

İSTANBUL HUKUK MECMUASI

Cilt Volume 81 Sayı Number 1 Yıl Year 2023 ISSN 2636-7734 E-ISSN 2667-6974

ISTANBUL LAW REVIEW



İSTANBUL
ÜNİVERSİTESİ
YAYINEVİ



İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt 81, Sayı 1, 2023

ISSN: 2636-7734

E-ISSN: 2667-6974



Dizinler / Indexing and Abstracting

Web of Science - Emerging Sources Citation Index (ESCI)

TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin

EBSCO Central & Eastern European Academic Source

EBSCO Legal Source

DOAJ

ERIH PLUS

SOBİAD

İstanbul Hukuk Mecmuası

Cilt 81, Sayı 1, 2023

ISSN: 2636-7734

E-ISSN: 2667-6974



Sahibi / Owner

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Yazışma Adresi / Correspondence Address

İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,
İstanbul Üniversitesi, Beyazıt Kampüsü, 34116 / İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 444 00 59 / 15130
E-mail: ilr@istanbul.edu.tr / iuhfdergiler@istanbul.edu.tr
<https://iupress.istanbul.edu.tr/en/journal/mecmua/home>
<https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm>

Yayıncı / Publisher

İstanbul Üniversitesi Yayınevi / Istanbul University Press
İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü, 34452 Beyazıt,
Fatih / İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00

Baskı / Printed by

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul
Tel: +90 (212) 269 30 00
Sertifika No: 20179
Basımı ve dağıtımı On İki Levha Yayıncılık A.Ş. tarafından yürütülmüştür.

Dergide yer alan yazılardan ve aktarılan görüşlerden yazarlar sorumludur.
Authors bear responsibility for the content of their published articles.

Yayın dili Türkçe ve İngilizce'dir.
The publication languages of the journal are Turkish and English.

Mart, Haziran, Eylül ve Aralık aylarında, yılda dört sayı olarak yayımlanan uluslararası, hakemli,
açık erişimli ve bilimsel bir dergidir.

*This is a scholarly, international, peer-reviewed and open-access journal published quarterly in
March, June, September and December*

Yayın Türü / Publication Type: Yaygın Süreli / Periodical

DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD

Baş Editörler / Editors-in-Chief

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- o.ekmekci@istanbul.edu.tr

Prof. Dr. Ali PASLI, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- alipasli@istanbul.edu.tr

Baş Editör Yardımcıları / Co-Editors-in-Chief

Arş. Gör. Dr. Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- eba@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Mustafa AHİOĞLU, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye
- mustafa.ahioglu@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Ahmet ÖZSOY, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- aoszoy96@istanbul.edu.tr

Dil Editörleri / Language Editors

Rachel Elana KRISS, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye
- rachel.kriss@istanbul.edu.tr

Elizabeth Mary EARL, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye
- elizabeth.earl@istanbul.edu.tr

YAYIN KURULU / EDITORIAL ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Vedat BUZ, Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Bölümü, Ankara, Türkiye
- buz@bilkent.edu.tr

Prof. Dr. Nuray EKŞİ, Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- nurayeksi@gmail.com

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye
- fgedikli@istanbul.edu.tr

Prof. Dr. İsmail KIRCA, TOBB Ekonomi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
Ankara, Türkiye - ikirca@etu.edu.tr

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü,
Ankara, Türkiye - oezgenç@gazi.edu.tr

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ, Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
İstanbul, Türkiye - hpekanitez@gsu.edu.tr

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü,
Ankara, Türkiye - fusan@ybu.edu.tr

Prof. Dr. Carsten GERNER-BEUERLE, University College London, Faculty of Law, Department of Private
Law, London, United Kingdom - c.gerner@ucl.ac.uk

Assoc. Prof. Dr. Ivana BAJAKIĆ, University of Zagreb, Faculty of Law, Department of Private Law,
Zagreb, Croatia - ivana.bajacic@pravo.hr

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma makalesi/Research article

Hitap Bir Kişilik Hakkı Mıdır?

Are Honorifics a Personal Right? 1

Hakkı Mert Doğu

Araştırma makalesi/Research article

Rekabet Hukukunda Uzlaşma Kurumu

Settlement Mechanism In Competition Law 21

Deniz Tanlı

Araştırma makalesi/Research article

Birlikte Eser Sahipliklerinde Sona Erme ve Birlikten Ayrılma

Terminating and Leaving a Union in Co-Authorship 81

Furkan Derdiman

Araştırma makalesi/Research article

Roma Hukukunda Yazılı Bir Akit Olarak Nomina Transscripticia

Nomina Transscripticia as a Literal Contract in Roman Law 113

Halil İbrahim Yüksel

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma makalesi/Research article

İzinsiz Sistem İşleticisi, Ödeme Kuruluşu veya Elektronik Para Kuruluşu Gibi Faaliyette Bulunma Suçu

The Offense of Unauthorized Engagement in Activities such as System Operator, Payment Institution, or Electronic Money Institution 133

Özge Ceren Yavuz Kılıç

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma makalesi/Research article

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı – 2

The Rule of ‘Being Elected as President of the Republic for Two Terms at Most’ in the Executive Presidential System - 2..... 165

Mustafa Şentop

Araştırma makalesi/Research article

Kapalı Maraş Sorunu: 2021 Kısmi Açılım Girişimi, Birleşmiş Milletler’in Yaklaşımı ve Mülkiyet Sorunu Üzerine Bir İnceleme

The Varosha Dispute: The Partial Opening Initiative and the United Nations’ Approach and Evaluation of the Issue of Property 227

Cüneyt Yüksel, Mustafa Erçakıca

Araştırma makalesi/Research article

Merkezi İdareyle İlişkileri Bakımından Fransız Hukukunda Mahalli İdareler

Local Authorities in French Law Regarding Their Relationship with Central Government 261

Çağla Tansuğ

EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile özdeşleşen “Mecmu” kavramının yanısıra olarak, ülkemizin varlığını sürdüren en eski hukuk dergisi olan İstanbul Hukuk Mecmuası’nın 2023 yılındaki ilk sayısını, bir miktar gecikmeli olarak siz değerli okuyucularımızla buluşturuyoruz.

Cumhuriyetimizin 100. yılını kutladığımız 2023 yılı maalesef ülkemiz adına elim olayları da beraberinde getirmiştir. Doğal felaketlerin peşpeşe geldiği ve çok yıkıcı sonuçlarının olduğu bu dönemde hayat durduğu gibi hukuki düşünce faaliyetine de devam edilmesi mümkün olamamıştır. Buna karşılık aradan geçen süre yaralarımızın sarılması için yeterli olmasa da çalışmalarımıza devam etmenin bize düşen bir yükümlülük olduğunun bilincinde olarak dergimizin yayımlanması çalışmalarına devam edilmiştir.

Dergimizin bu sayısında da özel hukuk ve kamu hukuku ana başlıkları altında birbirinden değerli sekiz makale bulunmaktadır. Yayımlanacak makalelerin seçiminde, süregelen geleneğimize uygun olarak özel hukuk – kamu hukuku dengesinin teminine özen gösterilmeye çalışılmıştır.

Kurul olarak akademik yayınların orijinalliğinin yanında güncelliğinin de yayının değerini arttıran özelliklerden biri olduğunun farkındayız. Bu nedenle önceki sayılarımızda da yürüttüğümüz uygulamamız olan “erken erişim” uygulamamıza bu sayımızda da devam edilmiş olup editöryal ve hakem değerlendirmesi tamamlanan dört makale online olarak okuyucularıyla buluşturulmuştur.

Yayımlanan tüm çalışmalar alanlarına önemli katkılar sağlayacak niteliktedir. Kamu hukuku alanındaki makalelerden ilkinde; ülkemizde güncel hukuki tartışmalardan birisi olan Cumhurbaşkanı’nın iki defadan fazla seçilememesi kuralı değerlendirilmektedir. Kamu hukuku alanındaki ikinci makale, gerek ulusal gerek uluslararası hukuk çevresi açısından ziyadesiyle önemli olan Kapalı Maraş Sorunu’nu incelemektedir. Bu alandaki diğer makalede ise Fransız Hukuku açısından mahalli idareler, merkezi idareyle ilişkileri bakımından değerlendirilmiştir. Son olarak ceza hukuku alanına dijitalleşmenin etkilerini gösteren “İzinsiz Sistem İşleticisi, Ödeme Kuruluşu veya Elektronik Para Kuruluşu Gibi Faaliyette Bulunma Suçu” başlıklı eser kamu hukuku bölümü kapsamında yer almaktadır.

Özel hukuk başlığı altında bulunan makalelere gelindiğinde ise; ilk olarak şahısların birbirlerine karşı kullandıkları hitap ifadelerinin, kişilik haklarından biri olup olmadığının incelendiği görülmektedir. Bir başka makalede ise Türk Rekabet Hukukuna henüz yeni kazandırılmış bir kurum olan uzlaşma kurumu detaylı şekilde değerlendirilmiştir. Fikri mülkiyet hukuku alanından birlikte eser sahipliği kavramının sona ermesini yahut bu birlikten ayrılma hallerinin değerlendirildiği bir çalışma ile son olarak Roma hukukundaki sözleşme türlerinden “Nomina Transscripticia” kurumunun kapsamlı olarak incelendiği bir eser bu sayımızda okuyucuyla buluşturulmuştur.

Dergimizde uluslararası endeks kurallarına da paralel bir şekilde gerek Fakültemiz mensuplarının gerek yurt içinden ve dışından diğer birçok değerli akademisyen ve uygulayıcının çalışmalarının da okuyucuyla buluşturulması ve erişilebilirliğinin artırılması için çaba sarf edilmiştir. Mecmuamıza yurt içinden ve dışından akademisyen ve uygulayıcıların gösterdiği ilgi için de ayrıca teşekkürlerimizi sunarız.

Mecmuamızın yayımlanması noktasında editör ekibinin dikkate değer emeği ile Rektörlüğümüzün tüm ilgililerinin sağladığı destek özellikle anılmalıdır. Elbette kıymetli çalışmalarını dergimize yollayan yazarlarımız ve bu çalışmaların değerlendirilmesi sürecine kıymetli görüşleriyle katkı sağlayan hakemlerimiz, Mecmuamızın en önemli etmenleridir. Hepsine katkılarından ötürü teşekkür ederiz. Gelecek sayılarımızın daha güzel günlerde yayımlanması ümidiyle, bu sayımızın tüm hukuk dünyasına faydalı olmasını dileriz.

İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

Prof. Dr. Ali PASLI



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 21.04.2022
Revizyon Talebi: 07.11.2022
Son Revizyon Tarihi: 31.01.2023
Kabul: 02.05.2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Hitap Bir Kişilik Hakkı Mıdır?

Hakkı Mert Doğu*

Öz

Kişilik hakkı, kişinin kişisel değerleri üzerinde sahip olduğu ve herkese karşı ileri sürebildiği haklardan birisidir. Kanunlarda kişilik hakkının tanımı yapılmamaktadır. Ayrıca kişilik hakkının kapsamına nelerin girdiğini kesin sınırlarla belirlemek de mümkün değildir.

Kişilik hakkı, kişilere sırf kişi olmalarından kaynaklı olarak tanınmış birtakım haklardır. Kişilik hakları mutlak haklardan biri olup; şahıs varlığı hakları içerisinde kabul edilmektedir. Kişilik haklarının devredilmesi ya da bu haklardan feragat edilmesi söz konusu değildir. Bu haklar, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardandır.

Türk Hukuk sisteminde olduğu gibi birçok ülke hukuk sistemlerinde de kişilik haklarına ilişkin değerlendirmelerin yapıldığı söylenebilir. Farklı temeller üzerine oturtulsa da kişilik hakları, her ülke hukuku bakımından son derece önemli bir yere sahiptir.

Kişilik hakları denildiğinde sınırları belirli olmayan pek çok kavramın bu kapsamda kabul edildiği görülmektedir. Kişinin hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, adı, fotoğrafı, resmi ve benzerleri başlıca örneklerdir. Söz konusu örnekler arasında kişilere karşı kullanılan ve daha çok bir saygının belirtisi olan hitabın bu kapsamda ele alınması mümkün değildir.

Hitap, karşılıklı konuşma sırasında tarafların birbirlerine karşı kullanmış oldukları ve genellikle saygı amacını içeren ifadelerin tamamına verilen genel addir. Kural olarak belirli statüdeki kişiler arasında kullanılması zorunlu olan hitap kelimeleri, sosyal ilişkilerin gelişimi ve düzgün bir şekilde ilerlemesinde önemli bir rol oynamaktadır. Bu bakımdan hitabın, kişilik hakkı içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesi incelemeye tabi tutulması gerekli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Hitabın bir kişilik hakkı olup olmadığı; şayet kişilik hakları içerisinde kabul edilmesi mümkünse, bunun korunmasının ne şekilde sağlanacağına ilişkin tespiti gerekir. Bu açıdan özellikle hitap ile şeref ve haysiyetin ilişkisi ve birbirlerinden ayrıldığı noktalar ortaya konulmalıdır.

Kişilik hakları çerçevesinde durum ele alınırken; farklı hukuk sistemlerindeki kabul ve değerlendirmelere de dikkat edilmelidir.

Anahtar Kelimeler

Hitap, Hitap Tarzı, Kişilik Hakları, Kişilik Haklarının Korunması, Özel Hukuk

Are Honorifics a Personal Right?

Abstract

Personal rights entail the rights individuals have over their personal property and can claim against anyone. The law does not define personality rights. In addition, identifying what is included in the scope of personal rights within definitive limits is not possible. Personality rights involve certain rights individuals recognize simply because they are persons. Personal rights are an absolute right, and personal property is considered among these rights. Personal rights cannot be transferred or waived and are closely tied to the individual.

* **Sorumlu Yazar:** Hakkı Mert Doğu (Dr. Öğr. Üyesi), KTO Karatay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Konya, Türkiye. E-posta: mert.dogu@karatay.edu.tr ORCID: 0000-0003-4695-9623

Atf: Dogu HM, "Hitap Bir Kişilik Hakkı Mıdır?" (2023) 81(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 1. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.1.0005>



Evaluations regarding personal rights can be said to have been made in the legal systems of many countries, including the Turkish legal system. Although having various bases, personal rights have an extremely important place in terms of the laws of every country. When addressing personal rights, many concepts are seen to be accepted in this context whose boundaries have not been defined, the main examples being an individual's life, health, bodily integrity, honor and dignity, title, visage, and photograph. Among these examples, titles are more a sign of respect, and whether or not the use of an individual's title in addressing can be considered in this context should be evaluated.

Titles and honorifics are the general names given to all the expressions parties use to address one another during a mutual conversation and are generally use to show respect. Honorifics, which as a rule are used obligatorily among people of a certain status, play an important role in the development and smooth progress of social relations. In this respect, the issue of whether honorifics can be evaluated within the right of personality emerges as a problem that needs to be examined.

Whether honorifics are a personality right needs to be determined, and honorifics are acceptable as a personal right, how to protect this right will also need to be determined. In this respect, the relationship honorifics have with honor and dignity should be revealed, as well as the points where they diverge from each other. While considering this situation within the framework of personal rights, consideration should also be given to how honorifics are accepted and evaluated in different legal systems.

Keywords

Honorifics, Honorific Formats, Personal Rights, Protection of Personal Rights, Privacy Laws

Extended Summary

Personal rights entail the absolute rights a person has over their body and property that make up their personality. Personality rights recognize individuals as physical and spiritual beings and allow them to enjoy their sense of existence; these rights are protected to various degrees in different countries. The human-oriented nature of laws makes the regulations regarding personal rights and legal status even more important. The impact of this importance reveals itself not only in private law but also in all other legal areas.

The first and most important feature of personality rights are that they are absolute rights. Other features of personality rights are that they involve the rights of personal property and are closely dependent on the individual. The principle of limited independent variety does not apply to personal rights, and things such as a person's life, health, bodily integrity, title, visage, photograph, honor and dignity, voice, and living space are considered within the scope of personality rights.

With regard to German Law, the presence of a general personality right can be mentioned that covers all aspects of personality and can be accepted as a source from which concrete, private personality rights arise spontaneously. The general personality right guaranteed by *Grundgesetz* [Basic Law/GG] § 1 is regulated in the *Bürgerliches Gesetzbuch* [Civil Law Book/BGB] § 823/1 as a fundamental norm in tort law. Basic norms regarding the protection of personality in Swiss privacy law appear in the *Zivilgesetzbuch* [Swiss Civil Codes/ZGB] Articles 27 and 28. These

appear as general articles that should be specified in terms of personal rights and protections. The concept of general personality rights cannot be mentioned with regard to English Law, whose legal system was largely developed on the basis of individual cases and case law. In terms of English Law, personal rights and their violations and protections are evaluated within the scope of tort law.

Titles and honorifics are the general name given to all the forms parties use to address one another during mutual conversations and generally show a sign of respect. Honorifics are obligatorily used among people of a certain status and are extremely important for the development and smooth progress of social relations. However, as the degree of status inequality between people changes and familiarity increases, honorifics and any other titles are seen to be avoided. The honorifics that are used also reveal an effect in terms of establishing the connection to the language society uses with regard to social events.

An individual's reputation can be considered as an aspect of personality rights. Reputation arises from the fact that a person is just a human being and involves the values that embody that person in society in terms of moral value judgments. In addition, everyone has equal dignity and respectability. In this regard, a connection can be established between an individual's reputation and the honorific used to address them. Based on all of these facts, this study believes that evaluating and linking honorifics to the social personality rights that are considered alongside an individual's dignity and reputation to be appropriate. However, despite this relationship between honorifics and personality rights, points are also found where these things differ from each other. To abstain from using the honorifics that are generally used as a sign of respect in a society or to use slang or mockery to address an individual may constitute a violation of personal rights. However, while making this determination, each situation needs to be evaluated internally as well as through its dynamics. In other words, things should be taken into account such as an individual's position, social status, and the surrounding order of events. If some of the titles or honorifics used involve slangs or sarcasm, a violation of personal rights may occur here as well due to the ability this can have to damage a person's social reputation.

Giriş

Kişilik hakkı, kişilerin sahip olduğu ve hukuk düzeni tarafından koruma sağlanan haktır. Kişilik hakkı, mutlak haklardan birisi olarak kabul edilmekte ve bu özelliğinden hareketle herkese karşı ileri sürülebilen, herkesin saygı duyması gereken bir hak olarak da ortaya çıkmaktadır. Hukuk düzenleri çoğu zaman genel bir kişilik hakkından bahsetmekle birlikte; özel bazı değerleri de yaptığı ayrı düzenlemelerle koruma altına almıştır. Bundan hareketle kişilik hakkı ve kişilik hakkının korunması, ayrı bir öneme sahip olmaktadır.

Çalışma iki ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde kişilik hakkı kavramı üzerinde durulmaktadır. Bu kapsamda kişilik hakkının tanımı, özellikleri, çeşitleri, korunması ve modern hukuk sistemlerinde kişilik hakları ele alınmaktadır. Özellikle Alman, İsviçre ve İngiliz hukuk sistemlerinde kişilik hakkının ne şekilde değerlendirildiği ortaya koyulmaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümde ise hitabın, bir kişilik hakkı olup olmadığı sorusu üzerinde durulmaktadır. Hitap ve hitap çeşitleri hakkında bilgi verilmektedir. Ayrıca hitabın, şeref ve haysiyet ile ilişkisinin sınırları çizilerek hitabın, şeref ve haysiyetten ayrıldığı noktalar belirtilmekte ve hitabın, ayrı bir kişilik hakkı olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olamayacağı tartışılmaktadır.

I. Kişilik Hakkı Kavramı

A. Kişilik Hakkının Tanımı

Kişilik hakkı kişinin, kişiliğini oluşturan değerleri üzerinde sahip olduğu mutlak hak olarak ifade edilebilir¹. Kanunlarda kişilik hakkına ilişkin bir tanım yapılmamıştır². Kişilik haklarının neler olduğu teker teker sayılamayacağından, menfaatler ve değerlere göre kişilik haklarının çerçevesinin çizilmesi ve belirlenmesi

¹ Jacques-Michel Grossen, *Schweizerisches Privatrecht II-Einleitung und Personenrecht*, Hrsg. Max Gutzwiller (1. Aufl. Verlag Helbing&Lichtenhahn 1967) 289; Selâhattin Sulhi Tekinay, *Medenî Hukuka Giriş Dersleri* (5. Baskı Filiz Kitabevi 1987) 249; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (21. Bası Filiz Kitabevi 2022) 178-179; Mustafa Dural/Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II-Kişiler Hukuku* (23. Baskı Filiz Kitabevi 2022) 100; Serap Helvacı, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Korumaya Davalar* (1. Baskı Beta Basım 2001) 41-42; Rona Serozan, 'Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler' 2011 11(14) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 93. Ayrıca bkz., Heinrich Hubmann, *Das Persönlichkeitsrecht* (2. Aufl. Böhlau Verlag 1967) 9 vd.

Kişilik hakkının mutlak hak olduğu hususunda ayrıca bkz., Bettina Hürlimann-Kaup/Jörg Schmid, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht (3. Aufl. Schulthess Juristische Medien AG 2016) 231; Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (4. Aufl. Stämpfli Verlag 2016) 126; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medenî Hukuku-Cilt I*, (4. Baskı İstanbul Üniversitesi Yayınları 1951) 161; Aytekin Ataay *Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım: Giriş-Hakiki Şahıslar* (3. Baskı Fakülter Matbaası 1978) 124; Seldağ Güneş Peschke, *Roma Hukukundan Günümüze Kişilik Haklarının Korunması (Iniuria)* (1. Baskı Yetkin Yayınları 2014) 63; Oğuz Sadık Aydos, 'Basın Yolu ile Kişilik Hakları İhlallerinde Manevî Tazminat' 2012 16(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3; Dural/Öğüz (n.1) 103; Helvacı (n.1) 46.

² Güneş Peschke (n.1) 63.

gerekecektir³. Nitekim Türk Hukuku açısından genel kişilik hakkının varlığı kabul edilmekle birlikte özel olarak düzenleme alanı bulan kişisel varlıklar, genel kişilik hakkının çeşitli görünümlerini oluşturmaktadır⁴.

Bir kişiyi fiziksel ve ruhsal bir varlık olarak tanıyan ve kendi varoluş duygusundan yararlanmasını sağlayan kişilik hakları, çeşitli ülkelerde az ya da çok korunmaktadır⁵. Bugün, ayrı bir özel haklar grubu olarak kişilik hakları fikri, Avrupa kıtasında sağlam bir şekilde yerleşmiştir ve başka yerlerde de (örneğin, Güney Afrika ve ABD’de) ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, farklı hukuk sistemleri, bu hakların tanınması ve korunmasının kapsamı konusunda aynı görüşleri paylaşmamaktadır.

Kanunların insan odaklı olması kişilik haklarına ve hukuki durumlara ilişkin düzenlemeleri daha da önemli bir hâle getirmektedir. Söz konusu bu önem etkisini sadece özel hukuk anlamında değil hukukun tüm alanlarında göstermekte⁶; kişiler hukukuna ilişkin düzenlemelerin genel kısım şeklinde kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır⁷.

Kişilik hakkıyla bağlantılı olarak kişiliğin korunması, özellikle 1950’li yıllardan itibaren artan bir öneme sahiptir. Bunun temel sebebi, kişilik haklarına çok sayıda yeni müdahaleye olanak tanıyan modern teknolojik gelişmelerdir⁸.

B. Kişilik Haklarının Kapsamı ve Kişiliğin Korunması

Kişilik haklarının neler olduğuna ilişkin Türk Hukukunda açıkça bir belirleme olmadığı gibi kişilik haklarında sınırlı sayı ilkesi de geçerli değildir⁹. Bu sebepten dolayı doktrinde de kabul edildiği üzere belli başlı bazı kişilik haklarının ele alınması uygun olacaktır.

Kişilik haklarının en başında hayat ve sağlık hakkı gelmektedir¹⁰. Nitekim Anayasa’nın 17. maddesinin birinci fıkrasına göre herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Hiçbir hukuk sistemi hayat hakkını

³ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku-Cilt I-Cüz 2: Şahsın Hukuku* (6. Baskı Nurgök Matbaası 1963) 100-101; Tekinay (n.1) 249-250; Serozan (n.1) 93.

⁴ Aydın Zevkliler/M. Beşir Acabey/K. Emre Gökyayla, *Zevkliler Medeni Hukuk* (6. Baskı Seçkin Yayınevi 1999) 444; Hülya Atlan, *Manevi Zararı Tazmin Yolları* (1. Baskı On İki Levha Yayıncılık 2015) 14; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (n.1) 179; Dural/Öğüt (n.1) 100-101.

⁵ Johann Neethling, ‘Personality Rights: A Comparative Overview’ 2005 38(2) *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 211.

⁶ Hausheer/Aebi-Müller (n.1) 131 vd.; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler* (8. Baskı Legal Yayıncılık 2017) 104; Tekinay (n.1) 249.

⁷ Grossen (n.1) 291; Helvacı (n.6) 104.

⁸ Hausheer/Aebi-Müller (n.1) 124.

⁹ Rona Serozan, *Medeni Hukuk-Genel Bölüm/Kişiler Hukuku* (6. Bası Vedat Kitapçılık 2015) 454; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (n.1) 182; Güneş Peschke (n.1) 65-66.

¹⁰ Ayrıca bkz., Cem Baygın/Ahmet Nar, *Medeni Hukuk Dersleri-I*, (1. Baskı Yetkin Yayınları 2021) 502-503; Velidedeoğlu (n.3) 116; Helvacı (n.1) 50.

korumasız bırakmayı göze alamaz ve hayat hakkı, herkesin saygı duyması gereken ve kimsenin ihlal edemeyeceği bir hak olarak kabul edilir¹¹. Bununla birlikte sağlık hakkı da hayat hakkıyla doğrudan bağlantılı olan bir kişilik hakkıdır.

Kişilik haklarından bir diğeri, hayat hakkının bir uzantısı şeklinde ifade edilen vücut bütünlüğü ve vücut bütünlüğünün tamlığıdır¹². Vücut bütünlüğünün ihlali bedensel yaralama, yani bir aracın kullanılması suretiyle (yüze tokat atma, bıçakla bıçaklama, saç kesme) ortaya çıkabileceği gibi sağlığın bozulması şeklinde de (kirlili su temini veya HIV enfeksiyonu nedeniyle vücudun normal fonksiyonlarının bozulması) olabilir¹³. Vücut bütünlüğünün ihlali, kişilik haklarının ihlali olarak kabul edilmektedir.

Kişilik hakları kapsamında değerlendirilebilecek bir başka durum ise kişinin şeref ve haysiyetidir. Bütün bunların dışında kişinin adı (TMK m. 26 vd.), resmi, fotoğrafı, sesi, hayat alanı da kişilik hakları kapsamında kabul edilmektedir.

Kişiliğin korunması hem genel düzenlemeler hem de bazı kişisel değerler bakımından özel hükümlerle sağlanmaktadır. Kişiliği ve kişilik hakkını genel olarak koruyan hükümler bakımından TMK'nin 23, 24, 25. maddeleri¹⁴ ile TBK'nin 58. maddesinden bahsetmek mümkündür¹⁵. TMK'nin 23. maddesine göre kimse hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği gibi özgürlüklerinden de vazgeçemeyecek ve onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacaktır¹⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesine göre kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir. TBK'nin 58. maddesiyle manevi ve sosyal kişilik değerlerinin korunduğu söylenir¹⁷. TBK'nin 58. maddesi dışında TBK'nin 56. maddesinde de yaşam hakkı, vücut bütünlüğü gibi kişinin fiziki değerleri korunmaktadır¹⁸.

¹¹ Karl-Nikolaus Peifer, *Schuldrecht* (6. Aufl. Nomos Verlagsgesellschaft 2020) 50; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (n.1) 182; Dural/Öğüz (n.1) 104.

¹² Helvacı (n.6) 109; Baygın/Nar (n.10) 504; Tekinay (n.1) 250; Ataay (n.1) 127; Velidedeoğlu (n.3) 117.

¹³ Peifer (n.11) 54-55.

¹⁴ Kişilik hakkının, üçüncü kişilerce saldırıya uğraması durumunda TMK'nin 24 ve 25. maddeleri devreye girmektedir. Bu kapsamda özellikle TMK'nin 25. maddesinde kişilik haklarının ihlal edilmesi durumunda açılacak davalar belirtilmektedir.

¹⁵ TMK'nin 23. maddesinin kişiliğe bağlı tüm değerleri koruma altına aldığı yönündeki görüş için bkz., Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Birinci Cilt* (16. Baskı Beta Basım 2020) 359; Nil Karabağ Bulut, *Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi* (1. Baskı On İki Levha Yayıncılık 2014) 102 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (n.1) 222, Helvacı (n.6) 142.

¹⁶ Fulya Erlüle, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*, (2. Baskı Seçkin Yayıncılık 2015) 95; Dural/Öğüz (n.1) 148.

¹⁷ Velidedeoğlu (n.3) 108 vd.

¹⁸ Erlüle (n.15) 100.

¹⁹ ibid 100.

C. Modern Hukuk Sistemlerinde Kişilik Hakları

1. Alman Hukukunda Kişilik Hakları

Alman Anayasası (Grundgesetz) § 1/1'e göre insanın şerefi dokunulmazdır¹⁹. Buna göre saygı duymak ve insan şerefini ihlallere karşı korumak devletin görevidir. Bununla birlikte GG § 2/1'deki düzenlemeye göre herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir. Bu düzenlemelerle devlet, kişinin hayatını korumayı ve geliştirmeyi hedeflemekle birlikte; her şeyden önce başkalarının hukuka aykırı müdahalesinden kişileri korumakla da yükümlüdür²⁰.

Alman Hukukunda kişiliğin tüm yönlerini kapsayan genel bir kişilik hakkının varlığından söz etmek mümkündür; somut ve özel kişilik haklarının kendiliğinden doğduğu bir kaynak olarak kabul edilebilir²¹. GG § 1 ile güvence altına alınan genel kişilik hakkı, BGB § 823/1'de haksız fiil hukukuna ilişkin temel bir norm olarak düzenlenmiştir²². Maddeye göre bir kişi kasten veya ihmalen bir başka kişinin yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, mülkiyet veya diğer bir hakkını hukuka aykırı olarak ihlal ederse, bu sebeple ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlüdür²³. Maddede belirli bazı kişilik haklarına ilişkin değerler sayılmış; "...veya diğer bir hakkını..." demek suretiyle de aslında sayılan değerlerin dışında kalanlar da bu maddenin koruması kapsamına dahil edilmek istenmiştir²⁴. Bununla birlikte çoğu durumda, BGB § 823/1'de belirtilmeyen kişilik değerleri, diğer medeni hukuk normları tarafından korunmaktadır²⁵.

BGB § 823/1'de ifade edilen haklardan sadece bir tanesinin ihlal edilmesi, sorumluluğun ve ilgili korunmanın kapsamının doğması için yeterlidir²⁶. BGB §

¹⁹ Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, (3. Aufl. Hermann Luchterhand Verlag 1973) Art. 1, 151.

²⁰ Stephan Rixen, *Sachs Grundgesetz*, (Kommentierung zu Art. 2), (9. Aufl. C.H. Beck 2021) 142; Schmidt-Bleibtreu/Klein, (n.19) Art. 2, s. 158.

²¹ Neethling (n.5) 211-212; Atlan (n.4) 33.

²² Hartwig Sprau, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch* (Kommentierung zu BGB §§ 631-853) (76. Aufl. C.H. Beck 2017) § 823 1397; Maximilian Fuchs/Werner Pauker/Alex Baumgärtner, *Delikts- Und Schadensersatzrecht* (9. Aufl. Springer Verlag 2016) 11; Schmidt-Bleibtreu/Klein, (n.19) Art. 1, s. 151; Seda Kara Kılıçarslan, *Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar* (1. Baskı On İki Levha Yayıncılık 2015) 8; Egemen Işık, 'Bir Kişilik Değeri Olarak Kişinin Resmi' 2020 78(4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1728.

²³ Christian Förster, *Allgemeiner Teil des BGB* (3. Aufl. C.F. Müller 2015) 12; Sprau (n.22) § 823 1397 vd.; Pinar Çağlayan Aksoy, *Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazimini* (1. Bası, On İki Levha 2016) 41.

²⁴ Bernhard Drees, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch-Band 1*, Hrsg. Walter Erman, (Kommentierung zu §§ 823 bis 853) (3. Aufl. Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung 1962) 1516; Gökçe Kurtulan, 'Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru' 2017 23(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi 471; Hubmann (n.1) 109; Kara Kılıçarslan (n.22) 8.

²⁵ Dress (n.21) 1516. Ayrıca bkz., Peter Schwerdtner, 'Persönlichkeitsschutz im Zivilrecht' Schutz der Persönlichkeit (1. Aufl. Verlag Versicherungswirtschaft e. V. 1997) 47.

²⁶ Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht* (41. Aufl. C.H. Beck 2017) 330; Frank Weiler, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, (5. Aufl. Nomos Verlagsgesellschaft 2020) 38; Fuchs/Pauker/Baumgärtner (n.22) 12; Peifer (n.11) 49-50.

823/1 aslında iki çeşit haktan oluşmaktadır. Bunlardan ilki, her insanın doğal olarak sahip olduğu yaşam, sağlık ve özgürlük hakkı gibi korunması gereken haklardır. İkinci ise doğal bir hak olmayıp kanunla düzenlenmiş olan mülkiyet hakkıdır²⁷.

2. İsviçre Hukukunda Kişilik Hakları

İsviçre Hukukunda kişiliğin özel hukukta korunmasına ilişkin temel normlar, ZGB Art. 27. ve 28. maddeleridir²⁸. Bu maddeler, kişilik hakkı ve korunması bakımından belirtilmesi gereken genel maddeler olarak ortaya çıkmaktadır²⁹.

Kanunun kişilik haklarını koruması iki yönlüdür. ZGB Art. 27 kişiyi kendine karşı, kişisel özgürlüğünü hukuka ve ahlaka aykırı olacak şekilde kısıtlayan durumlardan korumayı amaçlar³⁰. Koruma, normatif düzeyde, yani hukuki işlem veya sözleşme özgürlüğünün kısıtlanmasında yatar. ZGB Art. 28 ise, bir kişiyi, üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı korumaktadır³¹. Bu nedenle buradaki koruma, olgusal düzeydedir. Nitekim ZGB Art. 28/1'e göre kişiliği hukuka aykırı bir şekilde saldırıya uğrayan kimse hâkimden hukuki koruma talep edebilir.

İsviçre Hukuk doktrininde kişilik haklarına ilişkin değerler fiziksel, duygusal ve sosyal kişilik değerleri olmak üzere üçe ayrılarak incelenmektedir³². Fiziksel kişilik hakları, bir yandan fiziksel bütünlük ve diğer yandan da fiziksel hareket özgürlüğü ile ilgilidir³³. Kural olarak fiziksel bütünlüğe veya hareket özgürlüğüne herhangi bir müdahale yasaktır. Kişinin duygusal yaşamı, hayatının zihinsel-duygusal alanını da içerir³⁴. Kişi, her olaya olumlu ya da olumsuz birtakım duygularıyla tepki verir. Bu nedenle kişiliğin korunması kapsamında duygusal kişilik haklarının belirlenmesi özel bir önem taşımaktadır³⁵. Sosyal kişiliğin korunması ise, kişinin sosyal çevresiyle olan ilişkileri ile ilgilidir³⁶. Bireyin, kişisel alanına ilişkin bir korumadan mahrum bırakılması, onun toplumdaki yaşantısını çekilmez hâle getirir. Bu koruma, sosyal ilişkilerin uyumlu bir şekilde kurulmasına katkıda bulunur ve herkesin bu alana belirli bir saygı duymasını garanti eder³⁷.

²⁷ Peifer (n.11) 50.

²⁸ Hausheer/Aebi-Müller (n.1) 123.

²⁹ Dress (n.21) 124; Dural/Öğüz (n.1) 100.

³⁰ Hürlimann-Kaup/Schmid (n.1) 231.

³¹ ibid 231; Hausheer/Aebi-Müller (n.1) 162.

³² Hürlimann-Kaup/Schmid (n.1) 247.

³³ Fiziksel kişilik hakları hayat hakkı, sağlık hakkı, vücut bütünlüğü, cinsel özgürlük hakkı ve kişinin cesedi üzerindeki hakkından oluşmaktadır.

³⁴ Duygusal kişilik hakları yakın akrabalarla ilişki kurma hakkı, hatıralara saygı hakkı ve duygusal yaşantıya saygı göstermedir.

³⁵ Hausheer/Aebi-Müller (n.1) 181.

³⁶ Sosyal kişilik hakları isim hakkı, kişinin resmi ve sesi üzerindeki hakları, şeref ve haysiyeti, özel hayata saygı hakkı, ekonomik faaliyet ve gelişme özgürlüğü hakkıdır.

³⁷ Hausheer/Aebi-Müller (n.1) 181.

3. İngiliz Hukukunda Kişilik Hakları

Büyük ölçüde bireysel davalar ile içtihat hukuku temelinde gelişen ve geliştirilen bir hukuk sistemi olan İngiliz Hukukunda³⁸, genel bir kişilik hakkı kavramından söz etmek mümkün değildir³⁹. İngiliz Hukuku açısından kişilik hakları ve bunların ihlali ile korunması haksız fiil hukuku kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁰. İngiliz haksız fiil hukukunda, bir davranışın haksız fiil olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin tespit yapılırken haksız fiilin unsurlarına bakılmaz; sadece davranışın hukuk düzenince haksız fiil olarak kabul edilip edilmediği belirlenir⁴¹. Bir başka ifadeyle İngiliz Hukukunda hangi tür davranışların haksız fiil olarak kabul edileceği önceden tespit edilmiştir⁴². Bunlardan bazıları kişiye tecavüz, taşınmaz mala tecavüz, şeref ve haysiyetin ihhalidir.

İngiliz Hukukunda haksız fiil olarak kabul edilen durumların kendine has özellik ve unsurları vardır. Birbirinden bağımsız haksız fiiller, kişinin farklı menfaatlerini korumayı amaçlar⁴³. Ancak kusur sorumluluğu şeklinde ortaya çıkan bu durum, teknoloji ve değişikliklerle birlikte meydana gelebilecek zararların karşılanması açısından yetersiz kalmış; kişinin kusurlu olmasa bile birtakım davranışlardan sorumlu tutulması gerektiği düşüncesi ağırlık kazanmıştır⁴⁴.

Kişilik hakları bakımından İngiliz Hukuk sisteminde kanaatimizce sorun doğurabilecek bir durum somut olaydaki kişilik haklarından haksız fiil kapsamına girmeyenler bakımından uyumsuzluğun nasıl çözüleceğidir. İngiliz örf ve âdet hukuku, mevcut haksız fiillerden birine girmeyen, ancak yine de korunmaya değer olan kişilik haklarını tanıma ve koruma yeteneğinden açıkça yoksundur⁴⁵.

³⁸ Ayrıca bkz., Arzu Oğuz, *Karşılaştırmalı Hukuk* (1. Baskı Yetkin Yayınları 2003) 253-254.

³⁹ Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu* (3. Baskı İstanbul Üniversitesi Yayınları 1977) 181; Nihan Esendal, *Basın Yolu ile Kişilik Haklarının İhlali* (1. Baskı Seçkin Yayıncılık 2018) 172; Hubmann (n.1) 106.

⁴⁰ Bkz., Neethling (n.5) 215; Esendal (n.39) 172.

⁴¹ William L. Prosser, *Handbook of The Law of Torts* (4. Edi. West Publishing CO. 1971) 492; Selin Özden Merhacı, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)* (1. Baskı Yetkin Yayınları 2013) 47; Esendal (n.39) 275.

⁴² Burcu G. Özcan Büyüktanır, 'Bedensel Bütünlüğün İhlali Nedeniyle Ortaya Çıkan Maddi ve Manevi Zararların İngiliz Hukukuna Göre Tazmini' 2017 66(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 51; Selin Özden Merhacı, 'Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller' 2012 70(4) Ankara Barosu Dergisi 181.

⁴³ Özden Merhacı (n.42) 182.

⁴⁴ Şebnem Akipek/Erkan Küçükgüngör, 'İngiliz Hukukunda İşçilerin Haksız Fiilleri Dolayısıyla İşverenin Kusursuz Sorumluluğu' 2000 Seyfullah Edis'e Armağan 741; Prosser (n.41) 494.

⁴⁵ Neethling (n.5) 216.

II. Kişilik Hakkı Çerçevesinde Hitap

A. Hitap Kavramı ve Kullanımı

Hitap, Misalli Büyük Türkçe Sözlükte “*Sözün bir kimseye yöneltildiğini anlamak için kullanılan seslenme sözü*” şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁶. Toplumsal uzlaşım, bir başka kişiyle iletişime geçildiğinde doğrudan konuşmaya başlanmamasını gerektirmekte; bu sebeple de -zorunlu olmamakla birlikte- hayatın her alanında hitap ifadelerine rastlanmaktadır⁴⁷. Yaş, meslek, cinsiyet vb.’leri hitap kelimelerinin kullanılmasında önemli etkenler olarak kabul edilmektedir⁴⁸. Hitap için kullanılan kelimeler, toplumun kullandığı dilin sosyal olaylarla bağlantısının kurulması açısından da son derece önemlidir⁴⁹. Bu bakımdan kullanılan hitap kelimeleri, toplumsal yapıyı ve toplumsal algıyı da ortaya koymaktadır. Bütün bunlardan hareketle kanaatimizce hitabı, karşılıklı konuşma sırasında tarafların birbirlerine karşı kullanmış oldukları ve genellikle saygı amacını içeren, toplumsal ve sosyolojik bir alt yapıya sahip ifadelerin tamamına verilen genel ad şeklinde tanımlamak mümkündür.

Hitap kelimelerinin kullanımı doğrultusunda hitap tercihlerine bakıldığında dikey kullanım ve yatay kullanım olmak üzere ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Kullanımın dikey olması durumunda bir statü hiyerarşisinde bahsedilebilir⁵⁰. Toplumsal statü ve hiyerarşinin olduğu yapılarda, hitap kullanımının dikey boyutundan söz edilebilir. Resmi hitap türleri bu grupta kendisini gösterir. Yatay kullanımda ise daha çok eşit statü ve samimi ilişkilerin (dayanışma ve yakınlık ilişkilerinin) varlığı gündeme gelmektedir. Aile veya yakın arkadaşlar arasındaki hitap, yatay kullanıma örnek oluşturur.

İngilizce “*Address*”, Almanca “*Anrede*” şeklinde ifade edilen hitap kavramı ve biçimleri, her konuşmada yer almayabilir. Kural olarak belirli statüdeki kişiler arasında kullanılması zorunlu olan hitap kelimeleri, sosyal ilişkilerin gelişimi ve düzgün bir şekilde ilerlemesi ile bireyler arasındaki ilişkilerin seviyesinin belirlenmesi açısından da son derece önemlidir. Bununla birlikte kişiler arasındaki statü eşitsizliğinin derecesi değiştikçe ve yakınlık arttıkça, unvandan veya herhangi bir hitap biçiminden kaçınıldığı görülmektedir⁵¹. Bu durum hitap kelimelerinin sıklıkla resmî kullanıma özgü olduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Bazı hitap şekilleri ise genel kullanıma tabi olup sıklıkla karşılaşılan türden değerlidir. Bu tarz

⁴⁶ İlhan Ayverdi, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük* (2. Baskı Kubbealtı 2011) 511.

Türk Dil Kurumu Sözlüğünde, “*Sözü birine veya birilerine yöneltme, seslenme*” şeklinde bir tanıma yer verilmektedir. TDK, <https://sozluk.gov.tr/>

⁴⁷ Fatma Öztürk Dağabakan, ‘Türkçe ve Almanca Dijital Ortamlarda Kadınların Kullandıkları Hitap İfadeleri’ 2021 (2) Diyalog Interkulturelle Zeitschrift Für Germanistik 596.

⁴⁸ Dağabakan (n.47) 597.

⁴⁹ Eleanor Dickey, ‘Forms of Address and Terms of Reference’ 1997 33(2) Journal of Linguistics 286.

⁵⁰ Dağabakan (n.47) 597.

⁵¹ Bkz., Marina L. McIntire, ‘Terms of Address in An Academic Setting’ 1972 14(7) Anthropological Linguistics 286.

hitaplarla özellikle bir mesleğin görülmesi sırasında karşı karşıya kalınmaktadır. “*Benzin istasyonu görevlisi*” şeklindeki hitap buna örnek oluřturabilir⁵².

B. Hitap Çeşitleri

Hitabın farklı türlere ayrılması mümkündür. Hitap türlerine ilişkin değerlendirmeler yapılırken hitap kelimelerinin kullanımındaki dikey ve yatay boyutun göz önünde tutulması gerekir. Bu açıdan iş hayatında kullanılan hitap çeşitleri ile resmi yazışmalarda kullanılan hitap çeşitleri önem az etmektedir. İş hayatında kullanılan en yaygın hitap şekli, “*Sayın*”dır. Bununla birlikte *Beyefendi*, *Hanımefendi*, *Bey*, *Hanım* vb.’leri de hitap çeşitlerinden başlıcalarıdır. Bu tür hitapların, resmi yazışmalarda da sıklıkla kullanıldığı sylenilecektir.

İş hayatında yabancılarla yapılacak olan görüşme veya yazışmalarda hitap biçimleri, ilgili yabancı dillere göre de farklılık göstermektedir. Örneğin İngilizce’de *Bey* yerine *Mr.*, *Hanım* yerine de *Ms.*, *Miss* veya *Mrs.* kullanılabilir. Almanca’da *Bey* yerine *Herr*; *Hanım* yerine *Frau* kelimeleri söz konusudur.

Bir kimsenin mesleği gereği elde ettiği unvanların da hitap kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Avukat (*Av.*), doktor (*Dr.*), Akademisyen (*Prof.*, *Doç*), *Dr. Öğr yesi*, *Arş. Gör.*) vb. gibi meslek guruplarında kullanılan titrler de hitap çeşitleri olarak kabul edilebilir.

Hitap çeşitleri açısından kişilere takılan lakaplar da bu kapsamda değerlendirilebilir. Lakap, nc kişiler tarafından başkalarının adının yanına ya da adının yerine kullanılan ve ilgili kişinin birtakım özelliklerini de yansıtan kelimelerdir⁵³. Lakap olarak kullanılan kelimelerin, bir hitap çeşitidi olarak kabul edilmesi kanaatimizce mümkündür. Özellikle kişiye, toplumda adından çok lakabıyla hitap ediliyor ve kişi çevresinde bu şekilde anılıyorsa lakabın, bir hitap çeşitidi olarak değerlendirilmesi söz konusu olur. Aynı durum takma ad (*müstear ad*) için de geçerli olabilir.

C. Hitabın Kişilik Hakları İçerisindeki Yeri

Türk Hukukunda hitap ya da hitap şekillerinin kişilik hakkı çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. İngiliz Hukukunda bazı yazarlarca bir kişilik hakkı olarak kabul edilebilen hitabın⁵⁴, Türk Hukuku bakımından da bir kişilik hakkı olup olmadığının tespiti gerekir.

⁵² Dickey (n.49) 255.

⁵³ Hayrünnisa zdemir, ‘Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad zerindeki Hak ve Korunması’ 2008 57(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 567.

⁵⁴ Stig Strömholm, *Right of Privacy and Rights of the Personality* (1. Edi. P.A. Norstedt & Sners Förlag 1967) 105.

İngiliz Hukukunda genel bir kişilik hakkı kavramı olmadığı gibi kişilik haklarının ihlali için genel bir sorumluluk da kabul edilmemektedir⁵⁵. İngiliz Hukukunda hangi tür davranışların haksız fiil olarak kabul edileceği önceden belirlenmiştir ve şeref ve haysiyet de bu kapsama dahildir. Şeref ve haysiyeti ihlal edici haksız fiiller ve buna ilişkin yaptırımlar, kişinin şeref ve haysiyetine ilişkin menfaatleri korumak amacıyla getirilmiştir⁵⁶.

Bu kapsamda hitabın, bir kişilik hakkı olan şeref ve haysiyet içinde değerlendirilmesi ve bağlantılarının kurulması mümkün olmakla birlikte kanaatimizce bazı noktalarda ikisi arasındaki ayırımın ortaya koyulması gerekir. Kişilik haklarını ihlal edebilen hitap tarzlarının, her hâl ve şartta şeref ve haysiyeti ihlal ettiği söylenemez. Bu açıdan hitap sebebiyle kişilik haklarının ihlali ile şeref ve haysiyetin ihlaline ilişkin değerlendirmeleri ayrı ayrı ele almak uygun olmaktadır.

1. Bir Kişilik Hakkı Olarak Şeref ve Haysiyet

Şeref, “başkasının, birine gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, onur” şeklinde tanımlanırken; haysiyet ise “değer, saygınlık, itibar” şeklinde ifade edilmektedir⁵⁷. Her iki kavrama yönelik tanım ve açıklamalara bakıldığında, bu iki kavramın birbirini tamamladığı görülmektedir.

Şeref ve haysiyet, kişilik hakkının kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir⁵⁸. Şeref ve haysiyetin kişilik hakkı içinde kabul edilmesi, gerçek veya tüzel kişilerin, sırf kişi olmasından kaynaklanmaktadır. Bu açıdan şeref ve haysiyet, sadece gerçek kişiler için değil tüzel kişiler bakımından da korunması gerekli olan kişisel değerler arasında kabul edilmektedir⁵⁹.

Şeref ve haysiyet, kişiyi toplum içerisinde manevi değer yargıları bakımından somutlaştıran değerlerden bir tanesidir⁶⁰. Bu sebeple kişinin şeref ve haysiyeti, manevi bütünlüğü üzerindeki kişilik hakları içerisinde kabul edilmektedir⁶¹.

⁵⁵ Cees van Dam, *European Tort Law* (1. Ed. Oxford University Press 2007) 152; Özsunay (n.39) 181.

⁵⁶ Özden Merhacı (n.42) 182.

⁵⁷ TDK, <https://sozluk.gov.tr/>

⁵⁸ Heinrich Weitnauer, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch-I. Band*, iç Walter Erman (edr.) (Kommentierung zu Anhang zu § 12 BGB) (3. Aufl. Achendorfsche Verlagsbuchhandlung 1962) 28; Ferit H. Saymen, *Manevi Zarar ve Tazmini Sureti* (1. Baskı Cumhuriyet Matbaası 1940) 114; Abdulkadir Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)* (2. Baskı Beta Basım 2000) 133; Yaşar Karayalçın, ‘Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması’ 1962 19(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 265; Schwerdtner (n.25) 45; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir (n.1) 200.

⁵⁹ Doruk Gönen, *Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması* (1. Baskı On İki Levha Yayıncılık 2011) 127-128; Tuğçe Oral, *Tüzel Kişilerin Manevi Zararının Tazmini* (1. Baskı On İki Levha Yayıncılık 2018) 74 vd.; Helvacı (n.1) 67.

⁶⁰ Max Gutzwiller, *Schweizerisches Privatrecht: Einleitung und Personenrecht-Zweiter Band* (1. Aufl. Helbing & Lichtenhahn 1967) 365; Ernst Helle, *Der Schutz der Persönlichkeit der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht* (2. Aufl. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1969) 7; Zevkililer/Acabey/Gökyayla (n.4) 456; Hubmann (n.1) 288; Grossen (n.1) 294; Özsunay (n.39) 125; Arpacı (n.58) 133.

⁶¹ Fuchs/Pauker/Baumgärtner (n.22) 47; Akipek/Akıntürk/Ateş (n.14) 348.

şeref ve haysiyet, kişinin toplum içerisindeki saygınlığı ile doğrudan bağlantılı olup, toplum tarafından kabul edilen ahlaki nitelik ve değerlere sahip kişiler için gündeme gelmektedir⁶². şeref ve haysiyet, kişinin sırf “kişi” sıfatına sahip olmasıyla doğuştan geldiği kabul edilen bir haktr⁶³.

şeref ve haysiyet, doktrinindeki bir grře⁶⁴ göre başlıca iki görünüme sahiptir. Bunlar içsel şeref ve haysiyet ile dışsal şeref ve haysiyettir. İçsel şeref ve haysiyette kişinin kendisine olan saygısından bahsedilirken; dışsal şeref ve haysiyette ise kişinin sosyal hayatında saygı görmesi gerekliliği ifade edilmektedir. Konuya ilişkin doktrinindeki bir başka grř⁶⁵ ise bu tür bir ayırımın gerekli olmadığını belirtmektedir.

Kişinin şeref ve haysiyetine yönelik saldırılar, kişilik haklarının ihlali sonucunu doğurur. şeref ve haysiyetine yapılan saldırılar kişinin toplumsal ilişkilerini hedef alan saldırılar olarak nitelendirilebilir⁶⁶. Bunun yanı sıra kişinin belli bir meslek veya sanatla ya da ticaretle uğraşmasından dolayı mesleki veya ticari şeref ve haysiyetinin de ihlali söz konusu olabilir⁶⁷.

2. Hitabın, şeref ve Haysiyet ile İlişkisi

şeref ve haysiyete herkes eşit biçimde sahip olmaktadır. Bu açıdan kişinin itibarı ile ona karşı kullanılacak olan hitap kelimeleri arasında bir bağlantı kurmak mümkündür. Bütün bunlardan hareketle hitabın, kişinin şeref ve haysiyetiyle birlikte ele alınan sosyal kişilik hakları içerisinde değerlendirilmesi kimi durumlarda mümkündür. Ancak kanaatimizce hitabı, kişiliğin kendisine ait ayrı bir değer olarak kabul etmek gerekir. Hitabın, çoğu zaman şeref ve haysiyeti ihlal edecek şekilde kullanılması mümkün olsa da sırf bu sebeple şeref ve haysiyetin ihlaline yol açabilen bir vasıta olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu noktada hitabın bizzat kişiliğin kendisine ait bir değer mi yoksa cnc kişilerin şeref ve haysiyetini ihlale yol açabilen bir vasıta mı olduğu sorusu akla gelmektedir.

şeref ve haysiyet, nisbi bir kavramdır⁶⁸. Toplumun ahlaki ve manevi değer yargısı değiştikçe, somut olayın durumuna göre şeref ve haysiyetin ihlal edilip edilmediği de

⁶² Heinrich Lehmann/Heinz Hübner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches* (1. Aufl. Walter de Gruyter & Co. 1966) 417; Fuchs/Pauker/Baumgrtner (n.22) 47; Hubmann (n.1) 288; Grossen (n.1) 365; Ataay (n.1) 137.

⁶³ Burada ceza hukuku anlamında hakaret suçuyla da bir bağlantı kurmak mümkündür. Hakaret suçuyla ihlal edilen kişinin toplumda sahip olduğu itibarıdır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., Tuğe Oral/Eylem Baş, ‘Hakaretin Suç Olmaktan çıkarılması ve İkame Yaptırım nerisi: Özel Hukuk Cezası’ 2023 14(53) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 480 vd.

⁶⁴ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk* (1. Baskı Turhan Kitabevi 2016) 304; Dural/gz (n.1) 130; Oğuzman/Seliçi/Oktay-zdemir (n.1) 200.

⁶⁵ Helle, (n.60) 6; Özsunay, (n.39), s. 126-127. Ayrıca bkz., Dural/gz (n.1) 130; Oğuzman/Seliçi/Oktay-zdemir (n.1) 200; Helvacı, (n.1) 67, dn. 249.

⁶⁶ Zevkliler/Acabey/Gökyayla (n.4) 458.

⁶⁷ Serozan (n.9) 464; Lehmann/Hübner (n.62) 417; Fuchs/Pauker/Baumgrtner (n.22) 47.

⁶⁸ Özsunay (n.39) 127-128.

⁶⁹ Cüneyt Bellican, ‘şeref ve Haysiyetin Korunması, zel Hayatın Gizliliği ve Sanat zgrlğ: Özel Hukuk Açısından Bir Değerlendirme’, Rona Serozan’a Armağan-Cilt I (1. Baskı On İki Levha Yayıncılık 2010) 537.

değişiklik gösterecektir⁶⁹. Bu açıdan hitabın, her zaman için şeref ve haysiyeti ihlal edici olduğu söylenemez. Böyle bir durumda şeref ve haysiyeti ihlal etmeyen fakat kişilik haklarını zedeleyen bir durumla karşı karşıya kalınmaktadır. Bu ve benzeri durumlarda kullanılan hitap kelimelerinden hareket edilmeli ve kişilik haklarının ihlal edilip edilmediği araştırılmalıdır. Aslında bu mesele hukuki alt yapının yanında toplum halinde yaşıyor olmanın da bir gereğini ortaya koymaktadır. Hitabın ayrı bir kişilik hakkı olarak kabul görmesi toplumsal açıdan da ilişkiler noktasında önemli bir rol oynayacaktır.

3. Hitabın, Bir Kişilik Hakkı Olarak Kabulü ve Sonuçları

a. Hitabın Bir Kişilik Hakkı Olarak Kabulü

Bir toplumda genellikle saygı göstergesi olarak kullanılan hitap kelimelerinin kullanılmaması ya da argo veya alay konusu teşkil edebilecek hitapların kullanılması kişilik haklarına aykırılık oluşturabilir. Ancak bu tespit yapılırken her durumun kendi içerisinde ve dinamikleriyle değerlendirilmesi şarttır. Bir başka ifadeyle kişinin konumu, toplumsal statüsü, olayların akışı vb. kriterler dikkate alınmalıdır.

Hitap kelimelerinin kullanılmaması, başlı başına kişilik haklarına aykırılık oluşturabilir. Üst düzey bir yöneticiye karşı, önemli kişilerin de bulunduğu bir ortamda hitap kelimelerinin kullanılmaması kişilik haklarını zedeleyebilecektir. Örneğin bir üniversitede bütün dekanların katılımıyla yapılan toplantıda rektöre karşı, *sayın, bey ya da hanım* ifadelerinin kullanılmaması, onun kişilik haklarını ihlal edebilecektir. Bu durum kişinin itibarını zedeleyebileceği gibi kimi durumlarda karşı tarafı itibarsızlaştırma çabasını da ortaya koyacaktır. Bu tür durumların önüne geçilebilmesi için hitap kelimeleri ve bunların kullanılması son derece önemli bir hâl almaktadır.

Kullanılan bir takım hitap kelimelerinin argo ya da alaycı olması durumunda da kişilerin toplum nezdindeki itibarları zedelenebileceğinden burada da kişilik haklarına aykırılık söz konusu olabilecektir. Bir başka ifadeyle bu şekliyle kullanılan hitap kelimelerinin hakaret olarak değerlendirilmesi de mümkündür. Hakaret, bir kişiyi toplum içerisinde küçük düşürmek ya da onun itibarı sarsmak amacıyla yapılan davranışlar olarak tanımlanmaktadır⁷⁰. Söz konusu hakaret veya aşağılama içeren hitap kelimelerinin, genel bir çevreye yönelmesinden ziyade belli ya da belirli kişi/kişilere hedef alması kişilik haklarının ihlaline sebep olabilecektir⁷¹.

⁶⁹ Arpacı (n.58) 134; Dural/Öğüz (n.1) 131; Bellican (n.68) 537.

⁷⁰ Ataay (n.1) 138.

⁷¹ Ayrıca bkz., Atlan (n.4) 26.

Hitabın, ayrı bir kişilik hakkı olarak değerdendirilmesi mümkündür. İlk bakışta şeref ve haysiyetin ihlali kapsamına girdiği düşünülse de bunun her hâl ve şartta geçerli olduğu söylenemez. Bir başka ifadeyle hitabın, şeref ve haysiyeti ihlal etmeyecek derecede ortaya çıkarak; kendine has bir kişilik hakkı ihlali oluşturabilir. Ayrıca kişilik haklarına ilişkin olarak Türk Hukukunda bir sınırlama olmadığından dolayı hitabı doğrudan kişilik hakları içerisinde değerdendirmek ve kişilik haklarının korumasından faydalandırmak mümkün olacaktır.

Konuya ilişkin bazı yargı kararlarında doğrudan doğruya hitabın, bir kişilik hakkı olarak değerdendirilmediği ancak hitaba ilişkin tespitler yapıldığı ve kişilik hakkının zedelenip zedelenmediği konusundan birtakım sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir. Yargı kararlarına bakıldığında her somut olaya göre farklı değerdendirmeler yapıldığı görülmektedir. Örneğın Yargıtay 4. Hukuk Dairesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta⁷², ... Komutanlığı ... Jandarma'da ... görev yapan davacı, 23/04/2012 tarihinde gece akaryakıt ikmali için kışlaya çağırıldığını, ancak davacının ailesi ile birlikte kışlaya uzak bir mesafede olduğu gerekçesiyle gelemediğini, bunun üzerine 24/04/2012 tarihinde davalı ... komutanının yapılan içtima esnasında 400 askerin önünde kendisine "akaryakıtçı" diye hitap ederek rencide ettiğini ve olayın devamında davalının emre itaatsizlik suçü iddiasıyla ... sevk ettiğini, yapılan soruşturmada takipsizlik kararı verildiğini belirterek manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi somut olaya ilişkin vermiş olduğu kararında "Somut olayda; tarafların konumu, olayların gelişim şekli, davalı tarafından sarf edilen "akaryakıtçı" ifadesi, dosya kapsamında iddia olunan diğer hususlar ve dosyadaki tüm deliller birlikte değerdendirildiğinde davacının kişilik haklarına saldırı teşkil etmediği anlaşılmaktadır. Şu durumda, mahkemece açıklanan olgular gözetilerek, istemin tümünden reddedilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir." ifadelerini kullanarak, akaryakıtçı hitabının, kişilik haklarını ihlal edecek boyutta olmadığını belirtmiştir. Bu ifadelerden hareketle hitap tarzı ve hitap kelimesinin, kişilik hakları kapsamında ele alındığı ve değerdendirildiği söylenebilecektir. Somut olaydaki hitap, doğrudan doğruya şeref ve haysiyeti ihlal edici olmasa da ilgisini rahatsız etmekte ve kendisine bu şekilde hitap edilmesini istemediği gibi bunun devamının da olmaması arzulanmaktadır. Bu sebepten dolayı özellikle söz konusu hitap tarzlarının devamlılık sağlamaması açısından bir yaptırımın öngörülmesi -hitabın bir kişilik hakkı olarak kabulü- gerekir. Aksi halde bu ve benzeri hitap tarzlarının devam etmesi toplum içinde huzursuzluğa sebep olabilecektir.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında⁷³ "...Davalı erkeğın boşanmaya neden olan olaylarda, davacıya ismi dışında

⁷² Yargıtay 4 HD, 2753/1270, 11.3.2020, www.lexpera.com.

⁷³ Ankara BAM, 2. HD, 2596/3876, 12.12.2019, www.lexpera.com.

lakaplarla hitap etmesi ... davacının kişilik haklarına saldırı niteliğindedir.” demek suretiyle kişiye karşı lakaplar kullanmak suretiyle hitap edilmesinin, açıkça kişilik haklarını ihlal ettiğini belirtmiştir. Görüldüğü üzere söz konusu hitap tarzı, kişinin doğrudan doğruya şeref ve haysiyetini ihlal edici bir rol oynamasa da yine de kişilik haklarının ihlali kapsamında değerlendirilmiştir. Bu açıdan hitabın, bir kişilik hakkı olarak gündeme gelmesi söz konusu olmaktadır.

b. Hitabın Bir Kişilik Hakkı Olarak Kabul Edilmesinin Sonuçları

Hitabın bir kişilik hakkı olarak kabul edilmesi durumunda ortaya çıkan ihlallerin önüne geçilmesi, giderilmesi ya da zararın varlığı halinde tazmini gündeme gelmektedir. Başka bir ifadeyle gerekli yerlerde hitap kelimelerinin kullanılmaması veya kişinin saygınlığını olumsuz yönde etkileyecek şekilde bir hitap tarzının tercih edilmesi durumunda kişilik haklarının ihlali söz konusu olmakta ve ortaya çıkan zararların telafi edilmesi gerekmektedir.

İngiliz Hukukunda şeref ve haysiyete yapılan saldırılara karşı “*libel*” ve “*slander*” davaları söz konusudur⁷⁴. Amerikan Hukukunda şeref ve haysiyetin ihlaline ilişkin haksız fiiller “*Defamation*” ana başlığı altında düzenlenmekte ve libel veya slander davalarıyla şeref ve haysiyet korunmaktadır. Bir başka ifadeyle defamation, libel ve slander davalarından oluşmaktadır⁷⁵. Roma Hukuku ve bazı modern hukuk sistemleri tarafından bilinmeyen ayırım, tarihsel bir kökene de sahiptir⁷⁶.

Hitap açısından slander davasının gündeme gelmesi söz konusu olabilir. Hitap kelimelerinin kullanılmaması ya da kullanılan hitap kelimeleri sebebiyle kişilik haklarının ihlal edilmesi durumunda, -söz konusu ihlal bir davranış ile meydana geldiğinden dolayı- kanaatimizce slander davası ortaya çıkar.

Türk Hukuku bakımından TMK'nin 24 ve 25. maddeleri ile TBK'nin 58. maddesinden faydalanmak mümkündür. Bu kapsamda kişilik haklarını ihlal edici hitap tarzlarının söylem olarak devam etmesi durumunda saldırıyı durdurma davası açılabileceği gibi hitap şeklinin hukuka aykırılığı, açılacak bir tespit davasıyla da ortaya koyulabilir.

Ayrıca tazminat davası açmak suretiyle zararların karşılanması gündeme gelebilir. Benzer şekilde örneğin İngiliz Hukuku açısından aşağılayıcı tazminat (*contemptuous damages*) olarak adlandırılan ve özellikle şeref ve haysiyetin ihlali durumunda çok küçük bir miktar paranın ödenmesi şeklinde kendini gösteren tazminat türü de bu

⁷⁴ *Libel* varlığını bir süre dir devam ettiren bir araçla şeref ve haysiyete saldırıda bulunulmasıyken; *Slander* ansızın başlayıp bir anda sona eren bir araçla ihlalin gerçekleştirilmesidir. Özsunay (n.39) 181.

⁷⁵ Simon Deakin/Angus Johnston/Basil Markensinis, *Markensinis and Deakin's Tort Law* (7. Edi. Clarendon Press 2013) 636.

⁷⁶ *ibid* 636.

kapsamda dikkate alınabilir⁷⁷. Hitabın kişilik haklarını ihlal etmesi, aşağılayıcı tazminatı doğurabilir.

Sonuç

Kişilik hakkı, kişinin kişisel değerleri üzerinde sahip olduğu mutlak bir haktır. Kişilik haklarına ilişkin olarak her hukuk sisteminde az veya çok bir koruma sağlandığı görülmektedir. Bu koruma genel hükümler çerçevesinde kendini gösterebileceği gibi bazı kişilik hakları bakımından özel hükümlerle de koruma sağlanmaya çalışılmaktadır.

Kişilik haklarına ilişkin olarak bir sınır çizilmesi mümkün değildir. Bir başka ifadeyle kişilik hakları kapsamı içerisinde hangi değerlerin dahil edilebileceği noktasında bir tespit ve sınırlandırma yapılması söz konusu olmaz.

Hitap ve hitap şeklinin bir kişilik hakkı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesine bakmakta fayda vardır. Hitap farklı türlere sahip olmakla birlikte karşılıklı konuşma sırasında tarafların birbirlerine karşı kullanmış oldukları ve genellikle saygı amacını içeren ifadelerdir. Bu tür ifadelerin özellikle resmi sığata sahip kişilere karşı ve de kişilerce kullanılması önem arz etmektedir.

Hitap kanaatimizce bir kişilik hakkı olarak kabul edilmelidir ve hitabın, kişilik hakkı bünyesinde değerlendirmesi yapılırken kişinin toplumdaki itibar ve saygınlığı ile arasında bir ilişki kurulması gündeme gelmelidir. Bu açıdan hitabın, kişinin şeref ve haysiyetle birlikte ele alınması mümkün sosyal kişilik hakları içerisinde yer aldığı söylenebilecektir. Ancak hemen belirtilmelidir ki hitabın, şeref ve haysiyet ile bağlantısı kurulabilmekle birlikte birbirlerinden ayrıldıkları noktalar da bulunmaktadır.

Hitap ve hitap şekillerinin gerekli olan yer ya da zamanlarda kullanılmaması veya argo hitaplara başvurulması, kişilik haklarının ihlali sonucunu doğurur. Özellikle makam-mevki sahibi olan bir kişiye karşı kullanılması gereken hitap kelimelerinin kullanılmaması, ilgili kişinin itibarını zedeleyebilir. Burada özellikle doğrudan şeref ve haysiyeti ihlal edici bir davranış bulunmamakla birlikte toplumsal açıdan kişilik haklarını ihlal eden bir durumla karşı karşıya kalınmaktadır. Başka bir ifadeyle olumsuz hitap tarzları, kişinin manevi yönden olumsuz bir takım duygu ve düşünceler içerisine girmesine sebep olabilecektir.

Yargı uygulamasına bakıldığında çoğu zaman açık bir şekilde hitabın bir kişilik hakkı olarak belirtildiği görülmese de çıkan sonuç, hitap kelimelerinin kullanımının hukuk düzeni tarafından korunduğu ve hitap kelimelerinin aykırı kullanımının bir hak ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.

⁷⁷ Deakin/Johnston/Markensinis (n.75) 795; Özden Merhacı (n.41) 67; Karayalçın (n.58) 268.

Hitabın bir kişilik hakkı olarak kabulü halinde kişilik hakkı ve korunmasına ilişkin TMK ve TBK'deki ilgili hükümlerden faydalanmak gerekir. Buna göre saldırıyı durdurma veya hukuka aykırılığın tespiti davası açılabilmesi gibi tazminat şeklinde zararların giderilmesi de dava yoluyla talep edilebilir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Akipek Ş/ Küçükgüngör E, 'İngiliz Hukukunda İşçilerin Haksız Fiilleri Dolayısıyla İşverenin Kusursuz Sorumluluğu' 2000 Seyfullah Edis'e Armağan 741-751.
- Akipek J/Akıntürk T/Ateş D, *Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Birinci Cilt* (16. Baskı Beta Basım 2020).
- Arpacı A, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)* (2. Baskı Beta Basım 2000).
- Ataay A, *Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım: Giriş-Hakiki Şahıslar* (3. Baskı Fakülteler Matbaası 1978).
- Atlan H, *Manevi Zararı Tazmin Yolları* (1. Baskı On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Aydos OS, 'Basın Yolu ile Kişilik Hakları İhlallerinde Manevî Tazminat' 2012 16(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-36.
- Ayverdi İ, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük* (2. Baskı Kubbealtı 2011).
- Baygın B/ Nar A, *Medeni Hukuk Dersleri-I*, (1. Baskı Yetkin Yayınları 2021).
- Bellican C, 'Şeref ve Haysiyetin Korunması, Özel Hayatın Gizliliği ve Sanat Özgürlüğü: Özel Hukuk Açısından Bir Değerlendirme', Rona Serozan'a Armağan-Cilt I (1. Baskı On İki Levha Yayıncılık 2010) 535-592.
- Brox H/Walker WD, *Allgemeines Schuldrecht* (41. Aufl. C.H. Beck 2017).
- Çağlayan Aksoy P, *Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini* (1. Bası, On İki Levha 2016).
- Dağabakan FÖ, 'Türkçe ve Almanca Dijital Ortamlarda Kadınların Kullandıkları Hitap İfadeleri' 2021 (2) Diyalog Interkulturelle Zeitschrift Für Germanistik 591-610.
- Deakin S/Johnston A/Markensinis B, *Markensinis and Deakin's Tort Law* (7. Edi. Clarendon Press 2013).
- Dickey, E, 'Forms of Address and Terms of Reference' 1997 33(2) Journal of Linguistics 255-274.
- Drees B, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch-Band 1*, Hrsg. Walter Erman, (Kommentierung zu §§ 823 bis 853) (3. Aufl. Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung 1962).
- Dural M/Öğüz T, *Türk Özel Hukuku Cilt II-Kişiler Hukuku* (23. Baskı Filiz Kitabevi 2022).
- Erlüle F, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevî Tazminat*, (2. Baskı Seçkin Yayıncılık 2015).

- Essendal N, *Basın Yolu ile Kişilik Haklarının İhlali* (1. Baskı Seçkin Yayıncılık 2018).
- Förster C, *Allgemeiner Teil des BGB* (3. Aufl. C.F. Müller 2015).
- Fuchs M/Pauker W/Baumgärtner A, *Delikts- Und Schadensersatzrecht* (9. Aufl. Springer Verlag 2016).
- Gönen D, *Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması* (1. Baskı On İki Levha Yayıncılık 2011).
- Grossen J.M, *Schweizerisches Privatrecht II-Einleitung und Personenrecht*, Hrsg. Max Gutzwiller (1. Aufl. Verlag Helbing & Lichtenhahn 1967).
- Güneş Peschke S, *Roma Hukukundan Günümüze Kişilik Haklarının Korunması (Iniuria)* (1. Baskı Yetkin Yayınları 2014).
- Hausheer H/Aebi-Müller RE, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (4. Aufl. Stämpfli Verlag 2016).
- Helvacı S, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar* (1. Baskı Beta Basım 2001).
- Helvacı S, *Gerçek Kişiler* (8. Baskı Legal Yayıncılık 2017).
- Helle E, *Der Schutz der Persönlichkeit der Ehre und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht* (2. Aufl. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1969).
- Hubmann H, *Das Persönlichkeitsrecht* (2. Aufl. Böhlau Verlag 1967).
- Hürlimann-Kaup B/Schmid J, *Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht* (3. Aufl. Schulthess Juristische Medien AG 2016).
- Işık E, 'Bir Kişilik Değeri Olarak Kişinin Resmi' 2020 78(4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1723-1746.
- İmre Z, *Medeni Hukuka Giriş*, (3. Baskı Fakülteler Matbaası 1980).
- Kara Kılıçarslan S, *Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar*, (1. Baskı On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Karabağ Bulut N, *Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi* (1. Baskı On İki Levha Yayıncılık 2014).
- Karayalçın Y, 'Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması' 1962 19(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 251-275.
- Kılıçoğlu AM, *Medeni Hukuk* (1. Baskı Turhan Kitabevi 2016).
- Kurtulan G, 'Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru' 2017 23(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi 465-504.
- Lehmann H/ Hübner H, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches* (1. Aufl. Walter de Gruyter & CO. 1966)
- McIntire ML, 'Terms of Address in An Academic Setting', 1972 14(7) Anthropological Linguistics 286-291.
- Neethling J, 'Personality Rights: A Comparative Overview' 2005 38(2) The Comparative and International Law Journal of Southern Africa 210-245.
- Oğuz A, *Karşılaştırmalı Hukuk* (1. Baskı Yetkin Yayınları 2003)
- Oğuzman MK/Seliç Ö/Oktay-Özdemir S, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (21. Bası Filiz Kitabevi 2022).
- Oral T, *Tüzel Kişilerin Manevi Zararının Tazmini* (1. Baskı On İki Levha Yayıncılık 2018).
- Oral T/Baş E, 'Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılması ve İkame Yaptırım Önerisi: Özel Hukuk Cezası' 2023 14(53) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 475-548.

- Özcan Büyüktanır BG, 'Bedensel Bütünlüğün İhlali Nedeniyle Ortaya Çıkan Maddi ve Manevi Zararların İngiliz Hukukuna Göre Tazmini' 2017 66(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 49-72.
- Özdemir H, 'Türk ve İsviçre Medenî Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması' 2008 57(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 561-598.
- Özden Merhacı S, 'Common Law Haksız Fiiller Hukukuna Genel Bir Bakış ve İhmale Dayanan Haksız Fiiller' 2012 70(4) Ankara Barosu Dergisi 177-206.
- Özden Merhacı S, *Karşılaştırmalı Hukukta Cezalandırıcı Tazminat (Punitive Damages)* (1. Baskı Yetkin Yayınları 2013).
- Özsunay E, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu* (3. Baskı İstanbul Üniversitesi Yayınları 1977).
- Peifer KN, *Schuldrecht* (6. Aufl. Nomos Verlagsgesellschaft 2020).
- Prosser WL, *Handbook of The Law of Torts*, (4. Edi. West Publishing CO. 1971).
- Rixen S, *Sachs Grundgesetz*, (Kommentierung zu Art. 2), (9. Aufl. C.H. Beck 2021).
- Saymen FH, *Manevi Zarar ve Tazmini Sureti* (1. Baskı Cumhuriyet Matbaası 1940).
- Schmidt-Bleibtreu B/Klein F, *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, (3. Aufl. Hermann Luchterhand Verlag 1973).
- Schwerdtner P, 'Persönlichkeitsschutz im Zivilrecht', *Schutz der Persönlichkeit* (1. Aufl. Verlag Versicherungswirtschaft e. V. 1997) 27-51.
- Serozan R, 'Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler' 2011 11(14) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 93-112.
- Serozan R, *Medenî Hukuk-Genel Bölüm/Kişiler Hukuku* (6. Bası Vedat Kitapçılık 2015).
- Sprau H, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch* (Kommentierung zu BGB §§ 631-853) (76. Aufl. C.H. Beck 2017).
- Strömholm Stig, *Right of Privacy and Rights of the Personality* (1. Edi. P.A. Norstedt & Söners Förlag 1967)
- Tekinay SS, *Medenî Hukuka Giriş Dersleri* (5. Baskı Filiz Kitabevi 1987).
- van Dam C, *European Tort Law* (1. Ed. Oxford University Press 2007).
- Velidedeoğlu HV, *Türk Medenî Hukuku-Cilt I*, (4. Baskı İstanbul Üniversitesi Yayınları 1951).
- Velidedeoğlu HV, *Türk Medenî Hukuku-Cilt I-Cüz 2: Şahsın Hukuku* (6. Baskı Nurgök Matbaası 1963).
- Weiler F, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, (5. Aufl. Nomos Verlagsgesellschaft 2020).
- Weitnauer H, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch-I. Band*, iç Walter Erman (edr.) (Kommentierung zu Anhang zu § 12 BGB) (3. Aufl. Achendorffsche Verlagsbuchhandlung 1962).
- Zevkliler A/Acabey MB/Gökyayla KE, *Zevkliler Medeni Hukuk*, (6. Baskı Seçkin Yayımevi 1999).



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 15.02.2022
Revizyon Talebi: 14.03.2023
Son Revizyon Tarihi: 02.04.2023
Kabul: 02.05.2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Rekabet Hukukunda Uzlaşma Kurumu

Deniz Tanlı*

Öz

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'a, 7246 sayılı Kanun ile getirilen yeniliklerden birisi de uzlaşma mekanizması olmuştur. Aynı değişikliklerle birlikte, uzlaşmaya ilişkin usul ve esasların Rekabet Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelik ile belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Rekabet Kurulu bu görevine ilişkin olarak hazırlanmış olduğu "Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Soruşturmalarda Uygulanabilecek Uzlaşma Usulüne İlişkin Yönetmelik" 15.07.2021 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Söz konusu yönetmeliğin de yürürlüğe girmesiyle beraber kanun değişikliğiyle öngörülen üçleme (de minimis, taahhüt, uzlaşma) tamamlanmıştır. Bu makalenin amacı, Türk rekabet hukuku için yeni bir kurum olan uzlaşmayı tüm yönleriyle incelemektir. Bu kapsamda, makalenin ilk bölümünde, rekabet hukukunda uzlaşmayla ilgili genel nitelikte açıklamalar yapılmış ve hibrit uzlaşma müessesesi ele alınmıştır. İkinci bölümünde, Uzlaşma Yönetmeliği'nde tasarlanan uzlaşma sürecinin tüm safhaları sırasıyla anlatılmış, ilk bakışta meydana gelebilecek sorunlara dikkat çekilmiştir. Bu yapılırken, daha önce kamuoyu görüşüne açılan taslak yönetmelik ile arasındaki farklara da değinilmiştir. Yine aynı bölümde Rekabet Kurulu tarafından verilmiş olan uzlaşma kararları da incelenmiştir. Üçüncü bölümünde, Avrupa Birliği rekabet hukukundaki yerleşmiş uygulama istatistikleri verileriyle anlatılmış ve uzlaşmaya ilişkin düzenlemeler karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Buradan hareketle Türk rekabet hukukuna yönelik çeşitli çıkarımlar yapılmıştır. Dördüncü bölümünde, uzlaşma ile ilgili en önemli konulardan biri olan uzlaşan ve uzlaşmayan taraflar arasındaki ilişki ele alınmıştır. Beşinci bölümünde ise uzlaşmanın özel hukuk alanındaki sonuçlarına değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Uzlaşma Yönetmeliği, Avrupa Birliği, Rekabet Hukuku, Alternatif Çözüm Yolu, Uzlaşma

Settlement Mechanism In Competition Law

Abstract

Pursuant to Law No. 7246, the amendments to Law No. 4054 on the Protection of Competition introduced the settlement mechanism to Turkish competition law. These same amendments stipulate that the procedures and principles regarding the settlement mechanism are to be determined by regulation issued by the Turkish Competition Board. The Regulation on the Settlement Procedure Applicable in Investigations on Agreements, Concerted Practices and Decisions Restricting Competition and Abuses of Dominant Position was prepared by the Turkish Competition Board regarding this duty and was entered into force upon being published in the Official Gazette on July 15, 2021. The enactment of this regulation fulfilled the three points (i.e., *de minimis*, commitments, and settlement) as envisaged by the amendments. The aim of this article is to examine all aspects of the settlement mechanism, which is a new institution for Turkish competition law. In this context, the article's first section provides general explanations about settlement in competition law and discusses the concept of hybrid settlement. The second explains in order all the phases of the settlement procedure as designed in the Settlement Regulation and draws attention to problems that may arise at first glance. While doing so, the article also mentions the differences between the Draft Settlement Regulation, which had been previously opened up to public opinion. This same section also examines settlement decisions that have been rendered by the Turkish Competition

* **Sorumlu Yazar:** Deniz Tanlı (Araştırmacı/Avukat), İstanbul Bilgi Üniversitesi, Rekabet Hukuku ve Politikası Uygulama ve Araştırma Merkezi / CD Hukuk Bürosu, İstanbul, Türkiye. E-posta: deniz.tanli@bilgi.edu.tr ORCID: 0000-0002-9695-3353

Atf: Tanlı D, "Rekabet Hukukunda Uzlaşma Kurumu" (2023) 81(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 21.
<https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.1.0006>



Board. The third section goes on to explain the established practices in the European Union competition law using statistical data and also comparatively examines the regulations regarding settlements. From this point of view, the article makes various assumptions regarding Turkish competition law. The fourth section discusses the relationship between the settling and non-settling parties, one of the most vital issues related to the settlement mechanism. The fifth section then evaluates the consequences of the settlement mechanism from the perspective of private law.

Keywords

Settlement Regulations, European Union, Competition Law, Türkiye, Settlement

Extended Summary

Settlement procedures in competition law involve a method based on the principle of obtaining reduced fines and reaching an agreement regarding specific measures in return for accepting liability that they have committed the violation under investigation and giving up certain rights granted to them, thus allowing for the early termination of the investigation. The settlement mechanism was adopted in Turkish law through the amendments made to Law No. 4054 on the Protection of Competition through Law No. 7246. After these amendments, the Settlement Regulation entered into force by being published in the Official Gazette on July 15, 2021 in order to determine the procedures and principles of the settlement mechanism. Shortly after, the Turkish Competition Board and parties to the proceedings provided the first examples. The settlement mechanism is primarily related to the enforcement policy and has an expanding effect on the competencies of the Turkish Competition Board. Therefore, the mechanism deserves to be examined in detail.

Based on this matter's importance, the current article will discuss the settlement mechanism, which is a new institution in Turkish competition law. While doing so, the article will examine the Settlement Regulation comparatively with two other sets of regulations. The first is the Draft Settlement Regulation, which was opened to public opinion prior to the final version of the Settlement Regulation. The article will assess the change in provisions between the two regulations, as well as the legal consequences that may result. The second comparison occurs with the regulations in the European Union competition law, which were taken as a general example when creating the regulations in the Turkish competition law. Even though these regulations are broadly similar, they have some fundamental differences, and the article will reveal its findings and opinions in this regard.

The article consists of five sections. The first heading under Section 1 will explain the meaning of settlement in competition law. The second heading will present the concept of hybrid settlements and the relevant main procedural and legal problems. The article will discuss in this context whether hybrid settlements violate the presumption of innocence of the non-settling parties in light of the decisions made in the European Union.

Section 2 will explain how the settlement mechanism has been designed in Turkish law through all its phases. This same section will also discuss the constitutionality of the Settlement Regulation regarding closing the right to seek legal remedy as a result of the settlement. The article considers this provision to possibly contradict the principle of the rule of law in Article 2 of the Constitution of the Republic of Türkiye (1982), as well as the right to legal remedies in Article 36 of the Constitution. Meanwhile, the article will also mention what changes occurred between the Draft Settlement Regulation that had been opened to public opinion prior to the Settlement Regulation and the final version of the Settlement Regulation. This study finds that some important legal assumptions can be made from this assessment. For example, the article holds the opinion that the parties to the proceedings can be argued to be able to seek legal remedies in terms of the elements removed from the content of the settlement submission. Section 2 will additionally examine all the settlement decisions the Turkish Competition Board have given.

Section 3 will examine settlement procedure in the European Union, with the first heading under Section 3 discussing the purpose of introducing settlement procedure in the European Union and comparing this to the purpose in Turkish law. The second heading under Section 3 will analyze settlement practices in the European Union. In this context, the article will first assess whether settlement procedure is widely used in the European Union in light of statistical data. This same heading will also examine the cooperation procedure used for violations other than cartels in the European Union. The third heading under Section 3 will explain settlement procedure in the European Union through all its phases. While doing so, the article will mention the differences the European Union's settlement procedure have with Türkiye's Settlement Regulation. One of the most important differences is seen to be that the European Union allows legal remedies to be sought against a given settlement decision. Therefore, this article will also examine examples where settlement decisions had been appealed in the European Union.

Section 4 discusses the relationship between the settling and non-settling parties. In this context, it will examine whether a settlement violates the principle of equal treatment for the non-settling parties by referring to precedents in the European Union.

Section 5 finishes by evaluating the consequences of the settlement mechanism from the perspective of private law.

I. Rekabet Hukukunda Uzlaşma

A. Genel Olarak

Rekabet otoriteleri, detaylı soruşturma süreçleri için yüksek maliyetli kaynaklar kullanır. Bu maliyetlerden tasarruf edilebilmesi adına, rekabet hukukunda çeşitli alternatif çözüm yolları öngörülmüştür. Bunlardan birisi de uzlaşmadır. Uzlaşma kurumu en genel hâliyle, *“Teşebbüslerin inceleme konusu ihlali gerçekleştirdiklerini kabul etmeleri ve kendilerine tanınan birtakım haklardan vazgeçerek incelemenin erken sonlandırılmasına olanak sağlamaları karşılığında cezada indirim elde etmeleri ve birtakım tedbirler üzerinde uzlaşılması esasına dayanan yöntemler”* olarak tanımlanabilir¹.

Avrupa Birliği (“AB”) rekabet hukukunda uzlaşma mekanizması, 773/2004 sayılı Komisyon Tüzüğü’nde 2008 yılında yapılan değişiklikle² uygulanmaya başlanmıştır³. Türk hukukuna ise ancak 2020 yılının Haziran ayında yapılan kanun değişikliği ile girmiştir⁴. Gerek AB gerekse Türk rekabet hukukunda düzenlenen uzlaşma kurumuyla ilgili akılda tutulması gereken en temel hususlardan biri, uzlaşmanın teşebbüslere tanınan bir hak olarak değil rekabet otoritelerine tanınan bir yetki olarak öngörülmüş olduğudur⁵. Şüphesiz, bu yetkinin kullanımında keyfilikten uzak davranılması ve objektif kriterler uygulanması gerekir. Bu husus, özellikle uzlaşma kurumunun Türk hukukunda ilk defa uygulanacağı düşünüldüğünde, hukuki belirliliğin sağlanması adına elzemdir. Aksi takdirde keyfilik algısına yol açabilir ve teşebbüsler uzlaşmaya başvurmaktan imtina edebilir. Bu da daha baştan uzlaşma kurumundan beklenen etkinliklerin sağlanamamasına yol açacaktır.

B. Uzlaşma Türleri

1. Hibrit Uzlaşma

Öncelikle hibrit uzlaşma konusunu neden ele aldığımıza değinmek yararlı olacaktır. Buradaki amacımız, hibrit uzlaşmayla ilgili yaşanan usuli ve hukuki sorunları ortaya koymaktır. Bu sayede makalenin devamında uzlaşma prosedürü anlatılırken beklenen

¹ Metin Pektaş, Rekabet Hukukunda Alternatif Bir Yol: Uzlaşma (Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi 2008) 14.

² Commission Regulation (EC) 622/2008 of 30 June 2008 amending Regulation (EC) No 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases [2008] OJ L171 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0622>> Date of Access 6 April 2021.

³ Michael Hellwig and Kai Hüschelrath, ‘Cartel Cases and the Cartel Enforcement Process in the European Union 2001–2015: A Quantitative Assessment’ (2017) Vol. 62(2) (The Antitrust Bulletin) 400, 428.

⁴ Bkz 7246 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (RG 24.06.2020/31165) <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/06/20200624-1.htm>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2021. Ayrıca bu değişikliğe dayanılarak çıkarılan uzlaşma kurumuna ilişkin yönetmelik için bkz Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Soruşturmalarda Uygulanabilecek Uzlaşma Usulüne İlişkin Yönetmelik (“Uzlaşma Yönetmeliği veya “Yönetmelik”) (RG 15.07.2021/31542) <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/07/20210715-6.htm>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2021.

⁵ Ebru İnce ve Neyzar Ünübol, ‘Uzlaşma: Belirsizliğe Yolculuk’ (2015) 16(4) (Rekabet Dergisi) 27, 50.

usuli faydaların neler olduğu ve olağan soruşturma usulü ile arasındaki kontrastın daha iyi anlaşılacağı düşünülmektedir. Ancak belirtelim ki hibrit uzlaşma konusu oldukça kapsamlı ve başlı başına ayrı olarak incelenmesi gereken bir konudur.

Bir rekabet soruşturmasında ihlalin tüm taraflarıyla uzlaşılabilmesi gibi yalnızca belirli teşebbüslerle de uzlaşılabilir. İşte bu duruma hibrit uzlaşma denilmektedir. Bu durum rekabet otoritesinin diğer tarafların zararına olacak şekilde uzlaşma sürecini sona erdirmesini zorunlu kılmaz. Hibrit uzlaşma iki şekilde meydana gelebilir. *Birincisi*, soruşturmaya taraf teşebbüslerden bazıları daha başından uzlaşma prosedürünü işletmeyi reddedebilir. *İkincisi*, uzlaşma görüşmelerine başlayan bir teşebbüs daha sonra uzlaşma sürecinden çekilebilir⁶. Bu iki ihtimal arasında önemli bir fark vardır. Taraflardan bazılarının uzlaşmayı tercih etmediğinin baştan belli olduğu ilk ihtimalde, rekabet otoritesi uzlaşma usulünü işletmekten kaçınabilir⁷. İkinci ihtimalde ise uzlaşma görüşmeleri artık başlamış olduğu için geriye tek bir seçenek kalmaktadır. O da ilgili teşebbüs için olağan soruşturma usulünü takip etmektir⁸.

Hibrit uzlaşma durumunda rekabet otoritesi aynı dosya için hem uzlaşma prosedürünü hem de diğer (uzlaşmayan) teşebbüsler için olağan soruşturma prosedürünü yürütmek zorundadır. Şüphesiz ki böyle bir durumda uzlaşmadan elde edilecek kazanımlar düşecektir⁹. Bu nedenle hibrit uzlaşma diye bir müessesenin olması eleştirilebilir. Ancak örneğin soruşturma taraflarının büyük çoğunluğunun uzlaşmayı tercih ettiği bir dosyada, beklenen usuli faydalar hâlen elde edilebilecektir. Bu nedenle asıl olan, uzlaşma prosedürü ile beklenen usuli faydaların elde edilip edilemeyeceğinin her bir dosya özelinde ayrı ayrı değerlendirilmesidir¹⁰.

a. Hibrit Uzlaşmanın Masumiyet Karinesiyle İlişkisi

Hibrit uzlaşmayla ilgili değinilmesi gereken bir diğer konu, hibrit uzlaşmanın, uzlaşmayı tercih etmeyen tarafların masumiyet karinesini ihlal edip etmediği meselesidir. Şöyle ki Avrupa Komisyonunun (“Komisyon”) ilk hibrit uzlaşma uygulamalarına bakıldığında, önce uzlaşma prosedürü tamamlanıp buna ilişkin karar verilmekte daha

⁶ Flavio Laina and Elina Laurinen, ‘The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges’ (2013) Vol. 4, No. 4 (Journal of European Competition Law & Practice) 302, 309.

⁷ Nitekim gerek Uzlaşma Yönetmeliği’nde gerekse AB’de uzlaşma görüşmelerine başlamak için rekabet otoritesinin göz önünde bulundurabileceği hususlardan birisi de taraflarla ortak bir anlayışa varılmasının mümkün olup olmadığıdır. Bkz aşağıda II/A/1 ve III/C/1.

⁸ Flavio Laina and Aleko Bogdanov, ‘The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments’ (2016) Vol. 7, No. 1 (Journal of European Competition Law & Practice) 72, 74. Belirtelim ki böyle bir durumda diğer teşebbüslerle uzlaşma prosedürüne devam edilip edilmeyeceği tamamen rekabet otoritesinin takdirindedir.

⁹ Amy Dunne, ‘Hybrid Cases Under the EU Cartel Settlement Procedure: The Individuality in Collective Infringement’ (2015) Vol. 6, No. 1 (The King’s Student Law Review) 38, 49.

¹⁰ Laina and Bogdanov ‘Latest Developments’ (n 8) 74.

sonra uzlaşmayan taraflar için olağan soruşturma usulü yürütülmekteydi¹¹. Bu da doğal olarak inceleme konusu eylem hakkında Komisyonun görüşünü baştan açıklaması anlamına gelmektedir. Bu konuya ilişkin ilk itiraz *Yen Interest Rate Derivatives* (“YIRD”) dosyasında uzlaşma prosedürünü kabul etmeyen ICAP tarafından yapılmıştır.

YIRD dosyasında Komisyon, uzlaşmayı kabul eden taraflara ilişkin kararını 04.12.2013 tarihinde vermiştir¹². Komisyon bu kararda uzlaşma prosedürünün tarafı olmamasına rağmen ICAP’ın de kartelin oluşumunda rol aldığını belirtmiştir. Ardından aynı dosyada, uzlaşmayı kabul etmeyen ICAP hakkındaki kararını ise, yaklaşık 1 yıl sonra, 04.02.2015 tarihinde vermiştir¹³. ICAP bu kararda, daha önce uzlaşma tarafları hakkında bir karar verdiği için, Komisyonun kendisinin ileri sürdüğü argümanları dikkate almakta daha az istekli olduğunu da ileri sürmüştür¹⁴. ICAP bu nedenlerle kendisi hakkında verilen karara itiraz etmiştir. Genel Mahkeme kararında, Komisyonun verdiği ilk kararda ICAP’ın davranışının niteliği hakkındaki pozisyonunun kolayca anlaşılabilirliğini ve ICAP’ın uzlaşma görüşmelerinden çekildiği için konu hakkında kendisini savunma imkânının da bulunmadığını belirtmiştir¹⁵. Komisyon ise uzlaşmayan tarafın, uzlaşan taraflar hakkında verilecek kararı geciktirmesinin uzlaşmadan beklenen faydalara aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Genel Mahkeme, uzlaşmadan beklenen faydalar ne kadar önemli olursa olsun normlar hiyerarşisi gereği Komisyonun uzlaşma prosedürünü temel hak ve özgürlükleri ihlal etmeden yürütmesi gerektiğini belirterek ICAP’ın masumiyet karinesinin ihlal edildiği yönündeki savunmasını kabul etmiştir¹⁶. Ancak bu hibrit uzlaşmanın mümkün olmadığı anlamına gelmemektedir. Genel Mahkeme bu duruma çözüm olarak, diğerleri meyanında, uzlaşma kararı ile olağan soruşturma prosedürü sonunda verilecek kararın aynı tarihte alınabileceğini ifade etmiştir¹⁷. Genel Mahkeme diğer taraftan, ICAP hakkında verilen asıl kararda (2015 yılında verilen karar) gerekli yasal standartlar sağlandığı için ICAP’ın itirazını reddetmiştir¹⁸.

¹¹ Flavio Laina and Aleko Bogdanov, ‘The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments (2017-2018)’ (2019) Vol. 10, No. 5 (Journal of European Competition Law & Practice) 322, 324; Johan Ysewyn and Laura Corbett ‘Case T-180/15 ICAP and Others v Commission, 10 November 2017: Win-Win in the Cartel Settlement Procedure: Is There a Shift in the Balance of Power’ (2018) 4(1) (Competition Law & Policy Debate) 4, 5.

¹² *Yen Interest Rate Derivatives* (Case COMP AT.39861) Commission Decision C(2013) 8602 [2013] <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39861/39861_4165_3.pdf> Date of Access 25 December 2021.

¹³ *Yen Interest Rate Derivatives* (Case COMP AT.39861) Commission Decision C(2015) 432 [2015] <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39861/39861_4230_3.pdf> Date of Access 25 December 2021.

¹⁴ *ibid* para 64.

¹⁵ Case T-180/15 *ICAP and others v Commission* [2017] ECR II paras 260, 261 and 263 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015TJ0180&from=en>> Date of Access 25 December 2021.

¹⁶ *ibid* paras 266 and 269.

¹⁷ *ibid* para 268. Belirtelim ki Uzlaşma Yönetmeliği’nin ilk hâlinde de bu durumun önüne geçmeye hizmet eden bir hüküm öngörülmüştü. Uzlaşma Yönetmeliği’nin mülga 9/3. maddesine göre “Soruşturmanın en az bir teşebbüs veya teşebbüs birliği bakımından devam ettiği hallerde, gerekçeli uzlaşma nihai kararı, soruşturma sonunda verilecek nihai kararın alınmasından önce uzlaşma tarafına tebliğ edilmez.” Ancak bu hüküm daha sonra yürürlükten kaldırılmıştır. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz aşağıda II/B/5.

¹⁸ *ibid* para 278. ICAP kararı hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz Laina and Bogdanov ‘Latest Developments (2017-2018)’ (n 11) 224-225; Ysewyn and Corbett (n 11).

Konuya ilişkin en güncel karar Avrupa Birliği Adalet Divanının (“ABAD”) *Pometon* kararıdır¹⁹. *Pometon*, Komisyonun çelik aşındırıcı (*steel abrasives*) üreticileri kartel dosyasının taraflarından biridir. Dosya kapsamında incelenen beş teşebbüsün tamamı uzlaşma usulüne başvurmuştur. *Pometon* daha sonra uzlaşma usulünden çekilmiştir. Komisyon, uzlaşma taraflarına ilişkin kararını 02.04.2014 tarihinde vermiştir²⁰. *Pometon*’a ilişkin kararını ise olağan soruşturma usulü sonucunda 25.05.2016 tarihinde vermiştir²¹. Ardından *Pometon* bu karara Genel Mahkeme nezdinde itiraz etmiştir²². *Pometon* itirazında, uzlaşmaya dâhil olmamasına rağmen uzlaşma kararında adının geçtiği (referans verildiği) ve kendisine ilişkin tespitler yapıldığı gerekçesiyle masumiyet karinesinin ve savunma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür²³. Komisyon savunmasında, uzlaşma kararının yalnızca diğer dört teşebbüse yönelik olduğunu belirtmek amacıyla *Pometon*’un adının kararda yer aldığını, ilgili yerlerde *Pometon*’un herhangi bir ihlal gerçekleştirdiğine dair bir sonuca varılmadığını ifade etmiştir²⁴. Genel Mahkemeye göre Komisyon, hibrit uzlaşmalarda uzlaşmayan tarafın temel haklarının korunması için her türlü önlemi almalıdır. Bu önlemlerin Komisyonu uzlaşma kararında uzlaşmayan tarafın adını mümkün olduğunca geçirmemeye sevk edeceği de bir gerçektir. Ancak bu durum uzlaşmayan tarafın adının doğrudan veya dolaylı olarak hiçbir şekilde kullanılmayacağı anlamına gelmez²⁵. Genel Mahkeme, somut olayda masumiyet karinesinin ihlal edilip edilmediğini değerlendirmek için temel olarak şu iki unsuru incelemiştir. *Birincisi*, Komisyonun uzlaşma kararını yazarken *Pometon*’un da ihlale (kartele) dâhil olup olmadığına ilişkin erken bir tespit (*premature judgment*) yapılmaması için gerekli önlemleri alıp almadığıdır. *İkincisi*, uzlaşma kararında *Pometon*’a verilen referansların gerekli olup olmadığıdır. Genel Mahkeme birinci unsura ilişkin olarak, Komisyonun uzlaşma kararında *Pometon*’un uzlaşmaya tabi olmadığını (olağan prosedüre tabi olacağını) açıkça belirttiğini ve *Pometon*’a verilen referansların uzlaşma taraflarını belirleme amacına hizmet ettiğini tespit etmiştir²⁶. İkinci unsura ilişkin olarak ise, davanın olguları anlatılırken karteli meydana getiren olayları doğru bir şekilde tanımlamak ve uzlaşan tarafların sorumluluğunu tam olarak incelemek için *Pometon*’un adının zikredilmesinin gerekli olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak, Komisyonun gerekli hukuki korumayı

¹⁹ C-440/19 P *Pometon v Commission* [2021] ECR I <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019CJ0440&from=en>> Date of Access 23 March 2023.

²⁰ *Steel Abrasives* (Case COMP AT.39792) Commission Decision C(2014) 2074 [2014] <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39792/39792_2603_3.pdf> Date of Access 23 March 2023.

²¹ *Steel Abrasives* (Case COMP AT.39792) Commission Decision C(2016) 3121C [2016] <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39792/39792_2737_3.pdf> Date of Access 23 March 2023.

²² Case T-433/16 *Pometon v Commission* [2019] ECR II <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62016TJ0433&from=en>> Date of Access 23 March 2023.

²³ *ibid* para 38.

²⁴ *ibid* paras 47, 50.

²⁵ *ibid* para 72.

²⁶ *ibid* paras 65, 67, 76, 81, 82.

sağladığını belirterek Pometon'un bu itirazını²⁷ reddetmiştir²⁸. Pometon, Genel Mahkemenin kararına ABAD nezdinde itiraz etmiştir. ABAD, Komisyonun hibrit uzlaşma sonucunda verdiği kararda, uzlaşmayan taraflarla ilgili bazı olgu ve davranışlara değinmesi objektif olarak gerekse bile bunun masumiyet karinesini ihlal edecek şekilde yapılmaması gerektiğinin altını çizmiştir²⁹. Dava konusu olayda ise Komisyonun gerekçelendirmesini doğru bularak³⁰ ve itirazı reddetmiştir.

Pometon kararıyla AB mahkemelerinin hibrit uzlaşmada uzlaşmayan tarafın masumiyet karinesinin ihlal edilip edilmediğine ilişkin güncel yaklaşımı netleştirmiştir. Buna göre uzlaşma kararında uzlaşmayan teşebbüsün adının geçmesi otomatik olarak masumiyet karinesini ihlal etmeyecektir. Ancak uzlaşma kararında uzlaşmayan tarafının adı kullanılırken dikkat edilmelidir. Özellikle uzlaşma kararının uzlaşmayan tarafı bağlamadığı belirtilmelidir. Ayrıca uzlaşmayan tarafın hukuki durumu hakkında bir niteleme yapılmamalıdır. Uzlaşmayan tarafın adı ancak zorunlu olduğu ölçüde (Örneğin olayın tarif edilmesi.) kararda geçebilir. Bu yaklaşımın ilerleyen dönemde Kurulun yürüteceği hibrit uzlaşmalarda da yol gösterici olabileceğini düşünüyoruz.

2. Tüm Taraflarla Uzlaşma

Uzlaşma kurumunun varlık sebebi sağlamış olduğu usuli faydalardır. Bu nedenle asıl hedef ihlalin tüm taraflarıyla uzlaşmaktır. Zira rekabet otoriteleri uzlaşma usulü ile hedeflenen zaman ve maliyet tasarrufunu en iyi bu şekilde sağlayacaktır. Rekabet otoritelerinin tüm taraflarla uzlaşabilmesinin bir yolu, taraflardan en azından biriyle uzlaşma görüşmelerini başlatmasıdır. Zira birden çok teşebbüsün dâhil olduğu ihlallerde, ihlale taraf teşebbüslerden birinin ya da birkaçının uzlaşma görüşmelerine başlaması diğerlerini de uzlaşma usulüne başvurmaya güdüleyecektir. Hatta burada pişmanlık benzeri bir etkinin yaşanacağını söylemek dahi mümkündür. Bu ifademizi açalım: Pişmanlık kurumunda, pişmanlığa başvuran teşebbüslerin sırasına göre idari para cezasında belli oranda indirim yapılmaktadır³¹. Bu nedenle, bir tarafın pişmanlık başvurusunda bulunduğunu öğrenen diğer teşebbüslerin de pişmanlığa başvurma yönünde motivasyonları olabilmektedir. İşte uzlaşma kurumunda da bir tarafın ihlali kabul edip uzlaşabileceğini gören diğer teşebbüsler de uzlaşmaya gitmek isteyecektir. Örneğin, teşebbüslerden biri ya da birkaçıyla uzlaşma görüşmelerine başladığını düşünelim. Bu durumda diğer teşebbüsler dosya kapsamında ihlal kararı çıkmasının daha olası (hatta neredeyse kesin) olduğunu düşünecektir. Zira taraflardan bazılarıyla uzlaşıp bazılarıyla uzlaşmadığı hibrit bir senaryoda, uzlaşmayan taraflar hakkında

²⁷ Genel Mahkeme, Pometon'un para cezasının hesaplanması yönünden yaptığı itirazı ise kabul etmiştir. Bkz ibid para 317 vd.

²⁸ ibid para 103.

²⁹ (n 19) para 65.

³⁰ Birinci unsur için bkz ibid paras 69-74. İkinci unsur için bkz ibid paras 75-84.

³¹ Bkz Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik ("Pişmanlık Yönetmeliği") (RG 15.02.2009/27142) m 5.

daha sonra ihlal olmadığına karar verilmesi hukuken mümkün olmakla birlikte uzlaşma kurumunu temelden sona erdirebilecek bir uygulama olacaktır³². Öyleyse diğer taraflar için de uzlaşmak daha iyi (akılcı) bir strateji olabilir. Belirtelim ki bu gibi çoklu ihlal senaryolarında oyun teorisi de devreye girmektedir.

II. Türk Hukukunda Uzlaşma Kurumu

Türk hukukunda uzlaşma kurumu 4054 sayılı Kanun'un ("Kanun") 43/5 ile 43/9. maddeleri arasında ve Uzlaşma Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Uzlaşma Yönetmeliği'nin "Uzlaşma Süreci" başlıklı ikinci bölümünde, uzlaşmanın genel ilkeleri ve safhaları birlikte düzenlenmiştir. Uzlaşmanın genel ilkeleri ile kastedilen, başlatılacak olan her uzlaşma süreci için geçerli olan genel kurallardır. Bu nedenle aşağıda "Uzlaşmanın Hükümleri" başlığı altında incelenmiştir. Bu kurallar arasında uzlaşmanın zamanı, kim tarafından başlatılabileceği, başlatılmasında göz önüne alınabilecek olan hususlar, yapılabileceği azami süre, uygulanacak indirim oranı ve sona erme sebepleri yer almaktadır.

A. Uzlaşmanın Hükümleri

Kanun'un ("Kanun") 43/5. ve Uzlaşma Yönetmeliği'nin 4/1. maddesinde, uzlaşmanın ne zaman ve kim tarafından başlatılabileceği düzenlenmiştir. Buna göre Rekabet Kurulu ("Kurul"), soruşturmaya başlanmasından sonra, soruşturma taraflarının talebi üzerine veya resen uzlaşma usulünü başlatabilir. Görülebileceği üzere uzlaşma, ön araştırma sürecinde değil ancak soruşturmanın başlamasından sonra başvurulabilecek bir kurum olarak düzenlenmiştir. Diğer taraftan hem soruşturma tarafları hem de Kurul uzlaşma teklif edebilmektedir.

Kanun'da ve Yönetmelik'te ayrıca uzlaşmanın yapılabileceği azami süre de belirtilmiştir. Buna göre uzlaşma, soruşturma raporunun tebliğine kadar yapılabilir³³. Soruşturma raporu, Kanun'un 43/1. maddesine göre en geç altı ay içinde tamamlanır. Gerekli görüldüğü hâllerde bir defaya mahsus olmak üzere Kurul tarafından altı aya kadar ek süre verilebilir. Uygulamada genellikle altı aylık ek süre de kullanılmaktadır. Ardından bu rapor, Kanun'un 45. maddesine göre taraflara tebliğ edilir. Dolayısıyla, toplamda yaklaşık bir yıllık bir süre içerisinde uzlaşma yapılmalıdır.

Uzlaşma usulü sonucunda idari para cezasında yüzde ondan yüzde yirmi beş kadar indirim uygulanabilir³⁴. Burada Kurulun bir takdir yetkisi vardır. Hemen belirtelim ki bu indirim, Kabahatler Kanunu'nun 17/6. maddesinde yer alan yüzde

³² Nitekim bu hususu IV. bölümde ele alıyoruz.

³³ Kanun m 43/5 ve Uzlaşma Yönetmeliği m 4/3.

³⁴ Uzlaşma Yönetmeliği m 4/4.

yirmi beşlik peşin ödeme indiriminin uygulanmasına engel teşkil etmez³⁵. Yani bir teşebbüs uzlaşma kapsamında en fazla %25 + %25 indirim alabilir.

Uzlaşma sonucunda uygulanabilecek indirim oranıyla ilgili olarak, Kanun'da ve daha önce kamuoyu görüşüne açılan taslak yönetmelikte (“Yönetmelik Taslağı veya Taslak Yönetmelik”), yüzde yirmi beşe kadar indirim uygulanabileceği düzenlenmişti³⁶. Dolayısıyla, uzlaşma sonucunda yüzde bir, yüzde beş veya yüzde yirmi beş indirim uygulanması teorik olarak mümkündür. Uzlaşma Yönetmeliği'nde ise Kanun'dan ve Yönetmelik Taslağı'ndan farklı olarak uzlaşılması hâlinde en az yüzde onluk bir indirim uygulanacağı öngörülmüştür³⁷. Bu şekilde bir asgari indirim oranının belirlenmesinin uzlaşmaya teşvik edici etkileri olabileceğini düşünmekteyiz. Gerçekten, yüzde on ile yüzde yirmi beş arasında bir indirim alabileceğini bilen bir teşebbüsün uzlaşma usulüne başvurma ihtimali yükselebilecektir.

Uzlaşma kurumunun belki de en önemli sonuçlarından biri Kanun'un 43/8. ve Uzlaşma Yönetmeliği'nin 4/5. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “*Sürecin uzlaşma ile neticelenmesi halinde, idari para cezası ve uzlaşma metninde yer alan hususlar uzlaşmanın taraflarınca dava konusu yapılamaz.*” Nelerin dava konusu yapılamayacağını anlamak için uzlaşma metninin içeriğine bakmakta yarar vardır. Bu husus Yönetmelik'in 8/1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, uzlaşma metninin içermesi gereken unsurlardan biri de uzlaşma tarafının ihlalin varlığını ve kapsamını kabul ettiğine dair açık beyanıdır³⁸. Demek ki uzlaşma yoluna başvuran

³⁵ Bkz Kanun m 43/7.

³⁶ Bkz Kanun m 43/7 ve Yönetmelik Taslağı m 4/4 <<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/uzlasma-yonetmeliği-taslagı-pdf>> Erişim Tarihi 18 Mart 2021.

³⁷ Bu farklılık nedeniyle normlar hiyerarşisine aykırılık sorunu gündeme gelebilir. Gerçekten Kurul, kanun koyucunun uzlaşma usulü sonucunda öngördüğü indirim aralığını, uzlaşmaya başvuran teşebbüslerin lehine olacak şekilde daraltmıştır. Ancak kanaatimizce bu durum normlar hiyerarşisine aykırılık teşkil etmemektedir. Zira kanun koyucu, Kanun'un 43/7. maddesinde, Kanun'u uygulamakla yetkili Kurula uzlaşma usulü sonucunda yüzde yirmi beşe kadar indirim uygulayabilmesi konusunda bir takdir yetkisi vermiştir. Ayrıca Kanun'un 43/9. maddesinde uzlaşmaya ilişkin usul ve esasların Kurul tarafından çıkarılacak olan yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir. Anayasa'nın 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 çıkarabilirler.*” Kurul da kendisine verilen takdir yetkisini, Kanun'da belirlenen sınırlar içerisinde, uzlaşma kapsamında yüzde ondan aşağı indirim uygulamayacağı yönünde kullanmıştır. Kurul bunu fiili uygulaması ile de yapabildi. Bu durum kanunun lafzına doğrudan bir aykırılık teşkil etmemektedir. Nitekim Kurul, Kanun'un öngördüğü üst sınır olan yüzde yirmi beşe kadar indirim uygulayacaktır. Ancak alt sınırı, takdir yetkisi içerisinde, yüzde on olarak belirlemiştir. Burada Kurulun yüzde ona kadar indirim uygulama imkânını ortadan kaldığı da ileri sürülebilir. Ancak Kurul (idare) burada kişilerin haklarını Kanun'da düzenlenen daha geniş şekilde kısıtlamamaktadır. Aksine, kendi takdir yetkisini teşebbüslerin lehine olacak şekilde sınırlandırmaktadır. Normlar hiyerarşisine aykırılığın gündeme geldiği olaylarda ise idare, kişilerin haklarını herhangi bir kanunda öngörülen yetkisini aşacak şekilde sınırlandırmaktadır. Diğer taraftan Kurulun bu uygulaması üçüncü tarafların hakkını da sınırlandırmamaktadır. Şöyle ki ihlalden zarar görenler uzlaşma sonucunda örneğin yüzde beş indirim uygulanması gerektiğini ileri sürerek uzlaşma nihai kararına itiraz edemez. İhlalden zarar görenlerin uygulanacak idari para cezasının tutarı üzerinde bir hakkı bulunmamaktadır. Zira burada uygulanan bir tazminat değil idari para cezasıdır. Bununla birlikte, Türk rekabet hukukuna uzlaşma kurumunun getiriliş amacı sağlayacağı usuli faydalardır. Dolayısıyla haklarında inceleme yürütülen teşebbüslerin de uzlaşma kurumuna başvurmaları istenir. Bu nedenle Uzlaşma Yönetmeliği'ndeki bu düzenlemenin kanun değişikliğinin amacına da uygun olduğunu düşünüyoruz.

³⁸ Bkz Uzlaşma Yönetmeliği m 8/1-a.

bir teşebbüs, sonucunda verilen nihai karara karşı temel olarak³⁹ şu üç hususta idari yargıya başvuramayacaktır. Birincisi, verilecek olan idari para cezası; ikincisi, ihlalin varlığı ve üçüncüsü, ihlalin kapsamı.

Uzlaşma metni kapsamında kabul edilmesi gereken husular esasen Yönetmelik Taslağı'nda daha geniş kapsamlı olarak düzenlenmişti. İlgili düzenlemeye göre uzlaşma metninin; uzlaşma tarafının ihlalin varlığını, kapsamını, süresini, sonuçlarını ve ihlalden doğan sorumluluğunu kabul ettiğine dair açık beyanını içermesi gerekmektedir⁴⁰. Uzlaşma metninin kapsamının bu derece geniş tutulması, uzlaşma ile sonuçlanan bir inceleme bakımından idari yargı yolunun tamamen kapatılmış olduğu sonucuna ulaştırabilecekti. Uzlaşma Yönetmeliği'nde ise uzlaşma metninin kapsamı daraltılmıştır. Bu çerçevede, uzlaşma tarafının ihlalin varlığını ve kapsamını kabul etmesi yeterli olup ayrıca ihlalin süresini, sonuçlarını ve ihlalden doğan sorumluluğunu kabul etmesine gerek yoktur. Peki bu değişiklik ne anlama gelmektedir? Bize göre bu değişiklikten sonra uzlaşma tarafı; ihlalin süresi, sonuçları ve sorumluluğu yönünden idari yargıya başvurabilecektir. Açıklayalım: Örneğin, birden fazla teşebbüsün soruşturulduğu bir dosyada, uzlaşma sonucunda, ihlalde eşit payı olanlara farklı oranlarda indirim verilmiş olsun. Bu ihtimalde uzlaşma tarafı, ihlaldeki sorumluluğunun yanlış değerlendirildiğini ileri sürerek idari yargıya başvurabilecektir. Aynı örneği süre bakımından da verebiliriz. İhlalin süresi temel para cezasının hesaplanması bakımından göz önünde bulundurulmuş kriterlerden birisidir⁴¹. Bu durumda uzlaşma tarafı, temel para cezası hesaplanırken ihlalin süresinin yanlış değerlendirildiğini ileri sürerek idari yargıya başvurabilecektir. Özetle, uzlaşma metninin daraltılan kapsamı bakımından, bu hususların, idari yargı denetimine açılmış olduğu söylenebilecektir⁴².

³⁹ “Temel olarak” dememizin sebebi Yönetmelik'in 8. maddesinde uzlaşma metninin içermesi gereken başka unsurların da olmasıdır. Ancak bunlar dosyanın esasını etkileyebilecek itiraz konuları değildir. Örneğin uzlaşma tarafı, hakkındaki iddialar konusunda yeterli derecede bilgilendirildiğini ve kendi görüşlerini ve açıklamalarını aktarmak için yeterli imkân tanıdığını da uzlaşma metni kapsamında kabul etmektedir. Dolayısıyla uzlaşma tarafı bu hususlara dayanarak da idari yargı yoluna başvuramayacaktır.

⁴⁰ Bkz Yönetmelik Taslağı m 8/1-a.

⁴¹ Bkz Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik (“Ceza Yönetmeliği”), RG 15.1.2009/27142, m 5/3-a ve 5/3-b.

⁴² Burada uzlaşma metninde yer alan “ihlalin varlığı ve kapsamı” ifadesinin süre, sonuç ve sorumluluğu da içerdiği ileri sürülebilir. Ancak görüşümüze göre “ihlalin varlığı” ifadesi, teşebbüsün ihlalin var olduğunu kabul etmesinden ibarettir. Diğer bir ifadeyle teşebbüs artık ihlalin şartlarının sağlanmadığını ve dolayısıyla ihlalin hiç oluşmadığını ileri süremez. Örneğin bir teşebbüsün sözleşme yapmayı reddetme ihlal isnaatı sonucunda uzlaştığını düşünelim. Bu durumda daha sonra Hakim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Davranışlarına İlişkin Kılavuz'un (Rekabet Kurumu, Kabul Tarihi: 29.1.2014, Karar Sayısı: 14-05/97-RM(1)) 43. paragrafında yer alan şartların sağlanmadığı gerekçesiyle karara itiraz edemeyecektir. “İhlalin kapsamı” ifadesi ise teşebbüsün ihlalin nitelendirilmesini kabul etmesidir. Örneğin bir teşebbüsün uzlaşma sonucunda ihlalin kapsamının kartel olduğunu kabul ettiğini düşünelim. Bu durumda daha sonra gerçekleştirdiği eylemin rekabete duyarlı bilgi değişimi olduğu gerekçesiyle karara itiraz edemeyecektir. Buna ek olarak, Taslak Yönetmelik'ten sonra yayımlanan Uzlaşma Yönetmeliği'nde uzlaşma metninde yer alan itiraz edilemeyecek bazı hususların çıkarılmasının da bir anlamı olmalıdır. Eğer herhangi bir değişiklik olmayacaksa madde metninden bu ifadeleri çıkarmanın da hiçbir anlamı yoktur. Aksi takdirde Rekabet Kurumu (“Kurum”) burada abesle işteğal etmiş olacaktır. Bu nedenle bu makalenin yazarı, uzlaşma metninin daraltılan kapsamı bakımından idari yargıya başvurulabileceğini düşünmektedir. Belirtelim ki bunun önünde kanuni bir engel de yoktur. Kanun'un ilgili 43/8. maddesinde, sürecin uzlaşma ile neticelenmesi hâlinde idari para cezası ve uzlaşma metninde yer alan hususların dava konusu yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Yani itiraz edilemeyecek konular, idari para cezası ve uzlaşma metninin içerdiği hususlarla sınırlıdır. Uzlaşma metninin içeriği ise Uzlaşma Yönetmeliği'nde düzenlenmektedir. Diğer bir ifadeyle itiraz edilemeyecek hususlar, Kanun'un 43/8. maddesinin atfıyla Uzlaşma Yönetmeliği'nde öngörülmüştür. Bu nedenle kanun hükmüne bir aykırılık da bulunmamaktadır. Diğer taraftan, idari para cezasına itiraz edilememesi de Anayasa'ya aykırılık teşkil edebilir. Nitekim bu konuyu yine bu başlık altında ele alıyoruz.

Bu açıdan bakıldığında her ne kadar uzlaşma metninin kapsamının daraltılması olumlu bir tercihi yansıtırsa da kanaatimizce Kanun'un 43/8. maddesinde de yer alan bu düzenlemenin Anayasa'ya uygunluğu hâlen tartışmaya açılabilir. Hükümün amacının, uzlaşma sonunda teşebbüsün idari yargıya gitmesi hâlinde sürecin uzamasının önüne geçmek olduğu açıktır. Ancak hukuk devletinin temel ilkelerinden birisi de idarenin tüm kararlarının yargı denetimine açık olmasıdır. Bu nedenle, ileride bu hükümün Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine ve 36. maddesinde yer alan hak arama hürriyetine aykırı olduğu ileri sürülebilecektir. Konuyu biraz daha açalım: AB uygulamasında taraflar, uzlaşma usulünü kabul etmeleri hâlinde dosyaya erişim ve sözlü savunma haklarından vazgeçmekte ancak uzlaşma sonucunda verilen kararı yargı yoluna taşıyabilmektedir⁴³. Türk hukukunda ise bu imkânlar başvurulmamasının yanı sıra teşebbüslerin, idari para cezası ve uzlaşma metninde yer alan hususlar bakımından yargı yoluna başvuru hakları da ellerinden alınmaktadır. Dolayısıyla sürecin kısaltılmasına yönelik kamusal menfaat ile teşebbüslerin hak arama hürriyeti arasında bir değiş tokuş (*trade-off*) yapıldığı söylenebilir. Yani burada hakların dengelenmesi söz konusudur. Bu tip dengelemelerin hakların çatıştığı durumlarda gündeme gelmesi normaldir. Ancak teşebbüslerin birtakım usuli haklarının ellerinden alınmasının yanında yargı yolunun da kapatılması ile buradaki denge tamamen diğer taraf lehine bozulacaktır. Hâl böyle olunca da herhangi bir “denge”den söz etmek mümkün değildir.

Teşebbüsler, uzlaşma sonucunda verilen nihai karara karşı en azından iki nedenle yargı yoluna başvurabilmelidir. *Birincisi*, verilen idari para cezası Ceza Yönetmeliği'ne göre yanlış hesaplanmış olabilir. Bu kapsamda örneğin, temel para cezası hesaplanırken teşebbüsün yıllık gayrisafi gelirleri (cirosu) yanlış hesaplanmış olabilir⁴⁴. *İkincisi*, uzlaşma tarafı verilen indirim oranına karşı itiraz edebilir. Zira teşebbüs, indirim oranını, her ne kadar yapılan müzakereler sonucunda kendisi kabul etmiş olsa da bunu özel hukuk ilişkisi içerisinde kendi hür iradesiyle değil bir soruşturma tehdidi altında yapmıştır. Bu duruma çözüm olarak şu iki yöntemin uygun olabileceğini düşünmekteyiz. Bunlardan *ilki* mehz AB hukukundaki düzenlemenin aynen alınmasıdır. Bu sayede, uzlaşma sonucunda verilen nihai karara karşı teşebbüsler, herhangi bir kısıtlama olmaksızın idari yargı yoluna başvurulabileceklerdir. *İkincisi*, -mutlaka bir dava yasağı getirilecekse- ihlalin varlığının ve kapsamının dava konusu edilemeyeceği fakat verilen para cezası miktarına karşı yargı yolunun açık bırakıldığı bir hüküm öngörülebilir. Bu sayede, uzlaşma dosyaları sonucu verilen

⁴³ Bkz aşağıda III/C/3 ve III/C/5.

⁴⁴ Örneğin AB'de uzlaşma sonucunda verilen kararın, bir uzlaşma tarafına ilk defa yargı yoluna götürüldüğü dosyada yapılan itiraz buna ilişkindir. Bu dosyaya aşağıda değinilmiştir. Bkz aşağıda III/C/5.

para cezalarında, yargı denetimine dayanan bir tutarlılık sağlanmış olacaktır⁴⁵. Ancak önemle belirtelim ki bu düzenleme, kaynağını Kanun'dan almaktadır. Uzlaşma Yönetmeliği'nde yapılan şey ilgili hükmün tekrar edilmesinden ibarettir. Dolayısıyla buradaki değişikliğin konusunu Kanun hükmü oluşturmaktadır⁴⁶.

Diğer taraftan, bu hükmün uzlaşma kurumuna başvurulmasını azaltıcı bir etkisi olabileceği de düşünülmektedir. Şöyle ki her ne kadar uzlaşma sonunda yüzde ondan yüzde yirmi beşe kadar indirim uygulansa da taraflar, uzlaşma sonucunda idari yargıya başvuru haklarından vazgeçmektedir. Böylece, karara karşı gidilebilecek bir yargı yolu kalmadığı için, ihlalin özel hukuk sonuçları bakımından, zarar gören kişiler tarafından çok hızlı bir şekilde talep imkânı doğacaktır. Bu nedenle teşebbüsler, yüzde yirmi beşe kadar olan bir indirim için, daha sonra açılacak olan üç katına kadar tazminat davalarıyla hemen muhatap olmak istemeyebilecektir.

1. Uzlaşma Sürecinin Başlatılmasında Göz Önünde Bulundurulacak Hususlar

Uzlaşma sürecinin başlatılmasında Kurul tarafından göz önünde bulundurulacak hususlar, varlığı hâlinde Kurulun soruşturma taraflarından gelen uzlaşma talebini kabul etmeye daha yakın olabileceği veya uzlaşma usulünü resen başlatmasına neden olabileceği hâllerdir. Bu hususlar Uzlaşma Yönetmeliği'nin 4/2. maddesinde düzenlenmiştir:

“Kurul, uzlaşma usulünün başlatılmasında, soruşturma sürecinin hızlı bitirilmesinden doğacak usuli faydaları ve ihlalin varlığına veya kapsamına ilişkin görüş farklılıklarını dikkate alır. Bu çerçevede Kurul aşağıdaki hususları göz önünde bulundurabilir:

⁴⁵ Kurul tarafından verilen idari para cezalarının idari yargı tarafından denetlenmesi yeni bir husus değildir. Örneğin Kurul, Doğu ve Güney Doğu Anadolu Çimento kararında (Rekabet Kurulunun 06.04.2012 tarihli ve 12-17/499-140 sayılı kararı) kartele taraf olan dört teşebbüse 2011 mali yılı sonunda oluşan ve Kurul tarafından belirlenen yıllık gayrisafi gelirlerinin yüzde üçü oranında, diğer altı teşebbüse ise yüzde ikisi oranında idari para cezası verilmesine karar vermiştir. Bu karara karşı teşebbüslerden bazıları, (diğer iddialarının yanında) soruşturulan bir kısım teşebbüse yüzde iki oranında idari para cezası uygulanırken kendilerine yüzde üç oranında uygulanmasını eşitlik ilkesinin ihlali anlamına geldiğini ileri sürerek, Kurul kararının iptalini talep etmiştir. İptal davasına bakan Ankara 2. İdare Mahkemesi, Kurulun olayın esası hakkında verdiği kararı hukuka uygun bulsa da iki teşebbüs açısından verilen idari para cezası oranının farklı olmasına hukuka aykırı bulmuş ve bu iki teşebbüs yönünden verilen kararı iptal etmiştir. Mahkemenin iptal gerekçesi şu şekildedir: “... davalı idarece davacıya piyasadaki gücü nispetinde gayri safi gelirinin %3'ü oranında para cezası verilmiş ise de üretim kapasitesi ve piyasadaki yeri gibi hususlar dikkate alındığında davacının aynı soruşturma kapsamında %2 oranında para cezası verilen teşebbüslerden farklı olarak piyasada etkin bir gücü bulunmadığı anlaşıldığından gayri safi gelirin %2 oranında idari para cezası tesis edilmeyen dava konusu işlemde bu yönüyle hukuka uyumlu bulunmamaktadır.” (Ankara 2. İdare Mahkemesi, 619/1724, 25.11.2013 ve 2012-1789/1723, 25.11.2013). Kurul, idare mahkemesinin kararı üzerine bu teşebbüslere verilen cezaı da yüzde oranına indirmiştir (Bkz Rekabet Kurulunun 19.02.2014 tarihli ve 14-07/138-M sayılı kararı). Belirtelim ki Ankara 2. İdare Mahkemesinin bu kararları 2019 yılında Danıştay tarafından bozulmuştur (Sırasıyla, Danıştay 13 D 2014-803/3473, 5.11.2019 ve Danıştay 13 D 2014-2093/3472, 5.11.2019). Fakat burada dikkat çekilmek istenen asıl husus, Kurul tarafından verilen para cezalarının gerek uygulanan oranlar gerekse nazara alınan ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler açısından her zaman için idari yargı tarafından denetlenebileceğidir.

⁴⁶ Burada başvurulabilecek diğer bir yol, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (“İYUK”) (Kanun Numarası: 2577, Kabul Tarihi: 06.01.1982, RG 20.1.1982/17580) 11. maddesi olabilir. Bu kapsamda, idarenin hataya düştüğünü düşünen taraflar, tesis edilen işlemin değiştirilmesi için öncelikle ilgili idareye başvurabilir.

- a) *Soruşturma taraflarının sayısı,*
- b) *Soruşturma taraflarının önemli bir kısmının uzlaşmaya başvurup başvurmadığı,*
- c) *İhlalin kapsamı ile delillerin niteliği,*
- ç) *Soruşturma taraflarıyla ihlalin varlığına ve kapsamına ilişkin ortak bir kanaate ulaşmanın mümkün olup olmadığı.”*

Madde metnindeki “göz önünde bulundurabilir” ifadesinden, bu hususların göze önüne alınıp alınmayacağına tamamen Kurulun takdir yetkisinde olduğu sonucu çıkarılabilecektir. Zira uzlaşma kurumu taraflara tanınmış bir hak değildir. Dolayısıyla uzlaşma sürecinin başlatılması konusunda Kurulun bir takdir yetkisi vardır. Diğer taraftan, bu hususlar tahdidi olarak sayılmamıştır. Dolayısıyla Kurul, başka kriterleri de dikkate alabilir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, hukuki belirliliğin sağlanması ve uzlaşma kurumunun sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi adına bu kriterlerin objektif olarak belirlenmesi gerekmektedir. Bu konuda bakılacak asıl kriter uzlaşma ile beklenen faydanın elde edilip edilemeyeceği olmalıdır. Nitekim madde metninde örnekleme yoluyla sayılan unsurlar da buna işaret etmektedir.

2. Uzlaşma Sürecinin Sona Erdirilmesine Neden Olabilecek Hâller

Uzlaşma sürecinin Kurul tarafından sona erdirilmesine neden olabilecek hâller, Uzlaşma Yönetmeliği'nin 4/6. maddesinde düzenlenmiştir:

“Kurul, aşağıdaki hâllerin varlığında uzlaşma nihai kararına kadar uzlaşma sürecinin tarafların tamamı veya bir kısmı için sona erdirilmesine karar verebilir:

- a) *Yürütülmekte olan uzlaşma sürecinden beklenen usuli faydanın sağlanamayacağına veya soruşturma taraflarıyla ihlalin varlığına ve kapsamına ilişkin ortak bir kanaate ulaşmanın mümkün olmadığına anlaşılmaması,*
- b) *Delillerin karartılması tehlikesinin bulunması,*
- c) *12 nci maddede belirtilen gizlilik yükümlülüğünün yerine getirilmemesi.”*

Burada öncelikle belirtmek gerekir ki Kurul, uzlaşma metninin sunulmasından sonra dahi uzlaşma nihai kararını verene kadar uzlaşma sürecini sona erdirebilecektir. AB rekabet hukukunda da paralel bir düzenleme vardır⁴⁷. Önemli olan sona erdirmeye sebepnin gerekçelendirilmesidir. Daha sonra değineceğimiz üzere⁴⁸, Uzlaşma Yönetmeliği'nde buna ilişkin bir hüküm de öngörülmüştür⁴⁹.

⁴⁷ Bkz aşağıda III/C/4.

⁴⁸ Bkz aşağıda II/C/2.

⁴⁹ Bkz Uzlaşma Yönetmeliği m 11/2.

Diğer taraftan, Uzlaşma Yönetmeliği'nin 4/2-b ve 4/6-a bentleri birlikte okunduğunda, soruşturma tarafının birden çok olduğu hâllerde (4. madde ihlalleri) Kurulun, uygulamada bu teşebbüslerin çoğunun uzlaşmaya başvurmasını tercih edeceği sonucu çıkarılabilir. Nitekim, uzlaşma sürecinden beklenen usuli fayda ancak bu sayede elde edilebilecektir. Bunun sağlanabilmesi için uygulamada Kurul açısından önem arz eden esas husus, ilk etapta bir teşebbüs ile uzlaşma sürecinin başlatılması olmalıdır⁵⁰.

B. Uzlaşmanın Safhaları

Uzlaşma Yönetmeliği'nde tasarlanan uzlaşma mekanizması; uzlaşma sürecinin başlatılması, uzlaşma görüşmeleri, uzlaşma ara kararı, uzlaşma metni ve uzlaşma nihai kararı olmak üzere beş safhadan oluşmaktadır.

1. Uzlaşma Sürecinin Başlatılması

Uzlaşma sürecinin başlatılması safhası, Kurulun soruşturma taraflarının kendisine yaptığı uzlaşma talebini kabul etmesiyle veya tarafları resen uzlaşma görüşmelerine davet etmesiyle ilgili usulü içermektedir.

Uzlaşma isteyen soruşturma tarafları, bu taleplerini yazılı olarak Kuruma iletir. Kurul, 4/2. maddedeki hususları dikkate alarak bu talebi kabul veya reddedebileceği gibi varsa diğer tarafların da uzlaşma görüşmelerine davet edilmesine karar verebilir⁵¹.

Tarafların uzlaşma talebinde buldukları aşamada, isnat edilen ihlalin niteliğinin ve kapsamının ortaya koyulması için daha detaylı araştırmaya ihtiyaç duyulması hâlinde Kurul, birinci fıkra kapsamında vereceği kararı erteleyebilir⁵². Bu hüküm Yönetmelik Taslağı'nda öngörülmemiştir. Ancak böyle bir hükmün idari para cezasının hesaplanması yönünden faydalı sonuçlarının olabileceğini düşünmekteyiz⁵³. Örneğin bir teşebbüs, teorik olarak, hakkında soruşturmaya başlandığına ilişkin kararın, Kanun'un 43/2. maddesine göre kendisine tebliğ edilmesinin ertesi günü uzlaşmaya başvurabilir. Böyle bir ihtimalde idari para cezasının sağlıklı bir şekilde hesaplanması oldukça zorlaşabilecektir. Zira bu durumda Kurulun elinde yalnızca ön araştırma sonucunda elde ettiği bilgi ve belgeler olacaktır. Her ne kadar Kurul, uzlaşma sürecinin ne zaman başlatılacağına karar vermede münhasıran yetkili olsa da çok erken yapılan uzlaşma talepleri hakkında daha sonra karar verilebileceğine ilişkin bir hükmün öngörülmesi yerinde olmuştur.

⁵⁰ Bu konuya yukarıda değinmiştik. Bkz yukarıda I/B/2.

⁵¹ Uzlaşma Yönetmeliği m 5/1.

⁵² Uzlaşma Yönetmeliği m 5/2.

⁵³ Bu düşüncemizi kamuoyu görüşüne açılan taslak yönetmeliğe ilişkin görüşümüzde de belirtmiştik. Bkz Rekabet Hukuku Merkezi'nin Uzlaşma Yönetmeliği Taslağı hakkındaki görüşü. <<https://rhm.bilgi.edu.tr/tr/haberler/gorus-uzlasma-yonetmeliği-taslağı>> Bu hüküm, uzlaşma ile sonlandırılan bir ihlalin özel hukuk sonuçları bakımından da önemlidir. Bu konu hakkındaki açıklamalar için bkz aşağıda V. Erişim Tarihi 18 Temmuz 2021.

Uzlaşma sürecini Kurul da resen başlatabilir. Bunun için soruşturma taraflarını uzlaşma görüşmelerine davet eder. Soruşturma tarafları, bu davetin tebliğinden itibaren on beş gün içinde uzlaşma görüşmelerine başlamak isteyip istemediklerini Kurum'a yazılı olarak bildirir. Bu süre geçtikten sonra yapılan bildirimler dikkate alınmaz⁵⁴. Burada belirlenen on beş günlük süre, Yönetmelik Taslağı'nda "makul süre" olarak belirlenmişti⁵⁵. Uzlaşma Yönetmeliği'nde yapılan bu değişiklikte birlikte, uzlaşma görüşmelerine başlamak isteyen soruşturma taraflarının, Kurulun gönderdiği uzlaşma davetine, sabit on beş günlük süre içerisinde yazılı olarak olumlu dönüş yapması gerekecektir.

2. Uzlaşma Görüşmeleri

Uzlaşma sürecinin başlatılması safhasında, Kurul ve soruşturma taraflarının uzlaşma usulünün başlatılması konusunda ortak anlayışa varmalarının ardından, uzlaşma görüşmeleri safhasına geçilir.

Kurulun soruşturma taraflarının talebini kabul etmesi ile soruşturma taraflarının Kurulun gönderdiği daveti süresinde kabul etmesi hâllerinde, Kurum ilgili taraflarla uzlaşma görüşmelerini en kısa sürede başlatır⁵⁶. Uzlaşma görüşmeleri, görüşmelere katılanlarca mutabık kalınan bir tutanak ile kayıt altına alınır. Bu tutanak kurum içi yazışma olarak saklanır⁵⁷. Dolayısıyla bu tutanağa, dosyaya giriş hakkı kapsamında erişilemeyecektir⁵⁸. Bu husus Yönetmelik Taslağı'nda öngörülmemiştir⁵⁹. Aslında bu değişiklik olmasaydı da Uzlaşma Yönetmeliği'nin muhtelif maddelerinde, uzlaşma kurumunun doğası gereği, birden fazla uzlaşma tarafının olması durumunda görüşmelerin ayrı ayrı ve gizli yürütüleceğine ilişkin hükümler öngörülmüştür⁶⁰. Örneğin, 6/3. maddeye göre, birden fazla uzlaşma tarafı ile uzlaşma görüşmelerine başlanması hâlinde, görüşmelerin ayrı ayrı yürütülmesi esastır. Dolayısıyla, bu ifadenin, taraflardan ziyade şikâyetçinin (ve üçüncü kişilerin) dosyaya erişim talepleri için eklendiği söylenebilecektir.

