuku sisteminde sorumluluğunu doğurması mümkün olmayan bu ifadelerin ne işe yaradığında tereddüde düşülebilir. Milletlerarası anlaşmaların dibacesinde yer alan ilkeler, anlaşmanın bağlayıcı hükümlerinin yorumlanmasında etkilidir. Örneğin yatırım anlaşmasının bağlayıcı hükümlerinde yer alan ev sahibi devlet hukukuna uygun yatırım hükmünün yorumlanmasında “ev sahibi devlet hukuku” teriminin iş hukuku düzenlemelerini de kapsadığı yorumunun yapılmasında veya kamu menfaatlerini koruyan tedbirleri yatırım anlaşmasından müstesna tutan istisna (non-precluded measures) hükmünün yorumlanmasında “kamu menfaati” teriminin işçi haklarını da kapsadığı yorumunun yapılmasında, dibacede ifade bulan “işçi haklarının teşvikine uygun” uzlaşma arzusu etkili olabilir.⁹⁴ Bu bakımdan anlaşmaların dibacesinde işçi haklarına atf yapılması, yatırımcılar tarafından işçi haklarına saygı gösterilmesini temin etmek için olumlu, ama yatırımcıların hukuken sorumluluğunun doğması için yetersiz bir adımdır.

Esasında son yıllarda imza edilen yatırım anlaşmalarının bazılarında, yalnızca dibacede değil bağlayıcı hükümlerde de işçi hakları “anahtar kelimesine” yer verildiği görülür. Ancak bu hükümler yakından incelendiğinde görülür ki, bunların da önemli bir kısmı yatırımcıya değil, âkit devletlere yükümlülükler yükler. Örneğin NAFTA’nın (Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması - North American Free Trade Agreement) yerini alan USMCA’in (Amerika Birleşik Devletleri, Meksika, Kanada Anlaşması - United States, Mexico, Canada Agreement) yatırımlara ilişkin 14. kısmının 17. maddesi bir taraftan yatırımcının işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüklerinin ihtiyarî olduğunu vurgular, diğer taraftan yatırımcıyı sorumlu davranmaya teşvik etmek konusunda âkit devleti yükümlü kılar.⁹⁵ Yürürlükteki yatırım anlaşmalarının bir kısmı da ev sahibi devlete, işçi haklarının korunmasını konusunda millî hukukundaki standartlarını düşürmeme yükümlülüğü yükler.⁹⁶ Nihayetinde milletlerarası yatırım hukuku ilişkilerinde işçi haklarına saygı gösterilmesini ve işçi haklarının korunmasını temin etmeye yönelik olsa da, âkit devlete yüklenen bu yükümlülükler yatırımcının hukukî sorumluluğuna sebebiyet vermez. Bu sebeple yatırım anlaşmalarının bağlayıcı hükümlerinde yer almasına ve -nihayetinde- işçi haklarına saygı gösterilmesine yönelik olmasına rağmen, bu düzenlemeler çalışma konumuzun dışında kalır.

Öte yandan bu düzenlemeler, çalışmamız bakımından önem arz eden bir soruyu sormamıza vesile olur. Milletlerarası kamuoyundan gelen “yabancı yatırımcıların da milletlerarası yatırım hukukunda sorumluluklarının bulunması gerek-

⁹⁴ Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 274.

⁹⁵ “USMCA”, UNCTAD Investment Policy Hub, Erişim Tarihi: Ekim 14, 2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6008/download>.

⁹⁶ UNCTAD, *Reform Package*, 64, 65. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nowrot, “Obligations of Investors”, 1165 vd.

tiği” talebine cevap veren az sayıdaki düzenleme, ne sebeple yatırımcıya hukukî sorumluluk doğurması mümkün olmayacak biçimde devletlere yükümlülük öngörür? Milletlerarası norm koyucunun bu tutarsızlığı, milletlerarası hukukta yalnızca devletlerin yükümlü olabileceği, özel kişilerin ise yükümlü olamayacağı görüşü gerekçe -ya da bahane- gösterilerek açıklanır. Kanımızca bu gerekçe haklı değildir. Yatırımcılar, yatırım anlaşmaları ile hak süjesi olabiliyorlarsa -ki olabiliyorlar- pekâlâ yükümlülük süjesi de olabilirler.⁹⁷ Nitekim günümüzde doktrinde özel kişilerin kategorik olarak yükümlülük süjesi olmasına karşı çıkılmayacağı ifade bulunmaktadır.⁹⁸

Bu sebeple milletlerarası yatırım anlaşmalarında yatırımcılara, milletlerarası yatırım hukukunda sorumluluklarını doğurabilecek şekilde, doğrudan doğruya yükümlülük yüklenmesi -hukuk tekniği bakımından- mümkündür. Ne var ki uygulamada norm koyucuların bu imkândan pek istifade etmediklerini görürüz.⁹⁹ Ancak oldukça istisnaî bazı yatırım anlaşmalarında yatırımcıların işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüklerinin münferiden öngörüldüğünü tespit ettik. (I.B.1) Bu kadar istisnaî olmamakla birlikte bazı yatırım anlaşmalarında da yatırımcıların -işçi haklarını da kapsayacak şekilde- genel olarak ev sahibi devletin hukukuna uygun davranma yükümlülükleri öngörülür. (I.B.2)

A. YATIRIMCININ İŞÇİ HAKLARINA SAYGI GÖSTERMESİNİ KONU ALAN MÜNFERİT YÜKÜMLÜLÜKLER

Yatırım anlaşmalarının bazılarında, yatırımcılara münferiden işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüğü yüklendiğini görürüz. Hangi anlaşmalarda, hangi işçi haklarına dair bu tür yükümlülükler öngörüldüğünü incelemeye geçmeden önce işçi haklarına “saygı gösterme” ifadesi ile ne kastettiğimizi açalım. Bu çalışmada kullandığımız “hakka saygı gösterme” terimini, milletlerarası insan hakları hukukundan ödünç alıyoruz. İnsan hakları hukukunda, devletlerin insan hakları yükümlülükleri; saygı gösterme, koruma ve icra etme olmak üzere üçlü bir ayrıma tâbi tutulur.¹⁰⁰ Yatırımcılara bu üç yükümlülükten yalnızca saygı gösterme yükümlülüğü yüklenebilir. İşçi hakları ile insan haklarının kesişim kümesinde yer alan bir hak üzerinden örnek verecek olursak; kölelik yasağına **saygı gösterilmesi**, yükümlünün köle çalıştırmaması; kölelik yasağının **korunması**, yükümlünün üçüncü kişilerin köle çalıştırmasına engel olması; kölelik yasağının **icra edilmesi**

⁹⁷ Prislán ve Zandvliet, *Labor Provisions*, 20.

⁹⁸ Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 145, 146; Nowrot, “Obligations of Investors”, 1162.

⁹⁹ Mbengue, “Les Obligations des Investisseurs”, 302.

¹⁰⁰ Bu üçlü ayrımın kurucu kaynakları için bkz. Birleşmiş Milletler Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu, *The right to Adequate Food as a Human Right*, E/CN.4/Sub.2/1983/35, Hususî Raportör Asbjorn Eide, 1983; Henry Shue, “The Interdependence of Duties”, *The Right to Food* içinde, editör Philip Alston ve Katarina Tomasevski, (the Hague: Martinus Nijhoff, 1985), 86.

ise yükümlünün köleliğin önlenmesi için -örneğin ücretsiz ihbar hatları kurmak gibi- müspet tedbirler alması anlamına gelir. Bu ayırım çerçevesinde, yatırımcıya işçi haklarına saygı gösterme yükümlülükleri yüklenebilir. Saygı gösterme yükümlülüğü kapsamında, yatırım faaliyetlerinin işçi haklarını ihlâl etmemesi beklenir.¹⁰¹ Yoksa yatırımcıdan yatırımı ile bağlantısız üçüncü kişilerin işçi haklarını ihlâl etmelerine engel olması veya ev sahibi devlet ülkesinde işçi haklarının azamî düzeyde korunması için müspet tedbirler alması beklenmez.¹⁰² Bu sebeple yatırım anlaşmalarında, yatırımcılara yalnızca işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüğü yüklenebilir.¹⁰³

Yabancı yatırımcının işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüğü yüklediğini tespit edebildiğimiz, en erken tarihli yatırım anlaşması, Büyük Göller Ekonomik Topluluğu bünyesinde Burundi, Demokratik Kongo Cumhuriyeti (eski Zaire) ve Ruanda arasında 1982’de imza edilen Büyük Göller Ekonomik Topluluğu Yatırım Kodu’dur.¹⁰⁴ Yabancı yatırımın izne tâbi olduğu bu yatırım anlaşmasında, yabancı yatırımcının yatırım izni alması “ev sahibi devlet ülkesindeki işçi haklarına saygı göstereceğini açıkça taahhüt etmesi” ve “yerel işgücünün ve yerel yöneticilerin yetiştirilmesi için eğitim programları oluşturup uygulayacağını taahhüt etmesi” şartına bağlanmıştır.¹⁰⁵ Bu düzenleme milletlerarası yabancı yatırım akışının etkili aktörleri arasında imza edilmediği için uygulamada ve doktrinde pek dikkat çekmemiştir. Öte yandan kanımızca, yatırımcının işçi haklarına saygı göstereceğine dair açık taahhüdünü yatırım izni için zorunlu kılmak, yabancı yatırımcıları, ev sahibi devlet ülkesindeki faaliyetlerinden ötürü sorumlu tutabilmenin en doğrudan ve günümüzde yürürlükteki yatırım hukuku sistemine uygun yoludur. Zira bu hâlde yatırımcı doğrudan doğruya taahhütlerine aykırı davranmasından ötürü hukuken sorumlu tutulabilir. Günümüzde milletlerarası yatırım hukukuna hâkim olan asimetric yapıda, yatırım bir kere yatırım anlaşmasına uygun olarak yapıldığında, yatırımcıya yalnızca hak, devlete ise yalnızca yükümlülükler doğar. Milletlerarası ya-

¹⁰¹ Yatırım faaliyetleri terimi, yatırım anlaşmasındaki düzenlemede kullanılan ifadeye göre yalnızca bilfiil yabancı yatırım için çalışanları kapsayabileceği gibi, Dakka faciası örneğindeki benzer şekilde, doğrudan doğruya ilgi yabancı yatırımın tedarik zincirinde çalışanları da kapsayabilir.

¹⁰² Amao, *Corporate Social Responsibility*, 81.

¹⁰³ Nitekim Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi’nin 2011 yılında yayınladığı İş ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri’nin 13. ilkesi yatırımcıların yalnızca “saygı gösterme” yükümlülükleri olduğunu öngörür. Bknz. Birleşmiş “Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework”, Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi, Erişim Tarihi: Ekim 13, 2021, https://www.ohchr.org/documents/publications/guiding-principlesbusinesshr_en.pdf.

¹⁰⁴ “Büyük Göller Ekonomik Topluluğu Yatırım Kodu”, UNCTAD Investment Policy Hub, Erişim Tarihi: Ekim 8, 2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3093/ecglc-investment-code>.

¹⁰⁵ Büyük Göller Ekonomik Topluluğu Yatırım Kodu m.19 Bknz. “Büyük Göller Ekonomik Topluluğu Yatırım Kodu”, UNCTAD Investment Policy Hub, Erişim Tarihi: Ekim 8, 2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3093/ecglc-investment-code>.

tırım hukukunun klasik kurgusunda ev sahibi devlet, ülkesindeki yabancı yatırımları kontrol etmek istiyor ve yabancı yatırımcıları hukuken sorumlu tutmak istiyorsa, bunu Büyük Göller Ekonomik Topluluğu Yatırım Kodu'nda olduğu gibi, yabancı yatırımcı ülkesine girmeden önce yapabilir. Her ne kadar günümüzde yürürlükteki çoğu yatırım anlaşmasında, âkit devletler yabancı yatırımların ülkeye girişinde izin şartını kaldırmış olsalar da, milletlerarası yatırım hukuku devletlere hâlâ bu imkânı sunar. Kanımızca bu yatırım anlaşması, milletlerarası yatırım hukukunda günümüzde pek tercih edilmeyen yatırımların izne tâbi tutulması yöntemini benimseyip, bunu açık taahhüt mekanizması ile destekleyerek, milletlerarası yatırım hukukunda yatırımcılara işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüğü yüklemenin, sistem içinde mevcut bir yolunu bulduğu için dikkate şayandır.

2000'li yıllara geldiğinde, norm koyucu devletlerin, yatırımcılara yükümlülük yüklemek konusunda milletlerarası yatırım hukuku sisteminde hâlihazırda mevcut olmayan mekanizmaları da öngörmeye başladıklarını görürüz. Örneğin 2007 yılında imzaya açılan Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı (Common Market for Eastern and Southern Africa, kısaca COMESA) için Yatırım Anlaşması'nda, yatırımcıların yabancı çalışan istihdam etmelerinin serbest olduğu ve bu hâlde çalışanın ülkeye giriş ve çalışma izinlerinin kolaylaştırılacağı düzenlendikten sonra, yerel istihdamın artırılmasına yönelik bir yatırımcı yükümlülüğü öngörülmüştür. Hükümde bu yükümlülük şu ifadelerle öngörülmüştür;

“[...] COMESA yatırımcıları, aynı niteliklere sahip olan ve ev sahibi Üye Devlette veya herhangi bir Üye Devlette mevcut olan işçilere öncelik tanır.”¹⁰⁶

COMESA Yatırım Anlaşması'nın bu düzenlemesi iki cepheden ilgi çekicidir. Birincisi, maddenin yerli istihdamı artırmaya yönelik bir pozitif ayrımcılık düzenlemesi içermesi, yatırımcıya bir tür icra etme yükümlülüğü yüklediğini düşündürtebilir. Ancak bu düzenleme ile kurgulanan sistemde, icra etme yükümlülüğünü ifa eden esasında -söz konusu pozitif ayrımcılık düzenlemesini ihdas eden- âkit devletlerdir. Yatırımcılara ise yalnızca bu mekanizmaya uygun davranma yükümlülüğünü yüklerler. Dolayısıyla yatırımcının yükümlülükleri yine saygı gösterme türündedir. Düzenlemenin ilgi çekici ikinci cephesi, hükmün ayrıca bir yatırımcı taahhüdü gerektirmeksizin, yatırımcıya doğrudan doğruya yatırım anlaşmasında yer alan ifade -i.e. “shall” ifadesi- gereğince yükümlülük yüklemiş olmasıdır. Bu anlaşmada tercih edilen yatırımcıya yükümlülük yükleme yöntemi, milletlerarası yatırım hukuku düzeni için yeni(likçi)dir. Zira yatırımcının yükümlülüğü doğrudan doğruya -araya bir açık taahhüt vasıtası girmeksizin- yatırım anlaşmasından kaynaklanır.

¹⁰⁶ Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı için Yatırım Anlaşması m.16 Bknz. “Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı için Yatırım Anlaşması”, UNCTAD Investment Policy Hub, Erişim Tarihi: Ekim 8, 2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3225/comesa-investment-agreement>. Metnin orijinali şu ifadeyi içerir; “[...] COMESA investors shall accord a priority to workers who possess the same qualifications and are available in the [host] Member State or any other Member State.”

Her milletlerarası yatırım anlaşması yatırımcılara doğrudan doğruya yükümlülükler yüklemek konusunda bu kadar cesur değildir. 2017 yılında imzaya açılan MERCOSUR (Güney Amerika Ortak Pazarı - Mercado Común Sudamericano) Devletleri Arası Yatırım ve İşbirliği Protokolünün “Kurumsal Sosyal Sorumluluk” başlığını taşıyan hükmü, yatırım anlaşması ile yatırımcılara bağlayıcı yükümlülükler yükleyip yüklememek konusunda âkit devletlerin “karışık duygularını” yansıtır. Hüküm ilk bakışta, bağlayıcı bir özen yükümlülüğü öngördüğü izlenimi yaratacak şekilde “mümkün olan en yüksek seviyede katkıda bulunmak için gayret gösterecekler” ifadesini içerir. Diğer taraftan, hükmün bağlayıcı olmayabileceğini ima edecek şekilde, gerçekleştirilmesine özen gösterilecek yatırımcı davranışlarının “ihtiyarî” olduğunu “ihtiyarî normlar” terimleriyle vurgular. Hükümün ifadesi şu şekildedir;

“Yatırımcılar ve yatırımları, bu maddede belirlenen ilkelere ve ihtiyarî normlara dayalı -sosyal sorumluluk düzeyi yüksek- uygulamalar yoluyla, ev sahibi devletin ve bölge halkının sürdürülebilir kalkınmasına mümkün olan en yüksek seviyede katkıda bulunmak için gayret gösterecekler.”¹⁰⁷

Hükümde ikinci fıkraya atıfla öngörülen “ihtiyarî normlardan” önemli bir kısmı işçi hakları ile ilgilidir. İkinci fıkrada, yatırımcının işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüğünün içeriğini belirleyebilecek soft-law kaynaklarına atıf yapılmıştır. Yatırımcı maddede öngörülen özen yükümlülüğünü ifa ederken, bu soft-law kaynaklarına göre; işletmesi ile bağlantılı kişilerin insan haklarına saygı gösterir, istihdam imkânlarını artırır, çalışanların meslekî eğitimlere erişimlerini kolaylaştırır, kendisine hizmet sağlayanları ve sair iş ortaklarını da aynı rehber ilkelere uygun davranmaya mümkün mertebe teşvik eder. MERCOSUR Yatırım ve İşbirliği Protokolünde yer alan bu düzenleme oldukça yumuşak bir ifade içeriyor olmasına rağmen, özen yükümlülüğü öngörüyor olması sebebiyle yatırımcılara münferiden işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüğü yükleyen yatırım anlaşması normları arasında sayılabilir.

Son yıllarda yatırımcılara doğrudan doğruya yükümlülük yüklemek konusunda daha az tereddüt içeren yatırım anlaşmaları da kaleme alınmaya başlandı. Örneğin 2016 yılında imzalanan Fas-Nijerya Yatırım Anlaşması’nın “Kuruluş Sonrası Yükümlülükler” başlığını taşıyan 18. maddesi, yatırımcılara doğrudan doğruya ve münferiden işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüğü yükler. Bu hükme göre;

¹⁰⁷ MERCOSUR Devletleri Arası Yatırımı Kolaylaştırma ve İşbirliği Protokolü m.14 Bknz. “MERCOSUR Devletleri Arası Yatırımı Kolaylaştırma ve İşbirliği Protokolü”, UNCTAD Investment Policy Hub, Erişim Tarihi: Ekim 10, 2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3772/intra-mercosur-cooperation-and-facilitation-investment-protocol-2017->. Metnin orijinalinde bu madde şu şekilde ifade edilmiştir; “Los inversionistas y sus inversiones se esforzarán por lograr el más alto nivel posible de contribución al desarrollo sustentable del Estado Parte Anfitrión y la comunidad local, a través de la adopción de un alto grado de prácticas socialmente responsables, sobre la base de los principios y normas voluntarias establecidas en este Artículo.”

“[...] 3) Yatırımcılar ve yatırımlar ILO’nun Çalışma Yaşamında Temel İlke ve Haklar Bildirgesi’nde öngörülen temel işçi haklarına uygun davranırlar.