Uzlaşma Yönetmeliği'nin 6/2. maddesine göre, "*Uzlaşma görüşmelerine başlanmış olması, uzlaşma taraflarının kendileri hakkında isnat edilen ihlali kabul ettikleri anlamına gelmez. Uzlaşma tarafları, uzlaşma metninin sunulmasına kadar uzlaşma sürecinden çekilebilir.*". Bu hüküm, teşebbüsleri uzlaşmaya teşvik etmesi açısından olumludur.

⁵⁴ Uzlaşma Yönetmeliği m 5/3.

⁵⁵ Bkz Yönetmelik Taslağı m 5/2.

⁵⁶ Uzlaşma Yönetmeliği m 6/1.

⁵⁷ Uzlaşma Yönetmeliği m 6/4.

⁵⁸ Bkz Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2010/3), RG 18.4.2010/27556, m 6/1.

⁵⁹ Bkz Yönetmelik Taslağı m 6/4.

⁶⁰ Bkz Uzlaşma Yönetmeliği m 6/3, 12.

Uzlaşma Yönetmeliği'nin 6/5. maddesine göre, “Uzlaşma görüşmelerinde, soruşturmanın güvenliğinin tehlikeye düşmemesi koşuluyla, uzlaşma tarafının aşağıdaki hususlarda bilgi edinmesi sağlanır:

- a) Uzlaşma tarafı hakkında ileri sürülen iddiaların içeriği,
- b) İsnat edilen ihlalin niteliği ve kapsamı,
- c) Uzlaşma tarafının, isnat edilen ihlalin niteliğine ve kapsamına ilişkin bilgilendirilmesi amacıyla sınırlı olmak ve ticari sırlardan ve gizli bilgilerden arındırılmak kaydıyla, taraf hakkındaki ihlal isnadına dayanak teşkil eden başlıca deliller,
- ç) Sürecin uzlaşma ile neticelenmesi halinde uygulanabilecek indirim oranı,
- d) Uzlaşma tarafına verilebilecek idari para cezası aralığı.”

Kanun değişikliği döneminde, uzlaşmanın soruşturma raporunun tebliğine kadar yapılması gerekliliğini eleştiren görüşler bulunmaktaydı⁶¹. Zira teşebbüsler kendilerine isnat edilen ihlalin kapsamını ancak soruşturma raporunun tebliği ile öğrenebilmektedirler. Bu nedenle, uzlaşma görüşmeleri safhasında bu hususların uzlaşma taraflarıyla paylaşılacak olması, teşebbüslerin nasıl bir iddia ile karşı karşıya olduklarını anlamaları açısından yerindedir.

Ayrıca, uzlaşma görüşmelerinde taraflar, beşinci fıkrada yer alan hususlar hakkında görüşlerini bildirecektir⁶². Belirtmek gerekir ki bu bildirim, uzlaşma tarafları için çok büyük bir önem arz edecektir. Bu doğrultuda uzlaşma tarafının, bir sonraki safhada Kurulun vereceği uzlaşma ara kararını etkileme konusunda bir nevi “son savunması” olacaktır. Zira, daha sonra uzlaşma ara kararında yer verilen hususlar, uzlaşma taraflarınca müzakere konusu yapılamayacaktır⁶³.

⁶¹ Kanun değişikliği döneminde yapılan konferans ve seminerlerde, uzlaşmanın soruşturma raporunun tebliğine kadar yapılması gerekliliğine yönelik eleştiriler ileri sürülmekteydi. Bir görüşe göre, teşebbüs soruşturma raporunun tebliğine kadar sadece kendisinden elde edilen delillerden haberdar olacağı için ortada bir ihlal olmadığını ve kendisini olağan soruşturma usulü kapsamında savunabileceğini düşünebilir. Ancak daha sonra hazırlanan soruşturma raporunda ise delillerin kapsamı genişlemiş olabilir. Bu durumda teşebbüs, kendisine isnat edilecek ihlalin kapsamını bilmediği için olağan soruşturma usulüne devam etmiş olacaktır. Bu yöndeki görüşün video kaydı için bkz <https://youtu.be/gsqd-i_n2qs?list=PLgx9_FGJARz2j7ugrsnUR7uw1DYiy_yN8&t=3845> Erişim Tarihi 19 Mart 2023. Bu tür eleştirilere yanıt olarak, kanun değişikliğinin hazırlanmasında önemli rolü bulunan kurumlardan biri olan Ticaret Bakanlığının bakan yardımcısı tarafından soruşturma raporunun sonlanması ve tebligatın beklenmesi durumunda amaçlanan maliyet ve süre tasarrufunun sağlanmamış olacağı ifade edilmiştir. Ayrıca soruşturma kapsamının da teşebbüsler tarafından zaten soruşturma sürecinde anlaşıldığı belirtilmiştir. Kerem Cem Sanlı (ed), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Yapılan 2020 Yılı Değişiklikleri: Nedenleri, Kapsamı ve Olası Etkileri* (On İki Levha 2022) 5. Bu açıklamanın video kaydı için bkz <https://youtu.be/nK0P_yOUEjQ?t=815> Erişim Tarihi 19 Mart 2023.

⁶² Uzlaşma Yönetmeliği m 6/6.

⁶³ Uzlaşma Yönetmeliği m 7/4.

3. Uzlaşma Ara Kararı

Uzlaşma ara kararı safhası, uzlaşma görüşmelerinin tamamlanmasının ardından Kurulun sürece ilişkin kararını vereceği safhadır.

Uzlaşma görüşmelerinin tamamlanmasının ardından Kurul, aşağıdaki hususları içeren bir uzlaşma ara kararı verir⁶⁴.

- İsnat edilen ihlalin niteliği ve kapsamı⁶⁵.
- Ceza Yönetmeliği kapsamında hesaplanan azami idari para cezası oranı.
- Uzlaşma usulü sonucunda uygulanacak indirim oranı.
- Varsa, Aktif İşbirliği Yönetmeliği kapsamında uygulanacak indirim oranı.
- Verilecek azami idari para cezası oranı ve miktarı⁶⁶.
- Uzlaşma metninin Kurum'a gönderilmesi için verilecek ve on beş günü aşmayacak kesin süre.
- Uzlaşma metninin süresi içinde gönderilmemesi hâlinde, Kurulun ara kararda yer verilen hususlarla bağlı olmayacağı.

Uzlaşma ara kararıyla ilgili olarak belirtilmesi gereken *ilk husus*, verilecek olan para idari cezasının net olarak değil, azami miktar şeklinde belirleneceğidir. Yani uzlaşma tarafı, uzlaşma nihai kararına kadar, verilecek olan idari para cezası tutarını bilemeyecektir. Ancak, verilecek olan idari para cezası, uzlaşma ara kararında yazan miktardan daha fazla olamayacaktır. Yönetmelik Taslağı'nda verilecek olan idari para cezasının asgari ve azami oran ve miktar şeklinde belirleneceği düzenlenmiştir⁶⁷. Değişiklikle birlikte ise artık uzlaşma ara kararında asgari idari para cezası oranı ve miktarı belirlenmeyecektir. Bu nedenle Kurul, bir asgari oranla sınırlı olmaksızın, isnat edilen ihlalin sınırları çerçevesinde, daha az bir idari para cezası oranına ve miktarına hükmedebilecektir. Açıklayalım: Örneğin, isnat edilen ihlal 1 yıldan az süreli bir kartel olsun. Bu durumda, uygulanacak idari para cezası oranı, teşebbüsün cirosunun yüzde ikisi ile yüzde dördü arasında olacaktır⁶⁸. Kurulun azami oran olarak yüzde üç belirlediğini farz edelim. Bu durumda Kurul, uzlaşma nihai kararında, yüzde iki ile yüzde üç arasında bir oran belirleyebilecektir.

⁶⁴ Uzlaşma Yönetmeliği m 7/1.

⁶⁵ Yönetmelik Taslağı'nda bu hüküm, "*ihlalin niteliği, kapsamı ve süresi*" şeklinde düzenlenmiştir. Yukarıda uzlaşma metninin kapsamının daraltıldığına değinmiştik. Buna paralel olarak, uzlaşma ara kararından da "süresi" ibaresi çıkarılmıştır.

⁶⁶ Ceza Yönetmeliği kapsamında hesaplanan azami idari para cezası, teşebbüsün, Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayrisafi gelirlerin yüzde onunu aşması hâlinde, yıllık gayrisafi gelirlerinin yüzde onuna indirilir ve uzlaşma indirimi bu miktar üzerinden uygulanır. Bkz Uzlaşma Yönetmeliği m 7/2.

⁶⁷ Bkz Yönetmelik Taslağı m 7.

⁶⁸ Bkz Ceza Yönetmeliği m 5/1-a.

İkinci husus, uzlaşma ara kararına karşı bunu kabul eden uzlaşma taraflarının en fazla on beş günlük kesin süresi olacaktır. Bu kesin süre içerisinde uzlaşma metninin hazırlanarak, Kuruma sunulması gereklidir. Uzlaşma metninin süresi içinde gönderilmemesi hâlinde Kurul, ara kararda yer verilen hususlarla bağlı olmayacaktır. Dolayısıyla uzlaşma sürecini neticelendirmeyen teşebbüsler daha sonra daha ağır cezalarla karşı karşıya kalabileceklerdir. Tekrar belirtelim ki uzlaşma ara kararında yer verilen hususlar müzakere konusu edilemeyecektir.

Uzlaşma Yönetmeliği'nin 7/3. maddesine⁶⁹ göre, “*Uzlaşma süreci ile birlikte pişmanlık başvurusunun da bulunması halinde, Aktif İşbirliği Yönetmeliği kapsamında belirlenen indirim oranı ile uzlaşma için belirlenen indirim oranı toplanarak birlikte uygulanır.*” Bu hükmün pişmanlık başvurularını oldukça olumlu etkileyebilecek bir düzenleme olduğu söylenebilir. Gerçekten, yapacağı pişmanlık başvurusunun uzlaşma talep etmesine engel olmadığını ve özellikle bunlar kapsamında yapılacak indirimlerin toplanarak uygulanacağını bilen bir teşebbüs, iki imkândan da faydalanma güdüsüyle, bir sonraki safhada uzlaşma metnini sunmadan önce⁷⁰, pişmanlık başvurusunda bulunmak isteyebilir. Ayrıca, pişmanlık ve uzlaşma için belirlenen indirim oranlarının toplanarak uygulanacak olması, Kabahatler Kanunu kapsamında yapılacak erken ödeme indiriminin de hepsine sirayet edeceği anlamına gelir. Bu sayede, her ikisine de başvuran bir teşebbüsün ödeyeceği para cezasında ciddi bir düşüş söz konusu olabilecektir.

4. Uzlaşma Metni

Uzlaşma ara kararında bildirilen hususları kabul eden uzlaşma tarafı, aşağıdaki unsurları içeren bir uzlaşma metnini Kurum'a sunar⁷¹. Benzetme yapacak olursak, uzlaşma metni, uzlaşma ara kararı safhasında Kurul tarafından sunulan “aydınlatma metni”nin uzlaşma tarafınca onaylandığını gösteren belgedir.

- Uzlaşma tarafının ihlalin varlığını ve kapsamını kabul ettiğine dair açık beyanı.
- Kurulun uzlaşma tarafına ihlal nedeniyle verebileceği azami para cezası oranı ve miktarı ile tarafın uzlaşma usulü çerçevesinde bu ceza oranını ve miktarını kabul ettiği.
- Uzlaşma tarafının hakkındaki iddialar konusunda yeterli derecede bilgilendirildiği ve kendi görüşlerini ve açıklamalarını aktarmak için tarafa yeterli imkân tanındığı.
- İdari para cezasının ve uzlaşma metninde yer alan hususların uzlaşma tarafınca dava konusu yapılamayacağı.

⁶⁹ Bu hüküm, Uzlaşma Yönetmeliği'nin “Uzlaşma sürecinde Aktif İşbirliği Yönetmeliği'nin uygulanması” kenar başlıklı 10. madde altında düzenlenmiş olsaydı, düzenleme yapma tekniği açısından daha doğru olacağını düşünmekteyiz.

⁷⁰ Uzlaşma metni sunulduktan sonra yapılan pişmanlık başvuruları dikkate alınmayacaktır. Bkz Uzlaşma Yönetmeliği m 10/1, 2. cümle.

⁷¹ Uzlaşma Yönetmeliği m 8.

Esasen, uzlaşma metninde belirtilen tüm bu unsurların, en son unsura hizmet etmek için öngörüldüğü söylenebilir. Ancak yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere bu unsur, daha sonra bir anayasaya uygunluk denetimi söz konusu olduğunda hukuk devleti ilkesine ve hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil edebilecektir.

Uzlaşma metninin uzlaşma tarafını temsile yetkili kişilerce imzalanarak yazılı olarak sunulması esastır. Ancak, yukarıda belirtilen unsurları içerir beyan, şifahi olarak da sunulabilir. Bu durumda, verilen beyan görevli meslek personeli tarafından yazılı hâle getirildikten sonra, uzlaşma tarafını temsile yetkili kişilere teyit ettirilir. Uzlaşma metni Kurum içi yazışma olarak saklanır⁷².

Uzlaşma Yönetmeliği'nde, Yönetmelik Taslağı'ndan farklı olarak, taraflara, uzlaşma metnindeki eksiklikleri giderme imkânı tanınmıştır. Buna göre, sunulan uzlaşma metninde eksikliklerin bulunması hâlinde Kurul, bir defaya mahsus olmak üzere, yedi gün içinde bu eksikliklerin giderilmesini, aksi takdirde sürecin uzlaşma ile sonuçlanmadığı kabul edilerek olağan soruşturma usulünün takip edileceğini, ilgili tarafa bildirir⁷³.

Uzlaşma Yönetmeliği'nin 8/4. maddesine göre, “*Usulüne uygun şekilde sunulan uzlaşma metni geri çekilemez.*” Bu hükmün mefhumu muhalifinden uzlaşma tarafının, uzlaşma metninin sunulmasına kadar uzlaşmadan çekilebileceği sonucu çıkarılabilir. Bu husus zaten 6/2. maddede de açıkça düzenlenmiştir.

5. Uzlaşma Nihai Kararı

Uzlaşma nihai kararı safhası, Kurulun uzlaşma sürecini bir nihai karara bağladığı safhadır ve Uzlaşma Yönetmeliği'nin 9. maddesinde düzenlenmiştir.

“Uzlaşma metninin Kurum kayıtlarına girmesinden itibaren on beş gün içinde, Kurul tarafından ihlal tespitinin ve idari para cezasının yer aldığı bir nihai kararla ilgili taraf bakımından soruşturma sonlandırılır.

Uzlaşma nihai kararında, Kanununun 52 nci maddesinde belirtilen hususlara ilaveten aşağıdaki hususlara da yer verilir:

- a) *Uzlaşma tarafı hakkında ileri sürülen iddiaların içeriği,*
- b) *İhralin niteliği ve kapsamı,*
- c) *Uzlaşma tarafı hakkında ihlal tespitine dayanak teşkil eden deliller,*

⁷² Uzlaşma Yönetmeliği m 8/2.

⁷³ Uzlaşma Yönetmeliği m 8/3.

- ç) *Uzlaşma usulüne göre uzlaşma tarafına uygulanan indirim oranı ve verilen idari para cezası,*
- d) *Uzlaşma tarafının ihlalin varlığını ve idari para cezasını kabul ettiği.”*

Uzlaşma nihai kararına ilişkin bir konuya dikkat çekmenin yararlı olacağını düşünüyoruz. Aşağıda değineceğimiz üzere, sürecin uzlaşma ile neticelenmemesi hâlinde Kurul, buna ilişkin gerekçesini nihai kararda gösterecektir⁷⁴. Burada bahsedilen nihai karar, Kanun’un 48. ve devamı maddelerinde düzenlenen nihai karardır. Dolayısıyla bu kararlar Kurum’un internet sitesinde yayımlanmaktadır. Aynı şekilde içtihat zenginliğinin sağlanması, ilerdeki uzlaşma uygulamaları için örnek teşkil etmesi ve Kurum’un bugüne kadar almış olduğu tüm kararları yayımlarken oluşturmuş olduğu şeffaflığın muhafaza edilmesi adına uzlaşma nihai kararlarının da yayımlanması önemlidir. Nitekim AB’de tazminat davalarına ilişkin 2014/104 sayılı Direktif’te de teşebbüsleri uzlaşma kurumuna başvurmaktan caydırmamak için sunulan uzlaşma metinlerinin kamuya açılmaması gerektiği ancak bunun sadece uzlaşma metni ile sınırlı olduğu ve zarar görenlerin tazminat talep haklarına haksız yere müdahale edilmemesi adına rekabet otoritelerinin kararlarını yayımlamaları gerektiği ifade edilmiştir⁷⁵. Bu kapsamda AB’de gizli bilgilerden arındırılmış uzlaşma kararları yayımlanmaktadır. Aynı doğrultuda Kurul da uzlaşmayla sona eren soruşturma kararlarını yayımlamaya başlamıştır⁷⁶.

Uzlaşma nihai kararı safhasına, uzlaşmanın özel hukuk sonuçları bakımından ayrı bir parantez açmak gerekebilir. Hükümden de anlaşılacağı üzere uzlaşma usulünde, ihlal tespitini de içeren bir nihai kararla soruşturma sonlandırılacaktır. Bu bakımdan uzlaşma ile sonlanan bir ihlal sonucunda bundan zarar gören kişilerin daha kolay tazminat talep edeceği söylenebilir. Ancak kabul edilen uzlaşma metni henüz soruşturma raporu dahi tamamlanmadan Kurula sunulmuş olacağı için, verilecek olan nihai karar birkaç sayfadan ibaret olabilir. Bu durumda, zarar gören kişiler tarafından açılacak tazminat davasında ihlalin ispatı zorlaşacaktır⁷⁷. Özel hukuk mahkemeleri de Kurulun verdiği nihai kararlarla yetinip tazminat davası için ayrıca araştırma yapmayacaksa, bu durum, ileride uzlaşmanın ihlalin özel hukuk sonuçlarından kaçınmaya yönelik bir araç olarak kullanılmasına yol açabilir. Uzlaşma kurumunun bu şekilde kötüye kullanılmasının önüne geçilebilmesi adına, uzlaşma talebi soruşturmanın hangi anında yapılmış olursa olsun, Kurulun ihlalin tüm yönlerini, etkilerini ve kapsamını tespit edebilmek için araştırmalarına devam

⁷⁴ Bkz aşağıda II/C/2.

⁷⁵ Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union [2014] OJ L 349 para 26. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0104>> Date of Access 19 December 2021.

⁷⁶ Kurulun bu makale tamamlanincaya kadar vermiş olduğu uzlaşma kararları için bkz aşağıda II/D.

⁷⁷ Haluk Arı, Esin Aygün ve Gökşin Kekevi, ‘Rekabet Hukukunda Taahhüt ve Uzlaşma’ (2009) (Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VII) 259-260.

etmesi yerinde olacaktır. Uzlaşmanın özellikle kartel gibi daha ağır ihlaller için başvurulacak bir kurum olduğu düşünüldüğünde, ihlalden zarar görenler açısından verilecek olan nihai kararın kapsamı kritik öneme sahiptir⁷⁸.

Uzlaşma Yönetmeliği'nin mülga 9/3. maddesinde, “*Soruşturmanın en az bir teşebbüs veya teşebbüs birliği bakımından devam ettiği hallerde, gerekçeli uzlaşma nihai kararı, soruşturma sonunda verilecek nihai kararın alınmasından önce uzlaşma tarafına tebliğ edilmez.*” hükmü yer almaktaydı. Bu hüküm daha sonra yürürlükten kaldırılmıştır⁷⁹. Bu hüküm hibrit uzlaşmada masumiyet karinesinin zedelenmemesi için kararların aynı anda yayımlanmasına hizmet etmekteydi. Şöyle ki taraflardan bazılarıyla uzlaşmadığı durumlarda (hibrit uzlaşma) rekabet otoriteleri, uzlaşma sonucundaki kararı, olağan prosedür sonucu verilecek olan karardan (doğal olarak) daha önce verebilmektedir. Ancak bu uzlaşma kararlarında, özellikle uzlaşmayan taraflar hakkında tespitler yapılması durumunda, rekabet otoritesinin pozisyonu daha baştan belli olmaktadır. Bu da uzlaşmayan tarafların savunma hakkını ve masumiyet karinesini zedelemektedir⁸⁰. Bu değişikliğin nedeni Türkiye'nin içerisinde bulunduğu enflasyonist ortam olabilir. Zira uzlaşma nihai kararının tebliği için olağan soruşturma usulü sonucunda verilecek kararın beklenmesi durumunda, belirlenen idari para cezası o günkü değerini yitirecektir. Ancak bu hükmün tamamen kaldırılmasının sorunun doğru çözümü olmadığını düşünüyoruz. Şu hâlde, uzlaşma tarafı talep ederse gerekçeli uzlaşma nihai kararının beklemeden tebliğ edilmesi adeta bir zorunluluk hâline gelmiştir. Dolayısıyla Kurul, uzlaşmayan tarafların temel haklarına değişiklik öncesine göre daha çok dikkat etmelidir. Bu kapsamda Kurul, uzlaşma nihai kararında uzlaşmayan tarafların hukuki durumuyla ilgili herhangi bir tespitle bulunmamalıdır. Eğer uzlaşma nihai kararında yer verilen delillerde uzlaşmayan tarafların unvanlarının geçtiği kısımlar varsa bunlar gizlenmelidir⁸¹. Aksi hâlde karar esastan doğru olsa bile usulden bozulabilir. Bu sebeple, ilgili hükmün yürürlükten kaldırılması yerine “edilmeyebilir” şeklinde bitirilmesinin daha uygun olacağını düşünüyoruz. Bu sayede Kurul, hâlin şartlarına göre takdir yetkisini kendine vermiş olurdu⁸².

Uzlaşma nihai kararından sonra uzlaşma süreci tamamlanır.

⁷⁸ Bu konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz aşağıda V.

⁷⁹ Bkz RG 18.03.2022/31782.

⁸⁰ Bu konu Genel Mahkemenin ICAP kararında tartışılmıştır ve mahkeme bu durumun gerçekten de masumiyet karinesini ihlal edebileceğini kabul etmiştir. Buna çözüm olarak, diğerleri meyanında, uzlaşma kararının olağan soruşturma prosedürü sonunda verilecek karar ile aynı tarihte alınabileceğini belirtmiştir. Bkz yukarıda I/B/1/a.

⁸¹ Bu konuda Genel Mahkeme ve ABAD'ın Pometon kararında belirlediği ilkelerden yararlanılabilir. Bkz yukarıda I/B/1/a.

⁸² Örneğin Uzlaşma Yönetmeliği'nin 5/2. maddesi bu şekilde düzenlenmiş bir maddedir.

C. Özel Hükümler

Uzlaşmanın safhalarının ardından, Uzlaşma Yönetmeliği'nin 10. ve devamı maddelerinde çeşitli özel hükümler düzenlenmiştir. Öngörülen bu özel hükümler aşağıda başlıklar hâlinde incelenecektir.

1. Uzlaşma Sürecinde Aktif İşbirliği Yönetmeliği'nin Uygulanması

Uzlaşma tarafı teşebbüslerin, uzlaşma ile birlikte pişmanlığa da başvurması hâlinde uygulanacak hükümler Uzlaşma Yönetmeliği'nin 10. maddesinde düzenlenmiştir.

Uzlaşma tarafı teşebbüslerin, Aktif İşbirliği Yönetmeliği'nin dördüncü ve beşinci maddelerinden yararlanabilmek için ayrıca başvuruda bulunmaları mümkündür. Ancak yapılan bu başvurunun doğru bir şekilde sonuç doğurabilmesi için, uzlaşma metninin sunulmasından önce yapılması gereklidir. Uzlaşma metninin sunulmasından sonra yapılan pişmanlık başvuruları dikkate alınmayacaktır⁸³. Bunun nedenini şu şekilde açıklayabiliriz: Uzlaşma tarafı, usulüne uygun olarak sunmuş olduğu uzlaşma metniyle birlikte ihlalin varlığını geri dönülemez şekilde kabul etmektedir. Bu nedenle, uzlaşma metninin sunulmasından sonra yapılacak bir pişmanlık başvurusunun, doğal olarak bir anlamı kalmayacaktır.

Sürecin herhangi bir sebeple uzlaşma ile sonuçlanmaması hâlinde ise Aktif İşbirliği Yönetmeliği'nde öngörülen süreler uygulanacaktır⁸⁴.

2. Sürecin Uzlaşma ile Sonuçlanmaması

Yukarıda da değindiğimiz çeşitli sebeplerle uzlaşma süreci anlaşmayla sonuçlanmayabilir. Bu kapsamda; uzlaşma metninin süresi içinde gönderilmemesi, gönderilen uzlaşma metninde bulunan eksikliklerin süresi içinde giderilmemesi, Kurulun 4/6. maddede sayılan sebeplerden birine dayanarak sürecinin sona erdirilmesine karar vermesi veya uzlaşma tarafının uzlaşma sürecinden çekilmesi hâllerinde, ilgili taraf bakımından olağan soruşturma usulü takip edilecektir. Bu durumda, uzlaşma görüşmeleri kapsamında uzlaşma tarafınca sunulan beyanlar dosya kapsamından çıkarılır ve soruşturma sonucunda alınacak nihai karara dayanak yapılmaz⁸⁵. Bu hüküm, hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk sürecindeki beyan ve belgelerin kullanılmaması ilkesinin⁸⁶ rekabet hukukunun uzlaşma kurumundaki görünümü olarak düşünülebilir. Bu açıdan teşebbüslere belli bir güvence sağlaması ve uzlaşmaya teşvik etmesi açısından yerindedir. Ancak uygulamada bu hükmün nasıl işleyeceğini zaman gösterecektir.

⁸³ Uzlaşma Yönetmeliği m 10/1.

⁸⁴ Uzlaşma Yönetmeliği m 10/2.

⁸⁵ Uzlaşma Yönetmeliği m 11/1.

⁸⁶ Bkz Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (Kanun Numarası: 6324, Kabul Tarihi: 07.06.2012, RG 22.06.2012/28331) m 5.

Kurul, 4/6. madde kapsamında uzlaşma sürecini sona erdirirse veya 5/1. madde uyarınca soruşturma tarafından gelen uzlaşma talebini reddederse, buna ilişkin kararın gerekçesini nihai kararda gösterecektir⁸⁷. Yönetmelik Taslağı'nda ise böyle bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu hüküm, Yönetmelik'te öngörülen en olumlu düzenlemelerden birisi olmuştur. Zira, uzlaşma sürecinin neden sona erdirildiğine veya uzlaşma talebinin neden kabul edilmediğine ilişkin kararın gerekçesinin nihai kararda yer alacak olması, daha sonraki dosyalarda uzlaşma usulüne başvuracak olan teşebbüsler için oldukça yol gösterici olacaktır. Bu durum aynı zamanda kararların gerekçeli olması ilkesine de uymaktadır. Belirtelim ki sürecin uzlaşma ile sonuçlanmaması, Kurulun gönderdiği davetin kabul edilmemesi veya süresi içerisinde bu davete cevap verilmemesi hâllerinde, tekrar uzlaşma talebinde bulunulamaz⁸⁸.

3. Gizlilik Yükümlülüğü

Uzlaşma Yönetmeliği'nin 12. maddesinde, uzlaşma süreciyle ilgili olarak taraflara, gizlilik yükümlülüğü yüklenmiştir. Uyulmaması hâlinde ise ciddi yaptırımlar öngörülmüştür.

Hükme göre, “(1) *Uzlaşma tarafı, uzlaşma görüşmelerinin içeriğini ve bu görüşmeler kapsamında eriştiği bilgi ve belgeleri varsa diğer soruşturma tarafları bakımından verilecek nihai karara kadar gizli tutar.*

(2) *Gizlilik yükümlülüğünün ihlal edildiğinin, uzlaşma nihai kararı sonrasında tespit edilmesi halinde, bu karar geri alınarak ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliği hakkında yeni bir soruşturma başlatılabilir.*

(3) *Gizlilik yükümlülüğünün ihlali, ikinci fıkra uyarınca başlatılacak soruşturmada ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine verilecek idari para cezasının belirlenmesinde ağırlaştırıcı unsur olarak kabul edilebilir.”*

Maddeyle ilgili en dikkat çekici husus, üçüncü fıkrasında, Ceza Yönetmeliği'nin altıncı maddesinde düzenlenenlere ek olarak, yeni bir ağırlaştırıcı unsur öngörülmüş olmasıdır. Ancak bu ağırlaştırıcı unsurun iki yönden çeşitli eksiklikleri vardır. *Birincisi*, bu hükme dayanılarak ağırlaştırılacak olan idari para cezasının hangi oranda artırılacağı belli değildir. Bu kapsamda örneğin, bir dosya bakımından temel para cezası 1 kat artırılabilirken, başka bir dosyada 2 kat artırım yapılabilir. *İkincisi*, gizlilik yükümlülüğüne riayet edilmediği her durumda uygulanıp uygulanmayacağı da tamamen Kurulun takdirindedir. Bu nedenlerle, öngörülen bu hükmün, suçta ve cezada kanunilik ilkesine açıkça aykırı olduğu düşünülmektedir. Bunun düzeltilmesi için, Ceza Yönetmeliği'nin altıncı maddesinin ilgili fıkrasına atıf yapılması

⁸⁷ Uzlaşma Yönetmeliği m 11/2.

⁸⁸ Uzlaşma Yönetmeliği m 11/3.

veya doğrudan belirtilen madde altında yeni bir fıkra olarak öngörölmüş olması gerekmektedir.

Nihayet, Uzlaşma Yönetmeliği'nde, yönetmeliğin, yürürlüğe girmesinden önce başlatılan ancak soruşturma raporu tebliğ edilmemiş olan soruşturmalar hakkında da uygulanacağı düzenlenmiştir⁸⁹.

D. Rekabet Kurulunun Vermiş Olduğu Uzlaşma Kararları

Uzlaşma Yönetmeliği 15.07.2021 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kurul, uzlaşma kurumunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 14 farklı soruşturmayı uzlaşma yoluyla sona erdirmiştir. Bunlardan 9 tanesinin gerekçeli kararı yayımlanmışken⁹⁰ diğerleri henüz duyuru yoluyla açıklanmıştır.⁹¹ Diğer taraftan, hâlihazırda uzlaşma kurumunun işletildiği başka birçok dosya olduğu da bilinmektedir. Bu dosyalardan bazılarının birden çok tarafı bulunmaktadır⁹².

İlk defa bir dosyanın uzlaşma usulüyle sonuçlanması 09.08.2021 tarihinde *Philips* kararıyla gerçekleşmiştir⁹³. Dosya kapsamında Philips'in ve dört distribütörünün eylemleri incelenmiştir. İnceleme konusu eylemler, tarafların internet satışı yapan bayilerinin ve diğer yeniden satıcılarının, yeniden satış fiyatını belirlemesi ve internet satışlarını kısıtlamasıdır. Kurul, Philips ve distribütörleri tarafından bayilerin internet satışlarına getirilen kısıtlamaların, yeniden satış fiyatının belirlenmesi eyleminin tamamlayıcı bir parçası olduğu diğer bir ifadeyle yeniden satış fiyatının belirlenmesine yönelik bir araç olarak kullanıldığı tespitinde bulunmuştur. Bu iki eylemin bütünlük arz etmesi sebebiyle bunları tek bir davranış olarak değerlendirip tek bir idari para cezası uygulamıştır⁹⁴. Belirtelim ki Kurulun bu uygulaması uzlaşma kurumuna özgü değildir. Nitekim Kurulun uzlaşma kurumunun yürürlüğe girmesinden önce verdiği

⁸⁹ Uzlaşma Yönetmeliği geçici madde 1.

⁹⁰ Rekabet Kurulunun 05.08.2021 tarihli ve 21-37/524-258 sayılı Philips, 30.09.2021 tarihli ve 21-46/672-336 sayılı Singer, 30.09.2021 tarihli ve 21-46/671-335 sayılı Arnica, 14.04.2022 tarihli ve 22-17/283-128 sayılı Kınık, 18.05.2022 tarihli ve 22-23/379-158 sayılı Beypazarı, 30.06.2022 tarihli ve 22-29/488-197 sayılı Olka ve Marlin, 30.06.2022 tarihli ve 22-29/483-192 sayılı Numil, 07.07.2022 tarihli ve 22-32/508-205 sayılı DyDo, 21.07.2022 tarihli ve 22-33/523-210 sayılı Hayırlı Kozmetik kararları.

⁹¹ Miele uzlaşma duyurusu için bkz <<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/miele-elektrikli-aletler-dis-ticaret-ve--66a9f0c6946ced11a23100505685ee05>> Erişim Tarihi 20 Mart 2023.

⁹² Krmaz uzlaşma duyurusu için bkz <<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/miele-elektrikli-aletler-dis-ticaret-ve--66a9f0c6946ced11a23100505685ee05>> Erişim Tarihi 20 Mart 2023.

⁹³ Tura Gıda uzlaşma duyurusu için bkz <<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/natura-gida-sanayi-ve-ticaret-as-hakkind-50cfa9b3956ced11a23100505685ee05>> Erişim Tarihi 20 Mart 2023.

⁹⁴ OS Kozmetik uzlaşma duyurusu için bkz <<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/naos-istanbul-kozmetik-san-ve-tic-ldt-st-bd97190dbd9bed11a2120050568520f2>> Erişim Tarihi 20 Mart 2023.

⁹⁵ Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Elektrik Mühendisleri Odası Alanya İlçe Temsilciliği uzlaşma duyurusu için bkz <<https://www.rekabet.gov.tr/tr/Guncel/turk-muhendis-ve-mimar-odaları-birliği-e-b80727ee6a1ed118eae00505685da39>> Erişim Tarihi 20 Mart 2023.

⁹² Bu durumun diğer bir anlamı, bu kararların tamamının (idari) yargı denetiminden çıkacak olmasıdır. Dolayısıyla Kurul kararları arasında giderek büyüyen bir alan içerisinde hiçbir yönüyle yargı denetimi yapılamayacaktır. Bu nedenle Kurulun uzlaşma nihai kararına itiraz edilip edilemeyeceği sorusu ilerleyen dönemde giderek önem kazanacaktır.

⁹³ Rekabet Kurulunun 05.08.2021 tarihli ve 21-37/524-258 sayılı Philips ("Philips") kararı.

⁹⁴ ibid para 187.

kararlarında da bu uygulama görülmektedir. Bu kapsamda Kurul; eylemlerin etki ettiği piyasa, kronolojik süreç olarak benzeşmesi ve teşebbüsün genel stratejisinin bir parçası olması gibi unsurları değerlendirerek eylemleri tek bir davranış olarak nitelmiştir⁹⁵. Gerçekten, teşebbüslerin buradaki amacı yeniden satıcılarının satış fiyatını belirlemektir. Ancak teşebbüsler bu amacı gerçekleştirebilmek adına çevrim içi satış kısıtlamalarını bir unsur olarak kullanmaktadır. Bu durum ceza hukukundaki bileşik suçta benzetilebilir⁹⁶. Bu nedenle yeniden satış fiyatını belirlemek amacıyla getirilen bir çevrim içi satış kısıtlaması için ayrı bir idari para cezası uygulanmaması veya bu nedenle cezanın ağırlaştırılmaması gerektiğini düşünüyoruz. Ancak bu uygulama her türlü çevrim içi satış kısıtlamasının kategorik olarak (ve kendiliğinden) rekabet hukukuna aykırı sayılmasına da yol açmamalıdır. Zira her çevrim içi satış kısıtlaması (Örneğin hedefli reklamcılığın yasaklanması.) bir pasif satış yasağı teşkil etmeyebilir. Eğer hukuka uygun bir çevrim içi satış kısıtlaması öngörülüyse bu durumda Kurul, iki ayrı eylem nedeniyle tek bir idari cezası uygulandığına değil sadece yeniden satış fiyatının belirlenmesi nedeniyle idari para cezası uygulandığına karar vermelidir.

Kararı idari para cezasının hesaplanması yönünden inceleyecek olursak, Kurul uzlaşma sonucunda belirlediği idari para cezasına nasıl ulaştığını kararda ayrıntılı bir şekilde açıklamıştır⁹⁷. Bu durum uzlaşma kurumundaki şeffaflığın sağlanması ve Kurulun ilerideki uygulamasına örnek teşkil etmesi açısından olumludur. Ancak uzlaşma kurumunun en önemli unsuru olan idari para cezasında uygulanacak olan indirim oranının neye göre belirlendiği konusunda herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Kurul yalnızca uzlaşma sonucunda verilecek idari para cezasında yüzde yirmi beş indirim uyguladığını belirtmiştir⁹⁸. Kurul, aşağıda ele alınan diğer kararlarda da uzlaşma nedeniyle uyguladığı indirim oranının gerekçesini açıklamamıştır. Kurulun uzlaşma sonucunda uygulanacak indirim oranının belirlenmesinde Kanun ve Yönetmelik'te öngörülen sınırlar içerisinde takdir yetkisinin bulunduğu şüphesizdir. Ancak teşebbüslerin uzlaşma sürecinde ne yapmaları hâlinde azami veya asgari orandan indirim alacaklarını öngörebilmesi gerekir. Görüşümüze göre, daha sonra çıkarılacak olan bir kılavuz vasıtasıyla, Kurulun uygulaması hakkında en azından

⁹⁵ Bkz Rekabet Kurulunun 04.03.2021 tarihli ve 21-11/154-63 sayılı Groupe SEB kararı para 410. Birden çok eylem için tek bir ceza uygulandığı ancak bunun açıkça belirtilmediği başka bir karar için bkz Rekabet Kurulunun 26.03.2020 tarihli ve 20-16/232-113 sayılı Baymak kararı para 233-236.

⁹⁶ Türk Ceza Kanunu'nun (Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004/25611) 42. maddesinde bileşik suç düzenlenmiştir. Buna göre, "*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.*"

⁹⁷ Philips para 188-213.

⁹⁸ ibid para 199, 204, 207, 213.

genel bir fikir edinilebilmesi gerekir. Bu yetkinin çok keyfi kullanılması hukuki belirlilik ilkesiyle bağdaşmayacaktır⁹⁹.

Uzlaşma usulüyle sonuçlandırılan ikinci dosya *Singer* kararıdır¹⁰⁰. Dosya kapsamında *Singer*'e isnat edilen eylemleri iki ana başlık altında incelemek mümkündür. İnceleme konusu eylemler, yeniden satış fiyatının belirlenmesi ve bu kapsamda internet satışlarına müdahale edilmesi ile *Singer*'in bayilik sözleşmelerinde bulunan rekabet etmeme yükümlülüğünün süresine ilişkindir. İnceleme sonucunda Kurul, emsal teşkil edebilecek bir yol izlemiştir. Şöyle ki kararda açık ve ağır ihlal kategorisine giren uygulamalar uzlaşma, bu kapsama girmeyen rekabet etmeme yükümlülüğüne ilişkin hüküm ise taahhüt kapsamına alınmıştır¹⁰¹. Diğer taraftan, internet üzerinden yapılan satışların kısıtlanması eyleminin somut olayda yeniden satış fiyatının belirlenmesinin caydırıcılığını ve etkisini artırmak amacıyla tamamlayıcı bir unsur işlevi gördüğü belirtilerek bu eylem de uzlaşma kapsamına dâhil edilerek aynen *Philips* kararında olduğu gibi tek bir ceza uygulanmıştır¹⁰². Uzlaşma usulü sonucunda *Singer*'e verilen idari para cezasında yüzde yirmi beş indirim uygulanmıştır.

Uzlaşma usulüyle sonuçlandırılan üçüncü dosya *Arnica* kararıdır¹⁰³. Kararda *Arnica*'ya isnat eylemler; bayilerin asgari satış fiyatını belirlemesi, bayilere bölge/müşteri kısıtlaması ve internet satış yasağı getirmesidir. Kurul, bütün bu dikey kısıtlamaların *Arnica*'nın yetkili satıcıların yeniden satış fiyatını belirleme stratejisinin bir parçası olarak bütünlük arz ettiğini belirtmiştir. Bu sebeple *Arnica*'nın eylemlerini yeniden satış fiyatının belirlenmesi şeklinde tek bir dikey rekabet ihlali olarak değerlendirmiştir¹⁰⁴. Uzlaşma usulü sonucunda *Arnica*'ya verilen idari para cezasında yüzde yirmi beş indirim uygulanmıştır¹⁰⁵.

Uzlaşma usulüyle sonuçlandırılan dördüncü dosya sonucunda *Kınık ve Beypazarı* kararları verilmiştir¹⁰⁶. Bu kararları birlikte ele almamızın sebebi aynı soruşturma dosyasının tarafları hakkında verilmiş olmasıdır. Soruşturma kapsamında *Kınık ve Beypazarı*'nın aralarında güncel ve geleceğe dönük fiyat bilgilerine, fiyat değişim tarihlerine, zamlı fiyatlara ilişkin bilgi değişiminde bulunularak fiyat tespit etmek suretiyle kartel kurdukları iddiası incelenmiştir. Somut olayda teşebbüsler rekabete

⁹⁹ Kurulun, Uzlaşma Yönetmeliği'ndeki aşamaları takip etmek kaydıyla, uzlaşma sürecinin nasıl bir usul ile yürütüleceği konusunda da takdir yetkisi vardır. Çıkarılacak kılavuzda bu usulün de anlatılması yerinde olacaktır. Zira uzlaşmaya başvuran bir teşebbüsün hangi usul ile Kanun ve Yönetmelik'te belirlenen aşamalardan geçeceğini bilmesi gerekir. Aksi takdirde uzlaşma süreci her dosyada farklı bir usul ile yürütülebilir. Bu durum da hukuki belirlilik ilkesi ile bağdaşmayacaktır.

¹⁰⁰ Rekabet Kurulunun 30.09.2021 tarihli ve 21-46/672-336 sayılı *Singer* kararı.

¹⁰¹ ibid para 87 vd

¹⁰² ibid para 90.

¹⁰³ Rekabet Kurulunun 30.09.2021 tarihli ve 21-46/671-335 sayılı *Arnica* kararı.

¹⁰⁴ ibid 71-74.

¹⁰⁵ ibid 85, 88, 89.

¹⁰⁶ Rekabet Kurulunun 14.04.2022 tarihli ve 22-17/283-128 sayılı *Kınık* ("Kınık"), 18.05.2022 tarihli ve 22-23/379-158 sayılı *Beypazarı* ("Beypazarı") kararları.

duyarlı bu bilgileri yöneticileri aracılığıyla birbirleriyle paylaşmıştır¹⁰⁷. Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz'a göre rakipler arasında bilgi değişimi, fiyat veya miktar tespiti amacını taşıyan bir anlaşma niteliği taşıdığına kartel olarak kabul edilerek cezalandırılır¹⁰⁸. Bu sebeple soruşturma sürecinde elde edilen deliller neticesinde tarafların gerçekleştirdikleri bilgi değişiminin niteliği kartel olarak değerlendirilmiştir.

Bu dosyanın asıl önemi ise uzlaşma ve pişmanlık kurumlarının ilk defa birlikte uygulanmış olmasıdır. Yukarıda açıkladığımız üzere, uzlaşma tarafı teşebbüslerin ayrıca pişmanlık kurumundan da faydalanmaları mümkündür¹⁰⁹. Pişmanlık Yönetmeliği'ne göre, bir karteğe taraf olan teşebbüslere, yönetmelikte belirtilen nitelikleri taşıyan bilgi ve belgeleri¹¹⁰ sunmaları hâlinde uygulanacak idari para cezasında belli oranda indirim yapılmaktadır. Bu indirim oranının belirlenmesinde pişmanlık başvurusunun yapıldığı an ve pişmanlığa başvuran teşebbüslerin sırası gözetilmektedir¹¹¹. Dosya kapsamında ilk olarak Kınık, ön araştırmaya başlanmasından sonra ancak soruşturma raporu tebliğ edilmeden aynı anda hem uzlaşma usulünün başlatılması talebinde hem de pişmanlık başvurusunda bulunmuştur¹¹². Ardından Beypazarı da aynı şekilde uzlaşma usulünün başlatılması talebinde ve pişmanlık başvurusunda bulunmuştur¹¹³. Kurul, bu başvurular sonucunda Kınık'a yüzde otuz beş Beypazarı'na ise yüzde otuz pişmanlık indirimi uygulamıştır¹¹⁴. Bu indirim ek olarak, uzlaşma kapsamında her iki teşebbüse yüzde yirmi beş indirim uygulanmıştır¹¹⁵.

Kınık ve Beypazarı hakkında verilen uzlaşma nihai kararlarının idari para cezasının hesaplanması açısından da incelenmesi gerekir. Ceza Yönetmeliği'ne göre idari para cezası hesaplanırken, teşebbüsün nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan yıllık gayrisafi gelirleri esas alınır¹¹⁶. Karar tarihlerine bakıldığında her iki karar da 2022 yılında verilmiştir. Bu sebeple hem Kınık'a hem

¹⁰⁷ Bkz Kınık para 34; Beypazarı para 28.

¹⁰⁸ Rekabet Kurumu, Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuz (Kabul Tarihi: 30.4.2013, Karar Sayısı: 13-24/326-RM(6)) para 44.

¹⁰⁹ Bkz Uzlaşma Yönetmeliği m 10 ve ayrıca bkz yukarıda II/C/1.

¹¹⁰ Bkz Pişmanlık Yönetmeliği m 6.

¹¹¹ Kurulun ön araştırma yapmaya karar vermesinden önce, rakiplerinden bağımsız bir şekilde yönetmelikte belirlenen bilgi ve belgeleri sunan ilk teşebbüse para cezası verilmez (Pişmanlık Yönetmeliği m 4/1). Kurulun ön araştırma yapmaya karar vermesinden soruşturma raporunun tebliğine kadar, rakiplerinden bağımsız bir şekilde yönetmelikte belirlenen bilgi ve belgeleri sunan teşebbüslere verilecek para cezaları indirilir (Pişmanlık Yönetmeliği m 5/1). Kurulun ön araştırma yapmaya karar vermesinden soruşturma raporunun tebliğine kadar yapılan pişmanlık başvuruları için uygulanacak indirim oranı belirlenirken pişmanlığa başvuran teşebbüslerin sırası gözetilir. Bu kapsamda ilk teşebbüse verilecek ceza üçte bir ile yarısı arasında indirilir. İkinci teşebbüse verilecek ceza dörtte bir ile üçte bir arasında indirilir. Diğer teşebbüslere verilecek cezalar altıda bir ile dörtte bir arasında indirilir (Pişmanlık Yönetmeliği m 5/1-a, b, c).

¹¹² Kınık para 8.

¹¹³ Beypazarı para 8.

¹¹⁴ Kınık para 64; Beypazarı para 66.

¹¹⁵ Kınık para 73; Beypazarı para 66.

¹¹⁶ Ceza Yönetmeliği m 5/1.

de Beypazarı'na verilen idari para cezaları 2021 yılında oluşan gayrisafi gelirleri üzerinden hesaplanması gerekir. Ancak Kınık'a verilen idari para cezası 2020 yılı gayrisafi gelirleri üzerinden hesaplanırken¹¹⁷ Beypazarı'na verilen idari para cezası 2021 yılı gayrisafi gelirleri üzerinden hesaplanmıştır¹¹⁸. Her iki kararda da bu duruma ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Böyle bir farklılığın iki nedenden kaynaklanmış olabileceğini düşünüyoruz. *Birincisi*, Ceza Yönetmeliği'nde belirtildiği üzere, Kınık'ın nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda (2021 yılında) oluşan yıllık gayrisafi gelirlerinin hesaplanması mümkün olmadığı için nihai karar tarihine en yakın mali yıl olan 2020 yılı gayrisafi gelirleri esas alınmış olabilir. Ancak kurumsal bir şirketin özellikle de bu kadar yakın tarihli gayrisafi gelirlerinin hesaplanamaması çok düşük bir ihtimaldir. Bunun için 2021 yılı kurumlar vergisi beyannamesine bakılması yeterlidir. *İkincisi*, Kınık'a ilişkin gerekçeli uzlaşma nihai kararı yazılırken maddi hata yapılmış olabilir. Nitekim kararın, uzlaşma ara kararının açıklandığı paragrafında idari para cezasının Kınık'ın 2020 yılı gayrisafi gelirleri üzerinden hesaplandığı belirtilirken¹¹⁹ ilerleyen paragrafta idari para cezasının 2021 yılı gayrisafi gelirleri üzerinden hesaplandığı¹²⁰ belirtilmiştir. Fakat kararın sonuç bölümünde idari para cezasının neticeten 2020 yılı gayrisafi gelirleri üzerinden hesaplandığına karar verilmiştir¹²¹. Bu farklılık, bu iki ihtimal dışında tamamen ayrı bir nedenden de kaynaklanmış olabilir. Bu farklılığa ilişkin her iki kararda da bir açıklama bulunmadığı için kesin bir yorum yapmak mümkün değildir. Bununla birlikte, gerekçesi ne olursa olsun bu gibi durumlar uzlaşma nihai kararında yer alan en azından idari para cezasının hesaplanmasını etkileyecek tespitlere itiraz edilebilmesinin önemini göstermektedir.

Uzlaşma usulüyle sonuçlandırılan beşinci dosya *Olka ve Marlin* kararıdır¹²². Olka ve Marlin, ortak pay sahipleri bulunan ve markalı spor giyim ürünlerinin distribütörlüğünü yapan teşebbüslerdir. Soruşturma kapsamında Olka ve Marlin'in bayilerinin yeniden satış fiyatlarını belirlediği ve internet satışlarını kısıtladığı iddiaları incelenmiştir. Kurul, bayilerin internet satışlarının kısıtlanması eyleminin, yeniden satış fiyatının tespiti eyleminin caydırıcılığını ve etkililiğini artırmak amacıyla yapıldığını ve tamamlayıcı bir unsur işlevi gördüğünü belirtmiştir. Bu sebeple inceleme konusu eylemleri tek bir davranış olarak değerlendirerek tek bir idari para cezası uygulamıştır¹²³. Uzlaşma usulü sonucunda teşebbüslere verilen idari para cezasında yüzde yirmi beş indirim uygulanmıştır.

¹¹⁷ Bkz Kınık para 74, 2 ve 5 numaralı alt madde.

¹¹⁸ Bkz Beypazarı para 67, 2 ve 5 numaralı alt madde.

¹¹⁹ Bkz Kınık para 69, 3. ve 6. sıradaki alt madde.

¹²⁰ Bkz ibid para 73.

¹²¹ Bkz ibid para 74, 2 ve 5 numaralı alt madde.

¹²² Rekabet Kurulunun 30.06.2022 tarihli ve 22-29/488-197 sayılı Olka ve Marlin kararı ("Olka ve Marlin").

¹²³ ibid para 168.

Olka ve Marlin kararı oy çokluğu ile alınmıştır. Bunun sebebi Kurulun uzlaşma ara kararında belirlediği temel idari para cezası oranının Olka ve Marlin tarafından daha sonra sunulan uzlaşma metnindeki talep üzerine değiştirilmiş olmasıdır. Kurul, 16.06.2022 tarihinde taraflara oy birliği ile iletmiş olduğu uzlaşma ara kararında bir temel idari para cezası oranı belirlemiştir. Ceza Yönetmeliği'ne göre, temel idari para cezası oranı kartel dışındaki ihlaller için teşebbüsün nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan yıllık gayrisafı gelirlerinin binde beşi ile yüzde üçü arasındadır¹²⁴. Dolayısıyla Olka ve Marlin'in gerçekleştirmiş olduğu yeniden satış fiyatının belirlenmesi ihlali için de belirlenen temel idari para cezası oranı bu oranlar arasında olacaktır. Ancak Kurul kararlarında gizlendiği için uzlaşma ara kararında belirlenen oranı bilmek mümkün değildir. Olka ve Marlin daha sonra uzlaşma ara kararlarında bildirilen ihlalin varlığını ve kapsamını kabul ettiğine dair uzlaşma metnini 24.06.2022 tarihinde Kuruma sunmuştur. Olka ve Marlin uzlaşma metninde, uzlaşma ara kararında öngörülen azami idari para cezası oranını ve tutarını da kabul etmiştir. Ancak aynı zamanda idari para cezasının asgari seviye olan binde beş üzerinden hesaplanmasını talep etmiştir. Olka ve Marlin'in bu talebi çoğunluğu oluşturan Kurul üyeleri tarafından kabul edilerek uzlaşma nihai kararında temel idari para cezası oranı asgari seviyeden hesaplanmıştır. Diğer üyeler ise bu karara katılmamıştır.

Karar katılmayan üyelerin gerekçesi Uzlaşma Yönetmeliği'nin 7/4. maddesidir. Bu maddeye göre, *uzlaşma ara kararında yer verilen hususlar uzlaşma taraflarınca müzakere konusu yapılamaz*. Karara katılmayan Kurul üyeleri, uzlaşma tarafı teşebbüslerle uzlaşma görüşmelerinin gerçekleştirildiğini ve bunun üzerine oy birliği ile uzlaşma ara kararının alındığını belirtmişlerdir¹²⁵. Teşebbüsler de sundukları uzlaşma metninde uzlaşma ara kararında öngörülen azami idari para cezası oranını ve tutarını kabul etmiştir. Ancak bununla birlikte cezanın ihlale nazaran yüksek olduğu gibi soyut ve genel bir açıklama dışında somut herhangi bir gerekçe öne sürmeden cezanın düşürülmesini de talep etmiştir. Karara katılmayan üyelere göre, benzer talepler her uzlaşma sürecinde hemen hemen tüm teşebbüslerce dile getirilmektedir. Ayrıca Uzlaşma Yönetmeliği'ndeki açık ve net hükme karşı ilgili teşebbüslerce uzlaşma metninde yer verilen talep üzerine idari para cezası oranında indirim yapılması mevzuata ve uzlaşma sürecinin ruhuna aykırıdır. Sonuç olarak bu üyeler, uzlaşma tarafı teşebbüslerin uzlaşma metninde yer verdiği talep üzerine Kurul tarafından idari para cezasının yeniden takdir edilerek indirim yapılmasının “müzakere” anlamına geleceği gerekçesiyle Kurulun çoğunluk görüşüne katılmamıştır.

Biz de karara katılmayan üyelerin görüşüne katılıyoruz. Yukarıda da açıklandığı üzere, uzlaşma tarafına uzlaşma görüşmeleri sırasında ileri sürülen iddiaların içeriği ve uygulanabilecek idari para cezası hakkında bilgi verilmektedir. Ardından uzlaşma

¹²⁴ Ceza Yönetmeliği m 5/1-b.

¹²⁵ Karar katılmayan üyeler, birbirine paralel iki ayrı karşı oy yazmışlardır. Karşı oy yazıları için bkz Olka ve Marlin s 48-52.

tarafı bu bilgilere ilişkin görüşlerini bildirmektedir¹²⁶. Uzlaşma Yönetmeliği'nin 7/4. maddesine göre, uzlaşma görüşmelerinin ardından Kurulun verdiği uzlaşma ara kararı uzlaşma tarafınca müzakere edilemez. Dolayısıyla uzlaşma tarafının Kurulun vereceği uzlaşma ara kararını etkileyebileceği en son an uzlaşma görüşmeleri safhasıdır. Somut olayda uzlaşma tarafları, uzlaşma metninde uzlaşma ara kararıyla örtüşmeyen yeni bir talepte bulunmuştur. Kurulun bu talebi kabul etmesi mevzuata açıkça aykırıdır.

Kurulun bu talebi kabul etmesine gerekçe olarak uzlaşma ara kararında *azami* idari para cezası oranını ve tutarını belirlediği ileri sürülebilir¹²⁷. Yani Kurulun uzlaşma nihai kararında, uzlaşma ara kararında belirtmiş olduğu idari para cezası oranı ve tutarından daha düşük bir oran ve tutar belirlenmesinin önünde bir engel yoktur¹²⁸. Ancak Uzlaşma Yönetmeliği'nin açık hükmü karşısında, Kurulun uzlaşma nihai kararında idari para cezasını indirmesinin gerekçesi tarafların uzlaşma metninde yer verdiği bir talep olamaz. Buna ek olarak, idari para cezasının indirilmesinin gerekçesi, “cezanın ihlale nazaran yüksek olduğu” gibi soyut gerekçeler de olamaz. Kurul, uzlaşma nihai kararını verinceye kadar arada geçen sürede idari para cezasının indirilmesini gerektirecek bir hatayı fark ettiyse idari para cezasını resen indirebilir. Kurul örneğin Ceza Yönetmeliği'nde düzenlenen bir hafifletici sebebi uygulamadığını fark etmesi nedeniyle uzlaşma nihai kararında daha düşük bir idari para cezası uygulanmasına karar verebilir. Bunun da gerekçesine uzlaşma nihai kararında yer vermelidir. Somut olayda bu talebin neden kabul edildiğine dair hiçbir gerekçe gösterilmemiştir. Son olarak, oy birliği ile verilen uzlaşma ara kararının oy çokluğu ile verilen uzlaşma nihai kararıyla değiştirilmesi de doğru bir uygulama değildir.

Uzlaşma usulüyle sonuçlandırılan altıncı dosya *Numil* kararıdır¹²⁹. Numil, temel olarak bebek ve çocuk besin ürünleri üretmektedir. Soruşturma kapsamında Numil'in yeniden satıcılarının satış fiyatını belirlediğine yönelik iddialar incelenmiştir. Bu kararın önemi, uzlaşma usulü sonucunda ilk defa azami indirim oranı olan yüzde yirmi beşten daha düşük bir indirim uygulanmış olmasıdır. Uzlaşma usulü sonucunda Numil'e verilen idari para cezasında yüzde on beş indirim uygulanmıştır¹³⁰. Ancak Kurul indirim oranını belirlerken neden alt sınıra yaklaştığına dair bir gerekçe göstermemiştir. Kurulun uzlaşma nihai kararlarında indirim oranlarını neye göre belirlediğinin gerekçesine yer vermemesi önemli bir eksikliktir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, uzlaşma usulüne başvuran teşebbüslerin hangi durumlarda azami veya asgari orandan indirim alacaklarını öngörebilmesi gerekir. Kurulun mevcut uygulaması, hukuki belirlilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

¹²⁶ Uzlaşma Yönetmeliği m 6/6 ve ayrıca bkz yukarıda II/B/2.

¹²⁷ Bkz Uzlaşma Yönetmeliği m 7/1-b, d.

¹²⁸ Bu konu hakkındaki açıklamalar için bkz yukarıda II/B/3.

¹²⁹ Rekabet Kurulunun 30.06.2022 tarihli ve 22-29/483-192 sayılı Numil kararı.

¹³⁰ ibid para 44, 3. sıradaki alt madde ve para 51.

Uzlaşma usulüyle sonuçlandırılan altıncı dosya *DyDo* kararıdır¹³¹. *DyDo* temel olarak su, gazlı ve meyveli içecek ürünlerinin üretimini ve dağıtımını yapan bir teşebbüstür. Soruşturma kapsamında *DyDo*'nun satışını gerçekleştirdiği ürünlerin raf fiyatına müdahale etmek suretiyle perakende satış noktalarının yeniden satış fiyatını belirlediği iddiası incelenmiştir. Uzlaşma usulü sonucunda *DyDo*'ya verilen idari para cezasında yüzde yirmi indirim uygulanmıştır¹³². Kurul bu kararda da neden azami indirim oranından yüzde beş daha düşük oranda indirim yaptığına dair bir gerekçe sunmamıştır.

Uzlaşma usulüyle sonuçlandırılan yedinci dosya *Hayırlı Kozmetik* kararıdır¹³³. Soruşturma kapsamında *Hayırlı Kozmetik*'in yeniden satıcılarının satış fiyatını belirlediği ve internet satışlarını kısıtladığı iddiaları incelenmiştir. Kurul, yeniden satıların internet satışlarının kısıtlanmasına yönelik davranışların belirlenen fiyatın altında satış yapılmasını engellemek ve yeniden satış fiyatının belirlenmesini kolaylaştırmak amacıyla gerçekleştirildiğini belirtmiştir. Bu sebeple her iki eylemi tek bir ihlal olarak nitelendirerek tek bir yaptırım uygulamıştır¹³⁴. Uzlaşma usulü sonucunda *Hayırlı Kozmetik*'e verilen idari para cezasında yüzde yirmi beş indirim uygulanmıştır¹³⁵.

1. Genel Değerlendirme

Uzlaşma kurumu, yürürlüğe girmesinin ardından geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Kurulun vermiş olduğu kararlara bakıldığında en çok yeniden satış fiyatının belirlenmesi ve internet satışlarının kısıtlanması dosyaları için uzlaşmaya başvurulduğu görülmektedir. Bunun en önemli sebebi Kurulun güncel uygulamasında bu ihlal tipini amacı itibarıyla rekabeti kısıtlayıcı olarak değerlendirmesidir¹³⁶. Bu sebeple teşebbüsler Kurulun davranışın etkilerini detaylı bir şekilde incelemeyeceğini bildikleri için olağan soruşturma usulünde kendilerini savunmak yerine doğrudan

¹³¹ Rekabet Kurulununun 07.07.2022 tarihli ve 22-32/508-205 sayılı *DyDo* kararı.

¹³² *ibid* para 66, 3. sıradaki alt madde ve para 72, 3 numaralı alt madde.

¹³³ Rekabet Kurulununun 21.07.2022 tarihli ve 22-33/523-210 sayılı *Hayırlı Kozmetik* kararı.

¹³⁴ *ibid* para 74.

¹³⁵ *ibid* para 89 ve 90, 3 numaralı alt madde.

¹³⁶ Bu ifademizi açalım: 7246 sayılı Kanun ile yapılan kanun değişikliği ile Türk rekabet hukukuna “açık ve ağır ihlal” kavramı girmiştir. Bu kavramın hangi ihlalleri kapsadığı ise ilk olarak 2021/2 sayılı Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Önerştirmelerde ve Soruşturmelerde Sunulacak Taahhütlere İlişkin Tebliğ’de (“Taahhüt Tebliği”) (RG 16.03.2021/31425) düzenlenmiştir. Taahhüt Tebliği’nin 4/1-a-2 maddesinde yeniden satış fiyatının belirlenmesi eylemi de açık ve ağır ihlal olarak sayılmıştır. Kurulun Taahhüt Tebliği’nin yürürlüğe girdiği tarihten sonra yeniden satış fiyatının belirlenmesi eylemine ilişkin uygulaması da bu ihlal tipini amacı itibarıyla rekabeti kısıtlayıcı anlaşmalar gibi değerlendirmek olmuştur. Kurulun Taahhüt Tebliği’nin yürürlüğe girmesinden önceki uygulamalarına bakıldığında ise, etki değerlendirmesi yaptığı ve hatta incelemelerin çoğunu Kanun’un 9/3. maddesi uyarınca soruşturma dahi açmadan yalnızca görüş göndererek sona erdirdiği görülmektedir. Bu yönde kararlar için bkz Rekabet Kurulununun 27.05.2008 tarihli ve 08-35/462-162 sayılı Kuralkan kararı para 490-500; 25.11.2009 tarihli ve 09-57/1365-357 sayılı KWS Türk kararı para 560; 23.09.2010 tarihli ve 10-60/1251-469 sayılı Yatsan kararı para 760-770; 06.06.2011 tarihli ve 11-34/742-230 sayılı Türkcell kararı para 570-580; 13.06.2013 tarihli ve 13-36/468-204 sayılı Reckitt Beckiser kararı para 24, 26; 15.02.2018 tarihli ve 18-05/74-40 sayılı Jotun Boya kararı para 39; 07.02.2019 tarihli ve 19-06/64-27 sayılı ve Bfit kararı para 85.

uzlaşma yolunu tercih etmektedir. İnternet satışlarının kısıtlanması eylemi açısından bakıldığında ise, tek başına uygulandığında kural olarak açık ve ağır ihlal teşkil etmeyecek internet üzerinden yapılan satışların kısıtlanması eyleminin, yeniden satış fiyatının belirlenmesinin caydırıcılığını ve etkisini artırmak maksadıyla tamamlayıcı bir unsur işlevi gördüğü belirtilerek bu eylem de uzlaşma kapsamına dâhil edilmektedir.

Kurul, uzlaşma usulüyle sona erdirilen soruşturmanın büyük çoğunluğunda azami oran olan yüzde yirmi beş indirim uygulamaktadır. Bununla birlikte iki dosyada yüzde on beş ve yüzde yirmi indirim uygulamıştır. Ancak Kurul uzlaşma nihai kararlarında, uzlaşma sonucunda uyguladığı indirim oranına ilişkin bir gerekçe sunmadığı için azami orandan neden sapıldığına dair bir bilgi edinmek mümkün değildir. Ayrıca uzlaşma dosyalarının nasıl yürütüleceğine ilişkin belirlenmiş bir usul de yoktur. Bu hususlar hukuki belirlilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla bunlar Türk hukukundaki uzlaşma uygulaması açısından ilerleyen dönemde çözülmesi gereken önemli sorunlardır. Bu sorunların çözümü için Kurul tarafından uzlaşma uygulamasına ilişkin bir kılavuz çıkarılmasının yerinde olacağını düşünüyoruz.

III. Avrupa Birliği Hukukunda Uzlaşma Kurumu

Makalenin bu bölümünde, AB’de uygulanan uzlaşma (*settlement*) süreci incelenecek ve Türk hukuku ile aralarındaki benzerlik ve farklılıklara değinilecektir. Aşağıda öncelikle, AB rekabet hukukundaki uzlaşma kurumu hakkında genel bilgiler verilmiştir. Ardından, düzenlenen uzlaşma mekanizması tüm safhalarıyla anlatılmıştır.

A. Genel Olarak

AB rekabet hukukunda uzlaşma mekanizması temelini 773/2004 sayılı Komisyon Tüzüğü’nden¹³⁷ (“Tüzük”) alır. Uzlaşmanın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar ise 2008/C 167/01 sayılı Komisyon Duyurusu’nda¹³⁸ (“Duyuru”) düzenlenmiştir.

Her şeyden önce AB rekabet hukukunda uzlaşma, yalnızca karteller için öngörülmüş olan bir kurumdur¹³⁹. Türk rekabet hukukundaki düzenlemelerde ise ne Kanun’un 43/5 ve devamı fıkralarında ne de Uzlaşma Yönetmeliği’nde böyle bir sınırlama öngörülmüştür. Uzlaşma sürecinin başlatılabilmesi için, yalnızca soruşturmaya başlanmış olması gerekli ve yeterlidir. Dolayısıyla Türk rekabet hukukunda başta

¹³⁷ Commission Regulation (EC) No 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty [2004] OJ L 123 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02004R0773-20150806>> Date of Access 29 March 2021.

¹³⁸ Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases [2008] OJ C 167 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A02008XC0702%2801%29-20150805> Date of Access 29 March 2021.

¹³⁹ Uzlaşmaya ilişkin 2008/C 167/01 sayılı Duyuru’nun başlığı da bunu belirtmektedir.

karteller olmak üzere, Taahhüt Tebliği kapsamına girmeyen açık ve ağır ihlaller dâhil diğer her türlü dosyada uzlaşma prosedürü işletilebilecektir.

Duyuruya göre, uzlaşma ile Komisyonun aynı miktarda kaynakla daha fazla dosyayı ele alabilmesi ve böylece etkili ve zamanında cezalandırma ile kamu yararına hizmet edilirken caydırıcılığın da artırılması hedeflenmektedir¹⁴⁰. Kanun değişikliğinin gerekçesinde ise, uzlaşma ile hedeflenenin, soruşturma sürecinin kısaltılarak hızlı bir şekilde sonuçlandırılması ve bunlara ilişkin dava süreçlerinin neden olacağı kamusal maliyetlerin azaltılması amaçlandığı ifade edilmiştir¹⁴¹. Dikkat edilirse, iki düzenlemenin amaçları arasında ciddi farklılıklar vardır. Şöyle ki AB’de uzlaşma ile aynı miktarda kaynakla daha fazla dosyanın ele alınması amaçlanmaktadır. Bu kapsamda örneğin kartele taraf olan beş teşebbüs varsa hepsiyle uzlaşarak dosya sonuçlandırılacaktır. Bu sayede aynı miktarda kaynakla daha fazla dosyaya bakılmış olacaktır. Türkiye’de ise uzlaşmanın amacı soruşturma safhasının kısaltılması ve dava süreçlerinin neden olduğu kamusal maliyetlerin azaltılmasıdır. AB’de soruşturma sürecinin kısaltılması gibi bir amaç yoktur¹⁴². Ayrıca AB’de uzlaşma kararlarına karşı yargı yolu açık olduğu için dava süreçleriyle ilgili bir amaç da bulunmamaktadır¹⁴³.

Uzlaşma sürecine ilişkin olarak; hangi dosyalarda uzlaşılacağı, uzlaşma prosedürüne başlanması, devam edilmesi ve nihayete erdirilmesi hususlarında Komisyonun geniş bir takdir yetkisi vardır¹⁴⁴. Bu açılardan bakıldığında Uzlaşma Yönetmeliği’nin de paralel düzenlemeler içerdiği söylenebilir¹⁴⁵.

B. Avrupa Birliği’nde Uzlaşma Uygulaması

AB rekabet hukukunda bir dosyanın ilk defa uzlaşma ile sonuçlanması 2010 yılında gerçekleşmiştir¹⁴⁶. Komisyon, uzlaşma prosedürünün uygulanmaya başlamasının ardından, kartel dosyalarının yaklaşık yarısının uzlaşma prosedürüyle çözüleceğine dair bir tahminde bulunmuştur¹⁴⁷. AB’deki uzlaşma kararlarına bakıldığında bu tahminin gerçekleştiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Aşağıdaki tablolardan da izlenebileceği üzere, 2010-2014 yılları arasında verilen 31 kartel kararının 17’si, 2015-2019 yıllarında verilen 26 kartel kararının 15’i ve 2020’den 10.12.2021 tarihine kadar verilen 14 kartel kararının 6’sı uzlaşma prosedürü yoluyla alınmıştır.

¹⁴⁰ Duyuru para 1.

¹⁴¹ Bkz 7246 sayılı Kanun madde gerekçeleri <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss215.pdf>> 9. Erişim Tarihi 29 Mart 2021.

¹⁴² Bkz aşağıda III/C/1.

¹⁴³ Bkz aşağıda III/C/4 ve III/C/5.

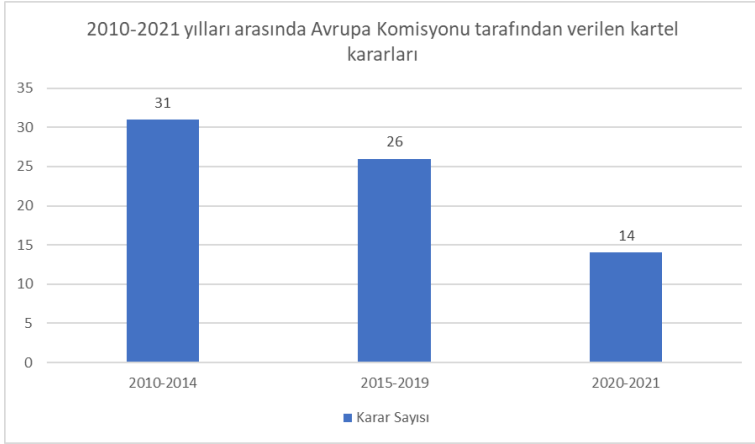
¹⁴⁴ Duyuru para 3 ve 5.

¹⁴⁵ Bu yetkinin keyfi kullanılması hukuki belirlilik ilkesiyle bağdaşmayacaktır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz yukarıda II/D.

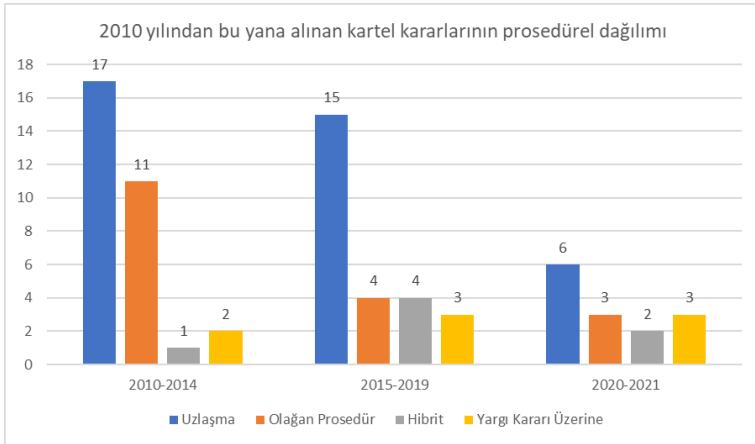
¹⁴⁶ AB’de uzlaşma usulüyle sonuçlandırılan ilk dosya DRAM kartelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_10_586> Erişim Tarihi 18 Aralık 2021.

¹⁴⁷ Açıklama için bkz <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_13_210> Erişim Tarihi 18 Aralık 2021.

Sonuçta, 2010 yılından bu yana verilen 71 kartel kararının 38'i uzlaşma sonucunda alınmıştır¹⁴⁸. Dolayısıyla uzlaşma usulünün AB'de yaygın bir kullanımı vardır.



Kaynak: Avrupa Komisyonu¹⁴⁹



Kaynak: Avrupa Komisyonu¹⁵⁰

¹⁴⁸ AB'de 2018 yılına kadar verilen tüm uzlaşma kararlarının ayrıntıları için bkz Laina and Bogdanov 'Latest Developments (2017-2018)' (n 11) 332-333.

¹⁴⁹ Bir kartel dosyası birden fazla teşebbüsle ilişkin olabilir ve birden fazla ihlali içerebilir. Eğer herhangi bir sebeple (Örneğin, hibrit uzlaşma nedeniyle ya da yargı kararı üzerine) farklı tarihlerde verilmiş kartel kararları varsa bu tabloda ayrı bir dosya olarak dikkate alınmıştır. Tablo, 10.12.2021 tarihine kadar olan sayıları göstermektedir. Kaynak: European Commission, Statistics on Cartel cases <https://ec.europa.eu/competition-policy/cartels/statistics_en> bkz Tablo 1.8. Erişim Tarihi 10 Aralık 2021.

¹⁵⁰ Bu tablo, 149. dipnotta yer alan tablodaki kartel kararlarının ne şekilde sonuçlandırıldığına ilişkin kırılımı göstermektedir. Kartel soruşturmalarında esas olarak olağan prosedür ve uzlaşma olmak üzere iki yol kullanılmaktadır. Lejantta yer alan "Hibrit" ifadesi ise uzlaşma prosedüründen vazgeçen teşebbüsler hakkında daha sonra olağan prosedür işletilerek verilen kararlara karşılık gelmektedir. "Yargı Kararı Üzerine" (*re-adoption*) ifadesiyle ile gösterilen sütun ise mahkeme tarafından kısmi olarak iptal edildikten sonra Komisyon tarafından tekrar alınan kartel kararlarına karşılık gelmektedir. Tablo, 10.12.2021 tarihine kadar olan sayıları göstermektedir. Kaynak: European Commission, Statistics on Cartel cases, bkz Tablo 1.14.

Duruma Türkiye açısından bakacak olursak, Uzlaşma Yönetmeliği yürürlüğe girdikten sonra ilk defa bir dosyanın uzlaşma usulüyle sonuçlanması 09.08.2021 tarihinde gerçekleşmiştir¹⁵¹. Yönetmelik'in yürürlüğe girmesiyle bir soruşturmanın ilk defa uzlaşma ile sona erdirilmesi arasında geçen süre dikkate alındığında, uzlaşma usulünün hızlıca uygulanmaya başladığı söylenebilir. Diğer taraftan gerek Yönetmelik'te öngörülen indirim oranı gerekse uzlaşmanın her türlü ihlal için uygulanabilir olması göz önüne alındığında, uzlaşmanın Türkiye'de de en az AB'deki kadar yaygın olarak kullanılmasının önünde bir engel yoktur. Ayrıca Kurum'un her soruşturma dosyası için taraflara öncelikli olarak uzlaşma usulünü teklif etmesi, bu kurumun uygulamasının yaygınlaştırılması için izlenebilecek bir yol olabilir.

AB'deki uzlaşma uygulamasıyla ilgili olarak değinilmesi gereken bir başka husus, kartel dışındaki dosyalarda da uzlaşma benzeri bir uygulamanın kullanılıyor olmasıdır. Bu uygulamaya "iş birliği prosedürü" (*cooperation procedure*) denilmektedir. Uzlaşma benzeri dememizin sebebi, AB'de uzlaşmanın sadece kartel soruşturmaları için öngörülmüş ve yüzde onluk sabit bir indirim uygulanan bir kurum olmasıdır. İş birliği prosedürü ise kartel dışındaki ihlaller için uygulanmaktadır ve sonucunda verilecek olan indirim yüzde on ile sınırlı değildir. Bu kapsamda; yeniden satış fiyatının tespiti¹⁵², sınır ötesi ticaret (paralel satış) yasakları¹⁵³, sözleşme yapmanın reddi¹⁵⁴ gibi ihlaller için yüzde on¹⁵⁵ ile yüzde elli¹⁵⁶ arasında değişen oranlarda indirimler uygulanmıştır¹⁵⁷. İş birliği prosedürünün uzlaşmaya göre bir diğer önemli farklılığı ise soruşturma raporunun tebliğinden sonra dahi başvurulabilen bir kurum olmasıdır¹⁵⁸.

Komisyondun uyguladığı iş birliği prosedüründe uzlaşma ve pişmanlık (*leniency*) kurumlarından esinlenilmiştir. Bu kapsamda, tıpkı uzlaşma prosedüründe olduğu gibi iş birliği prosedürünün işletilmesi için de ilgili tarafın ihlaldeki sorumluluğunu,

¹⁵¹ Bu hususa yukarıda değinmiştik. Bkz yukarıda II/D.

¹⁵² Örneğin tüketici elektroniği (*consumer electronics*) dosyaları: Asus, OJ (2018) C 338/13; Denon & Marantz, OJ (2018) C 335/5; Philips, OJ (2018) C 340/10 ve Pioneer, OJ (2018) C 338/19. Bkz <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4601> Erişim Tarihi 19 Aralık 2021.

¹⁵³ Örneğin; Ancillary sports merchandise (Nike), OJ (2019) C 216/7; Film merchandise (Comcast), OJ (2020) C 133/12; Character merchandise (Sanrio), OJ (2019) C 386/24; Guess, OJ (2019) C 47/5; MasterCard II, OJ (2019) C 185/10; Meliá, OJ (2020) C 182/9 ve AB InBev, OJ (2019) C 407/6 dosyaları.

¹⁵⁴ Örneğin, Altstoff Recycling Austria ("ARA") Foreclosure, OJ [2016] C 432/6. Bkz <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_3116> Erişim Tarihi 19 Aralık 2021.

¹⁵⁵ Örneğin MasterCard II dosyasında (OJ (2019) C 185/10), iş birliği sonucunda yüzde onluk bir indirim uygulanmıştır.

¹⁵⁶ Örneğin Guess (OJ (2019) C 47/5) ve Pioneer (OJ (2018) C 338/19) dosyalarında iş birliği sonucunda yüzde elli bir indirim uygulanmıştır. Guess ve Pioneer dosyaları hakkındaki basın açıklamaları için bkz <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_6844> <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4601> Erişim Tarihi 19 Aralık 2021.

¹⁵⁷ Buradaki bilgiler aktarıırken yararlanılan kaynaklar için bkz Jonas Koponen and Ariti Skarpa, 'Settling Antitrust Non-cartel Conduct Matters with the European Commission' (*Global Competition Review*, 02 February 2021) Date of Access 19 December 2021; Cooperation Procedure Facts Sheet: <https://ec.europa.eu/competition/publications/data/factsheet_guess.pdf> Date of Access 19 December 2021.

¹⁵⁸ Bkz Cooperation Procedure Facts Sheet. Örneğin Altstoff Recycling Austria dosyasında soruşturma raporunun tebliğinden sonra iş birliği prosedürü işletilmiştir. Uzlaşma prosedürünün ise soruşturma raporunun tebliğinden önce başlatılması zorunludur. Bkz aşağıda III/C/1.

ihlalin varlığını ve türünü (sınıflandırmasını) kabul etmesi gerekmektedir. Ayrıca teşebbüsler pişmanlık kurumunda olduğu gibi ihlalin varlığını gösteren delilleri de Komisyona sunabilir. Bundan başka, getirilecek olan tedbirlerin belirlenmesine ve uygulanmasına yardımcı olabilir¹⁵⁹. Bunun sonucunda Komisyon, somut olayın şartlarına ve ilgili tarafın iş birliğinin boyutuna göre cezada belli bir oranda indirim uygulamaktadır. Bu indirimlerin dayanağını ise para cezalarının belirlenmesine ilişkin Kılavuz'un 37. paragrafı oluşturmaktadır¹⁶⁰. İş birliği prosedürü işletilirken izlenecek safhalar da uzlaşma prosedürüyle aynıdır ve hazırlanacak olan soruşturma raporu da olağan prosedüre kıyasla daha kısadır¹⁶¹.

Son olarak belirtelim ki Uzlaşma Yönetmeliği'nde uzlaşma prosedürünün zaten her türlü ihlal için işletilebileceği öngörüldüğünden, kartel dışındaki ihlaller için de işletilecek olan kurum uzlaşmadır. Dolayısıyla Kurulun ayrıca böyle bir prosedüre ihtiyacı olmayacaktır.

C. Uzlaşmanın Safhaları

Duyuru'da tasarlanan uzlaşma mekanizması; uzlaşma sürecinin başlatılması, uzlaşma görüşmeleri, uzlaşma metni, soruşturma raporu ve nihai karar olmak üzere beş safhadan oluşmaktadır. Soruşturma raporu ile nihai karar aşamaları iç içe geçmiş olduğu için bu maddede tek başlık altında ele alınmıştır.

1. Uzlaşma Sürecinin Başlatılması

Komisyon, uzlaşma görüşmelerini başlatmak için aşağıdaki kriterleri göz önünde bulundurabilir¹⁶²:

- Makul bir süre içinde taraflarla ihlalin kapsamına ilişkin ortak bir anlayışa ulaşmanın mümkün olup olmayacağı.
- Tarafların sayısı.
- Tarafların ihlalden sorumluluğa ilişkin rollerinin öngörülebilir olup olmadığı.
- İhlale ilişkin delil ve tespitlerin yeterli olup olmadığı.
- Uzlaşma ile elde edilebilecek kazanımlar.

¹⁵⁹ Koponen and Skarpa (n 157); Cooperation Procedure Facts Sheet (n 157).

¹⁶⁰ Koponen and Skarpa (n 157); Cooperation Procedure Facts Sheet (n 157); Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 (2006/C 210/02) [2006] OJ C 210 para 37. İlgili paragrafta, Kılavuz kapsamında para cezalarının belirlenmesine ilişkin genel metodolojinin belirlendiği ancak somut dosya özelinde Komisyona belirlenen bu metottan ayrılabilme imkânı tanındığı ifade edilmiştir. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52006XC0901%2801%29>> Erişim Tarihi 19 Aralık 2021.

¹⁶¹ Annemarie ter Heegde, 'The new cooperation procedure in EU competition law for non-cartel cases' (presentation), 8-9. 2019 yılına kadarki tüm iş birliği kararları için bkz agk 10.

¹⁶² Duyuru para 5.

Görülebileceği üzere bu hususlar Yönetmelik'te de paralel şekilde düzenlenmiştir¹⁶³. Ayrıca AB'deki düzenlemeye göre de uzlaşmak taraflara tanınmış bir "hak" değildir¹⁶⁴.

Komisyona, açılmış olan bir rekabet soruşturmasında (*initiation of proceedings*) dosyanın uzlaşmaya elverişli olduğunu tespit etmesi hâlinde taraflara¹⁶⁵, soruşturma raporunun (*statement of objections*)¹⁶⁶ hazırlanmasından önce¹⁶⁷, uzlaşma görüşmelerine başlanması için hazır olduklarını yazılı olarak iletebilecekleri belirli bir süre verebilir. Bu süre iki haftadan az olamaz¹⁶⁸. Tarafların bu yazılı beyanı, ihlale katıldıklarını veya bundan sorumlu olduklarını kabul ettikleri anlamına gelmez¹⁶⁹. Komisyon, verdiği sürenin geçmesinden sonra verilen cevaplarla bağlı değildir¹⁷⁰. Bu süre aynı zamanda yapılacak olan pişmanlık başvuruları için de son süredir¹⁷¹.

Uzlaşma Yönetmeliği'nde düzenlenen uzlaşma görüşmelerinin başlatılması safhasına bakıldığında, AB düzenlemesinden ayrılan birkaç husus vardır. *Birincisi*, Yönetmelik'te, Kurulun göndereceği davete sabit on beş günlük süre içerisinde cevap verilmesi gerektiği öngörülmüştür. Bu süre geçtikten sonra yapılan bildirimler dikkate alınmayacaktır.

İkincisi, Yönetmelik'te, pişmanlık başvurularının uzlaşma metninin sunulmasına kadar yapılabileceği öngörülmüştür. AB'de ise Komisyonun uzlaşma için göndereceği davette yer alan sürenin sonuna kadar pişmanlık başvurusu yapılmalıdır.

Üçüncüsü, Uzlaşma Yönetmeliği'nin 4/3. maddesinde Kurulun ihlalin varlığı ile kapsamını kabul eden soruşturma tarafları ile soruşturma raporunun tebliğine kadar uzlaşabileceği düzenlenmektedir. Yani madde metninden anlaşılan, uzlaşmanın gerçekleştirilebileceği azami bir süre belirlenmiştir. AB hukukunda ise Komisyon, soruşturmaya başlar ve bir soruşturma raporu hazırlayabilecek seviyeye gelene kadar olağan şekilde yürütür. Bu süreçte dosyanın uzlaşma şartlarını taşıdığına kanaat getirirse tarafları uzlaşma için davet edebilir. Yani uzlaşma, salt soruşturma sürecini "hızlandırıcı" bir yol anlamına gelmemektedir¹⁷². Yönetmelik'teki düzenleme, mevzuatımızda soruşturma raporunun hazırlanması için belirli bir süre öngörüldüğü de dikkate

¹⁶³ Uzlaşma Yönetmeliği m 4/2.

¹⁶⁴ Duyuru para 6.

¹⁶⁵ Ayrıca taraflar da uzlaşma niyetlerini Komisyona iletebilirler. Bkz Duyuru, 'Overview of the procedure leading to the adoption of a (settlement) Decision pursuant to Articles 7 and 23 of Regulation No (EC) 1/2003' başlığı altında.

¹⁶⁶ *Statement of objections*, tarafların savunma haklarını yazılı ve sözlü olarak (sözlü savunma) kullanabilmelerini sağlamak amacıyla, ilgili taraflara karşı yöneltilen iddiaları içeren metindir. Bkz European Commission Antitrust Manual of Procedures, Drafting of Statement of Objections (SO), 3/15 <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_11_2019_en.pdf> Erişim Tarihi 31 Mart 2021.

¹⁶⁷ Tüzük m 2(1), Duyuru para 9.

¹⁶⁸ Tüzük m 10a(1) ve 17(3), Duyuru para 11.

¹⁶⁹ Duyuru para 11.

¹⁷⁰ Tüzük m 10a(1).

¹⁷¹ Duyuru para 13.

¹⁷² Laina and Laurinen (n 6) 303.

alındığında, soruşturma sürecinin hızlanmasına ve daha özensiz gerçekleştirilmesine neden olabilir. Bu da uzlaşma kurumunun kötüye kullanılmasına yol açabilecektir.

Eğer hükmün öngörülme amacı, uzlaşma görüşmelerine başlanabileceği son anı belirtmekse, bunu “soruşturma raporunun tebliğine kadar uzlaşılabilir” şeklinde ifade etmek istenen anlamı vermeyecektir. Bunun yerine, mehz düzenlemede olduğu gibi, uzlaşmaya yönelik davetin soruşturma raporunun tebliğine kadar gönderilebileceğinin¹⁷³ hüküm altına alınması doğru olurdu. Bu sayede uzlaşma görüşmelerine başladıktan sonra tamamlanması için herhangi bir süre sınırlaması olmayacaktır. Buradaki endişemizi şu şekilde açıklamak mümkündür: Uzlaşma için yaklaşık bir yıllık sürenin olduğu (soruşturma raporunun tebliğine kadar) bir kurguda; soruşturmanın ihlalin tüm yönlerini ortaya koyacak şekilde olgunlaşması ve ardından Yönetmelik’te öngörülen beş safhanın bu bir yıllık süre içerisinde tamamlanması gerekecektir. Örneğin, soruşturmaya başladıktan 6 ay sonra uzlaşma görüşmelerinin başlatılmasına karar verildiğini düşünelim. Bu durumda kalan tüm sürecin tamamlanması için 6 aylık bir süre kalacaktır¹⁷⁴. Özellikle Kurulun uzlaşma sürecine tamamen egemen olduğu da düşünüldüğünde kendisini bu şekilde bir süre kısıdıyla sınırlamasının gerekli olmadığını düşünmekteyiz¹⁷⁵.

2. Uzlaşma Görüşmeleri

Tarafların uzlaşma davetini yazılı olarak kabul etmesinden sonra uzlaşma görüşmeleri başlar. Uzlaşma görüşmelerinde Komisyon, görüşmelerin ne zaman gerçekleştirileceğini, sıklığını ve hızını belirleme yetkisine sahiptir. Ayrıca görüşmelerin gidişatına göre ileri sürülen iddialara ve muhtemel para cezasına esas bilgilerin ne zaman açıklanacağını da Komisyon belirleyecektir¹⁷⁶.

Uzlaşma tarafları, uzlaşma görüşmeleri sırasında aşağıdaki hususlar hakkında Komisyon tarafından bilgilendirilebilir¹⁷⁷:

- İleri sürülmesi öngörülen ihlal iddiaları.
- İhlal iddialarını destekleyici kanıtlar.
- Tarafın, karteldeki rolünü belirleyebilmek adına talep ettiğini gerekçelendirdiği ölçüde, dosya içerisinde yer alan belgelerin gizli bilgiden arındırılmış versiyonları.
- Muhtemel para cezası aralığı.

¹⁷³ Rong Zheng, ‘Settlement Procedure in EU Commission’s Competition Law Enforcement – A “Negotiation” Game between the Commission and Cartelists’ (2017) Study Paper No 01/17 Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, 9.

¹⁷⁴ Örneğin AB’de uzlaşma görüşmeleri safhası 6 ile 13 ay arası sürmektedir. Bkz Laina and Laurinen (n 6) 309. Birtakım uzlaşma görüşmelerinin süresini gösteren tablo için bkz İnce ve Ünübol (n 5) 56.

¹⁷⁵ Aynı yönde bkz İnce ve Ünübol (n 5) 55-56.

¹⁷⁶ Duyuru para 15.

¹⁷⁷ Tüzük 10a(2).

Bu bilgiler, Komisyonun rızası olmadıkça üçüncü şahıslara karşı gizli tutulacaktır. Bu yükümlülüğün ihlali hâlinde Komisyon uzlaşma görüşmelerini sona erdirebilir. Ayrıca daha sonraki süreçte ağırlaştırıcı unsur olarak dikkate alınabilir¹⁷⁸.

Yerleşmiş AB uygulamasında uzlaşma görüşmeleri, tarafların her biriyle ikili olarak gerçekleştirilen üç resmi toplantıdan (*formal meetings*) oluşmaktadır¹⁷⁹. Komisyon ilk resmi toplantıda tarafları, uzlaşmanın safhaları ve süreç hakkında aydınlatır. Ayrıca, dosya hakkındaki değerlendirmesini ve iddiaların temelini oluşturan delillerini sunar. Bu deliller, teşebbüse karşı ileri sürülen kartel iddialarının ve muhtemel para cezasının belirlenmesinde kullanılanlar ile sınırlıdır.

Uzlaşma tarafları, makul ve gerekçeli talepleri ile dosyadaki diğer delillere ulaşmak için izin isteyebilirler. Bu amaçla taraflar, dosyadaki gizli bilgiden arındırılmış belgeler hakkında da bilgilendirilir¹⁸⁰. Bu durum dosyaya giriş hakkıyla (*right to access files*) karıştırılmamalıdır¹⁸¹. Dosyaya giriş ancak olağan prosedürde (*standart procedure*) mümkün olmaktadır. Zira uzlaşma ile teşebbüsler dosyaya giriş haklarından ve sözlü savunma taleplerinden vazgeçmektedir¹⁸².

Ardından ikinci resmi toplantıya geçilir. İkinci toplantının amacı, taraflar ve Komisyon arasında ihlalin kapsamı ve bu çerçevede verilecek olan para cezası konusunda ortak bir anlayış olup olmadığının ortaya koyulmasıdır. Bu kapsamda, para cezasının hesaplanmasında dikkate alınacak ihlalden etkilenen satışlar konusunda da bir ortak anlayışa varılması gerekir. Komisyon resmi toplantıda yapılacak müzakereleri kolaylaştırmak için, toplantı öncesinde taraflarla temaslarda bulunabilir.

İkinci resmi toplantının da olumlu geçmesi hâlinde üçüncü resmi toplantıya geçilir. Üçüncü resmi toplantıda taraflara, dosyanın uzlaşmayla sona ermesi hâlinde verilebilecek olan en yüksek para cezası ve bunun hesabında kullanılan parametreler açıklanır. Ayrıca, sunulacak olan uzlaşma metni (*settlement submission*) hakkında da bilgi verilir.

Bu resmi toplantıların arasında, talep hâlinde, Komisyon ve taraflar arasında teknik konuları müzakere etmek amacıyla başkaca görüşmeler düzenlenebilir. Diğer taraftan teşebbüsler, dosya hakkında daha ayrıntılı açıklamalar yapmak için yazılı belgeler (*non-papers*) sunabilirler. Bu belgeler delil olarak kullanılmaz.

¹⁷⁸ Duyuru para 7.

¹⁷⁹ Laina and Laurinen (n 6) 304-305. Uzlaşma görüşmelerinin anlatıldığı aşağıdaki paragraflarda aynı bölümden yararlanılmıştır. Ayrıca bkz Kris Dekeyser and Christian Roques, 'The European Commission's Settlement Procedure in Cartel Cases' (2010) Vol. 55, No. 4/Winter (The Antitrust Bulletin) 819, 836.

¹⁸⁰ Tüzük m 10a(2), Duyuru para 16.

¹⁸¹ İnce ve Ünübol (n 5) 59. dipnot.

¹⁸² Duyuru para 20(d).

AB uygulamasında uzlaşma görüşmeleri safhası bu şekilde yürütülmektedir. Kurulun da uzlaşma prosedürünü yürütürken bu şekilde yerleşmiş bir uygulama takip etmesi yararlı olacaktır.

3. Uzlaşma Metni

Üç resmi toplantının sonucunda ortak bir anlayışa varılması hâlinde Komisyon, taraflara uzlaşma metninin sunulması için en az 15 iş günü süre verir¹⁸³. Duyuru'nun 20. paragrafına göre sunulacak olan uzlaşma metni aşağıdaki hususları içermelidir:

- a) Tarafların, resmi toplantılara paralel olarak ihlalin varlığını, amacını, uygulanışını, olgularını, ihlaldeki rolünü, sorumluluğunu ve sonuçlarını kabul ettiğine dair açık ve kesin beyanı.
- b) Tarafların, uzlaşma görüşmeleri sonucunda Komisyon tarafından uygulanacağını öngördükleri azami ceza miktarı ile uzlaşma prosedürü çerçevesinde kabul edecekleri ceza miktarına ilişkin beyanı.
- c) Tarafların, uzlaşma sürecinde hakkındaki iddialar ile ilgili olarak Komisyon tarafından yeterli derecede bilgilendirildiğine ve görüşlerini Komisyona aktarmak için yeterli imkânın tanındığına ilişkin beyanı.
- d) Tarafların, Komisyonun soruşturma raporunun ve nihai kararının sunmuş oldukları uzlaşma metnine uygun olduğu sürece dosyaya giriş veya sözlü savunma toplantısı talep haklarını kullanmayacaklarına ilişkin kabulü.
- e) Tarafların, kararlaştırılmış olan dilde, 1/2003 sayılı Tüzük'ün 7. ve 23. maddeleri uyarınca soruşturma raporunu ve nihai kararı tebellüğ edeceklerine ilişkin beyanı.

Hükümden de anlaşılacağı üzere, AB rekabet hukukunda uzlaşma kurumu ile beklenen etkinliğin sağlanabilmesinin asıl araçları, uzlaşma taraflarının dosyaya giriş ve sözlü savunma talep etme haklarından feragat etmeleridir. Öncelikle belirtmek gerekir ki AB rekabet hukukunda karteller bakımından soruşturma için azami bir süre öngörülmemiştir¹⁸⁴. Dolayısıyla taraflar dosyaya giriş ve sözlü savunma haklarını kullandığı ölçüde süreç uzamaktadır. Bu nedenle uzlaşma mekanizması, bu hakların kullanılmayarak sürecin kısıtlanması üzerine tasarlanmıştır. Uzlaşma Yönetmeliği'nde ise bu hükmün karşılığı olan 8. maddede, tarafların uzlaşma metninde yer alan hususları dava konusu yapmayacağını beyan edeceği öngörülmüştür. Önemle

¹⁸³ Duyuru para 17.

¹⁸⁴ International Competition Network, Anti-Cartel Enforcement Template, Cartels Working Group, Subgroup 2: Enforcement Techniques <<https://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/template.pdf>> '11. Limitation periods and deadlines' başlığı altında, Erişim Tarihi 31 Mart 2021.

belirtelim ki mehaz AB hukukunda, uzlaşma sonucunda verilen nihai karara karşı yargı yolu açıktır¹⁸⁵.

Uzlaşma metni sunulduktan sonra tek taraflı olarak geri çekilemez. Bir sonraki safhada Komisyon tarafından hazırlanacak olan soruşturma raporu, taraflarca sunulan uzlaşma metninde belirtilen ihlalin kapsamını (Duyuru para. 20/a) yansıtıyorsa, uzlaşma metni ile soruşturma raporu örtüşmüş sayılacaktır. Ek olarak, verilecek olan nihai kararın uzlaşma metniyle örtüşüyor olduğunun kabul edilmesi için ise, verilen para cezasının, uzlaşma metninde belirtilen (Duyuru para. 20/b) azami para cezasını aşmaması gerekir¹⁸⁶.

Görüldüğü üzere, AB uygulamasında Uzlaşma Yönetmeliği'nde düzenlenen "uzlaşma ara kararı" safhası yoktur. Bunun yerine, uzlaşma görüşmelerinden sonra uzlaşmak isteyen taraflar, görüşmelere paralel olacak şekilde bir uzlaşma metni sunmaktadır. Ardından Komisyon kendi soruşturma raporunu hazırlayacak ve bir nihai karar verecektir.

4. Soruşturma Raporu ve Nihai Karar

Uzlaşma metninin sunulmasının ardından Komisyon, taraflara yazılı soruşturma raporunu tebliğ eder. Bu, nihai karar verilmeden önceki zorunlu bir adımdır¹⁸⁷. Uzlaşma sonucunda hazırlanacak olan soruşturma raporu, olağan prosedürdekine kıyasla sade ve oldukça kısadır¹⁸⁸.

Komisyon, nihai kararını vermeden önce, savunma hakkının etkili bir şekilde kullanılabilmesi adına, tarafların kendilerine yöneltilen iddialar ve bunları destekleyici deliller hakkındaki görüşlerini dinler ve uygun olduğu durumlarda soruşturma raporunda yapmış olduğu değerlendirmeyi değiştirir. Komisyon, uzlaşma süreci boyunca, tarafların görüşlerini sadece kabul etmek veya reddetmekle kalmamalı aynı zamanda kendi analizlerini yapmalı ve argümanlarını gerekçelendirmelidir¹⁸⁹.

Komisyon, tebliğ etmiş olduğu soruşturma raporuyla taraflara, iki haftadan az olmamak üzere bir süre verir. Soruşturma raporu, sunmuş oldukları uzlaşma metniyle örtüşüyorsa, taraflar, bu hususu kesin olarak kabul ettiklerini ve uzlaşma usulüne devam etmek istediklerini, bu süre zarfında onaylar. Yanıt verilmemesi hâlinde Komisyon, uzlaşma sürecini sonlandırabilir¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Bu konuyu aşağıda ayrıntılarıyla ele alıyoruz. Bkz aşağıda III/C/4. Ayrıca bkz Duyuru para 41; Arı, Aygün ve Kekevi (n 77) 259; Greg Olsen and Mark Jephcott 'Sharing the Benefits of Procedural Economy: The European Commission's Settlement Procedure' (2010) 25(1) (Antitrust) 76, 78.

¹⁸⁶ Duyuru para 22.

¹⁸⁷ Duyuru para 23.

¹⁸⁸ Laina and Laurinen (n 6) 305

¹⁸⁹ Duyuru para 24.

¹⁹⁰ Tüzük m 10a(3), Duyuru para 26.

Komisyon, uzlaşma taraflarının sunmuş olduğu uzlaşma metnini yansıtmayan bir soruşturma raporu da hazırlayabilir. Böyle bir durumda olağan soruşturma sürecine geçilecektir. Bu kapsamda taraflar dosyaya giriş haklarını kullanabilir veya sözlü savunma toplantısı yapılmasını talep edebilirler. Ayrıca, taraflar sunmuş oldukları uzlaşma metniyle bağlı değildir ve bu uzlaşma metni kendilerine karşı delil olarak kullanılamaz¹⁹¹. Yukarıda da belirtildiği üzere, Komisyon, uzlaşma görüşmelerine başlamadan önce soruşturmasını olağan şekilde yürüttüğü için, uzlaşma herhangi bir sebeple sağlanamazsa, standart usul sekteye uğramadan devam edebilecektir¹⁹². Bu nedenle, özellikle uzlaşmanın sağlanamaması ihtimaline karşı Kurulun da uygulamada, hiç uzlaşma olmayacakmış gibi bir soruşturma yürütmesi gerektiği söylenebilir.

Tarafların uzlaşma usulüne devam etmek istediklerini kabul etmeleri üzerine Komisyon, Danışma Kurulunun (*Advisory Committee*)¹⁹³ görüşünü alarak, uzlaşma hakkında nihai kararını verir. Komisyonun bu aşamada dahi daha önce sunmuş olduğu ve taraflarca kabul edilen soruşturma raporundan dönme hakkı saklıdır. Bu durumda da yine olağan soruşturma usulü takip edilir ve sunmuş oldukları uzlaşma metni kendilerine karşı delil olarak kullanılamaz¹⁹⁴.

Nihai kararda verilecek olan para cezası, aynı bir kartel dosyasında olduğu gibi hesaplanacak, ardından sabit yüzde onluk indirim uygulanacaktır¹⁹⁵. Dosya kapsamında ayrıca pişmanlık başvurusunda da bulunan uzlaşma tarafları varsa, uzlaşma sonucunda takdir edilecek indirim, pişmanlık başvurusu nedeniyle elde edilecek indirimde eklenecektir¹⁹⁶. Tekrar belirtelim ki bu karar yargı denetimine açıktır.

5. Avrupa Birliği'nde Yargı Yoluna Götürülen Uzlaşma Kararları

AB'de şu ana kadar uzlaşma sonucunda yargı yoluna götürülen 3 karar vardır¹⁹⁷. Bunlardan ilki Soci t  G n rale ("SG") tarafından Genel Mahkemeye yapılan başvurudur. SG, Komisyon ile yaptığı uzlaşma sonrasında temel olarak iki hususa itiraz etmiştir¹⁹⁸. *Birincisi*, *Euro Interest Rate Derivatives* (EIRD) kararında temel

¹⁹¹ Duyuru para 27.

¹⁹² Laina and Laurinen (n 6) 303; İnce ve Ünübol (n 5) 43.

¹⁹³ *Advisory Committee*, AB üye ülkelerinin rekabet otoritelerinin temsilcilerinden oluşan bir kuruldur. Komisyon, soruşturma ve birleşme ve devralma dosyalarında, mevzuatta öngörüldüğü hâllerde, bu kurulun görüşünü alır. Bu görüş, verilecek olan nihai kararda dikkate alınır. Bkz Glossary of terms used in EU competition policy, Antitrust and control of concentrations, Directorate-General for Competition, Brussels, July 2002, 4.

¹⁹⁴ Duyuru para 29.

¹⁹⁵ Duyuru para 32.

¹⁹⁶ Duyuru para 33.

¹⁹⁷ Marieke Datema, Andrew Leitch and Ed Coulson, 'Cartel Settlements: Facilitating Damages Claims But Hybrid Cases Remain Unsettling' (*Competition Policy International*, January 2021) 12, Date of Access 20 December 2021.

¹⁹⁸ SG'nin başvurusundaki itirazlar için bkz <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62014TN0098&from=EN>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2021.

para cezası hesaplanırken esas alınması için Komisyona vermiş olduğu ciro bilgisini yanlış olarak sağladığını ve bu nedenle uzlaşma sonucunda verilen cezanın doğru tutara indirilmesini talep etmiştir. Belirtelim ki bu itiraz SG'nin sunduğu uzlaşma metninde Komisyon tarafından uygulanabilecek maksimum para cezasını kabul etmiş olmasına rağmen yapılmıştır¹⁹⁹. İkinci itiraz konusu ise, Komisyonun diğer bankalara verilen para cezaları için esas aldığı ciroları nasıl hesapladığını gerekçelendirmemiş olmasıdır. Komisyon, SG'nin kararın iptali için açtığı bu davadan sonra, Genel Mahkemenin kararını beklemeden verilen para cezasını yarısına²⁰⁰ indirmiştir²⁰¹. Bunun üzerine SG itirazını geri çekmiştir²⁰². Yine de bu karar bir uzlaşma tarafının ilk defa yargı yoluna başvurması ve mahkeme kararı olmadan da olsa bundan sonuç alması bakımından önem taşımaktadır.

Uzlaşma sonucunda verilen karara itiraz edilen ikinci örnek ise *Envelopes* kararıdır²⁰³. Somut olayda Komisyon, özel baskılı zarf pazarında kurulan karteletaraf olan 5 teşebbüsün tümüyle ihlaldeki sorumluluklarını kabul etmeleri üzerine uzlaşmış ve teşebbüslerin tümüne yüzde on indirim uygulamıştır. Diğer taraftan yapılan pişmanlık başvuruları için de değişen oranlarda indirimler uygulanmıştır²⁰⁴. Daha sonra, uzlaşmaya taraf teşebbüslerden Printeos bu karara Genel Mahkeme nezdinde iptal davası açmıştır²⁰⁵. Printeos iptal davasında temel olarak üç hususa itiraz etmiştir. *Birincisi*, tıpkı SG'nin itirazında olduğu gibi, Komisyonun para cezasını hesaplama yöntemini yeterince gerekçelendirmemesidir²⁰⁶. *İkincisi*, temel para hesaplanırken ihlale taraf olan teşebbüsler arasında eşit muamele ilkesine aykırı davranmış olmasıdır²⁰⁷. *Üçüncüsü* ise, Komisyonun benzer konu hakkında daha önce İspanya rekabet otoritesi tarafından verilen bir cezayı dikkate almaması sebebiyle ölçülülük ilkesine ve ayrımcılık yasağına aykırı davrandığını ileri sürmüştür²⁰⁸. Bu

¹⁹⁹ Jean-François Bellis, 'General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure' (*Competition Policy International*, 10 March 2015) Date of Access 20 December 2021; Chris Bryant and Catherine Wylie, 'Société Générale EURIBOR cartel fine reduction highlights right to appeal in settlement cases' (*Lexology*, April 8 2016) Date of Access 20 December 2021; Zheng (n 173) 66.

²⁰⁰ Bu kapsamda 445.884.000 euro'luk ceza 227.718.000 euro'ya indirilmiştir.

²⁰¹ Dosya ile ilgili basın açıklaması için bkz <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_13_1208> Erişim Tarihi 20 Aralık 2021; OECD: Latin American and Caribbean Competition Forum – Session I: Fining Methodologies for Competition Law Infringements (2019) 29.

²⁰² Süreç hakkında bilgi için yararlanılabilecek diğer kaynaklar: Dunne (n 9) 48 vd; Laina and Bogdanov 'Latest Developments' (n 8); Agapi Patsa, James Robinson and Mara Ghiorghe, 'Cartel Settlements: An overview of EU and national case law' (*Concurrences*, e-Competitions National Competition Laws Bulletin, N° 81310, 2016) Date of Access 20 December 2021; Clio Angeli, 'General Court judgment on European Commission's settlement procedure' (*Norton Rose Fulbright*, July 2017) Date of Access 20 December 2021.

²⁰³ Bu karar ve aşağıda yer alan *Ethylene* kararı için ayrıca bkz Çiçek Ersoy ve Gökşin Kekevi, 'AB ve Türk Rekabet Hukukunda Uzlaşma' in Kerem Cem Sanlı (ed), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Yapılan 2020 Yılı Değişiklikleri: Nedenleri, Kapsamı ve Olası Etkileri* (On İki Levha 2022) 307.

²⁰⁴ İlgili basın açıklaması için bkz <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_14_2583> Erişim Tarihi 20 Aralık 2021.

²⁰⁵ Case T-95/15 *Printeos and Others v Commission* [2016] ECR II <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015TJ0095&from=en>> Date of Access 20 December 2021.

²⁰⁶ ibid para 29.

²⁰⁷ ibid para 30.

²⁰⁸ ibid para 31.

itirazından ardından Genel Mahkeme, beş teşebbüse uygulanan para cezalarının hesaplanma yönteminin yeterince açık olmadığı iddiasını haklı bularak, cezayı iptal etmiştir²⁰⁹. Bunun üzerine Komisyon daha ayrıntılı bir gerekçe ile aynı cezayı yeniden uygulamıştır²¹⁰. Printeos bu kararın da iptali için mahkemeye başvurmuş ancak Genel Mahkeme bu sefer başvuruyu reddetmiştir²¹¹. Printeos'un açmış olduğu bu davanın önemi, uzlaşma sonucunda verilen kararın itiraz üzerine iptal edildiği ilk dava olmasıdır²¹².

Uzlaşmanın yargı yoluna götürüldüğü en yakın tarihli karar ise *Ethylene* kararıdır²¹³. Karar kapsamında Komisyonun etilen alım karteli kurdukları gerekçesiyle dört teşebbüs hakkında yürüttüğü soruşturma uzlaşma ile sonlamıştır. Komisyon somut olayda bir alım karteli söz konusu olduğu için para cezası hesaplanırken teşebbüslerin satış cirosunun dikkate alınmasının doğru olmayacağını belirtmiştir²¹⁴. Bu nedenle para cezalarının belirlenmesine ilişkin Kılavuz'a göre olması gereken hesaplama ayrılarak tüm tarafların cezasını yüzde on oranında artırmış fakat bu oranı neye göre belirlediğini gerekçelendirmemiştir. Bu karara, uzlaşmaya taraf teşebbüslerden Clariant itiraz etmiştir. Clariant itirazında iki hususa dayanmaktadır²¹⁵. Bunlardan *birincisi*, daha önce bir iştirakinin bir sağlayıcı karteline taraf olması nedeniyle kendisine uygulanan tekrerrüye dayalı ceza artırımındır. *İkincisi*, somut olayda bir alım karteli söz konusu olduğu için Komisyonun gerekçelendirmeden (*mechanically*) uyguladığı yüzde onluk artırımdır. Genel Mahkeme itirazı henüz karara bağlamamıştır. Esasen buradaki itiraz konusu hususlar uzlaşma sürecinde tartışılmış ve kabul edilmiş hususlardır. Dolayısıyla bu kararın önemi uzlaşma sürecine ilişkin bu tür başvuruların yapılıp yapılamayacağını belirlenmesi olacaktır²¹⁶.

²⁰⁹ ibid para 52 vd

²¹⁰ *Envelopes* (Case COMP AT.39780) Commission Decision of 16.6.2017 amending Decision C(2014) 9295 final relating to a proceeding under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 53 of the EEA Agreement <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39780/39780_3807_3.pdf> Date of Access 20 December 2021. İlgili basın açıklaması için bkz <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEX_17_1675> Erişim Tarihi 20 Aralık 2021.

²¹¹ Case T-466/17 *Printeos and Others v Commission* [2019] ECR II <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017TJ0466&from=EN>> Date of Access 20 December 2021.

²¹² Süreç hakkında bilgi için yararlanılabilecek diğer kaynaklar: Wouter Wils, 'Readoption by the European Commission of cartel decisions annulled on procedural grounds by the EU courts' (*Concurrences*, N° 3-2021, Art. N° 101369, pp. 63-76, September 2021) Date of Access 20 December 2021; Mara Ghiorghies and James Robinson, 'Appealing a settlement: can you have your cake and eat it?' (*Lexology*, 16 March 2017) Date of Access 20 December 2021; Gönenç Gürkaynak, 'Unchartered Territories: A Comparative Study of the Newly Introduced Commitment and Settlement Mechanisms of Turkish Competition Law with the European Union Competition Law' 3. dipnot Erişim Tarihi 20 Aralık 2021; Datema, Leitch and Coulson (n 197); Patsa, Robinson and Ghiorghies (n 202), Angeli (n 202).

²¹³ *Ethylene* (Case COMP/AT.40410) Commission Decision C(2020) 4817 [2020] <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40410/40410_1654_6.pdf> Date of Access 21 December 2021.

²¹⁴ Zira alım kartelinin amacı alış fiyatını düşürmektir ve kartele taraf olan teşebbüsler bunda ne kadar başarılı olurlarsa alım hacimleri (yani alınan birim mal ile ödenen fiyatın çarpımı) o kadar düşmüş olacaktır. Bkz ibid para 143.

²¹⁵ Clariant'ın başvurusunda dayandığı itirazlar için bkz <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62020TN0590&from=EN>> Erişim Tarihi 21 Aralık 2021.

²¹⁶ Süreç hakkında bilgi için yararlanılabilecek kaynaklar için bkz Cleary Gottlieb, 'EU Competition Law Newsletter' January 2021 <<https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/eu-competition-newsletters/european-competition-newsletter-january-2021.pdf>> Date of Access 21 December 2021; Stepan Svoboda and Brigitta Renner-Loquenz, 'Recent EU Developments in Buyer-Side Cartels' (*Competition Policy International*, 29 June 2021) Date of Access 21 December 2021.

Dikkat edilecek olursa bu itirazların hiçbirinde taraflar ihlaldeki sorumluluğunu reddetmemektedir. Dolayısıyla itirazların sonucunda olayın esası hakkında bir değişiklik olmayacaktır. Fakat taraflar, uzlaşma görüşmeleri her teşebbüsle ayrı ayrı yürütüldüğünden gerçekten de diğer uzlaşma taraflarının cezalarının kapsamı hakkında nihai karar yayımlanıncaya kadar bilgi sahibi değildir. Uzlaşma görüşmeleri sırasında taraflara, diğer uzlaşan taraflara uygulanacak azami para cezaları hakkında bilgi verilmediği için, bu bilgi uzlaşan tarafların sunmuş oldukları uzlaşma metninde kabul ettikleri hususların bir parçasını da oluşturmamaktadır²¹⁷. Dolayısıyla taraflar en azından bu hususa itiraz edebilmelidir. Rekabet otoritelerinin de bu itirazlara karşı her bir taraf için uyguladığı para cezalarını nasıl hesapladığını açıkça ortaya koyması gerekir. Ayrıca Türkiye’de uzlaşma sonucunda uygulanacak olan indirim oranının sabit olmaması nedeniyle bu konu da başlı başına ayrı bir itiraz konusu olabilecektir. İlgili tarafın sunmuş olduğu uzlaşma metninde birtakım hususları kabul ediyor olması, rekabet otoritesinin eşitlik ilkesine uyma yönündeki sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Zira uzlaşma, iki eşit tarafın yapmış olduğu bir özel hukuk anlaşması değildir.

IV. Uzlaşan ve Uzlaşmayan Taraflar Arasındaki İlişki

Uzlaşmayla ilgili en önemli hukuki problemlerden biri uzlaşan ve uzlaşmayan taraflar arasındaki ilişkidir. Örneğin bu kapsamda yanıtlanması gereken bir soru, uzlaşmayan taraflara daha farklı cezalar verilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olup olmayacağıdır. Bu husus, Komisyonun *Animal Feed Phosphates* kararında uzlaşma prosedüründen vazgeçen Timab tarafından Genel Mahkemeye yapılan itirazda tartışılmıştır²¹⁸. Somut olayda Timab, ilk başta uzlaşma prosedürüne dâhil olmuştur. Komisyon tarafından uygulanabilecek idari para cezası aralığını öğrendikten sonra uzlaşma prosedürüne devam etmekten vazgeçmiştir. Komisyonun uzlaşma prosedürü sırasında belirlediği para cezası aralığı 41 ile 44 milyon euro’dur. Timab’ın uzlaşma usulünden vazgeçmesinin ardından Komisyon, bu teşebbüs için olağan soruşturma usulüne geçmiştir. Bunun sonucunda ise Timab’a 59.850.000 euro para cezası uygulamıştır. Bunun sebebi ise şudur: Timab, uzlaşma görüşmelerinde kartele katılım tarihini 1978 olarak belirtmiş ve idari para cezası da 1978 yılı ile 2004 yılı arasındaki süre için hesaplanmıştır. Ancak olağan soruşturma usulüne geçildiğinde Timab buna itiraz etmiş ve kartele katılım tarihinin 1993 olduğunu ileri sürmüştür. Bunun üzerine Komisyon bu iddiayı değerlendirmiş ve Timab’ın kartele gerçekten 1993 ile 2004 yılları arasında dâhil olduğunu tespit etmiştir. Uzlaşma usulündeki aynı hesaplama yöntemiyle hesaplama yapıldığında Timab’ın 1993-2004 yılları arasında yapmış olduğu ortalama yıllık satış daha fazla olduğu için hesaplanan para cezası

²¹⁷ Datema, Leitch and Coulson (n 197).

²¹⁸ Case T-456/10 *Timab industries and CPFR v Commission* [2015] ECR II <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010TJ0456&from=en>> Date of Access 25 December 2021.

daha yüksek çıkmış ve Komisyon da bu doğrultuda para cezasını uygulamıştır²¹⁹. Timab bu karara, uzlaşan taraflarla arasındaki eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürerek itiraz etmiştir.

Genel Mahkeme öncelikle aynı karteğe ilişkin yürütülen iki farklı prosedürün eşitlik ilkesine uygun yürütülmesi gerektiğini bir kural olarak tespit etmiştir²²⁰. Ardından ise uzlaşma prosedürünün olağan soruşturma usulünden farklı yönleri olduğunu da belirtmiştir. Bu kapsamda uzlaşma prosedüründe bir öncül soruşturma raporu (*advance statement of objection*) hazırlandığını ve yine bu prosedür kapsamında tarafların muhtemel para cezası aralığı hakkında bilgilendirildiği ifade edilmiştir. Genel Mahkemeye göre uzlaşma görüşmeleri nihayete erdirilemezse bu görüşmeler hiç yapılmamış gibi davranılmalıdır. Genel Mahkeme burada “*tabula rasa*” kavramını kullanmıştır²²¹. Yani taraflar sanki daha önce hiçbir görüşme yapılmamış gibi olağan soruşturma usulüne geri dönmelidir. Bu kapsamda Komisyon uzlaşma prosedürü sırasında yaptığı incelemeye ek incelemeler gerçekleştirebilir. Komisyon ayrıca uzlaşma prosedüründen çekilmesinde hâlinde bildirilen para cezası aralığının meşru beklenti (*legitimate expectation*) sayılamayacağını da belirtmiştir²²². Diğer taraftan somut olayda Komisyon, olağan soruşturma usulünde de uzlaşma prosedüründe kullandığı hesaplama yönteminin aynısını kullanmıştır. Sonuç olarak Genel Mahkeme Timab’ın itirazını reddetmiştir. Timab bu karara daha sonra ABAD nezdinde itiraz etmiştir²²³. Ancak ABAD da Genel Mahkemenin kararını onamıştır²²⁴.

Buradan çıkarılan sonuç, uzlaşma usulünden vazgeçen bir tarafın daha sonra herhangi bir sebeple daha ağır cezalarla karşılaşabileceğidir²²⁵. Öğretideki bir görüşe göre de olağan soruşturma usulünde ve uzlaşma prosedüründe tespit edilen ihlalin kapsamı aynı olmayabilir. Zira uzlaşma, muhatabı ikna etmeyi gerektirir. Birtakım sebeplerle uzlaşma taraflarını ikna etmek mümkün olmazsa (yani uzlaşma prosedürü sona ererse), Komisyonun muhataplarını neden ikna edemediğini araştırması gerekir. Komisyon, bu tür bir araştırma için de ihlalin kapsamının değişmesine yol açabilecek ek bir soruşturma yürütülmesini gerekli görebilir²²⁶.

²¹⁹ Freya van Schaik, ‘Timab v Commission: The First Lessons on Hybrid Cartel Settlement Procedures’ (2017) Vol. 8, No. 5 Journal of European Competition Law & Practice 309, 309.

²²⁰ (n 218) para 72.

²²¹ ibid para 104.

²²² ibid para 124.

²²³ C-411/15 P *Timab industries and CPFR v Commission* [2017] ECR I <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CJ0411&from=en>> Date of Access 25 December 2021.

²²⁴ Timab kararı hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz Laina and Bogdanov ‘Latest Developments’ (n 8) 73-76; Schaik (n 219); Laina and Bogdanov ‘Latest Developments (2017-2018)’ (n 11) 326.

²²⁵ Uzlaşma Yönetmeliği’nde de uzlaşma metninin süresi içinde gönderilmemesi hâlinde, Kurulun ara kararda yer verilen hususlarla bağlı olmayacağı düzenlenmiştir (m 7/1-f).

²²⁶ Laina and Laurinen (n 6) 310.

Peki uzlaşan tarafların daha sonra uzlaşmayan taraflardan daha dezavantajlı duruma düştüğü bir durumda ne olacaktır²²⁷? Örneğin, uzlaşma taraflarından yalnızca bir kısmının uzlaştığı bir ihtimalde, daha sonra ilgili dosyanın kartel olmadığı sonucuna varılırsa ne olur? Buradaki sorunu biraz daha açalım: Özellikle Türk hukukunda rekabeti sınırlayıcı anlaşmalar (4. madde ihlalleri) kapsamında nelerin kartel anlaşması olduğu konusunda hâlen birtakım belirsizlikler vardır. Örneğin topla-dağıt tipi (*hub-and-spoke*) anlaşmaların hangi şartlarda bir kartel anlaşması olarak nitelendirileceği henüz belirsizdir. Şimdi, bir soruşturma dosyası kapsamında Kurulun topla-dağıt tipi bir anlaşmayı kartel olarak nitelendirdiğini ve taraflardan bazılarıyla bu ihlali kabul etmeleri üzerine uzlaştığını farz edelim. Soruşturma taraflarının bazıları ise uzlaşmamış olsun. Uzlaşmayan taraflar kararı daha sonra yargı yoluna götürdüğünde bu anlaşmanın kartel değil de bilgi değişimi kapsamına girdiğine hükmedilirse²²⁸ uzlaşan taraflar uzlaşmayanlara göre daha dezavantajlı bir duruma düşmüş olacaktır. Böyle bir durumun ihtimali bile belki de daha baştan uzlaşma kurumunun uygulanmasını ortadan kaldıracaktır. Genel bir ilke olarak uzlaşan taraflar, hiçbir zaman uzlaşmayan taraflara göre daha kötü bir duruma sokulmamalıdır. Aksi takdirde uzlaşma tarafları yapacakları fayda-maliyet analizi sonucunda olağan prosedüre meyletmeye daha yatkın olacaklardır²²⁹. Bu kapsamda, verdiğimiz örnekte (senaryoda) idari yargının iptal kararı, uzlaşma sonucunda verilen kararı da etkilemeli ve uzlaşan taraflar hakkında verilen karar da geçmişe etkili olarak düzeltilerek idari para cezası diğer ihlaller üzerinden hesaplanmalıdır. Bu ifademizi açalım: İdari yargının iptal kararı sonrasında Kurulun yapması gerekenler her somut olaya göre değişir. İşte uzlaşmayan tarafın açtığı iptal davası sonucunda özellikle idari para cezasının hesaplanmasını uzlaşan taraf lehine etkileyecek bir karar verilirse Kurulun yapması gerekenlerden birisi de uzlaşan taraflara yönelik verdiği kararı da geçmişe etkili olarak düzeltmek olmalıdır.

Burada iki soru gündeme gelebilir. *Birincisi*, olağan soruşturma usulü takip edilerek verilmiş olan kararın iptal edilmesinin neden uzlaşma usulü ile verilen kararı da etkileyeceğidir. Bunun sebebi, bu iptal kararının aynı rekabeti kısıtlayıcı işlem veya eyleme ilişkin verilmiş olmasıdır. Dolayısıyla özellikle idari para cezası tutarını uzlaşan taraf *lehine* etkileyebilecek bir iptal kararı (Örneğin, işlem veya eylemin hukuki nitelendirmesinin değişmesi veya olayın ihlalin şartlarını taşımadığının tespiti gibi.) uzlaşma nihai kararını da etkilemelidir. Aksi takdirde bu durum uzlaşan tarafın mülkiyet hakkını ve hak arama hürriyetini kısıtlayacaktır.

²²⁷ Şunu da belirtelim: Bu ihtimalin çok düşük bir ihtimal olduğunu kabul ediyoruz. Yine de bazı istisna örneklerde meydana gelebileceğini düşünüyoruz. Bu nedenle burada tartışmaya açmayı uygun gördük. Delillerin aynı olması hâlinde böyle bir durumun mümkün olamayacağı yönünde bkz Laina and Bogdanov 'Latest Developments' (n 8) 75 para 20.

²²⁸ Sadece ihlal tipinin farklı olduğuna değil uzlaşan tarafları da ilgilendirebilecek bazı hafifletici sebeplerin uygulanmasına da hükmedilmiş olabilir. Belirttiğimiz üzere, bu örneği uzlaşan tarafların uzlaşmayan taraflardan daha dezavantajlı duruma düştüğü her ihtimal için genişletebiliriz.

²²⁹ Dunne (n 9) 49.

İkinci soru ise, Kurulun idare mahkemesinin iptal kararı üzerine, uzlaşma nihai kararını düzeltmemesi durumunda uzlaşma tarafının hangi hukuki yola başvurabileceğidir. Bu soruya yanıt bulabilmek için başka sorulara yanıt aramak gerekmektedir. Aşağıda bu soruları ve görüşümüzü ortaya koymaya çalışacağız. Ancak belirtelim ki bu sorulara daha kapsamlı bir yanıt vermek bu makalenin kapsamını aşmaktadır.

· *Soru 1: Uzlaşma nihai kararı bir idari işlem midir yoksa bir sözleşme midir?*

Bu sorunun yanıtı uzlaşma tarafının talebinin nasıl yerine getirilebileceğini gösterecektir. Şöyle ki uzlaşma tarafı iptal kararının ardından idareye başvurabilir. Bu başvuruda uzlaşma nihai kararındaki idari para cezasının iptal kararındaki tespitlere paralel olacak şekilde yeniden hesaplanmasını ve fazla ödediği tutarın da faiziyle iadesini talep edecektir. Eğer uzlaşma nihai kararını bir tür sözleşme olarak nitelersek, uzlaşma tarafının talebinin yerine getirilebilmesi için sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesi gerekir.

Uzlaşma nihai kararı bir idari işlem olarak kabul edilecek olursa, idare, idari işlemi geçmişe etkili olarak düzeltebilir. Bir idari işlemin geçmişe etkili olarak düzeltilmesi idari işlemin geriye alınmasının bir türüdür. Bu nedenle idari işlemin geriye alınması koşullarına tabidir²³⁰. Üzerinden zaman geçmiş olsa bile fert aleyhine külfet yükleyen (fert lehine sonuç doğurmayan) hukuka aykırı işlemler her zaman geri alınabilir²³¹. Bir idari işlem geri alındığı takdirde tıpkı yargısal yolla iptal edilmesinde olduğu gibi yapıldığı tarihten itibaren bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar. Hukuka aykırılığı ortaya çıkmış bir idari işlemin, idare tarafından geri alınması hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak kabul edilmektedir²³². Dolayısıyla Kurul bu işlemi hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak resen yapmalıdır.

Öncelikle idarenin yapabileceği sözleşmeleri ve idari işlemin ne olduğunu inceleyelim. İdare, idari ve özel hukuk sözleşmeleri olmak üzere iki tür sözleşme yapabilir²³³. İdari sözleşmelerin bazı ayırt edici özellikleri bulunmaktadır. Bunlar; (i) konusunun kamu hizmeti ve yararı olması, (ii) idarenin öteki yana karşı kamu gücüne dayanan yetkiler kullanabilmesi ve (iii) hizmeti yürütmeye yetecek bir süreyi kapsamasıdır²³⁴. İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde ise taraflar arasında hukuksal eşitlik vardır ve taraflar sözleşmenin konusunu, amacını, biçimini serbestçe belirleyebilir. Bu sözleşmeler bireylerin kendi arasında yaptığı sözleşmelerden

²³⁰ Selman Dursun, 'İdari İşlemlerin Geri Alınması, Kaldırılması, Değiştirilmesi ve Düzeltilmesi' (2005) (Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan) 99, 109. İdari işlemin geri alınmasının koşulları için bkz. A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar* (Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Turhan Kitabevi 2016) 453 para 582a.

²³¹ Dursun (n 230) 104.

²³² Gözübüyük ve Tan (n 230) 448 para 579.

²³³ ibid 472-473.

²³⁴ ibid 483 para 597.

farksızdır²³⁵. İdarenin idari sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargının özel hukuk sözleşmeleri ise adli yargının görev alanına girmektedir²³⁶.

İdari işlem ise, kamu kurum ve kuruluşları tarafından kamu hukuku kuralları uyarınca tek taraflı olarak tesis edilen ve resen uygulanabilir nitelikte olan hukuki tasarruftur²³⁷. İdari işlemin tek yanlı olması nedeniyle, özel hukuktakinin tersine taraflar arasında iradelerin eşitliği değil kamusal iradenin üstünlüğü esastır²³⁸. İşlemin muhatabının rızasının alınması gerekmez ve muhatabın rızasına bağlı olmaksızın hukuki sonuç doğurur. Bununla birlikte idari işlem muhatabının bu konuda daha önce talepte bulunmuş olması veya işleme rıza göstermesi, bu idari işlemi iki yanlı işlem (sözleşme) hâline sokmaz²³⁹.

Şimdi uzlaşma nihai kararının hukuki niteliğinin ne olabileceğini inceleyelim²⁴⁰. Uzlaşma nihai kararı bir idari sözleşme olamaz. Zira idari sözleşmelerin en temel özelliği konusunun kamu hizmeti ve yararı olmasıdır. Uzlaşma nihai kararı eğer bir özel hukuk sözleşmesine benzetilecek olursa, sulh sözleşmesine benzetilebilir. Uzlaşmanın Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun²⁴¹ ("HMK") 313. maddesinde düzenlenen mahkeme içi sulh sözleşmesi olmadığı açıktır. Diğer taraftan mahkeme dışı sulh sözleşmeleri ise esas olarak bir özel hukuk sözleşmesidir. Dolayısıyla tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulur. Uzlaşma kurumunda her ne kadar uzlaşma tarafı ve Kurul arasında uzlaşma görüşmeleri yürütülse de Kanun ve Yönetmelik'te düzenlenen uzlaşma usulünde taraflar arasında bir hukuksal eşitliğin olmadığını düşünüyoruz. Örneğin uzlaşma tarafıyla lehine veya aleyhine olan bütün deliller değil sadece ihlal isnadına dayanak teşkil eden başlıca deliller paylaşılmaktadır²⁴². Uzlaşma tarafı ve Kurul arasında bir pazarlık süreci yoktur. Kurul, soruşturma sürecinde oluşturduğu kanaatin uzlaşma tarafı tarafından kabul edilmesini beklemektedir. Ayrıca taraflar arasındaki müzakere de çok sınırlıdır. Uzlaşma tarafı ihlalin hukuki nitelendirmesine yönelik olarak Kurulun uzlaşma ara kararında belirttiği hususları kabul etmek zorundadır²⁴³. Uzlaşma tarafı buna ek olarak kendi görüşlerini ve açıklamalarını aktarmak için yeterli imkân tanındığını beyan etmek zorundadır²⁴⁴. Üstelik uzlaşma tarafı, bir özel hukuk ilişkisinden farklı olarak uzlaşma nihai kararını dava konusu da yapmamaktadır. Bu sebeple sulh sözleşmesi

²³⁵ ibid 473 para 589, ibid 474 para 590.

²³⁶ ibid 474 para 590.

²³⁷ ibid 363 para 500.

²³⁸ ibid 369 para 505.

²³⁹ Ahmet Emrah Akyazan, 'Maddi Açından Hukuki İşlemler' (2009) Sayı 85 (TBB Dergisi) 220, 223.

²⁴⁰ Uzlaşma kurumunun hukuki niteliği için bkz Elif Banu Varlı, 'Türk Rekabet Hukukunda Uzlaşma Prosedürü' (2019) Yüksek Lisans Tezi 9-16.

²⁴¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu (Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836)

²⁴² Bkz Uzlaşma Yönetmeliği m 6/5.

²⁴³ Bkz Uzlaşma Yönetmeliği m 7/4.

²⁴⁴ Bkz Uzlaşma Yönetmeliği m 8/1-c.

de uzlaşma nihai kararının hukuki niteliğini tam olarak yansıtmayacaktır. Sonuç olarak kanaatimizce taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır²⁴⁵.

Uzlaşma talebinde bulunarak veya Kuruldan gelen uzlaşma davetini kabul ederek uzlaşma sürecinin başlatılması açısından tarafın iradesi aranmaktadır. Bu durum idari işlemin tek yanlı olma özelliğini zayıflatmaktadır. Bununla birlikte, yukarıda belirttiğimiz üzere, tarafın talepte bulunması veya işleme rıza göstermesi tek başına işlemi iki yanlı hâle getirmemektedir. İdari işlemin tek yanlı olmasının en önemli etkilerinden birisi taraflar arasında eşitsizlik olmasıdır. Uzlaşma Yönetmeliği'nde düzenlenen uzlaşma süreci incelendiğinde tarafların eşit konumda olmadığı görülmektedir. Kurul özellikle eylemin hukuki niteliğini soruşturma tehdidi altındaki uzlaşma tarafına dayatmaktadır. Ayrıca uzlaşma, teşebbüslere tanınan bir hak olarak değil rekabet otoritelerine tanınan bir yetkidir²⁴⁶. Bu sebeplerle uzlaşma nihai kararının rekabet hukukuna özgü bir idari işlem olduğunu düşünüyoruz.

· *Soru 2: Uzlaşma tarafının Kurula yapacağı başvuru İYUK'un 10. maddesi kapsamında mı yoksa 11. maddesi kapsamında mı değerlendirilecektir?*

Bu sorunun yanıtı uzlaşma tarafının Kurula yapacağı başvurunun süresi içinde yapılıp yapılmadığının tespiti açısından önem arz etmektedir. Açıklayalım: İYUK'un 10. ve 11. maddesinde iki farklı idareye başvuru yolu düzenlenmiştir. Burada iki maddenin uygulaması arasındaki farkı incelemek gerekir. Bu fark Danıştayın vermiş olduğu kararlarla netleşmiştir. Buna göre İYUK'un 10. maddesi, idare tarafından daha önce kurulmuş bir işlem mevcut değilken, ilgilinin idari işlem yapılması amacıyla idareye başvurusunu düzenlemektedir. İYUK'un 11. maddesi ise ilgili hakkında daha önce kurulmuş bir idari işlemin "kaldırılması, geri alınması veya değiştirilmesi" talebini düzenlemektedir. Özetle, İYUK'un 10. maddesi ile kişiler hakkında herhangi bir işlem yokken bir işlem yapılması, İYUK'un 11. maddesi ile de kişiler hakkında yapılmış olan işlemin kaldırılması, geri alınması veya değiştirilmesi istenmektedir²⁴⁷.

Eğer uzlaşma tarafının başvurusunun mevcut bir işleme karşı yapıldığı kabul edilirse, bu başvuru İYUK'un 11. maddesi kapsamında altmış günlük süre (idari dava açma süresi) içinde yapılmalıdır. Ancak uzlaşmayan tarafın açtığı iptal davası devam ederken aranan altmış günlük süre geçmiş olacağı için bu başvuru süresi

²⁴⁵ Rekabet hukukundaki uzlaşma kurumunu, vergi hukukundaki uzlaşma kurumundan yola çıkarak *sui generis* bir sözleşme olarak tanımlayan bir görüş de bulunmaktadır. Bkz Varlı (n 240) 17. Ancak vergi hukukundaki uzlaşma ile rekabet hukukundaki uzlaşma birbirinden neredeyse tamamen farklı kurumlardır. Örneğin uzlaşma sağlanamaması durumunda mükellef yargı yoluna başvurabilmektedir. Ayrıca, vergi ve ceza miktarlarında yapılacak indirim, uzlaşma görüşmelerinde yapılacak pazarlık sonucu belli olmaktadır. Bu durumun, bir gayrimenkul satan kişinin alıcı ile pazarlık yapmasından ya da ticari bir iş ilişkisinde sözleşme bedeli belirlenirken göz önüne alınan çıkar dengesinden bir farkının bulunmadığı ifade edilmektedir. Bkz Elif Yılmaz, 'Uzlaşma Müessesinin Hukuki Niteliği ve Temel Vergilendirme İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi' (2009) Cilt 13, Sayı 1 (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi) 321, 329-330.

²⁴⁶ Bkz yukarıda I/A.

²⁴⁷ Bu açıklamaların yer aldığı kararlar için bkz Danıştay 5 D, 2013-6307/314, 28.01.2016; Danıştay İDDK, 177/176, 17.12.2020.

İNİNDE YAPILMAMIŞ OLACAKTIR. UZLAŞMA TARAFININ BAŞVURUSU İYUK'UN 10. MADDESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLECEK OLURSA, BU MADDE KAPSAMINDA İDAREYE YAPILACAK BAŞVURU İÇİN GENEL BİR SÜRE ÖNGÖRÜLMEMİŞTİR. İLGİLİLER KARAR ALMAK İÇİN HER ZAMAN İDAREYE BAŞVURABİLİRLER²⁴⁸.