4) Yatırımcılar ve yatırımlar, yatırımı ev sahibi devletin veya menşe devletin taraf olduğu milletlerarası çevre yükümlülüklerini, işçi ve insan hakları yükümlülüklerini dolanacak biçimde yönetemez ya da işletemezler.”¹⁰⁸

Anlaşmada yer alan bu düzenlemenin yatırımcıya doğrudan doğruya hukukî yükümlülükler yüklediği, maddede kullanılan ifadelerden (hususiyetle “should” yerine “shall” ifadesinin tercih edilmiş olmasından) hem de anlaşmada benzer menfaatleri konu alan ancak hukukî değil sosyal yükümlülükler yükleyen normlarla karşılaştırılmasından anlaşılır. Nitekim anlaşmanın “Kurumsal Sosyal Sorumluluk” başlığını taşıyan hükmü, yatırımcıların ev sahibi devletin sürdürülebilir kalkınmasına katkı sağlayabilmek ve ILO ilkelerine uygun davranabilmek için azamî gayreti göstermesi *gerektiğini* (“should”) öngörür.¹⁰⁹ Bu karşılaştırma, anlaşmanın “Yatırım Sonrası Yükümlülükler” başlıklı maddesinin yatırımcıya doğrudan doğruya ve münferiden işçi haklarına saygı göstermek konusunda hukuken bağlayıcı yükümlülükler yüklediğini gösterir.

Milletlerarası yatırım anlaşmalarının çok azı, yatırımcılara doğrudan doğruya işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüğü yükleyen münferit hükümler içerir. Üstelik bu türde hükümler içeren yatırım anlaşmalarında kullanılan dil, yatırımcıya yatırım anlaşması ile doğrudan doğruya yükümlülük yüklemek konusunda devletlerin tereddütlü olduklarını gösterir. Tereddüt içerse de bu istikamette hükümlerin yatırım anlaşmalarında görülmeye başlanmasının bir temayülü gösterdiği kanaatindeyiz. Kanımızca, ileriki yıllarda, daha fazla yatırım anlaşmasında, daha açık ifadelerle yatırımcılara işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüğü yüklenecektir.¹¹⁰ Milletlerarası yatırım hukuku bu noktaya gelinceye kadar, yatı-

¹⁰⁸ “Fas-Nijerya Yatırım Anlaşması”, UNCTAD Investment Policy Hub, Erişim Tarihi: Ekim 10, 2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download>. Metnin orijinal ifadesi şu şekildedir; “[...] 3) Investors and investments shall act in accordance with core labour standards as required by the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights of Work, 1998.

4) Investors and investments shall not manage or operate the investments in a manner that circumvents international environmental, labour and human rights obligations to which the host state and/or home state are Parties.”

¹⁰⁹ “1) In addition to the obligation to comply with all applicable laws and regulations of the Host State and the obligations in this Agreement, and in accordance with the size, capacities and nature of an investments, and taking into account the development plans and priorities of the Host State and the Sustainable Development Goals of the United Nations, investors and their investments should strive to make the maximum feasible contributions to the sustainable development of the Host State and local community through high levels of socially responsible practices.

2) Investors should apply the LO Tripartite Declaration on Multinational Investments and Social Policy as well as specific or sectorial standards of responsible practice where these exist.

3) Where standards of corporate social responsibility increase, investors should strive to apply and achieve the higher level standards.” Bknz. “Fas-Nijerya Yatırım Anlaşması”, UNCTAD Investment Policy Hub, Erişim Tarihi: Ekim 10, 2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download>.

¹¹⁰ Aynı istikamette tahminler için bknz. Prisman ve Zandvliet, *Labor Provisions*, 20; Nowrot, “Obligations of Investors”, 1162. Nitekim bir çok model yatırım anlaşmasında bu istikamette hükümler

rımcıların milletlerarası yatırım hukukunda -işçi haklarını düzenleyen hükümleri de içerecek şekilde- genel olarak hukuka uygun davranma yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığının incelenmesinde fayda bulunduğu kanaatindeyiz.

B. YATIRIMCININ GENEL OLARAK HUKUKA UYGUN DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Milletlerarası yatırım hukukunda, yabancı yatırımın, ev sahibi devletin hukukuna uygun kurulacağı ve faaliyet göstereceği var sayılır.¹¹¹ Bu kapsamda yabancı yatırımcıların, ev sahibi devlet hukukunun düzenlediği işçi haklarına da uygun davranmaları gerekir. Ancak bu gereklilik, her zaman yatırımcının ev sahibi devlete karşı hukukî sorumluluğunu doğurmaz.

Yatırım anlaşmalarının önemli bir kısmında yabancı yatırımların ev sahibi devletin hukukuna uygun olarak kurulması gerektiği düzenlenmiştir.¹¹² Bu düzenleme vasıtasıyla yatırım anlaşmalarının “hukuka aykırı yatırımlara” koruma sağlamasının önüne geçilmesi hedeflenir.¹¹³ Çoğu yatırım anlaşmasında yatırımın hukuka uygunluğu düzenlemesi, yatırım anlaşması ile koruma altındaki yatırımların tanımlandığı maddede yer alır. Örneğin Türkiye-Çin Yatırım Anlaşması'nın “Tanımlar” başlığını taşıyan birinci maddesi şu ifadeyi içerir;

“Yatırım” terimi: bir Akit Tarafın yatırımcısınca iş faaliyetleriyle ilgili olarak diğer **Akit Tarafın ülkesinde bu Akit Tarafın kanunlarına ve düzenlemele- rine uygun olarak yatırılmış** her türlü mal varlığını ve bunlarla kısıtlı olmak üzere özellikle aşağıdakileri içerir [...]”¹¹⁴ [Vurgu eklenmiştir.]

yer alır. Bknz. Model Pan-Afrikalı Yatırım Anlaşması'nın “Yatırımcıların Yükümlülüğü” başlığını taşıyan 24. maddesi Bknz. “Pan-Afrikalı Yatırım Anlaşması”, Afrika Birliği, Erişim Tarihi: Ekim 24, 2021, https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-draft_pan-african_investment_code_december_2016_en.pdf. Güney Afrika Kalkınma Topluluğu'nun yatırımcıların yükümlülüklerini birkaç maddeye yaygın ve ayrıntılı biçimde düzenleyen model yatırım anlaşması bu alanda öncü niteliktedir. Bknz. Güney Afrika Kalkınma Topluluğu Model Yatırım Anlaşması m.10 vd. Bknz. “Güney Afrika Kalkınma Topluluğu Model Yatırım Anlaşması”, IISD, Erişim Tarihi: Ekim 26, 2021, <https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>. Daha yumuşak bir ifade içermekle birlikte Brezilya Model Yatırım Anlaşması da 14. maddesinde yatırımcıya soft-law kurallarına uygun davranmak yönünde bir özen yükümlülüğü yükler. Bknz. Brezilya Model Yatırım Anlaşması m.14 “Brezilya Model Yatırım Anlaşması”, UNCTAD Investment Policy Hub, Erişim Tarihi: Ekim 26, 2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4786/download>.

¹¹¹ Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 273; UNCTAD, *Reform Package*, 65, 66.

¹¹² Katharina Diel-Gligor ve Rudolf Hennecke, “Investment in Accordance with the Law”, *International Investment Law* içinde, editör Jörn Griebel, Stephan Hobe, August Reinisch, Yun-I Kim Marc Bungenberg, (Portland: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2015) 566.

¹¹³ **Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Fas**, ICSID Vakia No. ARB/00/4, **Yetkiye dair Hüküm**, 23 Temmuz 2001, par. 46; **Inceysa Vallisoletana S.L. v. El Salvador**, ICSID Vakia No. ARB/03/26, **Esasa dair Hüküm**, 2 Ağustos 2006, par. 245-247; Diel-Gligor ve Hennecke, “Investment in Accordance with the Law”, 566.

¹¹⁴ RG. 25.04.2018/30402. Anlaşma metni için bknz. “Türkiye-Çin Yatırım Anlaşması”, UNCTAD Investment Policy Hub, Erişim Tarihi: Ekim 11, 2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6143/download>.

Yatırımın hukuka uygunluğu düzenlemesi başka bazı anlaşmalarda ise yatırımların kabulü ya da teşviki hükümlerinde bulunur. Örneğin Türkiye'nin taraf olduğu ilk yatırım anlaşması olan Türkiye-Almanya Yatırım Anlaşması'nın 1. maddesinde, yatırımın ev sahibi devletin hukukuna uygun olması, yatırım anlaşması ile korunan yatırımların kabulü için bir şart olarak öngörülmüştür;

“Âkit Tarafardan her biri, ülkesinde diğer Âkit tarafın vatandaş ve şirketlerine ait sermaye **yatırımlarına kendi mevzuatına uygun olmak şartıyla muvafakat edecek**, bunları imkân dairesinde teşvik ve gereken müsaadelerin verilmesini hayırhahlıkla tetkik eyleyecektir. [...]”¹¹⁵ [Vurgu eklenmiştir.]

Milletlerarası yatırım anlaşmalarında çoğunlukla yukarıda örneklerini aktardığımız biçimde ifade bulan “yatırımcının ev sahibi devlet hukukuna uygun davranma” külfeti, yatırımın kuruluşunda ev sahibi devletin hukukuna uygun olmak olarak anlaşılır.¹¹⁶ Bu düzenlemelere göre hukuka aykırılığın yatırımın başında mevcut olması gerekir. Yatırımın tesisi aşamasında hukuka aykırı araç veya amaçlar bulunuyorsa, bu yatırım hukuka aykırıdır ve hukuka aykırı bir yatırımın yatırımcısı yatırım anlaşmasının hukukî korumasından yararlanamaz.¹¹⁷ Sonradan meydana gelen hukuka aykırılıklar ise, bir kere yatırım anlaşmasının uygulama alanına girmiş olan yatırımı, anlaşmanın korumasından çıkarmaz.¹¹⁸ Örneğin yabancı yatırım, çocuk işçilerin çalıştırılması amacıyla kuruldu ve kuruluşundan itibaren kaçak yollarla, çocuk işçi çalıştırdı ise bu yatırım hukuka aykırıdır. Hukuka aykırı bir yatırımın yatırımcısı, ev sahibi devletin yatırım anlaşmasından kaynaklanan yükümlülüklerinden birini -örneğin tam koruma ve güvenlik yükümlülüğünü- ihlâl ettiğini ileri sürerek tazminat talep edecek olursa, hakem heyeti bu talebi reddeder. Zira söz konusu yatırım anlaşması hükümlerinin, ev sahibi devletin millî hukukuna yaptığı atıf gereğince bu hukuka aykırı yatırım, yatırım anlaşmasının koruma alanının dışında kalır.¹¹⁹

¹¹⁵ RG. 08.10.1963/11525.

¹¹⁶ McLachlan, Shore ve Weiniger, *International Investment Arbitration Substantive Principles*, 181, 182; Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, 196-199; Prislán ve Zandvliet, *Labor Provisions*, 51; Diel-Gligor ve Hennecke, “Investment in Accordance with the Law”, 575; Monebhurrin, “Duties of Private Companies”, 55; **Saba Fakes v. Türkiye**, ICSID Vakıa No. ARB/07/20, **Esasa dair Hüküm**, 14 Temmuz 2010, par. 119; **Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Gana**, ICSID Vakıa No. ARB/07/24, **Hüküm**, 18 Haziran 2010, par. 127; **Quiborax SA and Non-Metallic Minerals SA v. Bolivya**, ICSID Vakıa No. ARB/06/2, **Yetkiye dair Hüküm**, 27 Eylül 2012, par. 263.

¹¹⁷ Zachary Douglas, “The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration”, *ICSID Review* 29, S.1 (2014), 180.

¹¹⁸ Diel-Gligor ve Hennecke, “Investment in Accordance with the Law”, 575.

¹¹⁹ Bu düzenleme ev sahibi devletin iç hukukuna yapılan bir nevi “atıf” düzenlemesidir. Yatırım anlaşmasındaki bu atıf sayesinde yatırımın kuruluşu ya da faaliyeti esnasındaki millî hukuka aykırılık, *de iure* milletlerarası hukuka aykırılık hâline gelir. **Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Filipinler**, ICSID Vakıa No. ARB/03/25, **Esasa dair Hüküm**, 16 Ağustos 2007, par. 394; Diel-Gligor ve Hennecke, “Investment in Accordance with the Law”, 571, 572; Mbengue, “Les Obligations des Investisseurs”, 308.

Yatırım anlaşmalarında yer alan “ev sahibi devletin hukukuna uygun kurulma” düzenlemeleri, özünde, *ex iniuria non ius oritur* ilkesinin bir görünümüdür. Hakem heyetleri, yatırım anlaşmalarında yer alan bu düzenlemelere dayanarak, hukuka aykırı yatırımları konu alan tazminat taleplerini reddederler. Ancak bu red kararının teknik sebepleri tartışmalıdır. Hem doktrinde hem de yatırım tahkimi içtihadında taraftan bulan iki görüşten birine göre, yatırım anlaşmasındaki yatırımın hukuka uygunluğu şartı usûle ilişkindir ve hakem heyetinin *ratione materiae* yetkisinin sınırlarını gösterir, diğer bir görüşe göre ise bu hükümler esasa ilişkindir ve talebin kabul edilebilirliğine karar verilmesinde etkilidir. Hukuka aykırı bir yatırım için birinci hâlde yetkisizlik,¹²⁰ ikinci hâlde kabul edilemezlik¹²¹ kararı verilir.

İster yetki ister kabul edilebilirlik görüşü benimsensin, bu hükümler gereğince hukuka aykırı yatırımın yatırım anlaşmasının hukukî korumasından mahrum bırakılacağı konusunda doktrin ve içtihadta fikir birliği yapılmıştır.¹²² Dolayısıyla hangi görüş benimsenirse benimsensin, -örneğin çocuk işçi çalıştırmak üzere kurulmuş olan- hukuka aykırı yatırım, hukuka aykırılığı sebebiyle yatırım anlaşmasının sağladığı esasa ve usûle ilişkin haklardan istifade edemez.

¹²⁰ Bu görüşe göre yatırım anlaşmasındaki korumadan faydalanan yatırımların listelendiği anlaşma hükümlerinde “ev sahibi devlet hukukuna uygun” veya “hukuka uyum” olarak tesis edilmiş olma koşulunun bulunması, hakem heyetinin *ratione materiae* yetkisini yalnızca hukuka uygun olarak tesis edilmiş yatırımlar ile sınırlandırır. Bknz. **World Duty Free Ltd. v. Kenya**, ICSID Vakia No. ARB/00/7, **Hüküm**, 4 Ekim 2006, par. 178 vd.; **Inceysa v. El Salvador, Esas**, par. 182; **Fraport v. Filipinler, Esas**, 16 Ağustos 2007, par. 401; **Alasdair Ross Anderson et al v. Kosta Rika**, ICSID Vakia No. ARB (AF)/07/3, **Hüküm**, 10 Mayıs 2010, par. 55-59; **Ambiente Ufficio SpA and others v. Arjantin**, ICSID Vakia No. ARB/08/9, **Yetki ve Kabul Edilebilirliğe dair Hüküm**, 8 Şubat 2013, par. 517.

¹²¹ Bu görüşe göre, “yatırımın hukuka aykırılığı” esasa ilişkindir ve esasa ilişkin bu meselenin esasa ilişkin bir müeyyide olan kabul edilemezlik ile karşılanması gerekir. Bknz. Valentina Vadi, “Jus Cogens in International Investment Law and Arbitration”, *Netherlands Yearbook of International Law* 46 (2015), 379, 380; Douglas, “The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration”, 171-180; Christoph Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch ve Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary* (New York: Cambridge University Press, 2010), 140. Bu görüş ile aynı istikamette, yatırımın hukuka uygunluğu ya da aykırılığının tahkim heyetinin yetkisine -kurucu ya da pozucu- bir etkisinin olmadığı **Saba Fakes v. Türkiye, Bayındır v. Pakistan** kararlarında vurgulanmıştır. Bknz. **Saba Fakes v. Türkiye, Esas**, par. 112; **Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi AŞ. v. Pakistan**, ICSID Vakia No. ARB/03/29, **Yetkiye dair Hüküm**, 14 Kasım 2005, par. 105-111.

¹²² Kanımızca, yatırımın kuruluşundaki hukuka aykırılık, yatırımın yoklukla malul olmasına ya da yatırımın davacıya intikâl etmesine engel olacak nitelikte ise *ratione materiae* yetkisizlik; yatırımın davacıya intikâl etmiş ancak bir takım hukuka aykırılık doğuruyor ise kabul edilemezlik kararı verilmesi gerekir. Aynı istikamette bknz. Douglas, “The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration”, 173. Ancak elbette kabul edilemezlik kararı verilebilmesi için söz konusu hukuka aykırılığın, tüm yatırımı etkileyecek düzeyde ciddi olması gerekir. Yoksa her türlü hukuka aykırılığın -örneğin- (ev sahibi devlet hukukuna göre yokluk sebebi olmadığı müddetçe) bir evrakta noter onayı bulunmaması ya da evrakta pul yapılandırılmamış olmasının, belirli bir harcın ödenmemiş olmasının- yatırım tahkiminde esasa girme engeli olacağı düşünülemez. Prislán ve Zandvliet, *Labor Provisions*, 51; Diel-Gligor ve Hennecke, “Investment in Accordance with the Law”, 569, 572, 573; Nowrot, “Obligations of Investors”, 1155; Mbengue, “Les Obligations des Investisseurs”, 315, 316; Muchlinski, “Regulating Multinationals”, 55; Burak Terzi, *Uluslararası Yatırım Tahkiminde Yatırımın Hukuka Aykırılığı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 22; **Saba Fakes v. Türkiye, Esas**, par. 119.

Hukuka aykırı yatırım faaliyetinde bulunan yatırımcının, milletlerarası yatırım hukukundan kaynaklanan haklardan istifade edememesinin, yatırımcının hukuka aykırı faaliyetlerinden bir nevi sorumlu tutulması niteliğinde olduğu düşünülebilir.¹²³ Ne var ki yatırımcının yatırım tahkiminde davasının -yetkisizlik ya da kabul edilemezlik sebebiyle- reddi, yatırımcının gerçek anlamda hukukî sorumluluğunun doğduğunu göstermez. Zira yatırımcının yatırım tahkiminde davasının reddedilmesiyle, yatırımcı bir hukukî sorumluluk -e.g. tazminat sorumluluğu, eski hâle iade sorumluluğu vb.- üstlenmiş olmaz. Davanın reddedilmesiyle, yatırımcı, yalnızca -hukuka uygun davranmış olsaydı sahip olabileceği- bazı haklardan mahrum kalmış olur. Yatırımın hukuka aykırılığının bu hukukî sonucundan hareketle, yatırım anlaşmalarında yer alan “yatırımların hukuka uygun kurulması” düzenlemelerinin bir yükümlülük değil, külfet doğurduğu anlaşılır.