KANAATİMİZCE UZLAŞMA TARAFININ YAPTIĞI BU BAŞVURU İYUK'UN 10. MADDESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLEBİLİR. ZİRA UZLAŞMAYAN TARAFIN AÇTIĞI İPTAL DAVASINDA MAHKEMENİN EYLEMİN HUKUKİ NİTELİĞİNİN YANLIŞ TESPİT EDİLDİĞİNE (VEYA EYLEMİN İHLAL OLMADIĞINA) KARAR VERMESİNİN ARDINDAN KURULUN ANAYASAL İLKELER GEREĞİ BİR YÜKÜMLÜLÜĞÜ DOĞMUŞTUR. KURUL, BU KARARIN ARDINDAN UZLAŞMA NİHAİ KARARINDA YER ALAN EYLEMİN HUKUKİ NİTELİNDİRMESİNE İLİŞKİN TESPİTİ DEĞİŞTİRMELİ VE İDARİ PARA CEZASINI YENİDEN HESAPLAMALIDIR. BUNUN SONUCUNDA DA UZLAŞAN TARAFIN FAZLA ÖDEDİĞİ TUTAR FAİZİYLE BİRLİKTE İADE EDİLMELİDİR. DOLAYISIYLA UZLAŞMA TARAFI BU BAŞVURUSUYLA ESASEN İPTAL KARARI SONRASINDA KURULUN RESEN YAPMASI GEREKEN ANCAK HENÜZ YAPMADIĞI BİR İŞLEMİ YERİNE GETİRMESİNİ TALEP ETMEKTEDİR. UZLAŞMA TARAFI TEMEL HAK VE HÜRİYETLERİNİN KORUNMASI İÇİN İDAREYE HER ZAMAN BAŞVURABİLİR²⁴⁹.

· *Soru 3: Kurul uzlaşma tarafının yaptığı başvuruyu reddederse, daha sonra açılacak olan iptal davası, Kanun ve Yönetmelik'te yer alan sürecin uzlaşma ile neticelenmesi hâlinde, idari para cezası ve uzlaşma metninde yer alan hususların dava konusu edilemeyeceğine ilişkin hükme aykırılık teşkil eder mi?*

BU SORUNUN YANITI UZLAŞMA TARAFININ DAHA SONRA AÇACAĞI İPTAL DAVASININ ESASA GİRMEYEN REDDEDİLİP REDDEDİLMEMEYECİĞİNİ GÖSTERECEKTİR. MAHKEMENİN BU TALEBİ BİR ÖNCEKİ SORU İLE AYNI GEREKÇEYLE UZLAŞMA NİHAİ KARARINA İTİRAZ OLARAK GÖRMEMESİ GEREKTİĞİNİ DÜŞÜNÜYÜRÜZ. ŞÖYLE Kİ BU İPTAL DAVASININ SONUCU UZLAŞMA NİHAİ KARARINI ETKİLEYECEK OLSA DA DOĞRUDAN ONA KARŞI AÇILMAMAKTADIR. UZLAŞMA TARAFI İPTAL DAVASI İLE MAHKEMEDEN, UZLAŞMAYAN TARAFIN AÇTIĞI İPTAL DAVASINDA VERİLEN KARARIN BİR GEREĞİ OLARAK KURULUN RESEN YAPMASI GEREKEN ANCAK YAPMADIĞI BİR İŞLEMİ GERÇEKLEŞTİRMESİNİ TALEP ETMEKTEDİR. KANUN'DA VE YÖNETMELİK'TE DÜZENLENEN DAVA YASAĞININ, UZLAŞMA NİHAİ KARARINA OLAĞAN SORUŞTURMA USULÜ SONUCUNDA VERİLEN BİR KARAMIŞ GİBİ İTİRAZ EDİLEMEMESİ İÇİN ÖNGÖRÜLDÜĞÜNÜ DÜŞÜNÜYÜRÜZ. UZLAŞMA TARAFI BU TÜR DAVALARDA, HUKUKİ DURUMUNDA HİÇBİR DEĞİŞİKLİK OLMAMASINA RAĞMEN İDARİ DAVA AÇMA SÜRESİ

²⁴⁸ A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku* (Güncelleştirilmiş 9. Bası, Turhan Kitabevi 2017) 872.

²⁴⁹ Danıştayın bir kararında şu ifadeler yer almaktadır: *"Davalı idarece yapılan yol çalışması nedeniyle binadaki olası çökme tehlikesinin önlenememesi için davacıların babası olan ... tarafından, 8.3.2004, 4.9.2004 ve 31.10.2004 tarihlerinde yapılan başvurularla idareden, istinat duvarı yapılması suretiyle idari bir eylemde bulunulması istenilmiştir. Bu başvurulara idarece ilk defa 28.1.2005 tarihinde verilen cevapta; yerinde yapılan incelemede, yarma şevin ayrıca duvarla desteklenmesine gerek olmadığı, yarma şeve tel çit imalatı yapılmasının yeterli olacağı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, mahkeme kararında ...'in sözü edilen başvurularına idarece bir cevap verilmediği yönündeki değerlendirme doğru değildir. Kaldı ki, ...'in istinat duvarı yapılması yönündeki isteminin, Anayasal güvence altındaki temel hak ve özgürlüklerden olan can ve mal güvenliğinin sağlanmasına yöneliktir. Bu güvenliğin sağlanması için gerekli eylemin (istinat duvarının yapılması) yapılmasının, 2577 sayılı Yasanın yukarıda sözü edilen 10. maddesi kapsamında idareden her zaman istenebileceği açıktır."* (Danıştay 10 D. 2007-5843/1706, 08.03.2010)

içerisinde uzlaşma sürecinde kabul etmiş olduğu hususları dava etmektedir. Bu tür davalar yalnızca kararın kesinleşme²⁵⁰ süresini uzatacağı ve Kurulun iş yükünü artıracacağı için ilgili hüküm kapsamında reddedilebilir.

Görüldüğü üzere burada idare hukuku, Kanun ve Yönetmelik açısından yanıtlanması gereken birçok soru gündeme gelebilmektedir. Bu nedenle, bu gibi sorunların çözümü için en uygun yolun Kanun'da ve Uzlaşma Yönetmeliği'nde özel hüküm öngörülmesi olduğunu düşünüyoruz.

V. Uzlaşmanın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları

Türk hukukunda mahkemeler, rekabet hukukunun ihlal edilmesinden doğan tazminat davalarında hukuka aykırılığın tespiti için kesinleşmiş bir Kurul kararı aramaktadır. Bunun nedeni Yargıtayın 1999 yılından bu yana istikrar kazandığı söylenebilecek olan içtihadıdır²⁵¹. Uzlaşma tarafı, uzlaşma sonucunda ihlalin varlığını ve kapsamını kabul etmektedir. Ayrıca idari para cezası ve uzlaşma metninde yer alan hususları da dava konusu yapamayacaktır. Dolayısıyla uzlaşma sonucunda Kurulun verdiği uzlaşma nihai kararı hızlı bir şekilde kesinleşecektir. Bu durumda ihlalden zarar görenler, uzlaşma nihai kararına dayanarak tazminat davası açabilir. Uzlaşma nihai kararı bu davada hukuka aykırılığın ispatı bakımından delil teşkil eder²⁵². Uzlaşma tarafı, uzlaşma kapsamında ihlalin varlığını ve kapsamını kabul ettiği ve Kurul da bunu tespit ettiği için açılan tazminat davasında hukuka aykırılığın var olmadığını ileri sürememesi gerekir. Uzlaşma tarafı uzlaşma metnindeki ikrarını inkâr etse bile mahkeme bunu kabul etmemelidir²⁵³.

Davacı, tazminat davasında hukuka aykırı fiil, kusur ve illiyet bağından başka zararını da ispat etmelidir. Kurulun vermiş olduğu bir ihlal kararında hukuka aykırılığı gerçekleştiren taraflar, hukuka aykırılığın kapsamı, süresi gibi hususlar yer alır. Kararda yer alan bütün bu hususlar tazminat davasında ihlalin kapsamının ispatı bakımından büyük öneme sahiptir. Zira usul hukukundaki dava malzemelerinin taraflarca getirilmesi ilkesi²⁵⁴ gereği ihlalden zarar gören bu iddiasına ilişkin delilleri kendisi ikame etmek zorundadır. Davacının da gizli bir şekilde gerçekleştirilen rekabet

²⁵⁰ “Kesinleşme” ifadesi teknik anlamda kullanılmamıştır. Zira idari işlemler kesindir, icraidir ve verildikleri andan itibaren hukuka uygulanmış gibi uygulanabilirler.

²⁵¹ Bu konu hakkındaki tartışmalar ve kararlar için bkz Kerem Cem Sanlı, ‘7246 Sayılı Kanun ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Yapılan Değişikliklerin Özel Hukuk Açısından Yansımaları ve Özellikle Muafiyet Hükümü Değişikliği’ in Kerem Cem Sanlı (ed), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Yapılan 2020 Yılı Değişiklikleri: Nedenleri, Kapsamı ve Olası Etkileri* (On İki Levha 2022) 44-96; Kerem Cem Sanlı, ‘Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Yargıtayın Özel Hukuka Dair İctihadının Geçerliliği Sorunu’ (Kadir Has Üniversitesi Hukuk Bülteni) Erişim Tarihi 28 Mart 2023; Buğra Kesici, *Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu* (On İki Levha 2017) 384 vd, 492 vd.

²⁵² Öğretide kesinleşmiş Kurul kararlarının delil vasfının ne olduğu konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Ağırlıklı görüş kesinleşmiş Kurul kararlarının takdiri delil olduğudur. Bununla birlikte kesin delil olduğuna ilişkin görüşler de bulunmaktadır. Bu konu hakkındaki tartışmalar için bkz Kesici (n 251) 413, özellikle 103. dipnot.

²⁵³ Sanlı (n 251) 86.

²⁵⁴ Bkz HMK m 25.

ihlaline ilişkin dayanabileceği en önemli (belki de tek) delil Kurul kararı olacaktır. Bu nedenle Kurul, uzlaşma nihai kararında da tıpkı olağan soruşturma sonucunda verdiği kararlarda olduğu gibi bu hususlara yer vermelidir. Bunu yapabilmek için de kendisine yapılan bir uzlaşma başvurusu sonrasında, soruşturmaya aksatmadan devam etmesi gerekir. Nitekim Uzlaşma Yönetmeliği'nin 5/2. maddesinde de buna hizmet eden bir hüküm öngörülmüştür. Buna göre soruşturma tarafının uzlaşma talebinde bulunduğu aşamada, isnat edilen ihlalin niteliğinin ve kapsamının ortaya koyulması için daha detaylı araştırmaya ihtiyaç duyulması hâlinde Kurul, uzlaşmaya başlanmasına ilişkin vereceği kararı erteleyebilir. Erteleme sonucunda soruşturmaya devam edilip ihlalin tüm yönleri, etkileri ve kapsamı daha ayrıntılı bir şekilde ortaya koyulacağı için, ihlalden etkilenen kişilerin açacağı tazminat davasında, ihlalin kapsamını ispat etmesi daha kolay hâle gelecektir. Bu sayede, uzlaşma kurumunun, ihlalin özel hukuk sonuçlarından kaçınmaya yönelik bir araç olarak kötüye kullanılmasının da önüne geçilebilecektir. Yanlış anlaşılmaya mahal vermemek adına belirtelim ki burada Kurulun daha sonra açılacak tazminat davalarını kolaylaştırmak adına soruşturmaya devam etmesi gerektiğini söylemiyoruz. Kurul yalnızca görevini yerine getirmeli ve salt soruşturma tarafından uzlaşma talebi gelmesi nedeniyle yürüteceği soruşturmayı aksatmamalıdır. Bu durumun kendisi tazminat davalarında davacının iddiasını daha kolay bir şekilde ileri sürmesine hizmet edecektir.

Uzlaşma kararı üzerine tazminat davası açılabilir olmasının veya uğranılan zararın üç katına kadar tazminat talep edilebilmesinin uzlaşma kurumundan beklenen yararı azaltabileceği ileri sürülebilir²⁵⁵. Bu husus bir hukuk politikası tercihi olarak tartışılabilir olmakla birlikte tazminat davası açılmamasını zorlaştıracak tedbirleri almak Kurulun görevi değildir. Aksi takdirde bu durum Kurulun eşitlik ilkesinden uzaklaşarak her dosya özelinde farklı uygulama göstermesine yol açabilir. Bunun için kanun koyucunun açık bir düzenleme yapması gerekir. Gerçekten, 7246 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerden sonra rekabet hukukunun ihlalinin özel hukuk sonuçlarına ilişkin düzenleme ihtiyacı daha da belirgin hâle gelmiştir²⁵⁶.

Sonuç

Uzlaşma Yönetmeliği'nin de yürürlüğe girmesiyle beraber, 7246 sayılı Kanun ile yapılan kanun değişikliğine ilişkin ikincil mevzuat çalışmaları tamamlanmıştır. Bu makalede, rekabet hukukunda uzlaşma kurumu ele alınmıştır. Bunu yaparken, iki düzenlemeyi Uzlaşma Yönetmeliği ile karşılaştırmalı olarak inceledik. Bunlardan *birincisi* daha önce kamuoyu görüşüne açılmış olan taslak yönetmeliktir. Makalede, yeri geldikçe iki düzenleme arasındaki değişen hükümleri ve bunların neden olabileceği hukuki sonuçları da ele aldık. *İkincisi* ise, Türk rekabet hukukuna

²⁵⁵ Bu konu hakkındaki tartışmalar için bkz Sanlı (n 251) 86-87.

²⁵⁶ Bu konuda daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz Sanlı (n 251).

ilişkin mevzuat çalışmalarında büyük oranda temel alınan AB rekabet hukukundaki düzenlemelerdir. Makale kapsamında yer verdiğimiz, uzlaşma kurumuna ilişkin tespit ve görüşlerimizi şu şekilde sıralayabiliriz:

Birincisi, Yönetmelik Taslağı'nda, uzlaşma usulü sonucunda yüzde yirmi beşe kadar indirim uygulanabileceği öngörülmüştü. Uzlaşma Yönetmeliği'nde bu indirime yönelik bir asgari indirim oranı belirlenmiştir. Bu kapsamda uzlaşma sonucunda yüzde ondan yüzde yirmi beşe kadar indirim uygulanabilecektir. Bu değişikliğin, teşebbüslerin uzlaşma usulüne başvurma ihtimalini yükselteceği söylenebilir.

İkincisi, Uzlaşma Yönetmeliği'nde yargı yoluna başvurulamayacak olan uzlaşma metninin kapsamı daraltılmıştır. Görüşümüze göre, uzlaşma metni kapsamı dışına çıkarılan unsurlar bakımından idari yargı yoluna başvurulabilecektir. Ancak bu hâlde dahi hükmün Anayasa'ya uygunluğunun tartışmalı olduğu düşünülmektedir. Mehz AB hukukundaki düzenlemelerde uzlaşma sonucu verilen nihai karar yargı denetimine açıktır. Bu makalede AB'de yargı yoluna götürülen uzlaşma kararları da incelenmiştir.

Üçüncüsü, AB hukukunda uzlaşma, yalnızca karteller için öngörülmüş bir süreçken, Türk hukukunda açık ve ağır ihlaller dâhil diğer tüm ihlaller için uzlaşma yoluna başvurulabilecektir.

Dördüncüsü, Uzlaşma mekanizması Yönetmelik Taslağı'nda; uzlaşma görüşmelerinin başlatılması, uzlaşma görüşmeleri, uzlaşma ara kararı, uzlaşma metni ve uzlaşma nihai kararı olmak üzere 5 safhadan oluşacak şekilde düzenlenmiştir. AB uygulamasına bakıldığında ise uzlaşma görüşmelerinin başlatılması, uzlaşma görüşmeleri, uzlaşma metni, soruşturma raporunun hazırlanması ve uzlaşma nihai kararı şeklinde bir yapı vardır. Yönetmelik'te öngörülen uzlaşma ara kararı safhası, teşebbüslere daha kısıtlı bir hareket imkânı sağlayacak olmasına rağmen, önemli olan uzlaşma görüşmelerinin tarafların savunma haklarını etkili olarak kullanabileceği şekilde gerçekleştirilmesidir. Diğer taraftan AB'deki uzlaşma prosedüründe Komisyon, kısaltılmış da olsa hâlen bir soruşturma raporu düzenlemektedir. Hatta uzlaşma görüşmelerine devam edilip edilmeyeceği de bu raporun içeriğine göre belli olmaktadır. Yönetmelik'te ise Kurul herhangi bir soruşturma raporu düzenlememekte tarafların sundukları uzlaşma metninden sonra uzlaşma nihai kararını vermektedir.

Beşincisi, AB'de uzlaşma görüşmeleri safhasına ilişkin olarak, yerleşik bir uygulama takip edilmektedir. Kurulun da zaman içerisinde benzer bir uygulamayı takip edeceği söylenebilir. Bu nedenle, AB'deki yerleşik uygulama, Türkiye'deki uygulamaya örnek olması açısından büyük önem taşımaktadır.

Altıncısı, Türk hukukuna yeni giren uzlaşma kurumunun sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi ve beklenen etkinliklerin sağlanabilmesi için, Kurulun uzlaşma yetkisini kullanırken keyfilikten uzak davranması ve objektif kriterler belirlemesi elzemdir.

Yedincisi, uzlaşma usulünden vazgeçen bir taraf daha sonra yapılan incelemeler sonucunda daha ağır cezalarla karşılaşabilir. Diğer taraftan, uzlaşan tarafların hiçbir zaman uzlaşmayan taraflara göre daha kötü bir duruma sokulmaması gerektiğini düşünüyoruz.

Sekizincisi, ihlalden zarar görenler uzlaşma nihai kararına dayanarak tazminat davası açabilir. Uzlaşma nihai kararı bu davada delil teşkil edeceği için Kurul ihlalin kapsamına ilişkin bilgilere bu kararda yer vermelidir. Bununla birlikte kanun değişikliğinin ardından rekabet hukukunun ihlalinin özel hukuk sonuçlarına yönelik özel bir düzenleme ihtiyacı daha da artmıştır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Teşekkür: Bu makaleyi yazarken yaptığı değerlendirmeler ve öneriler için değerli hocam Doç. Dr. Kerem Cem Sanlı'ya teşekkür ederim.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Acknowledgement: I would like to thank Assoc. Prof. Kerem Cem Sanlı for his comments and suggestions while writing this article.

Bibliyografya/Bibliography

Arı MH, Aygün E ve Kekevi G, 'Rekabet Hukukunda Taahhüt ve Uzlaşma' (2009) (Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-VII) 229-294.

<<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/etkinlik-yayinlari/24-pdf>>

Akyazan AE, 'Maddî Açıdan Hukuki İşlemler' (2009) Sayı 85 (TBB Dergisi) 220-240.

Angeli C, 'General Court judgment on European Commission's settlement procedure' (*Norton Rose Fulbright*, July 2017).

<<https://www.nortonrosefulbright.com/en-tr/knowledge/publications/c93369ca/general-court-judgment-on-european-commissions-settlement-procedure>>

Bellis J-F, 'General Overview of the EU Cartel Settlement Procedure' (*Competition Policy International*, 10 March 2015).

<<https://www.competitionpolicyinternational.com/general-overview-of-the-european-settlement-procedure/>>

Bryant C and Wylie C, 'Société Générale EURIBOR cartel fine reduction highlights right to appeal in settlement cases' (*Lexology*, April 8 2016).

<<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4fce53ce-938f-4bd2-b813-aaa43b82839c>>

Datema M, Leitch A and Coulson E, 'Cartel Settlements: Facilitating Damages Claims But Hybrid Cases Remain Unsettling' (*Competition Policy International*, January 2021). <<https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2021/01/Cartel-Column-January-2021.pdf>>

- Dekeyser K and Roques C, 'The European Commission's Settlement Procedure in Cartel Cases' (2010) Vol. 55, No. 4/Winter (The Antitrust Bulletin) 819-842.
- Dunne A, 'Hybrid Cases Under the EU Cartel Settlement Procedure: The Individuality in Collective Infringement' (2015) Vol. 6, No. 1 (The King's Student Law Review) 38-56.
- Dursun S, 'İdari İşlemlerin Geri Alınması, Kaldırılması, Değiştirilmesi ve Düzeltmesi' (2005) (Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan) 99-109.
- Ersoy Ç ve Kekevi G, 'AB ve Türk Rekabet Hukukunda Uzlaşma' in Kerem Cem Sanlı (ed), *Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Yapılan 2020 Yılı Değişiklikleri: Nedenleri, Kapsamı ve Olası Etkileri* (On İki Levha 2022) 293-315.
- Ghiorghies M and Robinson J, 'Appealing a settlement: can you have your cake and eat it?' (*Lexology*, 16 March 2017).
<<https://www.lexology.com/commentary/competition-antitrust/european-union/baker-mckenzie/appealing-a-settlement-can-you-have-your-cake-and-eat-it>>
- Gözübüyük AŞ ve Tan T, *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar* (Güncelleştirilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi 2016).
- Gözübüyük AŞ ve Tan T, *İdare Hukuku Cilt II İdari Yargılama Hukuku* (Güncelleştirilmiş 9. Bası, Turhan Kitabevi 2017).
- Gürkaynak G, 'Unchartered Territories: A Comparative Study of the Newly Introduced Commitment and Settlement Mechanisms of Turkish Competition Law with the European Union Competition Law'
<https://www.gurkaynak.av.tr/docs/29065-unchartered-territories_a-comparative-study-of-the-newly-introduced-commitment-and-settlement-mechanisms-of-turkish-competition-law-with-the-european-union-competition-law.pdf>
- Heegde A, 'The new cooperation procedure in EU competition law for non-cartel cases'
<<https://konkurransetilsynet.no/wp-content/uploads/2019/06/Annemarie-Ter-Heegde.pdf>>
- Hellwig M and Hüsichelrath K, 'Cartel Cases and the Cartel Enforcement Process in the European Union 2001–2015: A Quantitative Assessment' (2017) Vol. 62(2) (The Antitrust Bulletin) 400-438.
- İnce E ve Ünübol N, 'Uzlaşma: Belirsizliğe Yolculuk' (2015) 16(4) (Rekabet Dergisi) 27-73.
<<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/dergi/64-pdf>>
- Kesici B, *Rekabet Hukukunun İhlâlinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu* (On İki Levha 2017).
- Koponen J and Skarpa A, 'Settling Antitrust Non-cartel Conduct Matters with the European Commission' (*Global Competition Review*, 02 February 2021).
<<https://globalcompetitionreview.com/guide/the-settlements-guide/first-edition/article/eu-settling-antitrust-non-cartel-conduct-matters-the-european-commission>>
- Laina F and Laurinen E, 'The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges' (2013) Vol. 4, No. 4 (Journal of European Competition Law & Practice) 302-311.
<https://ec.europa.eu/competition/cartels/legislation/cartels_settlements/settlement_procedure_en.pdf>
- Laina F and Bogdanov A, 'The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments' (2016) Vol. 7, No. 1 (Journal of European Competition Law & Practice) ('Latest Developments') 72-84.
- Laina F and Bogdanov A, 'The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments (2017-2018)' (2019) Vol. 10, No. 5 (Journal of European Competition Law & Practice) 322-333.

OECD Latin American and Caribbean Competition Forum – Session I: Fining Methodologies for Competition Law Infringements (2019).

<[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2019\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2019)5/en/pdf)>

Olsen G and Jephcott M, ‘Sharing the Benefits of Procedural Economy: The European Commission’s Settlement Procedure’ (2010) 25(1) (Antitrust) 76-80.

Patsa A, Robinson J and Ghiorghies M, ‘Cartel Settlements: An overview of EU and national case law’ (*Concurrences*, e-Competitions National Competition Laws Bulletin, N° 81310, 2016).

<https://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/publications/2016/09/cartel-settlements/ar_antitrust_cartelsettlements_20160929.pdf?la=en>

Pektaş M, Rekabet Hukukunda Alternatif Bir Yol: Uzlaşma (Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi 2008).

<<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/uzmanlik-tezleri/94-pdf>>

Sanlı KC, ‘7246 Sayılı Kanun ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Yapılan Değişikliklerin Özel Hukuk Açısından Yansımaları ve Özellikle Muafiyet Hükümü Değişikliği’ in Kerem Cem Sanlı (ed), *Rekabetin korunması Hakkında Kanun’da Yapılan 2020 Yılı Değişiklikleri: Nedenleri, Kapsamı ve Olası Etkileri* (On İki Levha 2022) 44-96.

Sanlı KC, ‘Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Yargıtayın Özel Hukuka Dair İçtihadının Geçerliliği Sorunu’ (Kadir Has Üniversitesi Hukuk Bülteni)

<https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/71#_ftnref4>

Schaik, F.: ‘Timab v Commission: The First Lessons on Hybrid Cartel Settlement Procedures’ (2017) Vol. 8, No. 5 (Journal of European Competition Law & Practice) 309-310.

Svoboda S and Renner-Loquenz B, ‘Recent EU Developments in Buyer-Side Cartels’ (*Competition Policy International*, 29 June 2021).

<<https://www.competitionpolicyinternational.com/recent-eu-developments-in-buyer-side-cartels/>>

Varlı EB, ‘Türk Rekabet Hukukunda Uzlaşma Prosedürü’ (2019) Yüksek Lisans Tezi.

Wils W, ‘Readoption by the European Commission of cartel decisions annulled on procedural grounds by the EU courts’ (*Concurrences*, N° 3-2021, Art. N° 101369, pp. 63-76, September 2021)

<<https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-3-2021/articles/readoption-by-the-european-commission-of-cartel-decisions-annulled-on-en>>

Yılmaz E, ‘Uzlaşma Müessesinin Hukuki Niteliği ve Temel Vergilendirme İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi’ (2009) Cilt 13, Sayı 1, (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi) 321-351.

Ysewyn J and Corbett L, ‘Case T-180/15 ICAP and Others v Commission, 10 November 2017: Win-Win in the Cartel Settlement Procedure: Is There a Shift in the Balance of Power’ (2018) 4(1) (Competition Law & Policy Debate) 4-8.

Zheng R, ‘Settlement Procedure in EU Commission’s Competition Law Enforcement – A “Negotiation” Game between the Commission and Cartelists’ (2017) Study Paper No 01/17 Europa-Kolleg Hamburg, Institute for European Integration.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR:

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Soruşturmalarda Uygulanabilecek Uzlaşma Usulüne İlişkin Yönetmelik

<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/yonetmelikler/uzlasma-yonetmeligi-20210716102410009-pdf>

Commission Regulation (EC) No 622/2008 of 30 June 2008 amending Regulation (EC) No 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0622>

Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasına Yönelik Soruşturmalarda Uygulanabilecek Uzlaşma Usulüne İlişkin Yönetmelik Taslağı

<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/uzlasma-yonetmeliği-taslagi-pdf>

Rekabet Hukuku Merkezi'nin Uzlaşma Yönetmelik Taslağı hakkındaki görüşü.

<https://rhm.bilgi.edu.tr/tr/haberler/gorus-uzlasma-yonetmeliği-taslagi/>

Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=en>

Commission Regulation (EC) No 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02004R0773-20150806>

Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A02008XC0702%2801%29-20150805>

European Commission, Statistics on Cartel cases

https://ec.europa.eu/competition-policy/cartels/statistics_en

Cooperation Procedure Facts Sheet

https://ec.europa.eu/competition/publications/data/factsheet_guess.pdf

Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 (2006/C 210/02)

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52006XC0901%2801%29>

Manual of Procedures, Drafting of Statement of Objections (SO)

https://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_11_2019_en.pdf

International Competition Network, Anti-Cartel Enforcement Template, Cartels Working Group, Subgroup 2: Enforcement Techniques.

<https://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/template.pdf>

Glossary of terms used in EU competition policy, Antitrust and control of concentrations, Directorate-General for Competition

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/100e1bc8-ccc3-4f65-9b30-e232ec3064d6>

Cleary Gottlieb, EU Competition Law Newsletter, January 2021.

<https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/eu-competition-newsletters/european-competition-newsletter-january-2021.pdf>



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 02.10.2022
Revizyon Talebi: 15.12.2022
Son Revizyon Tarihi: 23.12.2022
Kabul: 14.03.2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Birlikte Eser Sahipliklerinde Sona Erme ve Birlikten Ayrılma

Furkan Derdiman*

Öz

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda ortak eser sahipliği (FSEK m 9) ve elbirliğiyle eser sahipliği (FSEK m 10) olmak üzere iki tür birlikte eser sahipliği yapısı düzenlenmiştir. Bu çalışmada öncelikle, "ortak eser sahipliği" ve "elbirliğiyle eser sahipliği" hakkında bilgi verilmiş ve her ikisinin hukuki yapısı açıklanmaya çalışılmıştır. Devamında, ortak eserin süreli olup olmamasına göre ortak eser sahipliğindeki sona erme düzeni irdelenmiştir. Bundan başka, ortak eser sahipliğinden ayrılma sonucu doğurabilecek ihtimaller ele alınmıştır. Bu çerçevede, eser sahiplerinin anlaşmasıyla veya anlaşma bulunmaması halinde mahkeme kararıyla, eser sahiplerinden birine ait kısmın ortak eserden çıkarılması üzerinde durulmuştur. Ortak eser sahipleri arasında ayrıca bir adi ortaklık sözleşmesi yapılmış olmasının etkilerine değinilmiştir. Ortak eser sahiplerinden birinin ölümü veya mali haklarından vazgeçmesinin sonuçları da izah edilmiştir. Devamında, elbirliğiyle eser sahipliğinin nasıl sona erebileceği irdelenmiş; bu birlikten ayrılma sonucu doğurup doğurmayacağıının tartışılması açısından, eser sahiplerinden birinin ölümü, tasfiye payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesi (TBK m 639 b 3) ve mali haklardan diğerleri lehine vazgeçmesi durumları değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Birlikte Eser Sahipliği, Ortak Eser Sahipliği, Elbirliğiyle Eser Sahipliği, Ortak Eser Sahipliğinin Sona Ermesi, Ortak Eser Sahipliği Birliğinden Ayrılma, Elbirliğiyle Eser Sahipliğinin Sona Ermesi, Elbirliğiyle Eser Sahipliği Birliğinden Ayrılma

Terminating and Leaving a Union in Co-Authorship

Abstract

Two types of co-authorship structures are regulated in the Law on Intellectual and Artistic Works (LIAW, 1951) No. 5846: the authorship of a compound work (LIAW, Art. 9) and joint authorship (LIAW, Art. 10). This study firstly provides information about authorship of a compound work and joint authorship and then attempts to explain the legal structure of both. The study then goes on to examine the order of termination regarding authorship of a compound work according to whether the compound work has a fixed period of time or not. The study additionally discusses the possibilities that may result in leaving the authorship of a compound work. In this framework, the article focuses on the removal of the part belonging to one of the authors from a compound work by agreement of the authors or by a court decision in the absence of agreement. The paper also mentions the effects of making an ordinary partnership agreement among the authors of a compound work and explains the consequences of the death of one author of a compound work or the renunciation of one's financial rights. Subsequently, the study examines how joint authorship may be ended and evaluates the death of one of the authors, the conversion of the liquidation share into money through compulsory execution (Turkish Code of Obligations [TCO], Article 639, par. 3, 2012) and the renunciation of financial rights in favor of others in order to discuss whether this will result in leaving the union.

Keywords

Co-Authorship, Authorship of Compound Work, Joint Authorship, Termination of Authorship of Compound Work, Leaving The Union of Authorship of Compound Work, Termination of Joint Authorship, Leaving The Union of a Joint Authorship

* **Sorumlu Yazar:** Furkan Derdiman (Doktora Öğrencisi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: furkan.derdiman@ogr.iu.edu.tr ORCID: 0000-0002-5585-8069

Atf: Derdiman F, "Birlikte Eser Sahipliklerinde Sona Erme ve Birlikten Ayrılma" (2023) 81(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 81. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.1.0003>



Extended Summary

Turkish law has two types of co-authorship structures (i.e., authorship of a compound work and joint authorship) that are regulated in Articles 9 and 10 of the Law on Intellectual and Artistic Works (LIAW, 1951) No. 5846. Unlike works subject to joint authorship, a compound work can be divided into parts without deteriorating the work. Ordinary partnership provisions in the Turkish Code of Obligation (TCO, 2012) No. 6098 are applied analogously to both authorships of compound works and joint authorships in the matters not regulated under LIAW.

Based on Paragraph 2 of Article 9 in LIAW, as long as the authorship of a compound work continues, authors may apply to the court against the one who objects to a transaction related to the compound work. If the objecting author cannot prove just cause, the court decision replaces the consent of the objector. From this perspective, termination of authorship of a compound work means that the authors can no longer be compelled to utilize their own contribution in the compound work. On the other hand, copyrights arising from authorship of a created and still existent compound work should be noted to continue, because the compound work is based on both the agreement of the authors and the *de facto* act, or *Realakt* in German. Therefore, in case of an infringement against an existent compound work, authors may still demand prevention or halting of the infringement, as well as claim compensation. With regard to making transactions related to a compound work, however, authors can no longer claim or force each other based on Article 9 in LIAW.

As previously mentioned regarding termination, ordinary partnership provisions in the TCO are applied analogously. In this regard, if authors decide upon a fixed period of time or certain limitation (e.g., a one-time edition of a book) regarding a compound work, the compound authorship terminates upon completion. Prior to this, the compound authorship may be terminated by applying to the court on the basis of just cause. If the authors have not decided upon any limitation regarding the term of a compound work, one of the authors may give a notice of termination or apply to the court demanding immediate termination with just cause. According to Article 640 of the TCO, the termination of a compound authorship goes into effects after six months have passed since the notice of termination.

In order to remove a section belonging to one of the authors of a compound work, all authors of the compound work must agree to this. Nevertheless, in some cases, the court may order the removal of a section belonging to one of authors upon the application of the other authors based on Article 9 of LIAW. For instance, when one of the authors objects to updating a book according to the new TCO or is unable to update the book, the other authors may apply to the court. If the objector cannot prove just cause, the court should order the section belonging to the objector to be removed,

because the court cannot order the author to update that author's section in the book. And also, one author may demand his part be removed by court order by relying on just cause.

If one of the authors of a compound work dies, the financial rights respective to this section pass on to the deceased's heirs. Heirs cannot be removed from the union. Furthermore, one of the authors may analogously waive the financial rights regarding that author's section in accordance with Article 60 of LIAW, provided that this harms neither the compound work nor the other authors. Upon waiving this right, that author's permission will no longer be required for utilizing financial rights related to that compound work.

Joint authorship arises *ipso jure* with the creation of the work and ends with the expiration of the preservation period or the destruction of the work. Consequently, terminating a joint authorship is not possible by notice of termination or by court decision with just cause, as the provisions in the TCO regarding the termination of ordinary partnerships are not suited to the structure of a joint authorship.

Paragraph 3 of Article 639 in the TCO, which is regarding termination of an ordinary partnership in the event of a partner's share being liquidated through compulsory execution unless otherwise agreed, cannot be applied to joint authorship, as joint authorship cannot be liquidated due to the lack of any liquidation shares.

The results concerning the death of one of the authors in a joint authorship are also specifically regulated in Article 64 of the LIAW. Additionally, one of the authors may waive financial rights in favor of the other author or authors. In this case, the rights of the others will be expanded.

Giriş

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre eser, bir veya birden fazla kişi tarafından meydana getirilebilir. Eserin birden fazla kişi tarafından meydana getirilmesi iki türlü olabilir. Bunlardan ortak eser sahipliği FSEK m 9'da, elbirliğiyle eser sahipliği ise FSEK m 10'da temel hatlarıyla düzenlenmiştir. Bir eser üzerinde birden fazla kişinin hak sahibi olduğu her iki ihtimalde de eser üzerindeki hakların kullanımında kural olarak birlikte hareket edilmesi mecburiyeti doğar. Zira eser üzerindeki birlikte hak sahipliği, diğer bir ifadeyle birlikte eser sahipliği nedeniyle bir kişi birliği ortaya çıkar. Bu birliğin hukuki yapısı, elbirliğiyle eser sahipliği veya ortak eser sahipliği bulunması durumuna göre değişir. Bu çalışmada, birlikte eser sahipliklerinde sona ermeye ve birlikten ayrılma sonucu doğuran durumlara ilişkin temel problemlerin ele alınması hedeflenmiştir.

Çalışmanın ilk bölümünde, birlikte eser sahipliğinin türleri hakkında bilgi verilmiştir. Bu çerçevede, ortak eser sahipliği ve elbirliğiyle eser sahipliği izah edilmiş, bunların hukuki yapıları ortaya konmuştur. Birden fazla kişinin ortak veya elbirliğiyle eser meydana getirmek için anlaştığı fakat henüz eserin meydana gelmesinden önceki hukuki duruma da değinilmiştir. İkinci bölümde, ortak eser sahipliği ilişkisinin sona erme düzeni irdelenmiştir. Üçüncü bölümde, farklı ihtimallere göre, eser sahiplerinden birine ait kısmın ortak eserden çıkarılması ele alınmıştır. Dördüncü bölümde ise, elbirliğiyle eser sahipliğinin nasıl sona ereceği sorunu irdelenmiş ve akabinde, bu birlikten ayrılma sonucu doğurabilecek ihtimaller üzerinde durulmuştur. Sonuç bölümünde, çalışmada ulaşılan tespitlere yer verilmiştir.

I. Birlikte Eser Sahipliği

A. Genel Olarak

Bir eserin yaratılmasına yönelik çalışmalara birden fazla kişi katılmış, eser birden fazla kişi tarafından yaratılmış olabilir¹. Birden çok kişinin fikri emeğiyle yaratılmış eser iki şekilde meydana getirilebilir: Kişiler, her birinin katkısı ayrılmaz bir bütün teşkil edecek şekilde eseri birlikte meydana getirebilirler veyahut kendilerine ait bağımsız eserleri sonradan birleştirerek yeni ve tek bir eser ortaya çıkarabilirler². Bu bakımdan, fikri haklara ilişkin iki tür birlikte hak sahipliği³, diğer bir ifadeyle iki tür “birlikte eser sahipliği” söz konusudur⁴.

¹ Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Turhan 2008) 257; K. Emre Gökyayla, *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi* (Yetkin 2001) 203.

² Şafak N. Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2009) 89.

³ Zekeriya Kuşat, *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi* (Arıkan 2008) 51.

⁴ Nuşin Ayiter, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri* (Sevinç 1972) 92; Gökyayla (n 1) 203; Mustafa Ateş, “Sahibi Ölen Fikir ve Sanat Eseri Üzerindeki Mali Hakların Mirasçılara İntikali” (2020) 6 (1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 44, 51.

Birlikte yaratılan eser ayrılmaz bir bütün teşkil etmekteyse, bunun üzerinde “elbirliğiyle eser sahipliği” (iştirak halinde eser sahipliği) bulunur⁵. Buna karşılık, tek başına semerelendirilebilecek birden fazla eserin birleştirilmesi yoluyla oluşan eser üzerinde ise, “ortak eser sahipliği” söz konusu olur⁶. Aşağıda, öncelikle ortak eser sahipliği, sonrasında ise elbirliğiyle eser sahipliği izah edilmeye çalışılacaktır.

B. Birlikte Eser Sahipliği Türleri

1. Ortak Eser Sahipliği (FSEK m 9)

a. Genel Olarak

Ortak eser, birden fazla eser sahibinin, bağımsız olarak oluşturdukları kendilerine ait eserleri birlikte semerelendirmek için birbirine bağlamaları, diğer bir ifadeyle birleştirmeleri suretiyle meydana gelir⁷. Doktrinde “*ortak eser*”⁸ yerine “*müşterek eser*”⁹, “*eser beraberliği*”¹⁰ (*Werkverbindung*), “*birbirine bağlı eserler*”¹¹, “*bağlı eser*”¹² kavramları da kullanılabilir.

Ortak eser, kısımlara ayrılabilir¹³ ve bu kısımlar, FSEK anlamında bir eser niteliğindedir¹⁴. Bir başka anlatımla, kısımların her biri, bağımsız olup¹⁵ başlı başına bir eser teşkil eder¹⁶ ve ekonomik olarak değerlendirilebilir (semerelendirilebilir) niteliktedir¹⁷. Söz gelimi, üç yazarlı bir kitapta, her yazarın yazdığı kısım diğerlerinden ayrılabilirse bu kitap, ortak eserdir¹⁸. Ortak eseri oluşturan bağımsız kısımların

⁵ Öztan (n 1) 257,258; Ateş (n 4) 51; Gökyayla (n 1) 203; Engin Erdil, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Vedat 2016) 29; Gürsel Öngören, *Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Müzik Eserleri*, (Öngören Hukuk 2010) 49.

⁶ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, Vedat 2012) §12, N 15; Şirin Aydınçık, *Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri* (Arkan 2006) 113-114 ve aynı yer dn 519.

⁷ Dorothee Thum, “§8” ve “§9” in Artur-Axel Wandtke ve Winfried Bullinger (edr), *Praxiskommentar Urheberrecht* (5. Auflage, C. H. Beck 2019) §9, N 1; Ayiter (n 4) 93; Erel (n 2) 93.

⁸ Tekinalp (n 6) §12, N 15; Rauf Karasu, Cahit Suluk ve Temel Nal, (Nal ve Suluk), *Fikri Mülkiyet Hukuku* (6. Baskı, Seçkin 2022) 74; Ateş (n 4) 51; Aydınçık (n 6) 113 vd.; Levent Yavuz, *Türkiye Alica ve Fethi Merdivan, (Yavuz), Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, 1. Cilt (1-47. Maddeler)* (Seçkin 2013) 204.

⁹ Erel (n 2) 93; Karasu, Suluk ve Nal, (Nal ve Suluk) (n 8) 74; Ateş (n 4) 51.

¹⁰ Öztan (n 1) 259.

¹¹ ibid 267.

¹² Ayiter (n 4) 93.

¹³ Ateş (n 4) 51; Tekinalp (n 6) §12, N 16; Mustafa Ateş, “Telif Hukukunda Eser Kavramı ve Eser Sahipliği”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı 16-22 Aralık 2019 (Türkiye Adalet Akademisi 2020)* 15, 48; Aydınçık (n 6) 113-114; Öngören (n 5) 47.

¹⁴ Öztan (n 1) 268; Erel (n 2) 93; Evrim Atasoy, “Birlikte Eser Sahipliği Kavramı, Türlerinin Birbirleri İle Olan Benzerlikleri ve Farklılıkları” (2013) (2) FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi 29, 34-35.

¹⁵ Duygun Yarsuvat, *Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları* (2. Baskı, Güryay 1984) 84; Tekinalp (n 6) §12, N 16; Aydınçık (n 6) 114.

¹⁶ Gökyayla (n 1) 209; Ateş (n 13) 48.

¹⁷ Öngören (n 5) 47; Erel (n 2) 93.

¹⁸ Aydınçık (n 6) 114. Bu anlamdaki örnekler için ayrıca bkz Tekinalp (n 6) §12, N 15; Karasu, Suluk ve Nal, (Nal ve Suluk) (n 8) 74.

(eserlerin) aynı veya farklı türde olmaları mümkündür¹⁹. Bir operada metin ile müziğin yahut yazılı bir eserde metin ile resimlerin bir araya getirilmiş olması buna örnektir²⁰.

Elbirliğiyle eser sahipliğinden farklı olarak, ortak eser, birden fazla kişinin bir eseri beraber yaratmasıyla (FSEK m 10) değil, birlikte semerelendirmek amacıyla kendilerine ait bağımsız eserleri bir araya getirmeleriyle meydana gelir²¹. Her eser sahibi, kendi kısmını (eserini) bağımsız oluşturduğundan²², FSEK m 9'daki “*birden fazla kimselerin birlikte vücuda getirdikleri*” ifadesi yanıltıcıdır²³. Ortak eserde, bağımsız kısımların bu nitelikleri bozulmadan birleştirilmesi söz konusudur²⁴ 25. Böylelikle eserler arasında bir birlik meydana gelmektedir²⁶. Bunu gözetken kanun koyucunun sevk ettiği FSEK m 9 gereği, ortak eser sahiplerinden her biri diğerlerine karşı, ortak eserin umuma arz edilmesine, değiştirilmesine ve semerelendirilmesine izin verilmesini talep hakkına sahibi olurlar²⁷. FSEK m 9 f 2'de, her bir eser sahibinin, ortak eserin değiştirilmesinde ve yayınlanmasında diğer eser sahiplerinin katılımını isteyebileceği; haklı bir sebep olmadan katılım sağlamayan eser sahibinin iradesi yerine geçmek üzere mahkmeden karar alınabileceği öngörülmüştür. Bu kuralın, mali hakların kullanılmasında da geçerli olduğu anılan yasal hükümde açıkça belirtilmiştir. Ayrıca, ortak eser, bir bütün teşkil ettiğinden bunun üzerindeki manevi hakların kullanımında da oybirliği gerekir²⁸. Bununla birlikte, ortak esere ilişkin koruyucu beyan veya eylemlerde her eser sahibi tek başına hareket edebilmelidir²⁹.

¹⁹ Thomas Dreier, Gernot Schulze, Benjamin Raue ve Louisa Specht-Riemenschneider, (Schulze), *Urheberrechtsgesetz, Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz, Verwertungsgesellschaftengesetz, Nebenurheberrecht, Kunsturhebergesetz Kommentar* (7. Auflage, C.H. Beck 2022) §9, N 3; Öztan (n 1) 269.

²⁰ Dreier, Schulze, Raue ve Specht-Riemenschneider, (Schulze) (n 19) §9, N 3; Öztan (n 1) 267.

²¹ Dreier, Schulze, Raue ve Specht-Riemenschneider, (Schulze) (n 19) §9, N 1. Aynı yönde bkz Öztan (n 1) 267; Gökyayla (n 1) 209. Dikkat edilmelidir ki, ortak eserdeki bağımsız kısımlardan biri veya birkaçı üzerinde elbirliğiyle eser sahipliğinin olması da mümkündür. Bkz Dreier, Schulze, Raue ve Specht-Riemenschneider, (Schulze) (n 19) §9, N 3.

²² Aynı yönde bkz Yavuz, Alica ve Merdivan, (Yavuz) (n 8) 204.

²³ Tekinalp (n 6) §12, N 15; Atasoy (n 14) 32.

²⁴ Tekinalp (n 6) §12, N 15; Aydınçık (n 6) 114; Yavuz, Alica ve Merdivan, (Yavuz) (n 8) 204; Atasoy (n 14) 32. Nitekim ortak eserin, İsviçre ve Alman hukuklarında “*bağlı eser*” olarak adlandırıldığına dair bkz Tekinalp (n 6) §12, N 15; Atasoy (n 14) 31.

²⁵ Bağımsız kısım (eser) üzerindeki mali hak, daha önceden üçüncü bir kişiye devredilmiş ise, bu kısmın, eser sahibinin iradesiyle, ortak esere dahil edilmesi mümkün olamaz. Bkz Gökyayla (n 1) 209; Aydınçık (n 6) 115. Kendi eseri üzerindeki mali hakkı daha önceden başka bir kişiye devretmiş olduğundan ortak esere katılma taahhüdünü yerine getiremeyen eser sahibinin, diğer eser sahiplerinin bu yüzden uğradığı zararı gidermekle yükümlü olacağı yönünde bkz Aydınçık (n 6) 115.

²⁶ Öztan (n 1) 267.

²⁷ Thum (n 7) §9, N 1. Bağımsız kısımların toplamı ortak eseri oluşturduğundan ve bu kısımlar takip edilen amaç bakımından birbirine bağlı olduğundan, burada paylı mülkiyete benzer bir düzenlemenin kabul edildiğine dair bkz Ernst E. Hirsch, *Hukuki Bakımdan Fikri Say, İkinci Cilt, Fikri Haklar (Telif Hukuku)* (İstanbul Üniversitesi 1943) 85.

²⁸ Yavuz, Alica ve Merdivan, (Yavuz) (n 8) 205.

²⁹ Karş Tekinalp (n 6) §12, N 17, yazar, bunun öncesinde, diğerlerinin görüşünün de alınması gerektiği ve TMK'daki paylı mülkiyete ilişkin hükümlerin uygulanabileceği kanaatindedir. Oysaki, paylı mülkiyet hükümlerinin kıyasen uygulanacağı kabul edildiğinde, her eser sahibinin ortak esere ilişkin koruyucu beyan veya eylemleri, diğerlerinin görüşüne başvurmaya gerekmeden tek başına yapabileceği söylenmelidir (kıyasen TMK m 689, m 690, m 693 f 3).

FSEK m 9, açıkça veya örtülü olarak daha farklı bir anlaşma yapılmamışsa, ortak eser sahipleri arasındaki ilişkiyi asgari olarak düzenleyen yasal hükümdür³⁰. Bir başka anlatımla, bu hüküm yedek hukuk kuralı olduğundan, ortak eser sahipleri, yapacakları anlaşmayla aralarındaki ilişkide sözleşmesel bir düzen öngörebilirler³¹. Söz gelimi, ortak eserin semerelendirilmesine ilişkin yapılacak bir işleme karar vermede oybirliği yerine oyçokluğunun yeterli olacağını kararlaştırabilirler veya kazancın paylaşımına ilişkin farklı düzenlemeler yapabilirler.

b. Hukuki Yapı

Ortak eserde yer alan her bir kısım bağımsız olarak semerelendirilebilir (*selbstständig verwertbar*) niteliğini kaybetmez³². Ortak eserin oluşturulması, yani kısımların birbirine bağlanması, her bir eser sahibinin kendi kısmını serbestçe semerelendirme hakkını kural olarak engellemez³³. Diğer taraftan, ortak eserin üzerinde, kısımlara ait haklardan başka haklar da vardır³⁴. Her kısmın sahibi, bir yandan kendi kısmı üzerinde bağımsız olarak eser sahipliği sıfatına sahipken; diğer yandan da ortak eser üzerinde ortak eser sahipliğinden doğan mali ve manevi haklara sahiptir³⁵. Bu bakımdan, ortak eser üzerindeki haklar, müştereken kullanılır³⁶. Hal böyle olunca, eser sahipleri arasındaki ilişkinin düzenlenmesi gerekir ki, işte FSEK m 9 bu amaçla sevk edilmiştir³⁷.

Ortak eser sahipliği, doktrinde “*müşterek eser sahipliği*”³⁸ veya “*paylı mülkiyet şeklinde eser sahipliği*”³⁹ olarak da adlandırılabilirmekteyse de burada teknik anlamda bir paylı hak sahipliği durumu yoktur⁴⁰. Zira paylı mülkiyete konu bir eşyadan farklı olarak, ortak eserdeki bağımsız her bir kısım, ayrı bir hak konusudur⁴¹. Bu nedenle, ortak eser, bir bakıma “*eşya birliği*”ne benzetilebilmektedir⁴².

³⁰ Thum (n 7) §9, N 32.

³¹ ibid §9, N 1,32.

³² Dreier, Schulze, Raue ve Specht-Riemenschneider, (Schulze) (n 19) §9, N 2; Öztan (n 1) 269.

³³ Dreier, Schulze, Raue ve Specht-Riemenschneider, (Schulze) (n 19) §9, N 6; Yarsuvat (n 15) 85. Ayrıca bkz aşağıda III, C, özellikle dn 148.

³⁴ Öztan (n 1) 268.

³⁵ Yavuz, Alica ve Merdivan, (Yavuz) (n 8) 204; Evrim Atasoy, *Birlikte Eser Sahipliği* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, KHÜSBE 2010) 98.

³⁶ Tekinalp (n 6) §12, N 15; Aydınçık (n 6) 114.

³⁷ Öztan (n 1) 267.

³⁸ Yarsuvat (n 15) 84; İlhan Öztrak, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar* (2. Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi 1977) 43; Gökyayla (n 1) 203; Öztan (n 1) 258.

³⁹ Öztan (n 1) 267.

⁴⁰ Kurşat (n 3) 52-53; Öztan (n 1) 270. Karışıklığa yol açmaması için çalışmamızda “*ortak eser sahipliği*” kavramı tercih edilmiştir. Aynı görüşte bkz Aydınçık (n 6) 113-114, dn 519.

⁴¹ Kurşat (n 3) 52. Aynı yönde bkz Ateş (n 13) 49-50.

⁴² Bu görüşte bkz Kurşat (n 3) 52.

Ortak eserden söz edilebilmesi için tüm eser sahiplerinin bu yönde anlaşmaları gerekir⁴³, sadece kısımların (eserlerin) birleştirilmesi şeklindeki maddi fiil (*Realakt*) yeterli değildir⁴⁴. Ortak eserin birlikte semerelendirilmesi hususunda bağımsız kısım sahiplerinin anlaşması, bir hukuki işlem teşkil eder; dolayısıyla da öncelikle buna ilişkin tüm gereklilikler sağlanmalıdır⁴⁵. Bu anlaşmanın yapılması ve ortak eserin oluşturulmasıyla (“anlaşma” ve “maddi fiil” ile) ortak eser sahipliği ilişkisi doğar. Bağımsız kısım sahipleri, ortak eseri birlikte semerelendirme iradelerini üçüncü bir kişiye açıklamaları suretiyle örtülü olarak da bu anlaşmayı yapmış olabilirler⁴⁶. Üçüncü kişiye yapılacak bu irade açıklaması, ortak eser sahipleri tarafından birlikte yapılabileceği gibi, içlerinden birine ya da bir başka kişiye temsil yetkisi verilmişse bu yetkili temsilci tarafından da yapılabilir.

Ortak eser sahiplerinin oluşturduğu birlik, “*fikri haklara ilişkin semerelendirme birliği*” (*urheberrechtliche Verwertungsgemeinschaft*) olarak da nitelendirilebilmekte olup, bu birlik, adi ortaklık özelliklerini taşır⁴⁷. Bu birliğe uygulanacak hükümler belirlenirken, özel bir hüküm (FSEK m 9) bulunmadığı müddetçe, adi ortaklık hükümleri dikkate alınır⁴⁸. Ancak bu birlik teknik anlamda bir adi ortaklık niteliğinde değildir⁴⁹. Bu nedenle adi ortaklık hükümleri, birliğin bünyesine uygun düştüğü şekilde uygulanmalıdır. Adi ortaklık hükümlerinde bulunmayan konularda ise, TMK’deki paylı mülkiyet hükümleri ortak eser sahipliğine ilişkin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir⁵⁰.

Bir görüşe göre, elbirliğiyle eser sahipliğindeki (FSEK m 10) aynı etkinin aksine, ortak eser sahipliğinde (FSEK m 9) eser sahipleri arasında sadece şahsi bir ilişki (borç ilişkisi) olduğundan, eser sahipleri kendilerine ait olmayan kısımlara ilişkin

⁴³ Dreier, Schulze, Raue ve Specht-Riemenschneider, (Schulze) (n 19) §9, N 1; Thum (n 7) §9, N 2; Karasu, Suluk ve Nal, (Nal ve Suluk) (n 8) 74; Erel (n 2) 93; Atasoy (n 14) 31; Ateş (n 13) 51. Bu bakımdan, örneğin, başkasına ait şiiir izinsiz besteleyen bestekar ile şiiir sahibi arasında ortak eser sahipliği meydana gelmez. Bkz Karasu, Suluk ve Nal, (Nal ve Suluk) (n 8) 74. Ortak eser sahipliğindeki ilişkinin, “*kısımlara ayrılması mümkün bir eserden doğan ortaklık ilişkisi*” olduğu yönünde ayrıca bkz Ateş (n 13) 49.

⁴⁴ Thum (n 7) §9, N 2,9.

⁴⁵ Dreier, Schulze, Raue ve Specht-Riemenschneider, (Schulze) (n 19) §9, N 6; Thum (n 7) §9, N 13.

⁴⁶ Dreier, Schulze, Raue ve Specht-Riemenschneider, (Schulze) (n 19) §9, N 8.

⁴⁷ Dreier, Schulze, Raue ve Specht-Riemenschneider, (Schulze) (n 19) §9, N 7.

⁴⁸ Dreier, Schulze, Raue ve Specht-Riemenschneider, (Schulze) (n 19) §9, N 17. Aynı yönde bkz Karasu, Suluk ve Nal, (Nal ve Suluk) (n 8) 75.

⁴⁹ Ateş (n 13) 49. Alman hukukunda baskın görüşe göre, ortak eserin yaratılmasına ilişkin anlaşmanın, adi ortaklık sözleşmesi olduğu fakat buna şiiipheyle yaklaşılabileceği görüşünde bkz Thum (n 7) §9, N 2,18-19. Burada, adi ortaklığın aksine, müşteri amacın birlikte takip edilmesi için çaba sarf etmeye yönelik sözleşmesel yükümlülüğün olmadığı yönünde bkz Thum (n 7) §9, N 19. Tarafların açıkça ya da örtülü olarak bir adi ortaklık sözleşmesi yapmış olması durumu için bkz aşağıda III, C.

⁵⁰ Paylı mülkiyet hükümlerinin, ortak eser sahipliğine kıyasen uygulanabileceğine dair bkz Tekinalp (n 6) §12, N 15; Aydıncık (n 6) 113-114, dn 519.

fikri hak ihlallerini takip edemezler⁵¹. Kanaatimizce, bağımsız kısımlardan birine yapılan saldırının, ortak esere saldırı teşkil ettiğini söylemek çok istisnai hallerde mümkün görülmelidir. Şöyle ki, bağımsız kısım sahibinin bile kendine ait kısmı semerelendirirken bunun, ortak eserin semerelendirilmesini etkilememesi, ortak eserin amacını tehlikeye düşürmemesi, ortak eserle rekabet yaratmaması gerektiği aşağıda açıklanmıştır⁵². Bu açıdan bakıldığında aynı sonuç, bağımsız kısım sahibinin fiiliyle değil de bağımsız kısımlardan birine yapılan saldırı neticesinde meydana gelmişse bu kural yine uygulanmalıdır. Dolayısıyla, bağımsız kısma saldırı, ortak eserin semerelendirilmesini etkilemiş, ortak eserin amacını tehlikeye düşürmüş yahut ortak eserle rekabet yaratmışsa ortak eser sahiplerinden her birinin, saldırının önlenmesi, durdurulması gibi koruyucu taleplerde bulunabileceği kabul edilmelidir.

Diğer taraftan, ortak esere karşı bir saldırı veya saldırı tehlikesi söz konusu olduğunda, paylı mülkiyette ortak menfaatlerin korunmasında her bir paydaşın yetkili olduğuna ilişkin TMK m 693 f 3 kıyasen uygulanarak, ortak eser sahiplerinden her birinin saldırının önlenmesi, durdurulması gibi ortak eserin korunmasına yönelik taleplerde bulunabileceği çünkü bunların bölünemez nitelikteki menfaatler olduğu kabul edilmelidir⁵³.

Ortak eserdeki her bir kısmın koruma süresi birbirinden bağımsız olarak işler⁵⁴. Bunlardan biri veya birkaçının koruma süresinin sona ermesi halinde, bu kısımlar bakımından ortak eser olmaya bağlı sonuçlar uygulanmaz⁵⁵.

2. Elbirliğiyle Eser Sahipliği (FSEK m 10)

a. Genel Olarak

Ortak eserden (FSEK m 9) farklı olarak elbirliğiyle eser sahipliğinde, eser sahiplerinden her birinin yarattığı ayrı bir kısım bulunmaz ve her birinin eserin tamamında emeği vardır⁵⁶. Elbirliğiyle eser sahipliğinin ayırt edici özelliği, “*bütünlük*

⁵¹ Thum (n 7) §9, N 3. Şunu belirtmek gerekir ki, FSEK m 9 uyarınca ortak eser üzerindeki haklarda ancak eser sahiplerinin tümü birlikte tasarrufta bulunabileceği gözetildiğinde, ortak eser sahipleri arasında sadece “şahsi bir ilişki” bulunduğunu söylemek doğru olmaz. Zira eser sahipleri, ortak eser üzerindeki haklarda tek başına tasarruf etmeyeceklerini sadece birbirlerine karşı borçlanmış değildirlir. Ortak eser üzerindeki haklarda tasarruf yetkisi, eser sahiplerinin tümüne birlikte aittir. Nitekim, ortak eserdeki eser sahiplerinden birinin isminin çıkarılarak ortak eserin üçüncü kişiye verilmesi ve üçüncü kişi tarafından umuma arz edilmesi sebebiyle, ismi çıkarılan eser sahibinin mali ve manevi haklarının ihlal edildiği; üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmayacağı (FSEK m 54) yönünde bkz. Yargıtay 11 HD 2007-1853/4748, 10.04.2008, anılan karar için bkz Yavuz, Alica ve Merdivan, (Yavuz) (n 8) 205.

⁵² Bkz aşağıda III, C, özellikle dn 148.

⁵³ Ateş (n 13) 55. Sonuç olarak aynı yönde bkz Tekinalp (n 6) §12, N 17.

⁵⁴ Dreier, Schulze, Raue ve Specht-Riemenschneider, (Schulze) (n 19) §9, N 2; Yarsuvat (n 15) 85; Öztrak (n 38) 44; Atasoy (n 14) 37.

⁵⁵ Dreier, Schulze, Raue ve Specht-Riemenschneider, (Schulze) (n 19) §9, N 4.

⁵⁶ Ahmet Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar* (5. Baskı, Turhan 2019) 204. Aynı yönde bkz Ateş (n 4) 52, yazarın da belirttiği üzere, elbirliğiyle eser sahipliğine konu eser, bir bakıma, eşya hukukundaki elbirliğiyle mülkiyete tabi bir eşya gibidir.

*arz eden bir eserin ortaklaşa çalışmayla yaratılmış bulunmasıdır*⁵⁷. Örneğin, bir mimari projenin⁵⁸, müzik sözlerinin, bir tablo veya bir kitabın birden çok kişi tarafından birlikte harcanan mesaiyle oluşturulması elbirliğiyle eser sahipliğine vücut verir⁵⁹. Buna karşılık, resimli bir hikâye kitabındaki resim ve yazılar ayrı şahıslar tarafından oluşturulmuşsa, elbirliğiyle eser sahipliğinden söz edilemez⁶⁰. Zira bunlar ayrı ayrı semerelendirilebilir⁶¹. Elbirliğiyle eser sahipliğinde ise, eserin kısımlara ayrılması ve her bir eser sahibinin yaptığı katkının bağımsız bir hak konusu olarak semerelendirilmesi mümkün değildir⁶².

Arslanlı'ya göre, eserin "*ayrılmaz bir bütün*" teşkil etmesinden anlaşılan, eserin yaratılmasına katılan her kişinin "*eserin hususiyetinde ayrılmaz bir payı bulunması*"dır zira fikri ürüne eser vasfını veren "*hususiyet*"tir⁶³. Elbirliğiyle eser sahipliği, bu yönden FSEK m 9'daki ortak eser sahipliğinden ayrılır⁶⁴. Ortak eser sahipliğinde, eserdeki farklı kısımların hususiyeti farklı şahıslara aittir⁶⁵. Şu hâlde buradaki ölçüt, eserin hususiyet bakımından kısımlara ayrılabilir olup olmadığıdır⁶⁶.

Buna karşılık diğer bir görüşe⁶⁷ göre ise, "*eserin ayrılmaz bir bütün teşkil etmesi*"nden maksat, ayrılan kısımların eser sayılamayacağı, telif haklarına konu olamayacağı ve dolayısıyla da semerelendirilemeyeceğidir. Her kısım bağımsız olarak semerelendirilebiliyorsa zaten FSEK m 9 anlamında bir ortak eserden söz edilmesi gerekir⁶⁸. Elbirliğiyle eser sahipliğinde, eseri meydana getiren kısımlar, eserin bütünlüğünü ve niteliğini bozmadan ayrılamazlar; fiziki olarak ayrılırsalar dahi kendi başına eser sayılmazlar⁶⁹. Bu itibarla, eserdeki "*hususiyet*"in bölünmez olması şart değildir⁷⁰. Nitekim konunun uzmanları, eserin bütünü içerisinde her bir kişiye ait hususiyeti ayırt edebilirler⁷¹. Buna rağmen eser bir bütündür ve parçaların ayrılması eserin estetik bütünlüğünün yok olmasına yol açar⁷².

⁵⁷ Öztan (n 1) 259.

⁵⁸ Kılıçoğlu (n 56) 204.

⁵⁹ Halil Arslanlı, *Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri* (Sulhi Garan 1954) 68. Benzer örnekler için bkz Öztan (n 1) 258.

⁶⁰ Arslanlı (n 59) 68.

⁶¹ ibid 68.

⁶² Yavuz, Alica ve Merdivan, (Yavuz) (n 8) 206; Ateş (n 4) 52.

⁶³ Arslanlı (n 59) 68.

⁶⁴ ibid 68.

⁶⁵ ibid 68.

⁶⁶ ibid 68.

⁶⁷ Ayiter (n 4) 95; Erel (n 2) 89; Öngören (n 5) 49.

⁶⁸ Ayiter (n 4) 95.

⁶⁹ Ayiter (n 4) 95; Erel (n 2) 89; Ateş (n 13) 61; Öngören (n 5) 49. Aynı yönde bkz Yavuz, Alica ve Merdivan, (Yavuz) (n 8) 206,207.

⁷⁰ Ayiter (n 4) 95; Erel (n 2) 89; Öngören (n 5) 49.

⁷¹ Ayiter (n 4) 95; Erel (n 2) 89-90; Öngören (n 5) 49.

⁷² Ayiter (n 4) 95.

Eserin yaratılmasında farklı kişilerin harcadıkları emeğin yoğunluğunun veya niteliğinin farklı olması, elbirliğiyle eser sahipliğine engel olmaz⁷³ yeter ki eser, o kişinin de hususiyetini yansıtsın⁷⁴. FSEK m 10 f 3 hükmüne göre de eserin vücuda getirilmesinde yapılan teknik hizmetler ve teferruata ilişkin yardımlar, birliğe esas teşkil etmez. Örneğin, bir eserin hazırlanması için belge ve kaynak araştırması yapmak ya da fikir vermek⁷⁵ elbirliğiyle eser sahipliğinin doğumuna sebep olmaz⁷⁶.

Elbirliğiyle eser sahipliğinin doğması için birden çok kişide eserin birlikte yaratılmasına yönelik müşterek iradenin bulunması gerekir⁷⁷. Bu irade, eserin tamamlanmasından önce olmalıdır⁷⁸. A'ya ait tamamlanmamış bir eseri onun ölümünden sonra B'nin tamamlamış olması, elbirliğiyle eser sahipliğinin doğduğu anlamına gelmez⁷⁹. Hatta A'nın mirasçılarının buna rızası olması da bunu değiştirmez⁸⁰.

b. Hukuki Yapı

FSEK m 10 f 1'e göre, birden çok kişinin birlikte meydana getirdiği eser ayrılmaz bir bütün teşkil ediyorsa, eser sahibi, onu vücuda getirenlerin birliğidir⁸¹. FSEK m 10 f 2 elbirliğiyle eser sahiplerinin oluşturduğu bu birliğe adi ortaklık hükümlerinin (TBK m 620 vd) uygulanacağını belirtmektedir⁸². Ancak burada doğrudan bir uygulama isabetli olmaz. Her ikisindeki menfaat durumları farklıdır⁸³. Dolayısıyla, adi ortaklık hükümleri (TBK m 620 vd), bu birliğin bünyesine uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır⁸⁴. Gerçekten de FSEK m 10'a dayanan bu birlik, "sui generis bir birlik"tir ve adi ortaklık niteliğinde değildir⁸⁵. Zira adi ortaklık, bir sözleşme ilişkisine dayanırken, eserin yaratılması ise bir maddi fiildir⁸⁶. Ayrıca, adi ortaklık sözleşmesine ilişkin unsurlar, her zaman elbirliğiyle eser sahipliğinde aynı

⁷³ Aynı yönde bkz Yavuz, Alica ve Merdivan, (Yavuz) (n 8) 206.

⁷⁴ Ayiter (n 4) 95; Erel (n 2) 90; Öngören (n 5) 49-50.

⁷⁵ Ayiter (n 4) 95; Öztan (n 1) 260.

⁷⁶ Erel (n 2) 90.

⁷⁷ Arslanlı (n 59) 68; Erel (n 2) 90. Aynı yönde bkz Öztan (n 1) 260; Yavuz, Alica ve Merdivan, (Yavuz) (n 8) 206.

⁷⁸ Erel (n 2) 90; Ateş (n 13) 59.

⁷⁹ Arslanlı (n 59) 68-69.

⁸⁰ Arslanlı (n 59) 69; Erel (n 2) 90.

⁸¹ Bu birlik "eser sahipleri birliği" (Kılıçoğlu (n 56) 204) olarak adlandırılabilir.

⁸² Kılıçoğlu'na göre, adi ortaklık hükümlerine yapılan bu yollamanın amacını anlamak güçtür. Zira elbirliğiyle eser sahiplerinden biri, eserle ilgili hakların kullanılmasına haklı bir sebep olmadan rıza göstermezse diğerlerinin mahkemeye başvurarak izin alabileceği zaten FSEK m 10 f 2'de öngörülmüştür (Kılıçoğlu (n 56) 204-205).

⁸³ Ayiter (n 4) 96.

⁸⁴ Arslanlı (n 59) 69; Ayiter (n 4) 96; Erel (n 2) 90; Öztan (n 1) 263; Ateş (n 13) 63; Öngören (n 5) 50; Nami Barlas, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri* (4. Bası, Vedat 2016) N 261.

⁸⁵ Ayiter (n 4) 96; Öztan (n 1) 263. Alman hukukunda da elbirliği halindeki eser sahipleri birliği (*Miturhebergemeinschaft*), klasik elbirliği ortaklığı değil, fikri haklar sebebiyle değiştirilmiş (*urheberrechtlich modifiziert*) bir birlik olarak görülmektedir (Haimo Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht* (4. Auflage, Mohr Siebeck 2007) §10, N 283).

⁸⁶ Ayiter (n 4) 96; Ateş (n 13) 63; Öngören (n 5) 50. "Hukuki eylem" olduğu fikrinde karşı Erel (n 2) 90. Elbirliğiyle eser sahipliği maddi fiille yani eserin yaratılmasıyla olduğundan, eserin meydana getirilmesi hususunda sadece anlaşmaya varılması bu ilişkiye vücut vermez.

yoğunlukta bulunmayabilir⁸⁷. FSEK m 10 f 2'nin adi ortaklık hükümlerine yaptığı atfın, adi ortaklığa hâkim olan elbirliğiyle hak sahipliğinden kaynaklandığı -haklı olarak- ifade edilmiştir⁸⁸. Birlikte yaratma faaliyeti sonucunda tek bir hak konusu, yani tek bir eser ortaya çıkar⁸⁹ ve kanun gereği elbirliğiyle hak sahipliği doğar⁹⁰. Adi ortaklık hükümlerinin uygulanması halinde dahi doğabilecek boşluklarda ise TMK'daki elbirliği mülkiyetine ilişkin hükümlerden (TMK m 701 vd) yararlanılır⁹¹.

Eser sahipleri ayrıca bir adi ortaklık sözleşmesi yapmışsa aralarındaki ilişkiye, FSEK m 10 dışında kalan hususlarda, adi ortaklık hükümleri (TBK m 620 vd) doğrudan uygulanır⁹². Bu bakımdan, elbirliğiyle eser sahipleri birliği (*Miturhebergemeinschaft*) ile eser sahiplerinin bir adi ortaklık oluşturması durumu (*Miturhebergesellschaft*) arasında ayırım yapılmalıdır: İlki, eserin birlikte yaratılmasıyla kanun gereği doğarken; ikincisi bir sözleşmesel ilişki sebebiyle varlık kazanır⁹³. Bununla birlikte, somut olayda, elbirliğiyle eser sahiplerinin örtülü irade beyanlarıyla eserin birlikte semerelendirilmesi amacıyla bir adi ortaklık sözleşmesi de kurmuş sayılıp sayılmayacakları değerlendirilmelidir⁹⁴.

FSEK m 10 f 2 yollaması nedeniyle kıyasen uygulanacağını belirttiğimiz adi ortaklık hükümleri gereğince, aksi kararlaştırılmadıkça eser sahipleri kara ve zarara eşit olarak katılırlar⁹⁵ (TBK m 623). Eser üzerindeki hakların kullanımında, başka türlü kararlaştırılmadıkça oybirliği⁹⁶ şarttır⁹⁷ (TBK m 624). Öte yandan, eser sahipleri aralarında yapacakları anlaşmayla bu hususta çoğunluğu veya bir kişiyi

⁸⁷ Ayiter (n 4) 96. Aynı yönde bkz Barlas (n 84) N 261. Eser sahipleri birliğinde, adi ortaklığın zorunlu unsurlarından olan “*affectio societatis*”in mevcudiyetinin tartışmaya açık olduğu ve bu birliğin, ortaklık olarak kabul edilemeyeceği yönünde bkz Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp), *Ortaklıklar Hukuku I* (14. Bası, Vedat 2019) N 71.

⁸⁸ Hirsch (n 27) 87-88; Erel (n 2) 90-91; Öngören (n 5) 50. Nitekim Alman hukukunda da mali hakları kullanırken eser sahiplerinin oybirliğiyle hareket etmesi gerektiği (UrhG § 8 II) yani elbirliği prensibi kabul edilmiştir (Schack (n 85) 284; Ayiter (n 4) 96).

⁸⁹ Ayiter (n 4) 96; Öztan (n 1) 262.

⁹⁰ Tekinalp (n 6) §12, N 22; Öztan (n 1) 263.

⁹¹ Arslanlı (n 59) 69; Ayiter (n 4) 96. Aynı yönde bkz Öztan (n 1) 263.

⁹² Barlas (n 84) N 261.

⁹³ Schack (n 85) 287.

⁹⁴ Çoğu kez örtülü olarak adi ortaklık da kurulmuş olabileceği yönünde Schack (n 85) 287. Bu ihtimalde, “adi ortaklık” ile “elbirliğiyle eser sahipleri birliği” aynı anda varlığını sürdürür. Bu görüşte bkz Schack (n 85) N 287. Ayrıca bkz Tekinalp (n 6) §12, N 22, yazara göre eser sahipleri, aralarındaki ilişkiyi düzenlemek için bir sözleşme yaparlarsa iki adi ortaklık kurulmuş olmaz. Kanunen adi ortaklık hükümlerine tabi olan bir birlik vardır fakat eser sahipleri emredici nitelikte olmayan hükümler yerine diledikleri düzenlemeleri koymuş olurlar.

⁹⁵ Arslanlı (n 59) 69; Erel (n 2) 91; Öztrak (n 38) 46; Öngören (n 5) 50; Yargıtay 11 HD, 2751/6456, 24.6.2002 (www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi 10.3.2022).

Alman hukukunda UrhG § 8 III hükmüne göre, eser sahipleri arasında aksi kararlaştırılmamışsa, eserin kullanılmasıyla elde edilecek kazanç, eserin yaratılmasındaki katkılarına göre paylaşılır. Ancak bu, belirsizliğe yol açacağından, en azından BGB § 742'ye dayanarak şüphe halinde eşitlik esasının uygulanması savunulmaktadır (Schack (n 85) 285).

⁹⁶ Aslında bu, eserin bir bütün olması ve eser sahiplerinin kendilerine ait tasarruf edebilecekleri kısımların bulunmamasından çıkan doğal bir sonuçtur. Bkz Kılıçoğlu (n 56) 205. Elbirliğiyle eser sahiplerinin, “eser” ya da “gizli payları” üzerinde kendi başlarına tasarruf yetkileri bulunmaz. Bkz Ayiter (n 4) 96; Erel (n 2) 91; Öztan (n 1) 263; Schack (n 85) 285.

⁹⁷ Erel (n 2) 91; Tekinalp (n 6) §12, N 23; Öztrak (n 38) 46; Öngören (n 5) 50; Yargıtay 11 HD, 2751/6456, 24.6.2002 (www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi 10.3.2022); Yargıtay 11 HD 2017-3578/2414, 28.3.2019 (www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi 10.3.2022). Mali veya manevi hakların kullanılmasına ilişkin her türlü işlem için eser sahiplerinin izni gerektiği hususunda bkz Kılıçoğlu (n 56) 205.

yetkili kılabilirler⁹⁸. Dış ilişkide ise, içlerinden birine veya birkaçına ilgili mali hak devredilmiş olmadıkça, yine tüm eser sahiplerinin yapılacak işleme katılması gerekir⁹⁹. Elbirliği prensibinin uygulanmasını bir nebze yumuşatan FSEK m 10 f 2'ye göre, eser sahiplerinden biri, haklı bir sebep bulunmamasına rağmen yapılacak işleme katılmaktan kaçınırsa diğer eser sahiplerinin talebi üzerine işleme mahkemece izin verilebilir¹⁰⁰.

Tecavüz halinde eserin ve birlik menfaatlerinin korunmasına yönelik tedbirlerin alınmasında ve gerekli davaların açılmasında, her eser sahibi tek başına yetkilidir¹⁰¹ (FSEK m 10 f 2). Bu tedbirler, eserin bütününe korunmasına yönelik olmalıdır¹⁰². Örneğin, saldırının önlenmesi, durdurulması, el koyma, imha gibi talepler bu kapsamdadır¹⁰³.

Eser üzerindeki manevi haklar, şahsa bağlı olduğundan her eser sahibi tarafından kullanılabilir meğerki bu kullanım diğerlerinin haklarına tecavüz etmiş olsun¹⁰⁴. Bu bakımdan, bazı manevi hakların kullanımı oybirliğini gerektirir¹⁰⁵. Söz gelimi, eserin umuma arzı, yayınlama zamanı ve tarzının belirlenmesi (FSEK m 14 f 1) oybirliğiyle kullanılabilen bir manevi haktır¹⁰⁶. Keza, eserde değişiklik yapılması için de tüm eser sahiplerinin rıza göstermesi gerekir¹⁰⁷ (FSEK m 16). Zira, eser tektir ve her eser sahibi diğerinin haklarını da gözeterek eserin yaratılmasına katılmıştır¹⁰⁸. Alman Fikri Haklar Kanunu'nun (UrhG) §8 II hükmünde de eserde değişiklik yapılması için tüm eser sahiplerinin izni olması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁹.

⁹⁸ Ayiter (n 4) 97. Çoğunluk esasının kararlaştırılabileceğine dair ayrıca bkz Arslanlı (n 59) 69; Öztan (n 1) 264.

⁹⁹ Arslanlı (n 59) 69.

¹⁰⁰ Burada sonradan rıza (onay) değil, ancak "izin" verilmesinin söz konusu olabileceği yönünde bkz Kılıçoğlu (n 56) 205.

¹⁰¹ Arslanlı (n 59) 70; Ayiter (n 4) 97; Erel (n 2) 92; Öztrak (n 38) 46; Tekinalp (n 6) §12, N 24; Öztan (n 1) 264-265; Öngören (n 5) 52; Yargıtay 11 HD, 2751/6456, 24.6.2002 (www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi 10.3.2022); Yargıtay 11 HD, 2017-3578/2414, 28.3.2019 (www.sinerjimevzuat.com.tr, Erişim Tarihi 10.3.2022). Fakat eser sahiplerinden birinin açtığı tazminat davasında hükmedilen tazminat üzerinde tek başına tasarruf etmesi mümkün değildir (Arslanlı (n 59) 70; Erel (n 2) 92; Öztrak (n 38) 46; Öztan (n 1) 265; Öngören (n 5) 52). Eser sahibinin katkısının yani payının belli olduğu hallerde paya isabet eden tazminat ve kazancın devrine yönelik davayı tek başına açabileceği fikrinde bkz Kılıçoğlu (n 56) 206.

¹⁰² Arslanlı (n 59) 70; Öztrak (n 38) 46.

¹⁰³ Kılıçoğlu (n 56) 206. Ayrıca bkz Erel (n 2) 92.

¹⁰⁴ Ayiter (n 4) 97; Öztan (n 1) 264. Yalnızca münhasır yetki veren manevi hakların kullanımında, bireysel olarak hareket etmeleri mümkündür. Örneğin, adın belirtilmesi hakkı (UrhG §13), diğer eser sahiplerine karşı da ileri sürebilir (Schack (n 85) 284). Yine örneğin, FSEK m 14 f 3'te de öngörüldüğü üzere her eser sahibinin, kendi şeref ve itibarını zedeleyecek şekildeki kullanıma engel olabileceği hususunda bkz Erel (n 2) 91.

¹⁰⁵ Ayiter (n 4) 97; Öngören (n 5) 52.

¹⁰⁶ Ayiter (n 4) 97; Öztan (n 1) 264; Öngören (n 5) 52.

¹⁰⁷ Ayiter (n 4) 97; Erel (n 2) 91; Öztan (n 1) 264; Öngören (n 5) 52.

¹⁰⁸ Ayiter (n 4) 97; Erel (n 2) 91; Öngören (n 5) 52.

¹⁰⁹ Buradaki "izin" (*Einwilligung*) şartı dolayısıyla, rızanın önceden verilmesi gerektiği; sonradan verilen rızanın, yani onayın tazminat haklarından feragat olarak anlaşılabilmesi hakkında bkz Schack (n 85) 284 ve aynı yer dn 57. Bununla birlikte, BGB §744 II kıyasen uygulanarak, diğer eser sahiplerinin izni olmadan zorunlu yönetim işlerinin yapılabilmesi savunulmaktadır. Ne var ki, fikri haklar alanında bu tür borçlandırıcı veya tasarruf işlemlerine rastlamak kolay görünmemektedir. Bkz Schack (n 85) 284. Nitekim, sadece eser sahiplerinden birinin şahsında meydana gelen haklı sebebin, fesih için yeterli olsa dahi, mali haklara ilişkin sözleşmelerin (*Verwertungsvertrages*) feshi için tüm eser sahiplerinin bildirimde bulunması gerektiği hususunda bkz Schack (n 85) 284.

C. Eserin Meydana Gelmesinden Önceki Durum

Birden fazla kişi bir eseri birlikte yaratmak (FSEK m 10) veya bağımsız eserlerini birleştirmek (FSEK m 9) ve ortaya çıkacak eseri birlikte semerelendirmek isteyebilirler. Gerek ortak eser sahipliği gerek elbirliğiyle eser sahipliği, tarafların anlaşması ve maddi fiille (*Realakt*) yani eserin yaratılmasıyla doğduğundan, sadece eserin meydana getirilmesi hususunda anlaşmaya varılması bu ilişkinin doğumu için yetmez. Her iki tip eser sahipliğinde de eserin meydana getirilmesinden önce taraflar arasındaki anlaşma, borçlar hukukunu ilgilendiren sözleşmesel bir ilişki iken; eserin yaratılmasıyla fikir ve sanat eserleri hukukunu ilgilendiren bir ilişki doğar¹¹⁰. Bu itibarla, ortak eser veya elbirliğiyle eser yaratmak için bir araya gelen kişilerin oluşturduğu ortaklık, atipik bir adi ortaklık olduğundan, bu ilişkide adi ortaklık hükümleri ve FSEK'teki düzenlemeler birlikte dikkate alınmalıdır¹¹¹. Örneğin, ortaklar, adi ortaklığın feshine ilişkin hükümlere göre fesih bildiriminde bulunabileceği gibi, kıyasen FSEK m 50 f 2'ye göre de ihbar tarihinden bir yıl sonra hüküm ifade etmek üzere fesih bildiriminde bulunabilirler. Yine ortaklardan biri (hastalık gibi nedenlerle) eseri tamamlama kabiliyetini kaybederse veya ölürse FSEK m 50 f 3 kıyasen uygulanır. Bu durumda anılan hüküm gereği, aksi kararlaştırılmamışsa, adi ortaklık da sona erer.

Ortak eser veya elbirliğiyle eser yaratılması amaçlı ortaklıkta her ortak emeğini¹¹² katılım payı¹¹³ olarak taahhüt etmiş olur. Taahhüt ettiği halde çalışmayan ya da kendine ait kısmı (eseri) hiç veya gereği gibi oluşturmayan ortak, katılım payı borcuna aykırı davranmış olur. Katılım payı borcuna aykırılık, sözleşmede kararlaştırılmamış olsa dahi, ortağın haklı sebeple çıkarılmasına imkân verebilir¹¹⁴.

II. Ortak Eser Sahipliğinin (FSEK m 9) Sona Ermesi

A. Genel Olarak

Ortak eser sahipliği ilişkisinin sona erdirilmesinden maksat, her bir eser sahibinin kendisine ait kısmı ortak eser içinde semerelendirmeye artık zorlanamayacak

¹¹⁰ Buradaki durum, anonim şirketin kuruluşu sürecinde, şirket tüzel kişiliği kazanılmasından önceki ön ortaklığa benzer. Anonim şirketin tescilinden önce kurucuların usulüne uygun düzenlenmiş esas sözleşmeyi imzalaması ve imzaların noterce onaylanması veyahut imzaların ticaret sicil müdürü ya da yardımcısı huzurunda atılmasıyla, kurucular arasında bir "ön ortaklık" kurulduğu (TTK m 335) kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, (Tekinalp) (n 87) N 494 vd.

¹¹¹ Benzer şekilde, anonim şirketin tescilinden önce kurucular arasındaki ön ortaklığa da adi ortaklık sözleşmesi hükümlerinin doğrudan uygulanmayacağı, ancak anonim şirkete uygulanabileceği ölçüde uygulama alanı bulacağı yönünde bkz Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, (Tekinalp) (n 87) N 495a.

¹¹² Ortak eserin oluşturulmasında her bir eser sahibinin önceden kendi eserini yaratmış olması ve bunların birleştirilmesi hususunda karşılıklı anlaşmaları ihtimalinde ise, her bir eser sahibi, kendi eseri üzerindeki mali hakları katılım payı olarak getirmeyi üstlenmiş olurlar.

¹¹³ Katılım payı (TBK m.621), müşterek amaca erişmek için her ortağın ortaklığa getirmeyi taahhüt ettiği mal, hak, emek veya herhangi bir malvarlığı değeridir. Öyle ki, müşterek amacı gerçekleştirmeye elverişli olan ve kanuna, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına aykırı olmayan her şey adi ortaklığa katılım payı olarak getirilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, (Poroy/Tekinalp) (n 87) N 76.

¹¹⁴ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz Furkan Derdiman, *Adi Ortaklık Yapısındaki Değişiklikler* (On İki Levha 2022) 190 vd.

olmasıdır. Yoksa yaratılmış olan eser üzerindeki ortak eser sahipliği ortadan kalmış olmaz meğer ki eser yok olmuş olsun. Çünkü yukarıda da değinildiği üzere, eserin yaratılması maddi fiildir (*Realakt*). Dolayısıyla ortak eser sahipliği ilişkisinin sona ermesine ilişkin buradaki açıklamalarımız, halihazırda mevcut olmaya devam eden bir ortak eser üzerinde eser sahiplerinin ortak eser sahipliği sıfatının ortadan kalması anlamında değil, eser sahiplerinin birbirlerine karşı FSEK m 9 f 2'ye dayanarak talepte bulunamayacak olması anlamındadır. Bu nedenle, ortak eser sahiplerinden her biri yine bu sıfatına dayanarak gerek üçüncü kişiler gerek eser sahiplerinden biri tarafından ortak esere yapılan her türlü tecavüzün önlenmesini veya durdurulmasını talep edebilmelidir.

B. Süreli Olması Halinde

Ortak eserin, süreli veya süresiz olarak meydana getirileceği kararlaştırılabilir¹¹⁵. Kararlaştırılan amaca bakılarak da sürenin tayini kimi zaman mümkün olmakla birlikte, şüphe halinde ortak esere ilişkin anlaşmanın, koruma süresinin bitimine kadar geçerli olduğu kabul edilmelidir¹¹⁶. Ortak esere ilişkin kararlaştırılan sürenin bitimiyle, artık bağımsız kısım sahipleri kendilerine ait kısımların, ortak eser olarak semerelendirilmesine zorlanamaz¹¹⁷. Eser sahipleri tarafından, belirli bir süre yerine, örneğin kitabın bir kez baskısı gibi başkaca bir sınırlamanın da tayin edilmiş olması mümkündür. Bunlar dışında, sürenin bitiminden evvel haklı bir sebebe dayanarak mahkeme kararıyla (TBK m 639 b 7) bu ilişkinin sona erdirilmesi mümkün olmalıdır. Bu durumda da yine aynı sonuç meydana gelir; bağımsız kısım sahipleri kendilerine ait kısımları, ortak eser olarak semerelendirmeye artık zorlanamazlar.

C. Süresiz Olması Halinde

Kuşkusuz eser sahiplerinin tümü anlaşarak aralarındaki ortak eser sahipliği ilişkisini her zaman sona erdirebilirler¹¹⁸. Bununla birlikte, bir eser sahibi tarafından sona erdirilmek istendiğinde, TMK'daki paylı mülkiyet hükümlerine göre mi yoksa TBK'daki adi ortaklık hükümlerine göre fesih yoluyla mı ortak eser sahipliği ilişkisinin sona erdirilebileceği incelenmelidir.

İlk bakışta, fesih yoluyla sona erdirmenin, ortak eser sahipliğinin bünyesine uygun olmadığı ileri sürülebilir. Şöyle ki, ortak eser sahipliği, bir yandan eser sahiplerinin ortak eserdeki fikri haklarla ilişkisini, diğer yandan eser sahipleri arasındaki ilişkiyi ilgilendirir. Bu bakımdan, ortak eser sahipliğindeki ilişki, fikri mülkiyet hukuku ve borçlar hukuku bileşenlerini taşımakla birlikte, buradaki asıl unsur, ortak eserdeki

¹¹⁵ Dreier, Schulze, Raue ve Specht-Riemenschneider, (Schulze) (n 19) §9, N 23.

¹¹⁶ ibid §9, N 23.

¹¹⁷ Thum (n 7) §9, N 1.

¹¹⁸ Tekinalp (n 6) §12, N 15.

fikri hakların müştereken kullanılmasıdır. Eser sahiplerinin bir araya gelmesindeki temel amaç budur¹¹⁹. Bu birlik, ortak eserdeki hakların müştereken kullanımına dair düzeninin kurulmasına hizmet eder¹²⁰. Bu yönüyle, ortak eserdeki haklara ilişkin bir tür “*kullanma ve faydalanma ortaklığı*”nın¹²¹ ortaya çıktığı iddia edilebilir. Dolayısıyla, kişisel bağlılık özelliği daha zayıf kaldığından bu birlik, çözülmeye elverişli bir ilişki olarak görülebilir¹²². Tüm bunlara göre, bu birliğin “sona ermesi” konusunda TMK’nın paylı mülkiyete ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanması fikri ileri sürülebilir¹²³. Böylece, paylı mülkiyette (TMK m 698) olduğu gibi, bir eser sahibi tarafından ortak eser sahipliği ilişkisinin kural olarak her zaman sona erdirilmesi mümkün olur ve diğer eser sahipleri bu talebi yerine getirme borcu altına girer¹²⁴. Bunun için, sözleşmenin feshine ilişkin TBK’nın genel hükümlerinde veya adi ortaklık hükümlerinde öngörülen bir yasal sebebin meydana gelmesi ya da fesih bildirim süresinin geçmesi gerekmez. Dolayısıyla burada, sözleşmenin feshinin değil de bir “birlikte hak sahipliği”nin sona erdirilmesinin söz konusu olduğu kabul edildiğinde, adi ortaklığın sona ermesine ilişkin hükümler ve özellikle de TBK m 640’taki “fesih bildirim süresi” uygulanamaz.

Ne var ki, bir fesih bildirim süresi olmadan bu ilişkinin sona erdirilebileceği sonucuna ulaşan bu yaklaşım kanaatimizce isabetli olmaz. Ortak eser sahipliği ilişkisinde, tüm eser sahiplerinin menfaatleri arasında bir denge kurulmalıdır¹²⁵. Bu bakımdan, FSEK m 9 da gözetildiğinde, ortak eserin ekonomik olarak değerlendirilmesine (semerelendirilmesine) yönelik eser sahiplerinin menfaatleri korunmalıdır¹²⁶. Zira birbirine bağlanan kısımların en iyi şekilde semerelendirilmesi çoğu zaman, “ortak eser” olarak mümkündür ve buna izin vermeyen eser sahibi, diğerlerinin kendilerine ait kısımlarını semerelendirmelerini de olumsuz etkilemiş olur¹²⁷.

¹¹⁹ Benzer şekilde, paylı mülkiyet de kişilerin hem eşyayla hem de birbirleriyle ilişkilerini ilgilendiren bir kavramdır. Fakat paylı mülkiyette de asıl unsur, eşya hukukuna ilişkindir yani “*kişiler arasındaki ortaklık değil mevcut eşyanın birlikte kullanılması*”yla ilgilidir. Paydaşları bir araya getiren asıl amaç budur. Tüm bunlara dair bkz Kurşat (n 3) 31.

¹²⁰ Paylı mülkiyet birliği bakımından benzer şekilde bkz Kurşat (n 3) 32.

¹²¹ Paylı mülkiyet birliği için bu kavramın kullanımı için bkz Kurşat (n 3) 32.

¹²² Paylı mülkiyet birliği bakımından benzer şekilde bkz Kurşat (n 3) 32.

¹²³ Ortak eser sahipliğinde, teknik anlamda bir paylı hak sahipliği durumu olmadığını daha evvel açıklamış olduğumuzdan (bkz yukarıda I, B, 1, b) burada, birliğin sona ermesine paylı mülkiyet hükümlerinin “kıyasen” uygulama imkanının olup olmadığı irdelenmektedir.

¹²⁴ Paylı mülkiyette paylaşmayı isteme hakkının, bir yenilik doğuran hak olduğu ve bu hakkın kullanımıyla, diğer paydaşların paylaşmayı yerine getirme borcu altına girdiği hususunda bkz M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (23. Bası, Filiz 2021) N 1306, 1307. Paylı mülkiyet ilişkisinin tek taraflı sona erdirilmesine yönelik olarak “*kimsenin paylı hali devam ettirmeye zorlanamayacağı*” ilkesinin geçerli olduğu; bu ilkenin, paylı mülkiyet ilişkisinin bünyesinden çıktığına dair bkz Kurşat (n 3) 166-167.

¹²⁵ Dreier, Schulze, Raue ve Specht-Riemenschneider, (Schulze) (n 19) §9, N 24.

¹²⁶ ibid §9, N 24.

¹²⁷ Thum (n 7) §9, N 1. Alman hukukunda da izin vermeyen eser sahibi aleyhine mahkemeye başvurma imkânı tanıyan UrhG § 9 hükmünün bu düşünceyle getirildiğine dair bkz ibid §9, N 33. Ortak eserdeki kısımların takip edilen amaç bakımından birbirine bağlı olduğuna dair bkz Hirsch (n 27) 85.

Şu hâlde, ortak eser sahipliği ilişkisi, bu ilişkinin bünyesine uygun düştüğü ölçüde adi ortaklık sözleşmesi hükümlerine göre sona erdirilebilir¹²⁸. Zira, ortak eser, bağımsız kısım sahiplerinin bu yöndeki anlaşmasına dayanır. Kıyasen uygulanacak TBK m 640 f 1 gereği, olağan fesih bildirim, altı ay sonra hüküm ve sonuç doğurur. Ayrıca, TBK m 639 b 7 (BGB §723 I) hükmü kıyasen uygulanarak, haklı sebeplerle dayanarak mahkeme kararıyla¹²⁹ bu birliğin sona erdirilmesi mümkündür¹³⁰. Haklı sebep özellikle, kısımların, ortak eser olarak semerelendirilmesinin aşırı bir güçlük yaratması halinde söz konusu olur¹³¹. Her kısım sahibinin kendine ait kısmı bağımsız olarak daha karlı semerelendirebilecek olması haklı sebep sayılmaz¹³².

Ortak eser sahipliği ilişkisi sona erdirilmediği müddetçe ortak eser hakkındaki işlemlere rıza göstermeyen her eser sahibi mahkeme aracılığıyla zorlanabilecektir. Örneğin bir eser sahibi ortak eserin yayınlanmasına itiraz etmişse, bu eser sahibinin rızası yerine geçmek üzere mahkemeden karar alınabilecektir (FSEK m 9 f 2). Birlik devam ettiği için, ortak eserin yayınlanmasına itiraz eden eser sahibinin elindeki tek imkân, bu itirazında haklı olduğunu ispatlamasıdır. Ancak ortak eser sahipliği ilişkisi sona erdirilirse, artık eser sahipleri bağımsız kısımlarının ortak eserde yayınlanmasına mahkeme aracılığıyla (FSEK m 9 f 2) da zorlanamazlar.

Benzer şekilde, ortak eserin oluşturulmasına ilişkin anlaşma geçersiz ise, FSEK m 9'a bağlı sonuçlar doğmaz yani eser sahipleri kendi kısımlarını ortak eserde semerelendirmeye zorlanamaz¹³³.

III. Ortak Eser Sahipliğine Dayalı Birlikten Çıkma veya Çıkarılma

A. Anlaşma Durumunda

Ortak eser sahipleri istedikleri zaman bu birliğe son verip, eserlerini bağımsız olarak semerelendirebilirler¹³⁴. Bu bakımdan, birine ait kısmın ortak eserden çıkarılması hususunda tüm eser sahiplerinin (kendisine ait kısım ortak eserden çıkarılacak eser sahibi de dahil olmak kaydıyla) anlaşmaları da mümkündür.

¹²⁸ Tekinalp (n 6) §12, N 15. Aynı görüşte bkz Hasan Kadir Yılmaztekin, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Eser Sahipliği ve Hak Sahipliği ile Bunların Tecavüz Davaları Bağlamında Davacı Sıfatına Etkileri" (2020) (65) Adalet Dergisi 499, 513. Şartları oluşmuşsa TBK'nin genel hükümlerine göre de sona erdirilebileceği yönünde bkz Tekinalp (n 6) §12, N 15.

¹²⁹ Kamu düzeninin veya üçüncü şahısların menfaatlerinin korunması gereken istisnai ve kanunda açıkça öngörülen durumlarda yenilik doğuran hakkın dava yoluyla kullanılmasının zorunlu olduğu hususunda bkz Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin 2005) 179.

¹³⁰ Bu anlamda bkz Dreier, Schulze, Raue ve Specht-Riemenschneider, (Schulze) (n 19) §9, N 24.

¹³¹ ibid §9, N 24.

¹³² ibid §9, N 24.

¹³³ Thum (n 7) §9, N 13.

¹³⁴ Tekinalp (n 6) §12, N 15; Atasoy (n 14) 36; Yılmaztekin (n 128) 513. Alman hukukunda aynı şekilde bkz Dreier, Schulze, Raue ve Specht-Riemenschneider, (Schulze) (n 19) §9, N 17.

B. Anlaşmaya Varılamaması Durumunda

Bir eser sahibine ait kısmın ortak eserden çıkarılması ihtiyacı söz konusu olabilir. Acaba eser sahiplerinden biri, kendine ait kısımların ortak eserden çıkarılmasını isteyebilir mi? Yahut diğer eser sahipleri, bu kısımları çıkartabilirler mi?

Öncelikle hatırlatmak gerekir ki, ortak eser üzerindeki hakların kullanımına ilişkin kararlar kural olarak oybirliğiyle alınmalıdır¹³⁵. FSEK m 9 f 2 hükmü gereği, aksi kararlaştırılmadıkça, ortak eserin değiştirilmesi veya yayınlanması için tüm eser sahiplerinin rızası şarttır. Sadece bu hakların kullanımı için değil tüm mali hakların kullanımında da oybirliği şarttır¹³⁶. Bununla birlikte FSEK m 9 f 2 uyarınca, haklı bir sebep olmaksızın bu rızayı vermekten kaçınan kişi aleyhine mahkemeye başvurularak, onun iradesi yerine geçmek üzere karar alınabilir¹³⁷. Örneğin üç bölümlük bir müzikalin veya bir kitabın iki bölümü üçüncüsüne kıyasla zayıf kalmışsa bu durum, müzikalin temsiline veya kitabın yayınlanmasına itiraz edilmesinde haklı sebep sayılır¹³⁸. Yine örneğin, eserin çevirisini yapacak ya da eseri temsil edecek kişinin bu hususta yeterliliğe sahip olmaması da itiraz için haklı bir sebeptir¹³⁹. Öte yandan, *Tekinalp*'e göre, ortak eserin ilk yayımından sonra, eser sahiplerinden biri kendine ait kısmı bağımsız olarak yayımlamak isterse, kural olarak, yeniden ortak yayıma zorlanamaz¹⁴⁰. Zira, ortak eser sahipliği gevşek, yani çözülmesi kolay bir ilişkidir¹⁴¹. Kanaatimizce, FSEK m 9 hem ilk yayım hem de sonraki yayımlar için uygulanmalıdır¹⁴². Çünkü daha önce de belirttiğimiz gibi, birbirine bağlanan eserlerin en iyi şekilde semerelendirilmesi, genellikle ortak eser halindeyken mümkündür ve buna izin vermeyen eser sahibi, diğerlerinin eserlerini semerelendirmelerini de olumsuz etkiler¹⁴³.

Tüm bunlara göre denilebilir ki, eser sahiplerinden biri, kendisine ait kısmın ortak eserden çıkarılmasını isterse, diğer tüm eser sahiplerinin bunu kabul etmiş olması gerekir. Bir başka anlatımla, bir eser sahibinin kendi kısmının ortak eserden çıkarılması için diğer eser sahiplerinin rızası gerekir. Aynı şekilde, kural olarak, eser

¹³⁵ Erdil (n 5) 28-29; Öngören (n 5) 47; Atasoy (n 14) 37.

¹³⁶ Öztrak (n 38) 45; Ateş (n 13) 53.

¹³⁷ Bu durumda mahkeme, elde edilecek maddi menfaatlerin nasıl paylaşılacağına da karar vermesi gerektiği yönünde bkz Öztrak (n 38) 45.

¹³⁸ Tekinalp (n 6) §12, N 18.

¹³⁹ Öztrak (n 38) 45.

¹⁴⁰ Tekinalp (n 6) §12, N 19. Fakat yazarın bir başka yerde (ibid §12, N 18), FSEK m 9 f 2'ye göre mahkemeye başvurma imkanının bu durumda da (yani sonraki yayımlara itiraz için de) saklı olduğunu belirtmesi çelişkiye yol açmıştır.

¹⁴¹ Tekinalp (n 6) §12, N 19. Aynı görüşte bkz Atasoy (n 14) 40.

¹⁴² Aynı görüşte bkz Öztrak (n 38) 45.

¹⁴³ Thum (n 7) §9, N 1.

sahiplerinden birinin rızası hilafına ona ait kısmın ortak eserden çıkarılarak bu haliyle ortak eserin semerelendirilmesi mümkün olmamalıdır¹⁴⁴.

Bu noktada, bir kısmın, ortak eserden çıkarılması talebi bakımından FSEK m 9 f 2 hükmünün uygulanıp uygulanamayacağı, diğer bir anlatımla mahkeme kararıyla bunun mümkün olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Örneğin eser sahiplerinin çoğunluğu, ortak eserin değiştirilmesini (üç yazarın belirli bölümlerini yazdığı bir borçlar hukuku kitabının yeni Türk Borçlar Kanunu'na göre güncellenmesi gibi) isteyebilirler. Fakat bölüm yazarlarından biri kendi yazdığı bölümleri, haklı bir sebep olmadan güncellemek istemezse veya fiilen bunu yapamadığı halde eserin değiştirilmesine karşı çıkarsa, diğer bölüm yazarları FSEK m 9 f 2 hükmüne göre mahkemeye başvurabilmelidir¹⁴⁵. Bu durumda kanaatimizce, eserin değiştirilmesine yönelik eser sahibini zorunlu tutan bir karar verilmesi mümkün olmayacağından¹⁴⁶, bu eser sahibine ait kısmın ortak eserden çıkarılmasına mahkemece karar verilebilmelidir. Böylelikle, mahkeme kararıyla ortak eserden çıkarılan bölümleri, kalan eser sahipleri içlerinden birine veya üçüncü bir kişiye tamamlayabilirler.

Aynı şekilde, ortak eserden kendi kısmının çıkarılmasını isteyen eser sahibi de haklı bir sebep söz konusu ise FSEK m 9 f 2 hükmüne dayanarak mahkemeden bu yönde bir karar verilmesini isteyebilmelidir. Ortak eser olup olmadığı ayrıca değerlendirilmemiş olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin yakın tarihli bir kararı¹⁴⁷ da bu hususta örnek gösterilebilir. Karara konu olayda, bir kitaptaki takdim yazısını (takriz metnini) kaleme alan kişinin mirasçısı, kitabın yayıncısı şirkete karşı, kitabın sonraki baskılarında pek çok değişikliğe uğradığı gerekçesiyle takdim yazısının kitaptan çıkarılması talepli bir dava açmıştır. Yerel mahkeme, söz konusu takdim yazısının FSEK anlamında "eser" mahiyetinde olduğunu, sonraki baskılar için mirasçılardan izin alınmadığını da belirterek takdim yazısının kitaptan çıkarılmasına karar vermiş ve bu karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Bunun üzerine, kitabın yayıncısı şirket, takdim yazısının kitaptan çıkarılması sebebiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuşsa da Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Ortak esere yeni bir kısmın eklenip eklenmemesi konusunda da eser sahipleri arasında bir uyumsuzluk meydana gelebilir. Bu ihtimalde de itiraz eden eser sahibine ait kısmın ortak eserden çıkarılması söz konusu olabilir. Örneğin, ortak esere yeni bir kısım eklenmesine itiraz eden eser sahibi, kendine ait kısımların ortak eserden çıkarılmasını

¹⁴⁴ Eser sahipliğinden doğan haklar mutlak haklardır (Öztan (n 1) 280,346). Bir eser sahibine ait kısım ortak eserden çıkarıldıktan sonra, bu haliyle ortak eserdeki mali haklar üçüncü bir kişiye (örneğin yayıncıya) devredilmişse, kendisine ait kısım çıkarılmış olan eser sahibi, bu kişiye (yayıncıya) karşı da haklarının ihlal edilmiş olduğunu ileri sürebilir. Burada üçüncü kişinin iyiniyeti korunmaz (FSEK m 54). Bu anlamda bkz Yargıtay 11 HD 2007-1853/4748, 10.04.2008, anılan karar için bkz Yavuz, Alica ve Merdivan, (Yavuz) (n 8) 205.

¹⁴⁵ Aynı kanaatte bkz Kılıçoğlu (n 56) 203.

¹⁴⁶ Aynı yönde bkz Öngören (n 5) 48.

¹⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, 2019/6570, 04.07.2022 (www.resmigazete.gov.tr, Erişim Tarihi: 27.09.2022).

isteyebilir. Fakat yeni kısım eklenmesine itiraz eden eser sahibi, kendine ait kısımların ortak eserden çıkarılmasını da istemiyorsa, diğer eser sahipleri yeni kısmın eklenmesine izin verilmesi için FSEK m 9 f 2'ye dayanarak mahkemeye başvurabilirler. Yeni kısım eklenmesine itiraz eden, itirazının haklı bir sebebe dayandığını ispat edemezse mahkeme, itiraz edenin izni yerine geçmek üzere karar verir.

C. Eser Sahipleri Arasında Ayrıca Bir Adı Ortaklık Sözleşmesi Yapılmış Olması Durumunda

Eser sahipleri, bağımsız kısımlarını serbestçe kullanma haklarını sınırlandıracak şekilde bir sözleşmesel ilişki içine girebilirler. Hatırlatmak gerekirse; eser sahipleri arasında bu hususta bir sözleşmesel ilişki yoksa, kural olarak her eser sahibi kendi kısmını yine serbestçe semerelendirebilir¹⁴⁸. Eser sahipleri arasında bir adı ortaklık sözleşmesinin kurulmuş olması gerekmemekle¹⁴⁹ birlikte, adı ortaklık ile ortak eser sahipliği ilişkisi aynı anda mevcut olabilir¹⁵⁰. Nitekim Alman yargı uygulamasında, söz yazarı ile besteci arasında adı ortaklık hükümlerine tabi bir “*semerelendirme ortaklığı*” (*Verwertungsgesellschaft bürgerlichen Rechts*) kurulduğu kabul edilmektedir¹⁵¹. Adı ortaklık sözleşmesi yapılmışsa, ortak eserin semereleştirilmesine ilişkin izin talepleri bakımından ortaklık sözleşmesine dayanılabilir, FSEK m 9 hükme başvurmayaya gerek kalmaz¹⁵².

Eser sahipleri bir adı ortaklık sözleşmesiyle, kendi kısımları üzerindeki mali haklarını ortaklığa katılım payı olarak getirmişlerse, artık mali haklar üzerinde elbirliğiyle hak sahibi olurlar¹⁵³. Bu durum, her bir eser sahibinin kendi kısmı üzerindeki mali haklara ilişkin olarak tek başına tasarruf etmesine engel olur, zira elbirliği prensibi gereği tasarruf yetkisi tüm ortaklara birlikte aittir.

¹⁴⁸ Denis Barrelet ve Willi Egloff, (Egloff), *Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (4. Auflage, Stämpfli 2020) Art 7, N 17; Gitti Hug, “Art.7” in Barbara K. Müller ve Reinhard Oertli (edr), *Stämpflis Handkommentar, Urheberrechtsgesetz (URG), Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung* (2. Auflage, Stämpfli 2012) N 17. Bununla birlikte, İsviçre Fikri Haklar Kanunu (URG) Art 7 IV gereği, bağımsız kısımların semerelendirilmesi, ortak eserin semerelendirilmesini etkilememelidir. Bkz Barrelet/Egloff, (Egloff) (n 148) Art 7, N 17; Hug (n 148) N 18. Bu kural, ortak eser sahipliğinin doğasından çıkan bir sonuç olduğundan, FSEK m 9'da açıkça yer almasa da Türk hukuku bakımından da geçerli olmalıdır. Nitekim Alman hukukunda UrhG § 9 paragrafında açıkça bu kural yer almasa da doktrinde kabul edilmektedir. Kısımların münferit olarak kullanımı, ortak eserin amacını tehlikeye düşürmemeli ve rekabet yaratmamalıdır. Bkz Dreier, Schulze, Raue ve Specht-Riemenschneider, (Schulze) (n 19) §9, N 25. Ancak bu durumun istisnai olduğu belirtilmelidir. Örneğin, meşhur bir melodi başka bir metin için kullanılmış ve bu, orijinaliyle rekabet yaratmışsa veya bir romanın ucuz olarak basılması orijinal resimli baskının satışını düşürmüşse, ortak eserin olumsuz etkilenmiş olduğu söylenebilir (Barrelet/Egloff, (Egloff) (n 148) Art 7, N 17). Eser sahiplerinden birinin kendi kısmını serbestçe semerelendirmesi, diğer eser sahiplerinin haklarına zarar veriyorsa, aksi kararlaştırılmamışsa, paylı mülkiyet hükümlerinin uygulanacağı fikrinde Erdil (n 5) 28. Eser sahipleri, kendi kısmını bağımsız semerelendirme hakkından önceden feragat edebilir (Barrelet/Egloff, (Egloff) (n 148) Art 7, N 16).

¹⁴⁹ Dreier, Schulze, Raue ve Specht-Riemenschneider, (Schulze) (n 19) §9, N 9; Thum (n 7) §9, N 56. Ortak eserin oluşturulmasına ilişkin anlaşma, otomatik olarak, bir adı ortaklık sözleşmesi de yapılmış olduğunu her zaman göstermez (Thum (n 7) §9, N 19). Bu hususta bkz yukarıda I, B, 1, b.

¹⁵⁰ Thum (n 7) §9, N 56.

¹⁵¹ ibid §9, N 56.

¹⁵² ibid §9, N 19.

¹⁵³ Aynı yönde bkz ibid §9, N 57.

TBK m 639 b 7 hükmüne dayanılarak ve son çare (*ultima ratio*) olarak haklı sebeple ortaklığın sona erdirilmesi mümkündür¹⁵⁴. Eser sahipleri arasındaki kişisel tartışmalar, her zaman ortaklığın feshi için haklı sebep olmayabilir zira eser ve bunun semerelendirilmesi daha ön plandadır¹⁵⁵.

Adi ortaklığın sona erdirilmesi, FSEK m 9 f 2 hükmüne dayanarak diğer eser sahibinin iznini talep edebilme hakkını ortadan kaldırmaz fakat bağımsız kısımların kural olarak serbestçe semerelendirilebilmesi imkanını yeniden sağlar¹⁵⁶. Bu itibarla, adi ortaklık sona ermiş veya bir eser sahibi adi ortaklıktan çıkmış¹⁵⁷ olsa bile, her bir kısmın sahibi, ortak eser üzerindeki hakların kullanımında yine söz sahibi kalmaya devam eder meğerki yukarıda açıkladığımız gibi birine ait kısım anlaşılabilir veya mahkeme kararıyla ortak eserden çıkarılmış olsun¹⁵⁸.

D. Eser Sahiplerinden Birinin Ölümü

Eser sahiplerinden birinin ölümü durumunda, adi ortaklığın sona ermesine ilişkin hüküm (TBK m 639 b 2) burada uygulanmaz¹⁵⁹. Ortak eserde her bir kısmın sahibi, onu meydana getiren olduğundan, birinin ölümü halinde genel hükümler yani TMK'nın miras hükümleri uygulanır¹⁶⁰. Ölen eser sahibinin kendi kısmı üzerindeki mali haklar mirasçılara intikal eder¹⁶¹. Diğer eser sahiplerinin, mirasçıları birlikte çıkarmaları mümkün değildir¹⁶².

Önceden eser sahipleri arasında yapılan sözleşmeyle kural olarak mirasçılar bağlıdır. Örneğin, ortak eserdeki kısımların beş yıl boyunca bağımsız olarak yayınlanmayacağı kararlaştırılmışsa mirasçılar buna uymakla yükümlüdürler¹⁶³.

Sağ kalan eser sahipleri FSEK m 9 f 2'ye göre, ortak eserdeki mali hakların kullanımına katılmalarını mirasçılardan talep edebilirler¹⁶⁴. Mirasçılar, haklı sebep olmaksızın işleme katılmaktan kaçınırsa, eser sahipleri, FSEK m 9 f 2'ye dayanarak mahkemeye başvurabilirler¹⁶⁵.

¹⁵⁴ ibid §9, N 70.

¹⁵⁵ Thum (n 7) §9, N 70.

¹⁵⁶ ibid §9, N 72.

¹⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz Derdiman (n 114) 161 vd.

¹⁵⁸ Bkz yukarıda III, A ve B.

¹⁵⁹ Dreier, Schulze, Raue ve Specht-Riemenschneider, (Schulze) (n 19) §9, N 23.

¹⁶⁰ Arslanlı (n 59) 169; Öztan (n 1) 545.

¹⁶¹ Tekinalp (n 6) §15, N 4; Öztan (n 1) 545; Atasoy (n 14) 39. Çalışma, bulunduğu aşama itibariyle "eser" niteliğini kazanmış değilse, mirasçıların diğer eser sahiplerine karşı bir talepte bulunamayacağı; diğer eser sahiplerinin, eseri kendileri tamamlayabilecekleri veya boşluğu doldurabilecekleri görüşünde bkz Tekinalp (n 6) §15, N 4.

¹⁶² Atasoy (n 14) 39.

¹⁶³ Ateş (n 4) 55.

¹⁶⁴ Öztan (n 1) 545; Ateş (n 4) 55. Sağ kalan eser sahiplerinin, mirasçıların haklarını müştereken kullanmaları için bir temsili atamalarını talep edebileceği hususunda bkz Ateş (n 4) 55.

¹⁶⁵ Ateş (n 4) 55.

E. Ortak Eserde Mali Haklardan Vazgeçme (FSEK m 60)

FSEK m 60'a göre, “*Eser sahibi yahut mirasçıları, kendilerine kanunen tanınan mali haklardan, önceden vakı tasarruflarını ihlal etmemek şartıyla, bir resmi senet tanzimi ve bu hususun Resmi Gazete’de ilanı suretiyle vazgeçebilirler. Vazgeçme, ilan tarihinden başlayarak koruma süresinin bitmesi halinde hukuki neticeleri doğurur*”.

Buradan hareketle, ortak esere ve diğer eser sahiplerine zarar vermemek kaydıyla, eser sahiplerinden biri kendine ait kısım üzerindeki mali haklardan vazgeçebilir¹⁶⁶. Bu durumda, bu kısım bakımından koruma süresinin bitmesiyle aynı hukuki sonuçlar doğar. Yani eser artık serbest olur ve esere ilişkin mali haklardan herkes yararlanabilir¹⁶⁷. Nitekim koruma süresinin bitimiyle, bu kısım bakımından ortak eser olmaya bağlı sonuçların uygulanmayacağını daha önce ifade etmiştik¹⁶⁸. Bu kısmın sahibi, FSEK m 9 f 2’ye dayanarak diğer eser sahiplerini ortak eserde yayım yapmaya zorlayamaz. Ortak esere ilişkin mali hakların kullanımında bu kısım sahibinin rızası alınması da artık gerekmez¹⁶⁹. Bununla birlikte, kendi kısmına ilişkin mali haklarından vazgeçse de eser sahibi manevi haklarını muhafaza etmeye devam edeceğinden¹⁷⁰, kendi kısmının ortak eserden çıkarılarak yayımlanmasına karşı koyabilir. Zira bu, ortak eserde değişiklik anlamına gelir.

Eser sahiplerinden birinin, ortak eser üzerindeki mali haklardan vazgeçmesi durumunda ise, bu haklar diğer eser sahiplerine geçer¹⁷¹. Dolayısıyla, ortak esere ilişkin mali hakların kullanımında bu eser sahibinin izni gerekmez.

IV. Elbirliğiyle Eser Sahipliği Birliğinde (FSEK m 10) Sona Erme ve Birlikten Ayrılma

A. Elbirliğiyle Eser Sahipliğinin (FSEK m 10) Sona Ermesi

Adi ortaklık sözleşmesi TBK m 639 b 6 uyarınca, belirsiz süreliyse, sözleşmede feshi bildirme hakkı saklı tutulmuşsa ya da ortaklardan birinin ömrü süresince kurulmuşsa olağan fesih yoluyla sona erdirilebilir. TBK m 639 b 7’ye göre ise haklı sebebin bulunması halinde mahkmeden ortaklığın feshi istenebilir.

¹⁶⁶ Atasoy (n 35) 98-99.

¹⁶⁷ Öztan (n 1) 599.

¹⁶⁸ Bkz yukarıda I, B, I, b.

¹⁶⁹ Aksi görüşte bkz Atasoy (n 35) 99.

¹⁷⁰ Vazgeçmeye konu hakkın, mali haklar olduğu hususunda bkz Öztan (n 1) 596.

¹⁷¹ Atasoy (n 35) 99.

Adi ortaklık hükümlerinin elbirliğiyle eser sahipliğine kıyasen uygulanacağını belirtmiştik¹⁷². Fakat adi ortaklığın feshine ve tasfiyesine ilişkin hükümlerin niteliği gereği bu birliğe uygulanması mümkün değildir¹⁷³. Yargıtay da bir kararında bu hususu ifade etmiştir¹⁷⁴. Adi ortaklıktan farklı olarak, mahiyeti icabı bu birlik, esere bağlı sürekli bir ilişkiyi zorunlu kılar¹⁷⁵. Dolayısıyla bu birlik, esasen çözülemez (*unauflöslich*) bir ilişki olup¹⁷⁶, eserin yaratılmasıyla *ipso iure* doğar¹⁷⁷ ve koruma süresinin bitimiyle¹⁷⁸ ya da eserin yok olmasıyla¹⁷⁹ sona eser. Bu birliğin feshi mümkün değildir¹⁸⁰. Nitekim FSEK’te de bu birliğin feshine veya tasfiyesine ilişkin bir hüküm öngörülmemiştir.

B. Elbirliğiyle Eser Sahipliği Birliğinden Ayrılma

1. Eser Sahiplerinden Birinin Ölümü

TBK m 639 b 2’ye göre aksi kararlaştırılmamışsa ortaklardan birinin ölümü halinde adi ortaklık sona erer. Ancak anılan hüküm, niteliği gereği elbirliğiyle eser sahipliği birliğine uygulanamaz¹⁸¹. Nitekim kanun koyucu, FSEK m 64’te bu hususta özel bir düzenleme yapmış olup¹⁸², bu hüküm yalnızca elbirliğiyle eser sahipliğine uygulanır¹⁸³. Sözü edilen hüküm, elbirliğiyle eser sahiplerinden birinin ölümü halinde mirasçılarının bu birliğe dahil olup olmayacakları ve bunun sonuçlarını düzenlemektedir¹⁸⁴. Böylelikle hem mirasçılarının malvarlıksal menfaatleri korunmuş hem de ortaklar arasındaki sıkı ilişki göz önünde tutulmuştur¹⁸⁵.

¹⁷² Bkz yukarıda I, B, 2, b. Taraflar, emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla aralarında yapacakları sözleşmeyle hak ve yükümlülüklerini farklı şekilde de düzenleyebilirler, diğer bir anlatımla birliğin yönetiminde sözleşmesel bir düzen belirleyebilirler. Bkz Yavuz, Alica ve Merdivan, (Yavuz) (n 8) 208.

¹⁷³ Tekinalp (n 6) §12, N 22; Arslanlı (n 59) 71; Yavuz, Alica ve Merdivan, (Yavuz) (n 8) 208; Ceren Demirel, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 10. Maddesi Bağlamında Birden Fazla Eser Sahibi Tarafından Meydana Getirilen Eserler ve Eser Sahipleri Birliği* (Savaş 2017) 178. Adi ortaklığın tasfiyesine ilişkin esasların kıyasen uygulanacağı kanaatinde karşı Öztan (n 1) 266. FSEK m 10 f 2’ye göre, eser sahiplerinden biri, eserle ilgili birlikte yapılacak işleme haklı bir sebep olmadan izin vermezse, bu izin, diğer eser sahibinin başvurusu üzerine mahkemece verilebilir. *Barlas*’a göre, eser sahiplerinden birinin izin vermemesi, diğer eser sahipleri bakımından haklı fesih sebebidir ve TBK m 639 b 7 uyarınca birliğin/ortaklığın feshi istenebilir (Barlas (n 84) N 264). Kanaatimizce bu ancak, elbirliğiyle eser sahiplerinin ayrıca bir adi ortaklık sözleşmesi yapmış olmaları halinde bu ortaklığın feshi bakımından kabul edilebilir bir düşüncedir.

¹⁷⁴ Yargıtay 11 HD, 2017-3578/2414, 28.3.2019 (www.sinerjimevzuat.com.tr, Erşim Tarihi 10.3.2022).

¹⁷⁵ Arslanlı (n 59) 71.

¹⁷⁶ Andreas Dieckmann, *Gesamthand und juristische Person* (Mohr Siebeck 2019) 90.

¹⁷⁷ Tekinalp (n 6) §12, N 22; Demirel (n 173) 178.

¹⁷⁸ Schack (n 85) 286; Tekinalp (n 6) §12, N 22; Demirel (n 173) 178.

¹⁷⁹ Demirel (n 173) 178.

¹⁸⁰ Dieckmann (n 176) 90. Eserin koruma süresinin bitiminden önce birliğin feshinin mümkün olmadığı yönünde bkz Yavuz, Alica ve Merdivan, (Yavuz) (n 8) 208. Haklı nedenle birliğin tasfiyesinin talep edilebileceği kanaatinde karşı Kılıçoğlu (n 56) 205.

¹⁸¹ Arslanlı (n 59) 70; Ayiter (n 4) 97; Erel (n 2) 92; Öztan (n 1) 265; Ateş (n 4) 51; Kılıçoğlu (n 56) 205.

¹⁸² Öztan (n 1) 265; Erel (n 2) 92; Ateş (n 4) 51.

¹⁸³ Ateş (n 4) 51; Öztan (n 1) 265. Ayrıca bkz Tekinalp (n 6) §15, N 4 vd. Her ne kadar FSEK m 64’ün kenar başlığı “*Müşterek eser sahiplerinden birinin ölümü*” şeklindeyse de hükmün içeriğinden ve lafzından elbirliğiyle eser sahipliğine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Ortak eser sahipliğinde ise eser sahiplerinden birinin ölümü durumunda ortaya çıkacak sonuçlar için bkz yukarıda III, D.

¹⁸⁴ Kılıçoğlu (n 56) 211.

¹⁸⁵ Öztan (n 1) 265.

a. Eserin Tamamlanmasından veya Alenileşmesinden Önce

FSEK m 64'e göre, eser tamamlanmadan veya alenileşmeden elbirliğiyle eser sahiplerinden biri ölürse, hakları diğer eser sahiplerine geçer¹⁸⁶ (TBK m 634 f 1), yani diğerlerinin paylarında artış olur (*Akressanz*)¹⁸⁷. Dolayısıyla, mirasçılara uygun bir bedelin (uzlaşma bedeli) ödenmesi gerekir¹⁸⁸, taraflar arasında uyuşma sağlanamazsa bedeli mahkeme tayin eder. Bu ihtimalde, mirasçılardan birliğe girmeleri söz konusu olmaz¹⁸⁹ ve eser üzerindeki mali haklarla ilişkileri kesilir¹⁹⁰. Gerçekten de mirasçılardan birliğe dahil olması düşünülemez çünkü ölenin şahsiyetini ve yaratıcı niteliklerini mirasçılardan aynen devam ettiremeyeceği açıktır¹⁹¹. Ölen eser sahibinin yaşasaydı esere katacağı "*hususiyet*" mahiyeti itibarıyla mirasçılara intikal etmeye elverişli değildir¹⁹².

Bununla birlikte, eseri tamamlamaya yeteneği bulunan bir mirasçı varsa, bu mirasçı diğer eser sahiplerinin rızasıyla birliğe alınabilir¹⁹³ (TBK m 632 f 1). Bu şekilde birliğe katılan kişi, mirasçılık sıfatı dolayısıyla değil, kendi fikri emeği sebebiyle birliğe girmiş olur¹⁹⁴.

Kalanlar, eseri tamamlamaktan vazgeçerse, kural olarak mirasçılardan herhangi bir talepte bulunması mümkün değildir¹⁹⁵. Diğer taraftan, ölüm anında ulaştığı seviye itibarıyla yine de FSEK korumasından yararlanabilecek bir ürünün ortaya çıkmış olduğu kabul edilebiliyorsa ve bundan bir gelir elde edilmişse, ölene ait payın mirasçılara ödenmesi gerekir¹⁹⁶. Bu durumda, FSEK m 19'da belirtilen yakınların manevi hakları yine korunacaktır¹⁹⁷.

¹⁸⁶ Ayiter (n 4) 97; Erel (n 2) 92; Öztan (n 1) 265; Ateş (n 4) 52.

¹⁸⁷ Öztan (n 1) 546.

¹⁸⁸ Ayiter (n 4) 97; Öztan (n 1) 265. Mirasçılara ödenecek bedel, ürünün bulunduğu seviyeye ulaşmasında ölenin yaptığı (ve değeri parayla ölçülebilir) maddi, fiziki veya fikri katkının, ölüm zamanındaki maddi değeridir (Ateş (n 4) 52). Payın satın alma bedelinin ödeneceği yönünde bkz Tekinalp (n 6) §15, N 6.

Öte yandan, henüz eser niteliğini kazanmamış bu çalışma üzerinde mirasçılardan kural olarak manevi hakları yoktur (Ateş (n 4) 52). Aynı yönde bkz Öztan (n 1) 546.

¹⁸⁹ Tekinalp (n 6) §15, N 6; Öztan (n 1) 546.

¹⁹⁰ Ateş (n 4) 52.

¹⁹¹ Erel (n 2) 92.

¹⁹² Tekinalp (n 6) §15, N 6; Öztan (n 1) 546; Ateş (n 4) 53.

¹⁹³ Tekinalp (n 6) §15, N 6; Ateş (n 4) 53.

¹⁹⁴ Tekinalp (n 6) §15, N 6; Ateş (n 4) 53.

¹⁹⁵ Tekinalp (n 6) §15, N 6; Öztan (n 1) 546; Ateş (n 4) 53. Bu ihtimalde, sözleşmede başka türlü kararlaştırılmamışsa tasfiyenin adi ortaklık hükümlerine göre yapılacağı kanaatinde bkz Ateş (n 4) 53; Tekinalp (n 6) §15, N 6.

¹⁹⁶ Tekinalp (n 6) §15, N 6; Öztan (n 1) 546-547; Ateş (n 4) 53. Bu durumda, esere devam etmeme kararının mirasçılardan birlikte alınacağı yönündeki fikre [Tekinalp (n 6) §15, N 6; Ateş (n 4) 53] katılmak mümkün değildir. Diğer eser sahiplerini eseri tamamlamaya zorlamak için niteliği gereği söz konusu olamaz.

¹⁹⁷ Öztan (n 1) 547. FSEK m 19'da belirtilen yakınların manevi haklarını kullanması için birliğe alınacağı fikrinde bkz Ateş (n 4) 53.

Eserin ölüm anında ulaştığı seviye tamama yakınsa¹⁹⁸, ölenin birlikte çıktığı söylenemez ve eserde onun da adı belirtilmelidir¹⁹⁹. Aksi düşünce FSEK'in amacına ve anlamına aykırı düşer²⁰⁰.

Doktrindeki bir görüşe göre, eserin tamamlanmasından sonra fakat alenileşmesinden önce eser sahiplerinden biri ölürse, bu eser alenileşmiş hükmünde sayılmalıdır²⁰¹. Ateş, buna gerekçe olarak mirasçılarının -tamamlanmış- eser üzerindeki menfaatlerinin dışlanmayacağını belirtmiş, FSEK m 64 f 2'nin²⁰² uygulanacağını savunmuştur²⁰³. Ne var ki, FSEK m 64 f 2'nin uygulanacağını söylemesi, mirasçılarının menfaatlerini koruyan bir sonuç olmamıştır. Zira bu durumda, mirasçılarının birliğe alınıp alınmayacağı tamamen diğer eser sahiplerinin iradesine kalır. Dolayısıyla bu fikre iştirak edememekteyiz. Ayrıca eklemek gerekir ki, ölenin payının kalan eser sahiplerine geçecek olması, tamamlanmış eser üzerinde FSEK m 19'a göre yetkili olan kişilerin bu yetkilerinin ortadan kalktığı anlamına gelmez²⁰⁴.

b. Eserin Alenileşmesinden Sonra

Eserin alenileşmesinden sonra eser sahiplerinden biri ölürse, diğerleri, ölenin mirasçılarını birliğe alıp almamakta serbesttirler. Diğer eser sahipleri alacakları karara göre, mirasçılara uygun bir bedel ödeyerek birliği kendi aralarında devam ettirebilirler²⁰⁵ yahut ölenin mirasçılarıyla birliği devam ettirebilirler. Mirasçılarla devam kararının, sağ kalan eser sahipleri tarafından oybirliğiyle alınması gerekir²⁰⁶.

Birliğin mirasçılarla devamına karar verilmişse, mirasçılardan birliğe karşı haklarını kullanmaları için bir temsilci atamaları istenebilir²⁰⁷ (FSEK m 64 f 3). Kanunkoyucu,

¹⁹⁸ Fonlu bir resimde fon ressamının fonun büyük bölümü çizip boyadıktan sonra ölmesi, bu duruma örnektir (Tekinalp (n 6) §15, N 6).

¹⁹⁹ Tekinalp (n 6) §15, N 6; Ateş (n 4) 53.

²⁰⁰ Tekinalp (n 6) §15, N 6.

²⁰¹ Öztan (n 1) 547; Ateş (n 4) 54. Ölenin payının, kalan eser sahipleri arasında paylaşılacağını belirterek aksi görüşte bkz Arslanlı (n 59) 171.

²⁰² FSEK m 64 f 2'ye göre, "*Eseri birlikte vücuda getirenlerden biri eserin alenileşmesinden sonra ölürse diğerleri, ölenin mirasçılarıyla birliği devam ettirip ettirmekte serbesttirler*".

²⁰³ Ateş (n 4) 54.

²⁰⁴ Arslanlı (n 59) 171.

²⁰⁵ FSEK m 64 f 4'ün, f 1'e yaptığı yollama sebebiyle, bedel, uyuşma sağlanamazsa mahkemeye belirlenir. Bkz Öztan (n 1) 548.

²⁰⁶ Öztan (n 1) 547; Ateş (n 4) 53. Oybirliği sağlanamaz ise kural olarak, birlik, mirasçılar olmadan devam eder (Öztan (n 1) 547). Doktrinde bir görüşe göre, FSEK m 10 f 2'ye dayanarak, olumsuz oy kullanan eser sahibinin iradesi yerine geçmek üzere karar almak için mahkemeye başvurulabilir. Zira bu, olağan bir iş değil, birlik statüsünü ilgilendiren bir konudur (Ateş (n 4) 54). Ancak fikrimizce FSEK m 10 f 2'nin bu hususta uygulanabilmesi mümkün değildir. Çünkü mirasçıların birliğe alınıp alınmaması, eser üzerindeki hakların kullanımıyla ilgili değildir. FSEK m 64'te, m 10'a yollamada da bulunulmamış, bu husustaki kararın sağ kalan eser sahipleri tarafından verileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, mirasçıların birliğe alınmasına olumsuz oy kullanan eser sahibi aleyhine onun iradesi yerine geçmek üzere mahkemeye başvurulmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

²⁰⁷ Hemen belirtelim ki, bu durumda da manevi hakları kullanma yetkisi, FSEK m 19'da sayılan kişilere aittir (Ateş (n 4) 54). Birliğin mirasçılar olmadan devamına karar verilir ise, manevi haklar, eser sahipleri ile FSEK m 19'da sayılan yetkili kişiler tarafından birlikte kullanılır (Ateş (n 4) 54).

mirasçılardan bu birliğe alınmasına cevaz vermiştir zira eser alenileşmiş, sabit bir hak almış ve geriye yalnızca mali ve manevi hakların kullanılması kalmıştır²⁰⁸. Diğer eser sahipleri ile mirasçılar arasındaki uyuşmazlıkta FSEK m 10 f 2'ye dayanılarak mahkemeye başvurulması mümkün olmalıdır²⁰⁹.

Eserin alenileşmesinden sonra eser sahiplerinden birinin ölümü halinde birliğin kalanlar arasında mı yoksa mirasçılarla birlikte mi devam edeceği hususunda önceden eser sahipleri kendi aralarında bir anlaşma yapabilirler²¹⁰. Nitekim adi ortaklıkta da ortaklar bu yönde bir anlaşma yapabilirler²¹¹ (TBK m 633).

2. TBK m 639 b 3 Hükümünün Uygulanabilirliği Sorunu

TBK m 639 b 3'e göre, adi ortaklıkta bir ortağın tasfiye payının paraya çevrilmesi, iflası veya kısıtlanması halinde, aksi kararlaştırılmamışsa²¹², ortaklık sözleşmesi sona erer. Bu hükmün, elbirliğiyle eser sahipliği birliğine uygulanması mümkün değildir²¹³. Buna gerekçe olarak, diğer eser sahipleri izin vermezse, bunlardan birinin borcu için eserin cebri icra yoluyla satılamayacağı ifade edilmektedir²¹⁴. Bununla birlikte, bir görüşe göre, kıyasen FSEK m 64'ün uygulanmasıyla, satışa izin vermeyen eser sahipleri, alacaklıya uygun bir bedel (borçlu ortağın payını) ödeyerek borçlu eser sahibini birlikten çıkarabilirler²¹⁵.

Kanaatimizce meseleye şöyle yaklaşılmalıdır: Elbirliğiyle eser sahipliğinin feshi ve tasfiyesi mümkün olmadığına²¹⁶ göre, eser sahiplerinin tasfiye payından zaten söz edilemez. Dolayısıyla, eser sahiplerinden birinin borcu nedeniyle elbirliğiyle eser sahipliğindeki hakları üzerinde cebri icra işlemleri uygulanamaz. Eser sahibinin iflas etmiş olması da elbirliğiyle eser sahipliğindeki haklarının iflas masasına girmesine yol açmaz. Keza bir eser sahibinin borcu nedeniyle, tasfiye payı değil de elbirliğiyle eser sahipliğine konu eserdeki mali hakkın haczi de mümkün değildir. Çünkü elbirliğiyle eser sahiplerinin tasarruf edebilecekleri payları olmadığından, bir eser sahibinin borcu için esere ilişkin mali haklar üzerinde cebri icra işlemlerine konu

²⁰⁸ Erel (n 2) 92; Öztan (n 1) 265.

²⁰⁹ Arslanlı (n 59) 70.

²¹⁰ Eser hangi seviyede olursa olsun birliğin mirasçılarla devam edeceğine ilişkin anlaşma yapılabileceği hususunda bkz Öztan (n 1) 546; Tekinalp (n 6) §15, N 6. Taraflar sözleşmede, birliğin mirasçılarla devam edeceğini öngörmüşse, ayrıca bir karar alınması gerekmeden mirasçılarla birliğin devam edeceği hususunda bkz Ateş (n 4) 53.

²¹¹ Farklı ihtimaller hakkında bkz Derdiman (114) 227 vd.

²¹² TBK m 633 hükmü de bu gibi hallerde sözleşmede bir devam kaydına yer verilerek ortaklığın kalan ortaklarla devam ettirilebileceğini göstermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz Derdiman (114) 205 vd.

²¹³ Arslanlı (n 59) 71; Erel (n 2) 92; Öztan (n 1) 266; Demirel (n 173) 178-179.

²¹⁴ Arslanlı (n 59) 71; Erel (n 2) 92; Öztan (n 1) 266.

²¹⁵ Arslanlı (n 59) 71; Erel (n 2) 92-93; Öztan (n 1) 266. Daha önce de (yukarıda IV, B, 1) belirttiğimiz gibi FSEK m 64 elbirliğiyle eser sahipliğinde eser sahiplerinden birinin "ölümü"ne ilişkin olduğundan, bu görüşteki yazarların, "tasfiye payının paraya çevrilmesi", "iflas" veya "kısıtlanma" hallerine de FSEK m 64'ün kıyasen uygulanabileceğini savunduğu anlaşılmaktadır. FSEK m 64'ün, ölüm durumunda kıyasen uygulanabileceğine karşı görüşte bkz Demirel (n 173) 179, dn776.

²¹⁶ Bkz yukarıda IV, A.

olabilecek bir pay da yoktur²¹⁷. Son olarak eklemek gerekirse, TBK m 639 b 3'ten farklı olarak, eser sahiplerinden birinin kısıtlanması da elbirliğiyle eser sahipliğinin sona ermesi sonucunu doğurmaz.

3. Eser Sahiplerinden Birinin Mali Haklarından Diğer Eser Sahipleri Lehine Vazgeçmesi

Eser sahiplerinden biri, mali haklarından diğerleri lehine vazgeçebilir ve bu durumda diğerlerinin hakları genişler²¹⁸. Nitekim Alman Fikri Haklar Kanunu §8 IV hükmü, diğer eser sahiplerine varması gerekli bir irade beyanıyla eser sahibinin mali haklarından vazgeçebileceğini; bu beyanla birlikte, diğerlerinin haklarının genişleyeceğini belirtmektedir²¹⁹. Aynı esas, Türk hukukundan da kabul edilmelidir²²⁰. Zira bu durum, elbirliği ortaklıklarının özelliğinden kaynaklanır²²¹.

Bununla birlikte, eser sahiplerinden birinin mali haklardan vazgeçmesi, teknik anlamda birlikten çıkmak anlamına gelmez²²². Zira vazgeçme, manevi haklara -ve Alman hukukunda, bilinmeyen yararlanma tarzlarına (*unbekannter Nutzungsarten*) ilişkin haklara²²³- etki etmez²²⁴. Keza vazgeçmeye rağmen eser sahipliği sıfatı sona ermez²²⁵.

Koruma süresinin bitiminden önce, eser sahiplerinden biri lehine diğerleri haklarından vazgeçebilirler veya eser sahipleri tüm mali hakları üçüncü bir kişiye devredebilir ki, böyle bir durumda pratik açıdan birliğin sona erdiği söylenebilir²²⁶.

Sonuç

FSEK'te iki tür iki tür birlikte eser sahipliği ilişkisi düzenlenmiştir. Bunlar; ortak eser sahipliği (FSEK m 9) ve elbirliğiyle eser sahipliğidir (FSEK m 10). Birlikte yaratılan eserde her bir kişinin katkısı ayrılmaz bir bütün teşkil etmekteyse “elbirliğiyle eser sahipliği” söz konusu olur. Birden fazla kişiye ait bağımsız eserlerin birleştirilmesi yoluyla oluşan eserde ise “ortak eser sahipliği” bulunur.

²¹⁷ Eserin aslı veya müsveddeleri üzerindeki hak sahipliği ise, esasen eşya hukuku kurallarına göre belirlenmeli ve ayrıca bunların haczinde FSEK m 61-62 dikkate alınmalıdır.

²¹⁸ Dieckmann (n 176) 90. Aynı yönde bkz Ateş (n 13) 64.

²¹⁹ Schack (n 85) 285.

²²⁰ Aynı görüşte bkz. Öztan (n 1) 266; Demirel (n 173) 170.

²²¹ Schack (n 85) 285. Elbirliği ortaklıklarında bir ortağın çıkması veya çıkarılması durumunun, diğer ortakların hakimiyetinde genişleme (*Anwachsung/Akkressenz*) sonucu doğurduğu hakkında bkz Derdiman (114) 249-250. Nitekim 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 634. maddesinde, adi ortaklıktan çıkan ya da çıkarılan ortağın payının diğer ortaklara payları oranında kendiliğinden geçeceği yönünde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

²²² Schack (n 85) 285; Demirel (n 173) 170.

²²³ Alman hukukunda UrhG § 31a hükmü, “bilinmeyen yararlanma tarzlarına ilişkin sözleşmeleri” (*Verträge über unbekanntes Nutzungsarten*) düzenlemektedir.

²²⁴ Schack (n 85) 285; Demirel (n 173) 170.

²²⁵ Vazgeçme (FSEK m 60) halinde eser sahipliğinin sona ermeyeceği hakkında bkz Demirel (n 173) 180.

²²⁶ Schack (n 85) 286.

Ortak eser, bozulmaya uğramandan kısımlara ayrılabilir ve bu kısımlar kendi başına birer “eser” niteliğindedir. Ortak eser, eser sahiplerinin eserlerini birleştirmeye ilişkin anlaşmalarını ve ortak eserin yaratılmasına ilişkin maddi fiili (*Realakt*) gerektirir. Ortak eser sahipliğine dayanan birlik, adi ortaklık özelliklerini taşır. Özel hükümler (FSEK m 9) dışında, kıyasen adi ortaklık hükümleri (TBK m 620 vd), burada da boşluk bulunması halinde ise paylı mülkiyete ilişkin hükümler (TMK m 688 vd) kıyasen uygulanır.

Elbirliğiyle eser sahipliği birliğine de bu birliğin bünyesine uygun düştüğü ölçüde adi ortaklık hükümleri uygulanır. Doğabilecek boşluklar ise, yine kıyasen elbirliği mülkiyetine ilişkin hükümlerle (TMK m 701 vd) tamamlanır.

Ortak eser sahipliği ilişkisi sona erdirilmediği müddetçe, ortak eser hakkındaki işlemlere itiraz eden eser sahibi aleyhine diğer eser sahipleri FSEK m 9 f 2 hükmüne dayanarak işleme izin verilmesi için mahkemeye başvurabilir. İtiraz eden, itirazına ilişkin haklı bir sebebin bulunduğunu ispatlayamazsa mahkeme kararı onun iradesi yerine geçer. Bu açıdan, ortak eser sahipliği ilişkisinin sona erdirilmesinden maksat, FSEK m 9 f 2 hükmüne dayanan bu zorlayıcı imkânın ortadan kalkmasıdır. Diğer bir ifadeyle, artık eser sahipleri kendilerine ait kısmı ortak eser içinde semerelendirmeye zorlanamazlar. Ancak eklemek gerekir ki, ortak eser, eser sahiplerinin anlaşmasına ve eserin oluşturulması şeklindeki maddi fiile (*Realakt*) dayandığından, halen mevcut olan ortak eser üzerindeki eser sahipliğinden doğan haklar ortadan kalkmış olmaz. Eser sahipleri, halen mevcut olan ortak esere karşı her türlü ihlalin önlenmesini veya durdurulmasını yahut ihlal dolayısıyla tazminat ödenmesini talep edebilir.

Ortak eser sahipliğinin -yukarıda açıklanan anlamıyla- sona ermesine, kıyasen adi ortaklık hükümleri uygulanır. Bu itibarla, ortak eserin oluşturulmasına ilişkin belirli bir süre veya bir sınırlama (kitabın bir kez baskısı gibi) öngörülmüşse, bunun tamamlanmasından sonra ortak eser sahipliği sona ermiş olur, yani artık eser sahipleri kendilerine ait kısmı ortak eser içinde semerelendirmeye zorlanamazlar. Kararlaştırılan sürenin bitiminden veya sınırlamadan önce, haklı bir sebebe dayanılarak mahkemeye başvurulmak suretiyle de ortak eser sahipliğinin sona erdirilmesi talep edilebilir (kıyasen TBK m 639 b 7). Ortak eserin süresiz olarak oluşturulması durumunda ise, olağan fesih yoluyla veya haklı sebebe dayanarak mahkeme kararıyla sona erdirme mümkündür. Olağan fesih yoluyla sona erdirilmesi durumunda kıyasen TBK m 640 gereği, fesih bildirimini, altı aylık fesih bildirim süresi sonunda hüküm ve sonuç doğurur. Fesih bildirim süresi sayesinde, ortak eser sahiplerinin menfaatleri de korunmuş olur. Zira ortak eserdeki kısımların en iyi şekilde semerelendirilmesi genellikle, “ortak eser” olarak mümkündür. Birliğin sona erdirilmesi, eser sahiplerinin bu husustaki menfaatlerini etkiler.

Bir eser sahibine ait kısmın ortak eserden çıkarılması için tüm eser sahiplerinin anlaşması gerekir. Aynı şekilde, eser sahiplerinden birinin rızası olmadan, ona ait kısmın ortak eserden çıkarılması da kural olarak mümkün değildir. Bununla birlikte, kimi hallerde eser sahibinin rızası hilafına ona ait kısmın ortak eserden çıkarılmasına, diğer eser sahiplerinin başvurusu üzerine FSEK m 9 f 2'ye dayanılarak mahkemece karar verilebilir. Örneğin bir borçlar hukuku kitabının yeni Türk Borçlar Kanunu'na göre güncellenmesi durumu söz konusu olabilir. Kitabın yazarlarından biri, kendine ait bölümü güncellemek istemediğinden veya fiilen bunu yapabilecek durumda olmadığından kitabın güncellenmesine itiraz edebilir. FSEK m 9 f 2 hükmüne dayanarak diğer eser sahipleri, itiraz eden eser sahibine ait bölümün ortak eserden çıkarılmasını mahkemeden talep edebilirler. Eserin güncellenmesine itiraz eden eser sahibi, itirazına ilişkin haklı bir sebebin bulunduğunu ispat edemediği takdirde, ona ait bölümün ortak eserden çıkarılmasına mahkemece karar verilir. Zira, işin niteliği gereği, mahkemece, eser sahibinin kendi bölümünü güncellemesi yönünde bir karar verilmesi beklenemez. Bu durumda, kalan eser sahipleri, çıkarılan bu bölümü, aralarından birine veya üçüncü bir kişiye tamamlayabilirler. Yine bir eser sahibi de haklı sebebin bulunması halinde kendine ait kısmın ortak eserden çıkarılmasını FSEK m 9 f 2'ye dayanarak mahkemeden talep edebilir.

Ortak eserin meydana getirilmesi, eser sahiplerinin kendilerine ait kısımları serbestçe semerelendirme haklarını kural olarak engellemez. Bununla birlikte, ortak eser sahipleri, aralarında ayrıca bir adi ortaklık sözleşmesi yaparak bağımsız kısımların serbestçe kullanılmayacağını birbirlerine karşı taahhüt etmiş olabilirler. Eser sahipleri arasında ortaklık sözleşmesi bulunması ve sözleşmenin imkân vermesi durumunda, FSEK m 9 f 2 yerine ortaklık sözleşmesine dayanılarak da ortak esere ilişkin işlemlere katılmayan eser sahibini zorlamak mümkün olur. Bu adi ortaklık sona ermiş veya eser sahiplerinden biri adi ortaklıktan çıkmış olsa bile, ortak eser sahipliği ilişkisi devam eder, dolayısıyla da FSEK m 9 f 2 yine uygulanabilir.

Ortak eserdeki kısımlardan birinin sahibi öldüğü takdirde, bu kısım üzerindeki mali haklar mirasçılara intikal eder. Mirasçılar, birlikten çıkarılamaz. Ortak esere ilişkin bir işleme mirasçıların katılmaktan kaçınması halinde diğer eser sahipleri FSEK m 9 f 2 hükmüne dayanarak mahkemeye başvurabilirler. Mahkeme kararı, mirasçıların iradesi yerine geçer.

Ortak esere ve diğer eser sahiplerine zarar vermemek kaydıyla, eser sahiplerinden biri kendine ait kısım üzerindeki mali haklardan FSEK m 60'a göre vazgeçebilir. Bu kısım hakkında, ortak eser olmaya bağlı sonuçlar artık uygulanmaz. Bu andan itibaren, ortak esere ilişkin mali hakların kullanımında bu kısım sahibinin izni alınması gerekmezken; manevi hakların kullanımında bu kısım sahibinin de izni aranır. Eser sahiplerinden birinin, ortak eser üzerindeki mali haklardan vazgeçmesi

durumunda ise artık, ortak esere ilişkin mali hakların kullanımında bu eser sahibinin izni gerekmez.

Elbirliğiyle eser sahipliği birliği, eserin yaratılmasıyla *ipso iure* doğar ve koruma süresinin bitimiyle ya da eserin yok olmasıyla sona eser. Bu bakımdan, adi ortaklığın feshine ilişkin hükümler, bünyesine uygun olmadığından bu birliğin fesih yoluyla sona erdirilmesi mümkün değildir.

Adi ortaklıkta bir ortağın tasfiye payının paraya çevrilmesi, iflası veya kısıtlanması halinde aksi kararlaştırılmamışsa ortaklığın sona ereceğine ilişkin TBK m 639 b 3 de elbirliğiyle eser sahipliğine uygulanamaz. Bu birliğin feshi ve tasfiyesi mümkün olmadığına göre, eser sahiplerinin tasfiye payından söz edilemez.

Elbirliğiyle eser sahiplerinden birinin ölümü halinde nasıl bir yol izleneceği, FSEK m 64'te özel olarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre, eser tamamlanmadan veya alenileşmeden önce elbirliğiyle eser sahiplerinden biri ölürse, hakları diğer eser sahiplerine geçer ve mirasçılara uygun bir bedelin (uzlaşma bedeli) ödenmesi gerekir. Eserin alenileşmesinden sonra eser sahiplerinden biri ölmesi halinde ise, diğerleri, ölenin mirasçılarını birliğe alıp almamakta serbesttirler.

Diğer elbirliği ortaklıklarında olduğu gibi, elbirliğiyle eser sahiplerinden biri, mali haklarından diğerleri lehine vazgeçebilir ve bu durumda diğerlerinin hakları genişler.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Arslanlı H, *Fikri Hukuk Dersleri II Fikir ve Sanat Eserleri* (Sulhi Garan Matbaası 1954).
- Atasoy E, “Birlikte Eser Sahipliği Kavramı, Türlerinin Birbirleri İle Olan Benzerlikleri ve Farklılıkları” (2013) (2) FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi 29-56.
- Atasoy E, *Birlikte Eser Sahipliği* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, KHÜSBE 2010).
- Ateş M, “Sahibi Ölen Fikir ve Sanat Eseri Üzerindeki Mali Hakların Mirasçılara İntikali” (2020) 6 (1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 44-59.
- Ateş M, “Telif Hukukunda Eser Kavramı ve Eser Sahipliği”, Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı 16-22 Aralık 2019 (Türkiye Adalet Akademisi 2020) 15-68.
- Aydıncık Ş, *Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri* (Arıkan 2006).
- Barlas N, *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri* (4. Bası, Vedat 2016).

- Barrelet D ve Egloff W, *Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte* (4. Auflage, Stämpfli 2020).
- Buz V, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin 2005).
- Demirel C, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 10. Maddesi Bağlamında Birden Fazla Eser Sahibi Tarafından Meydana Getirilen Eserler ve Eser Sahipleri Birliği* (Savaş 2017).
- Derdiman F, *Adi Ortaklık Yapısındaki Değişiklikler* (On İki Levha 2022).
- Dieckmann A, *Gesamthand und juristische Person* (Mohr Siebeck 2019).
- Dreier T, Schulze G, Raue B ve Specht-Riemenschneider L, *Urheberrechtsgesetz, Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz, Verwertungsgesellschaftengesetz, Nebenurheberrecht, Kunsturhebergesetz Kommentar* (7. Auflage, C.H. Beck 2022).
- Erdil E, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Vedat 2016).
- Erel ŞN, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku* (3. Bası, Yetkin 2009).
- Gökyayla KE, *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi* (Yetkin 2001).
- Hirsch EE, *Hukuki Bakımdan Fikri Say, İkinci Cilt, Fikri Haklar (Telif Hukuku)* (İstanbul Üniversitesi 1943).
- Hug G, "Art.7" in Barbara K. Müller ve Reinhard Oertli (edr), *Stämpflis Handkommentar; Urheberrechtsgesetz (URG), Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung* (2. Auflage, Stämpfli 2012).
- Karasu R, Suluk C ve Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (6. Baskı, Seçkin 2022).
- Kılıçoğlu A, *Sinai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar* (5. Baskı, Turhan 2019).
- Kurşat Z, *Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi* (Arıkan 2008).
- Öngören G, *Türk Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından Müzik Eserleri*, (Öngören Hukuk 2010).
- Oğuzman MK, Seliçi Ö ve Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (23. Baskı, Filiz 2021).
- Öztan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Turhan 2008).
- Öztrak İ, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar* (2. Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi 1977).
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I* (14. Bası, Vedat 2019).
- Schack H, *Urheber- und Urhebervertragsrecht* (4. Auflage, Mohr Siebeck 2007).
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, Vedat 2012).
- Thum D, "§8" ve "§9" in Artur-Axel Wandtke ve Winfried Bullinger (edr), *Praxiskommentar Urheberrecht* (5. Auflage, C. H. Beck 2019).
- www.resmigazete.gov.tr
- www.sinerjimevzuat.com.tr
- Yarsuvat D, *Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları* (2. Baskı, Güryay 1984).
- Yavuz L, Alica T ve Merdivan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, 1. Cilt (1-47. Maddeler)* (Seçkin 2013).
- Yılmaztekin HK, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Uyarınca Eser Sahipliği ve Hak Sahipliği ile Bunların Tecavüz Davaları Bağlamında Davacı Sifatına Etkileri" (2020) (65) Adalet Dergisi 499-557.



Roma Hukukunda Yazılı Bir Akit Olarak Nomina Transscripticia

Halil İbrahim Yüksel^{1b}

Öz

Roma hukuku akitler sisteminde hakkında en az bilgi sahibi olunan ve en az yaygınlaşmış akit türü yazılı akitlerdir. Yazılı akitler arasında yer alan *nomina transscripticia*'nın da hakkında bilinenler ağırlıklı olarak *Gaius'un Institutiones*'inde ve diğer edebi metinlerde yer almaktadır. *Nomina transscripticia*'nın *Gaius'un Institutiones*'inde belirtilen türleri *nomina transscripticia a re in personam* ve *nomina transscripticia a persona in personam*'dır. *Nomina transscripticia a re in personam* vasıtasıyla başka bir hukuki sebeple ödenmesi gereken borç yazılı akit olarak kaydedilir. *Nomina transscripticia a persona in personam* ile ise alacaklı, asıl borçlu yerine bir başkasını borçlu olarak kaydeder.

Nomina transscripticia a re in personam ve *nomina transscripticia a persona in personam* kayıtlarıyla birlikte önceki borç sona erer ve yeni bir *contractus* ortaya çıkar. *Novatio* işlevi gören bu kayıtlarla hukuki işlemin sebebinde ve taraflarında değişiklik yapılabilmektedir. Aynı zamanda bu yazılı kayıtlarla birlikte dar hukuk akdi kurulmuş olur ve *codex accepti et expensi* olarak adlandırılan deftere ismi kaydedilen borçlu, deftere kayıtlı borç miktarını ödeme yükümlülüğü altına girer. *Nomina transscripticia, ius civile*'ye göre geçerli bir *contractus* olduğu için *actio* vasıtasıyla himaye edilir.

Nomina transscripticia'nın ortaya çıkışında ticari hayatta yaşanan gelişmeler ve ihtiyaçlar önemli rol oynamıştır. Klasik devrin sonlarına kadar yaygın şekilde olmasa da uygulanan *nomina transscripticia, Iustinianus* devrine geldiğinde uygulamadan kalkmıştır. Bu devirde *constitutum* anlaşmalarının ortaya çıkışı *nomina transscripticia*'nın uygulamadan kalkmasında etkili olmuştur.

Anahtar Kelimeler

Contractus Litteris, Codex Accepti Et Expensi, Novatio, Nomina Transscripticia a Persona in Personam, Nomina Transscripticia a re in Personam

Nomina Transscripticia as a Literal Contract in Roman Law

Abstract

Literal contracts are the least widely known and least common type of contract in the Roman law contract system. *Gaius' Institutiones* and other literary texts are the main source of information concerning *nomina transscripticia*, as a type of the literal contract. *Gaius' Institutiones* mentions two types of *nomina transscripticia*: *nomina transscripticia a re in personam* and *nomina transscripticia a persona in personam*. A debt arising from another legal ground is inscribed as a literal contract via *nomina transscripticia a re in personam*. The creditor inscribes another person as a debtor instead of the original debtor with *nomina transscripticia a persona in personam*.

The entries in *nomina transscripticia a re in personam* and *nomina transscripticia a persona in personam* terminate the previous debt and result in a new *contractus*. These entries function as a *novatio* allowing changes to be made to the basis and parties of the legal transaction. Together with these entries, a strict law contract is concluded and the debtor, whose name is recorded in the ledger called *codex accepti et expensi*, is obliged to pay the amount of debt entered in the ledger. As a valid *contractus* under *ius civile*, *nomina transscripticia* benefits from legal protection through *actio*.

* Sorumlu Yazar: Halil İbrahim Yüksel (Arş. Gör. Dr.) İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: halil.yuksel@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-9423-0517

Atf: Yüksel Hİ, "Roma Hukukunda Yazılı Bir Akit Olarak Nomina Transscripticia" (2023) 81(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 113. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.1.0007>



Developments and needs in commercial life played a key role in the emergence of *nomina transscripticia*. Being not widely practiced until the end of the classical period, *nomina transscripticia* disappeared during the reign of *Iustinianus*. The emergence of *constitutum* agreements in this period was effective in the abandonment of *nomina transscripticia*.

Keywords

Contractus Litteris, Codex Accepti Et Expensi, Novatio, Nomina Transscripticia a Persona in Personam, Nomina Transscripticia a re in Personam

Extended Summary

Basic knowledge about *nomina transscripticia*, among the literal contracts in the *contractus* system of Roman law, has been gathered from *Gaius' Institutiones* and other literary works. Based on these texts, this article analyzes the main features and components of *nomina transscripticia* as a literal contract within its historical background as well as its process of emergence and disappearance. This literal contract was unable to achieve widespread usage because it had begun being used in the period when the verbal formalist structure of early law had started to cease due to the emergence of consensual contracts. Literal contracts have advantages over verbal contracts in some aspects, such as being able to be established at a distance, not being in need to be stated with words according to certain patterns and being able to be used to validate contracts for those with hearing and speech impediments. However, literal contracts have become useless compared to consensual contracts that can be formed through *consensus* only.

Entries for the formation of *nomina transscripticia* were inscribed in a ledger called *codex accepti et expensi*. Whether the double-entry accounting technique was applied while keeping this ledger is a matter of controversy. In this regard, however, the prevailing view is that the ledger was filled out using two complementary entries, with the second one demonstrating that the previous debt had been eliminated.

Nomina transscripticia is an institution of *ius civile*, and a *contractus* protected by *actio* that burdens one party with a monetary debt. *Gaius* mentioned two types of *nomina transscripticia* in his book *Institutiones*: *nomina transscripticia a re in personam* and *nomina transscripticia a persona in personam*. When executing the *nomina transscripticia a re in personam*, a debt that had arisen from a consensual contract would be transformed into an obligation arising from a literal contract, thus resulting in a contract that has *iudicia stricti iuris*. Besides, when executing *nomina transscripticia a persona in personam*, the debtor changes, a new debtor goes into the debt and creditor has *iudicia stricti iuris* against new debtor. Within the context of both types of this contract, the previous debt is hypothetically eliminated as if the payment had been made, but no actual payment has occurred. Monetary debt, arising from a legal ground such as a sale is deemed to be lent to the same person as

a new debt under different legal basis with *nomina transscripticia a re in personam*. Primary debtor's debt is deemed to have been paid and another debtor's name is entered to the ledger with *nomina transscripticia a persona in personam*. These types of *nomina transscripticia* function as a *novatio* and allow changes to the basis of the legal transaction or to the parties involved. Although not certain, according to some texts *nomina transscripticia* may have been used for forming a new contract beyond the renewal of an existing debt. Moreover, abstract debt arises from *nomina transscripticia*; if the written records had been kept for the purpose of *novatio*, the invalidity of the underlying legal relationship would affect neither the *nomina transscripticia* nor any claim arising therefrom.

Even though *Gaius* did not express this in his texts, doctrine unanimously agrees that the debtor's consent to *nomina transscripticia* was indispensably required in order to give rise to the formation of a valid debt. In addition to this, the consent of the debtor was not subjected to any formal requirement. On the other hand, the creditor already gives consent with entries to the ledger.

Within the scope of existing texts, it is not possible to determine the exact date of the emergence of *nomina transscripticia*. However, in the reign of *Iustinianus*, *nomina transscripticia* disappeared with the emergence of the *constitutum* agreements.

Giriş

Roma hukuku *contractus* sistemi sözlü, ayni, yazılı ve rızai akitlerden oluşmaktadır (Gaius I. 3, 89; Iustinianus I. 3, 13, 2). Bu akit grupları arasında mevcut metinlerden hareketle en az bilgi sahibi olunan grup yazılı akitlerdir. Klasik devirde yazılı akitlere ilişkin temel bilgiyi, Gaius'un *Institutiones*'inde yer alan metinler sağlamaktadır. Gaius'un *Institutiones*'inde açıkça ifade ettiği yazılı akitler; *nomina transscripticia*, *syngrapha* ve *chirographum*'dur (Gaius I. 3, 128-134). *Syngrapha* ve *chirographum*, isimlerinden anlaşıldığı kadarıyla Yunan geleneğinden gelen ve esas olarak *peregrinus*'lara uygulanan yazılı akitlerdir¹. Konunun kapsamını oluşturan yazılı akit türü olan *nomina transscripticia* ise alacaklının bir deftere yazılı kayıt düşmesi ile oluşur (Gaius I. 3, 128). *Nomina transscripticia*'ya ilişkin temel bilgilere Gaius'un *Institutiones*'inin yanı sıra edebi metinlerden ve özellikle Cicero'nun *Pro Quinto Roscio Comoedo* adlı eserinden ulaşılabilmektedir. Bununla birlikte *ius civile* akitler sisteminde yer alan diğer akitlere göre eldeki metinler oldukça sınırlıdır. Metinlerin az olması; uygulanma sıklığının diğer akit türlerine nazaran düşük olmasından ve dolayısıyla uygulamada açığa çıkan meselelerin de sınırlı kalmasından kaynaklanmaktadır.

Bir *ius civile* müessesesi olarak ortaya çıkan *nomina transscripticia*'nın Cumhuriyet devrinin ortalarından itibaren kullanılmaya başladığı ve Klasik devrin sonlarına kadar uygulamada kaldığı tahmin edilmektedir². Sözlü şeklin ve kalıpların hakim olduğu Eski hukuk devrinin yapısı dikkate alındığında yalnızca yazı ile kurulan akitlerin ortaya çıkışı ve *contractus* sistemine dahil oluşu bir yeniliktir. Bununla birlikte M.Ö. 2. yüzyıldan itibaren rızai akitlerin ortaya çıkışı, yazılı akitlerin yaygınlaşmasını, kullanımının artmasını engellemiştir. Bir arada bulunmayan kişilerin mesafeli hukuki işlem yapabilmeleri, belli kalıplara uygun sözlerin söylenmesinin gerekli olmaması, sağır ve dilsizlerin de geçerli şekilde akit kurabilmeleri gibi birtakım hususlarda sözlü akitlere nazaran avantajları bulunan yazılı akitler, yalnızca *consensus* ile kurulabilen rızai akitlere göre ise kullanışsız kalmışlardır.

I. Nomina Transscripticia'nın Tarihsel Arka Planı

Yazılı akitlerin kökeninin tam olarak hangi döneme dayandığına ilişkin kesin bilgi bulunmamakta ve mevcut metinlerden hareketle akdin tarihsel gelişim sürecinin tam olarak tespit edilmesi de mümkün gözükmemektedir³. Bununla birlikte kökeninin ticaret hayatına ve tacirlerin defter tutma adetlerine dayanmış olması, özellikle Yunan bankerlerin, geliştirmiş oldukları defter tutma yöntemlerini M.Ö. 5. yüzyılda

¹ W Hepburn Buckler, *The Origin and History of Contract in Roman Law down to the end of the Republican Period* (London: C. J. Clay and Sons, Cambridge University Press Warehouse 1895) 132.

² A M Prichard, *Leage's Roman Private Law Founded on the Institutes of Gaius and Justinian* (3. edition, London, Macmillian and Company Limited, New York, St Martin's Press 1964) 349.

³ Alan Watson, *Obligations in the Later Roman Republic* (Oxford at the Clarendon Press 1965) 18.

Roma'ya taşınmış olmaları muhtemeldir⁴. Bu süreçte yazılı akitlerin Roma toplumuna ve ticari hayatına tam olarak ne zaman dahil edildiklerini belirlemek güç olsa da eldeki metinlerin değerlendirilmesi, bu konuda birtakım tespitler yapabilmek açısından yol gösterici olacaktır. Bu konuda ilk değerlendirilmesi gereken kaynak metin “Tit. Liv. 35, 7, 1-2”, M.Ö. 193 senesine uzanmaktadır.

Tit. Liv. 35, 7, 1-2: *De ea re nihil temere decerni placuit; ad frequentiores consultatio dilata est; instabat enim cura alia, quod civitas faenore laborabat et quod, cum multis faenebribus legibus constricta avaritia esset, via fraudis inita erat, ut in socios, qui non tenerentur iis legibus, nomina transcriberent; ita libero faenore obruebantur debitores.*

Tit. Liv. 35, 7, 1-2: Bu konuda rastgele hiçbir karar verilmedi, karar daha kalabalık bir toplantıya ertelendi, çünkü faiz ödemelerinin halka yükletildiğine ilişkin başka bir endişe vardı, tefeciliği düzenleyen çok sayıda yasayla açgözlülük kontrol altında tutulsa da, hileli şekilde, müttefik devletlerdeki, bu yasalara bağlı olmayan kişilere hesaplar transfer edilerek bir kaçış yolu bulundu, böylece borçlular sınırsız faiz yükü altında kaldı.

Metinde alacaklıların kanunla sınırlandırılan azami faiz oranını aşmak için kendi alacaklarını müttefik devletlerdeki vatandaşlara devrettikleri ifade edilirken “*transcribere*” fiili kullanılmıştır. Bununla birlikte metinde kullanılan kavramın yazılı akde, *nomina transscripticia*'ya işaret ettiği hususunda tereddüt bulunmaktadır. Doktrinde, *nomina transscripticia*'nın hukuki sebebin veya borçlunun değişimini sağlayacak şekilde gerçekleştirildiği ancak alacaklının değiştirilmesi usulüne rastlanmadığı, ayrıca Klasik devrin erken dönemlerinde *peregrinus*'ların yazılı akitte alacaklı olamadığı ifade edilerek bu konudaki tereddüt gerekçelendirilmektedir⁵. Dolayısıyla *Livius*'un metni bu dönemde *nomina transscripticia*'nın kesin olarak uygulandığını ispatlamaktan uzaktır⁶.

Nomina transscripticia'ya işaret ettiği tartışılan bir diğer olay ise *Cicero*'nun “*De Officiis*” adlı eserinde yer almaktadır. M.Ö. 115 senesinde yaşadığı bilinen, süvari sınıfından *C. Canius* adlı Romalının içinde bulunduğu bir olayı anlatan *Cicero*'nun, bu olayı anlattığı metinde yazılı akitten bahsettiği ileri sürülmektedir⁷. Vakit bulduğunda *Syracusae*'ye giden *Canius*, banker *Pythius* tarafından bahçeli evine yemeğe davet edilir. Daveti kabul eden *Canius* eve gittiğinde yemek sırasında *Pythius*'un önceden ayarladığı, evinin önünde balık tutmalarını istediği balıkçılar,

⁴ Buckler (n 1) 130-131.

⁵ Watson (n 3) 18-19. *Nomina transscripticia a persona in personam*'ın *peregrinus*'lar tarafından yapılamayacağına ilişkin bkz III. Codex'te Yer Alan Kayıtların Hukuki Niteliği, B. Nomina Transscripticia'nın Temel Esasları, 2. Türleri, b. A persona in personam.

⁶ G E M de Ste. Croix, ‘Greek and Roman Accounting’ in A C Littleton and B S Yamey (eds), *Studies in the History of Accounting* (Richard D. Irwin, Inc 1956) 72 dn 7.

⁷ Watson (n 3) 20.

tuttukları balıkları *Pythius*'un önüne getirirler⁸. Çok sayıda kayığın bulunmasına ve balık tutulmasına şaşırarak *Canius* bu durumu *Pythius*'a sorduğunda, *Pythius* evinin olduğu bölgenin *Syracusae*'daki suyun kaynağı olduğunu ve tüm balıkların orada bulunduğunu söyler⁹. Evi satın alan *Canius* ertesi gün gittiğinde etrafta balıkçı göremez, komşusuna sorduğunda o bölgede normalde kimsenin balık tutmadığını öğrenir¹⁰.

Cicero, de Off., 3, 59: ... *Incensus Canius cupiditate contendit a Pythio, ut venderet; gravate ille primo; quid multa? impetrat. Emit homo cupidus et locuples tanti, quanti Pythius voluit, et emit instructos; nomina facit, negotium conficit...*

Cicero, de Off., 3, 59: ...Yoğun arzu duyan *Canius*, *Pythius*'a onu kendisine satması için ısrarcı oldu, o önce kabul etmedi. Fazla söz gerekli mi? *Canius* amacına ulaştı. Adam zengindi ve istekliydi, bu yeri *Pythius*'un istediği bedeli ödeyerek, tüm müstemilatı ile satın aldı. *Pythius* kayıtları oluşturdu ve işlemi tamamladı...

Cicero, Aquilius henüz aldatmaya ilişkin *dolo malo formula*'sını yayınlamadığından *Canius*'un bu satışa yönelik herhangi bir hukuki imkânının olmadığını ifade etmiştir¹¹. Doktrinde *Canius*'un, rızai satış sözleşmesi yapmadığı için iyiniyet gereği korunmadığı, *Pythius*'un *transscripticia a re in personam* ile kendisini korumaya aldığı ifade edilmektedir¹². Bir diğer görüşe göre ise, sözleşmenin *stricti iuris* yani dar hukuk akdi olması metinde açıkça ifade edilmese de yapılmış olan bir *stipulatio*'dan doğmuş olabilir, çünkü "*nomen facere*" kavramının yazılı akde işaret ettiğini kesin olarak söylemek mümkün değildir¹³. Watson ise metinde "*nomen facit*" değil "*nomina facit*" kavramının kullanıldığını ve bu çoğul kullanımın *Pythius* tarafından birden fazla kayıt girişi yapıldığına işaret ettiğini, dolayısıyla *stipulatio* olamayacağını ifade etmektedir¹⁴.

Nomina transscripticia'nın ortaya çıkışında ve uygulanmasında ekonomik ve ticari hayatta yaşanan gelişmelerin ve ihtiyaçların da etkisinin olduğu görülmektedir. Özellikle Kartaca savaşları sonrası gelişen ekonomik hayatın ve ticari ilişkilerin etkisiyle, *stipulatio*'nun sözleşmenin her iki tarafının da hazır şekilde aynı mekânda bulunmasını gerektiren şekli şartı dolayısıyla ortaya çıkan zorluğu aşabilmek için yazılı akitlerin uygulanmaya başlamış olması muhtemeldir¹⁵. M.Ö. 3. yüzyılda başlayan Kartaca savaşlarının ticaret ve hukuk hayatındaki etkileri sonraki

⁸ Cicero, de Off., 3, 58.

⁹ Cicero, de Off., 3, 59.

¹⁰ Cicero, de Off., 3, 59.

¹¹ Cicero, de Off., 3, 60.

¹² Peter Stein, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law* (Oliver and Boyd 1958) 34.

¹³ Bahsedilen görüş ve ayrıntıları için bkz Watson (n 3) 30-31.

¹⁴ Watson (n 3) 31.

¹⁵ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations; Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Juta&Jo Ltd 1990) 32, dn 178.

yüzyıllarda ortaya çıkmış ve Roma hukukunun yapısı da bu süreçte şekil değiştirmeye başlamıştır. Bu süreçte ortaya çıkan rızai akitler, Roma hukukunda şekle ve kalıplara bağlılığın azaldığına işaret etmektedir. *Nomina transscripticia*, *stipulatio*'ya nazaran birtakım kolaylıklar ihtiva etse de *ius civile*'nin şekilciliğini önemli ölçüde taşımaktadır. Dolayısıyla bu durum rızai akitlerin gölgesinde kalan *nomina transscripticia*'nın yaygınlaşmasının önünde engel teşkil etmiştir. *Institutiones*'inde *nomina transscripticia*'ya ilişkin en net metinlere yer veren *Gaius* ise M.S. 2. yüzyılda yaşamış ve eserlerini meydana getirmiştir. Buradan hareketle *nomina transscripticia*'nın en sık kullanıldığı dönemsel aralığın Cumhuriyet devrinin sonları ile İlk İmparatorluk (*Principatus*) devrinin başları olduğunu ifade etmek mümkündür. *Iustinianus* devrine gelindiğinde ise *nomina transscripticia* tamamen uygulamadan kalkmıştır. *Institutiones*'te, yazılı kayıtlarla borç altına girilmesi usulünün geçmişte kalan bir uygulama olduğu açıkça ifade edilmiştir¹⁶.

II. Codex Accepti et Expensi

Nomina transscripticia'nın oluşumunu ve borç doğurucu niteliğini açıklayabilmek için öncelikle yazılı kayıtların işlendiği defter olan *codex accepti et expensi*'den bahsetmek gerekir. Ortaya çıkış süreci incelendiğinde bu defterlerin de Roma'ya yerleşen Yunan tacirler tarafından kullanıldıkları ve bir anlamda Roma toplumuna taşındıkları düşünülmektedir¹⁷. Bununla birlikte, zaman içerisinde Roma toplumuna dahil edilen birçok hukuki müessesede olduğu gibi defter tutma adetlerinde de Roma toplumu, kendine özgü yapısından doğan birtakım özellikleri bu adetlere yansıtmıştır.

Eski devirlerde Romalılar günlük alışverişlerini, gelir ve gider kalemlerini *adversaria* olarak adlandırılan defterlere kaydederlerdi¹⁸. Günlük tutulan bu defterdeki kayıtlar ayda bir kez *tabulae*¹⁹ veya *codex accepti et expensi* (*depensi*) olarak adlandırılan kalıcı defterlere aktarılırdı²⁰. Belli kurallara tabi olmaksızın oluşturulan ve kısa süre sonra silinen *adversaria*'daki kayıtların aksine, *codex accepti*

¹⁶ Iustinianus I. 3, 21.

¹⁷ Buckler (n 1) 131.

¹⁸ William Warwick Buckland, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian* (3. edition, Cambridge University Press 1975) 460; William Alexander Hunter, *A Systematic and Historical Exposition of Roman Law*, Translated into English by J. Ashton Cross, (2. edition, London: William Maxwell & Son 1885) 466; Charles Phineas Sherman, *Roman Law in the Modern World, Volume II, Manual of Roman Law Illustrated by Anglo-American Law and the Modern Codes* (Fred B. Rothman & Co 1993) 336. Roby, birçok Romalının günlük alışverişlerini kaydettiğini ancak bu şekilde kayıt tutmayan kimselerin de bulunduğunu, tüm Romalıların bankerler gibi düzenli şekilde defter tuttuğuna ilişkin bir düşüncenin makul gözükmediğini ifade etmektedir. Henry John Roby, *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines, Volume II* (Cambridge: at the University Press 1902) 280.

¹⁹ *Tabulae* (tekili *tabula*) hem kamusal işlerde hem de özel işlerde kullanılan bronz veya tahta levhalardır. *Codex accepti et expensi*'de iki dikdörtgen levha birbirine sicimle birleştirilerek (*diptychum*) kullanılmaktadır. Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (The American Philosophical Society, Philadelphia, reprinted 1991) 438 ve 728.

²⁰ Cicero, Pro. Rosc. Com., III, 8; Hunter (n 18) 466; Sherman (n 18) 336.

et expensi'de yer alan kayıtlar belirli bir düzen içerisinde tutulurlardı²¹. Kronolojik olarak tutulan bu defterlerde işlemin yılı ve günü de yazılmaktaydı²². Beş senede bir yapılan nüfus sayımı (*census*) sırasında *ensor*, Romalılardan defterleri doğru şekilde ve dürüstçe tuttuklarına ilişkin yemin alırdı²³.

Codex accepti et expensi'nin tutulmasında nasıl bir düzene uyulduğu, günümüzdeki çift taraflı muhasebe tekniğinin uygulanıp uygulanmadığı ise doktrinde tartışmalıdır. Çift taraflı muhasebe tekniğinin uygulandığını savunan görüşe göre; *codex accepti et expensi*, bir sayfada (*pagina accepti*) alınan ödemeler; diğer sayfada (*pagina expensi*) ise verilen borçlar yazılmak üzere çift taraflı bir formattan oluşmaktaydı²⁴. *Pagina expensi* kısmına yapılan borç girişinde defteri tutan alacaklı, borçluya ödeme yaptığı miktarı belirtir ve böylece *expensilatio* gerçekleşirdi²⁵.

Bir kısım yazar ise çift taraflı muhasebe tekniğinin *codex accepti et expensi*'de uygulanmadığı görüşündedir. Buckler, sadece alacak ve borç sütunlarını dengede tutmak için hayali bir makbuzun deftere işlendiğine ilişkin düşüncesi; çift taraflı kayıt yönteminin uygulandığı fikrini makul bulmamaktadır²⁶. Croix ise Roma'da alacak ve borç sütunlarından oluşan çift taraflı kayıt sisteminin bulunmadığını hatta tek taraflı kayıt sisteminin dahi tam olarak uygulanmadığını ileri sürmektedir²⁷. Roby de Roma'da sabit bir çift taraflı kayıt sisteminin zorunlu olarak uygulanmış olduğuna ilişkin görüşe katılmamaktadır²⁸.

Uygulanmış olan muhasebe tekniği tartışmalı olmakla birlikte bağlayıcılığın, borçlu kişinin ödemesi gereken tutarın yazılı olarak ifade edilmesiyle oluşacağı açıktır. Çift taraflı kayıt tutulduğu varsayımında da borçlar kısmına kaydın düşülmesiyle birlikte akit meydana gelmektedir. *Gaius*'un ifade ettiği *nomina transscripticia* türlerinde önceki bir borcun yazılı şekilde yeni bir borca dönüştürülmesi, dolayısıyla önceki borcun sona erdirilmesi ve yeni borcun oluşturulması şeklinde iki işlemin gerçekleştirilmesi söz konusudur. Bu şekilde *nomina transscripticia* yenileme fonksiyonunu gerçekleştirdiğinden, önceki borcun sona erdiğini de göstererek, düşülen iki birbirini tamamlayan kayıtlı defterin oluşturulduğu ve uygulamanın bu yönde olduğu görüşü kanaatimizce de daha ağır basmaktadır.

²¹ Cicero, Pro. Rosc. Com., II, 6; Cicero, Pro. Rosc. Com., II, 7; Hunter (n 18) 466. Bununla birlikte *adversaria*'daki kayıtların da *codex*'e aktarılmak kolaylık olması açısından gün belirtilerek tutulduğu tahmin edilmektedir. L C Purser, 'The Roman Account-Books' (1887) 6 (13) *Hermathena* 209, 209.

²² Purser (n 21) 210.

²³ Hunter (n 18) 466, Sherman (n 18) 336, dn 9.

²⁴ Prichard (n 2) 347; Rudolph Sohm, *The Institutes A Textbook of the History and System of Roman Private Law*, Translated by James Crawford Ledlie (3. Edition, Oxford at the Clarendon Press 1907) 393; Buckland (n 18) 460. Defterdeki her borç için bir alacak olması gerektiği fikrinin Roma hukukunun katılığı sebebiyle yazılı akitte bulunduğu yönündeki görüş için bkz Herrmann Herskowitz, 'Roman Literal Contract and Double-entry Bookkeeping' (1930) 49 (5) *Journal of Accountancy* 350, 353.

²⁵ Prichard (n 2) 347; Sohm (n 24) 393.

²⁶ Buckler (n 1) 125.

²⁷ Croix (n 6) 14.

²⁸ Roby (n 18) 280, dn 1.

III. Codex Accepti et Expensi'de Yer Alan Kayıtların Hukuki Niteliği

Bir *codex accepti et expensi*'de yer alan kayıtlar esas itibariyle *nomina arcaria* ve *nomina transscripticia* olmak üzere ikiye ayrılır. Bu ayrım ilgili kayıtların borç doğurucu nitelik taşıyıp taşıyamalarına dayanmaktadır.

A. Nomina Arcaria

Codex accepti et expensi'de yer alan ve yalnızca önceki sözleşmeyi delillendirmek için oluşturulan kayıtlar *nomina arcaria* olarak ifade edilmektedir²⁹. Bunlar, Romalıların tuttukları kasa defterlerinde yer alan ve para kasalarından yaptıkları ödemeler ile para kasalarına yapılan ödemeleri not ettikleri kayıtlardır³⁰. Bu defterlere genellikle, karz olarak alınan ve verilen paralar kaydedilmiştir³¹. Dolayısıyla aynı olarak kurulan karz akdini delillendirmek amacıyla kullanılmışlardır³². Bu noktada, yazılı kayıttan önce taraflar arasında sözleşme kurulmuş, alacaklı ile borçlu arasında para transferi gerçekleşmiştir ve borcun doğması açısından bu kayıtlar zorunlu değildir³³. Borç ödenmediği takdirde karz akdi bakımından *condictio certae pecuniae* ile himaye sağlanmaktadır³⁴.

Nomina arcaria, hem Roma vatandaşları açısından hem de yabancılar açısından delil niteliğindedir. Karz akdinde sözleşmenin kurulması için paranın veya misli malın mülkiyetinin *traditio* ile karz alana devri yeterli olmaktadır³⁵. Dolayısıyla *nomina arcaria* ile yabancıların borç altına girdiğini de söylemek doğru olmaz, çünkü *ius gentium*'a göre geçerli olan sözleşmenin kurulması girilen kayıttan değil, paranın ödenmesinden kaynaklanmaktadır³⁶.

B. Nomina Transscripticia'nın Temel Esasları

1. Kavram

Codex accepti et expensi'ye girilen kayıtlarda alacaklı, deftere borçlusunun adını yazdığı için borca ilişkin kayıt "*nomen*" olarak ifade edilmektedir³⁷. "*Nomina*" ise "isim" anlamına gelen "*nomen*" kavramının çoğuluna işaret etmekte ve "isimler" anlamına gelmektedir. *Transscripticia* kelimesinin ise transfer, aktarma anlamını

²⁹ Gaius I. 3, 131; Hunter (n 18) 467; Prichard (n 2) 347; Sohm (n 24) 391; Belgin Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri* (Der Yayınları 2014) 69.

³⁰ Berger (n 19) 597.

³¹ ibid 597.

³² Edward Poste, *The Elements of Roman Law by Gaius* (Oxford at the Clarendon Press 1890) 388.

³³ Prichard (n 2) 347.

³⁴ ibid 347.

³⁵ Erdoğan (n 29) 50.

³⁶ Gaius I. 3, 132.

³⁷ William Frederick Harvey, *A Brief Digest of the Roman Law of Contracts* (Oxford, James Thornton 1878) 48.

taşıdığı ifade edilmektedir³⁸. Dolayısıyla “*nomina transscripticia*” kavramı, borçlu olan kimselerin isimlerinin deftere transferi, aktarılması anlamında kullanılmaktadır. “*Nomina transscripticia*” olarak ifade edilen yazılı kayıtlar için; deftere kaydedilen borç anlamına gelen “*expensilatio*” kavramı da kullanılmaktadır³⁹. “*Expensilatio*” kavramı, borçlu tarafa para ödendiğine işaret eden “*expensum tulero*” (Gaius I. 3, 129; Gaius I. 3, 130) kavramından türetilmiştir. Alacaklının; defterde borçlu olan kişinin adını ve borçlu olduğuna ilişkin ifadeyi ve miktarı kaydetmesi anlamında kullanılmaktadır⁴⁰. Dolayısıyla *nomina transscripticia*'nın *codex accepti et expensi*'ye düşülen ve borçlandırıcı işleme yol açan tüm kayıtları kapsayan bir anlam taşıdığı, *expensilatio*'nun ise yalnızca alacaklının düştüğü borçlandırıcı kayda işaret ettiğini ifade etmek mümkündür.

2. Türleri

a. Genel Olarak

Nomina transscripticia'nın hangi şekillerde oluşturulabildiğine ilişkin temel bilgiye Gaius'un *Institutiones*'inden ulaşılabilmektedir. Gaius, *Institutiones*'inde *nomina transscripticia a re in personam* ve *nomina transscripticia a persona in personam* olmak üzere iki türden bahsetmiştir.

Gaius I. 3, 128: *Litteris obligatio fit veluti in nominibus transscripticiis. Fit autem nomen transscripticium duplici modo, vel a re in personam vel a persona in personam.*

Gaius I. 3, 128: Yazılı borç mesela borçların kaydedilmesi şeklinde ortaya çıkar. Dahası, borç kaydı *a re in personam* veya *a persona in personam* olmak üzere iki şekilde meydana gelir.

Metinde yer alan “*veluti*” kavramı “mesela, örneğin” gibi bir anlam taşısa da bu kullanım tarzından, Gaius'un *nomina transscripticia*'nın başka türlerinin de bulunduğu işaret etmek istediği anlamı çıkarılamaz, bu sadece konuyu açıklarken kullanılan temkinli bir ifadedir⁴¹. Kaldı ki Gaius'a ait herhangi bir başka metinde veya *nomina transscripticia*'ya ilişkin diğer Klasik devir metinlerinde *a re in personam* veya *a persona in personam* dışında bir *nomina transscripticia* türüne de rastlanmamaktadır. Bununla birlikte *nomina transscripticia*'ya ilişkin bilinenlerin ve detayların az olmasının, Gaius'un yaşadığı dönemde modasının geçmiş olmasından, kullanımının azalmış olmasından kaynaklandığı ifade edilmektedir⁴². Yine bu sebeple Gaius'un uygulamada seyrek şekilde karşılaşılan başka bir *nomina*

³⁸ Poste (n 32) 387.

³⁹ Peter Birks, *The Roman Law of Obligations* (Oxford University Press 2014) 39.

⁴⁰ Prichard (n 2) 348.

⁴¹ Roby (n 18) 285.

⁴² Birks (n 39) 40.

transscripticia türü varsa dahi; yaygın olmayan ve zaten kullanımı azalmış olan *nomina transscripticia*'nın seyrek kullanılmış bir türünü açıklamakla ilgilenmemiş olması da muhtemeldir.

b. Nomina transscripticia a persona in personam

Nomina transscripticia a persona in personam alacaklının, borçlunun kendisine ödemekle yükümlü olduğu edimi yeni bir borçlunun hesabına kaydetmesi yoluyla oluşturulur⁴³. Bir alacaklı, defterinde açmış olduğu hesapta bir borçlunun kendisine borçlandığı miktarı öncelikle ödemiş gibi gösterir⁴⁴. Ardından, borçlunun talebi üzerine borcu üstlenmeyi kabul eden üçüncü bir kişiyi defterine borçlu olarak kaydeder⁴⁵. Dolayısıyla bu yöntemde alacaklı öncelikle ilk borçluyu borçtan kurtarmakta, ardından üçüncü bir kişiye yönelik yeni bir borçlandırıcı işlem gerçekleştirmektedir. Alacaklı böyle bir durumda kaydın oluşturulmasıyla birlikte yeni borçluya karşı *condictio certi* elde eder⁴⁶. Bu şekilde doğan borç *stricti iuris* olduğu için yeni borçlunun borcu ödemesinin ardından defterdeki kaydın kapatılması ile borç sona ermektedir⁴⁷. Kaydı açık bırakan şekilsiz bir ödeme ile borç sona ermemektedir⁴⁸. Ayrıca bu tür *nomina transscripticia*'da alacaklı tarafın *pater familias* olması gerektiği ve bu sebeple *peregrinus*'ların sözleşmede alacaklı olamayacağı kabul edilmektedir⁴⁹. Burada bir *ius civile* kurumu söz konusu olduğu için genel anlayışa göre borçlunun da *peregrinus* olamayacağı ifade edilmektedir⁵⁰. *Gaius* da *Institutiones*'inde *nomina transscripticia a re in personam* açısından bu konuda doktrinde bir tartışmanın bulunduğunu ancak *nomina transscripticia a persona in personam* ile *peregrinus*'ların bağlayıcı bir akit yapamayacaklarının açık olduğunu belirtmektedir⁵¹.

c. Nomina transscripticia a re in personam

Nomina transscripticia a re in personam, satılan veya kiralanılan bir şeyin *codex accepti et expensi*'ye kaydedilmek suretiyle yazılı akde dönüştürülmesidir. Bu şekilde satış veya kira gibi iyiniyet davalarını haiz ve bu sebeple borçlu açısından daha geniş savunma imkânı sağlayan sözleşmeler yerine dar hukuk davalarına sahip

⁴³ ibid 39-40.

⁴⁴ Prichard (n 2) 348; Richard Honig, *Roma Hukuku*, Tercüme eden: Avukat Dr. Şemseddin Talip (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından No: 72 İstanbul, 1938) 244.

⁴⁵ Prichard (n 2) 348.

⁴⁶ Erdoğmuş (n 29) 70; Birks (n 39) 40.

⁴⁷ Paul Koschaker ve Kudret Ayiter, *Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No 370, Sevinç Matbaası 1975) 227.

⁴⁸ Koschaker ve Ayiter (n 47) 227.

⁴⁹ Francis de Zulueta, *The Institutes of Gaius Part II Commentary* (Oxford at the Clarendon Press 1963) 166.

⁵⁰ Zulueta (n 49) 166.

⁵¹ Gaius I. 3, 133.

olan yazılı akitler oluşturulmuştur⁵². Sözgelimi bir satış sözleşmesinden veya başka bir sözleşmeden doğan borç tutarı, alacaklı tarafından *codex accepti et expensi*'ye kaydedilir⁵³. Alacaklı, bu borcun karşısındaki sayfaya, borçlunun da rızasını alarak, gerçekte bir ödeme yapılmamış olmasına rağmen, ilgili borcun borçlu tarafından ödendiğine ilişkin bir kayıt düşer⁵⁴. Ardından yeni bir hesap açarak, fiilen böyle bir para vermemesine rağmen, yine farazi olarak aynı borçluya aynı miktarda borç verdiğine ilişkin yazılı bir kayıt tutar⁵⁵. Böylece alacaklı yazılı olarak deftere kaydettiği borçluya karşı *condictio certi* açma hakkına sahip olmaktadır⁵⁶. Deftere düşülen kayıttan doğan bu borç *stricti iuris* olduğu için aynı *nomina transscripticia a persona in personam*'da olduğu gibi şekilsiz bir ödeme yeterli olmayıp mutlaka defterdeki kaydın kapatılması gerekmektedir⁵⁷. Ayrıca sözleşme tarafları ele alındığında, yine *nomina transscripticia a persona in personam*'dakine benzer şekilde, alacaklı tarafın *pater familias* olması gerektiği ve bu sebeple *peregrinus*'ların sözleşmede alacaklı olamayacağı kabul edilmektedir⁵⁸. Bununla birlikte *nomina transscripticia*'nın ortaya çıktığı dönemde, bir *ius civile* müessesesi olduğu için münhasıran Roma vatandaşları tarafından kullanılabilirdiği bilinmekle beraber, *Gaius*'a dayandırılan bir görüşe göre *peregrinus*'ların *nomina transscripticia a re in personam*'da borçlu olarak yer alabilecekleri ifade edilmektedir⁵⁹. *Gaius*; *Sabinus* ve *Cassius*'un, *nomina transscripticia a re in personam* ile *peregrinus*'ların da geçerli bir borç ilişkisi kurabileceklerini ileri sürdüklerini ifade etmiştir⁶⁰. Bu çerçevede Klasik devirde *Sabinianus* mektebi mensupları, *peregrinus*'ların da *nomina transscripticia a re in personam* türünde bir yazılı akdin tarafı olabileceklerini savunurken; *Proculianus* mektebi ise *peregrinus*'ların sözleşmenin tarafı olamayacaklarını savunmuştur⁶¹. Yeterince kaynak bulunmadığı için Klasik devirde hangi mektebin görüşünün üstün geldiği ise tespit edilememektedir⁶².

⁵² Birks (n 39) 39.

⁵³ Prichard (n 2) 347.

⁵⁴ ibid 347.

⁵⁵ ibid 347.

⁵⁶ Sherman (n 18) 336, dn 13; Erdoğan (n 29) 70; Birks (n 39) 39.

⁵⁷ Koschaker ve Ayiter (n 47) 227.

⁵⁸ Zulueta (n 49) 166.

⁵⁹ Prichard (n 2) 349.

⁶⁰ Gaius I. 3, 133.

⁶¹ Tessa G Leesen, *Gaius Meets Cicero: Law and Rhetoric in the School Controversies* (Doctoral Thesis, Tilburg University 2009) 208.

⁶² Leesen (n 61) 208.

3. Hukuki Niteliği

a. Tek Tarafa Para Borcu Yükleyen Bir Contractus Olması

Roma hukuku *contractus* sisteminde sözlü, ayni, rızai ve yazılı olmak üzere dört grup akit bulunmaktadır⁶³. *Gaius* yazılı akit olarak *nomina transscripticia*, *syngrapha* ve *chirographum* akitlerinden bahsetmiştir⁶⁴. Bu kapsamda *nomina transscripticia* bir *ius civile* kurumudur. *Nomina transscripticia*'nın oluşturulmasıyla bir *pactum* değil *contractus* ortaya çıkar⁶⁵. Tek tarafa borç yükleyen bir dar hukuk akdidir⁶⁶. *Nomina transscripticia*, alacaklıya bir dar hukuk (*stricti iuris*) davası olan *condictio certi* sağlar⁶⁷. *Nomina transscripticia* ile deftere ismi kaydedilen borçlu, defterdeki miktarı ödeme borcu altına girer. Alacaklı ise herhangi bir borç altına girmez.

Codex accepti et expensi'ye kayıt düşen yalnızca alacaklı olsa dahi borçlunun da bu kayda rızasının olması gerekmektedir⁶⁸. Dolayısıyla *consensus* ile sözleşme kurulmaktadır. Alacaklının *codex accepti et expensi*'nin ilgili kısmına not düşmesi ise *nomina transscripticia* açısından kurucu unsurdur. Yazılı kayıt girilmeden önce herhangi bir meblağın ödenmesi ise gerekli değildir⁶⁹. Bu yönüyle yazılı akitler ayni akitlerden ayrılır. Ayrıca, alacaklının deftere düştüğü kaydın mutlaka bir miktar paradan ibaret olması gerekmektedir. *Nomina transscripticia* ile aynı bir edimin borçlanıldığına ilişkin bir metin bulunmamaktadır.

b. Yenileme İşlevi Görmesi

Nomina transscripticia ile bir borcun en baştan oluşturulup oluşturulmadığı hususunda kesin bir bilgi bulunmamaktadır. Bu konuda *Gaius*'un *Institutiones*'inde yer alan *a persona in personam* ve *a re in personam*'a ilişkin metinlerden anlaşıldığı kadarıyla her iki türde de esasen mevcut olan bir borcun yenilenmesi suretiyle yeni bir borcun ortaya çıkması söz konusudur⁷⁰. Hâlihazırda mevcut olan bir borcun yazılı akitten doğan borca dönüştürülmesi sağlanmakta, dolayısıyla *ab initio* yeni bir borç oluşturulmamaktadır⁷¹. Her iki versiyonda da gerçekte herhangi bir ödeme yapılmadan, farazi olarak ilk borç ödeme yapılmış gibi sona ermekte, ya borcunu ifa eden kişiye (*a re in personam*) ya da yeni borçluya (*a persona in personam*) para tekrar ödünç verilmiş gibi kaydedilmektedir⁷².

⁶³ Gaius I. 3, 89; Iustinianus I. 3, 13, 2.

⁶⁴ Gaius I. 3, 128-134.

⁶⁵ Roby (n 18) 286.

⁶⁶ Buckland (n 18) 460; Birks (n 39) 40.

⁶⁷ Erdoğmuş (n 29) 70.

⁶⁸ Bkz III. *Codex Accepti et Expensi*'de Yer Alan Kayıtların Hukuki Niteliği, B. *Nomina Transscripticia*'nın Temel Esasları, 4. Geçerliliği.

⁶⁹ Hunter (n 18) 466.

⁷⁰ Prichard (n 2) 348.

⁷¹ Birks (n 39) 39.

⁷² ibid 40.

Önceki borcun sona ermesi ve yeni borca dönüşümüne ilişkin kullanılan hukuki terim ise *novatio*'dur⁷³. *Novatio* ile hukuki işlemin taraflarında, içeriğinde veya sebebinde değişiklik yapılabilirdi⁷⁴. Klasik devirde yenileyici *stipulatio* ile eski borç *ipso iure* sona ermekte ve onun yerine *stipulatio*'dan doğan borç geçmekteydi⁷⁵. *Nomina transscripticia* ile ise bir hukuki işlemin sebebi veya tarafında değişiklik gerçekleştirilebilmekteydi⁷⁶. Bu şekilde sözgelimi satış sözleşmesinden doğan bir borç *stipulatio* borcu haline getirilebilmektedir⁷⁷. Benzer şekilde *a re in personam* türündeki *nomina transscripticia* ile de bir satış sözleşmesinden doğan borç yazılı akitten doğan ve dolayısıyla dar hukuk davasına sahip bir borç haline getirilebilmektedir. Diğer yandan, bir hukuki işlemin hem alacaklı hem de borçlu tarafının yenileyici *stipulatio* ile değiştirilebileceği kabul görmüştür⁷⁸. Yenileme fonksiyonu gören *a persona in personam* türündeki *nomina transscripticia* ile ise hukuki işlemin yalnızca borçlu tarafı açısından taraf değişikliği sağlanabilmektedir. Borçlunun yazılı olarak kurulan yeni sözleşmeye rıza göstermesiyle, önceki borç sona ermekte ve *nomina transscripticia*'dan yeni bir borç doğmaktadır. Borçlunun rızasının alacaklının farazi olarak ödenmiş gibi bir kayıt düştüğü ilk borç ilişkisinin sona erdirilmesini de kapsadığı kabul edilmelidir. Bu noktada *nomina transscripticia a persona in personam*, önceki borcun sona ermesi yönüyle borcun üstlenilmesinden farklılaşmaktadır.

Gaius'un *Institutiones*'inde yer alan metinler, *nomina transscripticia*'nın hiçbir zaman bir borç ilişkisinin baştan kurulması için kullanılmadığı anlamını taşımaz. *Nomina transscripticia*'nın nadiren de olsa mevcut bir borcun yenilenmesi dışında da kullanılmış olabileceği düşünülmektedir⁷⁹. Özellikle oluşturulması daha kolay olan *stipulatio* akdi varken yazılı akit kurmanın yaygınlaşmadığı görülmektedir⁸⁰. Öte yandan bir kimsenin kendi rızasıyla, bir arkadaşına veya akrabasına karşı, hiçbir önceki borç bulunmazken farazi bir kayıt yani *expensilatio* yaptırarak suretiyle borç

⁷³ ibid 40.

⁷⁴ Şahin Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, 818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK ile Mukayeseli (Sayram Basım Yayım Ltd Şti 2013) 77.

⁷⁵ Bülent Tahiroğlu, *Roma Borçlar Hukuku* (Der Yayınları 2016) 98; Akıncı (n 74) 78.

⁷⁶ Salvatore Di Marzo, *Roma Hukuku*, Beşinci Tab'ından Çeviren: Ziya Umur (İkinci Baskı, Sulhi Garan Matbaası 1959) 428.

⁷⁷ Tahiroğlu (n 75) 98.

⁷⁸ Tahiroğlu (n 75) 98; Akıncı (n 74) 77-78.

⁷⁹ Prichard (n 2) 348. En baştan bir borcun da *nomina transscripticia* ile oluşturulabildiğine ilişkin, *Valerius Maximus*'un, *Factorum et Dictorum Memorabilium Libri Novem* adlı eserindeki Val. Max. 8,2,2'de yer alan bir olaya atıf yapılmaktadır. Olaya göre *C. Visellius Varro* ciddi bir hastalığa yakalanmış ve evlilik dışı ilişki yaşadığı *Otacilia*'nın, defterine kendisinden 300.000 *sestertius* alacağı olduğuna ilişkin bir kayıt düşmesine izin vermiştir. Bunu yaparken niyeti, kendisi öldükten sonra *Otacilia*'nın, mirasçılarından bu borcu talep etmesini sağlamaktır. *Otacilia, C. Visellius Varro*'nun kendisine borçlu olduğuna ilişkin kaydı defterine eklemiş ve yazılı akdi oluşturmuştur. Ancak *C. Visellius Varro* bir süre sonra beklentilerin aksine iyileşmiş ve buna rağmen *Otacilia*, defterde yazılı borcu talep etmiştir. Bunun üzerine açılan davanın yargıcı olan *C. Aquillius*, bu talebi yazılı akdin öncesinde bir borç olmadığı için değil, ahlaka aykırılıktan dolayı reddetmiştir. Bu olayın, öncesinde başka bir borcun bulunmadığı durumlar açısından, doğrudan *codex*'e düşülen kayıtla da borcun doğabildiğine işaret ettiği ifade edilmektedir. Hunter (n 18) 468. Buckler; hem *Visellius Varro*'nun olayında hem de *Cicero*'nun de *Officiis* 3, 59'da bahsettiği *Canius*'un olayında öncesindeki bir borca dayanmayan yeni bir borcun yazılı akitle oluşturulabildiğine işaret etmektedir. Buckler (n 1) 127. Öncesinde deftere farazi bir borç kapatma işlemlerinin gerçekleştirilen bu işlemin *Gaius*'un bahsetmediği bir diğer *nomina transscripticia* türü olduğu da düşünülebilir.

⁸⁰ Prichard (n 2) 348-349.

altına girmiş olması da muhtemeldir⁸¹. Baştan bir borç oluşturmak amacıyla kullanılan bir yazılı akit açısından *a re in personam* ve *a persona in personam* ayrımı ise önceki bir kişi veya sözleşme olmaksızın borç oluşturulduğundan önemini yitirmektedir.

c. Sebepden Soyut Borç Doğması

Nomina transscripticia a re in personam ve *a persona in personam*'ın her ikisinde de öncelikle bir sözleşmeden doğan borcun ifa edildiğine ilişkin deftere kayıt düşülmektedir. Ardından defterin diğer kısmına yeni bir para ödücü verildiğine ilişkin bir kayıt işlenmektedir. İkinci kayıtla yeni bir borç doğmaktadır. Bu noktada, borçlunun temeldeki borç ilişkisinin hiç bulunmadığını veya geçersiz olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağı sorusu gündeme gelir. Eğer yazılı kayıtlar *novatio* (yenileme) amacıyla tutulmuşsa temeldeki hukuki ilişkinin asılsız olduğunun kanıtlanması davayı etkilemez⁸². Yazılı akdin arkasındaki işlemin geçerli olup olmadığına bakılmaksızın, yazılı kayıt mevcutsa borç doğmuştur⁸³. Dolayısıyla *codex accepti et expensi*'ye yapılan kayıtla birlikte sebepten soyut borç doğar. Sözgelimi bir borçlu, alacaklının *codex*'ine kendisine bir miktar ödünç para verdiğiğine ilişkin kayıt girmesine rıza göstermişse, sonradan aralarında böyle bir karz akdinin bulunmadığını savunarak borcu ödemekten kaçınamaz⁸⁴. Bu noktada borçlunun rızasının bulunması sözleşmenin soyut borç doğuran bir nitelik kazanmasında rol oynamaktadır⁸⁵. Borçlunun rızasıyla önceki hukuki ilişkinin hüküm doğurup doğurmadığına bakılmaksızın *nomina transscripticia*'dan borç doğmuş olur.

4. Geçerliliği

Gaius'a ait metinlerde belirtilmiş olmasa da *nomina transscripticia* olarak ifade edilen kaydın geçerli bir borç oluşturabilmesi için borçlunun da bu kayda rızasının olması gerekmektedir⁸⁶. Nitekim *Theophilus, Institutiones*'in Yunanca versiyonu 3, 21'de kira sözleşmesinden doğan para borcunun borçlunun rızasıyla yazılı akitten doğan borca dönüştürülebileceğini ifade etmektedir⁸⁷. Diğer yandan, *nomina transscripticia a persona in personam* türünde, önceki borçlu ile birlikte yeni borçlunun da deftere düşülen kayda rıza göstermesi gerekmektedir. Alacaklının ise defterine kaydı işlemek suretiyle rızasını verdiği açıktır.

⁸¹ ibid 349.

⁸² Birks (n 39) 40.

⁸³ Hunter (n 18) 466-467.

⁸⁴ ibid 467.

⁸⁵ Erdoğmuş (n 29) 70.

⁸⁶ Buckland (n 18) 459 ve 459 dn 13; Hunter (n 18) 466; William L Burdick, *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law* (The Lawyers Co-operative Publishing Co 1938) 436; Koschaker ve Ayiter (n 47) 227.

⁸⁷ Yunanca metin ve İngilizce çevirisi için bkz Poste (n 32) 385. Bu metnin *nomina transscripticia*'ya ilişkin olmadığı görüşü için bkz Buckler (n 1) 133.

Borçlunun verdiği rıza herhangi bir şekil şartına tabi değildir⁸⁸. Nitekim borçlu da kendi defterine bu kaydı işleyebilir ancak borçlunun bunu yapması yazılı akdin oluşması bakımından zorunlu değildir⁸⁹. Borçlu, kendi defterine alacaklının defterindekine uygun bir kayıt eklerse, bu kendisinin yazılı akde rızasının olduğu hususunda basit ve kesin bir kanıt teşkil eder⁹⁰. Bununla birlikte alacaklının, borçlunun rızasını başka şekilde kanıtlaması da mümkündür⁹¹. *Expensilatio*, borçlunun yokluğunda, hazır bulunmadığı durumda da yapılabilir⁹². Böyle bir durumda, borçlunun rızasını sonradan verebileceği, icazet şeklinde bir rızanın da işlemi geçerli kılmış olması muhtemeldir. Bu bağlamda, *stipulatio* akdinin yapılması daha kolay olsa da borçlunun yokluğunda da yapılabilmesi açısından yazılı akit kurmanın bir avantajı da bulunmaktadır⁹³. Diğer yandan *codex accepti et expensi*'ye yazılı kayıt girilmesi, sözlü şekle tabi *stipulatio*'daki soru ve cevabın oluşturduğu etki ile aynı işlevi görmekte ve bir sözleşmenin kurulmasını sağlamaktadır⁹⁴. Yazılı kaydı oluştururken *stipulatio*'da olduğu gibi özel birtakım ifadelerin zorunlu olarak kullanıldığına ilişkin bir bilgi ise bulunmamaktadır⁹⁵. Bu durum da *nomina transcripticia*'nın oluşturulması ve geçerliliği açısından *stipulatio*'ya nazaran bir kolaylık teşkil eder.

Expensilatio şarta bağlı şekilde yapılamaz⁹⁶, bununla birlikte vadeye bağlanabildiği ifade edilmektedir⁹⁷. Bu çerçevede alacaklının, deftere kayıt düşerken borcun ödeneceği zamanı belirtmesi sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Şarta bağlı yapılmış olduğu varsayımında ise sözleşme hüküm doğurmaz.

Adversaria'ya yazılmış olan ancak *codex*'e aktarılmamış olan kayıtların bağlayıcı kabul edilip edilmediği hususu ise net değildir. Poste, Pro Quinto Roscio Comoedo, II, 5'ten hareketle *adversaria*'dan *codex*'e transfer yapılmamış olsa dahi bu kayıtların bağlayıcı olduğu sonucuna ulaşmıştır⁹⁸. Metinde ifade edilen olayda davacı *Gaius Fannius Chaerea*, kendi *adversaria*'sında tuttuğu kayıtlara dayanarak hak iddia etmektedir⁹⁹. Davalı *Quintus Roscius*'u savunan *Cicero* ise eğer *adversaria* ile *codex* aynı etkiye sahipse *codex*'i oluşturmanın, düzenli ve dikkatli şekilde bu

⁸⁸ Poste (n 32) 385.

⁸⁹ Buckland (n 18) 459. *Cicero*, uygulamada alacaklının defterine düştüğü kayda uygun bir kaydı borçlunun da kendi defterine borç olarak eklediğini ifade etmektedir. *Cicero*, Pro. Rosc. Com., I, I.

⁹⁰ Hunter (n 18) 467.

⁹¹ ibid 468.

⁹² Harvey (n 37) 48.

⁹³ Zulueta (n 49) 165; Prichard (n 2) 349.

⁹⁴ Hunter (n 18) 466.

⁹⁵ Roby (n 18) 286.

⁹⁶ Harvey (n 37) 48.

⁹⁷ Zulueta (n 49) 165.

⁹⁸ Poste (n 32) 385.

⁹⁹ *Cicero*, Pro. Rosc. Com., II, 5.

deftere işlemleri aktarmanın anlamını sorgulamaktadır¹⁰⁰. İlgili metinlerde dava sonucunda *adversaria* kayıtlarının bağlayıcı kabul edilip edilmediğine ilişkin net bir bilgi bulunmadığı için bu konu hakkında kesin bir sonuca ulaşmak mümkün gözükmemektedir.

IV. Nomina Transscripticia'nın Ortadan Kalkması

Iustinianus devrinde hem Roma vatandaşlarının hem de yabancıların kullanabildiği *syngrapha* ve *chirographum* akitleri ile birlikte kural olarak sadece Roma vatandaşlarının kullanabildiği¹⁰¹ *nomina transscripticia* da uygulamadan kalkmıştır¹⁰². Kişilerin özel defter tutma usulü de, bankerler arasında daha uzun bir süre uygulanmaya devam etmekle birlikte Klasik devrin sonlarına doğru ortadan kayboldu¹⁰³. *Iustinianus* devrinde *constitutum* anlaşmalarının ortaya çıkışı, *nomina transscripticia*'nın kullanımdan kalkmasında etkili olmuştur¹⁰⁴. Bu anlaşmalarla birlikte iyiniyet davası doğuran bir borcun dar hukuk davası doğuran bir borca dönüştürülerek kuvvetlendirilmesine ihtiyaç kalmamıştır¹⁰⁵. *Constitutum* anlaşması ile bir kimse ya kendisinin ya da bir başkasının mevcut borcunu belirli bir tarihe kadar ödemeyi taahhüt eder¹⁰⁶. İlk halde borçlu bizzat kendi borcunu teyit ederek kuvvetlendirirken (*constitutum debiti proprii*), ikinci halde *pactum* yoluyla oluşturulan bir çeşit şahsi teminat durumu (*constitutum debiti alieni*) söz konusudur¹⁰⁷. *Constitutum* anlaşmasından doğan borcun istenmesi için *praetor* tarafından *actio de pecunia constituta* davası tanınmıştır¹⁰⁸.

Sonuç

Nomina transscripticia Roma hukukunun Eski hukuk devrinden gelen sözlü şekilci anlayışının değişme sürecinin bir ürünüdür. Sıklıkla kullanılmaya başladıkları dönemde rızai akitlerin de ortaya çıkmış olması, daha yaygın bir kullanım sahasına ulaşmalarını engellemiştir. Bununla birlikte akitler sistemi içerisindeki diğer akit türlerine nazaran az kullanılmasının, yaygınlık kazanamamasının arkasında yer almış olabilecek başka sebepler de mevcuttur. Bu çerçevede özellikle alacaklının kendi defterine işlediği kayıtların borçlunun rızasıyla olup olmadığına yönelik ispat sorunları

¹⁰⁰ Cicero, Pro. Rosc. Com., II, 6-7.

¹⁰¹ *Nomina transscripticia a re in personam*'de *peregrinus*'ların borçlu olarak yer alabilecekleri hususundaki tartışma için bkz III. Codex Accepti et Expensi'de Yer Alan Kayıtların Hukuki Niteliği, 2. Türleri, c. Nomina transscripticia a re in personam.

¹⁰² Poste (n 32) 387.

¹⁰³ Buckland (n 18) 460-461.

¹⁰⁴ Prichard (n 2) 349; Poste (n 32) 387.

¹⁰⁵ Poste (n 32) 387.

¹⁰⁶ Türkan Rado, *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku* (Filiz Kitabevi 2014) 128.

¹⁰⁷ Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları, Usul Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku* (Tıpkı 3. Basım, Beta Basım A. Ş. 2010) 315; Rado (n 106) 128, 129.

¹⁰⁸ Umur (n 107) 315; Rado (n 106) 129.

popüler bir akit türü olamamasında rol oynamış olabilir. *Nomina transscripticia*'da borçlu taraf hazır bulunmadığından ve borçlunun rızasını alacaklının defterine işlemesi gibi bir usul bulunmadığından, alacaklılar tarafından kötüye kullanılması ihtimali bulunmaktadır. Diğer yandan defterlerin doğru tutulduğuna ilişkin yemin alınması, güvene dayalı bir toplum açısından belli bir düzeye kadar yeterli görülebilecek bir önlem sağlamış olabilir. Bir başka açıdan yaklaşıldığında, *Iustinianus* devrinde *stipulatio* halen kullanılırken *nomina transscripticia* ortadan kalkmıştır. Bu durum Roma'da sözlere atfedilen önemin yazıya verilen değerden tutarlı bir şekilde üstün tutulduğuna da işaret etmektedir.

Nomina transscripticia, yazılı kaydın *codex accepti et expensi*'ye düşülmesi ile oluşur. *Gaius*'un *Institutiones*'inde belirtildiği üzere *nomina transscripticia a re in personam* ve *nomina transscripticia a persona in personam* olmak üzere iki türü uygulanmıştır. Bu çeşit *nomina transscripticia*'lar tek tarafa para borcu yükleyen birer *contractus*'turlar. Her ikisinde de önceki borç sona ermekte ve yeni bir para ödücü oluşturulmaktadır, dolayısıyla yenileme işlevi görmektedirler. Önceki borcun geçerli olup olmaması, deftere düşülen kaydın geçerliliğini ise etkilemez. Deftere düşülen kayıtla birlikte sebepten soyut borç doğar. Ayrıca, açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte *nomina transscripticia*'nın geçerliliği için borçlunun da rızasının gerektiği doktrinde kabul edilmektedir. Son olarak, *Gaius*'un bahsettiği *nomina transscripticia* türlerinin dışında borcu yenilemeyen; en baştan borç oluşturan bir *nomina transscripticia* türü olup olmadığı konusunda ise kesin bir sonuca varmak mümkün olmamakla birlikte, ulaşılan birkaç metinden hareketle bu tür bir akdin de kurulmuş olabileceği düşünülebilir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Akıncı Ş, *Roma Borçlar Hukuku, 818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK ile Mukayeseli* (Sayram Basım Yayın Ltd Şti 2013).
- Berger A, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (The American Philosophical Society, Philadelphia, reprinted 1991).
- Birks P, *The Roman Law of Obligations* (Oxford University Press 2014).
- Buckland W W, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian* (3. edition, Cambridge University Press 1975).

- Buckler W H, *The Origin and History of Contract in Roman Law down to the end of the Republican Period*, (London: C. J. Clay and Sons, Cambridge University Press Warehouse 1895).
- Burdick W L, *The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law* (The Lawyers Co-operative Publishing Co 1938).
- Di Marzo S, *Roma Hukuku*, Beşinci Tab'ından Çeviren: Ziya Umur (İkinci Baskı, Sulhi Garan Matbaası 1959).
- Erdoğan B, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri* (Der Yayınları 2014).
- Harvey W F, *A Brief Digest of the Roman Law of Contracts* (Oxford, James Thornton 1878).
- Herskowitz H, 'Roman Literal Contract and Double-entry Bookkeeping' (1930) 49 (5) *Journal of Accountancy* 350-353.
- Honig R, *Roma Hukuku*, Tercüme eden: Avukat Dr. Şemseddin Talip (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından No: 72 İstanbul, 1938).
- Hunter W A, *A Systematic and Historical Exposition of Roman Law*, Translated into English by J. Ashton Cross, (2. edition, London: William Maxwell & Son 1885).
- Koschaker P ve Ayiter K, *Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No 370, Sevinç Matbaası 1975).
- Leesen T G, *Gaius Meets Cicero: Law and Rhetoric in the School Controversies* (Doctoral Thesis, Tilburg University 2009).
- Poste E, *The Elements of Roman Law by Gaius* (Oxford at the Clarendon Press 1890).
- Prichard A M, *Leage's Roman Private Law Founded on the Institutes of Gaius and Justinian*, (3. edition, London, Macmillian and Company Limited, New York, St Martin's Press 1964).
- Purser L C, 'The Roman Account-Books' (1887) 6 (13) *Hermathena* 209-218.
- Rado T, *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku* (Filiz Kitabevi 2014).
- Roby H J, *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines, Volume II* (Cambridge: at the University Press 1902).
- Sherman C P, *Roman Law in the Modern World, Volume II, Manual of Roman Law Illustrated by Anglo-American Law and the Modern Codes* (Fred B. Rothman & Co 1993).
- Sohm R, *The Institutes A Textbook of the History and System of Roman Private Law*, Translated by James Crawford Ledlie (3. Edition, Oxford at the Clarendon Press 1907).
- Ste. Croix G E M, 'Greek and Roman Accounting' in A C Littleton and B S Yamey (eds), *Studies in the History of Accounting* (Richard D. Irwin, Inc 1956).
- Stein P, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law* (Oliver and Boyd 1958).
- Tahiroğlu B, *Roma Borçlar Hukuku* (Der Yayınları 2016).
- Umur Z, *Roma Hukuku Ders Notları, Usul Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku* (Tıpkı 3. Basım, Beta Basım A. Ş. 2010).
- Watson A, *Obligations in the Later Roman Republic*, (Oxford at the Clarendon Press 1965).
- Zimmermann R, *The Law of Obligations; Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Juta&Jo Ltd 1990).
- Zulueta F, *The Institutes of Gaius Part II Commentary* (Oxford at the Clarendon Press 1963).

Kaynak Metinler

Marcus Tullius Cicero: *Cicero, De Officiis with an English Translation by Walter Miller* (The Loeb Classical Library, London: William Heinemann Ltd., New York: G. P. Putnam's Sons 1928). (De Off.)

Marcus Tullius Cicero: *Cicero in Twenty-Eight Volumes, VI, Pro Publio Quinctio – Pro Sexto Roscio Amerino – Pro Quinto Roscio Comoedo – De Lege Agraria I., II., III. with an English Translation by John Henry Freese* (The Loeb Classical Library 240, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, London William Heinemann Ltd 1967). (Pro. Rosc. Com.)

Titus Livius: *Livy, with an English Translation in Fourteen Volumes (History of Rome: Ab Urbe Condita-From the Founding of the City) (Latin and English), Volume 10, Books 35-37 translated by Evan T. Sage* (The Loeb Classical Library 301, 1984). (Tit. Liv.)

Valerii Maximii: *Factorum et Dictorum Memorabilium, Libri Novem; Cum Iulii Paridis et Ianvarii Nepotiani Epitomis*, Iterum Recensuit Carolus Kempf (Lipsiae, in Aedibus B. G. Teubneri 1888) (Val. Max.)



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 11.02.2022
Revizyon Talebi: 16.07.2022
Son Revizyon Tarihi: 23.07.2022
Kabul: 14.03.2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

İzinsiz Sistem İşleticisi, Ödeme Kuruluşu veya Elektronik Para Kuruluşu Gibi Faaliyette Bulunma Suçu

Özge Ceren Yavuz Kılıç*

Öz

Ödeme ve menkul kıymet mutabakat sistemleri, ödeme hizmetleri ve elektronik para kuruluşları alanlarındaki hukuki boşluğu doldurmak ve ilgili alanlarda Avrupa Birliği müktesebatına uyum sağlamak amaçlarıyla hazırlanmış olan 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun, 20 Haziran 2013 tarihinde kabul edilmiş ve 27 Haziran 2013 tarihli 28690 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bahsi geçen Kanun’da, ana kavramların tanımlanmasının yanı sıra hak ve yükümlülükler ile yaptırımlar da belirlenmiştir. Bu kapsamda, 6493 sayılı Kanun’un 28’inci maddesinde izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyette bulunmak ile izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratmak da yaptırım altına alınmıştır. Zira gerekli izinler alınmaksızın sistem işleticisi, ödeme kuruluşu ve elektronik para kuruluşu gibi faaliyette bulunulması, finansal sistemin istikrarı ve güvenliği açısından önemli bir tehdit arz edebilir ve dolayısıyla finansal düzeni tehlikeye sokabilir. Bu durum, toplumu oluşturan herkesin mağdur olması sonucunu doğurur. Dolayısıyla izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyette bulunma ile izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratma suçlarının incelenmesi ve Kanun’da düzenleniş şekillerinin değerlendirilmesi önem arz eder. Bu gerekçelerle, çalışmanın konusu 6493 sayılı Kanun’un 28’inci maddesinde düzenlenen suçların bilimsel şekilde incelenerek değerlendirilmesi olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda, çalışmada öncelikle söz konusu 28’inci maddede düzenlenen suç tipleri hakkında genel bilgilere yer verilmiş ve daha sonra korunan hukuki değer ile suçların unsurları açıklanmıştır. Devamında bahsi geçen suçlar çerçevesinde kusurluluk, teşebbüs, iştirak ve içtima ile ilgili değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Sistem İşleticisi, Ödeme Kuruluşu, Elektronik Para Kuruluşu, İzinsiz Faaliyette Bulunma, Yaptırım

The Offense of Unauthorized Engagement in Activities such as System Operator, Payment Institution, or Electronic Money Institution

Abstract

Türkiye’s Law on Payment and Securities Settlement Systems, Payment Services, and Electronic Money Institutions No. 6493 was prepared to fill the legal gap in the fields of payment and security settlement systems, payment services, and electronic money institutions and suit the competence of the European Union in the relevant field and enacted on June 27, 2013 upon being published in the Official Gazette No. 28690. Law No. 6493 defines the main concepts and states the rights, obligations, and sanctions regarding the relevant topics. Also, engaging in activities such as being an unauthorized system operator, payment institution, or electronic money institution and leaving the impression of being a system operator, payment institution, or electronic money institution without proper authorization are punishable offenses according to Article 28 of this law. As such, these acts may pose a significant threat in terms of safety and

* **Sorumlu Yazar:** Özge Ceren Yavuz Kılıç (Arş. Gör.), Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Konya, Türkiye. E-posta: ocayavuz@erbakan.edu.tr ORCID ID: 0000-0002-0139-3999

Atf: Yavuz Kılıç OC, “İzinsiz Sistem İşleticisi, Ödeme Kuruluşu veya Elektronik Para Kuruluşu Gibi Faaliyette Bulunma Suçu” (2023) 81(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 133. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.1.0002>



stability of the financial system, thus endangering financial coordination. Such a scenario could lead to the victimization of everyone who forms society. Therefore, research on these offenses is quite important. Based on these expressed preambles, the topic of the study has been determined as the academic examination and evaluation of the crimes specified under Article 28 of Law No. 6493. In this context, the study will first state collective information about these crime types, then explain the legal value that is preserved by punishing relevant crimes and the elements of these crimes and evaluate the terms of faultiness, attempt, complicity, and concurrence in the context of relevant crimes.

Keywords

System Operator, Payment Institution, Electronic Money Institution, Unauthorized Engagement in an Activity, Sanction

Extended Summary

Article 28 of the Law on Payment and Securities Settlement Systems, Payment Services, and Electronic Money Institutions (Law No. 6493, 2013) penalizes engagement in such activities as being an unauthorized system operator, payment institution, or electronic money institution, as well as leaving the impression of being a system operator, payment institution, or electronic money institution without proper authorization. The legal value that is preserved by punishing these crimes is the stability and security of the financial system. Anyone who commits the act described in the law can be judged a perpetrator of these crimes, with the victim being every member of society. The crime regulated in Paragraph 1 of Article 28 involves the act of engaging in activities such as being a system operator, payment institution or electronic money institution without obtaining the required permissions in accordance with Law No. 6493. The crime regulated in Paragraph 2 of Article 28 involves the act of using words and/or phrases that leave the impression that they are engaged in activity as a system operator, payment institution, or electronic money institution in relation to trade names, any type of documentation, announcement, and/or advertisement, or public statement without having obtained the required permissions in accordance with Law No. 6493. The crimes regulated in Paragraphs 1 and 2 of Article 28 can only be committed with direct intent, because particular emphasis about illegality is placed on the legal definition with the expression “without obtaining the necessary permissions in accordance with Law No. 6493,” with crimes committed by negligence not being regulated by Law No. 6493. Additionally, the permission clause mentioned in the definition of the crimes involve the principle of typicality. For this reason, the intention of the perpetrator must also involve the issue of permission, which also pertains to the principle of typicality. Therefore, any misuse regarding the obligation to obtain permission should be considered an elemental error. Therefore, such a situation should be stated as eliminating the intent of the perpetrator. In addition, a perpetrator cannot be punished should they have not taken the necessary attention and care and thus made an elemental error. This is due to Law No. 6493 not regulating crimes that are committed by negligence.

The offense of engaging in activities such as being a system operator, payment institution, or electronic money institution without proper authorization as regulated in Paragraph 1 of Article 28 of Law No. 6493 is an uninterrupted crime. For this reason, the provisions regarding an attempt at this crime may be applied up until the completion of the crime. Meanwhile, attempting to leave the impression of being an unauthorized system operator, payment institution, or electronic money institution can be considered an offense if the act can be divided into parts. An implied primary-auxiliary norm relationship exists between the two crimes regulated in Paragraphs 1 and 2 of Article 28 of Law No. 6493. Therefore, perpetrators who have committed the two crimes regulated in these paragraphs should only be punished for the crime in Paragraph 1. Otherwise, if the act constitutes one of the crimes regulated in the Turkish Penal Code as well as one of the crimes regulated in Law No. 6493, the provisions of Law No. 6493 as the special case law must be applied when the same legal value has been violated. Therefore, this situation also applies to Article 28 of Law No. 6493. In addition, the crimes regulated in Article 28 of Law No. 6493 are optional crimes. As a result, committing only one of the optional acts of these crimes will be sufficient for the completion of that crime. The offense of engaging in activities such as being a system operator, payment institution, or electronic money institution without the required authorization as regulated in Paragraph 1 of Article 28 in Law No. 6493 calls for imprisonment from one year to three years and a judicial fine of up to 5,000 days, while the offence of leaving the impression of being a system operator, payment institution, or electronic money institution without the required authorization as regulated in Paragraph 2 of Article 28 in Law No. 6493 calls for imprisonment from one year to three years and a judicial fine of up to 5,000 days. If either of these two crimes are committed within a workplace, the decision may be made to close this workplace for two to six months or, in the case of recurrence, to be shut down permanently.

Giriş

Nakit dışı ödeme yöntemleri ve özellikle elektronik para cinsinden ödeme araçları her geçen gün yaygınlaşmaktadır. Bu alandaki sakıncaları gidermek ve önlemek adına, mesela ödeme sistemlerine ilişkin uluslararası alanda standartlarla uygulamalar geliştirilmesinde olduğu gibi, ulusal alanda da birtakım çareler aranmaktadır. Kuşkusuz bu anlamda en etkili yol, gerekli hukuki altyapıyı tesis etmekten ve etkili bir gözetleme ve denetleme mekanizması işletmekten geçer. Sürekli değişen teknolojik bir ortamda bu yönde bir hukuki altyapı tesis etmek karmaşık zorluklar içermektedir, ayrıca bir yandan tüketicilerin ve varlıklarının korunması gerekirken diğer yandan ise yeni iş fikirlerinin baltalanmamasına dikkat edilmelidir¹. Ülkemizde de 20.06.2013 tarihinde bu saikle kabul edilen 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun, 27.06.2013 tarihli 28690 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir. Kapsam alanı ile ilgili olarak daha eski bir hukuki düzenleme bulunmadığı için önemli bir boşluğu dolduran 6493 sayılı Kanun, ödeme sistemlerinin ve menkul kıymet mutabakat sistemlerinin, ödeme kuruluşlarının ve elektronik para kuruluşlarının kurulmasına, işleyişine ve uymaları gereken esaslara dair hükümler içermektedir.

6493 sayılı Kanun’un iki ana hareket noktasından yola çıkılarak hazırlandığı anlaşılmaktadır². İlk olarak, *AB müktesebatına uyum sağlanması* hedefiyle yola çıktığını ifade etmek gerekir. Zira 10.11.2008 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından, “Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı” ile “Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar”ın kabul edilmesi kararlaştırılmıştır³. Bu Karar ile kabul edilen 2008 yılı Türkiye Ulusal Programı’nın⁴ “Üyelik Yükümlülüklerini Üstlenebilme Yeteneği” bölümünde yer alan “Sermayenin Serbest Dolaşımı”⁵ ve “Mali Hizmetler”⁶ ile ilgili fasıllarında, ödeme sistemleri ve menkul kıymet mutabakat sistemleri alanında, ödeme hizmetleri ile elektronik para kuruluşları konularında gerekli kanuni düzenlemelerin AB müktesebatına uyum sağlamak amacıyla gerçekleştirilmesi öngörülmüştür. Bu kapsamda Kanun’un hazırlanmasında 2007/64/AT sayılı Direktif (Avrupa Birliği Ödeme Hizmetleri

¹ Peter Lutz, ‘Regulatorische Herausforderung von Bezahlssystemen: PayPal & Co’ (2017) *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 177, 188.

² TBMM, Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/780), Sıra Sayısı: 473, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, 6. <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss473.pdf>> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

³ 31.12.2008 tarihli 27097 (5. Mükerrer) sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 2008/14481 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

⁴ <https://www.ab.gov.tr/_42260.html> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

⁵ <https://www.ab.gov.tr/files/UlusalProgram/UlusalProgram_2008/Tr/pdf/iv_04_sermayeninserbstdolasimi.pdf> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

⁶ <https://www.ab.gov.tr/files/UlusalProgram/UlusalProgram_2008/Tr/pdf/iv_09_malihizmetler.pdf> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

Direktifi), 2009/44/AT sayılı Direktif ile değişik 1998/26/AT sayılı Direktif (Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemlerinde Mutabakatın Nihailiği Direktifi) ve 2009/110/AT sayılı Direktif (Elektronik Para Kuruluşlarının Kurulması, Faaliyetlerinin Sürdürülmesi, Denetimi Direktifi) dikkate alınan ana mevzuatlardandır.

İkinci olarak *ödeme ve menkul kıymet mutabakat sistemleri, ödeme hizmetleri ve elektronik para kuruluşları alanlarındaki mevcut hukuki boşluğun doldurulması ile bu alanlarda sağlıklı olarak gelişim sağlanması, temel kavramların tanımının yapılması, haklar ile yükümlülüklerin belirlenmesi ve yaptırımların hüküm altına alınmasının* amaçlandığını belirtmek gerekir. Bu amaçlarla hazırlanan ve toplamda sekiz bölümden oluşan 6493 sayılı Kanun'un "Yaptırımlar, Soruşturma ve Kovuşturma Usulü" başlıklı, 27 ila 41'inci maddeleri kapsayan Yedinci Bölümünde idari ve cezai yaptırımlar ile soruşturma ve kovuşturma usulüne ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir. Çalışmanın konusunu, bu bölümde yer alan "İzinsiz faaliyette bulunma" başlıklı 28'inci maddede düzenlenen suç tipleri oluşturmaktadır. İlgili madde kapsamında her ne kadar "izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyette bulunma" ile "izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratma" olmak üzere iki suç tipi düzenlenmiş olsa da çalışmanın başlığı, madde başlığına uygun düşecek şekilde "İzinsiz Sistem İşleticisi, Ödeme Kuruluşu veya Elektronik Para Kuruluşu Gibi Faaliyette Bulunma Suçu" olarak belirlenmiştir. Ayrıca çalışmada söz konusu maddede düzenlenen suç tipleri incelendiğinden, konu kapsamında ceza hukuku ile sınırlı açıklamalar yapıldığını da ifade etmek gerekir.

I. Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler

6493 sayılı Kanun sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu faaliyetinde bulunmak için izin usulü öngörmüştür. Buna göre gerek sistem işleticisinin sistem işletebilmesi için (6493 sayılı Kanun m 5/1) gerek ödeme kuruluşunun ödeme hizmetleri alanında faaliyette bulunabilmesi için (6493 sayılı Kanun m 14/1) ve gerek elektronik para kuruluşunun elektronik para ihraç edebilmesi için (6493 sayılı Kanun m 18/1) Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Anonim Şirketinden (Merkez Bankası), faaliyet izni alması şarttır. Görüldüğü üzere, Merkez Bankası gerekli faaliyet izinlerini vermeye yetkili merciidir. Böylece finansal sistemin istikrarı ve güvenliği göz önünde bulundurularak ilgili faaliyetlerde bulunulabilmesi için hangi niteliklere sahip olunması gerektiği Kanun'da ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve izin mekanizması öngörülmek suretiyle de faaliyet gösterenlerin etkili bir şekilde gözetim ve denetim altında tutulabilmesi amaçlanmıştır. Kanun'un öngördüğü usule uymadan faaliyet göstermek ise 28'inci maddede ceza yaptırımı altına alınmıştır. Çünkü ilgili faaliyetlerin izinsiz olarak gerçekleştirilmesi, Merkez Bankasının gözetim ve denetim mekanizmasını devre dışı bırakmak anlamına geldiğinden, finansal sistemin

istikrarını ve güvenliğini tehdit edebilecek sonuçlara neden olarak toplumu oluşturan herkesin mağduriyet yaşamasına yol açabilir.

Öte yandan, bahsi geçen kuruluşların denetlenmesi, kara para aklama ve terörizmin finansmanı ile mücadelede de önem taşımaktadır. Nitekim Kanun'un hazırlanmasında esas alınan Avrupa Birliği Ödeme Hizmetleri Direktifi^{7,8} (2007/64/AT sayılı Direktif, Payment Services Directive 2007/64/EC, PSD-1) göre ödeme kuruluşları, kara para aklama ve terörizmin finansmanı ile mücadele gerekliliklerine tabi tutulmalıdır. Ayrıca Birleşmiş Milletler Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme'nin⁹ 18'inci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendine göre taraf devletler, bu Sözleşme'nin 2'nci maddesinde tanımlanan suçların işlenmesini önlemek amacıyla, kuruluş izinleri de dahil olmak üzere bütün para transferi kurumlarının denetlenmesini sağlamak için gerekli tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır. Dolayısıyla hem finansal sisteminin istikrarının ve güvenliğinin korunması hem finansal düzenin tehlikeye düşmemesi hem de kara para aklama ve terörizmin finansmanı gibi suçlarla mücadele edilebilmesi için, anılan kuruluşların faaliyette bulunmalarının izin usulüne bağlı olması ve etkin bir gözetim ve denetim mekanizmasına tabi tutulması şarttır. İşte bu bağlamda Merkez Bankası, 6493 sayılı Kanun'da ilgili faaliyetleri gösteren kuruluşların düzenlenmesinden, faaliyet izni verilmesinden ve denetlenmesinden sorumlu otorite olarak karşımıza çıkmaktadır. Faaliyet izni alınmaksızın sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyette bulunmak ile bu kuruluşlar gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratmak, 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinde suç olarak düzenlenmiştir.

6493 sayılı Kanun'un dört fıkradan oluşan 28'inci maddesi şu şekildedir:

"İzinsiz faaliyette bulunmak

MADDE 28 – (1) Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösteren gerçek kişiler ile tüzel kişilerin görevlileri bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

⁷ <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32007L0064>> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

⁸ Daha sonra 25.11.2015'te, Avrupa Birliği Ödeme Hizmetleri Direktifi-2 (Payment services Directive (EU) 2015/2366, PSD-2) kabul edilmiştir. 6493 sayılı Kanun'da da 7192 sayılı Kanun ile yeni Direktif ile uyumlu birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Mesela, bahsi geçen Kanun'un 12'nci maddesine yeni ödeme hizmetleri dahil edilmiştir. Avrupa Birliği Ödeme Hizmetleri Direktifi-2 için bkz <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32015L2366>> Erişim tarihi 10 Şubat 2022.

Şunu da eklemek gerekir ki, 7192 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle, birçok açıdan Merkez Bankası tek yetkili hâline getirilmiştir. 6493 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği ilk şeklide ise ödeme sistemleri ve menkul kıymet mutabakat sistemleri bakımından Merkez Bankası; ödeme hizmeti sağlayıcıları, ödeme kuruluşları ve elektronik para kuruluşları bakımından da Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu yetkilendirilmiştir. Değişikliklerle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun yetkileri büyük ölçüde Merkez Bankasına verilmiştir. İlgili alanlarda ise Merkez Bankası ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu arasında iş birliği yapılması gerektiğine hükmedilmiştir.

⁹ 09.12.1999 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na kabul edilen, 10.01.2000'de Birleşmiş Milletler tarafından imzaya açılan ve 27.09.2001 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti adına New York'ta imzalanan "Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Uluslararası Sözleşme", 10.01.2002 tarihli 4738 sayılı Kanun'la uyuğun bulunmuştur.

(2) Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın ticaret unvanlarında, her türlü belgelerde, ilan ve reklamlarda veya kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratacak söz ve deyimleri kullanan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin görevlileri bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Birinci ve ikinci fıkra kapsamında tanımlanan suçların bir iş yeri bünyesinde işlenmesi hâlinde bu işyerinin iki aydan altı aya kadar, tekrerrür hâlinde sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir.

(4) Bu Kanun kapsamında verilmiş olan faaliyet izni iptal edilen sistem işleticisinin, ödeme kuruluşunun veya elektronik para kuruluşunun faaliyetine devam etmesi durumunda da bu madde hükümleri uygulanır.”

Görüldüğü üzere, birinci ve ikinci fıkralarda esasen iki ayrı suç tipi düzenlenmiştir. Birinci fıkrada “izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet göstermek” cezalandırılırken ikinci fıkrada ise “izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu faaliyeti gösterdiği izlenimini yaratmak” yaptırım altına alınmıştır¹⁰. Üçüncü fıkrada ise birinci ve ikinci fıkrada düzenlenen suçların işyeri bünyesinde işlenmesi hâlinde işyeri kapatma tedbirine ve özel bir tekrerrür düzenlemesine yer verilmiştir. Dördüncü fıkrada da suçun özel bir işleniş şekli düzenlenmiştir.

6493 sayılı Kanun’un 28’inci maddesi, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun “İzinsiz faaliyette bulunmak” başlıklı 150’nci maddesi ile kısmen paralellik göstermektedir. Bankacılık Kanunu’nun 150’nci maddesinde “izinsiz bankacılık faaliyeti” söz konusu iken 6493 sayılı Kanun’un 28’inci maddesinde ise “izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu faaliyetinde bulunma” söz konusudur. Buna karşın maddelerde yer alan bazı ifadeler ve ceza miktarları kısmen benzerlik göstermektedir. Nitekim Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu’nda da 6493 sayılı Kanun’da öngörülen cezai yaptırımların 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’na ve 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’na paralel düzenlemeler içerdiğine işaret edilmiştir¹¹.

Ayrıca benzer bir düzenleme de Alman Ödeme Hizmetleri Denetimi Kanunu’nda (Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten/ Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz-ZAG)¹² yer almaktadır. Bahsi geçen Kanun kapsamındaki bir kurum olarak Almanya’da faaliyet gösterilebilmesi için gerekli

¹⁰ Kanun koyucunun burada birden fazla suç tipini aynı maddeyle düzenlemeye yönelik tutumunun, bir “suç enfasyonu” yaşandığı izlenimini engelleme ihtiyacından ileri geldiğini savunan görüş için bkz Çiğdem Güven, ‘6493 Sayılı Kanunda İdari ve Cezaî Sorumluluk’ (2014) 3 *Ankara Barosu Dergisi* 451, 455. Kanaatimizce, mevcut hukuki düzenlemede bu yönden bir isabetsizlik bulunmayıp bilakis iki ayrı suç tipi arasındaki ilişkiden dolayı aynı maddede düzenlenmeleri isabetli olmuştur.

¹¹ TBMM, Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/780), Sıra Sayısı: 473, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, 21. <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss473.pdf>> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

¹² Kanun metni için bkz <http://www.gesetze-im-internet.de/zag_2018/> Erişim tarihi 10 Şubat 2022.

izinlerin alınması ve Alman Federal Mali Denetleme Kurumu (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht-BaFin) tarafından tescil işlemi gerçekleştirilmesi gerekir¹³. Aksi hâlde cezai yaptırım uygulanması söz konusu olur. Zira ilgili Alman Kanunu'ndaki cezai düzenlemeler (ZAG §63) arasında, bu Kanun'a göre (ZAG §10 Abs 1) izni olmaksızın veya bu Kanun'a göre (ZAG §34 Abs 1) kaydı olmaksızın ödeme hizmeti sağlayanların ve bu Kanun'a göre (ZAG §11 Abs 1) izni olmaksızın elektronik para işi işletenlerin beş yıla kadar hapis cezasıyla ya da para cezasıyla cezalandırılacağına hükmedilmiştir.

II. Korunan Hukuki Değer

Hukuki değerler, toplumsal hayat için önem arz eden ve ceza hukuku ile korunan yaşamsal değerler olarak tanımlanmaktadır ve tüm suçlar bir veya daha fazla hukuki değeri korumaktadır¹⁴. Suçun işlenmesiyle, suçla korunan hukuki değer ihlal edilmektedir¹⁵.

6493 sayılı Kanun'un bir ve ikinci fıkralarında düzenlenen suçlarla korunan hukuki değer, finansal sistemin istikrarı ve güvenliğidir. Nitekim ilgili 28'inci maddenin gerekçesinde, gerekli izinler alınmaksızın bahsi geçen maddede anılan kuruluşlar gibi faaliyette bulunmak, sistemin güvenliği açısından önemli olarak görülen bir tehdit unsuru olarak değerlendirilirken de bu husus vurgulanmıştır¹⁶. Burada gerek finansal istikrar gerek ekonomi açısından bu kuruluşların önemine dikkat çekilmiştir.

Gerçekten, ödeme ve menkul kıymet mutabakat sistemlerinin işletilmesinde, ödeme hizmetlerinin sağlanmasında ve elektronik para kuruluşu faaliyetlerinin icra edilmesinde finansal sistemin güvenliği için belirli kurallara riayet edilmesi önem arz eder. Ayrıca yine finansal sistemin istikrarı ve güvenliği için, bu faaliyetleri sadece belirli nitelikleri haiz kuruluşların gerçekleştirmesine izin verilebileceğine hükmedilmiştir. Bu sebeple 6493 sayılı Kanun kapsamındaki ilgili faaliyetleri gerçekleştirme yetkisi ancak belirlenmiş şartları taşıyan ve gerekli izinleri almış olan kuruluşlara hasredilmiştir. 6493 sayılı Kanun'a göre alınması gereken faaliyet izinlerinden, sistem işleticisi faaliyet izni için 5'inci maddenin ikinci fıkrasında, ödeme kuruluşu faaliyet izni 14'üncü maddenin ikinci fıkrasında ve elektronik para kuruluşu faaliyet izni için de 18'inci maddenin üçüncü fıkrasında sayılan nitelikleri haiz olmak gerekir. Bu şekilde finansal piyasaya girecek aktörler sınırlandırılarak finansal düzeni tehlikeye düşürebilecek olanlarının piyasaya girmesi engellenmek

¹³ Anika Feger, 'CB-Beitrag: Compliance-Management für Zahlungsinstitute und E-Geld-Institute' (2020) *Compliance Berater* 405, 405.

¹⁴ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, 'Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler' (13. Baskı, Seçkin 2020) 116-117.

¹⁵ İzzet Özgenç, 'Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler' (17. Baskı, Seçkin 2021) 220.

¹⁶ TBMM, Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/780), Sıra Sayısı: 473, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, 17. <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss473.pdf>> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

istenmiştir. Nitekim ancak bu şekilde etkili bir gözetim ve denetim mekanizmasının işletilebilmesi mümkün olacaktır. Sonuç itibarıyla böylece, bahsi geçen kuruluşlar gibi izinsiz faaliyette bulunmak ile izinsiz faaliyet gösterdiği izlenimini yaratmak yaptırım altına alınarak finansal sistemin istikrarı ve güvenliği korunmaktadır.

III. Suçun Unsurları

A. Maddi Unsurlar

1. Fail

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 37'nci maddesine göre, suçun kanuni tarifinde düzenlenmiş olan fiili gerçekleştiren kişi faildir. 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin bir ve ikinci fıkralarında düzenlenen suçların faili de kanuni tarifte yer alan fiili gerçekleştiren herkes olabilir. Dolayısıyla 28'inci maddede düzenlenen suçlar, herkes tarafından işlenebilen suçlar olup faili bakımından özellik arz etmez.

Tüzel kişiler hareket yeteneğine sahip olmadıkları için sadece gerçek kişiler suç faili olabilirler¹⁷. Dolayısıyla söz konusu 28'inci madde kapsamında suç teşkil eden bir fiilin, tüzel kişi faaliyeti kapsamında gerçekleştirilmesi ihtimalinde ilgili tüzel kişinin yetkilileri fail olacaktır. Nitekim anılan maddede de bu anlayışın benimsendiği “gerçek kişiler ve tüzel kişilerin görevlileri” ifadesinden anlaşılmaktadır.

Bu açıklamalardan sonra, ilgili 28'inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suçun failinin, gerekli izinler alınmaksızın maddede anılan kuruluşlar gibi faaliyette bulunan gerçek kişiler veya tüzel kişilerin görevlileri olduğunu ifade etmek gerekir. Ayrıca ikinci fıkrada düzenlenen suçun faili ise gerekli izinler alınmaksızın anılan kuruluşlar gibi faaliyette bulunduğu izlenimini yaratan sözleri ve deyimleri kullanan gerçek kişiler veya tüzel kişilerin görevlileridir.

Suçun özel bir işleniş şeklinin düzenlendiği 28'inci maddenin dördüncü fıkrasında ise fail, 6493 sayılı Kanun kapsamında önceden verilen faaliyet izni daha sonra iptal edilmiş olan ve buna rağmen ilgili alandaki faaliyetini sürdürmeye devam eden gerçek kişiler ile tüzel kişilerin görevlileridir. Dolayısıyla suçun bu fıkradaki özel şeklinin işlenmesi hâlinde fail olarak, kanuni tarifte belirtilen fiili işleyen ve “6493 sayılı Kanun kapsamında önceden verilen faaliyet izni daha sonra iptal edilmiş” gerçek kişiler veya tüzel kişilerin görevlileri söz konusudur. Sadece “6493 sayılı Kanun kapsamında önceden verilen faaliyet izni daha sonra iptal edilmiş” olan bir failden bahsedildiği için, burada fail açısından özellik arz eden bir

¹⁷ Özgenç, Genel Hükümler (n 15) 213; Koca ve Üzülmöz (n 14) 112-113; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Adalet 2019) 373; Özen M., *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler* (3. Baskı, Adalet 2019) 372.

durum mevcuttur. Zaten bu fıkranın amacı da birinci fıkrada düzenlenen suçun, daha önce hukuken verilmiş faaliyet izninin sonradan iptal edildiği durumlarda faaliyete devam etmekle de işlenebileceğine ayrıca dikkat çekmek olduğu için, faile ilişkin bu niteliğe hususiyetle vurgu yapılmıştır. Ayrıca, söz konusu dördüncü fıkrada faaliyet izni kendiliğinden sona eren kuruluşlara değinilmemiş olsa da daha önce hukuken verilmiş faaliyet izni 6493 sayılı Kanun uyarınca kendiliğinden sona eren ve buna rağmen hâlâ 28'inci maddede anılan kuruluşlar gibi faaliyette bulunmaya devam eden gerçek kişilerin ve tüzel kişilerin görevlilerinin de ilgili 28'inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suçun faili olabileceğini ifade etmek gerekir. Benzer şekilde, faaliyet izni iptal edilmesine veya kendiliğinden sona ermesine rağmen hâlâ bahsi geçen alanda faaliyet gösterdiği izlenimini yaratan söz ve deyimleri kullanmaya devam eden ilgililerin de yine 28'inci maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suçun faili olarak sorumlu tutulmaları gerektiğini belirtmekte fayda vardır. Bu konu ile ilgili daha ayrıntılı açıklamalara, suçun fiil unsuru bahsinde yer verilecektir.

2. Suçun Konusu

Suç oluşturan hareketin yöneldiği kişi veya şey suçun konusu olduğundan¹⁸, 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin bir ve ikinci fıkralarında düzenlenen suçların konusu, finansal sistemin düzenidir.

Suçlar, icra edilen hareketin suçun konusu üzerindeki etkisi dikkate alınarak, zarar ve tehlike suçları olmak üzere ikili tasnife tabi tutulurlar; zarar suçlarında hareketin gerçekleştirilmesiyle suçun konusu üzerinde bir zarar ortaya çıkmakta iken tehlike suçlarında ise gerçekleştirilen hareketin suçun konusunu zarara uğratabilme tehlikesi söz konusudur¹⁹. Tehlike suçları da kendi içinde, kanuni tarifteki fiilin işlenmesinin yanında fiilin suçun konusu açısından gerçekten bir tehlikeye neden olup olmadığının ayrıca araştırılmasının gerektiği somut tehlike suçları ve kanuni tarifteki fiilin gerçekleştirilmesinin o suçun oluşması için yeterli olduğu soyut tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılır²⁰. 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin bir ve ikinci fıkralarında düzenlenen suçlar, izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyette bulunmak veya bu kuruluşlar gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratmak fillerinin gerçekleştirilmesiyle tamamlanır. Dolayısıyla bu suçlar, soyut tehlike suçudur. Söz konusu suçların işlenmesi için, finansal düzenin gerçekten zarar görmüş olması veya gerçekten somut şekilde zarara uğrama tehlikesine maruz kalmış olması gerekmez.

¹⁸ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 17) 377; Hakan Hakeri, 'Ceza Hukuku Genel Hükümler' (22. Baskı, Adalet 2019) 140.

¹⁹ Özgenç, Genel Hükümler (n 15) 221; Özen (n 17) 396-397.

²⁰ Koca ve Üzülmöz (n 14) 119; Özen (n 17) 398.

3. Mağdur

Suç konusunun ait olduğu kişi, suçun mağdurdur²¹. Suçun konusu şayet belirli bir kişiye veya belirli kişilere aitse mağdur, bu kişi veya kişiler iken suçun konusu toplumu oluşturan bireylerin hepsine aitse mağdur, toplumu oluşturan herkeştir²². 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinde düzenlenen suçların mağduru da toplumu oluşturan herkeştir. Finansal düzen, belirli bir kişiye veya kişilere ait değildir. Ayrıca finansal sistemin istikrarına ve güvenliğine yönelik menfaatin toplumu oluşturan herkese ait olması neticesinde, finansal düzenin zarara uğraması veya zarara uğrama tehlikesine maruz kalması toplumu oluşturan herkesi mağdur edecektir. Devlet, bir suçun mağduru kabul edilemeyeceği için²³ bu suçun işlenmesi dolayısıyla da mağdur olamaz. Ancak suçun işlenmesiyle belirli kişi veya kişiler ya da kurumlar da zarar görmüş olabilirler. Bunlar “suçtan zarar gören” olarak nitelendirilmelidirler.

4. Fiil

6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin bir ve ikinci fıkralarında iki ayrı suç tipi düzenlendiğine işaret etmiştik. Buna göre, birinci fıkrada düzenlenen suç “6493 sayılı Kanun'a göre alınması gereken izinleri almaksızın sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet göstermek” fiili ile işlenirken ikinci fıkrada düzenlenen suç ise “6493 sayılı Kanun'a göre alınması gereken izinleri almaksızın ticaret unvanlarında, her türlü belgelerde, ilan ve reklamlarda veya kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratacak söz ve deyimleri kullanmak” fiili ile işlenebilir. Bu sebeple fıkralarda düzenlenen suç teşkil eden fiillerin ayrı ayrı incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekir.

a. İzinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterme (6493 sayılı Kanun m 28/1)

Öncelikle, bahsi geçen 28'inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suçun bir sırf hareket suçu olduğunu ifade etmek gerekir. Zira suçun kanuni tanımında neticeye yer verilmemiştir. Bu suç, “6493 sayılı Kanun'a göre alınması gereken izinleri almaksızın sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet göstermek” fiili ile işlenir. Dolayısıyla izinsiz “sistem işleticisi gibi”, “ödeme kuruluşu gibi” veya “elektronik para kuruluşu gibi” faaliyet göstermek hareketlerinden birinin gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanmış olur. Bu nedenle bahsi geçen suç, seçimlik hareketli bir suçtur ve “izinsiz sistem işleticisi gibi faaliyet

²¹ Özgenç, Genel Hükümler (n 15) 223; Hakeri (n 18) 138; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 17) 374.

²² Koca ve Üzülmöz (n 14) 115; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 17) 376.

²³ Bu konuda bkz Özgenç, Genel Hükümler (n 15) 225ff; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 17) 375.

göstermek”, “izinsiz ödeme kuruluşu gibi faaliyet göstermek” ve “izinsiz elektronik para kuruluşu gibi faaliyet göstermek” bu suçun seçilmiş hareketleridir.

İlgili 28’inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suçun işlenmesi için “*bir faaliyetin mevcut olması*”, “*faaliyetin sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu faaliyetlerinden olması*” ve ayrıca “*faaliyetin izinsiz olması*” gerekir.

İlk olarak, *bir faaliyetin mevcut olması* gerekliliğine değinmekte fayda vardır. Faaliyet kelime anlamı itibarıyla “canlılık, hareket, çalışma, işler durumda olma, etkinlik” anlamlarına gelir²⁴. Bu anlamda bir faaliyetin gerçekleştirilmesi, icraî bir harekettir. Nitekim 28’inci maddenin birinci fıkrasında yasaklanan hareketin gerçekleştirilmesi ile söz konusu norm ihlal edilmiş olacağından, bu suç icraî hareketle işlenebilen bir suçtur.

İkinci olarak, *faaliyetin sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu faaliyetlerinden olması* gerekliliğini açıklamakta fayda vardır. Bu faaliyetlerin neler olduğundan bahsetmek gerekirse, öncelikle anılan kuruluşlardan anlaşılması gerekenin ne olduğu ile gerçekleştirdikleri faaliyetlerin neler olduğuna kısaca değinmek yerinde olacaktır.

Genel olarak ifade etmek gerekirse “sistem işleticisi”, ödeme sisteminin ve menkul kıymet mutabakat sisteminin günlük işleyişinden mesul olup sistemin işletilmesi için elzem faaliyet iznine sahip olan tüzel kişiyi ifade eder (6493 sayılı Kanun m 3/1-z, aa). Bu kapsamda sistem işleticisi faaliyetinde bulunmaktan anlaşılması gereken ise ödeme sistemini ve menkul kıymet mutabakat sistemini işleterek, kaynağını sayı en az üç olan katılımcıların arasında gerçekleşen transfer emirlerinden alan, fon veya menkul kıymet nakillerinin yerine getirilmesini temin etmek maksadıyla yapılan mutabakat ve takas muameleleri için ihtiyaç duyulan altyapı sunmaktır (6493 sayılı Kanun m 3/1-j, v). 6493 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesinin birinci fıkrasında, sistem işleticisi olarak faaliyet gösterme yetkisi Merkez Bankasına²⁵ ve bu Kanun’un 5’inci maddesine göre faaliyet izni alan tüzel kişilere hasredilmiştir. Bahsi geçen 5’inci maddeye göre faaliyet izni alıp sistem işleticisi olarak halihazırda faaliyet gösteren altı kuruluş mevcuttur²⁶.

“Ödeme kuruluşu” 6493 sayılı Kanun çerçevesinde ödeme hizmeti sağlamak ve gerçekleştirmek üzere yetkilendirilmiş olan tüzel kişiyi (6493 sayılı Kanun m 3/1-ü) ifade eder. 6493 sayılı Kanun’un 13’üncü maddesinin ikinci fıkrasında, ödeme hizmeti sunma yetkisi Merkez Bankasına ve ödeme hizmeti sağlayıcılarına

²⁴ <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

²⁵ <<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Temel+Faaliyetler/Odeme+Sistemleri/Turkiyedeki+Odeme+Sistemleri/>> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

²⁶ <<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Temel+Faaliyetler/Odeme+Sistemleri/Turkiyedeki+Odeme+Sistemleri/>> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

hasredilmiştir. Ödeme hizmeti sağlayıcıları ise aynı maddenin birinci fıkrasına göre, 5411 sayılı Kanun kapsamında bankalardan, elektronik para kuruluşlarından, ödeme kuruluşlarından ve Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketinden ibarettir. Dolayısıyla ödeme kuruluşları, ödeme hizmeti sağlayıcısı olarak nitelendirilen kuruluşlardan bir tanesidir. Halihazırda aktif şekilde ödeme kuruluşu olarak faaliyet gösteren otuz kuruluş vardır²⁷.

Ayrıca, ödeme kuruluşu faaliyetinde bulunmak, ödeme hizmeti sağlamak ve gerçekleştirmek olduğuna göre, nelerin “ödeme hizmeti” kapsamına girdiğine de değinmek gerekir. Bu husus, 6493 sayılı Kanun’un 12’nci maddesinin birinci fıkrasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bahsi geçen fıkrada sayılanlar arasından birkaç örnek vermek gerekirse para havalesi, fatura ödeme konusunda aracılık edilmesine ilişkin hizmetler, ödeme aracının ihracı veya kabulü, ödeme hesabına para yatırılmasına ve paranın bu hesaptan çekilmesine olanak sağlayan hizmetler de dâhil olacak şekilde bu hesabın işletimi bakımından lazım olan bütün işlemler “ödeme hizmeti” olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla 6493 sayılı Kanun’un 12’nci maddesinin birinci fıkrasında sıralanan bu faaliyetlerden birini veya birkaçını devamlı olarak gerçekleştirenler ödeme kuruluşu gibi faaliyette bulunmuş olurlar. Ancak bahsi geçen fıkranın (ğ) bendinde, “*Ödemeler alanında toplam büyüklük veya etki alanı açısından Bankaca (Merkez Bankası) belirlenecek seviyeye ulaşan diğer işlem ve hizmetler*” sayılmıştır. Kanaatimizce, söz konusu (ğ) bendi suçta ve cezada kanunilik ilkesi bakımından tartışmaya açıktır. Zira TCK’nın, suçta ve cezada kanunilik ilkesine dair 2’nci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına göre, kanunun açık şekilde suç olarak kabul etmediği bir fiil nedeniyle kişiye ceza verilmesi ile güvenlik tedbiri uygulanması yasaktır. Buna ek olarak, kanunda yazılı olan cezalar dışında herhangi bir ceza verilemeyeceği ve yine kanunda yazılı olan güvenlik tedbirleri dışında bir güvenlik tedbiri uygulanamayacağı da hüküm altına alınmıştır. Ayrıca idarenin yapacağı düzenleyici işlemlerle suç ve ceza konulması da yasaklanmıştır. Keza Anayasa’nın 38’inci maddesine göre de gerçekleştirildiği anda yürürlükte olan yasaya göre suç teşkil etmeyen bir fiil dolayısıyla kimse cezalandırılmaz. Dolayısıyla suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, yasanın suç olarak tanımladığı fiilin açık bir şekilde gösterilmiş olması gerekir. Çünkü ceza normunun doğrudan kaynağının kanun olması, bu ilkenin zorunlu sonucudur²⁸. Oysa ilgili 28’inci maddenin birinci fıkrasında suç teşkil eden fiil cezalandırılırken, suçun fiil unsurunun tespit edilmesi için başvuru olan 12’nci maddede ise bir ödeme kuruluşu faaliyeti olarak ödeme hizmetlerinin nelerden ibaret olduğu bağlamında “*ödemeler alanında toplam büyüklük veya etki alanı açısından Bankaca belirlenecek seviyeye ulaşan diğer işlem ve hizmetler*”in sayılması, suçun fiil unsurunun kapsamının

²⁷ <<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Temel+Faaliyetler/Odeme+Hizmetleri/Odeme+Kuruluslari>> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

²⁸ Ezgi Aygün Eşitli, ‘Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi’ (2013) 104 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 225, 232.

belirlenmesi açısından Merkez Bankasının etkili olduğu anlamına gelir ve dolayısıyla suçta ve cezada kanunilik ilkesi açısından kanaatimizce sorun teşkil eder. Zira bu şekilde idareye düzenleyici işlemle suçun fiil unsurunun kapsamını belirleme ve değiştirme yetkisi tanınmış olmaktadır.

Bu kapsamda şunu da eklemek gerekir ki, bahsi geçen 12’nci maddenin ikinci fıkrasında, 6493 sayılı Kanun kapsamında ödeme hizmeti olarak değerlendirilmeyecek işlemler sıralanırken (l) bendinde “*Merkez Bankasınca belirlenecek diğer işlem ve hizmetler*” sayılmıştır. Bu anlamda yine Merkez Bankasına düzenleyici bir işlemle suçun kapsamına müdahale edebilme yetkisi tanınmıştır. Benzer şekilde 14’üncü maddenin beşinci fıkrasında, Merkez Bankası ödeme kuruluşları tarafından yapılamayacak faaliyetleri belirlemeye yetkili kılınmıştır. Yine 12’nci maddenin beşinci fıkrasında ise Merkez Bankasının, ikinci fıkranın (b) bendinde ve (h) bendinde düzenlenmiş olan işlemlerin toplam büyüklükleri ve etki alanları bakımından Merkez Bankasınca tespit edilecek seviyeye erişmesi hâlinde 6493 sayılı Kanun bağlamında ödeme hizmeti olarak telakki edilmesine karar verebileceğine hükmedilmiştir. Böylece Kanun’da esasen ödeme hizmeti olarak zikredilmeyen ve değerlendirilmeyen bir işlem, Merkez Bankasının yapacağı düzenleyici bir işlemle ödeme hizmeti kapsamına dahil edilebilecektir. Kanaatimizce bu hususlarda yine suçta ve cezada kanunilik ilkesi açısından sorun arz eden bir durum söz konusudur. Her ne kadar söz konusu yetkiler Merkez Bankasına kanunla verilmiş olsa dahi suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, önceki paragrafta da işaret ettiğimiz üzere, suç teşkil eden fiilin tüm unsurlarının bizzat kanunda açıkça gösterilmiş olması gerekir.

“Elektronik para kuruluşu” ise kendisine elektronik para ihraç etme yetkisi yine 6493 sayılı Kanun kapsamında verilmiş olan tüzel kişiyi (6493 sayılı Kanun m 3/1-d) ifade etmektedir. 6493 sayılı Kanun’un 18’inci maddesi uyarınca, elektronik para ihracı faaliyetinde bulunma yetkisi 5411 sayılı Kanun’a göre faaliyette bulunan bankalara, Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketine ve 6493 sayılı Kanun uyarınca kendisine elektronik para çıkarma iznine sahip elektronik para kuruluşlarına hasredilmiştir. Dolayısıyla elektronik para kuruluşları, elektronik para ihraç etme yetkisine sahip kuruluşlardan biridir. Halihazırda aktif şekilde elektronik para kuruluşu olarak faaliyet gösteren yirmi altı kuruluş mevcuttur²⁹.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi açısından kanaatimizce sakıncalı bir düzenleme de elektronik para kuruluşları açısından 6493 sayılı Kanun’un 18’inci maddesinin beşinci fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, elektronik parayı ihraç eden kuruluşun sadece belli mal veya hizmet grubunun satın alımında, sadece kendi mağaza ağında veya yapılmış olan bir sözleşme neticesinde sadece belli bir hizmet ağında kullanılmaya elverişli ön ödemeli araçları 6493 sayılı Kanun’un kapsamına dahil değildir. Ancak

²⁹ <<https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Temel+Faaliyetler/Odeme+Hizmetleri/Elektronik+Para+Kuruluslari>> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

Merkez Bankası, burada bahsi geçen ödeme araçlarıyla gerçekleştirilen işlemlerin toplam büyüklükleri ve etki alanları bakımından tespit edeceği seviyeye erişmesi hâlinde, 6493 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesine karar verme yetkisini haizdir. Kanaatimizce, 6493 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilecek olan işlemlerin neler olduğunun açıkça Kanun’da belirlenmesi ve bu anlamda Merkez Bankası’na yetki verilmemesi suçta ve cezada kanunilik ilkesi açısından daha isabetli olacaktır.

Ayrıca hemen ifade etmek gerekir ki, 6493 sayılı Kanun kapsamında kullanılan “elektronik para” ifadesinden günümüzde yine kullanımı gittikçe yaygınlaşan kripto varlıklar anlaşılmalıdır³⁰. Elektronik para kullanım amacına, parasal değer saklandığı ortama, ödeme sırasında kullanılan teknik cihaza ve parasal değer sistem içindeki akışına göre tasniflere tabi tutulur³¹. 6493 sayılı Kanun kapsamında elektronik para, bu Kanun’da düzenlenen ödeme işlemlerinin gerçekleştirilmesinde kullanılıp elektronik para kuruluşu dışında diğer kişilerce de ödeme aracı olduğu telakki edilen ve elektronik para kuruluşunca kabul edilen fon karşılığında ihraç edilip elektronik şekilde muhafaza edilen parasal değeri ifade eder (6493 sayılı Kanun m 3/1-ç)^{32,33}. Kripto varlıklar ise Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik’te³⁴ dağıtık defter teknolojisi ve benzeri bir teknoloji kullanılmak suretiyle sanal şekilde meydana getirilip dijital ağlar vasıtasıyla dağıtılması gerçekleştirilen ve fakat ödeme aracı, itibari para, elektronik para, kaydi para, menkul kıymet ya da başka bir sermaye piyasası aracı olarak vasıflandırılmayan gayrimaddi varlıklar, şeklinde tanımlanmaktadır (Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik m 3/1). Tanımlardan da anlaşılacağı üzere “elektronik para” ile “kripto varlık” kavramları birbirinden farklı olup elektronik para, kripto varlıklardan değildir. Nitekim ilgili Yönetmelik’le sağlayıcıların ödeme hizmeti sunmasında ve elektronik para ihraç etmesinde kripto varlıkları doğrudan veya dolaylı olarak kullandığı iş modelleri geliştirmesi ve bu neviden modelleri içeren hizmet sunması yasaklanmış, ödeme kuruluşlarının ve elektronik para kuruluşlarının kripto varlıklara dair ihraç, alım ve satım, transfer veya saklama hizmeti sunan platformlara ya da bu platformlardan yapılan fon nakillerine aracılık edemeyeceği hüküm altına alınmıştır (Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik m4/1, 2). Bu

³⁰ Benzer şekilde, Alman Ödeme Hizmetleri Denetimi Kanunu ve Japon Ödeme Hizmetleri Kanunu bağlamında da kripto varlık elektronik para olarak kabul edilmemektedir. Bkz Christopher Danwerth, ‘The Regulation of Bitcoin and Other Virtual Currencies under Japanese Law in Comparative Perspective’ (2018) *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 117, 140.

Blok zinciri tabanlı ödeme araçları da elektronik para olarak telakki edilmemektedir. Sebastian Omlor, ‘Kryptowährungen im Geldrecht’ (2019) *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 294, 344.

³¹ Semra Taşpunar Altuntaş, ‘E Harfi ile Başlaya Finansal Kavramlar’ iç Aysel Gündoğdu (ed), *Finansın Temel Kavramları* (Gazi 2018) 158.

³² Ayrıntılı bilgi için bkz Mehmet Sıddık Yurtçüçek, ‘Hukuki Açıldan Elektronik Para’ (2. Baskı, Seçkin 2015) 125ff

³³ Elektronik paranın Alman Ödeme Hizmetleri Denetimi Kanunu’nda da benzer şekilde tanımlandığı görülmektedir (ZAG § 1 Abs 2). Ayrıca bkz Feger (n 13) 405.

³⁴ 16 Nisan 2021 tarihli ve 31456 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

şekilde kripto varlıkların kullanım alanı ile elektronik para kuruluşlarının ve ödeme kuruluşlarının faaliyet alanları arasında, uygulamadaki duraksamaları gidermek adına mutlak surette ayırım yapılmıştır.

Faaliyetin sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu faaliyetlerinden olması gerekliliğiyle ilgili, son olarak şunu da eklemek gerekir ki, 28’inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suç kesintisiz bir suçtur. Çünkü Kanun gereği bu kuruluşların faaliyetlerinin süreklilik arz etmesi esastır. Nitekim bu husus 6493 sayılı Kanun’un çeşitli hükümlerinden anlaşılmaktadır. Kanun’da, Merkez Bankası ödeme ve menkul kıymet mutabakat sistemlerinin sorunsuz ve “kesintisiz işlemlerini” sağlamak üzere gerekli düzenlemeleri yapmaya ve kurulmuş ya da kurulacak olan ödeme ve menkul kıymet mutabakat sistemlerinin “kesintisiz işletimini” sağlamak üzere gözetimini gerçekleştirmeye yetkili kılınmıştır (6493 sayılı Kanun m 4/3; m 8/1). Keza sistem işleticisinin faaliyet izninin, faaliyete başlamasının ardından bir yıllık zaman dilimi içerisinde altı aydan daha uzun bir süre faaliyet göstermemiş olması hâlinde altı aylık sürenin dolduğu tarihte kendiliğinden sona ereceği öngörülmüştür (6493 sayılı Kanun m 7/1-c). Görüldüğü üzere ödeme ve menkul kıymet mutabakat sistemlerinin kesintisiz şekilde faaliyet göstermesi esastır. Benzer düzenlemeler, 6493 sayılı Kanun’da ödeme kuruluşları hakkında da mevcuttur. Ödeme kuruluşlarının 6493 sayılı Kanun kapsamında yürütecekleri faaliyetlerin “sürekliliğine ilişkin” gerekli tedbirleri alması şart koşulmuştur (6493 sayılı Kanun m 14/2-f). Ayrıca Merkez Bankasına, ödeme kuruluşunun faaliyet izni almasından itibaren bu yetkiyi kullanmaya bir yıl içinde başlamadığı takdirde ödeme kuruluşunun faaliyet iznini iptal edebilme yetkisi verilmiştir (6493 sayılı Kanun m 16/1-a). Bunun yanı sıra, ödeme kuruluşunun faaliyete başlamasının ardından bir yıllık zaman dilimi içerisinde altı aydan daha uzun bir süre faaliyet göstermediği hâllerde altı aylık sürenin dolduğu tarihte ödeme kuruluşunun faaliyet izninin kendiliğinden sona ereceğine hükmedilmiştir (6493 sayılı Kanun m 17/1-c). Dolayısıyla 6493 sayılı Kanun’da çeşitli hükümlerde ödeme kuruluşlarının da faaliyetlerinin sürekliliğine ilişkin vurgular yapılmış ve aksi hâllerde buna bağlanacak sonuçlar öngörülmüştür. Benzer durum elektronik para kuruluşları için de söz konusudur. Elektronik para kuruluşlarının yürütecekleri faaliyetlerin “sürekliliğine ilişkin” gerekli tedbirleri alması şart koşulmuştur (6493 sayılı Kanun m 18/3-e). Yine elektronik para kuruluşlarının da tıpkı ödeme kuruluşlarında olduğu gibi, faaliyet izni almasından itibaren bu yetkiyi kullanmaya bir yıl içinde başlamadığı takdirde Merkez Bankası tarafından faaliyet izninin iptal edilebilmesi ve faaliyete başlamasının ardından bir yıllık zaman dilimi içerisinde altı aydan uzun süreyle faaliyet göstermediği hâllerde altı aylık sürenin dolduğu tarihte faaliyet izninin kendiliğinden sona ermesi söz konusudur (6493 sayılı Kanun m 19).

Bu açıklamalardan sonra ifade etmek gerekir ki, bahsi geçen 28’inci maddenin birinci fıkrada hükmünde düzenlenen suçun işlenebilmesi için, anılan kuruluşlar “gibi”

faaliyet göstermek gerektiğine ve bu kuruluşların faaliyetlerinin de süreklilik arz etmesinin esas olduğuna göre, devamlılık arz eden işlemler gerekir. Dolayısıyla suçun işlenebilmesi anılan kuruluşlar gibi sürekli şekilde faaliyet göstermekle olur. Bu sebeptir ki 28’inci maddenin birinci fıkraya hükmünde düzenlenen suç, kesintisiz bir suçtur.

Suç teşkil eden faaliyetlerin süreklilik arz edip etmediği hususu somut olaylar bazında mahkemelerce incelenip değerlendirilmesi gereken bir husustur. Ancak en azından şunu ifade etmek gerekir ki, izinsiz faaliyette bulunma kapsamında sadece tek bir işlem gerçekleştirilmiş ve bunun devamı getirilmeyerek tek bir işlem ile sınırlı kalmış ise faaliyetlerin devamlılığı söz konusu olmadığından 6493 sayılı Kanun’un 28’inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen suçun unsurları oluşmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, ‘süreklilik olmaksızın’ sadece bir kere ancak bu kuruluşlardan birinin icra edebileceği bir faaliyeti izinsiz gerçekleştirmekle bu suç işlenmiş olmaz. Öte yandan, ‘sürekliliğin mevcut olması şartının da gerçekleştirilmesi kaydıyla’ ancak bu kuruluşlardan birinin icra edebileceği bir faaliyeti izinsiz gerçekleştirmekle suç tamamlanır ve faaliyet gerçekleştirilmeye devam edildiği müddetçe suçun icrası devam eder.

Ayrıca eklemek gerekir ki, suçun işlenmesi için burada aranan süreklilik, yukarıda da işaret ettiğimiz, 6493 sayılı Kanun’un çeşitli hükümlerinde faaliyet izninin devamı ve benzeri konularda aranan süreler kadar katı şekilde aranmamalıdır. Mesela bahsi geçen Kanun’da elektronik para kuruluşunun faaliyete başlamasının ardından bir yıllık zaman dilimi içerisinde altı aydan uzun süreyle faaliyet göstermediği hâllerde altı aylık sürenin dolduğu tarihte faaliyet izninin kendiliğinden sona ereceğine hükmedildiğine işaret etmiştik. Sözelimi bir kuruluşun izinsiz şekilde müteaddit defa elektronik para kuruluşu gibi faaliyette bulunduğu bir olayda, bu kuruluş eğer izinsiz faaliyeti bir yıllık zaman dilimi içerisinde altı aydan daha uzun bir süre devam ettirmemişse, mesela sadece dört ay devam ettirebilmişse, sırf en azından altı ay faaliyette bulunulmadığı gerekçesiyle incelenen suçun teşekkül etmesi bakımından elektronik para kuruluşu gibi faaliyette bulunulmadığından bahsedilmemelidir; dört aylık izinsiz faaliyet burada süreklilik için yeterli kabul edilmelidir. Sonuç olarak şunu belirtmek gerekir ki, 6493 sayılı Kanun’un çeşitli hükümlerinde söz konusu kuruluşların faaliyetlerinin kesintisizliğine veya sürekliliğine vurgu yapılmış olması 28’inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suç açısından bu suçun sadece kesintisiz bir suç olduğu çıkarımının yapılmasına neden olur. Yoksa kanaatimizce suçun oluşup oluşmadığının incelenmesi aşamasında sürekliliğin tespiti bakımından, bu kuruluşların faaliyet izinlerinin devamı gibi hususlar açısından öngörülen birtakım sürelerin aranması gerekmez ve sürekliliğin gerçekleşip gerçekleşmediği her somut olayın özelliği dikkate alınarak takdir edilmelidir.

Üçüncü olarak, *faaliyetin izinsiz olması* gerekliliğinden bahsetmek gerekirse, bu hususun suçun düzenlendiği 28’inci maddenin birinci fıkrasında “*Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın*” ifadesinden anlaşıldığı belirtilmelidir. Dolayısıyla 6493 sayılı Kanun’a göre alınması gereken faaliyet izinlerinin alınmamış olması tipikliğe dahil bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten 6493 sayılı Kanun’da sistem işleticisinin izin almak şartıyla bu Kanun kapsamında sistem işletebileceğine, ödeme kuruluşunun izin almak şartıyla bu Kanun kapsamında ödeme hizmetleri sahasında faaliyet gösterebileceğine ve elektronik para kuruluşlarının izin almak şartıyla bu Kanun kapsamında elektronik para ihracı gerçekleştirebileceğine hükmedilmiştir. Gerek sistem işleticisi gerek ödeme kuruluşu gerek de elektronik para kuruluşu olarak faaliyet izni alınması hususunda izin vermeye yetkili merciin ise Merkez Bankası olduğuna işaret etmiştik.

6493 sayılı Kanun’a göre alınması gereken faaliyet izinlerinden, sistem işleticisi faaliyet izni 5’inci maddede, ödeme kuruluşu faaliyet izni 14’üncü maddede, elektronik para kuruluşu faaliyet izni ise 18’inci maddede düzenlenmiştir. Gerekli olan bu izinler alınmadan ilgili alanda faaliyet gösterilmesi, diğer unsurların da gerçekleşmiş olması hâlinde, ilgili 28’inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suçun oluşmasına neden olur. Ayrıca faaliyet izni sonradan iptal edilmiş veya kendiliğinden sona ermiş olan kuruluşların da tekrar bu alanda faaliyette bulunabilmesi için yeniden faaliyet izni almaları gerekir. Aksi takdirde yine ilgili 28’inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suç oluşacaktır. Nitekim 28’inci maddenin dördüncü fıkrasında da faaliyet izni iptal edilmiş olan sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşunun faaliyetini sürdürmesi hâlinde 28’inci madde hükmünün uygulanacağına açıkça işaret edilmiştir.