Yatırımcının “ev sahibi devletin hukukuna uygun yatırım yapmasının”, yatırımcının yükümlülüğü (Pflicht, devoir) olması ile külfeti (Obliegenheit, incompliance) olması arasındaki fark, yatırımcının bu düzenlemeye aykırı faaliyetleri sonucunda hukukî sorumluluğunun doğup doğamayacağını tayininde önem arz eder. Zira yukarıda da açıkladığımız üzere hukukî sorumluluk ancak bir yükümlülüğün ihlâlî hâlinde söz konusu olabilir. Genel olarak hukukta yükümlülük, yükümlü ile hak sahibi -i.e. yükümlü olunan davranışı talep hakkına sahip olan kişi- arasında nispi bir hukukî rabita doğurur.¹²⁴ Yükümlü ile hak sahibi arasındaki nispi hukukî rabita uyarınca, yükümlü olunan davranış hak sahibine yöneliktir, onun yararındadır. Buna mukabil külfet, nispi bir hukukî rabita doğurmaz. Zira külfete uygun davranmak, başka bir kimsenin değil, mükellefin (külfet sahibinin) yararındadır.¹²⁵ Mükellefin külfeti yerine getirmesi, bir hakkı kazanması ya da bir hakkı kaybetmekten kaçınması sonucunu doğurur.¹²⁶ Bu ayırım dikkate alındığında, yatırımcının “ev sahibi devlet hukukuna uygun yatırım yapmasının” bir yükümlülük değil, külfet olduğu kolayca görülür. Zira yatırım anlaşmalarında yer alan “ev sahibi devletin hukukuna uygun yatırım yapma” düzenlemelerinde, ev sahibi devletler (ya da hukuka aykırı yatırımın doğrudan doğruya mağdurları, yukarıdaki örnekte çocuk işçiler) hukuka uygun yatırım yapılmamasından ötürü yatırımcıya yöneltebilecekleri bir hak kazanmazlar. Diğer bir ifadeyle bu düzenleme nispi bir hukukî rabita, i.e. yükümlülük-hak rabitası doğurmaz. Bu sebeple söz konusu düzenlemeler yatırımcının yükümlülüklerini düzenlemez. Buna mu-

¹²³ Nitekim bazı kaynaklarda bu düzenlemelerin “yatırımcı yükümlülüğü” olarak adlandırıldığı görülür. Bknz. UNCTAD, *Reform Package*, 65.

¹²⁴ Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”, 30 vd.

¹²⁵ Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1 (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018) 18; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 32.

¹²⁶ Tersinden ifade edecek olursak, mükellefin külfeti yerine getirmemesi, bir hakkı kazanma imkânından mahrum kalması ya da bir hakkı kaybetmesi sonucunu doğurur. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019) 45, 46.

kabil, “ev sahibi devletin hukukuna uygun yatırım yapma” düzenlemesi, yatırımcıya bir külfet yükler. Zira yatırımcının, yatırım anlaşmasından kaynaklanan esasa ilişkin ve usûlî hakları kazanmasının koşulu “ev sahibi devletin hukukuna uygun yatırım” yapmaktır. Yatırımcı bu külfeti yerine getirmediğinde, bir hak sahibine karşı sorumlu olmaz, yalnızca yatırım anlaşmasından kaynaklanan hakları kazanma imkânından mahrum olur.

Özetle, yatırım anlaşmalarında yatırım tanımı veya yatırımların kuruluşu maddelerinde yer alan **“ev sahibi devletin hukukuna uygun yatırım”** düzenlemeleri yatırımcıya, **genel olarak ev sahibi devletin hukukuna uygun davranma yükümlülüğü yüklediği** yalnızca yatırım anlaşmasından kaynaklanan haklara sahip olabilmek için bir külfet yüklediği tespit edilmelidir. Buna göre, ev sahibi devletin hukukuna uygun olmayan yatırımları sebebiyle, yatırımcı ev sahibi devlete (ya da hukuka aykırılığının doğrudan doğruya mağdurlarına, örneğin işçilere) karşı tazminat ya da eski hâle iade sorumluluğu üstlenmez. Buna göre hukuka aykırılığın sonucu, yatırımcının hukukî sorumluluğunun doğması değil, hukukî korumadan istifade edememesidir.¹²⁷

Kıyasası, geleneksel yatırım anlaşmalarında öngörüldüğü hâliyle bu maddeler, ev sahibi devletin hukukî sorumluluğuna dayanak oluştur(a)maz. Ancak yatırım anlaşmasında bir hükmün yatırımcıya ev sahibi devletin hukukuna uygun davranma yükümlülüğü doğuracak şekilde formüle edilmesi elbette mümkündür. Nitekim doktrinde Mbengue “ev sahibi devletin hukukuna uygun yatırım” hükümlerinin, lafzı uygun olduğunda, yatırımcıya yükümlülük doğuran hükümler olabileceğini ileri sürmüştür.¹²⁸ Bu hâllere örnek olarak, Türkiye’nin de taraf olduğu İslam Konferansı Teşkilatı Yatırım Anlaşması m. 9 ve Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı için Yatırım Anlaşması m. 13’ü göstermiştir.¹²⁹ Her iki hüküm de birbirine benzer düzenlemeler içerir. Bu sebeple birini, Türkiye’nin de taraf olduğu İslam Konferansı Teşkilatı Yatırım Anlaşması’nın 9. maddesini yakından inceleyelim;

“Yatırımcı, ev sahibi ülke[sin]de yürürlükte olan yasa ve nizamlarla bağlı olacak ve kamu düzenini ve ahlakını bozabilecek veya kamu çıkarına zararı olabilecek her türlü faaliyetten kaçınacaktır. Ayrıca, kısıtlayıcı uygulamalarda bulunmaktan ve yasal olmayan yollardan kazanç elde etmeye çalışmaktan kaçınacaktır.”¹³⁰

¹²⁷ Mbengue, “Les Obligations des Investisseurs”, 313-316.

¹²⁸ Mbengue, “Les Obligations des Investisseurs”, 316.

¹²⁹ Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı için Yatırım Anlaşması m.13 “COMESA yatırımcıları ve yatırımları yatırım ülkesinde yapıldığı Üye Devletin tüm tedbirlerine uygun davranır.” Bknz. “Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı için Yatırım Anlaşması”, UNCTAD Investment Policy Hub, Erişim Tarihi: Ekim 8, 2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3225/comesa-investment-agreement>. Anlaşmanın orijinalinde bu hüküm şu şekilde ifade edilmiştir; “COMESA investors and their investments shall comply with all applicable domestic measures of the Member State in which their investment is made.”

¹³⁰ RG. 28.03.1988/19768.

Bu maddede yer alan “kaçınacaktır” (“shall”) ifadesi, düzenlemenin yatırımcıya bir yükümlülük yüklediğini gösterir. Hükümde, ev sahibi devletin hukukuna uygun yatırım faaliyetlerinde bulunma zorunluluğu, yatırımcının yatırım anlaşmasından yararlanmasının bir koşulu olarak, teknik ifadesiyle bir külfet olarak öngörülmemiştir. Ev sahibi devletin hukukuna uygun davranma zorunluluğu bağımsız bir yükümlülük olarak öngörülmüştür. Bu bakımdan Mbengue’in söz konusu hükmün yatırımcılara yükümlülük doğurduğu yönündeki tespitine katılıyoruz.

Öte yandan yazarın milletlerarası yatırım hukuku için oldukça yeni(likçi) nitelikleri haiz bu düzenlemeyi, geleneksel olarak yatırım anlaşmalarında görme-ye alıştığımız “ev sahibi devlet hukukuna uygun yatırım” düzenlemelerinin bir türevi olarak göstermesinin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Zira geleneksel “ev sahibi devlet hukukuna uygun yatırım” düzenlemeleri ile bu düzenleme arasındaki fark, hükmün lafzındaki “açıklıktan” değil, hükmün hukukî sonuçlarından ve -külfet doğurma- niteliğinden kaynaklanır. Nitekim bu normlardan birinin diğerinin bir “türevi” olmadığı, anlaşmada yatırımcıya yükümlülük doğuran “ev sahibi devletin hukukuna uygun davranma” hükmü ile külfet doğuran “ev sahibi devletin hukukuna uygun” kurulma hükmünün birlikte yer almasından da anlaşılır. Her iki hükmü de içeren anlaşmaya göre yatırımın hem kuruluşunda, hem de faaliyetleri esnasında ev sahibi devleti hukukuna uygun olması gerekir. Yatırımın kuruluşundaki hukuka aykırılık, -tüm geleneksel yatırım anlaşmalarında olduğu gibi- yatırımcının yatırım anlaşmasının korumasından mahrum kalmasında sebebiyet verirken; yatırımın hukuka aykırı faaliyet göstermesi -aktardığımız yenilikçi yükümlülük hükmü sebebiyle- yatırımcının sorumluluğunu doğurabilir.

İslam Konferansı Teşkilâtının Yatırım Anlaşması’nda, milletlerarası yatırım hukukunda yatırımcının hukukî sorumluluğunu doğurabilecek biçimde yatırımcının yükümlülüklerinin öngörülmüş olması, bu yatırım anlaşmasını, döneminin -ve hatta günümüzün- yatırım anlaşmalarının mustarip olduğu asimetric yapıdan kurtarır. 1981 yılında imzaya açılan bu anlaşma, zamanının oldukça ötesinde bir yatırım anlaşmasıdır. Milletlerarası yatırım anlaşmalarında yatırımcıya doğrudan doğruya yükümlülükler yükleyen hükümler 2000’li yılların ürünüdür. Gerçekten de Mbengue’in yatırımcıya yükümlülükler yüklediğini tespit ettiği diğer yatırım anlaşması; Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı için Yatırım Anlaşması 2007 yılında imzaya açılmıştır.

Mbengue’in işaret ettiği bu iki anlaşmanın yanı sıra 2016 yılında imzalanan Fas-Nijerya Yatırım Anlaşmasının 24. maddesi,¹³¹ 2017 yılında imzalanan MERCOSUR Devletleri Arası Yatırım ve İşbirliği Protokolü’nün “Yatırımcıların

¹³¹ “Fas-Nijerya Yatırım Anlaşması”, UNCTAD Investment Policy Hub, Erişim Tarihi: Ekim 10, 2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download>.

Yükümlülükleri” başlığını taşıyan 13. maddesi ve 2020 yılında imzalanan Brezilya-Hindistan Yatırım Anlaşması’nın “Yatırımcıların Yükümlülükleri veya Sorumlulukları” başlığını taşıyan 11. maddesi de yatırımcılara ev sahibi devletin hukukuna uygun davranma yükümlülüğü yükler. Örneğin MERCOSUR Yatırım Anlaşması’ndaki hüküm şu ifadeyi içerir; “Yatırımcılar ev sahibi devletin tüm kanunlarına ve düzenlemelerine riayet etmek zorunda oldukları kadar, ev sahibi devletin yatırım ile ilgili olarak tesis ettiği politikalara da uymak zorundadırlar”¹³² Brezilya-Hindistan Yatırım Anlaşması’ndaki hüküm ise şu ifadeyi içerir;

“[...] Yatırımcılar ve yatırımları, âkit devletin yatırımın kurulması, devralınması, yönetilmesi, işletilmesi ve devredilmesi ile ilgili kanunlarına, düzenlemelerine, idarî yönergelerine ve politikalarına riayet ederler [...]”¹³³

Görüldüğü üzere bu düzenlemelerde yatırımcının ev sahibi devletin hukukuna uygun davranması, yatırımcının yatırım anlaşmasından kaynaklanan haklarını kullanmasının bir koşulu olarak değil, bağımsız bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir.

Yatırım anlaşmalarında öngörülen yatırımcı yükümlülükleri ile ilgili olarak dikkati çeken diğer bir husus, bu maddelerde öngörülen ev sahibi devletin hukukuna uygun davranma yükümlülüğünün, yalnızca yatırımın kuruluşu aşamasına özgü değil, yatırımın kuruluşu sonrasındaki faaliyetlerini de kapsayacak biçimde, tüm faaliyetlerine yaygın olduğudur. Bu düzenlemeler uyarınca, yatırımcı ev sahibi devlet ülkesine girişinden çıkışına kadar, ev sahibi devlet hukukuna uygun davranma ve dolayısıyla ev sahibi devlet hukukunun öngördüğü işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüğündedir. Yatırım, kuruluşunda hukuka aykırı olmasa dahi, ev sahibi devlet hukukuna aykırı faaliyetlerde bulundu ise, bu hukuka aykırı davranışı sebebiyle yalnızca ev sahibi devletin millî hukukunda değil, yatırım anlaşmasında yer alan yatırımcı yükümlülükleri hükmü sebebiyle, ev sahibi devlete karşı milletlerarası yatırım hukukunda da sorumlu olur. Bu sorumluluğun yatırımcı-ev sahibi devlet tahkiminde -bir karşı dava yoluyla- ileri sürülüp sürülemeyeceği ise yatırım anlaşmasında yer alan tahkim hükmünün içeriğine bakılarak tayin edilir.

¹³² MERCOSUR Devletleri Arası Yatırım Kolaylaştırma ve İşbirliği Protokolü m.13 Bknz. “MERCOSUR Devletleri Arası Yatırım Kolaylaştırma ve İşbirliği Protokolü”, UNCTAD Investment Policy Hub, Erişim Tarihi: Ekim 10, 2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3772/intra-mercosur-cooperation-and-facilitation-investment-protocol-2017->. Hükmün orijinali şu ifadeyi içerir; “Los inversionistas deberán cumplir con todas las leyes y regulaciones, así como las políticas establecidas por el Estado Parte Anfitrión referidas a la inversión.”

¹³³ Brezilya-Hindistan Yatırım Anlaşması m.11 Bknz. “Brezilya-Hindistan Yatırım Anlaşması”, UNCTAD Investment Policy Hub, Erişim Tarihi: Ekim 26, 2021, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5912/download>. Hükmün orijinali şu ifadeleri içerir; “[...] Investors and their investments shall comply with all laws, regulations, administrative guidelines and policies of a Party concerning the establishment, acquisition, management, operation and disposition of investments. [...]”

Yatırım anlaşmalarında -verdiğimiz örneklerde olduğu gibi- yatırımcı yükümlülükleri öngörülmesinin, milletlerarası yatırım hukukunun haklı olarak eleştirilen asimetrik yapısının düzeltilmesinde önemli bir adım olduğunu düşünüyoruz. Ancak ne yazık ki aktardığımız yatırımcı yükümlülükleri hükümleri, milletlerarası yatırım anlaşmaları manzumesini ciddi surette etkileyecek sonuçlar doğurmamıştır. Kanımızca bunun bir sebebi, yatırımcı yükümlülükleri öngören yatırım anlaşmalarının sayısının henüz çok az olması, diğer sebebi de bu yatırım anlaşmalarının -İslam Konferansı Teşkilatı Yatırım Anlaşması Hariç- milletlerarası yatırım hacmi düşük devletler arasında imza edilen anlaşmalardan olmasıdır. Yine de aktardığımız yatırımcı yükümlülükleri örneklerinin, önümüzdeki yıllarda imza edilecek yatırım anlaşmalarına örnek teşkil edeceği ve yatırımcı yükümlülükleri öngören, -hiç değilse- daha az asimetrik yatırım anlaşmaları imza edileceği kanaatindeyiz.¹³⁴

SONUÇ

Milletlerarası yatırım hukuku, geleneksel olarak yatırımcıları ev sahibi devlete karşı doğrudan doğruya hak sahibi kılar, buna mukabil yatırım faaliyetlerinden ötürü sorumlu tutmaz. Ancak bu geleneksel yaklaşımın yavaş yavaş değiştiğini görmekteyiz. Yabancı yatırımcıların, ev sahibi devlet ülkesinde sorumlu davranmaları gerektiği, bunun için yalnızca hak değil, yükümlülük sahibi de olmaları gerektiği son yıllarda daha sık ve gür bir sesle ifade edilmeye başlandı. Zira 80'li yıllardan beri katlanarak artan milletlerarası yatırım uygulamaları, yabancı yatırımcının *kendiliğinden* sorumlu davranacağına ve *kendiliğinden* ev sahibi devletin sürdürülebilir kalkınmasına katkıda bulunacağına dair beklentinin safiyane olduğunu ortaya koydu.

Milletlerarası yatırım deneyiminin sağladığı bu aydınlanma, milletlerarası yatırım hukuku tarihi kadar eski bir tartışmayı yeniden alevlendirdi; yatırımcıların ev sahibi devlet ülkesindeki faaliyetleri yalnızca sosyal sorumluluklarını mı doğurmalı, yoksa hukukî sorumluluklarını da doğurmalı mı? Bu soru, temelde yatırımcıların sorumluluklarının ihtiyarî düzenlemelerde mi, yoksa hukuken bağlayıcı düzenlemelerde mi öngörülmesi gerektiği tartışmasına odaklanır. Gerçekten

¹³⁴ Bu temayül bazı model yatırım anlaşmalarında yatırımcı yükümlülükleri öngörülmüş olmasından da anlaşılabilir. Örneğin yukarıda aktardığımız Brezilya-Hindistan Yatırım Anlaşması düzenlemesi Hindistan'ın Model Yatırım Anlaşması'nın 11. maddesinden aynen alınmıştır. Bknz. "Hindistan'ın Model Yatırım Anlaşması", Hindistan Dışişleri Bakanlığı, Erişim Tarihi: Ekim 24, 2021, https://dea.gov.in/sites/default/files/ModelBIT_Annex_0.pdf. Hindistan'ın taraf olduğu başka yatırım anlaşmalarında da yatırımcı yükümlülüklerinin öngörüldüğünü görmek şaşırtıcı olmaz. Benzer şekilde Model Pan-Afrikalı Yatırım Anlaşması'nın 22. maddesi şu düzenlemeyi içerir; "1. Yatırımcılar ev sahibi devletin kanunlarına, düzenlemelerine, idarî yönergelerine ve politikalarına riayet ederler. [...] Bknz. "Pan-Afrikalı Yatırım Anlaşması", Afrika Birliği, Erişim Tarihi: Ekim 24, 2021, https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-draft_pan-african_investment_code_december_2016_en.pdf. Metnin orijinali şu şekildedir; "1. Investors shall abide by the laws, regulations, administrative guidelines and policies of the host State. [...]"

de milletlerarası yatırım hukuku tarihi -bir bakış açısıyla- yatırımcı davranışlarının ihtiyarî düzenlemelerde öngörülmesini talep eden yatırım ihraççısı devletler ile yatırımcı davranışlarının hukuken bağlayıcı düzenlemelerde öngörülmesini talep eden yatırım ithâl eden devletlerin mücadelesi olarak özetlenebilir.

Geleneksel olarak yatırım ihraç eden devletler, milletlerarası yatırım hukuku düzeninin kuruluşu aşamasında, bir defa ev sahibi devletlerin yükümlülüklerinin hukuken bağlayıcı metinlerde -i.e. yatırım anlaşmalarında- düzenlenmesini temin ettikten sonra, yatırımcıların yükümlülüklerinin de hukuken bağlayıcı metinlerde düzenlenmesi müzakerelerinde ayak sürümeye başladılar. Diğer bir ifadeyle geleneksel olarak yatırım ithâl eden devletler, yatırımcılara karşı sorumlu davranacaklarının sözünü, yatırımcıların da -bunun karşılığında- ülkelerinde sorumlu davranacakları sözünü daha almandan vermiş oldular.

Milletlerarası yatırım hukukunun asimetric sisteminin kurulduğu bu aşamadan itibaren geleneksel olarak yatırım ihraç eden devletler, yatırımcıların hukuken bağlanmaları sonucunu doğurmayan, yalnızca arzu ederlerse riayet edecekleri, çeşitli sosyal sorumluluk belgeleri düzenlemeye başladılar. Milletlerarası yatırım hukuku tarihi, yatırımcıların riayet etmeyi tercih edebilecekleri birçok sosyal sorumluluk belgesi ile doludur. Ne var ki milletlerarası yatırım uygulaması, bu ihtiyarî belgelerin yatırımcıları sorumlu davranmaya teşvik etmek için yeterli olmadığını gösterdi. Bu sebeple, çalışmamızda yatırımcıların hukukî sorumluluklarını doğurabilecek, hukuken bağlayıcı metinler üzerinde durmayı tercih ettik.