6493 sayılı Kanun’da, faaliyet izninin iptal edilmesine ilişkin hükümlere 9’uncu ve 16’ncı maddelerde yer verilmiştir. Merkez Bankası, sistem işleticisi ile ilgili olarak 9’uncu maddenin birinci fıkrasında yer verilen durumları saptaması hâlinde sistemin işlemesine dair uygun tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır. Ayrıca aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, bu hâllerin tespit edilmesi durumunda Merkez Bankası ihlalin ağırlığını dikkate alarak sistem işleticisinin faaliyet iznini iptal etme yetkisine sahiptir. Keza 16’ncı maddenin birinci fıkrasında sıralanan durumların gerçekleşmesi hâlinde ise Merkez Bankası, ödeme veya elektronik para kuruluşunun faaliyet iznini iptal etme yetkisini haizdir.

Hemen şunu eklemek gerekir ki, kanun koyucu 28’inci maddenin dördüncü fıkrasında 6493 sayılı Kanun bağlamında daha önce verilmiş faaliyet izni sonradan iptal edilmiş olan anılan kuruluşların ilgili alanda faaliyet göstermeye devam etmesi hâlinde de bu madde hükümlerinin uygulanacağına hükmetmekle, birinci fıkrada düzenlenen suçun sadece alınması gereken faaliyet izni alınmadan anılan

kuruluşlar gibi faaliyet göstermek suretiyle değil, daha önce alınan faaliyet izninin iptal edilmesine rağmen faaliyete devam etmek suretiyle de işlenebileceğine özellikle dikkat çekmiştir. Kanaatimizce, kanun koyucu ilgili 28’inci maddenin birinci fıkrasında kullanılan “*Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın*” ifadesinin uygulamada bir duraksamaya neden olmasının önüne geçmek amacıyla dördüncü fıkra hükmünü öngörerek konuya ayrıca dikkat çekmek istemiştir. Zira dördüncü fıkrada yer verilen ihtimalde, sonradan iptal edilmiş olsa da önceden hukuken alınmış bir faaliyet izni mevcuttur.

Ne var ki faaliyet izninin iptal edildiği durumlara ayrıca dikkat çekilmişse de faaliyet izninin sona erdiği veya geçici olarak durdurulduğu durumlarla ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Gerçekten 6493 sayılı Kanun’da, anılan kuruluşların faaliyet izninin iptal edilmesine yönelik hükümlerin yanı sıra, bir de faaliyet izninin geçici olarak durdurulmasına (6493 sayılı Kanun m 9/2-ç, 21/8) ve kendiliğinden sona ermesine (6493 sayılı Kanun m 7, 17) ilişkin hükümlerin yer aldığı görülmektedir. Böylece faaliyet izninin geçici olarak durdurulduğu veya kendiliğinden sona erdiği hâllerde sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterilmeye devam edildiği durumlarda 28’inci maddede düzenlenen suçun oluşup oluşmayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Zira dördüncü fıkra hükmü ile faaliyet izni iptal edilen ilgili kuruluşların faaliyetine devam ettiği hâllerde 28’inci madde hükmünün uygulanacağına açıkça işaret edilmesine rağmen faaliyet izninin geçici olarak durdurulduğu veya kendiliğinden sona erdiği hâllere ayrıca değinilmemiş olması bu sorunu akla getirmektedir.

Kanaatimizce, 28’inci maddenin mevcut şeklinde, suçun dördüncü fıkradaki özel işleniş şeklini içeren hükmüne ayrıca yer verilmemiş olsaydı bile, faaliyet izni iptal edilmiş olan ilgili kuruluşların faaliyetlerini izinsiz şekilde sürdürmesi durumunda ilgililerin ceza sorumluluğunun yine de söz konusu olması gerekirdi. Çünkü faaliyet izni sonradan iptal eden kuruluşların statüsü, iptal işlemi ile birlikte, hiç faaliyet izni almamış kuruluşların statüsü ile artık aynıdır ve ikisinin de 6493 sayılı Kanun kapsamında faaliyette bulunması için izin alması gerekir. Nitekim benzer bir suç tipinin düzenlendiği 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 150’nci maddesinde, buradaki dördüncü fıkra hükmüne benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna rağmen Bankacılık Kanunu’nun 150’nci maddesinde düzenlenen suçlarla ilgili olarak, izni sonradan iptal edilen kuruluşların yetkililerinin de bu madde kapsamında fail olacağı savunulmaktadır³⁵. Yine benzer şekilde, faaliyet izni kendiliğinden sona eren kuruluşların statüsünün de sona ermeyle birlikte hiç faaliyet izni almamış kuruluşların statüsü ile aynı olacağı ve her ikisinin de 6493 sayılı Kanun kapsamında

³⁵ Selman Dursun, ‘*Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*’ (1. Baskı, Seçkin 2006) 202; Hakan Karakehya, ‘İzinsiz Bankacılık Faaliyetinde Bulunma Suçu’ (2008) 66 (1) *Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 63, 76; Burcu Ertem, ‘İzinsiz Bankacılık Faaliyetinde Bulunma Suçu’ (2019) 4 (2) *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 363, 379.

faaliyette bulunmak için izin alması gerektiği gerekçesiyle, faaliyet izni kendiliğinden sona eren kuruluşların ilgili alanda faaliyet göstermeye devam etmesi hâlinde bu kuruluşların yetkililerinin de 28'inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suçtan sorumlu olması gerektiğini ifade etmekte fayda vardır. Ancak diğer yandan, faaliyet izninin geçici olarak durdurulmasına karar verilen kuruluşların hâlâ faaliyette bulunmaya devam etmesi hâlinde, 28'inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suçun oluşmayacağı kanaatindeyiz. Zira bu ihtimalde sınırlandırılmış da olsa 6493 sayılı Kanun'a göre alınmış bir faaliyet izni mevcuttur. Dolayısıyla izinsiz faaliyette bulunma söz konusu değildir. Faaliyetleri geçici olarak sınırlandırılan bahsi geçen kuruluşlar zaten halihazırda sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu statüsündedirler. Faaliyet izni sınırlandırılan bu kuruluşların yetkililerinin, sınırlamaya aykırı şekilde faaliyet göstermeye devam etmesinin cezalandırılması için buna Kanun'da ayrıca verilmesi gerekir. Aksi hâlde, bu yönde bir düzenleme olmadan faaliyetleri geçici olarak sınırlandırılan kuruluşların yetkililerinin 28'inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suçtan sorumlu tutulmaları suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle çelişecek, kıyas yasağına aykırı olacaktır. TCK'nın 2'nci maddesinin üçüncü fıkrasında yasaların suç ve ceza ihtiva eden hükümleri uygulanırken kıyas yapılması yasaklanmıştır. Ayrıca suç ve ceza ihtiva eden hükümlerin, kıyasa sebep olacak şekilde geniş yorumlanamayacağı da belirtilmiştir. Sonuç olarak, 6493 sayılı Kanun'a göre gerekli izinleri almaksızın bahsi geçen alanda faaliyet gösteren veya faaliyet izni iptal edilmesine rağmen faaliyetine devam eden kuruluşların yetkililerinin cezalandırıldığından bahisle, faaliyetleri geçici olarak sınırlandırılan sistem işleticilerinin, ödeme kuruluşlarının veya elektronik para kuruluşlarının bu sınırlamaya riayet etmemesi durumunda da yetkililerinin 28'inci maddeden sorumlu tutulması kıyas yasağına aykırı olacağından bu şekilde bir uygulama kabul edilmemelidir.

Kanaatimizce birinci ve ikinci fıkrada yer verilen “*Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın*” ifadesi yerine “*Bu Kanun'a göre alınmış, geçerli ve sınırlandırılmamış faaliyet izni bulunmaksızın*” ifadesi kullanılmış olsaydı faaliyet izninin hem iptal edilmesi hem sona ermesi hem geçici olarak durdurulması ihtimalleri tek başına karşılanmış olacaktı. Kanun tekniği itibarıyla bu önerimizdeki şekli daha isabetli bulduğumuzu ifade etmemiz gerekir. Böylece faaliyet izni kendiliğinden sona eren kuruluşların ilgili alandaki faaliyetlerine devam etmesi hâlinde ne olacağı tartışması gündeme gelmeden çözümlenmiş olacaktır. Ayrıca faaliyet izinleri geçici olarak sınırlandırılan kuruluşların da sınırlamaya aykırı davranması hâlinde yetkililerinin cezai olarak sorumlu tutulması gündeme gelebilecek ve bu alanda bir boşluk olmayacaktır. Şayet kanun koyucu tarafından, faaliyet izinleri geçici olarak sınırlandırılan kuruluşların sınırlamaya aykırı davranması hâlinde yetkililerinin ceza hukuku anlamında sorumluluğunun benimsenmesi yoluna gidilmesi tercih edilmezse o hâlde, “*Bu Kanun'a göre alınmış geçerli faaliyet izni bulunmaksızın*”

ifadesinin kullanılması yerinde olacaktır. Ancak kanaatimizce, faaliyet izninin geçici olarak sınırlandırıldığı hâllerde sınırlamaya aykırı davranılması açısından ilgililerin ceza hukuku anlamında sorumluluğunun benimsenmesi tercih edilmeyecekse bile, önlemenin sağlanması açısından bu eylemin en azından bir kabahat olarak düzenlenmesinde fayda vardır.

b. İzinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratma (6493 sayılı Kanun m 28/2)

6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen suç da kanuni tanımında neticeye yer verilmediğinden bir sırf hareket suçudur. Bahsi geçen suç, "6493 sayılı Kanun'a göre alınması gereken izinleri almaksızın ticaret unvanlarında, her türlü belgelerde, ilan ve reklamlarda veya kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratacak söz ve deyimleri kullanmak" fiili ile işlenir. Yasaklanan hareketin gerçekleştirilmesiyle işlendiğinden, bu suç da icraî hareketle işlenebilen bir suçtur.

Bahsi geçen 28'inci maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suç ayrıca, seçimlik hareketli bir suçtur. Ticaret unvanlarında, her türlü belgelerde, ilan ve reklamlarda veya kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda; "sistem işleticisi gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratacak söz ve deyimleri kullanmak", "ödeme kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratacak söz ve deyimleri kullanmak" veya "elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratacak söz ve deyimleri kullanmak" bu suçun seçimlik hareketleridir.

Söz konusu suç, aynı maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suçun aksine, kesintisiz bir suç değildir. Gereken izinler alınmaksızın ilgili ikinci fıkrada bahsedildiği şekilde izlenim yaratacak sözleri ve deyimleri bir kere kullanmak ile bu suç işlenmiş olur. Burada süreklilik aranmaz, çünkü burada önemli olan husus bahsi geçen kuruluşlar gibi sürekli bir şekilde faaliyet göstermek değildir. Önemli olan, suç tanımında belirtilen şekilde, bahsi geçen kuruluşlar gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratmaktır.

Son olarak şunu da ifade etmek gerekir ki, daha önce aldığı faaliyet izni sonradan iptal edilmiş olan sistem işleticisinin, ödeme kuruluşunun veya elektronik para kuruluşunun hâlâ faaliyet gösterdiği izlenimini yaratacak söz ve deyimleri kullanmaya devam etmesi ihtimali için, ilgili 28'inci maddede dördüncü fıkrada öngörülen düzenleme benzeri bir hükme ayrıca yer verme yoluna gidilmediği göze çarpmaktadır. Oysa ikinci fıkrada düzenlenen suç da sadece gerekli izinleri almaksızın anılan kuruluşlar gibi faaliyette bulunduğu izlenimini yaratan sözleri ve deyimleri kullanmak suretiyle değil, daha önce alınan faaliyet izninin iptal edilmesine ve hatta kendiliğinden sona

ermesine rağmen hâlâ anılan kuruluşlar gibi faaliyette bulunduğu izlenimini yaratan sözleri ve deyimleri kullanmaya devam etmek suretiyle de işlenebilir. Kanaatimizce suçun bu işleniş şekline kanunda ayrıca yer verilmemiş olması bir eksiklik olarak değerlendirilmemelidir. Zira faaliyet izni iptal edilmiş olan veya kendiliğinden sona ermiş olan ilgili kuruluşların 6493 sayılı Kanun kapsamında faaliyet gösterebilmesi için, tıpkı daha önce hiç faaliyet izni bulunmamış kuruluşlar gibi izin alması gerekir. Dolayısıyla faaliyet izinleri bulunmadan ticaret unvanlarında, her türlü belgelerde, ilan ve reklamlarda veya kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda hâlâ sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyette buldukları izlenimini yaratan sözler ve deyimler kullanmaları da ilgili 28'inci maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suç oluşturacaktır.

B. Manevi Unsur

6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinde düzenlenen suçlar sadece kasten işlenebilirler³⁶. Suçların taksirle işlenmesi 6493 sayılı Kanun'da hüküm altına alınmamıştır. Alman Ödeme Hizmetleri Denetimi Kanunu'nda³⁷ (ZAG §63 Abs 3) ise suçun taksirle işleniş şekline de yer verildiği görülmektedir. Bu kapsamda, ilgili Alman Kanunu'na göre (ZAG §10 Abs 1) izni olmaksızın veya bu Kanun'a göre (ZAG §34 Abs 1) kaydı olmaksızın ödeme hizmeti sağlayanlar ve bu Kanun'a göre (ZAG §11 Abs 1) izni olmaksızın elektronik para işi işletenler de dahil olacak şekilde 63'üncü maddenin birinci fıkrasında sayılan suçları taksirle işleyenler üç yıla kadar hapis veya para cezası cezalandırılır.

C. Hukuka Aykırılık

6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinde düzenlenen suçların hukuka aykırılık unsuru, kanuni tarifteki hareketin gerçekleştirilmesiyle, bir hukuka uygunluk nedeni de bulunmadığı müddetçe, gerçekleşmiş olacaktır. Gerçekten, fiilin kanuni tarifteki tanıma uyması o fiilin hukuka aykırı olduğu konusunda karine teşkil eder³⁸. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinin gerçekleşmesi ile bu karine ortadan kaldırılabilir.

Hukuka uygunluk nedenlerinden hakkın kullanılması, 28'inci maddede yer alan suçlar açısından bazı hâllerde geçerli olabilir. Nitekim, 6493 sayılı Kanun kapsamında gerekli izinleri alarak faaliyet gösteren sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşundan başka hangi kuruluşların bu Kanun kapsamında faaliyet gösterebileceği açıkça düzenlenmiştir. Bu kapsamda 5'inci madde ile Merkez Bankasına sistem işleticisi olarak faaliyet gösterme yetkisi;

³⁶ İzinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçunun manevi unsuru ile karşılaştırmak için bkz Dursun (n 35) 208; Ertem (n 35) 385; Karakehya (n 35) 80.

³⁷ Kanun metni için bkz <http://www.gesetze-im-internet.de/zag_2018/> Erişim tarihi 10 Şubat 2022.

³⁸ Koca ve Üzülmöz (n 14) 105.

13'üncü madde ile 5411 sayılı Kanun kapsamındaki bankalara, elektronik para kuruluşlarına ve Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi ödeme hizmeti sunma yetkisi; 18'inci madde ile 5411 sayılı Kanun'a göre faaliyet gösteren bankalara, Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketine elektronik para ihracı faaliyetinde bulunma yetkisi verilmiştir. Dolayısıyla, sözgelimi faaliyet izni almadan 6493 sayılı Kanun bağlamında elektronik para ihracı gerçekleştiren bir tüzel kişinin görevlilerinin, şayet bu kuruluş 5411 sayılı Kanun'a göre faaliyet gösteren bir bankaysa hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninden yararlandırılması gerekir. Benzer şekilde, gerekli izinleri almadan 6493 sayılı Kanun kapsamında ödeme hizmeti sunan bir kuruluş şayet 6493 sayılı Kanun'a göre faaliyet gösteren bir elektronik para kuruluşuysa yine ilgili kişilerin hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninden yararlandırılması gerekir. Çünkü TCK'nın 26'ncı ve 24'üncü maddelerinin birinci fıkralarında, hakkını kullanmış veya kanunun hükmünü yerine getirmiş olan kimseye ceza verilmeyeceğine hükmedilmiştir. Herhangi bir konuda, bir kişiye kanun hükmüyle bir hak tanınmışsa veya bir yetki verilmişse bunun kanuna uygun şekilde gerçekleştirilmesinde hukuka aykırılık söz konusu olmaz³⁹.

Bu kapsamda ayrıca şuna da değinmek gerekir, 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin bir ve ikinci fıkralarında “*Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın*” ifadesi kullanılmıştır. Burada sözü edilen izin hususu, maddede düzenlenen suçlar açısından bir hukuka uygunluk nedeni olarak anlaşılmalıdır. Zira bir suçun kanuni tanımında yetkili merciin izninin bulunmamasına yer verildiği hâllerde, eğer suç teşkil eden fiil yetkili merciin izni dikkate alınmaksızın tek başına cezalandırılmaya değer bir haksızlık muhtevasına sahipse yetkili merciden alınmış olan izin bu ihtimal açısından bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmelidir; fakat suç teşkil eden fiilin haksızlık muhtevası ancak münhasıran gerekli iznin yokluğuna bağlı şekilde cezalandırılmaya değerse izin tipikliğe dahildir⁴⁰. İznin tipikliğe dahil olduğu durumlarda buradaki davranışın haksızlığı, yetkili merciin ilgili alanda faaliyette bulunan kişilerin izlenebilmesi çabalarının akim bırakılmasından veya zorlaştırılmasından kaynaklanmaktadır⁴¹. 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesi kapsamındaki suçların oluşmasına bu Kanun'da işaret edilen gerekli izinler alınmaksızın faaliyet gösterilmesi neden olur. Gerekli izinleri vermeye yetkili merci ise Merkez Bankasıdır. Söz konusu 28'inci maddede düzenlenen suçlardaki davranışların haksızlığı, anılan faaliyetlerin izinsiz olarak ve dolayısıyla Merkez Bankasının izleme ve denetleme mekanizmasının devre dışı bırakılarak gerçekleştirilmesinden kaynaklanır. Gerçekten, suç tanımlarındaki hareketlerin izinli şekilde gerçekleştirildiği hâller 28'inci madde kapsamında değildir. Şayet 6493 sayılı

³⁹ Özgenç, Genel Hükümler (n 15) 320.

⁴⁰ Neslihan Göktürk, ‘Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon’ (2016) 7 (1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 407, 445.

⁴¹ *ibid* 445-446.

Kanun'a göre verilmiş geçerli bir izin mevcutsa, tipiklik bulunmadığından, 28'inci maddede düzenlenmiş suçlar oluşmayacaktır. Sonuç olarak, görüldüğü üzere sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyette bulunmak ya da bu kuruluşlar gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratan söz ve deyimleri kullanmak tek başına suç teşkil etmezken, gerekli izinler alınmaksızın bu hareketlerin gerçekleştirilmesi finansal sistemin istikrarının ve güvenliğinin korunması gayesiyle kanun koyucu tarafından suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla 28'inci maddenin gerek birinci fıkrasındaki suç tanımında gerekse ikinci fıkrasındaki suç tanımında, izin meselesinin tipikliğe dahil bir husus olarak yer aldığı görülmektedir⁴².

IV. Kusurluluk

Kusur, bir kimsenin gerçekleştirdiği haksızlık dolayısıyla hakkında bulunulan kınama yargısını ifade eder⁴³. Kişinin işlediği fiil dolayısıyla kınanabilmesi için suçta neden olan hareketi gerçekleştirdiği esnada kusur kabiliyetini haiz olması gerekir⁴⁴. Genel olarak, kusurluluğu etkileyen hâller 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin bir ve ikinci fıkralarında düzenlenen suçlar açısından geçerli olsa da bu kapsamda özellikle yanılı konu üzerinde durulmalıdır. Zira faaliyet izni alma yükümlüğüne ilişkin hataların kusurluluğu etkileyen hata hâllerinden haksızlık yanılısına mı neden olacağı yoksa kastı kaldıran hata hâllerinden unsur yanılısına mı neden olacağı konusunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

Bahsi geçen 28'inci maddede düzenlenen suçlar açısından faaliyetin izinsiz olmasının tipikliğe dahil bir husus olduğuna, suçun unsurları bahsinde işaret edilmişti. Dolayısıyla, failin kastının tipikliğe dahil olan bu hususu da kapsamı gerekir. Zira yetkili merciin izninin yokluğunun, tipikliğin unsurlarından birini nitelediği hâllerde iznin bulunmaması unsura ilişkin bir vasıf olduğu için, tipiklik kapsamındadır; dolayısıyla failin bu konuya ilişkin hatası unsur yanılısı olup kastı bertaraf edecektir⁴⁵. Unsur yanılısına dair, TCK'nın 30'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre fiili gerçekleştirdiği esnada suçun yasal tarifinde yer verilen maddi unsurlarını bilmeyen kişi, kasıtlı olarak hareket etmiş sayılmaz. Ancak kişinin bu yanılısından dolayı taksirli sorumluluk hâli saklıdır. Buna göre, suçun maddi unsurlarındaki hatası sonucunda failin kastı ortadan kalkar. Ancak failin bu hatası taksirinden ileri geliyorsa, fiilin taksirle işleniş şeklinin de kanunda suç olarak yer alması şartıyla, taksirle işlenmiş haksızlıktan sorumlu tutulması gerekir⁴⁶. Dolayısıyla, 28'inci madde kapsamında suç teşkil eden hareket gerçekleştiren kişilerin ceza sorumluluğu yoluna

⁴² Benzer şekilde, izinsiz bankacılık suçunda izne ilişkin hususun tipikliğe dahil olduğu yönünde bkz Selman Dursun, 'Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar' iç Celal Ülgen ve Coşkun Ongun (edr), *Banka ve Finans Hukuku* (İstanbul Barosu 2009) 268; Ertem (n 35) 387.

⁴³ Özgenç, Genel Hükümler (n 15) 444; Koca ve Üzülmöz (n 14) 312.

⁴⁴ Koca ve Üzülmöz (n 14) 314; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 17) 572.

⁴⁵ Göktürk (n 40) 446.

⁴⁶ Koca ve Üzülmöz (n 14) 261.

gidilebilmesi için 6493 sayılı Kanun kapsamında izin alınması gerektiğini bilmeleri ve buna rağmen maddede anılan kuruluşlar gibi faaliyette bulunmaları gerekir. İzin alma yükümlülüğüne ilişkin bir hata hâlinde ise unsur yanlılığı söz konusu olur ve failin kastı ortadan kalkar. Şayet gerekli dikkat ve özen gösterilmediği için unsur yanlılığına düşülmüşse o zaman, 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin bir ve ikinci fıkralarında düzenlenen suçların taksirle işleniş şekline Kanun'da ayrıca yer verilmediği için ilgililerin cezalandırılmayacaklarını ifade etmek gerekir. Kanaatimizce böyle bir sakıncanın önüne geçmek adına, Alman Ödeme Hizmetleri Denetimi Kanunu'nda (ZAG §63 Abs 3) olduğu gibi, 6493 sayılı Kanun'da da bahsi geçen suçların taksirle işleniş şekline yer verilmesi isabetli olacaktır.

V. Teşebbüs

İşlenmesine kastedilmiş bir suç, icrası elverişli hareketlerle doğrudan doğruya başlamasınakarşınkişinininelineolmayanbirtakımnedenlerden dolayıtamamlanamamışsa, failinin TCK'nın 35'inci maddesi uyarınca ilgili suça teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir. 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen suç, kesintisiz bir suç olduğu için, suçun tamamlanma anına kadar suça teşebbüse ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür⁴⁷. Öte yandan, kanaatimizce her ne kadar ikinci fıkra düzenlenmiş suç birinci fıkra düzenlenmiş suçun teşebbüs aşamasında kalmış şekliyle ibaret olmasa bile, birinci fıkradaki suça teşebbüs niteliği taşıyan eylemin gerçekleştirildiği bir olayda, bu eylem aynı zamanda ikinci fıkra düzenlenmiş normu da ihlal ediyorsa o hâlde failin, sadece bu eylemin müstakil şekilde cezalandırıldığı 28'inci maddenin ikinci fıkrasından cezalandırılması gerekir. Çünkü teşebbüse ilişkin genel hükümler yardımcı ve tamamlayıcı bir nitelik taşır⁴⁸. Zira bu hükümler ancak bir suçun tamamlanamadığı hâllerde suça ilişkin hükmün yanında uygulanma kabiliyetini haizdir⁴⁹. Buna karşın, söz konusu 28'inci maddenin birinci fıkrasındaki suça teşebbüs niteliğindeki her hareketin de ilgili maddenin ikinci fıkrasındaki suça neden olmayacağını ifade etmek gerekir. Bu gerekçeyle, birinci fıkra düzenlenmiş suça teşebbüs niteliğindeki eylemin ikinci fıkra düzenlenmiş suçun tanımına uymadığı durumlarda, sorumluların birinci fıkra düzenlenmiş suça teşebbüsten cezalandırılmaları gerekir.

6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen suça teşebbüs ise eğer hareket kısımlara ayrılabilirse mümkündür. Sözgelimi vermek istediği bir ilan veya reklamda söz konusu maddede anılan kuruluşlar gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratan ifadeler kullanılan tüzel kişinin görevlilerinin, eğer bu ilan veya reklam yayıma kabul edilmezse ilgili 28'inci maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suça teşebbüsten sorumlu tutulmaları gerekir.

⁴⁷ Bu konuda bkz Özgenç, Genel Hükümler (n 15) 190.

⁴⁸ Kayıhan İçel, 'Suçların İçtimalı (Genel Bilgiler-Fikri İçtima-Müteselsil Suçlar-Görünüşte İçtima)' (1. Baskı, Sermet Matbaası 1972) 213ff

⁴⁹ Özgenç, Genel Hükümler (n 15) 545.

VI. İştirak

Kanunda tanımlanan haksızlığı gerçekleştirenler fail olarak sorumlu tutulurken suçun işlenişine katılmakla beraber buldukları katkı kanuni suç tanımına uymayan suç ortakları şerik (azmettiren ve yardım eden) olarak sorumlu tutulurlar⁵⁰. 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin bir ve ikinci fıkralarında düzenlenen suçların iştirak hâlinde işlenmesi mümkündür.

6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen suç kesintisiz suç niteliğinde olduğu için, işlenmeye devam edildiği müddetçe bu suçta iştirak edilebileceğini özellikle belirtmek gerekir. Ayrıca ilgili 28'inci maddede düzenlenen suçların bir tüzel kişilik bünyesinde işlenmesi hâlinde, suç teşkil eden eylemin gerçekleşmesine neden olanların, yaptıkları katkı göz önünde bulundurularak sorumluluk statülerinin belirlenmesi gerekir. Böylece tüzel kişinin tüm çalışanları fail olarak sorumlu tutulmayabilir. Çalışanların bir kısmının fail olarak bir kısmının şerik olarak sorumlu tutulması mümkün olduğu gibi bir kısım çalışanların hiç sorumlu tutulmaması da somut olayın şartlarına göre söz konusu olabilir. Burada önemli olan husus, tüzel kişinin görevlilerinin suçun işlenmesine buldukları katkının tespit edilmesidir.

VII. İçtima

6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin bir ve ikinci fıkralarında düzenlenen suçlar arasındaki ilişkinin tespit edilmesi, ilgililerin ceza sorumluluğunun belirlenmesi açısından önem arz eder. Zira aynı kuruluş bünyesinde her iki fıkra da düzenlenen suçların birden işlenmesi söz konusu olabilir. Mesela ticaret unvanında izinsiz olarak elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratan bir ifade kullanan kuruluş aynı zamanda izinsiz elektronik para kuruluşu gibi faaliyet göstermiş de olabilir. Böyle durumlarda ilgililerin ceza sorumluluğu bahsi geçen 28'inci maddenin bir ve ikinci fıkrasında düzenlenen suçlar arasındaki ilişkidenden yola çıkılarak belirlenecektir. Kanaatimizce, bu iki suç tipine ilişkin düzenlemeler arasında görünüşte içtimanın bir çeşidi olan “zımni nitelikte asal-yardımcı norm”⁵¹ ilişkisi mevcut olduğunu kabul etmek gerekir⁵². Dolayısıyla, eğer bir kuruluş bünyesinde 28'inci maddenin hem birinci ve hem de ikinci fıkrasında düzenlenen suçlar işlenmiş ise faillerin, sadece birinci fıkra da asal norm olarak düzenlenen suçtan cezalandırılmaları gerekir. Faillerin yardımcı norm olarak ikinci fıkra da düzenlenen suçtan ayrıca cezalandırılmaları gerekmez. Dolayısıyla izinsiz sistem

⁵⁰ İzzet Özgenç, ‘Suça İştirakin Hukukî Esası ve Faillik’ (1. Baskı, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği, 1996) 315-316; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 17) 727; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, ‘Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler’ (11. Baskı, Seçkin 2020) 511; Koca ve Üzülmöz (n 14) 450.

⁵¹ Bu konuda bkz İçel, Suçların İçtimaı (n 48) 213- 214.

⁵² İzinsiz bankacılık faaliyetinde bulunma suçu hakkında benzer tartışmayla karşılaştırmak için bkz Dursun (n 35) 212. 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçun, birinci fıkra da düzenlenmiş olan suçun teşebbüs aşamasında kalmış şekli olduğu yönündeki görüş için bkz Güven (n 10) 458.

işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterme suçunun işlendiği durumlarda, aynı zamanda izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimi de yaratılmışsa buna neden olan eylemler, cezalandırılmayan önceki fiil olarak nitelendirilmelidirler.

6493 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlardan biri ile TCK'da düzenlenen suçlardan birinin birlikte işlenebilmesi mümkündür. Bu bağlamda özellikle dolandırıcılık suçunun işlenmesi gündeme gelebilir. Sözgelimi izinsiz elektronik para ihraç etmek suretiyle dolandırıcılık suçu işlenmiş olabilir. 6493 sayılı Kanun'da, Bankacılık Kanunu'nun 161'inci maddesine benzer bir hüküm mevcut değildir⁵³. 6493 sayılı Kanun'un tasarısıyla ilgili Plan ve Bütçe Komisyonu raporunda bu konuda, şartlarının gerçekleşmesi durumunda fıkri içtima ilkesi gereğince, daha ağır cezaların bulunduğu TCK hükümlerinin tatbik edilmesinde bir engel bulunmadığı ifade edilmiştir⁵⁴. Kanaatimizce, 6493 sayılı Kanun'da, Bankacılık Kanunu'nun 161'inci maddesine benzer bir hükme yer verilmesi daha isabetli olurdu.

6493 sayılı Kanun'un bu şekliyle, bu Kanun'da düzenlenen suçlardan birinin TCK'da düzenlenen suçlardan biriyle birlikte işlenmesi hâlinde, aynı hukuki değer ihlal edilmişse özel kanun olan 6493 sayılı Kanun'un hükümlerinin uygulanması gerekir. Çünkü bu hâlde özel norm-genel norm ilişkisi bakımından görünüşte içtima gündeme gelir. Ancak özel norm-genel norm ilişkisi için, her iki normla korunan hukuki değer aynı olması gerekir⁵⁵. Dolayısıyla görüldüğü üzere, bu durumda 6493 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlardan biri ile TCK'da düzenlenen suçlardan birinin birlikte işlenmesi hâlinde şayet korunan hukuki değerler aynı ise daha hafif cezayı gerektirse dahi 6493 sayılı Kanun'da öngörülen ceza tatbik olunacaktır. Ancak işlenen suçlarla korunan hukuki değerler birbirinden farklıysa o hâlde gerçek içtima uygulanarak faile iki ayrı suçtan ceza verilmesi gerekir.

6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin bir ve ikinci fıkralarında düzenlenen suçların her ikisinin de seçimlik hareketli suçlar olduğuna işaret etmiştik. Bu suçların seçimlik hareketli suç niteliğinde olmasının sonucunda, bu suçlardan her birinin seçimlik hareketlerinden sadece bir tanesinin gerçekleştirilmesi o suçun işlenmesi için yeterli olacaktır. Çünkü seçimlik hareketli suçların özelliği, kanuni tarifte yer alan hareketlerden biriyle suçun işlenmesidir⁵⁶. Dolayısıyla 6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinde düzenlenen suçlar bakımından da aynı husus geçerlidir. Seçimlik

⁵³ "Madde 161 — Bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği takdirde, faileri hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi uygulanır. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun sorumluluğu gerektiren hükümleri saklıdır."

⁵⁴ TBMM, Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/780), Sıra Sayısı: 473, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, 24. <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss473.pdf>> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.

⁵⁵ İçel, Suçların İçtimalı (n 48) 185; Özgenç, Genel Hükümler (n 15) 110.

⁵⁶ Kayıhan İçel, 'Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu' (2008) 7 (14) *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 35, 44.

hareketli suçlarda fail tek bir hareketle yetinmeyerek birden çok harekette bulunduğu takdirde, gerçekte norm bir defa ihlal edildiğinden ve dolayısıyla ortada bir suç olduğundan, tek ceza verilir⁵⁷. Çünkü böyle hâllerde aynı normun birden çok defa ihlal edilmesiyle ihlal sayısı kadar suç oluşması sadece görünüştedir (görünüşte içtima), oysa gerçekte norm sadece bir defa ihlal edilmiştir ve burada tüketen-tüketilen norm ilişkisi yönünden görünüşte içtima mevcuttur⁵⁸. Buna karşılık, suçlardan birinin aynı seçimsiz hareketinin birden fazla defa gerçekleştirilmesi hâlinde ise somut olayda diğer şartların da oluşması durumunda zincirleme suç söz konusu olabilir.

VIII. Yaptırım ve Kovuşturma Usulü

6493 sayılı Kanun'un 28'inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen suç açısından bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. Bahsi geçen maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suç açısından ise bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. Görüldüğü üzere, suçların yaptırımı olarak hapis cezasıyla birlikte adli para cezası da hüküm altına alınmıştır.

Ayrıca söz konusu maddenin üçüncü fıkrasıyla, bir ve ikinci fıkralarda düzenlenen suçların bir iş yeri bünyesinde gerçekleştirilmesi durumunda ilgili işyerinin iki aydan altı aya kadar, tekerrür durumunda ise sürekli şekilde kapatılmasına dair karar verilebileceğine hükmedilmiştir. Dolayısıyla 28'inci maddede tanımlanan suçları işleyenler için ceza yaptırımının yanı sıra bir güvenlik tedbiri olarak iş yeri kapatma yaptırımı da öngörülmüştür. Ancak üçüncü fıkra hükmünün lafzından anlaşılacağı üzere, bu güvenlik tedbirinin uygulanması kanun koyucu tarafından hâkimin takdirine bırakılmıştır. Buna göre hâkim, somut olayın şartlarına göre iş yeri kapatma tedbirinin uygulanmasına karar verebilecektir. Burada şunu da eklemek gerekir ki, iş yeri kapatma tedbiri, sadece tüzel kişilere özgü güvenlik tedbiri olarak anlaşılmalıdır. Tüzel kişilere bu tedbirin uygulanması mümkün olsa da tüzel kişiliği haiz olmayan kuruluşlar bünyesinde de 28'inci maddede anılan kuruluşlar gibi izinsiz faaliyet gösterilmiş veya faaliyet gösterildiği izlenimi yaratılmış olabilir. Bu durumda da ilgili faaliyeti gösteren işyerlerinin kapatılması gerekir.

6493 sayılı Kanun'un 37'nci maddesinin birinci fıkrasında, 28'inci maddede düzenlenen suçlara dair soruşturma ve kovuşturma gerçekleştirilmesinin Merkez Bankasının Cumhuriyet başsavcılığına yapacağı yazılı başvuru ile mümkün olduğuna hükmedilmiş ve ayrıca buradaki başvurunun niteliğinin muhakeme şartı olduğu belirtilmiştir. Gerçekten burada, Merkez Bankası tarafından yapılan yazılı başvurunun bir soruşturma ve kovuşturma şartı olarak düzenlendiği görülmektedir. 6493 sayılı Kanun kapsamındaki kuruluşların bu şekilde özel bir usule tabi tutulmasıyla hem

⁵⁷ ibid 44.

⁵⁸ İçel, Suçların İçtimaı (n 48) 195, 198, 201.

denetim mekanizmasının etkinliğinin artırıldığı hem de yargının iş yükünün artmasının önüne geçildiği ifade edilmektedir⁵⁹. Merkez Bankasının müracaatı üzerine yapılan soruşturmada, eğer bahsi geçen 28’inci maddede düzenlenen suçlardan birinin işlendiği konusunda yeterli delile ulaşırsa iddianame düzenlenir ve mahkeme de iddianameyi kabul edilebilirlik bakımından serbestçe değerlendirebilir.

Sonuç

6493 sayılı Kanun’un 28’inci maddesinin birinci fıkrasında izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterme suçu, ikinci fıkrasında ise izinsiz sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu faaliyeti gösterdiği izlenimini yaratma suçu düzenlenmiştir. Suçlarla korunan hukuki değer, finansal sistemin istikrarı ve güvenliğidir. Kanuni tarifte yer alan fiili gerçekleştiren herkes bu suçların faili olabilirken suçların mağduru ise toplumu oluşturan herkeştir. İlgili 28’inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suç, “6493 sayılı Kanun’a göre alınması gereken izinleri almaksızın sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet göstermek” fiili ile işlenirken ikinci fıkrada düzenlenen suç ise “6493 sayılı Kanun’a göre alınması gereken izinleri almaksızın ticaret unvanlarında, her türlü belgelerde, ilan ve reklamlarda veya kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda sistem işleticisi, ödeme kuruluşu veya elektronik para kuruluşu gibi faaliyet gösterdiği izlenimini yaratacak söz ve deyimleri kullanmak” fiili işlenebilir. Ödeme ve elektronik para kuruluşu faaliyetlerinin belirlenmesi açısından bazı konularda 6493 sayılı Kanun ile Merkez Bankasına yetki verilmiş olması kanaatimizce suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile çelişmektedir. İlgili 28’inci maddede düzenlenen suçlar, Kanun’da düzenleniş şekilleri itibarıyla sadece doğrudan kastla işlenebilirler. Suçların taksirle işleniş şekline 6493 sayılı Kanun’da yer verilmemiştir. Ancak özellikle, izin alma yükümlülüğüne ilişkin hatanın mevcut olduğu hâllerde, gerekli dikkat ve özeni göstermediği için yanılıya düşen kişilerin de cezalandırılabilmesi adına, Alman Ödeme Hizmetleri Denetimi Kanunu’nda (ZAG §63 Abs 3) olduğu gibi, suçların taksirle işleniş şekillerine de 6493 sayılı Kanun’da yer verilmesi isabetli olacaktır. Çünkü bahsi geçen izinsizlik hususu, tipikliğe dahil olduğu için, failin kastının tipikliğe dahil olan bu unsuru da kapsamaması gerekir. Dolayısıyla izin alma yükümlülüğüne ilişkin bir hata, unsur yanılıgısı olarak değerlendirilir. Bu sebeple böyle bir durumda failin kastı bertaraf olur.

6493 sayılı Kanun’un 28’inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen suç kesintisiz bir suç olduğu için, suçun tamamlanma anına kadar suça teşebbüse ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür. Bahsi geçen maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suça teşebbüs ise eğer hareket kısımlara ayrılabiliriyorsa mümkündür. Bu suçların iştirak hâlinde işlenmesi de mümkündür. 6493 sayılı Kanun’un 28’inci

⁵⁹ Ersan Şen, ‘Yorumluyorum-XII’ (1. Baskı, Seçkin 2016) 220.

maddesinin bir ve ikinci fıkralarında düzenlenen iki suç tipi arasında zımni nitelikte asal-yardımcı norm ilişkisi vardır. Bu sebeple eğer 28'inci maddenin hem birinci ve hem de ikinci fıkrasında düzenlenen suç işlenmiş ise ilgililerin, sadece birinci fıkra da yer alan suçtan cezalandırılmaları gerekir. Ayrıca gerçekleştirilen hareketin 6493 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlardan biriyle birlikte TCK'da düzenlenen suçlardan birini teşkil etmesi hâlinde, aynı hukuki değer in ihlal edilmesi şartıyla, özel kanun olan 6493 sayılı Kanun'un hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu durum bahsi geçen 28'inci madde için de geçerlidir. Buna ek olarak, ilgili 28'inci maddede düzenlenen suçlar seçimlik hareketli suçtur ve dolayısıyla, bu suçlardan her birinin seçimlik hareketlerinden sadece bir tanesinin gerçekleştirilmesi o suçun işlenmesi için yeterli olacaktır. Bahsi geçen 28'inci maddede düzenlenen suçlara dair soruşturma ve kovuşturma gerçekleştirilmesi Merkez Bankasının Cumhuriyet başsavcılığına yapacağı yazılı başvuru ile mümkündür. Buradaki başvuru niteliği itibarıyla bir muhakeme şartıdır. 28'inci maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suç açısından bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası, ikinci fıkrasında düzenlenen suç açısından ise bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Adalet 2019).
- Aygün Eşitli E, 'Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi' (2013) 104 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 225-246.
- Danwerth C, 'The Regulation of Bitcoin and Other Virtual Currencies under Japanese Law in Comparative Perspective' (2018) *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 117-155.
- Dursun S, '*Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*' (1. Baskı, Seçkin 2006).
- Dursun S, 'Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar' iç Celal Ülgen ve Coşkun Ongun (edr), *Banka ve Finans Hukuku* (İstanbul Barosu 2009).
- Ertem B, 'İzinsiz Bankacılık Faaliyetinde Bulunma Suçu' (2019) 4 (2) *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 363-397.
- Feger A, 'CB-Beitrag: Compliance-Management für Zahlungsinstitute und E-Geld-Institute' (2020) *Compliance Berater* 405-411.

- Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz-ZAG) <http://www.gesetze-im-internet.de/zag_2018/> Erişim tarihi 10 Şubat 2022.
- Göktürk N, ‘Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon’ (2016) 7 (1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 407-450.
- Güncel Türkçe Sözlük <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.
- Güven Ç, ‘6493 Sayılı Kanunda İdari ve Cezai Sorumluluk’ (2014) 3 *Ankara Barosu Dergisi* 451-461.
- Hakeri H, ‘Ceza Hukuku Genel Hükümler’ (22. Baskı, Adalet 2019).
- İçel K, ‘Suçların İçtimaı (Genel Bilgiler-Fikri İçtima-Müteselsil Suçlar-Görünüşte İçtima)’ (1. Baskı, Sermet Matbaası 1972).
- İçel K, ‘Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ (2008) 7 (14) *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 35-49.
- Karakehya H, ‘İzinsiz Bankacılık Faaliyetinde Bulunma Suçu’ (2008) 66 (1) *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 63-86.
- Koca M ve Üzülmez İ, ‘Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler’ (13. Baskı, Seçkin 2020).
- Lutz P, ‘Regulatorische Herausforderung von Bezahlsystemen: PayPal & Co’ (2017) *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* 177-188.
- Omlor S, ‘Kryptowährungen im Geldrecht’ (2019) 183 *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 294-345.
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, ‘Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler’ (11. Baskı, Seçkin 2020).
- Özen M, ‘Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler’ (3. Baskı, Adalet 2019).
- Özgenç İ, ‘Suça İştirakin Hukukî Esası ve Faillik’ (1. Baskı, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği, 1996).
- Özgenç İ, ‘Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler’ (17. Bası, Seçkin 2021).
- Payment Services Directive 2007/64/EC, PSD-1 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32007L0064>> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.
- Payment services Directive (EU) 2015/2366, PSD-2 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32015L2366>> Erişim tarihi 10 Şubat 2022.
- Şen E, ‘Yorumluyorum-XII’ (1. Baskı, Seçkin 2016).
- TBMM, Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun Tasarısı ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/780), Sıra Sayısı: 473, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3 <<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss473.pdf>> Erişim tarihi 10 Şubat 2022.
- Taşpunar Altuntaş S, ‘E Harfi ile Başlaya Finansal Kavramlar’ iç Aysel Gündoğdu (ed), *Finansın Temel Kavramları* (Gazi 2018).
- Yurtçiçek MS, ‘Hukuki Açından Elektronik Para’ (2. Baskı, Seçkin 2015).
- 2008 Yılı Ulusal Programı <https://www.ab.gov.tr/_42260.html> Erişim tarihi 5 Ocak 2022.



Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı – 2

Mustafa Şentop*

Öz

Türkiye’de, 2017 yılında 6771 sayılı Kanun’la gerçekleştirilen Anayasa değişikliği sonucunda parlamenter hükümet sistemi değiştirilmiş, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi yürürlüğe konmuştur. 6771 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikler kapsamında, yeni hükümet sisteminde tek başına yürütme organı fonksiyonunu kazanan Cumhurbaşkanının seçimini ve Cumhurbaşkanlığına adaylığı düzenleyen Anayasa’nın 101’inci maddesi de yeniden kaleme alınmıştır. Bu kapsamda maddenin ikinci fıkrasında yer alan “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” hükmü kamuoyunda, “*bu hükmün uygulanmasında parlamenter hükümet sistemi döneminde yapılan Cumhurbaşkanı seçimlerinin dikkate alınıp alınmayacağı*” sorusu bağlamında çeşitli tartışmalara sebep olmuştur. Bu çerçevede 2022 yılının Mart ayında Türkiye Adalet Akademisi Dergisi’nde “*Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı*” başlığıyla yayımlanan makalede mesele incelenmiş; yorum yöntemlerinden hareketle hükme verilen anlam ve kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin prensipler doğrultusunda söz konusu soruya olumsuz yanıt verilmesi gerektiği ortaya konulmuştur. Diğer taraftan 2022 yılının sonunda Mülkiye Dergisi’nin 46’ncı sayısının 3’üncü cildinde “*Anayasa’nın İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı Üzerine*” başlıklı bir yazı kaleme alınmış ve önceki makalede yer verilen değerlendirmeler eleştirilmiş; “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” hükmünün uygulanmasında parlamenter hükümet sistemi döneminde yapılan Cumhurbaşkanı seçimlerinin de dikkate alınması gerektiği savunulmuştur. Bu çalışmada ise konu hakkında Mülkiye Dergisi’ndeki yazıda yer verilen değerlendirmeler incelenecek ve “*söz konusu yazıda öne sürülen itirazların, Anayasa’nın 101’inci maddesinin anlamı, kapsamı ve zaman bakımından uygulanma şekli açısından önceki makale ile ortaya konulan tespitleri hukuken geçersiz kıлып kılmadığı*” sorusuna cevap aranacaktır.

Anahtar Kelimeler

Cumhurbaşkanı Seçimleri, En Fazla İki Defa Cumhurbaşkanı Seçilebilme Kuralı, Kanun Kavramı, Şekli Anlamda Kanun Anlayışı, Yorum Yöntemleri, Komisyon Raporu, Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması

The Rule of ‘Being Elected as President of the Republic for Two Terms at Most’ in the Executive Presidential System - 2

Abstract

As a result of the constitutional amendment approved by Law No. 6771 in 2017, the parliamentary system of government was changed and the executive presidential system was put into effect in Türkiye. Within the scope of the amendments made by Law No. 6771, Article 101 of the Constitution regulating the election of the president of the Republic who assumed the function of the sole executive body in the new governmental system and the candidacy for the presidency was also redrafted. However, the rule that a person may only be elected as the President of the Republic for two terms at most as contained in Paragraph 2 of Article 101 has sparked various debates in the public within the context of the question of whether the presidential elections that had been held during the parliamentary system of government are

* **Sorumlu Yazar:** Mustafa Şentop (Prof. Dr.), Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı, Ankara, Türkiye. E-posta: mustafa.sentop@tbmm.gov.tr
ORCID: 0000-0001-7303-3370

Atf: Şentop M, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı – 2” (2023) 81(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 165. <https://doi.org/10.26650/mecmua-2023-81-1-0001>



to be taken into account when implementing this rule. Within this framework, the matter was analysed in the article titled “The Rule of ‘Being Elected as President of the Republic for Two Terms at Most’ in the Executive Presidential System” which was published on March 2022 in the Journal of Türkiye Adalet Akademisi and it has been put that the aforementioned question should be responded in a negative way, departing from the meaning given to Article 101 according to the interpretation methods and from principles concerning the application *ratione temporis* of statutes. On the other hand, the paper titled [On the Constitutional Rule of Being Elected as the President of the Republic for two terms at most ” which has been published in the 3rd volume of the 46th issue of the Mülkiye Journal] criticized the assessments made in the previous article, arguing that presidential elections held during the term of the parliamentary system of government should be taken into account while implementing the said rule. The current study will examine the paper published in the Mülkiye Journal in this regard and seek an answer to the question of “whether or not the objections put forward in that paper legally invalidate the findings of the previous article on the meaning, the scope and the manner of the application *ratione temporis* of Article 101 of the Constitution.”

Keywords

Presidential elections, two-term limitation for presidency, notion of law, formalistic understanding of law, interpretation methods, parliamentary commission report, application *ratione temporis* of statutes

Extended Summary

The rule stating that a person may only be elected as the President of the Republic for a maximum of two terms as regulated in Paragraph 2 of Article 101 of the Constitution as amended by Law No. 6771 in 2017 has raised the question of whether or not presidential elections held during the term of the parliamentary system of government should be taken into account while implementing this rule. This question was analyzed by Prof. Dr. Mustafa Şentop in his article titled “The Rule of ‘Being Elected as President of the Republic for Two Terms at Most’ in the Executive Presidential System” which was published on March 2022 (Şentop, 2022). In that article, it has been put forth that the parliamentary period should not be taken into account while implementing Paragraph 2 of Article 101 of the Constitution during the presidential system of government, departing from the meaning given to that paragraph according to the legal interpretation methods and also from the principles concerning the application *ratione temporis* to of statutes. On the other hand, a paper titled “*On the Constitutional Rule of Being Elected as the President of the Republic for two terms at most*”, which was published by Kemal Başak on September 2022 (Başak, 2022), criticized the assessments made in the previous article, arguing that presidential elections held during the term of the parliamentary system of government should be taken into account while implementing the same rule.

The purpose of this article is to examine Başak’s (2022) paper, without making a fresh assessment of Article 101 of the Constitution and to seek an answer to the question of whether or not the objections put forward in Başak’s paper legally invalidate the findings of the previous article (Şentop, 2022) regarding the meaning, the scope and the manner of the application *ratione temporis* of Article 101 of the Constitution. In this regard, the reason for examining Başak’s paper here as a separate academic article on the same legal matter is the fact that Başak’s (2022) paper

provides an extensive summary of the opinions of academicians as well as politicians who expressed the view that, regardless of the change in the governmental system, all presidential elections should be taken into consideration while applying Article 101 of the Constitution, which has been the focal point of the public debate on the matter.

The views put forward in Başak’s (2022) paper are based on the presupposition that the constitutional rule regarding a person’s ability to be elected as the President of the Republic for a maximum of two terms was not amended by Law No. 6771 in 2017. The current paper thus, firstly examines this presupposition and seeks to answer the question of whether two separate Constitutional Articles were entered into force at separate times regarding the matter, as previously argued in Şentop’s (2022) article or whether only one Constitutional Article has been in force, as argued by Başak (2022). It is expected that the answer to this question, by determining whether the provision contained in Law no. 6771 of 2017 has a separate legal existence from the provision established by Article 4 of Law no. 5678 amending the Constitution in 2007, will provide a better understanding of the legal characteristic of the rule stating that a person may only be elected as the President of the Republic for a maximum of two terms. Thereafter, this article examines the legal validity of Başak’s (2022) objections with regard to Şentop’s (2022) assessments concerning the application *ratione temporis* of statutes, as well as the application of the literal and historical interpretation methods for determining the meaning of Paragraph 2 of Article 101 of the Constitution.”

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı – 2

Giriş

2017 yılında gerçekleştirilen halkoylaması sonucunda kabul edilen 6771 sayılı Kanun’la 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın çok sayıda maddesi değiştirilmiş, bu değişikliklerle Türkiye’de daha önce yürürlükte olan parlamenter hükümet sistemi yerini cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine bırakmıştır. Anayasa değişikliğine ilişkin 6771 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra, söz konusu kanunun 7’nci maddesiyle değiştirilen Anayasa’nın 101’inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” cümlesinin uygulanma şekli kamuoyunda tartışmalara sebep olmuş, öğretilerde de konu hakkında birbirinden farklı görüşler ileri sürülmüştür¹.

Bir Anayasa kuralı olan “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” hükmünün gelecekte yapılacak Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde aday olabilecek kimseleri doğrudan etkilemesi, hükmün uygulanma şekliyle ilgili tartışmayı siyaset biliminin de sahasına çekmekte ve konu hakkında yürütülen hukuki tartışmaya duyulan kamuoyu ilgisini artırmaktadır. Bu durumun doğurduğu sonuçlardan biri, tartışmanın zaman zaman ilkeler üzerinden değil, siyasi kişiler üzerinden yürütülebilmesi; konunun siyasi yönünün hukuki vechesini geri plana itebilmesidir.

Anayasa’nın 6771 sayılı Kanun’la değişik 101’inci maddesinin ikinci fıkrasına konu “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralı hakkında kapsamlı bir değerlendirme, 2022 yılının Mart ayında Türkiye Adalet Akademisi Dergisi’nde yayımlanan “*Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı*” başlıklı makale ile yapılmıştı². Bu çerçevede söz konusu makalede “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralı,

¹ Bkz Mustafa Şentop, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı’, (2022) (50) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 1; Hasan Tahsin Fendoğlu, ‘Cumhurbaşkanının Dönem Sınırı’, (2022) 2(69) Adalet Dergisi, 15; Cengiz Gül, ‘Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Dönem Sınırına İlişkin Hükümlerin Anayasal Yorumu (12. Cumhurbaşkanlığı İçin Dönem Sınırının Hukuki Analizi)’ (2022) 8(100) Social Sciences Studies Journal, 2306; Abdurrahman Eren, ‘Mevcut Cumhurbaşkanı kaç defa seçilebilir?’ (23 Temmuz 2018) <<http://www.kanuniesasi.com/2018/07/23/mevcut-cumhurbaşkanı-kaç-defa-seçilebilir/>> Erişim Tarihi 02 Ocak 2023; Adnan Küçük, ‘Recep Tayyip Erdoğan 2023 Seçimlerinde Cumhurbaşkanlığına Aday Olabilir Mi?’ (23 Eylül 2020) <<https://www.turktime.com/yazar/recep-tayyip-erdogan-2023-seçimlerinde-cumhurbaşkanlığına-aday-olabilir-mi/15070/>> Erişim Tarihi 02 Ocak 2023. Ayrıca bkz Kemal Başak, ‘Anayasa’nın İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı Üzerine...’ (2021) (1) Ankara Barosu Dergisi, 327 vd; Tolga Şirin, ‘Recep Tayyip Erdoğan yeniden cumhurbaşkanı aday olabilir mi?’ (08 Nisan 2021) <<https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/recep-tayyip-erdogan-yeniden-cumhurbaşkanı-aday-olabilir-mi,30518/>> Erişim Tarihi 02 Ocak 2023; Şule Özsoy Boyunsuz, ‘Anayasamıza Göre Cumhurbaşkanının Dönem Sınırı’ (2018) (14) Hukuk Defterleri <<https://hukukdefterleri.com/anayasamıza-gore-cumhurbaşkanının-donem-siniri/>> Erişim Tarihi 02 Ocak 2023; Murat Sevinç, ‘Hayret verici bir ‘Anayasa’ yorumu!’, (11 Haziran 2018) <<https://www.diken.com.tr/hayret-verici-bir-anayasa-yorumu/>> Erişim Tarihi 02 Ocak 2023; Ali D. Ulusoy, ‘Erdoğan’ın 3. Dönem adaylığı: Olan hukuk mu, olması gereken hukuk mu?’ (04 Ocak 2023) <<https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/erdogan-in-3-donem-adayligi-olan-hukuk-mu-olmasi-gereken-hukuk-mu,38093/>> Erişim Tarihi 04 Ocak 2023.

² Şentop, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı’ (n 1).

“parlamenter hükümet sistemi döneminde yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin, en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilme kuralının yeni hükümet sistemi döneminde uygulanmasında dikkate alınıp alınmayacağı” sorusu³ etrafında incelenmişti. Makalede, öncelikle “klasik yorum yöntemlerinden, bu kapsamda lafzî, tarihi ve sistematik yorum yöntemlerinden hareketle söz konusu Anayasa kuralının anlamını ve kapsamını belirlemek”; akabinde “aynı kuralı, kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin ilkeler çerçevesinde ele almak” şeklinde bir metodoloji izlenmişti⁴. Bu yöntemlerin izlenmesi sonucunda da “Anayasa’nın 6771 sayılı Kanun’la değişik 101’inci maddesine klasik yorum yöntemlerinden hareketle verilen anlamların, birbirleriyle tutarlı şekilde, ‘bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir’ kuralının uygulanmasında parlamenter hükümet sistemi döneminin Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin dikkate alınmamasını gerektirdiği” tespit edilmiş⁵; ayrıca kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin ilkelerden hareketle de 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe giren “bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” hükmünün “aksi açıkça öngörülmediği sürece, kanunların derhal uygulanması prensibi uyarınca ancak 30.04.2018 tarihinden sonra yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde iki defa Cumhurbaşkanı seçilen kişiler hakkında uygulanma kabiliyetine sahip” olduğu sonucuna ulaşılmıştı⁶.

“Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” kuralı hakkında yaptığımız bu değerlendirmeye ve ulaşılan sonuca, kısa zaman önce Kemal Başak tarafından bir cevap kaleme alınmıştır⁷. Çalışmasında konuyu teorik yönden incelemek yerine, 12. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın 2023 yılında gerçekleştirilecek seçimlerde aday olup olamayacağı meselesine odaklanarak ele aldığı görülen⁸ Başak, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı” başlıklı çalışmamızda yer verilen tespitlere yönelik değerlendirmelerde bulunmuştur. Anılan tespitlere 3 noktada itiraz eden Başak; klasik yorum yöntemleri kapsamındaki “lafzî yorum” ile “tarihi yorum” yöntemlerinden hareketle Anayasa’nın 101’inci maddesinin ikinci fıkrasına verdiğimiz anlamı eleştirmiş ve çalışmada “kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin ilkelerin” Anayasa’nın 101’inci maddesi bağlamında ele alınma şekline karşı çıkmıştır⁹. Çalışmamızdaki sistematik yorum yöntemine ilişkin değerlendirmelere bir itirazı bulunmadığı görülen Başak, yukarıdaki 3 başlıkta dile getirdiği itirazlarla konu hakkındaki tespitlerimizi çürüttüğünü varsayarak, “Anayasa’nın 101. maddesinin

³ ibid 4.

⁴ Bkz ibid 4 vd.

⁵ ibid 36.

⁶ ibid 37.

⁷ Bkz Başak (n 1). Söz konusu makalede yazarın künye kısmı boş olduğu, internet üzerinden yapılan taramalarda yazarın kimliği hakkında bir bilgi edinilemediği ve aynı isimle yayımlanan başka herhangi bir akademik çalışmaya ulaşılamadığı için, makalenin yazarı olarak görünen Kemal Başak’ın mesleki veya akademik unvanı hakkında bir bilgiye erişilememiştir.

⁸ ibid 898.

⁹ Bkz ibid.

ikinci fıkrasındaki ‘bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir’ kuralının, hükümet sistemi ayrımı gözetmeden tüm Cumhurbaşkanlığı seçimleri birlikte ele alınarak uygulanması gerektiği” sonucuna ulaşmıştır.

Bu çalışmada ise 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 6771 sayılı Kanun’la değişik 101’inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralı hakkında yeni bir değerlendirme yapılmadan, *Başak*’ın çalışmasında ortaya konulan değerlendirmeler ele alınacak; bu kapsamda *Başak*’ın itirazlarının, kuralın anlamı ve uygulanma şekli noktasında 2022 yılının Mart ayında yayımlanan makalemizde ortaya konulan tespitleri gerçekten hukuken geçersiz kılıp kılmadığı sorusu yanıtlanacaktır. Bu noktada *Başak*’ın yazısının aynı konu hakkında kaleme alınan yeni bir çalışma ile incelenmesinin sebebi, “*Anayasa’nın 101’inci maddesinin hükümet sistemi ayrımı gözetilmeksizin tüm Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin dikkate alınması suretiyle uygulanması gerektiği*” yönünde kamuoyunda, akademik veya siyasi kimliği bulunan çeşitli kimselerce ileri sürülen düşüncelerin bir özetini içermekte olmasıdır.

Bu kapsamda çalışmada öncelikle *Başak*’ın, yazısında yer verdiği düşüncelerini temellendirdiği “*Anayasa’da yer alan ‘bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir’ kuralının 6771 sayılı Kanun’la değiştirilmediği*” varsayımı incelenecek; tartışmalara konu Anayasa hükmünün hukuken, savduğumuz gibi iki tane mi, yoksa gerçekten *Başak*’ın ileri sürdüğü şekilde bir tane mi olduğu sorusuna cevap aranacaktır. Böylece inceleme konusu olan “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının hukuki mahiyetinin (Anayasa’yı daha önce değiştiren 5678 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesi hükmünden farklı bir hukuki varlığa sahip olup olmadığı) tespit edilmesinden sonra, söz konusu soruya verilecek cevapla olan ilgi dereceleri dikkate alınarak, *Başak*’ın sırasıyla kanunların zaman bakımından uygulanmasına, lafzi yorum yöntemine ve tarihi yorum yöntemine ilişkin olarak yaptığımız değerlendirmelere yönelttiği itirazların hukuken geçerliliği meselesi üzerinde durulacaktır.

I. Konu Hakkında İki Ayrı Kanunun Varlığı Meselesi

Mart 2022 tarihli makalemizin muhtelif yerlerinde “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının 6771 sayılı Kanun’la yeniden yazılarak düzenlendiğini ve “*her ne kadar meri 101’inci maddedeki kuralla bire bir aynı kelimelerden müteşekkil olsa da, Anayasa’nın 5678 sayılı Kanun’la değiştirilen 101’inci maddesinin diğer bir ifadeyle 101’inci maddenin 5678 sayılı Kanun’la yeniden düzenlenen metninin 30.04.2018 tarihinden itibaren mülga*” olduğunu ifade etmiş; ayrıca çalışmanın devamında, “*6771 sayılı Kanun’un yürürlüğü öncesinde ve sonrasında hukuk âleminde iki ayrı 101’inci maddenin var olduğunu, Cumhurbaşkanı*

seçim usulüne ilişkin bu iki maddeden birincisinin 31.05.2007 tarihli ve 5678 sayılı Kanun’la kabul edildiğini, 31.10.2007 tarihinde yürürlüğe girdiğini ve 6771 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 30.04.2018 tarihinde yürürlükten kaldırıldığını, ikinci 101’inci maddenin ise 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun’la kabul edilip, 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe girdiğini ve halen yürürlükte olduğunu” belirtmiştik¹⁰.

Başak ise yazısında bu değerlendirmelerimize karşı çıkmaktadır. Çalışmasının muhtelif yerlerinde,

“... bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceğine ilişkin kuralı içeren 101. maddenin ikinci fıkrası hükmü aynı biçimde korunmasına rağmen ...”

“... Şentop, herhangi bir cümleyi ya da bir kelimeler dizisini, sıradan bir metin olmanın ötesinde ‘kanun hükmü’ yapan şeyin, kanun koyucunun bu noktadaki iradesi olduğunu belirtiyor; fakat bu iradenin nihai olarak metnin sözü içinde cisimleşmesi gerektiğini göz ardı ediyor. Somut metne, yani kanun hükmüne gereğince yansıtılmamışsa; kanun hükmünün sözünün dışında soyut bir irade araştırma yoluyla hükmün sözünün yönünü değiştirmeye çalışmak hukuk mantığı içinde ne ölçüde himaye görebilir?”

“... ‘Kanun koyucunun iradesi’ gibi sınırları belirsiz ve herkesçe farklı şekillerde yorumlanabilecek muğlak soyutlamalar; uygulamacılar için mutlak bir ölçüt oluşturmaz. ...”

“Şentop, iki defadan fazla Cumhurbaşkanı seçilememe kuralını iki ayrı hükümet sistemi için ayrı ayrı işletmek istediği için, Anayasa’nın 101. maddesinin varlığını zaman yönünden parçalamaktadır: 6771 sayılı Kanun’dan önceki 101. madde ve 6771 sayılı Kanun’dan sonraki 101. madde ayrımı. Ayrımın madde hükümlerinin değişen içeriği yönünden yapılmasında bir sakınca yoktur, çünkü madde 6771 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Fakat sorun iki ayrı 101. maddenin varlığının savunulması noktasında düğümlenmektedir.”

“Kanun tekniğinde bir maddenin tümüyle değiştirilmesi (yani ‘Anayasa’nın 101. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir’ gibi bir değiştirme yönteminin izlenmesi), o maddenin değişiklik öncesi varlığı ile değişiklik sonrası varlığı arasında bir kesilme yaratmaz. Madde, kanunun sürekliliği içindeki varlığını sürdürmektedir; biçimsel yönüyle aynı maddedir; sadece içerdiği hükümler değişmiştir. Bu bakımdan ‘değişiklik öncesi madde ile değişiklik sonrası madde, iki ayrı maddedir’ tezi kanun tekniği düzeyinde geçerli değildir.”

“... Örneğin bugün Anayasa’nın 101. maddesi değiştirilmek istense ‘Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 101. maddesinin 6771 sayılı Kanunla değişik biçimi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir’ gibi bir kalıp kullanılmayacaktır; maddenin sürekliliği ve değişen hükümlerinin birikimli yapısı veri alınarak ‘Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 101. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir’ ifadesi kullanılacaktır.”

“Şentop, kendi tezini desteklemek için iki ayrı 101. maddenin varlığını kanıtlamaya çalışırken ısrarlı olarak, 101. maddenin eski biçiminin 6771 sayılı Kanunla ‘yürürlükten kaldırılıp’ yenisinin yürürlüğe konulduğunu belirtmektedir.”

“... Teknik açıdan hatalı olan ‘yürürlükten kaldırma’ nitelemesine başvurulmuş olmasının

¹⁰ Bkz Şentop, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı’ (n 1) 8, 17, 18, 22, 23.

nedenini ayırt etmek güç değildir. Burada, teknik açıdan birbirinden farklı olan ‘değiştirme’ ve ‘yürürlükten kaldırma’ işlemleri arasında bir anlam kayması yaratılarak (yani ‘değiştirme’ işlemi, eski hükmün ‘yürürlükten kaldırılması’ gibi sunulur) 5678 sayılı Kanun’un kabul edildiği 2007 yılından bu yana değişmeden kalan ‘Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.’ hükmünün tarihsel sürekliliği, maddenin tarihsel sürekliliği parçalanmak suretiyle kesintiye uğratılmaya çalışılmaktadır. Bu nedenlerle, iki ayrı 101. madde yaratma çabasının teknik düzeyde bir karşılığı yoktur. 101. madde, 1982 Anayasası’nın sürekliliği içindeki varlığını, belli başlı hükümleri deyişse de korumaktadır.”

“İki ayrı 101. madde yoktur, 5678 sayılı Kanun ve 6771 sayılı Kanun ile deyişikliğe uğramış (ancak konumuzu ilgilendiren hükmü aynı kalmış olan) tek bir 101. madde vardır.”

hususlarını ifade eden¹¹ Başak’a göre, Anayasa’nın “bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” şeklindeki kuralı deyişmemiştir; dolayısıyla hukuk alanında bir kişinin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceği konusunda iki ayrı kural değıl, tek kural vardır.

Diğer taraftan Başak, daha önce değındiğimiz gibi, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 101’inci maddesindeki “bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” kuralının 2017 yılında halkoylamasına sunulan 6771 sayılı Kanun’la değıştirilmediğini iddia eden tek yazar değıldir. Başka yazarların konuyla ilgili değılendirmelerinde de, Anayasa’nın 101’inci maddesinde yer alan ve iki defadan fazla Cumhurbaşkanı seçilebilmeyi yasaklayan hükmün 6771 sayılı Kanun’la değıştirilmediği yönünde görüşler ileri sürülmüştür¹².

Bu noktada öncelikle belirtilmelidir ki burada tartışılan, elbette, Anayasa’nın 6771 sayılı Kanun’la değıştirilmeden önceki ve değıştirildikten sonraki hallerinde, 101’inci maddede yer alan “bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” kuralının metin itibarıyla (yani kuralı oluşturan ifadeler bakımından) deyişikliğe uğrayıp uğramadığı değıldir. Türkçe okuma yazma bilen her insanın, Anayasa’nın 101’inci maddesinin 6771 sayılı Kanun’a konu deyişiklik öncesindeki ve sonrasındaki hallerini kıyaslamak suretiyle tespit edebileceği bu hususun hukuken tartışılmaya değıer hiç bir yönü bulunmamaktadır. Nitekim Başak’ın bu konudaki görüşlerimizle karşı çıktığı makalemizde, Anayasa’nın 101’inci maddesinin ikinci fıkrasının içerik (metin) yönünden bir deyişikliğe uğramadığını defaatle beyan etmiş bulunuyoruz¹³.

Bu durumda tartışılması hukuken anlam ifade eden soru, esasen önceki makalede bir tablo aracılığıyla¹⁴ anlaşılması kolay bir şekilde ortaya koyduğumuz üzere, “Türk Pozitif Hukukunda bugüne kadar yürürlüğe giren ‘bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir’ şeklinde 1 (bir) Anayasa kuralının mı yoksa 2

¹¹ Bkz Başak (n 1) 901, 916, 917, 918, 919.

¹² Bkz Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (n 1) 843-845; Kaboğlu (n 1) 332; Şirin (n 1); Özsoy Boyunsuz (n 1); Sevinç (n 1); Başak (n 1).

¹³ Şentop, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı’ (n 1) 17, 20, 36.

¹⁴ Bkz ibid 24, 25.

(iki) Anayasa kuralının mı bulunduğu” sorusudur. Her ne kadar yukarıda değinilen, Anayasa’nın 101’inci maddesinin 6771 sayılı Kanun’la değiştirilmeden önceki ve değiştirildikten sonraki hallerinin içerik (metin) bakımından aynı olup olmadığı meselesine göre hukuk bilimi açısından daha teknik bir tartışmaya tekabül etse de, aslında bu soru da, Resmî Gazete’de yayımlanan kanun metinleri üzerinde geçmişe dönük bir tarama yapılarak, “bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” kuralını muhtevi Anayasa değişikliği kanunlarının teker teker sayılması suretiyle cevaplanması kolayca mümkün olan bir sorudur.

Bununla birlikte nitelik açısından bu tartışma, “bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” kuralının uygulanma şekliyle bağlantılı olarak, gerek yorum yöntemleri yoluyla anlamı ve kapsamı tespit edilmeye çalışılan normun pozitif hukukta hangi kanun hükmü olduğunun belirlenmesi, gerekse yorum yöntemleri dışında konu hakkında kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin ilkelerin tatbikine gerek olup olmadığına belirlenmesi meselesi olduğundan, ayrıntılı şekilde ele alınmayı hak etmektedir. Dolayısıyla bu başlık altında konu, temel bir noktadan, Türk Hukukunda kanunun ne olduğu sorusundan başlanmak suretiyle ele alınarak, pozitif hukukumuzda bugüne kadar ikiden fazla Cumhurbaşkanı seçilmeyi yasaklayan kaç Anayasa normunun yürürlük kazandığının ortaya konmasına çalışılacaktır.

A. Kanun Nedir?

Anayasa Hukuku öğretisinde kanun kavramı biri maddi diğeri şekli yönden olmak üzere iki farklı şekilde tanımlanmakta; bu iki kanun tanımından Türk Hukukunda geçerli olanın, şekli anlamda kanun anlayışı olduğu kabul edilmektedir¹⁵. Buna göre Türk pozitif hukukunda kanun kavramıyla ifade edilen, şekli anlamda kanun anlayışına uygun olarak, yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, kanun adı altında ve kanun yapma usulüne uygun şekilde kabul edilip yürürlüğe konulan kural işlemlerdir¹⁶. Diğer bir ifadeyle hukukumuzda kanun, yasama organının “kanun” adı altında, Anayasa’nın öngördüğü usul kurallarına uygun şekilde hazırlayıp geçerlilik kazandırdığı iradesidir. Bu tanımın doğal sonucu şudur: yasama organının farklı tarihlerde, Anayasa’da öngörülen kanun yapma usulünü ayrı ayrı takip etmek suretiyle geçerlilik kazandırdığı ve dolayısıyla farklı isimler taşıyan kanunlar, içerikleri (metinleri) aynı olsa bile, birbirinden farklı kanunlardır.

Dolayısıyla Türk pozitif hukukunda “bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” şeklinde bir hüküm sevk ederek yürürlüğe giren kaç tane kanunun

¹⁵ Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukukuna Giriş* (1. Bası, Adres 2004) 261; Zafer Gören, *Anayasa Hukuku* (1. Bası, Seçkin 2006) 160; Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku* (20. Bası, Beta 2020) 317; Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku* (14. Bası, Seçkin 2021) 200; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (n 1) 676-677.

¹⁶ Gören (n 15) 159; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku* (24. Bası, Beta 2020) 17; Tanör ve Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku* (n 15) 317; Osman Korkut Kanadoğlu ve Ahmet Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (1. Bası, On İki Levha 2020) 360; Süheyl Batum, Didem Yılmaz ve Serkan Köybaşı, *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Genel Esaslar*, (1. Bası, On İki Levha 2021) 250; Atar (n 15) 202; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (n 1) 687-688, 717.

bulunduğu sorusu, Türkiye Büyük Millet Meclisinde kanun adı altında kabul edilen ve “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” şeklinde bir irade ortaya koyan kaç tane hukuki işlem bulunduğu sorusudur.

B. Hukuk Tekniği Açısından Anayasa da Bir Kanundur

Hukukumuzda kanun kavramının ne anlama geldiği ortaya konduktan sonra, bir kimsenin iki defadan fazla Cumhurbaşkanı seçilemeyeceğini öngören kaç tane Anayasa hükmü bulunduğu sorusu irdelenirken üzerinde durulması gereken diğer bir husus, teknik anlamda Anayasanın da bir kanun olduğudur. Bu bağlamda normlar hiyerarşisinin en üstünde ve dolayısıyla kanunlardan ve kural (düzenleyici) işlem niteliğindeki diğer her türlü hukuki tasarruftan üstün bulunmakla birlikte, Anayasa ve dolayısıyla Anayasa değişikliği kanunları da teknik anlamda bir kanundur¹⁷. Anayasayı bu anlamda diğer kanunlardan ayıran temel özellik, onun değiştirilmesinin normal kanunların değiştirilmesine nazaran özel bazı koşullara bağlanması ve bu sebeple daha zor olmasıdır¹⁸.

Esasen Anayasa'nın ve Anayasa değişikliklerinin teknik anlamda birer kanun olduğunu ortaya koymak açısından, şekli anlamda kanun anlayışına uygun şekilde, Anayasa'yı hazırlayan aslı kurucu iktidar ile Anayasa'yı değiştiren tali kurucu iktidarın bu işlemlere verdikleri isimlere bakmak yeterlidir. Bu anlamda aşağıdaki tablolarda alıntılanan Resmî Gazete kesitlerinden de görüleceği üzere teknik anlamda 1961 Anayasası, 9.7.1961 tarihli ve 334 sayılı Kanun; 1982 Anayasası ise 18.10.1982 tarihli, 2709 sayılı Kanun'dur. Ancak tarihleri ve sayıları bu şekilde olan kanunların isimleri ise “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*”dır.

Tablo 1 ve 2. 1961 ve 1982 Anayasası'nın, sırasıyla, 20.7.1961 tarihli, 10859 sayılı ve 20.10.1982 tarihli, 17844 sayılı Resmî Gazetelerde yayımlanan künyelerini

KANUN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI

Kanun No : 334

Kabul tarihi : 9/7/1961

II. Cumhuriyetin nitelikleri. MADDE 2 — rına ve başlangıçta millî, demokratik, I

III. Devletin MADDE 3 —

¹⁷ “Diğer hukuk kurallarının ve yasaların üzerinde, onlardan daha temelli, daha geniş kapsamlı, neredeyse onları doğuran, onlara analık eden, dayanak olan (temel) yasa” Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı* (3. Bası, Gerçek 1977) 6; “Anayasa olarak adlandırılan metin – çoğunlukla – aslında bir kanundur. Ancak diğer kanunlara göre bazı farklılıklar gösterdiği için özel bir kanundur.” Batum, Yılmaz ve Köybaşı (n 16) 244; “‘Dar (şekli) anlamda anayasa’ ise, ihtiva ettiği kuralların niteliği ne olursa olsun, genellikle ailede kanunlardan farklı şekil ve usullere uyularak yapılan ve anayasa adını taşıyan bir kanundur” Atar (n 15) 24; “Anayasa, mahiyeti itibarıyla bir kanun olduğundan...” Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı* (1. Bası, Bahçeşehir Üniversitesi 2014) 168.

¹⁸ Batum, Yılmaz ve Köybaşı (n 16) 246.

KANUN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI

Kanun No. : 3709

Kabul tarihi : 18/10/1982

Anayasa değişiklikleri açısından ise yürürlükte bulunan 1982 Anayasası'nın 175'inci maddesi uyarınca Anayasada değişiklik yapılabilmesi, ancak Mecliste nitelikli çoğunlukla teklif edilecek, özel usullerle görüşülecek ve yine nitelikli çoğunlukla ve hatta bazen halkoylaması sonucunda kabul edilecek kanunlarla mümkün olabilecektir. Anayasa bu şekilde normal kanunlardan oldukça farklı bir usule tâbi kıldığı kanunları, “*Anayasa değişikliklerine ilişkin kanun*” şeklinde isimlendirmektedir. (AY m.175/3)

Dolayısıyla gerek kamuoyunda gerek kolaylık açısından bilimsel çalışmalarda Anayasa değişikliği olarak kısa şekilde isimlendirilen mefhum, esasen teknik anlamda bir kanun olan Anayasa metninde, teklif edilmesi, görüşülmesi ve kabul edilmesi özel usullere tâbi olan bir başka kanunla değişikliğe gidilmesidir. Bu çerçevede çalışmanın konusunu oluşturan 2017 tarihli Anayasa değişikliği, 21.01.2017 tarihli, 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının değiştirilmesi, daha kısa şekilde ifade etmek gerekirse, 6771 sayılı Kanun'la 2709 sayılı Kanun'un değiştirilmesi şeklinde gerçekleştirilmiştir.

Tablo 3. 1982 Anayasası'nda 2017 yılında değişiklik yapan 6771 sayılı Kanun'un Resmî Gazete'de yayımlanan künyesi

11 Şubat 2017 CUMARTESİ

Resmî Gazete

Sayı : 29976

KANUN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASINDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 6771

Kabul Tarihi:21/01/2017

MADDE 7 – 2709 sayılı Kanununun 101 inci maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“A. Adaylık ve seçimi

MADDE 101 – Cumhurbaşkanı, kırk yaşını doldurmuş, yükseköğrenim yapmış, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip Türk vatandaşları arasından, doğrudan halk tarafından seçilir.

Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.

C. En Fazla İki Defa Cumhurbaşkanı Seçilebilmeyi Öngören Kanun Sayısı

Hukumumuzda kanunun tanımının ne olduğu ve Anayasa değişikliklerinin de teknik anlamda birer kanun olduğu ortaya konduktan sonra, Türk Hukukunda “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” şeklinde bir irade belirten kaç tane

Anayasa hükmünün yürürlüğe girdiği sorusunun cevabı aranırken izlenilecek yöntem şu olacaktır: Kanun koyucunun Anayasa değişikliği yapım usulüne riayet ederek ve Anayasa değişikliği kanunu adı altında yürürlüğe koyduğu kaç tane “*bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının bulunduğu tespit edilecektir.

Bu çerçevede ilk olarak 31.10.2007 tarihinde yürürlüğe giren¹⁹ 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 4’üncü maddesi, “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” hükmünü muhtevindir. Bu madde Anayasa’nın 101’inci maddesini bütünüyle değiştirmekte ve “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” cümlesinin, Anayasa’nın 101’inci maddesinde yer alan hükümler arasında (ikinci fıkranın, ikinci cümlesi olarak) yer alması doğrultusunda bir irade ortaya koymaktadır. Somutlaştırmak gerekirse, “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” cümlesinin bir Anayasa normu haline gelmesi için 3.5.2007 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulan teklifte bu cümleye yer verilmiş²⁰, söz konusu cümle (içinde bulunduğu madde ile birlikte) Anayasa Komisyonu’nda kabul edilmiş²¹, daha sonra bu cümlelerin bir Anayasa kuralı olması doğrultusunda 550 milletvekilinin 369’u olumlu oy kullanmış²² ve en son 21.10.2007 tarihinde yapılan halkoylamasında oy kullanan seçmenlerin %68,95’inin “evet” oylarıyla²³ anılan cümle bir Anayasa hükmü halini almıştır. (“*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” şeklinde bir Anayasa kuralının yürürlüğe girmesini öngören 1. kanun / 1. kanun koyucu iradesi)

Ancak 5678 sayılı Kanun’un değiştirdiği Anayasa’nın 101’inci maddesi daha sonra 2017 yılında, 6771 sayılı Kanun’la bir değişikliğe daha uğramıştır. 6771 sayılı Kanun’un 7’nci maddesi, 2709 sayılı Anayasa’nın 101’nci maddesini başlığıyla birlikte değiştirmiş; bunu yaparken 101’inci maddeyi yeniden kaleme almış ve yeniden yazdığı 101’inci maddede “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” cümlesine, yine ikinci fıkranın ikinci cümlesi olarak tekrar yer vermiştir.

¹⁹ Bkz 31.10.2007 tarihli ve 26686 sayılı Resmî Gazete

²⁰ TBMM, ‘2/1015 Esas Numaralı Kanun Teklifi’ <<https://www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-1015.pdf>>. Belirtilmelidir ki bu teklif TBMM tarafından 5660 sayılı Kanun olarak kabul edilmiş ancak bu Kanunun yayımlanması Cumhurbaşkanınca uygun görülmemiştir. Bunun üzerine TBMM teklifi daha sonra bir kez daha görüşmüş ve teklif, halkoylaması neticesinde 5678 sayılı Kanun olarak yasalaşmıştır.

²¹ TBMM, ‘D. 22 Y. 5 Sıra Sayısı: 1433, 10.5.2007 Tarihli ve 5660 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ve Anayasanın 89 uncu ve 104 üncü Maddeleri Gereğince Cumhurbaşkanınca Bir Daha Görüşülmek Üzere Geri Gönderme Tezkeresi ile Anayasa Komisyonu Raporu’ <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1433m.htm>>

²² Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5678, Kabul Tarihi: 31.05.2007, <<https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5678.html>>

²³ Yüksek Seçim Kurulu, 873, 30.10.2007 <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/10/20071031-16.htm>>

Tablo 4. 6771 sayılı Kanun'un Resmî Gazete'de yayımlanan metni (vurgu eklenmiştir)	
KANUN	
TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASINDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN Kanun No. 6771	Kabul Tarihi:21/01/2017
...	
MADDE 7 – 2709 sayılı Kanununun 101 inci maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.	
“A. Adaylık ve seçimi	
MADDE 101 – Cumhurbaşkanı, kırk yaşını doldurmuş, yükseköğrenim yapmış, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip Türk vatandaşları arasından, doğrudan halk tarafından seçilir. Cumhurbaşkanı'nın görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.	
...	
Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin diğer usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”	

Karışıklığa neden olmaması açısından daha somut bir şekilde ifade etmek gerekirse, 6771 sayılı Kanun'un yasalaşma sürecinde “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” cümlesinin bir kere daha Anayasa normu haline gelmesi için 10.12.2016 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulan teklifte bu cümleye yer verilmiş²⁴, söz konusu cümle (içinde bulunduğu madde ile birlikte) Anayasa Komisyonu'nda kabul edilmiş²⁵, daha sonra bu cümle'nin bir Anayasa kuralı olması doğrultusunda 550 milletvekilinin 340'ı olumlu oy kullanmış²⁶ ve en son 16.04.2017 tarihinde yapılan halkoylamasında oy kullanan seçmenlerin %51,41'inin “evet” oylarıyla²⁷ anılan cümle yeniden bir Anayasa hükmü halini almıştır. (“*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” şeklinde bir Anayasa kuralının yürürlüğe girmesini öngören 2. kanun / 2. kanun koyucu iradesi)

Bu silsilenin doğal sonucu şudur: Türk pozitif hukukunda bugüne kadar yürürlük kazanan “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” şeklinde 2 Anayasa kuralı vardır. Çünkü Türk Hukukunda kanun, yasama organının ‘kanun’ adı altında, Anayasa'nın öngördüğü usul kurallarına uygun şekilde hazırlayıp geçerlilik kazandırdığı kural işlemleri ifade etmektedir. “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” cümlesi ise Türkiye Büyük Millet Meclisinde farklı tarihlerde 2 ayrı Anayasa değişikliği kanunu teklifine konu edilmiş, Anayasa Komisyonu tarafından farklı tarihlerde 2 defa

²⁴ TBMM, ‘2/1504 Esas Numaralı Kanun Teklifi’ <<https://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1504.pdf>> Teklifin 8’inci maddesi.

²⁵ TBMM, ‘D. 26 Y. 2 Sıra Sayısı: 447, Adalet ve Kalkınma Partisi Genel Başkanı İzmir Milletvekili Binalı Yıldırım ve Grup Başkanvekilleri Kayseri Milletvekili Mustafa Elitaş, Amasya Milletvekili Mehmet Naci Bostancı, Aksaray Milletvekili İlknur Inceöz, Çanakkale Milletvekili Bülent Turan ve İstanbul Milletvekili Mehmet Muş ile 310 Milletvekilinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1504) ve Anayasa Komisyonu Raporu’ <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss447.pdf>>

²⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6771, Kabul Tarihi: 21.01.2017 <<https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6771.html>>

²⁷ Yüksek Seçim Kurulu, 663, 27.04.2017 <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170427M1.htm>>

oylanmış ve kabul edilmiş, yine Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda da farklı tarihlerde 2 defa (ayrı ayrı) gizli oylama ile kabul edilmiş ve son olarak biri 21.10.2007 tarihinde, diğeri ilkinden yaklaşık on sene sonra 16.04.2017 tarihinde olmak üzere farklı tarihlerde gerçekleştirilen 2 ayrı halkoylamasında Türk Milleti tarafından bir Anayasa kuralı olarak kabul edilmiştir.

Yukarıda özetlenen tüm bu silsileyi görmeyip, *Başak*'ın yaptığı gibi bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceğini öngören kesintisiz ve bir tane Anayasa kuralı bulunduğunu iddia etmek²⁸, kanun hükümlerini yasama tasarruflarından soyutlayıp sadece lafızlarına göre nitelendirmek ve aynı kelimelerden müteşekkil kuralların her durumda aynı kanun hükmü olduğunu savunmak demektir. Oysa önceki makalemizde belirttiğimiz gibi, herhangi bir lafzı “kanun hükmü” yapan şey, o lafzın kanun hükmü olması noktasındaki yasama organı iradesidir²⁹. Bu iradenin tezahür şekli ise Anayasa’da ve TBMM İçtüzüğü’nde öngörülen kanun yapma usulünün tamamlanmasıdır. Bir tablo aracılığıyla konuyu görselleştirmek gerekirse:

Tablo 5. ‘Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir’ kuralının kanun koyucu tarafından iki defa Anayasa normu olarak kabul edilmesine ilişkin bilgiler (mevzuat metinlerine vurgu eklenmiştir)	
Birinci (1.) “ <i>Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir</i> ” kuralı	İkinci (2.) “ <i>Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir</i> ” kuralı
Kanun 1: 5678 sayılı Kanun’un 4. maddesi	Kanun 2: 6771 sayılı Kanun’un 7. maddesi
Kanun 1’in Yayınlandığı Resmî Gazete: 16.06.2007 tarihli, 26554 sayılı Resmî Gazete ³⁰	Kanun 2’nin Yayınlandığı Resmî Gazete: 11.02.2017 tarihli, 29976 sayılı Resmî Gazete ³¹
Kanun No.5678 ... MADDE 4 - Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 101 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir . «MADDE 101 – Cumhurbaşkanı, kırk yaşını doldurmuş ve yüksek öğrenim yapmış Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya bu niteliklere ve milletvekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından, halk tarafından seçilir. Cumhurbaşkanı’nın görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir. ... Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer.”	Kanun No.6771 ... MADDE 7 – 2709 sayılı Kanununun 101 inci maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir . “A. Adaylık ve seçimi MADDE 101 – Cumhurbaşkanı, kırk yaşını doldurmuş, yükseköğrenim yapmış, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip Türk vatandaşları arasından, doğrudan halk tarafından seçilir. Cumhurbaşkanı’nın görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir. ... Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin diğer usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”

²⁸ Başak (n 1) 919.

²⁹ Şentop, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı’ (n 1) 23.

³⁰ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5678, Kabul Tarihi: 31.05.2007, RG 16.06.2007/26554, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/06/20070616-1.htm>>

³¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6771, Kabul Tarihi: 21.01.2017, RG 11.02.2017/29976 <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/02/20170211-1.htm>>

<p>Birinci (1.) “Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” kuralının yasalaşmasına dair kanun koyucu iradesinin tezahür şekli: Söz konusu kuralın bir Anayasa hükmü olması doğrultusunda TBMM Genel Kurulunda 31.05.2007 tarihinde yapılan oylamada 369 milletvekilinin olumlu oy kullanması³² ve 21.10.2007 tarihinde yapılan halkoylamasında seçmenlerin %68,95 oranındaki evet oyu³³</p>	<p>İkinci (2.) “Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” kuralının yasalaşmasına dair kanun koyucu iradesinin tezahür şekli: Söz konusu kuralın bir Anayasa hükmü olması doğrultusunda TBMM Genel Kurulunda 18.01.2017 tarihinde yapılan oylamada 340 milletvekilinin olumlu oy kullanması³⁴ ve 16.04.2017 tarihinde yapılan halkoylamasında seçmenlerin %51,41 oranındaki evet oyu³⁵</p>
---	--

Görüleceği üzere “Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” şeklindeki kural bugüne kadar Türk Hukuku’nda iki defa Anayasa hükmü olarak kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir. Diğer bir ifadeyle ortada söz konusu cümleyi Anayasa kuralı haline getiren ve farklı tarihlerde tezahür eden iki ayrı kanun koyucu iradesi vardır. Bu bağlamda hukukumuzda bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceğini öngören iki ayrı kuralın bulunduğunu savunduğumuz makalede, *Başak*’ın iddia ettiği gibi “içeriği ve yönü tartışmalı olan ‘kanun koyucunun iradesi’ tezinin yardımı çağrılması”³⁶ gibi bir durum söz konusu değildir. Zira yukarıdaki tabloda açıkça görüleceği üzere, hukukumuzda bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceğini öngören iki ayrı kanun koyucu iradesinin varlığı son derece açıktır ve burada kullanılan “kanun koyucu iradesi” kavramı, içeriği ve yönü tartışmalı, soyut bir kavram değil; bilakis, 31.05.2007 ve 18.01.2017 tarihlerinde TBMM Genel Kurulunda yapılan oylamalarda, ayrıca 21.10.2007 ve 16.04.2017 tarihli halkoylamalarında tezahür eden son derece somut iki ayrı iradeye işaret eden bir kavramdır. Pozitif hukukumuz açısından yeterince somut ve tartışmasız olan bu gerçeği görmezden gelip, *Başak*’ın iddia ettiği gibi³⁷, bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceğine ilişkin kesintisiz ve tek bir Anayasa hükmünün varlığını savunmak, ancak, TBMM Genel Kurulunda ve halkoylamalarında kabul

³² TBMM Tutanak Dergisi, D.22, Y.5, C.160, B.118, (31.05.2007)

³³ https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=19935&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=20

³⁴ Yüksek Seçim Kurulu, 873, 30.10.2007.

³⁵ TBMM Tutanak Dergisi, D.26, Y.2, C.32, B.61, (18.01.2017)

³⁶ https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=22830&P5=H&PAGE1=1&PAGE2=103

³⁷ Yüksek Seçim Kurulu, 663, 27.04.2017.

³⁸ Başak (n 1) 916.

³⁹ ibid 919.

edilerek Resmî Gazete’de yayımlanan Anayasa değişikliği kanunlarından birini yok saymakla yahut görmezden gelmekle mümkün olabilecektir³⁸.

II. Aynı Konuda İki Ayrı Kanun Hükmünün Varlığının Hukuki Sonuçları (Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması)

A. İki Ayrı Kanun Hükmünün İki Ayrı Yürürlük Tarihinin Bulunması

Bir önceki bölümde gerekçeleri açıklandığı üzere Türk pozitif hukukunda bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceğine ilişkin ayrı ayrı iki kanun hükmü varsa bunun doğal sonucu, bu iki kanun hükmünün ayrı ayrı iki yürürlük tarihinin bulunmasıdır. Bu bağlamda her ne kadar iki hüküm aynı kelimelerden müteşekkil olsa da; bunlardan birinci hüküm kendisini yasalaştıran kanun koyucu iradesinin ortaya konduğu 2007 yılında, ikincisi ise kendisinin de içinde yer aldığı yeni Anayasa maddesini kabul eden 2017 tarihli yasama tasarruflarının akabinde yürürlüğe girmiştir.

Detaylandırmak gerekirse, Anayasa’nın 101’inci maddesini değiştiren 5678 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesinin metnine dâhil olan “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralı, 21.10.2007 tarihinde gerçekleştirilen halkoylaması sonucunda kabul edilmesinin ardından, (5678 Kanun’un 4’üncü maddesi ile değişik Anayasa’nın 101’inci maddesinin diğer hükümleri ile birlikte) 31.10.2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir³⁹.

Anayasa’nın 101’inci maddesini (tekrar) değiştiren 6771 sayılı Kanun’un 7’nci maddesinin metnine dâhil olan (ikinci) “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralı ise, 16.04.2017 tarihinde gerçekleştirilen halkoylamasının ardından,

³⁸ Nitekim çalışmada “*Şentop’un makalesini semptomatik bir okumaya tabi tuttuğumuzda, ‘kanun koyucunun iradesi’ gibi, üzerinde anlaşma sağlanması olanaksız belirsizlik alanlarına yönelme eğiliminin yanı sıra kavramsal belirsizlikler ya da anlam kaymaları da dikkat çekmektedir*”, “... 5678 sayılı Kanun’un kabul edildiği 2007 yılından bu yana değişmeden kalan ‘*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.*’ hükmünün tarihsel sürekliliği, maddenin tarihsel sürekliliği parçalanmak suretiyle kesintiye uğratılmaya çalışılmaktadır” gibi değerlendirmelerde bulunarak, “semptomatik okuma” ya da “tarihsel süreklilik” gibi hukuk biliminde karşılığı olmayan kavramlarla konuyu teknik alandan soyut ve sınırları belirsiz bir alana, hatta tarih sahasına taşıyan *Başak*’ın yaptığı da tam olarak budur; 5678 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesi ile 6771 sayılı Kanun’un 7’nci maddesinin lafızlarını görmezden gelmek. Bkz ibid 918, 919.

Ne var ki hukuk tekniği açısından kanun, tarihi bir metin değildir. O sebeple 5678 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesinin hükmü olan bir Anayasa kuralı ile 6771 sayılı Kanun’un 7’nci maddesinin hükmü olan bir Anayasa kuralı, aynı kelimelerden müteşekkil olsalar dahi, ayrı iki hukuk kuralıdır ve onları yasalaştıran kanun koyucu iradeleri farklı zamanlarda zuhur etmiştir. Hukukumuzda geçerli olan şekli anlamda kanun anlayışının gereği budur. Bu yalın gerçeği görmezden gelen *Başak*, bizi itham ettiği şeyi bizzat kendisi yapmakta; tarihsel süreklilik gibi hukuk dışı bir kavramı değil ama 6771 sayılı Kanun’un 7’nci maddesini, bir pozitif hukuk kuralını, içerdiği hükümler bakımından parçalamaktadır. Zira *Başak*’a göre 6771 sayılı Kanun’un 7’nci maddesinin diğer cümleleri hukuk âleminde ayrı bir varlığa sahip olmasına ve 2018 yılında yürürlüğe girmesine karşın, aynı maddede yer alan “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” cümlesinin ayrı bir varlığı ve yürürlük tarihi yoktur; çünkü aynı cümle zaten daha önce 5678 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesine konu edilmiş ve 2007 yılında Anayasa’nın 101’inci maddesine eklenmiştir. Bu görüş, 2017 yılında “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” cümlesini de kapsayacak şekilde icra edilen tüm yasama tasarruflarını yok saymakla eş anlamlıdır.

³⁹ Yüksek Seçim Kurulu, 873, 30.10.2007.

6771 sayılı Kanun'un 18'inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi⁴⁰ uyarınca, 6771 sayılı Kanun'un kabul edilmesinden sonra birlikte yapılacak ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin takvimin başladığı tarih olan 30.04.2018 tarihinde⁴¹ yürürlüğe girmiştir. Şüphesiz bu tarih, sadece “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” cümlesinin değil, anılan cümlenin kapsamında yer aldığı 6771 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi ile değiştirilen Anayasa'nın 101'inci maddesinin diğer hükümlerinin de yürürlük kazandığı tarihtir.

Çalışmasında Başak'ın, kanun koyucunun Anayasa'nın 101'inci maddesini 6771 sayılı Kanun'la “*değiştirme biçimine ilişkin tercihin hukuki bir sonucunun olmadığını ...*”⁴² ısrarlı bir şekilde ispatlamaya çalışırken gözden kaçırdığı temel noktalardan biri budur. Eğer Anayasa koyucu sıfatıyla hareket eden Türkiye Büyük Millet Meclisi 6771 sayılı Kanun'u kabul ederken, Başak'ın çalışmasında (s. 907) yer aldığı şekilde bir yöntem izlese⁴³ ve Anayasa'nın 101'inci maddesinin ikinci fıkrasını 2017 tarihli Anayasa değişikliğinin kapsamı dışında bıraksa idi, bu durumda “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” cümlesi hukukumuzda sadece 5678 sayılı Kanun'la yasalarmış ve 31.10.2007 tarihinde yürürlüğe girmiş tek bir hüküm olarak kalacaktı. Oysa yasama organı, sebebi ne olursa olsun⁴⁴, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda 21.01.2017 tarihinde⁴⁵ oylanan, 11.02.2017 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan ve 16.04.2017 tarihinde halkoyuna sunulan 6771 sayılı Kanun'un metnine “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*”

⁴⁰ 6771 Numaralı Kanun, madde 18: “*Bu Kanun ile Anayasanın; ... b) 75, 77, 101 ve 102 nci maddelerinde yapılan değişiklikler, birlikte yapılacak ilk Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin takvimin başladığı tarihte, ... yürürlüğe girer ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle oylanır.*” Dikkat edileceği üzere, Anayasa'nın 101'inci maddesinin yeni halinin yürürlüğe gireceği tarihin de tartışma konusu ile doğrudan ilgisi bulunmaktadır. Bu çerçevede Anayasa'nın 101'inci maddesinin 6771 sayılı Kanun'la değişik yeni halinde yer alan ve cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde yürütme organının seçimlerine ilişkin düzenleme getiren (ikinci) “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralı, halkoylamasında kabul edildiği tarihte değil; yeni hükümet sistemine göre icra edilecek ilk yürütme organı (başkan) seçimine ilişkin seçim sürecinin başladığı tarihte yürürlüğe girmiştir.

⁴¹ Yüksek Seçim Kurulu, ‘Seçim Takvimi’ <<https://ysk.gov.tr/tr/2018-cbmvc-secim-takvimi/77535>>

⁴² Bkz Başak (n 1) 903 vd, 917.

⁴³ Yani 6771 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi, “*2709 sayılı Kanunun 101 inci maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.*” şeklinde Anayasa'nın 101'inci maddesinin tamamını kapsamına alan bir değişiklik hükmü sevk etmek yerine; “*2709 sayılı Kanunun 101 inci maddesinin başlığı 'A. Adaylık ve seçimi' şeklinde; birinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.*” şeklinde bir formül benimseyerek, Anayasa'nın 101'inci maddesinin ikinci fıkrasını değişiklik kapsamı dışında bıraksa. Ayrıca bkz Şentop, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı’ (n 1) 25.

⁴⁴ Kanun koyucunun 6771 sayılı Kanun'un yasalaşması sürecinde 101'inci maddenin tamamını değiştirmeyi tercih etmesinin sebebi, Başak'ın iddia ettiği gibi bu yöntemin daha sade ve kolay olması olabileceği gibi, başka bir sebep de olabilir. Ancak bunun, yani hangi şekilde kanun koyucunun bu yöntemi tercih ettiğinin ortaya çıkan hukuki sonuca hiç bir etkisi yoktur. Eğer 2017 yılında Mecliste kabul edilip Resmî Gazete'de yayımlanan ve halkoyuna sunulmuş 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe giren maddenin metnine “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” cümlesi de dâhil edilmişse, o zaman bu cümle de 30.04.2018 tarihinde (yeni 101'inci maddenin parçası olarak) yürürlüğe girmiş demektir. Bkz Başak (n 1) 907. Diğer taraftan 6771 sayılı Kanun'a konu Anayasa değişikliğinin temeli parlamenter hükümet sistemini cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle değiştirmek olduğundan ve bu husus kanun teklifi gerekçesinden komisyon raporuna, komisyon görüşmelerinden genel kurul tartışmalarına kadar söz konusu kanunun yasalaşma sürecine ilişkin tüm belgelerde defaatle tekrar edildiğinden; kanun koyucunun, 6771 sayılı Kanun'un yasalaşmasında hükümet sistemi değişikliğiyle yakından ilgili bulunan Anayasa kurallarını tümüyle değiştirmek şeklinde bir usul izlemesinin (bkz 6771 Numaralı Kanun m 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12) ve böylece değişiklik kapsamında bulunan yürütme erkine ilişkin Anayasa maddelerini baştan yazmasının belirli bir amaca matuf olduğu ve bilinçli bir tercihi yansıttığı açıktır.

⁴⁵ 21.01.2017 tarihi, TBMM Genel Kurulunda 6771 sayılı Kanun'un tamamının oylandığı tarihtir (kanun teklifinin tümünün son oylaması). Maddelerin oylamaları farklı tarihlerde gerçekleşmiştir.

cümlesini dâhil etmiştir. Bunun hukuki sonucu ise 6771 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi kapsamında yer alan “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” cümlesinin, söz konusu maddeye konu diğer hükümlerle birlikte Anayasa'nın yeni 101'inci maddesinin parçası olarak 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe girmesidir.

B. İkinci Hükümün Yasalaşmasının Birinci Hükme Etkisi

Bu bölüm kapsamında üzerinde durulması gereken bir diğer konu, Anayasa'nın 101'inci maddesini değiştiren 6771 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte, daha önce yine Anayasa'nın 101'inci maddesini değiştiren 5678 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin (dolayısıyla bu madde ile 2007 yılında değiştirilen Anayasa'nın 101'inci maddesinin ve bu madde kapsamındaki “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” hükmünün) akıbetinin ne olduğu hususudur. Bu konuda 2022 yılının Mart ayında yayımlanan makalemizde, 5678 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesiyle Anayasa'nın 101'inci maddesine eklenen hükmün 30.04.2018 tarihinde yürürlükten kalktığını ve aynı tarihten itibaren, Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'un 7'nci maddesiyle değiştirilen 101'inci maddesinin yürürlüğe girdiğini ifade etmiştik⁴⁶. *Başak*'a göre ise burada (5678 sayılı Kanun'a konu “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralı açısından) yürürlükten kaldırma nitelemesinin kullanılması kanun tekniği yönünden doğru değildir, burada söz konusu olan maddeyi değiştirmedir ve sonuç olarak “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” hükmü, 5678 sayılı Kanun'un kabul edildiği 2007 yılından bu yana değişmeden yürürlüktedir⁴⁷.

Öncelikle belirtmelidir ki, *Başak*'ın varsaydığı şekilde, bir mevzuat hükmünü değiştiren bir diğer mevzuat hükmünün, değişiklik öncesindeki hukuk kuralı üzerinde ne gibi bir sonuç doğurduğu hususunda pozitif hukuk metinlerinde zikredilen veya öğretilen genel kabul görmüş bir “kanun tekniği” bulunmamaktadır. Diğer taraftan önceki makalemizde kullanılan yürürlükten kaldırma kavramının, kanun koyucunun 6771 sayılı Kanun metnine (m.7) “*2709 sayılı Kanunun 101 inci maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir*” şeklinde yansıyan

⁴⁶ Bkz Şentop, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı’ (n 1) 25-26.

⁴⁷ Bkz Başak (n 1) 919. *Başak*'ın bu konudaki görüşlerini desteklemek için ileri sürdüğü delillerden biri, Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi'nde Anayasa'nın 101'inci maddesinin yanında “mülga” ibaresinin yazılı olmamasıdır. Oysa makalemizde zaten Anayasa'nın 101'inci maddesinin değil, Anayasa'nın 101'inci maddesinin 5678 sayılı Kanun'la değişik metninin yürürlükten kalktığı savunulmaktadır. Yine aynı makalede, bugün itibarıyla (30.04.2018 tarihinden itibaren) Anayasa'nın 101'inci maddesinin 6771 sayılı Kanun'la değişik halinin yürürlükte olduğu savunulmaktadır. Diğer bir ifadeyle Anayasa'nın 101'inci maddesinin halen yürürlükte olup olmadığı konusunda ortada hukuki bir tartışma yoktur; tartışma, Anayasa'nın 101'inci maddesinin bugün yürürlükte olan halinin 5678 sayılı Kanun'a konu olan metin mi, yoksa 6771 sayılı Kanun'a konu olan metin mi olduğu noktasında düğümlenmektedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemi'nde Anayasa'nın 101'inci maddesinin yanında “mülga” ibaresi yazmaması son derece normaldir ve tartışılan hukuki mesele ile hiç bir ilgisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte bir başka çalışmamızda vurguladığımız şu tespiti, *Başak*'ın yaptığı atf vesilesiyle tekrarlanmasında fayda bulunmaktadır: “... mevzuat bilgi sistemi bir ‘bilgi kaynağı’dır, ‘yürürlük kaynağı’ değildir. Dolayısıyla bir mevzuat hükmünün yürürlükte olup olmadığının mevzuat veri tabanlarına göre değil, kanun koyucunun bu konudaki iradesine göre belirlenmesi gerekmektedir...” Mustafa Şentop, ‘Bir Kanunun Tahlihi: 7248 sayılı Kanun Nedir, Ne Değildir?’ (2020) (42) Yasama Dergisi 97, 109.

iradesine konu “değiştirme” eylemini, “yürürlükten kaldırma” ameliyesi ile eşitleyen bir kavram olmadığı açıktır. Zira anılan makale incelendiğinde, söz konusu yürürlükten kaldırma ifadesiyle kastedilenin, 6771 sayılı Kanun’un 7’nci maddesi ile gerçekleştirilen “*Anayasa’nın 101’inci maddesini değiştirme*” eyleminin, 101’inci maddenin değişiklik öncesindeki metni üzerinde doğurduğu hukuki sonuç olduğu anlaşılacaktır⁴⁸.

Bu bağlamda meselenin özünü, bir kanun maddesi (yani bir kanunun metni) bir başka kanun ile değiştirilirse, bu değişikliğin söz konusu kanun maddesinin önceki haline (metnine) etkisinin ne olacağı sorusu oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle önceki çalışmamızda ileri sürülen iddiaya Başak tarafından yöneltilen itirazdan kaynaklanan tartışmanın temelinde, kanun koyucunun yaptığı “değiştirme” ameliyesinin, değişikliğe maruz bırakılan kanun hükmü üzerinde doğurduğu hukuki sonuç yatmaktadır. Bu noktada bir kanun maddesi bir başka kanun maddesiyle kısmen veya tamamen değiştirildiğinde, söz konusu kanunun değişikliğe konu edilen kısmının (değişiklik öncesindeki eski metninin) hukuk dünyasındaki varlığının sonlanacağı ve bunun yerini değişikliği gerçekleştiren kanun maddesindeki yeni metnin alacağı tabiidir. Çok daha kısa şekilde ifade etmek gerekirse, bir kanun maddesinin değiştirilmesinin hukuki sonucu, o maddenin eski metninin varlığının sonlandırılmasından ve yerine yeni bir metnin yürürlüğe konmasından ibarettir.

Nitekim “değiştirme” kelimesinin Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük’te yer verilen “*başka bir biçime sokmak, değişikliğe uğratmak; bir şey verip yerine başka bir şey almak; birini bırakıp başkasını kullanmak*” şeklindeki anlamları⁴⁹ da bu sonucu teyit etmektedir. Bu çerçevede bir hukuk kuralının bir diğeri ile değiştirilmesi demek, değiştirilme olgusunun anlamı ve sürecin mantıksal uzantısı gereği, eski metnin “*ortadan kaldırılıp / iptal edilip / geri alınıp veya yürürlükten kaldırılıp*” yani hukuk dünyasındaki varlığının sonlandırılıp onun yerine yeni bir metnin hukuk kuralı haline getirilmesi demektir. Burada eski metnin hukuk âlemindeki varlığının sona erdirilmesini ifade etmek üzere parantez içerisinde kullanılan kavramlardan “*ortadan kaldırılmak, iptal edilmek, geri alınmak*” kelimeleri, eski hukuk kuralı metninin geçmişe etkili (*ex tunc*) şekilde hukuk âleminde silindiği anlamı uyandırabileceğinden, değişiklik kavramının hukuki sonucunun bu kelimeler kullanılarak izahı hatalı olabilecektir. Zira kanun değişikliğiyle birlikte değiştirilen kanunun eski metninin hukuk dünyasındaki varlığı, değişiklik tarihinden geçmişe doğru değil, ancak ileriye/geleceğe dönük (*ex nunc*) olarak sona ereceğinden, bu anlamı en uygun şekilde ifade eden kavram “yürürlükten kaldırma” olacaktır. Dolayısıyla daha önce 5678 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesiyle değiştirilen Anayasa’nın yani 2709 sayılı Kanun’un 101’inci maddesinin, 2017 yılında 6771 sayılı Kanun’un

⁴⁸ Bkz Şentop, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı’ (n 1) 21 vd.

⁴⁹ TDK, ‘Türk Dil Kurumu Sözlükleri’ <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 31 Aralık 2022.

7'nci maddesiyle tekrar bütünüyle değiştirilmesi üzerine; 101'inci maddenin 5678 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesiyle değişik hükümlerinin ("*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*" hükmü dâhil) akıbeti, önceki makalemizde de belirttiğimiz üzere, 6771 sayılı Kanun'a konu değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren *yürürlükten kalkmaktan* ibarettir. Hukukçu olmayanların konuyu daha rahat anlayabilmeleri için meselenin yine bir tablo aracılığıyla görselleştirilmesi faydalı olacaktır (Tablo için bkz. syf.21).

Görüleceği üzere, 5678 sayılı Kanun'un yasalaşmasıyla birlikte Anayasa'nın 101'inci maddesi olarak 31.10.2007 tarihinde yürürlüğe giren 4 fıkradan müteşekkil hüküm, 6771 sayılı Kanun'la Anayasa'nın 101'inci maddesinin tamamen değiştirilmesi üzerine 30.04.2018 tarihinde yürürlükten kalkmıştır. Bunun doğal sonucu, 5678 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesiyle Anayasa'nın 101'inci maddesinin parçası haline getirilen (ve esasen sistematik yorum kuralları gereğince⁵⁰ parlamenter hükümet sistemi döneminde **yürütmenin sorumsuz kanadının (hükümet başkanının) seçimlerini** düzenleyen) "*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*" kuralı da 30.04.2018 tarihinde yürürlükten kalkmıştır⁵¹. Yine aynı tarihte 6771 sayılı Kanun'un 7'nci maddesiyle Anayasa'nın 101'inci maddesi haline getirilen (ve esasen sistematik yorum kuralları gereğince cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi döneminde **hükümetin (yürütmenin) bizzat seçimini** düzenleyen) "*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*" kuralı da 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

C. Anayasa'nın 101'inci Maddesi ve Kanunların Zaman Bakımından Uygulanması

Yukarıdaki başlıklar altında üzerinde durulan verilerin, yani hukukumuzda bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceğine ilişkin iki Anayasa kuralından birinin (5678 sayılı Kanun hükmü olanın) 31.10.2007 tarihinde yürürlüğe girip 30.04.2018 tarihi itibarıyla yürürlükten kalkmasının, diğerinin (yani 6771 sayılı Kanun hükmü olanın) 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe girip halen yürürlükte bulunmasının hukuki sonucu ise, önceki makalemizde detaylı şekilde ele alındığı üzere, parlamenter hükümet sistemi döneminde icra edilen Cumhurbaşkanı seçimlerinin Anayasa'nın 101'inci maddesinin uygulanmasında dikkate alınıp alınmayacağı belirlenirken "*kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin ilkeler*"in de dikkate alınması gerekliliğidir.

⁵⁰ "*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*" kuralının sistematik yorum yöntemi ışığında anlamlandırılması için bkz Şentop, 'Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı' (n 1) 14 vd. Belirtmek gerekir ki *Başak*'ın çalışmasında, sistematik yorum kurallarından hareketle "*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*" hükmüne verdiğimiz anlama yönelik herhangi bir itiraz ileri sürülmemiştir.

⁵¹ Diğer bir ifadeyle şekli anlamda bir kanun hükmü olarak söz konusu kuralın hukuk dünyasındaki varlığı, ileriye dönük (*ex nunc*) hukuki sonuç doğuracak şekilde 30.04.2018 tarihinde sona ermiştir.

<p>Tablo 6. Anayasa'nın 101'inci maddesininin 1982 yılından günümüze kadar geçirdiği değişiklikler ve söz konusu değişikliklerin hukuk âleminde geçerlilik (yürürlük) kazandıkları ve kaybettikleri tarihler (mevzuat metinlerine vurgu eklenmiştir)</p>			
<p>2709 sayılı Kanun hükmü Resmî Gazete: 20.10.1982 Yürürlük tarihi: 20.10.1982</p> <p>Resmî Gazete'de yayımlanan madde metni:</p> <p>A. Nitelikleri ve tarafsızlığı MADDE 101. — Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisince kırk yaşını doldurmuş ve yükseköğrenim yapmış kendi üyeleri veya bu niteliklere ve milletvekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından yedi yıllık bir süre için seçilir.</p> <p>Cumhurbaşkanlığına Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri dışından aday gösterilebilmesi, Meclis üye tamsayısının en az beşte birinin yazılı önerisiyle mümkündür.</p> <p>Bir kimse, iki defa Cumhurbaşkanı seçilemez.</p> <p>Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer.</p>	<p>5678 sayılı Kanun hükmü Resmî Gazete: 16.06.2007 Yürürlük tarihi: 31.10.2007</p> <p>Resmî Gazete'de yayımlanan madde metni:</p> <p>MADDE 4 – Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 101 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.</p> <p>“MADDE 101 – Cumhurbaşkanı, kırk yaşını doldurmuş ve yüksek öğrenim yapmış Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya bu niteliklere ve milletvekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından, halk tarafından seçilir.</p> <p>Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.</p> <p>Cumhurbaşkanlığına Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri içinden veya Meclis dışından aday gösterilebilmesi yirmi milletvekilinin yazılı teklifi ile mümkündür.</p> <p>Ayrıca, en son yapılan milletvekili genel seçimlerinde geçerli oylar toplamı birlikte hesaplandığında yüzde onu geçen siyasi partiler ortak aday gösterebilir.</p> <p>Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer.”</p>	<p>6771 sayılı Kanun hükmü Resmî Gazete: 21.01.2017 Yürürlük tarihi: 30.04.2018</p> <p>Resmî Gazete'de yayımlanan madde metni:</p> <p>MADDE 7 – 2709 sayılı Kanunun 101 inci maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.</p> <p>“A. Adaylık ve seçimi MADDE 101 – Cumhurbaşkanı, kırk yaşını doldurmuş, yükseköğrenim yapmış, milletvekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından, doğrudan halk tarafından seçilir.</p> <p>Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.</p> <p>Cumhurbaşkanlığına, siyasi parti grupları, en son yapılan genel seçimlerde toplam geçerli oyların tek başına veya birlikte en az yüzde beşini almış olan siyasi partiler ile en az yüzbin seçmen aday gösterebilir.</p> <p>Cumhurbaşkanı seçilen milletvekilinin Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer.</p> <p>Genel oyla yapılacak seçimde, geçerli oyların salt çoğunluğunu alan aday, Cumhurbaşkanı seçilir. İlk oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamayı izleyen ikinci pazar günü ikinci oylama yapılır. Bu oylamaya, ilk oylamada en çok oy almış iki aday katılır ve geçerli oyların çoğunluğunu alan aday, Cumhurbaşkanı seçilir.</p> <p>İkinci oylamaya katılmaya hak kazanan adaylardan birinin herhangi bir nedenle seçime katılmaması halinde; ikinci oylama, boşalan adaylığın birinci oylamadaki sıraya göre ikame edilmesi suretiyle yapılır. İkinci oylamaya tek adayın kalmaması halinde, bu oylama referandum şeklinde yapılır. Aday, geçerli oyların salt çoğunluğunu aldığı takdirde Cumhurbaşkanı seçilir. Oylamada, adayın geçerli oyların çoğunluğunu alamaması halinde, sadece Cumhurbaşkanı seçimi yenilenir. Seçimlerin tamamlanamaması halinde, yenisi göreve başlanıncaya kadar mevcut Cumhurbaşkanı görevi devam eder.</p> <p>Cumhurbaşkanlığı seçimlerine ilişkin diğer usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”</p>	

Tablo 6. Anayasa'nın 101'inci maddesinin 1982 yılından günümüze kadar geçirdiği değişiklikler ve söz konusu değişikliklerin hukuk âleminde geçerlilik (yürürlük) kazandıkları ve kaybettikleri tarihler (mevzuat metinlerine vurgu eklenmiştir)		
<p>2709 sayılı Kanun hükmü Resmî Gazete: 20.10.1982 Yürürlük tarihi: 20.10.1982</p> <p>Bu metin, Anayasanın 101'inci maddesinin 20.10.1982 tarihinde yürürlüğe girmiş halidir. 101'inci maddeyi bütünüyle değiştiren 5678 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin yürürlüğe girmesiyle birlikte bu metnin tamamı, 31.10.2007 tarihinde yürürlükten kalkmış ve aynı tarihte 5678 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesine konu hüküm, yeni 101'inci madde olarak yürürlüğe girmiştir. Bu hukuki sonuç, değiştirme kavramının anlamı ve sürecin mantıksal uzantısı gereğidir. (Başak'ın iddia ettiği şekilde) Bu sonucun aksini doğurmaya elverişli bir kanun tekniği bulunmamaktadır.</p>	<p>5678 sayılı Kanun hükmü Resmî Gazete: 16.06.2007 Yürürlük tarihi: 31.10.2007</p> <p>Bu metin, Anayasanın 101'inci maddesinin 31.10.2007 tarihinde yürürlüğe girmiş halidir. 101'inci maddeyi bütünüyle değiştiren 6771 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin yürürlüğe girmesiyle birlikte bu metnin tümü, 30.04.2018 tarihinde yürürlükten kalkmış ve aynı tarihte 6771 sayılı Kanun'un 7'nci maddesine konu hüküm, yeni 101'inci madde olarak yürürlüğe girmiştir. Bu hukuki sonuç, değiştirme kavramının anlamı ve sürecin mantıksal uzantısı gereğidir. (Başak'ın iddia ettiği şekilde) Bu sonucun aksini doğurmaya elverişli bir kanun tekniği bulunmamaktadır.</p>	<p>6771 sayılı Kanun hükmü Resmî Gazete: 21.01.2017 Yürürlük tarihi: 30.04.2018</p> <p>Bu metin, Anayasanın 101'inci maddesinin yeni başlığıyla birlikte (Resmî Gazete'de yayımlandığı şekilde tam ve yeni bir metin olarak) 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe girmiş halidir. Diğer bir ifadeyle Anayasa'nın 101'inci maddesi, anılan tarihten itibaren bu haliyle yürürlüktedir. Şekli anlamda kanun anlayışı açısından, Anayasa'nın 101'inci maddesinin bu (yürürlükteki) hali, 2709 sayılı Kanun'un 6771 sayılı Kanun'la değişik 101'inci maddesidir. Metnin gerek hukukçular gerek halk tarafından süreklilik arz edecek şekilde "Anayasa'nın 101'inci maddesi" şeklinde isimlendirilmesinin bu hukuki sonuca yani Anayasa'nın 101'inci maddesinin aslında "2709 sayılı Kanun'un 6771 sayılı Kanun'la değişik 101'inci maddesi" olduğu gerçeğine herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.</p>
<p>Bu hukuki sonuç, 2709 sayılı Kanun'un tamamen değiştirildiği öngörülen- 101'inci maddesinin bütün hükümleri açısından (5678 sayılı Kanun'la içerik bakımından herhangi bir değişikliğe uğramayan dördüncü fıkrası dâhil) geçerlidir.</p>	<p>Bu hukuki sonuç, 2709 sayılı Kanun'un -başlığıyla birlikte tamamen değiştirildiği öngörülen- 101'inci maddesinin bütün hükümleri açısından (6771 sayılı Kanun'la içerik bakımından herhangi bir değişikliğe uğramayan ikinci fıkrası dâhil) geçerlidir.</p>	

Bu çerçevede gerek öğretide⁵² gerek Anayasa Mahkemesi kararlarında⁵³ ifade edildiği üzere, kanunların zaman bakımından uygulanmasında kural, bir kanunun yürürlüğe girmesinden sonra meydana gelen olaylar ve durumlar hakkında uygulanmasıdır. Hukuk devleti ilkesinin unsurlarından olan hukuk güvenliği kapsamında kanunların geriye yürümemesi gerekliliğinden kaynaklanan ve derhal etki prensibi olarak isimlendirilen⁵⁴ bu ilke uyarınca kanunlar, yürürlüğe girmelerinden önce meydana gelen olaylar ve durumlar hakkında hüküm ve sonuç doğurmazlar. Yine kanunların, hukuk âlemindeki varlıklarının sona ermesini takiben meydana gelen olaylar ve durumlar hakkında uygulanabilmeleri de mümkün değildir. Bunun istisnası, kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin temel kuralın belli bir kanun hakkında uygulanmayacağını, diğer bir ifadeyle o kanunun, yürürlüğe girmesinden önce veya yürürlükten kalkmasından sonra meydana gelmiş olan olaylar ve durumlar hakkında da uygulanabileceğinin kanun metninde açıkça öngörülmüş olmasıdır⁵⁵. Yine derhal etki prensibinin bir istisnasını teşkil etmemekle birlikte, kanunların yürürlüğe girdikleri tarihte var olan ancak henüz tamamlanmamış bulunan (mevcut) durumlar hakkında da uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir⁵⁶.

Kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kurallar çerçevesinde konu ele alındığında, bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceğine dair halihazırda yürürlükte bulunan Anayasal kural, 2709 sayılı Kanun'un yani Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değiştirilen 101'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Yukarıda ayrıntılı şekilde değinildiği üzere bu fıkra, 101'inci maddeyi tümüyle değiştiren 6771 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi hükmü olduğundan (dolayısıyla 5678 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin hükmü olan kuraldan farklı bir kanun hükmü olarak TBMM'de kabul edildiğinden), 6771 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi kapsamında yer alan diğer tüm hükümlerle birlikte 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralı, kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin prensipler gereğince, ancak söz konusu tarihten sonra meydana gelen olaylar ve durumlar hakkında uygulanabilecektir. Bir kimsenin iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceğini ancak üçüncü kez seçilmesinin mümkün olmadığını düzenleyen bu kuralın, parlamenter hükümet sistemi döneminde 2000,

⁵² Gökhan Antalya, *Hukuk Metodolojisi*, c 2 (1. Bası, Seçkin 2021) 435; Ahmet M. Güneş, *Hukuk Metodolojisi* (3. Bası, Ekin 2020) 146. Ayrıca bkz Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı – Hukukun Temel Kavram ve Kurumları* (34. Bası, Turhan 2016) 214; Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları* (24. Bası, Turhan 2005) 69, 72-73; Aydın Aybay ve Rona Aybay, *Hukuka Giriş* (3. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2006) 326, 327; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Genişletilmiş 8. Bası, Ekin 2011) 208; Yasemin Işıktaç, *Hukuk Metodolojisi* (8. Bası, Filiz 2021) 178; Yenisey ve Nuhoğlu (n 17) 177.

⁵³ “*Hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak kanunlar; yürürlüğe girdiği tarihten sonraki olaylara uygulanır. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca kanunlar kamu yararının ve kamu düzeninin gerektirmesi, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi bazı istisnai durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır.*” Anayasa Mahkemesi 2017/21, 24.12.2020, p 267; Anayasa Mahkemesi, 2017/47, 29.03.2017, p 15; Anayasa Mahkemesi, 2019/94, 24.03.2022, p 56.

⁵⁴ Bilge (n 52) 214; Gözler, *Hukuka Giriş* (n 52) 210; Yenisey ve Nuhoğlu (n 17) 177.

⁵⁵ Güneş (n 52) 147, Yenisey ve Nuhoğlu (n 17) 177.

⁵⁶ Bkz Gözler, *Hukuka Giriş* (n 52) 210; Güneş (n 52) 148-149.

2007 ve 2014 yıllarında gerçekleştirilen seçimlerin dikkate alınması suretiyle uygulanması ise söz konusu kuralın yürürlüğe girmesinden önce meydana gelen olaylar hakkında da hüküm ve sonuç doğurması anlamına gelecektir. Oysa bu, aksi kanun metninde açıkça öngörülmediği sürece, kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin prensipler gereğince mümkün değildir⁵⁷. Dolayısıyla konu hakkında bazı yazarların ileri sürdüğünün aksine, 6771 sayılı Kanun'a konu Anayasa değişikliğinin uygulanmasında, bu değişiklikten önce (parlamentar hükümet sistemi döneminde) meydana gelen seçimlerin **dikkate alınmaması için değil**, bilakis kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin ilkeler gereğince **dikkate alınabilmesi için** bir geçici kanun (Anayasa) hükmüne ihtiyaç bulunmaktadır⁵⁸.

Diğer taraftan metin olarak “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” cümlesini içeren ve 5678 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesinin hükmü olan kural ise, yukarıda detaylı şekilde izah edildiği üzere 30.04.2018 tarihinde yürürlükten kalkmış (hukuk âlemindeki varlığı sonlandırılmış) olduğundan, bu tarihten sonra icra edilecek seçimlerde uygulanabilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla parlamenter hükümet sistemi döneminde gerçekleştirilen Cumhurbaşkanı seçimlerinin, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi dönemindeki Cumhurbaşkanı seçimlerinde sayı sınırlaması uygulanırken dikkate alınması gerektiğini ileri sürenlerin görüşlerini tutarlı bir şekilde savunabilmeleri için ya kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin prensipleri inkâr etmeleri ya da “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” cümlesini içeren iki ayrı kanun hükmünün TBMM’de farklı tarihlerde kabul edildiği gerçeğini görmezden gelerek, ortada tek bir Anayasa kuralı bulunduğunu iddia etmeleri kaçınılmaz hale gelmektedir ki her iki görüşün de hukuken savunulabilmesi mümkün değildir⁵⁹.

⁵⁷ Bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceğine ilişkin kuralın, yürürlüğe girdiği 30.04.2018 tarihi itibarıyla mevcut olan bir hukuki durum hakkında uygulandığından bahisle parlamenter hükümet sistemi dönemindeki Cumhurbaşkanı seçimlerini kapsayacak şekilde uygulanmasının da mümkün bulunmadığı hususunda bkz Şentop, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı’ (n 1) 27 vd.

⁵⁸ Yakın tarihte yayımlanan bir çalışmada konu hakkında değerlendirmelerde bulunan *Ulusoy*, “*Eğer bazılarındaki iddia edildiği gibi işbu maksimum 2 defa seçilebilme kuralı sadece yeni Anayasa değişikliği sonrası için öngörülseydi ve önceki yapılmış görev sayılmıyorsa, o zaman kural ‘Bir kimse bundan sonra (bu madde yürürlüğe girdikten sonra) en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir’ tarzında düzenlenmesi gerekirdi*” demektedir. Bu açıklamasıyla *Ulusoy*, kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin genel prensibi tersine çevirmektedir. Kanunların ancak yürürlüğe girdikleri tarihten sonra meydana gelen olaylar ve durumlar hakkında uygulanabilmesi, dolayısıyla geçmişteki olaylar ve durumlar hakkında uygulanabilmelerinin ancak kanunda bu konuda açık hüküm varsa mümkün olması, *Ulusoy*’un makalesinde atf yaptığı şekilde “*hukuka giriş mahiyetinde*” bir bilgidir. Oysa *Ulusoy*’un mantığıyla kanunların ancak yürürlüğe girmelerinden sonra meydana gelen olaylar ve durumlar hakkında uygulanabilmesi “kural” olmaktan çıkmakta; sadece kanun metninde bunun yazılı olması durumunda uygulanabilen ve tüm kanun hükümlerinin başlangıç kısmına “*Bundan sonra*” şeklinde bir ifade kalıbının eklenmesinin zorunlu kılan bir istisna halini almaktadır. Bkz *Ulusoy* (n 1). Yine *Ulusoy*’un makalesinde iki ayrı “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralı hakkında yer verdiği “*Ama kural öncesi ile notası virgülüne aynı. Aynı kural tekrar getirilmiş. Yani maddedeki değişiklik sadece şeklen. Esasa ilişkin değil.* [harf eksikliği çalışmanın orijinal metninde mevcuttur]” şeklindeki değerlendirme de, yukarıda ayrıntılarına değinildiği üzere, “kanun” kavramını kelimelerle ve cümlelerle özdeş kılan, şekli anlamda kanun anlayışına aykırı, TBMM’de farklı tarihlerde gerçekleşen yasama tasarıflarını yok sayan ve ortada iki ayrı kanun varsa ikisinin iki ayrı yürürlük tarihinin de bulunduğu gerçeğini görmezden gelen bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Diğer taraftan *Ulusoy* konu hakkındaki değerlendirmesini temel olarak kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin prensiplere değil, idare hukuku müesseselerinden biri olan “*statü hukuku*” kavramına dayandırmaktadır. Konunun statü hukukuna ilişkin idare hukuku prensiplerinden hareketle ele alınmasında düşünülen yanlışlığı üzerinde aşağıda ayrıca durulacaktır.

⁵⁹ Bkz Şentop, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı’ (n 1) 26.

D. Anayasa'nın 101'inci Maddesinin Uygulanması ve K.2011/81 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı

Kanunların zaman bakımından uygulanmasında yukarıda değinilen derhal etki prensibinin geçerli olması, diğer bir ifadeyle kanunların yürürlüğe girmelerini takiben ileriye (geleceğe) dönük şekilde hüküm ve sonuç doğurmaları mutlak, belirli bazı koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak uygulanan bir prensip değildir. Bu anlamda kanunların geçmişteki olaylar ve durumlar hakkında hüküm ifade etmesinin, yani kanunların geriye yürümesinin hukuk güvenliğine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırı olması, derhal etki prensibinin (öğreti ve yargı tarafından) geliştirilmesinin gerekçesidir; yoksa bu prensibin uygulanmasının ön koşulu değildir. Dolayısıyla geçmişteki belirli bir durum hakkında daha sonra yürürlüğe giren bir kanun hükmünün uygulanmasının (bir yazarın kendi değerlendirmesine göre) hukuk güvenliğine aykırılık teşkil etmemesi, bu kanun hükmünün uygulanmasında derhal etki prensibinin geçerli olmayacağı anlamına gelmemektedir. Böyle bir durumda da derhal etki prensibi gereği söz konusu kanun hükmü, aksi kanun metninde açıkça öngörülmediği sürece, ancak kendisinin yürürlüğe girmesinden sonra meydana gelen olaylar ve durumlar hakkında hüküm ifade edecektir.

Bu açıklama çerçevesinde önceki makalemizde atıf yaptığımız Anayasa Mahkemesi kararı,⁶⁰ belirli bir kanun hükmü hakkında kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin prensiplerin ne şekilde icra edileceğini ortaya koyan, hatta daha somut şekilde belirtmek gerekirse, belirli bir göreve seçilme konusunda sayı sınırlaması getiren kanunların uygulanmasında daha önce icra edilmiş bulunan seçimlerin “mevcut durum” kapsamında kabul edilebilip edilemeyeceği hususuna açıklık getiren bir örnektir⁶¹. Karara konu olan olayda, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları ile Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliğinin organlarının seçimine ilişkin esasları düzenleyen 3568 sayılı Kanun hükümlerinde 5786 sayılı Kanun'la değişiklikler yapılmış; bu değişiklikler kapsamında, üst üste iki seçim döneminde iki defa oda veya Birlik Yönetim Kurulu başkanlığına seçilmiş olanların, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe Yönetim Kurulu üyesi olarak seçilemeyecekleri hükmü

⁶⁰ Bkz ibid 28; Anayasa Mahkemesi, 2008/80, 18.05.2011.

⁶¹ Nitekim makalemizde bu kararın, kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kurallar kapsamındaki bir ayrımıya, “belirli bir göreve seçilme konusunda sayı sınırlaması getiren bir kanun hükmünün, yürürlük tarihinden önce yapılan seçimlerde bu göreve seçilmiş bulunan kişiler açısından yürürlük tarihinden itibaren uygulanmasının ‘derhal etki ilkesi’ kapsamında mı, ‘geçmiş etki yasağı’ kapsamında mı değerlendirileceğine” ilişkin olarak örnek gösterildiğini ifade etmiştik. Şentop, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı’ (n 1) 28. Dolayısıyla kanunların zaman bakımından uygulanmasında “mevcut hukuki durum” kavramına (önceki makalemizden yaptığı alıntı haricinde) çalışmasında hiç değinmeyen Başak’ın, ‘söz konusu Anayasa Mahkemesi kararıyla makale konusu hukuki sorunun tamamen aynı mahiyette olduğu’ yönündeki nitelememizi eleştirirken, kastettiğimiz hukuki sorunun ne olduğunu tam olarak anlamadığı görülmektedir. Burada sözü edilen hukuki sorun, daha önce belirli bir göreve seçilmiş olma (seçime katılma ve kazanma) olgusunun, kanunların zaman bakımından uygulanmasında derhal etki ilkesi kapsamında yer alan bir mevcut durum hali (kanunun yürürlük tarihinde var olan ve devam eden bir olay ya da durum) olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği meselesidir. Bkz Başak (n 1) 924 vd; Şentop, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı’ (n 1) 31.

bağlanmış ve 26.07.2008 tarihinde yürürlüğe giren söz konusu değişikliğin 01.04.2008 tarihinden sonra yapılan seçimlerden itibaren uygulanması öngörülmüştür. Daha kısa ifade etmek gerekirse, 26.07.2008 tarihinde yürürlüğe giren ve oda ile birlik yönetim kurulu üyeliklerine seçilmede sayı sınırlaması getiren bir kanun hükmünün, geçmişte (01.04.2008 tarihinden sonra) yapılan seçimler de dikkate alınarak uygulanması öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi ise söz konusu değişikliği öngören kanun hükmünü, yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşen olay ve durumlar hakkında hukuki sonuç doğurduğu gerekçesiyle iptal etmiştir⁶².

Bu noktada öncelikle 5786 sayılı Kanun'da öngörülen bu düzenlemenin varlığı dahi -tek başına- konu hakkında önceki çalışmamızda ortaya konulan değerlendirmeyi teyit etmektedir. Buna göre 26.07.2008 tarihinde yürürlüğe giren bir kanunun, üç ay dahi olsa, yürürlük tarihinden daha önce icra edilen seçimler de dikkate alınarak uygulanması mümkün olmadığından; bu hususun yani 3 ay kadar geriye yürüme olgusunun mümkün olabilmesi için kanunda bunun açıkça zikredilmesi ihtiyacı duyulmuştur⁶³. Başak ve aynı görüşü savunan diğer yazarlar ise, 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe giren bir hükmün, *kanunda bu konu hakkında açık bir düzenleme olmaksızın*, 2000, 2007 ve 2014 yıllarında gerçekleştirilen seçimlerin de dikkate alınması suretiyle uygulanmasını savunmaktadırlar. Bu ise kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin prensiplere açıkça aykırılık oluşturmaktadır ve 5786 sayılı Kanun'a konu düzenlemenin (kanunun geçmiş seçimleri de kapsamına alacak şekilde uygulanması için bunun ayrıca ve açıkça zikredilmesi ihtiyacının) varlığı, tek başına bu aykırılığın delilini oluşturmaktadır.

Diğer taraftan söz konusu kanun hükmüyle ilgili kararında Anayasa Mahkemesi, kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin genel ilkeyi “... *kanunlar, yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanırlar. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca, kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gereği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar...*” şeklinde, öğretide derhal etki prensibi olarak isimlendirilen ilkeyi tanımlayacak şekilde ortaya koymuştur⁶⁴. Bunu yaparken Anayasa Mahkemesinin kararında yer verdiği “*Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez unsurlarından birisi kanunların hukuk güvenliğini sağlaması, bu doğrultuda geleceğe yönelik, öngörülebilir kurallar içermesi gerekliliği*” ve “*Yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmamasının hukukun genel ilkelerinden olması*” hususları⁶⁵ ise, kanunların zaman bakımından uygulanmasında kuralın derhal etki prensibi doğrultusunda

⁶² Anayasa Mahkemesi, 2008/80, 18.05.2011.

⁶³ Ne var ki bu düzenleme, aşağıda üzerinde durulacağı üzere, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı bulunmuştur.

⁶⁴ Anayasa Mahkemesi, 2008/80, 18.05.2011.

⁶⁵ ibid.

olmasının gerekçeleridir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kararında Anayasa’ya aykırı bulunan husus, söz konusu gerekçeler temelinde var olan “*kanunların yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanması*” kuralına aykırı bir kanun ihdas edilmiş olmasıdır. Yoksa Anayasa Mahkemesi kararında, *Başak*’ın ima ettiği gibi, 3568 sayılı Kanun’da 5786 sayılı Kanun’la yapılan değişikliklerin, “*oda veya Birlik Yönetim Kurulu üyeliği seçimlerinde ilk defa bir sayı sınırlaması getirilmesi*” sebebiyle iptal edildiği anlamına gelebilecek hiçbir ifadeye yer verilmemiştir⁶⁶.

Özetlemek gerekirse, “*kanunların, yürürlük tarihinden sonra meydana gelen olay ve durumlar hakkında uygulanması*” ilke; “*hukuki güvenliğe aykırılık teşkil etmemek*” ise bu ilkenin gerekçesidir. Yoksa hukuki güvenlikle bağdaşmıyor olmak veya kural kapsamındaki kişilerin kural içeriğini öngörebilecek durumda olup olmamaları, söz konusu ilkenin uygulama alanı bulmasını diğer bir ifadeyle kanunların, aksi öngörülmediği sürece sadece yürürlük tarihinden sonraki olaylar ve durumlar hakkında uygulanabilmesinin ön koşulu değildir. Buna göre tüm kanunlar kural olarak yürürlüğe girdikleri tarihten sonra meydana gelen olaylar ve durumlar hakkında uygulanacak; aksinin söz konusu olması yani kanunların yürürlük tarihinden önce meydana gelen olaylar ve durumlar hakkında uygulanabilmesi için bunun kanun metninde açıkça öngörülmesi gerekecek; ancak bu son halde dahi, kanunların geçmişteki olaylar ve durumlar hakkında uygulanabileceğini öngören kanun hükmünün Anayasa’ya uygun addedilebilmesi için, hukuk güvenliği ilkesine ve kazanılmış haklara saygı prensibine aykırılık teşkil etmemesi gerekecektir.