Yatırımcının hukukî sorumluluğu, ancak hukuken bağlı olduğu bir yükümlülüğü ihlâl etmesi durumunda söz konusu olabilir. Bu sebeple çalışmamızda, yatırımcıların milletlerarası yatırım anlaşmalarında öngörülen yükümlülüklerine, hususiyetle de işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüklerine odaklandık. Yatırımcının bu yükümlülüklerine odaklanmayı tercih etmemizin sebebi, yatırımcı ile ev sahibi devlet ülkesinde en yakın irtibata giren kişilerin ve dolayısıyla yatırımdan en kolaylıkla etkilenebilecek kişilerin yatırım faaliyeti için çalışanlar kişiler olmasıdır.

Bu çalışmada gördük ki, günümüzde yürürlükteki yatırım anlaşmaların pek azı yatırımcılara hukuken bağlayıcı yükümlülükler yükler. Nitekim yatırımcının işçi haklarına saygı göstermesi “gerektiğinin düzenlendiği” yatırım anlaşmalarında bile, bu “düzenlemelerin” çoğunlukla anlaşmanın bağlayıcı olmayan kısmında, yani dibacesinde yer aldığını görürüz. Yatırımcının işçi haklarına saygı göstermesi gerektiğini, yatırım anlaşmasının hukuken bağlayıcı kısmında düzenleyen yatırım anlaşması sayısı ise çok daha azdır.

Tespit ettiğimiz bu az sayıdaki düzenlemeleri ikili bir sınıflandırmaya tâbi tuttuk. Bunlardan birincisi yatırımcının münferiden işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüğünü öngören düzenlemeler, ikincisi de yatırımcının genel olarak hukuka uygun davranması yükümlülüğünü öngören düzenlemelerdir. Yatırımcının

genel olarak hukuka uygun davranma yükümlülüğü, elbette işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüğünü de kapsar.

Yatırımcının münferiden işçi haklarına saygı gösterme yükümlülüğünü öngören yatırım anlaşmalarının, yatırımcıların sosyal sorumluluklarını düzenleyen ihtiyarî belgelerden ziyadesiyle yararlandığını tespit ettik. Yatırımcıyı hukuken sorumlu tutmaya imkân tanımayan bu soft-law kaynakları, yatırımcıyı hukuken sorumlu kılacak yatırım anlaşmalarındaki hukuk boşluğunun, somut düzenlemelerle doldurulmasında oldukça etkili olmuştur. Bu yönüyle yabancı yatırımcıların davranış kurallarını ihtiyarî belgelerde düzenleyen milletlerarası çalışmaların bütünüyle boşa gitmediği tespit edilebilir.

Yatırımcının genel olarak hukuka uygun davranması yükümlülüğünü öngören yatırım anlaşması düzenlemelerinin ilham kaynağı ise, tespit edebildiğimiz kadarıyla, yatırımcı sorumluluklarına ilişkin soft-law kaynakları değil, bizzat geleneksel yatırım anlaşmalarında yer alan “hukuka uygun yatırım yapma” düzenlemeleridir. Yeni(likçi) yatırım anlaşmalarında yer alan hukuka uygun yatırım faaliyetlerinde bulunma *yükümlülüğü* düzenlemelerinin, geleneksel yatırım anlaşmalarında yer alan hukuka uygun yatırım yapma *külfetinden* ilham alınarak hazırlandığını tespit ettikten sonra, bu düzenlemeler arasındaki farka dikkati çektik. Örnek düzenlemeler üzerinden yaptığımız inceleme vasıtasıyla, bunlar arasındaki farkın salt bir terim farkı olmadığını, bir nitelik farkı olduğunu vurguladık. Bu fark uyarınca geleneksel yatırım anlaşmalarında yer alan hukuka uygun yatırım yapma külfetinin yatırımcının hukukî sorumluluğunu doğurmadığını, yalnızca yeni(likçi) yatırım anlaşmalarında öngörülen hukuka uygun yatırım faaliyetlerinde bulunma yükümlülüğünün yatırımcının sorumluluğunu doğurmaya uygun olduğunu tespit ettik.

Kanımızca, çalışmamızda incelediğimiz yatırımcı yükümlülükleri, milletlerarası yatırım hukukunda öncü düzenlemelerdir. Önümüzdeki yıllarda daha fazla yatırım anlaşmasında, daha fazla ve daha sarih yatırımcı yükümlülükleri göreceğimiz düşüncesindeyiz. Böylelikle milletlerarası yatırım hukukunda yatırımcıların da hukukî sorumluluklarının doğmasının mümkün olacağını düşünüyoruz. Ancak belirtmek gerekir ki bu temayülün milletlerarası yatırım hukukunda, hususiyetle milletlerarası yatırım tahkiminde yatırımcı sorumluluklarına tercüme olabilmesi için, yatırım anlaşmalarında yatırımcılara yükümlülükler yüklenmesi -gereklidir ama- yeterli değildir. Yatırımcının tazminat veya eski hâle iade türünde bir sorumluluğunun yatırım tahkiminde doğabilmesi için, yatırım anlaşmalarında yer alan tahkim iradesinin de buna uygun olduğunun teyit edilmesi gerekir. Milletlerarası yatırım hukukunda yatırımcının sorumluluğu meselesinin bu cephesini ise, konunun genişliğini ve bu çalışmanın hacmini dikkate alınarak, bağımsız bir çalışmada incelemeye karar verdik.

KAYNAKÇA

- Amao, Olufemi. *Corporate Social Responsibility, Human Rights and the Law: Multinational Corporations in Developing Countries*. New York: Routledge, 2011.
- Birleşmiş Milletler Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu. *The right to Adequate Food as a Human Right*. E/CN.4/Sub.2/1983/35, Hususî Raporör Asbjorn Eide, 1983.
- Bjorklund, Andrea K. "Assessing the Effectiveness of Soft Law Instruments in International Investment Law" *International Investment Law and Soft Law* içinde, editör Andrea K. Bjorklund ve August Reinisch. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012: 51-81.
- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework*. Guiding Principles, New York, Cenevre: United Nations Publication, 2011.
- Chowdhury, Abdur ve George Mavrotas. "FDI and Growth: What Causes What?" *The World Economy* 9, S.1 (2006): 9-19.
- Diel-Gligor, Katharina ve Rudolf Hennecke. "Investment in Accordance with the Law" *International Investment Law* içinde, editör Jörn Griebel, Stephan Hobe, August Reinisch, Yun-ı Kim Marc Bungenberg. Portland: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2015: 566-576.
- Douglas, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. New York: Cambridge University Press, 2009.
- Douglas, Zachary. "The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration" *ICSID Review* 29, S.1 (2014): 155-186.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Garcia, Frank J., Lindita Ciko, Apurv Gaurav ve Kirrin Hough. "Reforming the International Investment Regime: Lessons from International Trade Law" *Journal of International Economic Law* 18 (2015): 861-892.
- Giorgetta, Sueli. "The Right to a Healthy Environment" *International Law and Sustainable Development: Principles and Practices* içinde, editör Nico Schrijver ve Friedl Weiss. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004: 379-404.
- Guzman, Andrew. "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties" *Virginia Journal of International Law* 38 (1998): 639-688.
- Hansen, Henrik ve John Rand. "On the Casual Links Between FDI and Growth in Developing Countries" *The World Economy* 29, S.1 (2006): 21-41.
- Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. New York: Oxford University Press, 1994.
- Hohfeld, Wesley Newcombe. "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning" *The Yale Law Journal* 23, S.1 (1913): 19-59.
- Kryvoi, Yarik. *Three Dimensions of Inequality in International Investment Law*. British Institute of International and Comparative Law, 2020.

- Mbengue, Makane Moïse. “Les Obligations des Investisseurs” *L’entreprise multinationale et le droit international* içinde, editör Laurence Dubin, Pierre Bodeau-Livinec, Jean-Louis Iten ve Vincent Tomkiewicz. Paris: Pedone, 2017: 295-337.
- McLachlan, Campbell, Laurence Shore ve Matthew Weiniger. *International Investment Arbitration Substantive Principles*. New York: Oxford University Press, 2008.
- Milletlerarası Hukuk Komisyonu. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. Yearbook of International Law Commission C.II, Kısım 2, 2001, 26-143.
- Milletlerarası Hukuk Komisyonu. *Second report on State responsibility, by Roberto Ago, Special Rapporteur - The Origin of International Responsibility*. Yearbook of International Law Commission C.II, 1970, 177-198.
- Monebhurrin, Nitish. “Mapping the Duties of Private Companies in International Investment Law” *Revista de Direito Internacional* 14, S.2 (2017): 49-71.
- Muchlinski, Peter. “Corporate Social Responsibility” *International Investment Law* içinde, editör Peter Muchlinski, Federico Ortino ve Christoph Schreuer. New York: Oxford University Press, 2008: 637-687.
- Muchlinski, Peter. “Regulating Multinationals: Foreign Investment, Development, and the Balance of Corporate and Home Country Rights and Responsibilities in a Globalizing World” *The Evolving International Investment Regime* içinde, editör José E. Alvarez ve Karl P. Sauvant. New York: Oxford University Press, 2011: 30-59.
- Newcombe, Andrew ve Lluís Paradell. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. New York: Kluwer Law International, 2009.
- Nowrot, Karsten. “Obligations of Investors” *International Investment Law* içinde, editör Jörn Griebel, Stephan Hobe, August Reinisch Marc Bungenberg. Portland: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2015: 1154-1185.
- Oğuzman, Kemal, ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Cilt 1. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Penfold, Bonnie. *Labour and Employment Issues in Foreign Direct Investment: Public Support Conditionalities*. Working Paper, Labour and Employment Issues in Foreign Direct Investment, International Labour Office, Geneva: ILO, 2004.
- Prislan, Vid ve Ruben Zandvliet. *Labor Provisions in International Investment Agreements: Prospects for Sustainable Development*. Workin Paper 2013/003-IEL, Grotius Centre, Leiden: Universiteit Leiden, 2013.
- Salacuse, Jeswald W. *The Law of Investment Treaties*. New York: Oxford University Press, 2010.
- Salacuse, Jeswald W. ve Nicholas S. Sullivan. “Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain” *Harvard International Law Journal* 46, S.1 (2005): 67-130.
- Sasse, Jan Peter. *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties*. Hollanda: Gabler Verlag, 2011.
- Sauvant, Karl P. “The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned” *The Journal of World Investment and Trade* 16 (2015): 11-87.