Diğer yandan, 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe giren “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” hükmünün bu tarihten önce yapılmış olan Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin dikkate alınması suretiyle uygulanmasının, aynı içerikteki bir hükmün daha önce de yürürlükte bulunması sebebiyle hukuk güvenliği ilkesine ve hukuki öngörülebilirliğe aykırılık oluşturmadığı görüşü⁶⁷ de son derece sübjektif ve tartışmaya açıktır. Esasen söz konusu Anayasa hükmüne yorum yöntemleri kapsamında verilecek anlamla ilgili bulunmakla ve bir sonraki bölümde bazı detaylarına değinilecek olmakla birlikte, Anayasa koyucu 6771 sayılı Kanun’la Türkiye’de geçerli olan hükümet sistemini ve Devleti oluşturan üç erkten yürütme erkinin oluşumunu tamamen değiştirmiştir. Bu çerçevede 6771 sayılı Kanun değişikliğinden önce yürürlükte bulunan ve parlamenter hükümet sistemi döneminde yürütme erkinin sorumsuz kanadının seçimini düzenleyen “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” hükmünün, ilgililer nazarında, 6771 sayılı Kanun hükmü

⁶⁶ Bkz Başak (n 1) 922 vd; Anayasa Mahkemesi, 2008/80, 18.05.2011.

⁶⁷ ibid 924 vd. Bir önceki paragrafta açıklandığı üzere bu görüş doğru kabul edilse dahi, 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe giren “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” hükmünün geçmişte yapılan seçimler dikkate alınarak uygulanabilmesi ancak bunu açıkça öngören bir kanun hükmü varsa mümkün olabilecektir. (Aynen, Anayasa Mahkemesi’nin K.2011/81 sayılı kararına konu 5786 sayılı Kanun’da, kanun koyucunun oda ve birlik yönetim kurulu üyeliği seçimleri açısından bu durumu açıkça öngörmesi örneğinde olduğu gibi.) Dolayısıyla bu görüşün doğru olması, sadece bu yönde (geçmişe dönük etki doğuracak şekilde) uygulama öngören olası (gerçekte var olmayan) bir kanun hükmünü, hukuk devleti ilkesine uygun bir istisna haline getirecektir.

olarak 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe giren ve başkanlık sistemi döneminde bizzat yürütme erkinin (başkanın)⁶⁸ farklı usul kuralları izlenilmek suretiyle⁶⁹ seçimini düzenleyen “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının uygulanması açısından bir öngörülebilirlik doğurduğunu söylemek oldukça zor görünmektedir⁷⁰.

Bu başlık altında son olarak belirtilmelidir ki, aralarında *Başak*'ın da bulunduğu, bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceğine ilişkin Anayasa kuralının 2017 yılında değişmediğini, bu konuda hukukumuzda kesintisiz tek bir Anayasa normunun bulunduğunu savunan yazarların düştükleri temel yanılgı, (hukukçu olmayan kimselerin de yaptığı şekilde) sadece Anayasa'nın 101'inci maddesinin 6771 sayılı Kanun değişikliğinden önceki ve sonraki hallerini kıyaslayarak, içeriği aynı olan hükümlerin değişmediğine ve dolayısıyla aynı kanun kuralı olduklarına hükmetmektir. Oysa bu yaklaşım, “kanun” kelimesine şekli anlamda kanun anlayışına uygun şekilde verilen anlama, yani yasama organının yasama usulüne uygun şekilde kanun adı altında kabul ettiği ve yayımladığı yasama tasarrufunun metnine, dolayısıyla kanun koyucunun iradesine hiçbir değer atfetmemektedir. Böyle bir yaklaşım ancak,

- 6771 sayılı Kanun'un 2709 ve 5678 sayılı Kanunlardan ayrı bir kanun olmadığı,

- 6771 sayılı Kanun'un metninde (içeriğinde) “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” şeklinde bir hüküm bulunmadığı, veya

- 6771 sayılı Kanun'un, “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” hükmünü içeren 7'nci maddesinin 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe girmediği

hususlarından herhangi birinin kabul edilmesi durumunda savunulabilecektir ki bunun söz konusu üç hususun hiçbiri bakımından mümkün olmadığı açıktır.

⁶⁸ “... Anayasa Mahkemesi, tüm istikrarlı içtihatlarında kanun koyucunun nitelemesine bakmaksızın yorum yapmaktadır. ... Her ne kadar Anayasa, sözcük olarak ‘Cumhurbaşkanı’ kavramını kullansa da, aslında Cumhurbaşkanı hükümet sistemine göre seçilen kişinin, başkanlık sisteminin ‘Başkanı’ olarak anlaşılacağı, ‘Başkan’ görev ve yetkilerini kullanacağı açıktır.” Hasan Tahsin Fendoğlu (n 1) 37; “... tüm başkanlık sistemlerinde başkanlar iki defa seçilir. Böylece birinci döneminin hesabını verir. Mevcut cumhurbaşkanı tekrar seçilemez demek başkanlık yetkilerini kullandığı birinci dönemin hesabını Millete vermesin demektir.” Eren (n 1). Nitekim 6771 sayılı Anayasa değişikliği kanununda da Cumhurbaşkanı kelimesi yerine, başkan kelimesi kullanılabilecekti; “Cumhuriyetin kuruluşundan itibaren Cumhurbaşkanı kavramı ifadesinin kullanıldığı, bu nedenle bu kavramı değiştirmek yerine sürdürmenin daha doğru olacağına inanıldığı” gerekçesiyle bunun yapılmadığı, söz konusu kanuna ilişkin teklifin görüşüldüğü Anayasa Komisyonu'nun 447 sıra sayılı raporunda ifade edilmiştir. Bkz TBMM (n 25).

⁶⁹ Örneğin doğrudan seçmenler tarafından aday gösterilmek suretiyle Cumhurbaşkanı adayı olabilmenin mümkün olduğu bir usulle

⁷⁰ Zira aksinin kabulü, ancak “Anayasa koyucu parlamenter hükümet sisteminin geçerli olduğu dönemde yürütmenin sorumsuz kanadı fonksiyonunu üstlenen ‘Cumhurbaşkanı’ için bir dönem sınırlaması öngörülürse, aynı sınırlamayı Başkanlık sistemi döneminde yürütme erki (başkan) konumuna gelen ‘Cumhurbaşkanı’ için de öngörecektir” şeklinde bir varsayım dayalı olarak savunulabilecektir. Ne var ki, geçerliliği son derece tartışmalı bir varsayım dayalı olarak hukuki öngörülebilirliğin tesisinin mümkün olmadığı belirtilmelidir.

III. Yorum Yöntemleri ve Anayasa'nın 101'inci Maddesi

Yorum, ne anlama geldiği yahut belirli bir olay veya olguyu kapsamına alıp almadığı noktasında tereddüt uyandıran bir hukuk kuralı metninin anlamının ve içeriğinin saptanabilmesi için icra edilen zihinsel faaliyettir. Bir uyumsuzluğun belirli bir hukuk kuralı doğrultusunda nasıl çözümlenmesi gerektiği konusunda tereddüt veya tartışma yaşanan hallerin hemen hemen tamamında, gerek uyumsuzluğun tarafları, gerek öğreti, gerekse yargısal makamlar tarafından söz konusu hukuk kuralının metnine yorum yoluyla anlam verilmekte ve bu anlamdan hareketle uyumsuzluğun hangi doğrultuda çözümlenmesi gerektiği tespiti çalışılmaktadır.

Bu çerçevede 2022 yılının Mart ayında yayımlanan makalemizde, Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'un 7'nci maddesiyle değişik 101'inci maddesinde yer alan (yani bir önceki başlıkta ortaya konulduğu üzere Anayasa'nın 5678 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesiyle değişik 101'inci maddesindeki kuraldan farklı bir Anayasa normu olan) “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” cümlesinin anlamını ve kapsamını yorum yöntemleri aracılığıyla belirlemiştik. Buna göre öğretilerde genel kabul gören yorum yöntemlerinden üçüne, bu kapsamda lafzi, tarihi ve sistematik yorum yöntemlerine başvurarak Anayasa'nın 101'inci maddesinin ikinci fıkrasına verdiğimiz anlam doğrultusunda, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi döneminde yapılacak Cumhurbaşkanı seçimlerinde uygulanacak sayı sınırlamasında, parlamenter hükümet sistemi döneminde gerçekleştirilen Cumhurbaşkanı seçimlerinin dikkate alınmaması gerektiğini ileri sürmüştük⁷¹.

Başak ise, lafzi yorum ve tarihi yorum yöntemlerinden hareketle Anayasa'nın 101'inci maddesinin ikinci fıkrasına çalışmamızda verilen anlama itiraz etmektedir. Diğer taraftan *Başak*'ın çalışmasında sistematik yorum yönteminden hareketle ulaştığımız sonuca yönelik herhangi bir itiraz ileri sürülmemiştir⁷². Yine sistematik yorum yöntemi uyarınca maddeye verdiğimiz anlamın *Başak* tarafından kabul edilip edilmediği, eğer kabul ediliyorsa *Başak*'ın lafzi ve tarihi yorum yöntemlerinden hareketle ulaştığı farklı sonuçla sistematik yorum yönteminden hareketle ulaşılan sonucun birbirleriyle nasıl telif edilmesi gerektiği hususunda herhangi bir değerlendirmeye de *Başak*'ın çalışmasında yer verilmemektedir.

Bu başlık altında yapılacak incelemede, *Başak*'ın çalışmasında ileri sürülen itiraz noktaları olan, “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının lafzi yorum ve tarihi yorum yöntemlerinden hareketle anlamlandırılması meselesi üzerine odaklanılacaktır. Bu kapsamda daha önce söz konusu Anayasa kuralına lafzi ve tarihi yorum yöntemlerinden hareketle verdiğimiz anlama *Başak*'ın yönelttiği eleştirilerin haklılık payı olup olmadığı sorusuna cevap aranacaktır. Bununla birlikte aynı kurala

⁷¹ Şentop, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı’ (n 1) 5 vd.

⁷² Başak (n 1) 900 vd.

sistematiik yorum yönteminden hareketle verdiğimiz anlam üzerinde, *Başak*'ın çalışmasında herhangi bir itiraza konu edilmediği için, ayrıca durulmayacaktır.

A. Lafzi Yorum

Lafzi yorum yöntemi, bir hukuk kuralının anlamlandırılmasında onun lafzını, onu oluşturan kelime ve cümleleri ön planda tutan ve hukuk kurallarına anlam verilirken genellikle ilk başvurulmuş yorum yöntemidir⁷³.

Esasen yorum, bir hukuk kuralının metnine anlam verme ameliyesi, lafzi yorum da bu metni oluşturan kelimelerin ve cümlelerin anlamını, kelimelerin dizilimini, dil bilgisi kurallarını esas alan yorum yöntemi olduğuna göre; esasen “*bir hukuk kuralının anlamının çok açık olduğunu ve bu sebeple yorum yöntemlerine ihtiyaç duyulmadığını*” iddia eden kimsenin yaptığı şeyin dahi lafzi yorum yönteminden hareketle hukuk kuralına anlam vermek olduğu belirtilebilecektir. Zira bir hukuk kuralını oluşturan kelimeleri, onların kendi anlamları ile cümle içindeki konumları çerçevesinde içinde buldukları kelimeler bütününe kazandırdıkları anlamı dikkate almadan, yani lafzi yorum yapmadan bir hukuk normuna anlam verilebilmesi mümkün değildir⁷⁴.

Lafzi yorum yöntemi esas alınarak “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” cümlesinin anlamı ve kapsamı belirlenirken, kuralda yer alan “Cumhurbaşkanı” kelimesinin günlük hayattaki anlamının değil terim anlamının esas alınması gerektiğini önceki makalemizde belirtmiştik. Bu çerçevede yürürlükte bulunan Anayasa hükümleri uyarınca “Cumhurbaşkanı” kelimesinin terim anlamını “yürütme erki” şeklinde tespit ederek, “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının da bir kimsenin en fazla iki defa yürütme erki olarak seçilebileceği şeklinde anlaşılması gerektiği sonucuna ulaşmıştık. Dolayısıyla, parlamenter hükümet sistemi döneminde gerçekleştirilen ve halk tarafından yürütme erkinin doğrudan seçilmesi niteliğinde olmayıp, yürütme erkinin başbakan ve bakanlar kurulu dışındaki sorumsuz kanadının seçilmesi mahiyetindeki Cumhurbaşkanı seçimlerinin, başkanlık sistemi döneminde Cumhurbaşkanı seçilme konusunda var olan sayı sınırlamasında dikkate alınmayacağını ortaya koymuştuk⁷⁵.

⁷³ Antalya (n 52) 589; Abdullah Demir, *Hukuk Metodolojisi* (1. Bası, Astana 2016) 174; Bernd Rütters, Christian Fischer ve Axel Birk, *Hukuk Teorisi*, Çev İlyas Doğan, Rukiye Aldudak ve Huri Eyman Aydın (1. Bası, Astana 2020) 409.

⁷⁴ Dolayısıyla inceleme konusu hukuki tartışma bağlamında “*Anayasa'nın 101'inci maddesinde yer alan 'Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir' kuralının anlamının çok açık olduğunu ve bu sebeple yoruma ihtiyaç bulunmadığını*” iddia eden yazarların yaptığı şey de anılan Anayasa kuralına lafzi yorum yönteminden hareketle anlam vermek ve fakat bunu yaparken “Cumhurbaşkanı” kelimesinin terim anlamını değil, sözlük anlamını esas almaktan ibarettir. “... *bir metnin ne anlama geldiğini onu okuyan insan söyler. İşte metni okuyan insanın, o metnin ne anlama geldiğini söylemesine yorum denir. ... Şüphesiz ki bir kanun maddesinin ne anlama geldiğini tespit etmek için her şeyden önce o maddenin metnine, sözlerine bakılır. Bu demektir ki, kanunun her yorumunda lafzi yorum yöntemi kaçınılmaz olarak kullanılır. ...*” Gözler, *Hukuka Giriş* (n 52) 212, 218.

⁷⁵ Bkz Şentop ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı’ (n 1) 5-9.

Başak ise çalışmasında, “söz konusu Anayasa kuralı anlamlandırılırken cumhurbaşkanı kelimesinin terim anlamının esas alınması gerektiği” ve “yürürlükteki Anayasa kuralları uyarınca cumhurbaşkanı kelimesinin terim anlamının ‘yürütme erki’ olduğu” şeklinde özetlenebilecek tespitlerimize ilkesel anlamda herhangi bir itiraz ileri sürmemektedir. Ancak *Başak*, Cumhurbaşkanlığı kelimesine verdiğimiz terim anlamının, parlamenter hükümet sistemi döneminde görev yapan Cumhurbaşkanlarının cezai sorumlulukları bağlamında Anayasa’nın 105’inci maddesi ile 148’inci maddesinde geçen Cumhurbaşkanlığı kelimelerine verilemeyeceğini savunmakta ve bu örnekten hareketle, görüşümüzün hukuken doğru olamayacağını belirtmektedir⁷⁶. Bu kapsamda *Başak*’ın çalışmasında şu görüşler ileri sürülmektedir:

“Şentop’un görüşünü izlememizde durumunda, Anayasa hükümlerinin nasıl yorumlanacağı, Cumhurbaşkanlığı ile ilgili hükümler bağlamında içinden çıkılmaz bir hâl alıyor. Bir örnekle açıklayalım. Şentop’un deyişimiyle Anayasa’nın bütünü esas alındığında Cumhurbaşkanlığı kelimesi ‘Devleti oluşturan erklerden yürütme erki, yürütme yetkisinin sahibi olan Devlet başkanı’ anlamını ifade ediyorsa, Anayasa’da ‘Cumhurbaşkanlığı’ ibaresinin geçtiği yerlere söz konusu anlamı atfetmemizde bir sakınca olmasa gerek. Dolayısıyla Anayasa’da artık ‘Cumhurbaşkanlığı’ ibaresini gördüğümüzde bunu ‘Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin Cumhurbaşkanlığı’ olarak anlamamız, parlamenter hükümet sistemi dönemi cumhurbaşkanlarını bu anlam çerçevesinin dışında varsaymamız gerekiyor. Bu varsayımları izlersek, sözgelimi Anayasa’nın 105. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanlığı’nın cezai sorumluluğuna ilişkin usulleri parlamenter hükümet sistemi dönemindeki cumhurbaşkanları için işletmek olanaksız hâle geliyor. ... 105. maddenin izleyen hükümleri, bu temel kural çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı’nın cezai sorumluluğuna ilişkin hukuksal sürecin nasıl işletileceğini düzenliyor. Maddenin son fıkrası, içerdiği ‘Cumhurbaşkanının görevde bulunduğu sürede işlediği iddia edilen suçlar için görevi bittikten sonra da bu madde hükmü uygulanır.’ hükmüyle sorununuzu çözmüyor: Çünkü Şentop’un tezine göre bu son fıkradaki ‘Cumhurbaşkanlığı’na da yeni hükümet sistemindeki Cumhurbaşkanlığı olarak anlamamız gerekiyor: Özetle, Şentop’un makalesinde belirlenen kavramsal çerçeve içinde, Anayasa’nın yürürlükteki 105. maddesi, parlamenter hükümet sistemi dönemindeki cumhurbaşkanları için herhangi bir hüküm içermeyen, bu dönemde görev yapmış cumhurbaşkanları için TBMM eliyle soruşturma açılmasını ve cezai sorumluluk hükümlerinin işletilmesini olanaksız kılan bir mahiyet kazanıyor. ... Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla yargılayabileceği ‘Cumhurbaşkanlığı’ hangisidir? Şentop’un makalesindeki tanımlamayı izlersek, bu sorunun yanıtı, ‘Devleti oluşturan erklerden yürütme erki, yürütme yetkisinin sahibi olan Devlet başkanı’ ya da diğer ifadesiyle Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi döneminde seçilen cumhurbaşkanı/cumhurbaşkanlarıdır. Hükmün amacının bu olmadığı açıktır. Hiçbir Anayasa hukukçusunun da bu türden bir yorumu izleyeceğini sanmıyoruz. ...”⁷⁷

Görüleceği üzere *Başak*, lafzi yorum yönteminden hareketle ortaya koyduğumuz tespitlere, Cumhurbaşkanlığı kelimesine “yürütme erki” şeklinde verilen anlamın başka Anayasa maddeleriyle uyumlu olmadığı gerekçesiyle itiraz etmektedir. Bu bağlamda *Başak*’a göre 101’inci maddenin ikinci fıkrasındaki “Cumhurbaşkanlığı” kelimesine

⁷⁶ Bkz Başak (n 1) 901 vd.

⁷⁷ Başak (n 1) 901, 902.

verdiğimiz anlam, 105’inci maddenin son fıkrasındaki “Cumhurbaşkanı” kelimesine verilmesi gereken anlamla çeliştiği için doğru kabul edilemeyecektir. Zira *Başak*’a göre Anayasa’nın gerek 105’inci maddesinde gerekse 148’inci maddesinde geçen “Cumhurbaşkanı” kelimesiyle kastedilenin “*parlamentar sistem-cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ayrımı gözetmeksizin tüm cumhurbaşkanları*” olduğu açıktır⁷⁸.

Başak’ın söz konusu değerlendirmelerinde, üzerinde durulması gereken iki nokta bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, Anayasa’nın farklı maddelerinde yer alan tüm Cumhurbaşkanı kelimelerine verilmesi gereken anlamların aynı olması gerektiği yönünde bir varsayımdır. İkincisi ise Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu meselesi bağlamında Anayasa’nın 105’inci ve 148’inci maddelerinde yer alan “Cumhurbaşkanı” kelimelerinin parlamenter hükümet sistemi döneminde görev yapan Cumhurbaşkanlarını da kapsamı gerekliliğidir. *Başak*, bu iki noktadan hareket ederek, Anayasa’nın 101’inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve Cumhurbaşkanı seçimlerinde sayı sınırlaması getiren kuralda geçen “Cumhurbaşkanı” kelimesine “*yürütme erki*” şeklinde anlam verilemeyeceği sonucuna ulaşmaktadır.

Bu noktada öncelikle belirtilmelidir ki, *Başak*’ın eleştirisinin mantıki temelini oluşturan “*Anayasada yer alan ‘Cumhurbaşkanı’ kelimelerinin tamamının aynı anlama sahip olması gerektiği*” varsayımı, konu hakkında *Başak*’ın savunduğu görüşü temelden çürüten bir yaklaşımdır. Esasen önceki makalemizde konu sadece Anayasa’nın 101’inci maddesinin ikinci fıkrası ve “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralı çerçevesinde ele alınmış olmasına rağmen *Başak*, bu kurala verdiğimiz anlamı geçersiz gösterebilmek için, söz konusu kuralda yer alan “Cumhurbaşkanı” kelimesi ile başka Anayasa kurallarında geçen “Cumhurbaşkanı” kelimelerinin aynı anlama gelmelerinin mümkün olmadığı görüşünü savunmuştur. Oysa *Başak*’ın varsayımı doğru kabul edildiğinde, yani Anayasa’nın yürürlükte bulunan maddelerinde geçen bütün “Cumhurbaşkanı” kelimelerinin tek bir (aynı) anlama sahip olmaları gerektiği savunulduğunda, bu anlamın *Başak*’ın savunduğu anlam olamayacağı yani parlamenter hükümet sistemi döneminde görev yapmış olan Cumhurbaşkanlarını kapsamına alamayacağı tartışmasızdır. Çünkü Anayasa’nın onlarca hükmünde “yürütme erki” anlamına gelen ve parlamenter hükümet sistemi döneminin Cumhurbaşkanlarını kapsamına almadığı bariz olan cümleler bulunmaktadır. Bu durum, aşağıdaki örneklerden açıkça görülebilmektedir.

⁷⁸ ibid 902.

Tablo 7. Anayasa’da yer alan ve Başak’ın iddia ettiği şekilde “parlamentar sistem-cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ayrımı gözetmeksizin tüm Cumhurbaşkanları” anlamına gelmediği, bilakis sadece cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi döneminde görev yapan Cumhurbaşkanlarını kapsamına aldığı açık olan, “yürütme erki” anlamındaki “Cumhurbaşkanı” kelimelerine örnekler
Madde 8: Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.
Madde 73, fıkra 4: Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhurbaşkanına verilebilir ⁷⁹ .
Madde 101, fıkra 6, cümle 4: Oylamada, adayın geçerli oyların çoğunluğunu alamaması halinde, sadece Cumhurbaşkanı seçimi yenilenir ⁸⁰ .
Madde 104, fıkra 1, cümle 2: Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir.
Madde 104, fıkra 17: Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.
Madde 106, fıkra 1: Cumhurbaşkanı, seçildikten sonra bir veya daha fazla Cumhurbaşkanı yardımcısı atayabilir.
Madde 106, fıkra 2, cümle 2: Yenisi seçilene kadar Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanlığına vekâlet eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır.
Madde 106, fıkra 3: Cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hallerinde, Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanına vekâlet eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır.
Madde 106, fıkra 3, cümle 1: Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar, Cumhurbaşkanına karşı sorumludur.
Madde 116, fıkra 2 ve 3: Cumhurbaşkanının seçimlerin yenilenmesine karar vermesi halinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimi ile Cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılır. Cumhurbaşkanının ikinci döneminde Meclis tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi halinde, Cumhurbaşkanı bir defa daha aday olabilir.
Madde 117, fıkra 2: Millî güvenliğin sağlanmasından ve Silahlı Kuvvetlerin yurt savunmasına hazırlanmasından, Türkiye Büyük Millet Meclisine karşı, Cumhurbaşkanı sorumludur ⁸¹ .
Madde 119, fıkra 6: Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir.

Çoğaltılabilmesi mümkün olan bu örneklerin ortaya koyduğu gerçek şudur; eğer (*Başak*’ın varsaydığı şekilde) lafzi yorum yönteminden hareketle Anayasa’nın 6771 sayılı Kanun’la değişik 101’inci maddesinde yer alan “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” cümlesindeki “Cumhurbaşkanı” kelimesine verilecek

⁷⁹ Verginin kanuniliği ilkesine istisna teşkil eden bu hüküm, yürütme organına verilen bir yetkiyi tanımlamaktadır. Parlamentar hükümet sistemi döneminde bu yetki, cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminden farklı olarak Cumhurbaşkanınca değil, bakanlar kurulunca kullanılmakta idi.

⁸⁰ Parlamentar hükümet sistemi döneminde milletvekilliği seçimleri ile Cumhurbaşkanı seçimlerinin aynı gün yapılması gibi bir zorunluluk bulunmadığından (bkz Anayasa m 77), bu hükmün sadece cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi döneminde (TBMM üyeliği seçimleri ile aynı gün yapılması zorunlu olan) Cumhurbaşkanı seçimleri hakkında bir düzenleme getirdiği açıktır.

⁸¹ Ordunun millî savunma hizmetini ifaya hazır durumda bulunması yürütme erkine ait bir görevdir. Dolayısıyla parlamenter hükümet sistemi döneminde bu görevin yerine getirilmesi, cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminden farklı olarak Cumhurbaşkanının değil, bakanlar kurulunun sorumluluğunda bulunmaktadır.

anlamın, Anayasa'nın diğer tüm maddelerindeki "Cumhurbaşkanı" kelimelerine verilecek anlamla aynı olması gerekiyorsa, bu anlam *Başak*'ın iddia ettiği şekilde "parlamenter hükümet sistemi ve cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi dönemlerinde görev yapan tüm Cumhurbaşkanları" olamaz. Bilakis bu varsayım doğru kabul edilirse Anayasa'da yer alan tüm Cumhurbaşkanı kelimelerine verilmesi gereken anlamın "yürütme erki" şeklinde olması, yani bu anlamın sadece cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi dönemindeki Cumhurbaşkanlarını kapsaması bir zorunluluktur. Zira Anayasa'da "Cumhurbaşkanı" kelimesini içermekle birlikte parlamenter hükümet sistemi döneminde görev yapan Cumhurbaşkanlarını kapsamadığı tartışmasız olan çok sayıda kural bulunmaktadır⁸².

Önceki makalemizde yer verilen lafzi yorum yöntemine ilişkin görüşleri eleştiren *Başak*'ın konu hakkında kendi görüşlerini çürüten bir varsayıma dayanmasının yanı sıra, "Anayasa'nın 105'inci ve 148'inci maddelerinde yer alan 'cumhurbaşkanı' kelimelerinin parlamenter hükümet sistemi döneminde görev yapan cumhurbaşkanlarını da kapsadığının açık olduğu" yönünde ileri sürmüş olduğu görüşlerin kabul edilebilmesi de hukuken mümkün görünmemektedir. Bu noktada Anayasa'nın 105'inci maddesinin "parlamenter hükümet sistemi dönemindeki cumhurbaşkanları için herhangi bir hüküm içermeyen, bu dönemde görev yapmış cumhurbaşkanları için TBMM eliyle soruşturma açılmasını ve cezai sorumluluk hükümlerinin işletilmesini olanaksız kılan bir mahiyet"⁸³ taşımasının mümkün olmadığını iddia eden *Başak*'ın, devlet başkanının (Cumhurbaşkanının) sorumluluğu konusunda parlamenter hükümet sistemi ile başkanlık sistemi (cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi) arasında var olan farklılığı bilmediği veya görmezden geldiği anlaşılmaktadır.

Bu kapsamda parlamenter hükümet sisteminin geçerli olduğu dönemde Anayasa'nın, Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu konusunda hüküm sevk eden 105'inci maddesi "Sorumluluk ve sorumsuzluk hali" başlığını taşımakta ve şu hükmü içermektedir:

"Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur.

Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz.

⁸² Bu durum, "Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir" kuralına sistematik yorum yönteminden hareketle anlam verirken önceki makalemizde ulaşılan sonucu teyit etmektedir. bkz Şentop, 'Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı' (n 1) 14 vd. Ancak daha önce de belirtildiği gibi, sistematik yorum yönteminden hareketle yaptığımız değerlendirmelere *Başak* tarafından herhangi bir itiraz ileri sürülmediği için, bu konu üzerinde ayrıca durulmayacaktır.

⁸³ *Başak* (n 1) 902.

Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır.”⁸⁴

Görüleceği üzere, parlamenter hükümet sistemi döneminde hukukumuzda Cumhurbaşkanının işlem ve eylemleri yönünden cezai sorumluluğu kural olarak sadece “*vatana ihanetten suçlandırılma*” ile sınırlıydı⁸⁵. Bu durum parlamenter hükümet sisteminin başkanlık sistemine kıyasla ayırt edici özelliklerinden birisi olan devlet başkanının sorumsuzluğu ilkesiyle⁸⁶ uyumluydu. Diğer taraftan 6771 sayılı Anayasa değişikliği kanununun yürürlüğe girdiği 09.07.2018 tarihi⁸⁷ itibarıyla, Anayasa’da ve kanunlarda “vatana ihanet suçu” olarak tanımlanmış herhangi bir eylem bulunmadığından⁸⁸; Anayasa’nın 38’inci maddesinde güvence altına alınan suçların kanuniliği ilkesi gereğince, parlamenter hükümet sistemi dönemi Cumhurbaşkanlarının vatana ihanet kapsamında da Yüce Divan’da yargılanabilmeleri mümkün değildi⁸⁹.

Oysa 6771 sayılı Anayasa değişikliği kanunuyla birlikte hukukumuzda yürürlük kazanan cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, başkanlık sisteminin genel özelliğiyle uyumlu olarak⁹⁰ devlet başkanının sorumsuzluğu anlayışını terk etmiş; bu kapsamda Anayasa’nın 105’inci maddesini “*Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu*” başlığı altında yeniden düzenlemiş ve Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğuna (önceki hükümet sisteminin aksine) konu bakımından bir sınırlama getirmemiştir. Bu şekilde

⁸⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 20.10.1982/17844 <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17844.pdf>>

⁸⁵ Nitekim Anayasa’nın 105’inci maddesi, Anayasa’nın Danışma Meclisi tarafından kabul edilen metninin gerekçesinde, “*Devlet Başkanının parlamenter rejimindeki sorumsuzluğu ilkesinin nasıl uygulanacağını düzenleyen madde*” şeklinde tanımlanmaktaydı. Yunus Emre Yılmazoğlu ve İsmail Emrah Perdecioğlu, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gereğçeli)* (Anayasa Mahkemesi, 2018) 646.

⁸⁶ “*Parlamenter rejimlerde kural olarak Devlet Başkanının siyasi ve cezai sorumluluğu bulunmamaktadır.*” Gören, (n 15) 233; “*Cumhurbaşkanının siyasi sorumsuzluğu parlamenter sistemin bir gereğidir. ... Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili işlem ve eylemlerinden dolayı, siyasal sorumluluğu olmadığı gibi, cezai sorumluluğu da yoktur.*” Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku* (14. Baskı, Turhan 2006) 241; “*Parlamenter rejimlerde devlet başkanının, siyasal sorumsuzluğu yanında, cezai bakımdan da sorumsuz olduğu ilke olarak kabul edilmiştir.*” Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (8. Baskı, Yetkin 2005) 317; “*İlke olarak, parlamenter rejimlerde devlet başkanının siyasal sorumluluğu olmadığı gibi cezai sorumluluğu da yoktur.*” Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Hukuku* (7. Baskı, Beta 2005) 310.

⁸⁷ Bkz 6771 Numaralı Kanun m 18/1-a.

⁸⁸ Halen yürürlükte bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda vatana ihanet kavramının geçtiği bir hüküm bulunmamaktadır. 5237 sayılı Kanun’la 2005 yılında yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da doğrudan vatana ihanet suçunu düzenleyen bir madde bulunmamakta idi. Her ne kadar 06.07.1960 tarihli ve 15 sayılı Kanunun 3’üncü maddesi, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 125, 133, 141, 142, 146, 149, 150 ve 163 üncü maddelerinde yazılı bulunan suçları “*vatana ihanet suçları*” şeklinde nitelendirmekte idiysede, bu nitelendirmenin sadece 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun yürürlükte bulunduğu 01.06.2005 tarihinden önceki dönemde geçerli olabileceği açıktır. Bununla birlikte 01.06.2005 tarihinden önce işlendiği iddia edilen ve 06.07.1960 tarihli, 15 sayılı Kanunun 3’üncü maddesi uyarınca vatana ihanet suçu teşkil ettiği iddia edilebilecek eylemler bakımından da, hukukumuzda 01.06.2005 tarihinden sonra vatana ihanet suçunu düzenleyen bir kanun hükmü bulunmadığından, lehe olan ceza kanunlarının geriye yürütmesi ilkesi gereğince vatana ihanet suçu sebebiyle bu tarihten sonra da bir soruşturma/kovuşturma yürütülebilmesine hukuken olanak bulunmamaktadır. Sonuç olarak 2005 yılından sonra, işlendiği tarihe bakılmaksızın, hukukumuzda konusu “*vatana ihanet suçu*” olan bir ceza soruşturmasının/kovuşturmasının yürütülebilmesi mümkün değildir.

⁸⁹ Aynı yönde Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (1. Baskı, Ekin 2000) 549; Uğur Arslan, ‘*Vatana İhanet Kavramı ve Suçu*’ (2021) 4(1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 47, 81; Salih Taşdoğan, ‘*Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu*’ (2019) 21(Özel sayı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan) 1293, 1301; Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (n 1) 917.

⁹⁰ Bkz Atar (n 15) 296; Teziç (n 16) 533.

yeni hükümet sisteminde yeniden düzenlediği Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu konusunda bağlantılı olarak Meclis soruşturması usulünü de yeniden düzenlemiştir.

Bu sebeple yeni hükümet sisteminde görev icra eden ve herhangi bir konu kısıtlaması olmaksızın cezai yönden sorumluluğu bulunan (yürütme erki konumundaki) Cumhurbaşkanları için düzenleme öngören 6771 sayılı Kanun’la değişik yeni 105’inci maddenin, parlamenter hükümet sistemi dönemi Cumhurbaşkanlarını kapsamına almayacak şekilde değil, bilakis *-Başak’ın* iddia ettiği gibi- kapsamına alacak şekilde yorumlanması yadırganmalıdır.

Dolayısıyla Anayasa’nın 105’inci maddesinde (son fıkrası dâhil) yer alan “Cumhurbaşkanı” kelimesinin, *Başak’ın* iddia ettiği gibi parlamenter hükümet sistemi döneminde görev yapan Cumhurbaşkanlarını da kapsamına alması mümkün değildir. Aksi yorum, Anayasa koyucunun hükümet sistemini değiştirmesine rağmen devlet başkanının cezai sorumluluğu noktasında farklı hükümet sistemlerinin gerektirdiği farklı rejimlerden bihaber olduğu anlamına gelecektir.

Özetlemek gerekirse, önceki makalemizde, Anayasa’nın 6771 sayılı Kanun’la değişik 101’inci maddesinde yer alan “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” hükmündeki Cumhurbaşkanlık kavramının, kelimenin Anayasa Hukukundaki terim anlamı esas alınmak suretiyle “yürütme erki” şeklinde anlamlandırılması gerektiğini savunmuştuk. *Başak* ise bu yoruma, Cumhurbaşkanlığı kelimesine verilen “yürütme erki” şeklindeki anlamın Anayasa’nın 105’inci ve 148’inci maddeleri açısından geçerli olamayacağını ileri sürerek itiraz etmektedir. Oysa *Başak’ın* bu itirazı, “*Anayasa’nın tüm maddelerindeki Cumhurbaşkanı kelimelerinin aynı anlama sahip olmaları gerektiği*” şeklinde bir varsayım içerdiği ve Anayasa’da parlamenter hükümet sistemi dönemindeki Cumhurbaşkanlarını kapsamına almadığı bariz olan çok sayıda “Cumhurbaşkanı” kelimesi bulunduğu için, iddiamızı zayıflatmamakta, bilakis desteklemektedir. Diğer taraftan parlamenter hükümet sistemi ile başkanlık sistemi arasında Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu konusunda var olan farklılık, Anayasa’nın bugün yürürlükte bulunan ve Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunu düzenleyen 105’inci ve 148’inci maddelerinin kapsamına, *Başak’ın* iddiasının aksine, parlamenter sistem döneminde görev yapan Cumhurbaşkanlarının dâhil olamayacağını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla *Başak’ın* ileri sürdüğü varsayımın yanı sıra bazı Anayasa hükümlerinden hareketle verdiği somut örnek de,

“Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” hükmündeki Cumhurbaşkanı kelimesine “yürütme erki” şeklinde anlam verilmesi gerekliliğini⁹¹ teyit etmektedir.

B. Tarihi Yorum

Tarihi yorum yöntemi bir kanun hükmünün anlamlandırılmasında, yasa koyucunun o hükmü kanunlaştırırken izlediği amacı, diğer bir ifadeyle kanun koyucunun sübjektif iradesini esas almaktadır⁹². Kanun koyucunun belli bir kanunu yasalaştırırken izlediği amacın yansıyabileceği mecralar, kanun teklifinin gerekçesi, komisyon raporu, komisyon ve genel kurul tutanakları olduğu için, tarihi yorum yönteminden hareketle bir kanun hükmüne anlam verilirken söz konusu yasama belgelerine bakılmaktadır. Eğer bu belgelerde, kanun koyucunun konu hakkındaki sübjektif iradesinin hangi yönde olduğunu ortaya koyan bir açıklama varsa, tarihi yorum yöntemi uyarınca kanun hükmünün anlamlandırılmasında bu açıklamanın temel alınması gerekecektir⁹³.

Aslında tarihi yorum yöntemi, Anayasa’nın 6771 sayılı Kanun’la değişik 101’inci maddesinde yer alan “Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir.” kuralının anlamının ve kapsamının belirlenmesinde başvurulabilecek en tartışmasız yorum yöntemidir. Çünkü bu kuralın 6771 sayılı Kanun hükmü olarak yasalaşması sürecine ait yasama belgelerinden 447 sıra sayılı Anayasa Komisyonu Raporunda,⁹⁴

⁹¹ Anayasa’nın 101’inci maddesinin 6771 sayılı Kanun’la yeniden kaleme alınan halinde yer alan “Cumhurbaşkanı” kelimesi, 6771 sayılı Kanun’a konu Anayasa değişikliği öncesindeki “Cumhurbaşkanı” kelimesiyle lafzen aynı olsa da, Anayasa değişikliğiyle birlikte bu kelimenin (terim) anlamı tamamen değişmiştir. Bu çerçevede 6771 sayılı Anayasa değişikliği kanunu, makalemizde de belirtildiği gibi, Cumhurbaşkanı kelimesinin Türk Anayasa Hukukundaki anlamını değiştiren bir yasama tasarıfudur. Bkz Şentop, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı’ (n 1) 6, 7.

Bu noktadan hareketle 6771 sayılı Anayasa değişikliği kanunu, hukukumuzda öncesinden tamamen farklı yeni bir “Cumhurbaşkanı” statüsü ihdas etmiştir. Dolayısıyla *Ulusoy*’un konu hakkındaki yazısında, “... bu gibi durumlarda bir göreve atanmaya veya bir statüye girmeye dair getirilen yeni ‘genel’ kuralın o görev veya statüde bulunan **mevcut** kişiye/kişilere uygulanıp uygulanmayacağı ‘geçici maddede’ düzenlenir. Bu durum hukuktaki en klasik ve temel bir düzenleme usulüdür. Daha doğrusu, yeni getirilen kuralın o görevdeki **mevcut** kişiye de uygulanması ve yeni kuralın onun için de geçerli olması isteniyorsa, kural koyucunun Geçici maddede düzenleme yapmasına gerek yoktur. Bu durumda zaten yeni kural otomatik olarak o kişiye de uygulanacaktır. Diğer bir anlatımla, eğer yeni getirilen kuralın o görevdeki **mevcut** kişiye uygulanmayacağına dair veya **mevcut** kişiye farklı bir kural uygulanmayacağına dair Geçici madde konulmuyorsa, bunun hukuktaki anlamı yeni kuralın **mevcut** görevdeki kişiye de aynen uygulanacağıdır. Eğer kural koyucu tarafından yeni kuralın o görevdeki **mevcut** kişiye uygulanmaması ve o kişiye bir önceki kuralın veya başka bir kuralın uygulanması isteniyorsa, bu durumda görevdeki **mevcut** kişi için bir Geçici madde konulması gerekir.” şeklindeki ifadelerden hareketle bir sonuca ulaşırlarken gözden kaçırılan nokta da budur. Zira 6771 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihte, 6771 sayılı Kanun’un öngördüğü Cumhurbaşkanlığı statüsünde yani en kısa tanımla yürütme erki görev, yetki ve sorumluluklarının bir kişiye toplandığı bir Cumhurbaşkanlığı statüsünde (görevinde) **mevcut** bir Cumhurbaşkanı bulunmamaktadır. Bu anlamda 6771 sayılı Kanun, mevcut bir statü hakkında hüküm sevk etmemekte, bilakis parlamenter sistem döneminde geçerli olan “Cumhurbaşkanı” statüsünü yürürlükten kaldırarak, yerine ismi aynı ancak içeriği, görevi, yetkileri, sorumluluğu, seçilme usulü tamamen farklı yepyeni bir statü ihdas etmektedir. Bu yeni ihdas edilen statü için ilk defa 2018 yılında seçim yapıldığından, 6771 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihte “aynı görevde veya statüde **mevcut** bulunan” bir kimseden söz edebilmek de mümkün değildir. bkz *Ulusoy* (n 1) (alıntıya vurgu eklenmiştir).

⁹² Demir (n 73) 178; Antalya (n 52) 592; Sururi Aktaş, ‘Hukukta Yorum Çabaları’ (2011) 15(3-4) EÜHF 1, 14.

⁹³ Ancak eğer kanun hükmüne tarihi yorum yönteminden hareketle verilen anlamın diğer yorum yöntemlerinden hareketle verilen anlamla çelişmesi söz konusuysa, bu durumda farklı yöntemlerle ulaşılan farklı anlamların uzlaştırılmasına çalışılacak ya da farklı yorum yöntemlerinden birinin (gerekçeli şekilde) diğerine tercih edilmesi gündeme gelecektir. Bkz Şentop, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı’ (n 1) 9.

⁹⁴ TBMM (n 25).

cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi döneminde bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceği kuralı uygulanırken parlamenter hükümet sistemi döneminde icra edilen Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin dikkate alınıp alınmayacağı sorusuna gayet açık bir cevap verilmiştir. Bu kapsamda anılan rapora göre, “... yürürlükteki ve Teklif’te yer alan Anayasa hükümlerinde ‘Cumhurbaşkanı’ ifadesi aynen kullanılmakla beraber, mevcut hükümlere göre Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri ile yürütme içindeki konumu Teklif’le getirilen hükümlerde esaslı bir şekilde değiştirildiği için ve bütünüyle farklı bir hükümet sistemi içinde Cumhurbaşkanının düzenlendiği açık bir husus olduğu için, Teklif’in kanunlaşması ile getirilen iki dönem seçilebilme imkânında bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce görev yapmış Cumhurbaşkanlarının görev dönemlerinin hesaba katılmayacağı tartışmasızdır.”⁹⁵

6771 sayılı Kanun’un gerekçesinde (diğer bir ifadeyle 6771 sayılı Kanun olarak yasalaşan Anayasa değişikliği teklifinin gerekçesinde) ise, Anayasa’nın 101’inci maddesinde yer alan inceleme konusu hükümle ilgili olarak “Cumhurbaşkanının görev süresi yürütme istikrarı bakımından beş yıl olarak belirlenmekte; bir kişinin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceği hüküm altına alınmaktadır”⁹⁶ şeklinde bir açıklama bulunmaktadır.

Bu çerçevede önceki makalemizde “Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” kuralının anlamı ve kapsamı belirlenirken, Anayasa değişikliği kanununun komisyon raporundaki bu açıklamaya dayanılarak, ayrıca aynı kanunun gerekçesinde iki defadan fazla seçilme yasağıyla ilgili olarak ilk elden bir düzenleme yapıldığı anlamına gelecek şekilde bir ifade tarzı tercih edildiği belirtilerek; parlamenter hükümet sistemi döneminde yapılan Cumhurbaşkanı seçimlerinin, tarihi yorum yöntemi gereğince söz konusu kuralın kapsamına dâhil edilmemesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştı⁹⁷. Başak ise, gerek komisyon raporu gerekse kanun teklifinin gerekçesi açısından, tarihi yorum yönteminden hareketle ulaştığımız sonuca itiraz etmektedir. Bu itirazların komisyon raporu ve teklif gerekçesi açısından ayrı ayrı incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

1. Komisyon Raporu

2022 yılında yayımlanan makalemizde tarihi yorum yönteminden hareketle ortaya konulan değerlendirmelere Başak’ın yönelttiği itirazların komisyon raporuyla ilgili kısımları, özetle, aşağıdaki gibidir⁹⁸:

⁹⁵ TBMM (n 25) 40.

Dikkat edileceği üzere komisyon raporundaki bu ifade, ismi aynı kalmakla birlikte, Anayasa değişikliği sonrasında “Cumhurbaşkanı” kelimesinin hukukumzdaki anlamının değiştiği yönünde, lafzi yorum başlığı altında değinilen açıklamalarla örtüşmektedir.

⁹⁶ TBMM (n 24).

⁹⁷ Şentop, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı’ (n 1) 9 vd.

⁹⁸ Başak’ın çalışmasında yer alan ve yasama organını nitelikli bir yasama çalışması yapmadığı için eleştiren, bir kanunun yasama organı iradesine aykırı şekilde uygulandığının belirlenmesi halinde bu aykırılığın giderilmesi için yasa değişikliği yapılması gerektiğini belirten kısımları üzerinde, hukuki değil siyasi nitelikli olduğu veya konunun teknik (hukuki) yönüyle doğrudan bir ilgisi bulunmadığı için durulmamıştır.

“... 6771 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen Anayasa değişikliğine dayanak oluşturan Anayasa Komisyonu raporuna baktığımızda “Teklifin Metni Üzerinde Değerlendirmeler” başlıklı bir bölüme rastlıyoruz. Bu bölüm, Komisyon görüşmelerinde izlenen usuller ile ilgili itirazlara ve bu itirazlar karşısında Komisyonun benimseyip izlediği usullerin savunusuna yönelik anlatımlar ile başlıyor. Anayasa Komisyonu Başkanlığının, Komisyon görüşmeleri sırasında tartışma konusu olmuş ve belli bir biçimde sonuca bağlanmış usul meseleleri ile ilgili tutumunu gerekçelendirmesi ve bunu Komisyon raporuna yansıtması doğal ve olağandır. Fakat sorun bu bölümün sonunda doğuyor. Burada bölümün başında aktarılan usul itirazları ile hiçbir ilgisi bulunmayan ve metnin akışına da uymayan, doğrudan doğruya Anayasa değişiklik teklifinin maddelerine yönelik yorumlar başlıyor: ... Görüldüğü gibi ikinci paragraf, yukarıda Şentop’un makalesi vesilesiyle aktardığımız 101. madde ile ilgili ‘varsayımı’ içeriyor. Bu noktada akla gelen soru şudur: Anayasa Komisyonu raporunda yer verilen ve Teklif hükümlerinin nasıl uygulanması gerektiğine yönelik görüşler içeren bu iki paragraf hangi iradeyi yansıtmaktadır? Komisyon Başkanı’nın iradesini mi, yoksa Komisyonun (Komisyon çoğunluğunun) iradesini mi? ...

Şentop’un da belirttiği üzere Anayasa’nın 101. maddesinin ikinci fıkrası hükmü kapsamında bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanlığı seçilebileceği ile ilgili hükmün nasıl uygulanacağı sorunu hakkında komisyondaki tartışmalarda herhangi bir görüş ileri sürülmemiş ise, bu konuda yargı bildiren bir görüş açıklamasının Anayasa Komisyonu iradesini yansıttığı nasıl ileri sürülebilir? Bunun mümkün olmadığı açıktır. Dolayısıyla burada söz konusu olan durum, Komisyon iradesini yansıtmayan, fakat Komisyon Başkanı’nın görüşünü yansıttığı anlaşılan bir metnin (Komisyon, sorunu tartışmadığı ve oylama ile karara bağlamadığı için bu bağlamda bir iradesinin varlığından söz etmek mümkün değildir), Komisyonun iradesi imiş gibi Komisyon raporuna eklenmesinden ibarettir. Bu türden bir metnin, “kanun koyucunun iradesi” olarak nitelenmesinin olanaksızlığı bir tarafa, kanun koyucunun iradesinin araştırılması bağlamında bir referans kaynağı bile olamayacağı açıktır. ...

Anayasa değişikliğinin dayandığı yasama belgelerini (Sıra Sayısı: 447) incelediğimizde Anayasa Komisyonu raporunun 4 Ocak 2017 tarihli olduğunu, muhalefet şerhlerinin ise 2 Ocak 2017 tarihini taşıdığını görüyoruz. Komisyon raporu üzerine yazılan tarihin Komisyon raporunun düzenlendiği tarihi mi yoksa raporun TBMM Başkanlığına gönderim tarihini mi gösterdiğini bilmiyoruz. Burada sormamız gereken asıl soru şudur: Muhalefet şerhleri, Anayasa Komisyonu raporu görülerek mi yazılmıştır, yoksa Komisyon raporu görülmeden sadece Komisyon görüşmeleri sonucunda oluşan Kanun Teklifi metni esas alınarak mı yazılmıştır? Bir başka deyişle, Anayasa Komisyonu Başkanlığı, düzenlendiği Komisyon raporunu, son hâlini verip TBMM Başkanlığına göndermeden önce, muhalefet şerhlerinin yazımı sürecinde ilgili Komisyon üyelerine iletmış midir? Sürecin içinde bulunmadığımız için bu sorunun yanıtını bilmiyoruz. Ancak Şentop’un “muhalefet şerhlerinde Komisyon raporundaki bu ifade ile ilgili herhangi bir itiraz yok” tezi ancak dönemin Anayasa Komisyonu Başkanı sıfatıyla rapor metnini muhalefet partilerinin üyesi olan Komisyon üyelerine iletmış olması durumunda geçerli olabilir. Anayasa Komisyonu’nun muhalefet şerhi yazan üyeleri Komisyon raporunu, muhalefet şerhlerini yazdıktan sonra görmüşlerse muhalefet şerhlerinde bu konuya değinme olanaklarının bulunduğu da söylenemez. ...

Muhalefet partileri muhalefet şerhi yazmak konusunda ihmalkâr davranabilirler, herhangi bir komisyon raporundaki tüm tezleri karşılayacak argümanlar üretmemiş, üretmemiş, üretmek istememiş olabilirler ya da Teklifi ve Komisyon görüşmelerini boykot edip hiç muhalefet şerhi

yazmayabilirler. Tüm bu durumlar, yine de Komisyon raporundaki bir ifadenin Anayasa'nın belli bir hükmünün anlam çerçevesini belirleyen temel referans kaynağı olarak nitelenmesini gerektirmez."⁹⁹

*Başak'*ın yukarıda aktarılan eleştirilerinin incelenmesinden önce belirtilmelidir ki, Anayasa değişikliğine ilişkin 6771 sayılı Kanun'un yasalaşma sürecine ait belgelerden biri olan 447 sıra sayılı Anayasa Komisyonu Raporunda, "...*Teklif'in kanunlaşması ile getirilen iki dönem seçilebilme imkânında bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce görev yapmış Cumhurbaşkanlarının görev dönemlerinin hesaba katılmayacağı tartışmasızdır*" şeklinde bir açıklama yer almaktadır. *Başak'*ın yukarıda özetlenen ve ortak noktası komisyon raporunu kusurlandırmak olan eleştirilerinin hiçbiri, anılan raporun "*Anayasa değişikliği teklifinin esas komisyon raporu*" olduğu gerçeğini ve yine bir yasama tasarrufu olarak 6771 sayılı Kanun hükümlerinin tarihi yorum yöntemi uyarınca anlamlandırılmasında dikkate alınması gereken bir belge olduğu hakikatini değiştiremeyecektir. Bu anlamda nasıl herhangi bir mahkeme kararının içeriğine dönük eleştiriler, ne kadar haklı olursa olsun, o kararın mahkeme kararı olma özelliğini ortadan kaldıramazsa; *Başak'*ın komisyon raporunun içeriğine dönük eleştirilerinin de anılan raporun komisyon raporu olma işlevine ve dolayısıyla tarihi yorum yöntemi kapsamında dikkate alınması gereken bir belge olma vasfına herhangi bir etkisinin bulunamayacağı açıktır.

Bununla birlikte yine de *Başak'*ın komisyon raporu hakkında yaptığı değerlendirmelerin haklılık payı bulunup bulunmadığının incelenmesinde fayda bulunmaktadır. Bu noktada ilk olarak Parlamento Hukuku kavramlarına aşına olmayanlar açısından "komisyon raporu" kavramının ne anlama geldiği ve bir kanun hükmünün anlamlandırılmasında neden önemli olduğu meselesi üzerinde durulmalıdır.

Anayasa'nın 95'inci maddesi uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi çalışmalarının usul ve esaslarının düzenlendiği TBMM İçtüzüğü'nün "*Komisyon raporları*" başlıklı 42'nci maddesinde, komisyonların karara bağladıkları her bir iş için birer rapor düzenleyeceği, daha sonra bu raporların bastırılıp milletvekillerine dağıtılacağı hükme bağlanmıştır. Yine İçtüzüğün 42'nci ve 52'nci maddeleri uyarınca komisyon raporları daha sonra TBMM Genel Kurulunda görüşülecektir. Dolayısıyla bir kanun teklifi hakkında TBMM Genel Kurulunda yapılacak görüşmeler de, söz konusu kanun teklifinin ve bu teklif hakkında hazırlanıp dağıtılan komisyon raporunun görüşülmesi şeklinde icra edilmektedir. Nitekim inceleme konusu 6771 sayılı Kanun'un TBMM Genel Kurulundaki görüşmelerinde, söz konusu kanuna temel oluşturan teklifin ve 447 sıra sayılı komisyon raporunun görüşüldüğü hususu, birleşimi yöneten TBMM Başkanvekili tarafından da ifade edilmiştir¹⁰⁰.

⁹⁹ Başak (n 1) 913-915.

¹⁰⁰ "BAŞKAN - ... 447 sıra sayılı Kanun Teklifi ile Anayasa Komisyonu Raporu'nun görüşmelerine devam ediyoruz." Bkz TBMM Tutanak Dergisi, D.26, Y.2, C.31, B.53 (09.01.2017) <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d26/c031/tbmm26031053.pdf>>

Bunun konumuz açısından önemi şudur; “... *Teklif’in kanunlaşması ile getirilen iki dönem seçilebilme imkânında bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce görev yapmış Cumhurbaşkanlarının görev dönemlerinin hesaba katılmayacağı tartışmasıdır*” şeklindeki açıklamanın yer aldığı 447 sıra sayılı Anayasa Komisyonu Raporu, 6771 sayılı Kanun’la gerçekleştirilen Anayasa değişikliğinin TBMM Genel Kurulunda oylanmasından önce görüşülen rapordur. Diğer bir ifadeyle TBMM Genel Kurulu bu raporun görüşülmesinden sonra 6771 sayılı Kanun’u oylayarak kabul etmiştir. Bu bağlamda makalemizde üzerinde durulan “*kanun koyucunun Anayasa Komisyonu raporuna yansıyan bu iradesinin aksi yönünde bir değerlendirmeye ... Genel Kurul’daki tartışmalarda da*” yer verilmemesi¹⁰¹ olgusunun önemi burada yatmaktadır. Buna göre 447 sayılı komisyon raporunun metninde “... *Teklif’in kanunlaşması ile getirilen iki dönem seçilebilme imkânında bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce görev yapmış Cumhurbaşkanlarının görev dönemlerinin hesaba katılmayacağı tartışmasıdır*” şeklinde bir açıklama yer almasına ve söz konusu rapor toplam 10 ayrı birleşimde (yani 10 farklı günde) TBMM Genel Kurulunda görüşülmüş olmasına rağmen, hiçbir milletvekili bu açıklamanın hilafına bir değerlendirmede bulunmamıştır. Bu şüphesiz, *Başak*’ın da iddia ettiği gibi, 26’ncı Yasama Dönemi’nde görev yapan milletvekillerinin tamamının komisyon raporundaki bu ifadeye katıldığı anlamına gelmemektedir. Lâkin o dönem görevde bulunan milletvekillerinden hiçbirinin bu ifadeye itiraz etmediğini ve bu ifadedeki değerlendirmenin aksi yönünde bir düşünceyi ileri sürmediğini, tartışmasız şekilde, ortaya koymaktadır. Bunun neticesi ise ortada, kanun koyucunun uyuşmazlık konusu meseleye yaklaşımı konusunda (yönlendirici mahiyette) güçlü bir karinenin var olduğudur.

TBMM İçtüzüğü’nün 42’nci maddesi incelendiğinde, *Başak*’ın çalışmasında komisyon raporu hakkında yer verilen başka birçok soruya da cevap bulunabilmektedir. Örneğin *Başak*’ın yönelttiği ve 447 sıra sayılı komisyon raporundaki konuyla ilgili paragrafın kimin düşüncesi olduğunu soran soruya TBMM İçtüzüğü’nün cevabı şu şekildedir: “*Komisyonlar, karara bağladıkları işler için birer rapor düzenlerler. ... Raporlarda konu hakkında komisyonun düşünceleri ile komisyonca yapılan değişikliklerin gerekçeleri yer alır.*”¹⁰² Yani 447 sıra sayılı Anayasa Komisyonu Raporunda yer alan bu paragraf –metnini hangi gerçek kişi ya da kişiler kaleme almış olursa olsun- TBMM’nin karar organlarından biri olan Anayasa Komisyonunun düşüncesidir.

Aslında birden fazla kişi tarafından oluşturulan kurum veya kurulların almış oldukları hukuki kararların ve bu kararların gerekçelerinin, söz konusu kurumu/kurulu oluşturan bireylerin kişisel kararları ya da görüşleri olmayıp, anılan kurumun/

¹⁰¹ Şentop, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı’ (n 1) 13.

¹⁰² TBMM İçtüzüğü madde 42/1, metne vurgu eklenmiştir.

kurulun kararları ve görüşleri olarak nitelendirildikleri, hukukçular yönünden bilinen bir olgudur. Bu kapsamda örneğin, bir Yargıtay veya Danıştay kararının metnini hangi üyenin veya üyelerin ya da hangi tetkik hâkiminin kaleme aldığının hukuken bir önemi yoktur; zira söz konusu karar hukuk âleminde, altında imzası bulunan üyelerin iradesi doğrultusunda alınan bir Yargıtay veya Danıştay kararı olarak hüküm ve sonuç doğurmaktadır. 447 sayılı Anayasa Komisyonu Raporu da TBMM İhtüzüğü'nün 42'nci maddesinde yer alan hükümler çerçevesinde “*son oylamaya katılan komisyon üyelerince imzalanmış*” ve “*konu hakkında komisyonun düşüncelerinin*” yer aldığı bir rapordur. Dolayısıyla söz konusu raporda yer alan “*Teklif'in kanunlaşması ile getirilen iki dönem seçilebilme imkânında bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce görev yapmış Cumhurbaşkanlarının görev dönemlerinin hesaba katılmayacağı tartışmasıdır*” şeklindeki ifade de, konu hakkında Anayasa Komisyonu'nun düşüncesini yansıtmaktadır. Bu sonuca, raporun metninin kim ya da kimler (komisyon başkanı, başkanvekili, kâtip üyesi, sözcüsü, komisyon üyesi milletvekilleri ve/veya yasama uzmanları) tarafından kaleme alındığı hususunun hiçbir etkisi bulunmamaktadır.

Tablo 8. 447 sıra sayılı Anayasa Komisyonu Raporunun TBMM Başkanlığına takdim yazısı

Anayasa Komisyonu Raporu

*Türkiye Büyük Millet Meclisi
Anayasa Komisyonu
Esas No: 2/1504
Karar No: 5*

04/1/2017

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ BAŞKANLIĞINA

2/1504 esas numaralı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi” Komisyonumuzun 20/12/2016, 21/12/2016, 22/12/2016, 23/12/2016, 24/12/2016, 26/12/2016, 27/12/2016, 28/12/2016, 29/12/2016 ve 30/12/2016 tarihlerinde yapılan toplantılarında görüşülmüş ve kabul edilmiştir.

Raporumuz, Genel Kurulun onayına sunulmak üzere Yüksek Başkanlığa saygıyla arz olunur.

Tablo 9. 447 sıra sayılı Anayasa Komisyonu Raporunun 44'üncü ve 45'inci sayfalarında yer alan ve raporda imzası bulunan milletvekillerini, raporun içeriğine dönük muhalefetlerinin bulunup bulunmadığı bilgisiyle birlikte gösteren liste

Başkan	Başkanvekili	Sözcü
<i>Mustafa Şentop</i>	<i>Reşat Petek</i>	<i>Abdurrahman Öz</i>
İstanbul	Burdur	Aydın
Kâtip	Üye	Üye
<i>Muhammet Emin Akbaşoğlu</i>	<i>İbrahim Halil Fırat</i>	<i>Cengiz Aydoğdu</i>
Çankırı	Adıyaman	Aksaray
(Bu raporun özel sözcüsü)		(Bu raporun özel sözcüsü)
Üye	Üye	Üye
<i>Murat Alparslan</i>	<i>Mustafa Köse</i>	<i>İsmail Aydın</i>
Ankara	Antalya	Bursa
(Bu raporun özel sözcüsü)		(Bu raporun özel sözcüsü)
Üye	Üye	Üye
<i>Zekeriya Birkan</i>	<i>Adem Yeşildal</i>	<i>Haydar Ali Yıldız</i>
Bursa	Hatay	İstanbul
(Bu raporun özel sözcüsü)		
Türkiye Büyük Millet Meclisi		(S. Sayısı: 447)

– 45 –

Üye	Üye	Üye
<i>Markar Eseyan</i>	<i>Kemalettin Yılmaztekin</i>	<i>Yusuf Başer</i>
İstanbul	Şanlıurfa	Yozgat
(Bu raporun özel sözcüsü)		(Bu raporun özel sözcüsü)
Üye	Üye	Üye
<i>Murat Emir</i>	<i>Uğur Bayraktutan</i>	<i>Bülent Tezcan</i>
Ankara	Artvin	Aydın
(Muhalefet şerhim vardır)	(Muhalefet şerhim vardır)	(Muhalefet şerhimiz vardır)
Üye	Üye	Üye
<i>Nurhayat Altaca Kayışoğlu</i>	<i>Muharrem Erkek</i>	<i>Akın Üstündağ</i>
Bursa	Çanakkale	Muğla
(Muhalefet şerhim vardır)	(Son oylamada bulunamadı, muhalefet şerhi ektedir)	(Muhalefet şerhimiz vardır)
Üye	Üye	Üye
<i>Meral Danış Beştaş</i>	<i>Erol Dora</i>	<i>Mithat Sancar</i>
Adana	Mardin	Mardin
(Muhalefet şerhi ektedir)	(Muhalefet şerhim var)	(Muhalefet şerhimiz var)
Üye	Üye	
<i>Mehmet Parsak</i>	<i>Oktay Öztürk</i>	
Afyonkarahisar	Mersin	

Bu açıklamalar ışığında 447 sıra sayılı Anayasa Komisyonu Raporunun altında imzaları yer alan ve rapora yönelik muhalefet şerhleri bulunmayan komisyon

üyelerinin söz konusu rapora, bu çerçevede raporu oluşturan parçalardan biri olan “Teklif’in kanunlaşması ile getirilen iki dönem seçilebilme imkânında bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce görev yapmış Cumhurbaşkanlarının görev dönemlerinin hesaba katılmayacağı tartışmasıdır” şeklindeki değerlendirmeye de katılmakta oldukları noktasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira bu üyeler, komisyon raporunun belli kısımlarına katılmamaları durumunda rapora çekimserlik veya aykırılık görüşlerini ekleme hakları bulunmasına rağmen bu doğrultuda bir tasarrufta bulunmamışlar ve raporun (bütün kısımlarıyla birlikte) kendi imzaları sayesinde bir komisyon raporu hüviyetini kazanmasını (sıra sayısı alıp dağıtılmasını ve bu suretle genel kurulda görüşülmeye müsait bir rapor haline gelmesini) sağlamışlardır. Komisyon raporuna muhalif kaldıklarını belirten üyelerin ise, raporda yer alan bu ifadeye gerçekten katılıp katılmadıklarının bilinebilmesi mümkün değilse de, muhalefet şerhlerinde konu hakkında hiçbir itiraz dile getirmedikleri tartışmasıdır.

Bu noktada *Başak*, rapora muhalif kalan üyelerin muhalefet şerhlerinde bu konuya değinmemelerinin olası sebeplerini (mazeretlerini) “*muhalefet partileri muhalefet şerhi yazmak konusunda ihmalkâr davranabilirler; herhangi bir komisyon raporundaki tüm tezleri karşılayacak argümanlar üretmemiş, üretememiş, üretmek istememiş olabilirler ya da Teklifi ve Komisyon görüşmelerini boykot edip hiç muhalefet şerhi yazmayabilirler*” şeklinde gerekçelendirmeye çalışmaktadır. Ancak bu olasılıklar, vaki kabul edilseler dahi, komisyon raporunda yer alan “*Teklif’in kanunlaşması ile getirilen iki dönem seçilebilme imkânında bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce görev yapmış Cumhurbaşkanlarının görev dönemlerinin hesaba katılmayacağı tartışmasıdır*” şeklindeki düşüncenin aleyhine bir görüşün rapora muhalif kalan üyeler tarafından ileri sürülmediği gerçeğini değiştirmemektedir.

Öte yandan TBMM İçtüzüğü, komisyon raporuna muhalif kalan üyelerin bu konu hakkında herhangi bir düşünceye karşı oylarında yer vermemelerine çok önemli bir hukuki sonuç bağlamaktadır. Buna göre, “*Komisyon raporunda imzası bulunan komisyon üyesi, diğer komisyonlarda ve Genel Kurulda, çekimser veya aykırı olduğunu rapor metninde yazıyla belirttiği hususlar dışında, sözcüden soru sormayacak ve komisyon raporuna aykırı konuşma yapamayacaktır*”¹⁰³. Görüleceği üzere İçtüzük, komisyon raporunda yer verilen değerlendirmelerin aksi yönünde bir ifadeye rapor metninde (muhalefet şerhlerinde) yazılı olarak yer verilmemiş olmasını, söz konusu değerlendirmeler üzerinde komisyon üyeleri arasında bir mutabakat bulunduğu şeklinde yorumlamakta ve daha sonra başka komisyonlarda ya da genel kurulda bu mutabakatı bozacak konuşmalar yapılmasını (komisyon üyeleri açısından) yasaklamaktadır. 2022’de yayımlanan makalemizde, Cumhurbaşkanı seçilme sınırlaması bakımından komisyon raporunda var olan değerlendirmeye hiçbir komisyon üyesinin muhalefet şerhi yazmamasına önem

¹⁰³ TBMM İçtüzüğü’nün 42’nci maddesinin dördüncü fıkrası, metne vurgu eklenmiştir.

afetmemizin sebebi de esasen budur. Bu noktada *Başak*'ın olası çeşitli mazeretler sıralayarak önemsizleştirmeye çalıştığı “*komisyon raporunda geçen ifadenin aleyhinde herhangi bir muhalefet şerhinin bulunmaması*” olgusu, böyle bir şerh yazmamış olan komisyon üyesi milletvekillerini TBMM Genel Kurulunda, raporda geçen bu ifadeye aykırı bir konuşma yapmaktan men eden hayati bir husustur.

Yine *Başak* tarafından 447 sıra sayılı Anayasa Komisyonu Raporu bakımından dile getirilen “*Muhalefet şerhleri, Anayasa Komisyonu raporu görülerek mi yazılmıştır, yoksa Komisyon raporu görülmeden sadece Komisyon görüşmeleri sonucunda oluşan Kanun Teklifi metni esas alınarak mı yazılmıştır?*” şeklindeki istifhamın da yukarıda aktarılan hukuki sonuçları değiştirecek niteliği bulunmamaktadır. Çünkü komisyon raporunun çoğunluk görüşünü oluşturan kısmı rapora muhalif kalan üyelere dağıtılmadan diğer bir ifadeyle muhalif üyelerin çoğunluk görüşünden tam olarak haberdar olmaları temin edilmeden kendilerinden muhalefet şerhi yazmalarının istenmesi durumunda buna itiraz etmek, en azından durumu muhalefet şerhine yazarak tevsik etmek söz konusu muhalif üyelerin görevidir. Bunun sebebi, TBMM İçtüzüğü'nün 42'nci maddesinin yukarıda yer verilen dördüncü fıkrasının, komisyon raporunda imzası bulunan komisyon üyelerine, diğer komisyonlarda ve Genel Kurulda, çekimser veya aykırı olduklarını rapor metninde yazıyla belirttikleri hususlar dışında komisyon raporuna aykırı konuşma yapma yasağı getirmesidir. Ne var ki 447 sayılı Anayasa Komisyonu Raporunun muhalefet şerhlerinde, komisyon raporu taslağının muhalif kalan üyelere dağıtılmadığı ve rapordan tam olarak haberdar olmadıkları yönünde bir ibare yer almadığı gibi; bu yönde bir iddia komisyon raporunun TBMM Genel Kurulunda görüşüldüğü 10 birleşimde de ileri sürülmemiş ve yine kamuoyuna da yansımamıştır.

Oysa yine 26. Yasama Dönemi'nde, 447 sıra sayılı Anayasa Komisyonu Raporunun hazırlandığı tarihle hemen hemen aynı tarihlerde hazırlanan bir başka komisyon raporuna muhalif kalan üyeler, raporun çoğunluk görüşünde kendilerinin bilgisi olmadan değişiklikler (ilaveler) yapıldığını belirterek TBMM Başkanlığına başvurmuşlardır¹⁰⁴. O dönem kamuoyuna da yansıyan bu gelişme üzerine TBMM Başkanlığı, söz konusu komisyon raporunu, “*ortada komisyon üyelerinin 'komisyonda görüşülen metin' olarak üzerinde mutabakat sağladığı bir rapor bulunmadığı*” gerekçesiyle işlemleri tekemmül etmiş bir komisyon raporu olarak kabul etmemiş,

¹⁰⁴ NTV, ‘CHP TBMM darbe komisyonu raporunun iadesini istedi’ (14.07.2017) <https://www.ntv.com.tr/turkiye/chp-tbmm-darbe-komisyonu-raporunun-iadesini-istedi,q9Ooh_4ockiwElrkWfFdzw>

işleme almamış ve milletvekillerine dağıtmamıştır¹⁰⁵. Dolayısıyla Anayasa'nın 101'inci maddesinin ikinci fıkrasını tarihi yorum yöntemi uyarınca anlamlandırırken esas aldığımız paragrafın, *Başak*'ın işaret ettiği şekilde komisyon raporuna bazı üyelerin bilgisi haricinde eklenmiş olması ihtimalinde, rapora muhalif kalan üyeler tarafından (aynı yıl bir başka komisyon raporunda görüldüğü şekilde) bu hususa itiraz edileceği veya bu durumun muhalefet şerhlerinde ya da Genel Kurulda dile getirileceği yahut en azından bu bilginin kamuoyu ile paylaşılmış olacağı rahatlıkla ileri sürülebilecektir.

Bu başlık altında üzerinde durulması gereken bir diğer nokta, kanun tekliflerinin kendilerine havale edildiği ihtisas komisyonları tarafından yürütülen görüşmelerde -kural olarak- teklifin maddeleri, bu maddeler üzerindeki değişiklik önermeleri ve teklifin tümü oylanmakta; böylece kanun teklifinin (aynen ya da değiştirilerek) kabul edilmesi yahut reddedilmesi yönünde bir karar alınmaktadır. Bu kapsamda TBMM İçtüzüğü'nün 35'inci maddesinde yer alan "*Komisyonlar, kendilerine havale edilen kanun tekliflerini aynen veya değiştirilerek kabul veya reddedebilirler*" hükmü uyarınca, komisyonlarda oylama yapılarak bir karara dönüşmesi gereken husus kanun teklifinin (aynen ya da değiştirilerek) kabulünden veya reddedilmesinden ibarettir. Bunun dışında ihtisas komisyonlarının raporlarında yer verdikleri her bir konu, düşünce, paragraf veya cümle için ayrı ayrı oylama yapılması gibi bir usul ne İçtüzüğün gereğidir ne de uygulamada karşılaşılan bir durumdur¹⁰⁶.

Dolayısıyla *Başak*'ın, komisyonda oylanarak kabul edilmemesi sebebiyle, 447 sıra sayılı komisyon raporunda yer alan "*Teklif'in kanunlaşması ile getirilen iki dönem seçilebilme imkânında bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce görev yapmış Cumhurbaşkanlarının görev dönemlerinin hesaba katılmayacağı tartışmasızdır*"

¹⁰⁵ Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığının 18.7.2022 tarihli basın açıklamasından: "... TBMM Genel Kurulunda alınan 26 Temmuz 2016 tarihli kararlar «Fethullahçı Terör Örgütünün (FETÖ/PDY) 15 Temmuz 2016 Tarihli Darbe Girişimi ile Bu Terör Örgütünün Faaliyetlerinin Tüm Yönleriyle Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu» (15 Temmuz Araştırma Komisyonu) kurulmuştur. ... Komisyon tarafından hazırlandığı belirtilen ve bazı haberler ile internet sitelerinde resmine yer verilen rapor taslağı, 12 Temmuz 2017 tarihinde Komisyon Başkanı tarafından bir üst yazıyla TBMM Başkanlığına sunulmuştur. Ancak, Komisyonun Cumhuriyet Halk Partisi'ne mensup bazı üyeleri (İzmir Milletvekili Aytun ÇIRAY, İstanbul Milletvekilleri Mustafa Sezgin TANRIKULU, Aykut ERDOĞDU ve Zeynel EMRE) tarafından TBMM Başkanlığına sunulan 14 Temmuz 2017 tarihli yazıyla, "kendilerine görüşlerini bildirmeleri için gönderilen taslak rapor ile TBMM Başkanlığına sunulan raporun aynı metin olmadığı, yapılan değişiklikler ve eklemelerin tashihi niteliğinde düzeltme ve redaksiyonun çok ötesinde olduğu, bu nedenle raporda yapılan tashih ve redaksiyon dışındaki düzeltmeler ve eklemelerin rapordan çıkarılması gerektiği" iletilmiş, aksi takdirde raporun son hali üzerinde ek inceleme ve görüş bildirme imkânının kendilerine tanınması talep edilmiştir. Bunun üzerine TBMM Başkanlığı tarafından 17 Temmuz 2017 tarihli yazı ile söz konusu Komisyon üyelerinin itirazlarının değerlendirilerek gereğinin yapılması için 14 Temmuz 2017 tarihli yazı Araştırma Komisyonu'na iletilmiştir. Devam eden süreçte, Komisyon üyelerinin "Komisyonda görüşülen metin" olarak üzerinde mutabakat sağladığı, İçtüzük hükümlerine uygun olarak tüm süreçleri tamamlanmış bir Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, TBMM Başkanlığına sunulmuştur. Dolayısıyla, 26. Yasama Döneminde kurulan 15 Temmuz Araştırma Komisyonu tarafından İçtüzükte öngörülen süre içerisinde tamamlanarak aynı yasama döneminde TBMM Başkanlığına sunulan ve Komisyon üyelerinin, Komisyonda görüşülen metin olarak üzerinde mutabık kaldıkları bir rapor; diğer bir ifadeyle TBMM İçtüzüğü hükümleri gereğince hukuken (resmi anlamda) Meclis Araştırması Komisyonu Raporu niteliğini taşıyan bir rapor bulunmamaktadır." bkz TBMM, 'TBMM Başkanlığı Basın Açıklaması' (18.07.2022) <<https://www.tbmm.gov.tr/Haber/Detay?Id=A7574dd6-9631-43da-8202-Bf999cddb364>>

¹⁰⁶ Bu noktadaki Meclis uygulamasını gözlemek için, ihtisas komisyonu raporlarına ve komisyon görüşmelerinin tutanaklarına bakılması yeterli olacaktır.

şeklindeki kısmın konu hakkında referans alınamayacağı yönündeki değerlendirmesi dayanaktan yoksundur. Komisyon raporunda yer verilen söz konusu kısım, İçtüzüğün 35’inci maddesi uyarınca oylanarak kabul edilen bir komisyon kararı değil; İçtüzüğün 42’nci maddesinin birinci fıkrası uyarınca “*komisyonun konu hakkındaki düşünceleri*”dir. Diğer taraftan bu durum komisyon raporunun sadece bu kısmı açısından değil, neredeyse tamamı açısından geçerlidir. Zira 447 sıra sayılı Anayasa Komisyonu Raporuna konu olan komisyon kararı, Anayasa değişikliği teklifinin, raporun en sonunda yer alan haliyle (değiştirilerek) kabul edilmesinden ibarettir. Raporun bunun dışında kalan kısımlarının neredeyse tamamı komisyon kararı değil, komisyon görüşüdür. Ancak bu kısımların karar değil görüş niteliğinde olması, tarihi yorum yöntemi izlenirken dikkate alınmalarını gerektiren bir sebep değildir. Çünkü tarihi yorum yöntemi kapsamında, değil sadece İçtüzüğün kendisine bazı hukuki sonuçlar bağladığı (komisyon raporuna yansıyan) komisyon düşüncelerinin; tek bir milletvekilinin komisyonunda ya da genel kurulda yaptığı konuşmanın dahi (yerine ve bağlamına göre) dikkate alınabilmesi mümkündür¹⁰⁷.

Sonuç olarak 6771 sayılı Anayasa değişikliği kanununun TBMM Genel Kurulundaki görüşmelerine dayanak oluşturan 447 sıra sayılı Anayasa Komisyonu Raporu’nda yer verilen “...*Teklif’in kanunlaşması ile getirilen iki dönem seçilebilme imkânında bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce görev yapmış Cumhurbaşkanlarının görev dönemlerinin hesaba katılmayacağı tartışmasızdır*” şeklindeki düşünce, TBMM İçtüzüğü’nün 42’nci maddesinin birinci fıkrasında ifade edildiği şekliyle “*konu hakkında komisyonun düşünceleri*”ni yansıtmaktadır. Komisyon raporunda imzası bulunan ve rapora muhalif kalmayan üyelerin bu düşünceye katıldıkları noktasında bir duraksama bulunmamaktadır. Rapora muhalif kalan üyeler ise bu değerlendirmenin aksi yönünde bir düşünceye muhalefet şerhlerinde yer vermedikleri için, İçtüzüğün 42’nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca söz konusu değerlendirmeye aykırı bir konuşmayı (hukuken) Genel Kurulda yapamayacak konumdadırlar. Nitekim gerek bu üyelerden gerekse yasama organının diğer üyelerinden hiçbiri, milletvekillerine dağıtılıp Genel Kurul görüşmelerine esas alınan 447 sıra sayılı komisyon raporundaki bu kısma aykırı bir değerlendirmeyi Genel Kurulda dile getirmemişlerdir. Bu durum, 6771 sayılı Kanun’u kabul ederek “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” cümlesini 2017 yılında tekrar yasalaştıran kanun koyucunun (*Başak*’ın itirazlarına binaen daha somut ifade etmek gerekirse, söz konusu kanun teklifinin görüşüldüğü Anayasa Komisyonu’nun), anılan cümlelerin “*iki dönem seçilebilme imkânında bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce görev yapmış Cumhurbaşkanlarının görev dönemlerinin hesaba katılmayacağı*” şekilde anlaşılması gerektiğini düşündüğü yönünde kuvvetli bir karine oluşturmaktadır. Üstelik *Başak*’ın ileri sürdüğü ispatlanabilmesi mümkün olmayan varsayımlar dışında, 6771 sayılı Kanun’la ilgili yasama süreçlerine ilişkin

¹⁰⁷ Demir (n 73) 178.

diğer belgelerde (teklif metni, komisyon raporunun muhalefet şerhleri, komisyon ve genel kurul tutanakları) bu karineyi çürütebilecek ve hatta onunla çelişebilecek hiçbir ifade yer almamaktadır. Dolayısıyla 447 sıra sayılı Anayasa Komisyonu Raporu'ndan hareketle yaptığımız değerlendirmelere *Başak*'ın yönelttiği itirazların, ne tarihi yorum yöntemi ne TBMM İçtüzüğü ne de Meclisin işleyişi açısından hukuki hiç bir karşılığı bulunmamaktadır¹⁰⁸. Bunun neticesi olarak, Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değişik 101'inci maddesinde yer alan “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” cümlesi tarihi yorum yönteminden hareketle yorumlanırken yapılması gereken, bu cümlenin parlamenter hükümet sistemi döneminde yapılan Cumhurbaşkanı seçimlerini kapsamına almayacak şekilde anlamlandırılmasıdır.

2. 6771 sayılı Kanun Teklifinin Gerekçesi

Anayasa'nın 6771 sayılı Kanun'la değişik 101'inci maddesinin ikinci fıkrasına tarihi yorum yönteminden hareketle anlam verirken, önceki çalışmamızda, kanun teklifinin gerekçesine de değinmiştik. Bu çerçevede kanun teklifinin söz konusu maddeye ilişkin gerekçesinde şu açıklama yer almaktadır: “*Cumhurbaşkanının görev süresi yürütme istikrarı bakımından beş yıl olarak belirlenmekte; bir kişinin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceği hüküm altına alınmaktadır*”¹⁰⁹ Bu açıklamadan hareketle, inceleme konusu hakkında şu sonuca ulaştığımız:

“... gerekçede yer alan ‘... beş yıl olarak belirlenmekte’ ve ‘... hüküm altına alınmaktadır’ ifadelerinin konuya dolaylı olarak temasta bulunduğu ifade edilebilecektir. Bu çerçevede Anayasa koyucu, 6771 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik öncesinde Anayasa’nın 101’inci maddesinde zaten Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıl olarak belirlenmiş olmasına ve yine bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceği öngörülmüş bulunmasına rağmen, diğer bir ifadeyle 6771 sayılı Kanun bu iki konu hakkında Anayasa’nın 101’inci maddesinde kullanılan kelimeler bakımından bir değişiklik yapmamasına rağmen; teklifin 8’inci maddesinin gerekçesinde bu konuları ilk defa düzenlediği anlamına gelen ifadeleri kullanmış, böylece Anayasa değişikliği öncesindeki ve sonrasındaki Cumhurbaşkanı seçimlerinin, hukuki bir süreklilik içinde birbirlerinin devamı niteliğinde seçimler **olmadığı** yönündeki iradesini ortaya koymuştur.”¹¹⁰

¹⁰⁸ Bu bölümün başında da belirtildiği üzere, *Başak*'ın komisyon raporunun içeriğine dönük eleştiri niteliği taşıyan itirazlarının tamamı geçerli kabul edilse dahi; bunun, Anayasa'nın 101'inci maddesine tarihi yorum yönteminden hareketle verilmesi gereken anlama hiçbir etkisi bulunmayacaktır. Zira ne kadar yanlış, ne kadar hatalı kaleme alınmış, ne kadar *Başak*'ın ileri sürdüğü kusurlarla malul durumda olursa olsun; *Başak* tarafından eleştirilen metin, 6771 sayılı Kanun'un yasalasma süreci ilişkin hukuki bir belgedir. *Başak*'ın itirazlarının hiçbiri “*Teklif'in kanunlaşması ile getirilen iki dönem seçilebilme imkânında bu düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce görev yapmış Cumhurbaşkanlarının görev dönemlerinin hesaba katılmayacağı tartışmasıdır*” cümlesinin “447 sıra sayılı komisyon raporunda yer aldığı”, “447 sıra sayılı raporun 6771 sayılı Kanun'un TBMM Genel Kurulunda görüşülmesine esas teşkil eden ihtisas komisyonu raporu olduğu” ve “tarihi yönteminden hareketle kanun koyucunun subjektif iradesi esas alınarak kanunlara anlam verilirken göz önünde bulundurulması gereken belgeler arasında komisyon raporunun da bulunduğu” gerçeklerini değiştirebilecek nitelikte değildir.

¹⁰⁹ TBMM (n 24).

¹¹⁰ Şentop, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı’ (n 1) 10.

Başak ise yaptığımız bu değerlendirmeye, kanun teklifinin 4’üncü, 5’inci ve 18’inci maddelerinin gerekçelerinden örnekler verdikten sonra aşağıdaki gerekçelerle itiraz etmektedir:

“6771 sayılı Kanun’a kaynaklık eden Kanun Teklifi’nin imza sahiplerinin ya da hazırlayıcılarının, değişiklik yapılırken korunan Anayasa hükümleri hususunda sistemli ve tutarlı bir dıyarlılık taşımadıkları, böyle bir dıyarlılık taşıyorlarsa da bunu Kanun Teklifi’nin gerekçesine tutarlı bir şekilde yansıtamadıkları görülmektedir. Kanun Teklifi’nin gerekçesinde, Anayasa’nın 101. maddesinin ikinci fıkrası ile ilgili olarak daha önce yürürlükte bulunan hükümlerin korunduğuna yönelik bir ibareye yer verilmemiş olmasını, bilinçli bir tercihin ürünü olarak değerlendirmenin ve bunu Anayasa koyucunun (bu bağlamda var olmadığı anlaşılan) iradesi ile ilişkilendirmenin somut bir dayanağı bulunmamaktadır.”¹¹¹

Başak’ın, 6771 sayılı Kanun’un diğer maddelerinin gerekçelerinden hareketle verdiği örnekler üzerinde durulmadan önce belirtilmelidir ki, Anayasa’nın 101’inci maddesini bütünüyle değiştiren 6771 sayılı Kanun’un 7’nci maddesinin gerekçesinde yer alan “... bir kişinin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceği hüküm altına alınmaktadır” şeklindeki ifade, inceleme konusu açısından sıklıkla dile getirilen bir argümana, bir kimsenin iki defadan fazla Cumhurbaşkanı seçilemeyeceği konusunda hukukumuzda (devamlılık halinde) sadece bir kural bulunduğu iddiasına açıkça cevap vermektedir. Bu çerçevede “Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” şeklindeki Anayasa hükmü ilk defa 5678 sayılı Kanun’a konu Anayasa değişikliğiyle 2007 yılında yürürlüğe girmesine ve 2016 yılında halen yürürlükte bulunmasına rağmen, 6771 sayılı Anayasa değişikliği kanunu teklifini 10.12.2016 tarihinde TBMM Başkanlığına sunan 316 milletvekili¹¹², vermiş oldukları teklifle bir kişinin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceği hususunun **hüküm altına alındığından** söz etmektedirler¹¹³. Bu ise açık şekilde, Anayasa koyucunun 2017 yılında 6771 sayılı Kanun’un 7’nci maddesiyle yeni ve ikinci bir “Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” hükmünü kabul ettiğini ve dolayısıyla hukukumuzda “Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” hükmünü içeren iki Anayasa kuralı bulunduğunu teyit etmektedir¹¹⁴.

Esasen önceki makalemizde kanun teklifinin gerekçesinden hareketle ulaşılan sonuç da bu doğrultudadır. Bu kapsamda söz konusu makalede, kanun

¹¹¹ Başak (n 1) 910.

¹¹² Bkz TBMM, ‘2/1504 Numaralı Kanun Teklifi Bilgileri’ <https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=206176>

¹¹³ Diğer bir ifadeyle kanun teklifinin gerekçesinde yer alan “hüküm altına alınmaktadır” kelimesi, kanun teklifine imza atan 316 milletvekili ile “6771 sayılı Kanun’la bir kişinin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceğinin hüküm altına alınmadığını, bilakis hukukumuzda bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceği konusunda 5678 sayılı Kanun’la yürürlüğe giren tek bir hükmün var olduğunu” ileri süren yazarların konu hakkında farklı düşüncede olduklarını göstermektedir. Bu noktada *Başak*’ın konu hakkında hukukumuzda tek bir kanun hükmü olduğu yönündeki iddiası şu sorunun cevaplandırılmasını gerekli kılmaktadır: “6771 sayılı Kanun’la konu hakkında yeni bir madde (hüküm) yürürlüğe konulmadyysa, teklife imza atan 316 milletvekili neyin hüküm altına alındığından söz etmektedirler?”

¹¹⁴ Hukukumuzda bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceğine dair iki ayrı kanun hükmü bulunduğu ortaya koyan deliller, şekli kanun anlayışı esas alınarak, bu çalışmanın “B. Konu Hakkında İki Ayrı Kanunun Varlığı Meselesi” başlığı altında ortaya konulmuştur.

teklifinin gerekçesindeki kelime tercihlerinden yola çıkılarak kanun koyucunun, Cumhurbaşkanının görev süresini ve sayı bakımından seçim sınırlamasını daha önce konu hakkında var olan hükümlerden bağımsız şekilde, ilk elden düzenlediği sonucuna ulaşılmaktadır. Teklif metninde yer verilen “*belirlenmekte*” ve “... *hüküm altına alınmaktadır*” kelimelerinin anlamlarının muktezası olan bu sonuç bize göre, “*parlamentar hükümet sistemi yerine yeni bir hükümet sistemi benimsenmesinin 6771 sayılı Kanun’la gerçekleştirilen Anayasa değişikliğinin temelini oluşturmasıyla da uyum içindedir*”. Yine önceki makalemizde belirttiğimiz üzere, “*yürütme organının tanımını, bu kapsamda ‘Cumhurbaşkanı’ kelimesinin anlamını ve Devlet içindeki konumunu değiştirerek yeni bir hükümet sistemi tasarladığı dikkate alındığında Anayasa koyucunun, teklifin gerekçesinde konu hakkında ilk elden bir düzenleme yaptığını ortaya koyacak şekilde ‘bir kişinin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceği hüküm altına alınmaktadır’ ifadesini kullanması*” bilinçli bir tercihi yansıtmaktadır ve “*kanun koyucunun, Cumhurbaşkanının seçimi de dâhil olmak üzere, eski hükümet sisteminin temel esaslarına dair Anayasa normlarında kısmi kelime ve cümle değişiklikleri yapmak yerine söz konusu normları tamamen yeniden kaleme almak şeklinde bir yasama yöntemi takip etmesi de izlediği ... amaçla tutarlılık göstermektedir*”¹¹⁵.

Başak ise kanun teklifinin başka maddelerinin gerekçelerini örnek göstererek¹¹⁶, kanun koyucunun gerekçe metninde kullandığı dilin bilinçli bir tercihi yansıtmadığını ortaya koymaya çalışmaktadır. Oysa *Başak*’ın örnek verdiği gerekçe kısımları tartışma hakkında *Başak*’ın iddia ettiği hususu değil, önceki makalemizde yer verdiğimiz düşünceleri desteklemekte ve kanun koyucunun yeni hükümet sistemiyle ilgili konuları 6771 sayılı Kanun’la ilk elden düzenlediğinin gayet bilincinde olduğunu ortaya koymaktadır.

Bu noktada *Başak*, kanun teklifinin 4’üncü, 5’inci ve 18’inci maddelerinden örnekler vermekte¹¹⁷, bu maddelerin değiştirdiği Anayasa hükümlerinin yeni ve eski hallerini kıyaslamakta, söz konusu maddelerin değiştirdiği Anayasa hükümlerinde –aynen 101’inci maddede olduğu gibi- metin olarak korunan cümleler bulunmasına rağmen, teklif metninde bu cümlelerin korunduğuna dair bir ibareye yer verilmemesini düşüncelerimizi çürüten bir olgu olarak takdim etmektedir. Oysa dikkatli bir inceleme söz konusu örneklerin, ileri sürdüğümüz argümanı desteklediğini ortaya koymaktadır. Bu kapsamda,

- (Anayasa’nın 101’inci maddesini değiştiren ve teklifin 8’inci maddesi olan) 6771 sayılı Kanun’un 7’nci maddesi de, *Başak*’ın örnek verdiği üç teklif maddesi de yasama yöntemi bakımından Anayasa’nın bazı maddelerinin tamamen değiştirilmesi

¹¹⁵ Şentop, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı’ (n 1) 11.

¹¹⁶ Başak (n 1) 909, 910.

¹¹⁷ ibid.

(yeniden kaleme alınması) şeklinde gerçekleştirilen Anayasa değişikliklerine ilişkindir;

- 6771 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi de, *Başak*'ın örnek verdiği üç teklif maddesi de, teklifin bütünüyle gerçekleştirilen hükümet sistemi değişikliğiyle, bu kapsamda yasama – yürütme ilişkileriyle doğrudan veya dolaylı şekilde bağlantılı hükümler içermektedir;

- 6771 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi de, *Başak*'ın örnek verdiği üç teklif maddesi de tamamen değiştirdiği eski Anayasa maddelerindeki bazı cümleleri metin ve/veya içerik olarak korumakta, bazılarını ise değiştirmektedir ve

- 6771 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinin gerekçesinde de, *Başak*'ın örnek verdiği üç teklif maddesinin gerekçelerinde de değiştirilen Anayasa maddelerinin eski hallerinde var olan ve değişikliğe rağmen korunan hükümlerin “korunduğu” anlamına gelecek bir ifadeye yer verilmemiş; dört maddenin de gerekçesinde, ilk elden bir düzenleme yapıldığı anlamına gelecek bir ifade tarzı tercih edilmiştir¹¹⁸.

Dolayısıyla kanun teklifinin gerekçesinde Anayasa'nın 101'inci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen değişikliğe ilişkin olarak kullanılan ifade ile *Başak*'ın örnek verdiği maddelerin gerekçelerinde kullanılan ifadeler bir çelişkiyi değil aksine tutarlılığı yansıtmaktadır. Bu çerçevede *Başak*'ın verdiği örneklerden,

a. Teklifin 4'üncü maddesi Anayasa'nın 77'nci maddesinde kısmi değişiklikler yapmamakta ve maddenin başlığıyla birlikte tamamen değiştirilmesini öngörmektedir. Bu madde, Anayasa koyucunun benimsediği yeni hükümet sistemi kapsamında yasama erki seçimleri ile yürütme erki seçimlerinin aynı günde yapılması zorunluluğunu getirmektedir. Diğer taraftan maddenin yeni halinde, 77'nci maddenin eski halinde var olan bazı cümleler korunmaktadır. Buna karşın teklif metninde yer alan madde gerekçesinde, maddeyle “*TBMM ve Cumhurbaşkanının seçim dönemi*” konusunun yeni hükümet sisteminde önceki sistemden bağımsız olarak ilk elden düzenlendiği anlamına gelecek ifadeler kullanılmış ve 77'nci maddenin önceki metninde de var olan cümlelerin bulunduğu anlamına gelebilecek bir ibareye yer verilmemiştir.

b. Teklifin 5'inci maddesi Anayasa'nın 78'inci maddesinde kısmi değişiklikler yapmamakta ve maddenin başlığıyla birlikte tamamen değiştirilmesini öngörmektedir. Bu madde, Anayasa koyucunun benimsediği yeni hükümet sistemi kapsamında yasama erki seçimleri ile yürütme erki seçimlerinin aynı günde yapılması zorunluluğuyla bağlantılı olarak, ara seçim müessesesini kaldırmakta ve yerine yedek milletvekilliği müessesesini getirmektedir. Yine aynı kapsamda maddede, daha önce sadece TBMM üyeliği seçimleri açısından var olan “*savaş sebebiyle seçimlerin bir yıl geriye bırakılmasına TBMM tarafından karar verilebilmesi*” imkânı, hem TBMM hem de Cumhurbaşkanı seçimleri

¹¹⁸ Bkz TBMM (n 24).

açısından öngörülmüştür. Maddenin yeni halinde, 78'inci maddenin eski halinde var olan hiçbir cümle ya da ifade, metin olarak korunmamıştır. Bu sebeple teklif maddesinin gerekçesinde, 78'inci maddenin eski halinde var olan bazı ifadelerin korunduğuna dair bir ibarenin bulunmasını beklemek makul olmasa da; *Başak*'ın da belirttiği şekilde gerekçe metninde, TBMM'nin daha önce var olan seçimleri erteleme yetkisinin korunduğuna dair bir ifadeye yer verilmemiştir. Bunun yerine Anayasa'nın 77'nci ve 101'inci maddelerine ilişkin değişiklik gerekçelerinde yapıldığı gibi, teklifle “*Yedek milletvekilliği ve seçimlerin ertelenmesi*” konusunun yeni hükümet sistemi kapsamında ilk elden düzenlendiği anlamına gelecek bir ifade tarzı benimsenmiştir¹¹⁹.

c. Teklifin 18'inci maddesi Anayasa'nın 161'inci maddesinde kısmi değişiklikler yapmamakta ve maddenin başlığıyla birlikte tamamen değiştirilmesini öngörmektedir. Bu madde, yasama – yürütme ilişkilerinin odağında yer alan ve tüm hükümet sistemleri açısından son derece önem arz eden bütçe ve kesinhesap konusunu, Anayasa koyucunun benimsediği yeni hükümet sistemi olan cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi kapsamında yeniden düzenlemektedir. Bu çerçevede madde, yeni hükümet sisteminde yürütmenin kanun teklif etmesi yasağına bir istisna getirmekte ve yeni sistemde yasamanın bütçe teklifini kabul etmemesi halinde ne olacağı sorusuna cevap vermektedir. Diğer taraftan maddenin yeni halinde, Anayasa'nın 161, 162, 163 ve 164'üncü maddelerinin eski halinde var olan bazı hükümler de korunmaktadır. Buna karşın teklif metninde, yeni hükümet sistemine doğrudan atıf da yapılarak, maddeyle “*Bütçe ve kesinhesap*” konusunun yeni hükümet sisteminde önceki sistemden bağımsız olarak ilk elden düzenlendiği anlamına gelecek ifadeler kullanılmış ve 161, 162, 163 ve 164'üncü maddelerin önceki halinde var olan bazı cümlelerin korunduğuna dair bir ibareye yer verilmemiştir.

d. Son olarak inceleme konusu “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” hükmünün (6771 SK m.7/2) içinde yer aldığı kanun teklifinin 8. maddesi de Anayasa'nın 101'inci maddesinde kısmi değişiklikler yapmamakta ve maddenin başlığıyla birlikte tamamen değiştirilmesini öngörmektedir. Madde, hükümet sistemi değişikliğinin temeli olan yürütme erki değişikliği kapsamında, yeni sistemde tek başına yürütme organı olarak görev ifa edip yetki kullanacak Cumhurbaşkanlığı makamı ile ilgili adaylık ve seçim konusunu yeniden düzenlemektedir. Bu çerçevede maddede yürütme erkinin doğrudan belirleneceği Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde halkın (seçmenlerin) doğrudan aday belirlemesine olanak sağlanmaktadır. Ayrıca, Cumhurbaşkanı seçilen kişinin siyasi partisi ile olan bağlantısının sona ereceğine ilişkin daha önce var olan hükme maddenin yeni halinde yer verilmemektedir. Diğer taraftan maddenin yeni halinde, Anayasa'nın 101 ve 102'nci maddelerinin eski halinde var olan bazı hükümler korunmaktadır. Buna karşın teklif metninde yer alan madde gerekçesinde, maddeyle Cumhurbaşkanının “*Adaylık ve seçimi*” konusunun

¹¹⁹ Teklifin 5'inci maddesi komisyon aşamasında teklif içeriğinden çıkarılmış ve yasalaşmamıştır.

yeni hükümet sisteminde önceki sistemden bağımsız olarak ilk elden düzenlendiği anlamına gelecek ifadeler kullanılmış ve 101 yahut 102’nci maddelerin önceki hallerinde var olan bazı hükümlerin korunduğuna dair bir ibareye yer verilmemiştir¹²⁰.

Bu veriler ortaya koymaktadır ki, kanun koyucu sıfatıyla hareket eden yasama organı mensupları, gerek *Başak*’ın örnek verdiği 3 maddenin gerekse (6771 sayılı Kanun’un 7’nci maddesi olarak yasalaşacak) teklifin 8’inci maddesinin gerekçesini kaleme alırken, Anayasa değişikliği teklifinin bütünüyle bir hükümet sistemi değişikliği öngördüğünün son derece bilincindedir. Tam da bu sebeple kanun koyucu, hükümet sistemi değişikliğiyle doğrudan veya dolaylı şekilde ilgili bulunan teklif maddelerinde yasama yöntemi olarak Anayasa’nın önceki maddelerinin bütünüyle değiştirilmesi, diğer bir ifadeyle (yeni hükümet sistemi kapsamında) bu maddelerin yeniden kaleme alınması usulünü tercih etmiş ve söz konusu maddelerin gerekçelerini de buna uygun şekilde (yani konuyu ilk elden düzenlediği anlamını işaret edecek tarzda) kaleme almıştır.

Son olarak şu hususun da vurgulanmasında yarar görülmektedir ki, bu başlık altında yer verilen açıklamaların, “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” hükmüne tarihi yorum yöntemi kapsamındaki verilecek anlamın belirlenmesi bakımından önemi ikincil niteliktedir. *Başak*’ın teklif gerekçesiyle ilgili olarak daha önce ortaya koyduğumuz değerlendirmeler hakkında ileri sürdüğü tüm argümanlar doğru kabul edilse dahi, “*Anayasa’nın 6771 sayılı Kanun’la değişik 101’inci maddesi (cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi döneminde) uygulanırken, Cumhurbaşkanı seçiminde öngörülen sayı sınırlaması bakımından parlamenter hükümet sistemi döneminde icra edilen Cumhurbaşkanı seçimlerinin dikkate alınıp alınmayacağı*” sorusuna 6771 sayılı Kanun’un ihtisas komisyonu raporunda gayet açık ve net bir cevap zaten verilmiştir. Teklif gerekçesi ise aynı soru hakkında doğrudan bir değerlendirme yapmadığı için konuya ilişkin tali bir kaynak niteliğindedir. Bununla birlikte yukarıda yer verilen değerlendirmeler bu tali kaynağın, bir önceki başlıkta ortaya konulduğu şekilde TBMM İktüzüğü’ne dayalı önemli hukuki sonuçları bulunan komisyon raporuyla uyumlu olduğunu göstermektedir. Anayasa’nın 101’inci maddesinde öngörülen değişikliğin gerekçesinin ifade tarzına dayanan ve Anayasa değişikliğinin diğer maddelerinin gerekçeleriyle de tutarlılık içinde olan bu tespit, yani “*teklifin gerekçesinin komisyon raporuyla uyum içinde bulunduğu*” olgusu, gerekçenin bu sonucu elde etmeye dönük bir bilinçle kaleme alınmadığını yanlış örneklerle ispatlamaya çalışan *Başak*’ın iddiaları doğru kabul edildiğinde dahi değişmeyecektir. Bu son durumda söz konusu olacak olan sadece söz konusu uyumluluğun bilinçli bir tercihe değil, (varsayımsal) bir tesadüfe dayanması olacaktır. Bunun ise tarihi yorum yöntemi bakımından önceki makalede ortaya koyduğumuz değerlendirmeleri zayıflatabilmek açısından son derece yetersiz kalacağı açıktır.

¹²⁰ TBMM (n 24).

Sonuç

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 2017 yılında 6771 sayılı Kanun’la değiştirilmiş ve bu değişiklik 2017 ve 2018 yıllarının farklı tarihlerinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye’de geçerli bulunan parlamenter hükümet sistemini cumhurbaşkanlığı hükümet sistemiyle değiştiren 6771 sayılı Kanun kapsamında, Anayasa’nın 101’inci maddesi de başlığıyla birlikte tamamen değişmiştir. Anayasa değişikliğinden sonra gerçekleştirilecek ikinci Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin yaklaşmasıyla birlikte, 101’inci maddenin ikinci fıkrasında yer alan “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” hükmünün uygulanma şekli kamuoyu nezdinde çeşitli tartışmalara sebep olmuştur. Bu tartışmaların temelinde, parlamenter hükümet sistemi döneminde yapılan Cumhurbaşkanı seçimlerinin söz konusu hükmün uygulanmasında dikkate alınıp alınmayacağı meselesi yatmaktadır.

Bu kapsamda 2022 yılının Mart ayında Türkiye Adalet Akademisi Dergisi’nde “*Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı*” başlığıyla yayımladığımız makalede öncelikle, Anayasa’nın 101’inci maddesinde yer alan “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralının anlamını ve kapsamını klasik yorum yöntemlerinden hareketle belirlemiştik. Bu kapsamda lafzi, tarihi ve sistematik yorum yöntemlerini esas alarak anılan kuralda yer alan “Cumhurbaşkanı” kelimesinin “yürütme erki” şeklinde anlamlandırılması gerektiğini belirterek, parlamenter hükümet sistemi döneminde yapılan ve yürütme erki seçimi niteliğinde olmayan Cumhurbaşkanı seçimlerinin, bu kuralın uygulanmasında dikkate alınamayacağı sonucuna ulaşmıştık. Ayrıca ulaştığımız bu sonucu, 6771 sayılı Kanun’un Anayasa’nın 101’inci maddesini tamamen değiştiren 7’nci maddesinin 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe girmesinden hareketle, kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin prensiplerle de teyit etmiştik.

2022 yılının sonunda Mülkiye Dergisi’nin 46’ncı sayısının 3’üncü cildinde ise Kemal Başak tarafından “*Anayasa’nın İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı Üzerine*” başlıklı bir yazı kaleme alınmış ve makalemize yanıt verilmiştir. Başak’ın çalışmasında öncelikle lafzi yorum yönteminden hareketle “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralına verdiğimiz anlama itiraz edilmiş; bu anlamın, parlamenter hükümet sistemi döneminde görev yapan Cumhurbaşkanlarının cezai sorumluluğu bağlamında Anayasa’nın 105’inci ve 148’inci maddeleriyle uyumlu olmadığı ileri sürülmüştür. Aynı çalışmada tarihi yorum yöntemiyle ilgili olarak, 6771 sayılı Kanun teklifinin gerekçesinin iddia ettiğimiz şekilde bu hükmün kaleme alınmasına dönük özel bir bilinç taşımadığı iddia edilmiş; ayrıca komisyon raporunda konuya ilişkin olarak yer verilen açıklamanın kimin iradesini yansıttığının belli olmadığı iddiasından yola çıkılarak, anılan açıklamanın konu hakkında referans kaynağı olamayacağı belirtilmiştir. Lafzi ve tarihi yorum yönteminden hareketle ortaya koyduğumuz değerlendirmeleri eleştiren Başak’ın çalışmasında, sistematik

yorum yönteminden hareketle 101’inci maddeye verdiğimiz anlam hakkında ise herhangi bir itiraz dile getirilmemiştir.

Başak’ın yazısında ayrıca, Türk Hukukunda farklı tarihlerde yürürlüğe giren iki ayrı “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralı bulunduğu yönündeki değerlendirmemize ve bu doğrultuda kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin açıklamalarımıza karşı çıkmıştır. *Başak*’a göre 2017 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliğinde, Anayasa’nın 101’inci maddesinde yer alan “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” hükmü değiştirilmemiştir; hukukumuzda, iki defadan fazla Cumhurbaşkanı seçilmeyi yasaklayan, süreklilik halinde ve kesintisiz tek bir hüküm var olmuştur. Dolayısıyla *Başak*’a göre, önceki makalemizde yer verilen kanunların zaman bakımından uygulanmasıyla ilgili açıklamalar –somut hüküm açısından- doğru değildir.

Mülkiye Dergisi’nin 46’ncı sayısının 3’üncü cildinde Kemal Başak imzasıyla yayımlanan söz konusu yazı, “*Anayasa’nın 101’inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilme kuralının, parlamenter sistem dönemindeki Cumhurbaşkanı seçimlerinin de dikkate alınması suretiyle uygulanması gerektiğini*” savunan akademisyenlerle siyasetler tarafından ileri sürülen çeşitli argümanların derlemesi niteliğinde olduğu için önem arz etmektedir. Bu sebeple bu çalışmada, *Başak*’ın “*Anayasa’nın İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı Üzerine*” başlığını taşıyan yazısı incelenmiş; bu yazıda ileri sürülen ve yukarıda özetlenen argümanların, “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” şeklindeki Anayasa kuralının anlamının ve kapsamının belirlenmesi açısından, önceki makalemizde ortaya konulan değerlendirmeleri geçersiz kılıp kılmadığı sorusuna cevap aranmıştır.

Bu amaçla öncelikle tartışma konusu “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” hükmünün ne olduğu, diğer bir ifadeyle anılan kuralın 6771 sayılı Kanun’un 7’nci maddesi hükmü olarak, hukukumuzda, 5678 sayılı Kanun’un 4’üncü maddesi hükmünden ayrı bir hukuki varlığının bulunup bulunmadığı meselesi incelenmiştir. Anayasa’nın 101’inci maddesinin 6771 sayılı Kanun’la değiştirilmeden önceki ve sonraki hallerinin kıyaslanması şeklindeki yüzeysel bakış açısıyla konu hakkında *Başak*’ın ileri sürdüğü görüş kabul edilebilecekken, bununla yetinilmemiş; hukukumuzda geçerli olan şekli anlamda kanun anlayışı çerçevesinde “kanun” kavramının ne olduğu üzerinde durulduktan sonra, inceleme konusu hüküm, 5678 ve 6771 sayılı Kanunlar açısından ayrı ayrı ele alınmıştır. Bu çerçevede kanun kavramının hukukumuzda “*yasama organının kanun adı altında, kanun yapım kurallarına uygun şekilde kabul edip yürürlüğe koyduğu kural işlemleri*” ifade ettiğine işaret edilmiştir. Akabinde bu tanımdan yola çıkılarak, “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” cümlesinin 2007 ve 2017 yıllarında ayrı

ayrı, sırasıyla 5678 ve 6771 sayılı Kanunların yasama süreçlerinde iki ayrı kanun teklifine, iki ayrı komisyon raporuna, TBMM Genel Kurulunda iki ayrı oylamaya ve son olarak iki ayrı halk oylamasına konu edildiği dikkate alınmış ve *Başak*'ın konu hakkında tek bir hüküm bulunduğu konusundaki ısrarlı tezlerinin dayanaksız olduğu, dolayısıyla hukukumuzda aynı konuyu düzenleyen ve biri 2007 yılında diğeri ise 2017 yılında yasalaşan iki farklı kural bulunduğu sonucuna (tekraren) ulaşılmıştır. Zira aksi sonuca ulaşmak, ancak 2007 ve 2017 yıllarında TBMM'de yürütülen iki ayrı yasama sürecinden (teklifin verilmesi ve komisyonda görüşülmesi, genel kurul oylaması ve halk oylaması süreçlerinden) birini yok saymakla ya da her iki süreçte konu yasama belgelerinde de “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” şeklinde bir cümle bulunduğunu inkâr etmekle mümkün olabilecektir. Bu ise konu hakkındaki maddi ve hukuki gerçekliği inkâr etmekle eş anlamlıdır.

Hukukumuzda bir kimsenin iki defadan fazla Cumhurbaşkanı seçilemeyeceğine ilişkin farklı tarihlerde kabul edilen iki ayrı hüküm bulunduğu tespit edildikten sonra, bu tespitin mantıklı uzantısı olarak, kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin değerlendirmelerimiz ile *Başak*'ın bu değerlendirmelere yönelik itirazları ele alınmıştır. Bu noktada aynı kelimelerden oluşmakla birlikte konu hakkında iki ayrı hukuk kuralının varlığı, kaçınılmaz olarak, her iki kuralın iki ayrı yürürlük tarihinin bulunduğu gerçeğine işaret etmektedir. Bu ise kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin prensipler uyarınca, halen yürürlükte bulunan “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” hükmünün, 6771 sayılı Kanun'un 7'nci maddesi hükmü olarak yürürlüğe girdiği 30.4.2018 tarihinden ileriye dönük şekilde uygulanabileceği noktasında daha önce ortaya koyduğumuz tespiti teyit etmektedir. Yine bu başlık altında önceki makalemizde işaret edilen Anayasa Mahkemesi kararının konu hakkındaki teknik bir ayrıntıya ilişkin olduğu ve *Başak* tarafından yanlış bağlamda ele alındığı kanaatine ulaşılmıştır. Bu kapsamda söz konusu karar, seçimle iş başına gelinen görevler için mevzuatla öngörülen sayı sınırlamalarının uygulanmasında, daha önce bu göreve seçilmiş olma halinin (kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin prensipler bağlamında) bir “*mevcut durum*” teşkil edip etmediğinin belirlenmesi açısından yol göstericidir ve bu haliyle kararın içeriği, cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi döneminde icra edilecek Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde de uygulanabilir niteliktedir.

Çalışmanın devam eden bölümlerinde ise *Başak*'ın, lafzi ve tarihi yorum yöntemlerinden hareketle “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralına verdiğimiz anlama dönük itirazları üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda *Başak*'ın, Anayasa'nın diğer bazı maddeleriyle uyumlu olmadığından bahisle 101'inci maddeye lafzi yorum yöntemi kapsamında verdiğimiz anlama itiraz etmesi, mantıksal temel olarak, “*Anayasa'nın bir maddesinde yer alan herhangi bir kelimeye verilecek anlamın, aynı kelimenin geçtiği diğer tüm Anayasa maddeleri açısından*

da geçerli olması gerektiği” şeklinde özetlenebilecek bir varsayıma dayanmaktadır. Oysa bu varsayım, Anayasa’nın 101’inci maddesinde geçen Cumhurbaşkanlığı kelimesini “*parlamentar sistem ve cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi döneminde görev yapan tüm Cumhurbaşkanları*” şeklinde anlayan *Başak*’ın görüşlerini değil, “*yürütme erki*” olarak yorumlayan değerlendirmelerimizi desteklemektedir. Çünkü Anayasa’nın 101’inci maddesi dışında başka birçok maddesinde yer alan onlarca Cumhurbaşkanlığı kelimesinin, parlamentar hükümet sistemi döneminde görev yapan Cumhurbaşkanlarını kapsamına alması olanaksızdır. Bu sebeple Anayasa’nın tüm maddeleri açısından geçerli olacak tek bir Cumhurbaşkanlığı kelimesi anlamı belirlemek gerekirse bu, “*parlamentar sistem ve cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi döneminde görev yapan tüm Cumhurbaşkanları*” değil, ancak “*yürütme erki*” olabilecektir. *Başak*’ın görüşlerini dayandığı bu varsayımdan bağımsız olarak vermiş olduğu örnek de, 2017 yılında gerçekleştirilen hükümet sistemi değişikliğiyle doğrudan ilgili bir konu hakkındadır. Bu çerçevede başkanlık sistemi döneminde yürütme organı olan Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğunu düzenleyen Anayasa kurallarının, parlamentar hükümet sistemi döneminde yürütmenin sorumsuz kanadı olarak görev ifa eden ve cezai sorumluluğu daha önce parlamentar hükümet sisteminin özelliklerine göre belirlenmiş olan Cumhurbaşkanlarını kapsamına almaması değil; bilakis *Başak*’ın iddia ettiği şekilde kapsamına alması, belirgin çıkmazlara yol açacaktır. Dolayısıyla *Başak*’ın Anayasa maddelerinden verdiği örnek de, lafzi yorum hakkındaki görüşlerimizi zayıflatabilecek nitelik taşımamaktadır.

Çalışmada son olarak, önceki makalemizde tarihi yorum yöntemi kapsamında yer verilen bulgulara *Başak*’ın yönelttiği eleştiriler incelenmiştir. Bu çerçevede *Başak*’ın, komisyon raporuna TBMM İçtüzüğü’nün bağladığı hukuki sonuçları görmezden gelerek, raporun yazım sürecinde yaşanmış olabilecek bir takım ihtimaller üzerinden raporda geçen açıklamayı önemsizleştirmeye çalışmasının, inceleme konusu 6771 sayılı Kanun’un 447 sıra sayılı komisyon raporunun “*komisyon raporu olma*” vasfına, dolayısıyla hem TBMM İçtüzüğü’nün hem de tarihi yorum yönteminin komisyon raporlarına bağladığı sonuçlara bir etkisinin olmayacağı görülmüştür. Yine 6771 sayılı Kanun teklifinin gerekçesinde inceleme konusu hükümlerle ilgili olarak yer alan açıklama, öncelikle *Başak*’ın “*konu hakkında sadece bir hüküm bulunduğu*” iddiasını çürütmektedir. Ayrıca *Başak*’ın, 6771 sayılı Kanun’a ilişkin teklif metninde yer alan üç farklı maddeden hareketle verdiği örnekler de, önceki çalışmada teklif gerekçesinden hareketle ulaştığımız sonucu teyit eder niteliktedir. Bu çerçevede *Başak*’ın örnekleri ile 101’inci madde hakkında daha önce yaptığımız değerlendirmeler, bir tutarlılık içinde, 6771 sayılı Anayasa değişikliği kanununu ihdas eden kanun koyucunun, ülkede mevcut hükümet sistemini değiştirdiğinin bilincinde olduğunu, bu kapsamda hükümet sistemi değişikliğiyle doğrudan veya dolaylı şekilde ilgili bulunan teklif maddelerinde ‘Anayasa’nın önceki maddelerini bütünüyle değiştirmek’ şeklinde bir yasama yöntemi izlerken ve bu maddelerin gerekçelerini, ilgili konuları ilk elden

düzenlediği anlamını doğuracak şekilde kaleme alırken bu bilinçle hareket ettiğini ortaya koymaktadır.

Özetlemek gerekirse, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 6771 sayılı Kanun'la değişik 101'inci maddesinde yer alan “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralında geçen Cumhurbaşkanı kelimesiyle anlaşılması gereken, önceki makalemizde belirtildiği üzere, gerek kelimenin Anayasa Hukukundaki terim anlamı, gerek kanunun yasalaşma sürecindeki belgelerin ortaya koyduğu anlam, gerekse bu kuralın parçası olduğu Anayasa'nın bütünü içindeki sistematik konumu gereğince “*yürütme erki*”dir. Başak'ın bu konuda, lafzi ve tarihi yorum yöntemlerine ilişkin açıklamalarımız hakkındaki itirazlarının hukuken ve mantıken bir karşılığı bulunmadığı gibi; kuralda geçen Cumhurbaşkanı kelimesinin “*yürütme erki*” şeklinde anlaşılması gerektiğini ortaya koyabilmek açısından, sistematik yorum yönteminden hareketle ortaya koyduğumuz ve Başak'ın çalışmasında herhangi bir itiraz ileri sürmediği açıklamalar¹²¹ dahi tek başına yeterlidir.

Diğer taraftan Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından “kanun” adı altında kabul edilip, Resmî Gazete’de yayımlanan ve seçmenlerin “evet” oylarıyla yürürlüğe giren iki ayrı anayasa değişikliği kanununun (5678 – 6771) içeriğinde “*Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir*” kuralı bulunmaktadır. Bunun sonucu hukukumuzda farklı Anayasa değişikliği kanunlarına konu teşkil eden ve bir kimsenin en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebileceğini öngören iki farklı kural bulunmasıdır. Bu kurallardan sonuncusu 30.04.2018 tarihinde yürürlüğe girdiği için, kanunların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kurallar gereğince ancak bu tarihten ileriye doğru uygulanabilecek; aksi Anayasa’da geçici bir madde ile öngörülmediği sürece, geçmişte yaşanan olaylar ve durumlar hakkında hüküm ve sonuç doğuramayacaktır. 30.04.2018 tarihinden bugüne kadar ise Türkiye’de henüz sadece bir Cumhurbaşkanlığı seçimi yapıldığından, 2023 yılında icra edilmesi öngörülen Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde bu kural uyarınca hiçbir adaya kısıtlama uygulanamayacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

¹²¹ Bkz Şentop, ‘Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı’ (n 1) 14 – 18.

Bibliyografya/Bibliography

- Aktaş S, 'Hukukta Yorum Çabaları' (2011) 15(3-4) EÜHFD 1-33.
- Antalya G, *Hukuk Metodolojisi*, cilt 2 (1. Bası, Seçkin 2021).
- Arslan U, 'Vatana İhanet Kavramı ve Suçu' (2021) 4(1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 47-84.
- Atar Y, *Türk Anayasa Hukuku* (14. Bası Seçkin 2021).
- Aybay A ve Aybay R, *Hukuka Giriş* (3. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2006).
- Başak K, 'Anayasa'nın İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememe Kuralı Üzerine' (2022) 46(3) Mülkiye Dergisi 898-930.
- Batum S, Yılmaz D ve Köybaşı S, *Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Genel Esaslar* (1. Bası, On İki Levha 2021).
- Bilge N, *Hukuk Başlangıcı – Hukukun Temel Kavram ve Kurumları* (34. Bası, Turhan 2016).
- Demir A, *Hukuk Metodolojisi* (1. Bası, Astana 2016).
- Erdoğan M, *Anayasa Hukukuna Giriş* (1. Bası, Adres 2004).
- Eren A, 'Mevcut Cumhurbaşkanı kaç defa seçilebilir?' (23 Temmuz 2018) <<http://www.kanuniesasi.com/2018/07/23/mevcut-cumhurbaskani-kac-defa-secilebilir/>> Erişim Tarihi 02 Ocak 2023.
- Fendoğlu HT, 'Cumhurbaşkanının Dönem Sınırı', (2022) 2(69) Adalet Dergisi 15-44.
- Gören Z, *Anayasa Hukuku* (1. Bası, Seçkin 2006).
- Gözler K, 'Cumhurbaşkanı Kişisel Suçlarından Dolayı Yüce Divanda Yargılanabilir mi? Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğunun Kapsamı Konusunda Görüş Değişikliği' (8 Temmuz 2020) <<https://www.anayasa.gen.tr/cb-kisisel-suc.htm>> Erişim Tarihi 23 Ocak 2023.
- Gözler K, *Hukuka Giriş* (Genişletilmiş 8. Bası, Ekin 2011).
- Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku* (4. Bası, Ekin 2021).
- Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku* (1. Bası, Ekin 2000).
- Gözübüyük Ş, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları* (24. Bası, Turhan 2005).
- Gözübüyük Ş, *Anayasa Hukuku* (14. Bası, Turhan 2006).
- Gül C, 'Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı Dönem Sınırına İlişkin Hükümlerin Anayasal Yorumu (12. Cumhurbaşkanı İçin Dönem Sınırının Hukuki Analizi)' (2022) 8(100) Social Sciences Studies Journal 2306-2317.
- Güneş A, *Hukuk Metodolojisi* (3. Bası, Ekin 2020).
- İşıktaç Y, *Hukuk Metodolojisi* (8. Bası, Filiz 2021).
- Kaboğlu İÖ, 'Bir Kimse En Fazla İki Defa Cumhurbaşkanı Seçilebilir Kuralı Üzerine...' (2021) (1) Ankara Barosu Dergisi 327-335.
- Kanadoğlu OK ve Duygun A, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (1. Bası, On İki Levha 2020).
- Küçük A, 'Recep Tayyip Erdoğan 2023 Seçimlerinde Cumhurbaşkanlığına Aday Olabilir Mi?', (23 Eylül 2020) <<https://www.turktime.com/yazar/recep-tayyip-erdogan-2023-secimlerinde-cumhurbaskanligina-aday-olabilir-mi/15070>> Erişim Tarihi 02 Ocak 2023.
- Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (8. Bası, Yetkin 2005).
- Özsoy Boyunsuz Ş, 'Anayasamıza Göre Cumhurbaşkanının Dönem Sınırı' (2018) (14) Hukuk Defterleri <<https://hukukdefterleri.com/anayasamiza-gore-cumhurbaskaninin-donem-siniri/>> Erişim Tarihi 02 Ocak 2023.

- Ruthers, B, Fischer C ve Birk A, *Hukuk Teorisi*, Çev. Doğan İ, Aldudak R ve Eyman Aydın H, (1. Bası, Astana 2020).
- Sevinç M, 'Hayret verici bir 'Anayasa' yorumu!' (11 Haziran 2018) <<https://www.diken.com.tr/hayret-verici-bir-anayasa-yorumu/>> Erişim Tarihi 02 Ocak 2023.
- Şentop M, 'Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İki Defadan Fazla Cumhurbaşkanı Seçilememeye Kuralı' (2022) (50) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 1-40.
- Şentop M, 'Bir Kanununun Tahlihi: 7248 sayılı Kanun Nedir, Ne Değildir?' (2020) (42) Yasama Dergisi 97-130.
- Şirin T, 'Recep Tayyip Erdoğan yeniden cumhurbaşkanı adayı olabilir mi?' (08.04.2021) Erişim Tarihi 02 Ocak 2023.
- Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, *Türk Anayasa Hukuku* (7. Bası, Beta 2005).
- Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, *Türk Anayasa Hukuku* (20. Bası, Beta 2020).
- Taşdöğen S, 'Cumhurbaşkanının Cezai Sorumluluğu' (2019) 21 (Özel Sayı) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan) 1293-1324.
- Teziç E, *Anayasa Hukuku* (24. Bası, Beta 2020).
- Ulusoy AD, 'Erdoğan'ın 3. Dönem adaylığı: Olan hukuk mu, olması gereken hukuk mu?' (4 Ocak 2023) <<https://t24.com.tr/yazarlar/ali-d-ulusoy/erdogan-in-3-donem-adayligi-olan-hukuk-mu-olmasi-gereken-hukuk-mu,38093>> Erişim Tarihi 04 Ocak 2023.
- Yenisey F ve Nuhoglu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı* (1. Bası, Bahçeşehir Üniversitesi 2014).
- Yılmazoğlu YE ve Perdecioğlu İE, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)* (Anayasa Mahkemesi 2018).

Elektronik Kaynaklar/Electronic Resources

- NTV, 'CHP TBMM darbe komisyonu raporunun iadesini istedi' (14.07.2017) <https://www.ntv.com.tr/turkiye/chp-tbmm-darbe-komisyonu-raporunun-iadesini-istedi,q9Ooh_4ockiwEIrkWfFdzw>
- TBMM Tutanak Dergisi, D.22, Y.5, C.160, B.118, (31.05.2007) <https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=19935&P5=B&PAGE1=1&PAGE2=20>
- TBMM Tutanak Dergisi, D.26, Y.2, C.31, B.53 (09.01.2017) <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d26/c031/tbmm26031053.pdf>>
- TBMM Tutanak Dergisi, D.26, Y.2, C.32, B.61, (18.01.2017) <https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=22830&P5=H&PAGE1=1&PAGE2=103>
- TBMM, '2/1015 Esas Numaralı Kanun Teklifi' <<https://www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-1015.pdf>>
- TBMM, '2/1504 Esas Numaralı Kanun Teklifi' <<https://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1504.pdf>>
- TBMM, '2/1504 Numaralı Kanun Teklifi Bilgileri' <https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=206176>
- TBMM, 'D. 22 Y. 5 Sıra Sayısı: 1433, 10.5.2007 Tarihli ve 5660 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ve Anayasanın 89 uncu ve 104 üncü Maddeleri Gereğince Cumhurbaşkanınca Bir Daha Görüşülmek Üzere Geri Gönderme Tezkeresi ile Anayasa Komisyonu Raporu' <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1433m.htm>>

- TBMM, ‘D. 26 Y. 2 Sıra Sayısı: 447, Adalet ve Kalkınma Partisi Genel Başkanı İzmir Milletvekili Binali Yıldırım ve Grup Başkanvekilleri Kayseri Milletvekili Mustafa Elitaş, Amasya Milletvekili Mehmet Naci Bostancı, Aksaray Milletvekili İlknur İnceöz, Çanakkale Milletvekili Bülent Turan ve İstanbul Milletvekili Mehmet Muş ile 310 Milletvekilinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1504) ve Anayasa Komisyonu Raporu’ <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss447.pdf>>
- TBMM, ‘TBMM Başkanlığı Basın Açıklaması’ (18.07.2022) <<https://Www.Tbmm.Gov.Tr/Haber/Detay?Id=A7574dd6-9631-43da-8202-Bf999cddb364>>
- TDK, ‘Türk Dil Kurumu Sözlükleri’ <<https://sozluk.gov.tr/>> Erişim Tarihi 31 Aralık 2022.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 20.10.1982/17844 <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17844.pdf>>
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6771, Kabul Tarihi: 21.01.2017 <<https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6771.html>>
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6771, Kabul Tarihi: 21.01.2017, RG 11.02.2017/29976 <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/02/20170211-1.htm>>.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5678, Kabul Tarihi: 31.05.2007, <<https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5678.html>>
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5678, Kabul Tarihi: 31.05.2007, RG 16.06.2007/26554, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/06/20070616-1.htm>>.
- Yüksek Seçim Kurulu, ‘Seçim Takvimi’ <<https://ysk.gov.tr/tr/2018-cbmv-secim-takvimi/77535>>
- Yüksek Seçim Kurulu, 663, 27.04.2017 <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170427M1.htm>>.
- Yüksek Seçim Kurulu, 873, 30.10.2007 <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/10/20071031-16.htm>>



Kapalı Maraş Sorunu: 2021 Kısmi Açılım Girişimi, Birleşmiş Milletler'in Yaklaşımı ve Mülkiyet Sorunu Üzerine Bir İnceleme

Cüneyt Yüksel^{*}, Mustafa Erçakıca^{**}

Öz

1974 yılından beri sivil yerleşime ve ziyarete kapalı olan Kapalı Maraş, aslında Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin egemenlik sınırları içerisinde ve askeri bölge statüsünde bulunmaktadır. Kapalı Maraş'ın bir kısmının yerleşime açılmasına yönelik girişim, bölgeyi yeniden tartışılan bir konu haline getirmiştir. Adada çözüm istediğini Annan Planı döneminde yapılan referandumla ispatlayan taraf, Kıbrıslı Türklerdir. Kapalı Maraş'ın bir bölümünü açma girişiminde bulunan taraf ise, Türkiye ve Kıbrıslı Türkler olmuştur. Yine de Kıbrıs sorununa ilişkin en fazla eleştirilen ve kınanan aktörler de onlardır. Bu eleştirileri bertaraf etmek için, Kapalı Maraş'ın açılmasına yönelik adımlar çok dikkatli atılmalıdır. Şu anda Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde bulunan Taşınmaz Mal Komisyonu da konunun önemli bir parçasıdır, çünkü Kapalı Maraş'ın açılacak olan kısmına ilişkin mülkiyet konusunda başvurular, Taşınmaz Mal Komisyonu'nun önüne gelecektir. Komisyon, bu konuda dikkatli ve etkin bir iç hukuk yolu olma özelliğini koruyan kararlar üretmelidir. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde bulunan Yüksek İdare Mahkemesi'nin Kapalı Maraş'a ilişkin başvurularda, 20 Temmuz 1974 tarihli tapu kayıtlarının esas alınmasına ilişkin kararı, özellikle Vakıflar İdaresi'nin çeşitli mülkiyet hakkı iddiaları bakımından bir sorun teşkil etmektedir, zira Kapalı Maraş'a ilişkin 20 Temmuz 1974 tarihindeki kayıtlar, mülk sahibi olarak Kıbrıslı Rumları işaret etmektedir. Vakıflar İdaresi iddialarını gerek uluslararası gerekse ulusal arenada kanıtlarıyla birlikte gündeme getirmelidir. İlgili Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararları doğrultusunda Kapalı Maraş'ın güven artırıcı önlemler kapsamında ele alınabilmesinin önünün açıldığı, bu durumda Kıbrıslı Türklerin de Kapalı Maraş açılımını doğru adımlarla değerlendirerek, karşılığında bir kazanım elde edebileceği unutulmamalıdır.

Anahtar Kelimeler

Kapalı Maraş, Kıbrıs Sorunu, Taşınmaz Mal Komisyonu, BM Güvenlik Konseyi, AİHM

The Varosha Dispute: The Partial Opening Initiative and the United Nations' Approach and Evaluation of the Issue of Property

Abstract

Varosha is actually within the sovereignty of the Turkish Republic of Northern Cyprus and has been closed to civilian settlement and visits since 1974. This unit of Famagusta is known to have the status of a military zone. The attempt to open part of Varosha to settlement has made this area an important matter again. Turkish Cypriots were the party that demonstrated a desire to resolve the Cyprus problem through the Annan Plan referendums. The parties that attempted to open part Varosha to settlement were the Republic of Türkiye and the Turkish Cypriots. Nevertheless, they are the actors who are most criticized regarding the Cyprus problem. In order to eliminate these criticisms, the steps for opening Varosha to settlement should be taken very carefully. The Immoveable Property Commission currently falls within the borders of the Turkish Republic of Northern Cyprus and is also an important part of the issue. Applications regarding

* **Sorumlu Yazar:** Cüneyt Yüksel (Prof. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: cuneyt.yuksel@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0001-8580-6967

** Mustafa Erçakıca (Dr. Öğr. Üyesi), Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Lefkoşa, Kuzey Kıbrıs. E-posta: mercakica@ciu.edu.tr ORCID: 0000-0003-0197-1207

Atf: Yüksel C, Erçakıca M, "Kapalı Maraş Sorunu: 2021 Kısmi Açılım Girişimi, Birleşmiş Milletler'in Yaklaşımı ve Mülkiyet Sorunu Üzerine Bir İnceleme" (2023) 81(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 227. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.1.0008>



the ownership of properties in Varosha will come before the Immovable Property Commission, and the Commission should make decisions to prove it is an effective domestic remedial mechanism. The decision of the Supreme Court regarding the Turkish Republic of Northern Cyprus to take the land registration records from July 20, 1974 as a basis for ownership applications in Varosha poses a problem, especially in terms of the various property rights claims of the Cyprus Foundations Administration (*Kıbrıs Vakıflar İdaresi*). The records dating from July 20, 1974 regarding Varosha indicate Greek Cypriots as the property owners. The Cyprus Foundations Administration should bring its claims to the fore, both internationally and nationally, with substantial evidence. Under the relevant United Nations Security Council Resolutions, one should not forget that opening Varosha to settlement can be considered a confidence-building measure, and Turkish Cypriots can also gain benefits in this case by opening Varosha to settlement.

Keywords

Varosha, Cyprus problem, Immovable Property Commission, UN Security Council, European Convention on Human Rights

Extended Summary

The Republic of Cyprus was actually established in 1960 as a state resulting from certain international treaties. The Republic of Cyprus was established based on the equal partnership of Greek Cypriots and Turkish Cypriots. Another feature of the Republic of Cyprus was that it had limited powers. Additionally, the Republic of Cyprus was organized as a form of functional federalism. The treaties that established the Republic of Cyprus and the 1960 Constitution of the Republic of Cyprus were very important as they gave Turkish Cypriots and Greek Cypriots the right to separate representation and quotas in the state administration.

Unfortunately, this state only survived for three years. After 1963, the ethnic conflicts between Turkish Cypriots and Greek Cypriots began and continued until 1974, when Türkiye intervened in the island based on its right to function as a guarantor. After this intervention, the Turkish Cypriots first unilaterally declared the Turkish Cypriot Federated State. The efforts to bring the Turkish Cypriots and Greek Cypriots together on the island and the negotiations between the two communities were ongoing, but no conclusion was reached at the end of these negotiations. On November 15, 1983, the parliament of the Turkish Federated State of Cyprus made the unanimous decision to declare their independence and establish the Turkish Republic of Northern Cyprus.

After 1974, the Greek Administration of Southern Cyprus began governing only the southern part of Cyprus. Greek Cypriot authorities took the properties of the Turkish Cypriots that had been left behind under the control of foundations under the Guardianship Law. These properties continued to belong to Turkish Cypriots but were controlled by foundations. The new Greek Cypriot users of the related properties who'd migrated from the north were not given the ownership of these properties.

Just because the property policy of the Greek Administration of Southern Cyprus is more appreciated by the international community does not mean their policy is perfect. Violations of the property rights of Turkish Cypriots are seen to have occurred regarding certain fundamental points, the first of these being the non-immediate payment of expropriated properties. Another violation involves the properties leased under the Guardianship Law not requiring the consent of the Turkish Cypriot owners for lease agreements. The rental income obtained from these properties also does not get paid to the Turkish Cypriot owners. Similar to the expropriation costs, the statement has been made that the rental costs will be paid upon reaching a comprehensive settlement regarding the island. Meanwhile, the fact that the Turkish Republic of Northern Cyprus authorities has given ownership rights to those who left their properties in south Cyprus as well as to the immigrants who came to the island is one point where the international community has criticized Turkish Cypriots.

After Turkish Armed Forces' second military intervention for maintaining peace and security on the island, Varosha was declared a military zone and left closed to resettlement. Afterward, Varosha started to be known as a ghost city. Varosha is actually within the borders of the Turkish Republic of Northern Cyprus, but its legal status is perceived to be unclear just because it has remained closed to settlement. Before the region was opened to visitors in 2020, only those with special permission, UN officials, and members of the Turkish Armed Forces were allowed to enter the region. The population of Varosha was stated to have been 34,700 people before 1974, of which 29,700 were Greek Cypriots and the remaining population was predominantly Armenian, Maronite, British, and other ethnic groups.

Currently, the sovereignty in Varosha belongs to the Turkish Republic of Northern Cyprus authorities, and the Armed Forces of the Republic of Türkiye are located in this region. The inhabitants of Varosha before being closed to settlement in 1974 are known to have been predominantly Greek Cypriots. Part of Varosha was opened to civilian visits 46 years later with consensus from Republic of Türkiye President Recep Tayyip Erdoğan and Turkish Republic of Northern Cyprus President Ersin Tatar. Following this, President Erdoğan announced during his visit to the Turkish Republic of Northern Cyprus on July 19-20, 2021 that Varosha would be reopened to settlement, after which President Tatar stated that 3.5% of Varosha would be returned to its owners through the Immovable Property Commission and that the 3.5% of this area would lose its status as a military zone.

This partial initiative regarding Varosha actually means that the Greek Cypriots who'd been residents of Varosha before 1974 can benefit from exchanges, compensations, or restitutions if they apply to the Immovable Property Commission. The international community expects that the initiatives regarding Varosha must

involve the return of former residents, and clearly the Turkish Cypriots have no other goal than this. Having the Turkish Cypriots announce to the international community more strongly that the aims of this partial reopening do not exceed this goal would be appropriate. Varosha poses some other problems as well, especially in terms of the various property right claims of Cyprus Foundations Administration as the records dating from July 20, 1974 regarding Varosha indicate Greek Cypriots as property owners. The Cyprus Foundations Administration should prioritize its claims with evidence, both internationally and nationally.

Kapalı Maraş Sorunu: 2021 Kısmi Açılım Girişimi, Birleşmiş Milletler'in Yaklaşımı ve Mülkiyet Sorunu Üzerine Bir İnceleme

Giriş

Kıbrıs'ı ilgilendiren ve Doğu Akdeniz üzerindeki tartışmalara da yansıyan sorunların çözümü için günümüze kadar pek çok plan ortaya konmuş ve girişimde bulunulmuştur; ancak bunların tamamı başarısız olmuştur. Akdeniz'de oldukça önemli jeopolitik bir konumda olan Kıbrıs eksenindeki sorunlar, daha karmaşık hale gelerek devam etmiştir.¹ Günümüzde bu kapsamda gündeme gelen konulardan birisi de Maraş (*Varosha*) olarak anılan bölgedir.