- Schill, Stephan W. "International Investment Law and Comparative Public Law - An Introduction" *International Investment Law and Comparative Law* içinde, editör Stephan W. Schill. New York: Oxford University Press, 2010: 3-37.
- Schreuer, Christoph, Loretta Malintoppi, August Reinisch ve Anthony Sinclair. *The ICSID Convention: A Commentary*. New York: Cambridge University Press, 2010.
- Sen, Amartya. *Development as Freedom*. New York: Alfred A. Knopf Inc., 2000.
- Shue, Henry. "The Interdependence of Duties" *The Right to Food* içinde, editör Philip Alston ve Katarina Tomasevski. the Hague: Martinus Nijhoff, 1985: 83-96.
- Simma, Bruno. "Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights" *International and Comparative Law Quarterly* 60 (2011): 573-596.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. New York: Cambridge University Press, 2010.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Terzi, Burak. *Uluslararası Yatırım Tahkiminde Yatırımın Hukuka Aykırılığı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*. UNCTAD/ITE/IIT/7, New York ve Cenevre: United Nations Publications, 1998.
- UNCTAD. *Employment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*. IIA Issues Paper Series, New York: United Nations Publications, 2000.
- UNCTAD. *UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime*. New York ve Cenevre: United Nations Publications, 2018.
- UNCTAD. *World Investment Report 2011: Non Equity Modes of International Production and Development*. World Investment Report Series, İsviçre: United Nations Publication, 2011.
- United Nations Development Programme. *Human Development Report*. New York: Oxford University Press, 1994.
- Vadi, Valentina. "Jus Cogens in International Investment Law and Arbitration" *Netherlands Yearbook of International Law* 46 (2015): 357-388.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

- Afrika Birliği. "Pan-Afrikalı Yatırım Anlaşması." Erişim Tarihi: Ekim 24, 2021. https://au.int/sites/default/files/documents/32844-doc-draft_pan-african_investment_code_december_2016_en.pdf.
- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi. "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework." Erişim Tarihi: Ekim 13, 2021. https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.
- DTÖ. "Communication from China, Cuba, India, Kenya, Pakistan and Zimbabwe, WTO Doc. WT/WGTI/W/152." Erişim Tarihi: Ekim 8, 2021. <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/WGTI/W152.pdf&Open=True>.

- DTÖ. “Doha Bakanlar Bildirisi.” Erişim Tarihi: Ekim 13, 2021. https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm.
- Hindistan Dışişleri Bakanlığı. “Hindistan’ın Model Yatırım Anlaşması.” Erişim Tarihi: Ekim 24, 2021. https://dea.gov.in/sites/default/files/ModelBIT_Annex_0.pdf.
- ICC. “ICC Guidelines for International Investment.” Erişim Tarihi: Ekim 13, 2021. <https://iccwbo.org/publication/icc-guidelines-international-investment-2016/>.
- ICSID. “History of the ICSID Convention.” Erişim Tarihi: Ekim 25, 2021. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20I.pdf>.
- IISD. “Güney Afrika Kalkınma Topluluğu Model Yatırım Anlaşması.” Erişim Tarihi: Ekim 26, 2021. <https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>.
- IISD. “IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development: Negotiators’ Handbook Second Edition.” Erişim Tarihi: Ekim 7, 2021. https://www.iisd.org/system/files/publications/investment_model_int_handbook.pdf.
- ILO. “Çok Uluslu İşletmeler ve Sosyal Politika İlkeleriyle İlgili Üç Taraflı Bildirge.” Erişim Tarihi: Ekim 8, 2021. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/--emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf.
- ILO. “2013 Dakka Kumaş İmalathanesi Faciası.” Erişim Tarihi: Ekim 6, 2021. https://www.ilo.org/global/topics/geip/WCMS_614394/lang--en/index.htm.
- ILO Türkiye Ofisi. “Türkiye’nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri.” Erişim Tarihi: Ekim 13, 2021. <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm>.
- OECD. “The Multilateral Agreement on Investment: Commentary to the Consolidated Text.” Erişim Tarihi: Ekim 13, 2021. <https://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>.
- OECD. “Uluslararası Yatırımlar ve Çok Uluslu İşletmeler Bildirgesi.” Erişim Tarihi: Ekim 8, 2021. <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>.
- UNCTAD Investment Policy Hub. “ABD-Uruguay Yatırım Anlaşması.” Erişim Tarihi: Ekim 23, 2021. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2380/download>.
- UNCTAD Investment Policy Hub. “Almanya-Pakistan Yatırım Anlaşması.” Erişim Tarihi: Ekim 7, 2021. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/1732/germany---pakistan-bit-1959->.
- UNCTAD Investment Policy Hub. “Brezilya Model Yatırım Anlaşması.” Erişim Tarihi: Ekim 26, 2021. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4786/download>.
- UNCTAD Investment Policy Hub. “Brezilya-Hindistan Yatırım Anlaşması.” Erişim Tarihi: Ekim 26, 2021. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5912/download>.
- UNCTAD Investment Policy Hub. “Büyük Göller Ekonomik Topluluğu Yatırım Kodu.” Erişim Tarihi: Ekim 8, 2021. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3093/ecglc-investment-code>.

- UNCTAD Investment Policy Hub. “Doğu ve Güney Afrika Ortak Pazarı için Yatırım Anlaşması.” Erişim Tarihi: Ekim 8, 2021. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3225/comesa-investment-agreement>.
- UNCTAD Investment Policy Hub. “Fas-Nijerya Yatırım Anlaşması.” Erişim Tarihi: Ekim 10, 2021. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download>.
- UNCTAD Investment Policy Hub. “Investment Policy Framework for Sustainable Development.” Erişim Tarihi: Ekim 13, 2021. https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2015d5_en.pdf.
- UNCTAD Investment Policy Hub. “MERCOSUR Devletleri Arası Yatırımı Kolaylaştırma ve İşbirliği Protokolü.” Erişim Tarihi: Ekim 10, 2021. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3772/intra-mercosur-cooperation-and-facilitation-investment-protocol-2017->.
- UNCTAD Investment Policy Hub. “Türkiye-Çin Yatırım Anlaşması.” Erişim Tarihi: Ekim 11, 2021. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6143/download>.
- UNCTAD Investment Policy Hub. “Türkiye-Kırgızistan Yatırım Anlaşması.” Erişim Tarihi: Ekim 14, 2021. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6096/download>.
- UNCTAD Investment Policy Hub. “USMCA.” Erişim Tarihi: Ekim 14, 2021. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6008/download>.
- Wikipedia. “2013 Dakka Kumaş İmalathanesi Faciası.” Erişim Tarihi: Ekim 6, 2021, https://en.wikipedia.org/wiki/2013_Dhaka_garment_factory_collapse.
- Wikipedia. “Bhopal Faciası.” Erişim Tarihi: Ekim 27, 2021. https://en.wikipedia.org/wiki/Bhopal_disaster.
- Wikipedia. “Lago Agrio Petrol Sahası.” Erişim Tarihi: Ekim 27, 2021. https://en.wikipedia.org/wiki/Lago_Agrio_oil_field.

KARARLAR

- Alasdair Ross Anderson et al v. Kosta Rika**, ICSID Vakıa No. ARB (AF)/07/3, **Hüküm**, 10 Mayıs 2010.
- Ambiente Ufficio SpA and others v. Arjantin**, ICSID Vakıa No. ARB/08/9, **Yetki ve Kabul Edilebilirliğe dair Hüküm**, 8 Şubat 2013.
- Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi AŞ. v. Pakistan**, ICSID Vakıa No. ARB/03/29, **Yetkiye dair Hüküm**, 14 Kasım 2005.
- Centerra Gold Inc. ve Kumtor Gold Company v. Kırgızistan**, Permanent Court of Arbitration Vakıa No. 2007-01/AA278.
- Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Filipinler**, ICSID Vakıa No. ARB/03/25, **Esasa dair Hüküm**, 16 Ağustos 2007.

- Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Gana**, ICSID Vakıa No. ARB/07/24, **Hüküm**, 18 Haziran 2010.
- Inceysa Vallisoletana S.L. v. El Salvador**, ICSID Vakıa No. ARB/03/26, **Esasa dair Hüküm**, 2 Ağustos 2006.
- Piero Foresti, Laura de Carli et al. v. Güney Afrika Cumhuriyeti**, ICSID Vakıa No. ARB(AF)/07/01.
- Quiborax SA and Non-Metallic Minerals SA v. Bolivya**, ICSID Vakıa No. ARB/06/2, **Yetkiye dair Hüküm**, 27 Eylül 2012.
- Saba Fakes v. Türkiye**, ICSID Vakıa No. ARB/07/20, **Esasa dair Hüküm**, 14 Temmuz 2010.
- Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Fas**, ICSID Vakıa No. ARB/00/4, **Yetkiye dair Hüküm**, 23 Temmuz 2001.
- Sergei Paushok, CJSC Golden East Company ve CJSC Vostokneftegaz Company v. Moğolistan**, UNCITRAL Tahkimi, **Yetki ve Sorumluluğa dair Hüküm**, 28 Nisan 2011.
- Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Bizkaia Ur Partzuergo v. Arjantin**, ICSID Vakıa No. ARB/07/26, **Esasa dair Hüküm**, 8 Aralık 2016.
- Veolia Propreté v. Mısır**, ICSID Case No. ARB/12/15.
- World Duty Free Ltd. v. Kenya**, ICSID Vakıa No. ARB/00/7, **Hüküm**, 4 Ekim 2006.