Maraş bugün Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin (KKTC) egemenlik sınırları içerisinde yer alan Gazimağusa'nın, sivil yerleşime açılmamış olan ve askeri bölge statüsünde bulunan bir muhitidir. Şu anda buradaki egemenlik fiili olarak KKTC makamlarına ait olup, söz konusu bölgede Türkiye Cumhuriyeti'nin Silahlı Kuvvetleri bulunmaktadır. Kapalı Maraş'ın 1974 yılında yerleşime kapatılmasından önceki sakinlerinin ağırlıklı olarak Kıbrıslı Rumlar olduğu bilinmektedir. Kapalı Maraş'ta bulunan mülklerin mülkiyetinin Vakıflar İdaresi'ne ait olduğu iddiası ise, durumu olduğundan daha da karmaşık bir uyuşmazlık konusuna dönüştürmektedir.

1974 yılından beri sivil yerleşime ve ziyarete kapalı olan Kapalı Maraş'ın bir bölümü, 46 yıl sonra, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın ve KKTC Cumhurbaşkanı Ersin Tatar'ın fikir birliğine ulaşmasıyla, Ekim 2020'de sivil ziyarete açılmıştır. Bunun ardından, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın 20 Temmuz 1974 Kıbrıs Barış Harekati'nin 47. yıldönümü kapsamında 19-20 Temmuz 2021'de KKTC'ye yaptığı ziyaretinde, Kapalı Maraş'la ilgili yeni bir açılımın daha gerçekleştirileceğini duyurmuştur. Akabinde KKTC Cumhurbaşkanı Tatar ise, Kapalı Maraş'ın %3,5'unun Taşınmaz Mal Komisyonu aracılığıyla mal sahiplerine iade edileceğini ve söz konusu %3,5'lük alanın askeri statüden çıkartılacağını ifade etmiştir.²

Kapalı Maraş'a ilişkin açılım girişimi, aslında 1974 yılından önce Maraş sakini olan Kıbrıslı Rumların başvurularını yapmaları durumunda takas, tazminat veya iadeden yararlanabilmeleri anlamına gelmektedir. Bu gelişme, başta Kıbrıslı Rumlar ve Birleşmiş Milletler (BM) olmak üzere, uluslararası toplumun çoğunluğu tarafından kınanmış ve endişeyle karşılanmıştır. Bu kapsamda Kapalı Maraş konusunun ve söz konusu bölgeye ilişkin açılım adımlarının bir kere daha tartışılması kaçınılmaz olmuştur.

¹ Cüneyt Yüksel ve Deniz Baran, 'Uluslararası Hukukta Doğu Akdeniz Krizi ve Türkiye ile Libya Arasındaki Deniz Yetki Alanlarını Sınırlandırma Mutabakatının Değerlendirilmesi' (2020) 40(1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 519, 526.

² 'Kıbrıs'ta Maraş Bölgesinin Yüzde 3,5'unun Açılacak Olması Ne Anlama Geliyor?' (*BBC NEWS Türkçe*, 21 Temmuz 2021) < <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-57918758> > Erişim Tarihi 29 Temmuz 2021.

Yukarıda anılan hususlar kapsamında bu çalışmada, Kıbrıs'ta 1963 yılından sonra yaşanan etnik çatışmaların yol açtığı uluslararası soruna, Kıbrıs'ın kuzeyinde ve güneyinde izlenen farklı mülkiyet politikalarına ve Maraş'ın Kapalı Maraş'a dönüşmesine değinilecek, yaşanan mülkiyet sorununun Kapalı Maraş'a etkisi de ele alınacaktır. KKTC'de bulunan Vakıflar İdaresi'nin Kapalı Maraş'taki mülklerin mülkiyetine ilişkin bazı ciddi iddialarına değinildikten sonra, Kapalı Maraş konusunda BM'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin tutumuna yer verilecektir. Bu kapsamda Kıbrıs ile ilgili sorunlara taraf olanların tutumları gerekli noktalarda objektif bir tutumla eleştirilirken, bu tarafların iddialarına yönelik çözüm önerileri de yeri geldikçe sunulacaktır.

I. Kıbrıs Sorununun, Tarafların Mülkiyet Politikasının ve Maraş'ın Kapanmasına Giden Sürecin İncelenmesi

A. Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Kurulması ve Ardından Kıbrıs'ta Yaşanan Çatışmalar

Bilindiği gibi Büyük Britanya Kıbrıs'ı Osmanlı Devleti'nden, Kıbrıs'ın Osmanlı Devleti toprağı olarak kalması üzerinde anlaşarak, belirli bir bedel karşılığında kiralamıştı. İki devlet, Savunma Paketi da yapmıştı. Aralarındaki bu anlaşma doğrultusunda Büyük Britanya Kıbrıs'ı kiralayacak, Kıbrıs'taki Büyük Britanya'nın desteğiyle de Osmanlı Devleti, Asya'daki topraklarını koruyabilecekti. Ayrıca, Osmanlı Devleti'ne ait olan Rus işgali altındaki topraklar iade edilirse, Büyük Britanya Kıbrıs'ı boşaltacaktı. İlerleyen zamanlarda Osmanlı Devleti'nin Birinci Dünya Savaşı'na İttifak Devletleri safında yer almasını bahane eden ve İtilaf Devletleri arasında yer alan Büyük Britanya, Kıbrıs'ı tek taraflı olarak ilhak etti.³

Kıbrıs üzerinde hakimiyetini bu şekilde sağlayan Büyük Britanya'nın adadan çekilmesi ve Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kurulması, 1950'li yıllardaki sömürgeciliğin tasfiyesi döneminin bir sonucu olarak meydana gelmiştir. Büyük Britanya adadan çıkarken, bir dizi uluslararası anlaşma yapılmış ve 16 Ağustos 1960'ta bağımsız Kıbrıs Cumhuriyeti kurulmuştur.⁴ Bu devlet ne yazık ki üç yıl yaşayabilmiş, 1963 yılının ardından etnik çatışmalar başlamıştır.⁵ Bu olayın ayrıntılarına hukuk perspektifinden bakmak, meselenin özünü anlamak açısından gereklidir.

1950'li yıllarda sömürgeciliğin sona ermesi birçok sömürge altındaki topraklarda olduğu gibi, Büyük Britanya'nın 5 Kasım 1914 tarihinde ilhak ettiği Kıbrıs'ta da etkisini göstermiştir. Büyük Britanya'nın sömürge yönetimi altında bulunan ülkelere

³ Ali Satan, 'Yeni İngiliz Belgeleri Işığında Kıbrıs ve Önemi' (2004) 0(6) Yakın Dönem Türkiye Araştırmaları 55, 57.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz Nancy Crawshaw, 'The Republic of Cyprus' (1960) 16(12) The World Today 526, 527.

⁵ Agop Garabedian, 'The Conflict Between the Ethnic Communities in Cyprus in December 1963 and the Attempts of its Settlement' (1992) (2) Études Balkaniques 10, 11.

bağımsızlıklarını vermeye başlaması, aynı talebin Kıbrıs'ta da yükselmesine neden oldu. Büyük Britanya'nın Koloniler Bakanı, Kıbrıs'ta yaşayan nüfusun da kendi kaderini tayin etme hakkını kullanma imkanının tanınacağını açıkladı. Türkiye, kendi kaderini tayin etme hakkının aslında bir ülke üzerinde yaşayan nüfusun tamamına verilmediğini ve o ülke üzerinde yaşayan halklara ayrı ayrı verildiğini iddia etmiş, adadaki Kıbrıslı Rumlar ve Kıbrıslı Türklerin bu hakka ayrı ayrı sahip olduklarını ifade etmiştir. Bu doğrultuda Türkiye adanın söz konusu iki grup arasında taksimini savunmuştur.⁶

Yunanistan ise, kendi kaderini tayin etme hakkının Kıbrıs'ta yaşayan nüfusun tamamının bir arada kullanacağı bir hak olduğunu savunmuştur. Yunanistan'a göre Kıbrıs'ta yaşayan iki etnik grup, iç içe yaşamaktaydı. Onların söz konusu bu hakka ayrı ayrı sahip olduklarını kabul etmek, ayrı devletler kurmalarına olanak sağlayacaktı. Bu da adanın taksimini zorunlu kılacaktı. Oysa anılan iki etnik grup iç içe yaşadığı için, adanın nasıl taksim edileceği sorunu, yeni problemlere yol açacaktı.⁷

Kıbrıslı Türklerle Kıbrıslı Rumların iç içe yaşadığına ilişkin bu iddia karşısında, karşıt bir görüşe değinmekte de fayda vardır. Bu görüşe göre, aslında Kıbrıslı Rumların ve Kıbrıslı Türklerin iç içe yaşadıklarını belirtmek, doğru değildir. Kıbrıs'taki iki temel etnik grup, aslında hiçbir zaman tam anlamıyla bir birliktelik içerisinde yaşamamıştır. Bunun kanıtı ise, adada bulunan ve sadece Kıbrıslı Türklerin veya sadece Kıbrıslı Rumların yerleşmiş olduğu köylerin çok fazla olmasıdır. Ayrıca Kıbrıslı Türkler kendi dillerinde eğitim veren ayrı eğitim sistemlerini takip etmiş, farklı muhtarlık ve yargı makamlarını kullanmıştır. Aynı durum, Kıbrıslı Rumlar için de geçerlidir.⁸

Yunanistan'ın görüşüne dönülecek olursa, buna göre, adada bulunan nüfusun sayıca çoğunluğunu Kıbrıslı Rumların oluşturduğu açıktır. Kıbrıslı Rumların, yani adadaki çoğunluğun isteği, adanın Yunanistan ile birleşmesidir. Yine Yunanistan'ın görüşüne göre, çoğunluğun isteği de göz önünde bulundurulmalı ve tarihsel olarak Yunanistan'la yakın bağları bulunan Kıbrıs, Yunanistan'a verilmeliydi.⁹

Yunanistan'ın tezinin o dönemde kabul edilmesi mümkün değildi, çünkü Kıbrıs'ın geleceğinin tartışıldığı anılan dönemde, kendi kaderini tayin etme hakkı kapsamı içerisine başka bir devlet ile birleşme imkanı dahil edilmemişti.¹⁰ Bu imkan 1970 tarihli Devletler Arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliği Bildirisi'nde kabul edilmiştir.¹¹

⁶ Sevin Toluner, *Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk* (Fakülteler Matbaası 1977) 45.

⁷ ibid 46-47.

⁸ Muzaffer Yılmaz, 'The Cyprus Conflict and the Question of Identity' (2005) 1(4) Uluslararası Hukuk ve Politika 74, 76.

⁹ Faruk Sönmezoglu, 'Kıbrıs Sorunu ve Birleşmiş Milletler: 1945-1075' (1984) 36(3-4) İktisat Fakültesi Mecmuası 223, 229.

¹⁰ Toluner (n 6) 19-20.

¹¹ UNGA 'Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations' (24 October 1970) UN Doc A/RES/2625/25

Kıbrıs gibi homojen olmayan bir nüfusun yaşadığı ülkelerde, kendi kaderini tayin etme hakkı konusunda alınacak olan kararların, burada yaşayan farklı grupların tamamının rızasını alan kararlar olması gerekmektedir.¹² Zaten Büyük Britanya, Kıbrıslı Rumların isteği olan ve adanın Yunanistan ile birleşmesini savunan görüşü uygun bulmayarak, Kıbrıslı Türklerin de adanın geleceğiyle ilgili söz söyleme hakkına sahip olduklarını kabul etmiştir.¹³

Bu dönemde BM Genel Kurulu çatısı altında yaşanan görüşmeler, Yunanistan'ın Kıbrıs'ın Yunanistan'a bağlanmasını öngören *enosis* fikrinden, Türkiye'nin ise taksimden vazgeçmesiyle sonuçlanmıştır. Büyük Britanya'nın önerisi doğrultusunda, *enosis* ve taksim tezlerinin orta yolu olarak görülen bağımsız bir devletin, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kurulması çalışmaları başlamıştır.¹⁴

Kıbrıs Cumhuriyeti, aslında birtakım uluslararası andlaşmanın sonucunda kurulan, özellikli bir devlettir. Bu devlet, anılan andlaşmaların sonucu olarak, 1960 yılında uluslararası toplumdaki yerini almıştır. Bu andlaşmalardan ilki, Zürih Andlaşması'dır. Zürih Andlaşması, Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasası'nın Temel Yapısı ile İlgili Andlaşma, İttifak Andlaşması ve Garanti Andlaşması isimli diğer andlaşmaları içermektedir. 19 Şubat 1959 tarihinde Londra'da Türkiye, Yunanistan, Büyük Britanya ile Kıbrıslı Türk ve Rumların temsilcilerinin katılımıyla Londra Andlaşması akdedilmiştir. Londra Andlaşması'nın içerdiği önemli bir metin Kıbrıslı Türk ve Kıbrıslı Rum toplumlarının temsilcilerinin "söz konusu uluslararası metinleri Kıbrıs sorununun nihai çözümü" olarak kabul ettiklerine ilişkin bildirimlerini de içermektedir. Bu andlaşmalar, 16 Ağustos 1960 tarihinde kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti isimli yeni devletin de taraf olmasıyla, Lefkoşa Andlaşmaları olarak isimlendirildi.¹⁵

Kıbrıs Cumhuriyeti, Kıbrıslı Rumların ve Kıbrıslı Türklerin eşit ortaklığına dayanan bir devlet olarak kurulmuştur. Bu devletin bir diğer özelliği, yetkileri kısıtlı bir devlet olmasıdır. Ayrıca, üçüncü özellik olarak, fonksiyonel federalizm şeklinde örgütlenmiş olduğu üzerinde durulmaktadır.¹⁶

Yetkileri kısıtlı bir devlet olmasının nedeni, Kıbrıs'ta yaşayan iki toplumun kendi kaderini tayin etme haklarını başka bir şekilde kullanmalarının yukarıda anılan ve Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran uluslararası andlaşmalarla yasaklanmış olmasıdır. Ayrıca, devletin Yunanca, Türkçe ve İngilizce olan resmi dillerinin ve bayrağının değiştirilmesi de yasaktır. Bunların yanında, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin başka bir

¹² Peter Pernthaler (Şemin Töner Şen çev.), 'Kıbrıs Sorununa Federal veya Konfederal Çözüm AB Üyeliği Kabulü Hukuki Statüsüne Yeni Bir Yaklaşım' (2004) 1(1) YÜHFD 137-138.

¹³ Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, 'Kıbrıs Meselesinin Tarihçesi, BM Müzakerelerinin Başlangıcı' <https://www.mfa.gov.tr/kibris-meselesinin-tarihcesi_-bm-muzakerelerinin-baslangici.tr.mfa> Erişim Tarihi 07 Kasım 2021.

¹⁴ Yılmaz (n 8) 82.

¹⁵ Toluner (n 6) 72. Anılan andlaşma metinleri için bkz <https://www.mfa.gr/images/docs/kypriako/treaty_of_establishment.pdf> Erişim Tarihi 02 Ağustos 2021.

¹⁶ Kudret Özersay, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal Bir İnceleme* (3. Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi 2009) 36-37.

devlet ile birleşmesinin yasaklandığı, bu yeni devletin bağımsızlığının çok fazla vurgulandığı da bilinmektedir. Bunlar, kurucu andlaşmalarda da yer almıştır.¹⁷

Kıbrıs Cumhuriyeti'nde Amerika Birleşik Devletleri veya İsviçre gibi klasik anlamda federatif bir yapı ya da eyaletler yoktur; o nedenle burada kurulan sistem fonksiyonel federalizm olarak anılmaktadır. Çünkü hem Kıbrıslı Türklerin hem de Kıbrıslı Rumların devlet yönetiminde söz hakları bulunmakta, temsillerine ilişkin kontenjanlarının olduğu düzenlenmektedir. Örneğin, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin Cumhurbaşkanı Kıbrıslı Rum, onun yardımcısı ise Kıbrıslı Türk olacaktır. Bu makamları dolduran kişilerin, devlet yönetimine ilişkin bazı önemli kararları ayrı ayrı veto etme yetkileri düzenlenmişti. Sosyal hizmetler, polis, meclis ve bakanlar kurulunda Kıbrıslı Rumların yüzde yetmiş, Kıbrıslı Türklerin yüzde otuz temsil haklarının bulunması da garanti altına alınmıştı. Ordudaki temsiliyet ise Kıbrıslı Türkler için yüzde kırk, Kıbrıslı Rumlar için ise yüzde altmış şeklinde olacaktır. Meclis seçimleri ise iki toplum için ayrı ayrı yapılmaktaydı.¹⁸

1960 yılında kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti, kendi kaderini tayin etme hakkını birlikte kullanan ve Kıbrıs'ta yaşayan bir Kıbrıs halkının oluştuğu kabulü üzerine kurulmuştur. Ancak adada dinsel ve etnik köken olarak homojen bir toplumun bulunmaması, işlerin bugünkü noktaya varmasının temellerinden birisidir. Bu yeni devletin düzeni 1963 yılında, özellikle Kıbrıs Cumhuriyeti Başkanı *Makarios*'un anayasada birtakım değişiklikler yapma ve Kıbrıslı Türklerin devlet yönetiminde sahip olduğu kontenjanları kaldırma, onlara azınlık statüsünden daha farklı bir statü vermeme çabasıyla sarsılmaya başladı, ardından da çöktü.¹⁹ Anayasa değişikliği çabası, Kıbrıs'ta iki toplum arasındaki uyuşmazlıkları şiddetlendirdi. Bunun ardından adada 1963 yılından 1974 yılına kadar yaşanan şiddet olayları meydana geldi.

B. Maraş'ın Kapatılmasına Giden Süreç ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin İlanı

Kıbrıs'ta Kıbrıslı Türkler ve Kıbrıslı Rumlar arasındaki çatışmalarla geçen uzun bir süreçten sonra, 1974 yılına gelindiğinde, adanın Yunanistan'a bağlanmasını sıkı bir şekilde savunanlarla Kıbrıs'ta görev yapan Yunanlı subaylar, Kıbrıs Cumhuriyeti'nin ilk Cumhurbaşkanı olan *Makarios*'a bir darbe düzenlemişlerdir. Darbenin ardından Kıbrıs Cumhurbaşkanı *Makarios* adadan kaçmış, *Nikos Sampson* liderliği ele geçirmiştir. Darbenin de etkisiyle adadaki etnik çatışmalar ve özellikle Kıbrıslı Türklerle yönelik şiddet eylemleri yoğunlaşmıştır. Darbenin ardından diğer garantör devletlerle ortak bir tutum belirlemeye çalışan Türkiye, bunu başaramayınca, 11 Şubat

¹⁷ Füsün Arsava, 'Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi' (1996) 51(1) AÜSBFD 43, 47.

¹⁸ Ertan Efegil ve Ayşe Mine Olcay, 'Tarafların Kıbrıs Sorununa Yaklaşımları' (2004) 1(1) Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi 113, 114.

¹⁹ Umut Arık, 'Kıbrıs Krizi' (2011) 2(1) LAÜ Sosyal Bilimler Dergisi 3, 5.

1959 tarihli Garanti Andlaşması'ndan²⁰ kaynaklanan garantörlük hakkına dayanmış ve adadaki çatışmaları dindirmek amacıyla, buraya bir askeri çıkarma yapma kararı almıştır.

Anılan bu andlaşmanın üçüncü maddesi gereğince Türkiye, Yunanistan ve Büyük Britanya garantör devletler olup, söz konusu andlaşma hükümlerinden birinin ihlali durumunda garantör devletler birlikte veya bu mümkün değilse bireysel olarak, andlaşmanın kurduğu koşulları sağlamak için harekete geçebilecektir. Yani, Türkiye'nin gerçekleştirdiği müdahale, Garanti Andlaşması'ndan kaynaklanan, hukuka uygun bir adımdır. Böylece 20 Temmuz 1974'te, Türkiye'nin kararlı tavrıyla Türk Silahlı Kuvvetleri adaya gelmiştir.²¹

Kıbrıs'taki çatışmalar gerçekleştirilen ilk müdahaleye rağmen sona ermeyince, 18 Ağustos 1974 tarihinde ikinci bir müdahale, yine Türkiye tarafından gerçekleştirilmiştir. Kıbrıs'ta o dönemde olanlar, Türkiye Cumhuriyeti'nin müdahalesini gerektirmektedir ve Garanti Andlaşması da buna izin vermektedir. Bu müdahale sonucunda taraflar adanın ayrı bölgelerinde homojen bir şekilde yaşamaya başlamıştır. İlerleyen süreçte taraflar arasında bir uzlaşma olmayınca ada fiilen ikiye bölünmüş, Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran Garanti ve İttifak Andlaşmaları'na göre oluşturulan düzen yıkılmıştır.²²

Türkiye'nin gerçekleştirdiği ikinci askeri müdahalenin ardından Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından Kuzey Kıbrıs'a dahil edilen Maraş, askeri bölge olarak ilan edildi ve tekrar yerleşime açılmadı. Bu gelişmelerden sonra Maraş, artık Kapalı Maraş ya da Hayalet Şehir olarak anılmaya başlandı. Maraş, aslında KKTC'nin sınırları içerisindedir; sadece yerleşime açılmamış olması nedeniyle, statüsüne ilişkin net olmayan bir durum varmış gibi algılanmaktadır. 2020 yılında bölgenin ziyarete açılmasından önce bölgeye sadece özel izni bulunanlar, buradaki kız öğrenci yurdunda ikamet edenler, BM görevlileri ve Türk Silahlı Kuvvetleri mensupları girebilmiştir.²³ Maraş'ın nüfusunun 1974 yılı öncesinde 34,700 olduğu, bunun 29,700 kişininin Kıbrıslı Rum, geri kalan nüfusunun ise ağırlıklı olarak Ermeni, Maronit, İngiliz, ve diğer etnik gruplardan oluştuğu belirtilmektedir.²⁴

Tespit edilebildiği kadarıyla Kapalı Maraş'ta günümüze kadar sadece Kıbrıs'taki BM barış gücüne (*United Nations Peace Keeping Force in Cyprus-UNFICYP*)

²⁰ 11 Şubat 1959 tarihli Garanti Andlaşması'nın metni için bkz < https://www.mfa.gov.tr/garanti-antlasmasi-_zurich_11-subat-1959_.tr.mfa > Erişim Tarihi 30 Temmuz 2021.

²¹ Marios L. Evriviades, 'The Legal Dimension of the Cyprus Conflict' (1975) 10(227) Texas International Law Journal 227, 264.

²² ibid 264.

²³ 'Kıbrıs'ta Maraş Bölgesinin Yüzde 3,5'unun Açılacak Olması Ne Anlama Geliyor?' (*BBC NEWS Türkçe*, 21 Temmuz 2021) < <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-57918758> > Erişim Tarihi 29 Temmuz 2021.

²⁴ Uğur Ulaş Dağlı, 'İnsan ve Çevre Haklarının Çiğnendiği Bir Yerleşim Yeri... Kapalı Maraş' in Okan Dağlı (ed), *Kıbrıs'ta Çözümün Şifresi* (Işık Kitabevi Yayınları 2012) 73.

tahsis edilmiş bir bina ile, Türk Silahlı Kuvvetleri'ne tahsis edilmiş altı adet apartman kullanılmaktadır. Bunlardan birisi, bir dönem kız öğrenci yurdu olarak da kullanılmıştır. 1974 yılından sonra Maraş'ın yerleşime kapatıldığı dönemde, bölgede 45 adet 10,000 yatak kapasiteli turistik otel, 60 adet apart otel, 2953 adet ticari birim, 99 adet eğlence yeri, 143 adet idari ofis, 4649 adet konut, 21 adet banka binası, 24 adet tiyatro ve sinema salonunun bulunduğu belirtilmektedir. Ayrıca burada içerisinde 8,500 adet kitap barındıran, devlete ait bir kütüphane bulunmaktaydı. Burada sanat galerisi olarak kullanılan bir binanın da olduğu belirtilmektedir. Ancak günümüzde tüm bu yapılar atıl bir durumda bulunmaktadır. Herhangi bir açılım doğrultusunda bu binaların tamamının restore edilmesinin mümkün olup olmayacağı, böyle bir teknolojik imkanın bulunup bulunmadığı ise büyük bir soru işaretidir.²⁵

Anılan gelişmelerin ardından Kıbrıslı Türkler önce tek taraflı olarak Kıbrıs Türk Federe Devleti'ni ilan etmiştir. Adada Kıbrıslı Türkler ve Kıbrıslı Rumların bir araya gelmesi çabaları ve buna yönelik görüşmeler devam etmiştir. Bu görüşmelerde federasyon tezi üzerinde durulmuş, fakat bir sonuca ulaşılamamıştır.²⁶

15 Kasım 1983'e gelindiğinde, Kıbrıs Türk Federe Devleti'nin parlamentosu oybirliğiyle karar alarak, bağımsızlıklarını ve KKTC'nin kurulduğunu ilan etmiştir. Rauf Denktaş ise, bu yeni devletin ilk cumhurbaşkanı olmuştur. Anılan dönemde Kıbrıslı Rumların lideri olan *Andros Kyprianou*, toplum liderleri arasındaki görüşmelerin bağımsızlık ilanının iptal edilmesinin ardından tekrar başlayabileceğini ifade etmiştir.²⁷ KKTC'nin ilanına rağmen, Türkiye dışındaki uluslararası toplum üyeleri, Kıbrıslı Rumlardan oluşan Kıbrıs Cumhuriyeti'ni adanın tek yasal devleti olarak tanımaya devam etmiştir. Bu durum, sadece Kıbrıslı Rumlardan oluşan ve Kıbrıslı Türklerin temsil edilmediği yönetimin fiili olarak sadece adanın güneyinde egemen olmasına rağmen, günümüze değin bu şekilde devam etmiştir.²⁸

Uluslararası toplum, aşağıda anılacak olan BM Güvenlik Konseyi kararlarına rağmen kurulduğu için KKTC'yi devlet olarak tanımamaktadır. Bunun yanında uluslararası toplum, bugünkü Kıbrıs Cumhuriyeti'ni, 1960 yılında bir dizi uluslararası anlaşma sonucunda kurulan bir devlet olarak kabul etmeye devam etmektedir. Örneğin, bugün tamamen Kıbrıslı Rumlardan oluşan 'Kıbrıs Cumhuriyeti' adanın tamamı adına Avrupa Birliği'ne üyelik başvurusunda bulunmuş ve bunun kabulünün ardından 2004 yılında bütün adayı temsilen üye devlet statüsüne kavuşmuştur.²⁹ Oysa KKTC'nin kurulması, Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran anlaşmaların Kıbrıslı Türklerle

²⁵ ibid 74-75.

²⁶ Altuğ Günel, 'Haklı Savaş Teorisi Çerçevesinde Kıbrıs ve Kosova Sorunları'nın Karşılaştırılması' (2010) 16(38) Kıbrıs Araştırmaları Dergisi 69, 77.

²⁷ Thomas D. Grant, *The Recognition of States* (Praeger Publishers 1999) 132.

²⁸ Costas M. Constantinou ve Yiannis Papadakis, 'The Cypriot State(s) in situ: Crossethnic Contact and the Discourse of Recognition' (2001) 15(2) Global Society 125, 128.

²⁹ Arsava (n 17) 43.

verdiği hakların kullandırılmaması ve *Makarios*'un anayasa değişikliği önerileriyle bu hakların sona erdirilmeye çalışılması sonucunda yaşanan bir gelişmedir. Bu durum Kıbrıslı Türkler tarafından vurgulanmalıdır. Bunun yanında, şu anda Avrupa Birliği'ne kabul edilmiş olan yönetimin herhangi bir makamında Kıbrıslı Türklerin temsil edilmediği ve kurucu andlaşmalara göre kendilerine verilen kontenjanları kullanamadıkları da uluslararası toplum tarafından göz önünde bulundurulmalıdır.³⁰

Kıbrıslı Türklerin uluslararası toplum nazarında karşılaştıkları yok sayılmayı mevcut koşullar altında aşabilmeleri ve uluslararası toplumla iletişim kurabilmeleri için, dünyanın Kıbrıs Cumhuriyeti olarak tanımaya devam ettiği, fakat sadece Kıbrıslı Rumlardan meydana gelen oluşumun, kendilerini temsil etmediğini vurgulamaları gerekmektedir. Çünkü gerek BM'nin gerekse Avrupa Birliği gibi diğer uluslararası örgütlerin, Kıbrıslı Türklerin ayrı bir devlet kurmalarıyla sonuçlanan süreçte maruz kaldıkları devlet yönetiminden dışlanmayı değerlendirmeye almaya niyetli olmadıkları görülmektedir.³¹

BM Güvenlik Konseyi, BM Şartı'nın VII. bölümü kapsamında almış olduğu bağlayıcı kararlarında³², diğer devletlere KKTC'yi veya adada Kıbrıs Cumhuriyeti dışında kurulan herhangi bir devleti tanımamaları çağrısında bulunmaktadır. Bu konuda birçok BM Güvenlik Konseyi kararı bulunmakla birlikte, BM Güvenlik Konseyi'nin S/RES/541(1983)³³ ve S/RES/550(1984) numaralı³⁴ kararları, konuyla ilgili en sık referansta bulunulan kararlardır. Bunlar aynı zamanda KKTC'nin tanınması önündeki en büyük hukuki engellerdir.

Aslında BM Güvenlik Konseyi, 20 Temmuz 1974 tarihli ve S/RES/353(1974)³⁵ sayılı kararında bütün devletlere Kıbrıs Cumhuriyeti'nin toprak bütünlüğüne, egemenliğine ve bağımsızlığına saygı gösterilmesi çağrısında bulunarak, askeri müdahaleye son verilmesini söylerken, gelecekteki tutumunu da belli etmişti. BM Güvenlik Konseyi'nin bu tutumu, siyasi olmakla yoğun bir şekilde eleştirilmektedir.³⁶

Yöneltilen eleştirilere göre, BM Güvenlik Konseyi'nin bir yargı organı gibi davranmaya yetkisi yoktur. Ancak BM Güvenlik Konseyi, KKTC'nin tanınmamasına

³⁰ Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, 'Kıbrıs Meselesinin Tarihçesi, BM Müzakerelerinin Başlangıcı' <https://www.mfa.gov.tr/kibris-meselesinin-tarihcesi_bm-muzakerelerinin-baslangici.tr.mfa> Erişim Tarihi 07 Kasım 2021.

³¹ Soyalp Tamçelik, 'BM Güvenlik Konseyi'nin Kıbrıs'la İlgili Aldığı Bazı Kararların Özellikleri ve Analitik Değerlendirmesi (1964-1992)' (2013) 8(12) Turkish Studies 1229, 1252.

³² BM Şartı'nın 23. maddesinden de anlaşılacağı gibi uluslararası barış ve güvenliğin korunmasından temel sorumlu organ, BM Güvenlik Konseyi'dir. Bu kapsamda BM Şartı'nın 25. maddesinde, BM üyesi devletlerin Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulamayı üstlendikleri yazmaktadır. BM Güvenlik Konseyi, devam etmesi uluslararası barışı ve güvenliği tehlikeye sokabilecek türdeki uyuşmazlıklar için tavsiye kararları alabilecektir. Bu, BM Şartı'nın VI. bölümünde düzenlenmiştir. Öte yandan, BM Şartı'nın VII. bölümüne göre, uluslararası barış ve güvenliği doğrudan tehdit eden, bozan eylemlerle, saldırı fiilleri olduğunda, bağlayıcı bazı kararlar almaktadır. BM Şartı'nın metni için bkz Charter of the United Nations (signed 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) 1 UNTS XVI ; Ayrıca bkz Tamçelik (n 31) 1247-1248.

³³ UNSC Res 541 (18 November 1983) UN Doc S/RES/541

³⁴ UNSC Res 550 (11 May 1984) UN Doc S/RES/550

³⁵ UNSC Res 353 (20 July 1974) UN Doc S/RES/353

³⁶ Tamçelik (n 31) 1252.

yönelik kararlarında adeta bir yargı organı gibi davranmış ve Kıbrıslı Türkler tarafından kurulan devleti yasal olmayan ve hukuken geçersiz bir devlet şeklinde nitelendirmeye çalışmıştır. Oysa BM Güvenlik Konseyi'nin kararlarına uluslararası barışın sağlanmasına yönelik niteliklerinden öte yargısal bir karar etkisi tanımak mümkün değildir.³⁷ Bu kapsamda, BM Güvenlik Konseyi'ne yöneltilen eleştiriler bu organın özellikle beş daimi üyesinin etkisiyle hareket eden siyasi nitelikli bir organ olup yargısal bir organ olmadığı şeklindedir.³⁸ Türkiye dış politikası da bilindiği gibi, son dönemde bu durumu eleştirmekte ve BM çatısı altında bir demokratikleşme reformu talep etmektedir.³⁹

Ek olarak, yine Kıbrıslı Türklerin maruz bırakıldıkları koşulları eleştiren görüşe göre, sonuçta Kıbrıs Cumhuriyeti'nin kurulması sırasında Kıbrıslı Türklerin de kendi kaderini tayin etme hakkı olduğu kabul edilmişti. Beklenti sadece bu haklarını Kıbrıslı Rumlarla birlikte kullanmalarındır. Diğer bir deyişle, kendi kaderini tayin etme hakkı olmayan bir topluluğun bağımsız bir devlet ilan etmesi gibi bir durum yoktur.⁴⁰

Aslında BM Güvenlik Konseyi Kıbrıs sorunuyla 1964 yılından beri meşgul olmakta ve benzer içerikteki kararlarını ara ara yenilemektedir.⁴¹ Bu noktada, Kıbrıs'ta tek bir devlet çatısı altında nihai çözüme ulaşılmasını vurgulayan bir diğer önemli ve nispeten güncel BM Güvenlik Konseyi kararına daha değinmekte yarar vardır. S/RES/1251/1999 numaralı⁴² kararda, Kıbrıs'ta tek egemenlik, tek uluslararası hukuk süljesi ve tek vatandaşlık vurgusu yapılmış, iki toplumun eşitliğine dayanan iki bölgeci bir devletin kurulması dışındaki çözümlerin dışlandığı ifade edilmiştir.

Bilindiği gibi, zaman zaman KKTC'nin adının değiştirilmesi ve bu doğrultuda Kıbrıs'ın kuzeyinde egemen olan oluşumun devlet olarak tanıtılması fikri tartışılmaktadır.⁴³ Bu sayede, iki devletli çözüm üzerinde uzlaşılan bir zemin yaratılacağı öne sürülmektedir. Böylesi bir girişimin, BM Güvenlik Konseyi'nin yukarıda anılan ve Kıbrıs'ta Kıbrıs Cumhuriyeti'nden başka bir devletin kurulmasını hukuka aykırı kabul eden kararları nasıl değiştireceği bilinmemektedir. Burada Türk tarafına düşen, kendi tutumunda ısrarcı ve kararlı olmasıdır.

³⁷ Necati Münir Ertekün ve Zaim Necatigil, *The Right of the Turkish Cypriot People to Self-Determination* (2. Bası, 1996) 31 vd.

³⁸ Tamçelik (n 31) 1238.

³⁹ Türkiye'nin başını çektiği ve Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın çeşitli demeçlerinde üzerinde durduğu "Dünya Beşten Büyüktür" açılımı çerçevesinde, BM'nin özellikle Güvenlik Konseyi'nin anılan yapısı eleştirilmektedir bkz Recep Tayyip Erdoğan, *Daha Adil Bir Dünya Mümkün* (1. Bası, Turkuvaz Kitap 2021) 7. Bu yapı içerisinde temsil edilmeyen kültür ve devletlerden de daimi üye kabul edilmesine yönelik reformlar talep edilmektedir bkz Aşkın İnci Sökmen, 'Terörizmle Mücadele ve Birleşmiş Milletler' in Emel Parlar Dal, Gonca Oğuz Gök ve Tolga Sakman (edr), *Küresel Yönetişim, Güvenlik ve Aktörler: 70. Yılında BM* (1. Bası, Tesam Yayınları 2016) 182.

⁴⁰ Ertekün ve Necatigil (n 37) 31 vd.

⁴¹ Süha Bölükbaşı, 'The Cyprus Dispute and the United Nations: Peaceful Non-Settlement between 1954 and 1996' (1998) 30(3) *International Journal of Middle East Studies* 411, 418 vd.

⁴² UNSC Res 1251 (29 June 1999) UN Doc S/RES/1251

⁴³ 'Türkiye Emekli Büyükelçisi Uluç Özülker: Federasyon tartışmaları bitti. Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Adı Kararlılık Adına Yeni Bir Adım' (*Kıbrıs Postası*, 23 Temmuz 2021) < https://www.kibrispostasi.com/c35-KIBRIS_HABERLERI/n386391-turkiye-emekli-buyukelcisi-uluc-ozulker-kkctcin-isim-degisikligini-degerlendirdi > Erişim Tarihi 30 Temmuz 2021.

KKTC'nin devlet olarak tanınmasının önündeki en büyük engel olarak BM Güvenlik Konseyi'nin ilgili kararlarına işaret edilse de tek sorun bu değildir. KKTC ve Türkiye ilişkileri eleştirilmekte, bu doğrultuda Kuzey Kıbrıs'ta etkili otoriteyi KKTC makamlarının kullanmadığı belirtilmektedir. Bu eleştirilerin yöneltildiği ilk nokta, KKTC'de Türk Silahlı Kuvvetleri'ne ait birliklerin bulunması ve iki bölge arasındaki sınırı bu birliklerin kontrol ediyor olmasıdır.⁴⁴ İkinci olarak ise, KKTC'deki Türkiye Cumhuriyeti Büyükelçiliği'nin aktif faaliyetlerde bulunduğu, özellikle Türkiye'den KKTC'ye gelen hibelerin nasıl kullanılacağına Büyükelçiliğin karar verdiği⁴⁵ ileri sürülmektedir. Bu durum, KKTC'deki etkili otoriteyi KKTC makamlarının değil, Türkiye'nin kullandığını doğrulayan bir unsur olarak gündeme taşınmaktadır.⁴⁶

Bu eleştirileri bertaraf etmek için, KKTC'nin dış ilişkilerini diğer devletlerle daha da geliştirmesi gerekmektedir. Bu konuda, Azerbaycan ve KKTC ilişkileri önemli bir örnek olarak kabul edilmelidir. Özellikle *Annan* Planı sonrasındaki dönemde iki devlet arasındaki ilişkiler yoğunlaşmıştır. Folklor, şiir ve edebiyat festivallerinin, turizm faaliyetlerinin, sanayi fuarlarının düzenlendiği görülmüştür. Ayrıca resmi olmayan spor yarışmalarının ve üniversiteler arasında konferansların gerçekleştirildiği de bilinmektedir. İki devlet, "Uluslararası Türk Kültür Teşkilatı" çalışmalarına da katılmıştır.⁴⁷

Kıbrıslı Türklerin mevcut lideri konumundaki KKTC Cumhurbaşkanı Ersin Tatar, Kıbrıs'taki yeni tezin, egemen eşitlik temelinde iki devletli çözüm olduğu üzerinde durmaktadır. Bu tez doğrultusunda yapılması gereken, Kıbrıslı Türklerin gerek işlerinin gerekse de dış işlerinin Kıbrıslı Türk makamları ve siyasi otoritelerince demokratik bir şekilde yürütülmesi, dış dünyaya egemen bir devlet olduğunun ispatlanmasıdır.⁴⁸ Örneğin, Kıbrıslı Türk sporcular, başta AB olmak üzere uluslararası toplum üyelerince kendilerine uygulanan uluslararası yaptırımlar ve ambargolardan dolayı uluslararası spor müsabakalarına katılamamaktadır. Buna bir tepki olarak, KKTC'de daha fazla ve çeşitli spor müsabakaları düzenlenerek, KKTC ile ilişki kurmaya niyetli devletlerin sporcularının davet edilmesi önünde herhangi bir engel yoktur.⁴⁹

⁴⁴ *Loizidou v Turkey* App no 15318/89 (ECtHR, 18 December 1996), paras 56-57.

⁴⁵ Tufan Ekici ve Yonca Özdemir, 'Turkish Foreign Aid to Northern Cyprus: A Mother's Blessing or Curse?' (2021) 21(3) *Southeast European and Black Sea Studies* <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/14683857.2021.1939378?ca_sa_token=VbutGxw_I34AAAAA:qpZKuldePUscNvIqbwv7Z2RFB8aLawHwinUC471iXv6IDHhJeMe64wZZ_0src6IL5kkPnH8L51H1CTI3> Date of Access 31 July 2021.

⁴⁶ Rebecca Bryant ve Christalla Yakinthou, *Cypriot Perceptions of Turkey* (TESEV Publications 2012) 16; Ayrıca bkz Evren Altınkaş, 'Kıbrıs Sorunu, Türk Dış Politikası ve Uluslararası Hukuk' in Cenap Çakmak, Nejat Doğan ve Ahmet Öztoprak (edr), *Uluslararası İlişkilerde Güncel Konular ve Türkiye* (Seçkin Yayıncılık 2012) 56.

⁴⁷ Turgut Turhan, 'Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti-Azerbaycan İlişkileri' (2011) 60(1) *AÜHF* 175, 180-181.

⁴⁸ Hasan Erçakıca, 'Devleti Lefkoşa'da Aramak En Doğrusu Olacak' (*VeKıbrıs*, 24 Eylül 2021) <<https://www.vekitabris.com/devleti-lefkosada-aramak-en-dogrusu-olacak/>> Erişim Tarihi 29 Eylül 2021.

⁴⁹ 'KKTC'de Ambargolara Karşı 'Parkur Müsabakası' Düzenlendi' (*HaberKıbrıs*, 20 Haziran 2021) <<https://haberkitabris.com/kktcde-ambargolara-karsi-parkur-musabakasi-duzenlendi-1657-2021-06-20.html>> Erişim Tarihi 29 Eylül 2021.

Bilindiği gibi, devletleri dış ilişkilerinde diplomasi temsilcilikleri temsil etmektedir. Resmi diplomasi temsilcilikleri, kabul eden devlet nezdinde gönderen devleti temsil etmek ve bu iki devlet arasındaki ilişkileri geliştirmekle yükümlüdür. Bir devlet, başka bir devletle resmi diplomasi ilişkisi kurar veya başka bir devletin konsolosuna *exequator* verirse, bu durumda ilgili kabul eden devlet diğer devleti zımnen tanımış olmaktadır.⁵⁰ KKTC'yi uluslararası alanda tepki çekmemek için tanımak istemeyen devletler bu nedenle KKTC ile resmi bir diplomasi ilişkisine girmemektedir. Yine de bu durum, KKTC'nin diğer devletlerle ilişki geliştirmesine engel değildir. KKTC, Türkiye ile resmi diplomasi temsilcilik ilişkisi kurmuş ve bunun dışında sınırlı sayıda devlette “temsilcilik” adı altında ofisler açmıştır. Bu ofisler aracılığıyla farklı devletlerde yaşayan kendi vatandaşlarına hizmet sunmaktadır.⁵¹ KKTC, söz konusu ofislerini çoğaltabilir, bu ofislerin aktif faaliyetleri sonucu, Azerbaycan örneğinde görüldüğü gibi, diğer devletlerle ilişkilerini geliştirebilir.

C. Kıbrıs'ta Bölünmenin Ardından Tarafların İzlediği Farklı Mülkiyet Politikaları

1960 yılında bir dizi uluslararası anlaşmalar sonucu kurulan Kıbrıs Cumhuriyeti'nin temel iki kurucu toplumu olan Kıbrıslı Türkler ve Kıbrıslı Rumların, 1974 yılının ardından sırasıyla adanın kuzeyine ve adanın güneyine yerleştiği, buralarda homojen toplumlar olarak yaşamaya başladığı bilinmektedir. Bu gelişmenin ardından, 2 Ağustos 1975 tarihinde Viyana'da bir Nüfus Mübadelesi Anlaşması⁵² yapılmıştır. Bu anlaşma doğrultusunda UNFICYP aracılığıyla adanın kuzeyinde kalan Rumlar güneye, güneyinde kalan Türkler ise kuzeye geçirilmiştir.⁵³

Son kalan nüfusların da nüfus mübadelesiyle kendi etnik gruplarının bulunduğu bölgelere yerleştirilmesiyle, Kıbrıs'ın kuzeyinin ve güneyinin bir ara bölgeyle birbirinden ayrıldığı görülmektedir. Bu mübadele sonucunda adada yer değiştiren nüfusun, 1974'ten önce yaşadığı mülkleri geride bırakması, mülkiyet sorununun temelini oluşturmaktadır. Bu yazıda değinilen Kapalı Maraş'ta terk edilen mülkler ve bu bölgeye ilişkin mülkiyet sorunu da aslında bu genel durumun paralelinde yaşanan bir örnektir.

Özetle, Kıbrıs'ın güneyine göç eden Kıbrıslı Rumlara, güneydeki mülklerini terk etmiş olan Kıbrıslı Türklerin buradaki mülkleri, anılan Kıbrıslı Rumların kuzeyde bıraktıkları mülklerinin eşdeğeri olarak verilmiştir; ancak verilen mülkiyet hakkı

⁵⁰ Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (9. Bası, Turhan Kitabevi 2010) 346.

⁵¹ Farklı devletlerde kurulan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti “Temsilcilikler”inin listesi için bkz <<https://mfa.gov.ct.tr/tr/konsolosluk-bilgisi/dis-temsilciliklerimiz/>> Erişim Tarihi 9 Haziran 2020.

⁵² The Third Vienna Agreement (2 August 1975) < [https://www.pio.gov.cy/en/agreements-the-third-vienna-agreement-\(2-august-1975\).html](https://www.pio.gov.cy/en/agreements-the-third-vienna-agreement-(2-august-1975).html) > Date of Acces 30 July 2021.

⁵³ Ömer Fazlıoğlu, ‘AIHM'nin Xenides-Arestis Kararı ve Kıbrıs'ta Mülkiyet Sorunu’ (TEPAV, EPRI Dış Politika Etütleri Programı) 3.

değil, kullanım hakkıdır. Kıbrıs'ın kuzeyine göç eden Kıbrıslı Türklere ise, burada terk edilmiş olan Kıbrıslı Rum mülklerinin mülkiyet hakkı, geride bıraktıkları mülklerinin eşdeğeri oranında verilmiştir. KKTC, yerinden edilen Kıbrıslı Türklere mülkiyet hakkı verirken, Kıbrıs Cumhuriyeti aynı durumdaki Kıbrıslı Rumlara kullanım hakkı vermiştir.⁵⁴ Kıbrıslı Türkler ile Kıbrıslı Rumların terk edilmiş mülkler için apayrı politikalar izlemesi, mülkiyet sorununun içinden çıkılmaz bir hal almasına neden olmuştur.

Fiili olarak sadece Güney Kıbrıs'ı yöneten 'Kıbrıs Cumhuriyeti,' Kıbrıslı Türklerin güneyde terk etmek zorunda kaldığı mülklerini vakıf denetimi altına almıştır. Bu mülkler, Vasilik Yasası (*Guardianship Law*) doğrultusunda, ilgili vakıf tarafından kontrol altında tutulmuştur.⁵⁵ Kuzeyden göçen Kıbrıslı Rumlar, güneydeki terk edilmiş Kıbrıslı Türk mülklerine yerleştirilmiş ve kullanım hakkı elde etmiştir. Kıbrıslı Rum yetkililer, Kıbrıslı Türklere ait olan güneydeki mülklerin mülkiyetini devlete geçirmemiş, sadece denetimini ve kontrolünü sağlamak amacıyla bunlara el koymuştur.⁵⁶

Öte yandan, Kıbrıslı Rum yetkililerinin Kıbrıslı Türklere ait bazı mülkleri kamu yararı gerekçesiyle kamulaştırdığı bilinmektedir. Ancak kamulaştırma bedelinin ilgili hak sahibi Kıbrıslı Türklere ödenmesi, Kıbrıs Cumhuriyeti tarafından, adada kalıcı bir çözüme ulaşılacağı zamana kadar ertelenmiştir. Oysa kamulaştırma durumlarında kamulaştırma bedelinin anında ödenmesi gerekmektedir. Ayrıca, Kıbrıslı Rum yetkililer, Kıbrıslı Rumların 1974'te terk ettikleri ve adanın kuzeyinde bulunan mülklerinin satışını izne tabi tutmuştur. Fiilen de bu izni vermemekte, Kıbrıslı Rumların Kıbrıslı Türklere mülk satışını engellemektedir.⁵⁷

Kıbrıslı Rumlar tarafından izlenen mülkiyet politikasının uluslararası toplum açısından daha fazla takdir görmesi, bunun kusursuz olduğu anlamına gelmemektedir. Bazı temel noktalarda, Kıbrıslı Türklerin geride bıraktıkları mülklerine ilişkin olarak hak ihlalleri tespit edilmektedir. Bunlardan ilki, yukarıda da değinildiği gibi kamulaştırılan mülklerin bedelinin derhal ödenmemesidir. Bir diğeri, Vasilik Yasası uyarınca kiralanın mülkler için, kira sözleşmesiyle ilgili olarak Kıbrıslı Türklerin rızasının alınmamasıdır. Elde edilen kira gelirleri de Kıbrıslı Türklere ödenmemektedir. Kamulaştırma bedeli gibi, kira bedellerinin de adada kapsamlı çözüme ulaşıldıktan sonra ödeneceği belirtilmektedir.⁵⁸ Görüldüğü gibi, aslında Kıbrıslı Rumların izlemiş olduğu mülkiyet hakkı politikasında da ciddi sorunlar bulunmaktadır.

⁵⁴ Emine Çolak, *Kuzey Kıbrıs'ta Mülkiyet Hakları* (Kıbrıslı Türk İnsan Hakları Vakfı Yayınları 2012) 13.

⁵⁵ Nicos Trimikliniotis and Corina Demetriou, *Displacement in Cyprus, Consequences of Civil and Military Strife, Report 3, Legal Framework in the Republic of Cyprus* (Peace Research Institute Oslo 2012) 36.

⁵⁶ Fazlıoğlu (n 53) 3.

⁵⁷ ibid 3-4.

⁵⁸ ibid 4-5.

Konuya Kıbrıslı Türkler açısından devam etmek gerekirse, adanın güneyinde mülk bırakan Kıbrıslı Türklerin, bıraktıkları mülklerin eşdeğerinde mülkü, mülkiyet hakkını da içerecek şekilde Kuzey Kıbrıs'ta edinmiş oldukları görülmektedir. Ne yazık ki, bazıları Güney Kıbrıs'a geçip terk ettikleri mülklerin bir kısmını Kıbrıslı Rumlara satmıştır. Bu da Kıbrıs'ta mülkiyet sorununu içinden çıkılmaz hale getiren bir diğer noktadır.⁵⁹ Kıbrıslı Türklerin bu tavrı, hem Kıbrıslı Türklerin kendi elini zayıflatmış hem mülkiyet konusunu daha da karmaşık hale getirmiştir. Bu kişiler, Kıbrıs'ın güneyinde terk etmiş oldukları mülklerin eşdeğerini zaten Kıbrıs'ın kuzeyinde edinmiştir, üstelik kendilerine mülkiyet hakkı da verilmiştir. Bu kişiler, mülklerinin güneydeki karşılığını satmış olmalarına rağmen kuzeydeki mülkleri hala kullanmaktadır. Bu doğrultuda Kıbrıslı Türkler ile Kıbrıslı Rumların farklı mülkiyet politikaları, mülkiyet sorununu derinleştiren ilk nokta olarak ifade edilebilir. İkinci nokta ise, Kıbrıslı Türklerin eşdeğerini elinde bulundurdukları mülkleri Kıbrıslı Rumlara satmış olmalarıdır.

Kıbrıslı Türklerin bireysel olarak bu tutumlarının yanında, KKTC'nin resmi mülkiyet politikasının ayrıntıları nelerdir? Bu soruya da cevap aramak faydalı olacaktır. KKTC Anayasası'nın Geçici 1. maddesi, Kıbrıslı Türklerin Güney Kıbrıs'ta kalan taşınmaz mülklerine karşılık, KKTC'den "eşdeğerde taşınmaz mal" isteme haklarının bulunduğunu belirtmektedir. Bu anlamda KKTC Anayasası'nın 159. maddesine de değinmekte yarar vardır. Bu maddenin birinci fıkrasının b bendi, adanın kuzeyinde bulunan ve terk edilmiş olan bütün taşınmaz malları KKTC'nin mülkiyetinde kabul etmiştir.⁶⁰

KKTC Anayasası'nın bu hükmü yanında, günümüzde İTEM Yasası olarak anılan ve tam adı "İskan, Topraklandırma ve Eşdeğer Mal Yasası"⁶¹ olan yasa da önemlidir. Kıbrıs Türk Federe Devleti döneminde kabul edilen İTEM Yasası ile KKTC'de bulunan terk edilmiş mülklerin, eşdeğer miktarda, kuzeye göçen Kıbrıslı Türklere verilmesinin önu açılmıştır. Bu mülklerin tapusu veya Kıbrıslı Türklerin isimlendirdiği

⁵⁹ 'Güney Kıbrıs'taki Türk Mallarına 45 Milyon Euro' (Yenidüzen, 1 Kasım 2013) <<https://www.yeniduzen.com/guney-kibristaki-turk-mallarına-45-milyon-euro-8924h.htm>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2021.

⁶⁰ KKTC Anayasası 159. maddesinin konuyla ilgili birinci fıkrasının tam metni şu şekildedir:

"(1) 15 Kasım 1983 tarihinde, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti sınırları içinde bulunan, ve;

(a) Tapusu, 16 Ağustos 1960 tarihinden önce Kıbrıs Hükümeti adına kayıtlı tüm taşınmaz mallar ile, 16 Ağustos 1960 tarihinden sonra Kıbrıs Cumhuriyetine intikal eden tüm taşınmaz mallar; kamuya ait yollar, sular, su kaynakları, liman ve sahiller, rıhtım ve iskeleler, göller, dere ve göl yatakları, tarihi kent, bina ve kalıntılar ile kaleler ve bunların alanları, doğal servetler ve yeraltı kaynakları, ormanlar, savunma yapı ve tesisleri ile yeşil saha ve parklar; kamuya açık köy ve tarla yolları, kamu hizmetinde kullanılan binalar;

(b) Kıbrıs Türk Federe Devletinin ilan edildiği 13 Şubat 1975 tarihinde terk edilmiş bulunan veya söz konusu tarihten sonra yasanın terk edilmiş veya sahihsiz taşınmaz mal olarak nitelendirildiği veya hüküm veya tasarrufu kamuya ait olması gerekli olup da aidiyeti saptanamamış olan tüm taşınmaz mallar, bina ve tesisler; ile

(c) 1960 Kuruluş Andlaşması'nda ve ona bağlı eklerde belirlenen askeri tesis, rıhtım, kamp ve sair talim sahaları içinde bulunan tüm taşınmaz mallar,

Tapuda böyle kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinin mülkiyetindedir ve tapu kayıtları buna göre düzeltilir." KKTC Anayasası'nın metni için bkz < <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/anayasa.aspx> > Erişim Tarihi 29 Temmuz 2021.

⁶¹ 41/1977 numaralı İskan, Topraklandırma ve Eşdeğer Mal Yasası'nın metni için bkz <<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2021.

şekliyle koçanı, eşdeğere hak kazanmış Kıbrıslı Türklere verilmiştir. Türkiye’den KKTC’ye göç eden kişilerle, Güney Kıbrıs’ta herhangi bir mal bırakmadan yerinden edilen Kıbrıslı Türklere ise tahsis adı altında terk edilmiş mülkleri kullanım hakkı verilmiştir. Bir süre sonra da bu tahsis belgeleri tapuyla değiştirilmiştir.⁶²

Mülkiyete ilişkin bütün bu gelişmelere neden olan KKTC Anayasası’nın 159. maddesinin mülkiyet hakkına ilişkin uluslararası ilkelere aykırı olduğu ileri sürülmektedir.⁶³ Bilindiği ve birçok defa da yazıldığı gibi⁶⁴, bu mülkiyet politikası sonucunda, kuzeydeki mülklerini terk eden Kıbrıslı Rumların mülkiyet haklarının ihlal edildiği AİHM tarafından ortaya konmuştur. Üstelik bu ihlallerin sorumluluğu Kıbrıs’ın kuzeyinde bulunan Türk Silahlı Kuvvetleri nedeniyle, Kıbrıslı Rumların Kıbrıs’ın kuzeyindeki mülklerine erişememesinin sorumlusu olarak görülen Türkiye’ye yüklenmiştir.⁶⁵

Yukarıda bahsedilen konular kapsamında, 1974 öncesinde Kapalı Maraş’ta yaşayan Kıbrıslı Rumlar da mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ve mülklerinin kendilerine teslim edilmesini istemektedir. Onları farklı kılan durum, 1974 yılından sonra mülklerinin bulunduğu bölgenin yerleşime açılmamış olmasıdır.

II. Kıbrıs Vakıflar İdaresi ile Kapalı Maraş’taki Mülklerin Mülkiyeti Sorunu İlişkisi

Kıbrıs’ta Osmanlı Devleti’nin egemenliği döneminde çeşitli vakıflar (Abdullah Paşa, Lala Mustafa Paşa ve Bilâl Ağa Vakıfları) kurulmuştu. Bu vakıflar, merkezi İstanbul’da olan Evkaf Nezareti’nin atadığı kişilerce yönetilmekte ve denetlenmekteydi. Kıbrıs 1878 yılında Büyük Britanya’ya kiralandı. Bu kiralama sırasında, Kıbrıs’ta bulunan cami, mezarlık, Müslüman okulları ve Müslümanlığa ait kurumların taşınır ve taşınmaz mülklerini ve mali kaynaklarını yönetmesi için Vakıflar İdaresi’nin yetkili olacağı 4 Haziran 1878 tarihli Savunma Andlaşması ile düzenlenmiştir.⁶⁶ Büyük Britanya’nın aday tek taraflı ilhakının ve adanın sömürge toprağı olmasının ardından, Kıbrıs’taki Vakıflar İdaresi’nin İstanbul Evkaf Nezareti ile olan bağlantısı kesildi. Yine de anılan mülklerin yönetimi Kıbrıs’taki Vakıflar İdaresi tarafından sağlanmaya devam edildi.⁶⁷

Vakıflar İdaresi, Kapalı Maraş’taki mülklerin mülkiyetinin önemli bir kısmının kendisine ait olduğunu, buna rağmen 1878 yılının ardından Büyük Britanya yönetimi

⁶² Fazlıoğlu (n 53) 5-6.

⁶³ ibid 8.

⁶⁴ Ayla Gürel ve Kudret Özersay, ‘The Politics of Property in Cyprus, Conflicting Appeals to ‘Bizonality’ and ‘Human Rights’ by the Two Cypriot Communities’ (International Peace Research Institute Report 3/2006) 27.

⁶⁵ *Loizidou v Turkey* App no 15318/89 (ECtHR, 18 December 1996), para 60.

⁶⁶ Derviş T, ‘Kıbrıs’ta Vakıflar İdaresinin Statüsü ve Stratejik Önemi’ in Soyalp Tamçelik (edr), *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti “Fırsatlar ve Tehditler”* (Ekoavasya 2011) 174.

⁶⁷ ibid 175-178.

ve Kıbrıslı Rumlar tarafından bu mülklerin gasp edildiğini ve mülkiyetlerinin sömürge yönetimi tarafından hukuka aykırı bir şekilde Kıbrıslı Rumlara verildiğini iddia etmektedir.⁶⁸ Bu iddianın 20. yüzyılın başlarında Kıbrıs'taki sömürge yönetiminin idari teşkilatı içinde bulunan tapu dairesi tarafından düzenlenmiş olan 3,121 adet tapu kaydına dayandırıldığı belirtilmektedir.⁶⁹ Öte yandan, 20. yüzyılın başlarından 1974 yılına kadar, günümüzde Kapalı Maraş olarak anılan bölgedeki mülklerin 4,640 dönümün, yani Maraş'ın neredeyse %99'unun Kıbrıslı Türkler dışındaki ada sakinleri ve yabancı turizm yatırımcıları tarafından kullanıldığı ifade edilmektedir.⁷⁰

KKTC'nin iç hukukuna bakıldığında, KKTC Anayasası'nın⁷¹ 131. maddesinin Vakıflar Örgütü ve Din İşleri Dairesi başlığını taşıdığı ve konuyla ilgili olduğu görülmektedir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasına göre, "vakıf kuruluşlarına veya vakıflara veya camilere ve diğer herhangi bir İslam dini kuruluşuna ait mallar da dahil olmak üzere, vakıf malları ilgilendiren veya herhangi bir suretle bunları etkileyen bütün konular, münhasıran Temel Evkaf Kuralları (Ahkamül Evkaf), yürürlükteki mevzuat ve bu Anayasa yürürlüğe girdikten sonra Cumhuriyet Meclisince yapılan yasalara bağlıdır." Bu madde doğrultusunda uygulanması gerektiği belirtilen kurallar, Vakıflar Hukuku (Ahkamül Evkaf) olarak anılmaktadır.⁷² Vakıflar Hukukuna göre, 36 yıl boyunca herhangi bir hukuki gerekçeye dayanmadan terk edilmiş bulunan vakıf taşınmazlarının mülkiyeti, bunu anılan süre boyunca kullanan kişilerce, olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanılabilir.⁷³ Çalışma konusu açısından önemli nokta, olağanüstü zamanaşımı yoluyla vakıflara ait bir mülkün mülkiyetinin kazanılması için, vakfın taşınmaz mülküyle ilgilenmemesi gerekliliğidir. Vakıflar Hukuku, taşınmazıyla ilgilenmeyen vakıf karşısında, söz konusu taşınmaz mülkle ilgilenen diğer tarafı korumaktadır.⁷⁴

Kapalı Maraş'la ilgili planlanan ve planlanacak olan açılım ve buradaki eski sakinlerin geri dönmesi, Kapalı Maraş'ta bulunan taşınmaz mülklerin mülkiyetinin

⁶⁸ ibid 176-177.

⁶⁹ ibid 185.

⁷⁰ ibid 185. 1974 yılı itibarıyla Kapalı Maraş'taki mülklerin kullanımının kimler tarafından yapılmakta olduğuna ilişkin bir tablo için bkz Derviş (n 66) 186.

⁷¹ KKTC Anayasası'nın 131. maddesi şu şekildedir:

(1) Vakıf Kuruluşu ve Temel Evkaf Kuralları (Ahkamül Evkaf), bu Anayasaca tanınır.

(2) Vakıf kuruluşlarına veya vakıflara veya camilere ve diğer herhangi bir İslam dini kuruluşuna ait mallar da dahil olmak üzere, vakıf malları ilgilendiren veya herhangi bir suretle bunları etkileyen bütün konular, münhasıran Temel Evkaf Kuralları (Ahkamül Evkaf), yürürlükteki mevzuat ve bu Anayasa yürürlüğe girdikten sonra Cumhuriyet Meclisince yapılan yasalara bağlıdır.

(3) Geliri Vakıflar Örgütüne ait olan vakıflar, her türlü vergiden bağışık tutulur.

(4) Vakıflar Örgütü ile Din İşleri Dairesinin kuruluşu ve işleyişi yasa ile düzenlenir ve yasada gösterilen görevleri yerine getirir.

(5) Dini hizmetlerin yürütülmesinde ve bu hizmetlerin giderlerinin karşılanmasında Devlet, Vakıflar Örgütüne yardımcı olur."

⁷² Şölen Külâhçı, 'Vakıf Taşınmazlarının Olağanüstü Zamanaşımı Yoluyla Kazanılması (Türk Hukuku-KKTC Hukuku Karşılaştırmalı)' (2011) 60(4) AÜHF 921, 926.

⁷³ ibid 928.

⁷⁴ ibid 930.

kime ait olduğu tartışmasını yeniden başlatmıştır. Vakıflar İdaresi burada bulunan mülklerin mülkiyetinin kendisine ait olduğunu ileri sürmektedir.⁷⁵ Öte yandan, 1974'te Maraş'ı ve burada kullandıkları taşınmaz mülkleri terk eden Kıbrıslı Rumlar, söz konusu bölgedeki taşınmaz mülklerin mülkiyetinin, 1974 yılına kadar burada sakin olan Kıbrıslı Rumlara ait olduğunu iddia etmektedir.⁷⁶

Vakfa ait bir taşınmazın mülkiyetinin olağanüstü zamanışımla yöntemiyle kazanabilmesi için temel nokta, söz konusu vakfın mülkü ile 36 yıl boyunca bir gerekçesi olmadan ilgilenmemesidir. Vakıflar İdaresi Kapalı Maraş'ta bulunan mülkler açısından böyle bir süre boyunca ilgilenmemesi gibi bir durumun söz konusu olmadığını ileri sürmektedir.⁷⁷ Buna rağmen sorun, Vakıflar İdaresi'nin Kapalı Maraş'ta bulunan taşınmazların mülkiyetini hukuken hala elinde bulundurduğu sonucuna varılabilecek şekilde basitçe çözülecek gibi görünmemektedir. Çünkü KKTC Yüksek İdare Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, AİHM kararı doğrultusunda, Kıbrıs'taki mülkiyet sorununa ilişkin görev yapmak üzere kurulan Taşınmaz Mal Komisyonu'nun, mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlıkları çözerken 1974 yılındaki tapu kayıtlarına bakması gerektiğini bildirmiştir.⁷⁸

Zaten Taşınmaz Malların Tazmini, Takası ve İadesi Yasası'nın⁷⁹ altıncı maddesinin ikinci fıkrası, "Üzerinde hak iddiasında bulunulan mal bir taşınmaz ise, bu malın 20 Temmuz 1974 tarihinde kendi adına kayıtlı olduğu ve/veya adına kayıtlı olan şahsın yasal mirasçısı olduğu" şeklinde bir hüküm içermektedir. Yani, aşağıda ayrıntılarıyla değinilecek olan Taşınmaz Mal Komisyonu, önüne gelen başvurularda bir karar verirken, 1974'teki tapu kayıtlarına bakacaktır. Yüksek İdare Mahkemesi de anılan kararında bunu vurgulamaktadır.⁸⁰ Onun dışında, Mahkeme söz konusu kararında Kapalı Maraş'a ilişkin uyuşmazlıklarda da bakılması gereken yerin, 1974'teki resmi

⁷⁵ Derviş (n 66) 178.

⁷⁶ Fazlıoğlu (n 53) 15.

⁷⁷ Külahçı (n 72) 931.

⁷⁸ Yüksek İdare Mahkemesi, D.2/2019, 21.10.19 < <https://www.mahkemeler.net/Kararlar/Yargitay/asli-yetki-istida-istinaf/dno/2019/D-2-2019.docx> > Erişim Tarihi 29 Temmuz 2021. Mahkeme 35. sayfada şöyle demektedir: "Yukarıda bahsedildiği üzere, Yasanın 6. maddesinin aradığı ve başvuran Müstedi Akinita I. Th. Ioannou & Yi Limited'e, yüklediği ispat külfeti, Komisyonu herhangi bir makul şüpheye mahal bırakmayacak şekildedir. Bunun anlamı ise Komisyonun, yukarıda bahsi geçen tapu kütüklerindeki kayıtların, yürürlükteki hukuka uygun olarak/ yürürlükteki yasalara /yürürlükteki mevzuata/ ahkamül evkafa/ evkaf kurallarına / evkaf yasalarına uygun olarak değiştirildiği/mülhak vakfın gasp edilmesinin söz konusu olmadığı hususunda herhangi bir makul şüpheye mahal bırakmayacak şekilde tatmin olmadıkça Müstedi Akinita I.Th. Ioannou & Yi Limited, lehine karar üretmemekle yükümlü olduğudur."

⁷⁹ 67/2005 numaralı Taşınmaz Malların Tazmini, Takası ve İadesi Yasası'nın metnine ulaşmak için bkz <<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx> > Erişim Tarihi 29 Temmuz 2021.

⁸⁰ Yüksek İdare Mahkemesi, D.2/2019, 21.10.19 < <https://www.mahkemeler.net/Kararlar/Yargitay/asli-yetki-istida-istinaf/dno/2019/D-2-2019.docx> > Erişim Tarihi 29 Temmuz 2021. Mahkeme 10. sayfada şöyle demektedir: "67/2005 sayılı Yasanın(3) maddesine göre Taşınmaz Mal Komisyonu'na başvuranların üzerinde hak iddia ettikleri taşınmaz mal üzerinde Tapu kütüklerindeki kayıtlara göre hak talebinde bulunanlardan başka hak sahibinin bulunup bulunmadığına da Taşınmaz Mal Komisyonu dikkat etmektedir. Burada esas olan, 1974 tarihinde mevcut Tapu kütüklerindeki kayıtlarda başka hak sahiplerinin olup olmadığıdır."

tapu kayıtları olduğunu belirtmiştir. Bu kayıtlarda ise Kapalı Maraş'ta bulunan taşınmazların mülkiyeti, bölgede sakin olan Kıbrıslı Rumlar olarak düzenlenmiştir.⁸¹

Yukarıda aktarılanlar dışında, aslında Kapalı Maraş'taki mülkiyet sorununu yakından ilgilendiren AİHM'in *Arestis-Xenides* kararı da önemlidir. Bu kararın ardından, Kapalı Maraş'taki taşınmazların mülkiyetine ilişkin Kıbrıslı Rumların iddialarını geçersiz kabul etmek güçtür. Çünkü anılan kararında AİHM, Kapalı Maraş'taki taşınmazların mülkiyetine ilişkin sorunda, olayın Vakıflar İdaresi'ne ilişkin ayağını göz önünde bulundurmamıştır. Türkiye, Kapalı Maraş'taki bu mülklerin özel kişilerin mülkiyetine geçmeyeceği iddiasını AİHM'e sunmuştur; ancak AİHM buna rağmen, Kapalı Maraş'ta bulunan bir mülkle ilgili davayı kabul edilebilir bulmuştur.⁸² AİHM, Kapalı Maraş'ta bulunan bu taşınmazın mülkiyetinin *Arestis-Xenides*'e ait olduğunu belirtmiştir.⁸³ Bir diğer deyişle, AİHM bu dava ışığında, Kapalı Maraş'taki mülklerde Kıbrıslı Rum sakinlerinin mülkiyet hakkının bulunduğunu kabul etmiştir.

Zaten KKTC Cumhurbaşkanı Tatar da yapmış olduğu açıklamalarında, Kapalı Maraş'ta mülkiyeti bulunanlara çağrıda bulunmuş ve Taşınmaz Mal Komisyonu üzerinden mülklerinin bu kişilere iade edilebileceğini, mülkiyet haklarına saygılı olunacağını bildirmiştir.⁸⁴ Bu durumda Kapalı Maraş açılımı ve %3,5'lük alanda bulunan mülklere geri dönüşün, uluslararası toplumun beklentisini karşılayacak düzeyde, hak sahibi olarak kabul edilen Kıbrıslı Rumların mülkiyet haklarına saygı duyularak açılacağı niyetinin bulunduğu anlaşılmaktadır.

Aktarılanlar ışığında, şu anda Kapalı Maraş'ta bulunan mülklerin mülkiyetinin adadaki Büyük Britanya yönetimi tarafından hukuka aykırı bir şekilde vakıflardan alındığını öne süren Vakıflar İdaresi'nin ise⁸⁵, söz konusu iddiasını ispatlayan ciddi kanıtları uluslararası kamuoyunun gündemine sunması kendisi açısından kaçınılmazdır. Çünkü özellikle BM'nin ve AİHM'in konuya ilişkin kabulü değişecekmiş gibi gözükmemektedir.

AİHM'in veya Yüksek İdare Mahkemesi'nin değerlendirmeleri bir kenara bırakıldığında, Vakıf mülklerinin vakıfların elinden çıkmaya başladığı an olarak, Taşınmaz Mal Zamaşımı Yasası olarak anılan, 4/1886 numaralı ve 24 Nisan 1886

⁸¹ Yüksek İdare Mahkemesi, D.2/2019, 21.10.19 < <https://www.mahkemeler.net/Kararlar/Yargitay/asli-yetki-istida-istinaf/dno/2019/D-2-2019.docx> > Erişim Tarihi 29 Temmuz 2021. Mahkeme 16.sayfada şöyle demektedir: "Taşınmaz Mal Komisyonu'na başvuran kişinin koçanın Taşınmaz Mal Komisyonu tarafından iptal edilemeyeceği gerçeği ışığında ve Taşınmaz Mal Komisyonu'na başvuran bir kişinin 20/7/1974 tarihindeki koçan tahtında mal sahipliğini ispat ettiği göz önünde tutulduğu zaman, Gazimağusa Kaza Mahkemesi'nin 271/2000 sayılı davada verdiği karar Müstedinin 67/2005 sayılı Yasa altındaki haklarını, Yüksek İdare Mahkemesi/İstinaf 12,13,14/2015'de ifade edildiği gibi, olumsuz etkilemeyecektir."

⁸² *Xenides-Arestis v Turkey* App no 46347/99 (ECtHR, 22 December 2005), paras 14,15 ve 22.

⁸³ Derviş (n 66) 180.

⁸⁴ 'Tatar: Kapalı Maraş'ın açılımı, Taşınmaz Mal Komisyonu Üzerinden Mülkiyet Haklarına Saygılı ve Hukuka Uygun Bir Şekilde Gerçekleştirilecek' (*Kıbrıs Gazetesi*, 20 Temmuz 2021) <<https://www.kibrisgazetesi.com/kibris/tatar-kapali-marasin-acilimi-tasinmaz-mal-komisyonu-uzerinden-h115643.html>> Erişim Tarihi 29 Temmuz 2021.

⁸⁵ Derviş (n 66) 176-177.

tarihli yasanın yürürlüğe girmesine işaret edildiğine de değinilmelidir. Bu yasanın ardından, vakıflara ait olan mülklerin çeşitli zamanlarda mülkiyetinin kaybedildiği görülmektedir. Anılan yasa doğrultusunda vakfa ait olan bir malı kullanan kişilerin, zamanla mülkiyetini edinmesinin önü açılmıştır. İddiaya göre bu yasa, sadece Türklere ait vakıfları değil, Kıbrıs Kilisesi’ni de etkilemiştir.⁸⁶

Vakıflara ait mülklere ilişkin konularda dava açma hakkının anılan yasanın beşinci maddesi ile tanınmış bir hak olduğu bilinirken, vakıfların yönetimiyle görevli kişilerin bunu yapmadığı görülmüştür. Dolayısıyla, vakıflara ait mülklerin elden çıkma başlangıç yılı olarak 1886 yılı işaret edilmektedir. Kapalı Maraş’taki mülklere ilişkin olarak ise, özellikle 1910’lu yıllarda sürecin hız kazandığı belirtilmektedir. O döneme ait tapu kayıtlarına göre, birçok vakıf malının mülkiyeti takas veya zamanaşımı gibi nedenlerle kaybedilmiştir. 1913 ve sonrası döneme ait Vakıflar İdaresi arşivlerinin ve tutanaklarının bulunmadığı da ifade edilmekte, bu çerçevede sağlıklı bir inceleme yapmanın zorluğu üzerinde durulmaktadır.⁸⁷

Yüksek İdare Mahkemesi’nin anılan kararından anlaşıldığı kadarıyla, Vakıflar İdaresi’nin Kapalı Maraş’ta üzerinde hak iddia ettiği her bir mülke ilişkin olarak ayrı ayrı davalar açmasının ve bu çerçevede bir hukuksal yargılama başlatmasının, bu davalarda da hukuka aykırı bir şekilde mülkiyetini kaybettiği mülklere ilişkin kanıtlarını sunmasının önünde bir engel bulunmadığının da belirtilmesi gerekmektedir.⁸⁸

⁸⁶ Kutlay Erk, ‘Av. Murat Hakkı’dan Evkaf Mülkü Konusunda Bilgilendirme’ (*Yenidüzen*, 21 Eylül 2019) <<https://www.yeniduzen.com/av-murat-hakkidan-evkaf-mulku-konusunda-bilgilendirme-14515yy.htm>> Erişim Tarihi 02 Ağustos 2021.

⁸⁷ ibid

⁸⁸ Yüksek İdare Mahkemesi, D.2/2019, 21.10.19 < <https://www.mahkemeler.net/Kararlar/Yargitay/asli-yetki-istida-istinaf/dno/2019/D-2-2019.docx> > Erişim Tarihi 29 Temmuz 2021. Mahkeme 34 ve 35.sayfada şöyle demektedir: “Yasanın 6. maddesinin (3). fıkrası/8. maddesi (1). fıkrası bağlamında Müstedi Akinita I.Th. Ioannou &Yi Limited; Vakıflar İdaresinin mülkiyetinin dayanağı olarak iddia ettiği ilgili tarihlere ait Abdullah Paşa Vakfı/mülhak vakıf adına orijinal tapu kütüklerindeki kayıtların/ tapu belgelerinin/tapu koçanlarının ilgili tarihlere ve sonuçta 20.7.1974 tarihine değin yürürlükteki hukuka uygun olarak /yürürlükteki mevzuata ve bu bağlamda ahkamül evkafa / evkaf kurallarına / evkaf ile ilgili yasalara uygun olarak değiştirildiğini, taşınmaz malın Abdullah Paşa Vakfının/mülhak vakfının, sonuçta Abdullah Paşa Vakfının emaneten idarecisi ve temsilcisi olan Vakıflar İdaresinin mülkiyetinden 3. kişilerin mülkiyetine /sonuçta Müstedinin mülkiyetine yürürlükteki hukuka/ yürürlükteki yasalara/ ahkamül evkafa/evkaf kurallarına uygun olarak geçtiğini/ vakıf arazinin/taşınmazın gasp edilmesinin söz konusu olmadığını ve sonuçta, konu arazi/taşınmaz mal üzerinde, hak talebinde bulunan Müstedi Akinita I.Th. Ioannou &Yi Limited’den başka hak sahibi olmadığı hususunu Komisyonu herhangi bir makul şüpheye mahal bırakmayacak şekilde ispatla yükümlüdür.”

“Yukarıda bahsedildiği üzere, Yasanın 6. maddesinin aradığı ve başvuran Müstedi Akinita I.Th. Ioannou &Yi Limited’e, yüklediği ispat külfeti, Komisyonu herhangi bir makul şüpheye mahal bırakmayacak şekildedir. Bunun anlamı ise Komisyonun, yukarıda bahsi geçen tapu kütüklerindeki kayıtların, yürürlükteki hukuka uygun olarak/ yürürlükteki yasalara /yürürlükteki mevzuata/ahkamül evkafa/ evkaf kurallarına / evkaf yasalarına uygun olarak değiştirildiği/mülhak vakfın gasp edilmesinin söz konusu olmadığı hususunda herhangi bir makul şüpheye mahal bırakmayacak şekilde tatmin olmadıkça Müstedi Akinita I.Th. Ioannou &Yi Limited, lehine karar üretmemekle yükümlüdür.”

III. Kapalı Maraş Konusunda Birleşmiş Milletler'in ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Tutumu

A. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Kapalı Maraş Sorununa Yaklaşımı

Yukarıda da anıldığı gibi, Kapalı Maraş'la ilgili güncel açıklamalar ve gelişmeler uluslararası toplumda bir hareketliliğe yol açmış, hatta Türkiye'nin BM Güvenlik Konseyi Başkanlığı tarafından kınanması gibi bir gelişme dahi olmuştur. Uluslararası toplumda, Kapalı Maraş'ın Türkiye ve KKTC tarafından açılması planlanan herhangi bir kısmının BM'nin gözetiminde açılmaması özellikle tartışma yaratmıştır. Ayrıca, Kapalı Maraş'a sadece 1974'ten önce buranın sakinleri olan mülkiyet hakkı sahiplerinin geri dönmesi beklentisi de bulunmaktadır.⁸⁹

Kapalı Maraş'ın açılması ile ilgili olarak farklı dönemlerde değişik öneriler konuşulmuştur. Kimi zaman siyasi aktörlerin, kimi zamansa BM Genel Sekreterlerinin yaptığı bu öneriler temelde şu şekilde özetlenebilecektir: 1)Kapalı Maraş'ın Birleşmiş Milletler gözetiminde Kıbrıslı Rumlara verilmesi, 2)Kapalı Maraş'ın tek taraflı bir karar ve uygulama ile Kıbrıs Rum tarafına verilmesi, 3)Adada ulaşılabilecek bütünlüklü çözüm çerçevesinde Kapalı Maraş'ın Kıbrıslı Rumlara verilmesi, 4)Maraş'ın bir güven artırıcı önlem planı çerçevesinde Kıbrıslı Rumlara verilerek, karşılığında Mağusa limanı üzerinde Kıbrıslı Türkler aleyhindeki ambargoların kaldırılması gibi bir kazanım elde edilmesi.⁹⁰

BM Güvenlik Konseyi Başkanı, 23 Temmuz 2021'de bir bildiri yayımlamıştır. Bildiride, BM Güvenlik Konseyi'nin Kapalı Maraş ile ilgili önceki bağlayıcı kararı hatırlatılarak, Maraş'a 1974 yılından önceki sakinleri dışında herhangi bir kimsenin yerleştirilmesinin kabul edilemez olduğu vurgulanmıştır. Aksi bir gelişmenin, BM Güvenlik Konseyi kararlarıyla bağdaşmayacağı belirtilmiştir. Kapalı Maraş'la ilgili açılımda, etnik çatışmaların başladığı ilk günden beri adada bulunan UNFICYP isimli barış gücü misyonunun serbest dolaşım özgürlüğüne saygı duyulması istenmiştir.⁹¹

BM Güvenlik Konseyi Başkanı'nın bildirisinde Kıbrıs açısından önemli BM Güvenlik Konseyi kararlarına da atıfta bulunulmuştur. Bu kararların konuyla ilgili kısımları şu şekildedir: Öncelikle, S/RES/550(1984)⁹² numaralı kararda, KKTC'nin tanınmaması gerektiği tekrarlanmıştır. Bunun yanında, Kapalı Maraş'a 1974 öncesi sakinleri dışında bir başkasının yerleştirilmesinin kabul edilemez olduğu da

⁸⁹ Derviş (n 66) 179.

⁹⁰ ibid; Ayrıca bkz 'Denктаş: Havaalanı açılın, Rumlar Maraş'ı alsın' *Hürriyet* (5 Ocak 2021) <<https://www.hurriyet.com.tr/dunya/denktaş-havaalanı-acılın-rumlar-marası-alsın-158650>> Erişim Tarihi 19 Kasım 2021.

⁹¹ UNSC Presidential Statement 13(2021) UN Doc S/PRST/2021/13

⁹² UNSC Res 550 (11 May 1984) UN Doc S/RES/550

belirtilmiştir. BM Güvenlik Konseyi'nin S/RES/789(1992)⁹³ numaralı kararında ise, Kapalı Maraş'ın güven artırıcı önlemler kapsamına alınabileceğine işaret edilmiştir.

20 Temmuz 1974 ve 15 Ağustos 1974 tarihlerinde adadaki vahşet olaylarını dindirmek amacıyla Türkiye'nin gerçekleştirdiği askeri müdahalelerin ardından, Kıbrıslı Rumlarla Kıbrıslı Türklerin adanın ayrı bölgelerinde yaşamaya başladığı belirtilmiştir. Kıbrıslı Türklerin ve Kıbrıslı Rumların oluşturdukları yönetimlerin ve fiili olarak egemenlik kullandıkları bölgelerin arasında ara bölge bulunmaktadır. Bu ara bölgenin en doğusunda olan Maraş bölgesi, Türkiye'nin askeri müdahaleleri sonrası yerleşime kapanmış oldu. Kıbrıslı Türkler, güncel açılım adımlarında, kendi egemenlik alanı içerisinde bulunan Kapalı Maraş'ı yeniden yerleşime açarken, bölgedeki mülklerde hak sahibi olan Kıbrıslı Rumların haklarını ihlal etme amacı taşımamaktadır.

BM Güvenlik Konseyi 29 Temmuz 2021 tarihinde yaptığı toplantısında UNFICYP'nin görevini altı aylık bir süre için daha uzatmış, taraflara UNFICYP'nin yetki ve göreviyle, personeline saygı duyması gerekliliğini hatırlatmıştır. Ayrıca BM Güvenlik Konseyi BM Güvenlik Konseyi Başkanı'nın kendi bildirisinde Kapalı Maraş ile ilgili söylediklerini onaylamıştır.⁹⁴ BM Güvenlik Konseyi Başkanı'nın yayımladığı bildirimlerin hukuki niteliği net olmasa da, güncel sorun açısından önemli olan BM Güvenlik Konseyi'nin 29 Temmuz 2021 tarihli bağlayıcı kararında söz konusu bildiri ile paralel noktalar üzerinde durmasıdır. Bu kararın Kıbrıslı Türkler tarafından eleştirilen en önemli kısmı, görev süresi yeniden uzatılan UNFICYP'nin durumuna ilişkin olarak Kıbrıslı Türklerin rızasının alınmamış olmasıdır.⁹⁵ Bilindiği gibi uluslararası hukuka göre, BM barış gücü misyonlarının kurulmasında ve görevlerine devam etmesinde tarafların rızasının alınması gerekmektedir.⁹⁶

Aslında şu anda KKTC sınırları içerisinde bulunan Kapalı Maraş'a ilişkin açılım, hak sahiplerine saygı duyularak gerçekleştirilecek ve hukuka uygun olan bir güven artırıcı önlem niteliğinde değerlendirilebilir. Kapalı Maraş'a ilişkin atılmış oldukları adımlarda, uluslararası hukukun ve kişilerin mülkiyet haklarının ihlal edilmeyeceği Türkiye ve Kıbrıslı Türkler tarafından özellikle vurgulanmalıdır.

⁹³ UNSC Res 789 (25 November 1992) UN Doc S/RES/789

⁹⁴ UNSC Res 2587 (29 July 2021) UN Doc S/RES/2587

⁹⁵ 'Dışişleri Bakanlığında BM Barış Gücünün görev süresinin rızası alınmadan uzatılmasına tepki' (*Kıbrıs Postası*, 29 Temmuz 2021) < https://www.kibrispostasi.com/c35-KIBRIS_HABERLERI/n387118-disisleri-bakanligindan-bm-baris-gucunun-gorev-suresinin-rizasi-alinmadan-uzatilmasina-tepki > Erişim Tarihi 02 Ağustos 2021.

⁹⁶ Muzaffer Ercan Yılmaz, 'Etnik Çatışmalar ve Birleşmiş Milletler Barış Güçleri' (2011) 12(25) Sosyal Bilimler Dergisi 89, 91.

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Xenides-Arestis* Kararı, Taşınmaz Mal Komisyonu ve Kapalı Maraş'ta Mülkiyet Sorunu

AİHM'in *Xenides-Arestis* kararı, hem Kapalı Maraş'taki mülklerin mülkiyeti hem de Taşınmaz Mal Komisyonu'nun bugünkü yapısına ulaşması açılarından oldukça önemli bir karar olup, muhakkak değerlendirilmesi gerekmektedir. AİHM'in *Xenides-Arestis* kararından önce, şu anda hala aktif olarak Lefkoşa'nın kuzeyinde faaliyetlerini sürdüren Taşınmaz Mal Komisyonu'nun kuruluşuna değinmekte de fayda vardır.

a. Taşınmaz Mal Komisyonu ve Bugünkü Yapısına Kavuşması

Bilindiği gibi AİHM, 2001 yılında verdiği *Cyprus v Turkey* kararında, KKTC'de kurulacak olan bir hukuk yolunun Kıbrıslı Rumlar açısından başvurulabilecek bir iç hukuk yolu olarak tanınacağına işaret etmişti.⁹⁷ Bu doğrultuda mülkiyet hakkına ilişkin olarak KKTC iç hukuk sisteminde 2003 yılında Taşınmaz Malların Tazmini Yasası'nın⁹⁸ kabul edildiği, 2005 yılında ise bu yasanın Taşınmaz Malların Tazmini, Takası ve İadesi Yasası⁹⁹ ile yenilendiği bilinmektedir.¹⁰⁰

2003 tarihli Taşınmaz Malların Tazmini Yasası ile, KKTC çatısı altında bağlayıcı kararlar alma ve bunları uygulamaya yetkisine sahip, toplamda 7 veya 9 üyeden oluşan bir "Taşınmaz Mal Saptama, Değerlendirme ve Tazmin Komisyonu" oluşturulması düzenlenmişti. Anılan yasa altında, 1974 sonrasında Kıbrıs'ın kuzeyinde mülklerini terk etmek zorunda kalan Kıbrıslı Rumlara tazminat veya takas istemleriyle, kurulacak olan Komisyona başvurma imkanı tanınmıştı. Başvuru sonucunda Komisyonun kararından tatmin olmayan Kıbrıslı Rumların önce KKTC'deki yerel mahkemelere, buradaki iç hukuk yolunu tükettikten sonra ise AİHM'e başvurabilecekleri belirtilmiştir.¹⁰¹

Anılan 2003 tarihli bu yasanın en büyük eksikliği, tazminat hakkını kabul ederken, mülkiyet iadesini düzenlememesiydi. Bu, kurulan söz konusu komisyona yöneltilen ilk eleştiridir. İkinci eleştiri ise Komisyon üyeleri arasında kuzeyde mal bırakmış Rumların mülklerini halihazırda kullanan üyelerin olmasıydı. Bunun anılan komisyonun tarafsızlığını ve bağımsızlığını etkileyeceği düşünülüyordu. Üçüncü olarak, yasanın taşınır mallar üzerindeki mülkiyet haklarına ve manevi tazminata

⁹⁷ Kudret Özersay, 'AİHM'nin *Xenides-Arestis* Kararı' (2006) 61(1) AÜSBFD 323, 324.

⁹⁸ Yasanın tam ismi 'KKTC Hudutları Dahilinde Kalan ve Anayasa'nın 159. Maddesi'nin (4). Fıkrası Kapsamına Giren Taşınmaz Malların Tazmini Yasası' şeklindedir.

⁹⁹ 65/2005 numaralı olan ve tam ismi "Anayasa'nın 159'uncu Maddesinin 1'inci Fıkrasının (b) Bendi Kapsamına Giren Taşınmaz Malların Tazmini, Takası ve İadesi" Yasası olan düzenlemenin metni için bkz <<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx>> Erişim Tarihi 31 Temmuz 2021.

¹⁰⁰ Fazlıoğlu (n 53) 12.

¹⁰¹ ibid 14.

ilişkin düzenleme içermemesi de eksiklik olarak vurgulanıyordu.¹⁰² Bu doğrultuda 2005 yılında, AİHM'in *Xenides-Arestis* davasının kabul edilebilirliğine ilişkin kararında¹⁰³ vurgulandığı şekilde Komisyon, Taşınmaz Mal Komisyonu olarak yeniden düzenlendi ve bu eksiklikler giderildi.

AİHM'in *Xenides-Arestis* davasının kabul edilebilirlik kararında yapılan değerlendirmelere göre revize edilen Taşınmaz Mal Komisyonu, KKTC'nin değil ama Türkiye'nin bir iç hukuk yolu olarak, Kıbrıslı Rumlar tarafından AİHM'e mülkiyet ile ilgili konularda başvuruda bulunulmadan önce tüketilmesi gereken bir mekanizma olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁴

2005'teki yeni yasa, AİHM'nin önüne gelen davalarda KKTC Anayasası'nın yukarıda değinilen 159. maddesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Birinci Ek Protokolü'nün birinci maddesindeki mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemelerle uyumsuzluğunu gidermek amacıyla düzenlenmiştir¹⁰⁵. Bu yeni yasanın üçüncü maddesi, "Bu yasa kapsamına giren taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde meşru hak iddiasında bulunanların haklarının ispatı için gerekli usul ve koşulları ve bu kişilerin mallarının iadesine, takasa ve alacakları tazminata ilişkin esasları, iki kesimlilik esası gözetilerek ve Kıbrıs sorununa bulunacak kapsamlı bir çözümün Kıbrıs Türk halkına sağlayacağı haklara hanel getirmeyecek bir biçimde düzenlemektir" şeklindedir.

2005 tarihli yeni yasanın 11. maddesi çerçevesinde kurulan Taşınmaz Mal Komisyonu, taşınmaz malın hak sahibi olduğu tespit edilen kişiye iadesine veya bu kişiye takas teklif edilmesine ya da bu kişiye tazminat ödenmesine karar verecektir. İlgili maddeye göre, "bir Başkan, bir Başkan Yardımcısı ve en az beş, en çok yedi üyeden oluşan Taşınmaz Mal Komisyonu kurulur. Komisyonun üyelerinden en az ikisi KKTC, Birleşik Krallık, Yunanistan, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi ve Türkiye vatandaşı olmayan kişiler arasından atanır. Üye atanmasına ilişkin kararlar Resmi Gazete'de yayımlanır." Ayrıca, "1974'te taşınmaz mallarını terk ederek Kıbrıs'ın kuzeyinden göç etmek zorunda kalanların üzerinde hak sahibi olduklarını iddia ettikleri taşınmaz mallardan, doğrudan doğruya ya da dolaylı bir biçimde yararlanmakta olan kişiler Komisyonla üye olarak atanamazlar."

2005 tarihli yeni yasanın dördüncü maddesine göre, "Taşınmaz Mal Komisyonuna, şahsen veya vekil vasıtasıyla, 21 Aralık 2021 tarihine kadar başvuruda bulunarak mallarının iade edilmesi, takas veya tazminat talebinde bulunabilirler". Yasanın sekizinci maddesine göre, "Başvuranın iade, takas ve taşınmaz mal karşılığında tazminat talebine ilaveten kullanım kaybindan doğan zararının ve/veya manevi

¹⁰² Özersay (n 97) 326.

¹⁰³ *Xenides-Arestis v Turkey* (dec.), App no 46347/99 (ECtHR, 6 April 2005) ; Ayrıca bkz. *Xenides-Arestis v Turkey* App no 46347/99 (ECtHR, 22 December 2005), paras 39-40.

¹⁰⁴ Fazlıoğlu (n 53) 14.

¹⁰⁵ ibid 16.

zararının tazminini de istediği durumlarda Komisyon, bu konuları ayrıca karara bağlayacaktır.” Bunun şartları da aynı maddenin çeşitli fıkralarında düzenlenmiştir. 2005 tarihli yeni yasanın dokuzuncu maddesine göre, Taşınmaz Mal Komisyonu kararlarına karşı tarafların Yüksek İdare Mahkemesine başvurma hakları saklıdır. Başvuran, Yüksek İdare Mahkemesinin kararından da tatmin olmazsa AİHM’e başvurabilecektir.

b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin *Xenides-Arestis* Kararı ve Konuyla İlişkisi

Myra Xenides Arestis’in Türkiye aleyhine yaptığı ve Kapalı Maraş bölgesindeki mallarının iade edilmesini talep ettiği başvuru hakkında AİHM, o dönem 2003 tarihli eski yasaya göre kurulmuş olan ve Mal Tazmin Komisyonu olarak anılan komisyona rağmen, kabul edilebilirlik kararı vermiştir. Yani, bugünkü Taşınmaz Mal Komisyonu’nun eski halini o dönemki mevcut şekliyle, tüketilmesi gereken etkin bir iç hukuk yolu olarak kabul etmemiştir. Sadece, eksikliklerinin tamamlanması durumunda etkin bir iç hukuk yolu olabileceğine işaret etmiştir.¹⁰⁶

Davacı *Arestis* 28 Şubat 1974 tarihinde, annesinden hibe yoluyla edindiği ve Kapalı Maraş’ta bulunan taşınmaz malın mülkiyeti üzerindeki mülkiyet hakkının ve mülküne ulaşamaması nedeniyle özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini öne sürmüştür. Türkiye, dava konusu mülkün mülkiyetinin Vakıflar İdaresi’ne ait olduğunu iddia etmiştir. Bu iddiaya göre, İngiliz yönetimi dönemindeki tapu kayıtlarına bakıldığında, 15 Eylül 1913 tarihli 3 adet tapu kaydında mülkün Abdullah Paşa isimli vakfa ait olduğu görülmektedir. Anlaşıldığı kadarıyla *Arestis*’in büyük babası, bu malı o dönemki Abdullah Paşa Vakfı’ndan kiralamış, sonra da bir şekilde mülkiyetini kazanmıştır. Yukarıda da anıldığı gibi AİHM, konuya ilişkin kararında, mülkiyet hakkına ilişkin Vakıflar İdaresi lehine iddiaları göz önünde bulundurmamıştır. *Arestis*’i anılan taşınmaz mülkün sahibi olarak kabul etmiştir.¹⁰⁷

AİHM, Türkiye’nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen sekizinci maddesini ve Birinci Ek Protokolü’nün birinci maddesindeki mülkiyet hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁰⁸ Kıbrıslı Rumların Kuzey Kıbrıs’taki konutlarına dönmelerine izin verilmemesi, sekizinci maddenin ihlaline ilişkin hükmün gerekçesini oluşturmaktadır. Yine Türkiye’nin adada bulunan askerleri nedeniyle, mülkiyet hakkının ihlal edildiği kabul edilmiştir. AİHM, söz konusu kararında KKTC sınırları içerisinde kurulan, fakat Türkiye’ye ait bir iç hukuk yolu olarak algılanan komisyonun oluşturacağı zarar giderim kararını beklemiş ve mülkün iadesine karar vermemiştir. AİHM, mülkiyet hakkına ilişkin noktada,

¹⁰⁶ ibid 14.

¹⁰⁷ Derviş (n 66) 179-180.

¹⁰⁸ *Xenides-Arestis v Turkey* App no 46347/99 (ECtHR, 22 December 2005), para 35.

Arestis'in ihlal edilen hakkının durumunun ne olacağını yaratılan iç hukuk yolunun belirlenmesine bırakmış ve buna ilişkin bir hükme varmamıştır.¹⁰⁹ AİHM, Türkiye'nin sadece davacının mahkeme masraflarını karşılamak üzere 65.000 Euro ödemesine hükmetmiştir.¹¹⁰

Xenides-Arestis kararı bu şekildeyken, durum karışıklığını korumaktadır. 2005 tarihli yeni yasanın sekizinci maddesi Taşınmaz Mal Komisyonu'na, askeri bölge içinde kalan mülklerin iadesine karar vermeme yetkisini de vermektedir. Söz konusu durumlarda Taşınmaz Mal Komisyonu, takas ya da tazminata karar verebilecektir. AİHM'in Kapalı Maraş'a ilişkin durumlarda bu askeri bölge gerekçesini hukuken geçerli olarak kabul edip etmeyeceği, henüz bilinmemektedir. *Xenides-Arestis* davasının AİHM tarafından karara bağlanmasının ardından, Taşınmaz Mal Komisyonu'nun Kapalı Maraş bölgesindeki mülkler için yapılan başvurulara ilişkin henüz bir karar almadığı görülmektedir.¹¹¹ Bu bölgede terk edilen mülklere ilişkin Kıbrıslı Rumların başvuruları uzun süredir Komisyonun önünde beklemektedir. Bu nedenle, Kapalı Maraş'taki askeri bölge statüsünden çıkarılan bölgedeki mülklerin iadesi mümkün olacaktı gibi gözükse de¹¹², askeri bölge statüsü devam eden kıyıdaki mülkler için ne olacağı henüz bilinmemektedir.

Konuyla ilgili güncel bir gelişme, dönemin KKTC Başbakanının açıklamasıdır. Başbakan, Kapalı Maraş'ın tamamıyla ilgili toplamda 337 Kıbrıslı Rum hak sahibinin Taşınmaz Mal Komisyonu'na takas, tazminat veya iade için başvuruda bulunduğunu belirtmiştir. Askeri bölge statüsünden çıkartılarak açılması planlanan %3,5'lük alanla ilgili toplam başvuru sayısının ise 36 olduğunu bildirmiştir. Başbakan açıklamasında, Taşınmaz Mal Komisyonu'nun başvuruları AİHM içtihadı doğrultusunda karara bağlayacağını ifade etmiştir.¹¹³

Kapalı Maraş açılımlıyla ilgili bu gelişmeler yaşanmaktayken, Taşınmaz Mal Komisyonu'nun özellikle Kapalı Maraş'la ilgili başvuruları sonuca bağlamamasının da gittikçe dikkat çektiği göz önünde bulundurulmalıdır. Taşınmaz Mal Komisyonu, tazminatların geç ödenmesi ve Komisyondan geç gelen görüşler yüzünden eleştirilmektedir. Ayrıca, Kapalı Maraş bölgesine ilişkin olarak yapılan başvuruların çok uzun süredir bekletilmesi nedeniyle, AİHM'in önüne gelecek yeni davalarda, Taşınmaz Mal Komisyonu'nu etkin bir iç hukuk yolu olarak değerlendirmekten

¹⁰⁹ ibid para. 50.

¹¹⁰ ibid para. 58.

¹¹¹ 'Kıbrıs'ta Maraş Bölgesinin Yüzde 3,5'unun Açılacak Olması Ne Anlama Geliyor?' (*BBC NEWS Türkçe*, 21 Temmuz 2021) < <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-57918758> > Erişim Tarihi 29 Temmuz 2021.

¹¹² Özersay (n 97) 330.

¹¹³ 'Başbakan Saner, Maraş'ın Askeri Bölge Olmaktan Çıkarılan Bölümünü Ziyaret Etti' (26 Temmuz 2021) <<https://basbakanlik.gov.ct.tr/BASIN-VE-HALKLA-%C4%B0L%C4%B0C5%9EK%C4%B0LER/BASIN-A%C3%87IKLAMALARI/ba%C5%9Fbakan-ersan-saner-mara%C5%9Fin-asker%C4%B0-b2141ge-olmaktan-199ikarilan-b2141220m220n220-z%C4%B0yaret-ett%C4%B0>> Erişim Tarihi 31 Temmuz 2021.

vazgeçmesi tehlikesinin bulunduğu her zaman akılda tutulmalıdır.¹¹⁴ Taşınmaz Mal Komisyonu'nun etkin bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmesi ve mülkiyet sorunlarına çözüm üreten bir mekanizma olarak işlerliğini sürdürmesi, Türkiye'yi AİHM tarafından tazminata mahkum edilmekten kurtaran önemli bir gelişmedir. Komisyonun işlerliğine ve etkinliğine Kapalı Maraş açısından da devam etmesi sağlanmalıdır.

Sonuç

KKTC, Kıbrıs Cumhuriyeti'ni kuran andlaşmaların Kıbrıslı Türklere verdiği hakların kullanılmasında ve *Makarios*'un anayasa değişikliği önerileriyle bu hakların sona erdirilmeye çalışılması doğrultusunda yaşananların bir sonucudur. Kıbrıslı Rumların da özellikle kamulaştırma hususuna ve kiralamaya ilişkin olarak kusurlu bir hukuki yöntem izlediği Kıbrıslı Türkler tarafından vurgulanmalıdır.

Kapalı Maraş'ta bulunan taşınmazların hak sahiplerine verilmesi beklentisi, uluslararası toplum tarafından çok yoğun bir ilgi ve destek görmektedir. Kıbrıslı Türklerin güncel açılım adımlarında bu beklentinin aksine bir amaç taşımadığı ortadadır. Adada çözüm istediğini *Annan* Planı döneminde Kıbrıslı Rumlarla Kıbrıslı Türkler için ayrı ayrı yapılan referandumda ispatlayan taraf Kıbrıslı Türklerdir. Kapalı Maraş'ın bir bölümünü açma girişiminde bulunan taraf ise Türkiye ve Kıbrıslı Türkler olmuştur. Kıbrıs sorununa ilişkin en fazla eleştirilen ve kınanan aktörler de bütün bu iyi niyetli tutumlarına rağmen yine de Türkiye ve Kıbrıslı Türklerdir.

Kapalı Maraş'ta bulunan mülklere ilişkin iddialarda çözüm formülünün nasıl olacağı, yukarıda aktarılanlardan da anlaşılacağı gibi çok belirsizdir. Konuya ilişkin olarak askeri bölge statüsünden çıkartılan ve çıkartılmayan bölgelerdeki mülkiyet hakkı sorununa ne Taşınmaz Mal Komisyonu'nun ne de AİHM'nin nasıl bir çözüm üreteceği henüz bellidir. Öte yandan, AİHM ve Kıbrıslı Rumlar, Kapalı Maraş'taki taşınmazların 1974 yılındaki sakinlerinin mülkiyetinde olduğunu kabul etmektedir. KKTC Yüksek İdare Mahkemesi'nin de 1974 yılındaki tapu kayıtlarının esas alınması gerektiğini ve Taşınmaz Mal Komisyonu'nun bu kapsamda takas, iade veya tazminata karar verebileceğini hüküm altına aldığı görülmektedir. O halde Kapalı Maraş'taki mülkiyet sorununun, bölgede bulunan taşınmaz mülklerin 1974 yılındaki tapu kayıtlarına göre mülkiyet hakkı sahibi olan sakinlerine verilerek çözülebileceği sonucu doğmaktadır. Uluslararası toplumun beklentisi de bu yöndedir. Kıbrıslı Türklerin de güncel açılım hareketi sonucunda gerçekleştirilmeyi planladıkları şey bunlarla uyumludur.

Kapalı Maraş'ın statüsüne ilişkin net olmayan herhangi bir durumun bulunmadığı

¹¹⁴ 'Maraş'taki 3 Sorun: Ödenmesi Uzayan Tazminatlar, İşleme Alınmayan Başvurular ve Olası Yeni AİHM Kararı' (*Yenidüzen*, 02 Ağustos 2021) < <https://www.yeniduzen.com/marastaki-3-sorun-odemesi-uzayan-tazminatlar-isleme-alinmayan-basvurular-ve-olasi-ye-142935h.htm> > Erişim Tarihi 02 Ağustos 2021.

da vurgulanmalıdır. Bu bölge, KKTC sınırları içerisinde bulunan ve askeri bölge olarak ilan edildiği için yerleşime açık olmayan bir bölgeydi. Mevcut açılım planları doğrultusunda yine KKTC sınırları içerisinde olacak, kişilerin mülkiyet haklarına saygı duyularak yerleşime açılacaktır.

Vakıflar İdaresi ve onun iddiaları açısından bakıldığında, söz konusu vakfın Kapalı Maraş'ta üzerinde hak iddia ettiği her bir mülke ilişkin olarak ayrı ayrı davalar açmasının önünde bir engel olmadığı bilinmektedir. Vakıflar İdaresi Kapalı Maraş olarak anılan muhitte bulunan ve üzerinde hak iddia ettiği, mülkiyetini hukuka aykırı yöntemlerle kaybettiğini iddia ettiği her bir taşınmaz mülke ilişkin olarak KKTC iç hukuku çatısı altında dava açma hakkını kaybetmiş değildir.

Kuşkusuz birkaç öneri de Taşınmaz Mal Komisyonu'yla ilgili olarak yapılmalıdır. Belirtildiği gibi, tazminatların geç ödenmesi, görüşlerin geç gelmesi ve Kapalı Maraş'a ilişkin başvuruların uzun süredir bekletilmesi, anılan komisyonun eleştirilmesine neden olmaktadır. Taşınmaz Mal Komisyonu'nun etkin bir şekilde görevine devam etmesi önemlidir.

Kapalı Maraş, bölgedeki mülkiyet hakkı sahiplerinin haklarına da saygı duyularak hukuka uygun bir şekilde açılmak istenmektedir. Kapalı Maraş'ın atıl kalması, Mağusa'yı hem ekonomik hem de çevre ve şehircilik anlamında olumsuz etkilemektedir. Turizm açısından geçmişte çok önemli bir role sahip olduğu bilinen bu bölgeyle ilgili yaşanacak bir açılım Kıbrıslı Türklere ve ekonomiye bir canlılık getirecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: C.Y, M.E.; Veri Toplama: C.Y, M.E.; Veri Analizi /Yorumlama: C.Y, M.E.; Yazı Taslağı: C.Y, M.E.; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: C.Y.; Son Onay ve Sorumluluk: C.Y.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Author Contributions: Conception/Design of study: C.Y, M.E.; Data Acquisition: C.Y, M.E.; Data Analysis/Interpretation: C.Y, M.E.; Drafting Manuscript: C.Y, M.E.; Critical Revision of Manuscript: C.Y.; Final Approval and Accountability: C.Y.

Bibliyografya/Bibliography

Kitaplar, Makaleler ve Raporlar / Books, Articles and Reports

Altınkaş E, 'Kıbrıs Sorunu, Türk Dış Politikası ve Uluslararası Hukuk' in Cenap Çakmak, Nejat Doğan ve Ahmet Öztoprak (edr), *Uluslararası İlişkilerde Güncel Konular ve Türkiye* (Seçkin Yayıncılık 2012)

- Arsava F, 'Kıbrıs Sorununun Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi' (1996) 51(1) AÜSBFD 43-51.
- Arik U, 'Kıbrıs Krizi' (2011) 2(1) LAÜ Sosyal Bilimler Dergisi 3-21.
- Bölükbaşı S, 'The Cyprus Dispute and the United Nations: Peaceful Non-Settlement between 1954 and 1996' (1998) 30(3) International Journal of Middle East Studies 411-434.
- Bryant R and Yakinthou C, *Cypriot Perceptions of Turkey* (TESEV Publications 2012)
- Crawshaw N, 'The Republic of Cyprus' (1960) 16(12) The World Today 526-540.
- Constantinou CM and Papadakis Y, 'The Cypriot State(s) in situ: Crossethnic Contact and the Discourse of Recognition' (2001) 15(2) Global Society 125-148.
- Çolak E, *Kuzey Kıbrıs'ta Mülkiyet Hakları* (Kıbrıslı Türk İnsan Hakları Vakfı Yayınları 2012)
- Dağlı UU, 'İnsan ve Çevre Haklarının Çiğnendiği Bir Yerleşim Yeri... Kapalı Maraş' in Okan Dağlı (ed), *Kıbrıs'ta Çözümün Şifresi* (Işık Kitabevi Yayınları 2012)
- Derviş T, 'Kıbrıs'ta Vakıflar İdaresinin Statüsü ve Stratejik Önemi' in Soyalp Tamçelik (edr), *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti "Fırsatlar ve Tehditler"* (Ekoavasya 2011) 173-190.
- Efegil E ve Olcay AM, 'Tarafların Kıbrıs Sorununa Yaklaşımları' (2004) 1(1) Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi 113-122.
- Ekici T ve Özdemir Y, 'Turkish Foreign Aid to Northern Cyprus: A Mother's Blessing or Curse?' (2021) 21(3) Southeast European and Black Sea Studies
- Erdoğan RT, *Daha Adil Bir Dünya Mümkün* (1. Bası, Turkuvaz Kitap 2021)
- Ertekün NM ve Necatigil Z, *The Right of the Turkish Cypriot People to Self-Determination* (2. Bası, 1996)
- Evriviades ML, 'The Legal Dimension of the Cyprus Conflict' (1975) 10(227) Texas International Law Journal 227-264.
- Fazlıoğlu Ö, 'AİHM'nin Xenides-Arestis Kararı ve Kıbrıs'ta Mülkiyet Sorunu' (TEPAV, EPRI Dış Politika Etütleri Programı)
- Garabedian A, 'The Conflict Between the Ethnic Communities in Cyprus in December 1963 and the Attempts of its Settlement' (1992) (2) Études Balkaniques 10-22
- Günel A, 'Haklı Savaş Teorisi Çerçevesinde Kıbrıs ve Kosova Sorunları'nın Karşılaştırılması' (2010) 16(38) Kıbrıs Araştırmaları Dergisi 69-126.
- Gürel A ve Özersay K, 'The Politics of Property in Cyprus, Conflicting Appeals to 'Bizonality' and 'Human Rights' by the Two Cypriot Communities' (International Peace Research Institute Report 3/2006)
- Grant TD, *The Recognition of States* (Praeger Publishers 1999)
- Külahçı Ş, 'Vakıf Taşınmazlarının Olağanüstü Zamanaşımı Yoluyla Kazanılması (Türk Hukuku-KKTC Hukuku Karşılaştırmalı)' (2011) 60(4) AÜHFD 921-933.
- Özersay K, *Kıbrıs Sorunu: Hukuksal Bir İnceleme* (3. Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi 2009)
- Özersay K, 'AİHM'nin Xenides-Arestis Kararı' (2006) 61(1) AÜSBFD 323-332.
- Pazarıcı H, *Uluslararası Hukuk* (9. Bası, Turhan Kitabevi 2010)
- Pernthaler P (Şemin Töner Şen çev.), 'Kıbrıs Sorununa Federal veya Konfederat Çözüm AB Üyeliği Kabulü Hukuki Statüsüne Yeni Bir Yaklaşım' (2004) 1(1) YÜHFD 137-148.
- Satan A, 'Yeni İngiliz Belgeleri Işığında Kıbrıs ve Önemi' (2004) 0(6) Yakın Dönem Türkiye Araştırmaları 55-70.

- Sökmen Aİ, 'Terörizmle Mücadele ve Birleşmiş Milletler' in Emel Parlar Dal, Gonca Oğuz Gök ve Tolga Sakman (edr), *Küresel Yönetişim, Güvenlik ve Aktörler: 70. Yılında BM* (1. Bası, Tesam Yayınları 2016)
- Sönmezoğlu F, 'Kıbrıs Sorunu ve Birleşmiş Milletler: 1945-1075' (1984) 36(3-4) İktisat Fakültesi Mecmuası 223-255.
- Tamçelik S, 'BM Güvenlik Konseyi'nin Kıbrıs'la İlgili Aldığı Bazı Kararların Özellikleri ve Analitik Değerlendirmesi (1964-1992)' (2013) 8(12) Turkish Studies 1229-1268.
- Toluner S, *Kıbrıs Uyuşmazlığı ve Milletlerarası Hukuk* (Fakülteler Matbaası 1977)
- Trimikliniotis N and Demetriou C, *Displacement in Cyprus, Consequences of Civil and Military Strife, Report 3, Legal Framework in the Republic of Cyprus* (Peace Research Institute Oslo 2012)
- Turhan T, 'Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti-Azerbaycan İlişkileri' (2011) 60(1) AÜHFD 175-196.
- Yılmaz M, 'The Cyprus Conflict and the Question of Identity' (2005) 1(4) Uluslararası Hukuk ve Politika 74-90.
- Yılmaz ME, 'Etnik Çatışmalar ve Birleşmiş Milletler Barış Güçleri' (2011) 12(25) Sosyal Bilimler Dergisi 89-107.
- Yüksel C ve Baran D, 'Uluslararası Hukukta Doğu Akdeniz Krizi ve Türkiye ile Libya Arasındaki Deniz Yetki Alanlarını Sınırlandırma Mutabakatının Değerlendirilmesi' (2020) 40(1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 519-556.

Uluslararası Mahkeme ve Örgüt Kararları / International Court and Organization Decisions

- Charter of the United Nations (signed 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) 1 UNTS XVI
- United Nations General Assembly 'Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations' (24 October 1970) UN Doc A/RES/2625/25
- United Nations Security Council Res 353 (20 July 1974) UN Doc S/RES/353
- United Nations Security Council Res 541 (18 November 1983) UN Doc S/RES/541
- United Nations Security Council Res 550 (11 May 1984) UN Doc S/RES/550
- United Nations Security Council Res 789 (25 November 1992) UN Doc S/RES/789
- United Nations Security Council Res 1251 (29 June 1999) UN Doc S/RES/1251
- United Nations Security Council Res 2587 (29 July 2021) UN Doc S/RES/2587
- UNSC Presidential Statement 13(2021) UN Doc S/PRST/2021/13
- Loizidou v Turkey* App no 15318/89 (ECtHR, 18 December 1996)
- Xenides-Arestis v Turkey* (dec.), App no 46347/99 (ECtHR, 6 April 2005)
- Xenides-Arestis v Turkey* App no 46347/99 (ECtHR, 22 December 2005)
- Yüksek İdare Mahkemesi, D.2/2019, 21.10.19 < <https://www.mahkemeler.net/Kararlar/Yargitay/asli-yetki-istida-istinaf/dno/2019/D-2-2019.docx> > Erişim Tarihi 29 Temmuz 2021

Online Kaynaklar / Online Resources

- 'Başbakan Saner, Maraş'ın Askeri Bölge Olmaktan Çıkarılan Bölümünü Ziyaret Etti' (26 Temmuz 2021) <<https://basbakanlik.gov.ct.tr/BASIN-VE-HALKLA-%C4%B0L%C4%B0%C5%9EK%C4%B0LER/BASIN-A%C3%87IKLAMALARI/ba%C5%9Fbakan-ersan-saner-mara%C5%9Fin-asker%C4%B0-b214lge-olmaktan-199ikarilan-b214l220m220n220-z%C4%B0yaret-ett%C4%B0>> Erişim Tarihi 31 Temmuz 2021.
- 'Denktaş: Havaalanı açılınsın, Rumlar Maraş'ı alsın' *Hürriyet* (5 Ocak 2021) <<https://www.hurriyet.com.tr/dunya/denktaş-havaalanı-acılınsın-rumlar-marası-alsın-158650>> Erişim Tarihi 19 Kasım 2021.
- 'Dışişleri Bakanlığında BM Barış Gücünün görev süresinin rızası alınmadan uzatılmasına tepki' (*Kıbrıs Postası*, 29 Temmuz 2021) < https://www.kibrispostasi.com/c35-KIBRIS_HABERLERI/n387118-disisleri-bakanligindan-bm-baris-gucunun-gorev-suresinin-rizasi-alinmadan-uzatilmasina-tepki> Erişim Tarihi 02 Ağustos 2021.
- 'Güney Kıbrıs'taki Türk Mallarına 45 Milyon Euro' (*Yenidüzen*, 1 Kasım 2013) <<https://www.yeniduzen.com/guney-kibristaki-turk-mallarına-45-milyon-euro-8924h.htm>> Erişim Tarihi 30 Temmuz 2021.
- Hasan Erçakıca, 'Devleti Lefkoşa'da Aramak En Doğrusu Olacak' (*VeKıbrıs*, 24 Eylül 2021) <<https://www.vekibris.com/devleti-lefkosada-aramak-en-dogrusu-olacak/>> Erişim Tarihi 29 Eylül 2021.
- 'Kıbrıs'ta Maraş Bölgesinin Yüzde 3,5'unun Açılacak Olması Ne Anlama Geliyor?' (*BBC NEWS Türkçe*, 21 Temmuz 2021) < <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-57918758>> Erişim Tarihi 29 Temmuz 2021.
- 'KKTC'de Ambargolara karşı 'Parkur Müsabakası' Düzenlendi' (*HaberKıbrıs*, 20 Haziran 2021) <<https://haber.kibris.com/kktcde-ambargolara-karsi-parkur-musabakasi-duzenlendi-1657-2021-06-20.html>> Erişim Tarihi 29 Eylül 2021.
- KKTC Anayasası'nın metni için bkz < <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/anayasa.aspx>> Erişim Tarihi 29 Temmuz 2021.
- Kutlay Erk, 'Av. Murat Hakkı'dan Evkaf Mülkü Konusunda Bilgilendirme' (*Yenidüzen*, 21 Eylül 2019) <<https://www.yeniduzen.com/av-murat-hakkidan-evkaf-mulku-konusunda-bilgilendirme-14515yy.htm>> Erişim Tarihi 02 Ağustos 2021.
- 'Maraş'taki 3 Sorun: Ödenmesi Uzayan Tazminatlar, İşleme Alınmayan Başvurular ve Olası Yeni AİHM Kararı' (*Yenidüzen*, 02 Ağustos 2021) < <https://www.yeniduzen.com/marastaki-3-sorun-odemesi-uzayan-tazminatlar-isleme-alinmayan-basvurular-ve-olasi-ye-142935h.htm>> Erişim Tarihi 02 Ağustos 2021.
- 'Tatar: Kapalı Maraş'ın açılımı, Taşınmaz Mal Komisyonu Üzerinden Mülkiyet Haklarına Saygılı ve Hukuka Uygun Bir Şekilde Gerçekleştirilecek' (*Kıbrıs Gazetesi*, 20 Temmuz 2021) <<https://www.kibrisgazetesi.com/kibris/tatar-kapali-marasin-acilimi-tasinmaz-mal-komisyonu-uzerinden-h115643.html>> Erişim Tarihi 29 Temmuz 2021.
- The Third Vienna Agreement (2 August 1975) < [https://www.pio.gov.cy/en/agreements-the-third-vienna-agreement-\(2-august-1975\).html](https://www.pio.gov.cy/en/agreements-the-third-vienna-agreement-(2-august-1975).html)> Date of Acces 30 July 2021.
- Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, 'Kıbrıs Meselesinin Tarihçesi, BM Müzakerelerinin Başlangıcı' <https://www.mfa.gov.tr/kibris-meselesinin-tarihcesi_-bm-muzakerelerinin-baslangici.tr.mfa> Erişim Tarihi 07 Kasım 2021.

- ‘Türkiye Emekli Büyükelçisi Uluç Özülker: Federasyon tartışmaları bitti. Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Adı Kararlılık Adına Yeni Bir Adım’ (*Kıbrıs Postası*, 23 Temmuz 2021) < https://www.kibrispostasi.com/c35-KIBRIS_HABERLERI/n386391-turkiye-emekli-buyukelcisi-uluc-ozulker-kktenin-isim-degisikligini-degerlendirdi > Erişim Tarihi 30 Temmuz 2021.
- 41/1977 numaralı İskan, Topraklandırma ve Eşdeğer Mal Yasası’nın metni için bkz <<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx> > Erişim Tarihi 30 Temmuz 2021.
- 65/2005 numaralı olan ve tam ismi “Anayasa’nın 159’uncu Maddesinin 1’inci Fıkrasının (b) Bendi Kapsamına Giren Taşınmaz Malların Tazmini, Takası ve İadesi” Yasası olan düzenlemenin metni için bkz <<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx> > Erişim Tarihi 31 Temmuz 2021.
- 67/2005 numaralı Taşınmaz Malların Tazmini, Takası ve İadesi Yasası’nın metnine ulaşmak için bkz <<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/elektroks.aspx> > Erişim Tarihi 29 Temmuz 2021.
- <https://www.mfa.gr/images/docs/kypriako/treaty_of_establishment.pdf > Erişim Tarihi 02 Ağustos 2021.
- <https://www.mfa.gr/images/docs/kypriako/treaty_of_establishment.pdf > Erişim Tarihi 02 Ağustos 2021.
- <<https://mfa.gov.ct.tr/tr/konsolosluk-bilgisi/dis-temsileciliklerimiz/> > Erişim Tarihi 9 Haziran 2020.



İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 18.10.2022
Revizyon Talebi: 11.03.2023
Son Revizyon Tarihi: 12.03.2023
Kabul: 14.03.2023

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Merkezi İdareyle İlişkileri Bakımından Fransız Hukukunda Mahalli İdareler

Çağla Tansuğ^{*}

Öz

Türk idare hukukunun ve Türk idari teşkilatının düzenlenmesinde Fransız idare hukukundan da yararlanılmıştır. Ne var ki mahalli idarelerin teşkilatlanması, görev ve yetkileri ile işleyişi alanındaki güncel düzenlemeler, iki hukuk sistemi arasında önemli farklar bulunduğunu göstermektedir. Bu çalışmanın amacı, Fransız hukukunda mahalli idarelerin merkezi idareyle ilişkilerini ve bu doğrultuda *décentralisation* (yerinden yönetim) esasının merkezden yönetim esası karşısındaki gelişimini, 2022 yılı şubat ayında yapılan kanun değişikliklerini de dikkate alarak idare hukuku bakış açısıyla incelemektir.

Bu amaçla öncelikle, Fransız hukukunda mahalli idareler kategorisini adlandırmakta kullanılan *collectivité territoriale* terimi üzerinde durulmuştur. İkinci aşamada, *décentralisation* esasının merkezden yönetim gölgesindeki gelişimi incelenmiştir. Bu kapsamda, yerinden yönetim ilkesinin 1958 Anayasa'sında ancak 2003 yılında yer alabildiği görülmüştür. Bu zamana kadar geçen sürede, mahalli idarelerin serbest yönetimi ilkesinin, merkezi yönetim karşısında mahalli idarelerin idari ve mali özerkliğini sağlamada önemli rol oynadığı anlaşılmıştır. Üçüncü aşamada, Fransa'da mahalli idarelerin teşkilatlanması ve işleyişi, özellikle merkezi idarenin mahalli idareler üzerindeki yetkileri gözetilerek ve beldelerarası iş birliğine yönelik kamu kurumlarına değinilerek ele alınmıştır. Mahalli idarelerin yetkileri artırıldığında dahi, merkezden yönetim esasının ağırlıklı olduğu düzenlemelerin mevcudiyetinin korunduğu tespit edilmiştir. Son olarak, merkezi idarenin mahalli idareler üzerindeki denetim yetkilerindeki değişim, işlemler üzerinde idari vesayet müessesinin valilik başvurusuna dönüşümü ve organlar üzerinde idari vesayete ilişkin hükümlerin muhafazası boyutlarıyla, Türk hukukundaki idari vesayet müessesesine de değinilerek ele alınmıştır.

Yapılan tespitler değerlendirildiğinde, 1958 Anayasası'nda 2003 yılında yapılan değişiklikle *décentralisation* esasının Anayasal dayanağa kavuştuğu tarihten günümüze kadar olan süreç dikkate alındığında dahi, Fransa'da mahalli idarelerin ve yerinden yönetim esasının merkezden yönetim esası karşısında emin adımlarla güçlenmekte olduğu sonucuna varmak mümkün görünmemektedir.

Anahtar Kelimeler

İdari Teşkilat, Mahalli İdare, Merkezi İdare, Yerinden Yönetim Esası, Fransız İdare Hukuku

Local Authorities in French Law Regarding Their Relationship with Central Government

Abstract

French administrative law has had an impact on the arrangement of Turkish administrative law and its structure. Nonetheless, significant differences have arisen between the two legal systems due to recent regulations. This study aims to analyze the relationship between local authorities and the central government in French law alongside the evolution of *décentralisation* [decentralization] with regards to a centralization policy. First the study explains the term *collectivité territoriale* [territorial community], as it defines local authorities, and then examines the evolution of the decentralization policy through the dispositions of French Law No. 2022-217 from February 2022. The decentralization policy didn't

* **Sorumlu Yazar:** Çağla Tansuğ (Doç.Dr.), Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: ctansug@gsu.edu.tr ORCID: 0000-0002-2243-7129

Atf: Tansuğ C, "Merkezi İdareyle İlişkileri Bakımından Fransız Hukukunda Mahalli İdareler" (2023) 81(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 261. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.1.0004>



occur in the French Constitution of 1958 until an amendment in 2003. Until then, the principle of the free administration of territorial communities had assured the administrative autonomy of local authorities. After this, the study will thirdly address the organization and functioning of local authorities regarding the competencies of the central government over local authorities. However, the centralization policy has remained dominant in legal regulations despite the increase in some local authorities' powers. Finally, the study will analyze the changes in the French central government's power of control over local authorities in reference to administrative supervision institutions in Turkish law and with regard to two dimensions: the transformation of administrative supervision (*tutelle administrative*) over administrative acts into prefectural application for judicial review (*déféré préfectoral*), and the preservation of dispositions related to administrative supervision over administrative organs. Consequently, the study has been unable to conclude that local authorities and the policy of decentralization had built up a strong position over centralization, even during the period following the constitution amendment favoring decentralization in 2003.

Keywords

Administrative Structure, Local Authority, Central Government, Decentralization Policy, French Administrative Law

Extended Summary

French administrative law has had an impact on the organization of Turkish administrative law and its structure. Nonetheless, significant differences have arisen between the two legal systems due to regulations on the organization, duties, powers, and functioning of local authorities. The aim of this study is to examine the relationship between local authorities and central government in French law and the evolution of decentralization with regards to the French centralization policy in terms of administrative law by taking into consideration the amendments adopted into the French constitution by Law No. 2022-217 (in force since February 2022). The study is limited to the principles guaranteed by the French Constitution of 1958 and the enacted laws. The study has omitted legislation on overseas and special-status territorial communities, including Corsica, from its scope as they include exceptional rules that do not reflect the main features of the relationship between local authorities and the central government.

The study first focuses on the term *collectivité territoriale* [territorial communities], with territorial referring to the centralization policy, while the term administration is not used in any way. The change to concept of local community as a term into a territorial community with the French Constitutional Amendments of 2003 is seen to have been not a coincidence but a clear indication of the dominance of France's tradition of centralization.

The second part of the study analyzes the evolution of the decentralization policy in the shadow of centralization, particularly in light of Law No. 2022-217 enacted in February 2022. The decentralization policy hadn't taken place in the French Constitution of 1958 until an amendment in 2003. Until then, the principle of territorial communities' free administration assured the administrative autonomy by local authorities instead of the central government.

Another principle supporting the administrative autonomy of local authorities in French law is the clause of general competence that takes its roots from the Municipal Code of 1884. Article 72/2 of the Constitution mentions that territorial communities may make decisions regarding all matters arising under powers that can best be exercised at their level. This disposition has been adopted to comply with the principle of subsidiarity in the next step of constitutionalizing decentralization that occurred in 2003. Within the context of the regulations adopted to empower local authorities in 1982, the general clause regarding the scope of application of competences was expanded to include district, departmental, and regional authorities. In the following years, only district authorities remained within this scope. The differentiation principle, being the greatest innovation of Law No. 2022-217, appears to have avoided the negative effects of excluding departmental and regional authorities from being able to take advantage of the general clause of competence. This law was prepared on the basis of the conclusions from the Great National Debate of 2019 following the intense social events known as the Yellow Vest Protests.

The third part of this study focuses on the organization and functioning of local authorities regarding the relationship between local authorities and the central government. The decentralization policy has clearly gained power since 1982, especially by being constitutionalized in 2003. Nonetheless, local authorities have yet to prevail against the central government. Indeed, the elected *commune* [community] mayors still have a hierarchical relationship with the central government in certain areas. Because no minimum population condition exists for their establishment, nearly 35,000 *commune* authorities are found in France. Hence, they are in a situation where some of them cannot even give local public services due to a lack of resources. These services are instead provided by public establishments for cooperation between local authorities. Even though some regulations have been adopted to expand the competencies of departmental and regional authorities, their exclusion from the scope of the clause of general competency has continued to produce negative effects alongside the limited financial resources. Although Law No. 2022-217 had been adopted as a result of the debates arising from previous social events, scholars mention that has not brought as many changes as expected for strengthening decentralization.

The fourth part of the study concerns the administrative control powers the central government has over local authorities. These powers are explained on the grounds of protecting general public interest in the face of local public interest or as the continuity of public services. Nevertheless, governors' administrative supervisory competency over local authorities' actions has been replaced by an institution of prefectural application for judicial review, which enables the governor to apply to the competent First Instance Court regarding any illegalities arising from the concerned administrative actions or contracts. Supervision as a term has been removed from the

Constitution with the amendments of 2003, with the term of administrative control having taken its place. However, the regulations regarding the central government's administrative supervision over local authorities still exist, as well as those concerning the power of substitution.

Consequently, the central government still has significant powers over local authorities. The study has been unable to conclude the local authorities or the policy of decentralization in France to have built up a strong position over centralization, even after decentralization had been constitutionalized in 2003.

Giriş

Türk idare hukukunun ve bu kapsamda Türk idari teşkilatının şekillenmesinde Fransız idare hukuku etkisi bulunduğu doktrinde¹ ifade edilmektedir. Ne var ki mahalli idarelerin² teşkilatlanması, görev ve yetkileri ile işleyişi alanındaki güncel düzenlemeler, her iki hukuk sistemi arasında önemli farklar bulunduğu işaret etmektedir. Bu kapsamda öncelikle, günümüz Fransız hukukunda mahalli idareler incelendiğinde dikkat çeken belki de ilk husus, ‘mahalli idareler’ terimine karşılık olarak kullanılan *collectivité territoriale* (mülki topluluk) teriminde *administration* (idare) ve *locale* (yerel) sözcüklerinin yer almasıdır. Öte yandan, Türkçe bilimsel çalışmalarda ‘yerelleşme’³ olarak da tercüme edildiği belirtilen ancak Türk hukukunda olduğu gibi Fransız hukukunda da merkezden yönetim esasının alternatifini oluşturan yerinden yönetim esasına denk geldiği anlaşılan *décentralisation* (yerinden yönetim) esasının, halihazırda yürürlükteki Fransa Cumhuriyeti 1958 Anayasası’nda⁴ ilk kez ve ancak 2003 yılında yer bulduğu görüldüğünde, Fransa mahalli idarelerin tabi olduğu esaslar dikkat çekmektedir. Fransız hukukunda idari vesayet müessesesinin kaldırıldığı yönündeki ifadeler karşısında ise, Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası’nın⁵ ‘İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir’⁶ hükmüne benzer bir düzenlemenin veya idarenin bütünlüğü ilkesinin muadili bir ilkenin Fransız hukuk sisteminde mevcut olup olmadığı, idari vesayet müessesesinin mutlak surette kaldırılıp kaldırılmadığı, merkezi idare ile mahalli idareler arasındaki bütünlüğün nasıl sağlandığı merak konusu olmaktadır.

İşte bu ilk belirlemelerden hareketle bu çalışmanın amacı, Fransız hukukunda mahalli idarelerin merkezi idareyle ilişkilerini, uzun tartışmaların ardından 2022 yılı Şubat ayında yayımlanan ve konuya ilişkin düzenlemeler de içeren 2022-217 sayılı Kanun’la⁷ getirilen son değişiklik ve yenilikleri de gözeterek idare hukuku bakış açısıyla incelemektir. İncelemenin kapsamı kural olarak, Fransa Cumhuriyeti 1958 Anayasası’nın ortaya koyduğu esaslar ve bu esaslar doğrultusunda yayımlanmış

¹ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları* (Cilt I, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası 1966) 11; Kemal Gözler, ‘Türk Belediye Sistemi Üzerinde Fransız Etkisi: 3 Nisan 1939 Tarihli Belediye Kanunu Fransa’dan mı İktibas Edilmiştir?’ (2019) 28(1-2) Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi 1, 20.

² Türk hukukunda yer bakımından yerinden yönetim idarelerine karşılık gelmek üzere, yerel yönetimler veya 1982 Anayasasında yer alan mahalli idareler terimleri sıklıkla kullanılmaktadır. Bu çalışmada yer bakımından yerinden yönetim idarelerine karşılık gelmek üzere, 1982 Anayasası’nda kullanıldığı şekliyle, ‘mahalli idareler’ terimi kullanılacaktır.

³ *Décentralisation* teriminin Türkçe bilimsel çalışmalarda yerelleşme veya mahallileşme olarak kullanıldığı yönünde bkz Yılmaz Çalış, ‘Türkiye’de Merkezi ve Yerel Yönetim Yapılanması Almanya ve Fransa Modeli ile Karşılaştırmalı Analizi’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Anabilim Dalı, Mahalli İdareler ve Yerinden Yönetim Bilim Dalı 2012) Ulusal Tez Merkezi Tez no 331225, 57 <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2022.

⁴ Yürürlüğe girdiği tarihten bu yana pek çok değişiklik geçirdiği görülen Fransa Cumhuriyeti 4 Ekim 1958 Anayasası, bu çalışmada kısaca ‘1958 Anayasası’ olarak anılacaktır.

⁵ Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası, bu çalışmada kısaca ‘1982 Anayasası’ olarak anılacaktır.

⁶ 1982 Anayasası md 123/1.

⁷ Loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l’action publique locale, Journal officiel de la République française (Fransa Cumhuriyeti Resmi Gazetesi) (JORF) n° 0044 du 22 février 2022.

kanunlarla sınırlıdır. Fransa Cumhuriyeti toprakları arasında yer alan Korsika Adası da dahil özel statülü mahalli idarelere⁸ ve Fransa'nın denizaşırı topraklarına ilişkin düzenlemeler ise, sıklıkla istisnai nitelikteki kurallar içerdiğinden bu çalışmada kapsam dışı bırakılmıştır.

Bu kapsamda öncelikle, Fransız hukukunda mahalli idareler kategorisini adlandırmakta kullanılan terim konusunda Fransız anayasa koyucu bakımından bir tercih niteliği taşıdığı düşünülen belirleme ele alınacaktır (I). Daha sonra sırasıyla, *décentralisation* (yerinden yönetim) esasının merkezden yönetim gölgesindeki gelişimi özellikle 2022 yılı Şubat ayında yayımlanan 2022-217 sayılı Kanun⁹ ile getirilen düzenlemelere de değinilerek incelenecek (II), Fransa'da mahalli idarelerin merkezi idare gölgesindeki teşkilatlanması ve işleyişi ele alınacak (III) ve son olarak da merkezi idarenin mahalli idareler üzerindeki denetim yetkileri (IV) ortaya konacaktır.

I. Mahalli İdarelere İlişkin Terim Tercihindeki Değişim

Merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarının aynı anda uygulandığı⁹ Fransa'da mahalli idareler¹⁰ incelendiğinde dikkat çeken ilk husus, Türk hukuk sistemindeki 'mahalli idareler' terimine karşılık gelen *collectivité territoriale* (mülki topluluk) terimidir. Bu terimde yerelliğe işaret eden *territoriale* (mülki) esasen merkezden yönetim ilkesine gönderme yapmakta, 'idare' sözcüğünün Fransızca karşılığı olan *administration* (idare/yönetim) sözcüğü ise hiçbir şekilde yer almamaktadır. Mahalli idarelerin Fransız hukuk sistemindeki işlevlerinin Türk hukuk sistemindeki muadilleriyle büyük ölçüde örtüşmesi ve bu idareler yoluyla gerçekleştirilen demokratik katılım bakımından da her iki hukuk sisteminde karar organı üyelerinin seçimle göreve geliyor oluşu karşısında, bu durum Türk idare hukuku perspektifinden dikkat çekmektedir.

Söz konusu idareler için Türk hukukunda 1961 ve 1982 Anayasalarında¹¹ 'idare' sözcüğünü içeren 'mahalli idare' teriminin kullanılmasına karşın, Fransız hukukunda

⁸ Nelly Ferreira, 'Variations sur un même thème ou la question du droit commun des collectivités territoriales à statut particulier' (2022) (7-8) *Actualité Juridique Collectivités Territoriales* 352 <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2022.

⁹ Philippe-Jean Quillien, *Les collectivités territoriales en 75 fiches* (7^{ème} édition, Ellipses 2022) 322.

¹⁰ Türk hukukunda yer bakımından yerinden yönetim idarelerine karşılık gelmek üzere kullanılan terimler arasında 'yerel yönetim'ler veya 1982 Anayasası'nda yer alan 'mahalli idare'ler bulunmaktadır. Bu çalışma kapsamında yer bakımından yerinden yönetim idarelerine karşılık gelmek üzere, 1982 Anayasasında yer alan mahalli idare terimi kullanılacaktır.

¹¹ Mahalli idarelere ilişkin olarak 1961 Anayasası'nın 116'ncı maddesinin ilk fıkrasında, 'Mahalli idareler, il, belediye veya köy halkının müşterek mahalli ihtiyaçlarını karşılayan ve genel karar organları halk tarafından seçilen kamu tüzel kişisidir' ifadeleri yer almaktadır (1961 Anayasası md 116/1).

Hali hazırda yürürlükte bulunan 1982 Anayasası'nın 127'nci maddesi ise, 1961 Anayasası'nın 116'ncı maddesinin ilk fıkrasında yer alan belirlemelere ek olarak, 4'üncü fıkrasında yer alan kanunla düzenlenme şartını da içermekte ve mahalli idareleri, 'Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirlenen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişileri' olarak tanımlanmaktadır (1982 Anayasası md 127/1).

‘idare’ veya ‘yönetim’ ifadelerini içermeyen *collectivité* (topluluk) sözcüğünün kullanıldığı, bu idarelerin *collectivité territoriale* (mülki topluluk) terimiyle anıldıkları görülmektedir. Terime ilişkin bu tercihin nedeninin, mahalli idarelere tanınmış kamu tüzel kişiliğinin, ilgili coğrafi alanda yerleşik olarak yaşayan ve ortak çıkarlarını yönetecek idarecileri seçim yoluyla belirleyen insan topluluğunun yansımaları olarak görülmesi¹² olduğu anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle, ilgili idarelerin karar organlarının belirlenmesinde önemli rol oynayan mahalli halk ile mahalli idareler o denli bütünleşmiştir ki ilgili terimde ‘idare’ veya ‘yönetim’ yerine, yöneticilerini tayin eden kişi topluluğuna işaret eden *collectivité* (topluluk) sözcüğü kullanılmaktadır. Oysa Fransız hukukuna benzer nitelikteki idari birimleri ifade etmek için ‘mahalli idare’ teriminin kullanıldığı Türk idare hukukunda da mahalli idareleri, merkezi idare ve hizmet yerinden yönetim idarelerinden ayırt edici unsurun ilgili insan topluluğu olduğu hususu, ‘mahalli ademimerkeziyette idari muhtariyet bir mıntika sakinlerine tanındığı ve bu mıntika sakinleri çeşitli hizmetlerini bizzat kendi iradeleri ve bu iradeleri izhar eden organları marifetiyle gördükleri halde hizmet ademimerkeziyetinde muhtariyet hizmetin kendisine tanınmıştır’¹³ ifadeleriyle vurgulanmıştır. Görüldüğü gibi Türk hukukunda mahalli idareleri merkezi idare ile hizmet yerinden yönetim kuruluşlarından ayırt edici unsurun ilgili insan topluluğu olduğuna işaret edilmiş olması, ‘mahalli idare’ teriminin içinde ‘idare’ sözcüğünün yer bulmasına engel teşkil etmemiştir.

Türk idari teşkilatındaki ‘mahalli idareler’e Fransız hukukunda karşılık gelen *collectivité territoriale* (mülki topluluk) teriminde dikkat çeken diğer husus ise, terimin yerelliğe işaret eden herhangi bir sözcük içermemesidir. İlgili terimin ‘yerel’ veya ‘mahalli’ sözcüklerinin Fransızca karşılığı olarak akla ilk gelebilecek *locale* (yerel) sözcüğünü içeren *collectivités locales* (yerel topluluklar/yönetimler) olması beklenirken, günümüzde *collectivités territoriales* (mülki topluluklar/yönetimler) terimi kullanılmaktadır. İşte bu noktada, Türkçe’ye ‘mülki’ olarak tercüme edilebilecek ve esasen merkezi idarenin taşra teşkilatına işaret eden bir terim¹⁴ olan *territoriale* sıfatının Fransız idare hukukunda mahalli idarelere karşılık gelen kategoriye ifade eden terimde yer alması dikkat çekmektedir.

Nitekim konu incelendiğinde, halen yürürlükte olan 1958 Anayasası’nın kanunların düzenleme alanına ilişkin 34’üncü maddesinde *collectivité locale* (mahalli/yerel topluluk) ve mahalli idarelere ilişkin 72’inci maddesinde *collectivité territoriale*

¹² Patrice Chretien, Nicolas Chifflet & Maxime Tourbe, *Droit Administratif* (17^{ème} édition, Sirey Université 2020) para 303.

¹³ Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları* (Cilt II, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası 1966) 612-613.

¹⁴ Türk hukuk doktrininde ‘mülki idare’ teriminin esasen merkezi idarenin taşra teşkilatına özgü bir terim olarak kullanılmasının isabetsiz olduğunun ileri sürüldüğü, zira mülk sözcüğünün ‘kamu hukukunda toprak, yer, sınırları belirli coğrafi alan’ karşılığı olduğunun belirtildiği ve Fransız hukukundaki durum da dikkate alınarak ‘mülki idare (administration territoriale) demek, belirli bir ülkede, belirli bir yerde, açıkçası belirli coğrafi sınırlar içinde kurulmuş olan idare demektir. Bu anlamda devlet de, yani merkezi idare de, mahalli idareler de birer ‘mülki idare’dir’ ifadelerine yer verildiği görülmektedir (bkz Kemal Gözler, *Mahalli İdareler Hukukuna Giriş* (1. Baskı, Ekin 2018) 37-38).

(mülki topluluk) terimlerinin yer aldığı, bu iki farklı terimin aynı kategoriyi ifade edip etmediğinin doktrinde tartışıldığı, bunların aynı müesseseyi ifade ettiği yönündeki görüşün zaman içinde kabul gördüğü ve sonuç olarak 34'üncü maddede 2003 yılında yapılan ve *collectivité territoriale* (mülki idare/topluluk) teriminden yana birlik sağlayan değişiklikle¹⁵ birlikte tartışmanın sona erdiği görülmektedir.¹⁶

Fransız idare hukukunda tek bir kamu tüzel kişisi olan merkezi idarenin taşra teşkilatını ifade etmek için *administration territoriale de l'Etat* (devletin mülki idaresi) ifadesinin kullanıldığı, bu alanda *déconcentration* (yetki genişliği)¹⁷ esasının geçerli olduğu ve merkezden yönetim esasının yerinden yönetim esasına oranla yüzyıllar boyunca çok daha ağırlıklı olarak uygulandığı dikkate alındığında ise, 1958 Anayasası'nda 2003 yılında yapılan değişiklikler kapsamında *collectivité locale* (mahalli/yerel topluluk) teriminin 1958 Anayasası'ndan çıkartılarak, bunun yerine *collectivité territoriale* (mülki topluluk) teriminin tercih edilmiş olmasının bir rastlantı olamayacağı sonucuna varılmaktadır.

II. *Décentralisation* (Yerinden Yönetim) Esasının Merkezden Yönetim Gölgesindeki Gelişimi

Türk hukuk sisteminde 1961 ve 1982 Anayasalarında açıkça anılan yerinden yönetim esasının,¹⁸ Fransa'da 1982 yılından itibaren yayımlanan kanunlarda yer aldığı, 1958 Anayasası'nda ise ancak 2003 yılında yapılan değişiklik sonucunda yer bulduğu görülmektedir. Ne var ki Fransız hukukundaki en eski ve yaygın mahalli idare birimi olarak karşımıza çıkan *commune* (belde) idarelerinin kamu tüzel kişiliği bulunduğu 1700'lerin sonlarından bu yana kabul görmektedir. İşte bu kamu tüzel kişiliğinin gereği olan idari özerkliğin, 2003 değişikliği öncesinde 1958 Anayasası'nın 72'nci maddesinde yer alan mahalli idarelerin 'serbest yönetimi ilkesi' yoluyla hayata geçirildiği¹⁹ anlaşılmaktadır.

Bu kapsamda öncelikle Fransız hukukunda 1958 Anayasası'nda anılan mahalli idarelerin serbest yönetimi ilkesi ele alınacak (1), daha sonra *décentralisation*

¹⁵ Söz konusu Anayasa değişikliğinin 2003-276 sayılı Anayasal Kanun'un ikinci maddesiyle gerçekleştirildiği ve bu Kanunun birinci maddesiyle de 1958 Anayasası'nın ilk maddesine Cumhuriyetin yapılmasının yerinden yönetim esasına da dayandığını içeren ifadenin eklendiği belirtilmelidir (bkz Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République JORF n° 75 du 29 mars 2003).

¹⁶ Jean-Claude Douence, 'Statut constitutionnel des collectivités territoriales' (2021) Encyclopédie des collectivités locales, Chapitre 1 (folio n° 60) para 27-28 <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 10 Haziran 2022.

¹⁷ Fransız hukukunda yetki genişliği esasının tanımı ve özellikleri 7 Mayıs 2015 tarihli ve 2015-510 sayılı Kararname'nin ilk maddesinde verilmiştir. Anılan madde uyarınca, 'Yetki genişliği, etkinlik, modernizasyon, sadeleşme, bölgesel eşitlik ve hizmetten yararlananlar ile yerel katılımcılara yakınlık sağlanması amacıyla, ulusal düzeyde ve Avrupa Birliği düzeyinde belirlenen kamu politikalarını canlandırmak, koordine etmek ve hayata geçirmek için Devletin mülki düzeydeki sivil idarelerine yetki, araç ve karar alma imkanının tanınmasını ifade eder' (bkz Décret n° 2015-510 du 7 mai 2015 portant charte de la déconcentration JORF n° 0107 du 8 mai 2015).

¹⁸ 1961 Anayasası'nın 112'nci maddesinin ilk fıkrası ile 1982 Anayasası'nın 123'üncü maddesinin 2'nci fıkraları uyarınca, idarenin kuruluş ve görevleri 'merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır'.

¹⁹ Quillien (n 9) 15.

(yerinden yönetim) esasının 2003 yılında Anayasal güvenceye kavuşması ve mahalli idareler için genel yetki hükmü üzerinde durulacaktır (2). Son olarak, Fransa’da *décentralisation* (yerinden yönetim) esasının güçlendirilmesi konusunda geçtiğimiz üç yılda yapılan geniş kapsamlı tartışmalardan sonra Şubat 2022’de yayımlanan ve kısaca ‘3DS Kanunu’ olarak anılan 2022-217 sayılı Kanun’a değinilecektir (3).

1. 1958 Anayasası’nda Merkezden Yönetim Esası ve Mahalli İdarelerin Serbest Yönetimi İlkesi

Fransa’da üniter devlet yapısının 1790’lardan başlayarak kabul gördüğü, devletin bölünmezliği ilkesinin 1958 Anayasası’nın ilk maddesinde vurgulandığı²⁰ ve idari teşkilatlanmada yerinden yönetime nazaran, merkezden yönetim geleneğinin yüzyıllar boyu ağırlıklı olarak uygulandığı gerek Fransız²¹ gerek Türk doktrininde²² belirtilmektedir.

Merkezi idarenin kalıcı olarak güçlenmesi sonucunu doğuran sürecin Napoléon Bonaparte döneminde yayımlanan 17 Şubat 1800 tarihli Kanun’la idarenin yurt çapında teşkilatlanmasının üç temel biriminin *commune* (belde), *arrondissement* (daire) ve *département* (il) olarak belirlenmesi, bu birimlerin sırasıyla belediye başkanı, kaymakam ve vali olarak anılan yöneticilerinin merkezi idare tarafından atanarak göreve gelip, yine merkezi idare tarafından atanmış üyelerden oluşan belediye meclisi, daire meclisi ve il genel meclisi ile valilik konseyine danışmak suretiyle ilgili idari birimleri yönetmelerinin öngörüldüğü bir teşkilat yapısının oluşturulmasıyla başladığı anlaşılmaktadır.²³ Bu hükümleri izleyen yaklaşık 150 yıllık sürede, yer bakımından yerinden yönetim esasının hayata geçirilmesine yönelik bazı düzenlemeler yapılmış olmasına karşın, öncelikle onaylama, iptal, ikame gibi yetkileri bünyesinde toplayan, kamu maliyesi ile bayındırlık faaliyetleri alanlarında idari vesayet yetkisiyle donatılmış valiler eliyle, sonraki zamanlarda ise demiryolu ağının ve devlet okullarının kurulması gibi faktörlerin desteğiyle, merkezden yönetim esasının İkinci Dünya Savaşı’nın sonuna kadar güçlü şekilde uygulandığı görülmektedir.²⁴

Yerinden yönetim ilkesinin 1958 Anayasa’sında 2003 yılında yer alabilmesine kadar geçen sürede, merkezden yönetimden farklı olarak mahalli idareler bünyesinde uygulanan esasın, mahalli idarelerin serbest yönetimi ilkesi olduğu ve bu ilkenin Anayasal dayanaklarını 1958 Anayasası’nın 2003 değişikliğinden önce 72’nci

²⁰ Benoit Plessix, *Droit administratif général* (2^{ème} édition, LexisNexis 2018) para 214.

²¹ Fransa’nın merkezi idarenin ağırlıklı olduğu devlet teşkilatlanmasının önemli örneklerinden birini oluşturduğu yönünde: Plessix (n 20) para 12.

²² Çalış (n 3) 58; Özcan Sezer & Tarık Vural, ‘Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Devletin Değişen Rolü ve Merkezi Yönetim ile Yerel Yönetimler Arasında Yetki ve Görev Paylaşımı’ (2010) Temmuz-Aralık (159) Maliye Dergisi 205.

²³ Quillien (n 9) 12.

²⁴ Chretien, Chifflet & Tourbe (n 12) para 317.

maddesindeki ‘Mahalli idareler, kanunla öngörülen koşullar dahilinde, seçilmiş kurullar tarafından²⁵ kendi kendilerini serbestçe yönetirler’ ve 34’üncü maddesindeki ‘(...) Mahalli idarelerin serbest yönetiminin, bunların yetkilerinin ve kaynaklarının (...) temel ilkelerini kanun belirler (...)’ (1958 Anayasası md 34/3) ifadelerinde bulunduğu görülmektedir.²⁶

Öncelikle Fransız Danıştay’ı tarafından²⁷ hukukun genel ilkeleri arasında kabul edilen, daha sonra Fransız Anayasa Mahkemesi’nin anayasal prensipler arasında kabul ettiği²⁸ mahalli idarelerin serbest yönetimi ilkesi uyarınca her mahalli idare, halk tarafından seçilmiş kişilerden oluşan ve Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda anılan kararında işaret ettiği üzere ‘etkin yetkilerle donatılmış’ bir kurul tarafından idare edilmeli, merkezi idarenin dışında serbestçe faaliyet göstermesine elverişli maddi kaynağa ve insan kaynağına sahip olmalıdır.²⁹ Öte yandan aynı ilke, mahalli idarelerin özerkliğinin kanunla çizilmiş sınırlar dahilinde korunduğuna, bu kapsamda mahalli seçimlerin, mahalli idarelerin görev ve yetkilerinin, sahip olacakları kaynakların belirlenmesine ilişkin yetkinin sadece kanun koyucuya ait olduğuna da işaret etmektedir.³⁰ Ne var ki uygulamada, söz konusu ilkeden beklenen faydanın tam olarak elde edilemediği anlaşılmaktadır. Zira serbest yönetim ilkesi gözetilerek mahalli idareleri merkezi idarenin olası hukuka aykırı müdahalelerinden korumanın amaçlandığı ve bu ilkenin, Fransız Anayasa Mahkemesi tarafından kanunlar yürürlüğe girmeden önce yapılan anayasaya uygunluk incelemesinde dikkate alındığı anlaşıyorsa da Yüksek Mahkemenin, kanun koyucunun özellikle mahalli idarelerin mali kaynaklarının azaltılması yönünde aşırı müdahalelerini içeren kanunların iptaline ilişkin kararlarının sayısının fazla olmadığı doktrinde vurgulanmaktadır.³¹

Ayrıca 2003 değişiklikleri kapsamında mahalli idarelerin serbest yönetimi ilkesinin yanı sıra, 1958 Anayasası’nın 72’nci maddesine mahalli idarelerin ‘yetkilerinin uygulanmasına yönelik olarak düzenleme yetkisini haiz’ olduklarına ilişkin ifadenin

²⁵ Bu noktada, mahalli idarelerin karar organlarının halkoylamasıyla göreve gelecek kurullar olduğunu açıkça düzenleyen 1958 Anayasası’nın bu idarelerin yürütme organları konusunda herhangi birlemlerle içermediğine, dolayısıyla yürütme organlarının merkezi idare tarafından atanmış kişi veya kişilerden oluşmasının önünde bir engel bulunmadığına, nitekim il idareleri bünyesinde valilere verilen görevin, 1871’den başlayarak 1982 değişikliğine kadar bu durum için örnek teşkil ettiğine doktrinde işaret edilmektedir (Michel Verpau, Christine Rimbault & Franck Waserman, *Les collectivités territoriales et la décentralisation* (12^{ème} édition, La Documentation Française 2021) 68).

²⁶ Quillien (n 9) 15.

²⁷ Conseil d’Etat, Assemblée 13 décembre 1968 n° 65205 Fédération nationale des élus républicains, municipaux et cantonaux, publié au recueil Lebon, <<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007639015>> Erişim Tarihi 17 Temmuz 2022.

²⁸ Conseil Constitutionnel 23 mai 1979 n° 79-104 DC, Loi relative au territoire de la Nouvelle-Calédonie, Recueil de Conseil Constitutionnel 27.

²⁹ Quillien (n 9) 15.

³⁰ Plessix (n 20) para 236.

³¹ Fransız Anayasa Mahkemesi tarafından mahalli idarelerin serbest yönetimi ilkesinin ihlaline ilişkin başvuruların Anayasa’ya uygunluk incelemesi bakımından öncelikli hak ve özgürlükler arasında değerlendirildiği hususunda bkz Conseil constitutionnel 2 juillet 2010 n° 2010-12 QPC, Commune de Dunkerque (Verpau, Rimbault & Waserman (n 25) 66).

de eklendiği³² belirtilmelidir. Anılan anayasa değişikliğinden önceki dönemde bazı kanunlarla ve içtihat yoluyla, görev alanlarıyla sınırlı olarak mahalli idarelere tanındığı anlaşılan bu yetki kapsamında yapılan genel düzenleyici işlemlere örnek olarak belediye başkanları tarafından yapılan idari kolluk düzenlemeleri, mahalli idarelerin yetkili kurulları tarafından kurulan mahalli kamu hizmetlerinin işleyiş esaslarına ilişkin düzenlemeler gibi örnekler verilmektedir.³³

Mahalli idarelerin serbest yönetimi ilkesinin gereklerinden bir diğerinin ise, mahalli idarelerin mali özerkliği³⁴ ilkesi olduğu belirtilmektedir.³⁵ Mahalli idarelerin mali özerkliğine ilişkin temel hususlar yine 28 Mart 2003 tarihli Kanun'la 1958 Anayasası'na eklenen 72-2 numaralı maddede³⁶ belirtilmektedir.³⁷ Bu doğrultuda Fransa'da mahalli idarelerin kendi bütçelerini besleyecek yeni vergi türleri belirleme yetkileri bulunmamakla birlikte, vergi matrah ve oranını belirlemek üzere kanunla yetkilendirilmeleri mümkündür. Nitekim ilgili kanunlarla ihdas edilen yetkiler uyarınca ve belirlenen sınırlar dahilinde, beldeler ve il idarelerinin dört tür doğrudan verginin oranlarını karara bağlama yetkisi bulunmaktadır.³⁸ Kanunlarla getirilen düzenlemelerin mahalli idarelerin serbest yönetimini engelleyecek düzeyde vergi gelirlerini sınırlayıcı veya toplam kaynaklarını azaltıcı nitelikte etkilere yol açmasının Anayasa'ya aykırı olacağına işaret eden Fransız Anayasa Mahkemesi kararları da mevcuttur.³⁹

³² 1958 Anayasası'nın 72'nci maddesinin 3'üncü fıkrası 2003 yılındaki Anayasa değişikliğinden sonra ve halihazırda şöyledir: '*Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences*' ('Mahalli idareler, kanunla öngörülen koşullar dahilinde, seçilmiş kurullar tarafından kendi kendilerini serbestçe yönetirler ve yetkilerinin uygulanmasına yönelik olarak düzenleme yetkisini haizdirler').

³³ Yasama süreçlerine katılım konusunda Korsika ve denizaşırı mahalli idarelere tanınan yetkiler bulunmaktadır (Verpaux, Rimbault & Waserman (n 25) 124).

³⁴ Jean-Marie Pontier, 'Problèmes de compensation : entre les collectivités territoriales, aussi' (2022) (9) AJDA <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 2 Nisan 2022.

³⁵ Verpaux, Rimbault & Waserman (n 25) 165.

³⁶ Anılan düzenleme uyarınca mahalli idareler, 'kanunla belirlenen şartlar dahilinde serbestçe tasarruf edebilecekleri gelirlerden yararlanırlar', 'her nitelikte vergilendirme hasılatının tamamını veya bir kısmını alabilirler', kanunun belirlediği sınırlar dahilinde vergilerin matrah ve oranını belirlemek üzere kanunla yetkilendirilebilirler, mahalli idarelerin 'vergi gelirleri ve diğer öz kaynakları, mahalli idare kategorilerinden her biri için gelirlerinin bütününtün belirleyici bir kısmını oluşturur', 'Merkezi [idare] ile mahalli idareler arasında her yetki devri, bu yetkilerin hayata geçirilmesinde kullanılacaklara denk miktarda kaynak tahsisini beraberinde getirir. Mahalli idarelerin giderlerinin artması sonucunu doğuran her yetki ihdası veya artırımı, kanunla belirlenen kaynaklarla birlikte gerçekleşir'.

³⁷ Plessix (n 20) para 291.

³⁸ Söz konusu dört vergi türü şunlardır: 2023 yılından itibaren sadece ikincil nitelikli yerleşme durumları için ödenecek olan ve gerçek kişiler tarafından ödenen *taxe d'habitation* (ikamet vergisi), ilgili taşınmazların maliklerinin mükellef olduğu *taxe foncière sur les propriétés bâties* (yapılı taşınmazlarda emlak vergisi) ve *taxe foncière sur les propriétés non-bâties* (yapısız taşınmazlarda emlak vergisi) ile ilgili mahaldeki şirketler tarafından ödenip 2010 yılında kaldırılan mesleki verginin yerini alan *contribution économique territoriale* (bölgesel ekonomik katkı) (bkz Verpaux, Rimbault & Waserman (n 25) 199-200).

³⁹ Conseil constitutionnel 28 décembre 2000 n° 2000-442 DC, Loi de finances pour 2001 JORF n° 303 du 31 décembre 2000.

2. *Décentralisation* (Yerinden Yönetim) Esasının 2003 Yılında Anayasal Güvenceye Kavuşması ve Mahalli İdareler İçin Genel Yetki Hükümü

Fransa'da İkinci Dünya Savaşı'nın sonlarından 1982 yılına kadar, bir yandan ilgili dönemdeki planlama faaliyetleri ile bölgelerin ekonomik kalkınmasını hedefleyen bölgesel gelişme politikaları, diğer taraftan toplumsal katılımcılığın artırılması eğiliminin 1960'lı yılların sonlarına doğru merkezi idare nezdinde kabul görmesi, yer bakımından yerinden yönetim esasının sınırlı da olsa hayata geçirilmesine yönelik düzenleme ve uygulamalara zemin oluşturmuştur.⁴⁰ Fransa'da *décentralisation* (yerinden yönetim) esasını için 'Birinci Perde' olarak anılan 1982-1999 yılları arasında dönemde, yer bakımından yerinden yönetim esasını uygulamada güçlendirecek bir dizi kanun yürürlüğe konmuştur.⁴¹

Halen sürmekte olan 1958 Anayasası döneminde ancak 1982'den itibaren kabul gördüğü anlaşılan yerinden yönetim esasının, 1958 Anayasası'na 2003 yılında eklenmesine ilişkin Anayasa değişikliğinin gerekçesinde, '*Décentralisation* (yerinden yönetim), bir idari teşkilatlanma ilkesi olarak, ulusun birliğini sorgulamaksızın demokratik yaşamı zenginleştirir ve eşitlik ilkesinin daha etkin, daha az soyut bir şekilde uygulanmasına katkı sunar'⁴² ifadelerinin yer aldığı görülmektedir.

Yerinden yönetim esasının anayasal güvenceye kavuşmasının devamı olarak, 1958 Anayasası'nın 72'nci maddesine eklenen ve açıkça anılmasa da sübzidiarite

⁴⁰ Yer bakımından yerinden yönetim esasının sınırlı da olsa uygulama alanı bulduğu yaklaşık kırk yıllık süreçte, esasen üç ayrı girişim dikkat çekmektedir. Bunlardan ilki, Fransa 1946 Anayasası'nın (IV. Cumhuriyet Anayasası) 87'nci maddesinde yer alan 'Mahalli idareler, halkoylamasıyla seçilen kurullar eliyle kendilerini serbestçe yönetirler' ve 'bu kurulların kararlarının uygulanması belediye başkanları veya başkanları tarafından sağlanır' hükümlerinin özellikle ikincisi uyarınca il idaresinin yürütme organının başı olan valinin yerini il genel meclisi başkanının alması, ancak söz konusu düzenlemenin hiç uygulanmamış olmasıdır.

İkincisi, 1958 Anayasası yürürlüğe girdikten sonra bölge idarelerinin mahalli idare statüsünü de kazanmasına yönelik ve dönemin devlet başkanının da desteğini alan kanuni düzenlemenin, 27 Nisan 1969 tarihli referandum sonucunda %53 oyla kabul görmemesi ve ancak 1972'de, bölge yönetimlerine yönelik sınırlı bir reformun yapılabilmesidir.

Sonuncusu ise, dönemin cumhurbaşkanı tarafından yapılan bir görevlendirme uyarınca 1974-1976 yılları arasında hazırlanan ve pek çok alanda mahalli idarelerin haiz olması gereken görev ve yetkilerin merkezi idarenin bünyesinde toplanmış olmasının, merkezi idarenin işleyişini olumsuz etkilediği sonucuna varılan rapor üzerine, mahalli idarelerin yükümlülüklerinin geliştirilmesine yönelik 152 maddelik bir kanun tasarısı hazırlanmış olmasına karşın, merkezi idarenin ağırlıklı yetkilerine ilişkin önemli değişiklikler getirmeyen bu metnin de kanunlaşmamış olmasıdır. Nitekim bu tasarı, 1981 yılında yapılan cumhurbaşkanlığı seçiminin ardından çok daha geniş kapsamlı bir reform yapılması düşünülerek göz ardı edilmiştir (Chretien, Chiffot & Tourbe (n 12) para 318-321).

⁴¹ Doktrinin Fransa'da *décentralisation* (yerinden yönetim) esasını için 'Birinci Perde' olarak kabul ettiği dönemde yayınlanan kanunlarla getirilen değişiklikler şöyle özetlenebilir: 82-213 sayılı ve 2 Mart 1982 tarihli Kanun, mahalli idarelerin işlemleri üzerinde idari vesayet müessesesini kaldırmış ve bunun yerine idare yargıcı tarafından uygulanacak a posteriori bir denetim yetkisi öngörmüş, il idareleri ile bölge idarelerinde yürütme yetkisini il meclisi ve bölge meclisi başkanlarına vermiştir. Nüfusu 3500 kişi ve daha fazla olan beldeler için yeni seçim sisteminin öngörülmesi ile imar, sosyal hizmetler, mesleki eğitim, ortaokul ve liseler gibi alanlarda merkezi idarenin haiz olduğu yetkilerin bir bölümünün mahalli idarelere aktarılması, 1983 yılında yayımlanan kanunlarla gerçekleştirilmiştir. Mahalli kamu personeline ilişkin bazı düzenlemeler, mahalli idareler bünyesinde seçme görevi geleneksel hukuki statüsüne ilişkin ilk belirlenmeler, bölge idareleri için yeni seçim sistemi, seçmenlerden görüş alınması gibi mahalli demokrasi uygulamalarına yönelik ilk usuller ve beldelerarası iş birliğine yönelik düzenlemeler yine bu kapsamda yayımlanmıştır (Verpaux, Rimbault & Waserman (n 25) 9-10).

⁴² Söz konusu ifadenin Fransızca metni şöyledir: '(...) *Principe d'organisation administrative, la décentralisation, sans remettre en cause l'unité de la Nation, enrichit la vie démocratique et contribue à une application plus effective et moins abstraite du principe d'égalité. (...)*' (Projet de loi constitutionnelle relatif à l'organisation décentralisée de la République, N° 24 rectifié, Sénat, Session ordinaire de 2002-2003, Annexe au procès-verbal de la séance du 16 octobre 2002, <http://www.senat.fr/leg/pjl02-024.html> Erişim Tarihi 19 Temmuz 2022.

ilkesinin gereklerini karşıladığı anlaşılan ikinci fıkra şöyledir: ‘Mahalli idareler, kendi kademelerinde en iyi şekilde uygulanabilecek yetkilerin bütünü için karar almaya ehliyetlidirler.’ (1958 Anayasası md 72/2). Bu fıkranın eklenmesi suretiyle mahalli idarelere yer bakımından yetki alanları içinde en iyi şekilde uygulanabilecek tüm yetkileri hayata geçirme imkânı tanındığı, böylelikle devletin üniter niteliği korunmakla birlikte merkezi idarenin yetkileri ile mahalli idarelerin yetkileri arasında bir çizgi çekilmesini sağlayan ve Avrupa Birliği hukukunda sübzidiarite ilkesi olarak anılan ilkenin de anayasal güvenceye kavuşturulduğu belirtilmektedir.⁴³

İşte bu düzenlemenin aynı zamanda, Fransız hukukunda *clause générale de compétence* (genel yetki hükmü) olarak anılan ve kanunun merkezi idareyi veya bir başka mahalli idareyi açıkça yetkilendirmediği, mahalli kamu yararı bulunan ve söz konusu kamu yararının, ilgili mahalde yaşayanların ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik bir kamu yararına somut olarak karşılık geldiği tüm konularda, mahalli idarelerin ihtiyari ve tamamlayıcı mahiyette eylem ve işlem tesis etmelerinin önünde hiçbir engel bulunmadığına, dolayısıyla bu tür alanlarda mahalli idarelerin genel yetkili olduğuna ilişkin ilkeye de işaret ettiği belirtilmektedir.⁴⁴ *Code général des collectivités territoriales* (Mahalli İdareler Genel Kodu) içinde yansımaları bulan bu ilke, belirli koşulların mevcudiyeti durumunda yetkilerin kanunda tek tek sayılmış olması gereksiz mahalli idareye yer bakımından yetki alanına ilişkin eylem ve işlemleri yapma imkânı tanımaktadır.⁴⁵ Mahalli idarelere konu bakımından geniş bir yetki alanı tanıyarak, mahalli idarelerin merkezi idare ve diğer mahalli idarelerin müdahaleleri karşısında güçlenmelerini sağlamayı amaçlayan⁴⁶ bu ilke, yetki alanına yönelik bir düzenleme olmanın ötesinde, idari yargı denetimine tabi olmak koşuluyla yerel kamu yararını gerçekleştirmeleri için mahalli idarelere kanunla tanınmış bir özgürlük⁴⁷ olarak değerlendirilmiştir.⁴⁸

Fransız hukukunda genel yetki hükmü ilk kez 1884 tarihli Belediye Kanunu’nda düzenlenmiş olup, 1982 yılında mahalli idareleri güçlendirmek amacıyla yapılan

⁴³ Nitekim söz konusu 2003 yılı değişiklikleri kapsamında 1958 Anayasası’na eklenen 37-1 numaralı maddeyle öngörülen *experimentation* (deney) uygulamasının, bir yetkinin kullanımında yerel kamu yararının bulunup bulunmadığının tespitini, dolayısıyla ilgili yetkiyi kullanması gereken idarenin merkezi idare ile mahalli idareler arasında isabetli olarak tespitini etkin şekilde sağlayacağı belirtilmektedir (Projet de loi constitutionnelle relatif à l’organisation décentralisée de la République, N° 24 rectifié, Sénat, Session ordinaire de 2002-2003, Annexe au procès-verbal de la séance du 16 octobre 2002, <<http://www.senat.fr/leg/pjl02-024.html>> Erişim Tarihi 19 Temmuz 2022).

⁴⁴ Plessix (n 20) para 236.

⁴⁵ Chretien, Chifflet & Tourbe (n 12) para 310.

⁴⁶ Verpauw, Rimbault & Waserman (n 25) 111.

⁴⁷ Gérard Marcou, ‘L’Etat, la décentralisation et les régions’ (2015) (156) Revue française d’administration publique 901.

⁴⁸ Bu kapsamda, ilgili mahalli idarenin genel yetki hükmüne dayanarak yapacağı eylem veya işlemin yerel kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olması ve bu amaçla idarenin kullanacağı yetkinin kanunla bir başka idareye verilmemiş olması gerekmektedir. İlgili yetkinin kanunla bir başka mahalli idareye bırakılmış olması halinde veya mahalli nitelik taşımayan konularda yerel kamu yararı bulunmadığı kabul edilmekte olup, ilgili mahalli idarenin yer bakımından yetki alanında özel sektörün faaliyet göstermediği veya başarısız olduğu konularda, kanunla öngörülmemiş olmadıkça genel yetki hükmüne dayanarak iktisadi ve ticari kamu hizmetleri kurulmasında da yerel kamu yararı bulunmadığı belirtilmektedir (Verpauw, Rimbault & Waserman (n 25) 116).

düzenlemeler çerçevesinde il idareleri ve bölge idarelerinin de yararlanılacağı şekilde genişletilmiştir.⁴⁹ Ne var ki 2009 yılında başlayan tartışmalar neticesinde 2015 yılında yayımlanan bir kanunla⁵⁰ il idareleri ve bölge idareleri genel yetki hükmünün uygulama alanı dışında bırakılmış⁵¹ ve bu idareler için *principe de spécialisation des compétences* (yetkide uzmanlaşma ilkesi) geçerli hale gelmiştir.⁵² Günümüz Fransız mevzuatında geçerliliğini sadece *commune* (belde) idareleri için koruyan genel yetki hükmü, ‘Belediye meclisi aldığı kararlarla beldenin işlerini düzene koyar’⁵³ hükmüyle ifade ediliyor olsa da belediyelerin sunmakla yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin (örneğin, il valisinin görüşü alınarak kurulan devlet okullarında verilen temel eğitim ve ana sınıfı hizmetleri gibi) kanunda sayıldığı⁵⁴ görülmektedir.

Fransız idare hukukundaki genel yetki hükmü müessesesinin, idarenin kanuniliği ilkesinin geçerli olduğu ve 1982 Anayasası’nın 127’nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca mahalli idarelerin görev ve yetkilerinin kanunda sayma yoluyla düzenlendiği⁵⁵ Türk idare hukuku açısından değerlendirilmesi ise, idarenin teşkilatlanması ve işleyişi alanında iki hukuk sistemi arasında önemli farklar bulunduğu düşüncesini güçlendirmektedir.

3. *Décentralisation* (Yerinden Yönetim)

Esası Bakımından Beklenen Düzenleme:

Şubat 2022’de Yayımlanan 2022-217 sayılı ‘3DS’ Kanunu

Décentralisation (yerinden yönetim) esasının Fransız hukukundaki gelişiminde ‘İkinci Perde’ olarak kabul edilen dönem, 1958 Anayasası’nda 2003 yılında yapılan değişikliklerle başlamış ve *décentralisation* (yerinden yönetim) esasının güçlendirilmesine yönelik bu değişikliklerin ardından, merkezi idarenin yetkilerinden bir bölümünün mahalli idarelere devredilmesini öngören 13 Ağustos 2004 tarihli Kanun⁵⁶ yürürlüğe girmiş olmakla birlikte, öngörülen tüm değişiklikler tamamlanamadan söz konusu ‘İkinci Perde’nin 2010 yılında sonlandığı anlaşılmaktadır.⁵⁷ Zira, tüm bu yenilikçi düzenlemelere karşın konuya ilişkin tartışmalar devam etmiş, yapılan değişiklikler 2009’da yeniden sorgulanmış, *commune* (belde) idarelerinin sayısını azaltmayı hedefleyen, il idareleri ile bölge idarelerinin

⁴⁹ Verpaux, Rimbault & Waserman (n 25) 111.

⁵⁰ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République JORF n° 0182 du 8 août 2015.

⁵¹ Chretien, Chifflet & Tourbe (n 12) para 310.

⁵² Bertrand Faure, ‘La clause générale de compétence et le chercheur’ (2015) (33) AJDA <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2022.

⁵³ Code général des collectivités territoriales, L 2121-29/1: ‘Le conseil municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune.’ (Chretien, Chifflet & Tourbe (n 12) para 348).

⁵⁴ 2022 yılı Şubat ayında yayımlanan Kanun’la belediye meclislerine beldedeki yollar (özel mülk olmakla birlikte trafiğe açık olanlar dahil) ile yerleşim yerlerini isimlendirme, mesken nitelikli olanlar ile diğer binaları numaralandırma ve bu verileri kamunun yararlanmasına sunma yükümlülüğü de getirilmiştir.

⁵⁵ Nur Kaman, ‘Mahalli İdarelerin Yetkilerinin ve Sınırlarının Kaynağı Olarak Mahalli Müşterek İhtiyaç’ (2020) 7 (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 74, 75.

⁵⁶ Loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales JORF n° 0190 du 17 août 2004.

⁵⁷ Verpaux, Rimbault & Waserman (n 25) 11.

yetkilerini sınırlayarak bu idarelerin genel yetki hükmünü kullanması imkanını kaldıran 16 Aralık 2010 Kanun⁵⁸ yürürlüğe konmuş olup, bu Kanunun doğurduğu hukuki sonuçlar yerinden yönetim esasında ‘Üçüncü Perde’ olarak da ‘Yeniden Merkezileşmede Birinci Perde’ olarak da⁵⁹ nitelenmektedir.

Sonraki aşamada, Cumhurbaşkanının ve Millet Meclisindeki çoğunluğun 2012-2016 yılları arasında değişmesiyle birlikte *décentralisation* (yerinden yönetim) esasını güçlendirmeye ve mahalli idarelerin işleyişindeki etkinliği artırmaya yönelik olarak yapılan kanuni düzenlemeler şöyle sıralanabilir: İl özel idarelerinin beldeler ile bölge idareleri arasında birleştirici bir rol oynamasını öngören, birden çok beldenin belirleyecekleri kamu hizmetlerini birlikte sunmalarına yönelik iş birliği imkanlarını güçlendiren 2015-991 sayılı Kanun,⁶⁰ *région* (bölge) idarelerinin sınırlarının yeniden belirlenerek mahalli seçim takvimini yeniden düzenleyen 2015-29 sayılı Kanun⁶¹ ve *commune nouvelle* (yeni belde) adı verilen idari birimlerin tabi oldukları hükümleri de içeren iki yeni kanun,⁶² mahalli idareler bünyesinde halkoyuyla gelen görevlilerin görevlerini ifa etmelerinin kolaylaştırılmasına,⁶³ milletvekilliği ile mahalli idarelerde halkoyuyla gelinen görevlerin örtüşmediğine,⁶⁴ kamu kurumlarında saydamlığın artırılmasına ve seçimle göreve gelen kamu görevlileri arasında çıkar çatışmalarının önlenmesine⁶⁵ yönelik düzenlemeleri içeren kanunlar.⁶⁶ Ayrıca, mahalli idarelerde görevli kamu personelinin statüsünde 2019-828 sayılı Kanun’la⁶⁷ değişiklikler yapılmış olup, mahalli idarelerin işleyişinde etkinliğin artırılmasına yönelik düzenlemeler içerdiği belirtilen 2019-1461 sayılı Kanun⁶⁸ kapsamında ise belediye başkanlarına yeni kolluk yetkileri ve idari para cezası uygulama yetkisi tanınmış, halkoyuyla göreve gelen belediye görevlilerinin görevlerini daha etkin şekilde ifa etmelerine yönelik eğitim imkanları öngörülmüş, kendi aralarında iş birliğine giden belediyelerin bu çerçevedeki temsil kabiliyetlerinin artırılmasına yönelik düzenlemelere yer verilmiştir.⁶⁹

⁵⁸ Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales JORF n° 0292 du 17 décembre 2010.

⁵⁹ Verpaux, Rimbault & Waserman (n 25) 11-12.

⁶⁰ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République JORF n° 0182 du 8 août 2015.

⁶¹ Loi n° 2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral JORF n° 0014 du 17 janvier 2015.

⁶² *ibid*; Loi n° 2016-1500 du 8 novembre 2016 tendant à permettre le maintien des communes associées, sous forme de communes déléguées, en cas de création d’une commune nouvelle JORF n° 0261 du 9 novembre 2016.

⁶³ Loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l’exercice, par les élus locaux, de leur mandat JORF n° 0077 du 1^{er} avril 2015.

⁶⁴ Loi n° 2014-126 du 14 février 2014 interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de représentant au Parlement européen JORF n° 0040 du 16 février 2014.

⁶⁵ Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique JORF n° 0238 du 12 octobre 2013.

⁶⁶ Verpaux, Rimbault & Waserman (n 25) 12-13.

⁶⁷ Loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique JORF n° 0182 du 7 août 2019.

⁶⁸ Loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 relative à l’engagement dans la vie locale et à la proximité de l’action publique JORF n° 0301 du 28 décembre 2019.

⁶⁹ Verpaux, Rimbault & Waserman (n 25) 14-15.

Mahalli idarelerin güçlendirilmesini ve yerel demokrasi uygulamalarının artırılmasını hedefleyen tüm bu kanuni düzenlemelere karşın, Fransa’da 2018 yılı Kasım ayında ortaya çıkan, *Mouvements des gilets jaunes* (Sarı Yelekliler Hareketi) olarak anılan ve üç yıldan uzun süre devam edecek olan yoğun toplumsal olaylar üzerine 2019 yılında *Grand débat national* (Ulusal Büyük Münazara) başlatılmış, bu toplantılar çerçevesinde yapılan tespitler dikkate alınarak hazırlanıp 2022 yılı Şubat ayında yayımlanan ve kısaca ‘3DS Kanunu’ olarak anılan 2022-217 sayılı Kanun sonrasında dahi *décentralisation* (yerinden yönetim) esası konusundaki tereddütlerin varlığını koruduğu doktrinde⁷⁰ ifade edilmiştir.

Söz konusu Kanunun kısaca ‘3DS Kanunu’ olarak anılması, Kanun başlığında⁷¹ yer alan farklılaşma (*différenciation*), yerinden yönetim (*décentralisation*), yetki genişliği (*déconcentration*) ve basitleştirme (*simplification*) kavramlarının baş harflerinin yan yana getirilmesinden kaynaklanmaktadır. Anılan Kanunun hazırlık aşamasında açıklanan ve bu Kanunla ulaşılmış öngörülen hedefler şöyle sıralanabilir: İdari faaliyetleri daha etkin hale getirmek amacıyla yerinden yönetim sistemini mükemmelleştirmek, mahalli idarelerden her birinin kendi ihtiyaçlarına uygun kanun ve yönetmelikleri uygulayabilmesini sağlamak için farklılaşmaya imkân vermek, merkezi idareyi hizmetten yararlanan halka daha yakın ve yerel özellikleri daha etkin karşılayan kararları alabilecek duruma getirmek amacıyla yetki genişliği ilkesini güçlendirmek.⁷²

2022-217 sayılı Kanun’la getirilen değişiklik ve yenilikler arasında belki de en çok dikkat çeken konu, farklılaşma ilkesidir. Mahalli İdareler Genel Kodu’nda bu ilkenin düzenlendiği madde uyarınca;

(...) bir mahalli idareler kategorisine yetki verilmesine ve yetkilerin uygulanmasına ilişkin olarak uygulanan kurallar, aynı kategoride yer alan mahalli idarelerin durumlarındaki nesnel farklılıkların dikkate alınması amacıyla ve sonuçta ortaya çıkan uygulama farkının orantılı ve bunları öngören kanunun amacıyla ilişkili olması koşuluyla, eşitlik ilkesi gözetilerek farklılaştırılabilir.⁷³

Fransız hukukunda daha önce de tartışma konusu olduğu görülen⁷⁴ farklılaşma ilkesinin 2022-217 sayılı Kanun’da bir tanımının yapılmamış olması eleştirilmekte,

⁷⁰ Jean-François Brisson, ‘La loi du 21 février 2022 et la décentralisation’ (2022) (24) AJDA <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 4 Ağustos 2022.

⁷¹ Anılan Kanunun ‘Loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l’action publique locale’ şeklindeki başlığının Türkçe tercümesi şöyle olabilecektir: 2022-217 sayılı Farklılaşmaya (*Différenciation*), Yerinden Yönetime (*Décentralisation*), Yetki Genişliğine (*Déconcentration*) ve Mahalli Kamusal Faaliyeti Basitleştirmeye (*Simplification*) Yönelik Çeşitli Önlemlere İlişkin Kanun.

⁷² Verpaux, Rimbault & Waserman (n 25) 17.

⁷³ Söz konusu maddenin Fransızca metni şöyledir: ‘*Dans le respect du principe d’égalité, les règles relatives à l’attribution et à l’exercice des compétences applicables à une catégorie de collectivités territoriales peuvent être différenciées pour tenir compte des différences objectives de situations dans lesquelles se trouvent les collectivités territoriales relevant de la même catégorie, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit proportionnée et en rapport avec l’objet de la loi qui l’établit*’ (Code général des collectivités territoriales, L 1111-1-3).

⁷⁴ Chretien, Chiffot & Tourbe (n 12) para 358.

halihazırda geçerli olan yerinden yönetim esasının mahalli özellikleri ve bunların yol açtığı uygulama farklılıklarını gözetmeyi gerektirdiği ve genel yetki hükmünün uygulanması yoluyla (bu imkan ellerinden alınan *région* (bölge) ve *département* (il) idareleri dışındaki) mahalli idarelerin kendi ihtiyaçlarına uygun hukuki sonuçları doğuracak kararları alabildikleri bir hukuki çerçeve mevcut olmasına karşın farklılaşma ilkesinin hayata geçirilmesinin, mahalli idareler için isabetli ve elverişli sonuçları sağlamaktan ziyade, bu idareler arasındaki farkların artmasına, dolayısıyla istisnai özelliklerin gözetildiği bir yerinden yönetim anlayışının oluşmasına, böylelikle de giderek artan ve uzun vadede de parçalanmalara neden olabilecek bir rekabet ortamını doğmasına neden olabileceği⁷⁵ belirtilmektedir.

2022-217 sayılı Kanun'un başlığında dahi yetki genişliği ilkesinin anılıyor olmasının, Fransa'da merkezden yönetim esasına ilişkin müesseselere değinilmeksizin yerinden yönetim esasının güçlendirilmesine yönelik bir adım atılmayacağını gösterdiği olduğu, nitekim yasama sürecinin Senato aşamasına ilişkin tutanaklardan hareketle, 'yerel aktörlerin istikrarın korunmasına yönelik iradesi karşısında duyarlık gösteren hükümetin, temel kurumsal dengeleri değiştirmenin isabetli olmadığı sonucuna vardığı',⁷⁶ bu durumda da 2022-217 sayılı Kanun'un 'yerinden yönetim esasını için yeni bir dönem inşa etmek' hedefinin ortadan kalktığı doktrinde açıkça ifade edilmektedir.⁷⁷

Tüm bu tespitlerin yanı sıra, 2022-217 sayılı Kanun'un içerdiği 217 maddenin çoğunun yüzeysel düzenlemeler getirdiği,⁷⁸ yetki genişliği ilkesinin uygulanmasına yönelik düzenlemeler alanında Fransız hukukunda kural olarak hükümet yetkili olmasına karşın konuya ilişkin olarak anılan Kanun'da düzenlemelere yer verildiği ve 'hayal kırıklığı'na yol açan⁷⁹ bu düzenlemelerin uygulamadaki sorunlara çözüm sunacak nitelikte olmadığı⁸⁰ belirtilmektedir.

2022-217 sayılı Kanun'un *simplification* (basitleştirme) amacıyla getirdiği yeniliklerin ise, özellikle mahalli idarelerin görev ve yetkilerini kullanırken karşılaştıkları pratik sorunların ortadan kaldırılmasına yönelik olan düzenlemeler bakımından isabetli olduğu belirtilmektedir. Bu kapsamda, idarenin bilgi ve iletişim

⁷⁵ Nelly Ferreira, 'La différenciation des compétences : réelle innovation ou mystification ?' (2022) (5) *Actualité Juridique Collectivités Territoriales* 240, 243 <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.

⁷⁶ Vincent Aubelle & Eric Kerrouche, *La Décentralisation. Pour, contre ou avec l'Etat ?* (1^{er} édition, La Documentation Française 2022); Exposé des motifs de la Loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale, <https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000043496065/?detailType=EXPOSE_MOTIFS&detailId=> Erişim tarihi 30 Ağustos 2022.

⁷⁷ Morgane Letanoux, 'Quelle intercommunalité après la loi 3DS ?' (2022) (5) *Actualité Juridique Collectivités Territoriales* <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.

⁷⁸ Jean-Marie Pontier, 'Loi 3DS : sélection à faire dans un catalogue' (2022) (5) *Actualité Juridique Collectivités Territoriales* 233 <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.

⁷⁹ Nicolas Kada, 'Déconcentration: un D peut en cacher un autre' (2022) (24) *AJDA* <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2022.

⁸⁰ Brisson (n 70).

teknolojilerindeki gelişime uyumunun sağlanması için Fransa’da son yirmi yıldır yürütülen çalışmalar doğrultusunda 2022-217 sayılı Kanun’la getirilen yenilikler arasında, *commune* (belde) idareleri dışındaki mahalli idareler ile beldeler arası iş birliğine yönelik kamu kurumlarının karar organlarının ve varsa daimî komisyonlarının toplantılarının telekonferans yoluyla gerçekleştirilmesi ve mahalli idareler arasında dijital yollarla bilgi değişimine ilişkin düzenlemeler dikkat çekmektedir.⁸¹

Sonuç olarak *simplification* (basitleştirme) amacıyla ortaya konan hükümleri dışında, yerinden yönetim esasının gelişimi konusunda beklentileri karşılamadığı açıkça görülen söz konusu Kanunun, ‘bu Kanunla birlikte kendimizi, zayıf kapsamlı hükümlerin, kapsamı olmayanlarla omuz omuza verdiği devasa bir trafik sıkışıklığı ile karşı karşıya buluyoruz’⁸² ifadeleriyle çok sert şekilde eleştirildiği belirtilmelidir.

III. Mahalli İdarelerin Merkezi İdare Gölgesindeki Teşkilatlanması ve İşleyişi

Günümüzde Fransa’daki mahalli idare teşkilatı, Türk hukuk sistemindeki belediye ve köylere denk gelen *commune*⁸³ (*belde*) idareleri, il özel idarelerine denk gelebilen *département* (il) idareleri, Türkiye’de ülkenin bütününe yayılmış ve ülkenin yüzölçümünün tamamını paylaşmış mahalli idare statüsünde bölge idareleri bulunmadığından Türk hukukunda karşılığı olmayan *région* (bölge) idareleri, özel statülü mahalli idareler ve yine Türk hukukunda karşılığı bulunmayan denizaşırı topluluklardan oluşmaktadır.⁸⁴ Yetkili oldukları coğrafi alan itibarıyla beldelerin, il idarelerinin ve bölge idarelerinin yer bakımından yetki alanı içinde, il idarelerinin ise bölge idarelerinin bünyesinde yer aldığı belirtilmelidir.

Mahalli idarelerle ilişkileri bakımından önem taşıyan merkezi idarenin taşra teşkilatının yapılanması ise, *sous-préfet* (kaymakam) tarafından yönetilen *arrondissement* (ilçe) idaresi, bunları kapsayan ve *préfet* (il valisi) tarafından yönetilen *département* (il) idaresi ile illeri kapsayarak yine *préfet* (bölge valisi) tarafından yönetilen ve Türk idari teşkilatında muadili bulunmayan *région* (bölge) idaresi şeklinde olup, Türk idare hukuku açısından karşılığı bulunmayan bir diğer husus ise, mahalli idare niteliğindeki *commune* (belde) idarelerinin yöneticisi olan ve halkoyuyla seçilerek göreve gelen belediye başkanlarının, aynı zamanda merkezi idarenin taşra teşkilatındaki görevlisi olarak da bazı yetkilerle donatılmış olmasıdır.⁸⁵

⁸¹ Eveillard Gweltaz, ‘Le volet simplification de la loi 3DS’ (2022) (24) AJDA <<https://www.dalloz.fr/documentation/>>, Erişim Tarihi 4 Ağustos 2022.

⁸² Bertrand Faure, ‘Différenciation’ (2022) (24) AJDA <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 4 Ağustos 2022.

⁸³ Onar, Cilt II (n 13) 612-613.

⁸⁴ 1958 Anayasası’nın 72’nci maddesinin ilk fıkrası şöyledir: ‘*Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d’outre-mer régies par l’article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d’une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa.*

⁸⁵ Plessix (n 20) para 232.

Bu ilk belirlemeler doğrultusunda, *commune* (belde) (1), *département* (il) (2) ve *région* (bölge) (3) idarelerinin teşkilatlanmalarının genel özellikleri ile organları, merkezi idare ile ilişkileri açısından Türk idare hukuku bakımından dikkat çekici olduğu tespit edilen özellikleri vurgulanarak ele alınacaktır. Bu kapsamda, mahalli idare statüsü bulunmamakla birlikte, Fransa’da mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması alanında çok önemli rol oynadığı görülen ve Türk hukukundaki büyükşehir belediyelerinin Fransız hukukundaki karşılığı olan idareleri de içerebilen beldelerarası iş birliğine yönelik mahalli kamu kurumlarına da değinilecektir.

1. *Commune* (Belde) İdaresi

Kökleri Orta Çağ’a uzanan *commune* (belde), Fransa’daki en eski ve en temel mahalli idare birimidir.⁸⁶ Fransız Devrimi sırasında yayımlanan 14-22 Aralık 1789 Kanunu, bucak, köy, kasaba, şehir gibi topluluk halinde yaşamın söz konusu olduğu tüm birimlerin *commune* (belde) statüsünü haiz olacağını öngörmüştür.⁸⁷ Bu Kanunla birlikte beldeler arasında karar ve yürütme organları bakımından o zamana kadar görülen farklılıklar ortadan kaldırılmış, beldelerin seçimle iş başına gelen ve karar organı üye sayısı ilgili belde nüfusuna oranlanarak belirlenen belediyeler tarafından yönetilmesi ve beldelerde kanunlara uyulmasını sağlamakla da savcılarının görevli olması düzenlenmiştir.⁸⁸ Bu kapsamda merkezi idare karşısında beldelerin bağımsızlığı meselesinin XVII. yüzyıldan XX. yüzyılın sonlarına kadar tereddüt ve karşıtlıkların sıklıkla görüldüğü düzenleme ve uygulamalara konu olduğu ve merkezi idarenin belde idareleri üzerindeki idari vesayet yetkisinin 1982 yılındaki kanun değişikliğine kadar varlığını koruduğu anlaşılmaktadır.⁸⁹

Commune (belde) idaresi sayısı 1 Ocak 2022 itibarıyla 34 955 olarak verilmektedir.⁹⁰ Kendi kamu tüzel kişiliğini haiz olan ve her biri bir belediye tarafından yönetilen beldelerin karar organı *conseil municipal* (belediye meclisi), yürütme organı ise *maire* (belediye başkanı) ve yardımcısıdır.

Conseil municipal (belediye meclisi) üyeleri, altı yıllık görev süresi için kural olarak ilgili beldede ikamet eden ve mevzuatta belirtilen diğer koşulları da taşıyan adaylar arasından doğrudan halkoylamasıyla seçilmektedir.⁹¹ Fransız hukuk sisteminde belediye meclisi, kendi üyeleri arasından yürütme organını oluşturacak belediye

⁸⁶ Chretien, Chifflet & Tourbe (n 12) para 345.

⁸⁷ Verpaux, Rimbault & Waserman (n 25) 25.

⁸⁸ Chretien, Chifflet & Tourbe (n 12) para 345.

⁸⁹ Chretien, Chifflet & Tourbe (n 12) para 345.

⁹⁰ Lionel Sebbane, ‘Stabilité du nombre de communes et d’EPCI à fiscalité propre en 2021 et ralentissement de la baisse du nombre de syndicats’ (2022) (163) Bulletin d’information statistique, Ministère de la cohésion des territoires et des relations avec des collectivités territoriales, Direction générale des collectivités locales, <https://www.cohesion-territoires.gouv.fr/sites/default/files/2022-03/BIS_163%20interco%202022.pdf> Erişim Tarihi 17 Temmuz 2022.

⁹¹ Belediye meclisi üyeleri, toplamı her zaman tek sayı olacak şekilde, 100 kişiden az nüfuslu beldelerde yedi üye, nüfusu üç yüz bin ve daha fazla olan beldelerde 69 üye olmak üzere seçilmektedir (Quillien (n 9) 56).

başkanını ve yardımcılarını seçmenin ötesinde, *commune* (belde) için mahalli kamu hizmetlerinin kurulması ve kaldırılması, bütçenin onaylanması, mahalli vergilerin oranlarının belirlenmesi, taşınmaz alım ve satımı, yargı organları önünde mahalli idareyi temsil yetkisini kullanması için belediye başkanının görevlendirilmesi ve yukarıda değinilen genel yetki hükmü kapsamındaki yetkilerin kullanılmasında tek yetkili organdır; genel yetki hükmünden kaynaklananlar da dahil olmak üzere, bu yetkiler belediye başkanı tarafından tek başına kullanılamaz.⁹²

Belediye meclisi üyeleri tarafından ve meclisin kendi içinden seçilen belediye başkanı ve yardımcıları ise yürütme organı olup, belediye başkanının belediyenin ‘yürütme organı’ sıfatıyla belediye meclisine başkanlık etmek, belediye meclisinin kararlarını (karşı görüşte oldukları da dahil) hazırlamak ve uygulamak, belediye meclisi tarafından kurulan mahalli kamu hizmetleri ve onaylanan bütçe dahilinde belediyenin hizmet birimlerinin ve çalışanlarının organizasyonu ile işleyişini sağlamak, genel yetki hükmü dışında kalan ve Mahalli İdareler Genel Kodu’nda sayılmak suretiyle belediyelere verilmiş 29 kalem yetki arasından belediye meclisinin kendisine yetki devri yaptığı konulardaki yetkileri kullanmak gibi yetkileri bulunmaktadır.⁹³

Bu noktada, *commune* (belde) belediye başkanları ile merkezi idare arasında belirli konularda kurulan hiyerarşi ilişkisi (a) ile *commune* (belde) idareleri arasında kamu hizmeti sunumu veya bölgesel kalkınma amacıyla iş birliğine yönelik olarak kurulan ve Türk hukukunda büyükşehir belediyelerine denk geldiği anlaşılan idari birimleri de kapsayan kamu kurumları (b) dikkat çekmektedir.

a. *Commune* (belde) belediye başkanları ile merkezi idare arasındaki hiyerarşik ilişki

Belediye başkanın yukarıda anılan yetkilere belde belediyesinin ‘yürütme organı sıfatıyla’ haiz olduğunun vurgulanmasının nedeni, belediye başkanının ve yardımcılarının, ilgili beldenin coğrafi sınırları içinde yer aldığı ilin valisi ve yine görevli Cumhuriyet Savcısı ile hiyerarşik ilişki içinde olmaları ve ilgili mevzuat uyarınca merkezi idarenin beldedeki temsilcisi sıfatını da taşımalarıdır.⁹⁴ İl valileri ve Cumhuriyet Savcılarının, mahalli idare seçimleri sonucunda göreve yeni başlayan *commune* (belde) belediye başkanlarını davet ederek merkezi idarenin görevlisi sıfatıyla sahip oldukları yetkileri açıklamakla yükümlü oldukları⁹⁵ belirtilmelidir.

⁹² Quillien (n 9) 68-70.

⁹³ Quillien (n 9) 75-77.

⁹⁴ Quillien (n 9) 82.

⁹⁵ Loi n° 2019-1461 du 27 décembre 2019 (n 68) (Quillien (n 9) 85).

Bu kapsamda belde belediye başkanı, merkezi idarenin görevlisi sıfatıyla valinin astı olarak⁹⁶ belde kanunların ve yönetmeliklerin ilanını ve uygulanmasını sağlamakla, genel güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını sağlamakla ve kanunlarla verilen, örneğin genel seçimler ile mahalli idareler seçimleri için ilgili belde hazırlıkların ve organizasyonun yapılması, yabancılar için kısa dönem ikamet izinlerinin verilmesi, yabancı ülkelerin idari makamlarına yönelik belgelere apostille şerhi verilmesi gibi görevleri yerine getirmekle, valinin bu alanlardaki emir ve talimatlarının gereğini yapmakla görevli olup, bu görevleri gereği gibi yerine getiremediği takdirde valinin belediye başkanının anılan yetkilerini ikame etme yetkisi bulunmaktadır.⁹⁷

Belde belediye başkanı Cumhuriyet Savcısının astı olarak ise, adli kolluk görevlisi statüsünü haiz⁹⁸ olmakla birlikte, belediye başkanlarının adli kolluk faaliyetlerine ilişkin hukuki ve teknik bilginin yanı sıra gerekli teknik donanımdan da sıklıkla yoksun olmaları nedeniyle bu yetkilerin uygulamada sıklıkla hayata geçirilmediği doktrinde belirtilmektedir.⁹⁹ Ne var ki belediye başkanı, yine merkezi idarenin taşra teşkilatındaki görevlisi statüsü kapsamında kişilerin medeni haline ilişkin nüfus hizmetlerinin (*services de l'état civil*) sunulmasını sağlamakla görevli olup doğum, evlilik, ölüm kayıtlarını merkezi idarenin görevlisi olarak tutmak ve bu faaliyetlere ilişkin olarak Cumhuriyet Savcısının talimatlarını gözetmekle de yükümlüdür.¹⁰⁰

Fransa'da mahalli idare statüsü bulunan *commune* (belde) yönetim organı olan belde belediye başkanının merkezi idare ile hiyerarşik ilişki içinde olması sonucunu doğuran bu düzenlemeler Türk idare hukuku perspektifinden, merkezi idarenin mahalli idareler üzerindeki baskın konumunun - idari vesayet yetkisinin çok ötesine geçerek - seçimle göreve gelen belde belediye başkanıyla hiyerarşik ilişki tesis edilmesi noktasına varan bir ifadesi olarak değerlendirilmektedir. Söz konusu hiyerarşik ilişkiye dair düzenlemelerin 1800 yılından¹⁰¹ bu yana yürürlükte olması ise, varılan bu sonucu desteklemektedir. Zira, söz konusu hiyerarşik ilişkinin tesis edilmesinin nedeni, yaklaşık iki yüz yirmi yıl önce haberleşme ve ulaşım imkanlarının sınırlılığı içinde bazı idari faaliyetlerin işleyişini sağlayabilme amacı olsa dahi, söz konusu yetkilerin günümüzde merkezi idarenin taşra teşkilatına bırakılarak örneğin, *sous-préfet* (kaymakam) tarafından kullanılması veya doğrudan mahalli idarelere

⁹⁶ Philippe Jacquemoire, 'Le maire, agent de l'État : un concentré de déconcentration' (2022) (2) Actualité Juridique Collectivités Territoriales <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 22 Mart 2022.

⁹⁷ Kanunlarla belde belediye başkanına ve yardımcılara verilen söz konusu yetki ve görevlere örnek olarak, genel seçimler ile mahalli idareler seçimleri için ilgili belde hazırlıkların ve organizasyonun yapılması, yabancılar için kısa dönem ikamet izinlerinin verilmesi, yabancı ülkelerin idari makamlarına yönelik belgelere apostille şerhi verilmesi gibi yetkiler verilebilir (Quillien (n 9) 82).

⁹⁸ Chretien, Chifflet & Tourbe (n 12) para 349.

⁹⁹ Quillien (n 9) 83.

¹⁰⁰ Mahalli İdareler Genel Kodu'nda belediye başkanının, nüfus hizmetlerine ilişkin bu yetkilerini belde belediyesinde görevli memurlara kural olarak devredebileceği öngörülmüştür (Quillien (n 9) 83).

¹⁰¹ Loi n° 115 concernant la division de territoire de la République et l'administration du 28 pluviôse An VII (17 février 1800) Bulletin des lois de la République Française n° 17 (Quillien (n 9) 75, 96).

verilmesi mümkündür. Türk hukukunda olduğu gibi merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarının aynı anda uygulandığı Fransız hukukunda bu tür çözümler tercih edilmeyerek merkezi idarenin belde belediye başkanları ile hiyerarşik ilişkisinin muhafaza edilmesinin bilinçli bir tercih olduğu açıktır.

b. Commune (belde) idareleri arasında iş birliğine yönelik kamu kurumları

Türk idari teşkilatında yer alan köy idarelerinin muadili bulunmayan Fransa’da en yaygın mahalli idare türü olan *commune* (belde) idarelerinin sayısının çokluğu, nüfus mevcutları arasındaki büyük farklar ve kaynaklarının yetersizliği, öncelikle mahalli kamu hizmetlerinin sunumu, zaman içinde ise bölgesel kalkınma projelerinin yürütülmesi konularında yetkilendirilen ve *établissements publics de coopération intercommunale* (beldelerarası iş birliğine yönelik kamu kurumları) olarak anılan, Türk hukukundaki mahalli idare birlikleri benzeri kurumların ortaya çıkmasına neden olmuştur.¹⁰²

Bu kurumlar 1890’lardan başlayarak, *syndicats de communes* (belde birlikleri) (1890), *communautés urbaines* (kent toplulukları) (1966), *syndicats d’agglomération nouvelle* (yeni kasaba birlikleri) (1983-2017), *communautés de communes* (belde toplulukları) (1992), *communautés d’agglomération* (kasaba toplulukları) (1999), *métropoles* (metropoller) (2010) gibi farklı statülerde kurulabilen kamu kurumlarıdır.¹⁰³ Fransız hukukunda mahalli müşterek ihtiyaçların ancak bu tür kurumlar eliyle gereği gibi karşılanabilmesi, Türk hukuk sisteminde öncelikle belediyelerin, zaman içinde de nüfus ve kentleşmenin artmasıyla birlikte büyükşehir belediyelerinin kurulabilmesi için il ve ilçe merkezleri dışında belirli nüfus eşiklerinin karşılanmasında isabet olduğuna işaret etmektedir.

Beldelerarası iş birliğine yönelik kamu kurumları konusunda 1999-2015 yılları arasında yayımlanan kanunlarla her ilde bir Beldelerarası İş Birliği İl Komisyonu kurulması¹⁰⁴ öngörülmüş, her *commune* (belde) idaresinin 1 Temmuz 2013’ten itibaren bir beldelerarası iş birliğine yönelik kamu kurumuna dahil olması zorunluluğu getirilmiş,¹⁰⁵ söz konusu kamu kurumu türlerinden birini oluşturan metropollere yönelik düzenlemeler hayata geçirilmiş,¹⁰⁶ beldelerarası iş birliğine yönelik farklı türlerdeki kamu kurumlarının kurulabilmesi için karşılanması gereken asgari nüfus mevcutları artırılmış¹⁰⁷ ve bu kurumların yetkileri genişletilmiştir.¹⁰⁸

¹⁰² Letanoux (n 77).

¹⁰³ Verpaux, Rimbault & Waserman (n 25) 139-140.

¹⁰⁴ Loi n° 99-586 du 12 juillet 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale JORF n° 160 du 13 juillet 1999.

¹⁰⁵ Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales JORF n° 0292 du 17 décembre 2010.

¹⁰⁶ Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l’action publique territoriale et d’affirmation des métropoles JORF n° 0023 du 28 janvier 2014.

¹⁰⁷ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République JORF n°0182 du 8 août 2015.

¹⁰⁸ Verpaux, Rimbault & Waserman (n 25) 140-141.

Konuya ilişkin gelişim sürecinde, beldelerarası iş birliğine yönelik kamu kurumlarının belirli mahalli kamu hizmetlerinin birlikte sunumuna veya ilgili belde idareleri tarafından birlikte kullanılacak ekipmanların beraberce sağlanmasına yönelik ve doktrinde *intercommunalité de gestion* (işletmeye yönelik beldelerarasılık) olarak anılan iş birliği amacına bir yenisini daha eklenmiştir; *intercommunalité de projet* (projeye yönelik beldelerarasılık). Bu ikinci amaç doğrultusunda yapılan iş birliklerinde bölgesel kalkınmaya ilişkin projelerin birlikte gerçekleştirilmesi hedeflenmekte olup, bu amaçla kurulan kamu kurumlarının ilgili beldelerin elde ettikleri doğrudan vergi gelirleriyle finansmanının¹⁰⁹ öngörüldüğü dikkat çekmektedir.¹¹⁰

Bu çerçevede özellikle, Türk hukukundaki büyükşehir belediyelerine denk geldiği ileri sürülebilecek *métropole* (metropol) idarelerinin Fransız hukukunda beldelerarası iş birliğine yönelik kamu kurumları başlığı altında yer aldığı vurgulanmalıdır. Kendisini oluşturan beldeler arasındaki eşitsizlikleri gidermek, sakinlerinin daha iyi koşullar içinde yaşamalarını sağlamak, sosyal ve ekonomik bakımlardan sürdürülebilir bir kent yaşamı için model geliştirmek amacıyla kurulduğu belirtilen *métropole* (metropol) idareleri, ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmaya, kente ve mahalli yaşama ilişkin kararların alınması, metropol alanının düzenlenmesi, çevrenin korunması, kamu yararına yönelik hizmetlerin sağlanması gibi konularda, kendilerini kuran belde idarelerin yerine karar almakla yetkilidirler.¹¹¹

Yukarıda açıklanan gelişim süreci ve zaman içinde artan yeni görev ve yetkileriyle birlikte bu kurumların, ilgili belde idarelerinin iş birliği halinde faaliyet gösterdikleri kurumlar olmaktan uzaklaşarak, bazılarının bünyesinde ilgili mevzuat uyarınca beldelerin mecburen yer aldığı, kendisini oluşturan belde idarelerinin ihtiyari nitelikteki yetkilerini aktarabildiği ve neredeyse bu idarelerin yerine geçerek faaliyet gösteren kurumlar haline geldikleri vurgulanmaktadır.¹¹²

Son dönemde yayımlanan 2022-217 sayılı Kanun'la beldelerarası iş birliğine yönelik kamu kurumları alanında getirilen düzenlemelerin ise, bu kurumlar ile kendilerini oluşturan beldeler arasındaki ilişkiyi dengelemeyi hedeflediği anlaşılmakla birlikte, bu kurumları işlemeze hale getirerek parçalanmaları sonucunu da doğurabilecek nitelikte olduğu doktrinde belirtilmektedir.¹¹³ Zira 2022-217 sayılı Kanun, ilgili *commune* (belde) idarelerinin ihtiyari yetkilerinin vergi gelirleriyle

¹⁰⁹ İlgili beldelerin elde ettikleri doğrudan vergi gelirleriyle finanse edilen beldelerarası iş birliğine yönelik kamu kurumları türleri şunlardır: *Métropoles* (metropoller), *communautés urbaines* (kent toplulukları) (1966), *syndicats d'agglomération nouvelle* (yeni kasaba birlikleri), *communautés de communes* (belde toplulukları) (bkz Verpaux, Rimbault & Waserman (n 25) 151).

¹¹⁰ ibid 141.

¹¹¹ ibid 149, 147.

¹¹² Cécile Regourd, 'Libre administration et intercommunalité' (2018) (41) AJDA <<https://www.dalloz.fr/documentation>> Erişim Tarihi 28 Nisan 2022.

¹¹³ Letanoux (n 77).

finans edilenler dışındaki beldelerarası iş birliğine yönelik kamu kurumlarına ‘kısmen’ aktarılabilmesi imkanı gibi düzenlemeler içermektedir. Bu durumda, söz konusu belde idarelerinin her birinin farklı yetkileri aktarmış olmasına karşın, ilgili alanda yetki aktarmamış belde temsilcilerinin karar organı üyesi olarak müzakere ve karar süreçlerine katıldığı bir durumla karşılaşılabilecek ve alınan kararların meşruluğu sorgulanabilir hale gelecektir.¹¹⁴

Ayrıca yine 2022-217 sayılı Kanun’la, beldelerarası iş birliğine yönelik kamu kurumlarından vergi gelirleriyle finans edilen statüde bulunanlar için kendilerini oluşturan *commune* (belde) idarelerinin onayıyla, bu idareler tarafından kendilerine aktarılmış olan yetkilerin bir bölümünü veya tümünü bir *département* (il) veya *région* (bölge) idaresine aktarma imkanının düzenlendiği görülmektedir.¹¹⁵ Uygulandığı takdirde ilgili il veya bölge idarelerinin yetkilerinin genişlemesi sonucunu doğuracak bu düzenlemenin, en azından hizmetten yararlananlar bakımından yetkili, dolayısıyla sorumlu idarelerin tespitini zorlaştıracığı anlaşılmaktadır.

2022-217 sayılı Kanun’la getirildiği belirtilerek yukarıda değinilen bu yeni düzenlemelerin yetki ve sorumluluk alanlarında karmaşaya yol açarak, mahalli idare teşkilatını kamu hizmeti sunumu ve bölgesel kalkınma projelerinin gerçekleştirilmesi bakımlarından desteklemek için kurulmuş ve bu işlevleri etkin biçimde yerine getirdikleri anlaşılan beldelerarası iş birliğine yönelik kamu kurumlarının da *commune* (belde) idarelerinin de işleyişini olumsuz etkileyebilecekleri değerlendirilmektedir.

2. Mahalli İdare Statüsündeki *Département* (il) İdaresi

Mahalli idare statüsü bulunan *département* (il) idaresi, Napoléon Bonaparte döneminden gelen sıkı merkeziyetçiliği yumuşatmak ve idareyi halka yakınlaştırmak amacıyla Fransız Devrimi döneminde kurulmuş idari birimlerden biri olup, 1833’te il genel meclisinin seçimle göreve gelmesi öngörülmüş, 1838’de il idarelerine kamu tüzel kişiliği tanınmış, 1871’de vali ve içişleri bakanına ait olan yetkilerin bir bölümü il genel meclisine aktarılarak yetkileri genişletmiştir.¹¹⁶ Bahsedilen dönemde *département* (il) idarelerinin coğrafi sınırlarının, bir il merkezinden hareket ederek bir başka il merkezine atla yapılacak yolculuğun en fazla bir gün süreceği şekilde planlandığı belirtilmektedir.¹¹⁷

¹¹⁴ ibid

¹¹⁵ Söz konusu yetki aktarımının, beldelerarası iş birliğine yönelik kamu kurumları ile ilgili idareler arasında imzalanacak bir anlaşmayla gerçekleştirilmesi, bu anlaşmada ilgili yetkilerin aktarılması yoluyla elde edilmesi amaçlanan sonucun, bu yetkilerin ilgili il veya bölge idaresi tarafından kullanılacağı sürenin ve aktaran tarafın, aktarılan taraf üzerinde sahip olacağı denetim yetkilerinin yer alması öngörülmüştür (Marie-Christine Steckel-Assouère, ‘Loi 3DS : le retour de l’État départemental ?’ (2022) (5) *Actualité Juridique Collectivités Territoriales* <<https://www.dalloz.fr/>>, Erişim Tarihi 1 Eylül 2022).

¹¹⁶ Chretien, Chifflet & Tourbe (n 12) para 355.

¹¹⁷ Nadine Dantonel-Cor, ‘Département : organisation générale’ (2015) *Encyclopédie des collectivités locales*, Chapitre 1 (folio n°1610) para 12 <<https://www.dalloz.fr/>> Erişim Tarihi 10 Haziran 2022.

Günümüzde *département* (il) sayısı, 2022 yılı Temmuz ayı itibarıyla (Korsika’da bulunan iki ve deniz aşırı topraklarda bulunan beş il idaresi de dahil olmak üzere) toplam yüz bir olarak verilmektedir.¹¹⁸ Türk hukukundaki ‘il özel idaresi’ gibi bir terim Fransız hukukunda tespit edilmediğinden ve merkezi idarenin taşra teşkilatı birimi niteliğinde olan *département* (il) idareleri de aynı şekilde adlandırıldığından, Fransa’nın anakara bölümünde doksan dört adet *département* (il) idaresinin yer aldığı, bunların her birinde yer bakımından yetki alanları birbiriyle örtüşen merkezi idarenin taşra teşkilatı birimi niteliğindeki ve mahalli idare niteliğindeki il idarelerinin aynı anda görev yaptığı görülmektedir.

Mahalli idare niteliğini ve kendi kamu tüzel kişiliğini haiz olan *département* (il) idarelerinin karar organı *conseil départemental* (il meclisi) ve yürütme organı il meclisi başkanı ile yardımcılarıdır.¹¹⁹ *Conseil départemental* (il meclisi) üyeleri, altı yıllık görev süresi için doğrudan halkoylamasıyla seçilir.¹²⁰ Halkoylamasını takip eden ilk toplantıda il meclisi, kendi üyeleri arasından üç türlü gizli seçimle başkanını seçer, en az dört ve en fazla on beş kişi olmak üzere başkan yardımcılarını ve meclis bünyesinde görev yapacak daimî komisyonun diğer üyelerini belirler.¹²¹ İlgili mevzuat uyarınca oluşturulması zorunlu olan daimî komisyonun yanı sıra, görev alanları belirli konularla veya faaliyet alanlarıyla (eğitim, finans, bölgesel kalkınma gibi) sınırlanmış çalışma komisyonları da kurulabilmektedir.¹²² *Commune* (belde) belediye başkanlarının aksine, il meclisi başkanı ve başkan yardımcılarının merkezi idareyle hiyerarşik ilişkisi bulunmadığından, görev ve yetkileri merkezi idare tarafından askıya alınamamakta veya görevlerine son verilememektedir.¹²³

Merkezi idareyle ilişkileri kapsamında, merkezi idarenin görevlisi olan il valilerinin, *département* (il) idarelerinin yürütme organı olarak görev yapmasına 82-213 sayılı Kanun’la¹²⁴ son verildiği, günümüzde il valisinin, il meclisi başkanının onayıyla veya başbakanın talebi üzerine il meclisinde dinlenebildiği ve il düzeyinde merkezi idarenin taşra teşkilatı tarafından yürütülen hizmetlere ilişkin olarak il meclisine ilettiği özel yıllık rapora ilişkin olarak düzenlenen görüşmelere katıldığı görülmektedir.¹²⁵

¹¹⁸ Institut national de la statistique et des études économiques, <<https://statistiques-locales.insee.fr/#bbox=-681010,5873534,1539409,911465&c=indicator&view=map2>> Erişim Tarihi 10 Temmuz 2022.

¹¹⁹ Pascal Lepretre, *Les collectivités territoriales* (2^{ème} édition, Gualino, Lextenso 2018) 50.

¹²⁰ Mahalli idare statüsünde olan il idaresi meclisi üyelerinin seçim çevresi *canton* (kanton) olarak adlandırılmakta olup, 1833’ten 2015’e kadar her kantondan sadece bir üye seçilirken 2015 yılında yapılan kanun değişikliğinden bu yana, her kantondan biri kadın, diğeri erkek olmak üzere ikişer üye seçilmektedir. Fransa’daki kanton sayısının 2054 olduğu belirtilmektedir (Quillien (n 9) 124).

¹²¹ Meclis Başkanı, meclisin gündemini belirler, meclisi toplantıya çağırır, meclis toplantılarını yönetir, katılmadığı kararlar da dahil olmak üzere, meclisin ve daimî komisyonun kararlarını hazırlar ve uygular, il meclisi tarafından alınan kararlara uygun olarak ilgili il idaresinin hizmet birimlerinin işleyişlerini düzenler ve çalışanlarının gereği görevlerini gereği gibi yerine getirmesini gözetir (Chretien, Chiffot & Tourbe (n 12) para 359; Quillien (n 9) 141).

¹²² Quillien (n 9) 128.

¹²³ ibid 148.

¹²⁴ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions JORF du 3 mars 1982.

¹²⁵ Quillien (n 9) 132.

Ayrıca, yukarıda anılan Kanun uyarınca merkezi idarenin taşra teşkilatının il düzeyindeki yetkilerinin bir bölümünün, mahalli idare statüsündeki *département* (il) idarelerine aktarılması imkânın öngörülmüş olması¹²⁶ yerinden yönetim esasını güçlendiren değişiklikler olarak değerlendirilmiştir. Ne var ki 2015 yılında *département* (il) idarelerinin genel yetki hükmünün kapsamından çıkartılıp uzmanlaşma esasına tabi tutulması, görev ve yetkilerinin bu değişiklik öncesine oranla önemli ölçüde sınırlandırılması sonucunu doğurmuştur.¹²⁷ Yine de *département* (il) idarelerinin özellikle sosyal hizmetler, bayındırlık, ortaokulların yönetimi, kırsal bölgelerin düzenlenmesi, acil yardım ve itfaiye hizmetlerinin sağlanması alanlarında geniş yetkileri haiz oldukları, coğrafi sınırları içinde yer alan *commune* (belde) idareleri ve bu idareler tarafından oluşturulan *établissements publics de coopération intercommunale* (beldelerarası iş birliğine yönelik kamu kurumları) üzerinde kanunla belirlenen idari faaliyet alanlarında lider mahalli idare statüsünde bulunma imkanına sahip oldukları anlaşılmaktadır.¹²⁸

Son dönemde yayımlanan 2022-217 sayılı Kanun'un ise gerek merkezi idarenin taşra teşkilatı bakımından gerek mahalli idare statüsündeki il idareleri bakımından, *département* (il) idarelerinin yetkilerini artırdığı tespit edilmektedir. Bu durumun esasen, *région* (bölge) idarelerine oranla mahalli halka daha yakın olan *département* (il) idarelerinin kamu hizmeti sunumunda oynadıkları rolün öneminin COVID-19 pandemisi sürecinde açıkça görülmesinden kaynaklandığı anlaşılmakta olup, 2022-217 sayılı Kanun'la özellikle sağlık ve bakım hizmetleri alanındaki yetkilerinin artırıldığı görülen mahalli idare statüsündeki *département* (il) idarelerinin, 'sosyal ve bölgesel dayanışmayı korumak için gerekli bir yerel düzey olarak meşruiyetlerini yeniden teyit ettikleri' doktrinde vurgulanmaktadır.¹²⁹

Tüm bu tespitler ışığında, *département* (il) idarelerinin merkezi idareyle hukuki ilişkilerini, görev ve yetkilerini düzenleyen mevzuatın, yerinden yönetim esasını *commune* (belde) idarelerine ilişkin düzenlemelere oranla daha güçlü bir şekilde hayata geçirdiği sonucuna varılabilir.

3. Mahalli İdare Statüsündeki *Région* (Bölge) İdaresi

Région (bölge) idarelerinin tarihi gelişimi, Fransa'daki kökleri iki yüzyılı aşkın süre geçmişe uzanan diğer mahalli idarelerden farklıdır. Zira, 1969'da *région*'ların (bölge) mahalli idare statüsü kazanması konusunda yapılan referandum olumsuz

¹²⁶ Chretien, Chiffot & Tourbe (n 12) para 359.

¹²⁷ Faure, 'La clause générale...' (n 52).

¹²⁸ Chretien, Chiffot & Tourbe (n 12) para 358; Guillaume Pailler, 'Différenciation, décentralisation, déconcentration et simplification de l'action publique locale : le projet de loi 3DS a été adopté' (2022) (2) Actualité Juridique Collectivités Territoriales <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 3 Mart 2022.

¹²⁹ Steckel-Assouère (n 115).

sonuçlanmış, bunun üzerine bölge idareleri 5 Temmuz 1972 Kanunu¹³⁰ ile kamu kurumu statüsünde¹³¹ kurulmuş, bundan on yıl sonra 2 Mart 1982 Kanunu'yla mahalli idare statüsüne getirilmiş, ilk yerel seçimler Mart 1986'da gerçekleşmiş ve 1958 Anayasası'nda ancak 2003 değişiklikleri kapsamında yer bulmuştur.¹³²

Région (bölge) sayısı 2016 yılında yirmi bir olmasına karşın, 2022 yılı Temmuz ayı itibarıyla, biri Korsika ve altısı da deniz aşırı olmak üzere, toplam on sekiz olarak verilmektedir.¹³³ Dolayısıyla, Fransa'nın anakara bölümünün toplam on iki bölge idaresinden oluştuğu görülmekte olup, mahalli idare statüsündeki bölge idareleri ile merkezi idarenin taşra teşkilatı birimi olan bölge idarelerinin coğrafi sınırları (Türk hukukunda halihazırdaki büyükşehir belediyelerinin sınırlarının, buldukları il sınırlarıyla örtüşmesinde olduğu gibi) aynıdır.¹³⁴

Mahalli idare statüsü bakımından *région*'lar (bölge) da kamu tüzel kişiliğini haiz olup, karar organı *conseil régional* (bölge meclisi) yürütme organı ise, *conseil régional* (bölge meclisi) başkanı ve yardımcısıdır. *Conseil régional* (bölge meclisi) üyeleri de altı yıllık görev süresi için doğrudan halkoylamasıyla seçilir ve bölge sınırları içinde yer alan il idarelerinin bu mecliste temsili amaçlanır.¹³⁵ Bölgede gerçekleştirilecek kamu hizmetlerinin kurulması, kaldırılması, işleyiş esaslarının belirlenmesi ile bütçenin kabul edilmesi konusunda tek yetkili olan bölge meclisinin, bölge idaresinin karar organı olmanın ötesinde genel yetkili organ olduğu, dolayısıyla bölgeye ilişkin olarak kanunun yetkili makamı belirlemediği konularda karar alma yetkisi bulunduğu belirtilmektedir.¹³⁶

Bölge meclisi bünyesinde de (bir diğer uygulaması il idareleri teşkilatında görülen) daimî komisyonun kurulması zorunludur. Bölge meclisi üyeleri kendi içinden başkanını seçer; en az dört ve en fazla on beş olmak üzere başkan yardımcılarını ve bölge meclisi bünyesinde görev yapacak daimî komisyonun diğer üyelerini belirler.¹³⁷ Daimî komisyon esasen, meclisi toplantıya çağırarak, toplantı yerini belirlemek ve bölge idaresini yargı önünde temsil etmek üzere meclis başkanına uygun görüş vermek

¹³⁰ Loi n° 72-619 du 5 juillet 1972 portant création et organisation des régions JORF n° 0160 du 9 juillet 1972.

¹³¹ Belirtilen dönemde bir mahalli idare olarak bölge meclisinin halkoylamasıyla seçilmiş üyelerden değil, ilgili bölgenin tüm milletvekillerinden, bünyesindeki tüm mahalli idareler ile kasabaların temsilcilerinden oluşmakta olduğu, bölge valisinin yürütme organı statüsünde olmakla birlikte, bölge meclisine başkanlık etmediği ve bölge (mahalli) idaresinin kendisine ait idari birimleri bulunmadığından, vali tarafından merkezi idarenin taşra teşkilatı birimi olan bölge idaresinin idari birimlerinden yararlandığı belirtilmektedir (Chretien, Chifflet & Tourbe (n 12) para 362).

¹³² Plessix (n 20) para 237.

¹³³ Institut national de la statistique et des études économiques, <<https://statistiques-locales.insee.fr/#bbox=-1093131,6661164,2715020,1607529&c=indicator&view=map3>> Erişim Tarihi 10 Temmuz 2022.

¹³⁴ Chretien, Chifflet & Tourbe (n 12) para 360.

¹³⁵ Quillien (n 9) 125.

¹³⁶ ibid 134.

¹³⁷ Meclis Başkanı, meclisin gündemini belirler, meclisi toplantıya çağırır, meclis toplantılarını yönetir, katılmadığı kararlar da dahil olmak üzere, meclisin ve daimî komisyonun kararlarını hazırlar ve uygular, bölge meclisi tarafından alınan kararlara uygun olarak ilgili bölge idaresinin hizmet birimlerinin işleyişlerini düzenler ve çalışanlarının gereği görevlerini gereği gibi yerine getirmesini gözetir (Chretien, Chifflet & Tourbe (n 12) para 359; Quillien (n 9) 141).

konusunda yetkili olmakla birlikte, bütçeyle ilgili konular hariç olmak üzere, bölge meclisi tarafından kendisine devredilen yetkileri kullanır.¹³⁸ İlgili mevzuat uyarınca oluşturulması zorunlu olan daimî komisyonun yanı sıra, görev alanları belirli bir konuyla veya belirli faaliyet alanlarıyla sınırlı çalışma komisyonları da kurulabilir.¹³⁹

Ayrıca, bölge idarelerine özgü istişari bir birim olarak görev yapan, bölgenin belli başlı ekonomik ve sosyal katılımcıları tarafından seçilen yüz ilâ yüz doksan üyeden oluşan, Ekonomik, Sosyal ve Çevresel Meclis olarak adlandırılan bir birimin kurulması da 2010 yılında yapılan düzenlemeden bu yana zorunlu hale gelmiştir.¹⁴⁰

Bölge idarelerinin merkezi idareyle ilişkileri konusunda öncelikle, merkezi idare tarafından görevlendirilen bölge valilerinin, aynı zamanda bölge idarelerinin yürütme organı olarak sahip olduğu görev ve yetkilerin 2 Mart 1982 tarihli Kanun'la¹⁴¹ kaldırılmış olması yerinden yönetim esası bakımından bölge idarelerinin güçlendirilmesi bakımından isabetli olmuştur. Bu kapsamda bölge idaresinin yürütme organının, halkoylaması yoluyla gelen bölge meclisi üyeleri tarafından kendi içinden seçiliyor olması da yine yerinden yönetim esasıyla örtüşmektedir. Fransa'daki mahalli idarelerden *commune* (belde) idaresi örneğinde görülen, belediye başkanı ve yardımcılarının aynı zamanda merkezi idarenin de görevlisi olmaları gibi bir düzenleme bölge idaresinin yürütme organı için geçerli olmadığından bölge meclisi başkanı ve başkan yardımcılarının görev ve yetkileri merkezi idare tarafından askıya alınamamakta veya merkezi idare tarafından görevlerine son verilememektedir.¹⁴²

Merkezi idareye bağlı bölge valisinin mahalli bölge idaresi ile ilişkileri bakımından ise, bölge meclisi başkanının onayıyla veya başbakanın talebi üzerine anılan bölge meclisinde dinlenebildiği ve merkezi idarenin taşra teşkilatı tarafından bölge düzeyinde yürütülen hizmetlere ilişkin olarak bölge meclisine ilettiği özel yıllık rapor üzerine bu meclis çatısı altında düzenlenen görüşmelere katıldığı görülmektedir.¹⁴³ Öte yandan, Fransa'da *Code générale des collectivités territoriales* (Mahalli İdareler Genel Kodu), mahalli idare statüsündeki bölge idaresi ile merkezi idarenin taşra birimi statüsündeki bölge valiliğinin sunduğu hizmetlerin koordinasyonunun sağlanması konusunda bölge meclisi başkanı ile bölge valisini karşılıklı olarak görevlendirmektedir.¹⁴⁴ Dolayısıyla, bölge valisinin mahalli bölge idaresinin yönetimine ilişkin yetkilerinin kaldırılarak, bölgede sunulan kamu hizmetlerinde

¹³⁸ Bölge meclisi ve daimî komisyonun yetkilerini meclis başkanına devretmeleri uzun süre yasaklanmış, ancak meclisin yetkilerinden bir bölümünü meclis başkanına devretmesi imkânı 2001 yılında tanınmıştır (Quillien (n 9) 138).

¹³⁹ Quillien (n 9) 128.

¹⁴⁰ ibid 128.

¹⁴¹ Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions JORF n° 52 du 3 mars 1982.

¹⁴² Quillien (n 9) 148.

¹⁴³ ibid 132.

¹⁴⁴ ibid 142.

koordinasyon ve destek sağlanmasına yönelik görev ve yetkilerle donatılması yerinden yönetim esasını güçlendiren yönde bir düzenlemedir.

Bölge idarelerinin merkezi idare karşısındaki durumunu etkileyen ancak kanun koyucunun belirleyici olduğu bir diğer husus, il idareleri için olduğu gibi bölge idareleri için de genel yetki hükmüne dayanarak işlem yapmaları imkânının 2015'te kaldırılmış olmasıdır.¹⁴⁵ Ne var ki doktrin, genel yetki hükmü konusundaki değişikliğe karşın 2015'ten itibaren bölge idarelerinin yetkilerindeki artışa ve Mahalli İdareler Genel Kodu tarafından bölge idarelerinin 'ekonomik kalkınmaya yönelik gereklilikleri belirlemekten sorumlu mahalli idare' olarak belirlendiğine işaret etmektedir.¹⁴⁶ Nitekim, bölge idareleri, mesleki eğitim, liselerin yönetimi, bölgesel demiryolu hatlarının organizasyonu gibi alanlardaki yetkilerinin yanı sıra, 2004 yılından bu yana ekonomik kalkınmaya yönelik faaliyetlerin bölgelerindeki koordinasyonu konusunda (merkezi idare tarafından gerçekleştirilen faaliyetler hariç) görevlendirilmiş, 2014 yılında ekonomik kalkınmanın yanı sıra biyolojik çeşitliliğin korunması, iklim, hava ve enerji kalitesi, özellikle tren garlarının düzenlenmesi başta olmak üzere toplu taşıma türlerinin işleyişinde koordinasyonun sağlanması, yükseköğretimin ve bilimsel araştırmaların desteklenmesi konularında *collectivité chef de file* (lider mahalli idare) olarak belirlenmiş ve 2015'ten itibaren de yenilikçilik, ekonomik kalkınma, uluslararasılaşma, sürdürülebilir kalkınma, atık yönetimi gibi alanlarda planlama belgeleri hazırlama ve uygulanmasını takip etmeye ilişkin yetkilerle donatılmıştır.¹⁴⁷ Ne var ki bölge idarelerine, yetkilerindeki tüm bu artışa uygun oranda kaynak tahsisi yapılmamış olması, bazı vergilerin eklenmiş olmasına karşın bölge idarelerinin bütçelerinin oransal olarak diğer mahalli idare bütçelerinden daha düşük düzeyde kalması doktrinde eleştirilmektedir.¹⁴⁸

IV. Merkezi İdarenin Mahalli İdareler Üzerindeki İdari Denetim Yetkileri

Fransız hukukunda merkezi idarenin mahalli idareler üzerindeki denetim yetkileri incelendiğinde öncelikle, merkezi idarenin mahalli idareler üzerindeki denetim yetkilerinin amacı konusunda Türk ve Fransız hukuk sistemleri arasındaki yaklaşım farklılığı dikkat çekmektedir (1).

Ayrıca, mahalli idarelerin idari işlemleri üzerinde merkezi idare tarafından gerçekleştirilen denetimin, Fransa'da 1982 yılında yapılan kanun değişikliği sonucunda idari vesayet niteliğinde bir denetim olmaktan çıkarıldığı, valiler

¹⁴⁵ Faure, 'La clause générale...' (n 52).

¹⁴⁶ Chretien, Chifflet & Tourbe (n 12) para 366.

¹⁴⁷ Chretien, Chifflet & Tourbe (n 12) para 366; Quillien (n 9) 136.

¹⁴⁸ Chretien, Chifflet & Tourbe (n 12) para 366-367.

tarafından yapılan ve *déféré préfectoral* (valilik başvurusu)¹⁴⁹ olarak anılan başvuru yoluyla idare yargıcına bırakıldığı tespit edilmektedir (2).

Mahalli idarelerin organları üzerindeki idari denetimin ise idari vesayet ve hatta, ikame yetkisi niteliğindeki yetkiler kullanılarak valiler veya merkezi idare bünyesindeki yetkili diğer makamlar tarafından gerçekleştirildiği (3) anlaşılmaktadır.

1. Fransa 1958 Anayasası Uyarınca Merkezi İdarenin Mahalli İdareler Üzerindeki Denetim Yetkilerinin Amacı

Mahalli idareler üzerine merkezi idarenin denetimi söz konusu olduğunda, Türk hukukunda idari vesayet müessesesi akla gelir. Konuya ilişkin olarak Türk ve Fransız hukuklarındaki anayasa hükümleri birlikte incelendiğinde, söz konusu hukuk sistemlerinin mahalli idarelere yaklaşım farklılığının, mahalli idarelerin merkezi idare tarafından denetlenmesi alanında da farklı sonuçlara neden olduğu, ilk anda dahi görülmektedir. Şöyle ki; 1982 Anayasası uyarınca mahalli idareler ‘karar organları (...) seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir’, dolayısıyla mahalli idarelerin yönetimine ilgili halkın katılımı öngörülmüştür. Ancak demokratik katılım sağlanarak yönetilecek mahalli idarelerin varlık nedeni, ‘il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak’, başka bir deyişle, ilgili mahalde yaşayan halka geniş anlamda kamu hizmeti sunmaktır. Bu durumda aynı yaklaşımın devamı olarak merkezi idareye mahalli idareler üzerinde idari vesayet yetkisi, ‘mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla’ tanınmaktadır.

Fransız hukukunda ise, mahalli idarelerin varlık nedeninin kendi kendini idare eden insan topluluklarına kamu tüzel kişiliği tanımak olduğu anlaşılmakta, demokratik katılımcılığın vurgulandığı dikkat çekmekte, mahalli halka kamu hizmeti sunumu bakımından ise, konuya Türk hukukundaki kadar sistematik şekilde yaklaşmadığı sonucuna varılmaktadır. Zira, ilgili mevzuatta herhangi asgari nüfus mevcudu öngörülmeksizin *commune* (belde) idarelerinin kurulmasının serbest bırakılmış olmasının, bu idarelerin sayısının çok artmasına ancak önemli bir bölümünün kamu hizmeti sunumu için yeterli kaynağa sahip olamamasına ve söz konusu işlevin *établissements publics de coopération intercommunale* (beldelerarası iş birliğine yönelik kamu kurumları) tarafından karşılanmasına neden olduğu anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, merkezi idarenin mahalli idareler üzerindeki denetim yetkilerinin amacı da doktrinde, mahalli kamu yararı karşısında genel kamu yararının korunması veya (özellikle merkezi idarenin, mahalli idareleri ikame etmesi yönünden) kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması gibi nedenlerle açıklanmakta ve bu yetkinin

¹⁴⁹ Fransızca’da *déféré préfectoral* olarak ifade edilen terimin Türkçe’ye ‘valilik başvurusu’ olarak tercümesi için bkz Kemal Gözler, *Mahalli İdareler Hukuku* (1. Baskı, Ekin 2018) 227 ve 233-234.

1958 Anayasası'ndan kaynaklanan sınırının mahalli idarelerin serbest idaresi ilkesi olduğu belirtilmektedir.¹⁵⁰

Merkezi idarenin mahalli idareler üzerinde sahip olduğu denetim yetkilerine ilişkin olarak Türk hukuk sisteminde Anayasa'nın 127'nci maddesinin 5'inci fıkrasındaki düzenlemenin¹⁵¹ muadili olarak ise, merkezi idarenin Fransız hukukunda sahip olduğu denetim yetkilerinin anayasal dayanağı olan 1958 Anayasası'nın 'Cumhuriyetin mahalli idarelerinde devletin temsilcisi, hükümetin üyelerinden her birini temsilen, ulusal yararlar, idari denetim ve kanunlara uyulmasını sağlamakla görevlidir'¹⁵² hükmü gösterilmektedir ve bu fıkrada 'devletin temsilcisi' olarak anılan kamu görevlisi, kural olarak validir.¹⁵³

Türk hukukunda dayanağını Anayasa'da bulan idarenin bütünlüğü ilkesinin¹⁵⁴ ise, Fransız idare hukukunda üniter devlet ilkesiyle karşılandığı¹⁵⁵ ve 1958 Anayasası'nın teşkilatlanmanın *décentralisation* (yerinden yönetim) esasına dayandığını belirten cümlesinden hemen önce, 'Fransa bölünmez (...) bir Cumhuriyettir' şeklinde ifade edildiği görülmektedir.¹⁵⁶

2. Mahalli İdarelerin İşlemleri Üzerinde Merkezi İdarenin Denetim Yetkisi: *Déféré Préfectoral* (Valilik Başvurusu)

Yerinden yönetim esasının Fransız hukukundaki gelişimi konusunda XX. yüzyıldaki ilk büyük adım olarak değerlendirilebilecek 1982-213 sayılı Kanun'un yayımlanmasına kadar geçen sürede uygulandığı şekliyle mahalli idarelerin işlemleri üzerindeki idari vesayet yetkisi, kanunla öngörülen, (kural olarak) vali tarafından kullanılan, mahalli idarelerin bütçelerine ilişkin işlemlerini de kapsayan, işlemler tesis edilmeden önce verilen izin veya tesis edildikten sonra verilen onay ya da valinin, yetkili mahalli idare makamlarını ikame etmesi yetkilerini kapsayan, hukuka

¹⁵⁰ Bertrand Faure, *Droit des collectivités territoriales* (6^e édition, Précis, Dalloz 2021) para 846-847.

¹⁵¹ Bilindiği gibi 1982 Anayasası'nın 127'nci maddesinin 5'inci fıkrası şöyledir: 'Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir'.

¹⁵² Yukarıda Türkçe tercümesi verilen, 1958 Anayasası'nın 72'nci maddesinin 6'ncı fıkrasının Fransızca metni şöyledir: '*Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'Etat, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois*'.

¹⁵³ Faure, *Droit des...* (n 150) para 834; Lepretre (n 119) 145.

¹⁵⁴ Türk Anayasa Mahkemesi, idarenin bütünlüğü ilkesi ile idari vesayet arasındaki bağlantıyı şöyle açıklamaktadır: 'İdarenin bütünlüğü, üniter devlet modelinin yönetim alanındaki temel ilkesidir. İdarenin bütünlüğü ilkesiyle idari görevleri yerine getiren kurumlar arasında birliğin sağlanması ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içinde çalışması öngörülmektedir. Bu ilke, merkezin denetimi ve gözetimi ile hayata geçirilmekte ve yönetimde bütünlüğü sağlamak için başlıca iki hukuksal araç olan hiyerarşi ve idari vesayet kullanılmaktadır. Hiyerarşi, merkezi yönetim içinde yer alan örgütler ve bunlara bağlı birimler arasındaki, idari vesayet ise merkezi yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünleşmeyi sağlamaktadır' (bkz Anayasa Mahkemesi, E 2018/7, K 2018/80, T 05.07.2018, Resmî Gazete (RG) 06.10.2018-30557 [31]).

¹⁵⁵ Faure, *Droit des...* (n 150) para 834; Lepretre (n 119) 145.

¹⁵⁶ 1958 Anayasası md 1/1.

uygunluk olduğu kadar yerindelik denetimini de içeren, en ağır şekilde *commune*'ler (beldeleri) üzerinde etki doğuran bir idari denetim yetkisiydi.¹⁵⁷

Fransız hukukunda 2 Mart 1982 Kanunu'yla birlikte, mahalli idarelerin işlemleri üzerinde merkezi idarenin sahip olduğu idari vesayet denetimine ilişkin önemli bir değişim gerçekleştirilmiştir. Bu Kanunla birlikte mahalli idarelerin işlemleri üzerinde idari vesayet yetkisi, vali tarafından ve işlem yürürlüğe girdikten sonra, mahalli idarelerin serbest yönetimi ilkesi gözetilerek ve hukuka uygunluk denetimiyle sınırlı olarak gerçekleştirilen bir inceleme ve bu inceleme neticesinde hukuka aykırı bulunan işlemler için de valinin (ihtiyari) başvurusu üzerine (bu başvuru, *déféré préfectoral* olarak anılmaktadır) idare yargıcı tarafından gerçekleştirilen bir yargısal denetim yetkisine dönüşmüştür.¹⁵⁸ Bu kapsamda, valinin incelediği işlem ve idari sözleşmeleri valilik başvurusuna konu edip etmemekte takdir yetkisinin bulunduğu ve menfi yöndeki kararlarının iptal davasına konu edilemeyeceğinin belirtildiği¹⁵⁹ dikkat çekmektedir.

Bu değişiklikten sonra, 1958 Anayasası'nda yapılan 28 Mart 2003 değişikliği sonucunda *tutelle* (vesayet) teriminin yerini *contrôle administratif* (idari denetim) terimi almış olup, 1958 Anayasası'nın 72'nci maddesinin 6'ncı fıkrasındaki *contrôle administratif* (idari denetim) terimi, yine aynı maddede öngörülen genel yetki hükmüne karşın, mahalli idarelerin işlemleri üzerinde idari vesayet yerini alan bu denetim yetkisine işaret etmektedir.

Déféré préfectoral (valilik başvurusu) *commune* (belde), *département* (il) ve *région* (bölge) idarelerinin genel düzenleyici ve bireysel işlemlerine, taraf oldukları idari sözleşmelere, ayrıca hazırlık işlemlerine, zimni red kararlarına ve yoklukla batıl olan işlemlerine, bu işlemler arasında valiliğe gönderme zorunluluğu bulunmayanları da kapsayan şekilde uygulanmakta olup, vali idare yargıcına başvurmadan önce ilgili mahalli idareden söz konusu işlemi gözden geçirmesini talep etme yetkisini de haizdir.¹⁶⁰

Déféré préfectoral (valilik başvurusu) vali tarafından resen veya hukuka aykırılığı ileri sürülen işleme dava açmakta menfaati bulunan bir kişiden gelen talep üzerine, ilgili idari işlem veya sözleşmeden kaynaklanan hukuka aykırılıklar konusunda görevli ve yetkili olan ilk derece idare mahkemesine yapılmakta, bu kapsamda idare mahkemesi bireysel ve genel düzenleyici işlemler için iptal davasında, idari sözleşmeler için ise tam yargı davasında sahip olduğu yetkiler çerçevesinde denetim gerçekleştirmekte, ilk derece mahkemesi yargıcının vereceği karara karşı istinaf ve (yetkili bakanın başvurusu halinde) temyiz yolu açık bulunmaktadır.¹⁶¹

¹⁵⁷ Faure, *Droit des...* (n 150) para 845.

¹⁵⁸ Pierre Villeneuve, 'Relations Etat-collectivités territoriales : l'examen du contrôle de légalité' (2022) (2) *Actualité Juridique Collectivités Territoriales* <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 3 Mart 2022.

¹⁵⁹ Konuyla ilgili Fransız Danıştay kararı için bkz Conseil d'État sect, 25 janvier 1991, Brasseur (Quillien (n 9) 310).

¹⁶⁰ Faure, *Droit des...* (n 150) para 853-858.

¹⁶¹ Faure, *Droit des...* (n 150) para 861-862-865-867.

Temel özellikleri yukarıda özetlenen *déféré préfectoral* (valilik başvurusu) müessesesi kapsamında yapılan başvurular ilgili idari işlem veya sözleşmenin yürütmesini durdurmadığından, vali esas başvurusunun yanı sıra ilgili idari işlemlerin veya henüz imzalanmamış olmak şartıyla idari sözleşmelerin yürütmesinin durdurulmasını talep edebilir ya da bireysel veya kamusal bir özgürlüğün ihlalinin söz konusu olduğu durumlarda, görevli ve yetkili mahkeme başkanı tarafından 48 saat içinde ivedi olarak karara bağlanmak üzere ilgili işlem için yürütmenin durdurulmasını talep edebilir veya kamu ihaleleri ile şehircilik ve kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri alanlarındaki işlemlere ilişkin olarak yaptığı başvuru kapsamında talep etmesi halinde, söz konusu işlemin bir ay süreyle yürütmesinin durdurulmasına karar verilebilir.¹⁶²

Yukarıda değinilen alanlarda uygulamaya ilişkin olarak doktrinde yer alan tespitler ise, yukarıda ifade edilen gelişmelerden beklenen faydanın elde edilemediğine işaret etmektedir. Zira, 2003 ve 2007 yıllarında ilgili bakanlıklarda görevli müfettişler tarafından gerçekleştirilen iki denetim çalışması sonucunda, merkezi idarenin mahalli idarelerin büyük miktardaki idari işlemini kısa süreler içinde incelemek durumunda olduğu, söz konusu incelemelerde uygulanabilecek stratejinin ulusal düzeyde koordinasyondan yoksun olmanın ötesinde, uygulamanın valiler tarafından yeknesaklıktan uzak ve benzer hukuka aykırılıklar karşısında farklı sonuçlara varılabilen şekilde gerçekleştirildiği tespit edilmiş ve özellikle mahalli idarelerin bütçelerine ilişkin hukuka uygunluk denetimleri kapsamında valilerin zarara yol açan ağır kusurlu işlemleri nedeniyle idarenin sorumluluğuna gidildiği¹⁶³ belirtilmiştir. Bu durum karşısında çeşitli kanunlar ve bunlara dayanan genelgeler yoluyla, mahalli idareler tarafından tesis edilen bireysel işlemlerin valilere iletilmesi için on beş günlük süre öngörüldüğü, elektronik iletim yollarının kullanılmasının teşvik edildiği, hukuka uygunluk denetiminin ulusal öncelikler (şehircilik, kamu alımları, mahalli idarelerin personeli), yerel öncelikler ve öncelikli olmayan işlemler gibi konu bakımından gruplara ayrıldığı, valilere gönderilmesi zorunlu olan bireysel işlemlerin kapsamının zaman içinde daraltıldığı ve valilerin yetkili oldukları ildeki denetim stratejilerini belirleyerek, yıllık rapor hazırlamalarının düzenlendiği¹⁶⁴ görülmektedir.

Ne var ki Fransız Sayıştay'ının 2013 yılında 'hukuka uygunluk denetiminin körelidiği'ne işaret ettiği ve üç yıl sonra yaptırdığı geniş kapsamlı bir saha araştırmasıyla da tüm iyileştirme çalışmalarına karşın 'gerçekleştirilen denetimlerin etkisizliği'ni ortaya koyduğu, son dönemde ise mahalli idareler ve bunların bağlı idareleri tarafından tesis edilen işlemlerin yayımlanması, yürürlüğe girmesi ve muhafazası usullerinin basit, uyumlu ve modern hale getirilmesi için hükümete

¹⁶² Faure, *Droit des...* (n 150) para 872-874-876-877-878-880.

¹⁶³ Conseil d'État 6 octobre 2000, *Ministre de l'Intérieur v Commune de Saint-Florent et autres* (bkz Quillien (n 9) 314).

¹⁶⁴ Quillien (n 9) 314.

yetki verildiği, ayrıca, belediye başkanlarının işlem tesis ederken uygulayacakları düzenlemeleri yorumlamakta tereddütte düştikleri durumlarda valilerden (sonraki aşamalarda valiler için bağlayıcı olacak nitelikte) görüş almaları imkanını getiren *rescrit normatif* (normatif talimat) usulünün öngörüldüğü¹⁶⁵ dikkat çekmektedir.

3. Mahalli İdarelerin Organları Üzerinde Merkezi İdarenin İdari Vesayet ve İkame Yetkileri

Muhtelif kaynaklarda Fransız hukukunda idari vesayet yetkisinin kaldırıldığı ifade edilmiş olsa da bu tespitler gerçekte örtüşmemekte, hizmet bakımından yerinden yönetim idarelerinin ve mahalli idarelerin organları üzerinde merkezi idarenin idari vesayet yetkilerinin halihazırda mevcut olduğu görülmektedir.¹⁶⁶ Bu kapsamda, halkoyuyla göreve gelen mahalli idare organları üzerinde merkezi idarenin haiz olduğu yetkiler olarak karşımıza çıkan idari vesayet yetkileri için verilebilecek örnekler şöyledir: Belediye başkanı ve yardımcılarının bakanlık kararıyla bir aya kadar görevden uzaklaştırılması, belediye başkanı ve yardımcılarının Bakanlar Kurulunun gerekçeli kararıyla görevden alınması, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde il valisi kararıyla belediye meclisinin yetkilerinin bir ay süreyle askıya alınması, belediye meclisinin gerekçeli Bakanlar Kurulu Kararnamesiyle feshi.¹⁶⁷ Belde belediye meclislerinin, il meclislerinin veya bölge meclislerinin bu şekilde feshedilmesi halinde iki ay içinde yeniden seçime gidilecek olup, o zamana kadar beldeler için il valisinin görevlendireceği üç ilâ yedi üyeden oluşan bir kurul kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması bakımından gerekli ve/veya acil kararları alacak, il idareleri ve bölge idarelerinin karar organları olan meclis başkanları acil işlerin görülmesine yönelik kararları almakla yetkili olacak ve bu kararlar, ilgisine göre, il veya bölge valisinin onayıyla yürürlüğe girecektir.¹⁶⁸

Organlar üzerinde idari vesayet yetkilerinin yanı sıra, Türk hukukunda da Anayasa Mahkemesi kararlarına¹⁶⁹ konu olan, merkezi idarenin, yerinden yönetim idarelerinin yerine geçerek icraî karar alması (ikame) sonucunu doğuran yetkilerin, idari vesayetin en sert uygulanma biçimi olarak nitelendirilerek¹⁷⁰ Fransız hukukunda yer bulduğu

¹⁶⁵ Quillien (n 9) 316.

¹⁶⁶ Jean-Marie Pontier, 'Les contrôles et la tutelle' (2022) (23) AJDA <<https://www.dalloz.fr/documentation>> Erişim Tarihi 15 Ağustos 2022.

¹⁶⁷ Chretien, Chiffot & Tourbe (n 12) para 350; Quillien (n 9) 304.

¹⁶⁸ Quillien (n 9) 304.

¹⁶⁹ Konuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'ne göre idari vesayet yetkisi, vesayet makamları tarafından '(...) yerinden yönetim kuruluşunun işlemlerini iptal, onama, erteleme, izin verme, tekrar görüşülmesini isteme, düzeltme şeklinde kullanılabilmesi gibi bunların organlarının kararlarına karşı idari yargı mercilerinde dava açma yetkisi şeklinde de kullanılabilir. Buna karşılık vesayet yetkisi kural olarak merkezi idareye, yerinden yönetim kuruluşları yerine geçerek icraî karar alma yetkisi vermez. Ancak, Anayasa Mahkemesi kararlarında da vurgulandığı gibi yerinden yönetim kuruluşlarının kanunla kendilerine verilen görevleri hiç yapmaması veya kanunun öngördüğü şekilde yapmaması gibi kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarda kanunla öngörülmek kaydıyla, merkezi idareye yerinden yönetim kuruluşunun yerine geçerek karar alma yetkisi tanınabilir' (bkz Anayasa Mahkemesi, E 2013/19, K 2013/100, T 12.09.2013, RG 18.09.2014-29123).

¹⁷⁰ Quillien (n 9) 299.

dikkat çekmektedir. 2000’li yıllardan itibaren gerçekleştirilen kanun değişiklikleriyle ikame yetkilerine ilişkin düzenlemelerin arttığını belirtmekte ve sosyal konut inşasına ilişkin yetkiler bu düzenlemelere örnek olarak verilmektedir.¹⁷¹

Öte yandan, yukarıda açıklanan *commune* (belde) belediye başkanlarının merkezi idareyle hiyerarşik ilişki içinde sahip oldukları yetkilerin bazıları için de valilere, belediye başkanlarının yerine geçerek işlem yapma yetkisinin kanunla tanındığı görülmekte olup, bu kapsamdaki (örneğin il sınırları içindeki beldelerin hepsi veya bir bölümü için gerekli görülen kolluk tedbirlerinin alınması gibi) yetkilerin valiler tarafından kullanılabilmesi için öncelikle belediye başkanlarının ilgili yetkilerini gereği gibi kullanamamalarının arandığı¹⁷² belirtilmelidir.

Sonuç

Türk idare hukukunun ve bu kapsamda Türk idari teşkilatının düzenlenmesinde Fransız idare hukukundan yararlanılmış olmakla birlikte, mahalli idarelerin teşkilatlanması, görev ve yetkileri ile işleyişi alanındaki güncel düzenlemeler, her iki hukuk sistemi arasında önemli farklar bulunduğunu göstermektedir.

Nitekim, Fransız hukukunda mahalli idarelerin merkezi idareyle ilişkilerinin, bu kapsamda da *décentralisation* (yerinden yönetim) esasının merkezden yönetim esası karşısındaki gelişiminin, Fransa’da 2022 yılı Şubat ayında yayımlanan ve konuya ilişkin düzenlemeler de içeren 2022-217 sayılı Kanun’la getirilen son değişiklik ve yenilikler gözetilerek incelendiği bu çalışmada öncelikle, Fransız hukukunda mahalli idareler kategorisini adlandırmakta kullanılan *collectivité territoriale* (mülki topluluk) terimi üzerinde durulmuştur. Bu terimde yerelliğe işaret eden *territoriale* (mülki) esasen merkezden yönetim ilkesine gönderme yapmakta, idare sözcüğünün Fransızca karşılığı olan *administration* (idare/yönetim) sözcüğü ise hiçbir şekilde yer almamaktadır. Fransa’da halen yürürlükte olan 1958 Anayasası’nın 34’üncü maddesinde yer alan *collectivité locale* (mahalli/yerel topluluk) teriminin ise, 2003 Anayasa değişiklikleri çerçevesinde *collectivité territoriale* (mülki topluluk) olarak değiştirilmesinin bir rastlantı değil, Fransa’da merkezden yönetim geleneğinin ağırlıklı olduğunun açık bir göstergesi olduğu düşünülmektedir.

Décentralisation (yerinden yönetim) esasının merkezden yönetim gölgesindeki gelişiminin, 2022-217 sayılı Kanun’la getirilen düzenlemelere de değinilerek incelendiği ikinci başlık altında, yerinden yönetim ilkesinin 1958 Anayasa’sında ancak 2003 yılında yer bulabildiği görülmüştür. Bu zamana kadar geçen sürede, mahalli idarelerin serbest yönetimi ilkesinin, merkezi yönetim karşısında mahalli idarelerin idari özerkliğini sağlamada önemli rol oynadığı tespit edilmiştir. Öte

¹⁷¹ ibid 298.

¹⁷² ibid 91.

yandan, Fransız hukukunda mahalli idarelerin idari özerkliğini destekleyen bir diğer ilkenin ise *clause générale de compétence* (genel yetki hükmü) olduğu görülmüştür. 1982 yılında mahalli idareleri güçlendirmek amacıyla yapılan düzenlemeler kapsamında genel yetki hükmünün uygulama alanının *commune* (belde) idarelerinin yanı sıra, mahalli idare statüsündeki *département* (il) ve *région* (bölge) idarelerinin de yararlanacağı şekilde genişletildiği, ancak sonraki yıllarda sadece *commune* (belde) idarelerinin bu kapsamda bırakıldığı ve bu durumun olumsuz etkilerinin ancak Şubat 2022’de yayımlanan 2022-217 sayılı Kanun’la getirilen belki de en önemli yenilik olan farklılaşma (*différenciation*) ilkesi hayata geçirilerek ortadan kaldırılmasının amaçlandığı anlaşılmıştır.

Fransa’da mahalli idarelerin teşkilatlanması ve işleyişi, mahalli idarelerin merkezi idareyle ilişkilerine ilişkin tespitler de ortaya konarak üçüncü başlık altında incelenmiştir. *Décentralisation* (yerinden yönetim) esasının 1982’den başlayarak, özellikle de 2003 yılında anayasal güvenceye kavuşmasıyla birlikte Fransız hukukunda güçlendiği açıktır. Ancak 2022 yılı Şubat ayında yayımlanan 2022-217 sayılı Kanun’la devam ettiği görülen, yerinden yönetim esasının güçlendirildiği ve zayıflatıldığı düzenlemelerle devam ettiği görülen bu sürecin, merkezi idarenin mahalli idareler üzerindeki gölgesini ortadan kaldırmadığı sonucuna varılmıştır. Zira, halkoyuyla göreve gelen *commune* (belde) belediye başkanlarının belirli konulara özgü olarak merkezi idareyle alanlardaki hiyerarşik ilişki devam etmektedir. Diğer yandan, kuruluş koşulu olarak asgari nüfus mevcudu şartı aranmaması nedeniyle sayısı otuz beş bine yakın *commune* (belde) bulunmasının, bu idarelerin bir bölümünü mahalli kamu hizmetlerini kaynak yetersizliği nedeniyle sunamayacak hale getirdiği görülmektedir. Bu durumda söz konusu hizmetler ve zaman içinde ortaya çıkan yeni bir görev olarak da bölgesel kalkınma projeleri *établissements publics de coopération intercommunale* (beldelerarası iş birliğine yönelik kamu kurumları) tarafından gerçekleştirilmektedir. Mahalli idare statüsündeki *département* (il) ve *région* (bölge) idarelerinin yetkilerinin genişletilmesine yönelik düzenlemeler yapılmış olmakla birlikte, bu idarelerin genel yetki hükmü kapsamında çıkartılmış olmalarının olumsuz etkilerinin halen sürdüğü, maddi kaynaklarının sınırlı olduğu, 2022-217 sayılı Kanun’un *département* (il) idarelerini güçlendirdiği ancak beldelerarası iş birliğine yönelik kamu kurumlarının işleyişini sekteye uğratabilecek nitelikte düzenlemeler içerdiği doktrinde ifade edilmektedir.

Fransız hukukunda merkezi idarenin mahalli idareler üzerindeki idari denetim yetkileri ise dördüncü ve son başlık altında ele alınmıştır. Öncelikle, Türk hukukunun aksine söz konusu idari denetim yetkilerinin anayasal dayanağının Fransız hukukunda açıkça ifade edilmediği, doktrinde ise mahalli kamu yararı karşısında genel kamu yararının korunması veya kamu hizmetlerinin sürekliliğinin sağlanması gibi gerekçelerle açıklandığı dikkat çekmiştir. Ayrıca, mahalli idarelerin işlemleri

üzerinde vali tarafından kullanılan idari vesayet yetkisinin 2 Mart 1982 Kanunu'yla kaldırıldığı, bu yetkinin yerini, ilgili idari işlem veya idari sözleşmeden kaynaklanan hukuka aykırılıklar konusunda vali tarafından görevli ve yetkili ilk derece idare mahkemesine yapılan *déféré préfectoral* (valilik başvurusu) müessesesinin aldığı görülmüştür. 2003 değişiklikleriyle birlikte 1958 Anayasası'ndan da *tutelle* (vesayet) teriminin kaldırıldığı, yerine *contrôle administratif* (idari denetim) teriminin kullanıldığı, ne var ki merkezi idarenin mahalli idarelerin organları üzerindeki idari vesayet yetkisine ilişkin düzenlemelerin halen varlığını koruduğu, ikame yetkisine ilişkin düzenlemelerin de mevzuatta yer aldığı anlaşılmıştır. Tüm bu incelemeler neticesinde, bir yandan *déféré préfectoral* (valilik başvurusu) müessesesinin işleyişinde yeknesaklık sağlanamamasının önemli sorunlara yol açtığı, diğer yandan merkezi idarenin güçlü idari denetim yetkilerinin halihazırda da mevcut olduğu görülmüştür.

Tüm bu tespitlerden hareketle, Fransız hukukunda 2003 yılında yapılan değişiklikle 1958 Anayasası'na eklenmiş olan Cumhuriyetin 'teşkilatlanması *décentralisation* (yerinden yönetim) esasına dayanır' ifadesi karşısında ilk anda akla gelen güçlü bir yerinden yönetim anlayışının hayata geçirilmesine elverişli hukuki çerçevenin mevcut olmadığı, Fransa'da son yirmi yılda mahalli idareleri güçlendirmeye yönelik anayasa ve kanun değişiklikleri olduğu gibi, bu değişikliklerden geri adım atma sonucunu doğuran düzenlemelerin de yürürlüğe konabildiği, önemli büyüklükteki toplumsal olaylardan kaynaklanan bir tartışma sürecinin sonucu olarak 2022 yılının Şubat ayında yürürlüğe giren 2022-217 sayılı Kanun'un *décentralisation* (yerinden yönetim) esasını güçlendirmek bakımından beklenen önemli değişiklikleri getirmemesinin yanında, *département* (il) idarelerinin yetkilerini artırmakla birlikte beldelerarası iş birliğine yönelik kamu kurumlarının işleyişini sekteye uğratabilecek nitelikte düzenlemeler içerdiği, dolayısıyla *décentralisation* (yerinden yönetim) esasının güçlendirilmesi konusunda Fransız hukuk sisteminin kendinden emin olmadığı sonucuna varılması kaçınılmazdır.

Bu tespitler ışığında, Türk hukukunun mahalli idareleri Fransız hukukundan çok daha sistematik şekilde yapılandığı, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan karar organları ve mahalli müşterek ihtiyaçları karşılamak amaçlarının yanı sıra il özel idareleri ve belediyelere ek olarak köy idarelerinin de oluşturulmasının, kuruluştaki kural olarak asgari nüfus koşulunun karşılanmasının aranmasının isabetli bulunduğu ve Fransa uygulamasının, Türk idare hukuku için örnek oluşturmaktan büyük ölçüde uzak olduğu değerlendirilmektedir.

Fransız hukuku bakımından ise, merkezden yönetim ve yerinden yönetimin yanı sıra üçüncü bir idari teşkilatlanma modeli olarak ileri sürülen *la sémi-*

decentralisation (yarı-yerinden yönetim) modelinin ve yine bu kapsamda, hiyerarşi ve idari vesayet yetkilerinin yanı sıra, üçüncü bir idari denetim mekanizması olarak önerilen (merkezden yönetimin yerinden yönetim üzerinde veya gerekmesi halinde, bir mahalli idarenin diğeri üzerinde sahip olabileceği) *pouvoir de consentement*'ın (rıza yetkisinin),¹⁷³ idari işleyişe ilişkin ihtiyaçları halihazırda uygulanmakta olanlara oranla daha etkin şekilde karşılayabileceği ihtimalini incelemek isabetli olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Aubelle V & Kerrouche E, *La Décentralisation. Pour, contre ou avec l'Etat ?* (1^{er} édition, La Documentation Française 2022).

Brisson J-F, 'La loi du 21 février 2022 et la décentralisation' (2022) (24) AJDA <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 4 Ağustos 2022.

Çalış Y, 'Türkiye'de Merkezi ve Yerel Yönetim Yapılanması Almanya ve Fransa Modeli ile Karşılaştırmalı Analizi' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Anabilim Dalı, Mahalli İdareler ve Yerinden Yönetim Bilim Dalı 2012) Ulusal Tez Merkezi Tez no 331225, 57 <<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2022.

Chretien P, Chiffot N & Tourbe M, *Droit Administratif* (17^{em} édition, Sirey Université 2020).

Dantonel-Cor N, 'Département : organisation générale' (2015) Encyclopédie des collectivités locales, Chapitre 1 (folio n°1610) para 12 <<https://www.dalloz.fr/>> Erişim Tarihi 10 Haziran 2022.

Douence J-C, 'Statut constitutionnel des collectivités territoriales' (2021) Encyclopédie des collectivités locales, Chapitre 1 (folio n° 60) para 27-28 <https://www.dalloz.fr/documentation> Erişim Tarihi 10 Haziran 2022.

Eisenmann C, *Cours de droit administratif* (No 57, Tome 2, LGDJ 2013).

Exposé des motifs de la Loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale, <https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000043496065/?detailType=EXPOSE_MOTIFS&detailId=>> Erişim tarihi 30 Ağustos 2022.

Faure B, *Droit des collectivités territoriales* (6^e édition, Précis, Dalloz 2021).

— 'Différenciation' (2022) (24) AJDA <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 4 Ağustos 2022.

— 'La clause générale de compétence et le chercheur' (2015) (33) AJDA <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2022.

¹⁷³ Fransız idare hukuku doktrininde 1960'lı yılların ikinci yarısında ileri sürüldüğü belirtilen *la sémi-decentralisation* (yarı-yerinden yönetim) modeli ve bu model çerçevesinde yer bulan bir idari denetim mekanizması olarak *pouvoir de consentement* (rıza yetkisi) için bkz Charles Eisenmann, *Cours de droit administratif* (No 57, Tome 2, LGDJ 2013) 285.

- Ferreira N, 'La différenciation des compétences : réelle innovation ou mystification ?' (2022) (5) Actualité Juridique Collectivités Territoriales 240, 243 <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.
- 'Variations sur un même thème ou la question du droit commun des collectivités territoriales à statut particulier' (2022) (7-8) Actualité Juridique Collectivités Territoriales 352 <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 15 Temmuz 2022.
- Gözler K, *Mahalli İdareler Hukuku* (1. Baskı, Ekin 2018).
- *Mahalli İdareler Hukukuna Giriş* (1. Baskı, Ekin 2018).
- 'Türk Belediye Sistemi Üzerinde Fransız Etkisi: 3 Nisan 1939 Tarihli Belediye Kanunu Fransa'dan mı İktibas Edilmiştir?' (2019) 28(1-2) Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi 1.
- Gweltaz E, 'Le volet simplification de la loi 3DS' (2022) (24) AJDA <<https://www.dalloz.fr/documentation/>>, Erişim Tarihi 4 Ağustos 2022.
- Institut national de la statistique et des études économiques, <<https://statistiques-locales.insee.fr/#bbox=-681010,5873534,1539409,911465&c=indicator&view=map2>> Erişim Tarihi 10 Temmuz 2022.
- Institut national de la statistique et des études économiques, <<https://statistiques-locales.insee.fr/#bbox=-1093131,6661164,2715020,1607529&c=indicator&view=map3>> Erişim Tarihi 10 Temmuz 2022.
- Jacquemoire P, 'Le maire, agent de l'État : un concentré de déconcentration' (2022) (2) Actualité Juridique Collectivités Territoriales <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 22 Mart 2022.
- Kada N, 'Déconcentration: un D peut en cacher un autre' (2022) (24) AJDA <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2022.
- Kaman N, 'Mahalli İdarelerin Yetkilerinin ve Sınırlarının Kaynağı Olarak Mahalli Müşterek İhtiyaç' (2020) 7 (1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 74.
- Lepretre P, *Les collectivités territoriales* (2^{ème} édition, Gualino, Lextenso 2018).
- Letanoux M, 'Quelle intercommunalité après la loi 3DS ?' (2022) (5) Actualité Juridique Collectivités Territoriales <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.
- Marcou G, 'L'Etat, la décentralisation et les régions' (2015) (156) Revue française d'administration publique 901.
- Onar S S, *İdare Hukukunun Umumi Esasları* (Cilt I, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası 1966).
- *İdare Hukukunun Umumi Esasları* (Cilt II, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası 1966).
- Paillet G, 'Différenciation, décentralisation, déconcentration et simplification de l'action publique locale : le projet de loi 3DS a été adopté' (2022) (2) Actualité Juridique Collectivités Territoriales <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 3 Mart 2022.
- Plessix B, *Droit administratif général* (2^{ème} édition, LexisNexis 2018).
- Pontier J-M, 'Les contrôles et la tutelle' (2022) (23) AJDA <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 15 Ağustos 2022.
- Pontier J-M, 'Loi 3DS : sélection à faire dans un catalogue' (2022) (5) Actualité Juridique Collectivités Territoriales 233 <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.
- Pontier J-M, 'Problèmes de compensation : entre les collectivités territoriales, aussi' (2022) (9) AJDA <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 2 Nisan 2022.
- Quillien P-J, *Les collectivités territoriales en 75 fiches* (7^{ème} édition, Ellipses 2022) 322.

- Regourd C, 'Libre administration et intercommunalité' (2018) (41) AJDA <<https://www.dalloz.fr/documentation>> Erişim Tarihi 28 Nisan 2022.
- Sebbane L, 'Stabilité du nombre de communes et d'EPCI à fiscalité propre en 2021 et ralentissement de la baisse du nombre de syndicats' (2022) (163) Bulletin d'information statistique, Ministère de la cohésion des territoires et des relations avec des collectivités territoriales, Direction générale des collectivités locales, <https://www.cohesion-territoires.gouv.fr/sites/default/files/2022-03/BIS_163%20interco%202022.pdf> Erişim Tarihi 17 Temmuz 2022.
- Sezer Ö & Vural T, 'Kamu Hizmetlerinin Sunumunda Devletin Değişen Rolü ve Merkezi Yönetim ile Yerel Yönetimler Arasında Yetki ve Görev Paylaşımı' (2010) Temmuz Aralık (159) Maliye Dergisi 205.
- Steckel-Assouère M-C, 'Loi 3DS : le retour de l'État départemental ?' (2022) (5) Actualité Juridique Collectivités Territoriales <<https://www.dalloz.fr/>>, Erişim Tarihi 1 Eylül 2022.
- Verpaux M, Rimbault C & Waserman F, *Les collectivités territoriales et la décentralisation* (12^{ème} édition, La Documentation Française 2021).
- Villeneuve P, 'Relations Etat-collectivités territoriales : l'examen du contrôle de légalité' (2022) (2) Actualité Juridique Collectivités Territoriales <<https://www.dalloz.fr/documentation/>> Erişim Tarihi 3 Mart 2022.

YAYIN KURALLARI / PUBLICATION PRINCIPLES

1. İstanbul Hukuk Mecmuası, ESCI ve ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) olarak yayımlanır.
Istanbul Law Review is a peer reviewed Journal that is published four times a year (in March, June, September and December) and indexed by ESCI and ULAKBİM.
2. Mecmua’ya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.
The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be required to sign a letter of undertaking.
3. Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve işbu yayının ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, buradaki kurallar doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, incelenen konu bakımından gerekli olan yerli ve yabancı kaynakların tüketilmemiş olması, bilimsel ölçütlere ve akademik etik prensiplere uyulmaması, makale konusunun teori ve/veya uygulama açısından güncel bir değerinin/öneminin bulunmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından reddi için yeterlidir.
Articles that are considered as unsuitable with the publication principles by the Editorial Board are sent back to the author without review. It is sufficient for the article to be rejected by the Editorial Board if the spelling errors are extraordinary, the domestic and foreign resources required for the subject being examined are not utilized, the scientific criteria academic ethical principles are not complied with, the article subject does not have an up-to-date significance in terms of theory and-or practice.
4. Yazı, hakemlere gönderilmeden önce özel bilgisayar programları yardımı ile intihal incelemesine tabi tutulur. İlgili yazılım raporunun editöryel incelemesi kapsamında, dijital benzerlik oranının % 20’nin üzerinde çıkması, yazının reddi için yeterlidir.
Before the article is sent to the referees, it is subjected to plagiarism examination with the help of special computer programs. If the digital similarity rate is above 20%, it is sufficient for the rejection of the article within the scope of the editorial review of the related software report.
5. Mecmua’da yayımlanacak makalenin, en üstün akademik standartlara uygun şekilde kaleme alınmış olması esastır. Bu çerçevede yazarlardan/yazılardan doktora/doçentlik tezi seviyesinde bir entelektüel çaba ve katkı beklenir.
The article to be published in the journal must be written following the highest academic standards. In this context, intellectual background and effort at the level of doctoral or associate professorship thesis are expected from the authors.

6. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Hakem aşamasının asgari ve/veya azami bir süresi yoktur. Bu konunun takibi, münhasıran Editörler Kurulu'na ait bir görev ve yetki olup, yazı sahiplerinin doğrudan veya dolaylı şekilde bu aşamaya müdahale etmeleri etik ihlal sayılır.

Papers that are approved by the Editorial Board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality. The referee phase does not have a minimum or maximum duration. The follow-up of this issue is a duty and authority exclusively belonging to the Editorial Board.

7. Hakem raporlarının sonucunda yazının/eserin nihai olarak yayımlanıp yayımlanmayacağı ve yayımlanacaksa yazının Mecmua'nın hangi sayısında yer alacağı hususunda nihai takdir yetkisi ve sorumluluğu, Editörler Kurulu'na aittir. Tek bir olumsuz hakem raporunun varlığı, makalenin yayımlanmaması için yeterlidir.

As a result of the referee reports, the final discretion and responsibility regarding whether the article will be finally published and if it will be published, in which issue of the Journal, the editorial board is responsible. The existence of a single rejection-negative referee report is sufficient to prevent the article from being published.

8. Hakem aşamasının tamamlanmış olması, yazarlara makalenin yayımlanacağını gösterir özel/resmi bir belge talep etme yetkisi vermez. Yazarlar, bu konunun bilincinde ve sorumluluğunda olarak makalelerinin Mecmua'da yayımlanması ve hakem incelemesine tâbi tutulması başvurusunda bulunmaktadır.

The completion of the referee stage does not give authors the authority to request a private or official document indicating that the article will be published. The authors, with the awareness and responsibility of this issue, apply for their articles to be published in Istanbul Law Review and to be subjected to peer review.

9. Yazarlar; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address.

10. Mecmua'nın yazı dili Türkçe ve İngilizcedir. Makalelerde 250 kelimedenden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmeli ve en az 5 en çok 15 anahtar kelimenin de Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir. Özetleri takiben Türkçe ve İngilizce dilindeki tüm makaleler için ayrıca 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. Yayın başvurusuna konu edilen makalenin -dipnotlar dâhil olmak üzere- en fazla 20.000 kelimedenden oluşması gerekir. Asgari bir kelime sınırı yoktur.

The Review accepts and publishes articles written in Turkish and English. The articles must include Turkish and English abstracts consisting of at least 250 and at most 300 words and at least five and at most fifteen keywords must be added to the paper in Turkish and English languages. Following the abstracts, there must also be an extended summary of 600-800 words for all the articles both in English and Turkish. The article subject to the publication application must contain a maximum of 20,000 words, including footnotes. There is no minimum word limit.

11. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir. Atıflar OSCOLA atıf sistemi esas alınarak yapılmalıdır. Aksi takdirde makale hakem ataması yapılmaksızın yazara düzeltmeleri yapması için geri gönderilir. Türkçe makalelerdeki kısaltmalar ve diğer hususların ilan edilen yazım kuralları uyarınca yapılması gerekmektedir. Söz konusu atıf kurallarına <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm> adresi üzerinden ulaşılabilir.

The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page. Citations must be made based on the OSCOLA citation system. Otherwise, the article is sent back to the author to make corrections without a referee assignment. Abbreviations and other issues in Turkish articles must be made following the announced spelling rules. The mentioned citation rules can be accessed at <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm>.

12. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

Author's name must be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consist of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e-mail address.

13. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

The article must consist of a bibliography at the end and references need to be arranged in alphabetical order.

14. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayına kabul edilen makalenin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal/dijital vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.

15. Mecmua'da, makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Editörler Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin (asıl eser sahibi ve yayınevini) muvafakati de iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tâbi tutulur.

Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers might be approved or rejected by the Editorial Board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.

16. İstanbul Hukuk Mecmuası'nda yayımlanması istenen yazıların ihfdergiler@istanbul.edu.tr e-posta adresine Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) ve işbu yayın kurallarına uygun şekilde gönderilmesi gerekmektedir.

Papers should be sent to ihfdergiler@istanbul.edu.tr in Microsoft Word (.doc, *.docx) file type.*

17. Bir başvurucunun aynı yayın yılı içerisinde (4 sayılık süreçte) sadece bir makalesi hakem incelemesine konu edilebilir.

Only one article of an applicant in the same publication year (4 issues) could be subject to peer review.

18. Editörler Kurulu, derginin bir sayısında yer alacak makaleleri, Özel Hukuk – Kamu Hukuku dengesini koruma amacı, makalenin Mecmua'ya gönderilme ve hakem aşamasının tamamlanma tarihleri, makale konusun güncelliği, yazarların İstanbul Üniversitesi mensubu olup olmaması noktasındaki oransal denge gibi kriterleri gözeterek belirler.

The Editorial Board determines the articles to be included in one issue of the journal by considering criteria such as the purpose of maintaining the balance of Private Law-Public Law, the date of submission of the article to the Journal, the date of completion of the referee stage, the timeliness of the article subject, and the proportional balance on whether the authors are members of Istanbul University.

19. Editörler Kurulu, tüm sayıların mümkün olduğunca eşit sayıda makale ile çıkması noktasında azami gayreti gösterir. Bir sayının çıkma tarihi itibarıyla, mizanpaj aşaması da dahil olmak üzere, yayım için gerekli tüm aşamaları tamamlamış olan bir makale, makale sayısı itibarıyla ilgili sayıda yayımlanamaz ise, ancak bu şartla, ilgili sayıdan belli bir süre sonra Online-First adı verilen sistem çerçevesinde bir sonraki sayı çıkmadan önce dijital olarak yayımlanır.

The Editorial Board makes the utmost effort to publish all issues with the same number of articles as possible. An article that has completed all the necessary steps for publication, including the layout stage, as of the date of publication of an issue, could not be published in the relevant issue in terms of the number of articles, however, after a certain period after the relevant issue, within the framework of the system called Online-First it is published digitally before the issue is released.